

HUKUK TARİHİ

MISIR EYALETİNİN TEŞKİLİ DÖNEMİNDE İKİ BEYLERBEYİ SORUŞTURMASI

(An Investigation Against Two *Beylerbeyis* in the Formative
Period of the Province of Ottoman Egypt)

Mehmet İPŞİRLİ*

ÖZET

XVI. asır ortalarında devletin güç ve iktidarının zirvede olduğu, bürokrasinin yerleşmiş, hak hukuk kavramlarının Batılı gözlemcilerin bile hayranlığını çektiği bir dönemde mali uygulamalara yönelik tahkikatlar bir çok bakımdan değerlendirilmeğe layık niteliktedir. Bu tür olayların o asırda nâdir olmadığı, değişik örneklerinin bulunduğu bilinmelidir. Başka mevzular bir tarafa sadece Mısır eyalet gelirlerinin tahsili ve yerli yerinde sarf edilmesi, irsaliyesinin gönderilmesi mevzuunda bile o asırda kaç tane tahkikat bulunmaktadır. Bu tahkikat devlet bürokrasisinin işleyişi, takibi ve gösterilen hassasiyet bakımından dikkat çekicidir.

Anahtar kelimeler: Mısır, mühimme defterleri, yolsuzluk, zulüm, Osmanlı imparatorluğu.

Abstract

Aspects of investigations of financial enforcement in the middle of the sixteenth century, a period in which the Ottoman state power reached its peak and the bureaucracy has already established and Western observers admired the concepts of law and rights, are worth to be reviewed. It must be noted that wide range of cases was not rare at that time. What is more, there were countless investigations of income collection, proper spending, sending of the delivery note in Ottoman Egypt. This investigation draws attention to functioning, tracking, and sensibility of the state bureaucracy.

Keywords: Egypt, *mühimmes*, corruption, oppression, Ottoman Empire.

Osmanlı idare tarihinde yönetici zümrenin devlet malı ve gelirleri konusunda yolsuzlukla itham edilmesine veya reayaya kötü muamele ile suçlanmasına hemen her asırda rastlandığını bilhassa *Mühimme defterleri*'ndeki hükümler göstermektedir.

* Prof. Dr., Fatih Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesi, Tarih Bölümü öğretim üyesi.

Devlet mîrî malî hususunda ve vedîatullah olarak gördüğü reayanın korunması mevzuunda çok hassas davranmış, çok yönlü ve ayrıntılı raporların hazırlanmasını ve bunların Divan-ı Humayun'a gönderilmesini istemiştir. XVI. asırda özellikle Kanuni döneminde padişahın ve Divan-ı Humayun'un bu konudaki hassasiyetinden Batılı gözlemciler raporlarında ve seyahatnamelerinde hayranlıkla bahsetmişlerdir¹. Devletin en ihtişamlı dönemi olan XVI. yüzyıla bu açıdan baktığımızda *Mühimme Defterleri*'nde teftişler ve tahkikatlarla ilgili yüzlerce hüküm bulunmaktadır. Âmir ve memurlarla ilgili teftiş ve tahkikat hükümleri Divan'dan çıkıp ilgililere gönderildikten sonra neler yapıldığı, nasıl sonuca bağlandığı konusunu takip etmek her zaman mümkün olmamaktadır. Nitekim bu makalede araştırma konusu olan teftiş ve tahkikat iki yıl kadar sürmüş, sonra kapanmıştır. Delillerin toplanması, yargılama safhaları ve nihaî kararın verilmesinde Divan-ı Humayun temel kurum idi².

Mısır'ın fethinden kısa bir süre sonra Kanunî'nin saltanatının başlarında Mısır'da Makbul İbrahim Paşa'nın düzenlemelerinin akabinde buraya beylerbeyi olarak atanan iki ünlü vezirin bu önemli ve varidatı bol eyaletteki görevlerini tamamladıktan sonra birbirlerini büyük çapta yolsuzluk yapmakla itham etmeleri dikkate değer bir olaydır. Bu konudaki ithamların araştırılmasıyla ilgili fermanlar elde mevcut en eski *Mühimme Defterleri*'nin başında gelen Topkapı Sarayı Arşivi'nde bulunan ve merhum Prof. Halil Sahillioğlu tarafından büyük emek sarfiyle yayınlanmış olan *Mühimme defterinde* teferruatlı bir şekilde kaydedilmiştir.

Konunun Mısır eyaletiyle ilgili olması önemlidir. Mısır'ın fethi ve bir eyalet olarak teşkilî Osmanlı tarihinde çok önemli bir dönüm noktası olmuştur³. Mısır gelirle-

¹ Batıların bu konudaki çeşitli gözlemleri ve değerlendirmeleri için bk. Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devletinde Rüşvet*, Ankara 1969, s.272-73.

² Divan-ı Humayun'un bu sahada konumu ve salahiyeti için bk.; Ahmet Mumcu, *Divan-ı Humayun*, Ankara 1976, s. 85-100; Mehmet Akman, *Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması*, İstanbul 2004, s. 36-37, 63-91, 125-130; Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, ed. V. L. Menage, Oxford 1973, s. 221-229.

³ İslam tarihi boyunca daima müstesna bir konuma sahip olan Mısır, Osmanlı idaresine dahil olduğu günden itibaren imtiyazlı bir statüye sahip olmuştur. Osmanlı öncesinde İhşidiler, Tulunoğulları, Fatımiler, Eyyubiler ve Memlukler gibi beş Müslüman devlete payitaht olmuş olan Kahire Osmanlı döneminde payitaht olmamakla birlikte fevkalade önemli stratejik durumu, zengin kültürü, iktisadi hayatı ile üstünlüğünü kabul ettirmiş ve Osmanlı vekayinâmelerinde "Ümmü'd-dünya ve Serir-i Yusufiyye", "Mısır-ı nâdirü'l-asr" olarak nitelendirilmiştir. Yavuz Sultan Selim'in fetihden sonra başta Kemal Paşazade olmak üzere ulema ve ümerasıyla yedi ay buralarda kalıp güvenli ve huzurlu bir idarenin tesisi için çalıştı. Haremeyn'in, Kızıldeniz'in ve Yemen'in güvenliği açısından fevkalade önemli olan stratejisi ile başlangıçtan itibaren en liyakatli devlet adamları vezaret rutbesiyle Mısır'a beylerbeyi tayin edilmiştir.

Merkezi iktidarın güçlü olmasına ve bunun eyaletlerde hissedilmesine büyük önem veren hükümet güvendiği devlet adamlarını ve ilmiye ricalini merkezten beylerbeyi ve kadı olarak eyaletlere göndererek sağlıyordu. Stratejik konumda olan eyaletlere fevkalade geniş yetkilere sahip dirayetli beylerbeyiler göndermeye bilhassa dikkat etmekteydi. Mısır eyaleti ve beylerbeyileri ise bunların başında gelmekteydi.

ri, irsalîyesi ve bunların Mısır halkına ve Mısır'ın imarına, stratejik konumu sebebiyle bir kısmının Haremeyn ve Yemen'e, donanma inşasına vesaireye harcanması ve en önemlisi de İstanbul'a gönderilmesi gereken irsalîyenin düzenli olarak gönderilmesi konularına çok önem verilmiş, bu hususlar daha sonraki dönemlerde birçok suçlama ve tahkikata konu olmuştur⁴.

Bu tahkikat münasebetiyle dikkati çeken önemli bir husus, devletin bütün bu işlemleri çok değişik türdeki defter kayıtlarıyla yürüttüğünün görülmesidir. Malum olduğu üzere Osmanlı arşiv malzemesi defterler ve belgeler (defatir ve vesâ'ik) olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Osmanlı sisteminde vesika kalemlerde hazırlanıp erbab-ı mesalihe gönderilmeden önce elkab, dua gibi beylik kısımları atılarak muhtevasının aynen devlete ait defterlere kaydedilmesi yüzyıllarca Osmanlı Bürokrasisinin sağlıklı işleyişinin temel unsuru olmuştur. Osmanlı'da muamelat ve aklam deftere dayalı olarak yürütülürdü. Nitekim Şeyhülislam Sun'ullah Efendi kendisine sorulan bir fetva ile defterin önemini ve önceliğini teyit etmiştir⁵.

Bu teftişler sırasında da bütün işlemlerin defterler üzerinden yürütüldüğü görülmektedir. Buradaki hükümlerde *mukâtaa defterleri*, *müfredat defterleri*, *icmal defterleri*, *teftiş defterleri*, *hassa harç defterleri*, *mîrî anbar defterleri*, *ruznâme defterleri*, *Mısır ve İskenderiye mahkemeleri sicilleri (defterleri)*, *anbar-ı hassa defterleri*, kalelerde tutulan *ümena defterleri* gibi onlarca defter ismi geçmekte, hemen her hükümde teftişler akabinde, defter suretlerinin hazırlanıp İstanbul'a Divan-ı Humayuna gönderilmesi istenmektedir.

Başbakanlık Osmanlı Arşivinde Mısır beylerbeyileriyle ilgili gerek seri gerekse münferit olarak zengin malzeme bulunmaktadır. Bunlar içerisinde *Mühimme defterleri* en önemlisidir. XVI. Yüzyıla ait bilinen 75 Mühimme Defterinde Mısır Beylerbeyi ve Valilerine hitaben yüzlerce ferman yer almaktadır. Bunlar, Mısır'ın askeri, siyasi, iktisadi ve ictimai tarihi ve ihtiyaçları, meseleleriyle ilgili olduğu gibi ayrıca beylerbeyilerin durumlarıyla, soruşturmaları, şahsi meseleleriyle ilgili olanları da bulunmaktadır.

⁴ Asrın ikinci yarısında 1567-1568 tarihleri arasında bir yıla yakın Mısır beylerbeyi olan Sinan Paşa hakkında bu konudaki şikâyet dikkat çekicidir ve sonucun Sinan Paşa'nın kurnazlığı ile kapanmıştır. "...*Diyâr-ı Mısıriyye beylerbeyisi iken mazul buyurulan Sinan Paşa'nın zimmetinde Üveys Paşa Mısır'a vardıkta 'On dört kerre yüzbin altın şer'ile ve kanun ile lazım gelmiştir. Yüz otuz bin altın kendisinden tahsil olundu, mâdasi, habs habs olunup unf ile alınmak vâcibdir' deyü arz edip, mucibiyle hükm-i şerif almış iken, ...Sinan Paşa, hiyel u hud'ada pehlivan-ı âlem olmakla egerçi üstüne nâzir u müvekkiller konup göz hapsi iken hâb u hargûş verip şerr ü şûrlarından kendüzin halas edip....*" Selaniki, s. 192.

⁵ Mese'ele: Bir vakıf karyenin mahsulü vakfiyesinde, mutlaka ebnâ-i vâkıfa meşrut olup, ebnâ-i vâkıf tasarruf ederlerken içlerinden bazı mahsul-i mezkur Defter-i Hakanî'de ebnânın ulemasına meşrut olmağın bize emr ile tevcih olunmuştur deseler, itibar vakfiyyeye midir yoksa deftere midir?

El-Cevab: Arazi Beytülmalde ise defteredir., M. İpşirli, "Şeyhülislam Sun'ullah Efendi, İÜ. Ed. Fak. *Tarih Enstitüsü Dergisi*, Sy, XIII, (1987), s. 238, fetvâ nr. 41.

Hadım Süleyman Paşa⁶ birincisi Şaban 93-Şaban941/ 1525-1535 tarihleri arasında yaklaşık on yıl, ikincisi ise 943-944/ 1536-37 tarihleri arasında Mısır beylerbeyi olmuştur. Hüsrev Paşa'nın⁷ ise Süleyman Paşa'nın birinci beylerbeyiliğinden sonra 1535-1536 yılları arasında iki yıla yakın Mısır Beylerbeyliği yapmış, kendisinden sonra Hadım Süleyman Paşa ikinci defa beylerbeyi olmuştur. Mısır'a tayin edilen beylerbeyiler, irsaliyeyi düzenli olarak kaydetmek için öncelikle selefinin muhasebe kayıtlarını defterlerden sıkı sıkıya kontrol eder, eksik çıkan kısımlar olursa kimlerin üzerinde ne tür zimmetler var ise bunları defter ederek merkeze bildirirdi. Mısır'da beylerbeyilerin görevlerinin devam etmesi irsaliyenin düzenli gönderilmesi ile yakından alakalı idi⁸. Bu çalışmada birbirine halef selef bu iki paşanın Mısır Beylerbeyi oldukları dönemdeki irsaliye ve mali uygulamalarıyla ilgili karşılıklı şikâyetleri üzerine bütün malî icraatlarının teftişi ile alakalı hükümlerin tahlili yapılmaya çalışılacaktır⁹.

13 Ramazan 951 (28 kasım 1544) de Divan-ı Humayun toplantısı sırasında Mısır valiliğinde halef selef olmalarından dolayı Veziriazam Hadım Süleyman Paşa

⁶ Hadım Süleyman Paşa, devşirme kökenli Ak ağalardan, Enderundan yetişti, Saray görevlerinde bulundu., 1523'de Kaptanıderya, Şam beylerbeyi, iki kere Mısır Beylerbeyi, Anadolu beylerbeyi, Kubbe veziri ve 1541'de veziriazam oldu. Irakayn seferine katıldı., Donanma inşa edip, Portekizlere karşı Hint Seferi düzenledi. Beylerbeyliği sırasında büyük başarı gösterdi. Bu sırada Mısır divanında muhafaza edilen mali ve idari defterler yandığında 933'de yeniden tahrirler yaptırdı. Vakıfların idaresini düzene koydu, idari ve mali düzenlemeler yaptı. Mısır'dan ilk irsaliye Sinan Paşa'nın beylerbeyliği ve Cânım el-Hamzavi'nin defterdarlığı sırasında 1526 yılı sonlarında sekiz yük olarak İstanbul'a gönderilmiştir.

Kahire'de iki cami ve bir zaviye yaptırmış, Yemen'de de cami, ribat ve hamam inşa ettirmiştir. Süleyman Paşa Şaban 954/Eylül 1547'de Malkara'da vefat etti. E. Afyoncu, "Süleyman Paşa, Hadım", *DİA* 38, s. 96-98; Ş. Turan, "Süleyman Paşa", *İA*, 11, s. 194-197.

⁷ Vezir Hüsrev Paşa, Boşnak asıllı oluh Lala Mustafa Paşa'nın ağabeyidir. Enderun'da yetişti, çaşnigirlik, kapıcılar kethüdalığı, mirahurluk görevlerinde bulundu. Yavuz'un Çaldıran ve Mısır seferine, Kanuni'nin Alman, Irakayn, Boğdan ve Estergon seferlerine katılıp gösterdiği başarılar sebebiyle mükâfatlandırıldı.

Karaman Beylerbeyliği, ayrı tarihlerde üç defa Anadolu, Diyarbekir, Halep, Şam, Mısır, Rumeli Beylerbeyliklerinde bulunup, başarıları sebebiyle Kubbe veziri oldu. Beylerbeyi olarak görev yaptığı eyaletlerde önemli icraatlarda bulundu. İstanbul Kahire, Halep ve Diyarbekir'de Cami, medrese, Mekteb, sebil, çeşme, han hamam gibi hayrat ve hasanat yaptırdı. Diyarbekir ve Mısır Beylerbeylikleri sırasında ağır ithamlara uğrayıp teftiş ve tahkikatlar geçirdi. Diyarbekir beylerbeyi oldu. 1531'de kadar On yıl süren Diyarbekir beylerbeyliği sırasında bir çok suçlamalara maruz kaldı. Hakkında düzenlenen bir raporda 17 konuda şikâyet maruz kalmış bunlar arasında Safevilerle münasebetlerindeki bazı usulsüzlükler, akçe meseleleri, vergi tahsili ve timar meselelerindeki usulsüzlükler, yerli beylerle olan anlaşmazlıkları, reyaya ziyet konuları bunların başlıcalarıdır. 13 Ramazan 951/1544 tarihinde vezirlikten azledilip üzüntü ile kısa bir süre sonra vefat edip Fatih'de Mimar Sinan'ın eseri olan mükemmel türbesine defnedildi. : A. Özcan, "Hüsrev Paşa, Deli", *DİA*, 19, s. 40-41.; J. L. Bacque Grammont, "Divane Hüsre Paşa'nın Su-i istimallerine dair bir Rapor", *Türkiye'nin Sosyal ve Ekonomik Tarihi*, Ankara 1980, s. 75 vdv.,

⁸ S. M. Es-Seyyid, "İrsâliye", *DİA* 22, s. 452-53.

⁹ Bk.Hüküm nr. : 6, 7, 10, 15, 66, 67, 68, 69, 70, 73, 74, 75,76, 77, 81, 82b, 92, 93b, 98b, 99b, 100b, 101b, 102b, 103b, 105b, 106b, 107b, 119b, 120b, 121b, 122b, 125b, 128b, 224b, 225b. *Mühimme Defteri*, haz. Halil Sahillioğlu, IRCICA yayınları, İstanbul 2002.

ve Kubbe Veziri Hüsrev Paşa arasında çıkan münakaşada birbirlerine hancer çekmek derecesine vardıklarından her ikisi de azledilmiş Süleyman Paşa Malkara'da çiftliğinde oturmağa mecbur edilmiş, dört sene sonra 955 (1548)'de orada vefat etmiş, Hüsrev Paşa ise duyduğu büyük üzüntü çok kısa süre sonra vefat etmiştir. Şikâyetler karşılıklı olmakla birlikte büyük çoğunluğunun yaklaşık on yıl kadar Mısır beylerbeyliği yapmış olan ve mal konusunda çok hırslı olup çok büyük servetlere sahip olan Hadım Süleyman Paşa ile ilgilidir. Bu teftiş iki yıl devam etmiştir. Sonunda Süleyman Paşa'nın her hangi bir usulsüzlüğü ve yolsuzluğu sabit olmadığı bildirilmiş, Hüsrev Paşa ise daha teftişin başında vefat ettiğiinden bu konuda herhangi bir itiraz olmamıştır.

Osmanlı Maliye ve idare tarihinde daima nazik ve sıkıntılı bir konu olan Mısır İrsaliyesi konusunda XVI. yüzyılın ikinci çeyreğinden itibaren çok sayıda şikâyet ve tahkikat vekayiname ve arşiv kaynaklarında zikredilmiştir.

İtham ve suçlamalarla ilgili hükümlerin muhtevası:

13 Ramazan 951 (28 Kasım 1544) de bir divan günü Mısır valiliğinde halef selef olmalarından dolayı Veziriazam Hadım Süleyman Paşa ve ikinci vezir Hüsrev Paşa arasında çıkan münakaşada birbirlerine hançer çekmek derecesine vardıklarından¹⁰ her ikisi de azledilmiş Süleyman Paşa Malkara'da çiftliğinde oturmağa mecbur edilmiş, 955 (1548)'de orada vefat etmiştir. Divandaki bu tartışmadan bir ay sonra 26 Aralık 1544'de çıkarılan bir fermanla teftiş resmen başlamış oluyordu.

951-952/1544-1545 tarihli ve TSMA E.12321 numaralı Mühimme Defterinde yer alan 557 hükümden yaklaşık 40 tanesi bu çalışmanın konusu olan teftişle ilgili bulunmaktadır. Bunlardan 25 hüküm her iki paşanın isminin müşterek geçtiği hükümler, 15 hükümde ise isimlerinin ayrı ayrı geçtiği görülmektedir.

Mısır Beylerbeyi Davud Paşa, Mısır Kadısı Mevlânâ Emir Çelebi, Haleb Kadısı Mevlânâ Salih Çelebi ve Mısır Nâzır-ı Emvâli Mehmed Çelebi'ye müştereken hitaben 11 Şevval 951/ 26 Aralık 944 Cuma günü Edirne'de Karye-i Mandra'dan ısdar edilmiş olan ferman oldukça kapsamlı, konuyu genel olarak tanıtan uzun bir metin olup şu hususlara temas edilmektedir:

Mısır Vilâyetinden her yıl gelen irsaliye kayıtları İstanbul'daki defterlerden incelendiğinde Hadım Süleyman Paşa'nın beylerbeyi olduğu süre zarfında:

18 Rebiülevvel 933/23 Aralık 1526 senesinde 299591 sikke altın geldiği;

11 Rebiülahir 934/4 Ocak 1528 senesinde 509683 sikke altın geldiği;

¹⁰ "Divanda Hüsrev Paşa hançer çekip Süleyman Paşa'ya kasd eder ve yine kendisi men eder, ahval padişah-ı zîşana münakis oldukta, ikisi dahi azl olunup...." Peçuyî, *Tarih*, I, 29; Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, II, 549.

25 Cemaziyelahir 935/ 6 Mart 1529 senesinde 600039 sikke altın Hoşgeldi elinden geldiği,

22 Şaban 935/ 1 Mayıs 1529 senesinde 200003 sikke altın Aydın kethüda elinden geldiği;

Zilhicce 936/ 31 Temmuz 1530 senesinde 500002 sikke altın Cânım Bey elinden geldiği;

1 Receb 937/ 18 Şubat 1531 senesinde 400003 sikke geldiği;

7 Cemaziyelevvel 938/ 16 Aralık 1531'de 300004 sikke Nevruz Kethüdâ elinden geldiği; yine

11 Zilkade 938/ 15 Temmuz 1532'de 299946 sikke altın Gönüllüler Kethüdası Mustafa elinden geldiği;

6 Ramazan 939/ 1 Mart 1533'de 199996 sikke altın Sinan Kâşif elinden geldiği;

28 Ramazan 940/ 12 Nisan 1534'de 500000 sikke altın Cânım Bey elinden geldiği;

12 Zilhicce 941/ 14 Haziran 1535'de 374525 sikke altın geldiği;

933-941 (1526-1535) tarihleri arasında cem'an 4183792 altın irsaliye olarak gelmiştir.

Ayrıca, 12 Receb 946/ 23 Kasım 1539'de Hind Donanması bakiyyesinden 484892 sikke;

13 Receb 946/ 24 Kasım 1539'da Hind Vilayetinin Gücerat beylerinden Hacı Selmanî Bey'in Kabe'de ve Cidde'de bulunan esbabı bahasından 13986 sikke altın gelip, cümleten 4682670 sikke altın İstanbul'a gelmiştir.

* * *

Hüsrev Paşa'nın Mısır Beylerbeyliği döneminde:

6 Ramazan 942/28 Şubat 1536'de Cânım Bey elinden 329992 sikke altın geldiği; halbuki, asıl irsaliye Cânım Bey elinden 470000 sikke olup, bu takdirde 140008 sikke eksik gelmiştir.

12 Receb 943/ 25 Aralık 1536'da 499902 sikke Sipahi oğlanlarından Ferhat Ağa elinden geldiği, burada da asıl irsaliye 500000 sikke olup 98 altın eksik geldiği bildirilmiştir.

Bu durumda İrsaliyenin ne kadarı haraçtan, ne kadarı mukâataatdan ve gıal bahasından idi?

Hüsrev Paşa kendi beylerbeyliği zamanına ait bazı müfredat defterlerini İstanbul'a getirmişti. Sonra onları Mısır Defterdarı Rüstem Çelebi alıp götürdü. Birkaç icmal defteri kalmış olup ondan da tam bir sonuç alınamıyor.

Suçlamalar, takip edilen usul ve yapılacak tahkikat: Bu hüküm size ulaştığında, sizler diyanet ve emanet sahibi kişiler olarak bunları iyice teftiş edin.

Süleymen Paşa Mısır'da kaç yıl beylerbeyi olmuş ise başlangıcından sonuna kadar, her senenin malı, arazinin haracı, mukâtaası, nukud ve gılâl cinsinden her ne ise Mısır divanında muhafaza edilen ruznâmelerden, mukâtaa defterlerinden, Mısır Defterdarı Rüstem Çelebi'nin alıp gittiği defterlerden; ayrıca mübaşirlerden ve mahallinden ciddi bir ihtimam ve basiret ile araştırıp inceleyesiniz.

Her bir köyün ve mukâtaanın bütün gelirlerini, irsaliye katkısını inceleyin. Ne kadara satıldı, belirlenenden eksişe mi artığa mı verildi, farkı nedir? Her sene haractan ve nukudtan ve gılalden ve sair mahsulât cinsinden cümle ne kadar gelir hasıl olur?

Her bir senenin irsâliyesinde haracdan ne kadar altun ve nukud ve gılâlden ne kadar katkı sağlandı? Geçmiş senelere ait bâki kalan miktar var mıdır, var ise ne kadardır? Bunların alınması mümkün müdür, şimdiye kadar alınmamasının sebebi nedir? Hind donanmasına ne kadar mal sarf ve harc oldu?

Sen beylerbeyi olarak bütün bu hususları araştırıp teftiş defterleriyle birlikte Divan-ı Humayunuma arz edesin.

* * *

Hüsrev Paşa beylerbeyi olduğu dönemde aynı şekilde başlangıcından sonuna kadar her senenin ahvalini yerinden, mukataât ve ruznâme defterlerinden bütün gelirlerini ve giderlerini ve bakayâsını iyice araştırıp bütünüyle defter eylesin.

Özellikle Hüsrev Paşa, Mısır defterdarı olan Cânım Bey ile İstanbul'a gönderdikleri irsaliye malından eksik gelen 140102 sikke altunun eksik gelmesine sebep ne idi? O zamanın mukâtaacılarını, ruznâme kâtiplerini Cânım Bey ile birlikte hazineyi getiren görevlileri her nerede iseler bulup bir araya getirip dikkatle ve titizlikle teftiş edesin: Hüsrev Paşa'nın bu kadar eksik altın göndermesinin sebebi nedir? Ulaşabildiğiniz sonuçları yazıp arzedesin.

Defterdar Rüstem Çelebi'nin alıp gittiği müfredat defterlerinin Mısır divanında suretleri var ise diğer defterler ile mukabele edip ne tür belgeler zâyi olmuştur, kim zâyi etmiştir, bunları tesbit edip, teftiştan önce bunları mühürleyip İstanbul'a gönderesin. Bu defterlerin orada suretleri yok ise teftiş tamamlanana kadar orada tutup sonra teftiş sonuçlarıyla birlikte defterleri gönderesin. Bunların süratle tamamlanması mühimdir.

Sizin diyanetinize, emanet ve istikametinize itimat-ı şahanem olduğundan bu teftiş size havale edilmiştir. Ona göre dikkatli olup, hiç bir tarafa meyl etmeden ve hiç kimseden korkmadan, hak yolda yürüyüp bu tahkikatı bir an önce tamamlayasınız.

Hüsrev Paşa'nın, Cânım Bey ve oğlu Seydi Yusuf'un üzerinde olan mîrî mallarını teftiş eden Mısır Kadısı Mevlana Şeyh Muhyiddin kendi imzası ile temessük vermiştir. Yahya Hamzavî'nin ve bazı köy kethüdalarının üzerlerinde olan mîrî malları için de Mevlana Muhyiddin ayrı ayrı hüccetler vermişti. Üzerlerinde mîrî malı olan bazı kimselerin Yemen ve Hind taraflarına gittikleri haber alınmıştır. Bu hususun da Mısır divanındaki defterlerden gidenlerin kimler olduğu ve üzerlerinde ne kadar mîrî malı bulunduğu tesbit edilip İstanbul'a bildirilmesi emredilmiştir¹¹.

Müfettişlere yazılan ikinci hükümde, Vezir Hüsrev Paşa'nın Divan-ı Humayun'a defter verip,

İddia 1) Daha önce veziriazam olan Hadım Süleyman Paşa'nın, Mısır beylerbeyi olduğu döneme ait mukâtaa defterleri incelendiğinde ruznâmeye kaydedilmemiş büyük miktarda mal olduğunu ve burada hile ve aldatma (telbîs) olduğunu bildirmesi üzerine çıkan emirde:

Büyük bir dikkat ile o zamana ait mukâtaat defterlerini inceleyip, gerçekten ruznâmeye işlenmemiş mîrî malı var mıdır, bu döneme ait bir usulsüzlük yapılmış mıdır? İncelenip sonucun ve mukâtaa defterlerinin suretleriyle teftiş defterlerinin İstanbul'a gönderilmesi istenmektedir¹².

Müfettişlere yazılan üçüncü hüküm de,

İddia 2) Hüsrev Paşa Dergah-ı Muallaya defter verip Hadım Süleyman Paşa, İskenderiye iskelesine âmil olan İbrahim Kâşûfî'ye muvaza'a ile ondörder para baha ile yılda Ellişer bin erdeb tereke (buğday) verip harbî kafırlara kendileri kırkar paraya satıp sekiz yıllık farkını (fâidesin) kendiler alırdı. Mısır ve İskenderiyye sicillatında narh farkı (tefâvüt-i sıri) görülebilir iddiasında bulunması üzerine çıkan emirde:

Bu iddia ile ilgili hususları a) Mısır ve İskenderiye mahkemesi sicillerinden; b) Hazine-i Âmire defterlerinden; c) Anbar-ı hassa defterlerinden; d) iskelelerde tutulan ümena defterlerinden; ayrıca bu hususlara vâkîf bî-garaz mütedeyyin müslümanlardan sorarak işin aslını ortaya çıkarıp:

Gerçekten iddialar doğru ise, ne kadar tereke (buğday), hangi yıllarda, kaç defa ve kimin elinden satılmıştır hak üzere araştırılıp defter edip, hiç bir maddesi saklanmayıp İstanbul'a arz edilmesi;

İddia 3) Ayrıca Hüsrev Paşa'nın belirttiğine göre adı geçen İbrahim, İskenderiye iskelesini ber vech-i maktu seksen bin altına tutarken, Donanma-i Humayun ve mü-

¹¹ *Mühimme Defteri*, Topkapı Sarayı Arşivi, H. 951-952 Tarihli ve E-12321 Numaralı, Haz. Halil Sahilloğlu, İstanbul 2002, Hüküm 6, s. 7-11.

¹² *Mühimme Defteri* Hüküm 67, s.52-53.

himmâtı için kanuna aykırı olarak kırk bin altın aşağı çekmiştir, mukâtaa defterleri incelenince bu hususun görüleceği bildirilmiştir.

İmdi, sen nâzır-ı emval olarak o yerleri çok iyi bildiğin, mîrî emval ile ilgili hususlara vâkîf olduğun bilinmektedir. Bu hususu da Mısır divanında muhafaza edilen mukâtaa defterlerinden ve bizzat mahallinden araştırırsın eğer doğru ise ne kadar aşağı çekilmiş, bu durum ne zaman olmuştur iyice araştırılıp defter suretlerinin İstanbul'a gönderilmesi.

İddia 4) Ayrıca, Arab şeyhlerine ait mukâtaaların miktarlarında değişikliklerle yolsuzluklar yapıldığı iddialarının defterlerden iyice araştırılıp neticenin İstanbul'a dergah-ı muallama gönderilmesi¹³.

Müfettişlere yazılan dördüncü hüküm de

Hüsrev Paşa Dergah-ı muallama takdim ettiği defterde:

İddia 5) Mısır vilayetinin şekerhâneleri mîrîye ait olup buralardan çok miktarda gelir (mal) elde edilirken Hadım Süleyman Paşa Mısır Beylerbeyisi iken bunların hepsini kendisine döndürüp, mîrî şekerhaneleri tamamen kaldırdı. Kalyub nahiyesinde olan şeker sıkılacak yerler (ma'saralar) mîrîye ait olup orada sıkılan şekerin üçte biri mîrîye ait iken bunu dahi bir yolunu bularak kendisine temlik ettirip rûsûmunu kendisi aldığı iddia edilmektedir.

İmdi, bunlar ciddi iddialardır, iyice araştırılması gerekir: a) Belirtilen şekerhaneler kaç adeddır b) Osmanlı fethine (Feth-i hakanîye) kadar bunlar Mısır'daki Çerakise tarafından sahib (zabt) olunmuş, fetihden sonra da mîrî kayd olunmuş mudur, yoksa başkasına mı intikal etmiştir? c) Fetihden sonra ne kadar mîrî de kalmıştır ve sonra mîrîden hangi yolla çıkarılmıştır? Bunları hangi temessükle sahiplenirler (tasarruf ederler), d) Hadım Süleyman Paşa hangi yolla bunları mülk edindi? Hem onların hem Süleyman Paşa tarafının mülknamelerini ve temessüklerini getirdip hak üzere inceleyesin. e) Süleyman Paşa o kimselerden alıp sahipleneli kaç sene olmuştur, kaç ma'saradır, her sene ne kadar hâsılat elde edilir? Araştırılsın, eğer Süleyman Paşa'nın tasarrufu şer'î değil ise şimdiye kadar aldığı bütün miktar derhal talep edilip mîrî için zabdedilmelidir.

Bu hususu nasıl teftiş ettiğinizi hiç bir ayrıntıyı atlamadan defter edip İstanbul'a gönderesin.

İddia 6) Hüsrev Paşa'nın bildirdiğine göre Hadım Süleyman Paşa Mısır'da bir çoğu mîrî olmak üzere çok sayıda emlâk edinmiştir.

¹³ *Mühimme Defteri*, hüküm 68, s. 53-54.

Sorular : Bu emlaka hangi yol ile sahip olduğu şahıslardan mı mîrîden aldığı iki tarafın mülknâme ve temessüklerine bakılıp a) bu mülkler ev midir, dükkan mıdır, oda mıdır, han mıdır yoksa ma'sara mıdır, ne çeşit mülktür; b) kaç adeddir, c) her birinden yılda ne kadar gelir sağlanır, d) Süleyman Paşa kaç seneden beri bunlardan gelir sağlamaktadır.

İyice teftiş edilip eğer şer-i şerife aykırı üzerinde bir nesne var ise mîrî için zabt edilmesi emredilmiştir¹⁴.

Müfettişlere yazılan beşinci hüküm de:

Hüsrev Paşa'nın verdiği defterde:

İddia 7) Sa'îd vilayetinin ŞeyhülArab'ı olan Ömer oğlu Şeyh Murad'ı Hadım Süleyman Paşa katlettikte, Mahmud adlı kethüdasını gönderip çok miktardaki malının Süleyman Paşa tarafından alındığı (bel' edildiği) iddia edilmektedir.

İmdi bu hususun mahallinde, bî-garaz müslümanlardan iyice sorulup aşağıdaki hususların öğrenilmesi:

Adı geçen Arab şeyhi mal-i mîrîye mübâşir miydi? Malı, mîrî için mi alınmıştır, kendisi mal-ı mîrî için mi katlolunmuştur, cümle malı ne kadardır, borcuna malı yeterli olmuş mudur, borçları ödenmiş midir?

Eğer mîrîye borcu yok idiyse öldüğü zaman nukuddan, esbabdan, emlakten ve davarlardan ne kadar malı var dı, varislerine teslim olundu mu ve ne kadar teslim olundu, yoksa varislerine nesne verilmeyip arz olunduğu gibi Mahmud Kethüda mı aldı?

Bütün bu hususların iyice araştırılıp yazılarak Divan-ı muallama gönderilmesi¹⁵.

Müfettişe yazılan hükümde:

Hüsrev Paşa'nın verdiği defterde;

İddia 8) Vakiyle nâzır-ı emvâl-i mîrî ve nâzır-ı evkaf olan Kasım'ı Hadım Süleyman Paşa katleyledikte çok miktarda malını almıştır. Ayrıca Âmil Tavileoğlu'nun üzerinde çok miktarda malı var iken onu katledip malını almıştır. Mukâtaasına bakıldığı zaman hakikat görüleceği iddia edilmiştir.

Yukarı hükümdeki soruların benzeri sorulup iyice teftiş edilip konunun araştırılıp yazılması emredilmiştir¹⁶.

¹⁴ *Mühimme Defteri*, hüküm 69, s. 54-55.

¹⁵ *Mühimme Defteri.*, hüküm 71, s. 57.

¹⁶ *Mühimme Defteri*, hüküm 72, s. 57-58.

Müfettişlere yazılan hüküm de:

Hüsrev Paşa defter verip:

İddia 9) Hadım Süleyman Paşa Mısır Beylerbeyi olduğu sırada mukâtaaların tahvilin bozup “her mukâtaadan aşağı varılmakla” hayli mîrî malı zâyî olmuştur. Mukâtaa defterleri incelenince bu durumun görüleceği iddia edilmektedir.

İmdi, Mısır Divanında muhafaza edilen mukâtaa defterleri iyice teftiş edilip bu husus görülsün. Aşağı çekilme var mı, varsa kaç sene yapılmış, her mukâtaadan ne mikdar aşağı çekildi, toplam miktar nedir?

Mukâtaa defterlerinin suretini sıhhatlice çıkarıp teftiş defterleriyle İstanbul'a irsal eylesiniz.

İddia 10) Hadım Süleyman Paşa'nın Mısır'da kendisi ve adamlarının sakin oldukları evlerde emr-i padişahî olmadığı halde mîrî malından çok miktarda harcama yapılmıştır. Hassa Harç defterleri incelendiğinde bu hususun görüleceği bildirilmiştir. Bu hususta hassa harc defterlerini iyice inceleyip hak üzere durumu bildiresiniz¹⁷.

Müfettişlere yazılan hüküm de:

Hüsrev Paşa Defter verip

İddia 11) Süleyman Paşa Mısır Beylerbeyi olduğu tarihte üç dört defa Mısır vilayetinden ikişer üçer yüz at toplayıp Tekrur vilayetine gönderip, altın ile değiştirip (istibdal) o atların yemleri ('alıkları) mîrî anbarlardan verdiği iddiasında bulunuyor.

İmdi,

Bu hususu mîrî anbar defterlerinden ve mahallinde iyice araştırınız a) Ne mikdar ata yem verilmiştir b) o zamanda yemin bahası ne kadar idi c) toplam ne kadar kaç erdeb yem sarfedilmiştir d) bunların parasını sonra vermiş midir, yoksa üzerinde bâki mi kalmıştır? Bu hususları etraflıca teftiş edip Dergâh-ı muallama arz eylesin¹⁸.

Müfettişlere yazılan hüküm de

Vezir Hüsrev Paşa Dergah-ı muallama defter verip:

İddia 12) Karşılıklı suçlamalar: Buraya kadar, Hüsrev Paşa Süleyman Paşa'nın beylerbeyiliği sırasındaki bazı yolsuzluklarını (bel 'iyyatını) arz etmiştir.

Süleyman Paşa dahi Hüsrev Paşa hakkında bazı isnadlarda bulunuyor. Bu hususların teftiş olunması için müteaddid hükümler gönderilmiştir.

¹⁷ *Mühimme Defteri*, hüküm 73, s. 58.

¹⁸ *Mühimme Defteri*, hüküm 74, s. 59.

Belirtilen teftişler konusunda hiç bir tarafa meyl etmeyip, bu konularda ehl-i vukuf kimselerin reyine muracaat edip hiç bir hususu ihmal etmeyip yazıp Divan-ı humayunuma gönderesin.

Müfettişin vasfı : Sizin diyanet ve emanetinize ve hüsn-i istikametinize itimad-ı humayunum olduğundan bu hususlar araştırılmak üzere size havale (tefviz) olunmuştur. Cadde-i istikametten ayrılmayıp, öylesine temyiz eyleseniz ki hiç bir konuda şüphe (müştebeh ve meşkuk) kalmaya, her hususu Divan-ı Humayunuma arz edesiniz¹⁹.

Müfettişlere yazılan hükümde:

Vezir Hüsrev Paşa Dergah-ı muallama defter verip,

İddia 13) Süleyman Paşa zamanında özellikle 935 senesinin mahsülü 936 yılına tedahül etmiştir iddiasının defterlerden, mübaşirinden ve ehl-i vukuftan iyice araştırılması hususuna dair²⁰.

Müfettişlere yazılan hükümde:

Vezirim Hüsrev Paşa defter verip

İddia 14) Halen Zebid vilayetinde sancak tasarruf eden Kâşif Mustafa zimmetinde Hadım Süleyman Paşa'nın mezruatından doksan kese mikdarı mâl-ı mîrî olduğunu i'lam eyledi

İmdi buyurdum ki: Mukâtaa ve ruznâme defterlerinden ve mahallinden hak üzere araştırıp göresiz. Gerçekten üzerinde mal-i mîrî var mıdır varsa teallül ettirmeyip nukudundan, emlakından, esbabından eksiksiz hazine-i amirem izin tahsil edesiniz. Bunlar kâfi gemezse ne kadar bâkî borcu kaldığını yazıp bildiresiniz. Hiç bir canibe meyl ü muhâbâ eylemeyip hakk-ı sarîha tâbi olasınız²¹.

Müfettişlere yazılan hükümde:

Hüsrev Paşa defter sunup,

İddia 15) Said ve Şarkıyye vilayetleri şeyhü'l-arabları ile Gazâle A'râbının şeyhi ve birde Divan-ı Mısır hakimi Şerefüddin Sagir üzerinde çok miktarda mal-ı mîrî var iken Hadım Süleyman Paşa bütün bu kimseleri katl eyledi diye Hüsrev Paşa i'lam eyliyor.

Sorular: Mezkurların üzerinde mal-ı mîrî var mıdır, ölmelerinin sebebi mal-ı mîrî mi olmuştur, öldüklerinde malların kim zabdelemiştir, öldüklerinde herbirinin

¹⁹ *Mühimme Defteri, Hüküm 75, s. 59-60.*

²⁰ *Mühimme Defteri, hüküm 76, s. 60.s*

²¹ *Mühimme Defteri, hüküm 78, s. 62.*

üzerinde ne mikdar mal-ı mîrî var idi? öldüklerinde malları mîrî için zabdolunmuş mudur, her birinin ne kadar davar, esbab, emvali var idi, nice oldu borclarına yeterli oldu mu, artan malları varislerine mi verildi yoksa başka kimseler mi aldı?

Yerli yerinden ve defterlerden iyice araştırılıp her birinin durumu ayrı ayrı yazılsın, hiç bir şey ketmedilmeyip, teftiş defterleriyle birlikte Divan-ı Humayunuma gönderilsin²².

Müfettişlere yazılan hükümde:

Vezir Hüsrev Paşa Divan-ı Humayuna defter verip:

İddia 16) Süleyman Paşa Mısır'da iken kendisi ve adamları ticaret için mîrî anbardan mubalağa tereke (Buğday) alıp, bedellerin ödemeyip üzerlerinde kalmıştır diye Hüsrev Paşa i'lam ediyor

Sorular : Süleyman ve adamları mîrîden tereke almış mıdır, aldı ise ne miktar almışlardır, bahaları nedir, bedellerin verdiler mi vermediler mi? Vermedikleri zahir olursa bi-hasebi'ş-şer'i'ş-şerif eksiksiz bedelleri alınıp, bütün tafsilat defter olunup Divan-ı humayunuma gönderilsin²³.

Sabık Mısır Kadısı Mevlana Muhyiddin'e hüküm ki (Karşılıklı suçlama)

Bu hüküm Çavuş Baliye Sülelü Mehmed Çavuş'a açık verildi.

Süleyman Paşa ve Hüsrev Paşa'nın karşılıklı birbirlerini suçlamaları karşısında Devlet tarafından dört yetkili görevlendiriliyor, bunlar: 1) Mısır Kadısı Muhyiddin, 2) Mısır Beylerbeyi Davud, 3) Haleb Kadısı Mevlana Salih, 4) Mısır'da nâzır-ı emval olan Mehmed müfettiş tayin olunmuşlardır.

Teftiş olunacak hususlar (kazaya) her ne ise ahkam yazılıp kese içinde mühürlenip çavuşla sana irsal olundu. Ahkam-ı şerife Mısır kadısının eline geçince gecikmeden Mısır'a gidip, orada dört müfettiş biraraya gelip, kesenin mührünü açıp evamir-i aliyye gereği teftişe başlayacaklar²⁴.

Mısır Beylerbeyi ve nâzıra yazılan hükümde

İddia 17) Süleyman ve Hüsrev Paşalar Mısır beylerbeyi oldukları dönemde Mekte, Medine ve Cidde'de bazı tamiratlar ve binalar yapmışlar, özellikle Mısır içinde olan saraya israf derecesinde çok para sarf edilmiş, bütün bunların defterlerinin İstanbul'a gönderilmesi gerekmektedir²⁵.

²² *Mühimme Defteri, hüküm 79, s. 62-63.*

²³ *Mühimme Defteri, Hüküm 80, s. 63.*

²⁴ *Mühimme Defteri, Hüküm, 81, s. 63-64.*

²⁵ *Mühimme Defteri, Hüküm, 82, s. 64.*

Süratle araştırılsın, bu yerler için ne kadar masraf yapılmıştır, kadılarla muhabebeleri görülsün. Bu masaraflar gereklimiydi, bunların müfredatı defterlerini görüp bir sayfasını dahi zâyi etmeden, ayrıca senin zamanında olan masrafların defterlerini de mühürleyip gönderesin²⁶.

Mısır Nâzırına yazılan hükümde

İddia 18) Süleyman ve Hüsrev Paşalar zamanındaki Mısır irsaliyesi her sene birbirinden farklı gelmiş olup bunların ne kadarı haractan, ne kadarı nukud cinsinden ve gılal bahasından olduklarının araştırılması ve bilinmesi konusunda bir hüküm²⁷.

Mısır Beylerbeyi ve kadısına hüküm ki²⁸

İddia 19) Hüsrev Paşa Mısır beylerbeyisi iken Mısır kadısı Leyszade üzerinde bazı mirî malı bulunduğu, Donanma gemilerini yapıtıran Ali Çelebi üzerinde dahi bazı mal bulunduğu, bu hususla ilgili İstanbul'da olan defterleri Sabık Mısır defterdarı Rüstem alıp Mısır'a götürdüğünden bu hususun aslı bilinmek kabil olmadı.

Hüküm varınca Mısır'da olan defterlerden ve Rüstem'in alıp götürdüğü defterlerden yerli yerinde ehl-i vukuftan öğrenip bildiresin²⁹.

Haleb Kadısı Mevlana Salih Çelebi'ye hüküm (Karşılıklı itham ve dört müfettiş)

Hüsrev Paşa Divan-ı Humayun'a gönderdiği defterde

İddia 20)

A) Süleyman Paşa Mısır Beylerbeyi iken emval-i hassa hususunda bazı zâyiat ve yolsuzlukları olduğunu; B) Süleyman Paşa da Hüsrev Paşa'nın mal konusunda bazı usulsüzlükleri olduğunu bildirmiştir.

Her iki hususunda acilen görülmesi mühim olup, **1)** Mısır Beylerbeyisi Davud, **2)** Mısır kadılığı verilen Muhyiddin, **3)** Mısır Nâzırını Mehmed, **4)** Diyanet, emanet, hüsn-i ihtimam ve istikametine itimat edilen Haleb Kadısı Salih Çelebi müfettiş tayin olunmuşlardır. Bu teftiş sebebiyle Haleb kadılığı başkasına verilip, Salih Çelebi'ye Mısır hazinesinden 25 Aralık 1544'den itibaren yevmi 200 akçe vazife, Mısır anbarından otuz mud buğday ve elli mud arpa tayin olunmuştur. Bu ücret ve tereke senin teftiş görevin devam ettiği müddetce sana tahsis edilmiş olup, ödenmesi için Mısır Beylerbeyine hüküm gönderilmiştir.

²⁶ *Mühimme Defteri, Hüküm, 82, s. 64.*

²⁷ *Mühimme Defteri, Hüküm 92, s. 78-79.*

²⁸ 93 numaralı bu hüküm karalanmıştır.

²⁹ *Mühimme Defteri, Hüküm 93, s. 80.*

Maiyetinizle birlikte süratle yola çıkıp Mısır'a varmalısınız. Mısır'da konuları araştırıp hiç bir şeyi atlamadan defter edip Divan-ı Humayunuma gönderesiniz³⁰.

Mısır Beylerbeyisi Davud, Mısır kadılığı verilen Muhyiddin, Haleb kadısı Salih Çelebi, Mısır nâzırı emvali Mehmed Çelebi'ye hüküm ki:

Hüsrev Paşa vediti defterde:

İddia 21) Süleyman Paşa Mısır'dan Hind'e gittiğinde Mısır vilayetine salgın salgın iki yıllık hasılın alıp gidip, ayrıca çokca teçhizat ve silah zâyi olmuştur.

Sorular: Mısır divanındaki ruznâme, mukâtaa ve muhasebe defterlerinden iyice araştırılsın. Süleyman Paşa salgın salmış mıdır, Salmışsa ne miktar almıştır, sonra altın silah ve esbabı Mısır'a tekrar teslim etmiş midir?

Bütün bunları araştırıp teftiş defterleriyle birlikte Divan-ı Humayunuma gönderisiz³¹.

Mısır Beylerbeyi Davud Paşa'ya gönderilen hükümde,

Hüsrev Paşa Divan-ı Humayun'a gönderdiği defterde

İddia 22) Hüküm 97'de olduğu gibi halef selef iki paşa arasındaki karşılıklı suçlama ve ithamları araştırmak üzere müfettiş olarak görevlendirilen dört müfettişin konuyu araştırması hakkında hüküm³².

Dörtlü teftiş heyetine gönderilen hükümde

İddia 23) Karşılıklı suçlama

Vekil tayini: Birbirini suçlayan halef selef iki paşa kendileri teftiş mahalline gitmeyip, birer vekil tayin edip Mısır'a gönderiyorlar.

Vekiller muvacehesinde iddiaların hak üzere tek tek görülüp sonucun Divan-ı Humayuna bildirilmesi emredilmiştir.

11 şevval 951 / 26 Aralık 1544, Cuma³³.

Mısır Beylerbeyi Davud Paşa'ya gönderilen hükümde³⁴,

İddia 24) Halef selef iki paşa arasında karşılıklı suçlama ve tayin edilen dört müfettişin konuyu enine boyuna araştırması³⁵.

³⁰ *Mühimme Defteri, Hüküm 97, s. 82.*

³¹ *Mühimme Defteri, Hüküm 98, s. 83.*

³² *Mühimme Defteri, Hüküm, 99, s. 84.*

³³ Divandaki tartışmadan bir ay sonra bu teftiş başlıyor.

³⁴ *Mühimme Defteri, Hüküm 101, s. 65.*

³⁵ Dört müfettişten birine ecel erişirse teftişi tatil etmeyip üç kişiyle aynen devam edilmesi, durumun İstanbul'a bildirilmesi.

Mısır Beylerbeyine ve Nâzır-i emvaline gönderilen hükümde:

İddia 25) Mısır Defterdarı Cânım Hamzavî öldüğünde nukud, emval, esbab, emlak ve davardan neleri vardı, mîriye ne miktarı zabtolundu, ne kadarı Hind seferine sarfedildi? Cânım Hamzavî'nin evkafı araştırılsın vakıf malları kendi mükü olup sonra vakıf mı yapılmış, ne tarihte vakıf yaptı nereye vakfetti, her bir vakıftan yılda ne hasıl olur? Bütün bu husular iyice araştırılsın

İddia 26) Hüsrev Paşa Mısır Beylebeyi iken İstanbul'a irsal eylediği altından eksik (kesr) gelen 140008 sikke altının ahvali görülmek için hüküm gönderildi.

Bu iki hususun süratla tahkik edilip diğerleri beklenilmeden sonuçlarının gönderilmesi

Nâzır-ı emvale ayrıca ikaz : Nâzır-ı emval olarak irsaliyedeki eksiklik (kesr) meselesi senin çok iyi bildiğin bir konudur. Tamamen hak üzere olup aslını bildiresin³⁶.

Dörtlü teftiş heyetine gönderilen hükümde

İddia 27) Hüsrev Paşa'nın Süleyman Paşa hakkında mîrî malı ve başka hususlara ait ithamı.

Merkezin İkazı: Kazayayı teftiş ederken Hüsrev Paşa'yla ilgili bir olumsuzluk farkederseniz, gelen emirde bu husus zikredilmemiştir demeyiniz hiç geçikmeden ihmal etmeden araştırınız ve İstanbul'a arz ve i'lam eylesiniz³⁷.

Mısır Beylerbeyi ve Mısır ve Haleb kadılarına gönderilen hükümde,

Hüsrev Paşa verdiği defterde

İddia 28) Süveyş'de bina olunan donanma-ı humayuna emin olan Ali Çelebi'nin mübalağa yolsuzluğu (beliyyatı) olup, eski müftü ve kadı olan Mevlana Şeyh Muhyiddin bu hususu imzalı olarak İstanbul'a göndermişti.

Bunların etraflıca tesbit edilen yolsuzluğu (bel'iyyat ve ketmiyyatı) araştırıp, yazıp İstanbul'a arz eylesiniz³⁸.

Mısır Beylerbeyine gönderilen hükümde,

İddia 29) Mısır Beylerbeyine gönderilen teftiş mevzuu ile alakalı bu nihaî hüküm doğrudan Hüsrev Paşa'nın adamı Canım Hamzavî ve oğlu Seydi Yusuf'un vakıfları ve miriye ait borçlarının teftiş edilmesi, bu konuda Hüsrev Paşa'nın onu temize

³⁶ *Mühimme Defteri, Hüküm 102, s. 86.*

³⁷ *Mühimme Defteri, Hüküm 103, s. 86-87.*

³⁸ *Mühimme Defteri Hüküm 107, s. 88-89.*

çıkaran raporuna itimat etmeyip bizzat konunun araştırılması ve Divan-ı Humayuna bildirilmesiyle ilgili hüküm olup tarihi bulunmamaktadır³⁹.

Sonuç olarak, XVI. asır ortalarında devletin güç ve iktidarının zirvede olduğu, bürokrasinin yerleşmiş, hak hukuk kavramlarının Batılı gözlemcilerin bile hayranlığını çektiği bir dönemde bu ve buna benzer tahkikatlar bir çok bakımdan değerlendirilmeğe layık niteliktedir.

Bu tür olayların o asırda nâdir olmadığı, değişik örneklerinin bulunduğu bilinmelidir. Başka mevzular bir tarafa sadece Mısır eyalet gelirlerinin tahsili ve yerli yerinde sarf edilmesi, irsaliyesinin gönderilmesi mevzuunda bile o asırda kaç tane tahkikat bulunmaktadır. Bu tahkikat devlet bürokrasisinin işleyişi, takibi ve gösterilen hassasiyet bakımından dikkat çekicidir.

Burada şikâyet konusunun araştırılması farklı görevler ifa eden dört ayrı yetkiliye havale edilmesi devletin bu konulara verdiği önemi gösterdiği gibi, defeatle kendilerinin diyanet, emanet, istikamet sahibi olmaları sebebiyle, bu tahkikatın kendilerine verildiğine vurgu yapılması da dikkate değer bir noktadır.

Ayrıca hemen her iddia ile ilgili sorulması ve araştırılması gereken hususlarla dair onlarca soru teftiş heyetine hatırlatılmış, bir harfin dahi atlanmadan bütün tahkikatın deftere yazılıp merkeze gönderilmesi istenmiştir. Konunun tahkikinde birinci derecede Mısır Divanı defterlerine, eksik kalan hususlarda Divan-ı Humayun defterlerine müracaat emredilmiştir. Bu meyanda şahitler dinlenmesine, mahallinde tahkikat yapılmasına sıklıkla vurgu yapılmıştır. Bütün bu safhalarda kimsenin tesiri altında kalınmaması ve kimseden korkulmaması gerektiği tenbih edilmiştir.

³⁹ *Mühimme Defteri*, Hüküm 125, s. 101-103.

MOLLA LÜTFİ ZINDIKLIK İTHAMIYLA MI ÖLDÜRÜLDÜ?*

(Was Mulla Lutfi Sentenced to Death for His Blasphemy?)

İsmail E. ERÜNSAL**

ÖZET

Tarihçiler ve hukuk tarihçileri II. Bâyezid dönemi ulemâsından Molla Lütfî'nin zındıklık suçlamasıyla muhakeme edildiği ve suçunun sabit görülmesi dolayısıyla idam edildiği konusunda müttetiklerdir. Ancak bu kabul Osmanlı hukuk sistemiyle ve dönemin ulemâsıyla ilgili ortaya bazı sorular çıkarmaktadır. Acaba gerçekten Molla Lütfî iddia edildiği gibi zındıklık suçlamasıyla mı idam edildi yoksa bu idam kararının arkasında ulema arasındaki rekabet ve bunun siyasi neticeleri mi etkili olmuştu? Bu makalede Molla Lütfî'nin akranlarının tertipleriyle ve zındıklık suçlamasıyla öldürülüp öldürülmediği yeni bilgiler ışığında tartışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Zındıklık, Molla Lütfî, ulema, Osmanlı Devleti

Abstract

According to historians and legal historians, Mulla Lutfi was accused of blasphemy and sentenced to death for his crime, but this recognition poses some problems concerning the Ottoman legal system and the ulama of that time. Had Mulla Lutfi actually sentenced to death for his blasphemy as claimed by contemporary scholars, or did the rivalry among the ulama and the political consequences of that antagonism cause such a sentence? In the light of new evidences, I will argue whether or not Mulla Lutfi was sentenced for that crime and killed as a part of a conspiracy organized by his peers.

Keywords: Blasphemy, Mulla Lutfi, ulama, Ottoman Empire.

* *Türklük Araştırmaları Dergisi*'nin 19. sayısında yayımlanan (İstanbul 2008, s. 179-196) makalenin genişletilmiş şeklidir. Bu makalenin yazımı sırasında yardımlarını gördüğüm asistanım Dr. Bilgin Aydın'a ve makaleyi okuyup görüşlerini bildiren değerli meslekdaşlarım Prof. Dr. Feridun Emecen'e ve Prof. Dr. Kemal Beydilli'ye teşekkür ederim.

** Prof. Dr., İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, Türk Dili ve Edebiyatı Bölümü öğretim üyesi.

Tarihçiler ve hukuk tarihçileri II. Bâyezid dönemi ulemâsından Molla Lütî'nin zındıklık suçlamasıyla muhakeme edildiği ve suçunun sabit görülmesi dolayısıyla idam edildiği konusunda müttetiklerdir. Ancak bu kabul Osmanlı hukuk sistemiyle ve dönemin ulemâsıyla ilgili ortaya bazı sorular çıkarmaktadır. Acaba gerçekten Molla Lütî iddia edildiği gibi zındıklık suçlamasıyla mı idam edildi yoksa bu idam kararının arkasında ulema arasındaki rekabet ve bunun siyasi neticeleri mi etkili olmuştu. Bu makalede Molla Lütî'nin akranlarının tertipleriyle ve zındıklık suçlamasıyla öldürülüp-öldürülmediği yeni bilgiler ışığında tartışılacaktır.

XV. yüzyılda zındıklık ve mühlidlik suçlamasıyla idam edilen II. Bayezid dönemi âlimlerinden Molla Lütî, kendine özgü bir şahsiyete sahip olması sebebiyle dönemle ilgili biyografik kaynaklarda uzun uzadıya yer aldığı gibi, trajik ölümü dolayısıyla da birçok araştırmaya konu olmuş ve idamının sebepleri de tartışılmıştır. Molla Lütî'nin hayatını ele alan kaynaklardaki bilgiler, bu konuda yapılan çalışmalarda gereği gibi değerlendirildiğinden¹ bu makalede bunların üzerinde durulmayıp sadece Molla Lütî'yi idama götüren süreçte hakkında yapılan şikâyetler ve ithamlar ortaya konulmaya çalışılacak ve katli konusuna farklı bir bakış açısı getirilip-getirilemeyeceği münakaşa edilecektir.

Molla Lütî'yle ilgili olarak yapılan araştırmalarda genellikle bu meselenin fikir hürriyeti bağlamında ele alındığını² ve XV. asırda Osmanlı devletinin resmî düşüncüyle uyuşmayan farklı görüş ve fikirleri bastırmaya ve engellemeye çalıştığını göstermeye gayret edildiğini görmekteyiz. Başlangıç noktası bu olunca da kaynaklardan bu hususu destekler cümleler seçilerek alınıp Molla Lütî “Namaz dedikleri kuru kıyam ve inhinâdur” dediği için bağnaz Osmanlı toplumu tarafından ilhâdla suçlanarak “seyf-i şerî'atle” katledilmiştir gibi bir sonuca varılabilmektedir.³ Sadece böyle bir

¹ Bu meselenin arka planının detaylı bir şekilde incelenmesi ve geniş bir tahlili ve bu konuda yapılan çalışmalar için bkz. Ahmet Yaşar Ocak, *Osmanlı Toplumunda Zındıklar ve Mühlidler (15.-17. Yüzyıllar)*, 2. Baskı, İstanbul 1999, s. 205-227.

² “fut mit à mort à cause de ses idées”: Abdülhak Adnan, *La Science chez les Turcs Ottomans*, Paris 1939, s. 35; “Osmanlı Türkiyesinde ilim ve fikir namına uğranılan ilk felaket olsa gerekir”: Adnan Adıvar, *Osmanlı Türklerinde İlim*, İstanbul 1943, s. 47; “Öyle ki, Molla Lütî (öl. 1495) gibi hür düşünceli bir bilgin, kendisine kıyan mutaasıp gurubun “zındık” töhmetiyle hüküm giymiş, II. Bayezid istemeye istemeye, Hatibzâde'nin ısrarıyla idam kararını tasdik etmek zorunda kalmıştır”: Gönül Tekin, “Türk Edebiyatı: 13.-15. Yüzyıllar”, *Osmanlı Uygurluğu*, c. 2, yayına hazırlayanlar: Halil İnalçık ve Günsel Renda, İstanbul 2003, s. 521.

³ Buna rağmen, Hatipzade, adeta imza toplayarak, idam fetvasını tertibe muvaffak oldu; Molla Lütî; “Namaz kılmak kuru kuruya eğrilip doğrudur” demiş, dolayısı ile kâfir olmuştu ! Padişahdan fermanı da alındı, aksi takdirde, kul taifesi zaptedilemezdi ! Yeniçeriler, gûyâ, “Medresede kâfir müderris varmış !” diye galeyana gelirlerdi ! Molla Lütî küfür isnâdından elbette çok muztarip idi. Fakat devlet erkânından hiç kimse, Molla Lütî'nin Sinan Paşa için gösterdiği medeni cesareti göstermedi ve Molla Lütî, “Kelime-i şahadet getiren bir kâfir” olarak, 24 Aralık 1494 Salı günü Sultanahmet Meydanı'nda (At Meydanı) şehit edildi”: Hüseyin Hatemi, “Bilim Tarihimizde Bir Anıt İsim: Molla Lütî”, *Yeni Dergi*, Nisan-Mayıs 1994, Ankara, s. 16.

bahaneyle ve bir tertip sonucu dönemin büyük bir ilim adamının katledildiğini söylemenin, dönemin ilim zihniyetini ve hukuk sistemini pek de basite almak olup-olmadığı ise düşünülmemektedir.

Kaynaklarda ve belgelerde Molla Lütfi ile ilgili farklı suçlamalar bulunmaktadır. Bugüne kadar hemen hemen bütün araştırmalar *Şakaik* ve *Şaka'ık*'ın Mecdî tercümesine dayanmaktadır. Bilindiği gibi *Şakaik*, Molla Lütfi'nin idamından 58; Mecdî tercümesi ise 87 yıl sonra kaleme alınmışlardır. *Şakaik* müellifinin problemleri meselelerde konunun tafsilatına girmeyip ihtisar etme gibi bir eğilimi vardır. *Şakaik*'a göre katlinin sebebi, dönemin ulemâsının Molla Lütfi'nin ilmine, irfânına hasetleri ve Molla Lütfi'nin sivri dilli oluşudur. Bu yüzden, başta Hatib-zâde olmak üzere, dönemin ulemâsı ilhâd ve zendeka suçlamasının arkasına sığınmışlar ve Molla Lütfi'nin hakkından gelmişlerdir.⁴

Mecdî ise genellikle konuya katkısını artırdığını gösterebilmek için süslü cümlelerle yaptığı tercümesini diğer kaynaklardan ve özellikle de şuarâ tezkirelerinden naklettiği bilgilerle⁵ zenginleştirme çabasındadır. Mecdî'nin mahkeme safahatıyla ilgili bilgileri nereden aldığı meçhuldür. Mecdî mahkeme sırasında 200 şahit dinlendiğini, her birinin bir madde naklettiğini yazmaktadır.⁶ Mecdî'ye göre de Molla Lütfi'yi idama götüren sebep, ulemânın tertibiyle ortaya atılan zendeka ve ilhâd suçlamasıdır. Ancak Molla Lütfi'nin katlinden uzun uzadıya bahseden Mecdî'nin *Latîf Tezkiresi*'ndeki aşağıda göreceğimiz "aşere-i muhabbese" hadisesinden hiç bahsetmemesi dikkat çekicidir. Dönemin bilinen kaynaklarının dışında Molla Lütfi ile ilgili bazı arşiv belgeleri de günümüze ulaşmıştır. Bunlardan en önemlisi meselenin anlaşılmasına önemli bir katkı sağlayan Molla Lütfi hakkında yazılan şikâyet mektuplarıdır.

Molla Lütfi hakkında yazılan üç şikâyet mektubu Topkapı Sarayı Arşivi'nde bulunmaktadır. Bu mektuplardan biri (TSA. E. 6345) imzalı, diğer ikisi ise (E. 8101 ve E. 10160/80) imzasızdır.⁷ Ancak muhteva ve üsluplarından anlaşıldığına göre üçü de Sinan Paşa'nın kardeşi Ahmed Çelebi [Paşa] tarafından yazılmıştır. Ahmed Çelebi, Molla Lütfi'ye şu konularla ilgili olarak ithamlarda bulunmaktadır:

⁴ Taşköprülü-zâde, *eş-Şekâ'iku'n-Nu'maniye fi 'Ulemâ'i'd-Devleti'l-Osmaniye*, neşreden Ahmed Subhi Furat, İstanbul 1985, s. 279-283.

⁵ *Şakaik-ı Nu'maniye ve Zeyilleri, Hadaiku-ş-Şakaik*, A. Özcan'ın önsözü, s. XV, İstanbul 1989.

⁶ Mecdî, s. 297. Mahkeme safahatını bu kadar detaylı anlatan Mecdî, Molla Lütfi'nin hâfız-ı kütüplüğü ile ilgili bilgiyi yanlış nakletmektedir. Mecdî'ye göre Molla Lütfi, II. Bâyezid'in zamanında Hizâne-i âmire'deki kitaplara hâfız-ı kütüb olarak tayin edilmiştir. Mecdî, s. 296.

⁷ Bu mektuplardan ilk ikisini bulup "Fatih Devri Kütüphaneleri ve Molla Lütfi Hakkında Birkaç Not", *İ. Ü. Edebiyat Fakültesi, Tarih Dergisi*, no. 33, İstanbul 1982" adlı makaleme ilim âlemine duyurmuş ve bazı bölümlerini de neşretmişim. İbrahim Maraş, üçüncü mektubu ortaya çıkardı ve Molla Lütfi hakkında hazırladığı tezde (*Molla Lütfi, Felsefi ve Kelâmî Görüşleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Ankara 1992, s. 13-19) bu mektupların metinlerine yer verdi.

Mektuplardaki ithamlar:

1. Sinan Paşa'nın muhalefatıyla ilgili olarak bazı yolsuzluklar yapmıştır.
2. Fatih Sultan Mehmed'in kütüphanesindeki vakıf kitaplara hiyanet edip bazı kitapları değiştirmiş ve satmıştır.
3. Önceki eşine talakını vermek için elli-altmış bin akçe almıştır
4. Tokat'ta bir kişinin yirmi bin akçesini almıştır.
5. Darülhadis Medresesi'nin kütüphanesindeki *Sıhab-ı Cevheri* adlı eseri yerine başka bir nüsha koyarak almış, fakat fark edilince geri vermiştir.
6. Saray Kütüphanesi'nde görevliyken hiyanet ettiğini Sinan Paşa fark edince durumu gizlemiş; ancak görevinden azlettirmiştir.
7. Sinan Paşa'nın vakfiyesini gizleyip vakıfta yolsuzluklar yapmış ve bu husus Molla Kestelli tarafından teftiş edilip ortaya çıkarılmıştır.
8. Yapılan soruşturmalardan yalancı şahitler bularak kurtulmaya çalışmıştır.
9. Sinan Paşa'nın beşer altışar binlik kitaplarını otuzar kırkar akçalık kitaplarla değiştirmiş ve satmaya çalışmıştır. Otuzar kırkar akçalık kitaplar da başkalarına ait olup "bir tarik-i hiyanet" ile elde etmiştir.
10. Fatih Sultan Mehmed zamanında hiyanetinden ötürü Kazasker Meclisi'nde ta'zir olunmuş ve bimârhâneye girmiştir.

Mektuplarda Molla Lütfi "şerîr ü gaddâr bî-dîn ü bî-i'tikâd ü müzevvir ü mekkâr, zâlim dinsüz harâmî" olarak nitelendirilmekte ise de, zındıklık ithamıyla ilgili olarak herhangi bir hadiseye yer verilmemektedir. Ayrıca Ahmed Paşa, "Lütfî'ye ta'alluk[1] olmayan her ahad -kâyinen men kân- bu hâlâta ta'accüb idüp Lütfî'nin tezvîrine câzim olup bunun gibi zâhirüt-tezvîr müstehikkü's-siyâse kazıyyede bu kadar te'hîr olunup hak yerine varmadığına mütehayyirlerdir" dediğine göre, Molla Lütfî'nin yukarıda sıralanan uygunsuz davranışlarından ötürü siyaset edilmesini istemektedir.

Bu ithamların çoğunun ne derecede doğru olduğunu söyleyebilmek için herhangi bir belge veya bilgiye sahip değiliz. Sadece II. Bâyezid döneminde hazırlanmış bir katalogda⁸ kitaplarla ilgili ithamların doğru olabileceğini düşündürebilecek birkaç kaydın mevcudiyetinden haberdar bulunmaktayız. Mehmed b. Ali el-Fenârî tarafından hazırlanan Fatih Câmii Kütüphanesi'ne âit bu katalogda, kayıp kitapların yerine alınan kitapları bildiren notlar bulunmaktadır. Yirmiye yakın kitabın yanında "Evvel varakının evvelinde Mevlânâ Lütfî *Muhît*den bir cild diyü teslim itdi diyü yazılmış"; "Zahrında Mevlânâ Lütfî Halife teslim itdüğü kitaplardandır diyü yazılmış"; "Evvel varakının Besmelesi üstünde müselle-i Lütfî Halife 'ala'l-mütevelli diyü

⁸ BOA. D. HMH. SFTH. 21 941/B.

yazılmış” şeklinde notlar mevcuttur. Kayıp kitapların hepsi Fatih Sultan Mehmed Vakfı’ndandır. Daha sonraki tarihlerde bu kütüphaneye vakfedilen koleksiyonlardaki kitaplarda bu şekilde herhangi bir not bulunmamaktadır.

Molla Ahaveyn’in risalesindeki ithamlar⁹: *Mecdi* ve *Şaka’ik’a* göre mahkeme heyetinde yer alıp Molla Lütfi’nin idam kararına katılmakta önce tereddüd edip sonra bu kararı onayan Molla Ahaveyn’in zındıklıkla ilgili olarak kaleme aldığı risalesinde (*Ahkâmü’z-Zındık*) Molla Lütfi hakkında yaptığı suçlamalar şunlardır:

1. Peygamberliği “olabildiği kadar inkâr etmesi”.
2. Hâfız-ı kütüb olarak tayin edildiği sultanın kitaplarına ihanet etmesi ve bu yüzden azl edilmesi.
3. Feylesofların safsatalarına yapışıp şeriatın yüce düsturlarına taarruz etmesi.
4. Şahitlerin beyanlarına göre zındıklık, sebb (dine ve peygambere hakaret), ridde (dinden çıkma) suçlarını işlemesi.
5. Dili boşanmış, dizginleri saliverilmiş, deliliğe sığınmış, rezilliği yüzüne almış bir kişi olması.

Ahaveyn’in Molla Lütfi’ye isnâd ettiği suçlamalardan ikinci ve beşincisi hariç, diğer üçünden herhangi birinin sübutu halinde Molla Lütfi’nin zındıklığına kolayca hükmedilip katline fetva verilebilirdi. Ancak Ahaveyn’in nakline göre, bu toplantıda bulunan ulemâ için böyle bir karar vermek hiç de kolay olmamıştır:

Bunun üzerine aralarına görüş ayrılığı düştü ve mecliste karşılıklı mücadele ve çekişme uzayıp gitti. Ve bir hayli sürtüşme ve çekişmeden sonra, nihayet katline ve yeryüzünü onun saptırmalarından ve sapkınlıklarından temizlemeye hükmetmekte anlaştılar¹⁰.

Molla Lütfi’nin kesin olarak zendeka ve ilhâd suçunu işlediği sabit olmuşsa ulemâ niçin mücadele, sürtüşme ve çekişmeden sonra bir karara varabilmiştir?

Latifi ve Sehî’nin Molla Lütfi’nin katliyle ilgili olarak gösterdikleri sebepler:

Her iki tezkire yazarının naklettikleri, bu meseleye yeni bir boyut kazandırmaktadır. Sehî Bey, Molla Lütfi’den bahsederken katliyle ilgili olarak şu bilgiyi vermektedir:

Latife babında ihtiyarı olmayıp kimi gerekse donadup her kişinin hakkında garâyibât söylerdi. Ol ecilden mevâlden bazı ittifak idüp münafaka sureti ile sâhib-devletlere ğamz eyleyüp küfür söyledi diyü şehâdet itdiler. İstanbul’da At Meydanı’nda boynun urup katl eylediler.¹¹

⁹ Ocak tercümesi kullanılmıştır. *Zındıklar*, s. 346-347.

¹⁰ Ocak, *Zındıklar*, s. 347

¹¹ *Heşt Bihişt. Sehî Beg Tezkiresi*, hazırlayan Günay Kut, Harvard Üniversitesi Basımevi 1978, s. 151-152.

Görüldüğü gibi Sehî Bey, *Tezkire*'sinde Molla Lütî'ye ayırdığı bölümde katline sebep olarak sadece düşmanlığını kazandığı kişilerin anlaşarak kendisine küfür isnâd etmesini göstermektedir. Ancak Sehî Bey, Latîfi'nin "Mevlânâ Lütî-i maktulün musâhiblerinden ve cümle-i 'aşeresinden biridir" dediği Abdülvâsi Çelebi'den bahsederken:

'Aşere-i muhabbesendir. Merhûm Sultan Bâyezîd ol tâyifeye hışm itdükte her biri perâkende olup terk-i diyâr idüp ğaybet itmişdi. Ol zamanda bu dahi diyâr-ı Aceme çıkup niçe zaman şughul idüp kesb-i fezâ'il ve tehzib-i mesâ'il kılup bunda Rûm'a geldükde râğbetle müderris olup âhir pâdişâh-ı sâhib-kıran zamanında kâdiasker oldu.¹²

demekte; ancak bu hadiseyi Molla Lütî ile irtibatlandırmamaktadır. Sehî'nin naklinden "aşere-i muhabbese"nin o devirde yaşayanlar tarafından bilinen bir hadise olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan Latîfi'nin bu konuya daha geniş bir yer verdiğini görüyoruz. Latîfi sivri dilliliği ve dönemin ulemâsına meydan okumasına dâir bazı örnekler verdikten sonra katline sebep veya bahâne olarak 'aşere-i muhabbese olayını göstermektedir¹³:

Elhâsıl mevlânâ-yı mûmâ-ileyhin bu gûne nüktelerinden ve bu makule isti'âre ve kinâyelerinden ol asruñ mevâlisi ve ahâlisi münfa'il ü münkesir olup mûmâ-ileyhe muhkem hasm oldılar. İttifak ol esnada 'aşere-i muhabbese hadisesi vaki olıcak her taraftan husemâ husûmete yol buldılar ve tîğ-i adâvetlerin ser-tîz idüp kanın dökmege mânend-i seyf-i bî-dirîğ ve hayfa bel bağladılar. Hâl-i mu-sibet-meâlne dost u düşmen sîret-gûlar yüzinden ağladılar."¹⁴

Latîfi, Molla Lütî'ye ilhâd ve zendeka isnâdından hiçbir şekilde bahsetmemektedir. Naklettiğine göre, dönemin ulemâsı "aşere-i muhabbese hadisesini" bir ba-

¹² *Heşt Bibişt. Sehî Beg Tezkiresi*, s. 129-130.

¹³ Latîfi, *Tezkiretü's-Şu'arâ ve Tabsıratü'n-Nuzamâ*, hazırlayan, Rıdvan Canım, Ankara 2000, s. 483-484. Son yıllara kadar yapılan araştırmalarda göz ardı edilen bu hususa ilk defa İbrahim Maraş 1992 yılında hazırladığı yüksek lisans tezinde temas etmiştir (İbrahim Maraş, Molla Lütî'nin Felsefi ve Kelâmî Görüşleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Ankara 1992, s. 19). İbrahim Maraş Latîfi tezkiresinde geçen "aşere-i muhabbese" kaydına dikkat çekmişse de muhabbese kaydını "vakıf mallarını elde etme" olarak yanlış yorumlamıştır. Bu yanlış yorumlama İ. Maraş'ın Latîfi tezkiresinin Mustafa İsen tarafından Latin harfleriyle yapılan sadeleştirilmiş neşrini kullanmasından ve dolayısıyla "muhabbese"nin imlasını yanlış tahmin etmesinden kaynaklanmıştır. Daha sonra Molla Lütî'nin idamının fikhiliği konusunda bir makale yayımlayan Şükrü Özen, İ. Maraş'ın yanlış yorumlamasını düzeltip "muhabbese"nin "mide bulandıran, karıştıran" anlamına geldiğini belirtmiş ve Molla Lütî ve yakınındakilerin hasımları tarafından böyle adlandırıldıklarının düşünülebileceğini söylemiştir (Şükrü Özen, "İslâm Hukukuna Göre Zındıklık Suçu ve Molla Lütî'nin İdamının Fikhiliği", *İslâm Araştırmaları Dergisi*, no. 6, İstanbul 2001, s. 47-48). Ş. Özen de Latîfi tezkiresinin sadeleştirilmiş metnini kullanmıştır.

¹⁴ Latîfi, s. 483-484.

hane olarak kullanmış ve “Akibetü’l-emr katlini mûcib ü muktazî nesne idüp katli hususunda ikdâm u ihtimâm ve kıyâm-ı tâmm gösterüp emrin tamâm”¹⁵ etmişlerdir. Latîfi “ aşere-i muhabbese” hadisesi ile ilgili olarak Vâsi’î Çelebi’ye ayırdığı bölümde şu mütemmim malumatı vermektedir:

Mevlânâ Lütî-i maktulün musâhiblerinden ve cümle-i aşeresinden biridir. Ol zamânda ki ‘aşere hadisesi vâki’ olup ol tâyife teftiş emr olundukta hemân Vâsi’î degül hep bunlar Vâsi’ ancak diyü Sultan Bâyezid ol tâyifeye kahr u gazab sûretlerin göstericek bunların her biri havf u hazerden ıztırârî her biri bir cânibe firâr ve terk-i diyâr itdükte mumâ-ileyh dahi çıkup vilâyet-i ‘Acem’e gitmişdi ve müddet-i mütemâdî anda ‘azîm şugl itmişdi. Vakta kim bu hadise murûr-ı devrânla nisyân buldukta bu dahi yine diyâr-ı Rûm’a avdet idüp kadi-i taht ve kadi’asker oldu.¹⁶

Molla Ahaveyn’in *Abkâmu’z-Zındık* risalesindeki şu satırlar da muhtemelen bu hadiseye işaret etmektedir:

“Kendisini sefih talebeden oluşan bir topluluk ve kısa akıllı câhillerden meydana gelen büyük bir kalabalık taklide başladı. Sapkınlığı güçlendi ve neredeyse insanların çoğu peşine takılır oldu. [Bunun üzerine] durum..... Sultan Bâyezid Han’ın eşiğine arz olundu. Bunun üzerine sultan hemen önce aşırı taraftarlarının, sonra da bizzat onun hapsini emr etti”¹⁷

Aşık Çelebi ise hased-i akran yanında Molla Lütî’ nin katlinde İskender Paşa’nın da rol oynamış olabileceğini imâ etmektedir:

“Kezâlik Hatib-zâde’nün Hâşiye-i Tecrîd’i hakkında muzahrefâtur, ben anun ipligin bâzâra çıkardayum, dakîkaların inceden inceye eleyüp götüne elek asayum diyü tonadurmuş. Vüzerâ-yı vaktiden İskender Paşa’nun dahi ba’zı hususdan merhûmdan tab’ı dil-gîr imiş, her zaman âh fırsatın bulsam dir imiş”¹⁸

Sonuç: Kaynaklardaki nakiller ile Sehî ve Latîfi’nin verdiği bilgiler göz önüne alınacak olunursa, Molla Lütî’ nin “serbest fikirlerinden” veya zındıklık ve ilhâda hamledilebilecek sözlerinden ötürü öldürüldüğünü söylemek pek kolay olmayacaktır. Her şeyden önce küfrünü açıkca ilan eden ve savunan Molla Kabız’a görüşlerinden vaz geçmesi için tanınan fırsatın Molla Lütî’ye niçin verilmediği sorusuna uygun bir cevap bulunmalıdır. Bilindiği gibi Kabız yakalanarak Divân-ı Hümâyûn’a getirilip uzun süren bir yargılamadan sonra görüşlerini savunamaz bir hâle gelince kendisine tevbe etmesi için nasıl fırsat verildiğini Celâl-zâde Mustafa Çelebi şöyle nakletmektedir:

¹⁵ Latîfi, s. 484.

¹⁶ Latîfi, s. 554-555. Bu bilgi de matbu Latîfi Tezkiresi’nde yer almamaktadır.

¹⁷ Ocak, *Zındıklar*, s. 346-347.

¹⁸ Meşâ’irü’ş-Şu’arâ, c. 2, yay. haz. Filiz Kılıç, İstanbul 2010, s. 731.

Dahi sözün var mıdır? İ'tikad-ı bâtıldan 'udül idüp hakkı kabul ider misin didiler. Mülhid-i mülzem i'tikad-ı fâsîdinde musır ve muhkem olup kabul-ı hakdan imtinâ' eyledi. Sü'-i i'tikad ile dâ'ire-i 'inâdda sâbit-kadem olıcak müfti, hâkimü-şer'a mürâcaat idüp fetvâ emri tamâm oldu. Şer' ile lâzım geleni siz hükm idün didiler. Kadı-ı şer' dahi mülhiden su'âl idüp mezheb-i ehl-i sünnet ve cem'at üzre i'tikadı pâk tarikine sâlik olup döndün mü didiler. Çâre ve imkân olup hakka karar itmedi i'tikad-ı batılinda ke-mâ-kân ısrar üzre olıcak şer' ile katline hükm itdiler".¹⁹

Diğer taraftan *Şekâ'ik* müellifi Taşköpri-zâde, Molla Lütfi'nin katli sırasında orada bulunanlardan bir şahsın kendisine şöyle dediğini nakletmektedir:

[Molla Lütfi] devamlı kelime-i şehâdet getiriyor, kendisine isnâd edilen ilhâd suçlamasıyla bir ilgisinin olmadığını söylüyordu. Başı bedeninden ayrıldıktan sonra da kelime-i şehâdet getirmeye devam ettiği söylenmektedir.²⁰

Mecdî de benzer ifâdeler kullanmaktadır. Molla Lütfi kendisine isnâd edilen ilhâd suçlamasını reddettikten sonra "Hâşâ ki bende küfr ü ilhâd ola" demiştir.²¹

Birbirine benzer iki ilhâd suçlamasında takip edilen farklı uygulamaya nasıl bir izah getirebiliriz ?

Ayrıca dönemin ulemâsının işbirliği yaparak Molla Lütfi'nin katline fetva aldıkları söylemek, aralarında önemli âlimlerin bulunduğu bu topluluğa büyük bir haksızlık olacaktır. *Şekâ'ik* ve *Mecdî*, Molla Lütfi'yi yargılayan heyette bulunan ulemânın zendeka suçunun olduğu hususunda bir görüş birliğine varamadıklarını ve bazılarının alınan karara muhalif olduklarını nakletmektedirler. Molla Ahaveyn de uzun süren bir mücadele, sürtüşme ve çekişmeden sonra ulemânın bir karara vardıklarını söylemektedir. II. Bayezid'in üzerinde görüş birliği sağlanamayan bir kararı onaylamakta ve tahta çıktıktan sonra önemli eğitim kurumlarına tayin ettiği Molla Lütfi'yi sadece bu suçlamayla idama göndermekte pek istekli olmayacağını düşünüyorum. Bilindiği gibi, zendeka ve ilhâdla itham edilmek genelde dinî olmaktan ziyade politik sebeplere dayanan bir suçlamadır ve daha çok Safevî tehlikesinin ileri boyutlara ulaştığı Kanunî Sultan Süleyman'ın hükümdarlık döneminin ikinci yarısında yaygınlaşmıştır.²²

¹⁹ Celâlîzâde Mustafa, *Geschichte Sultan Süleyman Kânûnis von 1520 bis 1557, oder Tabakât ül-Memâlik ve derecâtü ül-Mesâlik*, yay. haz. Petra Kappert, Wiesbaden, 1981, s. 175a-b. Bu konu aynı şekilde *Hasan Bey-zâde Tarihi*'nde ve *Künhü'l-Ahbar*'da da tekrarlanmaktadır.

²⁰ *Taşköprülülü-zâde*, a.g.e. s. 280.

²¹ *Tercüme-i Şekâ'ik*, İstanbul 1269, s. 297.

²² "XV-XVI. Asır Osmanlı Zendaka ve İlhad Tarihine Bir Katkı" adlı makalemde de belirttiğim gibi, şu'arâ tezkirelerinde II. Bayezid döneminde yaşamış "vâsi'-meşreb, Şi'a-meşreb, Hurûfî, Kalendar, fâsık, mülhid birçok şâirden söz edilmekte ve bunların takibata uğradıklarına dâir herhangi bir bilgi de bulunmamaktadır. (*Osmanlı Araştırmaları*, c. XXIV, İstanbul 2004, s. 127-157.

Molla Lütfi'nin zendeka ve ilhâd isnâdı ile değil de Osmanlı hukuk sisteminde suçun unsurları oluşmadığında sıkça başvurulmuş "sâ'î bi'l-fesâd" suçlamasıyla öldürüldüğü²³ ihtimalinin ciddi olarak dikkate alınması gerektiği kanaatindeyim. Toplum için bir tehlike oluşturan bazı fiillerle ilhâd, casusluk gibi bazı suçlarda gerektiğinde hükümdarın siyâseten veya ta'zîren ölüm cezası verebildiğini biliyoruz.²⁴ "Sâ'î bi'l-fesad" da bu tür bir suçlamadır. Molla Ahaveyn'in risâlesinde ve Ahmed Paşa'nın mektuplarında bu ihtimali kuvvetlendirecek cümleler ve özellikle de Latîfî'nin "İttifak ol esnada 'aşere-i muhabbese hadisesi vâki' olıcak her taraftan husemâ husûmete yol buldılar" şeklindeki ifadesi bizi bu şekilde düşünmeye sevk etmektedir. Öyle anlaşılıyor ki çeşitli sebeplerden ötürü birçok kişinin husumetini kazanan ve uygunsuz davranışlarından dolayı bir takım takibata maruz kalan Molla Lütfi, düşmanlarının ithamlarını savuşturmuş ve soruşturmalardan kurtulabilmişse de " 'Aşere-i muhabbese" hadisesinin ortaya çıkışından sonra kendisini savunamaz hale gelmiştir. Muhtemelen zındıklık ithamları, uygunsuz davranışlar, emanete hiyanet ve " 'Aşere-i muhabbese" olayı üst üste gelince Lütfi için mukadder akibet hazırlanmış ve Molla Lütfi'nin toplumun huzurunu bozmaktan dolayı idamına hükmedilmiştir. " 'Aşere-i muhabbese" hadisesi bardağı taşıran son damla olmuştur. " 'Aşere-i muhabbese" hadisesinin ne olduğu ortaya çıktığında eminim ki bu ihtimal kesinlik kazanacak ve o zaman Osmanlı hukuk sisteminin böyle bir komploya alet olduğunu söylemek gibi bir olumsuz düşünceden uzaklaşacağımız gibi, zendeka ve ilhâd suçlamasının Hanefi mezhebine uygun olup-olmadığı münakaşasından ve bu suçlamayla öldürülmenin fikhîliği tartışmalarından da kurtulmuş olacağız.²⁵

²³ Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, neşre hazırlayan V. L. Ménage, Oxford 1973, s. 195-196

²⁴ Mohammad Hashim Kemalî, *The Right to Life, Security, Privacy and Ownership in Islam*, Islamic Texts Society, Cambridge 2008, s. 28-29. Teorik olarak sultana ve vekili olan sadrazama tanınan bu hakkın uygulamada eyalet valileri ve askerî zümrenin ileri gelenleri tarafından da kullanıldığı görülmektedir. Bkz: Boğaç A. Ergene, *Local Court Provincial Society and Justice in the Ottoman Empire: Legal Practice and Dispute Resolution in Çankırı and Kastamonu: (1652-1744)*, Leiden 2003, s. 159.

²⁵ Şükrü Özen, Molla Lütfi'nin katliyle ilgili fetva verilirken "Hanefi mezhebi içinde kalındığını ve burada özel bir formül geliştirildiğini" savunan yazısını şöyle bitirmektedir: "Ne var ki makalemizin başından beri vurguladığımız gibi, Hz. Peygamber ve ilk halifeler döneminde ceza hukukunun konusuna giren bir suç olarak bile görülmeden zındıklık, tarihî ve sosyal olaylar neticesinde içtihadı dayalı olarak 'tövbe kabul edilmeden idam' gibi son derece ağır bir suç haline dönüştürülmüştür. Bütün bunlar ortaya koymaktadır ki bu hükmü aynen benimseyen Osmanlı hukuk sistemi, asıl kaynaklarla irtibat kurmadan sadece yerleşmiş hukuki normları hayata geçirme noktasında odaklanmış ve geçmiş hukuki doktrin ihtiyaçlara imkân vermediği bazı konularda da destekleyici fermanlar ve şeyhülislam fetvalarıyla uygun kanunî yollar üretmiştir. Bu davada şayet hiç değilse en eski Hanefi kaynaklarda ortaya konan mezhebin konuyla ilgili yaygın anlayışı benimsemiş olsaydı, Molla Lütfi'nin şehadet getirmesi ve kendisine zındıklık ve ilhâd vasıflarının bulunmadığını belirtmesi, mahkeme heyeti tarafından tövbe olarak değerlendirilmek durumundaydı". a.g.m. s. 62.

Bu da bir bakıma Molla Lütfi'nin zındıklık ithamıyla katledildiğini savunmanın güçlüğüne göstermiyor mu?

*

*

*

Makalenin yayımından sonra “Aşere-i muhabbese” ile ilgili olarak Hüseyin Enisî'nin XVI. asırda yazdığı *Menakıb-ı Akşemseddin* adlı eserinde enteresan bir bilgi olduğu görüldü²⁶:

Rivâyet olunur ki: Göynük'de Akşemsü'd-dîn'ün bir tâcir komşusu var idi. Ol tâcirün üç oğlu ve bir kızı var idi. Ol kimse gözetdi bir gün şeyh hoş-hâtır olıcak oğlancıkları du'â ve himmet istemeğe şeyhe götürdü. Bunlara nazar idüp mura-kebeye vardı. Başın kaldurup büyügin ticârete iki küçüğün okumağa işâret eyledi. Ol ticârete ta'yin olunan mâldâr oldu, Hindistan'a ticârete gitdi anda vefât eyledi. Ve ol okumağa tayin olunanun biri âlim, kâmil fâzıl zâhid oldu 'âkibet Göynük'ten göçdi Bursa'da Orhaniye Câmî-i şerîfnde imâm oldu kırk yıl imâmet eyledi, Mevlânâ Muharrem Halife dirlerdi. Ve küçücük oğlunun ismi Saferşâh idi cemî' 'ulûm-ı zâhiri tekml idüp ilm-i kelâma ve felsefiyyâta meyl eyledi. İstanbul'da kendüye akran tokuz kişiyle müsâhib oldu nice zamân i'tikâdiyyâta ve felsefiyyâta müvâzabat eylediler. Tahrirât-ı kesîre ve takrirât-ı hazîreleri vardır. Ol kimselerinün her biri ferîd-i asr vahîd-i dehr idiler. Lâkin bi-irâdati'llâh dalâlete düşdiler, 'aşere-i muhabbese diyü halk arasında meşhûr oldılar. Cum'a günü olup halk câmie giricek anlar meyhâneye cem' olurlardı hamr içüp sarhoş olurlardı. Birisi pîş-i hûn tahtası üzerine çıkup istihzâen hatibe taklid eyleridi ve kendüleri tonadurdu, *evveluhâ kara-balı âhirühâ masmas ve hümâ merdûdâni 'indallâhi ve'n-nâsi* dirdi ve buna benzer çok kelimât-ı nâ-meşru' eyidürdü. ... Pes bunların ahvâli meşhur oldu. Sultan Mehemmed bunları ahz olunmak buyurdu pâdişâh havfından bunlar kaçdılar her biri bir taraf gitdi bulımadılar mezkûr mevlânâ Saferşâh diyâr-ı Arab'a vardı, 'arazi-i mukaddesede gezdi enbiyâ ve evliyâ meşhedâtına sâkin olup dergâh-ı Hakka tazarru' eyledi Allâhu ta'âlâ 'inâyet eyledi dalâletden hidâyet ve sa'âdete düşdi âhir yine diyâr-ı Rum'a geldi.

Menâkıb yazarı Hüseyin Enisî müteâkip satırlarda Saferşâh'la olan yakınlığını da şöyle anlatmaktadır:

Pes mevlânâ Saferşâh tasavvufi tekml eyleyüp ilm-i tasavvufta *Ziyâfâtü'l-İhvân bi-Matâ'imî'l-İrfân* adlı kitabı te'lif eylemişdür. Mevlânâ Saferşâh kadı ve müderris olmışdur kabr-i şerifleri Karaman diyarında Elmalu kazasındadır. Ve dahi zikr olunan tâcir Akşemseddin'e üç oğlın ve bir kızın du'â ve himmet istemeğe iletmışdi ki üç oğlunun ahvâli zikr olundu öyle olsa hazret-i şeyh ol kıza evlâd ile himmet eyledi 'âkibet Allâhu ta'âlâ ana evlâd virdi ba'zı toksan ve ba'zı yüz

²⁶ Hüseyin Enisi ve Menakıbı hakkında kısa bir bilgi için bkz: İsmail E. Erünsal, “Hüseyin Enisî ve Menakıb-ı Akşemseddin'i”, *Diyanet İşleri Başkanlığı Dergisi*, c. XI, sayı 3, Ankara 1972, s. 172-175. Eserdeki bu bilgiye dikkatimi çeken değerli meslekdaşım Şükrü Özen'e teşekkür ederim.

yaşına vefât eyledi ortanca oğlu ki Pîr Ahmed Çelebi'dür bu menâkibi cem' iden Emir Hüseyin-i Enîsî'nün vâlidessinün babasıdır.²⁷

Hüseyin Enisî'nin Seferşâh'a yakınlığı dolayısıyla *Menakıb*'ın verdiği bilgilerin doğruluğunu kabul etmemiz gerektiğini düşünüyorum.

BELGELER



²⁷ Ali İhsan Yurt, *Akşemseddin (1390-1459) Hayatı ve Eserleri*, yay. haz. Mustafa Kaçalın, İstanbul 1994, s. 137-138.

Hüve'l-Hakk

Du'â-yı devlet-i ân âsitân bi-gû dervîş
Ki destgîr-i gedâ cüz du'â ne-hâhed bûd

[1] Hazret-i Risâletün sallâ'l-lâhu aleyhi ve sellem münevver ve mutahhar rûhi için bu ruk'a-i 'ubûdiyyete tamamca nazar-ı kimyâ-âsâr [2] müte'allik ola . Ben hâk-i hakirin hasmı olan müderris Lütfi ğâyet şerîr ü gaddâr bî-dîn ü bî-i'tikâd ü müzevir ü mekkâr [3] olduğu için küstahlık olunup bu arz-nâmeyle irtikâb olundu. Ol bana eyledüğü zulmü vü hayfı hâşâ ki kâfir dahî [4] müslümâna ide. Kassâm tashîh idüp ben fakîre virdüğü defterden hâriç kardaşum merhûmun mu'teber mukavvim [5] kitâbların ve esbâbın bel' itdikden sonra vakfın dâhî kendü murâdınca idüp mukarrer müseccel vakf husûs[1] olduğu [6] için tahammül itmeyüp kardeşlerüm merhûmlar yoluna fedâ-i rûha dâhî râzî olup ol âsitânenin adl-i şâmiline [7] ilticâ ve kendü istikâmetüme i'timâd idüp merhûm ve mağfûr hazret-i hüdvendigâr tâbe serâhunun kitâbları hazinesine [8] ve vakf kitâblara Lütfî'nün envâ'-ı hıyânât ve etrâf-ı âlemde gayr-ı mütenâhî itdüğü tezvîrât ve telbîsât ve nifâkları [9] kendüyi irâe-i bâtilasıyla halka satmaları tezvîriyle sâbıkâ zevc-i evvelinden cebrile elli altmış bin akçe alup [10] talâk virmişdür. Bunun emsâli nice tezvîrler itmişdür. Hattâ bu eyyâmlarda Tokat'da bir kimsenün yirmi bin akçesine [11] tezvîr itmiş dirler. Ve Dârül-hadis medresesinin *Sihâh-ı Cevheri'sini* tebdil idüp almış imiş. Hâfız-ı kütüb mücidd olup [12] Mevlânâ Ahaveyn hizmetleri taleb itdükleri sebebden ihtiyât idüp gine virmiş dirler. Saray-ı Âmirede ser-vakte [13] girüp hıyânet-i 'azîme itdüğü ecilden merhûm Sinan Paşa ğâyet ihfâ idüp ol vakit anı hizmetden redd [14] itdürmüşdi. Fakîr edeb[e] ri'âyet idüp anun hâline ke-nârin 'alâ 'alem rûşendür diyu ta'arruz itmeyüp anun benüm hakkımda sen bir âciz ve [15] garîb kaldun diyu gayr-ı merbût iftirâlarına mültefit olmayup el-hakku ya'lû diyüp hayli müddetdir ki envâ-ı mesâyibe mübtelâ [16] ve bî-çâre-i min külli'l-vücûh sergerdân ve âvâre mezellet toprağına yüz sürüp yürürin her ahad ehl-i ilm ve gayrı anun tezvîrine [17] câzim olup ta'accüb iderler. Eğer aksâ-yı memleketde bir edna Türkten vâki' olsa bilâ-mecâl bi-kaderil-istihkâk mücâzât olunurdu. [18] Pây-i tahtda benüm gibi bir ehl-i ilm za'ife böyle hayf ola da hâşâ ol âsitân-ı ma'delet-penâhdan ki hak yerine varup [19] hayf (ü) dâd olmaya. Müseccel mûmzâ-aleyh ma'mûlun bih vakıfnâmei bel' ide. Ketm itdüğüne muttali' olmuş kimse dâhî vardur. Andan ol [20] vakfiye taleb ve tahsîl olunup ve ketm itdüğü hâric-i defter kitâbların ba'zı ki bi'l-fi'l zahir dâhî olmuşdur. Arada sağîre-i [21] yetîme hakkı var. Hem bel' itdüğü vakıf-nâmede vakfiyeti mestûr olan kitâblardan dâhî ba'zı bile bel' itmişdür. Ol [22] gizledüğü kitâblar dâhî çıkarılmaya te'hîrden murâdı ol kişünün dürlü dürlü sûret-i tezvîrlere sülûk itmegimiş. [23] Ol şühûd-ı zûrunun keyfiyet-i rücû'-ı hâli ve bâkî kazâya icmâlen Kadıasker efendilerün ma'lûmlarıdır kişi ta'yyün [24] ve i'tibâr buldukça havfı vü ihtiyâtı ziyâde olacağı iken ol bî-aslın bunun bigi tezvîrâta ikdâmına ve cür'etine sebep [25] olmuşdur. Ğâyet-i acz ü hayretimden

vâkî' olan ben hakîrin küstahlığı ümitdir ki ol cenâb-ı 'izzetde ma'fû ve ma'zûr buyurıla [26] Bâkî fermân yed-i kudret ve taht-ı irâdetde menûtdur. Devlet-i ebed-peyvend rûz-efzûn müstedâm ve müstahkem-bâd bi-Rabbil-'ibâd

Li-abdi'l-müznib bezilül'-merhame Ahmed bin Hızır 'ufiye anhümâ

TSA. E. 6345.

مصطفیٰ علی الفکر کرمی است علی سرزمین مستور مقلد روح پاک ای که از آن بهر آن در این حقیقت است و این است
تشریح و تفسیر آن که هر که با ربی از بی شکوهی احسان او شود بر هر کس که با او در این حقیقت است
تجدید حقیقت و تکرار این مبروم که این تکرار بی چون و چرا با هر کس که این حقیقت است

This image shows a page from a handwritten manuscript in Nasta'liq script. The text is densely packed in approximately 25 horizontal lines. At the top center, there is a large, highly decorative calligraphic heading in black ink, which appears to be the start of a new section or a significant title. The main body of the text consists of smaller, uniform characters, some of which are red (rubrics). The ink is dark, and the paper shows some signs of age and wear, including slight discoloration and minor smudges. The overall appearance is that of a well-preserved but aged historical document.

[1] Hazret-i risâletün salla'llâhü aleyhi ve sellem münevver ve mutahhar rûh-ı pâkî için emr olunan sûret-i istiftâya bî-garaz makbûl [2] olan müftîlerin yazdukları fetvâlara mütâlâ'a olunup bu ruk'a-i ubûdiyete tamâmca nazar oluna müddet-i medîde [3] dir ki mübtezel ve sergerdân yürürüm tâkatım tâk olup inâyet ol âsitân-ı âsumân- rifâtdan ola âmin.

[1] Leb-i edeb ile zemîni bûs idüp hezâr 'acz ve tazarru' ile yüz sürüp ma'rûz-ı bendegî oldur ki eğer bu hâk-ı hakîre [2] zerre eşi'a-i 'inâyet-i hâkâniyye lem'ân itmeyecek olursa vâdi-yi hayretde zulumât-ı mazlûmiyetde vâlih [3] ü sergerdân ve bî-çâre bî-dermân kalmışdır. Bir zâlim dinsüz harâmî bir hânedânun evvel âhir nesi [4] varsa gâret idüp ol iki şâhid-i zûrun birisi merhûm kardeşimin hemân müteveffa olduğu gibi [5] mühür yüzüğün uğrıluyup hiyânet itmiş sonra Lütî anunla ittifâk idüp vakfa anı câbî idüp muradınca şâhid [6] itdürmüş mücerred ekser nefâys kitâbların ki ekser mevâlî ve gayr muttalî'lerdir tahte'l-minber bât [?] ile tebdîl ve tağyîr idüp kıymet [7] ve bahâda yüzbinlikden ziyâde meblağî bel' idüp 'ulûmda vâlid monla merhûmun ve ba'zı Sinan Paşa merhumun [8] ve merhûmun kendünün havâs ve nakdî nesi varsa esbâbun dahî kimin hufyeten kimin 'alâniyyeten dürlü [9] dürlü tezvîrlerle alup muhit olup bi'l-fi'l tasarruf ider el-hâletü hâzihî hiç ihtiyât u bâk(ı) dahî yok [10] zîrâ gördi ki bunun gibi fâhiş tezvîrinde olan zûr şâhidlerin ki bunun gibi kimesnelerdir her birisi niçe [11] vücûh-ı şer'iyeye ile niçe mecrûhlardır zâhîrken, şehâdetlerinde hüccete muhâlif dahî şehâdet ideler [12] onların emsâlî şühûd-ı zûr teftîş olunduğu tarîk-i urfle teftîş olunmayup alâ-vechi'l-istiksâ [13] hallerine ittilâ' maksûd olmayup şöyle meccânen koyuvirildi. Her müteşekkînün müfettişinün 'arz- [14] nâmesi ile 'amel olunup makbûl olur. Mevlânâ Kestelî gibi bî-garaz müstakîm hakkânî monlanun hükm-i [15] hümâyûn mücebince teftîş idüp Lütî'nün hiyânât bâbında ba'zı şühûd-ı udûl ile [16] ve ba'zı ikrâr ve ba'zı ihvân-ı mevâlîden ve gayrıdan ahbâr istimâ' itmekle zâhîr olan kazâyâdan ba'zın ketb [17] idüp arz-nâme ile i'lâm eyledi. Meselâ fevtinden sonra meclisde merhûmun vakfiyesi zâhîr olduğuna [18] hem Lütî dizi altına alup ketm itdiğine ol meclisde hâzır olan muttalî' olan şühûd-ı udûlün şehâdetin [19] i'lâm itdi. Ma'a hâzâ vefât idinceye dek merhûm ben vakf-ı müseccelim üzerine mukarririm deyüp vakfiyesine [20] ve vasiyyet-nâmesine ve vakf olan kitâblarının ve gayrının defterine bir niçe mu'temed Müslüman kimesneleri [21] işhâd itmiş bi'l-fi'l şehâdet iderler. Ve dahî evrâk mahfûz olduğu kutunun mühr[ü] bozulup [22] vasiyyet-nâme ve defter-i merhûm vardır didüğün dahi istimâ' idüp sonra zâhîr olmaduğün dahi [23] ikrâr itdüğün i'lâm eyledi ve Lütî'nün kitâblar bâbında hiyânetine ba'zı 'alâyim ve kassâmın ikrârıyla zâhîr [24] olan ba'zı delâyil i'lâm idüp ve ekser mevâlînin ve merhûmla ihtilât iden kimesnelerin Lütî'nün [25] tezvîrine ve hiyânetine cezmlerin istimâ' idüp i'lâm eyledi. Ammâ ol arz-nâme mücebince şer'le 'örfle [26] hakkından gelinmeyüp şimdiye dek henüz eser zâhîr olmadı. Bu tezvîrâtda sûret-i şer' ile nakza da [27] mecâl olması bu vechle zuhûr bulduktan sonra ber-müceb-i ma'delet ve muktezâ-yı saltanat hak yerine [28] varmak zâhîr iken

mukayyed olunmayup gine sûret-i şer' ile nakz olunmağa havâle olunup müftiye istifât [29] itmek emr olundu. Ma'a hâzâ *Fetevâ-yı Bezzâziye*'de ve *Mutavvel*'de mestûrdur ki sultân bir hâdise-i ma'lûm itse [30] ana vardır ki nakz ide. Fetevâ-yı Muhîr'de bu dahî mestûrdur ki ilm ya müşâhede itmekle ya ikrâr istimâ' [31] idüp ya hâricden akvâl istimâ' itmekle olur deyü. Eyle olsa hiç havf olmayup ol [32] beşer altışar binlik kitâbların ki otuzar kırk akçalık kitâblarla istibdâl itmiştir. Fakir, hazret-i [33] hilâfet-penâhdan -hullidet saltanatuhû- arz olunup fermân-ı kazâ-şân nâzil olmayınca ol- [34] mugayyerâtı satmağa izin ve rızâ virmeyüp men' itdikden sonra ben gâyib iken bir cum'a [35] gün haylisin satmış. Kadıasker efendi meclisinde bi'l-müşâfehe muhâsama idüp Kadıasker dahî emr [36] eyledi ki cemî' kitâbları Bezzâzistan'da fakîr ma'rifetiyle emânet ola gâvgamuz nizâ'muz ber-taraf olunca deyü. [37] Ol kütüb-i muğayyerenün dahî her biri bir kimesnenün ya vakf ya mülkidür, bir tarîk-i hiyânet ile eline girmişdür [38] ba'zınun üzerinde lâzımü'l-mahv hutût vardır. Lâ-cerem ihmâl ve te'hîrle def itmek kâd idüp ekall [39] yârî tedârik itmek için emre imtisâl itmeyüp emânete komadı. Kat'â merhûma ve fakîre ve [40] Lütî'ye ta'alluk olmayan her ahad -kâyinen men kân- bu hâlâta ta'accüb idüp Lütî'nin tezvîrine câzim olup [41] bunun gibi zâhirü't-tezvîr müstehikkü's-siyâse kazıyyede bu kadar te'hîr olunup hak yerine varmadığına [42] mütehayyirlerdir. Vakf husûsunda hod bu za'f-ı muktediye [?] nef-i dünyevî âyid değildir. Hemân merhûm fakîr için [43] ta'yîn idüp hayatında da ba'zın mahalline sarf idegeldüğü vakfın zâhirdir ki 'âdetâ mezarından kendü [44] kalkup hayât bulup tashîh itmez. Zarûrî muktezâ-yı uhuvvetçe merhûmun vakf-ı müseccel murâdınca mukarrer [45] olup hakk-ı fukarâ yerine varsın deyü şunca zamandır ki sa'y ve zahmet çekerüm. Birkaç azizi, varup Lütî [46] erâcif kelimât ile ebâtılın sûret-i hakda irâ'e idüp kendüyi satup ibrâm ve ihlâl ile murâdına [47] tâbi' itdürüp dahî sarîh vakf idüğün bilüp merhûmla söyleşüp Lütî'ye ta'allukunun 'adem-i cevâzın ol [48] merhûmdan ma'lûm eylemişim. Hatta dest-i hattı ile nasihat idüp bu vech üzerine Lütî'ye mektûb gönderdi idi. Fakîr [49] Lütî'ye virmedim bi'l-fi'l turur. Böyle iken hem şer'an dahi vakfda husûsan rucû'da hasm olmazken [50] hasm olup vekil yüzine Lütî'nin tezvîrin istimâ' itdirmiş. Kadıya hükm-ı şerif varmayup müvellâ değil iken [51] fakîr varmağa da tahammül itmeyüp müsâra'at idüp hükm idüp imzâ olunmuş. Ba'de'l-vukû' nâcâr olup [52] hilâf-ı hak her biri mukırr olup yürürler. Bu fakîrin de'b[i] değildir. Bu kadar dahî hâle zarûret ider. [53] pes bi-hamd'l-lâhi Bârî-i te'âlâ 'azze ismühû 'avni ile sûret-i şer'a dahî min külli'l-vücûh muhâlif olup hükm-i kadı [54] bi'l-fi'l bâtl-ı mahz olup sâbıkâ imzâ ve tenfiz itmekle arz[a] mute'allik olmayan makbûl-ı 'âlem mufti Hoca- [55] zâde sellema'llâhu hazretlerinin ma'kul-ı atabesin bile-beyân itmekle dahi bunun hasm olmadığına fetvâsı gelüp mevlânâ [56] Hüsâm-zâde hizmetlerinden dahî bi-'aynihî fetvâ geldi, efendilere ve cemî'-i erkâna 'arz olundu min ba'd hâşâ [57] ol Âsitândan ki nev'a te'hîr olunup hak yerine varmaya. Mütezarri'dür ki bahr-ı kulzum-i inâyet-i hâkânîden [58] emvâc-ı avâtıf-ı hüsrevânî telâtum ve temevvüc idüp 'âlemden bunun gibi tezvîr-i fâhiş idenlerin ırzın [59] kesüb hayf dâd olunup cemî'-i kulûb-ı nâsa hey-

bet ve 'izzet bırakmakla yevm-i âhîret ki [60] *yevme lâ yenfa'u mâlun velâ benûndur* rahmet-i Rabbi'l-'âlemîne ve şefâ'at-ı seyyidi'l- [61] mürseline tevessül kâd oluna hazret-i hüdvendigâr-ı merhûm [62] tâbe-serâhu zamânında Lütfi bimarhâneye girüp Kadîsker olan meclisinde ba'zı hiyânet için ta'zir olduğın cemî'-i 'âlem bilür anı unudup bunun gibi 'azîm tezvîrlere mübâşeret itmiş anun hâli ma'lûmdur ne dimek gerekdür. Bâkî fermân yed-i kudret ve kabza-i irâdete menût ve merbûtdur

Bevt:

Ve fevzütü emrî ilâ ardi bâbihi
Fe-in şâ'e ahyânî ve in-şâ'e etlefâ

TSA. E. 8101

... سنه ...

لدیاب الیوم من یومین ادم مع خیر شریکی
اولدی که موها تب روزگار و کجا بد
چرخ غدار لذنن چرخون حقر ضعیف
لری از قدرت آبی در که اودن بارق دن
آواره نه کل لویجی میجره و کرمان بوستان
عزت ۲ اولان جمع متا صدندن قار
لقی حق و در دیو تعظیم ادب و قویا بندیه
غیره لطفی تک نزهت وین اکلار و الحقی
معلوم دیوب یوررم منو بیکر کیشی معنای
موردی که با جمله حق لبا سکا کتدرب خیزد ایش
اکلار اکلدر لطفی انواع لایم موصوف
اولان زورست علمدن اوقا سیمت ادوب
تکلیف جورب حکم و کیمینه جای ککر کیم جنایا
و سرب نراد خورشایدت اندرب بر کمالی
در که او کردب الدوعی شرعی دوی جمن
کنز لیبوب یورر ظاهرد که اولرک علم لیمان
سوی لولا و ما زله نزهت و بیه معلوم اولوق اولر
سکا دینه اینه لرا ایدرکله و نوز و جیم حکم
اولن غنیز لردن ما اولرکلر و و اوقا جوم ایش
لور اولرکله تدویه اوقا جوم ایش
سکر ایشک معنوی صورت اوقا لرا کتلی جیم
معنوی ایشک لمان اولر اولرکله ایشک جیم ادوب
جیم ایشک لمان اولر اولرکله ایشک جیم ادوب
فرمان بد قدره منوط در جا کتلیکون
خلط غلام دن و اولرکله اولرکله
روزگار فزون میکم با و نهر لقا

[1] Hüve'l-Melikü'l-Adl

[2] Leb-i edeb ile zemîn bûs idüp ma'rûz-ı bendegî [3] oldur ki :

Bu mesâyib-i rûzgâr ve mekâyid-i [4] çarh-ı gaddâr elinden ciger-hûn, hakîr ü za'îf bu müsibetlerin [5] üzerine dört aydır ki evden, barkdan [6] âvâre min kül-li'l-vücûh mütehayyir ve sergerdân bu âsitâne-i [7] izzetde olan cemî'-i mekâsıdından kardaşlık [8] hakkıdır deyü takdîm idüp vakıf malında ve [9] gayrıda Lütfi'nin tezvîrin izhâr idüp *el-hakkû* [10] *ya'lû* diyüp yürürüm. Müzevvinin dahî ma'nâsı [11] budur ki bâtila hak libâsın geydürüp gayr-ı vâkî'i vâkî' [12] izhâr itmekdür. Lütfi envâ'-ı töhmetle mevsûf [13] olan zûr şâhidlerin evvel töhmet idüp [14] çeküp çevirüp sonra kimine câbîlik sonra kimine dünyâ [15] virüp murâdınca şehâdet itdirüp bir iki aydır ki [16] öğredüp alduğı şer'î didüğü hüccetin [17] gizleyüp yürür. Zâhirdir ki ol şâhidler yalan [18] söyledük dimezler. Tezvîr ma'lûm olmak, ol [19] şâhidlerin hâlin evvel ne dediklerin ve ne vecihle sonra [20] şehâdete ikrâr etdiklerin ve vâkıf-ı merhûmla ihtilât [21] iden azizlerden mâ-fi'l-vâkî'-i hâl teftiş itmekle zâhir [22] olur. Üste kıdvetü'l-mevâlî Mevlâna Kestelli hizmetlerine [23] tekrâr hükm-i hümayûn sadaka olundu. A'yân cem' idüp [24] teftiş eylemiş zâhir olanından ba'zın arz eylemiş. [25] Hak zâhir olmak bundan artuk olmaz. Bâkî [26] fermân yed-i kudrete menûtdur hâşâ ki mazlûmun [27] zulm-ı zâlimden dâd olunmaya. Devlet-i ebed-peyvend [28] rûz-efzûn mustahkem bâd [...].

Topkapı Sarayı Arşivi E. 10160/80

ŞEHZADE DİVANINDA SUÇ ve CEZA

(Crime and Punishment in Princely Court)

Feridun M. EMECEN*

ÖZET

Osmanlı hanedanını mensupları olarak taşrada idarecilik yapmakta olan Osmanlı şehzadelerinin divanlarında tutulan ve alınan kararların kaydedildiği defterler, sadece idare ve tayin işleri değil aynı zamanda hukuki meseleleri de ihtiva eder. Bu defterlerden zamanımıza ancak birkaçı ulaşabilmiştir. Bunlardan biri III. Mehmed'in Manisa'da şehzade iken divanında tutulan defter olup 997-1003/ 1588-1594 yıllarındaki divan kararlarını içine alır. Bu defterde yer alan divana intikal eden suçlar ve bunlara takdir olunan cezalar ile ilgili kayıtlar, taşradaki hukuki uygulamalarda şehzade divanının rolünü, Manisa yöresinde şehzadenin yetki alanını ve suç profili ile çeşitliliğini ortaya koyabilecek özelliindedir. Mahkemece sübut bulmuş olan çeşitli ağır suçların cezai karşılığına dair kayıtlarda, genel eğilimin dönemindeki uygulamalara benzer tarzda küreğe gönderilmek olarak rastlanmakta olması dikkat çekicidir.

Anahtar kelimeler: Manisa, Şehzade, Şehzade Divanı, kürek cezası, siyaset cezası, af kayıtları.

Abstract

Registers that contain decisions taken in the courts of Ottoman princes who governed in the provinces include not only matters of administration and appointment, but also legal issues. Only a few of these registers has survived such as the one that belonged to Prince Mehmed's (future Mehmed III) princely court during his tenure in Manisa (997-1003 / 1588-1594). Crimes and punishments mentioned in this register reveal the princely court's role in provincial justice, prince's jurisdiction, as well as the criminal profile and diversity. An interesting point worthy of mention is that the punishment for serious crimes was, in tandem with other practices of the era, galley labour.

Keywords: Manisa, prince, princely court, galley labour, execution, amnesty registers

* Prof. Dr., İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Edebiyat Fakültesi Tarih Bölümü öğretim üyesi.

Osmanlı hukuk tarihinde kamuyu ilgilendiren şahsi suçlarla alakalı cezai uygulamaların İslam hukuk konsepti içinde yapıldığı bilinmektedir. Osmanlı hukuk tarihi konusunda önde gelen araştırmacılardan biri olan M. Akif Aydın, klasik Osmanlı hukuk kitaplarında en önemli bölümü ceza (*ukubât*) hukukunun teşkil ettiğini, bununla ilgili mevzuatın İslam hukukunun genel yapısına uygun olarak ele alındığını ifade ederken suç kavramının izahatını yapar ve hukuka aykırı fiillerin karşılıklarını had, kısas ve tazir şeklinde üç kategoride açıklar¹. Genel İslam hukuku seyri içinde hiç şüphe yok ki bu üç kategori içinde had ve kısasın, tek ve sabit suçlar olarak cezaları şâri tarafından belirlenirken tazir suçları, yetkinin devlet başkanına veya hâkime bırakıldığı bir alanı teşkil etmektedir. Osmanlı uygulamalarına bakıldığında hırsızlık, yol kesme, eşkıyalık, sarhoşluk, irtidad ve bağı suçlarını ihtiva eden had; adam öldürme fiilini tanımlayan kısas ile alakalı kanuni bir çerçeve çizilmiş olduğu, hazırlanan siyasetname ve kanunnamelerle düzenlemelerin yapılmış bulunduğu dikkati çekmektedir. Had ve kısasta cezai karşılıklar belli olmakla beraber Osmanlı kanunnamelerinde görülen para cezasına tahvillerin suçun oluşmasındaki eksikliklerle ilgili bulunması, bu anlamda ceza takdirinde farklı tatbikatın zuhuruna da yol açmıştır². Had ve kısasta suç unsurlarından birinin eksik olması halinde bunlar tazir grubuna alınarak müeyyideleri devlet başkanının yetkisine bırakılmış ve bu durum ise tazir alanını hayli geniş bir çerçeveye oturtmuştur³.

Osmanlı ceza kanunnamelerinin Fatih Sultan Mehmed döneminden beri yazılı olarak bugüne uzanan genel çizgilerine bakıldığında uygulamalara dair bazı incelikleri tesbit edebilmek mümkün görünür⁴. Tazir alanının genişliği, ölüm, hapis, para cezası, kürek cezası, sakal kesme, dağlama, kalebentlik sürgün vb. gibi hayli çeşitlenmiş olarak karşımıza çıkar. Bu noktada önemli olan hususu, suçun tesbitinin mutlaka mahkeme/kadı tarafından yapılmış ve sonuca bağlanmış bulunması teşkil eder. Yapılan tesbitin cezai karşılığı bilindiği için bunun tatbiki padişaha, veziriazama veya genel anlamıyla “ehl-i orfe” düşer. İşte bu noktada işlenen suçlar ve verilen cezalarda padişah adına Divan-ı hümayunun devreye girişi önemlidir. Beylerbeyi divanı veya sancakbeyi divanında da benzeri bir uygulama olup olmadığı konusu biraz belirsiz gibi görünse de, teorik çerçeve içinde sultanın yetkilendirdiği idareciler olmak hase-

¹ *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 1999, s. 159-169.

² Bu durumun İslami uygulamaların dışında görülmesiyle ilgili tartışmalar için bk. M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 203. Bu üç kategori için ayrıca bk. A. Bardakoğlu, “Had”, *DİA*, XIX, 547-551; Ş. Dağcı, “Kisas”, *DİA*, 488-494; T. Başoğlu, “Ta’zir”, *DİA*, XL, 198-202.

³ Bu anlamda bk. M.H. Kemali, *The Right to Life, Security, Privacy and Ownership in Islam*, Cambridge 2008.

⁴ Fatih'in ceza kanunnamesi bu anlamda bir ilk olarak esaslı şekilde yeniden değerlendirilmelidir. Bunun inceden inceye hukuki norm ve tatbikat yönünden hâlâ tatmin edici bir yorumuna ihtiyaç duyulmaktadır. Kanunname ve sonrasındaki diğer değişimleri de içine alan seyri için bk. A. Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tablilleri*, I. Kitap, İstanbul 1990, s. 128-132; 347-350.

biyle onlar tarafından bu uygulamanın yapılmasında bir problem görülmemiştir⁵. Bu hususu aydınlatacak bir karine ise Osmanlı hanedanı mensupları olarak taşrada idarecilik yapmakta olan Osmanlı şehzadelerinin divanlarında tutulan ve alınan kararların kaydedildiği defterlerden hareketle yakalanabilir. Bu makalede de III. Mehmed'in Manisa'da şehzade iken divanına intikal eden suçlar ve bunlara takdir olunan cezalar ile ilgili kayıtlar üzerinde durularak, hem hukuki uygulamalarda şehzade divanının rolü, hem bu vesileyle Manisa yöresinde şehzadenin yetki alanını ve suç profili ile çeşitliliğini belirlemeye çalışacağız. Bu noktada şer'iyye sicillerinin daha geniş ve çeşitli suçlarla alakalı derlemeler konusunda açık kayıtlar sağlayacağı şüphesiz ise de bunlarda suçun tesbitinin yapılmakta olduğunu, cezai müeyyidenin ise belirtilmediğini hatırlatmak icab eder. Bu bakımdan divana ceza tayini bakımından intikal eden dava konularının önemi büyüktür.

Burada tanıtip değerlendirmeye çalışacağımız kayıtlar, III. Mehmed'in Manisa'da şehzade olarak bulunduğu yıllarda Manisa sarayındaki divanda tutulan hüküm defterinden çıkarılmıştır. Bu defter 997-1003/ 1588-1594 yıllarındaki divan kararlarını içine alır. Burada divana intikal eden meseleler, tayin, terakki, asayiş, mali konular ile ilgili kayıtlar bulunur. Osmanlı taşrasında idarecilerin resmi evrakının zamanımıza erişmediği düşünülecek olursa bu kabil mahalli bilgileri havi defterlerin en azından Manisa örneğinde karşımıza çıkması son derece önemli gözüktür. Bu defterler ilk defa tarafımdan Osmanlı Arşivi'nde tesbit edilerek açıklayıcı bir tanıtım yapılmıştır⁶. Sözkonusu seri içinde yukarıda belirttiğimiz III. Mehmed'in Manisa'daki yıllarını ihtiva eden ve Osmanlı Arşivi'nde A.DVN. nr. 794'de mukayyed bulunan defterde divana intikal eden suç ve verilen cezalarla ilgili kayıtların incelenmesi İslam hukukunun temel alanlarındaki (had, kısas, tazir) uygulamalar bakımından açıklayıcı veriler sağlayacaktır. Tesbit ettiğimiz ve ekte de aynen verdiğimiz bu kayıtlarda öncelikle suçun cinsi ve buna göre takdir olunan cezalar öne çıkar. Burada mahkemece sabit olup sicilleri divana intikal eden suçlar, kısası öngören adam öldürme ve yaralama fiili, had cezalarını gerektiren hırsızlık, hırsıza yoldaşlık, içki, sarhoşluk, yol kesme, zorla eve girme, eşkıyalık, ırza tecavüz veya teşebbüsleri olarak tasnif edilebilir. Ayrıca tazir alanına da giren bu tür cezalandırmalar yanında doğrudan saray görevlilerinin suistimalleri, görevlerini kötüye kullanmaları gibi cezaları mahkemeye intikal etmeksizin divanda verilen suçların kayıtları da mevcuttur. Yine genel asayiş teftişleri, eşkıya takibi gibi ehl-i örfü ilgilendiren konular defterde yer almaktadır.

⁵ B. Ergene, *Local Court Provincial Society and Justice in the Ottoman Empire: Legal Practice and Dispute Resolution in Çankırı and Kastamonu, 1652-1744*, Leiden 2003, tür. yer.

⁶ Bk. F.M. Emecen, "Taşra Bürokrasisinin Kaynakları: Şehzade Divan Defterleri", *Tarih Boyunca Türk Tarihinin Kaynakları Semineri: Bildiriler*, İstanbul 1997, s. 91-100 (ayrıca bu makale için bk. F.M. Emecen, *Osmanlı Klasik Çağında Hanedan Devlet ve Toplum*, İstanbul 2011, s. 83-93). Bu tespit ettiğim defter külliyatını meslektaşlarım Zekai Mete ve Arif Bilgin ile birlikte yayıma hazırlamış bulunmaktayız.

Genel olarak bakıldığında bu suçlar arasında hırsızlık, hırsıza yoldaşlık veya hırsızlık teşebbüsüyle tecavüz fiillerinin başı çekmekte olduğu dikkati çeker. Kısas gerektiren katil fiilinin daha az sayıda divana intikal ettiği görülür. Yol kesme ve mal yağmalama suçlarıyla hırsızlık ve tecavüzün bir arada yapıldığı, hatta bunlara öldürme fiilinin eklendiği olaylar da vardır.

Manisa sarayı divanına intikal eden kayıtların coğrafi dağılımları, şehzadelerin bir ölçüde yetki alanlarının coğrafi sınırlarını da belli eder. Divana yapılan müracaat ve çeşitli kadılıklardan gelen sicillerin mahalli çevresi hayli geniş gözükür. Saruhan sancağına bağlı kazalar (Akhisar, Menemen, Marmara, Adala, Güzelhisar, Nif, Tırhala, Tarhaniyat, Mendehorya, Gördük, Demirci) dışında Keles, İnegöl, Simav, Karahisar (Afyon), Lazkiye/Denizli, Sart, Alaşehir, Çine, Ortapare, Milas, Dalaman, Bayındır, Tire, Cumaova, Burunova, Çeşme, Seferihisar, Karaburun, Foçalar, Bergama gibi Bursa, Afyon, Denizli, Isparta, Aydın, Balıkesir hattını içine alan bir çerçeve çizer. Bu kadılık bölgelerinden gelen asayiş meseleleri şehzadenin divanında karar altına alınacak bir ağı göstermektedir. Bu durum şehzadenin haslarının yayıldığı alanlarla da irtibatlı bir mahiyet arzeder.

Bu kazalardan gelen ve genellikle kadı tarafından sicil edilmiş/mahkemesi sonuçlanmış suçlar ceza takdiri için divana sevk edildiğinde türüne göre tazir uygulandığı ve en çok da kürek cezasının verildiği anlaşılır. Kürek cezası ile ilgili olarak “küreğe” konulmak, “sefineye”, “sefine-i hassaya”, “gemiye” gönderilmek tabirleri kullanılır. Kürek cezası hakkında hukuki yorumlar, bunun “tamamlayıcı cezalar” mahiyeti içinde mütalaa edilebileceği yönündedir⁷. Suçun niteliğine göre siyaset/katil ve haps cezaları ise fazla değildir. Yani defterde esas ağırlığı suçun ana vasfı uyarınca tazire girecek olan kürek cezalarının oluşturmakta olması, o dönemdeki donanmanın ihtiyacı ile doğrudan bağlantılı bir mahiyet arzeder. Kürek cezası Osmanlı hukuk sistemine Batıdaki benzerleri⁸ gibi XVI. yüzyıl ortalarından itibaren girmiş bir uygulama olarak mütalaa edilir. Bunun hukuki yorumunun bir yerden uzaklaştırıp sürmek yani sürgün etmek ile eşdeğer bir fiil olarak düşünülmüş olması pekâlâ mümkün görünür. Özellikle eldeki kayıtlara göre bu uygulamanın Osmanlı sahasındaki ilk yansımaları, 1550 tarihli bir hüküm⁹ ve 1559 tarihli bir başkasında yer alır ve bu

⁷ M. A. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 184 ve 212.

⁸ Mahkûmların kürek cezasına çarptırılmaları, donanma ihtiyacı çerçevesinde İspanya'da 1502'de görülmüş, sonra yaygınlaşmış, Venedik de aynı yola başvurmuştu. Suçlular, adam öldürme, hırsızlık gibi töhmetlerle ağır cezaya çarptırılanlardan oluşuyordu (J. Longbein, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancient Regime*, Chicago 2006, s. 29-33; M. Aymard, “XVI. Yüzyılın Sonunda Akdeniz’de Korsanlık ve Venedik”, trc. M. Genç, *İktisat Fakültesi Mecmuası*, 23/1-2 (1963), s. 235-236).

⁹ Mart 1550'de Diyarbekir Beylerbeyliğine gönderilen bir hükümda Urfâ'da kalede hapis olanların kürek çekmek için İstanbul'a yollanmaları istenmişti: bk. İ. Bostan, *Beylikten İmparatorluğa Osmanlı Denizciliği*, İstanbul 2006, s.84. Donanmanın gittikçe artan ihtiyacı, kürekçi bulmaktaki zorluklar Osmanlılar için de problem teşkil etmiş olmalıdır. XVI. yüzyıl ikinci yarısında giderek

sonuncuda *şer'an cürm-i galizi sâbit, siyâsete müstahak olanlar dışındaki mücrimlerin* kürek cezasına çarptırılabilirliklerine dair kararın¹⁰ çıkarıldığı dikkati çeker. İlgili yorumlarda cezanın küreğe çevrilmesinin hükümdara ait bir yetki olduğu ve hükümdar adına divanda gerçekleştirildiği, doğrudan kazaskerlerce karar alındığı belirtilir. Bazı kürek cezası ile ilgili kayıtlarda “ba-hatt-ı Kadıasker” tabirinin görülmesi buna bağlanır. Ancak başka yerin kadısının gönderdiği sicille hareket edilebildiği, takdirin divana bırakıldığı da bildirilir¹¹. Bu izahlar tahtunda merkezdeki divanda değil de taşrada şehzadenin divanında kürek cezası uygulamasının yaygın bir şekilde gerçekleştirilmesi ne anlama gelir?

Açıktır ki sarayın bu noktada padişah adına şehzade divanına bir yetki tanımış bulunması söz konusudur. Şehzade divanının hem-civar bölgeyi de içine alacak bir başvuru ve idare merkezi olduğuna dikkat edilirse, uygulamanın bağımsız /müstakillen gerçekleştirilmiş olmasının ardında yatan amiller rahatça anlaşılır. Şehzade divanına intikal eden suçlarda kadı sicili yeterli olurken, ayrıca başka bir hukuki otoritenin iznine (merkezdeki kadıaskerler gibi) gerek duyulmamıştır. Bununla beraber bu uygulamanın merkezle bağlantılı bir şekilde onun direktifleri doğrultusunda donanmanın ihtiyacına göre yapılmış bir cezai tercihe dayandığını tekrar vurgulamalıyız. Çünkü böyle bir ihtiyacın olmadığı zamanlarda divana intikal eden ve tazir gerektiren suçlar için nasıl bir ceza uygulanacağına cevabı herhalde farklı olacaktır. Bilahire kalebentlik, sürgüne tabi tutma gibi tatbikatlar yapılmış olabilir. Kürek cezası uygulaması ise merkezden gönderilen hükümler mahreçli olarak daha sonraki asırlarda yaygınlaşarak sürmüştür¹².

İncelediğimiz defterde kürek cezalarıyla ilgili kayıtlar, cezalının gideceği yerin sancakbeyine hitab eden hükümlerin yazılma kararı olarak yer almıştır. Bu şekilde kürek cezalarının infaz yerleri Ege sahillerindeki Cezayir-i Bahr-i Sefid beylerbeyliğine tabi sancaklardır. Bunlar Batı Anadolu kıyılarında, bugünkü İzmir yöresinde bulunan Sığla/Sığacık, Menteşe sancakları ile Ege adalarından Sakız ve Midilli sancakları olarak göze çarpmaktadır. Ayrıca bir hükümlü de Mısır'daki İskenderiye sancağına yollanmıştır. Bu zikredilen sancakların beyleri daha çok donanma ile bağlantılı olarak faaliyet göstermekte ve kendi sancaklarına ait küçük filoları bulunmaktadır. Böylece

büyüyen donanma ve yeni büyük ve uzun kadirgaların ortaya çıkışı kürekçi ihtiyacının artık eskisi gibi sadece ücretle veya avarız karşılığı teminini zorluğa sokacaktı. Daha önceki dönemlerde kürekçi temini için bk.İ. Bostan, “Osmanlı Donanmasında Kürekçi Temini ve 958 (1551) Tarihli Kürekçi Defteri”, *Tarih Dergisi*, sy. 37 (2002), s. 59-76 (Burada kürekçi temininde kürek cezası konusu, ele alınan yıllar itibarıyla, zikredilmemiş olmalıdır).

¹⁰ M. İpşirli, “XVI. Asrın İkinci Yarısında Kürek Cezası ile İlgili Hükümler”, *Tarih Enstitüsü Dergisi*, XII (1982), s. 209.

¹¹ M. İpşirli, “aynı makale” s. 208-209. Ayrıca kürek cezasıyla ilgili yorum: U. Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, haz. V.L. Menage, Oxford 1973, s. 304-307.

¹² N. Erim, “18. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğunda Kürek Cezası”, *IX th. International Congress of Economic and Social History of Turkey*, Ankara 2005, s. 179-188.

Manisa divanındaki bu kararlar, merkezdeki donanma veya tersane yerine sahildeki derya beylerinin kürekçi ihtiyaçlarına yönelik bir tasarruf olarak düşünülebilir. Diğer siyaset ve haps cezalarıyla ilgili ise herhangi bir sevk yapılmadığı dikkati çeker. Söz konusu infazlar kürek cezası devreye sokulmadan önce genellikle kadı tarafından hüküm verildikten sonra mahallindeki yetkili ehl-i örf tarafından yerine getirilmektedir. Nitekim Şehzade Selim'in (II.) Manisa'daki sancakbeyliği sırasında divanına akseden suç/cezalarla ilgili kayıtlarda geçerli ibare genellikle *kanun üzere, şer'-i şerîf üzere* siyaset cezalarının mahallinde uygulanması ve bunların asla paraya tahvil edilmemesi yönündedir. Şehzade divanından ilgili yerlere yollanan hükümler, ağır suçluların (*cürm-i galiz*) cezalandırılmalarının yetki verilmiş devlet görevlilerince yapılacağını, eğer belirli bir imtiyaza sahip bölge ise (has veya mukataahane alanı), eminler kanalıyla yerine getirileceğini âmirdir. Siyaset cezasının mutlaka yerinde icrası/infazı, suçluların başka yere gönderilmemesi veya bedel alınmaması önemle tembih edilmiştir¹³. Anlaşıldığına göre suçlular için kürek cezasının ihdası, bir ölçüde ağır suçluların idam cezalarının hafifletilmesi anlamında, hayatlarını idame ettirebilme şansını onlara tanırken, daha hafif sayılabilecek suçları işleyen mücrimler için de ağır bir mükellefiyete dönüşmüştür.

Bu noktada ele aldığımız deftere tekrar dönecek olursak, sadece suç ve ceza kararları değil, afla ilgili hususların mevcudiyetinin ilginç bir durum ortaya çıkardığını anlarız. Suçun eksikliği ve müphemiyeti, yeniden dava açılması gibi durumlarda kürek cezası veya diğer bazı cezalardan affın mümkün olduğu görülür. Özellikle saray görevlilerinin cezai işlemleri içinde küreğe yollanmak gibi ağır cezalar yer alırken, başvurulmuş bir başka ceza şekli ulufesini kesmek, görevden almak şeklinde tecelli etmiştir. Bunların affedilmeleri durumunda yeniden eski görevlerine dönebildikleri

¹³ BA, İbnülemin, Dahiliye, nr. 59: “*Adala ve Demürce kadılarına hüküm yazıla ki, Hâliyhü sütte-i sa’âdetimde şöyle istimâ’ olundu ki, taht-ı kazânıza tâbi’ kasabalarda ve karyelerde maktûl ve mecrûh âdem bulunup ve bir kimesnenin esbâbi gâret olunup veya yolu ve evi basıldıkda bu fesâdları kimler kılmuşdır ve bu şenâ’at kimlerden sâdır olmuşdır ve edenler ne asıl kimesnelerdir ve yatakları kimlerdir ve kaç neferdir, şer’le haklarından gelinmek için ele virün dedikde bu yerlerde ol asıl kimesneler yokdur, hâricden gelüp itmışlerdir veya serbest evkâf ve emlâk ve yaya ve müsellemler tâifesindedir, gaybet eylemişlerdir deyü nizâ’ edüp ve ba’zı kimesneler birbirin alenen katl ve mecrûh edüp ba’dehu sulhleşüp şer’le haklarından gelinmemekle filan filanla sulh eyledi deyü zîr-i destlerine ve zulümler ve te’addiler edüp memleketin intizâmına halel virürlermiş, indî buyurdum ki, hükm-i şerifim ile ol cânibde hâslarım nâzırı olan çavuşum Hâcî Ya’kub ve emîn kulum Hayreddin varduklarında ol asıl ehl-i fesâdı akvâmına ve yataklarına ve duraklarına ve bi’l-cümle şer’le buldurması lâzım olanlara buldurup getürdüp hak üzere teftiş edüp göresin, ba’de’s-subût fesâd ve şenâ’ati zâbir olanları sipâhi tâifesinden ise habs edüp arz edesin ve illâ şer’le istihkâkına göre yerinde siyâset etdirüp hârice iletirmeyesin ve bedel-i siyâset aldırmıyasın, ammâ havâss-ı sultânî ve benüm hâslarım re’âyâsından olanların siyâsetinde emînlerinin ma’rifetleri bile ola, ammâ, hîn-i teftişte tezvirden ve telbâsden ve şuhûd-ı zordan hazer edüp hakk-ı sarîha tâbi’ olasın, kimesneye meyl ü mühâbâ eylemeyüp ve kazıyyede medhali olmayanı dahl etdirmıyesin ve müslümânlara hilâf-ı şer’ ve kânûn zulm u te’addî olunmaktan be-gâyet hazer edesin bir dürlü dahi eylemıyesin, şöyle bilesiz deyü tahrîren 5 Recebül-müreceb sene 954 (21 Ağustos 1547)”.*

görülmektedir. Ayrıca ağır ceza alıp bir şekilde küreğe mahkûm olma, ileride bağışlanarak serbest kalma şansını hayli artırmıştır. Buna dair bazı örnekleri, ekte aflarla ilgili verdiğimiz kayıtlardan tesbit etmek imkân dâhilindedir.

Şimdi şehzadenin divanına akseden ve ekte aynen verilen kayıtlar çerçevesinde bazı vak'alar üzerinde durarak yukarıda çizdiğimiz teorik tabloyu olaylarla eşleştirmeye çalışalım. Öncelikle kısas gerektiren suçlara baktığımızda ilk önemli dava, Manisa'da Ayn/Eyne Ali mahallesinde sakin Hasan ile karısının cesetlerinin şehir dışında Gediz ırmağı kıyısındaki orman içinde bulunması ile ilgilidir. Olayda faillerin suçlarını itiraf ettikleri belirtilmektedir: Kılıçlı köyünden Hasan, adlarını verdiği üç şahısla birlikte hareket edip kadına tecavüz ettiğini ve ormanda bırakıp gittiğini ikrar etmiş ve sicili divana gelince kürek cezasına çarptırılmıştı. Aslında burada "katil" sözkonusu olduğu halde suçunu itiraf eden Hasan'ın sadece tecavüz olayının sabit olduğu ve diğer katil meselesiyle mükellef tutulmadığı anlaşılıyor. Bu bakımdan siyaset cezasının ona uygulanmadığı söylenebilir¹⁴. Ancak daha sonra katillerden simitçi Seyfi yakalanmış, katil işine karıştığı, o sırada içkili de olduğunu itiraf ettiği belli olunca siyaset/katl olunması kararı alınmış, cesedin kuyuya atılmasında yardımcı olduğu anlaşılan Horos köyünden Dimitri adlı Hıristiyan ise kürek cezasına çarptırılmıştır¹⁵. Benzeri şekilde cesedi, tecavüze uğrayarak atıldığı kuyuda bulunan bir kadının zanlıları, Manisa halkının da talebiyle küreğe mahkûm edilmiş¹⁶, suçun katileşmemesi sebebiyle az sonra maktulenin kardeşi gelerek hadisenin görgü tanıklarının bulunduğunu söyleyip davanın yeniden görülmesini sağlamıştır¹⁷. Bununla beraber katil suçunu itiraf edenlerden bazı mücrimlerin ölüm cezası yerine kürek cezasıyla tecziye edildiklerine dair kayıtlar da vardır. Bunlarda suçun eksikliği veya başka bir nakısalı duruma dair bilgi verilmemektedir. Mesela Gördük kazasından Mustafa adlı biri Hüseyin adlı bir başkasını katletmiş, sicil olunup kürek cezasına gönderilmiştir¹⁸. Bir başka kayıтта ise Honaz kazasından Mehmed'in Şahinciler kethüdası Seyfi'yi, Güzelcehisar kazasından Arapoğlu Mehmed'in de dört kalaycıyı yedi yoldaşıyla katil ettiği bildirilmiş ve bunların kürek cezasına çarptırılmaları kararlaştır-

¹⁴ A. DVN, 794, s. 81: bk. Ek 9 (Bundan sonra atıflar ekteki belge numaralarını gösterecek olup o kısımda defterdeki orijinal sayfa numaraları kayıtların altında verilmiştir).

¹⁵ Bk. Ek 3. Divanda idam cezasını yerine getirecek cellatların istihdam edildiğine dair iki kayıt ilginçtir: "*Süleyman, cellâd, fi yevm 2, k 1. Terakkî-şüd. Mezbur cellâd Süleyman'ın ulûfesi şey'i kalil ve hidmeti menfür ve sakıl olup intizâm-ı bâli için bir akça terakkî ricâsına arz olundukda buyuruldu*" (A. DVN, 794, s.133). Bir başka kayıтта ihtiyacın arttığı ile ilgili bilgi ilginçtir: "*Cellâd bir olup hidmeti sakıl ve menfür olup bir cellâda dahi ihtiyâc olunmağın işbu Mehmed bin Abdullah yevmi iki akça ile cellâ[d] ta'yîn olunup divân-ı hümayûnda telhîs olup paşa hazretleri pâye-i serîr-i a'lâlarına arz eyledikde vech-i mezkûr üzere fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fi 27 Receb sene isnâ elf*" (A. DVN, 794, s. 100).

¹⁶ Ek 16.

¹⁷ Ek 17.

¹⁸ Ek 97. Başka bir örnekte Kara Hasan'ın Mustafa Çavuş'un adamını katlettiğinin ikrarı sonucu kürek cezasına çarptırıldığı görülür (Ek 81).

rılmıştır¹⁹. Bu toplu fiillerde suçun kim tarafından işlendiğinin tesbitindeki zorluk idam kararının verilmemesine vesile teşkil etmiş olabilir.

Kürek cezasına göre daha az olarak rastlanan idam cezalarıyla ilgili diğer hadiselere bakılırsa, bunlardan ilki, evi basılıp katil edilen Nasuh oğlu Ahmed'in davasıdır: Kölesi Mercan efendisini katil ettiğini, kendisine Kasım ve Memi adlı kölelerin de yardımcı olduklarını ikrar etmiş, mahkemeden gelen sicil uyarınca divanda katil suçlusu Mercan siyaset, yardımcılarını ise kürek cezasına çarptırılmıştır²⁰. İlginç bir başka dava, Manisa'dan Mısır'a şehzadenin mutfağı için baharat ve diğer malzemeleri almakla görevlendirilen sipahi Mehmed ile aşçılardan Hürrem'in Kahire'de içki içip sarhoş oldukları ve bir Arabı öldürdükleri, haklarında Mısır valisince katil kararı çıktığı, fakat mahkeme sonucunun (*sûret-i sicil*) ulaşmaması sebebiyle sözkonusu iki görevlinin küreğe yollandıkları ile ilgilidir²¹. Burada suçun eksikliği yüzünden katil ile ilgili kısasın uygulanmadığı ve ehl-i örfce devreye kürek cezasının sokulduğu anlaşılır. Bir başka davada ise katil olayı olmamakla birlikte hırsızlık suçlamasının siyaset cezasıyla sonuçlandığı görülür. Burada evini soyan hırsız Tarhaniyat kasabasında yakalayan ve çalınan mallarını mahallinde mahkeme marifetiyle tesbit ettiren Bayındır kasabasından Resul, sicil uyarınca hırsız siyaset cezasının verilmesini sağlamıştır²². Hırsızlık suçlamasının kesinleşmesi ve mağdur tarafın bedeni cezada ısrarcı olmasının tipik bir uygulaması burada karşımıza çıkmaktadır. Siyaset cezasının hırsızlık suçu için ağır bir ceza olduğuna şüphe yoktur. Belki de bu tabir, öldürme değil sağ eli kesme gibi bir cezayı nitelemek için kullanılmıştır. Gördük kazasında katil olunan Kadı Ahmed Efendi'nin davasında ise suçlular yakalanmış, bunların içinden üçü siyaset cezasına, ikisi küreğe, onlarla zaman zaman yoldaşlık ettikleri tesbit edilen muhız İbrahim ve Karaca adlı şahıslar ise Manisa kalesinde hapse mahkûm edilmişlerdi²³. İlgili kayıt incelendiğinde etraflı bir soruşturma yapıldığını anlamak mümkündür. Hatta faillerden bazılarını yakalayan bir şahsa da ulufe bağlanarak sekban göreviyle hizmete alınmış olduğu tesbit edilmektedir²⁴. Bir diğer kayıta umumi asayiş teftişi sırasında eşkıyalıkları sabit olan altı kişinin şer'i izinle mahallinde idam edildiği, diğer beş kişinin Manisa'ya sevkinin ardından dördünün kürek cezasına çarptırıldığı, eski bir köle

¹⁹ Ek 98.

²⁰ Ek 9.

²¹ Ek 52.

²² Ek 2.

²³ Ek 4.

²⁴ “Adala kazâsından Mustafa nâm kimesne Gördük kazâsında Mudur nâm karyede katil olunan Ahmed nâm kadının kâtillerinden firâr eden Karaca ve Mustafa nâm harâmzâdeleri dutup yararlığı zâhir olduğuna Adala kadısı mevlânâ Ebulleys zâde fazluhu arz etmeğın vâki' hâl pâye-i serir-i sa'âdet-masîrlerine arz olundukda yevmî iki akça ile sekbân olmak fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd u terkîm olundu. El-vâki' fî 7 şehri-i Cemâziyelevvel sene ihdâ elf^e, (A.DVN, nr. 794, s. 78).

olan Maden adlı şahsın *cürm-i galîzi* olduğu için idamına karar verildiği görülür²⁵. Siyaset cezasının uygulandığı diğer iki davadan ilkinde cezalandırılan şahıs Honaz mültezimidir. Onu babalarını haksız yere öldürdükleri gerekçesiyle suçlayan müderris Abdullah ile kardeşi Lütfullah, davalarında haklı görülmüşler, durum mahkemede tesbit edilmiş, bunun üzerine Honaz mültezimi Yusuf için zimmetindeki devlet malının tahsilinden sonra siyaset edilmesi kararı çıkmıştır²⁶. İkincisinde ise Çakal adlı bir şahsın katletmek kastıyla birinin evine girip yağmaladığı, başka evleri de bastığı, bu sırada kendisine karşı koyanları elindeki kılıç ve okla yaraladığı, durumu tahkik edildiğinde köy halkının onun hakkında yol kesen eşkıya takımından olduğunu söyledikleri belirtilerek, hakkındaki mahkeme kayıtlarının divana ulaşmasıyla katline karar verildiği kayıtlıdır²⁷. Bu sonuncusunda toplu bir eşkıyalık, yol kesme/kutta-i tarik fiiliyle, yaralama ve birkaç suçun işlenmiş olma halinin idam cezasını gerektirdiği anlaşılır. Menemen'e giden yolda bez tacirlerinin yolunu kesip mallarını alanlardan Pirkulu'nun da benzeri bir gerekçeyle, yani kutta-i tarik olduğundan katli söz konusu edilirken ona yardımcı olan Mehmed adlı gencin "gemiye" sevki kararlaştırılmıştır²⁸.

Siyaset cezası dışında kürek cezasıyla tecziye edilenlerin işledikleri davalar içinde bazı örnekler göz atacak olursak, bunlar arasında özellikle hırsızlık ve tecavüz suçları hemen öne çıkar. Bazen idamı gerektirecek suçların da küreğe tahvil edilmiş olduğu görülür, yukarıda da temas ettiğimiz gibi bunlar eksik unsurlardan yani suçun tam olarak oluşmasında bazı nakısalardan mevcudiyetinden kaynaklanıyor olmalıdır. Ağır suçlardan biri Bilal adlı bir kölenin yanına topladığı dört-beş kadar hemcinsiyle, Birgi/Yenişehir'de Fatma adlı bir kadının evini basıp kendisine tecavüz ettikten sonra bir parmağını kesmeleriyle sübut bulmuş, fâiller suçlarını ikrarları sonucu kürek cezasına çarptırılmışlardı²⁹. Kürek cezasını gerektiren suçlar arasında hırsızlık çeşidi olarak at çalma, izinsiz ve zor kullanarak yük hayvanı alma, ev yakma, birinin önünü kesip yaralama, ırza (her iki cins için) tecavüz etme, içki içme, asayiş bozacak harekette bulunma, kavgaya ve yaralama fiilleri öne çıkar. Bunlar arasında tecavüz fiillerindeki fazlalık da dikkat çekicidir. Bu suç çok defa ev basma ve gasp ile birlikte işlenmiş görünür. Kayıtlardan anlaşıldığına göre suçun işlenmiş olmasıyla, teşebbüs halinde bulunma hali arasında bir fark gözetilmemiştir. Dalaman kazasından Kızıklar köyünden birisinin evine girip karısını kaçırarak Arslan, peşine düşenlerce yakalanıp küreğe sevk edilirken³⁰, Manisa'nın Yaviler mahallesinde oturan Nesli adlı hatunu kaçırıp eğlence meclisine getirerek birkaç gün elinde tutanlar ile Sinan Fakih'in evine girip ka-

²⁵ Ek 123.

²⁶ Ek 6.

²⁷ Ek 6.

²⁸ Ek 8.

²⁹ Ek 11.

³⁰ Ek 20.

rısını cebren kaçırarak bir gece alıkoyup tecavüz ettikleri sabit olanlar da aynı cezayla tecziye edilmiştir³¹. Öte yandan Manisa yakınlarındaki Uncuboz köyünde ise Nasuh adlı birinin karısının gizlice yatağına giren kölesi Haydar'ın hırsızlık suçu da işlediği gerekçesiyle küreğe mahkûm edildiğini belirten kayıтта, onun "kürek cezasına çarptırılmasına yatağına girdiği Nasuh'un karısının rıza gösterdiği" ibaresi³² hayli ilginç bir ilişkiyi hatıra getirir. Kayıтта çok teferruat olmamakla birlikte burada, Nasuh'un hanımıyla kölesinin "yasak aşkı" söz konusu olabilir. Manisa'da oturan Ali adlı suçlu ise, İlham adlı kadının Kadri adını taşıyan oğluna tecavüz etmiş, ayrıca çeşitli yerlerde hırsızlık yapmış, bununla da yetinmeyerek köleleri ayartmış, kapılara katran sürmüş ve bu tür hareketleri sebebiyle kürek cezasına çarptırılmıştır³³. Bir diğeri ise yedi evi yakıp yağmaladıktan başka kadınları tecavüz maksadıyla rahatsız ettiği gerekçesiyle mahkeme kararı sonucu suçlu görülüp küreğe sevk edilmişti³⁴. Bu şahsın seri tecavüz olayının faili olduğu açıktır. Benzeri şekilde kadınlara musallat olan bir başkası da aynı cezayla tecziye edilmiştir³⁵. Buna bağlı olarak livata ve içki imali suçları, aynı karar hükmünde belirlenerek, suçlular küreğe yollanmıştır. Kayıtlar içinde içki yapma ve içme fiiline dair örnekler vardır. Bunların birinde meyhanecilik yapan Sarı adlı bir gayrimüslimin Müslümanlara şarap sattığı için mahkemede sicil olunduğu ve kürek cezasına çarptırıldığı görülür³⁶. Andre adlı bir başka meyhaneci de aynı gerekçeye küreğe mahkûm edilmiştir. Burada onun suçu "Müslümanlara şarap satıp fesada ve öldürme fiiline sebep olmak" şeklinde açıklanır³⁷. Bunlar şüphesiz gerçekleşmiş bir fiili durum değildir, bununla birlikte bu hareketin muhtemel sonucuna göre karar verilmiş olması manidardır.

Şehzade divanına akseden kayıtlar içinde umumi teftişlere dair hükümlere de temas etmek gerekir. Bunlar asayişî sağlamaya yönelik alınacak tedbirler cümlesinden değerlendirilebilir. Bu umumi teftiş talimatının ilki, 9 Safer 1001/ 15 Kasım 1592'de çıkmış ve Manisa şehrinde olumsuz davranışlar gösteren, "fisk u fücur" içinde bulunan "haramzâde"lerin soruşturulması, kentin etrafındaki köylerde mevcut mescitlerin cemaatsiz kalıp buraların adeta ahıra döndüğü, içine saman ve ot doldurulduğunun haber alındığı, bütün bunların yoklanması gerektiği yolundadır³⁸. Bu durum dönemin genel sosyal yapısındaki sarsılma ile de alakalıdır. Bir diğeri teftiş kaydı ise Akhisar kazasındaki eşkıyanın ve fesat ehlinin yoklanıp bunların durumunun tesbitini öngörmektedir. Burada özellikle önde gelen zevatın da

³¹ Ek 22 ve 23.

³² Ek 48.

³³ Ek 59.

³⁴ Ek 60.

³⁵ Ek 74.

³⁶ Ek 80.

³⁷ Ek 87.

³⁸ Ek 125.

işin içinde olduğu, eşkıyanın evler ve dükkânlar soyduğu, bazı kimselerin katledildiği vurgulanmaktadır. Gereken soruşturma ve kovuşturmanın yapılması için Manisa sarayı kapıcıbaşlarından Mehmed Ağa ile Demirci kadısı mal müfettişi Ömer Efendi görevlendirilmiş; bunun sonucu onbir kişi yakalanarak tecziye edilmişti (20 Cemaziyelahir 1001/24 Mart 1593)³⁹. Üçüncü bir teftiş ise Bergama kazası ahalisinden gelen talep üzerine yapılmıştır. 12 Receb 1002/3 Nisan 1594 tarihli divandan çıkan hükümlerle, Bergama'da zuhur eden eşkıyanın çarşı ve pazarlarda silahlı olarak dolaştıkları, kadın ve çocukları kaçırdıkları, kendilerine karşı çıkanları dövdükleri, dükkân ve evlerden mal gasp ettikleri, hatta camilerin halılarını çaldıkları hakkında toprak kadısından arzlar ve ahaliden de mahzarlar geldiğinden bir görevlinin gönderilip durumun “*şer'ile*” soruşturulması istenmişti⁴⁰. Bu umumi teftişler dışında saray görevlilerinin, iç hizmet ehlinin işledikleri suçlara dair kayıtlar da vardır. Bunların tecziyesi şer'i ilgilendiren bir karara müstenid olmaksızın –kamuyu ilgilendirenler hariç- görev suistimali çerçevesinde doğrudan divandan yapılmıştır. Birkaç örnek vermek lazım gelirse, çadır mehterlerinden on görevli, odabaşılardan Yusuf'un ve mehter görevlilerinden İlyas'ın tahriki sonucu ne olduğu belirtilmeyen kabahatleri sebebiyle ulufelerinin kesilmesi cezasıyla karşı karşıya kalmışlardır. Sonra bunlar af rica ederek adı geçenlerin kendilerini tahrik ettiklerini bildirmişler, bunun üzerine afları gerçekleşirken Yusuf ve İlyas, bir daha verilmemek üzere ulufeleri kesilerek (*kat'-ı ebedî ile*) görevden atılmışlardır⁴¹. Keza kapıcı olan Ahmed'in de iki yıldır görev yapmadığı, kendi havasında dolaştığı ve şikâyetçileri geldiği, firari durumunda bulunduğu, İstanbul'dan bile hakkında olumsuz haberler geldiği için ulufesi kesilmişti⁴². Sarayda helvahanede hizmet eden Abdullah ise hırsızlık yaparak kaçmış ve görevi bir başkasına verilmişti⁴³.

Osmanlı hukuk sisteminde suçluların cezalarını daimi şekilde çekme gibi bir durum yoktur. Genellikle ceza süreleri, ailesinin başvurusu, iyi halinin görülmesi vb. gibi sebeplerle kürek veya haps cezalarının zaman içerisinde affedildiği bilinmektedir. İncelediğimiz kayıtlar içinde af kararı sayısı 19'dur. Bunlar içinde genellikle sarayda bir şekilde hizmette olanlar ağırlık kazanır. Dikkat çekici birkaç örnek içinde, yaylak zamanında Manisa kadısı huzurunda bazı uygunsuz sözler ve hareketlerde bulunduğu için küreğe yollanan kapıcılardan Pervane'nin affı öncelikle zikredilebilir. Burada gerekçe, aradan çok zaman geçtiği ve mübarek günler hürmetine kendisine merhamet gösterildiğidir⁴⁴. Bölük halkından Bali de yine kürek cezasından affedil-

³⁹ Ek 5.

⁴⁰ Ek 126.

⁴¹ Ek 108.

⁴² Ek 101.

⁴³ Ek 102.

⁴⁴ Ek 106.

miş ve bölüğündeki görevine dönmüştür⁴⁵. Alaşehir'de oturmakta olan çavuş Hızır'ın kölesinin kürek cezası ise davanın eksik görülmesi sebebiyle affa uğramıştı⁴⁶. Affa uğrayanlar arasında yanlışlıkla suçlu olarak itham edilip haksız yere küreğe yollananlar da mevcuttu. Bunlardan birinde suhte olduğu zannıyla tutuklanıp küreğe yollanan Resul Fakih, haksız yere bu cezaya çarptırıldığını bildiren köylülerinin topluca müraعاتı üzerine affedilmişti⁴⁷. Birgi kazasında oturmakta olan ulufecilerden Mehmed'in de kürek cezası, "uslu" hali ve af ve merhamete layık olması sebebiyle birkaç ay sonra bağışlanmıştı⁴⁸. Üzerinden çok zaman geçip iyi halleri görüldüğü veya uslandıkları gerekçesiyle affedilenler arasında Manisa'dan İbrahim adlı bir şahıs⁴⁹, saray aşçılarından Hürrem⁵⁰, kuşçubaşı Cafer⁵¹ de vardı.

Af kararları dışında ilginç bir başka kayıt ise Demirci kazasının Kıran adlı köyüne gelen ve güreşçilik yapan Kafiroğlu Hasan'ın durumuyla ilgilidir. Hasan şekavet yapıp yol kesmekle ve adam öldürmekle suçlanmış, bunun üzerine il erlerinden İmam Muslihiddin, İbrahim, Ali, Pirce, Mehmed, Sinan, Durmuş ve Ömer, mahkemenin de izniyle Güreşçi Hasan'ı maktulen yakalayıp başını kesmişlerdi. Bu durum şehzadenin divanına bildirildiğinde, Hasan'ın katlinin vacip olması sebebiyle bu harekete meşruiyet kazandıran bir hüküm çıkmıştı⁵². Bunun sebebi muhtemelen eşkıyalığa karşı halkın kendi başlarına izinsiz bir cezalandırma yapamayacakları, bunun için divanın kararının ve görevlendirmesinin gerekliliği idi. Bu vak'ada olayın divana sonradan intikal etmiş olmasına rağmen yapılan hareketin meşru görüldüğü anlaşılır. Şehzade divanının bu anlamda müdahalesi Hamit-ili sancağında türeyen eşkıyaya karşı buraya bağlı kaza halkının birbirleriyle ahitleşerek mahalli milis gücü oluşturma kararıyla da kendisini göstermiştir⁵³.

Sonuç itibarıyla Manisa'daki şehzade divanına intikal eden suç kayıtları, bir taraftan bu dönemin sosyal yapısı ve temayülleri açısından önemli bir gösterge olurken diğer taraftan şehzadelerin buldukları bölgedeki yetki alanlarının mahiyetini de ortaya koymakta; ayrıca cezalandırma mefhumunda bilhassa insan gücü ihtiyacı çerçevesinde suçluların küreğe gönderilmeleri uygulamasının yaygınlaşmış halini karşımıza çıkarmaktadır. Siyaset cezalarının bu dönem boyunca kürek cezasına çarptırılanlara göre çok az görülmesi, ehl-i örfün cezalandırma mantığı içerisinde zama-

⁴⁵ Ek 107.

⁴⁶ Ek 109.

⁴⁷ Ek 111.

⁴⁸ Ek 115.

⁴⁹ Ek 117.

⁵⁰ Ek 118.

⁵¹ Ek 119.

⁵² Ek 128.

⁵³ Ek 127.

nın şartlarına uygun bir yönelimin zuhur ettiğini açıklamakta olması bakımından manidardır. Ekteki kayıtlar söz konusu defterden çıkarılmış suçların cezaları hakkında bir fikir vermekle birlikte istatistikî bir değerlendirmeden varestede tutulmalıdır. Hiç şüphe yok ki bu kayıtlar Manisa temelinde mahkeme kayıtlarıyla da mukayese edilebilir, ama burada divana akseden kayıtların sadece Manisa kadılık alanını değil başka kazaları da ilgilendirmekte olması böyle bir karşılaştırmanın sağlıklı bir sonuca ulaşmasını engellemektedir. Kısaca defterdeki eksik sayfaların ve ciltleme hatalarının mevcudiyeti de istatistikî sınıflandırma yapmanın önündeki bir diğer mania olarak durmaktadır. Yine de defterin tamamı taranarak tesbit edilen suç ve ceza kayıtlarının anlamlı bir temele oturması, yapılacak benzeri çalışmalarla taayyün edebilir. Ekteki kayıtlar ceza kategorisine göre ve kendi içinde kronolojik sıra dâhilinde verilmiştir. Yaptığımız tasnif 6 başlık halinde olup bunlar siyaset, kürek, hapis, görevden alma, af, teftiştir. Metinde italik dizilen cümleler suç keyfiyetini, kalın karekterdekiler ise cezayı gösterir.

EK: A.DVN, nr. 794'teki Suç ve Ceza ile ilgili Kayıtlar

I. Siyaset Cezası

1. Mahrûsa-i Manisa'ya tâbî karye-i Kurşunlu kurbunda Meleklü nâm mevzi'de Nasuh oğlu Ahmed'in ba'zı Arablar *evlerin basup hayli erzâk ve esvâb-ların gâret edüp ve kendülerin nâ-hakk yere katl eyleyüp* vereseşi Dergâh-ı âlî çavuşlarından Ca'fer Çavuş'un abd-i memlûku Mercan nâm Arabdan zann edüp mürâfa'a-i şer' olduklarında Kasım ve Memi nâm köleler kulağuz olup doyum olursun dimeğin bile vardum katl eyledim deyü bi-tav'îhi ikrâr ve itirâf etmeğin sicil olundukda husûs-ı mezbûru paşa hazretleri divân-ı hümayûnda pâye-i serîr-i a'lâlarına arz eyledikde katl eyledim diyen mezbûr Mercan Arab **siyâset** olunup ve kulağuzluk edüp mu'in ve zahîr olan mezbûrân Kasım ve Memi köle **küreğe** konulmak fermân olunmağın Sığacık beğine hüküm buyuruldu. El-vâkı' fî 25 Şevval sene 996 (s.81)
2. Nefs-i Bayındır'dan Resul nâm kimesnenin *evi açılıp sanduğu içinden ba'zı esbâbı sirka olunup* tecessüs üzere Manisa kazâsına tâbî kasaba-i Tarhaniyat'a vardukda sâriki olan Bostan nâm kimesnei bulup ele getirülüp murâfa'a-i şer' oldıkda esbâbının ekseri aynı ile elinde bulunup şer'le sâbit olup fesâdına müte'allık olan sicilleri ile mahallinde siyâset olunmak için ahvâli pâye-i serîr-i a'lâlarına arz olundukda mahallinde **siyâset** olunmak fermân olduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin kayd olunup Manisa kadısına emr-i şerîf yazıldı, tahrîren fî 4 Rebiülahir, sene ihdâ elf. (s.74)
3. Manisa'dan Eşekçi Hasan nâm kimesnei ba'zı *harâmzâdeler fisk meclisinde katl edüp meyyitin bir kuyuya bıraktıklarında* kâtillerden simidçi Seyfi ele getirilüp vârisleriyle mürâfa'a-i şer' olundukda bile şerik olup katilde dâhil olduğun ve şûrb-i hamr etdüğün bi-tav'îhi ikrâr edüp sicil olunmağın divân-ı hümayûnda telhîs olunup vukû'ı üzere paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdetlerine arz eyledikde **siyâset** fermân olunmağın kayd olundu ve karye-i Horos'dan Dimitri nâm zimmî dahi gice ile meyyiti bile kaldırıp kuyuya iletdüğün ikrâr edüp meclis-i şer'de sicil olunmağın pâye-i serîr-i a'lâlarına paşa hazretleri arz etmeğin **küreğe** fermân olunmağın kayd olundu ve Sığacık beğine emr yazıldı. El-vâkı' fî 20 Rebiülahir sene ihdâ elf. (s.76)
4. Gördük kazâsında *Mudur nâm karyede katl olunan* Ahmed kadının emr-i şerîfleri ile kâtilleri husûsuna mübâşir ta'yîn olunan Mîrahur Ağa kulları mübâşeretiyile mahallinde teftiş olunup karye-i mezbûreden Hâcı Musa ve Selendilü Üveyikli oğlu Mustafa ve Saruhan ve Cura Mehmed ve Talaklu Mehmed bin Hamza ele getirülüp maktûl-ı mezbûrun vâris-i sağırine vasî olan kimesne müvâcehesinde şer'le görülüp ikrâr ile ve sübût ile zâhir olduğundan mâ'adâ maktûlün erzâk ve esbâb ve nukûdın hisseleşüp aldıkları ve

haddizâtında fesâd ü şenâ'atleri sicil olunup ve Muhzır İbrahim bin Alemşah nâm kimesne dahi zikr olunan şakiler ile ekser-i evkatda bile yürüyüp ve binmeğe atın verip ve Karaca nâm kimesne dahi mu'în [ü] zahîr olup keyfiyyet-i ahvâli karyeleri halkından soruldukda yaramazlıklarına cemm-i gafîr müslümânlar şehâdet edüp sicil olunmağın ve istimâ'ına me'mûr olan kuzât dâ'îlerinden vech-i meşrûh üzere arzlar gelmeğın istihkâklarına göre haklarından gelmek için dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup Lala Paşa hazretleri pâye-i serîr-i a'lâlarına arz eyledikde mezbûrûn Musa ve Mustafa ve Saruhan'a **siyâset** ve mezkûrân Cura Mehmed ve Talaklu Mehmed sefîneye ve merkûmân Muhzır İbrahim ve Karaca kal'ada **habs** olunmak fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' 6 şehr-i Cemaziyevvel sene ihdâ elf. Sığacık beğine yazıldı. (s.78).

5. Saruhan sancağında Akhisar kazâsı cânibinde olan ehl-i fesâd ve eşkıyâ nice zamândır teftîş ve tefahhus olunmayup haklarından gelinmemek ile fesâd ü şenâ'atleri günden güne ziyâde olup husûsan ekâbir ve a'yân kullarından ve gayrıdan *ba'zı eşkıyâ zuhûr eyleyüp evler ve dükkânlar açup âdemler katl edüp muttasıl fesâd ve şenâ'atden hâli olmayup* yoklatup görölüp haklarından gelinmesi lâzım olmağın Dersa'âdetleri kapıcıbaşlarından Mehmed Ağa kulları emr-i şerîfleri ile mübâşir ve Demürcü kadısı müfettiş-i emvâl mev-lânâ Ömer dâ'îleri müvellâ ta'yîn olunup irsâl olundukda küllî ikdâm ve ihtimâm edüp ele getirüp altı neferi izn-i şer'le mahallinde **siyâset** olunup mâ'adâ beş neferi bu cânibe sûret-i sicilleri ile gönderilen Sarı Mehmed ve Mahmud oğlu Ali Bali ve Murad ve Abdi **küreğe** gönderilmek münâsib görölüp ve içlerinden Maden nâm mu'tak Arab cürm-i galîzi olmağın **siyâset** olunmak için dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz eyledikde üç neferi küreğe ve mezbûr Maden Arab'a siyâset olunmak fermân olunmağın kayd olundu ve Sığacık beğine emr yazıldı. El-vâkı' fi 20 şehr-i Cemaziyelahire sene isnâ elf el-mübârek (s.97).
6. Havâss-ı hümâyûnlarından Honaz mültezimi olan Bulamaçoğlu Yusuf için müderris Abdullah ve karındaşı Lütfullah *babamız Hâcî Ferhad'ı nâ-bakk yere katl eyledi* deyü da'vâ etmeğın emr-i şerîf ve mübâşir verilüp varup mahallinde göröldükde üzerine şer'le sâbit olup ve bunun emsâli dahi nice kabâhati olup hakkında arz ve siciller gelmeğın dîvân-ı hümâyûnda telhîs [olunup] paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz eyledikde zimmetine lâzım gelen mâl-ı mîrî tahsîl olundukdan sonra **siyâset** olunmak fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fi 23 Muharrem sene selâse elf (s.111).
7. Çakal bin Hasan nâm şakî Tarhaniyat'a tâbî' Göçek nâm karyeden Mustafa nâm kimesnenin *katl kasdına evin basup nice erzâkın gâret eyleyüp ve Ra-*

*mazan nâm kimesnenin dahi evin basup küllî rızkın gâret ve hasâret edüp ve Süleyman nâm kimesnenin yarak ile ayağın çalup mecrûh edüp ve Yusuf nâm kimesnenin katl kasdına âlât-ı harbile üzerine gelüp bi'l-cümle meclis-i şer'a da'vete varanlara yarak çıkarup ve ok atup ve kendüsi dahi vech-i meşrûh üzere fesâd ve şenâ'atin ikrâr edüp ve keyfiyet-i ahvâli karyesi halkından su'âl olundukda cemm-i gafir müslümânlar mezkûrun yaramazlığına ve lewendâtle yürüyüp ayağ üzere olup kuttâ'-i tarîk idüğüne şehâdet eyleyüp izâlesi lâzım haramzâde olmağın, hakkında sûret-i sicilleriyle arz gelmeğın dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz eyledikde **siyâset** olunmak fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî 7 Safer sene selâse elf (s. 113).*

8. Pirkulu bin Mehmed nâm haramzâde Menemen yolunda bezcilerden Hâcî Mustafa ve Can Beşe oğlu Hâcî Mehmed nâm kimesnelerin Mehmed nâm oğlanı ve dahi ba'zı refikleriyle *yollarına inüp küllî esbâb ve erzâkın gâret edüp* mezkûrlar ahz olunup meclis-i şer'de su'âl olundukda mezbûr Pirkulu vech-i mezkûr üzere yollarına inüp esbâbların gâret edüp hisseleşdiklerin ikrâr edüp sicil olunmağın mezbûr Pirkulu **siyâset** olunup ve refiki mezbûr Mehmed Oğlan **gemiye** gönderilmesi için Dîvân'da telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i a'lâlarına arz eyledikde vech-i meşrûh üzere fermân olunmağın kayd olundu. Midillü beğine emir yazıldı. El-vâkı' fî 21 Rebiülevvel sene selâse elf (s. 115).

II. Kürek Cezası

9. Mahrûsa-i Manisa'ya tâbî Kılıçlı nâm karyeden Hasan bin Mehmed nâm kimesne Ayn Ali nâm mahalleden diğeri Hasan nâm kimesne [silik] sonra *mezbûr Hasan ve hâtûnu katl olunup orman içine atılmış bulundukda* alup giden mezbûr Hasan'a [silik] Mehmed bin Yardım ve karındaşı Tur Bali ve Mustafa bin İlyas nâm kimesneler ile Gedüs kurbunda ormanlığa götürüp bana haber [silik] ile *merkûme hâtûna fi'l-i şeni' eyledim. Ol mevzi'de koyup gitdim* deyü meclis-i şer'de bi-tav'ihî ikrâr ve i'tirâf edüp [sicil olunup Dîvân-ı] Hümâyûn'da paşa hazretleri vukû'ı üzere pâye-i serîr-i a'lâlarına arz eyledikde **küreğe** konmak fermân olunmağın Sığacık beğine hüküm buyuruldu. El-vâkı' fî 25 Şevval sene 996 (s. 81).
10. Sığacık beğine hükm-i şerîf ki, nefsi Akhisar'da nâyibü'ş-şer' olan mevlânâ Hızır sūd-de-i sa'âdetlerine arz gönderüp nefsi Akhisar mahallâtından Şehreküsdü nâm mahallede sâkin Bâzârlu bin Kulfal nâm kimesnenin şirret ü şekâ ile meşhûr olan Kalender bin Ahmed nâm kimesne *gice ile evine gerüp esbâb ü erzâkın gâret etmek üzere* iken mezkûr Bâzârlu feryâd eyledikde müs-

lümânlar duyup cem' olup mezbûr Kalender'i evi içinde bulup meclis-i şer'a götürüp suâl olundukda bi-tav'ihî ikrâr ve i'tirâf edüp sicil olunup sicilleriyle vâki' hâli i'lâm etmeğın paşa hazretleri vukû'ı üzere hâk-i pây-ı sa'âdetlerine arz eyledikde sâyir eşkıyâya mûcib-i ibret için **küreğe** fermân olunduğuna mühürlü tezkire gelmeğın kayd olundu. El-vâki' fi evâhir-i şehr-i Rebiülâhir sene 997 (s.92).

11. Keles kazâsına tâbi' Karaman nâm karyeden Hâci Mustafa nâm kimesnenin abd-i memlûku olan Bilal nâm arab Birgi kazâsına tâbi' Yenişehir nâm karyeden *Fatıma nâm hâtûnu dört beş nefer arablar ile âlet-i harbile evin basup çeküp fi'l-i şeni' eyledikten gayrı yarak ile çalup bir parmağını düşürüp ellerin mecrûh* eyledikleri ikrârları mûcebince meclis-i şer'de müseccel olduğuna sû[re]-i sicil vârid olduğü serîr-i sa'âdete arz olundukda **küreğe** gönderilmek buyuruldu (21 Ramazan 997: s.12).
12. Eğlence nâm gurbet Mısır beylerbeyisi Üveys Paşa hazretlerinin mülk *davarlarından bir re's yundun ve bir re's kulu ile sirka edüp* aynıyla yedinde bulunduğü Birgi kadısı huzûrunda şer'le sâbit olduğuna sicil vârid olup serîr-i sa'âdete arz olundukda **küreğe** gönderilmek fermân olduğuna Lala hazretlerinin hattıyla tezkire vârid olmağın kayd olunup Sığacık beyine emr-i şerîf tahrîr olunup küreğe gönderildi. Fî 22 Şevval sene 997 (s.15).
13. Yaylak-ı Bozdağ'dan Manisa'ya nakl olundukda âdet-i mukarrere üzere davar cem'i için Alaşehir kazâsına emr-i şerîf ile Hasan Çavuş irsâl olundukda *ma'rifet-i kadı olmadan kendi fuzûlî ba'zı müslümânların tahmîle kâbil olmayan davarların tutup ve ekserinin akçaların alup* da'vet-i şer' olundukda itâat etmeyüp ve da'vet-i şer'a varan hâdimü'ş-şer'a şetm-i galîz eylediğın kadı arz edüp serîr-i sa'âdete sunuldukda mezkûrun **gemiye** gönderilmesi bâbında hatt-ı hümâyûn zuhûr etmeğın Sığacık beyine emr-i şerîf ile gönderildi. Fî 22 Şevval sene 997 (s.15).
14. Bayındır kadısı mektûb gönderüp kazâ-i mezbûra tâbi' Yaka köyden Evhad oğlu Abdurrahman ve Çoban İlyas nâm şakiler Elvan nâm *kimesnenin evin ve cümle mâ-melekin ihrâk-ı bi'n-nâr eylediklerine* meclis-i şer'de tav'an i'tirâf edüp sicil olduğun i'lâm eylemeğın **küreğe** konulmak fermân olunup Sığla sancağı beyine hitâben mü'ekked hükm-i şerîf yazılıp Ca'fer Çavuş ile gönderildi (11 Muharrem 998: s. 18).
15. Simav kazâsında Şaban nâm şakî *izâlesi lâzım eşkıyâdan* olup defe'atle fesâdâtı zâhir olduğuna mümzâ ve müsbet sûret-i siciller vârid olduğü serîr-i sa'âdete arz olundukda hatt-ı hümâyûn sudûr edüp **küreğe** gönderilmek fermân olunmağın Sığla sancağı beyine hükm-i şerîf yazıldı (5 Safer 998: s. 20).

16. Nefs-i Manisa'da *gice ile evi basılıp cebren hâtûnı çekilüp, ba'dehu katl* olunup meyyiti maktûlen kuyuda bulunan Hasan nâm kimesnenin mazannaları olan Kasabbaşı hüddâmından Rıdvan ve Memi ve sâysis Ali ve Hasanpaşa köyünden Alican nâm şakiler hakkında kasaba-i mezbûrenin cümle a'ÿân ve eşrâfi ve ulemâsı gemi[ye] gönderilmelerin taleb edüp ricâları serîr-i sa'âdete arz olundukda, hatt-ı hümâyûn ile **küreğe** konılmak fermân olunmağın Sığla beğine hükm-i şerif yazıldı (23 Rebiülevvel 998: s. 42).
17. Bundan akdem *maktûlen meyyiti kuyuda bulunan avret* husûsiyçün **sefineye** irsâl olunan Kassâbbaşı hüddâmından Rıdvan ve Memi ve sâysis Ali ve Alican nâm kimesneler için hâliyâ mezkûre-i maktûlenin karındaşı gelüp şahidlerim vardır isbât ederim deyü ihzâr olunmaların taleb edüp arz olundukda getürdilüp *murâfa'a-i şer' olmak için izn-i hümâyûn* olup emr-i şerif yazılmak bâbında memhûr tezkire vârid olmağın Sığla beğine hükm-i şerif yazıldı (20 Rebiülahir 998: s. 45)
18. Manisa kazâsından Çengi Hasan dimekle ma'rûf olan şakî sâbikâ defe'atle *yola bele inüp, evler basup* mukayyed ahz olundukda firâr edüp tekrâr gelüp fesâd ü şenâ'ata mübâşeret eylediği serîr-i sa'âdete arz olundukda, **küreğe** konulması mahal görölmeğın, Sığla beğine hükm-i şerif yazıldı (23 Rebiülevvel 998: s.42).
19. Adala kazâsına tâbi' karye-i Tatyân'da sâkin olup fesâd ü şenâ'at ile meşhûr olan Dîvâne Hasan nâm ehl-i fesâd karye-i mezbûreden Muharrem nâm kimesnenin *katl kasdına evin basup katl sadedinde* iken müslümânlar elinden halâs eyledikleri meclis-i şer'de sicill olunup ol bâbda toprak kadısı dahi mühürlü mektûbuyla arz edüp serîr-i sa'âdete arz olundukda **gemiye** fermân olunmağın, Sığla beğine hükm-i şerif yazıldı (16 Cemaziyevvel 998: s. 47).
20. Dalama kazâsından karye-i Kızıklar'dan Evhad nâm kimesnenin Arslan bin Husrev nâm kimesne *fi'l-i şenâ' kasdına gice ile evine gelüp hâtûnün çeküp alup* gidüp müslümânlar erişüp elinden halâs eylediği muvâçhesinde meclis-i şer'de sâbit olup bu bâbda hüccet-i şer'iyye îrâd edüp serîr-i sa'âdete arz olundukda hatt-ı hümâyûn ile **sefineye** fermân olunduğuna Lala hazretlerinin hattıyla tezkire vârid olmağın Sığla beğine hükm-i şerif yazıldı (13 Cemaziyelahir 998: s. 48).
21. Adala kazâsından Hüsâm nâm sipâhînin Rıdvan nâm kölesi kazâ-i mezbûrdan Hüseyin nâm kimesnenin *sirka kasdına evine gerüp ve ba'zuların koyun ve keçilerin sirka* eylediğine toprak kadısı arz verip ve ikrâ[rı]na sûret-i siciller vârid olmağın serîr-i sa'âdete arz olundukda hakkından gelinmek için **küreğe** konılmak münâsib olduğı ecilden Sığla beğine hükm-i şerif yazıldı (23 Cemaziyelahir 998: s. 49).

22. Menemen yolunda *maktûl bulunan Hamza Süfî nâm kimesnenin kâtillerinden* ahz olunup i'tirâfları sicill olunan Toma ve Hasan nâm kimesnelerin hüsn-i hâli ve nefsi-i Manisa'da Yaviler mahallesinde sâkine *Nesli nâm hâtûnı çeküp fisk meclisine iletüp bir kaç gün hâtûn ile fisk u fücûr eyleyen* Sefer nâm müslümân ve Dimitri ve Yani nâm zimmîlerin ahvâlleri sûret-i sicilleri ile arz olundukda mezkûr kâtil Toma ile merkûmân Sefer ve Dimitri nâm zimmînin **sefineye** verilmesi fermân olunduğuna memhûr tezkire vârid olmağın Sığla beğine hükm-i şerîf yazıldı (24 Cemaziyelahir 998: s. 49).
23. Marmara kazâsında sâkin Çirkin Mustafa ve refîkı Hasan nâm şakîler kazâ-i mezbûrdan *Sinan Fakîh nâm kimesnenin evin basup hâtûnün cebren çeküp alup gedüp bir gice yabanda yatırup fi'l-i şeni' eyledikleri* meclis-i şer' de şuhûd [u] udûl ile subût bulduğuna sûret-i sicilleri ile kazâ-i mezbûre kadısı mev-lânâ Ömer arz eylediği serîr-i sa'âdete arz olundukda **sefineye** gönderilmek fermân olunmağın Sığla beğine hükm-i şerîf tahrîr olundu (29 Zilkade 998: s. 57).
24. Südde-i sa'âdetleri kullarından ulûfeciyân zümresinden Macar Ali *şekâvet edüp cürmü zâhir* olmağın **sefineye** gönderilmek fermân olunduğu ecilden hükm-i şerîf ile Sığla beğine gönderildi (20 Zilhicce 998: s. 57).
25. Kazâ-i Manisa'ya tâbî' karye-i Sarma'dan Karaca nâm *ehl-i fesâdın* hakkında vârid olan temessükât mücebince **küreğe** fermân olunup Sığla beğine sefine-i hâssaya konılmak için hükm-i şerîf yazıldı (10 Rebiülevvel 999: s. 58).
26. Eşkîyâ zümresinden Halîl ve Nebi ve Bekir ve Bali nâm *ehl-i fesâdın şenâ'atleri* serîr-i sa'âdete arz olunup **sefineye** gönderilmek fermân olunmağın Sığla sancağı beğine hitâben hükm-i şerîf yazıldı (29 Rebiülevvel 999: s. 58).
27. Ehl-i fesâd tâifesinden Osman ve Mehmed nâm *şakîlerin şenâ'atleri* serîr-i sa'âdete arz olunup **sefineye** gönderilmek fermân olunmağın Sığla beğine hükm-i şerîf yazıldı (29 Rebiülevvel 999: s. 58).
28. Güzelhisar kazâsında eşkıyâ zümresinden Süleyman bin Ömer nâm şakîlerin üzerilerine *şer'le sâbit olan fesâd ve şenâ'atleri* sûret-i sicilleri ile serîr-i sa'âdete arz olunup **sefine-i hâssaya** gönderilmek fermân olunduğuna memhûr tezkire vârid olduğu ecilden Sakız sancağı beğine hükm-i şerîf yazıldı (5 Cemaziyellevvel 999: s. 133).
29. Karaburun kazâsından Ali bin Musa nâm şakî *fesâd ve şenâ'at* eylediği şer'le sâbit olup arz olunmağın **sefineye** buyurulup Sığla beğine hükm-i şerîf yazıldı (4 Receb 999: s. 137).
30. Ebnâ-i sipâhîyân zümresinden Rıdvan *şenâ'at* etmeğın **sefineye** fermân olunup Sığla beğine gönderildi (4 Receb 999: s. 137).

31. Adala kazâsında karye-i Hızır'da sâkin Cârullah nâm kimesnenin Yunus nâm Arabı *kadîmî eşkıyâdan ve ehl-i fesâd* olup ekseriyâ Arabları şekâ kasdına yanına cem' etmek âdeti olduğu şer'le sâbit ve sicil olduğu arz olunmağın **sefineye** fermân olunup Sığla beğine hükm-i şerîf yazıldı (4 Receb 999: s. 137).
32. Arab dimekle ma'rûf olan şakî kazâ-ı [] sâkin [] *Cemile nâm hâtûnuna fi'l-i şeni' kasdına evine* gerüp te'addî eylediği şer'le sâbit olmağın serîr-i sa'âdete arz olundukda **sefineye** buyurulup Sığla beğine hükm-i şerîf yazıldı (22 Receb 999: s. 138).
33. Kazâ-i Nif sâkinlerinden Kara oğlu Mustafa dimekle ma'rûf şerîrin *envâ' şekâ ve tezvîri şer'le* sübût bulduğu serîr-i sa'âdete arz olundukda **sefineye** fermân olunup Sığla beğine hükm-i şerîf yazıldı (5 Şaban 999: s. 139).
34. Orta pâre kazâsından Mehmed bin Hâcî Mustafa nâm şakî kazâ-i mezbûra tâbî' Kuyucak nâm karyeden İsa nâm kimesnenin *Selver nâm hâtûnuna fi'l-i şeni' kasdına yapışup* müslümânlar elinden halâs eyledikleri şer'le sâbit olduğu sûret-i sicil mücebince arz olundukda **sefineye** fermân olunup Sığla beğine hükm-i şerîf yazıldı (20 Şaban 999: s. 140).
35. Bekir bin Nesîmî nâm *ehl-i fesâd* hakkında Alaşehir kadısı arz gönderüp *sefine-i hâssaya* fermân olunmağın Sığla beğine hükm-i şerîf tahrîr olundu (28 Şaban 999: s. 140).
36. Tarhala kazâsından Abdi nâm şakî *fesâd ve şenâ'at* üzere olup izâlesi lâzım idüğüne sicil-i şer'î vârid olduğu serîr-i sa'âdete arz olunup **sefine-i hâssaya** fermân olunmağın Sığla sancağı beğine hükm-i şerîf yazıldı (5 Ramazan 999: s. 140).
37. Şahincibaşı Ali Ağa'nın *esbâbın sirka edüp* firâr eyleyen Bâlî nâm şakî ve kendinün kulu Gazanfer dutulup serîr-i sa'âdete arz olundukda **küreğe** fermân olunmağın Sığla beğine hükm-i şerîf tahrîr olundu (28 Şevval 999: s. 141).
38. Sart kazâsından *fesâdâtı zuhûr* edüp ele getirülen Mehmed bin Ali nâm şakî **sefine-i hâssaya** götürülmek fermân olunmağın hükm-i şerîf tahrîr olundu. Sığla beğine hükm-i şerîf yazıldı (16 Zilkade 999: s. 142).
39. Abdülcabbar ve karındaşı Abdi Çavuş âdemlerinden Mustafa ve Ali nâm şakîler Milas kazâsında Bayezid Efendi katl olunan bağın hâricinde, sarrâclardan *Osman'ın âlât-ı harble katl kasdına yoluna inüp kılıç ile çalup sağ elini bileğinden kat' edüp ve sol elinin dahi iki parmağın düşürüp* zulm ve te'addî eyledikleri şuhûd ve udûl ile meclis-i şer'de sâbit olup sûret-i sicil vârid olmağın hatt-ı hümayûn ile **sefineye** fermân olunmağın, Sığla beğine hükm-i şerîf tahrîr olundu (3 Zilhicce 999: s. 143).

40. Kasaba-i Birgi'de fesâd ve şenâ'at ile meşhûr ve ma'rûf olan Sarrâfoğlu Ahmed'in evi yoklanup kasaba-i mezbûre halkından ba'zı müslümânların *sirka olunmuş esbâbları bulunup ve elinde on aded sikke bulunup kallâb olup ehl-i fesâd* olduğu meclis-i şer'îde sübût bulup sûret-i sicilleri serîr-i sa'âdete arz olundukda **sefine-i hâssaya** gönderilmek emr olunup Sıgla beğine hüküm yazıldı (15 Muharrem 1000: s.146).
41. Kasaba-i Burunâbâd'a tâbî' karye-i Oğulduruk'dan İbrahim nâm kimesne *ehl-i fesâd ve eşkıyâdan* olup dâyimâ şirret ü şekâdan hâlî olmaz deyü müslümânlar haber verip bi'l-fi'il kasaba-i mezbûrede Hâcî Mehmed nâm kimesnenin gice ile varup koyunun basup iki re's kuzusun sirka edüp muvâcehesinde şer'le sâbit olduğu sûret-i sicilleri serîr-i sa'âdete arz olundukda **sefine-i hâssaya** fermân olunmağın Sıgla beğine hükm-i şerîf tahrîr olundu (26 Muharrem 1000: s. 146).
42. Sekbânbaşı Ca'fer Ağa mühürlü tezkire gönderüp sekbânlardan Yusuf için *şekâvet üzeredir* deyü arz eylediği serîr-i sa'âdete i'lâm olundukda **sefine-i hâssaya** konulmak fermân olunmağın Sıgla beğine hükm-i şerîf yazıldı (5 Safer 1000: s. 146).
43. Dergâh-ı âlî çavuşlarından Mustafa Çavuş çiftçilerinden Hüseyin Abdullah ve Adil Abdullah nâm şakîler Manisa kal'ası sâkinlerinden Ali nâm kimesnenin *bir camus ineğin boğazlayup etini hisseleşüp ve derisin debbâğa bey' etdikleri* şer'le sâbit ve sicil olduğu serîr-i sa'âdete arz olundukda **sefine-i hâssaya** konulmak fermân olunmağın Sıgla beğine hükm-i şerîf tahrîr olundu (20 Rebiülevvel 1000: s. 148).
44. Kazâ-i Birgi'ye tâbî' karye-i Kurga'da sâkin Kara Bayezid nâm kimesnenin kazâ-i mezbûr ahâlisine ziyâde zulm ve te'addîsi olup *nâ-hakk yere şirret ve telbîs ile müslümânlar üzerine şuhûd-ı zor ikamet edüp cebren kerhen akçaların alup ve ba'zısın emirle kul getürdüm deyüp zencire urup şekâvet üzere* olduğu sâbit ve sicil olup ve toprak kadısı arz eylemeğın pây-e serîre arz olundukda hatt-ı hümayûn sudûr edüp **sefine-i hâssaya** fermân olunmağın Sıgla beğine hüküm yazıldı (24 Cemaziyelahir 1000: s. 152).
45. Ulûfeciyan zümresinden Mahmud bin Hasan nâm kimesne hakkında Birgi kadısının arzı gelüp ve *ba'zı fesâd ü şenâ'atinin sûret-i sicili vârid olduğu* pây-e serîr-i sa'âdete arz olunup mezkûr Mahmud **sefine-i hâssaya** gönderilmek fermân olunduğına memhur tezkire vârid olmağın Sıgla sancağı beğine hükm-i şerîf tahrîr olundu (20 Zilkade 1000: s. 70).
46. Sâbıkâ Âsitâne defterdârı olan Mahmud Efendi'nin çiftlikleri kethudâsı olan Yusuf nâm kimesnei Abdullah Arab nâm kimesne *çomak ile urup ol darbden fevt olup* ve İlyas nâm kimesne *ba'zı harâmzâdeleri evine cem' edüp bâtûnı*

ile şürb-i hamr etdirüp ve şer'â muhâlif nice hâli olup ve Hamza nâm kimesne *Berber Ali'nin ba'zı esbâbın sirka edüp* ba'zısı elinde bulunup meclis-i şer'de sicil olunduğı pây-e serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz olundukda **küreğe** konulmaları fermân olunduğına Lala Paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın Sığacık beğine hüküm yazıldı, el-vâkı' fi evâil-i şeh-r-i Muharrem, sene ihdâ ve elf (s.70).

47. Ve Manisa kazâsına tâbi' Alacalı nâm karyede Mehmed bin Abdurrahman ve Dere nâm karyeden Abdullah bin Ahmed nâm kimesneler *kutta-i tarik olup siyâset olunan Kazdağlı Mehmed nâm harâmînin şerîklerinden* olup Sart kazâsına tâbi' Kürekçiler nâm karyeden bir müslimânın *evin basup külli emvâl ve erzâkın gâret itmeğın* ahz olunup meclis-i şer'de bi-tav'ihumâ ikrâr ve itirâf edüp sicil olunmağın pây-e serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz olundıkda **küreğe** konulmaları fermân olunduğına paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın Sığacık beğine hüküm yazıldı, el-vâkı' fi evâil-i şeh-r-i Muharrem, sene ihdâ ve elf (s.70).

48. Ve Manisa kazâsına tâbi' Uncuboz nâm karyede Nasuh nâm kimesnenin hâtûnuna yine kendi abd-i memlûkleri olan *Haydar, gice ile mezbûreye zinâ kasdına döseğine varup ve andan gayrı ba'zı hırsuzluğu* dahi olup meclis-i şer'â ihzâr olundıkda bi-tav'ih ikrâr edüp ve mezbûre dahi küreğe gitmesine râziye olduğı sicil olmağın vukû' üzere pây-e serîr-i a'lâlarına arz olundıkda **küreğe** gitmek fermân olunduğına paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın Sığacık beğine hüküm yazıldı, el-vâkı' fi evâil-i şeh-r-i Muharremü'l-harâm, li-sene ihdâ ve elf (s.70).

49. Der-sa'âdetleri sekbânlarından Foçalar'da mütemekkin Ömer nâm *sekbân kuttâ'i't-tarika refik olup levendâtın firkatesine girüp fesâd ü şenâ'atden* hâli olmayup ve Yusuf nâm harâmzâde dahi Marmara'da Halîfe Sultan evlâdından *bir emred oğlana fi'l-i şeni' kasd edüp rızâ göstermedikde başından çalup mecrûh edüp* şer'le sâbit olduğına haklarında siciller gelmeğın vukû'u üzere pây-e serîr-i a'lâlarına arz olundıkda mezkûrlar **küreğe** konulmak fermân olunduğına Lala Paşa hazretlerinden mühürlü tezkire vârid olmağın kayd u terkîm olundu ve Menteşe beğine hitâben hüküm-i şerîf yazıldı, el-vâkı' fi evâsit-ı şeh-r-i Muharrem sene ihdâ ve elf (s. 72).

50. Mahrûse-i Manisa kazâsına tâbi' Ilgun Kuru kurbinde Tatarlar nâm karyeden ba'zı kimesneler arabacı yazılmak ile akrabâ vü ta'allukatı günden güne şekâ üzere olup Yatuklu nâm karyeden *bir avret ayardup yanlarına alup nice gün Ilgun arasında köy halkının ekseri ile tasarruf edüp ve Manisa içinden (?) bir avreti dahi idlâl edüp köylerine iletüp bir kaç ay kullandıklarından sonra Palamud ovasında Gökçeköy nâm karyeden ba'zı haramzâdelere bırakup anlar dahi eşirciye câriye deyü bey' edüp hâlâ Kula nâm kasabada bulunup hüküm-i*

şerîfle getürdilüp Derzi nâm kimesnei katl eyledikleri haber virdükleri tafsîl üzere sicill olundıktan sonra Mehmed bin Göçeri nâm haramzâde ele götürülüp mâ'adâsını akrabâsından olan arabacı Musa ve Bekir kaçırıp bulunduyü teklif olundukda ele vermeyüp bu sebep ile icrâ-yı şer'â mecâl olmaduğu pâye-i serîr-i a'lâlarına arz olundıkda **hâssa sefîneye** gönderilmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın Mentese beğine hitâben hükm-i şerîf yazıldı, el-vâkı' fi 22 şehr-i Saferü'l-muzaffer, sene ihdâ elf (s. 73)

51. Nefs-i Manisa'dan İbrahim nâm kimesne *serhoşla gice içinde Rabia nâm hâtûna fi'l-i şeni' kasdına evine girüp* subaşı ve ahali-i mahalle ardınca varduklarında firar edüp yağmurluk ve dülbendi mezbûrenin evinde bulunup ba'dehu meclis-i şer'de kendiyeye dahi suâl olundıkda serhoşla mezbûrenin evine varduğın ikrâr edüp sicill olunmağın divan-ı hümayûnda telhis olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i a'lâlarına arz eyledikde **küreğ**e gönderilmek fermân olunmağın Sığacık beğine hüküm yazıldı, el-vâkı' fi selh-i Saferü'l-muzaffer, sene ihdâ elf (s. 73).
52. Bu sene-i mübarekede kıdvetü'l-emâcid çavuşbaşı zîde mecduhû ile hâssa kilâr mühimmâtı için Mısır'a gönderilen sipâh tâifesinden Mehmed ve aşcılardan Hurrem nefsi-i Mısır'da *serhoşla bir arabı alâniyen ikisi katl edüp* Mısır paşası siyâset olunmaları için ağa-yı mezbûra teslîm edüp bu cânibe gönderüp lâkin sûret-i sicilleri gelmeyüp ahvâleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz olundıkda **sefîneye** gitmeleri fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olundu, el-vâkı' fi 4 Rebiülevvel, sene ihdâ elf. Sığacık beğine merkûm aşçı için müstakîl emr-i şerîf yazıldı (s. 73).
53. Hüseyin bin Mehmed nâm emred Menemen nâm kasabada *yankesicilik edüp müslimânların ceblerinden akçaların alup* ol hinde tutulup elinde alâyimi bulunup ikrârı sicill olmağın sûret-i sicill ile ahvâli pâye-i serîr-i sa'âdetlerine arz olundıkda mîrî **sefîneye** gönderilmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olundu ve Sığacık beğine hüküm yazıldı, el-vâkı' fi evâsıt-ı şehr-i Safer, sene ihdâ elf (s. 73).
54. Kuttâ'-i tarîk olup katl olunan Gökçe nâm bedbahtın şürekâsı ahvâli teftiş olunup görüldükde Çeşme kazâsına tâbî' Yassı Kışlak nâm karyeden Kara Veli nâm kimesne harâmi-i mezbûrun müslümânlardan gasb eylediği üç re's develerin alup satırvirdüğü sâbit ve zâhir olunduğundan gayrı keyfiyet-i ahvâli karyesinden suâl olundıkda mezbûr Kara Veli'nin şöreti *hırsuzluk ve yaramazlık iledir ve ba'zı kimesnei dahi katl eylediği şâyi' idüğü* sicill olmağın vâkı' hâli serîr-i sa'âdetlerine arz olundıkda **küreğ**e gönderilmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın Sığacık beğine hüküm yazıldı, el-vâkı' fi 13 Rebiülevvel, sene ihdâ elf (s. 73).

55. Adala kazâsına tâbî' Menye nâm karyeden Carullah bin Memi nâm kimesnenin ahurında *Ali nâm kimesnenin uğruluk bir katırı bulunup ve dahi kasaba-i Kula'dan bir zimmî bâzergânı katl ettiğün* ikrâr ettiğinden mâ'adâ keyfiyyet-i ahvâli karyesi halkından suâl olunup cemm-i gafır müslümânlar yaramazlığına ve hırsuzlığına şehâdet edüp sicill olunup ve yine kazâ-i mezbûra tâbî' Küçük Bursa nâm karyeden Dîvâne Mehmed nâm kimesne *Süleyman nâm kimesnei hurri'ül-asl iken Tire ovasında cebren tutup kulımdır deyü satmak* sadedinde iken müslümânlar elinden halâs edüp ba'dehu ahvâli tefahhus olundıkda müslümânlar cem' olup *bu vilâyetde at ve katır ve kul ve câmûs komayup sirka edüp ehl-i fesâddır* deyü şehâdet edüp sicill olunup ahvâli pâye-i serîr-i a'lâlarına arz olundıkda **küreğ**e gönderilmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğün kayd olunup Sığacık beğine hüküm yazıldı, el-vâkı' fi 23 şehr-i Rebiülevvel, sene ihdâ elf el-mübârek (s.74).
56. Güzelhisar kazâsından Tohum ve Merke-kıran nâm karyeden Ali bin Mehmed nâm haramzâdeler *kuttâ'-ı tarîk olup* haklarında sicilleri ve kendülerinin dahi Manisa mahkemesinde ikrârları olmağın **sefineye** gönderilmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğün kayd olunup Menteşe beğine hüküm verildi, tahrîren fi 12 şehr-i Rebiülahir, sene ihdâ elf (s.75).
57. Marmara kazâsından Kara Hamzaoğlu Hasan nâm haramzâde yine kazâ-i mezbûrdan Ebubekir nâm *emrede fi'l-i şeni' edüp* üzerine sicill olup ahvâli pâye-i serîr-i a'lâlarına arz olundıkda **sefineye** gönderilmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğün Sığacık beğine hüküm tahrîr olundu, el-vâkı' fi 9 şehr-i Rebiülahir, sene ihdâ elf (s.75)
58. Manisa kazâsına tâbî' Yunddağı nâhiyesinden Şaban bin Mehmed nâm şakî Davud bin Nebî nâm kimesnenin Tamâm nâm *hâtûnu sudan gelür iken fi'l-i şeni' kasdına yoluna varup esbâbın soyup* üzerine sâbit olup ve karyesi halkından dahi ahvâli teftîş olundukda yaramazlığına şehâdet edüp sicil olunmağın dîvân-ı hümayûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlere arz eyledikde **küreğ**e gitmek fermân olunmağın kayd olunup Sığacık beğine emr yazıldı. El-vâkı' fi 20 şehr-i Rebiülahir sene ihdâ elf (s.77).
59. Yayuklu nâm karyeden olup hâlen Manisa'da Emîrler Mahallesi'nde sâkin olan Ali bin Hâcı nâm şakî mukaddemâ *Îlham nâm hâtûnun Kadri nâm oğluna fi'l-i şeni' eyleyüp ve Hasan nâm kimesnenin ba'zı esbâbın uğurlayup* üzerine sâbit olduğundan gayrı karyesi ve mahallesi halkından keyfiyyet-i ahvâli teftîş olundukda yaramazdır, *ba'zı müslümânların kapusuna katran sürüp ve ba'zının kölelerin idlâl edüp* fesâd ve şenâ'tden hâlî değildir deyü

şehâdet edüp sicil olmağın küreğe gönderilmek için dîvân-ı hümayûnda telhîs olunup Lala Paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlere arz eyledikde **küreğe** gönderilmek emr olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî 6 şehr-i Cemâziyelevvel sene ihdâ elf. Sığacık beğine yazıldı (s.78).

60. Mahrûsa-i Manisa muzâfâtından Tarhaniyat'a tâbî Samiri nâm karyeden Ali bin İsa nâm kimesnenin Hızır bir Murâd nâm harâmzâde *yedi bâb evlerin içinde ba'zı esbâbı ile ateşe ihrâk edüp* ele geldikde meclis-i şer'de ikrâr edüp ve ahvâli dahi teftîş olundukda mezbûr Hızır *müslümânların hâtûnlarına fi'l-i şeni' kaskına* dolaşup ve ayağ üzere olup muttasıl fesâd u şenâ'atden hâli olmaduğuna cemm-i gafir müslümânlar şehâdet edüp sicil olunmağın dîvân-ı hümayûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlere arz eyledikde **küreğe** fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî 6 şehr-i Cemâziyelevvel sene ihdâ elf. Menteşe beğine yazıldı (s.78).
61. Manisa kazâsına tâbî Kocaali nâm karyeden Çoban Ahmed nâm kimesne Osman nâm kimesnenin Durdu *nâm hâtûnunun dağda fi'l-i şeni' kaskına bıçak ile yoluna gelüp* te'addî edüp ol esnâda mezbûre belinden bıçağın alıkomuş olup mürâfa'a-i şer' olduklarında bıçak kendinün idüğün ve mezbûreye yapışduğın ikrâr edüp sicil olunmağın vâkı' hâl pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlere arz olundukda **küreğe** gitmek fermân olunmağın Menteşe beğine hüküm yazıldı. El-vâkı' fî 7 şehr-i Cemâziyelevvel sene ihdâ elf (s.78)
62. Mustafa bin Ali nâm şakî ba'zı harâmzâdeler ile Tire kazâsına tâbî *Fota nâm kasabadan bir yük nacak uğurlayup* Manisa'ya getirüp satdıklarında nacağın sâhibleri ardınca gelüp mezbûr Mustafa ahz olunup refikleri firâr edüp mezbûr Mustafa meclis-i şer'de vech-i meşrûh üzere ikrâr edüp sicil olunmağın vâkı' hâli pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlere arz olundukda **küreğe** gitmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olunup Menteşe beğine hüküm yazıldı. El-vâkı' fî 12 Cemâziyelevvel sene ihdâ elf (s.79).
63. Manisa kazâsına tâbî Şeyhler nâm karyeden Selim bin Hüseyin nâm şakî Hâcî Kaya nâm kimesnenin *kızına fi'l-i şeni' kaskına evine gerüp ve Nurullah nâm ve Mirzâ nâm kimesnelerin koyun ve keçilerin gasb eyleyüp ve İbrahim nâm emrede fi'l-i şeni' edüp* ve bunun emsâli nice fesâd ü şenâ'ati sâbit ve zâhir olduğundan gayrı karyesi halkından keyfiyet-i ahvâli teftîş olundukda yaramazlığına ve fesâd ü şenâ'atine müslümânlar şehâdet edüp sicil olunmağın dîvân-ı hümayûnda telhîs olunup paşa hazretleri serîr-i sa'âdetlerine arz eyledikde **küreğe** fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî 2 Cemâziyela-hire sene ihdâ elf. Sığacık beğine yazıldı (s.80)
64. Manisa kazâsına tâbî Beydere nâm karyeden Hoca Ali bin Şaban nâm şakî Yunus nâm kimesnenin İbrahim nâm *sagîr oğluna fi'l-i şeni' edüp* mürâfa'a-i

şer' olduklarında bi-tav'an ikrâr edüp sicil olunmağın pây-e serîr-i sa'âdet-i masîrlere arz olundukda **küreğe** konulmak fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın Menteşe beyine emr yazıldı. El-vâkı' fi 6 şehr-i Şaban sene ihdâ elf (s.27).

65. Mendehorya kazâsına tâbî' İçerler nâm karyeden Dîvâne Mustafa ve Ömer nâm şakiler maktûl olan *Hâcı Yusuf'un kâtillerinin şeriki ve bunun emsâli nice kabahatleri* olup ve Marmara kazâsına tâbî' Kayaş nâm karyeden Bereket nâm Arap Dergâh-ı âlî çavuşlarından Hasan Çavuş zîde kadruhûnun *koyunların uğurlayup* üzerlerine şer'le sâbit olmağın vâkı' hâl pây-e serîr-i sa'âdetlerine arz olundukda **küreğe** konulmak fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın Sığacık beyine emr yazıldı. El-vâkı' fi evâhir-i şehr-i Şaban sene ihdâ elf (s.28).
66. Manisa kazâsına tâbî' Beydere nâm karyeden Hoca Ali bin Şaban nâm şakî Yunus nâm kimesnenin İbrahim *nâm sagîr oğluna fi'l-i şeni' eyleyüp ve Yaylalu nâm karyeden Şeyh Hasan nâm kimesnenin Hüseyin ve diğeri Hüseyin nâm kimesneler evinden ba'zı kitâbların sirka edüp ve Bergama kazâsına tâbî' Bağluca nâm karyeden Macar nâm kimesne Ahmed Subaşı'nın ba'zı esbâbın sirka eyleyüp ve Manisa kazâsına tâbî' Gümülcülü nâm karyeden Mustafa bin Tilki nâm şakî Hüseyin nâm kimesnenin katl kasdına evin basup haramzâde ve yatak* olup herbirinin üzerine şer'le sâbit olmağın vâkı' hâl pây-e serîr-i sa'âdetlerine arz olundukda **küreğe** konulmak fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın Menteşe beyine emr verildi. El-vâkı' fi evâhir-i şehr-i Şaban sene ihdâ elf (s.28)
67. Gördük kazâsına tâbî' Melengi nâm karyeden Murad nâm şakî Hasan Dede nâm kimesnenin evine gerüp *fi'l-i şeni' kasdına hâtûnuna yapışup* te'addî etmeğın emr-i şerîf ile ahvâli görüldükde vech-i meşrûh üzere sâbit olup sicil olunmağın pây-e serîr-i sa'âdet-masîrlere arz olundukda **küreğe** gönderilmek fermân olunmağın paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın Sığacık Beyi'ne emr-i şerîf yazıldı. Tahrîren fi 24 Şevval sene ihdâ elf (s.29).
68. Nif kazâsına tâbî' Kızılcalı nâm karyeden Musa nâm haramzâde *kârbân basan ehl-i fesâdın şeriki ve yatağı* olup ve Hasan nâm Arab dahi Mehmed ve Arslan nâm celebler ile hizmetkâr yeniçerilerinden Kara Hasan nâm *yenicherinin evin basup fesâd etmeğın* vukû' üzere ahvâlleri pây-e serîr-i sa'âdet-masîrlere arz olundukda **küreğe** fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd u terkîm olundu. El-vâkı' fi 7 Şevval sene ihdâ elf. Sığacık Beyi'ne yazıldı (s.29).
69. Nif kazâsına tâbî' Kızılcalı nâm karyeden Bekir nâm kimesne *ev basup esbâb sirka edüp bunun emsâli kabâhatine nihâyet olmayup* kendi dahi fesâdına

mu'terif olup sicil olunup ve Hamid sancağında Tefen[ni] kazâsından Nebî nâm haramzâde dahi *müslümânların evlerin ateşe ihrâk edüp ehl-i fesâd olduğun* vilâyet kadıları arz etmeğın pây-e serîr-i a'lâlarına ahvâleri arz olundukda **küreğe** konulmak fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olundu. Sığacık Beyi'ne emr yazıldı. El-vâkı' fi 18 Şevval sene ihdâ elf (s.29).

70. Manisa kurbünde Çatalkilise nâm karyeden Kireçci Hiristo nâm zimmînin Bilâl nâm arab ba'zı yoldaşlarıyla *evin delüp içinden ba'zı erzâk ü esbâbın sirka eyleyüp* mürâfa'â olundukda ikrâr edüp sicil olunmağın ahvâli pây-e serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz olundukda **küreğe** konulmak fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olundu. Sığacık beyine emr yazıldı. El-vâkı' fi evâhir-i Muharrem sene isnâ elf (s.31)
71. Tırhala kazâsından Hasan bin Hâcı Yusuf nâm şakî Rûşen nâm *hâtûnun gice ile evine girüp yorganın* alup envâ' te'addî edüp ve *Halil Sufî nâm kimesnenin dahi katl kasdına evin basup* ve karyesi halkı dahi yaramazlığına şehâdet edüp sicil olunmağın ahvâli pây-e serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz olundukda **küreğe** fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olundu. El-vâkı' fi evâhir-i Muharrem sene isnâ elf (s.31).
72. Udla bin Abdullah nâm arab Manisa kurbünde Çatalkilise nâm karyeden Hiristo nâm zimmînin Bilal nâm arab ile evine varup *gice ile ba'zı esbâbların sirka edüp* merkûm Bilal ile ve Mercan nâm arab esbâbları alup gitdik deyü ikrâr edüp Manisa mahkemesinde sicil olunup ahvâli pây-e serîr-i a'lâlarına arz olundukda **küreğe** gönderilmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire vârid olmağın Sığacık beyine emr verildi. El-vâkı' fi 5 Safer sene isnâ elf (s. 34).
73. İnegöl kazâsından Satılmış nâm kimesne İbrahim nâm kimesnenin *evine girüp bir merkebe ve bir kilim ve bir ferrâce ve bir boğça esbâbın alup uğurlayup* mürâfa'â olundukda meclis-i şer'de ikrâr ü i'tirâf edüp sicil olunup ve Ahmed bin Dîvânşe nâm şakî dahi Mustafa nâm kimesnenin *bir yundun ve Ali nâm kimesnenin bir merkebin ve Şahkulu nâm kimesnenin bir re's atın sirka eyleyüp* mürâfa'â olduklarında meclis-i şer'de uğurlayup âhar yere bey' etdiğın ikrâr edüp sicil olunmağın dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup paşa hazretleri pây-e serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz eyledikde **küreğe** gitmek fermân olunmağın emr-i şerîf yazıldı. Sığacık beyine. El-vâkı' fi 3 şehr-i Rebiülevvel sene isnâ elf (s.36).
74. Dersa'âdetleri sekbânlarından olup Gölhisar kazâsına tâbi' Ulu nâm karyede sâkin olan Receb *ba'zı müslümânların zulmen emvâl ü erzâkın alup ve ba'zı nın hâtûnlarına el uzadup envâ' fesâd ü şenâ'at üzere* olmağın şer'le görölüp

sicil olunup ve Manisa kazâsına tâbi' Turudlu nâm karyeden Mehmed bin Hüseyin nâm emrede Azizlü nâm karyeden Hüdaverdi nâm kimesnenin Abdullah nâm arabı *cebren fi'l-i şeni' edüp* sicil olunup ve Miralem nâm karyeden Dîvâne İbrahim bin Hamza nâm kimesne dâyimâ *evinde küpler ile hamr kurmak âdeti olduğundan* gayrı keyfiyet-i ahvâli ahâli-i karyeden teftîş olundukda işi ve san'atı şürb-i hamr edüp *müslümânların esbâbın uğurlamak* olup ve *mutallaka hâtûn ile mücâma'ât ettiği* sicil olmağın Dîvân'da telhîs olunup paşa hazretleri arz eyledikde **küreğe** gitmek fermân olunmuşdur. El-vâkı' fî 9 şehr-i Rebiülahir sene isnâ elf. Sığacık beyine yazılmışdır (s.38).

75. Manisa kazâsına tâbi' Akçahavlu nâm karyeden Hâcı Hanifi nâm kimesnenin Hüdâverdi ve Emrullah ve Kaplan ve Kanber Arab ve Araboğlu Ali gice içinde *evin basup hayli erzâk ve esbâbın yağmalayup* aynî ile ba'zısı ellerinde bulunup mürâfa'a-i şer' olduklarında gâret eyleyüp hisseleşdiklerin ikrâr edüp sicil olunup ve Sart kazâsına tâbi' Dinek nâm karyeden Musli bin Bostan nâm kimesnenin dahi keyfiyet-i ahvâli teftîş olundukda *mezbûr haramzâde ve hırsuz olup muttasıl şürb-i hamr edüp müslümânların esbâbın uğurlayup* dâyimâ fesâd ve şenâ'atden hâlî olmaduğuna karyesi halkından cemm-i gafîr müslümânlar şehâdet idüp sicil olunmağın ahvâlleri dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâyeye-i serîr-i a'lâlarına arz eyledikde **küreğe** fermân olunmağın Sığacık beğine emir yazıldı. El-vâkı' fî selh-i şehr-i Rebiülahir sene isnâ elf el-mübârek (s.93)
76. Alaşehir'de Kadı Sinan mahallesinde Mustafa bin Hâcı Bekir nâm kimesnenin mevlânâ Mustafa nâm kadının hıdmetkârlarından Bostan bin Bâli *kârhânesin açup ba'zı esbâbın uğurlayup* aynî ile bulunup meclis-i şer'de ikrâr edüp sicil olunmağın ahvâli dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâyeye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz eyledikde **küreğe** fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî 22 şehr-i Cemaziyelevvel sene isnâ elf el-mübârek. Sığacık beğine [yazıldı]. (s.94).
77. Sart kazâsından Bilal nâm Arab *at ve öküz uğurlayup* sicil olunup ve bunun emsâli nice fesâdı olmağın ahvâli pâyeye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz olundukda, **küreğe** gönderile deyü hatt-ı hümâyûnları sâdır olduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olunup Sığacık beğine emr verildi. El-vâkı' fî 11 Cemaziyelahire sene isnâ elf el-mübârek (s.96)
78. Baklan kazâsından Halil nâm kimesne fevt oldukda zevcesi olan Fatıma Hâtûn'u İshak nâm kimesne kendi rızası ve izn-i şer'le nikâhlatup taht-ı nikâhında iken Şaban nâm kimesne *benim menkûhumdur deyü şirret eyleyüp* mürâfa'a-i şer' olundukda şirreti sâbit olup kadısı şerîr idüğün inhâ ve i'lâm etmeğın ahvâli pâyeye-i serîr-i a'lâlarına arz olundukda **küreğe** gönderilmek fermân olduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın

Sığacık beğine hüküm yazıldı. El-vâkı‘ 5 Recebü’l-mürecceb li-sene isnâ elf mine’l-Hicreti’n-Nebeviyye (s.98).

79. Nefs-i Akhisar’dan Mehmed nâm şakî *ehl-i fesâd ve haramzâdeye* yatak olup ve Demürcü kazâsından *Sedâ nâm hâtûnu dahi Aydın ve Bekir nâm haramzâdeler katl eyleyüp* ve Adala kazâsından *Musli nâm emredi dahi Ferhad nâm abd cebren tutup livâta edüp* ve Arslan nâm zimmî *Manisa içinde gice ile iki ev açup odasında ba’zı esbâb bulunup* ve Kirmastı kazâsında Kiremid nâm karyeden Hasan nâm kimesne *ehl-i fesâd ve eşkıyâdan* olup herbirlerinin haklarında kadılardan arzlar ve siciller gelüp pâye-i serîr-i a’lâlarına arz olunduğunda **küreğe** konulmaları fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin Sığacık beğine emr verildi. El-vâkı‘ fi evâsıt-ı Receb sene isnâ elf (s.99).
80. Sarı nâm kâfir meyhâneci olup müslümânlara hamr satma deyü tenbîh olunmuşken eslemeyüp *müslümânlara şarâb satup* nice fesâda ve katl-i nefse bâ’is olmağın müslümânlar şekvâ edüp fesâd ve kabâhati Manisa mahkemesinde sicil olunup ahvâli pâye-i serîr-i a’lâlarına arz olunduğunda hatt-ı hümayûnlarıyla **küreğe** gönderilmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin kayd olundu. Sığacık cânibine gönderilmişdir. El-vâkı‘ fi 4 Şaban sene isnâ elf el-mübârek (s.102).
81. Bali nâm kimesne Nacakçı nâm kuttâ‘-i tarîkin refiklerinden olup *yola ve bele inüp ve müslümânların evlerin açup* elinde esbâb bulunup ikrâr edüp sicil olunup ve Kara Hasan nâm Arab oğlu Dergâh-ı âlî çavuşlarından Mustafa Çavuş’un [] *nâm âdemîsin katl eylediğine* ikrâr edüp sicil olunup ve Veli nâm kimesne Nefs-i Manisa’da Bektaş mahallesinde Hüseyin nâm kimesnenin *evine girüp esbâbın sirka eylediği* sicil olunup arz olunduğunda **küreğe** gönderilmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin Sığacık beğine hüküm yazıldı. El-vâkı‘ fi 14 Şabanü’l-mu’azzam sene isnâ elf el-mübârek (s.103).
82. Sipâhî oğlanları zümresinden Arab Ca’fer nâm sipâhî ehl-i fesâd olup defe’at ile *müslümânların evlerin açup esbâbın uğurlayup* ve hâlen müteferrikalardan Rıdvan’ın atın sirka eyleyüp elinde bulunmağın sicil olunup ahvâli pâye-i serîr-i a’lâlarına arz olunduğunda ulûfesi kat’ olunup **hâssa sefîneye** gönderilmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin Sığacık beğine hüküm yazıldı. El-vâkı‘ fi 16 Şaban sene isnâ elf (s.104)
83. Manisa kazâsına tâbî‘ Kalemlü nâm karyeden Musa bin Hızır nâm kimesne Halil nâm kimesnenin *yundun uğurlayup* meclis-i şer’de sicil olunup ve İzmir kazâsında Mustafa nâm çoban dahi *Manisa’da refikleriyle dükkânlar açup* ikrâr eyleyüp sicil olmağın ahvâllerin pâye-i serîr-i sa’âdet-masîrlerine arz olunduğunda hatt-ı hümayûnlarıyla **küreğe** fermân olunduğuna paşa haz-

retlerinden mühürlü tezkire gelmeğin Sığacık beğine emr yazıldı. El-vâkı' fî evâyil-i Şaban sene isnâ elf (s.104)

84. Bergama kazâsından Nebi ve Mehmed ve Ali nâm şakiler *at ve esbâb sirka edüp* ve Mehmed bin Çağacı nâm kimesne Ahmed nâm *emrede cebren fi'l-i şeni'* eyleyüp sâbit olup sicil olmağın arz olundukda mezkûrûn şakiler **küreğe** konmak fermân olduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin kayd olundu. Midillü beğine hüküm yazıldı. El-vâkı' 23 Ramazan sene isnâ elf (s. 105).
85. Göçen ve Hasan nâm çingâneler *yollara ve bellere inüp âdemler katl edüp siyâset olan Şükür Çingâne nâm ehl-i fesâdın refiklerinden* olmağın ahvâlleri pâye-i serîr-i a'lâların arz olundukda **küreğe** gönderilmek fermân olduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin Midillü beğine emr yazıldı. Tahrîren fî evâhir-i Ramazan sene isnâ elf el-mübârek (s.106).
86. Mehmed bin Hasan nâm kimesne Menemen kazâsından Mustafa nâm kimesnenin *koyunun sirka eyleyüp ve evinin kilidin bozup esbâbın uğurlayup* meclis-i şer' de ikrâr edüp ve Tire mahallâtından Böreççi-zâde mahallesinden Gelenbaş Abdi bin Ramazan nâm kimesne dahi Hâcı Turgud nâm kimesnenin *evin açup bâ'zı müslümânlar evine girdüğüne* şehâdet edüp sicil olunup ahvâli arz olundukda **küreğe** gitmeleri fermân olduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin Midillü beğine emr yazıldı. El-vâkı' fî evâhir-i Ramazan sene isnâ elf el-mübârek (s.106).
87. Midillü beğine hüküm ki: Mehmed nâm haramzâde dâyimâ *fesâd üzere olup* ve Anderya nâm zimmî dahi emr-i şerîfe imtisâl etmeyüp *müslümânlarla şarâb satup* fesâda ve katl-i nefse bâ'is olmağın ahvâlleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlirine arz olundukda **küreğe** gönderilmek fermân olduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin kayd olundu. El-vâkı' fî 4 Şevval sene isnâ elf el-mübârek (s.106).
88. Manisa'ya tâbî' Yayla nâm karyeden İbrahim nâm kimesne karye-i mezbûreden diğêr İbrahim nâm kimesnenin *alet-i harble katl kasdına evin basup başında birkaç perde çalup mecrûh* eylediği sicil olunup ve bunun emsâli fesâddan hâlî olmamağın ahvâli pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlirine arz olundukda **küreğe** konulmak fermân olduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin kayd olundu ve Midillü beğine emr yazıldı. El-vâkı' fî 11 Şevval sene isnâ elf el-mübârek (s.106).
89. Manisa kazâsına tâbî' Ece nâm karyeden Ali nâm emrede Abdülkerim ve Hanifi nâm şakiler mübârek arefe gicesi değirmende dutup *cebren fi'l-i şeni'* edüp sicil olunup ahvâli pâye-i serîr-i sa'âdedete arz olundukda **küreğe** konulmaları için hatt-ı hümayûnları sâdir olduğuna paşa hazretlerinden mü-

hürlü tezkire gelmeğin Midillü beğine emr yazıldı. El-vâkı' fî 15 Şevval sene isnâ elf (s.107).

90. Derviş bin İlyas nâm kimesne merhûm Ca'fer Paşa çiftliğın basup *âdem katl eyleyüp fesâd ve kabâhat edenlerin şeriki olmağın* ahvâli dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup paşa hazretleri pây-e-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz eyledikde **küreğe** gönderilmek fermân olunmağın Midillü beğine emr yazıldı. El-vâkı' fî 5 Zilkade sene isnâ elf el-mübârek (s.108).
91. Edremid kazâsından Karagöz nâm şakî Mehmed nâm kimesnenin menkûhası olan *Cemîle nâm kıızı hevâsına tâbi' beş-on nefer kimesneler ile cebren çeküp* te'addî eylediğine kadısı arz edüp ahvâli pây-e-i serîr-i a'lâlarına arz olundukda **küreğe** gönderilmek fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin Midillü beğine emr yazıldı. El-vâkı' fî evâil-i Zilkade sene isnâ elf el-mübârek (s.108).
92. İnegöl kazâsından Bali bin Abdullah nâm levend, Süleyman nâm kimesnenin Şâhi nâm bâliğa *bıkr kızını dutup cebren fi'l-i şeni' edüp* meclis-i şer'a ihzâr olundukda ikrâr eylediğine sûret-i sicil gelüp ve Manisa kazâsından Hüseyin bin Yusuf nâm haramzâde dahi *bir müslümânın yundın sirka edüp* ikrârı sicil olmağın ahvâleri pây-e-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz olundukda **küreğe** konulmak fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin Midillü beğine emr yazıldı. El-vâkı' fî 14 Zilhicce sene isnâ elf el-mübârek (s.109).
93. Yayla sâkinlerinden Dîvâne Ali nâm haramzâde *salb olunan Abdülmuhsinoğlı nâm kuttâ'ût-tarikin şeriki olduğun* ikrâr edüp ahvâli pây-e-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz olundukda **küreğe** konulmak fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin kayd olunup İskenderiye beği Mehmed zîde izzihûye hitâben emir yazıldı. El-vâkı' fî 28 Saferü'l-muzaffer sene selâse elf el-mübârek (s.115).
94. Tarhaniyat'da evlâd-ı Arabdan Mehmed bin İbrahim nâm şakî Kulfal nâm kimesnenin cebinden kîse ile akçasın uğurlayup aynî ile elinde bulunup ve *çarşu içinde yankesicilik* edüp üzerine sâbit olup hakkında sûret-i sicil gelmeğin ahvâli dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup pây-e-i serîr-i a'lâlarına paşa hazretleri arz eyledikde **küreğe** konulmak fermân olunmağın sâbıkâ Midillü beği olup hâlîyâ İskenderiye beği olan Mehmed Beğ'e emr-i şerif yazıldı. El-vâkı' fî 28 Safer sene selâse elf el-mübârek (s.115).
95. Manisa kazâsına tâbi' Gümücelü nâm karyede sâkin sütte-i sa'âdetleri kullarından Manend bin Musa nâm kimesne Mehmed nâm kimesnenin *Âfitâb nâm câriyesin sirka edüp ve ba'zı müslümânların dahi kulların ayardup* keyfiyet-i ahvâli karyesi halkından teftiş olundukda cemm-i gafir müslümânlar

yaramazlığına ve hırsuzluğuna şehâdet edüp hakkında nice kıt'a siciller gelmeğin ahvâli dîvân-ı hümayûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz eyledikde **küreğe** gönderilmek fermân olunmağın İskenderiye beği Mehmed Beğ'e emr yazıldı. El-vâkı' fi 28 Safer sene selâse elf (s.115).

96. Sart kazâsına Karasibeğli nâm karyeden Ahmed bin Hamza nâm şakî ol cânibde Dergâh-ı âli çavuşlarından Mustafa Çavuş'un ba'zı refikleriyle *evin açup esbâbın sirka eylediğine* meclis-i şer' de ikrâr edüp sicil olunup ve Birgi kazâsından Ömer bin Hasan nâm haramzâde muttasıl *fisk u fücûr edüp ba'zı müslümânların koyunların sirka edüp ve ba'zısının avret ve oğlanlarına dolaşup ve subaşının habsin basup ba'zı haramzâde hapisden itlâk edüp* yaramazlığına müslümânlar şehâdet edüp haklarında arz ve siciller gelüp pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz olundukda hatt-ı hümayûnlarıyla **küreğe** fermân olunduklarına paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin kayd olunup Midillü beğine emr-i şerîf yazıldı. El-vâkı' fi 23 şehr-i Rebiülevvel sene selâse ve elf el-mübârek (s.117).

97. Kazâ-i Yenişehir'den Kalender ve Çine kazâsından Mehmed nâm şakiler Mustafa nâm *ehl-i fesâdın refikleri olup* emr-i şerîfle südde-i sa'âdetleri çaş-nigirlerinden Mehmed varup meclis-i şer'-i şerîfe [da'vet] eyledikde emre ve şer'a itâat etmeyüp *cenk ü cidâl ve kutâle şür[û]' edüp mezbûr çaşnigir yoldaşların mecrûh edüp ve vilâyet kadularından ehl-i fesâd ve kuttâ'-i tarikidir deyü haklarında arzlar gelüp* ve Gördük kazâsından Süleyman nâm şakî dahi Kara Deli nâm *ehl-i fesâdın şeriki ve yatağı olup* elinde esbâb bulunduğu sicil gelüp ve Mustafa nâm kimesne dahi Hüseyin nâm *müslümânı katl edüp* sicil olunup ahvâlleri pâye-i serîr-i a'lâlarına arz olundukda **küreğe** fermân olunduklarına hatt-ı sa'âdetleri sâdır olduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğin Midillü beğine emir yazıldı. El-vâkı' fi 15 Rebiülahir sene selâse elf el-mübârek (s. 119).

98. Güzelhisar kazâsından başları gelen Uzun Kerim ve Araboğlu nâm eşkiyâ ile ahz olunan Bilal nâm Arab *ehl-i fesâd* olduğuna Güzelhisar kadısından sûret-i sicil gelüp ve Honaz kazâsından Mehmed nâm haramzâde *şâhinciler kehûdâsı olan Seyfi'yi Akpınar nâm mevzi de refikleriyle katl eylediğin ikrâr edüp* ve Güzelcehisar kazâsından Araboğlu Mehmed nâm kimesne dahi kazâ-i mezbûrda Temâşâlik nâm mahalde *dört nefer kalaycıları yedi nefer yoldaşlarıyla katl eylediklerine* ikrârı sicil olunup ve Ortakçı kazâsından Osman nâm kimesne ba'zı kimesnelerin *evlerin basup fesâddan hâlî olmaduğuna* Ca'fer Ağa kulları yediyle siciller gelmeğin Dîvân'da telhîs olunup pâye-i serîr-i a'lâlarına paşa hazretleri arz eyledikde **küreğe** fermân olunmağın Midillü beğine hüküm yazıldı. El-vâkı' fi 9 Cemaziyelevvel sene selâse elf (s.120).

III. Görevden İhraç, Ulufe Kesme.

99. Sâbikâ teberdârlar kethudâsı iken taşraya redd olunan müteferrika cemâ'atinden mezkûr Mehmed *dâ'imâ şürb-i hamr edüp fesâd ü şenâatden hâlî olmayup* defe'atle tenbîh ü te'kid olundukda mütenassih ve memnû' olmayup bölük halkından Şahin nâm *sipâhîyi nâ-hak darb u let edüp* küllî te'addî eylemeğin serîr-i sa'âdete arz olundukda müteferrika **bölüğünden ihrâc** ve ulûfesiyle sipâhî bölümüne ilhâk fermân olunmağın vech-i mezkûr üzere kayd olundu (25 Receb 998: s. 51).
100. An-cemâ'at-i sekbânân: Ahmed nâm, Mehmed nâm. Neferen 2: Alaiye kadısı, ol kasabada sâkin olan ba'zı kuzât hatemleri ile mahtûm mahzar gelüp sekbanlardan mezbûran Ahmed ve Mehmed nâm şakiler *cum'a günü şürb-i hamr edüp cum'adan çıkan müslimânların ağzına imânına şetm edüp ve ba'zı müslimânların ellerinden cebren tüfenklerin alup ve ol bahâne ile akçaların alup* envâ'-ı zulm ü fesâd üzere oldukların i'lâm eyledikleri serîr-i sa'âdete tezkire ile arz olundukda hatt-ı hümayûn sudûr edüp mezkûrların **ulûfeleri kat'** olmak buyuruldu (10 Safer 999: s. 58)
101. Yevmi iki akça ile kapıcı olan Ahmed b. Sefer *iki yıldan mütecâviz hidmetine gelmeyüp kendi hevâsında olduğundan* gayrı ba'zı şekvâcılar gelüp meclis-i şer'a da'vet olundukda itâ'at-i şer' itmeyüp firâr üzere olup ve *İstanbul'da dahi ba'zı fesâd ü şenâ'ati zuhûr* itmeğın ahz olunup müddet-i medîd habs olunup ve kapıcılar kethudâsı dahi vech-i meşrûh üzere haramzâde idüğüne ve hidmetine gelmedüğüne tezkiresin vermeğın vâki' hâl pâye-i serîr-i a'lâlarına arz olundukda **ulûfesi kat'** olunmak fermân olduğına paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd u terkîm olundu, tahrîren fi 21 Rebiülevvel, sene ihdâ elf (s.74).
102. Yevmî bir akça ile Hâssa Helvahâne'de şâkird olan Abdullah *ba'zı müslimânların esbâbların dolanup* firâr edüp **yeri mahlûl** olup yerine emekdârlardan Mahmûd mahall olup ve bir akça ile yine helvacı şâkirdi Yusuf bin Mehmed fevt olup yerine Mustafa mahall ü münâsib olduğun helvacı-başı kulları i'lâm etmeğın dîvân-ı hümayûnda telhîs olunup Lala Paşa hazretleri huzûr-ı hümayûnlarına arz eyledikde sadaka ve fermân olunmağın kayd olundu. El-vâki' fi 6 şehr-i Cemaziyelevvel sene ihdâ elf (s.78).
103. Manisa'ya tâbî Bozhavlu nâm karyeden Hâcî Hanifi nâm kimesnenin *ba'zı eşkıyâ evin basup emvâl ve erzâkın gâret etdiklerinde* ekserî ele götürülüp haklarından gelinüp dersâdetlerinde sakalardan Hüseyin zikr olan *eşkıyânın reîsi* olup küllî kabâhati olmağın çıkup gidüp nâ-bedîd olup yerine yevmî bir akça ile işbu Seydi saka olmak münâsib görölmeğın dîvân-ı hümayûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrleri-

ne arz eyledikde hatt-ı hümayûnları ile fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî 6 şehr-i Cemaziyelahire sene isnâ elf el-mübârek (s.96).

IV. Hapis Cezası

104. Manisa kazâsına tâbi' Azizlü nâm karyeden Süleyman bin Yusuf nâm şakî yine karye-i mezbûreden Hatîb Muhyiddin nâm kimesnenin *katl kasdına yoluna inüp toyaka ile başına kulağına urup mecrûh* eyleyüp ve muhkem darb u let edüp murâfa'a-i şer' olduklarında tav'an i'tirâf eyleyüp şer'î sicill vârid olmağın kal'a-i Manisa'da **habs** buyuruldu (26 Receb 998: s. 51).
105. Karye-i mezbûrede [Gümücelü] sâkin merhûm Manend'in babası mezkûr Musa dahi Karaca bin Hâcı nâm kimesnenin *bir Arab kulun ayardup ve haramzâde ve hırsuz yatağı olup* keyfiyet-i ahvâli karyesi halkından teftiş olundukda yaramazlığına ve hırsuz yatağı idüğüne müslümânlar şehâdet edüp hakkında siciller gelmeğın ahvâli dîvân-ı hümayûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz eyledikde kal'ada **habs** olunmak fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî 28 Safer sene selâse elf el-mübârek (s.115).

V. Af Kayıtları

106. Bundan akdem yaylak zamânında südde-i sa'âdetleri kapıcılarından Pervane nâm kullarından beşeriyet hasebiyle mahmiye-i Manisa efendisi dâ'îleri huzûrunda *ba'zı nâ-pesendide vaz' sâdır olmağın t'edib ve gûşmâl için* fermân-ı hümayûnlarıyla küreğe gönderilüp hayli zamân mürûr edüp mahall-i merhamet olmağın mübârek günler hurmetine **afv** buyurulup ıtlâk olunmağın yine dirliğı mukarrer olmak bâbında inâyetleri ricâsına dîvân-ı hümayûnda paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz eyledikde sadaka ve fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî 18 şehr-i Rebiülahir sene 997 (s.90).
107. Bâlî: Mezbûr Bâlî bölük halkından içerüden çıkma celeblerden olup sâbıkâ *cürmü mukâbelesinde gemiye gönderilüp* ba'dehu **afv** buyurulup ıtlâk olunup bölüğünde mutasarrıf olduğı üzere ile'l-ân müstehikk olduğı mevâcibi verilmek buyuruldu (11 Muharrem 998: s.18)
108. Hayme mehterlerinden işbu on nefer kimesne odabaşları Yusuf nâm şakî ve İlyas nâm mehterin tahrîki sebebi ile *ba'zı kabâhate ittifâk edüp ol mukâbelede itâb-ı hümayûna mazhar olup, ulûfeleri kat' olunmuşıdı*, tekrâr istid'â-yı inâyet ve afv ricâ eylediklerinde tahrîk eyleyen mezbûrân odabaşları Yusuf ve İlyas'ın kat'-ı ebedî ile ulûfeleri kat' ve redd olunup, işbu

on neferin üslûb-ı sâbık üzere gerü gedikleri ve **ulûfeleri mukarrer** olmak buyuruldu (12 Rebiülahir 998: s. 45).

- 109.** Der-i devletleri çavuşlarından Alaşehir'de sâkin Hızır Çavuş'un Beleş nâm kölesi için sâbıkâ Şaban nâm kimesne *harmanım yakdı deyü* gulâm-ı mez-bûrun ikrârını sicill etdirüp şenâ'ati mukâbelesinde *sefineye gönderilmiş* idi, çavuş-ı merkûm gelüp kulun cinâyete müte'allık ikrârı müvellâsı yüzine olmayacak sahîh değil idüğüne fetevâ-yı şerîfe ibrâz edüp ve nice müddet sefinede cezâsın görmeğin, inâyet ricâ itmeğin şer'le **ıtlâk** fermân olunma-ğın Sığla beğine ıtlâkı için hükm-i şerif tahrîr olundu (15 Rebiülahir 998: s. 45).
- 110.** Güzelcehisar kadısı mektûb gönderüp sâbıkâ Menemen kazasında cem' olan eşkiyâ-yı A'râb mirâhur Ahmed Ağa mübâşeretıyla teftiş olundukda mücrim nâmına Mercan ve Mehmed nâm Arablar *sefine-i hâssaya Sığla beğine gönderilüp* lâkin mezkûrların günâhı yokdur, âhar mücrim yerine sehven gönderilmiş deyü **ıtlâk** olunmasın ricâ eylemeğin ıtlâk olunmaları için Sığla beğine hükm-i şerif buyuruldu (8 Cemaziyelahir 999: s. 135).
- 111.** Kazâ-i Cum'a mahkemesinde nâyibü'ş-şer' olan mevlânâ Ali bin Üveys mektûb gönderüp kazâ-i İzmir'e tâbî' Çağış nâm karyeden Resul Fakih kendi hâlinde, sâlih ve mütedeyyin kimesne idüğüne cemm-i gafir müs-lümânlar şehâdet edüp mezkûr Resul livâ-i Saruhan'da Emrudlu nâm kar-yede hemşiresi evine giderken Karabel derbendçileri ehl-i fesâd suhte zann etmekle dutup Nif kadısı huzûruna iletüp *suhte deyü sicil etdirmekle sefineye gönderilmiş* bî-günâhdır deyü inâyet ricâ eylemeğin sefineden **ıtlâkı** fermân olunup vech-i mezkûr üzere ıtlâkıçün Sığla beğine hükm-i şerif tahrîr olundu (11 Receb 999: s. 138).
- 112.** Sene 998 Cumâdelahiresinin yirmi dördüncü gününde Manisa'da Nes-li nâm hâtûnu cebren fisk meclisine getürenlerden Dimitri nâm zimmî *emr-i şerîfle sefine-i hâssaya* Sığla beğine gönderilüp ba'dehu ehl ü iyâli afv-ı pâdişâhî ricâ edüp ruk'a sunmağla cürmü **afv** buyurulup sefineden ıtlâkı fermân olunduğuna Lala Paşa hattıyla tezkire vârid olduğu ecilden Sığla beğine mezkûr zimmînin ıtlâkıçün hükm-i şerif yazıldı (8 Ramazan 999: s. 140).
- 113.** Nif kazâsından Karaoğlu Mustafa nâm mücrim sâbıkâ *cürmü hasebiyle sefine-i hasaya* konulmak için Sığla beğine emr-i şerîfle gönder[ilmiştir]. Hâliyâ afv ricâ olunmağın merâhim-i pâdişâhîden sefineden **ıtlâk** için hükm-i şerif buyuruldu (11 Ramazan 999: s. 140).
- 114.** Yusuf nâm mücrim hakkında *bî-günâh sefineye gönderilmiştir* deyü Kara-hisar mahkemesinde nâyibü'ş-şer' mevlânâ Muhyiddin mektûb gönderüp

ıtlâkın ricâ etmeğın ıtlâkı fermân olunduğuna memhûr tezkire vârid olmağın Sıgla beğine hükm-i şerîf yazıldı (22 Rebiülahir 1000: s.149)

115. Der-sa'âdetlerinde ulüfeciler zümresinden olup Birgi kazâsında mütemekkin Mehmed bin Hasan'ın *ba'zı cürmi olmağın emr-i şerîfleriyle sefîneye* gönderilmiş olup mâbeynde bir kaç ay geçüp cezâsın görüp afv ü merhamete lâyıık olup her vechile uslanup ıtlâkı için dîvân-ı hümâyûnda paşa hazretleri pâye-i serîr-i a'lâlarına arz eyledikde ıtlâkı fermân olunmağın kayd olundu, el-vâkı' fî 4 Rebiülahir, sene ihdâ elf (s. 74).
116. Manisa kazâsına tâbi' Büyük Tatar nâm karyeden Kulfal bin Armağın ve Mehmed bin Süleyman Beşe ve Hamza bin Kara Turmuş ve Hasan bin Mustafa nâm şakiler *avret çeküp nice günler yanlarıncâ gezdirip ve dahi ba'zı fesâd ü şenâ'atleri olup abz olunmak sadedinde iken karye-i mezbûrede mütemekkin arabacılarından Musa ve Bekir mezkûrûn ehl-i fesâdı bir tarikile kaçırdukları ecilden sefîneye gönderilmiş idi*, Yusuf ve Mahmud nâm karındaşları firâr eden haramzâdeleri bulmağa müte'ahhid oldukları pâye-i serîr-i a'lâlarına arz olundıkda mezbûrların **ıhrâc** olunmaları fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olundu ve Menteşe beğine hüküm verildi, tahrîren fî 12 şehr-i Rebiülahir, sene ihdâ elf (s. 75).
117. Manisa kazâsında İbrahim nâm kimesnenin *ba'zı cürmü olmak ile emr-i şerîfleri ile sefîneye* gönderilmiş olup lâkin hayli zamân geçüp cezâsın görüp uslanup ıtlâk olunmak bâbında ahvâli pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz olundukda **ıtlâk** olunması için hatt-ı hümâyûnları sâdır olduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olundu. El-vâkı' fî 26 Cemaziyelahire sene ihda elf el-mübârek (s.23).
118. Hâssa aşçılardan Hurrem nâm kullarının *ba'zı cürmü olmağla emr-i şerîfleriyle küreğ'e* gönderilmiş olup *hayli zamân geçüp cezâsın görüp uslanup* ıtlâk olunmak ricâsına dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup paşa hazretleri serîr-i sa'âdetlerine arz eyledikde **ıtlâkı** fermân olundu. El-vâkı' fî 15 Receb sene ihdâ elf (s.24).
119. Geçen sene ba'zı cürmü olup *sefineden getürdilen Kuşçubaşı Ca'fer kulları uslanup* lâyıık-ı merhamet olmağın hâline münâsib di[r]lik olmak ricâsına dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i a'lâlarına arz eyledikde yevmî beş akça ile Gurebâ bölüğüne ilhâk olunmak fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî 10 Zilkade sene ihdâ elf (s.31).
120. Dersa'âdetleri sekbanlarından Ömer nâm sekbanın fesâd u şenâ'atine müte'allık siciller gelüp arz olundukda Menteşe tarafına *emr-i şerîfleriyle küreğ'e gönderilmiş idi*, hâlâ toprağı kadısından ve a'yân-ı vilâyetden mazhar gelüp *iyülüğüne şehâdet eyledikleri* ecilden rikâb-ı hümâyûnlarına gerü arz

olundukda **ıtlâkı** fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olunup emr yazıldı, el vâkı' fi evasıt-ı şehr-i Muharrem sene isna ve elf (s.33).

121. Dersa'âdetleri kullarından Dîvâne Bâli'nin mukaddemâ *ba'zı şenâ'ati olmak ile emr-i şerîfleriyle küreğ'e gönderilmiş idi*. Lâkin *hayli zamân geçüp uslanup* lâyıık-ı afv ü merhamet olmağın ıtlâk olunmak için pâye-i serîr-i a'lâlarına arz olundukda **ıtlâkı** fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olundu. El-vâkı' fi evâhir-i Muharrem sene isnâ elf (s.33).
122. Seferihisâr kazâsından Kara Veli nâm şakî Gökçe'nin develerin bey' edüp haramzâdeye mu'in olmak ile *sefîneye gönderilmiş idi*. *Cezâsın bulup* **ıtlâk** olunmasın pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz olundukda ıtlâkı fermân olunduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın emr-i şerîf yazıldı. El-vâkı' fi 5 Safer sene isnâ elf (s. 34).
123. Dersa'âdetleri sekbânlarından Receb nâm sekbânın *ba'zı kabâhati olmağın gemiye küreğ'e gönderilmiş idi*. *Hâlen cümle yoldaşları rikâb-ı hümayûnlarına ruk'-ı ruk'a edüp* ıtlâkın ricâ etdiklerinde **ıtlâk** olunması bâbında hatt-ı hümayûnları sâdır olduğuna paşa hazretlerinden mühürlü tezkire gelmeğın kayd olunup Sığacık beğine emr yazıldı. El-vâkı' fi 17 şehr-i Cemazi-yelahire sene isnâ elf el-mübârek (s. 97).
124. Döğ'er kazâsından Bekir nâm kimesnenin *ba'zı cürmü olup emr-i şerîfleri ile gemiye gönderilmiş idi*. *Hayli zamân geçüp cezâsın görüp uslanup* **ıtlâkı** bâbında inâyet ricâsına Dîvân'da telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i sa'âdet-masîrlerine arz eyledikde halâsı fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fi gurre-i şehr-i Ramazanü'l-mübârek sene isnâ elf el-mübârek (s. 104).

VI. Umumi Teftişler ve Ahitlenme Kaydı

125. Şehirde câbecâ fisk u fücûr hasebiyle fesâd olmakdan hâlî olmamağın şehrin ahvâli teftîş olunup haramzâdesi zuhûra getirilüp haklarından gelmek lâzım olup ve dahi etrâfda olan kurâ halkı mescidlerinde salât-i mefrûzai cemâ'atle edâ itmeyüp varmamağla ekseri harâbeye müşrif olup ve ba'zının içine hâşâ ahur mesâbesinde otluk ve saman doldurilüp te'addî ve tecâvüzleri sebebi ile anlar dahi yoklanup görülmek bâbında dîvân-ı hümayûnda telhîs olunup Lala Paşa hazretleri serîr-i sa'âdetlerine arz eyledikde teftîş olunmak fermân olunmağın kayd u terkîm olundu, el-vâkı' fi 9 Saferü'l-muzaffer, li-sene ihdâ elf (s.72).

126. Bergama kazâsında ba'zı ehl-i fesâd ve eşkiyâ zuhûr edüp fisk u fücûr üzere olup emred oğlanlar ve hâtûnlar çeküp çarşu ve bâzârda âlât-ı harble gezüp müslümânlardan ba'zın döğüp ve pasbanları mecrûh edüp ve dükkânlar ve evler açup ve şehrin etrafında ve değirmenlerde nice müslümânları katl eyleyüp ve ba'zına salgun salup ve mesâcid ve cevâmî'in kalıçelerin soyup küllî fesâda mü'eddî olduğuna toprak kadısından arz ve a'yan-ı vilâyetden mahzar gelmeğın dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i a'lâlarına arz eyledikde bir müstakım ağa göndürilüp şer'le ahvâlleri görülmek fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî 12 Receb sene isnâ elf (s. 98)
127. Hâlen ba'zı arz ve a'yan-ı vilâyetden mahzar gelüp mefhûmunda vülât ve hükkâmın ekseri sefere müteveccih olmak ile Karahisar cânibinde ba'zı ehl-i fesâd ve levend suhteler zuhûr edüp Lazkiye tarafında cem'iyet üzere ba'zı fesâda mütesaddî olup lâkin ol cânibin il eri ahdlenmeğle kurbunda olan livâ-i Hamid'e tâbî' Karaağaç ve Irla ve Geyikler ve Keçiborlu ve Yavice kadılıklarına dökülüp ol kadılıkların re'âyâsı ahdlenmemeğle anda varup tahsil edüp müslümânların evlerin basup yollara ve bellere inüp emred oğlanların çeküp hâtûnlarına ve kızlarına el uzadup fesâda mübâşeret etmeğın bir mu'teddün-bih ağa gönderilüp ol kazânın re'âyâsın civârında olan kazâların ahâlisi gibi ahdlenüp zuhûr eyleyen ehl-i fesâdın ele gelmelerine mu'avenet etmeleri münâsib görülmemeğın emr-i şerifleriyle gönderilmek bâbında telhîs olunup paşa hazretleri dîvân-ı hümâyûnda arz etdikde **ahdlenmek** fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî gurre-i şehri-i Ramazanü'l-mübârek sene isnâ elf el-mübârek, (s. 104)
128. Demürcü kazâsına tâbî' Kıran nâm karyeye güreşçi nâmiyle gelüp tavattun eyleyen *Kâfiroğlu dimekle ma'rûf Hasan nâm şakî yola ve bele inüp kurâ ve bilâdda âdemler katl eyleyüp* ve avretler çeküp izâlesi lâzım harâmzâde olmağın il erlerinden İmâm Muslihiddin ve İbrahim ve Ali ve Pirce ve Mehmed ve Sinan ve Durmuş ve Ömer nâm kimesneler izn-i şer'le üzerine varduklarında kîtâle mübâşeret *eyleyüp her yerin yarak ile çalup mecrûh edüp ol esnâda şakî-i mezkûrun başın kesüp* fesâd ü şenâatine hakkında arz ve sicil gelmeğın dîvân-ı hümâyûnda telhîs olunup paşa hazretleri pâye-i serîr-i a'lâlarına arz eyledikde mezkûrun **demi heder** olup kimesne dahil etmemek fermân olunmağın kayd olundu. El-vâkı' fî 9 şehri-i Rebiülahir sene isnâ elf el-mübârek. (s.39).

DİNÎ BİLGİ VE GÜNÜMÜZDE İSLÂM

Ali BARDAKOĞLU*

Bugün İslâm dünyasının iftihar edilecek birçok değer ve özelliğe sahip olmasının yanı sıra ciddî sorunlarla boğuştuğu, yakın ve uzak çevremizde hiç de razı olmayacağımız bir İslâm algısının giderek yerleşmeye başladığı da acı bir gerçek. Bir taraftan sahip olduklarımızın kıymetini bilmemiz gerekirken diğer taraftan yüz yüze kaldığımız sorunları derinlemesine tanımamız ve bunlarda kendi yapıp ettiklerimizin payını da araştırmamız gerekiyor. Hatta toplumumuz aydın ve yöneticilerine düşen, asıl ikinci yönde yoğunlaşp soğukkanlı bir şekilde çözüm arayışına girmek olmalıdır. Çok yönlü ve karmaşık sorunlar elbette girift ve çok bilinmeyenli gelişmelerin ürünüdür ve bunları basite indirgeyerek çözümü tek bir cevapta aramak doğru olmaz. Bu ihtirazî kayıt hep göz önünde tutularak, bu yazıda dinî bilgi, dinî bilgi etrafında İslâmî ilimlerin ürettiği zengin bilgi birikimi ve bununla bağlantılı olarak günümüzdeki İslam algısı ve İslâm'ın sorunları üzerinde durulacaktır.

a. Dinî Bilgi

Dinî bilgi deyince ne anlıyoruz. Din, herkesin fikir yürüttüğü ve iddialı olduğu bir alandır. Bu yüzden din ile ilgili yaygın telakkileri soğukkanlı biçimde ve ilmî bir bakış açısıyla gözden geçirmeliyiz. Din deyince öncelikli olarak hayatımızın gerçek anlamını, varoluşun manevî arka planını anlatan, varlığın nihaî anlamını açıklayan metafizik ışığı anlıyoruz. Metafizik anlam, manevî arka plan derken gözle görüp kulağımızla işitemeyeceğimiz, deneyle ulaşamayacağımız anlam ve değerleri kastediyoruz. Din, pozitif bilginin dışında ve üstünde ona ilavedir, onu tamamlamadır. Tıp, mühendislik, fizik, coğrafya alanında akıl ve duyu organlarıyla birçok bilgiye sahip olabiliriz. Bu alandaki bilgilerimiz tecrübe birikimimiz, becerilerimiz ve çabalarımızla orantılıdır. Din hayatın nihaî anlamını öğretmek, varoluşun daha geniş açılı tahlilini yapmak için vardır. Din varlığın nereden geldiğini, varoluşun anlamını, burada bulunmamızın amacını, varlığın nereye doğru akacağını anlatır ki biz bunu deneyle, gözlem ve akılla bulamayız. Böyle olduğu için pozitif bilimle dinî bilgi çelişmez. Dinî

* Prof. Dr. İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Kur'an Araştırmaları Merkezi.

bilgi din alanındadır ve Allah'ın kitapları, kutsal beyanı ve peygamberler aracılığıyla bize ulaşmıştır.

Dinî bilginin önemli bir özelliğine burada temas etmemiz gerekir. İslâm bilginlerimiz Allah'ın dünyaya iki tür elçi gönderdiğini söylerler: Birincisi akıldır, vicdandır, ruhtur, bizim iç dünyamızda ve yapımızda olan özdür; ikincisi de peygamberlerdir. Bu ikisi birbiriyle çelişmez; hatta peygamberler ve kutsal kitaplar bizim varoluşumuzda, aklımızda ve ruhumuzda bulunan özü, yani yaratılışımızda taşıdığımız çizgiyi desteklemek ve güçlendirmek için gelir. Kur'ân-ı Kerîm'de peygamberlerin daveti 'Allah'ın bir hatırlatması, ruhlarımızın yaratılışında Allah'a verdiğimiz sözü hatırlatması' olarak geçer. Allah bizim özümüze O'nu tanıma kabiliyet ve ihtiyacını yerleştirmiş, bizi dünyaya bu fitratla göndermiş, peygamberler ve kutsal kitapların daveti de bu öz üzerine oturmuş, din onun üzerine inşa edilmiştir. Kâinat kitabıyla din kitabının, ruh ve fitratımızla vahyin çağrısının arasında bir uyumun bulunması bundandır. Hayat, tabiat ve özümüzle din ve kutsal beyan arasında, varlık âlemi ile kitapların ve peygamberlerin beyanı arasında bir çelişki yoktur. Ve dindarlık bizim varoluşla birlikte yanımızda getirdiğimiz, doğuştan var olan bir ihtiyaçtır, bir arayıştır. Din ve dindarlık daha sonradan kazanılmış ve peygamberlerin anlatmasıyla öğrendiğimiz bir eklenti bir yöneliş, yani arızî bir durum değildir. Zaten dindarlık insanın özünde, tabiatında, geninde ve yaratılışının hamurunda olmasaydı bir peygamberin, meselâ Mekke'de Abdullah'ın oğlu Muhammed'in, 'Ey insanlar, Allah'ın dini budur, O'nun çağrısına kulak verin' deyince kademe kademe binlerin, on binlerin, milyonların bu çağrıya cevap vermesi, Hz. Peygamber'in etrafında toplanması ve onun arkasından gitmesi düşünülebilir miydi? Bir Musa'nın bir İbrahim'in bir İsa'nın arkasından tüm dünyanın akması beklenebilir miydi?

Modern Batı düşüncesinin anlamakta zorlandığı konulardan birisi, işte bu peygamberlik ve vahiy konusudur. Peygamberlerin başarısını onların çok akıllı veya iyi hatip olmalarıyla veya toplumlarının ihtiyaçlarına göre açıklama yapmalarıyla izah ederler. Halbuki nice hatipler, nice akıllı insanlar dünyadan gelip geçti. Peygamberlerin davetinin onlarla karıştırılması/karşılaştırılması ve insanların bu davete koşmasının akılla ve dünyevî-rasyonel izahlarla açıklanması mümkün değildir. Peygamberlerin çağrısı insanlık olarak bizlerin vicdanında yankılandı ve karşılık buldu. Çünkü o çağrı bu bize kendi özümüze dönüşü hatırlattı. Bize 'Elest bezmi' denilen -belki de bir metafor olarak tasvir edilen- ruhlar âleminde Rabbimize verdiğimiz sözü ve o söz alınarak dünyaya salınışımızı hatırlattı. Biz de annemizi babamızı hatırlar gibi o çağrıyı tanıdık ve ona kulak verdik. Çünkü Peygamberlerin ve Kur'ân'ın bu çağrısı, -Kur'ân ayetlerinden hareketle bir tasvir yapmak gerekirse- bir insanın tıpkı kaybettiği anne ve babasını tekrar görmesi halinde ona koşması kadar sıcak bir çağrı idi.

Dinî bilgi öncelikli olarak bize bu dünya hayatımız için gerekli olan genel ve kapsamlı bir tasavvuru kazandırır. Bunun için de dinî bilgi her ne kadar metafizik bir-

çok hikmeti içinde barındırsa da, değil mi ki bizler dünyalıyız, dinî bilgi de dünyaya dünya ahvaline göre, öncelikli olarak da hitap ettiği insanların dünyası ve gerçekleri üzerinden mesajını verir. Diğer bir anlatımla, dinî bilgi yaşadığımız hayat ve insanlık tecrübemize dairedir ve onunla diyalektik bir ilişki içerisindedir. Bunu bir örnek üzerinden şöyle izah edebiliriz: Kur'ân-ı Kerîm veya İslâm Dini 'cennet ve cehennem'i nasıl anlatır ve nitelendirir? Bizim dünyadaki acılarımıza, hazlarımıza ve beğenilerimize göre cennet ve cehennemi tanımlar. Halbuki biz biliriz ki, cennet ve cehennem başka bir âlemdir ve başka bir varoluştur. Bizim bu dünyadaki beğeni ve tattıklarımızla, elem ve acılarımızla doğrudan irtibatı yoktur. Cennet ve cehennem anlatılırken bizim duyularımız, acı ve korkularımız üzerinden tasvirler yapılmıştır ki anlayabilelim ve kavrayabilelim. Amaç, mücerret bir tasvirden çok bizim bilgilendirmemiz ve bu bilgiye göre kendimize çeki düzen vermemizdir. Böyle olunca dinî bilgi bizim hayatımızla diyalektik bir ilişki içinde şekillenir, yaşadığımız tecrübe ile iç içedir.

Dinî bilginin mahiyeti üzerinde dururken değinmemiz gereken bir diğer konu da, insanlığın genel akışı içinde dinin rolüne dair algımızdır. Bizler genelde dinlerin insanlığın dünyevî gidişatında radikal değişimler yaptığı, sosyal yapıda ve kurallarda inkılâp yaptığı gibi bir söyleme sahibiz. Böyle bir söylemi dinler için daha açıklayıcı, hatta yüceltici buluruz. Yeri gelmişken açıklayayım: Burada din deyince Hz. Adem'le başlayan Hz. Muhammed (sav) ile sona eren o tek vahiy çizgisini kastediyorum. Bugün dinler tarihinin anlatımına kapılarak farklı dinî inanışların her birine din demek yerine, 'Allah tek bir din gönderdi, o da İslâm'dır. Son resulünün tebliğine de özel olarak İslâm adını verdi' demeyi daha doğru bulmaktayım. Hz. Adem'den Hz. Muhammed'e kadar tüm peygamberler aynı binanın tuğlarıdır, birbirini tamamlamıştır. Son tuğla, son tamamlama ile de bu vahiy silsilesi kemale ermiştir. İşte bu anlamıyla din, insanlığa dünyevî gidişatında sürekli kırılmalar yaşatmamış, dünya hayatında inkılâp yapmamıştır.

İnkılâp yapmayı, her bir değişime inkılâp demeyi çok seven bir tabiatımız var ve her şeyi sil baştan yapmayı isteriz. Ama dinler inkılâp yapmazlar. Dinler, süreklilik içerisinde hayır ve doğru istikametinde değişim yaparlar. Yani gelen bir peygamber toplumunda iyi gidenleri devam ettirir; yanlış olanlar düzeltir, çok kötü olanları da iptal eder. Bu her zaman böyle olmuştur. İslâm dini de böyle yapmıştır. Dinler inkılâp için değil; itikatta bir aslı yani tek Allah inancını (tevhit) sürekli sabit tutarak insanlık tecrübemizin giderek gelişmesi ve iyi çizgide kendini değiştirmesi için gelmiştir. Biz buna 'süreklilik içinde değişim ve gelişim' diyebiliriz. Zaten biraz önce ifade ettiğim 'dinin hayatla diyalektik ilişkisi' de bunun böyle olmasını gerektirir. İlk bakışta bu iki nitelendirme arasında ciddi bir fark bulunmadığı sanılsa da esasında radikal bir yaklaşım farklılığı olduğunu söylemem gerekir. Çünkü bu yaklaşımların, bizim din ve dinî bilginin rolü konusundaki bakışımızı da belirlediğini gözden kaçırmamalıyız. Kavram ve kelimeler zaman zaman esası da etkileyen bir işleve sahip olabildiği için bu ayrıntılara temas etmek istedim.

a. Dinî Bilginin Kaynağı Olarak Kur'ân-ı Kerîm

Dinî bilginin iki temel kaynağı vardır; birincisi Kur'ân-ı Kerîm'dir. Diğeri Peygamber Efendimizin Sünnetidir. Kur'ân-ı Kerîm son kutsal kitabımızdır. İlahî kelâmın lafza bürünmüş ve dünyaya inzal edilmiş şeklidir. Biz ilahî kelâmın kendisini anlama imkânına sahip değiliz. Yüce Rabbimizin nefsi kelâmının mahiyetini bilme, Rabbimizin kendi öz kelâmını anlama imkânına sahip değiliz. Çünkü bu bizim kavramamız mümkün olmayan bir alan, ayrı bir kategoridir. Böyle olduğu için Allah kendi kelâmını bizim anlayacağımız dile ve dünya düzlemine indiriyor. Yani Allah kendi nefsi kelâmını bize göndermedi. O'nun öz kelâmı ve bizim dünya hayatımıza dair muradı Cibril-i Emîn vasıtasıyla, Peygamberler'e inen vahiy yoluyla bizim anlayacağımız dile çevrildi. Kur'ân-ı Kerîm, ilahî kelâmın bizim dünyamıza, bizim anlama düzlemimize, anlam dünyamıza indirgenmiş halidir. Yani bizim anlayacağımız tarzda ifade edilmiş halidir. Ve Kur'ân-ı Kerîm Hz. Adem'le başlayan vahiy geleneğinin son halkasıdır. Böyle olduğu için tüm dinleri toparlayarak gelmiştir; özü değişmemiştir.

Dinin inanç özünde üç temel vurgu vardır: Allaha iman, nübüvete-vahye iman ve ahirete iman. Tevhid akidesi, yani Allah'ın varlığına ve tekligine inanma emri/ilkesi bu üç esası da içerir ve temsil eder. Ayrıca Yüce Allah Kur'ân-ı Kerîm'de sıklıkla iki vurgu yapmıştır: 'İnanın ve hayırlı işler yapın'; yani iman ve sâlih amel. Bu iki nokta bütün dinî bildirimlerin özeti mahiyetindedir. İmanı dinin daha sabit/statik, sâlih ameli daha değişken/dinamik iki ayağı olarak da görebilirsiniz. Çünkü imanın ana çizgisi vahiy geleneği içinde hep aynı kalmış, sâlih amele gelince niyet ve amaç aynı olsa da hayırlı işin formu ve ayrıntısı zamana göre değişebilmiştir. Bu temas ettiğim esaslar bütün semavî dinlerin, peygamberlerin davetinin, vahiylerin ortak noktasıdır.

Kur'ân-ı Kerîm'i anlamada Sâmi din geleneğinin ana noktalarını, bu geleneğin Hicaz'ı kuşatan coğrafyadaki serüvenini bilmenin ayrı bir önemi vardır. Bu gelenek Hz. İbrahim, Hz. Musa, Hz. Yakup ve Hz. Yusuf, Hz. İsa'nın ve daha nicelerinin peygamberlik mücadelesini ve davetini içinde barındırır ve İslâm bu çizginin son olgunluk noktasıdır. Böyle olduğu için de Kur'ân-ı Kerîm'le Tevrat ve İncil arasında, İslâm'la önceki dinler arasında birçok benzerlik bulunur. Birçok tekrar vardır, benzeri birçok ortak ilke ve kural vardır. Bu bizi rahatsız etmez, hatta İslâm'ın vahiy sürecinin toparlayıcı son noktası olduğuna dair inancımızı teyit eder. Dinimize mensup olmakla iftihar edebilmemiz için, dinimizin hep yeni şeyler söylemesini, diğer dinlerin geleneklerinde olmayan şeyleri söylemesini beklemek ham bir hayaldir, doğru da değildir. Bu din ve şeriatın tabiatına, misyonuna da aykırıdır. Böyle olunca Peygamberimizin bir hadisini hatırlayalım: 'Ben peygamberler binasının son tuğlasıyım.' diyor. Böyle olduğu için de bütün semavî dinlerin, bütün peygamberlerin vurgusu hep aynı esaslar üzerine olmuştur. İslâm'da dinî bilgi ve vahyin çağrısını anlarken Sâmi geleneği daima hatırda tutmak bunun için gerekmektedir.

Dinî geleneği ve dinî bilgiyi anlarken Hicaz Arap topluluğunu, o toplumun yapısını, örf ve âdetini, bilgi ve ihtiyaçlarını da göz önüne almak zorundayız. Kur'ân-ı Kerîm yedinci asırda Hicaz topluluğuna hitap ederek söze başlamış, o hitap üzerinden evrensel mesajını vermiştir. Kur'ân-ı Kerîm'i okuduğumuz vakit o günkü toplumun kültürünü, sorularını, sorunlarını ve ihtiyaçlarını apaçık görebiliriz. Ama Kur'ân hitabını bu çerçeveye sınırlı tutmamış, onun üzerinden bütün insanlığa evrensel bir mesaj vermiştir. Soyut değil somut örnekler üzerinden mesajlar verilmiştir. O günkü insanlar önce somut atfı anlamak ve sorunlarını buna göre çözmek durumundaydı. Sonra gelenler de somut üzerinden verilen mesajın ilke, amaç ve evrenselliğini keşfetmek durumundadır. Kur'ân-ı Kerîm yaşanan gerçekliklere değinmeyen, soyut kural ve anlatımlarla dolu bir kitap olarak inseydi muhatapları ondan kendine örnek bir hayat dersi çıkaramazdı. Bunun için de Kur'ân hitap ettiği toplumun hayatı ve gerçekleri, yaşadıkları, tecrübe birikimi üzerinden örneklemeler yapmış, somut olgular üzerinden murâd-ı ilâhî'yi beyan etmiş, bütün insanlığın anlayacağı evrensel nitelikte mesajlar vermiş, ilkeler koymuştur. Ve Kur'ân-ı Kerîm böyle olduğu için de muhtevası, hitap şekli, ele aldığı konular yedinci yüzyıl Hicaz-Arap topluluğunun gerçekleriyle, mesela sosyal yapısıyla, aile hayatıyla, kültürüyle, ihtiyaçlarıyla ve sorunlarıyla iç içedir. Bu da bizi şaşırtmamalıdır.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, Kur'ân-ı Kerîm bir metin değildir, hitaptır. Hitâb-ı ilâhîdir. Mesela beklentilerimiz Kur'ân-ı Kerîm'in diğer insan ürünü/beşerî metinlere göre en kapsamlı bir metin, diğer düşünce manifestolarına ve kanunlarına karşı en ikna edici inanç ve kanunlar kitabı olması yönünde olabilir; ama öyle değildir. Beklentiler ve yaygın kabul böyle olduğu için de Kur'ân-ı Kerîm'in metin olmadığını söylemem yadırganmış olabilir. Metinler, kanunlar ve manifestolar çok sistemli, konularına göre tasnif edilmiş insan eseri ürünlerdir. Onları Kur'ân-ı Kerîm ile mukayese edemeyiz. Kur'ân-ı Kerîm'de ibadetlerin ayrıntılı biçimde sayımı ve ifa şartları, giyim kuşam tarzı ve yeme içme adabı gibi gündelik hayat, şehirleşme, ekonomik hayat, uluslararası ilişkiler, toplum yönetimi ve siyasal yapı gibi bizim dünya hayatımızı doğrudan ilgilendiren konularda ayrı ayrı bölümler bulunmasını ve didaktik bir tarzda ve ilmihal muhtevasında bu konuların işlenmesini bekleseniz de Kur'ân-ı Kerîm'in kendine mahsus bir üslubu olduğu için, bunları bulamazsınız. Onun kendine özgü bir anlatımı vardır ve o bize Yüce Rabbimizin hitabıdır.

Yaşadığımız hayat nasıl çok yönlü, geçmişle ve gelecekle bağlantılı, birkaç kuru cümleyle ifade edilemeyecek kadar karmaşık ve akışkan ise, bize gelen bu hitap da aynı şekilde çok yönlü ve akışkandır. Kur'ân-ı Kerîm, Hz. Adem'den Hz. Muhammed'e (sav) kadar ve oradan âhiret hayatına kadar bütün insanlığın varoluş serüvenini, Yüce Yaratan'ın dinine, peygamberlerin davetine karşı gösterdikleri enva-i türlü tavırları, hayatın farklı veçhelerini, doğayı, kainatta olup biteni, geçmişi ve geleceği harmanlayarak özel bir anlatım üslubuyla bize sunmuştur. O kâinatın ve bütün varoluşun özetidir. Hz. Yusuf'u anlatır. Hz. Musa'yı anlatır. Onu anlatırken bize mesajlar

verir. Adem'in çocuklarını anlatır bize mesaj verir; bizi anlatır bize mesaj verir; gelecekte söz eder mesaj verir. Ve her satırı, anlayan için önemli uyarılar içerir. Bunun için de biz onu didaktik bir metin gibi düşünemeyiz. Ama ne yazık ki günümüzde Kur'an-ı Kerim normatif kalıplar içinde anlaşılır/anlatılır oldu, metinleştirildi ve diğer beşerî metinlerle karşılaştırılma yanlışına düşüldü.

Dinî bilginin birinci kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'in bir metin değil hitap olduğunu hatırdan çıkarmamalıyız. Kur'an-ı Kerim'in böyle önemli bir özelliği var. İlahî kelâmın bize ulaşmış şekli bir hitap. Onun için de Kur'an-ı Kerim bizimle diyaletik ilişki içindedir. Kutsal metin ile diyaletik ilişki arasında fark vardır. Hatta müşrikler, inanmayanlar dediler ki; 'Niye peygamber olarak aramızdan bir beşer, bir insan seçildi ve gönderildi? Halbuki kanatlı melekler, Allah'ın kelâmını gökten inerek tek bir defada bize getirmeliydiler'. Adeta ilâhî kelâmın tabiatüstü olaylar eşliğinde bir törenle, bir merasimle kendilerine metin olarak verilmesini beklediler. Çünkü sıradan insan tasavvuru budur. Yine insan tasavvuru yüz maddelik, iki yüz maddelik normatif bir metin, her bir konunun ayrı ayrı ve detaylı biçimde işlendiği didaktik bir metin bekler. Ama görüyoruz ki, hikmet sahibi Yüce Allah böyle yapmadı. Adeta 'Siz aranızdan seçtiğim birini gönderiyorum. Sizin gibi yaşayan, evlenen, ihtiyaçları olan, heyecanı, duygu ve düşüncesi olan, insanî yönü olan birini göndereceğim. Ama onu ben eğiteceğim, siz onu dinleyecek, örnek alacaksınız. O size gönderdiğim vahyi ulaştırarak ve açıklayarak, uygulama örnekleri verecek. Dünya hayatınıza ilişkin muradımı o seçtiğim beşer-peygamberin hayatından ve sizin hayatınızdan belli olgular üzerinden anlatacağım. Siz 23 yıllık bir süreç içerisinde bu eğitimi ve bilgiyi alacaksınız' buyurdu. Kur'an'ın vahyinde izlediğimiz usulden, nüzul sebeplerinden, Kur'an-Sünnet ilişkisinden, vahiyle sîretin iç içe oluşundan, yani olan bitenden bunu anlıyoruz. Bu bakımdan Kur'an-ı Kerim'in olaylarla iç içe olarak 23 yılda inmiş olması ayrı bir ilahi hikmet taşıdır. Onun bir metin olmayışı bundandır; o diyalektiktir, hitaptır. Doğrudan insanı hedef alır, yani bizi hedef alır, araya din adamlarını, din sınıfını, hiç kimseyi katmadan, doğrudan bireye, kula ve insana hitap eder Allah'ın kelâmı. Ve böyle olunca da Kur'an-ı Kerim dinimizin, dinî bilginin ana kaynağıdır. Ama onu bir metin gibi göremeyiz. Süreç olarak görmemiz, diyaletik bir hitap olarak görmemiz gerekiyor. Bunu önemseyeceğim için üzerinde ısrarla durmak istedim.

b. Dinî Bilginin Kaynağı Olarak Sünnet

Dinî bilginin ikinci kaynağı da Peygamber Efendimiz'in (sav) Sünnetidir. Peygamber Efendimizin Sünneti de yine 23 yıllık bir hayatı ifade eden bir süreçtir. Yaşanmış bir hayattır, yaşanmış bir örnekliliktir. Sünnetin vahiyle irtibatlı ve ilâhî kontrol altında dinî bildirim yönü vardır; ama tecrübî ve beşerî yönü de vardır. Sünnetin vahiyle ve peygamberlikle ilgili yönü dinî hükümlerin açıklanmasında yoğunlaşır. Burada genelde vahiyle önceden verilmiş bir yetkinin kullanımı veya sonradan va-

hiy tarafından bir takrir/tashih şeklinde tecelli eder. Sünnet sosyal alanda ve insanî ilişkilerde ise toplumun ortak vicdanı/toplumsal sağduyu (mar'uf) ekseninde bir bildirimde bulunmuş; yeri gelmiş hayatın tabii akışını devam ettirmiş, yeri gelmiş toplumun ortak vicdanının desteğinde köklü değişimler yapmıştır. Tabii ki bütün bunlar ilâhî iradenin verdiği yetki, bıraktığı serbesti, onay ve rıza dahilinde cereyan etmiştir. Şimdi Sünnet-hadis ilişkisini bir örnek üzerinden açıklayayım. Mesela bir durumu yansıtmak ve orada bulunmayan birine aktarmak için elimize bir fotoğraf alırız, flaş patlatıp anlık bir zaman dilimindeki görüntüyü resmedebiliriz. Yani flaşın aydınlatığı anlık durumu resim halinde dondurarak alırız. Bir de sürecin bütününe veren video kaydı vardır. Mesela birisi eline fotoğraf makinesi alıp flaş patlatıp birkaç saat süren bir olayda kare kare resimler çekebilir. Bir başkası da birkaç saatlik süreyi kayda alabilir. Bir resim bu olayın akışını ne kadar ifade ediyorsa, o kadar ifade eder. Halbuki orada ne olup bittiğini anlamak istiyorsak bizim olayın cereyan sürecini baştan sona izlememiz, yani video filmini dikkatlice seyretmemiz, gerekiyor. Yaşanan Sünnet video filmi ise, hadis metinleri de fotoğraflardır, resimlerdir. Bu örnek, Peygamber Efendimizin Sünneti ile hadis metinlerinin aynileştirilmesi, yani özdeş kılınmasının ne anlama geldiğini, Sünneti bütünüyle hadis metinlerinin temsil etmesinin imkânını belli ölçüde anlatıyor sanırım. Sonuçta, Kur'ân-ı Kerim metinleştirildi. Peygamber Efendimizin (sav) Sünneti metinleştirildi. Ve karşımıza kategorik ve normatif metinler çıktı. Halbuki hiç kimse hadis metinlerinin o 23 yıllık eğitim sürecini ve o süreçte olup biteni etraflıca ve bütünüyle anlattığını iddia edemez. Hadislerin dinî bilginin kaynağı olmadaki gücü, onların Peygamber Efendimizin Sünnetini yani yaşanmış süreci temsil etme oranıyla paraleldir. Bunları niçin söylüyorum? Çünkü Peygamber Efendimizin Sünnetinin içinde yaşadığı toplumla diyalektik bir ilişkisi vardı. Sünnette yer alan tutumların o günkü şartlarla, müşriklarla ilişkilerin içinde bulunduğu safhayla, o günkü ihtiyaçlarla, o günkü haklı öfkeyle veya iyi ilişkilerle, sempatiyle ve kavgayla, kabileler arasında kökü derinden gelen dostluk ve düşmanlıkla hepsiyle ilişkisi vardı. Hadis metinlerini tarihi de devreye katarak anlamak, hayatın akışı içinde ve adresinde anlamak, yaşanmış sürecin parçası olarak okumak gerekiyor. İçinde eğitim var, içinde olgular üzerinde mesaj verme var, içinde ilkeler var, amaçlar var, değişkenlik ve akışkanlık var, içinde bir hayat tecrübesi var. Biz o hayatı aynısıyla tekrar yaşamayı değil yaşanmış bu hayattan ilkeleri ve anlamları almak zorundayız. Hiç bir Müslümana din Hz. Peygamberin yedinci yüzyılda Hicaz'da yaşadığı hayatı aynı formda tekrar yaşamasını telkin etmemiştir. Madem kıyamete kadar var olan bir evrensel dine mensubuz; öyleyse o din elbette inananlarından akan suyu tekrar geri döndürmeyi değil, her toplumun kendi hayatını belli ilkelere göre ve belli bir istikamette yaşamasını, ama kendi hayatını yaşarken de yaşanmış bir örnek hayat olan Sünnet sürecinden, onun izinde oluşan geçmiş hayatlardan ilkeler çıkarmasını ister. Yani aynı formların korunması değil örnek davranış modelleri çıkarılması, ders alması istenir. Ve hiçbir zaman, sonraki dönemlerde dünya sathına dağılan Müslümanlardan Hz. Peygamberimizin Hicaz'da yaşadığı hayatın aynen yaşaması istenme-

miştir, istenmeyecektir. Çünkü bu son dinin evrenselliğiyle çelişir. 23 yıllık o sürecin bizim önümüze serilmesinin amacı ondan anlam çıkarmak, örneklikler almak, ondan hayatın ilkelerini çıkarmak, gösterilen amaçları keşfetmeye çalışmak olmalıdır. Hadisleri anlamak, yani 'fıkhu'l-hadîs' bunun için önemlidir. Benim bu söylediklerim bir değerlendirme ve temenni mahiyetindedir. Tarihî realite elbette böyle olmamış, Sünnet etrafında çok farklı anlayış biçimleri ve iddialar oluşmuş, bu farklılıklar çoğu zaman bir zenginlik oluştururken, günümüzde olduğu gibi, zaman zaman da İslâm toplumu için kaos, kargaşa, nefret ve ayrışma nedeni olabilmıştır. Bu konuya günümüzde İslâm'ı anlatırken tekrar döneceğim, Sonuç olarak dinî bilginin kaynağı Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnettir. Din bu ikisiyle başladı.

c. Dinî İlimler

Burada, çağımızdaki İslâm algısıyla ve sorunlarla doğrudan bağlantısının olması sebebiyle dinî ilimler üzerinde de biraz durmamız gerekiyor. Modern dönemde bir buçuk milyarlık İslâm dünyasının hem din alanında hem de diğer alanlarda birtakım sorunları varsa, bunda dinî ilimlerin ve din ulemasının da sorumluluğu elbette vardır. İşler iyiye gittiğinde bunda pay iddia edenler işler sarpa sarınca geri çekilir ve suçlu olarak hep ötekine işaret ederse bu inandırıcı olmaz. Bugün eksi ve artılarıyla gelinen son durumu ve yaşananları, birçok etkenin yanı sıra ulemanın din adına topluma sunduğu bilgi ve duyguların da bir sonucu olarak görmek gerekir.

Dinî ilimlerin serüvenine kısaca göz atacak olursak: Kur'ân-ı Kerîm ve Peygamber Efendimizin Sünnetiyle İslâm başladı. Bu dini anlayan ve uygulayan bir sahabe nesli ortaya çıktı. Peygamber Efendimiz vefat ettiğinde Müslümanların sayısı artık yüzbinler idi ve bütün Arabistan Yarımadası neredeyse İslâm'la şereflenmişti. Daha sonra Râşid Halifeler devrinde İslâm coğrafyası genişledi, yeni fetihler oldu. Müslümanlar önce Doğu'ya açıldılar, Irak fethedildi, İran fethedildi. Kuzey'de Bizans topraklarını fethettiler. Batı'da Mısır ve Afrika fethedildi. Bu fetihler sonrası Müslümanlar yeni yeni medeniyetlerle ve kültürlerle karşılaştılar. Doğal olarak, Müslüman olan her bir bölge insanı Kur'ân-ı Kerîm'e uygun, Efendimizin Sünnetine uygun yaşamanın yollarını aradı; kendi hayatını, bilgi ve kültürünü dinin bu iki kaynağına göre gözden geçirme ihtiyacı duydu. Bu arayış ve çaba aynı zamanda dinî ilimlerin oluşmasının zeminini de oluşturuyordu. Neticede dinî ilimler olarak da birkaç önemli ilim dalı kendiliğinden belirginleşti. Çağımızdaki İslâm algısını belirleyici olduklarından şimdi ana hatlarıyla dinî ilimlere temas etmek istiyorum.

Tefsir ilmi, Kur'ân-ı Kerîm'i anlama ve yorumlama ilmidir. Kur'ân ne dedi, ne diyor? sorusuna cevap aramanın sonucu bu ilim ortaya çıktı. Hadis ilmi ortaya çıktı. Peygamber Efendimizin Sünneti neydi, ne demişti? Biz bunu nasıl anlamalıyız? sorusuna cevap arayan bir ilim oldu. Kelâm ilmi Müslüman olarak neye inanmalıyız, nasıl inanmalıyız? sorusunun cevabını bulmaya çalıştı. Fıkıh ilmi, Müslüman olarak

bireysel ve sosyal hayatımızda nasıl davranmalıyız? Özel hayatımızda, komşularımızla ilişkilerimizde, günlük ilişkilerimizde, aile hayatında, kamu alanında neyi nasıl yapmalıyız ki Allah'ın rızasına uygun olsun, dine aykırı düşmesin, haram olmasın? Bu soruya cevap bulmaya çalıştı. Tasavvuf düşüncesinin ayrı bir ilgi ve bilgi alanı olarak ortaya çıkışı daha farklı bir açıdan izah edilmeli. Tasavvufi bilgi ve hiyerarşinin İslâm toplumunda oluşumunu yaşanan siyasi süreçlerle, toplumsal kırılmalarla ve bunların sürüklediği toplumsal psikoloji ile de ilgisini kurarak açıklamak gerekiyor.

Dinî ilimler, kendi dönemlerinde Müslümanların değişen şartlarda ayakta durabilmeleri ve hayatın hızlı akışı içinde dinin kendilerinden istediği ana çizgiyi koruyabilmeleri için fevkalade önemli bilgiler ürettiler. Elbette ki Dinî ilimler dinin ana kaynaklarının getirdiği bilgiyi konu edinse de neticede buna ekledikleri yorumlar itibariyle insanî, mahallî ve beşerî bilgiler idi. Dinî ilimler ve din uleması dinî bilginin kaynağı sayılmamalıdır. O zaman Batı'daki gibi 'Tanrı adına konuşma yetkisine sahip bir zümre' icat etmiş oluruz. Dinî ilimler dinin asıllarından, yani Kur'an ve Sünnet'ten gelen dinî bilgi üzerine yorum üretirler, onu güncellerler, o bilgiyi toplumlarına anlayacakları dilde sunarlar. Bunun için de ulemanın bu yorum ve görüşleri beşerî ve insanî emek ve gayretin ürünüdür. Zaten başka türlü de olamaz. Dinî olanını zaten Kitap ve Sünnet getirmişti. İlim dallarının ve âlimlerin ürettiği ise bu dinî bilginin yorumu, anlaşılma biçimi, o günkü ihtiyaç ve şartlara uyarlanışıydı. Beşerî bilgiydi bunlar, kutsal bilgi değildi. Mesela bir ayetin lafız anlamı belli de olsa, o bu anlamla ilişkili olarak geçmişte nasıl anlaşıldı, şimdi aynı ayeti nasıl anlamalıyız? sorusu üzerine insanlar kafa yordular, anlamaya çalıştılar. Allah'ın söz olarak dediği önümüzde duruyordu, ne dediği açık ve belliydi. Bizim ondan anladığı yaptığımız yorumlarımız ise başka bir kategoriydi. Bunların hiç bir zaman biri diğerine karıştırılmadı. Gelenekte de 'Allah böyle diyor, söz böyle, biz ise bu sözü şöyle anlamalıyız' şeklinde bu ayırımı gözetken özenli ifadeler yerleşti. Yani İslâmî ilimler İslâm bilginlerinin inisiyatifiyle beşerî bir çabanın ürünü olarak ve toplumun ihtiyaçlarına cevap vermek amacıyla ortaya çıktı. O toplum Müslümanca yaşamayı, Kur'an'a bağlı kalmayı, Peygambere bağlılığı önemsiyordu. Önemsediği için de bu bağlılığı sağlayacak bilgi üretmek, bunu üretirken de kendi toplumunun şart ve ihtiyaçlarını göz önüne almak zorundaydı. Böyle olunca da, dinî ilimlerin ilk başta bir gözü dinin asıllarında, yani Kur'an'da ve Sünnette, diğer gözü ise içinde yaşadığı toplumda oldu. Çünkü kendini Kur'an'ın ve Sünnetin metinlerine ve satırlarına hapseden hiçbir din bilginini, başını kaldırıp etrafta olup bitene göz atmaksızın toplumlunun sorunlarına çözüm getiremez. Neticede, tarihin akışı içinde dinî ilimlerin ürettiği bilgide hem yatay hem dikey olarak ciddi bir çeşitlenme oldu. Bunu da bir kaç cümleyle izah etmem gerekiyor.

İslâmiyet Hicaz'da doğdu. Mekke, Medine ve Şam ekseninde asıl olarak ortaya çıktı. Bir kelebeğin gövdesi gibi. Bir kelebek tasavvur edin; güzel bir bahar kelebeği. Önce Doğu'ya açıldı; Irak, İran üzerinden Orta Asya'ya, Semerkant, Buhara ve

Maverâünnehir'e ulaştı. Bu açılımda baskın renk Hanefilik ve Maturidilik idi. Bu kelebeğin bir kanadını bu oluşturdu. Diğer kanadını da Kahire, Kuzey Afrika ve Endülüs'e ulaşan İslâm kültür ve medeniyeti oluşturdu. Malikî düşüncesi de burada baskındı. Ve böylece kelebek teşekkül etti gövdesi ve kanatlarıyla. İslâm medeniyetini böyle resmedebilirsiniz. Kavşak yerleri Kuzey Afrika ve Endülüs'tür, Irak ve Şam'dır. Hicaz'dan gelen yeni dinî bilgi ve heyecan oralarda diğer kültür ve medeniyetlerle karşılaşmış, onlarla hesaplaşmış ve karşılıklı alışverişler sonrası kendini yenileyerek ayakta kalmayı başarmıştır. Bu karşılaşma İslâm medeniyetinin çok boyutlu olarak serpilip gelişmesinin de önünü açmıştır. Eskiler derler ki, kavşak noktaların yemekleri, insanları ve ilimleri güzel olur. Çok doğrudur, harika bir tespittir. Kapalı toplumların yemekleri tatsız, insanları çirkin, ilimleri de kısır olur. İşte bu İslâm'ın Orta Asya'ya ve Kuzey Afrika'ya açılmasının İslâm Düşüncesine böyle bir katkısı oldu. Hanefiliğin Doğu'ya, Malikî düşüncenin de Kuzey Afrika'ya ve Endülüs'e açılması dinî düşüncede özgüveni artırdı. Hicaz'dan doğan ilim ve irfanın farklı medeniyet ve kültürlerle yüzleşmesi yeni imkânlar doğurdu, farklı bakış açılarını geliştirdi ve evrensel bir İslâm tefekkürü ortaya çıktı. Bir bilgi bir başka kültür havzasında başka bir kültürle yüzleşip de ayakta durabiliyorsa o bilgi sağlamdır. Ama kapıdan dışarı çıktığında yıkılıyorsa o bilginin içerde işe yaradığı bile şüphelidir. Müslümanların Hicaz'da kalmayıp dışarıya açılması dinî bilginin güçlü, tek başına ayakta durabilir olmasını ve farklı ortamlara intibak edebilir olmasını sağladı. Bunun içindir ki, İslâm'ı anlamada Orta Asya ve Maverâünnehir ekolü, Hanefilik ve Maturidilik geleneği, Kuzey Afrika ve Endülüs geleneği son derece önemlidir.

Dinî ilimlerin ürettiği bilgide hem Hindistan'dan Kuzey Afrika'ya, Yemen'den Endülüs'e kadarki geniş coğrafyada aynı konuda birbirinden farklı görüşler ve yorumlar ortaya çıktı. Zaman içinde ve bölgelere göre çeşitlenen bu farklı görüşler İslâm âlimleri için bir sorun teşkil etmedi; aksine bu görüşleri üreten bilginler birbirlerine katlandılar, tahammül ettiler, saygı gösterdiler; hatta daha ötesi bunu bir zenginlik ve rahmet saydılar. Çünkü Allah'ın Kitabında, Peygamberinin Sünnetinde ihtilaf yoktu. Ama bunları farklı anlayış biçimleri elbette olacaktı. Çünkü bu farklı anlama ve yorumlama imkânı, bir dinin farklı örf ve adetleri bulunan farklı bölgelere yayılabilmesinin ve oralarda kabul görmesinin sırrını da içinde barındırıyordu. Aynı coğrafyada aynı bölgede, hatta aynı mezhep/ekol içinde zamanla farklı anlayışlar da olabildi. İnsanlar bunu da gayet tabii karşıladılar. Elbette bilginin siyasallaştığı dönemlerde baskılar oldu. Mesela bu siyasi olaylara ulemanın müdahil olduğu, siyasetle ilmin iç içe girdiği dönemlerde ciddi sıkıntılar da yaşandı. 'Kur'ân yaratılmış mı?' gibi tartışmalar siyasetleştğinde çeşitli baskılar oldu. Ama bizim tarihimizde bunlar Batı'yla mukayese edilmeyecek kadar azdı. Bizim tarihimizde bilim ve düşünce özgürlüğü adına daha geniş bir hoşgörü olduğu kanaatine sahibim.

d. Modern Dönemde Dinî İlimler

Bugüne gelince, biz 21. yüzyıla çok olumsuz şartlar altında girdik. Ulus devletlerin oluştuğu, bağımsızlık mücadelelerin yapıldığı, sömürge yönetimlerinden İslâm Dünyasının kurtulmaya çalıştığı bir dönemin izlerini arkamızda bırakarak bugüne geldik. Birçok olumsuz durumu da kucagımızda bulduk. Hep iyi şeyler duymayı, hakkımızda hep övücü sözler söylenmesini arzu etmemiz bir dereceye kadar anlaşılabilir bir durumdur ama kapımızın önündeki kiri-pası da görmek zorundayız. Yani kapımız önünü görmez de hep komşumuzun kapısıyla uğraşırsak, kendi kapımız kıyamete kadar kirli kalır. İslâm Dünyası bu yüzyıla çok olumsuz şartlar altında girdi. Geri kalmış olarak kendini gördü ve buldu. Bilimde, teknolojiye, eğitimde, sağlıkta birçok alanda geri kalmışlık, iletişimin fevkalade öne çıktığı bir dönemde ötekini gördüğümüz zaman bizi daha rahatsız etmeye başladı. İçine kapalı bir toplum olarak kalsaydık ve ötekini görmeseydik, geri kalmış olsak da kendi başımıza mutlu yaşayabilirdik; ötekinin bizden daha kötü olduğunu var sayar mutlu olurduk. Ama artık dünya küçüldü, herkes birbirini anlıyor ve görüyor. Böyle olunca da Müslümanlar gerçekten yüce bir dine mensup, en büyük peygambere, en yüce Kitaba sahip. Ama gel gör ki bilim, düşünce, özgürlük, siyasal katılım, teknoloji, sağlık, eğitim fırsat eşitliği, çevre, ekonomi gibi birçok alanda hakikaten çok zor durumda, kötü durumda. Bu durum İslâm Dünyası'nı, İslâm Dünyası'nın gençlerini ve İslâm Dünyası'nın bilim insanlarını etkiledi. Ve bu son 20. ve 21. yüzyılda olup bitenler dinî ilimleri etkiledi ve dinî ilimler bir bakıma içinde bulunduğumuz hâle tercüman olurcasına ideolojik bir söyleme sahip olmaya başladı.

Son yüzyılda yaşadıklarımızı nasıl okuyorsam, olup biteni nasıl algılıyorsam burada ondan söz ediyorum. Ama neticede bunlar benim aldığım izlenimlerden ibaret. İslâm Dünyası olarak yakın geçmişi ve bugünü nasıl yorumlayacağımız üzerinde ne kadar dursak yeridir. Her birimiz buna kafa yormalı ve bu konuları tartışmalıyız. Benim gördüğüm odur ki, İslâm toplumları olarak son iki yüzyılda bütün yaşadıklarımızdan, geri kalmışlıktan ve ciddi kırılmalardan sonra öfkemizi, kavgamızı geri kalmışlığımızı, ötekinin yapıp ettiklerini hep din ilimleri üzerinden ve onları kavgaya alet ederek söylemeye başladık. İçeriğini değil şekli, araç ve gereçleri modernleştirdik, ama geleneği yitirdik. Bu arada dinî ilimlerin içeriğine kendi duygularımızı da kattık. Mesela yeni dönemde Kur'ân tasavvurumuz değişti. Düşündük, hatta inanmaya başladık ki: 'Kur'ân-ı Kerîm dünyada ne kadar çok konu varsa her konuda bir çözüm söylüyor. Onun her bir harfinde binlerce anlam gizlidir. Allah gizemli ve esrarengiz bir kitap göndermiştir. Bunu ancak ehli olan otoriterler açabilir. Böyle olduğu için de bunları bilen birinin önüne diz çökmemiz ve Kur'ân-ı Kerîm'deki sırları onun sayesinde öğrenmemiz gerekiyor. Çünkü Kur'ân-ı Kerîm'de elektrikten kozmolojiye kadar, uluslararası ilişkiden siyasete kadar birçok konu yer almıştır.' Bu düşünce sonunda, yeri geldi Kur'ân anayasa kitabı oldu, yeri geldi fen kitabı oldu, yeri geldi hukuk kitabı oldu. Böyle bir ruh hali, böyle bir arayış olduğu zaman da kendi duy-

gularını, kendi sübjektif kanaatlerini Kur'ân-ı Kerîm'e onaylatanlar çoğaldı. Artık Allah'ın kelamı adeta buharlaştı. Mikrofonu eline alan, ekrana çıkan Kur'ân'da buyruluyor ki, Kur'ân diyor ki diyerek kendi görüşlerine Kur'ân üzerinden yer açmaya, bu arada kendine de yer edinmeye başladı. Bunu örnekleri çok fazla ve hepimiz sıkça karşılaşıyoruz. Sadece yerel örnekler ve bir ülke özelinde değil İslâm dünyasının genel resminden söz ettiğimizde de durum farklı değil.

Bugün altmışa yakın İslâm ülkesi var. Bu ülkelerde belki binlerce diyebileceğimiz televizyon kanalları yayında, yazılı basın ve yayınlar takip edilemeyecek kadar yaygın ve çeşitli. Ama İslâm ülkelerinde dinle, Kur'ânla ilgili olarak 'Allah veya Kur'ân buyuruyor ki' diye yapılan konuşmaların, hatta 'İslâm'da' diye başlayan cümlelerin önemli bir kısmında hep indî, sübjektif görüş, kaygı ve kanaatler öne çıkıyor; kendi dünyamızın kavgaları yer alıyor. Kur'ân'ı önümüze siper ederek kavgamızı yapıyor, kendi görüş ve konumumuzu meşrulaştırıyoruz. Ne gariptir ki, Kur'ân aramızda hakem olmak üzere gönderilmişken, biz görüş ve davranışlarımızı Kur'ân ikliminde gözden geçirip düzelterekken birden roller değişiyor ve kendimizi merkeze alarak Kur'ân'ı okumaya ve açıklamaya başlıyoruz.

Peygamber Efendimizin Sünnetini de bir süreç olarak anlamamız, onun sîret olayları ve kendi tarihi içerisinde üstlendiği rolü ve gözetdiği hedefleri anlamaya yoğunlaşmamız gerekiyor. Efendimizin Sünnetinde o günkü insanların sorunları vardır, soruları vardır, ihtiyaçları vardır. Ama biz onu o süreçten, o hayattan koparır da metinleştirirsek, normatif kurallar haline getirir de onun içerdiği şekli Peygambere bağlılığın ölçüsü yaparsak, o zaman Sünnet-i Seniyye bizi birleştirecekken ayırmaya başlar; bizi toplayacakken, aramızda sevgi bağına güçlendirecekken bizi zaafa düşürür. Sonuçta ortak değerimiz ve dinin ikinci aslı olan Sünnet-i Seniyye, Peygamberimizin Sünneti Müslümanlar arasında ötekileştirme ve kavga konusu olur. Peygambere bağlılıkta şekiller öne çıkar. Sünnetten ahlak ve hikmet kalkarsa geriye şekiller kalır, özün yerini kalıplar alır. Halbuki biraz önce arz etmiştim. Bizim İslâm'ın ilk asrını şekil ve kalıp olarak yaşamamızın imkanı yok; ama biz kendi tabii değişimimiz içinde o saadet asrının öz ve ruhunu koruyabiliriz. Bu da Sünneti çok boyutlu bir kavrayışla olur. Allah bu dünyayı böyle bir değişim üzerine yaratmıştır ve değişim içinde korunmasını istediği özü de dinin asıllarıyla beyan etmiştir.

e. Sosyal Değişim Karşısında Dinî İlimler

Sosyal değişim içinde Sünnete bağlılık üzerinde biraz daha durmak istiyorum. Şöyle düşünebilir miyiz? : 'Allah, İslâm'ın geldiği yedinci yüzyıla kadar insanların değişmesini murat etti. Bakın bunun altını çiziyorum: Allah yedinci yüzyıla kadar, İslâm'ı gönderdiği asra kadar değişimi murat etti. Ama ne zaman ki İslâm'ı ve Peygamberini gönderdi, artık bu değişim dursun, insanlık bu form üzerine bu hayat tarzı üzerine kıyamete kadar yaşasın istedi.' Peki şimdi soğukkanlı biçimde cevap aramak

için soruyorum: Evet, böyle düşünebilir miyiz? Ev hayatı, aile hayatı, şehirleşme, giyim-kuşam, süslenme ve beslenme, ticaret, ziraat, ekonomi, çevre... hepsinin saadet asrındaki şekil ve tarzlarda kıyamete kadar sürmesini ve Müslümanların bunu yaşatmasını Allah'ın murat ettiğini iddia edebilir miyiz? Buna dair bir delilimiz var mı?

İnsanlığın hayat tarzının çeşitli yönleriyle sürekli değişim içinde olması, bu çeşitliliğin hem aynı zaman diliminde farklı bölgeler arasında hem de aynı bölgede zaman içerisinde yaşanması Allah'ın bizleri yaratış hikmetinin bir parçasıdır. Bu durum ilâhî muradın kapsamında olduğu içindir ki, tarih boyunca her topluma ihtiyaç ve şartlarına göre -öz bâkî kalmak kaydıyla- yeni şeriatlar, yeni hükümler göndermiş; son hak din İslâm'ı da evrensel ve kıyamete kadar sürecek bir kapsamlı anlayışın medârı olarak göndermiştir. Mesela Allah'a iman, tevhid akidesi, ahirete iman, nübüvveteye iman gibi inanç esasları elbette dönemden döneme değişmedi, dinlerin yararlı iş (amel-i salih) vurgusu değişmedi. Bunlar bütün peygamberlerin davetinin ortak paydası idi. Ama günlük yaşayış kuralları, insan ilişkilerine sosyal yapıya ve kamu hayatına dair kurallar elbette ki değişti. Peygamberlere gelen vahyin özü değişmedi ama kalıplar ve şekiller değişti. Böyle olunca da biz Peygamber Efendimizin Sünnetini asr-ı saadete gitme olarak değil, o asr-ı saadetten aldıklarımızı ilkeleştirme, güncelleştirme, ahlak ve hikmetle yoğurma ve bu çağa taşıma olarak anlamalıyız. Ve bugün İslâm Dünyası'nda Pakistan ve Bangladeş'ten güneyimizde ülkelere ve Afrika'ya kadar çoğu yerde Peygamberimizin Sünnetine ittiba, Sünnet-i Seniyyeye bağlılık birleştirici değil ayrıştırıcı, sevgi değil öfke üreten bir alan haline geldi. Bu da çağımız Müslümanlarının yüzleşmesi gereken ciddi bir sorundur. Bu çekişme esnasında Hz. Peygamberin Sünneti hayatımızdan uzaklaştı. Bugünkü İslâm Dünyası'nın ve çoğu İslâm âliminin anladığı Sünnetten evrensel bir mesaj üretmek hayli zorlaşmıştır. Ondandır bütün insanlığı kuşatacak bir rahmet üretmek imkânsız hâle gelmiştir.

İslâmî ilimlerin önemli bir dalı olan Kelâm ilminden söz edelim: Kelâm İslâm'ın inanç esaslarını ve bu esaslar etrafında oluşan düşünceleri ele alır. Ama biz bu ilim dalının tarihteki sistem ve metodunu koruyarak ona bütün felsefelerle mücadele görevi verir, kozmoloji görevi, tıp ve etik görevi verir, ondan bu çağın bütün inanç sapkınlıklarıyla mücadele etmesini bekler, ateizmin önünde set olmasını istersek Kelâm ilmine haksızlık etmiş oluruz. Hele bir de, modern felsefenin problemleriyle baş etmesini ikinci üçüncü asır kelimcilerden beklersek bu Kelâm âlimlerine ve tabiatıyla İslâm'ın bilgi mirasına haksızlık etmiş oluruz. Siz kendi mücadelenizi kendiniz vereceksiniz. Bu çağın inançsızlıkları, bu çağın sapkınlıkları bu çağın düşünce ve zihniyet problemleri varsa onların mücadelesini siz vereceksiniz. Buna uygun ilmî metodlar ve bilgi disiplinleri üreteceksiniz; kürsüler, araştırma merkezleri kuracaksınız. Onları Gazzalî'den, Cüveynî'den beklemeyeceksiniz. Onlardan elbette istifade edeceksiniz, ama onları ateş hattına sürmeyip bu mücadeleyi bizzat siz vermek zorundasınız. Hem de yeni ve güçlü bir donanımla. Onlar dönemlerinde üzerlerine düşeni yaptılar. İşte Kelâm ilmi de günümüzde böyle bir açmaza girdi ve bir kısır döngü içerisinde eski

denenleri metinleştirerek onları İslâm'ın akaidi olarak sunma gibi bir yanlışa saplandı.

İslâmî ilimlerden bireysel ve sosyal hayatla yakın ilgisi bulunan fıkıh ilmi, bir Müslümanın Kur'ân ve Sünnet'le uyum içinde ve İslâm'ın ana dairesi içinde kalarak yaşamasına rehberlik eden, ibadet hayatından bireysel ve toplumsal ilişkilerine kadar dinin Müslümanlardan ne istediğine dair bilgiler sunan genel bir çerçevedir. Verdiği bilgiler arasında dinin asıllarından gelen dinî bilgiler bulunduğu gibi bu bilgiler üzerine inşa edilmiş kişisel yorumlar, kültürel öğeler ve toplumun ortak aklının ürünü sonuçlar da vardır. Tabii ki fıkıhta bizim hayatımızın amelî yönünü, davranışlarımızı hedef alan normatif yön çok baskındır. Bu ilim dalı, Kur'ân ve Sünnetin Müslümanlar olarak aile hayatımıza, yiyip içtiklerimize, ibadetlerimize, sosyal ilişkilerimize dair koyduğu prensip ve kuralları anlamaya ve bunlar üzerinde yorum yapmaya başlamakla ortaya çıkmış ve giderek daha kapsamlı hale gelmiştir. Fıkıh ilminde ve müdevvenâtında, Müslümanların yaşadığı hayatın normatif kalıplarda resmedilmesini de, mevcudun eleştirisini ve hayat tarzını belli bir çizgiye çekme çabasını da birlikte bulursunuz.

Kur'ân ve Sünnetin gündelik ve sosyal hayata dair koyduğu kuralları Peygamber Efendimizden sonra gelen Müslüman nesiller yorumlamak zorundaydı; çünkü şartlar belli ölçüde değişmişti ve aynı coğrafyada yaşamıyordu. Şartlar, sosyal yapı ve tevarüs edilen kültür farklılaşmıştı. Amelî hayata dair dinî bilginin yeni durumlarda sorunsuz biçimde uygulanabilmesi için üzerinde düşünülmesi, gerekiyorsa yeni yorumların yapılması gerekiyordu. Öyle de oldu. Yüzyıllar boyu ciddi bir kırılma olmadan fıkıhın hayat ve toplumla ilişkisi canlı şekilde devam etti. Yeri geldi fıkıh yeni bölgelerin kültürüne belli katkılar sağladı; yeri geldi İslâm'ın gittiği yeni coğrafyaların birikim ve şartları fıkıha yeni açılımlar kazandırdı. 20. ve 21. Yüzyıla gelince, daha önce de belirttiğim için tekrar etmeyeceğim, fıkıh yeni bir durumla karşılaştı. Fıkıhın klasik teorisi ile Müslüman toplumların yaşadığı hayat arasında makas hayli açılmış, fıkıhın öğretilerinin önemli bir kısmı 'Bir zamanlar biz Müslümanlar.' diye anlatabileceğimiz bir tarih malzemesine dönüşmüştü. Buna bir de yeni dönemde Müslüman toplumların karşı karşıya kaldığı olumsuz şartlar eklenince, fıkıh artık bir özlemler odağı oldu. Bazen fıkıhı klasik dokusuyla dokunulmaz yapıp o haliyle canlandırmak istedik. Bazen bununla da yetinmedik, fıkıhı günümüz bütün siyaset ve ideoloji fırtınası içine yalın haliyle sokup seyre daldık. Devlet kuracaksak, uluslararası ilişkileri düzenleyeceksek, evrensel beyanname ve insan hakları bildirgelerine ortak bulacaksak biz bunu dördüncü beşinci yüzyılın fıkıhından üretmeye kalktık. Öte yandan beşerî ve dünyevî yönü ağır basan fıkıhla Allah'ın ahkâmı, Kur'ân'ın ahkâmı adeta özdeş yapıldı. Kendi dediklerimizin kabul görmesi için onu kutsalın içerisine kattık; onu Allah'ın dini gibi, kutsalla beraber insanlara sunduk. Biz aslında sözümüzün de dinlenmesi için bunu yapmıştık, fakat öyle bir acımasız diyalektik gelişti ki bizim dediklerimiz değil sözümüzün yanına kattığımız kutsallar da bu sefer tartışılmaya ve kabul görmemeye başladı. Hiç de arzu etmediğimiz sonuçları biz kendi elimizle üretmiş olduk.

f. Tasavvuf ve Tarikatlar

Tasavvuf ilmine gelince, tasavvuf bir başka netâmeli alandır. Tasavvufu ikiye ayırarak ele almak gerekir. Birincisi İslâm tasavvuf düşüncesi, ikincisi de tarikat ve dinî cemaat örgütlenmeleri. İslâm tasavvuf düşüncesi İslâm'ın son derece önemli felsefî, zihnî, ahlakî ve derunî boyutudur. Bu boyut gerçekten bireyin dindarlığını zenginleştirmiş, güzelleştirmiş ve kemâle doğru yol almasında ona destek olmuştur. Tasavvuf düşüncesinin İslâm medeniyetine birçok katkısı olmuştur. Fakat tasavvufun o zenginliği ile günümüzdeki tarikat örgütlenmesini birbirinden ayırmamız lazım. Günümüzdeki dinî cemaatleşmeyi tasavvuftan ayırmamız lazım. Günümüzdeki dinî cemaatleşmeler ve tarikat örgütlenmeleri tasavvufun engin, sempatik ve derunî alanından beslenerek zıddına bir sonuca evrildi; fevkalade dünyevî bir oluşum haline geldi. Kendi aslı alanında kalsa, insanların ahlakiliğine, derunî dindarlığına katkı sağlayıcı çizgide hizmet üretse, toplumun sosyal bağını güçlendirici roller alsa ne iyiydi; ama öyle olmadı. Bunu da üzülerek görüyoruz. Yani Müslümanların dindarlığını derinleştirecekken ekonomik çıkar ilişkisine, siyaset projesine, sosyal örgütlenme modeline dönüştü. Kendilerinden menkul kutsal makam ve otoriteler ihdas edildi, nev-zuhur kutsallıklar ve onun üzerinden dünyevî projeler ortaya çıktı. Bu gelişme de, hem tasavvufa hem İslâm'ın o güzel dindarlık modeline büyük zarar verdi. Ve sonuçta, sözü eğip bükmeden ifade edeyim; bugün tarikat örgütlenmeleri İslâm'ın hem ana ilkeleriyle ve akidevî esaslarıyla uyuştugunu söylemenin kolay olmadığı bir anlayış, bağlılık ve inanışlar üreterek yola devam ediyor, varlığını güçlendiriyor; hem de tarihte İslâm davetine öncülük etmiş alperenlerin yerine yeni bir tipoloji üretmek çevresindekilerin ve dünyanın İslâm algısını hayli hırpalayıcı bir rol icra ediyor. Bu gelişmenin İslâm'ın hayrına olduğunu, Müslümanların ortak yararına olduğunu söylemek mümkün mü? Takdir sizin.

Esasında tasavvuf düşüncesini ortaya çıkaran ortam, dünyevileşmenin ve dünya saltanatına dalmanın zıddına bir tepkiye de işaret eder. Hepimiz biliyoruz ki, Emevî iktidarı, Abbasî iktidarı dünyevileştikçe, bu iktidarlar dünya ihtişamına dalıp geniş halk kitlesinden kopmaya başlayınca kırılğan kesim ve gönül ehli olanlar kendi dünyalarında yeni bir serinlik, yeni bir huzur iklimine sığınıp orada mutluluğu arama yolunu seçtiler. -Bu arada ifade edeyim: elbette yegâne sebep bu değildir; ama bu durumun da belli bir payı vardır. Tek sebep bu değildir; çünkü sosyal gelişmeleri tek sebeple açıklamak çoğu zaman yetersizdir.- Böylece, zâhir-bâtın ayırımı başladı; dış dünyadaki bu katı ve hırpalayıcı yapının karşısında içte ona alternatif bir manevî hiyerarşi âlemi tasavvuru gelişti. Manevî âlemde kurulan bu alternatif güç tasavvurunda yetki ve görev hiyerarşisinin de kurgulanması gerekiyordu. Öyle de oldu; manevî âlemin tasarruf yetkisine sahip makam ve unvanlar ile bunlar arasındaki ilişkileri resmeden bir öğreti giderek gelişti.

Belli şartlar içinde ortaya çıkan ve olgunlaşan tasavvuf öğretisi de, bu öğretinin telkin ettiği bağlılıklar da, başlangıcından itibaren uzunca bir süre geniş halk taba-

kasının zabt u rabtına, bireyin dinî eğitim ve irşadına hizmet ettiği için tasavvuf dışı çevrelerce de sakıncasız bulundu, hatta iktidara yönelik tepki ve talepleri tavsattığı için kamu otoritesi cihetinden destek de gördü. Ancak olayların ve tarihin içinden bakarsak, sözünü ettiğimiz tasavvur ve öğretinin ortaya çıkışının ve giderek topluma yerleşmesinin dinî bir temelden ziyade bir içe kapanış ve kaçış; dünyevileşmeye ve dünya saltanatına karşı gönül ikliminde huzur buluş olduğu da gözden kaçmamaktadır. Bir bakıma, maddî icraatlara karşı manevî tasarruf duasıdır. Zühd ve takvâ temelli tasavvuf düşüncesinin fâniler etrafında oluşan bir kutsiyet telakkisiyle irtibatı hâl alışı biraz da böyle bir sürecin ürünü olmalıdır. Ama şimdi tarikat örgütlenmesi zühd ve derûnî dindarlık çizgisinin epey uzağına düşüp dünyevî bir amaca yönelmişse ana istikametten sapma var demektir. Bugün Müslümanlardaki bunca dünyevileşmeye, dünya saltanatına, gösterişe ve şekli dindarlığa karşı gönül erlerinin kuşatıcı bir teva-zu, derunî dindarlık ve ahlakilik sergilemesi gerekirken, tarikatlar daha güçlü şekilde ekonomik sektör, siyasal aktör, ideolojik yapı ve ayrıştırıcı söylem peşinde ilerliyorsa, amaç ters dönmüş demektir. Sadece geçmişten kalan tasavvuf düşüncesinin gizemli kavramları ve retorîği kullanılıyor demektir. Halbuki gizem arttıkça istismar riski de artar. Aksi ispat edilemeyen gizemler samimi dindarlar için bir kapana dönüşüverir.

Yüce Rabbimiz 'Kur'an-ı Kerim apaçık bir kitaptır. Kur'an'ı anlayabilirsiniz ve anlamak zorundasınız, anlaşılır kitap olduğu için de sorumlusunuz' dedi. O bize esrarengiz ve şifreli bir kitap göndermedi. Böylece gizem ticaretine de fırsat vermedi. Zaten gizemli ve şifreli bir kitap gönderseydi hiçbirimiz sorumlu olmazdık. Ahirette de 'Yarabbi biz şifrelerini anlayamadık' derdik. Kur'an-ı Kerim Arabî bir kitaptır. Arabî kelimesi sadece Arapça anlamına gelmez. Arabî kelimesi aynı zamanda 'meramını apaçık ifade eden' demektir. Bunun zıddı 'a'cemî'dir. Hayvanlara da meramını iyi ifade edemediği için 'acmâ' denir. Kur'an, meramını en iyi şekilde ifade eden kitaptır. Zaten Yüce Allah Kitabında sıklıkla 'Ben size ilişkin muradımı en açık şekilde, sizin anlayacağınız dilde ifade ettim; apaçık kitap gönderdim' demiyor mu? Bizde Kur'an'a inadına âdeta diyoruz ki; 'Hayır, sen çok kapalı, esrarengiz bir kitapsın, ancak bu sırları biz şu şu şu otoriteler devreye girerse, onlar tefekkür eder onlar keşfeder de bize aktarırsa anlayabiliriz.' Peki bu doğru mu?

g. Modern Dönemde İslâm ve İslâm Algısı

Bütün bunlardan anlıyoruz ki, 21. yüzyılda dine bağlılığımızı, din hakkında algı ve tasavvurumuzu besleyip geliştirecek ve bizi dinî bilgiyle buluşturacak İslâmî ilimlerde, özellikle de bu beş ilim dalında son dönemde ciddi hasarlar meydana geldi. Bu hasarlar da çağımızın İslâm algısını, İslâm'la ilgili soru ve sorunları tetikledi. Bunu görmemiz lazım. Biz bunu görmezsek 'bugün niye böyleyiz?' sorusuna cevap veremeyiz. Sorunların kaynağını hep ötekinde görmek ve her şeyi hep ötekinden beklemek bizi rahatlatıyor belki de. Başımıza ne geldiyse 'hep öteki bize bunu yaptı' demek bir

kaçıştır. Geçen yıllarımız hep o rahatlamayla geçti. Fakat Kur'ân-ı Kerim'i okumaya başlayınca bunun böyle olmadığını görüyoruz. Cenâb-ı Mevlâ, Kur'ân'da kaç yerde 'Başınıza ne geliyorsa hep ellerinizle işlediklerinizin, bizzat yaptıklarınızın sonucudur.' diyor. Hiç bir yerde 'bendendir.' demiyor; 'ötekindendir.' demiyor. Dikkatinizi çekerim. 'Yeryüzünü kirlettiniz, kara ve denizler fesada uğradı, bu da sizin yaptıklarınızın sonucu' diyor. Yani meâlen diyor ki Yüce rabbimiz, 'Ben tertemiz ve nice güzelliklerle dolu bir dünyayı sizin ayaklarınızın altına serdim, siz onu da berbat ettiniz, kendinizi de. Size pırıl pırıl bir ruh güzelliği verdim; siz dünya hayatına boğazınıza kadar gömülerek mürüvvetinizi yitirdiniz, dünyanın altında kaldınız; ruh güzelliğinizin yerini vahşî bir hoyratlık ve barbarlık aldı. Size rehberlik etsin diye dinler, şeriatlar gönderdim, nebiler gönderdim, siz onların da kadir ve kıymetini bilmediniz.'

İslâm dünyasının son iki yüzyıla hayli olumsuz şartlar altında girmiş olmasına yukarıda temas etmiş ve bunun İslâmî ilimlere yansıyan sonuçlarına özetle de olsa temas etmiştik. Son yüzyılda yaşadıklarımızın din dilimizi de son derece olumsuz etkilediğini buna eklemek isterim. Son dönemde İslâm âlimleri öfkeli ve hırçın, din dili ayrıştırıcı ve ideolojik oldu. İslâm âlimleri öfkeli, çünkü insanlara geçmiş kitaplardan sundukları bilgilerin bugün ciddi bir karşılığının kalmadığını gördükçe öfkeleniyor ve bu duruma dışardan bir sorumlu arıyor. Çünkü kendi kusurunu görmek istemiyor. Öte yandan din dili ideolojilerin dilini kullanmaya ve din de ideolojilerle yarıştırmaya başlandı. Bundan otuz-kırk yıl öncelerinin gündem ve matbuatını hatırlayın lütfen. Biz İslâm'ı ideoloji olarak hep kapitalizme sosyalizme rakip olarak söylem olarak bildik, öğrendik ve İslâm'ı onlarla yarıştırmayı çok da sevmiştik. 'Kapitalizmin de sosyalizmin de hakkından gelecek bir sistem varsa o İslâm nizamıdır' diyorduk. Sağcılık-solculuk tartışmalarını bile dinî metinlere, hatta kıyamet sahnelerine kadar taşıdık. Ama zaman biraz ilerleyince fark ettik ki, İslâm bir ilâhî din ve insanlara çok daha yukarı bir düzlemde mesaj vermekte. O bir dünya söylemi, ekonomik-siyasal bir rejim ve ideoloji değil. İslâm'ın günümüzün ideolojileriyle yarıştırılması ilk zamanda Müslümanları sevindirse bile bunun doğrudan İslâm'a zarar veren bir süreç haline dönüştüğünü gördük. Çünkü İslâm'ın dünyevî ve sonu gelmez bir çekişmeye araç/malzeme yapılmakta olduğunu farkettik.

Açıkça ifade etmem gerekirse, din dilinin ideolojik bir söyleme sahip olması kime ne kazandırır, onu bilmem; ama kesin bildiğim bir şey var: bu durum her hâl ü karda İslâm hakkındaki düşünce ve algıya zarar verir. Nitekim kütüphaneye girer 60'lı 70'li yıllarda yazılan kitaplara bakarsanız, ideolojilere karşı, ekonomik modellere karşı İslâm modeli, siyasal modellere karşı İslâm modelinin öne sürüldüğünü görürsünüz. Onun üzerinden nice ideoloji ve sistem kavgaları verildiğini okursunuz. İslâm'ın kimi ideolojilerin yanında veya karşısında yer aldığını, sağ-sol mücadelesinin de dinî argümanlar eşliğinde yürütüldüğünü görürsünüz. Bu durum, kendi mücadelesini kendi diliyle vermesi gereken kesimlerde bir özgüven kaybının da işaretidir. Özgüven kaybı dinî ilimlerin dilini ideolojik yapmakla kalmadı, onu öfkeli de kıldı.

Öfkeli ve kavgacı bir dille dini anlattık. Ötekileştiren bir dil ürettik, kucaklayıcı olmayı da bıraktık. Dinî bilgi ve söylem kavgaya alet olunca, farkında olmadan din de kavgaya dahil olur. Çünkü dinî bilgiyi siz günlük hayatınızın öfkesinde, kavga ve sempatisinde sıkça kullanırsanız giderek aranızda ortak bağ olan din duygusu da, kutsal duygu da bu ortamdan zarar görür. Tıpkı Sünnete itiba ve Hz. Peygambere bağlılığın bugün Müslümanları kaynaştırma yerine aralarında bir ayrılmaya ve kavgaya sebep olması gibi. Tıpkı bu gerilim ortamının Peygamber Efendimiz hakkında tasavvura zarar verdiği gibi. Her iki durum da, hem dışarıdan bakanların hem de bizim çocuk ve torunlarımızın dine karşı daha mesafeli olmasına yol açacağından, aynı zamanda bir Müslümanın üstlenemeyeceği ağır bir vebâlin göz göre göre yüklenilmesi demektir.

Bizim geçmiş dönem âlimlerimiz toplumun dinî hayatını aydınlatmada ve çekip çevirmede gerekli olan dinî bilgiyi kendi zamanlarında güncelleştirmeyi başardılar. Allah onlardan razı olsun. Onların bu hususta herhangi bir eksik ve ihmali olmadı. Ebû Hanife, İmam Mâlik, Şafîî, Serahsî, Gazzâlî, Tûfî, Karâfî gibi yüzlerce âlim ve müçtehidimiz geride kütüphanelerimizi dolduran binlerce eser bıraktılar. Onlar kendi dönemlerinin sorunlarını gördüler, kendi dönemlerinde üretmeleri gereken bilgiyi ürettiler, bunun mücadelesini verdiler. Zaten ortada parlak bir İslâm medeniyeti varsa onların bu çabaları sayesinde var. Ne var ki biz 18. 19. ve 20. yüzyıllara gelirken dinî ilimlerin yöntem, içerik ve kapsam alanını güncelleyemediğimiz ve onları çağın ihtiyaçlarına cevap veren haline getiremediğimiz için şöyle bir manzara ortaya çıktı: Son yüzyılların Müslümanları ecdada hürmette kusur etmemeye, geleneksel dinî bilginin kıymetine inanmaya devam ettiler, ama hayatlarına da gündelik hayatın genel geçer kurallarına göre yaşamaya devam ettiler. Sonuçta da düşündüğü ve inandığı gibi yaşayamayanlar yaşadığı gibi düşünmeye ve inanmaya başladı. Zaten bu hep böyle olur. Dinî ilimlerin sunduğu bilgilerin en önemli kısmı onların pratik değeridir. Müslüman âlimler kendi toplumlarına bu bilgilerle rehberlik ettiler. Bu çağda Müslümanlar dinî ilimlerin geçmişte ürettiği bilgilerin işlevini ve amelî değerini ıskalayıp onları o haliyle tebcil etmeyi bir itikadî bir mesele olarak görmeye başlayınca rahmet kaynağı da kurumuş oldu.

Tekrar konuya dönelim; gelenekte dinî ilimlerin sunduğu bilgiler inanmak için değil, Müslümanların hayat tarzları ve dünya görüşlerini belli bir kıvamda tutmak içindi ve hayatla diyalektik bir ilişki içinde oluşmuştu. Meselâ tıp alanının uzmanları bilirler, doktorlar hep söyler: 'Sağlık kurallarını inanılmak için değil uygulanmak içindir; uygulanırsa bizim beden ve ruh sağlığımızı koruruz. Ama inanılır aksi yapılırsa, bir hayrını görmeyiz.' İslâm'ın klasik literatüründeki hayata dair bilgiler de inanılmak için değildir. Bunlar Müslümanların günlük hayatını, toplum hayatını ve toplumsal ilişkilerini güzelleştirmek için ve insanları İslâm'ın rahmetiyle buluşturmak için vardır. Ama kadîm dönemlerde dinin asıllarını merkeze alarak üretilen o zengin bilgi birikimini bizler bugün yenileyip günlük hayata cevap verir kıvama getiremediğimiz

için aldatmacalı bir yol seçtik: birine inandık ötekini yaşadık. Yani 'Müslümanlar iki dünyalı oldu'.

Müslümanlar hâlâ iki dünyalı, iki ayrı dünyaları var. Bunun ne zararı var? Onu açıklayayım. İki dünyalı olmak demek, zihninizde iki ayrı meşruiyet ölçüsünün olması demektir. İki ayrı çıkış kapısının olması demektir. Yeri geldiğinde devletin kanunu vardır, toplumun nizamı vardır, yönetmelik vardır, mevzuat vardır, ona sığınır-sınız. Bu olmuyorsa bu sefer zihninizdeki meşruiyetler devreye girer, kendi kendinize verdiğiniz veya birinden aldığınız cevaz size yol açar. Hele bir de tarikat mensubiyetiniz varsa, üçüncü bir meşruiyet kapınız açılmış demektir. Üç ayrı meşruiyet ölçüsü, üç ayrı doğruluk ölçüsü olan bir kimsenin bu dünyada güvenilir bir insan profili çizmesi mümkün değildir. Burada ciddi bir sorun vardır. Farklı otoritelere bağlı bu insanın zihninde üç ayrı kişilik, üç ayrı çıkış, üç ayrı doğru var demektir. Günümüz Müslümanlarının dünya ölçeğinde güven verici bir çizgiye sahip olmamasının bir sebebi de budur. Bu acı ama hepimizin üzülen izlediği bir realite. Böyle farklı meşruiyet kriterleri olan bir kimsenin ne zaman hangi meşruiyete göre yol alacağından hiç kimsenin bir garantisi yoktur. Dinî ilimlerin kendi dönemlerinin hal ve şartlarına göre ürettiği bilgileri, kuralları, şekilleri ve çözüm tarzlarına bugün yeniden ele alıp gerekirse güncelleme cesaretimizin olmayışının sonucudur bu. Onları sadece inanılan bilgiler olarak saklıyor, hatta birbirimizin Müslümanlığını onlarla test ediyoruz. Sadece inanmakla kalmıyor, başkalarının da o inanca sahip olup olmadığını test ediyoruz, kontrol ediyoruz, onunla insanları ölçüyoruz. Halbuki Yüce Mevlâ neye inanacağımızı gönderdiği dinin inanç esaslarıyla belirtmiştir. Müslüman'ın neye inanacağı, neye inanmayacağı bellidir. Medeniyet tasavvurunuz ve amelî hayatınıza şekil verme görevi olan bilgiye inanmak olmaz; o bilgiyi üretirsiniz, değerlendirirsiniz, yenilersiniz ve onu günlük hayatınızın içine katarsınız.

İşte Müslümanların iki dünyalı, üç dünyalı olması, üç ayrı meşruiyet ölçüsüne sahip olması, üç ayrı çıkış kapısına sahip olması Müslüman'a günlük hayatında bir imkan gibi göründü; ama sonuçta dünya kamuoyunun önüne güvenilir ve yarın sabah kalktığına ne yapacağı öngörülemeyen bir insan tipi çıkardı. Çünkü her an farklı ölçüler arasında sörf yapabilen bir insan tipi üretmiş oldu. İşte bugün dış dünyadaki İslâm anlayışını analiz ederken bunları görmek zorundayız. Dış dünyadaki İslâm algısını sadece 'bizi sevmiyorlar, bizim dinimizi yok etmek istiyorlar, bizi bir kaşık suda boğmak istiyorlar' diyerek açıklarsak, o zaman sadece resmin yarısını görmüş, diğer yarısını da işimize gelmediği için kapatmış oluruz.

Peygamber Efendimizin en önemli vasıflarından biri de onun güvenilir yani Muhammedü'l-Emîn olmasıydı. Her şey dediler, ama güvenilir ve doğru söylemez demediler. Dediler ki: 'O güvenilir bir kimsedir, doğru söyler, şu dağın arkasında bir ordu var' dese, inanırız. Ama getirdiği akîde, getirdiği din bizim kurulu düzenimizi ve ticaretimizi öldürüyor, bizim itibarımızı yok ediyor. O bütün insanları eşit

tutuyor, biz hürleri köleyle eşit yapıyor; biz zenginleri fakirle eşit yapıyor. Onun içi bu yeni daveti kabul edemeyiz' dediler. Birçok itirazda bulundular ama Peygamber Efendimizin güvenilir olmasına bir söz edemediler. Çünkü Peygamber Efendimizin hayatında eğrisi hiç olmadı, yalanı olmadı, hiç ikinci bir meşruiyet ölçüsü olmadı. Tek bir çizgisi oldu, ok gibi bir çizgisi oldu. Ne dedi? Benim saçımı ağartan bir sure var. Ne diyor bu surede? 'Allah nasıl emretmişse öyle dosdoğru ol.'

h. İslâm, Demokrasi ve Özgürlükler

Konuyu güncel birkaç konuya kısa kısa temas ederek tamamlamak istiyorum. Bu konulara da çağımızdaki İslâm algısıyla ilişkisi olduğu için değineceğim. Hepinizin bildiği gibi 21. yüzyılda demokrasi ve özgürlük rüzgarı İslâm Dünyasını hayli etkisi altına aldı. Siyasal katılımın yeterince gelişmediği, totaliter yönetim anlayış ve özleminin izlerinin ciddi ölçüde devam ettiği İslâm ülkelerinde demokrasi ve özgürlük fikri bir arayış ve umuda da karşılık geldiğinden hayli ilgi çekti. Ancak, açık yüreklilikle ifade etmek gerekirse dinî ilimlerin klasik örgüsü bugün anladığımız anlamda bir demokrasiye ve özgürlüğe fazla geçit vermez. Dinî ilimlerin geleneksel yapısı İslâm Dünyasında ne demokrasiye ne özgürlüğe müsait bir zemin oluşturmaz. Klasik doktrinde ısrar edeceksek, bir gönülde iki sevda olmaz. Bunu özgürlükten ve demokrasiden vazgeçelim anlamında demiyorum ben. Kaldı ki demokrasi de nihaî ölçü ve değer değildir; bir yönetim anlayışıdır, bir prosedürdür. Ve daha kötülerini görerek ve deneyerek alternatifler arasından seçtiğimiz bir ehven yoldur. İşin aslına gelince İslâmiyet'in demokrasiyi öngörme, emretme veya reddetme gibi bir konumu olamaz. Krallığı beğenme veya reddetme de İslâm'ın ilgi alanında olmaz. İslâmiyet evrensel bir dindir. O ne bir siyasi rejim öngörür, ne de dayatır. Sizin krallıkla mı yönetildiğiniz, saltanatın babadan oğula mı geçtiğiniz, köydeki bir kişinin şehirde yönetici mi olduğu, aristokrasinin mi olduğu din açısından çok çok tâlî bir konudur ve hiç önemli değildir. Din açısından önemli olan adalettir, adaletin gerçekleşmesidir. Önemli olan haktır, hakikattir, doğrunun egemen olmasıdır, zulmün, haksızlığın olmamasıdır. Bunu kim sağlıyorsa İslâm onu alkışlar, kim yapmıyorsa onun da karşısında olur. İslâmiyet siyasetin de, günlük hayatın da, uluslararası ilişkilerin de üst bir bakışla aydınlatmasını/rehberliğini yapar; bu alanlara doğrudan müdahil olmaz. Böyle olduğu içindir ki, Afrika'da yerel kültüre göre yönetilen kabile de, şu veya bu şekilde yönetilen modern toplumlar da İslâm'ın hitap halkasıdır.

İslâm, insanlara bir şehir veya köy hayat tarzı, toplumdaki meslek ve iş dağılımı, çevre ve imar düzeni, ekonomik hayat standardı önermediği gibi siyasî bir model de dayatmaz. Buna, insanlar akıl ve imkanları, bilgi ve kültürleri çerçevesinde kendileri karar vereceklerdir. Çünkü bunlar değişken ve rasyonel bir alandır. İnsanlar ihtiyaçlarına göre, kendi bilgi ve kültürlerine göre kendi yönetim tarzlarını bulacaklardır. Ama burada önemli olan hakkaniyetin, hakkın ve hukukun sağlanmasıdır. Siz onu sağlıyorsanız, hangi vasıtasıyla bunu sağladığınız önemli değildir.

İslâmî ilimlerin geleneksek örgüsü demokrasi ve özgürlüklere niçin yeterince yol vermez? Bunun üzerinde biraz daha durmak istiyorum. Geleneksel dinî ilimlerin formel içerikleri ve kamu hayatına dair kural ve önerileri Abbasi hilafeti döneminde oluşmuştur. Sunduğu tarz ve getirdiği kurallar, saltanat ve krallıklardan başka yönetim biçiminin pek bilinmediği o günün siyasî kültürü üzerine oturmakta ve ondan hareketle şekillenmektedir. Bu da gayet tabii bir durumdur. O bilgileri günümüz dünyasına İslâmî bir yönetim anlayışı olarak sunmak ise tabii ve doğru olmayan bir yaklaşımdır. Konuyu biraz daha açacak olursak; İslâm ilâhiyatı alanındaki bilgilerin klasik dönemde aldığı şekil, fıkıh ilmini merkeze alarak konuşmak gerekirse, müslümanların dinî kimlikleriyle hâkim unsur olarak yönetici olduğu, dâr (ülke) kavramının dinî mensubiyetlere dayandığı, hak ve özgürlüklerin buna göre belirlendiği dönemlerde şekillenmiş, o dönemden sonra da klasik metinler daha çok eğitim ve öğretim malzemesi olarak geliştirilmiştir. Günümüzde bu şekilde eğitim alan ve yeni çağın realitesine, kavram ve zihin dünyasına hayli uzak düşen kimselerin klasik örgüye sadık kalarak bu yüzyıl insanına dinî gelenek adına çözüm sunması hayli zor olacaktır. Din bilginlerinin İslâm'ın itikat ve ibadet alanında hayli rahat konuşabilirken, insan hakları, hak ve özgürlükler, demokrasi, ötekinin/azınlığın hakkı, ekonomi, kamu hukuku, ceza hukuku, ticaret, aile/evlilik/çok evlilik gibi birçok güncel konuda hem iç dünyasında hem söyleminde gelgitler yaşıyor olması ve arkaik bir söyleme sahip bulunması esasında şahsî bir kusur olmaktan öte bu yaklaşım ve yöntemin yol açtığı zorunlu bir sonuçtur.

Klasik İslâm kaynaklarındaki siyaset bilgisi, o günkü âlimlerin kendi dönemlerinin siyaset tecrübesini yansıtan bilgileri dinin dışındaki genel ilkelerle test edip buluşturması ile oluşmuştur. Bunda da haliyle dönemin siyaset kültürü ağır basar; bu eksende bilgi üretilmiştir. Şimdi bugünkü dünyaya siyaset, demokrasi ve özgürlükler alanında ve İslâm adına bu eski bilgiyle hitap ederseniz, tıpkı insanlığı hür-köle ayırımı, vatandaşlığı Müslüman-zimmi ayırımı içinde ele almış gibi olursunuz. Artık ne köle, ne cariye kalmıştır. Temel insan hakları vardır ve biz bugün böyle bir noktaya gelmişiz. Öyleyse soruyu tekrar soruyorum, izin verirseniz. Yüce Mevla köleliğin, cariyeleğin kıyamete kadar süreceğini ve devam etmesini istedi de yoksa biz aksini mi yaptık? Böyle bir şey iddia edemezsiniz. Konu hayatın akışı ile alakalıdır. Bunu dinin ana meselesi olarak ele aldığınız zaman, işin içinden çıkamazsınız. Makul olan şudur: Kölelik toplumda varsa ona göre insanî-ahlakî davranış kuralları getirirsiniz, olmayacaksa da olmaz. Kalkan köleliği, sırf o bilgiler boşa düşmesin, karşılıksız kalmasın diye yeniden icat edecek değilsiniz.

Burada hür-köle, Müslüman-zimmi ayırımının şekline takılıp kalamayız; davranışlarda şekiller değil ahlakilik ve hakkaniyet önemlidir. Tıpkı insanların komşuluk ilişkileri, ticareti, alım-satımı, aile içi ilişkiler gibi. İşte dinî ilimlerin klasik yapısından hareketle demokrasi ve özgürlük alanına bir açıklama getirelim dersiniz konu üzerinden epey çalışmanız, yorum geliştirmeniz, arka planı tespit edip hüküm ve kuralların

amaçlarına gitmeniz, yani yeni bir teori ve bilgi kümesi üretmeniz gerekecektir. Bugün İslâm Dünyası bunu yapamadığı için demokrasi ve özgürlük konusunda zikzaklar çizerek ilerlemektedir. Yeri geliyor demokrasi ve insan hakları konusunda 'en iyisi bizde var' denilip gelenekten seçmece örnekler sıralanıyor. Yeri geliyor özgürlüğün demokrasinin yanına yaklaşmayan dayatmacı ve adam etmeci bir tavır din adına savunulabiliyor, siyasî otoriteler dini yedeğine alarak despotizme kayabiliyor.

i. Din özgürlüğü, Dinî Hoşgörü ve Çoğulculuk

Bugün İslâm dünyasını sarmalına alan ve dünyadaki İslâm algısını derinden hırpalayan bir temel sorun da farklılıklar karşısında sergilenen hoşgörüsüzlük, ötekileştirme ve nefret söylemidir.

İslâm, din olarak elbette öteki dinlerden ayrışarak, dinler arasında hak-batıl ayırımı yaparak kendini tanımlar. İslâm, kendini yegâne hak din olarak tanıtır ve buna inanmak Müslüman olmanın da şartıdır. Kendisi dışındaki din ve inanışları ötekileştirmek dinlerin tabiatında vardır. Bu yadırganacak bir durum değildir. Bu durum İslâm dini için de, diğer dinler için de geçerlidir. Bazı uzak doğu inanışları hariç tutulursa, hiçbir büyük din, kendisi kadar diğer dinlerin de doğru olabileceğine kapı aralamaz. Böyle olduğu için de, dinler arası ilişki, neticede, içten içe bir hak-batıl çekişmesi şeklinde cereyan eder. Bu işin teolojik boyutudur. Realiteye gelince, insanlık var oldu olalı farklı din ve inanışlar dünyada hiç eksik olmamış, dinler arası çekişme de bu realite üzerine oturmuştur.

Son bir asır içinde iletişim teknolojisinin baş döndüren gelişmesi ve küreselleşme, dünyanın öteden beri sahip olduğu çok sesliliği ve renkliliği daha bir gözler önüne serdi. Sosyoloji, antropoloji, sosyal tarih gibi alanların uzmanları için gayet tabii olan bu durum, bu yüzyılda ben merkezli kültürel ve dinî algılar açısından hayli sarsıcı da oldu. Aslında Kur'ân-ı Kerîm'in mesajına aşina olanlar veya İslâm'ın on dört asırlık yaşanmış tarihini inceleyenler bunun yerkürede yeni bir durum olmadığını, dünyanın ve dinlerin tarihinin hep bu çok seslilik ve renklilik içinde bir hak-batıl mücadelesi şeklinde cereyan ettiğini bilirler. İnsan dünyaya robot gibi programlanarak değil özgür irade ile donatılarak gönderilmiş, bunun için de insanoğlunun yeryüzünde yeknesak ve düz çizgide değil hayli maceralı, savrulmalarla dolu bir hayat yolculuğu olmuştur.

Kur'ân-ı Kerîm'de insanlık dünyasındaki dil ve renk farklılıkları, Allah'ın varlık ve kudretinin işaretlerinden biri olarak gösterilir (er-Rûm, 30/22). Keza insanların farklı millet ve kabilelere ayrılmış olmasının gayesi tanışma, tanıma ve ortak bilinç gibi geniş bir anlam yelpazesine sahip bir kavram olan "teârûf" ile açıklanır (el-Hucurât, 49/13). Kur'ân'da "*Allah dileseydi sizi tek bir ümmet yapardı*" denilip her bir topluluğa ayrı bir yol ve yöntem, hukuk düzeni (şariat) verildiği, bununla da farklı-

lıkların birbiriyle hayırlı işlerde yarışmasının hedeflendiği belirtilir (el-Mâide, 5/48). Bundan anlıyoruz ki farklılık düşmanlık sebebi değil zenginliktir. Başka bir ayette “*Rabbin dileyeydi insanları elbette tek ümmet yapardı. Ne var ki onlar farklı olmaya devam edeceklerdir. Ancak Rabbinin rahmet ettikleri müstesnâ. Zaten O, insanları bunun için yarattı...*” (Hûd, 11/118-119) buyrulması, taşıdığı diğer mesajların yanı sıra insanların ve toplumların sadece maddî/görünür yönlerden değil bilgi, kültür, algı, duygu, estetik gibi yönlerden de farklı farklı olabileceğine, bunun ilâhî planlamanın dahilinde görülmesi gerektiğine işaret eder.

İslâm’da dinî hoşgörünün, din özgürlüğünün ve onun götüreceği sosyal barışın teminatı olan bir ilke, ilahî iradenin tüm insanları tek bir din üzere toplamayı murat etmemiş olmasıdır. “*Eğer Rabbin dileyeydi yeryüzündeki insanların hepsi iman ederdi. Yoksa sen inanmaları için insanlara zor mu kullanacaksın?*” (Yunus, 10/99) meâlindeki ayet ve benzeri diğer ayetler, bir taraftan dinî çoğulculuğun kaçınılmaz bir durum oluşuna işaret ederken diğer taraftan insanın din gibi hayatî bir tercih konusunda bile özgür bırakıldığını ve özgür iradenin ne denli önemli olduğunu anlatır.

Yine Kur’ân-ı Kerîm’de “*Her biriniz için ayrı bir şeriat, yol ve yöntem verdik. Şayet Allah dileyeydi sizi tek bir ümmet yapardı, Fakat size verdikleriyle sizi denemek istedi. Öyleyse hayırlı işlerde birbirinizle yarışın. Hepinizin dönüşü Allah’adır*” (el-Mâide, 5/48) açıklaması, hukukî düzen ve hayat tarzlarındaki farklılığın ilahî hikmet kapsamında olduğunu ve bununla insanlığın birbiriyle daha iyi ve güzel işleri yapma yarışına girmesinin arzu edildiğini, sonuçta herkesin Allah’ın huzurunda toplanıp kendi hesabını kendisinin vereceğini anlıyoruz. İlâhî vahiy geleneğinde tek Allah’a inanma (tevhîd) ve inanç (akîde) alanında izlenen tavizsiz tutumun hukuk ve gündelik hayat alanına gelince daha esnek bir hal alması da ancak bu ayetin anlamıyla bütünlük içinde anlaşılabilir.

Toplumun barış içinde yaşamasının önemli bir ayağı din özgürlüğüdür. Din özgürlüğünün teminatı, dine inanmanın hür bir seçime ve iradeye dayalı olması ilkesidir. İslâm’da imanın olmazsa-olmazlarından biri hür iradedir. Dış ve iç iradenin uyuşması ihlas ve samimiyet adını alır. Meşhur bir hadiste “*Ameller niyetlere göredir*” buyrulur; dolayısıyla niyeti halis olmayan, inancında samimi olmayan kimsenin imanı makbul değildir. Şüphesiz samimi bir inanç, insanın hür iradesine dayanan bir inançtır. İman ile hür irade arasındaki bu sıkı bağ sebebiyledir ki Kur’ân-ı Kerîm’de “*Gerçek Rabbinizdendir. O halde, dileyen inansın, dileyen de inkar etsin!*” (el-Kehf, 18/29) buyrulur. Bu ayet, insanın bu dünyada iman gibi en temel konuda bile hür iadesinin bulunduğunu, imanının hür iradeyle olması gerektiğini gösterme amacını taşır; yoksa insanın yapacağı her tercihi Allah’ın onayladığı gibi bir anlama elbette gelmez. Yine Kur’ân’da “*Dinde zorlama olmadığı*” (el-Bakara, 2/256) belirtilir. Farklı anlamların da verilmesi mümkün olan bu ayetten ilk anlaşılan, kimsenin İslâmiyet’e girmeye zorlanamayacağı gibi, Hıristiyanlığa veya Museviliğe girmeye de zorlanama-

yacağı kuralıdır. Yani genel anlamda, herhangi bir dine inanmada bir zorlama olmamalıdır. Bu ayet, diğer dinlerle İslâm'ın eşit tutulduğu gibi bir yoruma geçit vermez; aksine ilâhî vahyin son halkası ve Allah katında yegâne hak din olan İslâm'ın, mesajını yüksek bir özgüvenle verdiğini, Müslümanlardan da bunu beklediğini gösterir. Bütün bu ayetlerden, hem insanın sorumlu tutulabilmesi için hem de doğrudan yana yaptığı tercihinin değerli olabilmesi için her yaptığı işi hür irade ile yapmış olması gerektiğini anlamaktayız.

İslâm'ın insanın hür iradesine değer vermiş ve seçimini özgürce yapmasını istemiş olması, insanın yapacağı her seçimi ve vereceği her kararı onayladığı anlamına elbette gelmez. İnsanlığın tarih boyunca daima farklı dinî inanış ve tercihler içinde olduğuna ve bundan sonra da bu çeşitliliğin devam edeceğine işaret eden bu ayetler, İslâm'ın kendini hak din olarak görmesi ve böyle bir iddia taşıması ile de çelişmez. Aksine bu, İslâm'ın hem farklı dinlerin zaten tabîi olarak sahip olduğu özgürlük alanını tanıması ve Müslümanları dünyanın bu tabîi çoğulcu görünümüne alıştırmaması, hem de İslâm'ın kendine duyduğu özgüveni mensuplarına aşılama stratejisini ifade eder.

İslâm'ın tarihî tecrübesi dinî hoşgörüyü egemen kılıp toplumsal barışı sağlamanın en güvenli yolunun yine dinî özgürlüklerden ve dinî çoğulculuktan geçtiğini gösterir. Dinin temel iki kaynağı Kur'ân-ı Kerîm ve Hz. Peygamber'in Sünneti bize dindarlığın aynı zamanda insanın Yaratanıyla, kendisiyle ve bütün çevresiyle barış içinde yaşaması demek olduğunu anlatır. İslâm, mensuplarına şiddet ve öfkeyi bastırabilecek bir özgüven de telkin eder. Ancak son yıllarda yakın coğrafyamızda hem din içi hem de dinler arası hoşgörünün yerini ötekileştirmenin aldığı, şiddetin ve terörün arttığı, öfke ve nefretin iç dünyalarımızı esir aldığı ve Müslümanlar olarak sosyal barıştan hızla uzaklaştığımız da acı bir gerçektir. Bunun ülke içi sorunlardan uluslararası stratejilere kadar elbette bir dizi sebebi vardır. Ancak bu kargaşa ortamında dinî semboller ve duyarlılıklar da toplumda öfke ve nefret söyleminin ve bu yönde ayrışmanın ana malzemelerinden birini teşkil etmiş durumdadır.

Bugün, İslâm coğrafyasında öfke, nefret ve ötekileştirme dilini kullananlar, dinin metinlerinden literal okuma yaparak yararlanmakta, yani dinin metin ve geleneğinden kendilerini destekleyecek pasajlar bulabilmektedir. Müslümanların bütün olup bitenden ötekini suçlayarak rahatlamaya çalıştığını da söyleyebiliriz. Çünkü öfke dili rahatlatıyor ve ferdi sorumluluğu örtüyor. Bu coğrafya insanının sağlıkta, eğitimde, toplumsal adalet ve barışta, insan haklarında, kadın haklarında, çevre ve temizlikte, çalışma ve üretimde ciddi eksikleri ve sorunları var. İşgaller, diktatörlükler, umutların tükenmesi, arayışlar ve ruh halindeki kırılmalar kendilerini hep din üzerinden ifade ettiler. Bunun için de dinî söylemle öfke dili iç içe girmiş vaziyette. Dinî eğilimler, gruplar birbirini dışlayarak, ötekileştirerek ayakta duruyor; kimlik ve aidiyetler böyle oluşturuluyor. Öfke dilinin ve ötekileştirmenin toplumda duygusal

bağlılığı pekiştirdiği, insanları birbirine kenetlediği ve muhayyel düşman karşısında birleştirdiği, iç sorunları unutturduğu bunun için de kasıtlı olarak canlı tutulduğu doğrudur. Ancak bu durumdaki toplumların kendi sorunlarıyla yüzleşme ve kendini geliştirme kabiliyetini kaybettiği, öfke ve nefretin geri dönerek asıl zararı sahibine vereceği de hatırdan çıkarılmamalıdır.

Ekonomik gelir dağılımının derin eşitsizlikler yarattığı, işsizliğin yoğun olduğu, siyasal katılımın bulunmadığı, sağlıktan eğitime ve fırsat eşitliğine kadar bir dizi sorunun yaşandığı ve insanların gelecek endişesinin bulunduğu toplumlarda din, ırk, etnik kimlik ve bölgesel aidiyet duygularının şiddete kanalize edilmesinin hayli kolaylaştığını artık hepimiz biliyoruz. Sağlıklı dinî bilgilenmenin sağladığı özgüven böyle bir ortamın olumsuzluklarını azaltıcı bir role sahipken, din konusunda yanlış ve saptırılmış eğitim, rasyonel düşüncenin yerini duygusallığın alması bu olumsuzlukları tetikleyici bir işlev görmektedir. Böyle olunca şiddeti önlemede poliseye tedbirler, öfke ve nefrete kaynaklık eden ortamın analizi ve ona göre önlemlerin alınması ne kadar gerekli ise, insanımızı din konusunda sağlıklı bilgilendirmek, yanlış ve saptırıcı dinî telkinler karşısında toplumsal bilinç oluşturmak da aynı derecede önem taşımaktadır. Çünkü dine ve kutsala bağlılık adına şiddet, kin ve nefreti meşrulaştırmak, ancak doğru bilgiyle yüzleşmekten kaçırılmış ve kapalı kapılar ardına alınmış yanlış bilgiyle ve çarpık eğitimle mümkün olabilir.

Özgürlükler ve dinin insan üzerindeki derin etkisi esasen birlikte ve huzur içinde yaşamamız için büyük bir imkândır ve iyi değerlendirildiğinde vazgeçilemez bir pozitif katkıdır. Bu konuda belki de öncelikle yapılması gereken, İslâm dinini doğru tanıma, dindarlığımızı ahlak, dinî duyarlılıklarımızı ise bilgi eksenine oturtma olmalıdır.

j. Din İçi Çoğulculuk

Toplumun barış içinde yaşamasının bir ayağı din özgürlüğü ise diğer ayağı din içi çoğulculuktur. İster farklı dinler arası çoğulculuğu onaylayan -bir kısmına yukarıda temas ettiğimiz- ayetler esas alınsın, ister ayet ve hadislerin sınırlı olay hakkında belli sayıda hüküm getirmiş, geri kalanını müslümanların anlama ve yorum (içti-hat) kabiliyetlerine bırakmış olduğu gerçeğinden ve “*Müslümanlar arasında farklı görüşlerin bulunmasının rahmet olacağı*”na dair ortak kabulden hareket edilsin, tek bir sonuca varırız: O da ‘aynı dine mensup insanlar arasında dinî düşünce, algı ve davranış farklılığının bulunmasının gayet tabii, hatta kaçınılmaz bir durum olduğu’ gerçeğidir.

Dinî çoğulculuğun dinler arası boyutu küresel barışın korunması için ne kadar önemli ise, aynı din mensuplarının kendi aralarındaki barışçıl ilişkilerini ifade eden din içi çoğulculuk da ülke içi ve bölgesel barış için o kadar hayati rol oynar. Özellikle Müslüman toplulukların bugün bu konuda çok dikkatli olmaları, kendi aralarındaki ilişkilerinde etnik aidiyetlerini ve mezhep farklılıklarını gölgede bırakacak

şekilde ortak paydalarını güçlendirmeleri gerekmektedir. Bunun birinci şartı da aynı coğrafyada bir arada yaşayan farklı etnik kimliklerin ve mezheplerin zenginleştirici olumlu unsurlar olduğu bilincini hiçbir zaman kaybetmemektir. Bu farklılıklar ilâhî iradenin hikmet dolu bir tecellisidir. Çünkü Kur'ân "*birbirimizle tanışmamız ve hayrda yarışmamız için kavimlere ve kabilelere ayrıldığımızı*" belirtmektedir (Hucurât 49/13; el-Mâide, 5/48). İslâm toplumunun tarihsel tecrübesini ifade eden "*Müslümanlar arasındaki görüş farklılıkları (ihtilâf) rahmettir*" anlayışını çağdaş dünyanın ihtiyaç duyduğu hoşgörü ve barış ortamının kurulması için bir fırsattır. Bu anlayış bize, Müslümanlar arasındaki görüş ayrılıklarından doğan farklılıkların fikri gelişmeler sağlayacağını ve gerçeğin "fikirlerin çatışmasıyla ortaya çıkacağını" da öğretir. Bu nedendir ki, dinin yorumlanmasından doğan farklılıkları risk alanı ve tehlike değil, potansiyel güç olarak görmemiz gerekir. Aksi takdirde monolitik düzenin câri olduğu bir toplum ve farklılıklarla beslenmeyen bir kültür durağanlığı, tembelliği, statükoculuğu, korku ve baskı doğurmaya mahkumdur.

Burada, günümüzde özellikle ülkemizde sürekli kaşınan ve ayrışma nedeni kılınmaya çalışılan Alevilik ve Bektaşiliğe de din içi çoğulculuk açısından bir nebze değinmem gerekir. Alevilik-Bektaşilik Osmanlı topraklarında devlet otoritesi tarafından siyasi ve teolojik anlamda negatif bir sorun alanı olarak görülmüş ise de bu unsur diğer taraftan tarihsel tecrübemiz içinde, hatta kültürel anlamda devlet mekanizması içinde dahi kendine yer bulmuştur. Yeniçeri Ocağı yapılanmasında Alevi-Bektaşî geleneğinin unsurlarının yer alması bunun en bariz göstergesidir. Bununla birlikte, Alevilik-Bektaşîliğin siyasi ve teolojik anlamda bir ayrışma unsuru olarak görüldüğü ve mezhepsel bir yaklaşımla ana akım din anlayışı tarafından izole edilmeye çalışıldığı da bir başka tarihî gerçektir. Bütün bunlar olurken Alevilik-Bektaşîlik yerliliğini korumuş ve bu toprakların ana unsuru olma ve Türk-İslâm geleneği dairesinde bulunma iddiasından genelde vazgeçmemiştir.

Cumhuriyet'in laiklik dahil yeni bir yönetim şekli getirmesiyle birlikte Alevi-Bektaşî unsuru siyasi ve teolojik anlamda daha rahat bir konum kazanmıştır. Bu açıdan Cumhuriyet birçok açıdan olduğu gibi, Alevilik-Bektaşîlik açısından da bir dönüm noktası sayılmalıdır. Ama asıl dönüm noktası, Türkiye'de iç göçlerin başlamasıyla birlikte yaşanan şehirleşme süreciyle ortaya çıkmıştır. Eskiden şehirleşme sürecinden hemen hiç nasibini almayan ve küçük yerleşim birimlerinde dominant Sünni kesim tarafından ayrııştırılan ve haklarında negatif efsaneler üretilen Alevi unsurlar şehirleşme sürecinde bu negatifiği izale etme fırsatı yakalamıştır. Ancak tam da bu dönemde, şehirleşme sürecinin avantajını aleviler aleyhine dönüştürme eylemleri de kendini eksik etmemiştir.

Son çeyrek yüzyılda ülkemizde bu kısaç altında kalan Aleviler yeniden bir kimlik problemi ile karşılaşmışlar ve modern bir paradigma olan ve haklarını kazanma peşinde olan "azınlık" kavramına sığınmaya, bu kavrama atfedilen uluslararası avan-

tajlardan yararlanma kulvarına sokulmak istenmiştir. Bu kulvara Aleviler bilerek veya bilmeyerek dahil edilmişlerdir. Bu kulvarda hareket etmek ve dahi çareyi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vb. harici erklerde aramak, Alevilerin azınlık statüsüne irca edilmesine katkıda bulunacak ve uzun vadede ayrışmayı noktalayacak ve en başta kendi aleyhlerine sonuç verecek süreçlerdir. Nasıl ülkemiz vatandaşı etnik gurupların her biri, farklı dini inanç gurupları bu toprakların aslı unsuru ise Aleviler de bu toprakların asli unsurlarıdır; Orta Asyadan getirilen Türk örfünü en fazla taşıyan kültürel yapıdır.

Bugüne kadar birçok olumsuzluğa rağmen milletçe birlik ve beraberliğimizi, din içi çoğulculuğu ve hoşgörümüzü koruyabildik. Diğer Doğu toplumlarına ve komşu İslâm ülkelerine bakınca bunu daha iyi anlıyoruz. İslâm'ın iç zenginliği olan farklılıkların ayrışma sebebi yapılmasını din içi çoğulculuğu güçlendirerek ve din özgürlüğünü genişleterek aşabiliriz. Bu konuda Sünni kesime daha büyük sorumluluklar düşmektedir. Geleneksel Sünnî kesim sadece tarihî derinliği bulunan İslâm içi farklı inanç guruplarına değil, modern dönemde ortaya çıkması kaçınılmaz olan yeni dinî yorum ve anlayışlara karşı da hoşgörülü olmaya kendini hazırlamak, din içi çoğulculuğu kendi varlığı için de elzem bir hayat kaynağı görmek zorundadır. Yeni dünya din ve inanç kimliğine, etnik duyarlılıklara dayanan siyaset ve özgürlük anlayışını geride bırakmış, bunun yerine daha objektif ve kuşatıcı bir kimlik olan eşit vatandaşlık ilkesine geçmiştir. Bu ilkenin güçlendirilmesi de anılan sorunun ikinci adresi konumundadır.

k. Dünyevileşme

İslâm Dünyasının bir başka sorunu bugün dünyevileşmedir. Burada hemen belirtiyim, laiklikle ve dünyevileşme aynı şeyler değildir. Dünyevileşmeyi daha çok, felsefî bir kavram olan sekülerleşme ile bağlantı içinde anlamak gerekiyor. Laiklik ise din-devlet ilişkisinde bir uzlaşmayı, toplumun siyasî yönetim biçimini ifade eden bir kavram. Konumuz laiklik değil, dünyevileşme; yani bireyin kendi hayatından dinin değerlerini çıkarması, ya da dini çok sınırlı bir alana hapsederek geri kalan geniş alanı dinden bağımsız şekilde düzenlemesi. Bu anlayış bize pozitivizmle girdi, pozitivizm rüzgarının sonuçlarıdır. Batı pozitivizmi büyük hasarlar görerek belirli ölçüde geride bıraktı. Ama bizde bu dalga hâlâ devam ediyor. Dünyevileşme hepimizi kasıp kavuran bir girdap. Ve bugün dünyevileşme anaforuna kapılanlardan biri de Müslümanlardır. Alını secdeden kalmayan Müslümanlar dünyevileşmeye lanetler okuyarak dünyevileşiyor. Çünkü dini dar bir alana hapsedmeye başladık. Geri kalan geniş bir alandaki geleneğin bilgilerini çok çok değerli görsek de, özlem ve tehasürle ondan söz etsek de, onları uzakta, ta o asırlarda mevcut haliyle tutmakta kararlıyız. Evimize misafir etmeyi, hayatımıza getirmeyi pek düşünmüyoruz. Bu tavrımızda içten içe artık onların yeni dünyada karşılığının kalmadığına kani olmamızın da belli ki payı

var. Böyle olunca dinin kapsam alanının dışında tutulan geniş bir alanda dünyevî ve seküler hayatın bütün nimetleri önümüze serilmiş oluyor. Farklar sadece sembollerde ve ritüellerde yoğunlaşıyor. Müslümanların gördüğümüz hâline dair bu ifadeleri insafsız bulanlar lütfen etrafını dikkatlice ve bu gözle izlesin. Bu dediğim açıdan insanları ve kendimizi izleyelim. Din bütün hayatımızı kuşatan bir rahmet iken o belli şekillere ve ibadetlere sıkışmadı mı? Yani sınırlı alanda belli davranışlara hapsedilmiş bir dindarlıkla yetinerek hızlı bir şekilde dünyevileşiyoruz. Ve dünyevileşmemizin en önemli sonucu, dinî bilgidен, dinin ihsan ahlakından uzaklaşmamızdır. Ahlak, âdeta buharlaşarak hayatımızdan uçup gitti ve geriye şekiller kaldı.

1. İhsan Ahlakı

İslâm'ın ilk yıllarında Cibril Hz. Peygamber'e geldi ve sahabenin yanında Peygamber Efendimizle sorulu cevaplı bir müzakerede bulundu. Burada amaç Müslümanlara İslâm'ı anlamamızın bel kemiği üç temel kavramı öğretmekti. Bunlar da imân, İslâm ve ihsan. Her zaman dinî anlayışımızda eksen edinmemiz gereken üç temel kavram. İmân, Allah'a inanmadır. İslâm, Allah'ın emir ve yasaklarına uymadır. İhsan ise her an Allah'ın lütfu ve murakabesi altında olduğumuzu bilerek o bilinçle yaşamadır. İhsan, ahlakın ve dindarlığın kemalidir. Müslümanlar ihsanı yitirdiler. Müslümanlar dindarlıklarında hikmeti, ahlâkı ve ihsanı yitirdiler. İhsan hüsünden gelir, güzellikten gelir. İslâm düşüncesindeki iyi-kötü, güzel-çirkin (hüsün-kubuh) ayırımı da bu konuyla ilgili. Yani her an Allah'ın denetiminde, gözetiminde, onun rahmeti altında, onun lütuf ve inayeti altında yaşadığımızın bilincini kaybediyorsak dindarlığımız artık sığlaştı demektir. Dinî ilimlerden de dindarlığımızdan da ahlak epey buharlaştı ve başka âlemlere doğru akıp gitti. Artık ahlak lüks bir özenti, etik kurallar yığını, ötemizde, hayli uzağımızda bir öğreti gibi durmaya başladı.

Bu konunun Türk modernleşmesiyle de ilgisi var. Osmanlı'nın son yüzyılı ile Cumhuriyet döneminde Türk modernleşmesi hep şekil üzerinden oldu. Türk modernleşme tarihinin hatalarını biz bugün reaksiyonla ve karşı hatalarla tekrar ediyoruz. Türk modernleşmesi mesela kadın üzerinden oldu, bugün yine kadın üzerinden karşılık veriliyor. Türk modernleşmesi şekil üzerinden oldu, günümüzde de yine şekil üzerinden oluşan hasarları telafi etme gayretindeyiz. Yani hatayı aynı hata ile kapatma yolunu seçtik. Ve bu kavgada, bu gelgitlerde ahlak bertaraf oldu. Tabii ki konunun Batı'da olup bitenle de ilgisi var. Tarihte kilisenin siyasete boğazına kadar girmesi ve siyasete müdahil olmasından sonra Batı'da bir kilise karşıtlığı başladı. Haklı bir tepkiydi bu. Devamında reform hareketleri başladı; dinle siyaseti, dinle hukuku ayırıştırmak istediler. Bunu ayırıştırmak ahlâkı da ayırıştırmak zorunda kaldılar. Kapsamlı sosyal hareketler böyledir. Başlamasına siz karar verebilirsiniz, ama nerede duracağını, ne gibi taşkınlara yol açacağını siz kontrol edemezsiniz. Hareket artık sizin kontrolünüzden çıkar ve kendi dinamikleriyle kendi yolunu kendi çizer.

Biz Batı'ya gençlerimizi gönderdik, Batı'nın modernleşmesini, gelişmesini alsın bize getirsinler diye. Mehmet Akif de öyle diyordu değil mi? 'Batı'nın ilmini alınız, irfanını alınız, ama ahlakını almayınız.' Birbiriyle irtibatlı parçalardan birini alıyorsanız, öteki parça kendiliğinden gelir. Bunlar diyalektik biçimde birbiriyle irtibatlı. Sosyal alanları mekanik parçalar gibi düşünemezsiniz. Birbirlerini besledikleri için bir arada yaşıyordur onlar. Hani bitki sosyolojisi vardır, birbiriyle uyum içinde ve birbirini besleyerek birlikte gelişen bitki türleri ilmi. Onun gibi. Sonuçta bu projede 'Batı'nın ilmini al, irfanını al, sanatını al, giyim-kuşamını al, ahlakı, örf ve âdeti geri dursun' demenin mümkün olmadığını birlikte gördük. Türk modernleşmesinde, Osmanlı modernleşmesinde böyle bir yanlış macera yaşadık.

m. Din ve Hayat

Osmanlı aydınlarının bize bıraktığı çok güzel bir slogan ve rota var. Osmanlı aydını deyince medreselilerden ziyade medrese eğitimi almış da olsa Doğu'yu Batı'yı bilen ve toplumsal olayları dikkatlice izleyip analiz eden aydınları kastediyorum. Bunlara Türk-İslâm aydınları da diyebilirsiniz. Ayrıca o zaman medreseliler var, Batılılaşma yanlıları var. İslâm aydınları, Osmanlı aydınları toplumun gidişatındaki savrulmaları görünce dört kelimeyle özetledikleri önemli bir rota çizdiler: 'Dinli hayat, hayatlı din'. Çok önemli bir vurgu ve mesajdı bu. 'Dinli hayat' çağrısı körü körüne Batılılaşma yanlılarına bir mesajdı ve bu vurgu önemliydi. Onlara, 'Batı'daki pozitifizmin rüzgarına kapılmayalım, hayatımızı dinle iç içe geliştirelim. Tamam, modern dünyaya kapımızı açalım, ama dini dışlayarak değil dinle barışık şekilde yolumuza devam edelim' şeklinde özetlenebilir bir itidal çağrısı idi, orta yol arayışı idi. Diğer bir anlatımla, 'Tamam, modernleşelim, Batı'daki teknolojiyi alalım, ilmi alalım ama dini dışlayarak değil, dinle beraber olsun. Çünkü bu ikisi birbirine engel değil' demek isteniyordu. Bir de 'hayatlı din' çağrısı yaptılar. Bu da geçmiş dönem dinî literatürde okudukları bilgileri ve tecrübe birikimini hiç değiştirmeden bugüne taşımak isteyen medreselilere hitap ediyordu. Onlara da dediler ki; 'Hayatlı din olsun. Anlattığınız, öğrettiğiniz, getirdiğiniz dinî bilgi, hayatın içinden, hayata cevap veren ve hayatın sorunlarına çözüm getiren bir dinamizme sahip olsun. Bizleri o kitapların yazıldığı beşinci altıncı asırlarda yaşamaya mecbur etmeyin, bu asırda yaşayalım ama dinimize bağlı kalarak yaşayalım'. Bu iki önemli vurgu içeren çağrıya o gün de bugün de yeterince önem vermiş değiliz. Dinî alanda bilginin ve din üzerine ürettiğimiz tefekkürün bizim dünyamızda bir karşılığının olması, hayatiyetinin olması lazım. Yani hiç güncelliği kalmamış konuları tartışarak dini daha iyi anlatacak bir bilgi ürettiğimizi söyleyemeyiz. Hayatımızı aydınlatmayan, aile hayatımızı güzelleştirmeyen, kolaylaştırmayan bilginin bize ne hayrı olur?

Allah dini insanlığa bir rahmet olarak göndermiştir. Ve bizim görevimiz bu rahmeti önce kendi hayatımıza, sonra da toplumun bütün katmanlarına yaymak, herke-

sin bu rahmetten yararlanmasına kapı açmaktır. Dinî bilginin amacı da budur. Peygamber Efendimiz faydası olmayan bilgidir Allah'a sığındı. O halde dinî bilgi faydalı bilgi demektir. Bugün Müslümanlar Kur'an-ı Kerim denince ne anlıyorlar? Çoğumuz Kur'an-ı Kerim'den, okunurken ve dinlerken gözyaşı döktüğümüz, duvarlarımızı hatlarıyla süslediğimiz, namazda okuduğumuz ve son derece hürmet gösterdiğimiz ilâhî kitabı anlıyoruz. Peki, bu yeterli mi? Hâli vakti yerinde olan bir çoğumuzun duvarlarında güzel hatlar şeklinde Kur'an ayetleri var. Çok iyi okuyan hafızlarımız var. Ama, Kur'an-ı Kerim'in gönderiliş amacı sadece bu değil ki. Kur'an-ı Kerim'i anlamamız gerekiyor, hayatımıza indirmemiz gerekiyor. Onu hayatımıza rehber etmemiz, onun söylediklerinin ardından gitmemiz gerekiyor. Mehmet Akif'in dediği gibi, her sabah onun bizim için Allah tarafından yeniden gönderildiğini düşünmemiz gerekiyor. Dinle hayatın bağına canlı tutmaya, önce Kur'an'la hayatımız arasındaki bağı canlandırarak ve güçlendirerek başlayabiliriz. Aynı durum Peygamber Efendimizin Sünneti için de geçerli. Evet, Kur'an-ı Kerim'i böyle düşünmeliyiz. Kur'an-ı Kerim size sadece size Allah'ın gönderdiği özel bir hitaptır. Her sabah size yeniden hayat verir. Kur'an-ı Kerim ile hayat bulmak budur. Ama öyle olmadı. Bugün Kur'an-ı Kerim'in ayetleri metinleştirildiği için aşırı dediğimiz, radikal dinî grupların, öfke ve nefretten başka bir bildiği olmayan dinî grupların elinde Kur'an ayetleri âdeta birer silah oldu. O da Kur'an-ı Kerim'in bağlamından, bütüncül anlamından kopartılarak metinleştirilip subjektif kanaatlere dayanak, ideolojik projelere araç kılınması oldu.

n. Aşırılıklar Arasında Sıkışan Müslümanlar

Bugün İslâm Dünyası dört aşırılık, dört kutup arasında bocalayıp durmaktadır. Selefilik, Şiiilik, modernizm ve katı gelenekçilik. Bunlar bir savrulma sonucu oluşmuş birbirinin uzağında dört ayrı kutup. Dördünün de bütüne nispetle sorunları vardır, ciddi sorunları vardır. Ve günümüz Müslümanları bunlardan birini seçmeye adeta mahkum edilmektedir. Her birinin sorunlarını sizler çok iyi bilmektesiniz.

Selefilik hangi tezle ortaya çıkıyor? 'Kur'an-ı Kerim'e dönelim, Peygamberimizin Sünnetine dönelim, ilk asrın anlayış ve uygulamalarına dönelim.' Bu tez çok masum gözükse de insanlar 'Kur'an-ı Kerim'e dönüş' diyerek, 'geçmişe dönüş' diyerek kendi kavgalarını veriyor. Grupların öfkeleri, stratejileri, ayrıştırıcı duyguları devreye giriyor. Esasen bizim asr-ı saadete dönmemiz değil, asr-ı saadetteki rahmeti, asr-ı saadetteki o saf dinî duyarlılığı, dindarlığın özünü bugüne getirmemiz gerekiyor. Bizim asr-ı saadete dönmemiz ya da gitmemiz mümkün değil. Bunun için zaman makinesine girmemiz ve o yüzyıla ışınlanmanız gerekir. Bunun olmayacağı da ortada. Allah öyle bir şey istemiyor bizden. 'Kur'an-ı Kerim'i anlayın, her gün yeniden anlayın, her sırada yeniden anlayın da hayatınıza Kur'an'ı hikmetini indirin' diyor. Selefilik hayatı tersine çevirmeye çalışıyor, aslında tersine çevirdiğini bile bile. Çünkü kendileri Kur'an ayetleri üzerinden kendi dönemlerinin kavgalarını vermekte. Onun için

'Kur'ân-ı Kerîm'e dönelim, o bize yeter' iddiası ilk bakıştan haklı gibi dursa da, hem yöntem olarak ve ilmen hem de kullanıldığı amaç yönüyle son derece yanlıştır. Hz. Peygamberin Sünneti olmadan, geleneği kavramadan, tarih ve medeniyet tasavvuru olmadan Kur'ân-ı Kerîm'e bir sözlük açıp anlam vermemiz bizleri vahim sonuçlara götürür. Bu söylem geçmiş dönemlerde ciddi sorunlara yol açtı; şimdi de açıyor.

İslâm'ı anlamada gelenek de önemlidir. İslâm'ı yaşanmış ve yeryüzüne inmiş bir din olarak tanıyabilmemiz için üç tane boyut var: Kur'ân-ı Kerîm, Sünnet ve gelenek. Ama bunu geleneği putlaştırarak ya da yok sayarak değil, geleneği anlayarak, onu yorumlayıp ondan anlamlar çıkararak yapabiliriz. Geçmiş kuşakların geleneğini aynen bugüne taşıyarak hiç değil. Modernizm ve Selefilik geleneği inkar ettiler. Katı gelenekçilik geleneği dondurup kutsalla içiçe kılarak dokunulmaz kıldı be günümüz insanına onu yık saymaktan başka bir seçenek bırakmadı. Şiilik ise tarihte kalması ve sadece ders alınması için bilinmesi gereken acı olaylar sonucu haklı sebeplerle ortaya çıkmış bir öfkenin din adına bugüne kadar haksız bir biçimde sürdürülmesidir. Öfke hem sahibinin, hem çevresinin ruh dengesini bozar. Şiiliğin ayakta durmasının yegâne itici gücü öfkedir, acıdır. Bütün dünya ve çoğunluk İslâm Dünyası ile kavga içerisindedir. Böyle oluşan kimlik İslâm'ın rahmetini ne kadar taşıyabilir? Öfkeyle yoğrulan bir İslâm ve Müslümanlık dünyaya öfke saçar. Sünnî dünyada da farklı sebeplerle benzeri öfkelerle rastlıyoruz. Kimlikleri yaşatmak için bir nebze öteki kavramı lazımdır, ama bütün hayatı değerlerinizi onun üzerine yığamazsınız. İşte Selefilik geleneği yok sayarak dini bilgiyi keyfi ve kaygan bir zemine çekti; modernizm ise yaşadığı realiteleri sorgulamaksızın ona göre dini bilgiyi dizayn etmeye kalktı ve inandırıcı olamadı. Katı gelenekçilikle de Müslümanların zihniyetini geçmiş asırlarda yaşamaya mahkum etti ve Müslümanları din adına çıkmaz ve dar sokaklara sürükledi. Günümüzde Müslüman birey din konusunda herhangi birine kapılıp kör bir avunma içinde değilse bu dört savrulma ve aşırılık arasında sıkıştı kaldı.

Bütün bunlardan sonra demem odur ki, Müslümanlar 21. yüzyılda yaşadığını fark etmek zorundadır. 21. yüzyılda yaşadığına göre ona göre tavır almak, dinî bilgiyi güncellemek, işe yarar hale getirmek, hayatına can veren hayat veren bir kıvamda tutmak zorundadır. Dini sadece şekiller ve belli ibadetlerden oluşan dar bir alana hasretmeyen, onu hayatımızın her yönünü güzelleştiren ve bize bu alanlarda da destek veren geniş ve kapsamlı bir rahmet olarak görmek gerekir. Bugün İslâm toplumlarında aile hayatından insan haklarına, beşeri alandan uluslararası ilişkilere, ekonomi ve çalışma hayatından, temizlik ve çevreye, hukukun üstünlüğüne ve sosyal adalete kadar birçok alanda çok ciddi sorunlar var. Böyle bir durumda sadece ibadetlerimizi ifa ederek dinî sorumluluğumuzu yerine getirdiğimizi ileri sürebilir miyiz? Buna kani isek, bu cidden vahim bir hatadır. Hatta İslâm'ın niye gönderildiğini, Hz. Peygamber'in hayatını, İslâm medeniyetinin nasıl ortaya çıktığını hiç anlamamak demektir. Öte yandan, İslâm uleması diğer alanların özel bilgisini İslâmlaştırmaya uğraşmak yerine dinin asıllarındaki dinî bilgi üzerine tefekkürünü geliştirip onu günümüz top-

lumlarına hitap eden ve sorunlarını aydınlatan canlı bir bilgi haline getirmek, literatürdeki eski bilgileri tekrar yerine hayatla içi içe olan bilgileri üretmek zorundadır. Artık, doğruluğuna inanılmakla yetinilen değil yaşatılan, tecrübe edilen, geliştirilen ve hayatımızla iç içe olan bir bilgi gerekli Müslümanlar için. Tabii ki geleceğe ilişkin olarak karamsar asla değiliz. Karamsar olmak doğru da değil. Dinin sahibi yüce Mevla'dır. Bize düşen O'nun dinini korumak değil, kendimizi korumaktır. Allah bize 'Dinimi koruyun.' demiyor. 'Kendinizi koruyun.' diyor. Bu dünya hayatı gelgitlerden ibarettir. Hem dünya hayatında gelgitler yaşanır, hem de bizim öz dünyamızda ve hayatımızda gelgitler yaşanır.

Hiç bir insan kâmil, yani noksansız değildir, Peygamberlerin dışında. Her insanın nefsinde, iç dünyasında dalgalanmalar vardır. İyilikler kötülükler, iyi duygular ve kötü duygular iç içedir, birbiriyle mücadele halindedir. Zıt düşünce ve duygular dalgalar halinde iner ve çıkar. Onun için de insanları putlaştırmaya, kutsallaştırmaya veya aşığılamaya bizim haddimiz olamaz, hakkımız yoktur. Önemli olan bu gelgitler arasında ayakta durabilmektedir. Önemli olan çok dalgalı denizde kayığın su üstünde kalmasıdır, batmamasıdır. Hayatımız da gelgitlerden ibarettir, iyi ve kötü arasında. Allah hepimize bu dalgalar arasında, İslâm toplumu olarak, Türk topluluğu olarak ve birey olarak, Allah'ın aciz bir kulu olarak ayakta durmayı nasip etsin de dünyanın altında kalmayalım. Allah dünyayı güzelce ve insanca yaşamamız için yaratmıştır.

İslâm'ın bu yüzyılda nasıl anlaşılması gerektiğine dair bir öncü çaba çıkacaksa iki yerden ümitli olabiliriz: Biri bizim milletimiz, diğeri de Balkanlar. Milletimizden de Balkanlardan da son derece ümitliyim. Çünkü Balkanlar da bu kadar acıdan, bu kadar karşılaşmadan sonra ayakta durmayı başarmıştır. Yiğitlik budur. Balkanlar o kadar badireyi atlatıp ayakta durduktan sonra, bizler de ayakta durduğumuza göre inanıyorum ki gelecek yıllarda bu coğrafya insanımız, bizim insanımız İslâm'ın nasıl yaşanılması ve anlaşılması gerektiğine dair örnek bir tablo ortaya koyacaktır, diye inanıyorum. Bu coğrafya insanları büyük bir medeniyetin çocuklarıdır, geçmişten aldıkları dinî bilgi mirasını güncelleyerek hayatımızın içine katacaktır. Emin olun, dinî bilgi ile hayatımız bulduğunuzda hayatımız kararır, aksine aydınlanır ve güzelleşir; daha anlamlı olur. Çünkü bizim dinimiz suyun akışı kadar kolay bir din. İbadetinde, insan ilişkilerinde, tabiatla ilişkide, aile hayatında her hak sahibinin hakkını vermek üzerine gelmiş ve bizden de bunu istemiş bir dünya dini. İslâm bir ruhbanlık dini değil, dünyaya sırt dönme, dünyadan el-etek çekme dini değil. Bu din sayesinde biz beş kıtaya dağılmışız, adalet ve rahmet götürmüşüz. Bu din sayesinde dünyaya egemen olup dünyanın üzerinde kalıcı bir iz bırakmışız.

Biz Müslümanların öteden beri şöyle bir duası vardır: 'Yarabbi, bizi sâlih kullardan kıl.' Bu duayı yaparken ayrıca biz, Allah'ın hikmetli yaratması ve insana özgür irade vermesi gereği dünyada her insan tipinin olacağını da öğreniyor, buna kendi-

mizi hazırlıyoruz. Bundan anlıyoruz ki, 'İyiler olacak, kötüler olacak. Buna hayret etmeyip biz iyilerden olmaya bakalım. İnananlar olacak, inanmayanlar olacak; biz iyi müminler olalım.' Nitekim Peygamberlerin çocuk ve eşlerinin inanmadığı da oldu. Tarihte birçok farklı ve aykırı örnek var. Onun için dünyadaki kötülükler sizleri üzmesin; olumsuzluklar sizi karamsar kılmamasın. Bunların her birini gördükçe 'dünyanın bir sahibi var, ben dünyanın mütevellisi değilim' deyin ve istikametinizi koruyun. Dinin sahibi de, mütevellisi de bizler değiliz. Bizler Allah'ın dediklerini yapmak için dünyaya gelmiş, bir ağacın altında gölgelenme miktarınca burada kalacak ve sonra dünyadan gidecek olan yolcularız. Dünyada tek başımıza kalsak bile ayakta durmasını bilmek zorundayız. İslâm Dünyası bugün bir buçuk milyar. Üç milyar olsa daha güçlü, dünyadaki herkes Müslüman olunca da en güçlü olmayız. İslâm zaten en üstün ve güçlü. Tek başımıza da kalsak Müslüman olabilecek ve ayakta kalabilecek kadar özgüvenimiz yüksek, dinî bilgimiz aktif ve Allah'a bağlılığınız güçlü olmalı. Duamız budur. Eşyanın hakikatini ve her şeyin doğrusunu bilen O'dur.

OSMANLI DEVLETİNDE VEZİR-İ AZAM (SADRAZAM)

(Grand Vizier in The Ottoman Empire)

Osman KAŞIKÇI*

ÖZET

Veżâret, devlet teşkilatı içinde devlet başkanlarından sonra ikinci önemli makamdır. İslam devletlerinde ve bu arada Osmanlı Devleti'nde de vezirlik (vezir-i âzamlık) devleti idarede zaman zaman padişahı bile geride bırakacak önemde olmuştur. Fatih'ten sonra Osmanlı'da en yüksek divan olan Dîvân-ı Hümâyûn'a dahi vezir-i âzamlar başkanlık etmiştir. Şeyhülislâmların dini arkalarına alan güçlerine karşılık devletin siyasi ve idari yapısını arkalarına almışlar ve vezir-i azamla anlaşamayan idareciler zaman zaman şeyhülislâmlar bu görevlerinde olmuştur. Osmanlı'nın ilk dönemlerinde Türklerden Fatih'ten sonra ise devşirmelerden seçilmiştir. Her iki yöntemin de Osmanlı Devletine artı ve eksileri olmuştur. Vezir-i âzamların göreve getirilmeleri ve görevden alınmaları her zaman ayrı bir önem arz etmiştir. Padişahların tahta oturmalarında veya tahttan indirilmelerinde de vezir-i azamların önemli etkileri olmuştur. Dolayısıyla vezir-i azamlık kurumu çok iyi tahlil edildiğinde Osmanlı Devleti'nin siyasi, idari yapısı hakkında daha sağlıklı bir yaklaşım ortaya konulabilir.

Anahtar kelimeler: Sadrazam, veziriazam, Osmanlı Devleti, Osmanlı Hukuku

Abstract

Vizierate is the second most significant official after the sultan in state organization. Vizierate has been even more important than the sultan from time to time in the state administration in Islamic states and meantime in the Ottoman Empire. After Mehmed the Conqueror, grand viziers have chaired even the Divan-ı Hümâyûn, the highest council. Sheikhuslams have received the support of religion behind them while grand viziers have received the support of the political and administrative structure. Conflicting with Grand viziers, sometimes caused sheikhuslam loose their profession. Grand viziers were selected from the Turks in early Ottoman period. After Mehmed II viziers were selected from the devshirmes. Both of these methods has been positive and negative effects in the Ottoman Empire. Be appointed and dismissed from the grand vizier profession has always been a special importance. Grand viziers also had important roles on accession to the throne and removal of Sultans. Therefore if grand vizier institu-

* Prof. Dr., Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı öğretim üyesi.

tions are well analyzed, a sound approach can be demonstrated on the political and administrative structure of the Ottoman Empire.

Keywords: Vizierate, Grand vizier, Ottoman Empire, Ottoman Law

GİRİŞ

Osman Gazi ve Orhan Gazi devlet işlerinde kendilerine yardımcı olmak üzere kardeşlerini vezir olarak atamışlardır. I. Murat zamanında ikinci bir vezir daha atanınca birincisine vezir-i âzam denmeye başlanmıştır¹. Bu makama şehzadelerden sonra dışarıdan vezir yapılan ilk kişi Çandarlı Kara Halil Paşa'dır². Fatih döneminden itibaren vezir-i âzamlara sadrazam da denmiştir. II. Mahmut 1838'de sadrazam ünvanını "başvekil"e çevirmiştir.

İstanbul'un fethine kadar vezir-i âzamlığa tamamen Türkler ve genellikle ilmiye sınıfına mensup kimseler atanmıştır³. İstanbul'un fethinden sonra ise bir-iki istisna ile devşirmelerden atanmaya başlanmıştır. Fatih devrinin kudretli ilim adamlarından Molla Gürani, kendisine yapılan vezirlik teklifini, bu görevin saraydan yetişme kullara ait olduğunu gerekçe göstererek reddetmiştir⁴. Ondan sonra da birkaç istisna ile on yedinci yüzyıla kadar vezir-i âzamlar hep devşirmelerden yapılagelmiştir. Bunun çeşitli sebepleri olabilir. Ancak ilk akla gelen Çandarlı gibi güçlü ailelerin devlette uzun süre vezirlik yapmaları ve devleti idaredeki maharetleri sonucu padişah sülalesinin yanında güçlü bir sülâle meydana getirmemek olabilir⁵. Kaldı ki böyle güçlü ailelerden değil de devşirmelerden yapıldığı halde dahi idarî kabiliyet ve tecrübeleri ile çok defa kimin padişah olacağı hususunda en etkin rolü onlar oynamıştır. Hatta yine birçok padişahın hal' edilmesinde de vezir-i âzamların büyük etkisi olmuştur. Eğer güçlü bir ailenin vezir olmasına imkân tanınsaydı Osman oğullarının güçsüz zamanlarında "bundan sonra da Al-i ..." padişah olsun demeleri kuvvetle muhtemeldi.

Osmanlı devletinde özellikle Fatih'ten sonra padişahın tek başına sadece vezir-i âzama atadığı bilinmektedir⁶. Diğer yetkililer genellikle vezir-i azamın arzı ile ata-

¹ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devleti'nde Merkez ve Bahriye Teşkilatı*, Ankara 1988, 111; Tahrir Heyeti, *Vezir, İA, C. XIII*, İstanbul 1979, s. 313.

² Mehmet Tevfik, *Osmanlı Tarihi*, İstanbul 1328, s. 43.

³ Kamil Paşa, (s. 24) İstanbul'un Fethine kadar Çandarlı soyundan olanların vezir yapıldığını söylüyorsa da bu doğru değildir. Organ Gazi, I. Bayezid, Şehzadeler ve II. Murat dönemlerinde Çandarlı ailesinden vezir-i azamlık yapanlar olmuştur. Ne varki söz konusu dönemlerde vezir-i azamlık yapan başka kimseler de bulunmaktadır (Bu konuda geniş bilgi için bkz. Aydın Taneri, *Osmanlı İmparatorluğunun Kuruluş Döneminde Vezir-i Azamlık*, Ankara 1974, s. 33 vd.).

⁴ Mecdî, *Şakayık Tercümesi*, İstanbul 1269, s.104 (Halil İnalçık: "Mehmet II", *İA, C. VII*, s. 511'den naklen).

⁵ M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2005, s. 146.

⁶ Padişahın tek başına ataması kimseye danışmaması anlamına gelmemektedir. Sadece kimsenin arz ve telhisine gerek kalmaksızın doğrudan ataması demektir. Yoksa padişahlar vezir-i âzam gibi

nırdı. Vezir-i âzam, padişah fermanı ile atanır ve bu fermanla vezir-i azamın hemen bütün yetki ve görevleri sayılırdı. Yeni atanan vezir-i âzama ilk iş olarak hatem-i şerif, hatem-i vekâlet, mühür-i sadâret de denen “Mühür-i Humâyûn” verilirdi⁷. Mühür, Divân-ı Humâyûna gönderilmek suretiyle veya huzura kabul edilerek takdim edilirdi⁸. 17. yüzyıldan itibaren vezir-i âzamlara mühür verileceği zaman huzura şeyhülislâmla birlikte çıkmaları adet haline gelmiştir⁹. Vezir-i âzamlara, atandıktan bir kaç gün sonra yapılması gerekli işler hakkında genel bir Hatt-ı Humâyûn gönderilirdi¹⁰. Gerek bu Hatt-ı Humâyûnda gerekse ihtiyaç hissettikçe padişahlar vezir-i âzama gönderdikleri Hatt-ı Humâyûnda onun yetki ve görevlerini hatırlatırlardı. Mesela II. Ahmet’in, vezir-i âzama Bozoklu Mustafa Paşa’ya gönderdiği Hatt-ı Humâyûnda şunları yazıyordu: “Umur-ı devlet-i âliye senin rey ve tedbirine havale olunmuştur; azli iktiza edeni azil, nasbı layık olanı nasbedip ba’dehu rikab-ı hümayunuma arzeyele”¹¹.

Vezir-i âzam bir şekilde o makamı boşalttığına on altıncı asır sonlarına kadar “Kubbealtı Vezirleri” denen diğer vezirlerden birisine bu görev verilirdi. Bu tarihten sonra valilerin de doğrudan vezir-i âzam yapıldığı olmuştur. Vezir payesi olmadan vezir-i âzam olanlara aynı zamanda vezirlik payesi de verilirdi. Özetle bu makama vezirlikten, yeniçeri ağalığından, beylerbeyiliğinden, kapıcılar kethüdalığından, padişah silahdârlığından ve çavuşbaşılıktan yükselmek mümkün olmuştur¹².

Vezir-i âzam, padişahın yürütmeye ilişkin bütün işlerine vekildi¹³. Fatih’in Kanunnâmesindeki bu ifade Tevkii Abdurahman Paşa Kanunnâmesinde biraz genişletilmiştir. Buna göre “Evela vezir-i âzam olanlar cümleyi tasaddur edip âmme-i mesâlih u dîn ve devlet ve kâffe-i nizamı ahval-i saltanat ve tenfizi hudûd ve kısas ve hapis ve nefiy ve envâ-i ta’zîr ve siyaset ve istima-ı dava ve icrây-ı ahkâm-ı şeriat ve def’i mezalim ve tedbir-i memleket ve tevcih-i eyalet ve emaret ve ulufe ve zeamet ve tumar ve tevliyet ve hitabet ve imamet ve kitabet ve cem-i cihet ve taklîd-i kaza ve nasb-ı müvella ve tefviz ve tevkil ve tayin ve tahsil ve umûr-ı cumhur ve tevcihat-ı gayrı mahsur velhasıl menâsib-ı seyfiye ve ilmiyenin tevcih ve azli ve cemi-i kazâyây-ı

önemli bir makama atama yaparken genellikle diğer yöneticilere danıştırlardı. Na’imâdaki bir kayıt bunu açıkça göstermektedir. “Şeyhülislâm ve kuzat-ı asâkir ve sair vüzera ve ağalar huzur-ı hümayuna davet olunup vezaret meşveretinden sonra Melek Ahmet Paşa’ya verilmeğe karar verdikte...” (Na’imâ, III/1266).

7 J. Deny, “Mühür”, *İA*, C. VIII, İstanbul, 1979, s. 794.

8 Uzunçarşılı, s. 118.

9 Silahdar Mehmet Ağa, *Silahdar Taribi*, C. II, İstanbul 1928, s. 740.

10 Uzunçarşılı, s. 125.

11 Uzunçarşılı, s. 116. Lütfi Paşa, “Vezir-i âzam olanda kat’an garaz-ı dünyeviye olmamak gerekdir. Her hususu lilleh, filleh ve livechilleh etmek gerekdir. Zira fevkinde bir mansıp dahi yoktur ki ona vasil ola” (*Asafnâme*, 9) diyerek hem vezir-i âzamın mevkiini hem de işleri yaparken gütmesi gereken amacı belirtir.

12 Uzunçarşılı, s. 118, 128, 192.

13 Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tablilleri*, İstanbul 1990, I/318.

şer'îyye ve örfîyenin istima' ve icrâsı için bizzat cenâb-ı padişahîden vekîl-i mutlak ve memâlik-i mahrûse-i Osmanî ve taht-ı hükûmet-i sultâniyede olan cemî-i nâsın üzerine hâkim sâhib-i ferman olduğu muhakkaktır¹⁴ şeklinde yürütmeye ilişkin neredeyse bütün görev ve yetkileri sayılmıştır.

Yavuz Selim de vezir-i âzamı Piri Paşa'ya gönderdiği bir Hatt-ı Humâyûnda "ahvâl-i umûr cümle senden suâl olunur. Şöyle ki, tehâvün ve tekâsül etmiş olasin, elimden halâs olmayı muhâl bilesin"¹⁵ demektedir.

Fatih dönemine kadar padişahlar divana başkanlık ederlerdi. Ondan sonra vezir-i âzamlar divana da başkanlık etmeye başlamışlardır. Vezir-i âzam şehir dışında veya başka bir sebeple toplantıya gelemeyecekse onun yerine Sadaret Kaymakamı divana başkanlık ederdi¹⁶.

Vezir-i âzamlar divana başkanlık etmeye başladığı tarihten sonra divanda görüşülenleri toplantı sonunda özet olarak padişaha arz ederlerdi. Bu durum şüphesiz vezir-i âzamı daha da güçlü hale getirmiştir¹⁷. Divan toplantılarının haftada birkaç gün yapıldığı dönemlerde vezir-i âzamlar arza çıktıklarından padişahla görüşmüş olurlardı. 17. Yüzyıldan sonra divan toplantıları askerlere maaş vermeye inhisar edip üç ayda bir toplanmaya başlayınca vezir-i âzamlar padişahla görüşmek gerektiğinde randevu alıp huzura çıkmaya başlamışlardır. Başka bir ifade ile padişahla vezir-i âzam arasında haftanın belirli günleri gibi mütad görüşmeleri olmazdı¹⁸.

Vezir-i âzamların padişaha yazı ile yaptıkları arzlara "telhis" veya "takrir" denirdi¹⁹. III. Murat zamanına kadar kendisine arz edilen meselelere "olsun" veya "olmasın" diye, sözlü olarak düşündüklerini söylerler; arzda bulunanlar bunu kâğıtlara işaret ederek gerekeni yaparlardı. III. Murat devrinden itibaren padişahlar, telhiste talep edilen işe göre "İzn-i humâyûnum olmuştur"²⁰, "Benim vezir-i âzamım defter ve takrir manzûr-i humâyûnum olmuştur. Telhisiniz mucibince tanzim olunan..."²¹, "İhsân-ı humâyûnum olmuştur" ya da "mücebince amel oluna" şeklinde ifadeler yazmaya başlamışlardır. Telhisler, sadece padişahı haberdar etmek mahiyetinde ise, padişah tarafından duruma uygun ibareler yazılarak geri gönderilirdi. 1832 yılından sonra arz tezkereleri serkatibi şehriyârî denilen padişahın hususi başkâtibine hitaben yazılmaya başlanmıştır. Başkâtip bunu padişaha okur, padişah fikrini şifahî olarak

¹⁴ Tevkiî Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi, *Millî Tettebbualar Mecmuası*, c.1, İstanbul 1331, s. 498.

¹⁵ Hayrullah Efendi, *Devlet-i Âliyye-i Osmaniye Tarihî*, c.8, İstanbul 1292, s. 92.

¹⁶ Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl*, Ankara 1963, s. 43.

¹⁷ İnalçık, s. 512.

¹⁸ Uzunçarşılı, s. 175.

¹⁹ Cengiz Orhonlu, *Telhisler*, İstanbul 1970, s. XIX; Topkapı Sarayı Arşivi, No: 7273, 7648, 8607, 7661.

²⁰ BOA, Hatt-ı Hümâyûn, No: 11, G.399.

²¹ BOA, Hatt-ı Hümâyûn, No:11, G. 419.

bildirir ve bu mütalaa arz tezkeresinin altına dikey bir şekilde serkatip tarafından vezir-i âzama hitaben yazılırdı. Serkatip tarafından dikey şekilde yazılan bu yazıya “irade” veya “irade-i seniyye” denirdi.

Başta şeyhülislâm olmak üzere ulema, kaptan paşa, valiler, darüssaade ağası gibi üst düzey bürokratlar tarafından her birinin kendine mahsus hitapları ile yazılan yazılar vezir-i âzama gönderilir ve onun tarafından padişaha arz edilerek gereği yapılırdı. Diğer memurlar ise doğrudan vezir-i âzama yazarlardı²².

Vezir-i âzam'ın yazılı emirlerine “buyrultu” sözlü emirlerine ise, “emri sâmi” denirdi²³.

Vezir-i âzam kurduğu İkinci Divanında şikâyetleri dinlerdi. Divanda Türkçe bilmeyenler için tercüman bulundurulurdu²⁴. Aynı şekilde Rumeli ve Anadolu Kazaskerleri ile birlikte Cuma Divanını kurar ve davaları dinlerdi. Vezir-i âzam kendisi karar verebileceği gibi davaları Rumeli Kazaskerine, işler çok olursa Anadolu Kazaskerine de dinletebilirdi²⁵. Yine vezir-i âzamin başkanlığında İstanbul, Eyüp, Galata ve Üsküdar kadılarının katılımı ile Çarşamba günleri, Çarşamba Divanı kurulurdu. Vezir-i âzam, hâkimin verdiği kararın hukuka uygun olduğundan kuşku duyarsa daha önce kazaskerlik yapmış olanlara bu kararı incelettirebilirdi²⁶. Ayrıca vezir-i âzam bazı günler kuşluk vaktinde de divan kurup dava dinlerdi²⁷.

Vezir-i âzamlar 15. yüzyıldan itibaren aynı zamanda askeri işleri de yönetmeye başlamışlardır. Gerçekten Çandarlı Halil Paşaya kadar ordu kumandanlığı ayrı bir kişide iken onun zamanında askeri işler de vezir-i âzama verilmiştir²⁸. Vezir-i âzam ordunun başında sefere çıktığı zaman kendisine “serdar-ı ekrem” unvanı verilirdi. Vezir-i âzam sefere çıkınca kazaskerler onunla gelmez onun yerine “ordu kadısı” tayin edilirdi²⁹. Serdar-ı Ekrem unvanıyla vezir-i âzam bütün tevcihat, azl, tayin, nefy ve idamları padişaha sormadan yapardı. Vezir-i âzamin savaş esnasındaki harcamalarından hesap sorulmazdı³⁰. Bununla birlikte vezir-i âzam kendi arzusuyla seferden dönemez, bunun için kendisine padişah tarafından “davet hattı” yazılması gerekirdi³¹.

²² Tevkiî, 498; Uzunçarşılı, Merkez, 133.

²³ Uzunçarşılı, Merkez, 115; Öztuna, Osmanlı, II/54. Bu konuda örnekler için bkz. Topkapı Sarayı Arşivi, E: 10087, 10833.

²⁴ Uzunçarşılı, Merkez, s. 136.

²⁵ Tevkiî, s. 502.

²⁶ Tevkiî, s. 503; Uzunçarşılı, s.140; Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti'nde İlmiye Teşkilatı, s. 211.

²⁷ Tevkiî, s. 500.

²⁸ Uzunçarşılı, Merkez, 111.

²⁹ Raşit, IV/34.

³⁰ Selaniki Mustafa Efendi, Tarih-i Selaniki (haz. Mehmet İpşirli), c. I, İstanbul 1989, s. 315.

³¹ Uzunçarşılı, s. 162.

Yine vezir-i âzamlar savaşa çıktıklarında savaş usulü ve benzeri önemli meseleleri de ilgili kişilere danışarak yaparlardı³².

Fatih'in teşkilat kanunnamesine göre vezir-i azam 5999 akçeye kadar olan tımarları padişaha arz etmeden tevcih etme hakkına sahipti³³. Bundan yukarı geliri olan tevcihleri padişaha arz ederek yapabiliirdi.

Vezir-i âzamlar zaman zaman teftişe çıkar, çarşı pazarda "asayişin berkemal" olup olmadığını bizzat görürlerdi. Ayrıca vezir-i âzamlar senede üç defa şeyhülislâmı ziyaret ederlerdi³⁴.

Osmanlı Devletinde vezirler dâhil memurlar bir yıllığına atanırdı. Süresi dolanlardan hizmeti beğenilenler ya kendileri uzatma talebinde bulunur ya da vezir-i âzamin tasvibi ile görevlerinde kalmaları sağlanırdı ki buna ibka veya mukarrer denirdi³⁵.

Vezir-i âzam sefer için İstanbul'dan ayrılınca kendisine "rikâb-ı humâyûn" veya "sadaret kaymakamı" denilen bir vezir vekâlet ederdi. Vekil olan kişiyi vezir-i âzamin teklifi üzerine padişah veya bazen doğrudan padişah atardı. Vezir-i âzamin mührünü başka birisine vermesi, kendisini vekil atadığını gösterirdi³⁶. Vezir-i âzam seferde iken padişah da Edirne'de ikamet ederse, bir Edirne'ye bir de İstanbul'a kaymakam atanırdı. İstanbul kaymakamına "İstanbul Muhafızı" da denirdi³⁷. Vezir-i âzam bütün defterleri yanında götürdüğü için vekilin tuttuğu defterlere "rikab defterleri" denirdi. Sadaret kaymakamı, sefer tarafındaki yakın vilayetlerin işleri ile vezirlik, beylerbeylik, sancak beyliği menşurları ve ordudaki tevcihatı dışında vezir-i âzamin hemen bütün yetkilerini haizdi³⁸.

Vezir-i âzamların belirli bir görev süreleri olmayıp azledilinceye kadar görevde kalırlardı³⁹. Gerekçe göstermek zorunda olmaksızın padişah, istediği zaman onu görevden alabilir, idamına dahi karar verebilirdi⁴⁰. Önemli işleri padişaha sormadan yapan ya da yaptığı işlerde gereğinden fazla övünen vezir-i âzamların makamlarından olduklarına ilişkin örnekler çoktur⁴¹. Vezir-i âzamdaki mührün geri istenmesi azledil-

³² Na'imâ, I/111.

³³ Akgündüz, *Kanunnameler*, I/325.

³⁴ Uzunçarşılı, *Merkez*, 145.

³⁵ Uzunçarşılı, *Merkez*, 150.

³⁶ J. Allan, "Hatem", *İA*, C. V/I, İstanbul 1987, s. 360.

³⁷ Selaniki, I/88.

³⁸ Uzunçarşılı, *Merkez*, 180.

³⁹ Mumcu, *Divan*, 44.

⁴⁰ Görevden alınan ve ölümüne karar verilen vezir-i âzamların listesi için bkz. Topkapı Sarayı Arşivi, D: 10210.

⁴¹ Na'imâ, I/123.

diği anlamına gelirdi⁴². Yeni atanan vezir-i âzam, İstanbul dışında ise, gelinceye kadar işlere “sadaret kaymakamı” ismi ile atanan vezir nezaret ederdi⁴³.

⁴² Uzunçarşılı, *Merkez*, 114.

⁴³ Selanikî, I/160.

TEMYİZ KANUN YOLUNUN TARİHÇESİNE İLİŞKİN BAZI TESPİTLER

(Some Remarks on The History of Appeal)

Selçuk ÖZTEK*

ÖZET

Hukukumuzda Yargıtay'ın görevi hukukun ülke içinde uygulanmasında birliği sağlamaktır ve bu fonksiyon bugün artık bireysel bir temele dayanmaktadır: kanun önünde eşitlik ilkesi. Bugün temyiz mahkemesi kurumuna bütün dünyada atfedilen içtihat birliğini sağlama görevinin temelinde bulunan, bir bakıma bu görevin varoluş nedenini oluşturan bu ilke, hukuk kurallarının aynı şartlar altında bulunan herkese aynı şekilde uygulanmasını gerektirir. Kanunun mücerret ihlali, bu ihlalin içtihat birliğine olan ve bazen ihmal edilebilecek kadar önemsiz addedilebilen etkisinden bağımsız olarak, temyiz mahkemesinin (ülkemizde, Yargıtay'ın) müdahalesine maruz kalabilecektir.

Anahtar kelimeler: Temyiz, kanun yolları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Roma hukuku, Yargıtay.

Abstract

Function of The Court of Appeal in our law is unifying law enforcement in our country and today this function is based on an individual ground: the principal of equality before the law. This principal requires the enforcement of law on every legal subject under the same circumstances and by using exactly the same processes. The abstract violation of law, free from its effect on the unity of decisions, which are sometimes could be regarded as harmless, can be subject to the intervention of The Court of Appeal.

Keywords: Appeal, legal remedy, Code of Civil Procedure, Roman law, Court of Appeal.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (E.) Medeni Usul, İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Bilindiği gibi¹, özel hukuk yargılamasının varoluş nedeni, fertler arasındaki özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların mahkeme kararları yoluyla tasfiye edilmesi, çözümlenmesidir². Ancak, mahkemeler tarafından verilen nihai kararların hatalı olmaları ya da en azından davayı kaybeden tarafta böyle bir kanaat uyandırmaları pekâlâ mümkündür. Bu durumda hukukçu bir ikilem önünde kalır: Mahkeme kararı süratle kesin ve tartışılmaz bir nitelik kazandığı takdirde bir anlam taşır; ama, hukuka uygun olmayan ya da en azından hukuka uygun olduğuna davayı kaybeden tarafça inanılmayan bir mahkeme kararının kesinlik kazanarak tartışılmaz bir hâl alması da kabul edilemez. Tabii bu ikilem uzun zamandan beri aşılmış ve bugün taraflara nihai mahkeme kararlarını yargı organları önünde yeniden gözden geçirterek kontrol ettirebilme imkânı tanınmıştır; taraflara verilmiş olan bu usuli imkan “kanun yolu” olarak adlandırılmaktadır³.

Kanun yollarının iki önemli özelliği vardır⁴: Mahkeme kararının hem maddi hem de hukuki meseleler veya sadece hukuki meseleler yönünden kontrol edilmesi için yargılamanın daha üst bir yargı merciine intikal etmesi (*effet dévolutif*); kontrol edilmek üzere bir üst yargı merciinin önüne getirilen mahkeme kararının şekli anlamda kesin hüküm niteliğini kazanmasının ertelenmesi (*effet suspensif*).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) “Kanun Yolları” konusundaki düzenlemesine (m.341 vd.) bu açıdan bakıldığında, “istinaf” ve “temyiz”in tam anlamıyla bir kanun yolu olduğu görülmektedir. Buna mukabil “yargılamanın iadesi”, kesin hükmün bertaraf edilmesini sağladığı için, “olağanüstü” veya “istisnai”⁵ kanun yolu olarak nitelendirilmekte, hatta bazı yazarlar⁶ tarafından, her iki özelliğe de sahip bulunmadığı için, yargılamanın iadesi yolu teknik anlamda bir kanun yolu sayılmamaktadır.

HMK'nın kanun yolları sistemi ana başlıkları itibarıyla böyle olmakla birlikte, ülkemizde bölge adliye mahkemeleri henüz göreve başlamadığı için, HMK'nın istinaf odaklı olan bu kanun yolları sistemi maalesef hâlen uygulanamaz durumdadır. Oysa bölge adliye mahkemeleri 26/9/2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece

¹ İncelememize konu teşkil eden hususlar hakkında etraflı bilgi için bkz.Öztek, S., “Anayasa Mahkemesinin HUMK m.427'nin Anayasa'ya Aykırı Olmadığına İlişkin 20.1.1986 Tarih ve E. 1985/23, K.1986/2 Sayılı Kararı”, Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Cilt 2, Sayı 2, Mayıs-Ağustos 1987, s.62 vd.

² Habscheid, W.J., Droit judiciaire privé suisse, 2.éd., Genève 1981, s.469.

³ Bkz.Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, 6.Bası, İstanbul 1997, s.816 vd.; Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı, İstanbul 2001, s.4483 vd.; Hohl, F., Procédure civile, Tome II, 2.éd., Berne 2010, s.399 vd.; Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M., Medeni Usul Hukuku, 14.Bası, Ankara 2013, s.867 vd.

⁴ Üstündağ, s.816; Hohl, s.400.

⁵ Üstündağ, s.910; Karılı, A., Medeni Muhakeme Hukuku, 3.Baskı, İstanbul 2012, s.834.

⁶ Örneğin Üstündağ, s.910.

Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun uyarınca adli yargı ikinci derece mahkemesi olarak adliye teşkilatında yerini almış; 26/9/2004 tarih ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa (HUMK) dahil edilmiş ve oradan da 1/10/2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanununa intikal etmiştir. Fakat o tarihten bu yana bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başlamadığı için, HMK'nın yürürlüğe girmesinden bir süre önce, 31/3/2011 tarih ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30.maddesi ile, HMK'ya “(1) *Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete’de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.*/(2) *Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.*/(3) *Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır*” hükümlerini âmir Geçici 3.Madde eklenerek sorun çözülmeye çalışılmıştır⁷. Böylece bugün, bir kısmı uygulanan, önemli bir kısmı ise uygulanmayarak eski Kanuna (HUMK'a) tâbi kılınan (yeni) bir usul kanunu ile yetinerek yargılamayı yürütmek gibi karışık ve tuhaf bir durum meydana gelmiştir.

HUMK'un 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454.maddeleri itibarıyla bugün dahi yürürlükte olan “*Hükümlere Karşı Müracaat Tarihleri*” başlıklı düzenlemesine bakıldığında, istinaf kanun yolunun bulunmadığı; temyiz kanun yolunun ise HMK'dakine benzer şekilde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Ancak, HMK'dan farklı olarak, HUMK'da, temyiz kanun yolundan sonra başvurulabilecek olan ve ilk derece mahkemesi kararının şekli anlamda kesin hüküm niteliğini kazanmasını erteleyen, ama temyiz incelemesini yerine getiren aynı Yargıtay Hukuk Dairesi nezdinde gerçekleştiği için yargılamayı daha üst bir yargı merciiine intikal ettirme özelliğinden yoksun bulunan bir başka kanun yolu daha mevcuttur. Bu kanun yolu karar düzeltme olup, ikinci özelliği içermemesi nedeniyle bazı yazarlarca “*eksik kanun yolu*” olarak da nitelendirilmektedir⁸. Aslında, 8/4/1924 tarih ve 469 sayılı

⁷ 6217 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin kapsamı hakkında bkz.Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.932-933; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku, 23.Baskı, Ankara 2013, s.586 ve 591. Karş.Karşı, s.782 vd.

⁸ Üstündağ, S., “1711 Sayılı Kanunun Kanun Yolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi”, HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, s.129.

Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakimin Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun'un "*İstinaf mahakimi ve vezai fi mülgadır*" hükmünü içeren 9.maddesiyle istinaf mahkemelerinin kaldırılması üzerine, bundan doğan boşluğu bir nebze gidermek amacıyla 18/6/1927 tarih ve 1086 sayılı HUMK'a dahil edilen karar düzeltme (tasahi karar) tamamen İslam hukuku kökenli olup, kaynağı, bir olayda yanlış karar verdiğini anlayıp bu yanlıştan dönmek için nasıl bir yol izlemesi gerektiğini kendisine soran Basra Kadısı Ebu Musa El Eşari'ye Halife Hz.Ömer'in gönderdiği rivayet edilen bir mektuba dayandırılır. Bu mektubun konumuzu ilgilendiren pasajında şöyle denilmektedir: "*Bir mesele hakkında hükmettikten sonra o hükmün yanlışlığı tebeyyün ederse, hakka rücu et. Hakka dönmek, bâtılda ısrardan hayırlıdır*"⁹. HMK'da, istinaf kanun yolu tekrar hukuk düzenimize girdiği için artık gerekli olmayan karar düzeltme kurumuna yer verilmemiştir. Ama bölge adliye mahkemeleri hâlen göreve başlamamış oldukları için, HMK Geçici Madde 3 yollamasıyla karar düzeltme yolu bugün dahi uygulanmaktadır.

Temyiz kanun yolunun hangi amaçla ihdas edilmiş olduğu, gayesinin ne olduğu sorusu medeni usul hukukçularını bir dönem ciddi şekilde işgal etmiş olan bir sorudur. Soru aslında önemlidir. Çünkü temyiz kanun yolu ya somut olaylarda adil ve doğru karar verilmesi ya da hukukun uygulanmasında birliğin sağlanması için ihdas edilmiş olabilir¹⁰. Temyizin amacı, somut olaylarda doğru karar verilmesi, yani kararın maddi haklılığının sağlanmasıdır dersek, temyiz kanun yolunda tarafların menfaatlerinin ön planda tutulduğunu kabul etmiş oluruz; buna mukabil temyiz kanun yolunun amacı, hukukun ülke içinde aynı şekilde uygulanmasının sağlanmasıdır dersek, temyiz kanun yolunda kamu yararının (genel yararın) ön planda tutulduğunu kabul etmiş oluruz¹¹.

Temyiz kanun yolunun amacının tespiti temyiz denetiminin sınırlarını tespit etmek bakımından da önemlidir. Zira, temyiz kanun yolu mahkeme kararlarının maddi gerçeğe ulaşmasını sağlamak için kabul edilmişse, kararın hem maddi ve hem de hukuki bakımdan denetlenmesi gerekecektir; şayet temyiz kanun yolu hukukun ülke içinde yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlamak için kabul edilmişse, o zaman mahkeme kararının sadece hukuki bakımdan kontrol edilmesi yeterli olacaktır. Görüleceği üzere, temyiz kanun yolunun amacının ve buna bağlı olarak temyiz denetiminin sınırlarının belirlenmesi, temyiz mahkemelerinin (Türkiye'de, Yargıtay'ın) iş yükü üzerinde etki gösterecektir¹².

⁹ Bilge, N., Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme, Ankara 1973, s.65; mektubun tam metni s.207 vd.dadır.

¹⁰ Rigaux, F., La nature du contrôle de la Cour de cassation, Bruxelles 1966, s.359 vd. no 243 vd.; Üstündağ, s.817 vd.

¹¹ Rigaux, s.362 vd. no 245 vd.; Üstündağ, s.817 vd.

¹² Gürdoğan, B., Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, Ankara 1967, s.59.

Temyiz kanun yolunun amacını, en iyi, bu kanun yolunun tarih içindeki gelişimi gösterecektir. Temyiz kanun yolu Roma kökenlidir¹³. Roma'da, özellikle *Cognitio Extra Ordinem* usulünde, Romalı hukukçuların net bir şekilde hakimın somut uyuşmazlıktaki vakıaları çözümlerken hata yapması hâli ile bu vakıalara bazı kanun hükümlerini uygulanamaz addetmesi hâlini –ki, her iki hâl de bir istinaf (*appellatio*) sebebi teşkil etmekte idi-; hakimın bir hukuk kuralının soyut olarak mevcudiyetini bilmezlikten gelerek karar vermesi hâlinden ayırt ettiklerini ve onun bu şekilde bu şekilde bir hukuk kuralının mevcudiyetini bilmezlikten gelmek suretiyle verdiği nihai kararların, yürürlükteki hukuku kabul etmeyi ve tanımayı reddetmek anlamına geldiği için bâtil ve dolayısıyla yok¹⁴ sayılmak gerektiğini belirttiklerini görüyoruz.

Romalı hukukçular, “*contra tam manifesti iuris formam*” veya “*expressim... contra iuris rigorem data*” ya da “*specialiter contra leges*” verilen kararlar olarak adlandırdıkları bu ikinci durumda ortaya çıkan sakatlığı, basit bir haksızlığa veya usuli ihlale oranla daha endişe verici olarak telakki etmişlerdir. Zira, bu durumda, vakıaların takdir ve değerlendirilmesinde yanılma nedeniyle haksız olan nihai kararlardan farklı olarak, sadece davayı kaybeden tarafın menfaatleri değil, ayrıca genel ve soyut kapsamı itibarıyla kanuna ve dolayısıyla düzene riayet söz konusudur. Romalı hukukçulara göre, bu gibi durumlarda haksız kararlar birlikte ortaya çıkan tehlike, münferit uyuşmazlığı aşır politik bir niteliğe bürünmektedir. Münferit hak sahibinin maruz kaldığı ve istinaf (*appellatio*) yoluyla tepki gösterilebilecek olan haksızlık ile, kanunu hiçe sayan ve istinaf yoluna gidilmesine gerek olmaksızın maddi anlamda kesin hüküm hâline hiçbir zaman gelemeyecek olan haksızlık arasındaki bu karşıtlığı Romalı hukukçular, temyiz kanun yolunun kökeninden bahsedilirken günümüzde dahi hâlâ zikredilen şu formüllerle ifade ediyorlardı: Hakim birinci durumda “*contra ius litigatoris*”, ikinci durumda “*contra ius constitutionis*” karar vermektedir. Hakim “*contra ius constitutionis*” kararı ile, sadece münferit hak sahibinin hakkını değil, aslında onu da aşacak şekilde, soyut davranış kuralı olarak kanuna riyeti ve kanun koyucunun iradesine itaati hiçe saymakta; böylece, çağdaş anayasa hukuku terimleriyle ifade edersek, hakimın kanunu kendi isteği doğrultusunda yaratmak veya ıslah etmekle değil, uygulamakla görevli olduğu sonucunu içeren kuvvetler ayrılığı ilkesine ters düşmektedir¹⁵.

Demek ki, Roma'da haksız bir hükmü sakatlayabilen çeşitli “*errores in iudicando*” dan (davanın esasını çözümlerken hakimın uyuşmazlık konusu hukuki ilişkiyi

¹³ Temyiz kanun yolunun ihdasına hakim olan düşünce hakkında etraflı bilgi için bkz. Calamandrei, P., *Opere Giuridiche a cura di Cappelletti, M.*, Volume VI, Napoli 1976, s.23 vd.; Liebman, E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano 1984, 259 vd. no 292; Schupbach, H., *Le recours en cassation spécialement en procédure civile neuchâteloise*, Lausanne 1961, s.57 vd.

¹⁴ Roma hukukunda bir hükmün bâtil olması, o hükmün hukuken mevcut olmaması, yoklukla malul olması anlamına gelirdi; bkz. Calamandrei, C.VI, s.26 vd. Ayrıca bkz. Di Marzo, S., *Roma Hukuku*, Çev.Z.Umur, 2.Bası, İstanbul 1959, s.86.

¹⁵ Calamandrei, C.VIII, Napoli 1979, s.17.

düzenleyen normları ihlal etmesi veya yanlış uygulaması) bazıları hak sahibinin menfaatlerini aşır kanun ve hakim arasındaki ilişkileri ilgilendirmekte (bu ilişkiler zarar vermekte) ve böylece vakialara ve hukuka ilişkin diğer yanlışlarda bulunmayan özel bir politik önem kazanmaktadır¹⁶. İşte, temyiz kanun yolunun temelindeki düşünce, hakimın başkaldırması (“*nomofilachia*”) olarak kabul edilen bu hatalara karşı kanunun (kanun koyucunun) kendisini daha kuvvetli bir tepki göstererek korumasından ibarettir.

Ama, Roma hukukunda, politik yönden tehlike arz eden nitelikteki bu türden kararları hükümsüz kılmaya yönelik bir kanun yolu bulunmamaktaydı. Romalı hukukçulara göre, bu kararlar *ipso iure*, herhangi bir kanun yoluna ihtiyaç olmaksızın hükümsüz olup, yoklukla muallel idiler (*nec ulla sententia*) ve olsa olsa, ilgili tarafından harekete geçirilen ve süreye tâbi olmayan bir dava veya def'i vasıtasıyla, tamamen beyan edici nitelikte bir karara konu olababilirlerdi. Bugünkü temyiz kanun yolunu andıran nitelikte özel bir kanun yolunun ihdası için, nihai kararların butlanı kavramının, belli bazı noksanlar taşıyan nihai kararların hukuken ve mutlak olarak yok sayılmalarını gerektiren bir hükümsüzlük anlamında değil; bu nihai kararların hukuk alanındaki mevcudiyetlerini etkilemeyen, ancak onların iptal edilmelerine yönelik uygun hukuki çarelerin harekete geçirilmesine imkan veren bir sakatlık olarak algılanmasını beklemek gerekti. Bu değişim ise, geçersiz nihai karar olamayacağını, nihai kararlara karşı kanun yoluna gidilemeyeceğini ve her nihai kararın mutlaka şekli anlamda kesin hüküm teşkil ettiğini kabul eden Cermen hukuku anlayışının Roma hukuk geleneklerine ithal edilip zaman içinde geliştirilmesiyle gerçekleşti¹⁷. Böylece, Müşterek Hukukta, bâtil nihai karar, Roma hukukundakinin aksine, hukuken mevcut olmayan bir karar olarak telakki edilmeyip, istinafa oranla daha uzun bir sürede, fakat istinaf gibi ancak belli bir zaman zarfında temyiz edilebilen bir hüküm olarak anlaşılmaya başlandı. Şu hâlde, bâtil nihai karar süresinde temyiz edilmediği takdirde sıhhat kazanabiliyor ve maddi anlamda kesin hüküm hâlini alabiliyordu. Sakat hükmün butlanını sağlamak için başvuru ve “*querela nullitatis*” olarak adlandırılan özel kanun yolu ise, başlangıçtan beri mevcut olan bir hukuki yokluk hâlini tespit etmeye yönelik bir dava olarak değil; sakat olmakla beraber hukuken geçerli sayılan bir hükmün üst mahkeme tarafından iptalini sağlayan bir dava olarak mütalaa ediliyordu. Bu özel kanun yoluna, hükmün “aşıkâr” bir “*error in iudicando*” ile malul olması; bu bağlamda, özellikle, genel kapsamlı bir davranış kuralı olarak “kanunun metnine açık aykırılık” taşıması hâlinde başvurulabiliyordu.

Roma medeni usul hukukundaki bu gelişmeler Orta Çağ'da, özellikle 12. ve 13.yüzyıllarda Fransa'yı etkilemeye başladı. Nitekim, dünyadaki çağdaş temyiz mah-

¹⁶ Calamandrei, C.VIII, s.17.

¹⁷ Calamandrei, C.VIII, s.18; Schupbach, s.69 vd.

kemelerinin¹⁸ öncüsünü Fransa'da "*Conseil des parties*" adındaki kurum oluşturmaktadır. Bu kurum Fransa'da tamamen politik mülahazalarla kurulmuş olup, Kralın emirnamelerine (*ordonnances*) karşı, yasama ve yargı gücünü ellerinde tutmak isteyen yerel *Parlement*'lerin¹⁹ başkaldırmalarını kontrol etmek, Kralın otoritesinin bir ifadesi olan bu emirnamelere itaati sağlamak ve böylece merkezi gücü kuvvetlendirmek endişesiyle doğmuştur²⁰. Ancak, Fransa'da, Kral emirnamelerine aykırı olan yerel *Parlement*'lerin kararları *ipso iure* geçersiz değildi; bu kararlar iptal edilebilir kararlar olarak addedilmekteydiler ve hükümden düşürülmeleri için Kralın iptal iradesini izhar etmesi gerekmektedir. Şu hâlde, politik ihtiyaçlar, Fransa'da, Kral lehine bir müracaat yolu kurulmasına sebebiyet vermiş ve bu yolu, zamanla, Kral adına ve onun yerine, *Conseil du Roi* olarak adlandırılan kurul kullanır olmuştur. Kral, bir müddet sonra, yerel *Parlement*'leri kontrol etmek ve iradesini hakim kılmak için özel menfaatlardan de yararlanmayı düşünmüş ve takriben 16.yüzyılın sonlarında uyuşmazlığın taraflarına, yerel *Parlement* o uyuşmazlığı karara bağlarken Kralın emirnamelerini ihlal etmişse, "*demande en cassation*" (bozma talebi) yolu ile bu ihlalleri *Conseil du Roi*'ya intikal ettirme yetkisini vermiştir. Ve kısa bir süre sonra, taleplerin çokluğu *Conseil du Roi* nezdinde özel bir bölümün, *Conseil des parties* adı altında, bu talepleri incelemek üzerine kurulmasına neden olmuştur. Görüldüğü gibi, bu safhada Fransa'da içtihat birliğinin gerçekleştirilmesi endişesi henüz mevcut değildi; zira Fransa, hukuk birliğini daha sağlayamamıştı. Hakimler kararlarını gerekçelendirmedikleri için, yerel örf ve adetler ile Kraliyet mevzuatı çerçevesinde dahi hukukun yeknesak bir şekilde uygulanması imkansız gibi gözüküyordu.

Bu durum 1789 Fransız İhtilaline kadar devam etti. 1789 İhtilalinden sonra, 1790 yılında, *Tribunal de cassation* (Temyiz Mahkemesi) kuruldu. Ancak, bu mahkeme de içtihat birliğinin gerçekleştirilmesi fikrine başlangıçta tamamen yabancı idi. Gerçi artık Fransa'da hukuk birliği sağlanmıştı; fakat *Ancien Régime*'de *Parlement*'lerin merkezi güce sık sık kafa tutmuş olmaları, ihtilalcileri onların haleflerine karşı temkinli davranmaya sevketmişti. Bu nedenle ihtilalciler içtihat fikrini reddetmişler ve boşluk içermeyen kazüistik kanunlar vaz etmek suretiyle yerel mahkemelerin bağımsız hareket alanını daraltmak, hatta hiçe indirmek yoluna gitmişlerdi.

¹⁸ İncelememizde "temyiz mahkemesi" terimi, küçük harflerle başladığı zaman, jenerik ve genel bir nitelendirme olarak adli yargı alanındaki yüksek mahkemeyi (kontrol mahkemesini, kanun mahkemesini) ifade etmektedir.

¹⁹ Fransa Krallığı'nda, *Ancien Régime*'de (1789 Fransız İhtilaline kadar süren dönemi kapsayan siyasal, iktisadi ve toplumsal rejim), belli bir coğrafi bölgede Kral adına adaleti tevzi eden son derece mahkemeleri "*Parlement*" olarak adlandırılıyordu. Bu mahkemeler belli bir konudaki içtihatların sentezini yaparak genel kapsamlı ve yargısal faaliyette buldukları bölgedeki bütün alt mahkemeleri bağlayan ilke kararları verme yetkisini haiz olmakla, sınırlı bir yasama gücüne de sahiptiler. Fransız İhtilalinden sonra, 1790 yılında bütün yerel *Parlement*'ler ilga edildi ve hakimlerin Devlet tarafından seçilip atanması yöntemine geçildi.

²⁰ Calamandrei, C.VI, s.61.

Bu şartlar altında *Tribunal de cassation* yasama organının yanında, onun bir tamamlayıcısı olarak yer almaktaydı ve yegane fonksiyonu somut uyuşmazlıkları çözümlerken yerel mahkemelerin kanuna başkaldırma, onu tanımama, onun gösterdiği çözümlere itibar etmeme sayılabilecek kadar açık ve büyük kanuna aykırılıklar taşıyan kararlarını iptal etmekten ibaretti. *Tribunal de cassation*'u yasama gücünü yargı gücünün tecavüzlerine karşı koruyan bir muhafız olarak telakki eden bu anlayış 1837'ye kadar devam etti.

Geçen zaman zarfında, kanunları uygulamakla görevli olan mahkemelerin kaçınılmaz bir şekilde kanunları yorumlamak zorunda kalacakları ve bu faaliyetin yargısal bir faaliyet olduğu anlaşıldı. Hatta 1803 Fransız *Code civil*'i yorum faaliyetini açıkça hakimlerin görevi içinde mütalaa etti.

Böylece, 1837 yılında çıkarılan bir kanun, *Cour de cassation*'u bir yargı organı olarak telakki ederek, ona, hukuk kurallarının sadece doğru değil, aynı zamanda yeknesak uygulanmasını sağlama görevini de yükledi²¹.

İşte, hukukumuzda 1868 yılında Divan-ı Ahkâm-ı Adliye adıyla kurulan, daha sonra 1879 yılında Mahkeme-i Temyiz, 1920 yılında Muvakkat Temyiz Heyeti, 1924 yılında Temyiz Mahkemesi, 1945 yılında da Yargıtay adını alan yüksek mahkeme bu temel düşünce esas alınarak kurulmuştur. Şu hâlde, hukukumuzda Yargıtay'ın görevi hukukun ülke içinde uygulanmasında birliği sağlamaktır ve bu fonksiyon bugün artık bireysel bir temele dayanmaktadır: kanun önünde eşitlik ilkesi²². Bugün temyiz mahkemesi kurumuna bütün dünyada atfedilen içtihat birliğini sağlama görevinin temelinde bulunan, bir bakıma bu görevin varoluş nedenini oluşturan bu ilke, hukuk kurallarının aynı şartlar altında bulunan herkese aynı şekilde uygulanmasını gerektirir.

Hiç kuşkusuz, günümüzde artık temyiz kanun yolunun amacı kralın şahsını veya iradesini ya da kanun koyucunun otoritesini korumaktan ibaret değilse de, bu fonksiyonun tamamen ortadan kalktığı ve çağdaş temyiz anlayışında artık yeri bulunmadığı iddiası de gerçeklere uygun değildir. Çünkü, bugün dahi, kanunun mücerret ihlali, bu ihlalin içtihat birliğine olan ve bazen ihmal edilebilecek kadar önemsiz addedilebilen etkisinden bağımsız olarak, temyiz mahkemesinin (ülkemizde, Yargıtay'ın) müdahalesine maruz kalabilecektir²³. Gerçek bir kanun yolu olup olmadığı

²¹ Bütün bu hususlar hakkında bkz.Calamandrei, C.VIII, s.273 vd.; Solus, H./Perrot, R., Droit judiciaire privé, Tome I, Paris 1961, s.600 vd. no 678; Schupbach, s.66 vd.; Liebman, C.II, s.316 vd. no 329.

²² Schupbach, s.21, s.22 ve s.110. Aynı anlamda: Postacıoğlu, İ., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s.95; Bilge, s.7; Sivrihisarlı, Ö., Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978, s.3.

²³ Schupbach, s.110.

tartışması bir yana²⁴, kanun yararına temyiz (HUMK m.427, f.6; HMK m.363), biraz da, temyiz kanun yolunun ihdasına neden olan bu fonksiyonun günümüze intikal eden uzantısıdır²⁵.

²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.918.

²⁵ Liebman, C.II, s.333 no 336; Rigaux, s.18 no 12; Schupbach, s.67.

İSLAM VE MODERN HUKUKTA YARGIÇ AHLAKI

(The Ethical Principles for Judges in Islamic and Contemporary Law)

Recep ÇİĞDEM*

ÖZET

Bu çalışmada, İslam ve çağdaş hukukun yargıç ahlakı ve etiği yaklaşımı ele alınacaktır. Adaletin önemli parçası olan yargıçların vereceği kararların toplumu derinden etkilediği bilinmektedir. Bu nedenle, 2003/43 sayılı Birleşmiş Milletler Bangalore yargı etiği *ilkeleri* benimsenmiştir. Mecelle de bu konuya yer vermiştir. Bu bağlamda bazı ayet ve hadisler de bulunmaktadır. Çalışmamızda, ayet ve hadisler ışığında İslam hukukunun konuya yaklaşımı verildikten sonra, çağdaş hukukun yaklaşımı incelenecektir. Umarız bu çalışma, yargıç ahlakı konusunun anlaşılmasına katkı sağlar.

Anahtar kelimeler: Ahlak, etik, yargıç, meslek ahlakı, hukuk

Abstract

This study examines the ethical principles for judges. The ability of legal system to function effectively and to deliver the kind of justice that people need and deserve depends in large part on the ethical standards of judges. For this reason, United Nations adopted Bangalore Principles of Judicial Conduct with its resolution 2003/43 of April 2003. Majalla, the civil code of the Ottoman Empire, along with Islamic legal sources deals with this issue. I hope, this contributes to our understanding of ethical principles for judges.

Keywords: Morality, ethic, judge, occupational ethic, law

* Prof. Dr., Harran Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi öğretim üyesi. (Bu çalışma, 16-17 Nisan 2014 tarihleri arasında düzenlenen Kutlu Doğum Sempozyumunda sunulan 'İslam ve modern hukukta yargıç ahlakı/etiği' adlı bildirinin genişletilerek makale formatına dönüştürülmesinden oluşmuştur.)

Giriş

Ahlak, 'bir toplum içinde kişilerin uymak zorunda oldukları davranış biçimleri ve kuralları' ifade eder.¹ Başka bir anlatımla ahlak, 'bir toplumda iyilik ve kötülük hakkında oluşan değer yargılarına göre, yapılması ve yapılmaması gereken davranışlara ilişkin kurallar bütünüdür.'² Başka bir ifade ile ahlak, insan davranışlarının yanlış ve doğruluğunun belirlenerek iyi ve güzel bir yaşamın sağlanmasıdır. Ahlakın dayandığı temelleri araştıran ahlak felsefesine, Yunanca *ethos* yani töre sözcüğünden türeyen etik denilmektedir.³ Etik veya ahlak felsefesi, *'felsefenin 'ödev, yükümlülük, sorumluluk' ve 'erdem' gibi kavramları analiz eden, 'doğruluk' veya 'yanlışlık' ile iyi' veya 'kötüyle ilgili ahlaki yargıları ele alan, ahlaki eylemin doğasını soruşturan ve iyi bir yaşamın nasıl olması gerektiğini açıklamaya çalışan dalı'*⁴ ifade eder. Başka bir tanımla etik, 'çeşitli meslek kolları arasında tarafların uyması veya kaçınması gereken davranışlar bütününe' verilen addır.⁵

Yargıç ahlakı/etiği, yargıcın, karar verme sürecinde uymakla yükümlü olduğu davranış biçimlerini ifade eder. *'Deontolojik yaklaşıma göre, ahlaki ilkeler ve değerler kamu görevlisine kazandırılmışsa; birey karar verirken bunlara dayalı olarak karar verecektir. Kısacası deontolojik teoriler kamu yönetimi açısından, bir meslek üyesinin uyması gereken kuralların tümü olarak algılanabilir.'*⁶

Son zamanlarda yaşanan olaylar, Bangladeş'te 91 yaşındaki Gulam Azzam (Abdulkadir Molla)'nın idam edilmesi,⁷ Mısır'da 528 kişiye idam cezasının verilmesi,⁸ Türkiye'de paralel yargı ifadelerinin basında yer alması, yargıyı, özellikle de yargıç ahlakının yeniden irdelenmesini zorunlu kılmıştır. Zira Hz. Ömer'in ifadesi ile adalet, mülkün (devletin/toplumun veya mülkiyetin) temelidir.⁹ Adalet sisteminin bozulması, çözülmesi veya çürümesi, anarşi, terör ve mafyayı doğurur.

¹ *Türkçe sözlük*, Ankara, Türk Dil Kurumu, 2005, s. 43.

² Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Turhan Kitapevi, 1994, s. 28.

³ Özen, Yener, 'Etik mi? Ahlak mı? Modernite mi? Medeniyet mi? (Değerler Eğitime Sosyal Psikolojik Bir Yaklaşım)', *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 5 (Nisan 2011), s. 69 (http://www.e-dusbed.com/Makaleler/1794748621_ID34%20s.63-87.pdf); Usta, Aydın, 'Kuramdan Uygulamaya Kamu Yönetiminde Etik ve Ahlak', http://iibfdergisi.ksu.edu.tr/Image-simages/files/3_uni_0.pdf; Yaran, Cafer Sadık, 'Kant etiğinden hareketle İslam'da ahlaklılığın en yüksek ilkesinin bulunması', http://isamveri.org/pdfdrgr/D02370/2009_20/2009_20_YARAN-CS.pdf, erişim tarihi, 13.06.2014.

⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.536f13d38d8d98.37436114, erişim tarihi 09.05.2014.

⁵ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.536f13d38d8d98.37436114, erişim tarihi 09.05.2014.

⁶ Usta, 'Etik ve Ahlak'.

⁷ <http://www.bbc.com/news/world-asia-25345415>; http://en.wikipedia.org/wiki/Ghulam_Azam;

⁸ <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-26712124>.

⁹ Çakar, devletin temelinin subjektif olup kişiden kişiye farklılık arz eden adalet kavramı değil,

Adalet kavramı, Kur'an'da defalarca vurgulanan temel kavramlardan birisidir. Bununla ilgili bazı ayetler şöyledir. 'Şu bir gerçek ki Allah, size emanetleri ehline vermenizi, insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder.'¹⁰

'Ey Davud! Biz seni yeryüzünde halife yaptık. İnsanlar arasında, hak (adaletle) hükmet; keyf(in)e uyma, sonra seni Allah'ın yolundan saptırır. Allah'ın yolundan sapanlar ise, hesap gününü unuttuklarından dolayı, çetin azaba uğrayacaklardır.'¹¹

'Allah, sizi, din konusunda sizinle savaşmamış, sizi yurtlarınızdan da çıkarmamış kimselere iyilik etmekten, onlara âdil davranmaktan men etmez. Şüphesiz Allah, âdil davrananları sever.'¹²

'Ey iman edenler! Kendiniz, ana babanız ve en yakınlarınızın aleyhine de olsa, Allah için şahitlik yaparak adaleti titizlikle ayakta tutan kimseler olun. (Şahitlik ettikleriniz) zengin veya fakir de olsalar (adaletten ayrılmayın). Çünkü Allah ikisine de daha yakındır. (Onları sizden çok kayırır.) Öyle ise adaleti yerine getirmede nefsinize uymayın. Eğer (şahitlik ederken gerçeği) çarpıtırsanız veya (şahitlikten) çekinirseniz (bilin ki) şüphesiz Allah, yaptıklarınızdan hakkıyla haberdardır.'¹³

'Ey iman edenler! Allah için hakkı titizlikle ayakta tutan, adalet ile şahitlik eden kimseler olun. Bir topluma olan kininiz, sakın ha sizi adaletsizliğe itmesin. Adil olun. Bu, Allah'a karşı gelmekten sakınmaya daha yakındır. Allah'a karşı gelmekten sakının. Şüphesiz Allah, yaptıklarınızdan hakkıyla haberdardır.'¹⁴ Bu ayet açıkça, haksızlığal/adaletsizliğe uğranılmış olsa dahi, haksızlık ve adaletsizlik yapılmamasını istemiştir. Bunun diğer bir örneği, Hz Aişe'ye iftira atan gurup arasında bulunan Mistah'a, Hz. Ebu Bekir'in yardımını kesmesini beyan etmesinin yanlışlığını vurgulamak üzere indiği söylenen şu ayettir: 'İçinizden varlık ve servet sahibi kimseler yakınlarına, düşkünlere ve Allah yolunda hicret edenlere (kendi mallarından bir şey) veremeyeceklerine yemin etmesinler. Onlar affetsinler, vazgeçip iyi muamelede bulunsunlar. Allah'ın sizi bağışlamasını arzu etmez misiniz? Allah çok bağışlayandır, çok merhamet edendir.'¹⁵

Konu ile ilgili bazı hadisler ise şöyledir:

belki hukukun oluşturduğunu; bu nedenle bu sözde yer alan adalet kavramının hukuk olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Çakar, Aysen Seymen, 'Adalet mülkün temeli midir?', <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1275>, erişim tarihi 04.05.2014.

¹⁰ Kur'an, Nisâ 4/58.

¹¹ Kur'an, Sâd 38/26.

¹² Kur'an, Mümtahine 60/8.

¹³ Kur'an, Nisâ 4/135.

¹⁴ Kur'an, Mâide 5/8.

¹⁵ Kur'an, Nûr 24/22. Ayetin nüzul sebebi için bkz. Ahmed b. Muhammed es-Sâvi, *Hâşiye alâ tefsîr-i Celâleyn*, İstanbul, Eser Neşriyat ve dağıtım, 1972, c. 3, s. 133-134.

'Kararlarında, yönetiminde ve velayeti altındakilere adil olanlar, Allah katında nurdan yüksek koltuklar üzerinde oturacaklardır.'¹⁶

'Bir an adaletle hükmetmek, altmış yıllık nafil ibadetten daha hayırlıdır.'¹⁷

'Adalet sahibi yargıç/kadı, kıyamet günü getirilir, şiddetli bir hesapla karşılaşır ve temenni eder ki: 'Keşke iki kişi arasında bir hurma davasını dahi karara bağlamasaydı.'¹⁸

'Kıyamet gününde insanların Allah'a en sevgili olanı ve Allah'a en yakın bulunanı adil devlet başkanıdır.'¹⁹

'Adalet güzeldir, fakat yöneticilerde daha güzeldir.'²⁰

'Yedi kimseyi Allah kendi gölgesinden başka gölge bulunmayan kıyamet gününde, kendi gölgesinde barındıracaktır. Bunlar: Adaletli devlet reisi...'²¹

'Cennetlikler üç gruptur. Bunlar: Adil ve başarılı devlet başkanı, yakınlarına ve Müslümanlara karşı merhametli ve yufka yürekli olan kişi, ailesi kalabalık olduğu halde haram kazançtan sakınıp kimseden bir şey istemeyen adamdır.'²²

'Kim, Müslümanların yargıçlık hizmetini isteyerek alsa, sonra adaleti zulmünün üzerinde olsa cennete girer. Zulmü adaletini geçerse, ateş onun olur.'²³

'Yargıç zulmetmedikçe, Allah onunladır. Zulmettiğinde, Allah onu terk eder, artık şeytan onunla beraberdir.'²⁴

'Kadı üçtür: Biri cennetlik, ikisi cehennemliktir. Cennetlik olan, hakkı bilip öyle hükmedendir. Hakkı bilip hükümünde adaletsiz davranan cehennemliktir. Bilgisizce hüküm veren de cehennemliktir.'²⁵

Hız peygamber döneminde yaşanan şu olay ise hukukun herkese eşit olmasını göstermesi açısından manidardır. Bir gün Mahzum oğulları kabilesine mensup Fatıma adında bir kadının hırsızlık yaptığı söylenerek, Hz. Peygamberin huzuruna getirilmişti. Kadının, elinin kesilmesine hükmedildi. Fakat daha önceki gelenek ve alışkanlıklara göre Kureyş'ten olan asil bir kadın hakkında suç işlemiş olsa dahi böyle bir hüküm verilemezdi. İnfazın durdurulması için Kureyş'in ileri gelenleri Hz. Pey-

¹⁶ Nesâî, *Âdâbü'l-kudât*, 1.

¹⁷ Aclûni, *Keşfü'l-hafâ*, Beyrut, Dâru'l-kutubi'l-ilmiyye, 1988, c. 2, s. 58.

¹⁸ Gümüşhânevî, Ahmed Ziyâeddin, *Râmûzu'l-ehâdis*, Matbaayı Hulusi, 1326/1909, s. 505.

¹⁹ Tirmizî, *Abkâm*, 4.

²⁰ Aclûni, *Keşfü'l-hafâ*, c. 2, s. 58.

²¹ Buhârî, *Ezân*, 36.

²² Müslim, *Cennet*, bab 16 (63).

²³ Ebû Davud, *Akdîye*, 2 (3575).

²⁴ Tirmizî, *Abkam* 4.

²⁵ Ebû Dâvud, *Akdîye* 2, (3573).

gamber'in çok sevdiği Üsâme b. Zeyd'i²⁶ göndererek bu kadının affedilmesini istediler. Hz. Peygamber, Üsâme'nin aracı olmasından çok rahatsız oldu. Hemen ashabını mescide toplayıp bu konuda onlara şöyle hitap etti: *'Ey insanlar! Sizden evvel yaşamış toplumların neden dolayı yollarını şaşırıp saptıklarını biliyor musunuz? Asilzadeleri bir hırsızlık yaptığı zaman onu affeder, zayıf ve kimsesizleri bir şey çalarsa onları cezalandırmırlardı. Allah'a yemin ederim ki, böylesine kötü bir hırsızlığı Mahzum kabilesine mensup Fatıma değil, kendi kızım Fatıma yapmış olsaydı, kesinlikle onun elini keserdim.'*²⁷

İslam Hukukunda Yargıç Vasıfları ve İlkeleri

Yargıçlar, bağlılık ve mensubiyet esasına göre değil de ehliyet esasına göre atanmalı ve yargılamanın tüm aşamalarında özellikle de kararlarını verirken, kılı kırk yararcasına hassas olmalıdırlar. Ehliyet konusu,²⁸ yukarıda tamamı verilen ayette şöyle ifade edilmiştir: *'Şüphesiz ki Allah, size emanetleri ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman, adalette hükmetmenizi emrediyor.'*²⁹

Bir defasında, Hz. Peygambere, bir şahıs: 'Ey Allah'ın Peygamberi! Kıyamet ne zaman?' diye sordu. Hz. Peygamber şu cevabı verdi: 'Emanetler zayı edildiğinde.' Aynı şahıs, 'Emanetler nasıl zayı edilir?' diye sordu. Hz. Peygamber: *'İş, ehli olmayan kişilere verilince kıyameti bekle,'* diye cevap verdi.³⁰ İki kişi, Allah Resulü'ne gelip kendilerini emir tayin etmelerini rica ettiler. Allah'ın ölçisi: *'Biz, işimizi isteyen ve makam düşkününe vermeyiz,'* dedi.³¹ Hz. Peygamber, kendisinden valilik isteyen Ebu Zerr el-Gıfari'ye de şöyle demiştir: *'Ey Ebu Zerr! Sen zayıfsın, o makam bir emanettir. Sonu da kıyamet gününde bir perişanlık ve pişmanlıktır. Yalnız hak ederek alan ve üzerine düşeni de yerine getiren müstesnadır.'*³²

Yargıçlar, etik ve ahlaki ilkeler ile aldıkları eğitim ve bilimin ışığında taraf olmadan ve korkmadan gerçekleri tüm çıplaklığı ile ortaya çıkarmak zorundadırlar. Bu nedenle yargıçların, taşınması gereken temel özellikler bulunmaktadır. Bu özellikleri,

²⁶ Hz. Peygamberin azatlı kölesi Zeyd b. Sabit'in oğludur. Bir anlamda manevi torunudur.

²⁷ Müslim, *Hudûd*, bab 2 (8).

²⁸ Torpil ve aracılık ile yargıçlık (kamu) görevinin alınmaması şu hadiste özellikle vurgulanmıştır: 'Kim kadılık talep eder ve bunun gerçekleşmesinde yardım talep ederse (torpil), bu görev kendisine yıkılır. Kime de o iş istemeden verilirse, Allah ona doğruyu gösterecek bir melek gönderir. [Ona yardımcı olur]'. Ebû Dâvud, *Akdiye*, 3, (3578).

²⁹ Kur'an, *Nisâ* 4/58. Halife Ömer, Ebu Musa el-Eş'ârî'ye yazdığı bir mektubunda şöyle demiştir: 'Zengin ve asaletli olmayan hiçbir kimseyi yargı görevine tayin etme, çünkü zengin olan kimse başkasının malına göz dikmez, soyu asil olan kimse de insanlar arasında vereceği kararların neticesinden korkmaz.' Yıldırım, Şahban, 'İslam hukukunda yargıç etiği', *e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi*, S. 8 (Kasım 2012). <http://le-sarkiyat.com/makaleler/8.sayil/3.pdf> erişim tarihi 10.05.2014.

³⁰ Buharî, *İlim*, 2.

³¹ Buharî, *Abkam*, 1.

³² Müslim, *İmâret*, bab 4, (16).

Mecelle şöyle sıralamıştır: 'Hakim, hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır.'³³ Hz. peygamber ise bunu şöyle ifade etmiştir: '*Her şey için bir sütün vardır; bu dinin sütünü, hakîm (güçlü/kabiliyetli/bilgili) fakihdir/yargıçtır.*'³⁴

Hakimin temyiz-i tamma muktedir (aklı ve zekası yerinde, fiziksel ve ruhsal gelişimini tamamlamış) olması lazımdır.³⁵ Hakim, mesaili fihriyyeye ve usuli muhakemeye vakıf ve deavi-i vakıayı anlara tatbikan fasl ve hasme muktedir olmalıdır.³⁶ Başka bir ifade ile, hakimin iyi bir hukuk bilgisi yanında, onu uygulayabilecek yeteneğinin olması gerekir. Hukuk bilgisine şu hadisler de dikkat çekmektedir: '*Dinin afeti üçtür: Fâcir fakih (kural tanımaz hukukçu/yargı mensubu), zalim devlet başkanı, cahil müctehit (bilgisiz hukukçu/yargıç).*'³⁷ '*İlimsiz fetva veren, fetva verdiği kişinin günahını yüklenir, doğrusu başka olduğu halde doğru diye arkadaşını yönlendiren kişi ona ihanet etmiş olur.*'³⁸

Hakimin yargılamada takınması gereken tavır ile ilgili ise Mecelle şu düzenlemeleri yapmıştır: Hakim, beyne-l hasmeyn adl ile memurdur...Muamelatta tamamıyla adl ve musâvata riayet etmesi lazımdır.³⁹ Yani, hakim, eşitlik ve adalet ilkesinden hiçbir zaman ayrılmamalıdır. Hakim...mahabeti meclisi izale edecek efal ve harekattan ictinab etmelidir.⁴⁰ Hakim...töhmet ve sû-i zanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır.⁴¹ Bu nedenle, hâkim, taraflardan hiçbirinin hediyesini kabul etmez,⁴² ve birbirini mahkemeye veren taraflardan hiçbirinin ziyafetine gitmez.⁴³ Zira hediye, rüşvet gibi algılanır, ziyafete icap etme ise taraf tutma vehmi doğurabileceği gibi böyle beklentiye de neden olabilir. Hakim bunlardan kaçınarak, tarafsız, objektif ve adil bir yargılama yapmayı garanti altına almış olur.

Tarafsız ve objektif olma, adil yargılamanın temel şartıdır. Kur'an, çirkinlik ve yanlış yapanlara dahi tarafsız ve objektif bir yargılama yapılarak adil olunmasını iste-

³³ Hakîm: Alim, bilgin, haklı ve haksız ayırıp hak ve adalet üzere hükmeden. Fehîm: Akıllı, zeki, anlayışlı. Müstakîm: Doğru, hilesiz, temiz, dürüst. Emîn: Emniyetli, kendine inanılan, itimat edilen, güvenilir. Mekîn: Vakarlı, temkinli, yerleşmiş, oturmuş, sakin. Metîn: Sağlam, kendine güveni olan, metanet sahibi, dayanıklı. Mecelle, 1792; Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Abkâm-ı Adliyye)*, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1990, s. 407.

³⁴ Gümüshânevî, *Râmûz*, s. 371.

³⁵ Mecelle 1794; Maverdi, *el-Abkâmüs-sultaniyye*, Beyrut, Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, t.y. s. 83-86.

³⁶ Mecelle 1793.

³⁷ Gümüshânevî, *Râmûz*, s. 4.

³⁸ Gümüshânevî, *Râmûz*, s. 407.

³⁹ Mecelle 1799.

⁴⁰ Mecelle 1795.

⁴¹ Mecelle 1798.

⁴² Mecelle 1796

⁴³ Mecelle 1797. Bu ilkeler için ayrıca bkz. Merğînâni, *el-Hidâye*, İstanbul, Kahraman Yayınları, 1986, c. 3, s. 103; Maverdi, *Abkâmüs-sultaniyye*, s. 89-91, 96.

miştir.⁴⁴ Zira, yanlış yapanlara karşı tarafsız ve objektif olunmama ihtimali çok yüksektir. Bu nedenle, bu konuya özellikle dikkat çekilmiştir. Şu örnek ise manidardır: Hz. Ömer ile Übey b. Ka'b arasında bir konuda anlaşmazlık çıktı. Ka'b'ın önerisi üzerine *Zeyd b. Sabit*, hakem olarak belirlendi. Davalı Hz. Ömer ve davacı Übey, mahkemeye geldiler. Hakim halifeye başköşeyi gösterdi: '*Müminlerin yöneticisi, siz burada oturunuz.*' Hz. Ömer buna karşı çıktı ve Zeyd'e şöyle dedi: '*Bu yaptığın ilk adaletsizliktir. Benim davacı yanında oturmam gerekir.*' Sonra şöyle bir uyarıda bulundu: '*Huzurunda (hukuk önünde) halife/devlet başkanı ile halktan birisi eşit olmadığı sürece; bu makama lâyık olamazsın! Hâkim görev başında iken halifenin değil, Allah'ın emir ve hükmünü yerine getirmelidir.*'⁴⁵

Karar aşamasında hakimin fiziksel ve ruhsal durumu ise şöyle özetlenmiştir: Açlık, uyku ve benzeri tefekküre mani olabilecek bir arıza ile zihni müşevviş olduğu halde hükme tesaddi etmemelidir.⁴⁶ Bu, psikolojik durumları kapsadığı gibi açlık, susuzluk ve uykusuzluk gibi fizyolojik durumları da kapsar. Hakim, karar aşamasında, sakin, rahat, fiziksel ve psikolojik durumu karar vermeye uygun olmalıdır. Aksi halde, kararında yanılma ihtimali yükselecektir. Bu nedenle, Hz. Peygamber, 'hâkim öfkeli iken karar vermemelidir,' demiştir.⁴⁷

Hak, 'vakiya, gerçeğe mutabık hüküm'⁴⁸ diye tanımlanmıştır. Yani gerçeklerin ortaya çıkarılması hakkın tespiti için önem arz etmektedir. Gerçeklerin ortaya çıkarılması, yargıcın temel görevidir. Hakkın ortaya çıkarılması ise, ciddi ve dikkatli inceleme yapmayı gerektirir. Bu bağlamda, hiçbir bilgi veya belge adaletten gizlenmemelidir. Şu hadisler, bu konuya dikkat çekmişlerdir:

*'İlmi gizleyene, denizdeki balık ve gökteki kuş dahil, her şey lanet eder.'*⁴⁹

*'İlim konusunda birbirinize nasihat edin/samimi olun, ilmi birbirinizden gizlemeyin, zira ilimde hıyanet malda hıyanetten daha büyüktür.'*⁵⁰

Mahkemelerde gerçekler gizlenmemelidir. Bilim adamları, bildikleri gerçekleri saklamamalıdır. Yeterli inceleme ve araştırma yapmadan, yanlış karar veren yargıç, yalnızca karar verdiği kişiye değil, topluma ihanet etmiş olur.

Yargıç, davacı ve davalı ile empati kurmalıdır. Kendisi, onların yerinde olsaydı, kendisine nasıl davranılmasını isterse ona göre hareket etmelidir. Karar verirken, vicdanın sesine kulak vermelidir. Hz. Peygamberin şu sözü bu konuda yol göstericidir:

⁴⁴ Kur'an, *Mâide*, 5/8.

⁴⁵ Sarıcık, Murat, *Dört Halife Dönemi*, İstanbul, Nesil Yayınları, 2002, c. 1, s. 417-418.

⁴⁶ Mecelle 1812.

⁴⁷ Buhâri, *Abkâm* 13.

⁴⁸ Ali b. Muhammed el-Cürçani, *et-Ta'rifat*, Beyrut, Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1983. s. 89.

⁴⁹ Gümüşhânevi, *Râmûz*, s. 337.

⁵⁰ Gümüşhânevi, *Râmûz*, s. 258.

'Müftüler sana fetva verseler de, sen kalbindeki vicdanına sor ve onu tatmin eden şeye yönel.'⁵¹

Yargıç, avukatların kelime oyunlarına karşı çok dikkatli olmak zorundadır. Zira çağımızda, mahkeme salonları avukatların kelime oyunları ile doludur. Avukatlar, gerçeğin ortaya çıkmasını değil, müşterilerinin haklı çıkmasını arzu ederler ve onun için çalışırlar. Zira onların amacı adalet değil, para kazanmaktır.⁵² Hz peygamber, bu duruma şöyle dikkat çekmiştir: '*Aranızdaki bir meselede bana gelirsiniz. Olur ki, kiminiz kiminizden daha ikna edici konuşur da, ben de bana anlatılana göre onun lehinde karar verebilirim. Eğer ben, kardeşinin hakkına rağmen biri lehinde hüküm verirsem, o kişi bilmelidir ki, ona Cehennem ateşinden bir kor vermişimdir. Onu, almasın.*'⁵³

Yargıç, görevini yaparken yetkisini aşmamalı ve ideolojik kararlar vermemelidir. Kararları hukuka ve adalete uygu olmalı ve mahşeri vicdanı sızlatmamalıdır.⁵⁴ Hz. Peygamber, bu konuda şöyle demiştir: '*Kıyamet günü insanların Allah'a en uzak olanı, emredilen dışında hareket eden kadı/yargıçtır.*'⁵⁵ Yani, görevini dürüst yapmayan, yasa dışına çıkan, yetkisini aşan yargıç, Allah'a en uzak olan kişi olacaktır.

Modern Hukukta Yargıç Vasıfları ve İlkeleri

Amerikan hukuku, hakimın taşıması gereken özellikleri şöyle sıralamıştır: Yasalar ve usul hakkında mükemmel bilgiye sahiptir. Kararlı ve azimlidir, fakat kibirli değildir. Cesur, kibar, düşünceli, merhametli, sabırlı, müsamahalı, akıllı, eğlenceli, hassas, bağımsız, tarafsız ve vakurdur.⁵⁶

Bazı yazalar, iyi bir yargıcın taşıması gereken vasıfları şöyle sıralamışlardır: İyi bir yargıç, hukukçu mizaca sahip olmalı, zeki, ahlaklı, cesur, dürüst, deneyimli ve eğitilmiş olmalı, iş yükünü kaldıracak, hukuk eğitimine devam edebilen, iletişim kabiliyeti olan, sivil ve mesleki sorumluluk alabilen, sağlıklı ve en iyi karaktere sahip olmalıdır.⁵⁷

⁵¹ Ahmed, Müsned, c. 4, s. 194.

⁵² Hukuk sisteminin manipüle edilmesi ile ilgili bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Criminal_justice.

⁵³ Buhâri, *Şehâdet*, 27.

⁵⁴ Anayasa mahkemesinin yetkisini aşarak aldığı kararlarla ilgili bkz. Yüksel, Metin, 'Anayasal demokrasi içinde anayasa mahkemesinin konumu', *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 2, sayı 1, (2012) <http://hukuk.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/65/files/yuksel-metin-20052013.pdf>; Ulusoy, Ali 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin üniversitelerde türban yasağına ilişkin kararları üzerine notlar,' <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-53-04/AUHF-2004-53-04-Ulusoy.pdf>, erişim tarihi: 12.05.2015.

⁵⁵ Gümüşhânevi, *Râmûz*, s. 7.

⁵⁶ Fırat, Ahmet, 'Yargı etiği ve meslekî kimlik', <http://www.teftis.adalet.gov.tr/etik.pdf>, erişim tarihi: 29.05.2014.

⁵⁷ Platt, Steven, 'The Qualities of a Good Judge', <http://www.apursuitofjustice.com/the-qualities-of-a-good-judge/>, erişim tarihi: 10.05.2014.

2001'de Hindistan'ın Bangalore şehrinde belirlenen ve 23 Nisan 2003 tarih ve 2003/43 sayılı kararla kabul edilen Birleşmiş milletler⁵⁸ yargı ilkeleri ise şöyle sıralanmıştır:⁵⁹

- Bağımsızlık, (Independence)
- Tarafsızlık, (Impartiality)
- Doğruluk ve Tutarlılık, (Integrity)
- Dürüstlük, (Propriety)
- Eşitlik, (Equality)
- Ehliyet ve Liyakat (Competence and diligence).⁶⁰

Bu ilkeler, Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulunca 27.6.2006 gün ve 315 sayılı kararla benimsenmiş ve bu durum Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 14.11.2006 gün ve 100289 sayılı yazısı ile hâkim ve savcılara duyurulmuştur.⁶¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 20.11.2007 tarih ve E:2007/5-83 K:2007/244 sayılı kararında bu ilkelere atıf yapmıştır.

Şimdi bu ilkeleri tek tek ele alalım.

1- Bağımsızlık

Yargıcın, nereden gelirse gelsin tüm müdahalelere karşı koyması ve kararlarını vicdani kanaatine göre alması gerekir. Bu bağlamda, yasama, yürütme ve diğer yargı organlarından ve hatta daha önce vermiş olduğu kararlarından bağımsız olarak karar vermesi gerekmektedir.⁶²

⁵⁸ Hakimler ve savcılar kanununun 65. Maddesinde bu konu ile ilgili bazı ilkeler göze çarpmaktadır: Yer değiştirme cezası: a)... Mesleğin şeref ve nüfuzunu veya şahsi onur ve saygınlığını yitirmek, b)... Görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak, c) Hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yapmak, d) Meslektaşlarıyla geçimsiz ve dirliksiz olmak, e) Rüşvet aldığı kanısı uyandırmak, f) Hediye istemek.

⁵⁹ Savcılar için kabul edilen Budapeşte İlkeleri de benzer özellikler taşımaktadır: Savcılar, görevlerini adil, tarafsız, tutarlı ve süratli olarak icra ederler, insan onuru ve insan haklarına saygı duyar, bu değerleri korur ve desteklerler, toplum adına ve kamu yararına davrandıklarını dikkate alırlar, toplumun genel çıkarı ile birey hakları ve çıkarları arasındaki adil dengeyi bulmaya çalışırlar. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/conferences/cpge/2005/CPGE_2005_05Lignes-Directrices_en.pdf, erişim tarihi: 12.06.2014.

⁶⁰ http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_e.pdf; Erdoğan, M. Zafer, 'Hâkimler ve yargı etiği kuralları', 18/06/2008, Radikal Gazetesi; <http://www.etik.gov.tr/BilgiBanksi.aspx?id=7>, erişim tarihi: 10.05.2014.

⁶¹ Erdoğan, 'Yargı etiği kuralları'.

⁶² http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_e.pdf; <http://www.teftis.adalet.gov.tr/etik.pdf>, erişim tarihi: 10.05.2014.

Yargıç, yargıya yönelik kamusal güveni güçlendirebilmek için yargı etiği ilkelere titizlikle uymalıdır. Bu bağlamda, yargıç, olayları kendi gerçekleri temelinde değerlendirmeli, doğrudan veya dolaylı müdahale, tehdit, baskı, vs etkilerden uzak kalmalıdır. Bu bağlamda, her türlü sivil veya askeri, ferdi veya toplu tehdit, baskı, yıldırma, mobbing, tape kaydı ve benzeri müdahaleler, yargıcın bağımsız karar vermesini engelleyici girişimler olarak değerlendirilmelidir.

Yargıç, toplumdan ve davanın taraflarından bağımsız olarak yani toplumun veya tarafların etkisi altında kalmadan karar vermelidir. Aynı şekilde, yasama ve yürütme organlarının etkisinden fiilen uzak olmalı ve makul gözlemci için de bu organlardan uzak olduğunu gösterebilmelidir. Yargısal görevlerini yerine getirirken, diğer yargıçlardan da bağımsız olmalı ve onlardan etkilenmemelidir.⁶³

2- Tarafsızlık

Birleşmiş milletlerin kararında yer alan sıralamayı takip etmeseydim, ilk sırada buna yer verirdim. Zira yargıcın görevini, önyargısız ve iltimasız olarak yerine getirmesini ifade eden bu kavram, yargıcın bağımsızlığından da önce gelen bir ilkedir. Günümüzde, özellikle de Türkiye'de son dönemlerde yaşanan olaylar, yargıçların bağımsızlığından çok tarafsızlığını tartışılmalı hale getirmiştir. Askerden tavsiye alan yargıçların yanında, sivillerden tavsiye alan ve taraf tutan yargıçların olduğu da medyada yer almıştır ki; bu durum adalet sistemine vurulan en büyük darbedir ve halkın yargıya güvenini sarsacak boyuttadır.

Bu maddenin detayında şunlara yer verilmiştir:

a-Yargıç, görevini, önyargısız ve iltimasız yerine getirmelidir.

b- Yargıç, mahkeme içindeki ve dışındaki tüm davranışları ile yargıç ve yargının tarafsızlığı konusunda halka, hukuk mesleğine ve dava taraflarına güven vermeli ve bu güvenin artırılmasına katkı sağlamalıdır.

c-Yargıç, davaya bakmaktan men edilme (reddi hakim) durumuna düşmemek için olanca gücüyle gayret sarf etmelidir.

d-Yargıç, önüne gelme ihtimali bulunan bir olayda, sonucu etkileme veya sürecin adil işlememesi ihtimaline karşı, her hangi bir yorum yapmaması gerektiği gibi, bir şahsın ve bir olayın adil yargılanmasını etkileme ihtimaline karşı da halka açık yorumlarda bulunmamalıdır.

e-Tarafsız yargılama yapamayacağına kanaat getiren veya makul bir gözlemci için bu kanaatin oluşacağına düşünen yargıç, davadan çekilmelidir.⁶⁴

⁶³ http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_e.pdf; <http://www.nazilli.adalet.gov.tr/birimlerimiz/evrak%5Cbangalortr.pdf>, erişim tarihi: 10.05.2014.

⁶⁴ http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_e.pdf, erişim tarihi: 10.05.2014.

3- Doğruluk ve Tutarlılık

Yargıç, kararlarında doğruluğu ve tutarlılığı esas almalıdır. Kararlarında tutarsızlık bulunmamalıdır, aksi halde halkın adalete güveni zarar görecektir.⁶⁵ BM bunu şöyle ifade etmiştir: ‘Yargıç, makul bir gözlemcinin, serzenişine neden olacak davranışlardan kaçınmalı; tavır ve davranışları ile yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin insanların inançlarını güçlendirmelidir. Adalet sadece gerçekleşmemeli, gerçekleştiği de gözlemlenmelidir.’⁶⁶

4- Dürüstlük

Yargıç, dürüstlüğü zarar veren tüm hal ve hareketlerden sakınmalıdır. Bu bağlamda, kamunun gözünün üzerinde olduğunu unutmamalı, bir vatandaş için normal olarak algılanabilecek bir davranışın kendisi için anormal olarak algılanabileceğini hatırlıktan çıkarmamalı ve buna göre davranış sergilemeli ve yargı mesleğinin onurunu korumalıdır.

Yargıç, hukuk mesleğini icra eden kimselerle olan bireysel ilişkilerinde, tarafgirlik veya bir tarafa meyletme görüntüsü verebilecek durumlardan kaçınmalı ve ailesini temsil eden birisinin davacı olduğu veya böyle bir kimsenin her hangi bir şekilde ilişkili olduğu davalara bakmamalıdır.⁶⁷ Tarafgirlik görüntüsüne yol açmayacak veya yargısal görevlerin icrasında hakimi etkilemek amacıyla verildiği izlenimi yaratmayacak hatıra kabilinden hediye, ödül veya benzeri şeyleri yargıcın alabileceği belirtilmiştir.⁶⁸ ‘Bir fincan kahvenin kırk yıl hatırı vardır’ özlü sözü dikkate alındığında, yargıç hediye almaktan uzak durmalıdır.

5- Eşitlik

Bu ilke, yargıcın, ırk, renk, cinsiyet, din, tabiiyet, ekonomik ve sosyal sınıf gibi toplumun farklı katmalarından gelen insanlara karşı her hangi bir ayrıma gitmemesi, önyargılı olmaması ve ayrımcılık yapmamasını ifade eder. Yargıcın, toplumda var alan bu katmaların farkında olması ve ona göre ön yargısız ve tarafsız davranması gerekmektedir. Hakim, kendi personeli başta olmak üzere, yargı sınıfına mensup olan veya olmayan tüm vatandaşlara karşı eşit uzaklıkta olmalı ve kararlarında bunu

⁶⁵ Başörtüsü kararı, Anayasa mahkemesi için tutarsız karar olup, içtihat değişikliği ile nitelendirilemez. Zira anayasa mahkemesinin, anayasa değişikliğinde esasa girerek denetim yapma yetkisi bulunmamaktadır.

⁶⁶ http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_e.pdf; <http://www.nazilli.adalet.gov.tr/birimlerimiz/evrak%5Cbangalotr.pdf>, erişim tarihi: 10.05.2014.

⁶⁷ İslam hukuku da eş, ana baba, evlat gibi yakın akraba davalarına bakılmasını kabul etmez. Merğınâni, *el-Hidâye*, c. 3, s. 109.

⁶⁸ İslam hukukçularına göre yargıç, yakın akrabaları ile hediye alması adet olduğu kişilerden hediye alabilir. Merğınâni, *el-Hidâye*, c. 3, s. 103.

yansıtmalıdır. Eşitlik ilkesine zarar verecek her türlü ifade avukatlar dahil kimden gelirse gelsin reddetmelidir.⁶⁹

6- Ehliyet ve liyakat

Yeterli bilgi ve uygun karaktere sahip kişiler bu göreve tayin edilmelidirler. Yeterli bilgisi olsa dahi, karakteri, bu mesleğin ağırlığı ve vakarını taşıyamayacak kişiler bu meslekte görevlendirilmemelidirler. Bu bağlamda bilgiyi ölçmek için yazılı bir sınav, karakter ve temsil yeteneğini ölçmek için de adil ve objektif bir mülakat yapılması gerekmektedir. Ancak ne yazık ki, ülkemizde, mülakatların adil ve objektif olmadığı, torpil ve nüfuza dayandığı bilinmektedir. Bu durum, en kısa zamanda bertaraf edilmelidir.

Hayat boyu öğrenme felsefesine uygun olarak, yargıç sürekli bilgisini yenilemeli ve dünyadaki hukuksal gelişmeleri takip etmelidir. Mesleki bilgisini, becerisini ve bireysel yeteneklerini sürdürmek ve artırmak için gerekli adımları atmalıdır.

Yargıç, mahkeme kararlarının verilmesi de dahil tüm yargısal görevlerini etkin, adil ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir. Yargıç, tüm yargılama aşamalarında, davanın tarafları, tanıklar, avukatlar ve resmi bir sıfatı haiz diğer kişilerle ilişkilerinde sabırlı, vakur ve nazik olmalıdır. Hâkim, aynı davranış tarzını tarafların yasal temsilcilerinden, mahkeme personelinden ve hâkimin nüfuzu, yönetimi ve denetimine bağlı diğer kişilerden de talep etmelidir. Yargısal görevlerini layıkıyla yerine getirmesine uygun düşmeyen davranışlar da bulunmamalıdır.⁷⁰

DEĞERLENDİRME

Bu ilkeler önem sırasınca göre sıralanmış olsaydı, en başta ehliyet ve liyakat gelmesi gerekirdi.⁷¹ Liyakat aynı zamanda, doğruluk ve dürüstlüğü yani yargıcın değer yargılarının gelişmiş olmasını gerektirdiğinden ikinci ve üçüncü sırayı bu maddeler alacaktır. Zira kişiliği gelişmemiş ve değer yargıları oturmamış kişiler liyakatlı olmadıklarından bu mesleğe hiç alınmamalıdır. Bu ilkeler yargıçlık mesleğine kabul için ön şart olmak durumundadırlar. Mesleğe kabul edilen yargıcın ise sahip olması gereken en temel ilke, tarafsızlıktır. Zira tarafsız olmayan kişi bağımsız da olamayacaktır. Zira taraf tutma, o tarafa bağımlı olmayı gerektirir. Bağımsızlık, tarafsızlığı takip eden beşinci ilke olmalıdır. Erdemli, tarafsız ve bağımsız olan yargıcın eşitlik ilkesine riayet etmesi kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Zira erdemli ve liyakatli olan yargıç, taraflara nasıl davranacağını zaten biliyordur.

⁶⁹ http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_e.pdf; <http://www.nazilli.adalet.gov.tr/birimlerimiz/evrak%5Cbangalortr.pdf>, erişim tarihi: 10.05.2014.

⁷⁰ http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_e.pdf; <http://www.nazilli.adalet.gov.tr/birimlerimiz/evrak%5Cbangalortr.pdf>, erişim tarihi: 10.05.2014.

⁷¹ Usta, 'Etik ve Ahlak'.

Yukarıda yer alan ilkeler, İslam hukuku tarafından da tavsiye edilmiş ve benimsenmiştir. Bunlarla ilgili bazı örnekler vermek, konunun açıklanması için yeterli olacaktır. Bağımsız ve tarafsız olamayacağını düşünen Ebu Hanife (v. 150/767) tüm ısrarlara rağmen, yargıçlık görevini kabul etmemiştir.⁷² Bilmen, bu konuda Abbasi devletini eleştirir: ‘[İlk Abbasi halifesi] Seffah’ın (750-754), Emeviye hanedanından yüzlerce masum insanı haksız yere öldürdüğü, hatta bir ziyafet esnasında 60-70 insanı pek fecîâne bir halde katlettirdiği rivayet olunuyor. İşte İmam-ı azamın bütün teessürleri bu gibi hallere ait olsa gerektir. Eğer devrinin ricali munsıf olsalardı, eğer yalnız kendi şahıslarını, kendi fâni devletlerini düşünmeyip de idareleri altında bir vediatullah olarak bulunan halka karşı hayırhah bulunsalardı, eğer âmmenin selâmetine matuf ahkama riayet edecek bir kabiliyet gösterelelerdi, İmam-ı azam gibi zevatın tenkitlerini hüsnî telakki eder, bundan bir intibah dersi alır, bu sayede adalet ve istikamet yolunu takip etmiş olurlardı.’⁷³

634-644 yılları arasında devlet başkanlığı görevini yürüten (v. 644) Hz. Ömer’in Yargıçlık görevi ile ilgili Ebu Musa el-Eşari’ye (v. 42/662?) yazdığı mektup bu konuyu özetler niteliktedir:

‘...Sana bir dava getirildiğinde onu [detaylıca inceleyerek] anla [ve kararını infaz et. Zira,] infaz edilmeyen bir kararın (hakkın) hiçbir faydası yoktur. Duruşma mekânında, adaletinde ve hitabetinde (vech) taraflara eşit davran ki, güçlü [ayrımcılık beklentisi ile] ümitlenmesin, güçsüz de de adaletinden ümit kesmesin. Davacı, [davasını] ispatla yükümlüdür, yemin ise davalıya aittir. Helalı haram veya haramı helal kılan [yani yasal olan] anlaşma dışında, [davaların, tarafların] anlaşması [ile sonuçlanması] caizdir. Dün vermiş olduğun bir kararının, aklını kullanarak [yeniden değerlendirme sonucu] hatalı olduğunu gördüğünde, bu kararın, seni hakka dönmekten engellemesin [kararımı verdim, artık dönemem deme, zira karar değil,] hak kadimdir [öncelik hakkına sahiptir.] Zira gerçeklere dönmek, hatalı [kararda] ısrar etmekten daha yararlıdır. Kur’an ve sünnette [mevzuatta/yazılı metinlerde] olmayan ve karmaşık olan olayları çok iyi anlamaya çalış. [Bu karmaşık olaya] benzer ve yakın olayları araştır. Benzerleri kıyas et [ve ona göre karar ver]. Kim, gaip bir hak veya delil (ispat) için süre isterse, bu süreyi ver. Delilini getirirse, lehine karar verirsin, aksi halde, aleyhine karar verirsin, zira bu durum şüpheyi ortadan kaldırır ve körlüğü giderir. Had cezası infaz edilmiş, yalancı şahit, nesep ve vela bağı bulunanlar hariç, Müslümanlar birbirlerine tanıklık etme konusunda adildirler. Zira Allah, yeminleri affetmiş ve delilleri dikkate almıştır. [Duruşma esnasında,] bitkin olma, kızıp sesini yükseltme, tarafla-

⁷² Bilmen, Ömer, Nasuhi, *Hukukî İslamiyye ve istilahatı fıkhiyye kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1986, c. 1, s. 371; Ebû Zeyd Şelebi, *El-Miftâh Şerhu Nûri’l-izah*, Mısır, Dâru’l-kutubi’l-ara-bi, 1958, s. 6; Azimli, Mehmet, ‘Abbasiiler dönemi Muhammed en-Nefsu’s-Zekiyye ve kardeşi İbrahim’in isyanı’, s. 72 (<http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleilh/findrecords.php>), erişim tarihi: 12.06.2014.

⁷³ Bilmen, *Hukukî İslamiyye*, c. 1, s. 379.

rın davranışlarından sıkılıp inleme. Zira hak, hak arama yerlerinde (mahkemelerde) [elde edilir]. Allah, bu görev nedeniyle ecrini artırır, zikrini güzelleştirir. Ve's-selam.⁷⁴

Yargıç, sürekli kendini yenilemeli ve hayat boyu öğrenme felsefesini kendisine şiar edinmelidir. Allah'ın her an bir işle meşgul olduğunu belirten ayet,⁷⁵ insanların sürekli kendilerini yenilemelerine ve ataletten uzak olmalarına işaret etmektedir. Kellam-ı kibar olarak nakledilen şu söz de buna şöyle işaret edilmiştir: 'İki günü müsavi olan, aldanmıştır.'⁷⁶

Sonuç

Bangolare'da belirlenen ilkeler İslam hukukunda belirlenen ilkelerle örtüşmektedir. Zira hukukların temel amacı, hakkın yerine ulaşmasını sağlamaktır. Kamu vicdanının rahatsız edilmeden bunun sağlanması, ehliyetli ve liyakatli meslek mensuplarını göreve atanmaları, onların da bu görevi bağımsız olduğu kadar tarafsız olarak yerine getirmeleri ile mümkündür.

Yargıçlar, mensubiyeti ve meşrebi ne olursa olsun, kararlarını vicdani kanaatlerine göre, taraf tutmadan ve hiçbir kişi veya kurumdan çekinmeden en kısa zamanda objektif bir şekilde vermelidirler. Aksi halde, kamunun adalete olan güven duygusu zedelenir, kişileri ihkak-ı hakka yöneltir, bu da mafya ve terörü doğurur. Kısaca, yargıçlar, etik ve ahlaki ilkeler temelinde aldıkları bilimin ışığında taraf olmadan gerçekleri ortaya çıkarmak zorundadırlar.

Adalet mekanizmasının etik ilkelere uygun hareket etmesi kadar, hızlı ve etkin işlemesi de önemlidir. Başka bir ifade ile yargıç, mahkeme kararlarının verilmesi de dahil tüm yargısal görevlerini makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir. Zira geciken adalet, adalet değildir. Bürokrasinin yavaş işlemesi, yargıcın delillerin toplanması için aynı makama defalarca yazı yazma zorunda kalması, davaların zamanaşımından düşmesi kamu vicdanını yaralamaktadır.

Kaynakça

Aclûni, *Keşfu'l-hafâ*, Beyrut, Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, 1988

Ahmed b. Muhammed es-Sâvi, *Hâşiye alâ tefsir-i Celâleyn*, İstanbul, Eser Neşriyat ve dağıtım, 1972

⁷⁴ Maverdi, *Abkâmü's-sultaniyye*, s. 91; Bu mektubun farklı versiyonu ve değerlendirmesi için bkz. Arı, Abdüsselam, 'Hz. Ömer'in Ebû Musa el-Eş'ari'ye gönderdiği mektubun yargılama hukuku açısından analizi', *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 2, (2003), s. 85-99; (http://isamveri.org/pdf/dr/D02533/2003_2/2003_1_ARIA.pdf) erişim tarihi, 13.06.2014; Yıldırım, 'Yargıç etiği'.

⁷⁵ Kur'an, *Rahman*, 55/29.

⁷⁶ Bu söz hakkında bkz. Aclûni, *Keşfu'l-hafâ*, c. 2, s. 233.

- Ali b. Muhammed el-Cürcani, *et-Ta'rifat*, Beyrut, Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1983. s. 89.
- Azimli, Mehmet, 'Abbasiler dönemi Muhammed en-Nefsu's-Zekiyye ve kardeşi İbrahim'in isyanı', s. 72 (<http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleilh/findrecords.php>)
- Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1990
- Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Turhan Kitapevi, 1994
- Bilmen, Ömer, Nasuhi, *Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1986
- Buhârî, *Sahibu'l-buhari*, İstanbul, Çağrı yayınları, 1992
- Çakar, Ayşen Seymen, 'Adalet mülkün temeli midir?', <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1275>
- Ebû Davud, *Sünenü Ebi Davud*, İstanbul, Çağrı yayınları, 1992
- Ebû Zeyd Şelebi, *El-Miftâh Şerhu Nûri'l-izah*, Mısır, Dârü'l-kutubi'l-arabi, 1958
- Erdoğan, M. Zafer, 'Hâkimler ve 18/06/2008 tarihli Radikal Gazetesi
- Fırat, Ahmet, 'Yargı etiği ve meslekî kimlik', <http://www.teftis.adalet.gov.tr/etik.pdf>,
- Gümüshânevî, Ahmed Ziyâeddin, *Râmûzu'l-ehâdîs*, Matbaayı Hulusi, 1326/1909
- Maverdi, *el-Ahkâmü's-sultaniyye*, Beyrut, Dârü'l-kutubi'l-ilmîyye, t.y.
- Merğînâni, *el-Hidâye*, İstanbul, Kahraman Yayınları, 1986
- Müslim, *Sahibu Müslim*, İstanbul, Çağrı yayınları, 1992
- Nesâî, *Sünenü'n-Nesâî*, İstanbul, Çağrı yayınları, 1992
- Özen, Yener, 'Etik mi? Ahlak mı? Modernite mi? Medeniyet mi? (Değerler Eğitime Sosyal Psikolojik Bir Yaklaşım)', *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 5 (Nisan 2011)
- Platt, Steven, 'The Qualities of a Good Judge', <http://www.apursuitofjustice.com/the-qualities-of-a-good-judge/>
- Sarıcık, Murat, *Dört Halife Dönemi*, İstanbul, Nesil Yayınları, 2002
- Tirmizî, *Sünen*, İstanbul, Çağrı yayınları, 1992
- Türkçe sözlük*, Ankara, Türk Dil Kurumu, 2005
- Ulusoy, Ali 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin üniversitelerde türban yasağına ilişkin kararları üzerine notlar', <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-53-04/AUHF-2004-53-04-Ulusoy.pdf>,
- Usta, Aydın, 'Kuramdan Uygulamaya Kamu Yönetiminde Etik ve Ahlâk', http://iibfdergisi.ksu.edu.tr/Imagesimages/files/3_uni_0.pdf;
- Yaran, Cafer Sadık, 'Kant etiğinden hareketle İslam'da ahlaklılığın en yüksek ilkesinin bulunması', http://isamveri.org/pdfdr/D02370/2009_20/2009_20_YARANCS.pdf,

Yıldırım, Şahban, 'İslam hukukunda yargıç etiği', *e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi*, S. 8 (Kasım 2012)

Yüksel, Metin, 'Anayasal demokrasi içinde anayasa mahkemesinin konumu', *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1 (2012)

http://en.wikipedia.org/wiki/Criminal_justice

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/conferences/cpge/2005/CPGE_2005_05LignesDirectrices_en.pdf

<http://www.etik.gov.tr/BilgiBankasi.aspx?id=7>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.536f13d38d8d98.37436114

<http://www.nazilli.adalet.gov.tr/birimlerimiz/evrak%5Cbangalortr.pdf>

http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_e.pdf

HAPİS CEZALARININ VE CEZAEVLERİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

(Historical Evolution of Prison Sentences and Prisons)

Mehmet Emin ARTUK*

Mehmet Emin ALŞAHİN**

ÖZET

Bu çalışmada, hapis cezaları ve cezaevlerinin tarihi gelişimi incelenmiştir. Tarihi süreç incelendiğinde, cezaevleri, genellikle hükümlülerin yargılama süresince tutuldukları ya da ölüm cezasının infazına kadar bekletildikleri yerler olmuştur. Çalışmada öncelikle cezaevlerinin doğuşundan önceki süreç incelenmiş, ardından cezaevlerinin doğuşu ve gelişimi değerlendirilmiştir. Ayrıca hapis cezasının infaz sistemlerine değinilmiştir. Son olarak hapis cezalarının Türk Hukukundaki gelişimi incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Hapis cezası, cezaevi, hücre hapsi, ceza hukuku, infaz

Abstract

This study examines the historical evolution of prison sentences and prisons. Within the historical process, prisons have generally been places where convicts were held during their trials or were kept until the execution of their death sentences. The study respectively focuses on the period before the birth of prisons, the emergence of prisons and their development. The execution system of imprisonment is also examined within this work. Finally, the development of prison sentences in the Turkish Law is analyzed.

Keywords: Imprisonment, prison, solitary confinement, criminal Law, execution

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E.) Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

** Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

I- Genel Olarak

Belirtelim ki, 17. Yüzyıla kadar cezaevleri (hapishaneler) hükümlüye verilen hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine getirildiği bir kurum olarak kullanılmamıştır. Diğer bir ifade ile insanların kapatıldığı yerler binlerce yıldır var olmakla birlikte, bunlar günümüzdeki gibi bir fonksiyona sahip değillerdi. Bu yerler değişik amaçlar için kullanılmışlardı. Bu mahaller, cezalandırılmak istenen kişinin Devletin elinin altında bulundurulmasını temin maksadıyla inşa edilmiş tutukevleri (tutukevi fonksiyonu gören yerler) veya ölüm cezasına mahkum olan kişinin cezasının infazına kadar muhafaza edildiği yerler olarak kabul edilmişlerdi. Hatta bu mahaller siyasi mücadelelerde, iktidara geçenlerin karşıtlarını kan akıtmadan ortadan kaldırmak amacıyla gerektiğinde ömür boyu kapattıkları zindan görevini gerçekleştiren yerlerdi. Ortaçağda ceza, genellikle ölüm veya vücuda yönelik olarak bazı uzuvların kesilmesi şeklinde gerçekleşince, hürriyeti bağlayıcı cezaların ve bunların uygulanma yerlerinin bulunmadığı sonucuna varıldı. İşte bu nedenledir ki, hürriyeti bağlayıcı cezaların ortaya çıkışı, cezaevlerinin de ortaya çıkışına bağlıdır.

Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazına ilk defa İngiltere'de başlanmıştır. 1555 yılında Piskopos Ridley, Kral tarafından emrine tahsis edilen Bridgewell Şatosunda iş esasına göre mahkumların cezalarının infazı ile ilgilenmiştir. Belirtelim ki, ceza infaz kurumunun ilk olarak hangi ülkede inşa edilmiş bulunduğu ileride de açıklayacağımız üzere bugün de tartışmalıdır. Bazı yazarlar ilk infaz kurumunun 1595 yılında Hollanda'nın Amsterdam şehrinde inşa edildiğini ileri sürmeleri karşın, diğerleri bu ülkenin İtalya olduğu kanısındadırlar. Diğer bir grup yazar, konunun açıklığa kavuşmadığını ve herhangi bir iddianın çok dikkatli yapılması gerektiği fikrindedirler¹.

Ceza hukukunun diğer bilim dallarından en önemli farkı, ceza normlarına aykırı hareket eden kişilere uygulanacak yaptırımların genel olarak acı ve ızdırap verici nitelikte olmasıdır. Özellikle suçun karşılığı olarak uygulanacak olan hapis cezaları bu açıdan büyük önem taşımaktadır.

Hapis cezalarının tarihçesi ile cezaevlerinin tarihçesi birbiri ile bütünleşmiş durumdadır. Bu nedenle hapis cezalarının tarihçesi incelenirken aynı zamanda cezaevlerinin de tarihi gelişiminin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ceza yaptırımları tarihi süreç içinde değerlendirildiğinde; öldürme, sürgün etme, hapsedme suretiyle toplumdan ayırma, bedenen işkence etme veya azap verme, sosyal bakımdan zarara uğratma şekillerinde uygulanmıştır².

¹ **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.495, 496; Ayrıca bkz. **Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt:II, 12. Bastı, İstanbul 1999, s. 621, 622; **İçel, Kayıhan- Sokullu Akıncı, Füsün- Özgenç, İzzet- Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih S.-Ünver, Yener**, İçel Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, s.86.

² **Dönmezer-Erman**, II, s.546.

Ceza infazının tarihçesini, uygulanan yaptırım türlerini de dikkate alarak üç dönemde değerlendirmek mümkündür. Ortaçağın ilk dönemlerine denk gelen birinci dönemde tek ceza aracı olarak kefaret ve para cezaları uygulanmaktaydı. İkinci dönem olarak kabul edilebilecek ortaçağın sonlarında ise, bedene yönelik eza veren canavarca yaptırımlar ve hayata yönelik cezalar tatbik edilmekteydi. Üçüncü dönem sayılan 17. yüzyılda ise, bir suçun karşılığı olarak hürriyeti bağlayıcı cezalar uygulanmıştır³.

Aşağıda hapis cezası ve cezaevlerinin Batı Hukuku ve Türk Hukukundaki tarihi gelişimi ayrı ayrı incelenecektir.

II- HAPİS CEZASININ TARİHİ GELİŞİMİ

1- Batı Hukuku

Avrupa'da hapis cezasının tarihi gelişimi cezaevlerinin doğuşundan önceki ve sonraki dönem olmak üzere iki başlık altında değerlendirilmektedir.

a- Cezaevlerinin Doğuşundan Önceki Dönem

aa) Genel Olarak

Tarihi süreç içinde gönüllü sürgünlük, suç failinin toplumdan kovulması veya mağdurun ailesine teslim edilmesi, kısas ve uyuşma (diyet) kurumlarından sonra hürriyeti bağlayıcı ceza aşamasına geçildiği görülmektedir⁴.

İlkel dönemlerde toplumun az gelişmiş ya da göçebe olmasından veya siyasi iktidarın mutlak oluşundan dolayı yaptırımlar salt cismani cezalardan ibaretti. Söz konusu dönemde ceza hukuku kurallarının ihlal edilmesi durumunda kamunun varlığını garanti etmeye yönelik intikam niteliğinde yaptırımlar suçlunun durumu dikkate alınmaksızın, suçluyu yok etmek veya mağdurun zararını tazmin etmek gayesi ile uygulanmaktaydı. Zira ilkel toplumlarda suç işleyen kişi kamunun düşmanı sayılmakta ve ona karşı her türlü araçla mücadele edilmekteydi⁵.

Hapis cezalarına eski dönemlerin şehir ve devletleri olan Babil, Mısır, Yunan ve Romalılarda rastlanmaktaydı. Ancak bu dönemde suçluların hapsedilmesi, cezanın infazına yönelik değildi. Suçlular yargılanma ve cezanın infazına kadar hapsediliyor⁶,

³ **Demirbaş, Timur**, Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Cezaevlerinin Evrimi, in:Hapishane Kitabı, Editörler:Emine Gürsoy Naskali-Hilal Oytun Altun, İstanbul 2005, s.3-40; **Demirbaş, Timur**, İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2013, s.97.

⁴ **Dönmezer-Erman**, II, s.619 vd.

⁵ **Demirbaş**, s.99; **İçli, Tülin Günşen-Öğün, Aslıhan**, Türkiye'de Cezaevlerindeki Rehabilitasyon Faaliyetleriyle İlgili Sosyolojik Bir Analiz, Ankara 1999, s.15.

⁶ Söz konusu dönemde hapishaneler aynı zamanda idam edilecek mahkumların idama kadar tutul-

suçlu buldukları takdirde cismani cezalara çarptırılıyorlardı. Diğer bir ifade ile hapis cezası ilkel toplumlara yabancı bir kurumdu. Hapis ancak suçlunun tutulması işlemini yerine getirmeye yarıyordu. Bu nedenle hapis cezalarının tarihi nisbeten daha yenidir⁷.

İran ve Asurlularda ceza olarak bedeni cezalara ve bedenin bir uzvunun kesilmesine müracaat edilirdi. Yunan hukukunda sürgün ve para cezaları uygulanırdı. Roma hukukunda aynı şekilde büyük ölçüde para cezalarına müracaat edilirdi. Ayrıca Roma, mahkumlara örneğin madenlerde çalıştırma gibi topluma faydalı ağır iş yükleyen ilk devletlerdendi. Antik çağlarda hürriyetin kısıtlanması, bugün için tutuklanmaya tekabül eden geçici bir tedbirdi⁸.

Aşağıda Eski Yunan, Roma, Cermen, Kilise Hukuku ve Müşterek Hukuk açısından hapis cezaları değerlendirilecektir.

bb) Eski Yunan

Eski Yunan'da cezanın esası, kısas ve intikamdı. Platon, cezanın amacının korkutma ve iyileştirme olduğunu belirtmesine rağmen, bu husus uygulamaya yansıtılmamıştı. Atina Mahkemeleri tarafından Eski Yunan döneminde suç işleyen kişilere; "Onursuzluğa ve kölelik durumuna sokma", "kamuya açık alanlarda rezil etme", "para ve malvarlığı cezaları", "sürgün", "dayak atmak suretiyle bedeni terbiye etme cezası" ve "zehirleyerek, ipe asarak, topuzla vurarak, kılıçla keserek, boğarak, yakarak, uçurumdan atarak öldürme cezası" verilmekteydi⁹.

cc) Roma

Roma hukukunda suç işleyen kişiye uygulanacak bir yaptırım türü olarak hapis cezası mevcut değildi. Cezaevleri, suç işlediği iddia edilen kişinin yargılanması sırasında el altında tutulması ve hakkında hükmedilecek cezanın infaz edilebilmesi için alıkonulduğu yerlerdi¹⁰.

Roma Krallık döneminde "tullianum" adı verilen cezaevi bulunmaktaydı. "Tullianum" un yer altında bir kısmı, yeryüzünde ise iki kısmı vardı. Hapishane meşe kütükleri ile birbirinden ayrılmış hücrelerden oluşmaktaydı. Ayrıca askerlerin disiplin

dukları yerlerdi. **İçel- Sokullu Akıncı-Özgenç- Sözüer- Mahmutoğlu- Ünver**, s.86; **Demirbaş**, s.99.

⁷ **İçel- Sokullu Akıncı-Özgenç- Sözüer- Mahmutoğlu- Ünver**, s.86.

⁸ **Stéfani, G-Levasseur, G-Jambu-Merlin, R.**, Criminologie et science pénitentiaire, 2. Edition, Paris 1970, s.257, 258.

⁹ **Demirbaş**, s.99; **Kurt, Mehmet**, Cezaların İnfazı ve Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları, Ankara 2007, s.7.

¹⁰ **Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2013, s.681.

cezalarının infazına yönelik olarak garnizon hapishanelerine de Roma döneminde rastlanmaktaydı¹¹.

Roma vatandaşlarına karşı bedeni cezalar yerine para cezası uygulanmaktaydı. Roma hukukunda sadece köleler için kabul edilen hapis cezasının infazı, cezaevinde değil, bir işyerinde çalıştırılmak suretiyle gerçekleştirilirdi. Hakimin ölüm cezasını infaz etmediği durumlarda, mahkumun ömür boyu hapiste kalması mümkündü¹².

Roma'da ödenmeyen borçlar nedeniyle borçlunun tutulduğu özel zindanlar bulunmaktaydı. Borçlu borcunu ödeyemez ya da ödemek istemez ise, alacaklının kölesi olmasına hükmedilirdi. Bu durumda alacaklı borçlusunu özel hapishanesine alabilir ve onu zincirlemek ya da vücudu kanayınca kadar dövdürtmek şeklinde zalimane yollara başvurabilirdi¹³.

Nitekim bu hususla ilgili olarak 12 Levha Kanunlarında; *“Bir kimse, kendisine borçlu olan vatandaşı hâkim (majistra) önüne götürür, borçlu borcunu ödeyemezse muayyen şekillere riâyet ederek ona el kor, evine götürür ve zincire vurur. Muayyen zaman içinde yine ödeyemezse öldürebilir. Veya köle olarak satar. Alacaklı birden fazla ise borçlu, alacaklar nispetinde parçalara ayrılır”* şeklinde düzenlemelere rastlanmaktaydı.

Roma hukukunda köleler, savaş esirleri ve alt seviyede bulunan insanların çalışmaya zorlanması için hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet söz konusu olmaktadır¹⁴.

Roma'da suçlular hapis cezası yerine çalışmaya gönderilmekteydi. Zira Roma'da devlet ekonomisinin temelini çalışma cezası oluşturmakta, hatta İmparatorluk döneminde hürriyeti bağlayıcı yasaktı¹⁵. Ayrıca Roma'da kölelik sistemi var olduğu ve köleler eşya olarak nitelendirildikleri için cezaları “efendileri” tarafından infaz ettirilmekteydi¹⁶.

Hristiyanlığın ortaya çıkışına kadar sayısı az olan cezaevleri, Hristiyanlıkla birlikte yaygınlaşmaya başladı. Ancak gerek cezaevinde bulunan kişi sayısının fazlalığı gerek kapatıldıkları yerlerin dar olması nedeniyle mahkumların uyuyacakları yer bulmaları bile zordu. Aynı zamanda havasızlık, pislik ve beslenme sorunları nedeniyle hemen her sabah bir mahkumun cesedi çıkarılmaktaydı¹⁷.

¹¹ Demirbaş, s.100.

¹² Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.681.

¹³ Demirbaş, s.100.

¹⁴ Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008, s.346.

¹⁵ Demirbaş, s.100.

¹⁶ Özbek, Veli Özer, İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2013, s.35.

¹⁷ Demirbaş, s.101; Özbek, s.35.

Hristiyanlığın etkisini arttırması ile birlikte cezaevi koşullarında iyileştirmeler gözlenmiştir. **Ulpian'sın**, “cezaevi cezalandırmaya değil, bilakis insanların gözetlenmesine hizmet eder” şeklindeki düşüncesi bu açıdan büyük önem taşımaktadır¹⁸.

dd) Cermenler

Cermenlerde ceza hukuku intikam alma esasına dayandığı ve suç işleyen kişi toplumun düşmanı olarak görüldüğü için, hürriyeti bağlayıcı ceza bulunmakla birlikte, uygulaması çok azdı¹⁹. Bu dönemde, dinin ceza hukukuna olan etkisi nedeniyle 500'lü yıllara kadar hürriyeti bağlayıcı cezaların tanınmadığı belirtilmektedir. İlk hürriyeti bağlayıcı cezalar, bedene ve hayata yönelik ağır cezaların yerine af niteliğinde hükmedilmekteydi²⁰.

Hapis cezası 8 inci yüzyılda *Langobarden*'lar tarafından uygulanmaya başlanmıştır. Büyük Karl, 813 yılında suçluların ıslahı için, ölümden korkmalarını da sağlamaya yönelik olarak yüksek bir yerde hürriyetlerinden yoksun bırakılarak hapsedilmeleri gerektiğini belirtmiştir²¹.

ee) Kilise Hukuku

Antisosyal davranışı bir günah olarak algılayan Kilise hukuku, bu durumdaki kişilerin doğru yolu, tecrit ve tövbe ederek bulabileceği²², mahkumun kendini diğer insanlardan ayırması gerektiği, böylece Tanrı'ya yaklaşmış olacağı düşüncesindeydi²³. 4. yüzyıldan itibaren manastırlarda ahlaka aykırı davranış sergileyen rahip ve rahibelerin manastırın çalışma odalarına kapatılması hapis cezasının ortaya çıkmasında önemli bir etkiye sahiptir. Söz konusu uygulama ile mahkumun kefaret yoluyla ıslahı amaçlanmaktaydı²⁴.

Kilise hukukunda hapis cezası ilk kez manastırlarda, hükümlünün bir hücrede belirli bir işi yapmaya mecbur edilmesi suretiyle uygulanmaktaydı. Cezanın infazı sırasında rahipler belirli aralıklarla mahkumu ziyaret ederek, ona dini ve ahlaki telkinlerde bulunurlardı²⁵.

817 tarihinden itibaren hücre hapsinin uygulanmasını savunan Aix-la-Chapelle

¹⁸ Demirbaş, s.101.

¹⁹ Öztürk-Erdem, s.346.

²⁰ Demirbaş, s.101, 102; Özbek, s.35.

²¹ Demirbaş, s.102.

²² Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.258.

²³ Dönmezer-Erman, II, s.621.

²⁴ Demirbaş, s.102; Özbek, s.35.

²⁵ Söz konusu uygulamanın bugünkü bağımsız hücre sisteminin en gelişmiş örneğini oluşturduğu belirtilmektedir. Demirbaş, s.102.

Konsili (din bilginleri toplantısı), mahkumlara çalışma imkanının, kitapların verilmesini, ziyaretçi kabulünün sağlanmasını tavsiye etti²⁶.

Manastır zindanlarında din adamlarına yönelik uygulanan hapis cezası, Kilise hukukunun gelişmesi ile birlikte 9. ve 10. yüzyıllardan itibaren manastır tarafından ayrılmış özel hapisanelerde ruhban sınıfından olmayan kişiler hakkında da uygulanmaya başlanmıştır. Bu ceza kişinin iç dünyasını iyileştirmeye yönelik olarak belirli bir süre ya da ömür boyu uygulanabilmekteydi. Ancak söz konusu ceza özellikle kapısı ve penceresi olmayan bir yerde zincirlemek ve sadece ekmek, su vermek suretiyle infaz edildiği için, zamanla kötüye kullanılmaya başlanmıştır. Ayrıca hapis cezası genellikle kırbaç cezası ile birlikte uygulanmıştır. Kilise hukukunda hapis cezasının amacının hükümlünün sosyal entegrasyonunu sağlamaktan ziyade, ‘cehenneme atılmadan önce tehlikede bulunan ruhunun kurtarılması’ şeklinde ifade edilmekteydi. Sonraki dönemlerde başrahipler ve psikoposların hapis cezasına hükmetmeye yetkili kılındıkları da görülmektedir²⁷.

Buna göre, hapis cezasını geliştiren Kilise olmuştur. Modern ceza infaz ilminin kaynakları XVII. Yüzyıla dayanmaktadır²⁸. XVII. yüzyıldan itibaren ise Kanonik Hukuk hapsi bir ceza olarak benimsemiştir. Kilise hukukunda ceza, cismani bir azaptan ziyade bir yoksunluk şeklinde tecelli ediyordu. Nitekim kiliseye göre, rahibin yükselebilmesi için yalnızlık nasıl şartsa, günahkârların ve suç işleyenlerin de kötülüklerden kurtulabilmeleri için yalnızlık gerekiyordu. Bu nedenle kilisenin egemen olduğu dönemlerde hapis cezası manastırlarda özel olarak ayrılan bölümlerde infaz edilmekteydi²⁹.

Béziers Konsili (1266), kilise mahkemeleri tarafından mahkum edilenlerin geceleyin tecrit edilmelerini, gündüzün konuşmamak kaydıyla birlikte çalışmalarına karar verdi. Kilise hukukunun etkisiyle laik cezaevleri de dahil olmak üzere, her türlü cezaevlerindeki mahkumlara yardım etmek için hayır dernekleri kuruldu. Hatta çok önceleri Nicée Konsili (325) mahkumlara yiyecek ve giyecek dağıtılmasına karar vermişti 17 nci asrın başında İspanya’da kadınların hapsiyle ilgili olarak bir eser yayınlandığı gibi Floransa’da bir rahip de çocuk ıslahevinin inşasını düzenledi. Aziz Benoit tarikatına mensup Mabillon 1690 yılında ceza infaz ilminin ilk belirtisi sayılan “Dini tarikatların hapisaneleri üzerine düşünceler” (Réflexions sur les prisons des ordres religieux) adlı kitabını yayınladı. Mutlak tecride karşı çıkan müellif, cezaevinde çalışma, hijyen, havalandırma ve ziyaretçi kabulü hakkında çeşitli reformların yapılmasını teklif ettiği gibi modern cezaevi taslağını da çizdi. Aynı çeşit cezaların mahkumların

²⁶ Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.258.

²⁷ Özbek, s.36.

²⁸ Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.258.

²⁹ Gülşen, Recep, Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazında Çağdaş Sistem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1993, 9 vd.

mizaçlarına göre farklı farklı etkiler yaratabileceğini vurgulayan Mabillon, cezanın tesbiti ve infazı rejiminin şahsileştirilmesini tavsiye etti³⁰.

ff) Müşterek Hukuk

Ortaçağda aşırı dolu olan ve hijyen kurallarına dikkat edilmeyen cezaevleri yararlanma sırasında kişileri el altında bulundurma görevi icra eden müesseselerdi³¹.

Ortaçağda hapis cezası manastırlar dışında oldukça az uygulanmaktaydı. Bu dönemde genellikle kral mahkumun hayatını kurtarmak için ömür boyu hapis cezasını seçmekte ve kişinin hayatını bağışlamaktaydı. 13. yüzyıldan 15. yüzyıla kadar hapis cezası şehir devletlerinde bir yaptırım şekli olarak uygulanmaktaydı. Ancak bedene ve yaşama yönelik cezalar asli ceza niteliği taşıdığı için³², hapis cezası ikincil öneme sahipti ve daha iyi bir amaca hizmet etmemektedir. Zira bu dönemde hapis cezaları şato, sur veya kale zindanlarında insani olmayan koşullar altında infaz edilmekteydi³³. Ortaçağın sonlarına doğru bazı kaleler siyasi mahkumların müebbet hapsinin veya hükümdar buyruklarının icrası için kullanılıyorlardı³⁴.

Müşterek hukukta, hapis cezasının infazı ile hükümlünün ıslahı ve rehabilite edilmesi amacı bulunmuyordu. Aynı zamanda bu dönemdeki hapishaneler günümüzdeki gibi olmadığından, hükümlülerin tutuldukları yerler onun statüsüne göre farklılık arz etmekteydi. Nitekim hapis cezaları kimi zaman şehir kulelerinde, kimi zaman belediye binalarının bodrumlarında infaz edilmekteydi. Bununla bağlantılı olarak da asiller ile kimsesiz ve evsiz kişilerin hapishaneleri farklıydı³⁵.

Hapis cezaları, 15. yüzyılda bütün Avrupa'da hafif suçlara, zabıta düzen ve emirlerine aykırılıkları da kapsayacak bir biçimde sık sık uygulanmıştı. Bu nedenle 1500'lü yılların ortalarına kadar ölüm cezası en yaygın yaptırım şekli olarak uygulanmaktaydı. Örneğin İngiltere'de VIII. Henri zamanında (1509-1547) yaklaşık 72.000 kişi idam edilmiştir³⁶.

Ölüm cezası dışında en çok müracaat edilen cezai yaptırım topluma faydalı olduğu ileri sürülen kürek cezası³⁷ idi. Bu yaptırım daha sonraları yelkenli gemilerin gelişimi ile sona ermiştir. Kürek cezasına mahkum olanların serbest kaldıklarında

³⁰ Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.259.

³¹ Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.258.

³² Ortaçağda bedeni cezalara veya bedeninin bir uzvunun kesilmesine (örneğin, elin bileğe kadar kesilmesi) rastlanırdı. Bunun dışında bazen sürgün cezasına da hükmedilmekteydi. Bkz. Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.258.

³³ Özbek, s.36.

³⁴ Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.258.

³⁵ Özbek, s.36.

³⁶ Demirbaş, s.105.

³⁷ Bu yaptırım, suç işleyenlere devlete ait gemilerde kürek çektirmek şeklinde uygulanmaktaydı.

topluma yeniden kabulleri söz konusu değildi. Onlar ya toplumun merhametine ya da tekrar suç işlemeye terkedilmişlerdi. Teşhir cezası gibi daha hafif cezalar da aynı sonuçlara varma tehlikesi taşıyordu³⁸.

Müşterek hukukta, hapis cezası diğer yaptırımların yanında yasal bir ceza türü olarak ilk kez 1532 Carolina'da düzenlenmiştir. Nitekim bu hususla ilgili olarak Carolina m.11'de; "*hapishane hükümlünün muhafaza altında tutulmasına hizmet etmelidir*" denilmekte, aynı şekilde 157. maddede ilk kez işlenen hırsızlık suçu bakımından hapis cezası uygulanacağı belirtilmekteydi³⁹. Carolina'nın esası korkutma ve kefaretti. Bu dönemde hapis cezası genellikle bedene yönelik cezalar yerine getirilene kadar hükümlünün karanlık ve küçük zindanlarda tutulması şeklinde uygulanmaktaydı. Ancak bu koşullar hükümlünün işkence çekmesine hatta bazen hükümlünün zindanda unutulmasına dahi neden olmaktaydı⁴⁰.

b- Cezaevlerinin Doğuşu ve Sonraki Dönem

aa) Genel Olarak

İlkel toplumlarda suç işleyen kişilere uygulanan yaptırımlar bedensel cezalar olduğu ve hapis cezası uygulanmadığı için, o dönemde cezaevlerine ihtiyaç duyulmamıştı⁴¹. Hapis cezasının cismani cezaların yerine kaim oluşu, ceza infaz biliminin doğuşu ile alakalıdır. Ölüm cezasına yapılan eleştirilerin hapis cezası hakkında geçerli olmayışı ve ilmi esaslara uygun olarak infaz edilmesi durumunda ıslaha imkân sağlanması bu tür cezaları, temel yaptırım haline getirmiştir⁴².

Cezaevinin ceza çektirmek amacıyla ne zaman ve nasıl kullanılmaya başlandığı bilimsel bir kesinlikle tayin edilemez⁴³. Çağdaş anlamda suçluyu alıkoymak veya onu iyileştirmek amacıyla bir araç olan cezaevinin XVI. Yüzyılda açıldığı belirtilmekle birlikte hangi ülkede açıldığı konusu tartışmalıdır. Önceleri bu ülkenin Hollanda olduğu kabul edildi. Sonra İtalya'nın bu şerefi taşıdığı öne sürüldü. Üçüncü bir fikir olarak ilk ıslahevlerinin İngiltere'de Bridgewell adıyla 1555 yılında meydana getirildiği⁴⁴, sonradan kurulan benzer müesseselerin bu adı aldıkları, 1597'de diğer ıslah ev-

³⁸ Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.258.

³⁹ Basit hırsızlığın tekrarründe ölüm cezasına ve ona refakat eden işkencelere sık sık başvurulurdu. Bkz. Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.258; Öztürk-Erdem, s.347.

⁴⁰ Demirbaş, s.106; Özbek, s.37.

⁴¹ İçel- Sokullu Akıncı-Özgenç- Sözüer- Mahmutoğlu- Ünver, s.87.

⁴² Erem, Faruk, Adalet Psikolojisi. Suçlu Psikolojisi – Usul Psikolojisi-Mahpusun Psikolojisi, 8. Baskı, Ankara 1988, s.417 vd.

⁴³ Dönmezer-Erman, II, s.621.

⁴⁴ Avrupa'da cezaevi fikrinin ilk kez, 1557 yılında Londra'da Bridgewell çalışma evinin kurulması ile ortaya çıktığı, burada yağmacılık eylemlerini gerçekleştiren kişilerin, serseri, fahişe, dilenci gibi kişilerin cezalandırıldığı belirtilmektedir. Bkz. İçel- Sokullu Akıncı-Özgenç- Sözüer- Mahmutoğlu- Ünver, s.87; Özbek, s.37.

lerin planlarının yapıldığı, 1609'da her şehirde bir tane Bridgewell inşası için emir verildiği belirtilmektedir⁴⁵. Hollanda'nın Ruchthaus'larından 40 yıl önce kurulduğu ifade edilmiştir⁴⁶.

16. yüzyılın ikinci yarısında cezalandırmanın amacı konusunda meydana gelen değişimle birlikte, bedene ve yaşama yönelik cezaların yerini özgürlüğün belli bir süreyle sınırlandırıldığı cezalar almıştır. Modern anlayışta, hapis cezasının temel amacı, hükümlünün ıslahı ve topluma yeniden kazandırılmasıdır⁴⁷.

18. yüzyıl hapis cezası ve cezaevleri bakımından olağanüstü bir dönem olarak göze çarpar. Bu dönemde Amerikalı ve Avrupalı bilim adamları, toplumun doğasını, bireyin onun içerisindeki yerini ve dolayısıyla suçluların cezalandırılması usulünü sorgulamaya başladılar. Hapishanelerin aşırı derecede kalabalık ve kötü yönetildiği, vahşi bedensel cezaların uygulandığı ve suçların arttığı bu dönemde, ıslah konusunda ilk reformlar yapıldı⁴⁸.

1800'ler öncesinde, Amerika'da da; Avrupa'da olduğu gibi kırbaç, damga, uzuv kesme gibi bedensel cezalandırma yöntemleri temel yaptırım şekli olarak kabul edilmişti. Daha ağır suçların sanıkları ise, idam ediliyordu. Bu dönemde, hapishaneler sadece yargılanan sanıkların duruşma günlerini beklemeleri veya borcunu ödeyemeyenlerin tazyik edilmesi için kullanılıyordu⁴⁹.

Hapis cezasının cezalandırma sisteminin esası haline gelmesi, Fransız İhtilali ile birlikte özgürlüğün insan için vazgeçilemeyecek bir değer oluşunun anlaşılması sonucu gerçekleşmiştir. Fransız İhtilalinden önce Avrupa'da suçluluk, işkence ve halkın gözleri önünde asma gibi infaz şekilleriyle önlenmeye çalışılmıştı. Sırf bu amaçla ölüm cezasına çarptırılmış kimselerin parçalanmış bedenleri teşhir ediliyordu. 19. yüzyılın başlarından itibaren bu uygulamalar yerlerini kademeli olarak modern ceza sistemlerine bırakmaya başladı. Yeni hedef suçlunun vücuduna eziyet çekirtmek değil, onu değiştirip doğru yola yönlendirmek olmuştu⁵⁰. Ancak cezaların infazında korkutma ve ödetme düşüncesi tamamen geçerliliğini yitirmediğinden, sadece hapis yetersiz görülerek, buna örneğin, angarya eklenmişti⁵¹.

Islahla ilgili reformlara katkıda bulunan pek çok düşünür arasında, muhtelif seyahatler yapmak suretiyle, Türkiye de dahil Avrupa'daki bir çok cezaevini incele-

⁴⁵ **Dönmezer-Erman**, II, s.622, dn.10.

⁴⁶ **Dönmezer-Erman**, II, s.622.

⁴⁷ **Özbek**, s.37.

⁴⁸ **Demirbaş, Timur**, "Kara Avrupası Devletleri İnfaz Sistemlerinde, İnsan Haklarının Gelişimi", in: T.C. Adalet Bakanlığı 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Ankara 2001, s.183.

⁴⁹ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.682.

⁵⁰ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.682.

⁵¹ **Gülşen**, s. 9 vd.

yen⁵² *John Howard* (1726-1790) önemli bir yere sahip olmuştur. 1777'de yayınlamış olduğu “*İngiltere ve Galler'deki Hapishanelerin Durumu*” (*The State of Prisons in England and Wales with Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons*) adlı kitabında ziyaret etmiş olduğu hapishaneler hakkındaki gözlemlerini anlatan *Howard*, buralardaki korkunç koşulları ve özellikle disiplinsizliği dile getirmişti.

Howard'ın reform planının ana hatlarını aşağıdaki şekilde belirtmek mümkündür⁵³:

- Hükümlülerin birbirlerinden etkilenmesinin önlenmesi için, cezaevinde mahkûmlar gece ve gündüz kesin olarak ayrılmalı, izole edilmelidir.
- Ücret ödenmek suretiyle zorunlu çalıştırma sistemi benimsenmelidir.
- İnfazdan sonraki zaman için ücretin bir kısmının kesilmesine ilişkin yükümlülük getirilmelidir.
- Ceza infaz kurumlarında hijyenik koşullar sağlanmalıdır.
- Gelişime ve geliştirmeye yönelik açık bir sistem inşa edilmeli, infaz kurallarına uygun davranan hükümlülerin ceza sürelerinin kısaltılabilmesine imkan tanınmalıdır.

Howard'a göre, cezaevi suçluların ahlaki yönden uslanma amacını sağlamak hedefini gütmelidir. Bu konuda ise, çalışma ve din iki önemli araç olup, ayrıca mahkûmların hijyenik yerlerde bulundurulmaları ve uygun bir beslenme rejimine tabi tutulmaları gereklidir⁵⁴.

Howard'ın düşünceleri doğrultusunda, yeni bir cezaevi sistemi kurulmasına yönelik 1779 Cezaevi Yasası (*Penitentiary Act of 1779*) İngiliz Parlamentosunda kabul edilmiştir. Söz konusu yasa uyarınca cezaevinin dört temel özelliği vardı: **a)** Güvenli ve sağlıklı bir bina, **b)** Suçluların kurallara uyduklarından emin olmak için denetim, **c)** Mahkûmların yemekleri için ödedikleri ücretin kaldırılması, **d)** Reformcu bir rejim. Cezaevi Yasası, *Howard* hayattayken yürürlüğe girmesine rağmen, ancak 1842'de uygulanmaya başlanmıştır⁵⁵.

bb- Avrupa'da İnfaz Hareketi

Mabillon'un eserinin etkisi ile Avrupa'nın Katolik ülkelerinde model müesseseler kurulmuştur. Nitekim XI. Clément tarafından 1703 yılında genç mahpuslara mahsus islahat tesisi (Saint Michel Cezaevi), 1735 yılında XII. Clément'in inşa et-

⁵² **Taner, Tahir**, Ceza Hukuku. Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul 1953, s.599.

⁵³ **Özbek**, s.39, 40; ayrıca bkz. **Dönmezer-Erman**, II, s.623.

⁵⁴ **Dönmezer-Erman**, II, s.623.

⁵⁵ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.682.

tiği kadın hapishanesi; Torino (1757), Milano (1759, çocuk ve kadınların ayrı kaldıkları hücre cezaevi) ve Venedikte (1760) benzer müesseselere yer verilmiştir. XIV. Vilain, 1773'te⁵⁶ geceleri mahkumların tek başlarına kaldıkları, gündüzün birlikte çalıştıkları bir hapishaneyi Gand'da inşa etti⁵⁷. Hemen hemen aynı zamanlarda Avrupa'nın diğer ülkelerinde de benzer cereyanlar başladı. Amsterdam'da inşa edilen erkek cezaevinde 1603'den itibaren geceleri tecrit usulü uygulandı. Hollanda'nın çeşitli şehirlerinde mahkum ve sanıklar iplik ve dokuma atölyelerinde (Spinluis ve Rasphuis) çalıştırılıyorlardı. Penolojik araştırmalar Howard'ın (1726-1790) etkisiyle bir ilerleme kaydetti⁵⁸.

Lizbon depreminde mağdur olanlara yardım etmek için İngiltere'yi 1755 yılında terk eden John Howard'ın bindiği gemiye korsanlar el koydu. Howard Brest'te zindana atıldı. Orada gördükleri ileriki hayatını etkiledi. İngiltere'ye döndükten sonra Howard, kendini hapishanelerin reformu konusuna vakfetti. 1773 yılında Bedford Kontluğu görevlisi (Shérif) olan Howard, İngiliz Hapishanelerinin Fransızlarınki gibi içler acısı olduğunu tespit etti. Konuyla ilgili Fransa (3 kez), Hollanda (6 kez), Almanya'ya (4 kez) gitti ve 1777 yılında gözlemlerinin neticelerini yayınladı. Daha sonra seyahatlerine devam ederek İspanya, Portekiz, Rusya ve Türkiye'yi ziyaret etti. Buralarda hastaneler, karantina mahalleri ve hapishanelerle ilgilendi. Uzakdoğuya gitmeyi düşünürken Tifüs'ün bir çeşidi olan "hapishane ateşi" ne yakalanarak öldü. Eserlerinde havalandırma ve beslenme de dahil olmak üzere sağlığa uygun bir rejimin uygulanmasına, mahkumların mutlak olmayan bir tecride, çalışma ve ruhsal yardıma tabi olmalarına taraftardır. Howard'ın infaz hukukundaki rolü çağdaş Beccaria'nın ceza hukuku alanında yaptığı çalışmalara benzer. Nitekim Beccaria 1764 yılında yayınlanan "Suçlar ve Cezalar" adlı kitabını, Milano Cezaevleri Müfettişlerinden dostu Alexandre Verri ile yaptığı görüşmeleri sonucu kaleme almıştır⁵⁹.

cc- Tarihsel Süreç İçerisinde Hapis Cezasının İnfaz Sistemleri

Günümüze kadar hürriyeti bağlayıcı cezalar çeşitli safhalardan geçmiştir. İfade etmeliyiz ki, hapis cezasının gayesinin değişmesiyle bu cezanın infaz şekli de bir değişikliğe uğramıştır. Bu itibarla hapis cezasının tarihi gelişimi ile bağlantılı olarak hapis cezasının infaz sistemlerinin incelenmesi bu konuda yol gösterici nitelik taşımaktadır. Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı ile ilgili olarak beş sistemin⁶⁰ bulundu-

⁵⁶ *Dönmezer-Erman*, Gand cezaevinin 1772'de inşa edildiğini belirtmektedir. Bkz. **Dönmezer-Erman**, II, s.622.

⁵⁷ Görüldüğü gibi, Auburn sisteminden yaklaşık 50 yıl önce benzer bir cezaevi inşa edilmişti. Bkz. **Voulet, Jacques**, *Les Prisons*, Paris 1951, s.17.

⁵⁸ **Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin**, s.259, 260.

⁵⁹ **Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin**, s.260-261.

⁶⁰ *Voulet*, Müşterek Hapis, Pensilvanya, Auburn ve İrlanda sistemlerinden bahsetmiş, bu infaz sistemlerinde faillerin kapalı olarak muhafaza edildiklerini, 19. Yüzyılın sonlarından itibaren ise

ğu kabul edilmektedir⁶¹. Bunlar; Müşterek Hapis (Topluluk), Hücre (Pennsylvania), Karma (Auburn), Dereceli (İrlanda) ve Yeni Sistem'dir⁶². Biz aşağıda bu beş sistemle birlikte ayrıca Panoptikon infaz sistemini de inceleyeceğiz.

i- Müşterek Hapis (Topluluk) Sistemi

Modern anlamda ilk hapisanenin 1595 yılında Amsterdam'da kurulduğu kabul ediliyor ise de, cezalandırmanın amacıyla ortaya çıkan yenilik ve değişikliklerle birlikte hapis cezasının ilk yansımasının İngiltere'de ortaya çıktığı iddia edilmektedir. Bu amaçla İngiltere kralı VI. Eduard tarafından 1555 yılında Bridgewell Şatosunda bir "çalışma evi" inşa edildiği, burada serseri, fahişe, dilenci ve basit hırsızlık suçu işleyenlerin toplum için ortaya çıkardıkları olumsuz durumların azaltılarak topluma entegrasyonunun sağlanmaya çalışıldığı belirtilmektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, Şatoda yer alan bu kısımların cezaevinden çok çalışma evi niteliği taşıdığı da ifade edilmelidir⁶³.

Amsterdam cezaevleri 1588 yılında genç bir hırsızın ölüm cezası yerine devlet tarafından eğitilip iyileştirilmesine karar verilmesi ile ortaya çıkmıştır. Bu husus şehir meclisinde uzun süre tartışılmış ve 1595 yılında Klarissen Manastırı'nın bir kısmının çalışma ve iyileştirme kurumu olarak düzenlenmesine karar verilmiştir⁶⁴.

İlk cezaevlerinde Amsterdam Sistemi de denilen bu infaz şekli uygulanmıştır⁶⁵. Hürriyeti bağlayıcı cezanın toplu şekilde infazını öngören Amsterdam Cezaevinde

mahkumların duvar ve parmaklık olmayan yerlerde (açık cezaevlerinde) hapis cezalarını çektiklerini belirtmiştir. **Voulet**, s.13-15.

⁶¹ *Bouzat-Pinatel*, hürriyeti bağlayıcı cezaların infaz sistemlerini iki başlık altında incelemektedir. 1- Hürriyeti bağlayıcı cezaların klasik sistemleri: Burada birbirine zıt iki sistem vardır (Müşterek hapis ve hücre hapis sistemi). Bunların arasında karma (uzlaştırıcı) sistemler vardır (Auburn Sistemi ve Dereceli İrlanda Sistemi). 2- Yeni Sistemler: Bu sistemlerde mahkumlar cezaevlerinde hürriyetlerinden yoksun bir biçimde bulundurulurlardı. Buralarda gerçekleşebilecek olumsuzluklardan etkilenmeleri için geceleyin hücrelerinde tek başlarına kalırlar. Ancak gündüzleri iş ve hayatları, yeniden sosyalleşmeleri ve serbest bırakıldıklarında güçlüklerle karşılaşmamaları için mümkün olduğu kadar serbest insanları gibi düzenlenir. Mahkumlar birlikte spor yapar ve birlikte çalışırlar. Hücre dışındaki çalışmaları ya müessese içinde veya dışında olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilir. Bu sistemlerde iyi hal gösteren mahkumlar mükâfatlandırılır (her hücrede radyo, umumi televizyon gibi). Mükafata hak kazanabilmek için mahkumların gayret göstermeleri aranır. Bkz. **Bouzat-Pinatel**, I, n.42 vd. s. 482 vd.

⁶² *Erem*, sistemleri müşterek hapis, hücre hapsi ve tedricen serbesti sistemi olarak üçe ayırmaktadır. Bkz. **Erem**, Adalet Psikolojisi, s.359. Sarıhan bu konuda dört sistemin varlığından bahsetmekte ve bunları; Topluluk sistemi (Amsterdam Sistemi), Hücre Sistemi, Tedrici Serbesti Sistemi (İrlanda Sistemi) ve Sosyalleştirme olarak sıralamaktadır. Bkz. **Sarıhan, Şenal**, Cezaevi Gerçeği, (I), in: Cumhuriyet, 13.1.2000 tarihli nüsha, s.6

⁶³ **Özbek**, s.37; **Öztürk-Erdem**, s.347.

⁶⁴ **Özbek**, s.38.

⁶⁵ Bkz. **Demirbaş**, Kara Avrupa'sı Devletleri İnfaz Sistemlerinde, İnsan Haklarının Gelişimi, s.183.

yaptırım, mahkûmların birlikte bulundurulması suretiyle infaz edilirdi. Bu sebeple buna “müşterek hapis (topluluk) sistemi” de denilmektedir⁶⁶.

Gerçekten mahkûmların gruplar halinde gece gündüz birlikte bulundurulmasının en eski örneğine 1596'da Amsterdam'da inşa edilen erkek cezaevinde rastlanmaktadır⁶⁷. Amsterdam cezaevinde 150 kişiden oluşan erkek mahkûmlar küçük koğuşlarda kalmakta, gündüzleri tahta ve iplik işleri ile uğraşmakta, ayrıca din eğitimi almaktaydılar. Böylece mahkûmlar ağır bir iş yükü ve din eğitimi ile birlikte sosyal yaşama alıştırılmakta ve rehabilite edilmekteydiler⁶⁸.

Amsterdam'da 1595 yılında ağır suç işlemiş erkekler için kurulan cezaevini, 1597 yılında kadınlar için kurulan “Spinnhuis” isimli cezaevi takip etmiştir⁶⁹.

Amsterdam cezaevleri diğer ülkeler de örnek teşkil etmiştir. 1600'lü yılların başında Almanya'nın Bremen, Lübeck, Hamburg ve Danzig şehirlerinde çalışma evleri açılmıştır. 18 yüzyılın sonlarına doğru Almanya'da 60'a yakın çalışma evi bulunmaktaydı. Ancak ifade etmeliyiz ki, söz konusu cezaevlerinde hürriyeti bağlayıcı cezalar ortaçağın bir yansıması olarak bedene yönelik cezalar ile birlikte uygulanmaktaydı. Özellikle 17. Yüzyıldan itibaren zincire vurma, kaleye kapatma, kürek cezası en sık uygulanan yaptırımlardı⁷⁰.

Topluluk sisteminin⁷¹ lehinde olarak;

- Sistemin az masraflı olması,
- Sistemin uygulandığı cezaevlerinin inşalarının kolay olması⁷²,
- Günlük yaşamdaki gibi toplu yaşamının getirdiği kolaylıkların burada da geçerli bulunması,
- Sistemin niteliği gereği çalışma düzeninin sanayi organizasyonlarına yaklaşması ileri sürülmüştür⁷³.

⁶⁶ **Bouloc, Bernard**, Pénologie, Paris 1991, s.118, n.170. Ancak kadınlar erkeklerden, küçükler yetişkinlerden ayrı tutulurdu. Bkz. **Donnedieu De Vabres**, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3.Edition, Paris 1947, n.425, s.483.

⁶⁷ **Güran, Sakıp**, Cezanın İnfazı, Ankara 1942, s.9.

⁶⁸ **Dönmezer-Erman**, II, s.622; **Özbek**, s.38.

⁶⁹ **İçel-Sokullu Akıncı-Özgenç- Sözüer- Mahmutoğlu- Ünver**, s.87; **Özbek**, s.38.

⁷⁰ **Özbek**, s.38.

⁷¹ Bazı müellifler topluluk diye ayrı bir infaz rejiminin bulunmadığını, suçluların gece gündüz bir arada bulundurulmalarının başka bir rejimin tatbikinin imkânsızlığından doğan bir zorunluluğa dayandığını ileri sürerler. Bkz. **Dönmezer-Erman**, II, s.624, dn.18.

⁷² **Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin**, s.347; **Donnedieu De Vabres**, n.584, s.334.

⁷³ Bkz. **Donnedieu De Vabres**, n.584, s.334, **Bouzat, Pierre-Pinatel, Jean**, Traité de droit pénal et de criminologie, Tome: I, Droit pénal général par Pierre Bouzat, 2.Edition, Paris 1970, n.425, s.483; **Bouloc**, s.118, n.171; **Voilet**, s.13; **Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin**, s.347.

İptidai bir infaz usulü olan müşterek hapsin sakıncaları⁷⁴ uygulamada kendini göstermiştir. Bu tarz infaz usulünün ilk olumsuz neticeleri mahkûm çocukların, yetişkinlerle birlikte bulunmasından kaynaklanmıştır⁷⁵. Çocukların cezalarının kendilerine mahsus yerlerde infazı, yaşanan olumsuzluklar ve acı tecrübelerden sonra uygulanabilmiştir⁷⁶. Bir arada ve devamlı temas halinde bulunan mahkûmlar, cezaevinden manen ve maddeten daha kötü bir biçimde ve tekrar cezaevine dönmek üzere çıkıyorlardı. Mahkûmların birbirleriyle temasına engel olmak için konuşma yasağı getirildi. Ancak bu usul de, cezaevinde kat'î bir konuşmamayı temin edemediği gibi, beraberliğin meydana getirdiği sakıncaların ortadan kalkmasına engel olamadı. Konuşma yasağının uygulanabilmesi için ağır cismani cezalar tatbik edildiyse de, hiç bir zaman mutlak anlamda sükunet sağlanamadı⁷⁷.

Buna göre, topluluk sisteminin getirdiği sakıncaları aşağıdaki şekilde maddeler halinde özetlemek mümkündür:

a) Topluluk sisteminde, temas halindeki mahkûmlar, en azılı hükümlülerin etkisi altında kalmaktadırlar. İlk defa suç işleyen mahkûmların, ahlaki kötülüğü olanlarla bir arada bulunmaya zorlanmaları adil değildir. Suçu itiyat edinenlerle ilk defa suç işleyenlerin bir arada bulunmaları kötü etkileşmelere sebep olmaktadır. Bu nedenle hükümlünün pişmanlık olması elde edilmez. Ayrıca koğuştaki mahkûmların kendilerini ispatlama çabası ve gösteriş yapma arzuları koğuştaki disiplini zayıflatır. Sonuç olarak, sistem kişiyi ıslah etmekten uzak olup, hükümlüyü daha kötü bir duruma getirir⁷⁸.

b) Mahkûmlar koğuştaki bir bütün olarak değerlendirildiği için, idarecilerin iyiyi kötüden, ıslah olanı olmayanı ayırması mümkün değildir.

c) Mahkûmlar diğerlerini dert ortağı olarak gördükleri için, eğilimlerini, tehlikeli uzmanlıklarını birbirlerine naklettikleri gibi tavsiyelerde de bulunurlar. Bu tür dav-

⁷⁴ Nitekim Amsterdam Cezaevinde infaz, 1603 yılından itibaren mahkûmların geceleri ayrılması, gündüzleri ise çalışmak üzere bir arada bulundurulmaları suretiyle gerçekleştirilmiştir. Bkz. **Dönmezer-Erman**, II, s.622.

⁷⁵ **Taner**, s.598.

⁷⁶ Çocukların kişiliklerine uygun bir biçimde büyüklerden ayrı bir infaz rejimine tabi tutulmaları zorunluğu çocuk ıslah evlerinin meydana gelmesini sonuçladı. İtalya'da ilk çocuk ıslah evi *Filippo Franci* (1625-1693) tarafından 1667 tarihinde Floransa'da kuruldu. Daha sonra 1703'de *Papa Clément XI* Roma'da ikinci bir ıslah evi tesis etti. Bu müesseselerde çocuklara sanat öğretiliyor, dini terbiye veriliyordu. Gözetim vazifesi ise rahipler tarafından yerine getiriliyordu. Saint Michel adıyla meşhur olan bu müesseseye yalnız mahkûm çocuklar değil, yetimler, öksüzler, ihtiyarlar ve fakir kadınlar da kabul olunuyordu. Ancak mahkûm çocuklarla birlikte barındırılmayan bu gruplar, müessesenin hususi kısımlarına kabul olunuyordu. Bkz. **Güran**, s.10; ayrıca bkz. **Pinatel, Jean**, *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale*, Paris 1950, s.XL-VIII-XLIX.

⁷⁷ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.684.

⁷⁸ Bkz. **Erem**, *Adalet Psikolojisi*, s.360; **Bouloc**, s.118, n.171; **Taner, Tahir**, *Ceza Hukuku*, Umumi Kısım, 3. Basım, İstanbul 1953, s.598.

ranışlar cezanın ıslah edici etkisini neticesiz bırakır⁷⁹. Bu sistemde hürriyeti bağlayıcı cezalardan beklenen uslandırma gayesi elde edilemez. Nitekim iyi huylardan çok fena huylar çabuk ve kolay etkiler. Uslanma kabiliyeti olan mahkûmlar, fena adamlarla, aylarca, yıllarca bir arada yaşamaya mecbur olduklarından, onların etkileri altında kalırlar. Suç işleme hikayelerini dinleyerek, aksine daha ziyade kötülüğe meylederler⁸⁰.

d) Aynı koşuhta kalan hükümlüler tahliye edildikten sonra, diğler mahkûmlarla tanınma utanç ve şantaj tehlikesine maruz kalırlar. Bu hal onların topluma entegrasyonunu zayıflatır, hatta önler⁸¹.

e) Müşterek hapis cezaevinde düşünölen ve fakat fiili imkânsızlık nedeniyle işlenemeyen suçların tahliyeden sonra iştirak halinde işlenmesini kolaylaştırır. Diğler bir ifade ile mahkûmlar tahliyelerinin ardından günlük hayatta irtibatlarını devam ettirmekte ve iştirak halinde yeni suçlar işlemektedirler⁸².

f) Etkileşim ve toplu davranışa sebep olur⁸³. Mahkûmlar arasında çeteleşmeler ve suç organizasyonlarının doğmasına neden olan sistem, hapisanelerde isyan, firar gibi hadiselerin artmasını ve düzenin bozulmasını sonuçlamaktadır⁸⁴.

g) Özellikle Almanya'da 30 yıl savaşlarının ardından, devletler ekonomik yönden zayıfladığı için söz konusu kurumlar zamanla özel müteşebbislere kiralanmış ve kazanç kapısı olarak görölmüştür. Bununla birlikte toplu infaz dar odalarda hijyen koşullarına uyulmadan gerçekleştirildiğı için zaman zaman toplu ölümlerin yaşanmasına neden olunmuştur⁸⁵. Buna göre topluluk sistemi niteliğı gereğı hapis cezasının insanı olmayan koşullarda infazına neden olmaktadır.

ii- Hücre (Pennsylvania) Sistemi

Müşterek hapsin yukarıda belirtilen sakıncaları dikkate alınmış ve mahkûmların birlikte bulundurulmaması düşünölererek ceza infaz usulünde Pennsylvania sistemi de denen hücre sistemine (systeme cellulaire) geçilmiştir. Sisteme Pennsylvania denilmesinin sebebi⁸⁶, Franklin tarafından 1790 yılında Pennsylvania'da bir hücre cezaevinin

⁷⁹ Bkz. **Bouloc**, s.118, n.171.

⁸⁰ **Taner**, s.598.

⁸¹ **Donnedieu De Vabres**, n.584, s.335; **Bouzat-Pinatel**, I, n.425, s.483; **Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin**, s.347.

⁸² **Güran**, s.11 vd; **Dönmezer-Erman**, II, s.626; **Gülşen**, s.14; **Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin**, s.347.

⁸³ **Sarihan, Şenal**, Cezaevi Gerçeğı, (I), in: Cumhuriyet, s.6; **Donnedieu De Vabres**, n. 584, s.335; **Bouzat-Pinatel**, I, n.425, s.483.

⁸⁴ **Bouloc**, s.118, n.171; **Voulet**, s.13.

⁸⁵ **Özbek**, s.38, 39.

⁸⁶ Bu sisteme ilk olarak Pensilvanya'da ve özellikle Filadelfiya hapisanesinde uygulandığı için "Filadelfiya Sistemi" de denmiştir. **Taner**, s.599.

(Walnut Street Hapishanesi) inşa edilmiş olmasındandır⁸⁷. Önce Kilise⁸⁸ ve daha sonra Hollanda (17 nci asrın sonunda Amsterdam Cezaevi) ve İtalya'nın (Roma'da Saint- Michel Hapishanesi⁸⁹, 18 inci yüzyılda Milano'da Marie Thérèse tarafından 1759'da inşa edilen ıslah evi⁹⁰) laik hapishanelerinde⁹¹ uygulanan bu sistem, suçlunun cezaevinde gece gündüz bir hücreye tek başına konulmasından ibaretti.

Sistem uyarınca cezaevine girdikten sonra hücrelerine gönderilen mahkûmun diğer mahkûmlarla temasına imkân verilmezdi. Hatta gün içerisinde belli bir süreyle sınırlı olarak hücreden çıkartılan mahkum, avluda ya da koridorda gezinirken karşılaştığı kişiler tarafından tanınmaması için göz yerleri delikli kukuleta taşımak zorundaydı⁹². Ancak mahkûm hücrelerinde, cezaevi müdürünün, öğretmenin, patro-naj dernekleri üyelerinin ziyaretlerini kabul edebilirdi⁹³. Özellikle Pennsylvania'daki uygulamada, mahkûmlar dini telkin yapan rahibin sesini duyabilirler, ancak onu göremezlerdi. Hücrelerinde ayakkabıcılık, terzi, dericilik gibi işlerde çalıştırılırlardı⁹⁴.

Amerika Birleşik Devletlerinde uygulanan bu sistemin kabulünde, Dr. Benjamin Rush öncülüğünde kurulan "*Philadelphia Cezaevi Vakfı*" etkili olmuştur. "Quaker" olarak adlandırılan (İngiltere'de dini inanışları nedeniyle ağır cezalara uğradıkları için Pensilvanya'ya göç eden dini gruba mensup kimselerden oluşan) söz konusu cemiyet Howard'ın görüşlerinden ilham almıştır⁹⁵.

Bu sistem, hayatını ceza infaz ilminin gelişmesine adanmış ve mahkûmların birbirlerinden ayrı yaşamalarını savunan John Howard'ın etkisiyle en mükemmel halini 18 inci yüzyılın sonuna doğru Pensilvanya'da bulmuştur⁹⁶.

⁸⁷ Voulet, s.13; İçel- Sokullu Akıncı-Özgenç- Sözüer- Mahmutoğlu- Ünver, s. 87.

⁸⁸ Bouloc, s.119, n.173. Mahkûmun uslanmasının kefaretle sağlanacağına inanan ve hücre hapsinin ahlaki niteliğini vurgulayan kilise (hücrede mahkum, rahibin manevi yardımları, hayır derneklerinin düzenli ziyaretleri, çalışma ve okuma imkanından yararlanma) manastır hücrelerinde hürriyeti bağlayıcı cezanın infazını benimsemiştir. Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.348.

⁸⁹ 1667'de Fillippo Franci isimli bir İtalyan rahibi Floransa'da, Papa XI. Clement de 1703'de Roma'da suçlu çocuklar için Saint-Michel sığınmaevini kurmuştur. Bkz. Dönmezer-Erman, II, s.622; İçel- Sokullu Akıncı-Özgenç- Sözüer- Mahmutoğlu- Ünver, s.87.

⁹⁰ Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.348, 349.

⁹¹ 1889 İtalyan CK. ölüm cezası yerine Ergastolo'yu (hücre hapsi) kabul etmiştir. Bu sistem kısa sürede tüberküloz, delirme ve intiharı beraberinde getirmiştir. Bkz. Donnedieu De Vabres, n.585, s.335; Bouzat-Pinatel, n.426, s.483.

⁹² Bouloc, s.119, n. 172; Dönmezer-Erman, II, s.625; Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.348.

⁹³ Donnedieu De Vabres, n.585, s.335; Bouzat-Pinatel, I, n.426, s.484.

⁹⁴ Bouloc, s.119, n. 172; Logoz, Paul, Commentaire du code pénal suisse. Partie générale, Neuchâtel-Paris 1939, s.163; Dönmezer-Erman, II, s.625.

⁹⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.685; Demirbaş, s.118, 119.

⁹⁶ Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.348, 349.

Howard, yukarıda belirttiğimiz “İngiltere ve Galler’de Cezaevlerinin Durumu” adlı eserinde hücrenin cezanın gayesinin elde edilmesi hususundaki rolü üzerinde⁹⁷: “*İnziva (tek başına yaşama) ve sükût (susma, konuşmama) suçun en büyük düşmanıdır. İnsanı düşünceye ve düşündükçe nedamete sevk eder. İnziva ve sükût en şiddetli cezalardan, en ulvi dini telkinlerden daha ziyade insanı iyiliğe ve dürüstlüğe kavuşturur*”⁹⁸ demek suretiyle durmuştu.

Pennsylvania sistemi de, suçluların cezaevinde birbirlerinden ve toplumdan soyutlanıp, mutlak yalnız kalarak işlediği suçları düşünüp vicdan azabı duyacakları, pişman olacakları, işledikleri suçlardan nefret ederek düzelmeyi isteyecekleri, böylece en iyi şekilde ıslah edilecekleri düşüncesine dayanıyordu⁹⁹.

Ayrıca hücre sisteminin dayandığı temel felsefe, infaz usulünün korkutucu olması dolayısıyla başkalarını suç işlemekten önleyici etki göstermesi, ilk defa suç işleyenler için cezaevinin suç okulu olmaktan çıkmasıdır¹⁰⁰.

Philadelphia Cezaevi Vakfı’nın Pensilvanya Eyalet Meclisi’nden cezaevi yaptırması için kanun çıkarmasını istemesi üzerine, 1790 yılında Pennsylvania Kanun koyucusu “katılaştırmış ve zalim suçlular”ın (*hardened and atrocious offenders*) soyutlanmış bir şekilde hapsedilmeleri için iki adet hapisane yapılmasını kararlaştırdı. Bunlardan ilki, Philadelphia’daki üç katlı taş bir binadan çevrilmiş olan, Walnut Caddesi Hapishanesidir. Bu bina 40’a 25 fitlik olup, her katın 6’ya 8-9 fitlik sekiz karanlık hücreyi bulunuyordu. Avlu binaya birleştirilmişti. Her hücrede sadece bir mahkûm bulunup, hiç bir iletişim türüne müsaade edilmiyordu. Dış duvarın yukarısında bulunan küçük ızgaralı pencereden mahkûmlar hiçbir şekilde dışarıyı göremiyorlardı¹⁰¹.

Bu sınırlı başlangıçtan sonra Pennsylvania sistemi yavaşça ortaya çıkmaya başladı. Sistem beş prensip üzerine kurulmuştu¹⁰²:

a) Hükümlülere intikam alırcasına davranılmamalı, ancak sert ve uygun yöntemlerle hayatlarını değiştirebileceklerine ikna edilmelidirler.

b) Hücre hapsi, hapishane içinde hükümlünün yeni suçlar öğrenerek daha fazla bozulmasına engel olacaktır.

c) Soyutlanma ile mahkûmlar işledikleri suçları daha derinlemesine düşünme imkanı bulacaklar, pişman olup, tövbe edeceklerdir.

⁹⁷ **Güran**, s.12.

⁹⁸ Böylece ıslahın ancak hücreyle sağlanabileceğini savunan ve dolayısıyla ceza infazında hücreyi esas kabul eden *Howard*, bazı sınıf mahkûmların ayrık tutulması dışında mutlak tecridin, müşterek hapis kadar kötü neticeler doğuracağını da belirtir. Bkz. **Güran**,s.52.

⁹⁹ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.686; **Demirbaş**, s.119.

¹⁰⁰ **Dönmezer-Erman**, II, s.624, 625.

¹⁰¹ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.686.

¹⁰² **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.686.

d) İnsanlar doğaları gereği sosyal hayvan oldukları için, hücre hapsi etkili bir cezalandırmadır. Zira özellikle zihinsel bakımdan az gelişmiş mahkûmlar için hücre hapsi korkutucu etkiye sahiptir¹⁰³.

e) Hücre sisteminde mahkûmların pişman olmaları, tövbe etmeleri ve ıslahları için çok uzun süre geçmesine gerek kalmayacağı için, bu sistem daha ekonomiktir. Aynı zamanda hücre sisteminde daha az gözeticiye ihtiyaç olduğu ve giyim giderleri azaldığı için daha avantajlıdır.

Philadelphia Cezaevi Vakfı'nın gayretleri sonucu Dünyanın en modern ilk cezaevi, 1829 yılında Philadelphia yakınlarında açılmıştır. Doğu Hapishanesinin açılmasıyla, Philadelphia Topluluğunun 42 yıllık reform hareketleri zirveye ulaşmıştır. Hatta o dönemde dünyanın değişik yerlerinden bu cezaevini görmeye gelenler dahi olmuştur¹⁰⁴.

25 Ekim 1829'da sistem ilk kez, hırsızlık suçu nedeniyle iki yıla mahkûm edilen 18 yaşındaki Charles Williams'ın Doğu Hapishanesine gönderilmesiyle uygulanmıştır. Williams'a kişisel egzersizlerini yapabileceği 18 fit uzunlukta bir avlu ile birlikte, 12'ye 8 ve 10 fitlik bir hücre tahsis edilmiştir. Hücrede katlanabilir bir çelik yatak, basit bir tuvalet, tahta bir tabure, bir tezgâh ve yemek kapları bulunmaktaydı. Güneş ışığı tavadaki 8 inçlik bir pencereden geliyordu. Tek başına çalışma, İncil okuma, düşünceler, cezaevindeki suçlular için ahlaki rehabilitasyonun vasıtaları olarak kabul ediliyordu. Hücre her ne kadar bugünkülerden büyük ise de, mahkûmun bütün hapis süresi boyunca görebileceği tek yer orasıydı. Kendi sesi dışında sadece Pazar günleri gelecek olan papazın sesini duyma imkanı bulunmaktaydı¹⁰⁵.

Özellikle kısa süreli hapis cezaları bakımından tavsiye edilen Hücre Sisteminin avantajları ile ilgili olarak ileri sürülen fikirleri şu şekilde özetlemek mümkündür¹⁰⁶:

a) Mahkûmun hücrede tek başına kalması dolayısıyla ortaya çıkan korkutuculuk suç işlemeyi önleyici etki yaratır.

b) Hükümlülerin birbirleri ile olan teması ve cezaevlerinde birbirini tanıma imkânları ortadan kalktığından, cezaevi ilk defa suç işleyenler için okul olma özelliği taşımaz.

c) Cezaevlerinin güvenliği daha kolay sağlanır, özellikle isyan, firar eylemlerinin gerçekleşme ihtimali ortadan kalkar.

¹⁰³ **Donnedieu De Vabres**, n.585, s.335.

¹⁰⁴ Bu cezaevini ziyarete gelen İngiliz yazar Charles Dickens, "*burada yatanların çektiği manevi işkence, bedeni işkence olsa, bu kadar tahribat yapmazdı*" diyerek hücre sisteminin ve mahkûmların yalnız bırakılmalarının sakıncasına işaret etmiştir. Bkz. **Demirbaş**, s.119.

¹⁰⁵ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.687.

¹⁰⁶ **Bouloc**,s.119, n.174; **Dönmezer-Erman**, II, s.625; **Voulet**, s.13; **Taner**, s.599.

d) Bu usul uslanmaları imkansız veya güç olanları yıldırıldığı gibi mahkumun durumuna göre tedbir alınmasına diğer bir deyişle cezanın şahsileştirilmesine elverişlidir.

Sistemin aleyhinde ise şu hususlara işaret edilmektedir¹⁰⁷:

a) Hücrede tek başına kalmak hükümlüyü umutsuzluğa sevk eder ve akıl hastalıklarına neden olur.

b) Diğer hükümlülerle irtibatı kesildiğinden, sosyal bir yaşam tarzına yol açar ve hükümlünün topluma yeniden uyumunu güçleştirir. Uzun zaman hücrede yalnız yaşadıkten sonra serbestiyeye kavuşan mahkumlar, şaşkın, sersem olurlar, hücre kendilerini vahşi yapar.

c) Hükümlünün çalıştırılacağı alan sınırlıdır. Özellikle hücrede sadece küçük el sanatlarıyla mahkumun işteğil etme imkanı bulunmaktadır. Zira organizasyon gerektiren işlerin hücre hapsi ile elde edilmesi imkânsız olduğundan, suçlunun çalıştırılması imkanı çok azalır ve zorlaşır.

d) Mahkumun maddi bakımdan tam manasıyla tecridi mümkün değildir. Suçluların hücredeki su borularına vurmak suretiyle hiç düşünölmeyen temas usullerini icat ettikleri görölmüşür. Kaldı ki, suçluların cezaevi yönetimiyle temasları zorunludur.

e) Her mahkûma ayrı bir oda verilmesi gerektiğinden, böyle bir rejimin uygulanacağı cezaevi binasının inşası ekonomik yönden sorunlar doğurmaktadır.

f) Hücre usulünden beklenen neticenin alınabilmesi aynı zamanda nitelikli personel ihtiyacını da gündeme getirmektedir. Bunun sağlanması için de fiziki altyapının bulunması gerekmektedir.

Tüm bu sakıncalarına rağmen, hücre sistemi XIX. yüzyılın ortalarından itibaren özellikle Belçika ve Fransa'da rağbet görmüşür. Belçika'da 1828 yılında bir yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olan Ducpétiaux isimli bir gazeteci, ihtilal sonucu hapishaneler genel müdürü oldu. Ducpétiaux, suçlunun gece gündüz ahlaki ve iş eğitimiyle gönüllü bir ziyaretçinin ve hapishane personelinin ilgileneyeği bir hücrede kalmasına taraftardır¹⁰⁸. Hücre sistemini tatbik eden çok sayıda cezaevi binası inşa ettirdi (örneğin, 1860 Louvain). Ölümüne (1868) müteakip, 1870 tarihli bir kanun, bütün hürriyeti bağlayıcı cezalar için hücre sistemini kabul etti. Hücre sisteminin mahkumun fiziki ve ruhi durumu üzerindeki olumsuz etkileri 1918-1938 yılları arasında bu rejimin esnekleştirilmesi ve yumuşatılmasına ve hatta 1945'ten sonra sistemin uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından terkedilmesine neden oldu¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Bkz. **Bouloc**, 119, n.174; **Voulet**, s.13, 14; **Donnedieu De Vabres**, n.585, s.335, 336; **Bouzat-Pinatel**, I, n.426, 485; **Dönmezer-Erman**, II, s.625; **Güran**, s.12 vd.; **Taner**, s.599, 600.

¹⁰⁸ **Voulet**, s.17.

¹⁰⁹ **Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin**, s.350.

Mutlak tecrit taraftarı Fransa'da 1840 yılından itibaren birçok hücre hapishanesi inşa edildi (1853'de, 49 il hapishanesinde 4485 hücre bulunmaktaydı). Ancak İçişleri Bakanının 17.4.1853 Genelgesiyle yeni hücre cezaevlerinin inşası yasaklandığı gibi inşa edilen hücrelerin de yıkılmasına karar verildi. Genelgeyle hücre sisteminden bölümlerin birbirinden ayrılması suretiyle müşterek hapis usulüne geçildi. Mahkum kategorilerinin çokluğu nedeniyle her hapishanede birbirinden farklı 25 bölüm ihdas edildi. 1870 savaşı sonunda suçluluğun artması neticesinde çıkarılan 5 Haziran 1875 Kanunu sadece tutuklanan veya kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olanların buldukları il hapishanelerinde hücre sistemini kabul etti. Aynı yıl il hapishanelerinde hücre sisteminin uygulanmasını denetleyen bir dernek tesis edildi¹¹⁰.

Pensilvanya sistemi, önceleri çok kabul görmüş ve birçok ülkede uygulanmış ise de, sonraları sakıncaları görülerek aleyhindeki cereyanlar kuvvetlenmiş ve yavaş yavaş sistemden vazgeçilmiştir. Nitekim Avrupa'da Hücre usulünün klasik ülkesi sayılan Belçika'da, sistem 1922 yılında kaldırılmıştır. 1930 İtalyan Ceza Kanunu mahkumların geceli gündüzlü ayrılmaları usulünü kaldırarak yalnız geceleri ayrı hücrede bulundurulmaları ve gündüz bir arada çalıştırılmaları sistemini kabul etmiştir¹¹¹.

Aslında hücre sisteminin uygulanması mali zorluklarla karşı karşıya kalmış ve hiçbir zaman tam anlamıyla uygulanamamıştır. Fransa'da 1939 yılında hizmette bulunan 75 cezaevinden ancak 50'si hücre cezaevi niteliğindedir. Ayrıca hücre cezaevlerinde de mahkum ve tutukluların yoğunluğu, hücreye birden fazla kimsenin konulmasını zorunlu kıldığından, bu sistemin uygulanması mümkün olmamıştır¹¹².

Taner'e göre, bu usul uzun sürmeyecek bir süre ile sınırlı olarak uygulanabilir:

1- Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olanlar cezalarını tamamen hücrede geceli gündüzlü yalnız bırakılmak sureti ile çekmelidirler. Böylece bu mahkumlar diğerleriyle temastan doğacak sakıncalardan korunmuş olurlar, hem de cezanın tesirini daha çok hissederler.

2- Uzun süresi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olanlar cezaevine girer girmez önce cezalarını kısa bir süre geceli gündüzlü tek başlarına hücrede geçirmelidirler. Bu sayede kendi başlarına fillerini düşünürken, pişmanlık zeminini hazırlanmış olur, cezanın etkileyici tesirini hissederler ve tekrar hücreye konmak korkusu, ilerde yani cezanın sonraki infaz devrelerinde hal ve hareketlerini gözden geçirmelerine neden olur¹¹³.

¹¹⁰ Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.350.

¹¹¹ Taner, s.600.

¹¹² Stéfani-Levasseur-Jambu-Merlin, s.351.

¹¹³ Taner, s.600.

iii- Karma (Auburn) Sistemi

Müşterek hapis ve hücre hapsi sistemlerinin sakıncalarının ortadan kaldırılması ve bu sistemlerin olumlu yanlarının bir araya getirilmesi için yeni bir sistem arayışına girildi ve karma bir sisteme başvuruldu. İlk defa 1816 yılında Amerika Birleşik Devletlerinin New York eyaletinin Auburn bölgesinde inşa edilen “Auburn Cezaevinde” uygulandığı için, sisteme “Auburn Sistemi” ismi verilmiştir.

Bu sisteme göre¹¹⁴; mahkûmlar geceleyin tek başlarına bırakılmakta, gündüzleri ise atölyelerde konuşma yasağı uygulanarak, az bir ücret karşılığında bir arada çalıştırılmakta, yemekler toplu olarak yenmekteydi. Sohbetin her şekli kesin olarak yasaklanmıştı, sadece izin verilen hallerde gardiyan ile kısık sesle konuşma imkanı bulunmaktaydı¹¹⁵. Ayrıca mahkûmların ailelerinin ziyareti de bu sistemde yasaktı¹¹⁶.

Konuşma yasağına uyulması, hükümlülerin önlerine bakmaları, sessizce yürüme-leri, işyerinde birbirlerinin karşısında oturmamaları suretiyle sağlanmaya çalışılırdı. Bu hükümlere uymayanlara kırbaç cezası tatbik edilirdi. Bununla beraber uygulamada tüm çabalara rağmen sükût kuralına tam anlamıyla uyulmadığı gözlenmiştir¹¹⁷.

Amerikalı reformistler Auburn sistemini büyük bir gelişme olarak gördüler. Bu yolla hapisane masrafları da azaltılıyordu. Nitekim 1826'da Boston'da yapılan hapisane reformları toplantısında, sistem hakkında şu yorumlara yer verilmişti: “*Auburn iyi inşa edilmiş bir hapishanede, doğru bir disiplin uygulaması ile nelerin yapılabileceğine ilişkin iyi bir örnektir. Sürekli bir endüstri, tam bir destek (...). Burada mahkûmlar geceleri yalnız başlarına ve ellerinde İncil'den başka bir kitap olmadan geçirirler ve gün ışığında askeri düzen içinde bir gardiyanın gözetiminde ayakları zincirli şekilde atölyelerine çalışmaya giderler*”¹¹⁸.

İfade etmeliyiz ki, konuşma yasağı ve cezaevinde çalıştırma uygulaması ilk kez “Auburn Sistemi” ile uygulanmaya başlanmamıştır. Çok daha önceleri, Amsterdam Çocuk Islah Müessesesinde, Romadaki Saint Michel Cezaevinde, Gand Hapishanesinde¹¹⁹ söz konusu sistem uygulanmıştır. Nitekim 1772'de Gand Cezaevinde gündüzleri bir arada çalıştırma sistemi uygulanmış, çalışmayana yiyecek verilmemesi,

¹¹⁴ İfade etmeliyiz ki, Auburn Cezaevinde ilk önce her hücreye iki mahkûm konulmuştu. Ancak bu usul özellikle ahlaki bakımdan kötü neticeler verdiği için cezaevine 80 kadar hücre ilavesiyle her mahkûmu yalnız olarak hücreye koyma imkânı sağlandı. Bkz. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.687; **Bouloc**, 121, n.176; **Güran**, s.53.

¹¹⁵ Bu nedenle Pensilvanya sistemindeki tecrit (solitary) yerine, Auburn sisteminde sessizlik (silent) benimsenmiştir. **Demirbaş**, s.120; **Taner**, s.600.

¹¹⁶ **Dönmezer-Erman**, II, s.626.

¹¹⁷ **Donnedieu De Vabres**, n.586, s.336; **Bouzat-Pinatel**, I, n.428, s.485; **Logoz**, s.163.

¹¹⁸ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.688.

¹¹⁹ Gand hapishanesi 1773 yılında Belçika'nın Gand şehrinde serseri ve dilenciler için barınma yeri şeklinde yapılmıştır. **İçel- Sokullu Akıncı-Özgenç- Sözüer- Mahmutoğlu- Ünver**, s.87.

suçluların ahlaki derecelerine göre sınıflandırılması, birbirleriyle konuşturulmamaları ilkesi benimsenmiştir¹²⁰.

Howard, çok önceleri Auburn sistemi ile ilgili olarak; “*Bir suçluyu ıslaha başlanmadan evvel onun olduğundan daha düşkün bir vaziyete gelmesine engel olmak gerekir. İslahta her şeyden evvel nazara alınması icap eden cihet budur ve bu ancak hücre ile temin olunabilir. Fakat bazı sınıf mahkûmlar ayırık olmak üzere mutlak bir tecrit, müşterek hapis kadar zararlı neticeler meydana getirir. Geceleri tam ve mutlak bir hücre hapsi, gündüzleri bazı şartlara bağlı müşterek bir hapis gayeyi temin edebilir*” demişti¹²¹.

Auburn Sisteminin avantajları ile ilgili olarak şu hususlar ileri sürülmüştür:

a) Mahkûmlar gündüzleri atölyelerde bir arada bulduklarından, bu rejim sayesinde mahkûmların ortak çalışmaları sonucunda daha nitelikli iş yapmaları mümkündür¹²².

b) Konuşma yasağı ile mahkûmların birbirlerini kötü yönde etkilemeleri engellenmiş olur.

c) Gündüzleri mahkûmlar bir arada buldukları için, kendilerini yalnız saymazlar ve dolayısıyla asosyal olmaları engellenmiş olur.

d) Mahkûmlar arasında eşcinsellik önlenir¹²³.

Bu faydalarına karşılık Auburn sistemine getirilen eleştiriler şu şekildedir¹²⁴:

a) Mahkûmlar gündüz bir arada gece tek başlarına kaldıkları için, sistem adeta iki çeşit cezaevinin birlikte inşasını gerektirmektedir. Bu şekilde inşa edilecek cezaevleri ise ekonomik yönden pahalıya mal olacaktır¹²⁵.

b) Mahkûmların birbirleri ve cezaevi yöneticileriyle konuşmamaalarının sağlanması fiilen mümkün değildir. İmkânsız bir hususun temini ise, çok geniş bir personel ihtiyacını ve masrafı gerektirir. Diğer taraftan yasak, suçluyu konuşmaya da teşvik ettiğinden onun amacına ulaşmak için her türlü yola başvurmasına neden olur.

c) İnfazın amacı suçlunun ıslahı olduğundan, iyileştirme onun sosyal hayata yeniden uyumunu sağlayacak şartlara tabi tutulması suretiyle gerçekleşebilir. Suçlunun toplumsal yaşayışla benzerliği olmayan bir rejime tabi tutulması onun ileride sosyal

¹²⁰ **Dönmezer-Erman**, II, s.622; **Güran**, s.52.

¹²¹ **Güran**, s.52.

¹²² **Garraud, R.** *Traité théorique et pratique du droit pénal Français*, C.II, 3. édition, Paris 1914, Tıpkı Basım 1928, s.155; **Bouloc**, s.121, n.177.

¹²³ **Dönmezer-Erman**, II, s.626; **Taner**, s.601.

¹²⁴ Bkz. **Bouloc**, s.121, n.177; **Dönmezer-Erman**, II, s.626, 627; **Taner**, s.601.

¹²⁵ *Dönmezer-Erman* ise, bu sisteme uygun binaların inşasının daha ekonomik olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **Dönmezer-Erman**, s.626.

hayata uyum imkânını ortadan kaldırır. Zira gündüzleri bir arada bulunmaları onların sosyal olmalarını engelleyici bir etki doğurmamaktadır.

Hapis cezasının infazına yönelik olarak geliştirilen bu sistemler suçlunun cezasını çekmiş olmasını infazın tek amacı olarak kabul ediyorlardı. Diğer bir ifadeyle, mahkûmun ıslah ve terbiyesi suretiyle, topluma kazandırılması amaçlanmıyordu. Günümüzde ise infazın gayesi suç işleyen ferdin toplum dışında tutulması değil, onun ıslah ve terbiye edilmesi suretiyle sorumluluğunun bilincinde yararlı bir kişi olarak topluma iadesinin sağlanmasıdır. Bu amaca ise ancak suçluya belli bir programın uygulanması ile ulaşmak mümkündür.

iv- Panoptikon Sistemi¹²⁶

Bentham (1748-1832), *Traité de législation civile et pénale* (hukuk ve ceza mevzuatı) adlı eserinde hapis cezasını o zamanlar uygulanan diğer cezalara tercih etmiştir. Hapishanelerin ne şekilde yapılması gerektiğini izah eden Bentham, tavsiye ettiği hapishane sistemine Panoptikon (Panopticon) adını vermiştir¹²⁷.

Bu sisteme göre, yapılacak hapishane daire şeklinde olup, ışık yukarıdan, kubbeden gelecek, odası dairenin merkezinde olan müdür, bütün hücreleri denetim altında tutabilecektir¹²⁸. Hapis cezalarının korkutma ve ıslah gayelerine yönelmesini savunan Bentham, bu amaçlara ulaşmak için bazı vasıtalara müracaat edilmesini savunmuştur¹²⁹:

- 1- Hükümlülerin gruplara ayrılarak hapsedilmeleri,
- 2- Hükümlülerin serbest bırakılınca kendilerini geçindirebilecek bir sanata sahip olmak için çalıştırılmaları,
- 3- Hükümlülere, ahlaki, dini terbiye verilmesi,
- 4- Hükümlülerin çalışmalarından elde edilecek maddi yararın bir kısmının suç mağdurlarının zararlarını ödemeye ayrılması.

Hürriyetten yoksunluğun bizatihi bir amaç olarak kabul edilmediğinin anlaşılması cezanın infazında yeni bir sistemin uygulanması sonucunu doğurmuştur. Hürriyetten mahrumiyeti bizatihi bir amaç saymayan bu yeni sistem “İrlanda Sistemi”, “Müterakki Sistem”, “Dereceli Sistem” veya “Tedricen Serbesti Sistemi” adıyla anılır.

¹²⁶ Bu sistem esas itibarıyla cezaevi mimarisine yönelik olmakla birlikte, cezaevi binası ile ceza infaz rejimi arasında irtibat olması nedeniyle ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

¹²⁷ Bkz. **Kıvırcık, Hasan**, *Cezaevleri Mekan Kurgusu, Güncel Sorunlar ve Öneriler*, in: *Cezaevleri Sempozyumu*, 29-30 Haziran 2002, 13 vd.

¹²⁸ Bkz. **Kantar, Baha**, *Ceza Hukuku*, Başlangıç, Ankara 1937, s.28; **Dönmezer-Erman**, II, s.634.

¹²⁹ Bkz. **Kantar**, s.28.

v- Dereceli Sistem (İrlanda Sistemi)

Kaynağı İngiltere’de olmakla birlikte, özellikle Walter Crofton tarafından İrlanda’da uygulandığından, sisteme “İrlanda Sistemi” ismi verilmiştir. Bu sisteme göre, mahkum önce geceli gündüzlü hücrede yalnız hapsolünmakta, muayyen bir süre sonra hakkında Auburn rejimi uygulanmakta yani geceleri hücrede yalnız başına, gündüzleri konuşmamak kaydı ile diğer mahkumlarla bir arada çalıştırılmaktaydı. Bu aşamada iyi hal gösteren ve uslandığına kanaat getirilen mahkum hakkında hapishane ile serbest hayat arasında daha yumuşak müesseseler uygulanmaktaydı. Örneğin mahkum zirai işletmelerde çalıştırılmakta, orada iyi hali tespit edilirse “şartla salıverilmekte”, diğer bir ifade ile ceza süresi bitmeden tamamen serbest kalmaktaydı. Geri kalan mahkumiyet süresi içinde uslu durursa cezasını çekmiş sayılarak, tahliyesi kesinlik kazanmakta aksi takdirde cezaevine tekrar geri dönmekteydi¹³⁰.

Sistemin ortaya çıkmasında, Avustralya sahillerindeki İngiliz Kolonisi Norfolk adasına yönetici olarak atanan *Alexander Maconochie’nin* (1787–1860) çalışmaları ve düşünceleri önemli rol oynamıştır. Sistem 1840 yılında Maconochie tarafından Norfolk adasında bulunan suçluların cezalarının infazı için uygulanmaya başlanmıştır. Çalışma ve iyi hal esas alınarak uygulanan sistemde, hükümlüye not verilmekte ve bu notlara göre hükümlünün ceza süresi belirlenmekteydi¹³¹.

İki kez mahkûm olmuş mükerrir suçlular, gemi yoluyla İngiltere’den Avustralya’ya ve oradan da Norfolk’a geliyorlardı¹³². Burada uygulanan infaz sistemi ve inzibati cezalar çok ağır ve insanlık dışıydı. Sık sık isyan eden mahkûmlar, inzibati cezaya maruz kalmaktansa intiharı tercih ediyorlardı¹³³. Bu hadiseler üzerine “Norfolk” İngiltere için önemli bir mesele haline geldi. *Maconochie* kendi teklifi üzerine yeni bir infaz rejimi tatbik etmek maksadıyla Norfolk’ta görevlendirildi¹³⁴.

Maconochie, önceden belirlenmiş, tamamının çekilmesi zorunlu sabit hapis cezalarına (*flat sentence*) karşı çıkararak, eğitimin, çalışmanın ve iyi halin ödüllendirilmesine dayalı yeni bir hapis rejimi planladı ve bir “notlama sistemi” (*mark system*) geliştirdi¹³⁵. Bu sistemde hükümlü, kendisine işlediği fiilin ağırlığına göre verilen belirli bir notu, çok çalışarak, öngörülen eğitim ve dini programlara katılarak ve iyi davranış göstererek kazanabilir ve böylece özgürlüğünü elde edebilirdi¹³⁶. Mahkûmun kurum içerisindeki uygunsuz davranışları ise, kazanılmış notların tenzilini sonuçlardı¹³⁷.

¹³⁰ **Taner**, s.601.

¹³¹ **Dönmezer-Erman**, II, s.627; **Demirbaş**, s.122.

¹³² **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.689.

¹³³ **Güran**, s.13, 14.

¹³⁴ **Bouloc**, s.122, n.179; **Güran**, s. 14.

¹³⁵ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.689; **Dönmezer-Erman**, II, s.627; **Demirbaş**, s.122.

¹³⁶ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.689; **Dönmezer-Erman**, II, s.627.

¹³⁷ **Güran**, s. 14.

*Maconochie'*ye göre, salıverme cezanın belli bir süre infaz edilmesine değil, belirli miktardaki işin bitirilmesine dayanmalıdır. Kısaca zaman cezaları kaldırılmalı ve görev cezaları getirilmelidir¹³⁸. Bunun için de hükümlünün üstlenmesi gereken işin miktarı, işlenen suçun ağırlığına göre tespit olunan belirli bir notla ifade edilmelidir. Böylece mahkûmun kurum içerisindeki tavır ve hareketleri, sosyal yaşama uyumu ve endüstriyel alandaki çalışmaları değerlendirilerek özgürlüğe kavuşması konusunda sağlıklı bir karar verilmesi sağlanabilirdi¹³⁹.

Maconochie'nin fikirleri, 1854 yılından itibaren İrlanda'da benimsendi. İrlandalı *Walter Crofton*, *Maconochie'nin* öngördüğü rejimi, "müddetsiz hüküm sisteminin" gelişmesinde kullandı. Bu da daha sonra "Dereceli Sistem", "İrlanda Sistemi" olarak anıldı¹⁴⁰.

Burada cezaevinde cezanın toplu infazı ile şartla salıverme arasına bir "ara kurum" getirildi. Böylece hükümlüler şartla salıverilmeden önce kurum dışında tarım işlerinde çalıştırıldılar. Bu ara dönemde hükümlülerin diğer insanlarla iletişime geçerek sosyalleşmeleri sağlanmak isteniyordu¹⁴¹.

İrlanda sisteminde dört aşama bulunmaktaydı¹⁴²:

- 1- Tenkil ve kontrol amacıyla hücre,
- 2- Islah ve uyum amacıyla müşterek alan,
- 3- Toplumla entegrasyonun sağlanabilmesi için ara kurumlar,
- 4- Koşullu salıverilme.

İrlanda Sistemi, ıslahı çeşitli safhalarda bazı mükâfatların verilmesiyle sağlamaya çalışır. Örneğin, ziyaretçi kabul sayısının artması, haberleşme imkânının genişlemesi gibi¹⁴³. Böylece dereceli sistemin tatbikiyle, cezanın infazı aşamasında şahsileştirilmesi, iyilerin mükâfatlandırılması ve diğer mahkûmların da iyileşme hususunda cesaretlendirilmesi mümkün olabilmektedir¹⁴⁴.

19 uncu yüzyılın sonundan itibaren Danimarka, Finlandiya, Norveç, Yunanistan, İtalya, Macaristan gibi birçok Avrupa ülkesi tarafından kabul edilen¹⁴⁵ ve

¹³⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.690.

¹³⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.690.

¹⁴⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.690. Doktrinde bu sisteme "gelişmecî sistem" ismi de verilmektedir. Dönmezer-Erman, II, s.627.

¹⁴¹ Demirbaş, s.123.

¹⁴² Bkz. Demirbaş, s.123.

¹⁴³ Bouzat - Pinatel, I, n.429, s.486.

¹⁴⁴ Voulet, s.15.

¹⁴⁵ Bouloc, s.122, n.179.

hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında ileri bir aşamayı oluşturan dereceli sistem de günümüzde artık uygulanmamaktadır.

Günümüzde hapis cezalarının mümkün olduğu kadar çektirilmemesi suretiyle onun yerine seçenek kurumların (örneğin, failin cezadan muaf tutulması, kamu davasının açılmasının, muhakemenin, hükmün ertelenmesi, ön ödeme gibi) uygulanması tavsiye edilmekte, cezaya son çare olarak başvurma eğilimi kendini göstermektedir. Nitekim suç politikasına ve ceza hukukuna hakim olan ilkeler arasında cezaya son çare olarak müracaat edilmesi de yer almaktadır.

Müddetsiz hüküm sisteminin en büyük sakıncası, keyfilğe yol açması ve mahkûmları serbest kalabilmek için riyakârlığa yöneltmesidir. Zira müessese cezanın uzunluğunu işlenen suçun ağırlığına değil, şartla salıverme komisyonlarının değerlendirmelerine bağlı tuttuğundan, bu komisyonlar politik yönlendirmelerle hareket edebilecekleri gibi, hapisane görevlileri de kişisel sebeplerle olumsuz rapor verdikleri hükümlülerin tahliyesini engelleyebilirler.

Sistemin bu mahzurları dikkate alınarak mutlak şekilde uygulanmasından kaçınılmış ve hâkimin saptayacağı alt ve üst sınırlar dâhilinde cezanın infazı sistemi benimsenmiştir. Mahkûm, hâkim tarafından belirlenmiş minimum cezayı çekmeden şartla salıverilmeye hak kazanamaz. Bununla beraber, şartla salıvermeden istifade edemese dahi, maksimum ceza süresinden daha fazla hapisanede tutulamaz¹⁴⁶.

Türk Hukukunda da, 1267 tarihli *Kanunu Cedit*, çeşitli maddelerinde müddetsiz hüküm sistemine yer vermişti. Nitekim adı geçen Kanunun birinci faslının 15 inci maddesinde “...fakat muîni kâtil nisadan ise taife-i nisaya mahsus mahbesde ıslahı nefş edinceye kadar hapis ile...” denildiği gibi, ikinci faslın 5 inci maddesinde sarkıntılık eden ve nâra atan sarhoşlarla, alâmetile tutulan kumarbazlar için; “cünhalarına göre mesağ-ı şer’î olduğu veçhile öldüresiye olmayarak kâimen üçten nihayeten nihaye yetmiş dokuz adede kadar değnek darbıyla tazir kılma. Ve bu suretle bulunan edepsiz ve kumarbazların bir iki defaya kadar tutulur ise yine haklarında tazîri mezkûr icra olunup andan sonra fazahad-ı mezkûreyi ihtiyar eyler ise ısrar demek olacağından ol vechile ısrarı takdirinde kendisinde nedamet ve teobe-i sahiha hasıl oluncaya kadar Dersaadette ise küreğe, taşrada ise prangaya vaz’oluna”; üçüncü faslın 13 üncü maddesinde de, “Şerîr makûlesinden yani bazı cihetle uygunsuzlukları tebeyyün ederek kendisinden emniyet-i ahali meslûb olan”lar bakımından, “...bu suretle salâhı zahir olmadığı takdirde salâh hali zahir oluncaya kadar müddeti temdit kılma” hükümlerine rastlanmaktadır¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Bkz. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.692; **Taner**, s.572 vd. Ayrıca bkz. La Sentence Indeterminée, Nations Unies, Department Des Questions Sociales, New York 1953, s.6 vd.; **Voulet**, s.15.

¹⁴⁷ Bkz. **Gökçen**, s.105 vd.; **Taner**, s.149, dn.1.

vi- Yeni Sistem

Tamamen uzmanlar tarafından yönetilen ve suçluların iyileştirilmesi, kendi kendilerini kontrol etmek duygusunun geliştirilmesi ve toplum hayatına uyum sağlama-ları amacını güden müesseselere yollanan mahkûmlar, bu sistemde, dereceli sistemde olduğu gibi cezaevinde geceleri bir odada yalnız kalmakta, fakat gündüzleri hayatları hür ve namuslu insanların iş ve hayatları gibi organize edilmektedir. Bu surette toplum hayatına hazırlanan mahkûmların belirli bir ölçüde cezaevi idaresine katılmaları da sağlanmaktadır. İyi hal gösterildikçe infaz rejimini yumuşatan dereceli sistemden farklı olarak, tamamen bilimsel usulleri uygulayan bu yeni sistem, bir kişi gibi ele aldığı suçlunun uslanması için gerekeni yapmaktadır. Hürriyeti bağlayıcı ceza suç-lunun kişiliğindeki özellikler göz önünde tutulmak suretiyle tamamen bireyselleş-mektedir. Çağdaş anlayışta tecrit devresine tabi tutulan ve kişisel özellikleri tespit olunan suçlu, özelliklerine uygun bir müesseseye gönderilmektedir. Gerekğinde bu müessesenin değiştirilmesi de mümkündür¹⁴⁸.

Günümüzde infaz, ferdin toplum dışında tutulmasına yarayan bir tedbir değil, hükümlünün ıslah ve terbiye edilerek topluma iadesini sağlamak için en uygun vası-taları araştıran bir usul sayılmaktadır. Ülkemizde hali hazırda koğuş sistemine dayalı cezaevlerinin varlığı çağdaş infazın ve suçluların topluma kazandırılmasının ya da sosyalleştirilmesinin önündeki önemli engellerden biridir.

Doktrinde çağdaş infaz hukukunda geçerli olan ve serbestliğe doğru gidişi he-defleyen infaz sisteminin esasları; “a) insan kişiliğine saygılı ve zaaf göstermeyen bir disiplin, b) Hapishaneden çıkışa hazırlayan çalışmaların çekici hale getirilmesi, c) haberleşme ve ziyaret imkânlarının genişletilmesi, d) Eğitim ve sosyal faaliyetlerin geliştirilmesi, e) Hükümlüye hakları ve cezaevi yaşamı konusunda bilgi verilmesi” olarak belirtilmiş ve bu esaslara ancak çalışma ve oda sistemine dayalı cezaevleri ile ulaşılabilceği ifade edilmiştir¹⁴⁹.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı CGTİK.’nın 6 ncı madde-sinde hapis cezasının infazında gözetilecek ilkeler belirtilmiştir. Düzenleme uyarınca hapis cezalarının infaz rejimi aşağıdaki temel ilkelere dayalı olarak gerçekleştirilme-lidir:

“a) Hükümlüler ceza infaz kurumlarında güvenli bir biçimde ve kaçmalarını önle-yecek tedbirler alınarak düzen, güvenlik ve disiplin çerçevesinde tutulurlar.

b) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin düzenli bir yaşam sürdürmeleri sağla-nır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektilir. Hükümlü-

¹⁴⁸ Dönmezer-Erman, II, s.629.

¹⁴⁹ Demirbaş, s.539.

lerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu İnfaz Kanununda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir.

c) Cezanın infazında hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün olan araç ve olanaklar kullanılır. Hükümlünün kanun, tüzük ve yönetmeliklerle tanınmış haklarının dokunulmazlığını sağlamak üzere cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunîlik ve hukuka uygunluk ilkeleri esas alınır.

d) İyileştirmeye gereksinimleri olmadığı saptanan hükümlülere ilişkin infaz rejiminde, bu hükümlülerin kişilikleriyle orantılı bireyselleştirilmiş programlara yer verilmesine özen gösterilir ve bu hususlar yönetmeliklerde düzenlenir.

e) Cezanın infazında adalet esaslarına uygun hareket edilir. Bu maksatla ceza infaz kurumları kanun, tüzük ve yönetmeliklerin verdiği yetkilere dayanarak nitelikli elemanlarca denetlenir.

f) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütünlüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması zorunludur.

g) Hükümlünün infazın amacına uygun olarak kanun, tüzük ve yönetmeliklerin belirttiği hükümlere uyması zorunludur.

h) Kanunlarda gösterilen tutum, davranış ve eylemler ile kurum düzenini ihlâl edenler hakkında Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanır. Cezalara, Kanunda belirtilen merciler, sürelerine uygun olarak hükmederler. Cezalara karşı savunma ve itirazlar da Kanunun gösterdiği mercilere yapılır¹⁵⁰.

Ülkemizde cezaevlerinde yürütülmekte olan infaz rejiminin bağımsız denetimine de olanak sağlandığı belirtilmelidir. 4681 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukukları İzleme Kurulları Kanunu kapsamında oluşturulan izleme kurulları, ceza infaz kurumlarındaki infaz ve ıslah uygulamalarının incelenmesi, yerinde izlenmesi, tutuklu ve hükümlülerin dinlenmesi, onların sağlık, yaşam, güvenlik ve nakil işlemleri ile ilgili aksaklık ve eksikliklerin giderilmesi gibi konularda yetkili mercilere sundukları raporlarla sistemin sağlıklı işleyişinde önemli bir rol oynarlar (4681 sayılı Kanun m.6).

¹⁵⁰ 5275 sayılı CGTİK.'nın "iyileştirmede başarı ölçütü" başlıklı 7 nci maddesinde de; "(1) Hapis cezalarının infazında hükümlülerin iyileştirilmeleri amacını güden programların başarısı, elde ettikleri yeni tutum ve becerilerle orantılı olarak ölçülür. Bunun için iyileştirme çabalarına yönelik olarak hükümlünün istekli bulunması teşvik edilir.

(2) Hapis cezasının, kendisinde var olan zararlı etki yapıcı niteliğini mümkün olduğu ölçüde azaltacak biçimde düzenlenecek programlar, usuller, araçlar ve zihniyet doğrultusunda yerine getirilmesi esasına uyulur. İyileştirme araçları hükümlünün sağlığını ve kişiliğine olan saygısını korumasını sağlayacak usul ve esaslara göre uygulanır" hükmüne yer verilmiştir.

2- Türk Hukuku

a- İslam-Osmanlı Hukuku Dönemi

Hapis cezasına eski Türk Devletlerinden Hun Devleti'nde rastlanmaktadır. Göçebe bir devlet olan, Hun Devleti'nde, sabit cezaevleri inşa edilmek istenmiyordu. Bu nedenle hapis cezaları sadece on güne kadar verilmekteydi¹⁵¹.

İslam hukukuna bakıldığında, bedene yönelik cezaların esas olduğu, hapis cezasına ise yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle hapis cezasının infazına yönelik hapisaneler de bulunmamaktaydı.

Bununla birlikte, İslamiyetin ilk dönemlerinde suç işleyenlerin geçici olarak tutulmaları için kullanılan hapisanelerin bulunduğu belirtilmektedir. Ancak bu yerlerin, hapis cezasının infaz edildiği cezaevi olmasından ziyade bir tutukevi, cezanın infaz edilmesine veya borçlunun borcunu ödemesine kadar tutulduğu yer olarak kabul edilmesi daha yerindedir¹⁵².

İslam hukukunda hapisane olarak kullanılmak üzere ilk özel binayı Hz. Ali yaptırmıştır. Nafi ismi verilen bu binalardan hırsızlar kolay kaçtukları için, Mehis isminde yeni ve daha güvenli hapisane yaptırmıştır¹⁵³.

Osmanlı Devleti'nde İslam hukuku uygulandığı için, hürriyeti bağlayıcı cezaların infaz edildiği hapisanelerden de kural olarak söz etmek mümkün değildir. Ancak taziren cezalandırılan suçlarda, padişah ve onun adına cezalandırma yetkisini kullananlar suçun nitelik ve derecesine göre cezayı tayin etmekteydi. Bu cezalardan biri de hapis cezasıydı¹⁵⁴.

Osmanlı Devleti'nde hapis cezası, Tanzimat'ın kabulünün ardından yürürlüğe giren 1256 (1840)–1267 (1851) ve 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunnamelerinde öngörülmüştür¹⁵⁵. Bu kanunlarda ağır hasta olan hükümlülerin iyileşinceye kadar kefaletle salıverilmesi, yoksul olanların beslenme ve giyim ihtiyaçlarının devlet tarafından karşılanmasına ilişkin ilkeler benimsenmiştir¹⁵⁶.

1274 tarihli Ceza Kanunnamesine göre, hürriyeti bağlayıcı cezalar; kürek¹⁵⁷,

¹⁵¹ **Cin, Halil - Akgündüz, Ahmet**, Türk Hukuk Tarihi, Kamu Hukuku, Konya 1989, s.61; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.682.

¹⁵² **Demirbaş**, s.141; **Özbek**, s.41.

¹⁵³ **Demirbaş**, s.140.

¹⁵⁴ **Demirbaş**, s.141; **Özbek**, s.41.

¹⁵⁵ Bu konuda bkz. **Gökçen, Ahmet**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s.11 vd.

¹⁵⁶ **Özbek**, s.41.

¹⁵⁷ Müebbet veya muvakkat [3 – 15 yıl arası] olabilen kürek cezası, suçlunun ayaklarında demir olduğu halde meşakkatli işlerde çalıştırılmak suretiyle icra olunurdu. Bu cezaya mahkum edilen kişi hakkında teşhir usulü de uygulanırdı. Bkz. **Gökçen**, s.39 vd.

kalebentlik¹⁵⁸ ve hapis cezasından¹⁵⁹ ibaretti. Hürriyeti kısıtlayıcı cezalar ise, nefy¹⁶⁰ ve Zabtiye Nezareti altında bulundurulmak cezasından oluşmaktaydı¹⁶¹.

Osmanlık Devleti'nde genellikle hapisane olarak kale burçları kullanılmaktaydı. Kale burçlarına, karanlık, havası ve nemli oldukları için, Farsça'da karanlık, sıkıntılı ve dehşete düşürücü hapisane anlamına gelen "zindan" ismi verilmişti¹⁶². Bunlardan en önemlileri İstanbul'da Yedikule, Baba Cafer ve Tersane zindanlarıdır. 1831 yılında İstanbul zindanları kaldırılarak Hapishane-i Umumi kurulmuş ancak İstanbul dışındaki kale burçlarının zindan olarak kullanılmasına devam edilmiştir¹⁶³.

Osmanlı Devletinde ceza ve tutukevlerindeki olumsuz koşulların düzeltilmesine ilişkin ilk hüküm Islahat Fermanında; *"İnsan haklarını adaletle bağdaştırmak için, kendilerinden kuşkulanan kişilerin ya da cezaluların, hükümlü veya tutuklu olarak buldukları bütün hapishanelerde ve öteki tutukevlerinde, tutukluluk koşullarının olabildiğince kısa bir sürede düzeltilmesine başlanmalıdır ve cezaevlerinde devlet tarafından konulmuş disiplin kurallarına uygun olan işlemler dışında, bedensel ceza, eziyet ve işkenceye bezer eylemler tümüyle kaldırılmalıdır; bundan başka uygulanacak sert davranışlar yasak olup, yapanlar, cezalandırılacağı gibi, böyle davranışlarda bulunulmasını emreden görevliler ile bu eylemleri yapan kişilerin de, ceza yasası uyarınca görev yerleri değiştirilip, kendileri cezalandırılmalıdır"* şeklinde belirtilmiştir.

Osmanlı Devleti'nde ilk cezaevleri; Manavgat 1852, Şırnak 1886, Alaçam 1890, Kınık 1907, Manyas 1910, Cide 1318, İpsala 1324, Çiçekdağ 1340 tarihlerinde kiralanmış; Diyarbakır 1280, Sinop 1303, Kırklareli 1304, Kütahya 1306, Bafra 1311, Ordu 1315, Uşak 1317, Bilecik 1324, Nevşehir 1849, Sürüş 1852, Vezirköprü 1870, Kozan 1875, Kars 1800, Kastamonu 1889, Erzurum 1900, Hınıs 1905, Üsküdar Paşakapısı 1916, Zara 1919 tarihlerinde inşa edilmişlerdir¹⁶⁴.

b- Cumhuriyet Dönemi

765 sayılı TCK'nun 1 Mart 1926 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte cezavleri ve infaz sistemi yeniden ele alınmıştı. Bu kapsamda 1 Haziran 1929 tarihinde ceza ve tutukevlerinin idaresi İçişleri Bakanlığından alınarak Adalet Bakanlığına bağ-

¹⁵⁸ Kalebentlik devletçe tayin olunan kalelerin birinde hapis olarak kalmaktır. Muvakkat olduğunda 3 yıldan 5 yıla, müebbet olduğunda ölünceye kadar devam ederdi. Bkz. **Gökçen**, s.43 vd.

¹⁵⁹ **Gökçen**, s.46 vd.

¹⁶⁰ Suçlunun devletçe belirlenen bir yere gönderilmesidir. Bu ceza müebbed ya da muvakkat olabilir. Muvakkat ceza 3 aydan 3 yıla kadar sürebilir. Bkz. **Gökçen**, s.46 vd.

¹⁶¹ **Gökçen**, s.50 vd.

¹⁶² **Demirbaş**, s.141; **Özbek**, s.41.

¹⁶³ **Özbek**, s.41.

¹⁶⁴ **Demirbaş**, s.149.

lanmıştı¹⁶⁵. Adalet Bakanlığı hükümlülerin çalıştırılması ve ıslah edilmesi amacını yerine getirebilmek için iş esasına dayalı cezaevleri inşa etmeye başlamıştır. 1930 tarihli Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanunda cezaevlerinde işyurtlarının oluşturulacağı belirtilmiş, 765 sayılı TCK'nun Yürürlük Kanunu'na eklenen bir madde ile belli şartları taşıyan hükümlülerin geceleri cezaevinde geçirmek koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılabileceği esası kabul edilmiştir¹⁶⁶.

765 sayılı TCK'nun ilk halinde, 13 üncü maddede bu hususla ilgili olarak; *“Ağır hapis cezası müebbet veya muvakkattir. Müebbet ölünceye kadar devam eder. Muvakkat bir seneden yirmi seneye kadardır. Her iki hali çalışmak mecburiyetiyle ve aşağıdaki kaidelere tevfiği hareket suretiyle bu cezaya mahsus müesseselerde çektirilir.*

Müebbet Ağır hapsin ilk üç senesi ve muvakkatte cezanın altıda birine müsaviilk devresi bir hücrede geceli gündüzlü yalnız bırakılmak suretiyle icra olunur. Bu ilk devre müddeti altı aydan eksik ve üç seneden fazla olamaz. Ondan sonra ki müddet geceleri bir hücrede yalnız bırakılmak ve gündüzleri sair mahpuslarla konuşmaksızın çalıştırılmak suretiyle ikmal ettirilir“; 15 inci maddesinde; *“Hapis cezası üç günden yirmi seneye kadardır. Buna mahsus müesseselerde geceleri bir hücrede yalnız bırakılmak ve gündüzleri mecburen çalıştırılmak suretile çektirilir.*

Mahküm mahpus bulunduğu müessesede gördürülmekte olan işlerden istidadına ve eski meşguliyetlerine en muvafık olan işi intihap edebilir. Hatta başka bir işte çalışmada mezun kılınabilir.

Ceza altı aydan fazla değilse bir tevkifhanenin buna mahsus bir kısmında da çekirilebilir“ denilmektedir.

Görüldüğü gibi, 765 sayılı TCK'nun 13 üncü maddesinin ilk şeklinde ağır hapis cezası iki aşamada infaz edilmekteydi. Birinci devrede, mahkum cezasının 1/6'sını bir hücrede geceli gündüzlü yalnız bırakılmak suretiyle çekmekte, ikinci aşamada ise, geceleri bir hücrede yalnız bırakılmak, gündüzleri ise konuşma yasağı uygulanarak toplu bir şekilde çalıştırılmak suretiyle ceza infaz edilmekteydi¹⁶⁷. Bu nedenle birinci aşamada Pensilvanya sistemi, ikinci aşamada ise Auburn sistemi uygulanmaktaydı¹⁶⁸.

13. madde 8.6.1933 tarihinde 2275 sayılı Kanun ile değiştirilmiş¹⁶⁹ ve “hücre hapsi” uygulaması tamamen kaldırılarak, ağır hapis cezası mahkumlarının çalışmaya

¹⁶⁵ Demirbaş, s.150.

¹⁶⁶ Özbek, s.42.

¹⁶⁷ Gölcüklü, Feyyaz, Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar), Ankara 1966,s.43.

¹⁶⁸ Demirbaş, s.153.

¹⁶⁹ 8.6.1933 tarih ve 2275 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ardından 13. madde; *“Ağır hapis cezası müebbet veya muvakkattir. Müebbedi ölünceye kadar devam eder. Muvakkati bir seneden yirmi seneye kadardır. Her iki hali çalışmak mecburiyetiyle bu cezaya mahsus müesseselerde çektirilir”* şeklini almıştır.

mecbur oldukları ve cezaların topluluk sistemine göre infaz edileceği bir düzenleme getirilmiştir¹⁷⁰.

765 sayılı TCK'nun 13 üncü maddesi 11.06.1936 tarih ve 3038 sayılı Kanun ile yeniden değiştirilerek; "Ağır hapis cezası müebbed veya muvakkattir. Müebbed, ölünceye kadar devam eder. Muvakkat, bir seneden yirmi seneye kadardır. Bu ceza aşağıda yazılı şekiller dahilinde dört devrede çektirilir:

A) Mahküm, birinci devrede cezasının yirmide birine müsavi bir müddet geceli gündüzlü yalnız olarak bir hücrede bırakılır. Ancak bu müddet bir aydan aşağı ve altı aydan yukarı olamaz.

Mahkûmiyetin bütün devrelerinde mahküm, nizamname mucibince inzibati mahiyette olmak üzere her defasında on beş günü geçmemek kaydile aynı suretle hücreye konulabilir.

B) Mahküm, ikinci devrede yalnız geceleri tecrid edilir. Bu devre mahküm mevkuf kalmışsa bu müddet ile hücrede kaldığı müddet çıkarıldıktan sonra geri kalan müddetin altıda birini teşkil eder.

C) Üçüncü devrede bulunan mahkûmlar geceleri tecridde edilmeyebilirler. Bu devrede geçen her üç gün, dört gün mahkûmiyete karşılık olarak hesap edilir.

Bu devre müddeti mevkufiyet müddetile birinci ve ikinci devrelerde geçen müddetler tenzil edildikten sonra geri kalan cezanın üçte biri kadardır.

D) Dördüncü devre geri kalan müddettir. Bu devrede geçen her gün iki mahkûmiyet gününe karşılık olarak hesap edilir.

İkinci devreyi bitiren mahkûmlar arasından Adliye Vekaleti yol, inşaat, maden ekipleri teşkil edebilir. Mahkûmların bu işlerde çalıştıkları her bir gün iki günlük mahkûmiyete karşılık olarak sayılır.

Müebbed ağır hapis 36 sene üzerinden hesap edilerek muvakkat ağır hapsin tabi olduğu şartlar altında geçer. Ancak ikinci ve üçüncü devrelerdeki müddetler mutlak surette 36 senenin altıda ve üçte biridir" şeklini almıştır.

Bu değişikliğe göre, ağır hapis cezası dört devrede infaz ettirilmekteydi. Birinci devrede mahkum cezanın 1/20'sine eşit bir süre geceli gündüzlü bir hücrede yalnız kalmakta, ikinci devrede, yalnız geceleri tecrit edilmekte, üçüncü devrede mahkum geceleri de tecrit edilmeyebilir, her gün üç gün dört gün mahkûmiyete karşılık gelmekte, dördüncü ve son devrede ise, cezanın kalan kısmı infaz edilmekte, her gün iki gün mahkûmiyet süresinden düşmekteydi. Görüldüğü gibi 3038 sayılı Kanun ile müterakki sistem benimsenmiştir¹⁷¹.

¹⁷⁰ Gölcüklü, s.49; Demirbaş, s.153.

¹⁷¹ Gölcüklü, s.50; Demirbaş, s.153.

13. madde, 3.2.1937 tarih ve 3112 sayılı Kanun ile tekrar değiştirilmiş¹⁷² ve ağır hapis cezasının üst sınırı yirmi yıldan yirmidört yıla çıkarılmıştır. Ayrıca mahkumun ikinci devreden üçüncü devreye, üçüncü devreden dördüncü devreye geçebilmesi için “iyi hal göstermesi gerektiği”, iyi halin tespitinin Ceza ve Tevfikeyleri Nizamnamesine göre tayin olunacağı hususları getirilmiştir¹⁷³.

9.7.1953 tarih ve 6123 sayılı Kanun ile 13. madde yeni baştan ele alınmış ve sistemde önemli değişikliklere gidilmiştir. 6123 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile birlikte, 13. madde; “*Ağır hapis cezası müebbet veya muvakkattır.*

Müebbet, ölünceye kadar devam eder. Muvakkat, bir seneden yirmi dört seneye kadardır. Bu ceza aşağıda yazılı şekilde üç devrede çektirilir:

A) *Mahküm birinci devrede cezasının onda birine müsavi bir müddet geceli gündüzlü yalnız olarak bir hücrede bırakılır. Ancak bu müddet iki aydan aşağı, bir seneden yukarı olamaz.*

Mahkûmiyetin bütün devrelerinde mahküm, Ceza ve Tevkif Evleri Nizamnamesi mucibince inzibati olmak üzere her defasında bir ayı geçmemek kaydıyla aynı suretle hücreye konulabilir.

Ceza evi disiplinini bozan hareketlerinden dolayı iki sene içinde ikiden fazla hücre hapsi cezası almış olanlar Cumhuriyet Müddeiumumisinin tasvibi ile birinci devre şartlarına tabi tutulurlar.

¹⁷² 3.2.1937 tarih ve 3112 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ardından 13. madde; “*Ağır hapis cezası müebbet veya muvakkattır. Müebbet, ölünceye kadar devam eder. Muvakkat, bir seneden yirmi dört seneye kadardır. Bu ceza aşağıda yazılı şekiller dahilinde dört devrede çektirilir:*

A) *Mahküm, birinci devrede cezasının yirmide birine müsavi bir müddet geceli gündüzlü yalnız olarak bir hücrede bırakılır. Ancak bu müddet bir aydan aşağı ve altı aydan yukarı olamaz.*

Mahkûmiyetin bütün devrelerinde mahküm, Ceza Evleri Nizamnamesi mucibince inzibati mahiyette olmak üzere her defasında 15 günü geçmemek kaydile aynı suretle hücreye konulabilir.

B) *Mahküm, ikinci devrede yalnız geceleri tecrit edilir. Bu devre, mahküm mevkuf kalmış ise bu müddet ile hücrede kaldığı müddet çıkarıldıktan sonra, geri kalan müddetin altıda birini teşkil eder.*

C) *Üçüncü devrede bulunan mahkûmlar geceleri tecrit de edilmeyebilirler. Bu devrede geçen her üç gün, dört gün mahkûmiyete karşılık olarak hesap edilir.*

Bu devre müddeti, mevkuftiyet müddetile birinci ve ikinci devrelerde geçen müddetler çıkarıldıktan sonra geri kalan müddetin üçte biri kadardır.

D) *Dördüncü devre geri kalan müddettir. Bu devrede geçen her gün iki mahkûmiyet gününe karşılık olarak hesap edilir.*

Mahkûmun ikinci devreden üçüncü devreye ve üçüncü devreden dördüncü devreye geçebilmesi için iyi hal göstermesi şarttır. İyi halin nasıl tesbit edileceği Ceza Evleri Nizamnamesinde gösterilir.

İkinci devreyi bitiren mahkûmlar arasından Adliye Vekaleti yol, inşaat, maden ekipleri teşkil edebilir. Mahkûmların bu işlerde çalıştıkları her bir gün iki günlük mahkûmiyete karşılık olarak sayılır.

Müebbet ağır hapis,36 sene üzerinden hesap edilerek muvakkat ağır hapsin tabi olduğu şartlar altında geçer. Ancak ikinci ve üçüncü devrelerdeki müddetler mutlak surette 36 senenin altıda ve üçte biridir” şeklini almıştı.

¹⁷³ **Gölcüklü**, s.52.

B) Mahküm ikinci devrede çalışma teşkilatı mevcut olan ceza evlerinde çalışmaya mecbur tutulur ve durumuna ve suçunun mahiyetine göre ayrı gruplar halinde bulundurulur.

Bu devre, mahküm mevkuf kalmış ise bu müddetle hücrede kaldığı müddet çıkarıldıktan sonra geriye kalan müddetin yarısını teşkil eder.

Bu Kanununun 125 ila 133, 135 ila 142, 146 ila 150, 152, 156, 157, 163, 202, 203, 205 ila 210, 212 ila 217, 220, 221 inci ile 495 ila 500 üncü maddeleri ve katil ve hırsızlık suçlarının mükerrirleri ile alelülak müebbet ağır hapis cezalarıyla mahküm edilmiş olanlar ve bakiye cezaları bir seneden az bulunanlar, yaş ve bedeni kabiliyetleri itibariyle üçüncü devre şartlarına intibak edemeyecekleri tesbit edilenler üçüncü devreye geçemezler.

C) Üçüncü devre geri kalan müddettir. Bu devrede bulunan mahkûmlar iş esası üzerine kurulmuş olan ceza evlerinde çalıştırılırlar. Mahkûmun ikinci devreden üçüncü devreye geçebilmesi için iyi hal göstermesi şarttır. İyi halin nasıl tesbit edileceği Ceza ve Tevkif Evleri Nizamnamesinde gösterilir.

Üçüncü devreye geçmek hakkını kazanan mahkûmlardan Adalet Vekaleti yol, inşaat, maden, orman ve deniz avcılığı ekipleri teşkil edebilir.

Müebbet ağır hapis otuz altı sene üzerinden hesap edilerek muvakkat ağır hapisin tabii olduğu şartlar altında geçer” şeklinde düzenlenmiştir.

Buna göre, ağır hapis cezası üç aşamada infaz edilmekteydi. Birinci aşamada cezanın belli bir kısmı hücrede geceli gündüzlü yalnız olarak çektirilmekte¹⁷⁴, ikinci aşamada mahkumun suçunun mahiyetine göre ayrı gruplar halinde çalıştırılma zorunluluğu bulunmakta, üçüncü aşamada ise, mahkum iş esasına göre kurulmuş

¹⁷⁴ Kanunkoyucu yeteri kadar hücre bulunmaması ve çalışma zorunluluğunun yerine getirilebileceği yeterli alan olmamasını dikkate alarak, kanuna geçici hüküm eklemiştir.

Bu hususla ilgili olarak; **Geçici Madde 1:** “13 üncü maddenin mutazammın bulunduğu birinci devre hücre cezası, کافی miktarda hücre inşaatı ikmal edilinceye kadar Adliye Vekaletince peyderpey tatbik olunur.

Bu sebeple haklarında hücre cezası tatbik edilememiş olan ağır hapis cezası mahkûmları buldukları ceza evlerinde cezalarının yarısını ikmal ettikleri ve diğer evsafı da haiz buldukları takdirde iş esası üzerine müesses ceza evlerine nakledilebilirler. Bu gibiler 16 nci maddedeki meşrutan tabliye hakkından da istifade edebilirler”;

Geçici Madde 2: “Çalışma mecburiyetinin tatbikını mümkün kılacak ceza evleri ikmal edilinceye kadar buldukları ceza evlerinde ikinci devre mahkûmiyet müddetlerinin en az dörtte birini iyi hal ile geçirmiş olup da Adliye Vekaletince tesbit edilecek yaş, meslek ve kabiliyeti haiz olanlar ve yine Vekaletçe tayin olunacak suçların failleri iş esası üzerine müesses ceza evlerine nakledilebilirler. Bu takdirde 2 nci ve 3 üncü devre cezaları buralarda çektirilir.

İş esası üzerine müesses ceza evlerinin istiap haddi yukarki fıkra mucibince nakledilecek mahkûmları çalıştırmıya کافی gelmediği ahvalde bunlar, geceyi buldukları cezaevinde geçirmek şartıyla ve rayıç ücretin üçte ikisinden aşağı olmamak üzere amme menfaatine uygun işlerde muhafaza altında çalıştırılabilirler” şeklindeydi.

olan cezaevinde çalıştırılmaktaydı. Ayrıca ikinci aşamadan üçüncü aşamaya geçişte mahkumun iyi hal göstermesi şartı aranmaktaydı¹⁷⁵.

13. madde 1957 yılında 6988 sayılı Kanun ile tekrar değiştirilmiştir¹⁷⁶. Ancak söz konusu değişiklik içerikten ziyade şekli bir takım hususlara ilişkindi. Örneğin birinci devrede yer alan hücre hapsinin sınırı bir ila sekiz ay olarak değiştirilmiş, bazı suç failleri ile mükerrirlerin üçüncü devreye geçmelerine ilişkin yasak kaldırılmıştır¹⁷⁷.

Cumhuriyet döneminde iş esasına dayalı ilk cezaevi 1 Ekim 1936 tarihinde İmrâlı adasında açılmıştır. İş esasına dayalı cezaevlerinin yapılması planlanmış ancak bunun için kanuni bir dayanağın bulunması gerektiği belirtilmiştir. Buradan hareketle 3 Şubat 1937 tarih ve 3112 sayılı Kanun ile “*Şimdiki cezaevlerinde mahkumiyet müddetlerinin bir kısmını iyi hal ile geçirmiş olup da Vekaletçe tespit edilecek yaş, meslek ve kabiliyette olan ve yine Vekaletçe tayin olunacak suçların failleri iş esası üzerine kurularak açılmış ve açılacak olan cezaevlerinde sevklerinde 13 üncü maddede gösterilen üçüncü ve dördüncü devreler şeraitine konularak o devrenin veya devrelerin bütün hak ve imtiyazlarından istifade ettirilebilecekleri gibi 16’ncı madde hükmünden müstefit olur-*

¹⁷⁵ **Gölcüklü**, s.53 vd.

¹⁷⁶ 31.05.1957 tarih ve 6988 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ardından 13. madde; “*Ağır hapis cezası, ağırlaştırılmış müebbet, veya muvakkattir.*

Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ve müebbet ağır hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder. Muvakkat ağır hapis, kanunda tasrih edilmiyen yerlerde 1 seneden 24 seneye kadardır. Bu ceza aşağıda yazılı şekiller dahilinde 3 devrede çektirilir:

A) Mahkûm birinci devrede, cezasının onda birine müsavi bir müddet geceli, gündüzlü yalnız olarak bir hücrede bırakılır.

Ancak bu müddet (1) aydan aşağı (8) aydan yukarı olamaz.

B) Mahkûm ikinci devrede, durumuna ve suçunun mahiyetine göre ayrı gruplar halinde bulundurulur. Bu devre, mahkum mevkuf kalmışsa, bu müddetle hücrede kaldığı müddet çıkarıldıktan sonra geriye kalan müddetin yarısını teşkil eder.

Aleltilak müebbet ağır hapis cezasıyla mahkûm edilmiş olanlar veya bakiye cezaları bir seneden az bulunanlar, yaş veya bedeni kabiliyetleri itibariyle üçüncü devre şartlarına intibak edemeyecekleri tesbit edilenler üçüncü devreye geçemezler.

C) Üçüncü devre geri kalan müddettir. Bu devrede bulunan mahkûm iş esası üzerine kurulmuş olan ceza evlerinde çalıştırılır.

Mahkûmun ikinci devreden üçüncü devreye geçebilmesi için iyi hal göstermesi şarttır. İyi halin nasıl tesbit edileceği Ceza ve Tevfiğ Evleri Nizamnamesinde gösterilir.

Üçüncü devreye geçmek hakkını kazanan mahkûmlardan, Adliye Vekaleti, ziraat, deniz avcılığı; yol, inşaat, maden ve orman gibi iş sahalarında çalışma ekipleri teşkil edebilir.

Mahkûmiyetin bütün devrelerinde mahkûm ceza evi disiplinini bozan hareketlerinden dolayı Ceza ve Tevfiğ Evleri Nizamnamesi mucibince inzabati olmak üzere her defasında bir ayı geçmemek kaydıyla aynı suretle hücreye konulabilir.

Ceza evi disiplinini bozan hareketlerinden dolayı iki sene içinde üçten fazla hücre hapsi cezası almış olanlar C. Müddeiumumisinin tasvibi ile birinci devre şartlarına tabi tutulurlar.

Mahkûm ikinci ve üçüncü devrede çalışmaya mecbur tutulur.” şeklini almıştı.

¹⁷⁷ **Gölcüklü**, s.55 vd.; **Demirbaşı**, s.155.

lar” hükmü getirilerek belirli şartları taşıyan hükümlülerin söz konusu cezaevlerine sevk edilmelerine başlanmıştır.

1965 tarih ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun (CİK) ile birlikte modern infaz usulleri benimsenmiştir. 647 sayılı CİK yürürlüğe girinceye kadar ağır hapis cezasının ilk aşamasını oluşturan hücre hapsi, fiziki koşulların eksikliği nedeniyle gereği gibi uygulanamamıştır. Nitekim 647 sayılı CİK’nun gerekçesinde, cezaevlerindeki hücre sayısının 894 olduğu belirtilmiştir. Oysa 1959 yılında 5142 ağır hapis cezası mahkumu bulunmaktaydı¹⁷⁸.

Söz konusu dönemde mevzuatın konuşmamak kaydı olmaksızın dereceli bir sistemi benimsediği, ancak böyle bir sisteme uygun ceza infaz kurumlarının bulunmaması nedeniyle infazın genellikle topluluk sistemine göre yerine getirildiği ifade edilmekteydi¹⁷⁹.

13.07.1965 tarihli CİK ile birlikte ceza infaz sisteminde bir takım değişiklikler meydana gelmiştir. Bu kapsamda 1.08.1967 tarih ve 6/8517 sayılı “Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifhanelerin Yönetimine, Cezaların İnfazına Dair Tüzük” kabul edilmiştir. Bu kapsamda eski müterakki sistem terkedilmiş, infazın bir safhasını teşkil eden hücre hapsi bir ceza olmaktan tamamen çıkarılmıştır¹⁸⁰.

Günümüzde ise 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren ve Türk Ceza Adalet Sisteminin üç temel yasasından biri olan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun infaz hukukunun temel esaslarını düzenlemektedir.

5275 sayılı CGTİHK’nun 3 üncü maddesinde, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç; “öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır” şeklinde belirtilmiştir.

Aynı şekilde 5275 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde; “... b) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin düzenli bir yaşam sürdürmeleri sağlanır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddi ve manevi koşullar altında çektirilir. Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir... ”

f) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütün-

¹⁷⁸ Gölcüklü, s.78; Artuk, Mehmet Emin, Sinn und Zweck der Strafe und die Massnahmen zur Sicherung und Besserung im türkischen Strafrecht, Königstein/TS., s.30, dn:106

¹⁷⁹ Taner, s.602; Önder, s.497.

¹⁸⁰ Önder, s.497.

lüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması zorunludur” denilerek hapis cezalarının infazında gözetilecek esaslara yer verilmiştir.

- 5275 sayılı Kanunda infaz kurumları;
- *Kapalı ceza infaz kurumları*
- *Yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumları*
- *Kadın kapalı ceza infaz kurumları*
- *Çocuk kapalı ceza infaz kurumları*
- *Gençlik kapalı ceza infaz kurumları*
- *Açık ceza infaz kurumları*
- *Çocuk eğitimevleri şeklinde belirtilmiştir.*

Kanunun 9 uncu maddesinde; *“(1) Yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumları, iç ve dış güvenlik görevlilerine sahip, firara karşı teknik, mekanik, elektronik ve fiziki 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 tesislerdir. Bu kurumlarda bireysel veya grup hâlinde iyileştirme yöntemleri uygulanır”* denilmektedir.

Görüldüğü gibi mevcut sistemimizde kural olarak topluluk sistemi benimsenmiş olmasına rağmen, yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarında hükümlülerin “bir kişilik” odalarda cezalarının infaz edilmeleri de mümkündür.

Bunun yanında 5275 sayılı CGTİHK'nun 25 inci maddesinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının “tek kişilik odada” infaz edilmesi gerektiği de belirtilmiştir. Maddede; *“a) Hükümlü, tek kişilik odada barındırılır.*

b) Hükümlüye, günde bir saat açık havaya çıkma ve spor yapma hakkı tanınır.

c) Risk ve güvenlik gerekleri ile iyileştirme ve eğitim çalışmalarında gösterdiği gayret ve iyi hâle göre; hükümlünün, açık havaya çıkma ve spor yapma süresi uzatılabileceği gibi kendisi ile aynı ünitelerde kalan hükümlülerle temasta bulunmasına sınırlı olarak izin verilebilir.

d) Hükümlü, yaşadığı yerin olanak verdiği ve idare kurulunun uygun göreceği bir sanat veya meslek etkinliğini yürütebilir.

e) Hükümlü, kurum idare kurulunun uygun gördüğü hâllerde ve onbeş günde bir kez olmak üzere (f) bendinde gösterilen kişilere, süresi on dakikayı geçmemek üzere telefon edebilir.

f) Hükümlüyü; eşi, altsoy ve üstsoyu, kardeşleri ve vasisi, belirlenen gün, saat ve koşullar içerisinde onbeş günlük aralıklarla ve günde bir saati geçmemek üzere ziyaret edebilirler.

g) Hükümlü hiçbir suretle ceza infaz kurumu dışında çalıştırılmaz ve kendisine izin verilmez.

h) Hükümlü, kurum iç yönetmeliğinde belirtilenlerin dışında herhangi bir spor ve iyileştirme faaliyetine katılamaz.

ı) Hükümlünün cezasının infazına, hiçbir surette ara verilemez. Hükümlü hakkında uygulanacak tüm sağlık tedbirleri, tıbbî tetkik ve zorunluluklar hariç ceza infaz kurumlarında, mümkün olmadığı takdirde tam teşekküllü Devlet ya da üniversite hastanelerinin tek kişilik ve yüksek güvenliklı mahkûm koşullarında uygulanır” denilmektedir.

Buna göre, mevzuatımızda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum olan kişiler yönünden hücre sisteminin kabul edildiğini belirtmek gerekir.

Ayrıca ifade etmeliyiz ki, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum olanlar, 5275 sayılı CGTİHK'nun 107 nci maddesine göre, cezalarının otuz yılını ceza infaz kurumunda iyi halli olarak çektikleri takdirde, koşullu salıvermeden faydalanabilirler.

Ancak Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği¹⁸¹'nin 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendine göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum olanlar, açık ceza infaz kurumlarına ayrılamazlar. Yine bu kişiler, CGTİHK'nun 95 inci maddesinde yer alan özel izinden ve 105/A maddesinde yer alan denetimli serbestlik tedbirinden de yararlanamazlar.

Görüldüğü gibi, ölüm cezasının yerine ikame edilen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infaz koşulları son derece ağır ve mahkumu umutsuzluğa sevk edici niteliktedir.

SONUÇ

İnsanlar devlet çatısı altında bir araya gelmeden önce, aynı Toteme bağlı kimseler tarafından oluşturulmuş Klan ismi verilen topluluklar söz konusuydu ve suç işleyen kişiye aile reisi tarafından ceza verilir. Eğer suç teşkil eden fiil farklı aile veya klanlara mensup fertler arasında işlenmişse, bu grupların üstünde hâkim bir güç bulunmadığından şahsi ölçü esas geçerli idi. Bu esasa göre, tecavüz eden şahsa veya onun ait olduğu aile, kabile veya klan fertlerinden birine karşı, tecavüze uğrayan kimse yahut ait olduğu aile, kabile veya klan fertlerinden biri intikam almak hakkına sahipti.

Şahsi ölçü usulünün sakıncaları dikkate alınarak, tarihi süreç içinde gönüllü sürgünlük, suç failinin toplumdan kovulması veya mağdurun ailesine teslim edilmesi, kısas ve uyuşma (diyet) kurumlarından sonra hürriyeti bağlayıcı ceza aşamasına geçildiği görülmektedir.

¹⁸¹ 02.09.2012 tarih ve 28399 sayılı Resmi Gazete.

Hapishaneler, cezalandırılmak istenen kişinin Devletin elinin altında bulundurulmasını temin için inşa edilmiş tutukevleri (tutukevi fonksiyonu gören yerler) veya ölüm cezasına mahkum olan kişinin cezasının infazına kadar muhafaza edildiği yerler olarak kabul edilmişlerdi. Ancak daha sonra özellikle kilise hukuku ile birlikte basit suç işleyen kişilerin ölüm cezası yerine hapse konulması gerektiği kabul gördü. Bunun üzerine, mahkum hücreye konulmakta, orada gerekli telkinlerde bulunularak ıslah edilmesi amaçlanmaktaydı.

Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazına ilk defa İngiltere'de başlanmış olmakla birlikte, ceza infaz kurumunun ilk olarak hangi ülkede inşa edilmiş bulunduğu bugün de tartışmalıdır. Bazı yazarlar ilk infaz kurumunun 1595 yılında Hollanda'nın Amsterdam şehrinde inşa edildiğini, bazıları ise bu ülkenin İtalya olduğunu ileri sürmektedirler.

Hapis cezası ile cezaevlerinin doğuşu birbiri ile bütünleşmektedir. Bu kapsamda ceza infaz sistemleri; Topluluk (Amsterdam) Sistemi, Hücre (Pensilvanya) Sistemi, Karma (Auburn) Sistemi, Panoptikon Sistemi, Dereceli (İrlanda) Sistem ve Yeni Sistemdir.

765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu döneme bakıldığında, özellikle ağır hapis cezasının infazının düzenlendiği 13 üncü maddede birçok kez değişiklik yapıldığı ve bu süreçte farklı infaz sistemlerinin benimsendiği görülmektedir. Örneğin, 765 sayılı TCK'nun 13 üncü maddesinin ilk şeklinde ağır hapis cezası iki devrede infaz edilmekte, birinci aşamada hücre sistemi, ikinci aşamada ise Auburn sistemi benimsenmişti. 1933 yılında yapılan değişiklik ile hücre hapsi uygulaması kaldırılmış ve ağır hapis cezası topluluk sistemine göre çektirilmeye başlanmıştır. Ancak 1936 yılında yapılan değişiklik ile ağır hapis cezası dört aşamada infaz edilmeye başlanmış ve müterakki (dereceli) sistem benimsenmiştir. 1937, 1953 ve 1957 yıllarında da yine 13. maddede değişikliğe gidilmiştir.

13.07.1965 tarihinde yürürlüğe giren 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ile birlikte artık modern infaz usulleri benimsenmişti.

Ceza Adalet Sisteminde 1 Haziran 2005 tarihinde yapılan değişikliklerin ardından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Türkiye'deki mevcut sisteme bakıldığında, kural olarak topluluk sisteminin benimsendiği ancak bazı suçlar yönünden hükümlülerin "tek kişilik" odalarda cezalarının infazının gerçekleştirildiği, bu nedenle hücre sistemine benzer bir durum olduğu görülmektedir. Ayrıca özellikle cezanın belli bir kısmının iyi halli infazı ile birlikte hükümlünün koşullu salıverilme imkânı bulunduğu için Dereceli Sistemin de kısmen geçerli olduğu ifade edilmelidir.

5275 sayılı CGTİHK'nun 25 inci maddesinde yer alan ve ölüm cezasının yerine mevzuatımıza konulan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum olan kişinin,

koşullu salıverilme süresine kadar sürekli “hücrede” tutulmasının çok ağır olduğu kanaatindeyiz. Zira 30 yıl hücrede kalan kişinin salıverildikten sonra topluma uyum sağlaması mümkün değildir. Bu nedenle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum olan kişinin cezasının belli bir kısmının hücrede, kalanının ise toplu olarak infaz edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Aksi takdirde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum edilen kişiyi adeta ölüme terk etmiş olmaktadır.

İSLAM-OSMANLI CEZA HUKUKUNDA ZİMMİLER

Seda ÖRSTEN ESİRGEN*

İslam topraklarında zimmet anlaşması çerçevesinde can, mal, ırz güvenliği ile din ve vicdan özgürlüğüne sahip olarak yaşayan gayrimüslimlerin belirli konularda İslam hukukuna tabi tutuldukları bilinmektedir. Bu durumun en dikkat çektiği alanlardan birisi, ceza hukukudur. İslam devleti ile hukuki ilişkisini zimmet akdi çerçevesinde yürüten zimmiler, ceza hukuku alanında İslam hukuku hükümlerine tabi olmaktadır.¹

Osmanlı Devleti'nde de zimmiler, gerek kendi aralarında, gerek Müslümanlarla aralarında ortaya çıkan ceza hukuku uyuşmazlıkları açısından şeriye mahkemesi önünde, İslam ceza hukuku hükümlerine göre yargılanmışlar; kendilerine yapılan saldırılara şikâyetle bulunma hakkına sahip oldukları gibi, Müslümanlar tarafından yapılan şikâyetlere kendi açılardan savunma yapma hakkı ile cevap verme yükümlülükleri de bulunmuştur.²

Çalışmanın temel amacını, klasik dönem itibarıyla Osmanlı Devleti'nde İslam ceza hukuku çerçevesinde bir suçun faili veya mağduru olan zimmilerin hukukî statülerinin incelenmesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla ruhanî liderlerin cezaî yetkileri çerçevesinde verilen cezalar³ kapsam dışında tutularak, İslam ceza hukuku açısından zimmilerin hukukî statüsü ele alınacak; çeşitli kaynaklar ışığında Osmanlı uygulaması değerlendirilmeye çalışılacaktır. Osmanlı Devleti'ndeki İslam ceza hukuku uy-

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı. orsten@law.ankara.edu.tr

¹ Detaylı bilgi için bkz. Gülnihal BOZKURT, “İslam Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri”, Prof. Dr. Kudret Ayiter'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1988, s. 138-141.

² Ronald C. JENNINGS, “Zimmis (Non-Muslims) in Early 17th Century Ottoman Judicial Records: The Sharia Court of Anatolian Kayseri”, Journal of the Economic and Social History of the Orient, Vol. 21, No. 3 (Oct., 1978), pp. 252-273.

³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. M. Macit KENANOĞLU, Osmanlı Millet Sistemi-Mit ve Gerçek, Klasik Yayınları, İstanbul, 2004, s. 221-244; Mehmet AKMAN, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 61, 62.

gulamasında zimmilerin fail ve mağdur olarak rollerinin tartışılarak, bu çerçevede arzedebilecek farklılıkların görülmesi önemlidir.

I. İslam Ceza Hukukunun Kişi Bakımından Uygulanması

İslam ceza hukukunda genel ilke, kişiler arasında bir ayırım yapılmaması ve hükümlerin herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Dolayısıyla İslam hukuku, Müslümanlar ile gayrimüslimler arasında cezalandırmada fark gözetmeye izin vermemekte; Müslüman olsun veya olmasın, herkes işlediği suçun cezasını çekmektedir. Ancak bazı suçlar söz konusu olduğunda, failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı veya cezanın nasıl belirleneceği noktasında, failin kendisinde veya suçun mağduru olan kişide birtakım şartlar aranmış; şartlar üzerinde zaman zaman İslam hukukçularının görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Bu görüş ayrılıkları ve içtihat farklılıkları, İslam hukukunun Müslümanlar ile gayrimüslimler arasında bir fark gözetmediği kanısını doğursa da; zimmiler, esas itibarıyla zimmet anlaşması çerçevesinde⁴ İslam ceza hukuku hükümlerine tabi olmayı kabul etmişlerdir. Bununla beraber kısas, zina ve kazf gibi bazı suçlarda zimmilerin farklı değerlendirilmesi de söz konusu olmaktadır.⁵

II. İslam Ceza Hukukunda ve Osmanlı Devleti Uygulamasında Zimmiler

Osmanlı Devleti'nde ceza hukukunun uygulanması bakımından zimmilerin durumu, iki açıdan ele alınacaktır: Fail ve mağdur. Bu çerçevede, İslam ceza hukukunun öngördüğü cezaların, fail bir zimmi olduğunda herhangi bir değişiklik arzedip arzetmediği hususu önemli olduğu kadar; zimmilere karşı işlenmiş olan suçlarda faile verilecek cezada da farklılık olup olmadığı araştırılmalıdır.

A. Hadd Suçları

1. Zina

İslam hukukunda zina suçunu işleyen kişilerin evli-bekar, hür-köle, Müslüman-gayrimüslim olması, suçun oluşmasında etkili olmamakta; yalnızca verilecek

⁴ Bir zimmi, bir Müslümanı amden katletme, dinden çıkarma, bir Müslüman kadına tecavüz, Müslümanlar aleyhine casusluk veya yol kesicilik gibi suçlara kalkışacak olursa, zimmet akdi yapılırken bu hususlar şart olarak belirtilmişse, akit ortadan kalkar, şart edilmemiş ise akit devam eder. Ancak zimmet akdi devam etsin veya etmesin, hakkında gereken cezalar verilebilir. Ömer Nasuhi BİLMEN, Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. III, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1950, s. 460.

⁵ Abdülkadir UDEH, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, C. I, Rehber Yayınları, Ankara, 1990, s. 304, 305; Mehmet Akif AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, Hars Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 177, 178, 191; Gül AKYILMAZ, "Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunilik Prensibi ve Ceza Hukukunun Kişiler Bakımından Uygulanması", Prof.Dr.Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 1025.

ceza açısından farklılık arz etmektedir. Söz konusu ceza, hem kadın, hem erkek için öngörölmüş olan sopa cezası, sonradan evliler için uygulanmaya başlanan recm ve bekârlar için öngörölen bir yıl sürgün cezasıdır. Bu cezaların zina suçunu işleyen zimmilere de uygulanacağı kabul edilmekle birlikte⁶; verilecek cezanın niteliğinin belirlenmesinde etkili olan ihsan şartı açısından, zimmilerin durumu tartışmalıdır.

Zina suçunda ihsan, failde bulunduğu zaman verilecek cezayı ağırlaştırılan şartların oluşturduğu bir sıfat olup; recm cezasının uygulanıp uygulanamayacağını belirlemektedir. Buna göre, muhsan olma şartları âkil, bâliğ, özgür, Müslüman olma ve geçerli bir evlilik içinde cinsel ilişkide bulunmuş olmadır. Ancak Müslümanlık şartına ilişkin farklı görüşler⁷, zimmilerin recm cezasına çarptırılıp çarptırılmayacaklarını tartışmalı hale getirmiştir.⁸

Doğruluğu tartışmalı olan bazı hadislerde ve çeşitli tefsirlerde “ihsan” kavramının Müslüman olmayı içerdiği belirtilmiştir. Hanefi mezhebi ve Zeydîlerin bir kısmı, Müslüman olmayı ihsanın şartlarından saymıştır. Buna göre, Müslüman olmak, suç teşkil eden fiilin haram olduğu inancını kuvvetlendiren bir unsur olmak itibariyle suçu ağırlaştırmaktadır. Ebu Hanife’ye göre, bu açıdan zimminin haramdan sakınmış sayılması mümkün değildir. Malikilerde ise, Müslüman olmak, ihsanın şartları arasında zikredilse de; esasında Malikilere göre hadd cezası gerektiren zina suçunun oluşması için, failin Müslüman olması gereklidir.⁹

Diğer taraftan, İslam hukukçularının bir kısmına göre, Müslüman olmak, ihsanın şartlarından değildir. Ebu Yusuf ile Şafiî ve Hanbelî mezhepleri, Zeydîlerin diğer bir kısmı, İbâzî ve Caferîler, bu görüştedir. Bu doğrultuda zina suçunun diğer unsurları ve kişinin muhsan olması halinde, zimmilik dikkate alınmaksızın recm cezası uygulanacaktır. Zira zina, bütün dinlerce yasaklanmıştır. Bu görüşte olanların dayandıkları en önemli delil, Peygamber’in Yahudi bir erkek ile kadına recm cezasının uygulanmasına ilişkin verdiği emir olup; cezanın aynı zamanda Yahudilere Tevrat’a göre verildiği, Hz. Muhammed’in Tevrat’ın okunmasını istemesinin bunu gösterdiği

⁶ Osman KAŞIKÇI, *İslam-Osmanlı Hukuku*, Ufuk Yayınları, İstanbul, 2015, s. 332-338; Nevin ÜNAL ÖZKORKUT, *Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009, s. 75, 106.

⁷ İhsan için Müslüman olmayı şart gören fakihler arasında irtidâdın, karşı görüşte olanlar arasında da zimminin Dar’ül-Harb’e iltihakının ihsan sıfatını düşürüp düşürmediği tartışması özel bir yer tutmaktadır. Şamil DAĞCI, “İhsan”, *DİA*, C. XXI, TDV Yayınları, İstanbul, 2000, s. 547.

⁸ BİLMEN, s. 211; Mustafa AVCI, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, Gökkuşbuca Yayınları, İstanbul, 2004, s. 182; DAĞCI, (2000), s. 546, 547; Cihan OSMANAĞAOĞLU, “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 123 dn. 64.

⁹ UDEH, C. I, s. 305; AVCI, s. 190, 191. Hanefîlerin bu görüşünde, ehl-i kitap kadınla evli kimseyi muhsan saymamalarında da olduğu gibi; recmin tam bir ceza olduğu, bunun için de suçlunun tam bir nimet ve imkân içinde bu suçu işlemiş olması gerektiği düşüncesinin de önemli payı vardır. DAĞCI, (2000), s. 547.

ve sonradan bu hadisin diğer hadislerle neshedildiği belirtilmektedir.¹⁰ Diğer taraftan, Müslüman olmak, haramdan sakınmış olmada esaslı bir şart olmayıp; zimmi kişi de haramdan sakınabildiğine göre, recm cezasına çarptırılabilceği dile getirilmiştir.¹¹

Zimmi bir erkeğin, müstemen bir kadınla zina yapması halinde, yalnızca İslam ülkesinde oturan kimseye hadd cezası uygulanması kabul edilirken; Ebu Yusuf, bu konuda her ikisinin de hadd ile cezalandırılması gerektiğini savunur. Müstemen erkekle ilişkiye giren zimmi kadına hadd uygulanıp uygulanmayacağı konusu ise, farklı görüşler doğurmuştur. Ebu Hanife, müstemen erkeğe değil, zimmi kadına hadd uygulanması gerektiğini savunurken; İmam Muhammed, küçük veya akıl hastası bir erkekle ilişkiye giren kadın örneğinde olduğu gibi, kadına hadd cezası uygulanamayacağı fikrindedir. Ebu Yusuf ise, her ikisine de hadd uygulanması gerektiğini belirtir.¹²

Zina suçu için öngörülen recm cezasının, Osmanlı Devleti'nde sadece bir kez 1680'de uygulandığı bilinmektedir. Evli Müslüman bir kadının Yahudi bir erkekle yakalanması sonucunda kadın recm edilmiş; erkeğin ise boynu vurulmuştur.¹³

Diğer taraftan, Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin fetvaları da bu konuda önemlidir. Buna göre, evli olan bir zimminin bakire bir zimmi ile zina suçu işlemesi halinde, recm cezası verilemeyeceğinden, zina haddi uygulandıktan sonra, uzun süre hapsedilmesi gerekmektedir.¹⁴ Faillerden erkeğin zimmi, kadının Müslüman olması halinde, aynı ceza verilecektir.¹⁵ Ancak Müslüman kadının evli olması ve bir zimmi erkekle zina yapması durumunda, kadına recm cezası uygulanması gerekecektir.¹⁶

¹⁰ Ebu Yusuf, Ebu Hanife ve İmam Muhammed'in gayrimüslim kadınla ilgili görüşlerine karşı çıktığı aktarılmakla beraber; bu konuda değerlendirme yapılırken dikkatten kaçmaması gereken iki hadis vurgulanmıştır. Bunlar, "Allah'a ortak koşan kimse muhsan olamaz" hadisi ile "Ne Yahudi veya Hristiyan olan kadın Müslüman olan kocasını, ne cariye olan kadın hür olan kocasını ve ne de köle olan koca hür olan karısını muhsan yapamaz" şeklindeki hadistir. Burhaneddin Ali b. Ebu Bekir el-MERGİNANÎ, El-Hidâye Tercemesi, C. II, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2015, s. 216, 217.

¹¹ BİLMEN, s. 212; UDEH, C. I, s. 305; MERGİNANÎ, s. 215; AVCI, s. 191; İbrahim ÇALIŞKAN, "İslam Hukukunda Zina Suçunun Mahiyeti ve Cezası", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 33, s. 99; OSMANAĞAOĞLU, s. 118 dn. 41.

¹² İbrahim HALEBÎ (Şerh Eden: Mehmed Mevkûfâtî), Mevkûfât Mültekâ Tercümesi, (Sadeleştirilen: Ahmed Davudoğlu), C. II, Sağlık Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 360; ÖZKORKUT, s. 76.

¹³ Silahdar Fındıklılı Mehmed Ağa, Silahdar Tarihi, C. I, İstanbul, 1928, s. 731-732.

¹⁴ "Zeyd-i zimmi evli iken Hind-i bakire-i zimmiyeye zina eylese ne lazım olur? El-cevab: Mel'unlara recm yoktur, amma hadd-i zina vurulduktan sonra zaman-ı tavil zindanın abbes mevâzi'inden çıkarılmaz". M. Ertuğrul DÜZDAĞ, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, Enderun Kitabevi, İstanbul, 1972, s. 102.

¹⁵ "Zeyd-i zimmi Hind-i müslimeye zina eylese mezburlara ne lazım olur? El-cevab: Katl olunmaz, hadd-i zinâdan sonra zamân-ı tavil zindanın abbes mevâzi'inden çıkarılmaz". DÜZDAĞ, s. 102.

¹⁶ "Zeyd-i müslimin zevci Hind-i müslimeye zina eden Amr-ı zimmiye şer'an ne lazım olur? El-cevab: İslama gelirse katilden halâs olur. Hind recm olunur, tâ'i'aten ise". DÜZDAĞ, s. 103; AVCI, s. 171.

Osmanlı kanunnamelerine bakıldığında, Fatih Kanunnamesi'nin zinaya ve diğer cinsel suçlara ilişkin hükümlerinde, Devletin zimmi tebaası için herhangi özel bir hüküm getirilmemiş olduğu görülmektedir.¹⁷

II. Bayezid Kanunnamesi'nde ise, 11.maddede geçen ifade uyarınca¹⁸ Müslümanla aynı suçu işleyen gayrimüslimin Müslümanın mahkûm edildiği cezanın yarısına mahkûm edileceği kabul edilmiştir. Buna göre, zimmiler, maddi durumlarına göre, Müslümandan alınan miktarın yarısını ödeyeceklerdir.¹⁹

Yavuz Sultan Selim'in Kanunnamesi'nin cinsel suçlara ait kısmında ve Fatih Kanunnamesi'nde zimmiler için bulunmayan özel hüküm, Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi'nde mevcuttur. Buna göre, gayrimüslimler maddi durumlarına göre, aynı durumdaki Müslüman'ın ödediği para cezasının yarısını ödeyecektir. Dolayısıyla zina suçunu hükme bağlayan Fatih Kanunnamesi'nin 1. maddesinin kapsamındaki cezalar, gayrimüslimler de dâhil tüm Osmanlı Devleti uyruklarını tehdit eder görüldüğü halde, Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi'nin 1.maddesi, söz konusu cezaların, Müslümanlar için öngörülmüş olduğunu açıkça ifade etmiş ve bu kanunname de, II. Bayezid Kanunnamesi gibi Devletin Müslüman olmayan uyrukları için daha hafif cezalar öngörmüştür.²⁰

Zinaya teşebbüs durumunda ise, Osmanlı uygulamasında fail Müslüman veya zimmi olsun, tazir cezası verildiği görülmüştür.²¹ Bu kapsamda “küreğe konulmak” cezasının, zina ve diğer cinsel suçlardan dolayı, suçun erkek faillerine en sık uygulanan tazir ceza olduğu ifade edilmektedir.²²

İslam hukukunda ayrı bir suç olarak düzenlenmemiş tecavüz suçu açısından ise, kadının zina fiiline zorlanması söz konusu olduğundan, zina suçu kapsamında değerlendirilmesi ve bu doğrultuda tecavüzcünün hadd cezası ile cezalandırılması kabul edilmiştir. Bunun sebebi, zina fiilinin kadının ırzına ve vücut bütünlüğüne saldırı olarak görülmesi olduğu kadar, İslam hukukunun, yasak olan her türlü cinsî teması zina sayarak, zinaya verilen cezalar ile cezalandırmasıdır. Ancak tecavüz suçunun ispatında da zina suçundaki şartlar arandığından, uygulamada suçun unsurlarında veya ispat şartlarındaki eksiklik nedeniyle tazir ile cezalandırılması söz konusu olmuştur.²³

¹⁷ AKYILMAZ, s. 1034; OSMANAĞAOĞLU, s. 132.

¹⁸ “Bu zikrolunan cerâim kâfirden sâdir olsa, ganisinden ganî Müslümanın cürminin nisfî alına ve mutavassıtul-hâlınden mutavassıtul-hâl Müslümandan alınan cürmin ve fakirinden fakir Müslümandan alınan cürmin nisfî alına”. Ahmet AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, C. II, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, 1990, s. 41.

¹⁹ OSMANAĞAOĞLU, s. 133.

²⁰ OSMANAĞAOĞLU, s. 146, 147.

²¹ İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, C. II, s. 199, Hüküm No: 385.

²² AVCI, s. 175; OSMANAĞAOĞLU, s. 164.

²³ Belkıs KONAN, “Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu”, OTAM Dergisi, C. 29, Bahar 2011, s. 152, 153.

İslam hukukunda, Hanefi mezhebi dışında tüm mezhepler, tecavüz suçuna hadd cezası uygulanmasını kabul etmişlerdir. Hanefi mezhebinde ise, tecavüz fiiline hadd cezası uygulanmamakla beraber; itiyat haline getirildiği takdirde, siyaseten katl cezasının verilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca kadının kendisine tecavüz eden erkekle evlenmesi, Hanefi mezhebine göre, hadd cezasını ortadan kaldırmakta; diğer mezheplere göre, kadının iddiasını kanıtlaması durumunda erkeğe yine de had cezası uygulanması gerekmektedir.²⁴

Osmanlı Devleti'nde en muteber fetva mecmualarından Fetâvâ-yı Âli Efendi ve Fetâvâ-yı Feyziyye'de de, tecavüz suçu söz konusu olduğunda hadd cezası verileceği dile getirilmiştir.²⁵

Şeriye sicillerinde ise, tecavüz suçlarının yargılama sürecinde farklı ispat vasıtalarına başvurulduğu görülmektedir.

XVII. yüzyılın sonlarına doğru, Kayseri'de zimmi bir kadın, aynı mahalleden zimmi bir erkeğin kendisine beş ay önce tecavüz ettiği iddiasıyla dava açmışsa da; fail bunu inkâr ederek, iddianın doğru olmadığına yemin etmiştir.²⁶ Aynı dönemde Gaziantep'te zimmi bir kadının tecavüzle suçladığı zimmi erkeğin bu fiili inkâr etmesi üzerine, başka bir ispat vasıtası da bulunmadığı için, fail hakkında mahalle halkının bilgisine başvurulmuştur. Failin mahalle halkı tarafından "ehl-i fesad" olarak bilinmesine dayanılarak, dava kadın lehine sonuçlanmıştır. Ancak verilen ceza hakkında bir bilgi bulunmamaktadır.²⁷

Mühimme defterlerinden de, Müslüman bir kadına tecavüz eden zimminin küreğe mahkûm edilmesi²⁸ gibi ceza uygulamalarının ve tecavüz ettiğini ikrar eden zimminin yargılaması devam ederken hapiste tutulması²⁹ gibi tedbirlerin varlığı anlaşılmaktadır.

²⁴ KONAN, s. 155.

²⁵ "Zeyd-i zimmi, Hind-i müslimeye cebren zinâ eylese, Zeyd'e ne lâzım olur?" *El-cevab: Yüz değnek vurulur.* "Zeyd-i zimmi, bâkir olan Hind-i nasrâniyyeye cebren zinâ edüb, bekâretini izâle eylese, Zeyd'e ne lâzım olur? *El-cevab: Yüz değnek vurulur.*" Fetâvâ-yı Âli Efendi, C. I, İstanbul, Hacı Hüseyin Efendi Matbaası, 1322, s. 146. "Muhsan olan Zeyd-i müslim Hind-i zimmiyyeye cebren zinâ eylese Zeyd'e ne lazım olur? *El-cevab: Recm.*" Fetâvâ-yı Feyziye, (Hazırlayan: Süleyman Kaya), Klasik Yayınları, İstanbul, 2009, s. 114.

²⁶ Musa SEZER, 78/2 Numaralı Kayseri Şer'iyye Sicili (H. 1078 - 1079/ M. 1668) Transkripsiyon ve Değerlendirme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2008, s. 34.

²⁷ Burcu GELİR, 1680-1700 Tarihleri Arasında Ayntab (Gaziantep) Şehrinde Asayiş Problemleri ve İslam Osmanlı Ceza Hukuku Uygulamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2006, s. 115, 116.

²⁸ 7 Numaralı Mühimme Defteri, 7 Şevval 975, Hüküm No: 1212, C. II, s. 12.

²⁹ "...mezbur zimmiyi dabi habsden tıak itmeyesin ki, sonra mezbur hakkında emr-i şerifüm ne vehbile sâdır olursa mücebi ile amel oluna". 7 Numaralı Mühimme Defteri, 3 Cumadelula 976, Hüküm No: 2359, C. III, s. 193.

2. Zina İftirası (Kazf)

Zina iftirası, bir kimseye zina ettiği veya zina mahsulü olduğu ithamında bulunmaktır. Bu suçun oluşması için genel unsurlardan ayrı olarak, ithama maruz kalan kimsenin muhsan olması şartı aranmaktadır. Bu çerçevede mağdurun ayırt etme gücüne sahip, buluşa ermiş, özgür, daha önce haram bir cinsel ilişkide bulunmamış ve Müslüman bir kimse olması gerekir.³⁰ Dolayısıyla zina iftirası suçunda fail açısından bir özellik aranmamıştır. Suçun oluşmasında mağdurun sıfatı belirleyici olmuş; failin -Müslüman veya zimmi olsun- aynı cezaya çarptırılacağı kabul edilmiştir.

Bu doğrultuda failin zimmi, mağdurun Müslüman olması halinde, hadd cezası verilmekte; ancak fail Müslüman, mağdur zimmi olduğunda ise, tazir cezası gündeme gelmektedir. Bir görüşe göre, Müslüman biriyle evli olan ehl-i kitap kişiye karşı suç işlendiğinde de, kazf haddi uygulanmalıdır.³¹

Zina iftirası suçundan ceza almış kişilerin şahitliği, tövbe etseler bile, ölünceye kadar kabul olunmamaktadır.³² Bir zimminin bu suçtan ceza alması durumunda, diğer zimmiler hakkında şahitliğinin kabul edilmeyeceği³³; ancak sonradan İslamiyeti benimsemesi durumunda, şahitlik edebileceği belirtilmiştir.³⁴

3. Hırsızlık

İslam hukukunda hırsızlık suçunun oluşmasında, mal sahibinin Müslüman veya gayrimüslim olması önem taşımamaktadır. Dolayısıyla bir zimmi, ister bir başka zimminin, isterse bir Müslümanın malını çalsın, hırsızlık suçunun unsurları gerçekleşmişse, el kesme cezasına çarptırılacaktır. Bu noktada, çalınan malın Hanefilerin nitelendirmesiyle “*mütekavvim mal*”³⁵, diğer mezheplerin nitelendirmesiyle “*mal-ı muhterem*” olup olmaması önem arz etmektedir. Şarap ve domuz eti gibi malların zimmiler açısından değeri olmakla birlikte; bu değer in mutlak değil, nisbi olması, el kesme cezasının verilmesine engeldir. Sebebi ise, bu durumun bir şüphe taşıması ve hadd cezalarının şüphe nedeniyle düşmesidir. Bu açıdan şarabın çalınması hırsızlık suçunu oluşturmamakta; şarap çalan bir kişiye,-Müslüman veya gayrimüslim olsun- hırsızlık haddi uygulanması mümkün olmamaktadır.³⁶

³⁰ Esad Muhammed Saïd es-SAGÎRCÎ, Delilleriyle Hanefî Fıkhı, Karınca&Polen Yayınları, İstanbul, 2015, s. 750, 751; AYDIN, s. 203.

³¹ AVCI, s. 218.

³² Ekrem Buğra EKİNCİ, Osmanlı Hukuku, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 342.

³³ MERGİNANÎ, C.II, s. 245. Zimmilerin Müslümanlar hakkındaki şahitliklerinin kabul edilmesi, İslam yargılama hukuku açısından getirilmiş bir sınırlamadır. AYDIN, s. 163.

³⁴ HALEBÎ, C. III, s. 200; MERGİNANÎ, C.III, s. 215; SÂĞİRCÎ, s. 752; İmam Tahâvî, Mukayeseli Hanefî Fıkhı Tahâvî Muhtasarı, Beka Yayıncılık, İstanbul, 2013, 501, 502.

³⁵ Mütekavvim mal, intıfai dine göre mübah olan şey, hukukça korunmaya değer mal demektir. AVCI, s. 239.

³⁶ UDEH, C. IV, s. 203, 204; Ali ŞAFAK, Mezheblerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, Atatürk

Diğer taraftan, İslam ülkesinde mal güvenliğine sahip olarak yaşayacakları teminatı bulunan zimmilerin mallarına karşı işlenmiş olan hırsızlık suçlarının da, suçun unsurlarının oluşmasına bağlı olarak, hadd ya da tazir ile cezalandırılması kabul edilmiştir.

Bir müstemeden tarafından bir zimminin malı çalındığında ise, Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre, müstemene el kesme cezası uygulanmamaktadır. Çünkü müstemeden, İslam hukuku hükümlerine uymakla yükümlü olmayıp, kendi düşüncesine göre mübah bir malı almış sayılmaktadır. Ebu Yusuf'a ve İmam Malik'e göre ise, el kesme cezası verilmelidir. Şafii ve Hanbeli mezheplerinde, söz konusu iki görüş kabul edilmekle birlikte; üçüncü olarak, pasaportla girerken veya anlaşma yapılırken, hırsızlık fiili işlendiğinde el kesme cezası uygulanacağı şartı konulmuşsa, el kesme cezasının verilebileceği yönünde bir görüş daha dile getirilmiştir.³⁷

Osmanlı Devleti'nde mühimme defterlerindeki örnekler bakıldığında, hırsızlık suçunun unsurlarının oluşmaması veya ispat şartlarındaki eksiklikten kaynaklanan nedenlerle tazir cezalarının verildiği görülmektedir. Bu doğrultuda hırsızlık yapmakla suçlanan zimmilerin yargılamalarının yapılarak sonucun İstanbul'a bildirilmesi³⁸, aldıkları malların sahiplerine geri verilmesinden sonra hapsedilmeleri³⁹, küreğe mahkûm edilenlerin İstanbul'a gönderilmeleri⁴⁰ gibi hükümlere rastlanmaktadır.

İstanbul şeriye sicillerinde, zimmiler tarafından işlenmiş çeşitli hırsızlık suçlarıyla ilgili olarak, davanın reddi⁴¹ veya davacının davasından vazgeçmesi⁴² gibi durumlar da kayıt altına alınmıştır. Kayseri'de ise, sekiz ay önce bir Müslümanın evine girerek hırsızlık yaptıkları gerekçesiyle iki zimmiden şikâyetçi olunduğu görülmüş; zimmiler de, suçlarını ikrar etmekle birlikte, ne ceza verildiği kayıtlarda bulunamamıştır.⁴³

Osmanlı Devleti'nde zimmilere karşı işlenmiş hırsızlık suçları açısından ise, bir zimminin atını çalan bir başka zimminin kürek cezasına çarptırıldığı⁴⁴ veya bir zimminin malını çalan bir Müslümanın Bolu'ya kaçtığı, ancak yakalanarak Divan-ı

Üniversitesi Yayınları, Erzurum, 1977, s. 162; AKYILMAZ, s. 1034, 1035. Sarhoş edici içki gibi bir malın bir gayrimüslimden alınması söz konusu ise, hırsızın elinin kesilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Coşkun ÜÇÖK, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. III, S: 1, 1946, s. 142.

³⁷ UDEH, C. IV, s. 202.

³⁸ 5 Numaralı Mühimme Defteri, 2 Muharrem 973, Hüküm No: 21, s. 6.

³⁹ 5 Numaralı Mühimme Defteri, 14 Muharrem 973, Hüküm No: 82, s. 16, 17.

⁴⁰ 7 Numaralı Mühimme Defteri, 2 Cumadelahir 976, Hüküm No: 254, C. III, s. 283.

⁴¹ İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil, C. XVI, s. 411, Hüküm No: 486.

⁴² İstanbul Kadı Sicilleri, Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, C. XVII, s. 117, Hüküm No: 47.

⁴³ SEZER, s. 47.

⁴⁴ 7 Numaralı Mühimme Defteri, 13 Cemaziyevvel 975, Hüküm No: 454, s. 225.

Hümayun'da kazasker tarafından yargılanmak üzere İstanbul'a gönderilmesinin emredildiği⁴⁵ gibi durumlarla karşılaşmıştır.

Ayrıca misafir olduğu Küçükçekmece'de atı çalınan Dimov.Tanaş isimli zimminin, atını Üsküdar Atpazarı'nda bir Müslümanın elinde bulması üzerine dava açılmış; atın kendisine ait olduğunun şahitlerle ispat edilmesi üzerine, kadı atın Dimo'ya teslim edilmesine karar vermiştir.⁴⁶

4. Sarhoşluk

İslam hukukçularına göre, dinleri izin verdiği, yasaklamadığı sürece, gayrimüslimlere şarap helaldir. Bu durum, “Onları kendi dinleri ile baş başa bırakmakla emrolunduk” hadisinin uygulanmasından ibarettir. Diğer yandan, bazı görüşlere göre, içki içen zimmiye ceza uygulanmalı; yasağın İslam düzeni içinde yaşayan herkes için söz konusu olmasından dolayı, zimmiler de buna tabi tutulmalıdır.⁴⁷

Bununla birlikte, Ebu Hanife, şarap ile sarhoş edici diğer şeyleri hüküm bakımından birbirinden ayırmakta⁴⁸; şarabın az veya çok miktarda içilmesini yasak sayarak, şarap dışındaki sarhoş edici maddeleri içmenin, ancak sarhoşluk halinde cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bununla beraber, Ebu Hanife, zimmilere tanınan din ve vicdan hürriyeti gereğince bir istisna getirmekte; içkinin zimmiler açısından değerli bir mal olduğu ve içilmesinin onlara yasak olmadığı, kendi dinlerinin buna izin verdiği düşüncesiyle hadd suçunu işlenmiş saymamakta; ancak sarhoş oldukları takdirde, cezalandırılmalarını kabul etmektedir.⁴⁹ Bu görüş, Hasan b. Ziyad tarafından savunulmuş ve Kasani tarafından da sarhoş olmanın bütün dinlerde hoşgörülmediği vurgulanarak desteklenmiştir. Buna karşılık, İmam Şafii, bunu kamu düzenini yakından ilgilendiren bir suç olarak kabul ederek, zimmiler açısından bir istisna tanımamıştır.⁵⁰

⁴⁵ 85 Numaralı Mühimme Defteri, 2 Cemaziyevvel 1040, Hüküm No: 296, s. 181.

⁴⁶ Nevzat ERKAN, 18.Yüzyılın İlk Yarısında Üsküdar'da Müslim-Gayrimüslim İlişkileri-Şerhiye Sicilleri ve Müdevvel Kaynaklar Işığında, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 62, 63.

⁴⁷ UDEH, C. IV, s. 166; Muhammed EBU ZEHRA, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, C. II, (Çev: İbrahim Tüfekçi), Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994, s. 165.

⁴⁸ Ebu Hanife açısından şarap içme ve sarhoş olma cezalarının da birbirinden ayrıt edilmesi söz konusudur: Hadd-i şirb, içen kişi sarhoş olsun veya olmasın, şarap içme fiiline verilen ceza; hadd-i sekir ise, şaraptan başka sarhoşluk veren bir maddeyi içip de sarhoş olan kişiye verilen cezadır. Bu maddeyi içip sarhoş olmayana ceza verilmeyecektir. Diğer hukukçulara göre ise, hadd cezası bir tek olup; bu da hadd-i şirbdir. Bu ceza da, şarap veya başka bir madde içen ve bunun sonucunda sarhoş olan veya olmayan her kişiye verilir. Zira bu görüşe göre, çoğu sarhoş edici şeyin, az miktarda alınması da haramdır. UDEH, C. IV, s. 165, 166.

⁴⁹ Hanefilere göre, bir zimmi, sarhoş olsa, sonra da cezası infaz edilmeden İslamiyeti kabul etse ve içki içse, önceki sarhoşluğunun cezası ile Müslümanlığa girişten sonraki içme fiilinin cezası birbirine karışacaktır. UDEH, C. IV, s. 172.

⁵⁰ EBU ZEHRA, s. 165; AYDIN, s. 178.

Diğer taraftan, bir zimmi, alenen içki içmiş, fakat sarhoş olmamışsa veya içtiği şey dinince helal olsa dahi, kendisine ta'zir cezası verileceğinde ihtilaf yoktur. Ancak şu var ki, İslam hukuku kuralları arasında, alenen içki içen zimmiye hadd-ı şirb uygulanmasına engel bir hüküm yoktur. Dolayısıyla zimmilerden dinleri içkiyi yasaklayanlara kendi dinleri veya İslam hukuku uygulanmış; dinleri izin verenlere Ebu Hanife'nin görüşünden hareketle, sarhoş oldukları ve bunu aleniye intikal ettirdiklerinde hadd cezası uygulanması kabul edilmiştir.⁵¹

Osmanlı Devleti'nde zimmilerin gizli olarak içki içmeleri serbest olmasına rağmen, bunu aleni şekilde gerçekleştirmeleri, sarhoş halde dolaşmaları yasaklanmış; aksi takdirde kürek cezası verilmiştir.⁵²

Diğer taraftan, zimmiler tarafından Müslümanlara şarap satılması yasak olup; yasağa rağmen satış yapan kişilere kürek cezasının⁵³ yanı sıra, bulundurduğu içkilerin sirkeye dönüştürülmesi⁵⁴, meyhane yeni açılmışsa kapatılması ve açan kişinin hapsedilmesi⁵⁵ gibi cezaların da verilmesi gerektiği, ilgili kadınlara bildirilmek üzere mühimme defterlerinde yer almıştır.

Şeriye sicillerinde ise, içki içip fesat çıkarmanın men edildiği buyruklulara⁵⁶ rastlanmakla beraber, kendi aralarında içki içtikten sonra kavga eden zimmilerin yalalama olayları⁵⁷ da kayıt altına alınmıştır.

5. Dinden Dönme (İrtidat)

İrtidat, esasen Müslüman olan veya sonradan İslamiyeti kabul etmiş bir kimse-nin vazgeçerek başka bir dini benimsemesidir. Hanefilere göre, dinden dönme suçunu işleyen kişiye, erkek ise ölüm cezası, kadın ise, süresiz hapis cezası verilmekte; diğer mezheplerde kadın-erkek ayrımı yapılmadan, mürted ölüm cezasına çarptırılmaktadır.⁵⁸

Osmanlı Devleti'nde kanunnamelerde bu suç hakkında herhangi bir hükme yer verilmemekle beraber, önde gelen şeyhülislamın fetvalarından zimmilere verilecek cezalara ilişkin fikir edinilmektedir.

"Zeyd-i zimmi, şeref-i İslâmla müşerref olduktan sonra, el-'iyâzü billâhi teâlâ mürtedd olsa, Zeyd'e ne lâzım olur?"

⁵¹ UDEH, C. IV, s. 166; ŞAFAK, s. 156.

⁵² AVCI, s. 268.

⁵³ 12 Numaralı Mühimme Defteri, C. II, 3 Zilkade 979, Hüküm No: 1063, s. 190.

⁵⁴ 5 Numaralı Mühimme Defteri, 13 Safer 973, Hüküm No: 221, s. 42.

⁵⁵ 5 Numaralı Mühimme Defteri, 18 Muharrem 973, Hüküm No: 130, s. 25.

⁵⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, Hasköy Mahkemesi 10 Numaralı Sicil, C. XXX, s. 173, Hüküm No: 231.

⁵⁷ İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, C. IX, s. 203, Hüküm No: 431.

⁵⁸ BİLMEN, s. 474; AVCI, s. 365.

*El-cevab: Ahkâm-ı mürtedd icra olunur.*⁵⁹

“Hind-i zimmiyye İslam’a geldikten sonra mürtedd olup irtidadı üzere musırr olsa, katli lazım olur mu?”

*El-cevab: Olmaz, amma zindandan asla çıkarılmaz, dünya yüzü gösterilmez ölüp gidinceye değin.*⁶⁰

“Zeyd-i zimmi sekran iken İslama gelib bade’s-sekri zail oldukda mürtedd olsa darb ve hats ile İslama gelince Zeyd’e cebr olunur mu? El-cevab: Olunur.

*Bu suretde darb ve hats ile İslama cebr olunub Zeyd İslamı kabul etmese Zeyd katl olunur mu? El-cevab: Olunmaz.”*⁶¹

“Hind-i nasrâniyye, şeref-i İslâmla müşerrefe olduktan sonra mürtedd olsa, el-‘iyâzü billâhi teâlâ, Hind’e ne lâzım olur?”

*El-cevab: İslâma gelince hats olunur.*⁶²

İslamiyeti kabul ettikten sonra bir Müslümanla evlenen zimmi kadının, kocası sefere gittikten sonra irtidat ederek bir zimmi erkekle evlenmesi durumu da fetvaya konu olmuştur:

“Hind-i nasrâniyye, İslâma geldikten sonra nefsinin Zeyd-i Müslime tezvîc edüb, badehu Zeyd sefere gittikte, Hind mürtedd olub nefsinin Amr-ı zimmiye tezvîc eylese, Hind’e ne lâzım olur?”

*El-cevab: Amr’dan tefrik olunub ta’zir-i şedid ve İslâma gelince hats olunur.*⁶³

Öte yandan, İslam hukukunda zimmilerin İslamiyet dışındaki bir dini kabul etmeleri veya mezhep değiştirmelerine bir ceza öngörülmemişken; Osmanlı Devleti’nde bu durum, millet sistemini bozduğu gerekçesiyle yasaklanmış, mezhep değiştirmek için propaganda yapan dört Ermeni’ye kürek cezası verilmiştir.⁶⁴

Mühimme defterlerinde ise, İslamiyeti kabul ettikten sonra, kendi dinine dönen zimmilerin, durum iyice araştırıldıktan sonra hapsedilmesi ve konunun İstanbul’a bildirilmesi yönünde örnekler bulunmaktadır.⁶⁵

⁵⁹ Fetâvâ-yı Âli Efendi, C. I, s. 185.

⁶⁰ DÜZDAĞ, s. 90.

⁶¹ Neticet’ül-Fetâvâ, s. 137.

⁶² Fetâvâ-yı Âli Efendi, C. I, s. 185.

⁶³ Fetâvâ-yı Âli Efendi, C. I, s. 185.

⁶⁴ BİLMEN, s. 485; Gülnihal BOZKURT, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839-1914), TTK Yayınları, Ankara, 1996, s. 21; AVCI, s. 385.

⁶⁵ 5 Numaralı Mühimme Defteri, 15 Şaban 973, Hüküm No: 1195, s. 194; 12 Numaralı Mühimme Defteri, C. II, 21 Rebiülevvel 979, Hüküm No: 996, s. 156.

6. İsyân (Bağy)

İsyân suçu ve cezası, “Eğer müminlerden iki grup savaşırsa aralarını düzeltin. Şayet biri diğerine saldırırsa (bağy) Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar saldıran tarafa karşı savaşım...” ayetine (el-Hucurât 49/9) ve Dört Halife dönemi uygulamalarına dayanmaktadır. Hz. Muhammed tarafından Benî Esed'e yazılan yazıda “Hz. Muhammed'in zimmeti kendisine isyân edenden beridir” ifadesine de dayanılarak; isyanın zimmeti ortadan kaldıran bir durum olduğu kabul edilmektedir. Mezhepler dönemi İslam hukukçuları da, zimmilerin isyanının zimmet akdini sona erdiren bir durum olduğunu belirtmişlerdir.⁶⁶

Zimmi bir kişi bâği olursa, statüsü değişecek; harbî düşman muamelesine tabi olacaktır. Bağy suçunun failleri, zimmiler topluluğu ise, zimmet akitleri feshedilip; hadd cezası verileceği kabul edilmiştir. Zimmilerin bu suçu Müslümanlarla birlikte işlemeleri halinde de, yine hadd cezası verilmesi gerektiği dile getirilmiştir.⁶⁷ Bununla birlikte, zimmilerin isyancılara sadece yardım etmesi durumunda zimmet akdinin devamı konusunda görüş ayrılıkları vardır.

Ebu Hanife'ye göre, isyancıların zimmilerden yardım istemesi, zimmilerin de kabul ederek savaşa katılmaları durumunda, bu hareketleri İslam devletiyle olan zimmet anlaşmalarını bozma sayılmayacaktır. Ancak gerek ceza hukuku, gerek medeni hukuk açısından tabi oldukları hükümler, Müslüman isyancıların sorumluluklarıyla aynı olacaktır. İmam Malik de, isyancılara yardımda bulunan zimmilerin hükmünün yardım ettikleri isyankârların hükmü gibi olacağını kabul etmiştir. Buna göre, ayaklananların cezai veya hukuki açıdan sorumlu oldukları her suç ve fiilden zimmiler de sorumlu tutulacaklardır. Şafii ve Hanbeliler ise, bu konuda iki görüş ileri sürmüşlerdir: Birinci görüşe göre zimmiler, isyancılara yardımda bulununca, anlaşmalarını da bozmuş sayılacaklardır. İkincisi ise, böyle bir yardımla anlaşmaları bozulmamakta; zira zimmiler, bir isyân hareketinde hak ve batılın nerede olduğunu bilmemektedirler. Bu bilgisizlikleri onlar lehlerine bir şüphe oluşturmaktadır. İslam devletiyle anlaşmalarının bozulduğu kabul edilirse, zimmiler, artık düşman statüsünde sayılırlar. Anlaşmalarının bozulmadığı varsayılırsa, yardım eden zimmilerden isyanı bırakıp kaçan, esir düşen ve yaralananlarına dokunulmayacaktır. Ancak bu görüşü savunanlar, zimmilerin tazminat hukuku bakımından tam sorumlu olduklarını, sebep oldukları zararları tazminle yükümlü bulduklarını belirtmişlerdir.⁶⁸

⁶⁶ Ahmet BOSTANCI, İslam Kamu Hukukunda Gayrimüslimler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999, s. 207.

⁶⁷ AVCI, s. 346.

⁶⁸ Sevinç OKKA, *İslam Hukuku ve Osmanlı Uygulamasında Devlete İsyân (Bağy) Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1997, s. 46, 47.

7. Yol Kesme

Tek başına ya da toplu halde ve yol keserek zorla insanların mallarını ele geçirme olarak tanımlanabilecek bu suçun cezasının kaynağı olarak Mâide Sûresi'nin 33. ve 34. ayetlerinde, failin vasfı ile ilgili bir sınırlama getirilmediği için Müslüman olup olmamak, suçun oluşumunu ve cezanın uygulanmasını etkilememektedir. Bir zimmi de, yol kesme suçunu işlediğinde Müslümanlarla aynı cezaya çarptırılacaktır; yani hadd cezası uygulanacaktır. Ancak Hz. Muhammed'in bu cezayı gayrimüslimlere uyguladığına yönelik bir bilgi bulunmamaktadır.⁶⁹

Suçun işlenmesi için failin bâliğ ve (Hanefilere göre) erkek, mağdurlarının İslam ülkesinin Müslüman veya zimmi tebaasından olmaları, mağdurlardan alınan malın zilyetliğinin sahih, malın mütekavim, koruma altında ve nisap miktarına uygun olması, fail ile mağdurların akraba olmaması, Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre suç yerinin yerleşim yeri dışındaki bir mekân olması gerekmektedir. Dolayısıyla failin zimmi olması durumunda da, hadd cezası verilecektir. Ancak bu suç ile zimminin zimmet akdinin bozulmuş olup olmayacağı ve bu statüden çıkmış sayılıp sayılmayacağı konusu tartışılmış; çoğunluğa göre, zimminin bu statüden çıkmayacağı kabul edilmiştir.⁷⁰

Hanefilere göre, yol kesme suçunun mağduru İslam ülkesi vatandaşı olmadığı takdirde, faile tazir cezası verilecektir. Bu çerçevede, zimmilere karşı işlenmiş yol kesme suçu da, hadd cezasını gerektirmektedir. Ancak Malikiler, yol kesip bir zimmi yolcuyu öldüren Müslümanın öldürülmeyip, diyet ödeyeceğini savunurlar.⁷¹

Osmanlı Devleti'nde yol kesme suçunu işleyen bir zimmiye verilecek cezaya ilişkin ünlü şeyhülislam Ebussuud Efendi tarafından verilen bir fetva şu şekildedir:

"Bir mağarada bir nice zimmi kat-ı tarike mübaşeret edip gece ile bir nice Müslümanları basıp, cümlesini mecrub edip nisaptan ziyade mallarını alıp tutsalar mezburlara ne lazım olur?"

El-cevab: Elleri ve ayakları kesilmek lazımdır".⁷²

Mühimme defterlerinde ise, yol keserek haramilik yapan zimmilerin yakalanarak, suçları şer'an sabit olduktan sonra yargılanmalarına ilişkin çeşitli hükümler bulunduğu gibi⁷³, yakalanan zimminin yargılama yapılması için İstanbul'a gönderilmesinin istendiği durumlara da rastlanmıştır.⁷⁴ Ayrıca zimmilere karşı işlenmiş olması

⁶⁹ BOSTANCI, s. 206, 207.

⁷⁰ AVCI, s. 308, 337.

⁷¹ BOZKURT, (1988), s. 141; AVCI, s. 311.

⁷² DÜZDAĞ, s. 102.

⁷³ 7 Numaralı Mühimme Defteri, C. III, 14 Cumadelahir 976, Hüküm No: 2572, s. 298; 12 Numaralı Mühimme Defteri, C. I, 7 Zilhicce 978, Hüküm No: 363, s. 239.

⁷⁴ 85 Numaralı Mühimme Defteri, 22 Rebiülahir 1040, Hüküm No: 307, s. 187.

açısından, bir zimminin yolunu keserek onu öldüren ve mallarını alan kişilerin siyaset olunmaları⁷⁵, üç zimmiyi katleden ve mallarını gasbeden sipahilerin yakalanarak, tımarlarının başkasına verilmesi⁷⁶ gibi hükümler de bulunmaktadır.

B. Kısas ve Diyet

Esas itibarıyla cana ve vücut bütünlüğüne yönelik olan bu suçları, adam öldürme ve müessir fiiller olarak ikiye ayırmak mümkündür.⁷⁷

1. Fail olarak zimmi

Bir zimminin bir Müslümanı kasten öldürmesi durumunda, kısas cezasına çarptırılacağı konusunda, hukukçular arasında görüş ayrılığı bulunmamaktadır.⁷⁸

İmam Malik ve İmam Şafii'ye göre, bir Müslümanı öldüren kâfir, kısasen cezalandırılmalıdır; bu kural, cizyelerini ödemiş bile olsalar, zimmiler hakkında da uygulanabilir.⁷⁹ Hanefiler de, aynı fikirde olup; bir Müslümanı öldüren zimminin, kısasla cezalandırılacağını kabul ederler.

Failinde, mağdurun da zimmi olması durumunda, Hanefilere göre yine kısas cezası verilmesi gerekmektedir; ancak mağdur harbî veya mürted ise, kısas uygulanmamaktadır. Ebu Hanife'ye göre, bir zimmi bir müstemeni öldürdüğünde ise, müstemenin ismetinin mutlak olmaması, dolayısıyla şüphe bulunması nedeniyle kısasen cezalandırılmayacaktır. Diğer taraftan, Ebu Yusuf'a göre, müstemeni katli zamanında İslam devletinin koruması altında olduğundan, onu öldüren zimmi de kısasen öldürülmelidir.⁸⁰

Hz. Muhammed'in bir cariye öldüren Yahudiyi aynı şekilde öldürtmesi örneğinin yanında; Osmanlı uygulamasında, bir köleyi öldüren zimmi faillerden birine idam, diğerine kürek cezası verilmiştir.⁸¹

Kasta benzer, hataen ve hata benzeri adam öldürme suçlarında ödenmesi öngörülen kefarete⁸² konusunda ise, İmam Şafii ve Ahmed b.Hanbel'e göre, katil kim olursa olsun, Müslüman veya zimmi, her suçlu kefaretle mükelleftir. Ancak Ebu Ha-

⁷⁵ 7 Numaralı Mühimme Defteri, 7 Cemaziyelahir 975, Hüküm No: 515, s. 253.

⁷⁶ 7 Numaralı Mühimme Defteri, 24 Cemaziyelahir 975, Hüküm No: 470, s. 232.

⁷⁷ AYDIN, s. 210.

⁷⁸ EBU ZEHRA, s. 319; BOSTANCI, s. 208-210.

⁷⁹ UDEH, C. III, s. 120, 121.

⁸⁰ UDEH, C. III, s. 123; AVCI, s. 29.

⁸¹ BOZKURT, (1988), s. 139; AVCI, s. 30.

⁸² Dinî yönü ağır basan bir ceza olan kefarete, ya bir köle azat etmek veya altmış gün ardarda oruç tutmak veya altmış yoksulu doyurmak şeklinde gerçekleşir. Hataen veya kasta benzer adam öldürme suçlarında gerekli olup; kasten adam öldürme suçunda gerekip gerekmediği konusunda hukukçular arasında görüş ayrılıkları vardır. AYDIN, s. 211; UDEH, C. III, s. 163.

nife ve İmam Malik'e göre, zimmiler için kefarete gerekli değildir; çünkü İslamiyet çerçevesinde bu şekilde bir ibadeti yerine getirmekle yükümlü değillerdir.⁸³

Kıyas uygulanmadığı durumlarda bir zimminin bir Müslümana karşı işlediği suç için vermesi gereken diyet, Müslümanlar için saptanan diyet miktarına eşittir. Zimmilerin birbirlerine karşı işledikleri suçlarda ise, diyet miktarı kendi adetlerine göre belirlenecektir. Medine Şartı'nın 3-11.maddelerinde bu konuda şöyle denmektedir: *"Zimmi kabileler, kendi aralarında adet olduğu veçhile, önceki şartlar altında kan diyetlerini ödeyeceklerdir"*.⁸⁴

İslam ceza hukukuna göre kasıtlı işlenmeyen adam öldürmelerde, katilin ödemesi gereken diyeti, bu kimsenin "akile"si ödeyecektir. Bu kavramın kapsamına kimlerin girdiği hususunda ortak fikir, karşılıklı yardımı adet edinmiş olan kimselerin birbirlerinin akilesi olduğudur. Ancak Müslümanlar ile zimmilerin birbirlerinin akilesi olamayacakları kabul edilmiştir. Bununla birlikte, gayrimüslimlerin kendi aralarında akile olup olamayacakları konusunda da anlaşmazlık vardır. Bazı fakihler bunu mümkün görürken, bazıları kabul etmemektedir. Osmanlı Devleti'nde birinci fikrin benimsendiği ileri sürülmüştür.⁸⁵

Osmanlı Devleti'nde, zimmiler arasında işlenen kasten adam öldürme suçlarında kıyas cezası uygulanmıştır.⁸⁶ Nitekim zimmilerin adam öldürme ve yaralama suçları, önde gelen fetva mecmualarından birinde de bu şekilde değerlendirilmiştir.

"Zeyd-i zimmi saadat-ı kiramdan olan Amr-ı sagiri ib ile boğub katl eylese Zeyd'e ne lazım olur? El-cevab: Ebu Hanife katında diyet, İmameyn katlarında kıyas lazım olur."

Bu suretde İmameyn kulları ile hükme memur olan Bekir-i kadı Zeyd'e kıyas olmak üzere hüküm eylese hükmü nafiz olur mu? El-cevab: Olur".⁸⁷

"Zeyd-i maktulün vereseşi kadı huzurunda Amr-ı zimmiden Zeyd'i sen alet-i cariha ile amden cerh ve katl eyledin deyü dava ve müddealarına Bekir ve Beşir zimmilere veç-i şer üzere şehadet etmeleriyle kadı bade'l-ta'dilve'l tezkiye şehadetlerini kabul ve mucibiyle hüküm ettikten sonra Amr kıyas olunmadan şeref-i İslamla müşerref olsa hüküm-i mezbure binaen kıyas olunur mu? El-cevab: Olunmaz."

Bu suretde Amr hüküm-i mezbura binaen kıyas olunmamağla Zeyd'in diyeti Amr üzerine vacibe olur mu? El-cevab: Olur."

⁸³ Zimmiler açısından oruçla kefarete zaten söz konusu olmayacaktır. UDEH, C. II, s. 254; C. III, s. 164.

⁸⁴ BOZKURT, (1988), s. 140; AKYILMAZ, s. 1032.

⁸⁵ Coşkun ÜÇÖK, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler-II", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946, C. III, S: 2-4,s. 381-383; Hamza AK-TAN, "Akile", TDVİA, C. II, s. 249.

⁸⁶ AKYILMAZ, s. 1031.

⁸⁷ Neticetü'l-Fetâvâ, s. 566, 567.

Bu suretde Zeyd'in vereseşi Zeyd'in deynini Amr'dan almış olsalar Amr diyet-i mez-bure ile Bekir ve Beşir'e rücu'a kadir olur mu? El-cevab: Olmaz".⁸⁸

Mühimme defterleri de, adam öldüren zimmilerin yargılanarak şer'an cezalarının verilmesi⁸⁹, yaralama suçunda ölüme sebebiyet verildiği takdirde kısas uygulanması⁹⁰ yönünde hükümler içermektedir. Ancak bir yeniçeriyi yaralayıp öldürmeye teşebbüs eden zimmilerden birinin siyaset edilmesi, diğerlerinin ise küreğe konulmasının emredildiği hüküm ayrıca dikkat çekmektedir.⁹¹

Osmanlı kanunnamelerinde adam öldürme ve yaralama fiillerinde kısas uygulanmadığı takdirde alınacak "*kan cürmi*" olarak anılan para cezasının niteliği üzerinde de kısaca durulmalıdır. Kısas istenmeyip diyet istendiği durumlarda diyetle beraber devlet için alınan para cezası olarak değerlendirilmesinin yanında; kadının kısas cezası veremediği, dolayısıyla diyet hakkından mahrum kaldığı bir durumda, takdir yetkisine dayanarak hükmettiği para cezası olarak da kabul edilmiştir. Ancak söz konusu cezanın, diyet cezalarının Osmanlı kanunnamelerine yansıyan şekli olarak ifade edildiği de görülmüştür.⁹²

Osmanlı kanunnamelerindeki ceza hukuku hükümlerine zimmiler açısından bakıldığında, II.Bayezid Kanunnamesi'nin 18. maddesi⁹³ uyarınca, zimmilerin işledikleri kasten yaralama suçlarında, kısas uygulanmadığı durumlarda, Müslümanlar için belirlenmiş miktarın yarısını ödeyeceklerinin kabul edildiği görülmektedir.

Ancak Yavuz Sultan Selim Kanunnamesi'nin 19.maddesinde⁹⁴, kasten işlenen müessir fiillerde kısas uygulanmadığı takdirde, Müslümanlardan alınan miktarın, kefare ve müstemenlerden iki katı alınması öngörülmüştür. Akgündüz'ün eserinde yer verdiği Leningrad'da bulunan nüshada, maddenin kenarındaki "*Matlab: Cürm Fi Hakk'iz-zimmi*" ifadesinin, bu hükmün zimmilere de uygulanacağını belirttiği kabul edilebilir.

Kanunî Sultan Süleyman'ın Umumi Kanunnamesi'nde ise, kasten ve kasıtlı olmayan yaralamalarda, kısas uygulanmadığı takdirde, zimmilerin Müslümanlarca ödenecek meblağın yarısını ödemeleri kabul edilmiştir (md. 18, 23).⁹⁵

⁸⁸ Neticetü'l-Fetâvâ,s. 567.

⁸⁹ 7 Numaralı Mühimme Defteri, C. II, 15 Safer 976, Hüküm No: 1883, s. 339, 340; 7 Numaralı Mühimme Defteri, C. III, 30 Rebiülevvel 976, Hüküm No: 2130, s. 78; 85 Numaralı Mühimme Defteri, 1 Rebiülahir 1040, Hüküm No: 18, s. 13.

⁹⁰ 7 Numaralı Mühimme Defteri, 26 Cemaziyelahir 976, Hüküm No: 12, s. 5.

⁹¹ 5 Numaralı Mühimme Defteri, 19 Receb 973, Hüküm No: 993, s. 165.

⁹² Esra YAKUT, Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 75.

⁹³ md. 18: "*Eğer bu kazâyâ kâfiriden sâdır olsa nısf-ı cürm-i Müslüman alına, vech-i mezkûr üzere*", AKGÜNDÜZ, C. II, s. 41.

⁹⁴ md. 19: "*Mezkûrat, kefereden sâdır olursa ya müstemenden sâdır olursa dı'feyn alına...*". AKGÜNDÜZ, C. III, s. 91.

⁹⁵ md. 18: "*Eğer bu kazâyâ kâfiriden sâdır olsa nısf-ı cürm-i Müslüman alına, vech-i mezkur üzere*";

Şerîye sicillerinde zimmiler tarafından işlenen adam öldürme ve yaralama suçları açısından çeşitli örneklere rastlanmaktadır.

XVI. yüzyıl ortalarında Tophane’de zimmiler tarafından Müslümanlara karşı gerçekleşen çeşitli darp olayları kayıt altına alınmıştır.⁹⁶ Söz konusu olaylar arasında, İslamiyeti benimsediği için zimmiler tarafından darp edilen bir mühtedinin şikâyeti⁹⁷ ile Güllü isimli Müslüman bir kadının, kocası Yusuf’un mahalledeki birkaç zimmi tarafından dövülmesi üzerine yaptığı başvuru dikkat çekmektedir.⁹⁸ Bunların yanı sıra, aynı defterde fail kadın⁹⁹ ya da erkek olsun, zimmilerin birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri yaralama olaylarına ilişkin oldukça fazla sayıda kayıt bulunmaktadır.¹⁰⁰

XVII. yüzyıl sonlarına doğru, Kayseri’de bir zimminin kendisini sopa ile gözünden yaralaması nedeniyle Müslüman bir kişinin kadiya gelerek şikâyetçi olduğu görülmüştür.¹⁰¹

XVIII. yüzyıl başında Gaziantep’te öldürülmüş olarak yol kenarında bulunan bir Müslümanın babası, oğlunun ölümünden birkaç zimmiyi sorumlu tutmuşsa da; yargılama sonucunda zimmilerin suçsuzluğu ve ölümün kaza sonucu gerçekleştiği anlaşılmıştır.¹⁰²

Aynı dönemde Adana’da bir zimmi tarafından kaza kurşunuyla ölen ve karşılığında diyet olarak musaf-ı şerif ve gümüş kılıç verilerek sonuçlandırılan bir olayın¹⁰³ yanı sıra; Konya’da bir Müslümanı içki içmeye davet edip, kabul etmemesi üzerine bıçakladığı iddiasıyla hakkında şikâyet bulunan zimminin mahkemede söz konusu fiili yapmadığına yemin etmesi sonucunda davanın düşmesi¹⁰⁴, bir zimminin bir

md. 23: “*Ve eğer bu mezkûrat ahardan (kefereden) veya kul taifesinden sâdır olursa nisf-ı cürm alınâ*”. AKGÜNDÜZ, C. IV. s. 300, 367.

⁹⁶ Eda DAŞTAN, Tophane 2 Numaralı Şerîye Sicili Defteri (H. 966-967/1558-1560) (İnceleme-Metin), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 59, 78, 91, 171-187.

⁹⁷ DAŞTAN, s. 60.

⁹⁸ DAŞTAN, s. 198.

⁹⁹ DAŞTAN, s. 61, 65,77.

¹⁰⁰ DAŞTAN, s. 75, 79, 87, 94, 95, 97, 101, 102, 105, 113, 127, 134, 135.

¹⁰¹ SEZER, s. 30.

¹⁰² Naime Yüksel KAYAÇAĞLAYAN, 1714-1715 Tarihleri Arasında Gaziantep’te Sosyal, Siyasal ve İktisadi Yapı (65 Numaralı Gaziantep Şer’iyye Sicili Metin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kilis, 2011, s. 127.

¹⁰³ Sevim YAŞA, 27 Numaralı Adana Şer’iyye Sicili (H. 1160/M.1747), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Elazığ, 2004, s. 11.

¹⁰⁴ Harun ER, 1700-1725 Yılları Arasında Konya Mahkemesine İntikal Eden Adli Olaylar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2006, s. 36.

Müslümanı elinden yaraladıktan sonra sulh olarak yirmi beş kuruş üzerinde anlaşmaları¹⁰⁵ gibi durumlar da mahkeme kayıtlarında yer almıştır.

2. Mağdur olarak zimmi

Adam öldürme suçunda failin cezalandırılabilmesi için, öncelikle öldürülmüş olan kimsenin hayatının İslam Devleti tarafından güvence altına alınmış olması gerekmektedir; yani maktulün Müslüman veya zimmi olması şarttır.¹⁰⁶ Ancak bir Müslümanın kasten bir zimmiyi öldürmesi durumunda, Müslümana kısas uygulanıp uygulanmayacağı hususu, İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır¹⁰⁷:

- Bir Müslüman bir gayrimüslimi kasten öldürürse, - bazı istisnai durumlar dışında-kısas gerekmez. Şafii, Ahmed b.Hanbel ve Davûdu'z-Zâhiri bu görüşü savunmuşlardır. Delilleri ise, Hz. Muhammed'in "*Kâfire karşılık Müslümana kısas uygulanamaz*" hadisidir.¹⁰⁸
- Ebu Hanife¹⁰⁹ ve öğrencilerine göre, zimmiyi öldüren Müslümana kısas uygulanır.¹¹⁰ Ayrıca İbnEbî Leyla ve Osman el-Betti de aynı görüştedir. Bu konuda Abdurrahman es-Selmânî ve Hz. Ömer'den rivayet edilen bir zayıf hadis delil gösterilmişse de; bir diğer delil de, Müslüman birisinin zimmi kişinin malını çaldığında elinin kesileceğine dair icmadır.¹¹¹
- İmam Malik ve Leys b. Sa'd ise, bir zimmiyi parasını almak kastıyla zorbalıkla öldüren bir Müslümana kısas uygulanması gerektiği görüşündedirler. Bir başka deyişle, bir zimmiyi "gayleten" öldüren (pusuya düşürerek veya ıssız bir

¹⁰⁵ ER, s. 87.

¹⁰⁶ ÜÇÖK, s. 366.

¹⁰⁷ ŞAFAK, s. 74; BOSTANCI, s. 210; Menderes GÜRKAN, "Zimmiyi Öldüren Müslümana Kısas Uygulanması", Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 1999, S: 8, s. 321-324.

¹⁰⁸ Bu konuda pasaportla İslam ülkesine girmiş bir gayrimüslimi öldürmesinden ötürü mü'min katilin kısas cezasına maruz bırakılmadığına dair icma delil gösterilmiştir. ŞAFAK, s. 74. Deliller için ayrıca bkz. UDEH, C.III, s. 122.

¹⁰⁹ Ebu Hanife, söz konusu hadisteki "kâfir" kelimesini akdi olmayan, Müslümanlarla anlaşması bulunmayan şahıs olarak yorumlamakta ve hadisin hükmünü Müslümanlarla anlaşması bulunan zimmiye uygulamamaktadır. UDEH, C. I, s. 305. Diğer taraftan, Ebu Hanife'ye göre, düşmanlık duygusunun dinî saikle karışması halinde faili adam öldürmeye teşvik edeceğinden, bu durum suçun tenkil zaruretiyi daha açık ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bir Müslümanın bir zimmiyi öldürmesi, Müslümanı öldürmesinden daha ağır cezalandırılmalıdır. AVCI, s. 29, 30.

¹¹⁰ HALEBİ, C. IV, s. 195. Hanefiler, Kuran-ı Kerim'de, Bakara 2/178 "*Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kısas farz kıldı...*" ayetinin anlamının genel olup, katilin Müslüman veya gayrimüslim olabileceğini söylerler. Diğer bir ayette, Maide 5/45'te ise, "*Biz onlara Tevrat'ta cana karşı canın kısas edilmesini... farz kıldık*" buyurulmaktadır. Hanefiler, burada geçen iki ayrı can arasında bir fark olmadığını; hükmün genel olup, nefisler ve mazlumların tek tek açıklanmasına gerek duyulmadığını belirtmişlerdir. AKYILMAZ, s. 1031, 1032.

¹¹¹ Dayandıkları deliller konusunda detaylı bilgi için bkz. EBU ZEHRA, s. 319-321.

- yere götürüp malını almak için öldürme gibi durumlarda) Müslüman öldürülmelidir. Bu görüşün dayanağı ise, bir zimmiyi bu amaçla öldüren Müslümana sahabenin kısas uygulamasıdır. Ancak buradaki ölüm cezası uygulamasının kısasen değil; kamu düzenini koruma maksadına yönelik olduğu ileri sürülmüştür.
- İmam el-Kurtubi, cumhurun görüşü olarak, bir Müslümanın bir gayrimüslimi öldürmesi durumunda katlolunmayacağını ileri sürmüş; diyet verilip, katilin tazir cezalarının en ağırı ile cezalandırılacağını belirtmiştir. Bu görüşün, cumhurun görüşü olmadığı Ebu Zehra tarafından belirtilmişse de; birçok fıkıh bilgininin benimsediği de vurgulanmıştır.¹¹²
 - Şiâ'dan İmamiyye mezhebine göre zimmileri öldürmeyi adet haline getiren Müslümana kısas uygulanabilecektir.

Diğer taraftan, bir zimmiye karşı adam öldürme suçunu işleyen müstemem, kısasla cezalandırılmalıdır.¹¹³

Kısas cezasının uygulanması açısından önemli bir husus da, “eşitlik” ilkesidir. Adam öldürme suçu için kısasta, ölenle öldürülenin hukuki, sosyal ve kişisel durumlarına bakılmaksızın öldüren kısasa uyruk tutulduğu halde, yaralamada yaralayan ile yaralananın bu durumlarının eşit olmasına bakılmaktadır.¹¹⁴

Fail ile mağdurun hukukî statülerinin eşit olmaması, kısas uygulanmasına engel oluşturmaktadır. Kısasa engel teşkil eden eşitsizliğin neden ibaret olduğu veya bir başka ifadeyle, kısasın uygulanabilmesi için fail ile mağdurun hangi hususlarda birbirlerine eşit olmaları gerektiği konusunda mezhepler arasında görüş ayrılıkları vardır. Hukukî statü eşitliğinde Ebu Hanife, cinsiyet, hürriyet ve İslam ülkesinde sürekli olarak ikamet şartlarını gerekli görürken; İmam Malik, İmam Şafii ve Ahmed b.Hanbel, bu konuda Müslümanlık ve hürriyeti esas almaktadır.¹¹⁵Görüldüğü üzere, din farkının kısasa engel olması konusunda mezhepler arasında görüş birliği bulunmamaktadır.

Hız. Muhammed'in “*Kâfire karşılık Müslümana kısas uygulanmaz*” hadisi dayanarak gösterilerek, İmam Şafii, İmam Malik ve Ahmed b.Hanbel, sadece Müslümanların birbirine eşit olup; yaraladığı zimmiye karşılık Müslümana kısas uygulanamayacağını savunmuşlardır. Ancak Hanefiler, müessir fiillerde de zimmiler ile Müslüman-

¹¹² Dayandıkları deliller konusunda detaylı bilgi için bkz. EBU ZEHRA, s. 321-322.

¹¹³ BOZKURT, (1988), s. 139.

¹¹⁴ HALEBÎ, C. IV, s. 200; ÜÇÖK, s. 374.

¹¹⁵ Statü eşitliğinde kısas için sadece mağdurun durumunun dikkate alındığı görülmektedir. Buna göre, mağdurun faile denk olması veya ondan üstün olması, yani suç failinin statü itibarıyla mağdurun altında olması, kısasa engel teşkil etmemektedir. Şamil DAĞCI, İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1999, s. 92, 101.

lara karşılıklı kısas uygulanabileceğini benimsemişlerdir. Bu açıdan, Müslümanlarla zimmilerin organları eşit olduğu gibi, bu organlara takdir edilen bedel de eşit görülmüştür.¹¹⁶

Kısasın uygulanmadığı durumlarda, din farkının diyetin miktarına etkili olup olmadığı veya zimmiler için ödenecek diyetin miktarı, mezhepler arasında tartışmalı bir konudur.¹¹⁷

Hız Muhammed zamanında, gayrimüslimlerin katlinde diyet cezasına hükmedilmiş; Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer de, aynı yolu izleyerek, zimmiler için Müslüman hakkında konulmuş diyeti uygulamışlardır. Ancak Hz. Ömer'in, zimmiler için diyetin Müslümanın diyetinin 1/3'i oranında olacağı görüşü de bildirilirken; sahabelerden bir zimminin diyetinin hür olan Müslümanın diyetinin yarısı kadar olduğu da nakledilmiştir. Hanefiler, bu konuda din faktörü yerine, hayat hakkı ve dokunulmazlığını esas almışlar; Ebu Hanife, "...Eğer öldürülen kendileriyle aranızda andlaşma olan bir kavimden ise, o vakit mirasçularına bir diyet vermek..." ayetine dayanarak, hiçbir ayırım yapmaksızın, katlin her türü için uygulamış ve Müslümanlarla zimmilerin diyetinin eşit olduğu kabul etmiştir. Bir başka deyişle, Hanefi mezhebi, diyetin miktarının Müslümanlar ve zimmiler için aynı olduğu, Müslüman için ne kadar diyet ödeniyorsa, zimmiye de aynı miktar diyet ödeneceği görüşündedir.¹¹⁸

İmam Malik ve Ahmed b. Hanbel, "Zimmilerin diyeti Müslümanın diyetinin yarısıdır" şeklindeki hadis-i şerife dayanarak, Müslümanla gayrimüslimi ayırt ettikleri gibi, gayrimüslimleri de diyet bakımından ehl-i kitap olan ve olmayan şeklinde ayırırlar. Onlara göre ehl-i kitap erkeklerin diyeti Müslüman erkeğin diyetinin, ehl-i kitap kadınların diyeti de Müslüman kadının diyetinin yarısına eşittir. Ehl-i kitap olmayan gayrimüslimlerde ise, erkeklerin diyeti 800 dirhem, kadınların 400 dirhemdir. İmam Şafii ise, adam öldürmede ehl-i kitap olan kimselerin diyeti, Müslümanların diyetinin 1/3'üdür. Aynı oran, kadınlara, erkeklerin yarısı olmak üzere müessir fiillerde de söz konusudur.¹¹⁹

Kefaret konusunda ise, öldürülen kişinin zimmi olması durumunda da, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹²⁰

Osmanlı Devleti'nde Hanefi mezhebi çerçevesinde, zimmiyi katleden veya yaralayan Müslümanlara kısas cezasının uygulandığı; ayrıca diyetle Müslümanlarla gayrimüslimler arasındaki eşitlik prensibine uyulduğu belirtilmiştir.¹²¹ Diğer taraftan,

¹¹⁶ DAĞCI, (1999), s. 103, 104.

¹¹⁷ BOZKURT, (1988), s. 140; DAĞCI, (1999), s. 181.

¹¹⁸ EBU ZEHRİ, s. 532; HALEBİ, C. IV, s. 214, 215; ŞAFAK, s. 99; AKYILMAZ, s. 1032.

¹¹⁹ UDEH, C. III, s. 173; ŞAFAK, s. 99; DAĞCI, (1999), s. 182, 183.

¹²⁰ UDEH, C. III, s. 165.

¹²¹ AKYILMAZ, s. 1032, 1033.

mühimme defterlerine bakıldığında, bir zimmiyi yemeğine zehir katarak öldüren bir Müslümanın¹²², iki zimmiyi öldürdüklerini ikrar eden iki Müslümanın¹²³, bir zimmiyi öldürüp parasını alan bir zimmi ile bir kölenin¹²⁴ siyaset edilmeleri gibi olaylar da dikkat çekmektedir.

Şerîye sicillerinde ise, bu konuda farklı örnekler karşımıza çıkmaktadır. Zimmi oğlu öldürülen babanın, yaşı küçük olan katilin babasıyla sulh olduğu¹²⁵, bir zimminin katili olduğu iddiasıyla bir Müslümana karşı açılan davada iddia ispatlanamadığından, on yedi bin akçe karşılığında sulh oldukları¹²⁶, zimmiyi öldüren bir Müslümanın diyet ödeyeceği¹²⁷, bir Müslümanın bir zimmiyi dövüp, hançer ile öldürmek kastıyla üzerine yürüdüğü, zimminin karısının korkudan çocuğunu düşürdüğü, yargılama sonunda iddianın haklı olduğu ve gereğinin yapıldığı¹²⁸ gibi hükümlerin yanı sıra, eşkıyalar tarafından öldürülmüş olan bir zimminin öldürülme şekline dair kayıtlar da sicillerde yer almıştır.¹²⁹

Ayrıca zimmilerin hayat dokunulmazlığına verilen önem nedeniyle, Hanefiler tarafından ölü bulunan ve katili bilinmeyen kişi Müslüman veya gayrimüslim olsun, kasamenin¹³⁰ yapılacağı kabul edilmiş; Osmanlı Devleti'nde de bu konuda örneklerin varlığı dikkat çekmiştir.¹³¹

C. Tazir:

Had ve kısas cezaları gerektirmeyen, Allah'a ve kişiye karşı işlenen suçlarda miktarı önceden tespit edilmemiş cezalara "tazir" adı verilmiştir. İslam hukukunda taziri gerektiren suçlar için kesin hükümler bulunmamaktadır. Bu çerçevede, tazir kapsamına giren hakaret ve sövme, yalancı şahitlik, kalpazanlık, dolandırıcılık, rüşvet

¹²² 5 Numaralı Mühimme Defteri, 3 Safer 973, Hüküm No: 188, s. 36.

¹²³ 7 Numaralı Mühimme Defteri, C. II, 16 Şevval 975, Hüküm No: 1280, s. 47.

¹²⁴ 7 Numaralı Mühimme Defteri, C. III, 7 Rebiülahir 976, Hüküm No: 2178, s. 102.

¹²⁵ İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüp Mahkemesi 90 Numaralı Sicil, C. XXXI, s. 412, Hüküm No: 492.

¹²⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüp Mahkemesi 61 Numaralı Sicil, C. XXVII, s. 134, Hüküm No: 127.

¹²⁷ İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil, C. XVIII, s. 241, Hüküm No: 206.

¹²⁸ KAYAÇAĞLAYAN, s. 486.

¹²⁹ KAYAÇAĞLAYAN, s. 452.

¹³⁰ Kasame, bir köy veya mahallede veya bir şahsın kendi mülkünde, üzerinde öldürülme belirtileri mevcut, katili meçhul bir ceset bulununca, maktûlün yakınlarının dava etmeleri üzerine köy veya mahalle halkından elli kişiye "maktûlü kendilerinin öldürmediğine ve öldüreni de bilmediklerine dair" yemin ettirilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet AKMAN, "Osmanlı Hukukunda Kasame", TÜRKLER, C. XIII, Ankara, 2002, s. 789-794.

¹³¹ AKYILMAZ, s. 1033. Katledilen iki zimmi için mirasçılarının Burgaz köyü ahalisinden davacı olmadığı yönünde örnek bir olay için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüp Mahkemesi 90 Numaralı Sicil, C. XXXI, s. 512, Hüküm No: 635.

vermek, evrakta sahtekârlık gibi suçların, zimmiler tarafından da işlenmiş ve cezalandırılmış olduğu şeriye mahkemesi kayıtlarından anlaşılmaktadır.¹³²

Hız Muhammed'e hakaret eden (sebbeden) zimminin tazir cezasına çarptırılacağı; suçun tekerrürü halinde ise, kamu otoritesinin faili siyaseten öldürme yetkisi olduğu kabul edilmiştir. Nitekim Osmanlı Devleti'nde de, bu suçu işleyen zimminin cezası, resmi mezhep olan Hanefilik'e göre tazir¹³³ ve hapis olduğu halde, bu işi itiyat haline getirdiğine tarafsız Müslümanların tanıklık ettiği zimmi failin ölüm cezasına çarptırılması emredilmiştir.¹³⁴

Bunun dışında, bir zimminin Müslümana yönelik söylediği "*sen Türksün sana ve senin yedi ceddine lanet olsun*" gibi sözler de tazirle cezalandırıldığı bilinmektedir.¹³⁵ Nitekim şeriye sicillerinde de, eski kocasına "hırsız" diyen zimmi kadının¹³⁶, bir zimmiye hakaret eden bir başka zimminin¹³⁷ bu şekilde cezalandırıldığına rastlanmaktadır.

Ayrıca İstanbul'da Müslüman-gayrimüslim ilişkilerinin yoğun olarak takip edildiği semtlerden birisi olan Tophane'nin 2 numaralı Şeriye Sicil Defteri'nde de, hakaret konusundaki şikâyetlerin sıklıkla mahkemeye taşındığı görülmektedir. Zimmiler tarafından Müslümanlara¹³⁸ yöneltilen hakaretlerin, örneğin Hacı İbrahim isimli bir Müslümana gayrimüslim bir şahsın "haramı" demesi¹³⁹ gibi olayların yanında, zimmilerin birbirlerine karşı sarfettikleri çeşitli sözler¹⁴⁰ ile Müslümanların zimmilere yönelik "kafir"¹⁴¹ veya "imansız"¹⁴² şeklindeki ifadeleri de kayıt altına alınmıştır.

Diğer taraftan, yalancı şahitlik ya da yalan yere yemin etmek, İslam hukukunda ve Osmanlı uygulamasında tazir kapsamında teşhir, hapis veya sürgün ile cezalandırılmıştır. 1801 yılında Davutpaşa Mahkemesi'nde görülen iki zimmi arasındaki ala-

¹³² YAKUT, s. 23, 27. Tazir suç ve cezalarıyla ilgili olarak detaylı bilgi için ayrıca bkz. Osman ŞEKERCİ, İslam Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul, 1996; Yılmaz YURTSEVEN, Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Tazir Suç ve Cezaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2001.

¹³³ Bu doğrultuda şu fetva da, örnek olarak gösterilebilir: "*Zeyd-i zimmi Amr-i müslime "Bre pirsiz, bre erkânsız" deyu şetm eylese Zeyd'e ne lazım olur? El-cevab: Têdîb*". Fetâvâ-yı Feyziye, s. 116.

¹³⁴ AVCI, s. 382.

¹³⁵ YAKUT, s. 161.

¹³⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, C. I, s. 135, Hüküm No: 85.

¹³⁷ İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, C. II, s. 154, Hüküm No: 252, 490.

¹³⁸ DAŞTAN, s. 109, 125, 187, 195.

¹³⁹ DAŞTAN, s. 216.

¹⁴⁰ DAŞTAN, s. 61, 75, 115, 125, 165, 202.

¹⁴¹ DAŞTAN, s. 175.

¹⁴² DAŞTAN, s. 59.

çak davasında davacı tarafından şahit olarak gösterilen iki zimminin sonradan yalancı şahitlik yaptıkları anlaşıldığından tazirle cezalandırıldıkları görülmüştür.¹⁴³

Kalpazanlık suçu konusunda ise, bir mühimme defterinde kalpazanlığı sabit olmuş bir Yahudi'nin siyaseten katl cezasına çarptırılmış olması dikkat çekmektedir.¹⁴⁴

Sonuç

Toplumsal hayatta birlikte yaşamak, uyumsuzlukların doğmasını kaçınılmaz kıl- sa da; Müslüman ve gayrimüslim unsurlar, İslam toplumunda aynı ceza hukuku ku- rallarına tabi olarak, suç-ceza dengesinin sağlanması ve korunmasında sorumluluğu paylaşmışlardır.

İslam ceza hukukunda mevcut olan hadd, kısas-diyet ve tazir şeklindeki sınıf-landırma çerçevesinde, çeşitli noktalarda görüş ayrılıkları bulunsa da; zimmiler ilk dönemden itibaren İslam ceza hukukunun genellik anlayışı içinde değerlendirilmiş-lerdir. Bu doğrultuda, içinde buldukları toplum düzeninin gereklerine uymayarak suç işledikleri takdirde, çoğu zaman Müslümanlarla aynı cezalara çarptırılmışlardır.

Diğer taraftan, zimmet akdi kapsamında sahip oldukları can, mal, namus gü- venceleri İslam ceza hukuku tarafından korunmuş; -kimden gelirse gelsin- kendile- rine karşı yapılan saldırı ve müdahalelerin şeriye mahkemesi önünde kovuşturulması ve cezalandırılmasını talep etme hakları tanınmıştır.

Osmanlı Devleti'nde ise, şeyhülislam fetvalarında İslam ceza hukukunun doğ- rudan zimmilere uygulandığı görülürken; kanunnamelerde bu konudaki örfi hukuk anlayışı ortaya çıkmakta, İslam hukukuna aykırılık oluşturmayacak ya da bu huku- kun dışında olduğu varsayılan uygulamaların, zaman zaman zimmileri de kapsayacak şekilde getirildiği anlaşılmaktadır.

Mühimme defterleri ve özellikle şeriye sicillerinde, zimmilerin işledikleri suçlar, çarptırıldıkları cezalar veya onlara sağlanan güvencelerin korunması, gerek merkez, gerek yerel düzeydeki farklı bakış açılarını gösteren kararlarla karşımıza çıkmaktadır. Aynı veya farklı dinlere mensup zimmilerin kendi aralarında olduğu kadar, Müslü- manlarla karşı karşıya geldikleri cezaî olaylar açısından da, yemin, mahalle halkına sorulması gibi ispat vasıtalarının da yardımıyla, davaların zimmilerin lehine, hatta temel ilkelere bağlı kalma endişesi taşımadan sonuçlandırıldığı; sulh gibi barışçıl yol- lara da sıklıkla başvuru olarak davaların çözümlendiği görülmektedir.

¹⁴³ YAKUT, s. 162, 163. Ayrıca bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, C. II, s. 246, Hüküm No: 476.

¹⁴⁴ 7 Numaralı Mühimme Defteri, 6 Safer 975, C. I, Hüküm No: 57, s. 24.

Kaynakça

- 5 Numaralı Mühimme Defteri, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 1994.
- 7 Numaralı Mühimme Defteri, C. I-III, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 1998-1999.
- 12 Numaralı Mühimme Defteri, C. I, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 1996.
- 85 Numaralı Mühimme Defteri, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2002.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet; Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, C. II-III-IV, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, 1990-1992.
- AKMAN, Mehmet; Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- AKMAN, Mehmet; "Osmanlı Hukukunda Kasame", TÜRKLER, C. XIII, Ankara, 2002, s. 789-794.
- AKTAN, Hamza; "Âkile", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. II, s. 248-249.
- AKYILMAZ, Gül; "Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunilik Prensibi ve Ceza Hukukunun Kişiler Bakımından Uygulanması", Prof.Dr.Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 1021-1042.
- AVCI, Mustafa; Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, Gökkubbe Yayınları, İstanbul, 2004.
- AYDIN, Mehmet Akif; Türk Hukuk Tarihi, Hars Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi; Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, C. III, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1950.
- BOSTANCI, Ahmet; İslam Kamu Hukukunda Gayrimüslimler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999.
- BOZKURT, Gülnihal; "İslam Hukukunda Zimmilerin Hukukî Statüleri", Prof.Dr. Kudret Ayiter'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1988, s. 115-155.
- BOZKURT, Gülnihal; Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839-1914), TTK Yayınları, Ankara, 1996.
- ÇALIŞKAN, İbrahim; "İslam Hukukunda Zina Suçunun Mahiyeti ve Cezası", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 33, s. 61-100.
- ÇATALCALI ÂLİ EFENDİ, Fetâvâ-yı Âli Efendi, C. I-II, İstanbul, Hacı Hüseyin Efendi Matbuası, 1322.
- DAĞCI, Şamil; İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1999.
- DAĞCI, Şamil; "İhsan", DİA, C. XXI, TDV Yayınları, İstanbul, 2000.

- DAŞTAN, Eda; Tophane 2 Numaralı Şeriye Sicili Defteri (H. 966-967/1558-1560) (İnceleme-Metin), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul, 2014.
- DÜRRİZADE MEHMED EFENDİ, *Neticetü'l-Fetâvâ*, İstanbul, 1265.
- DÜZDAĞ, M. Ertuğrul; Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, Enderun Kitabevi, İstanbul, 1972.
- EBU ZEHRRA, Muhammed; *İslam Hukukunda Suç ve Ceza, C. I-II*, (Çev: İbrahim Tüfekçi), Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.
- ER, Harun; 1700-1725 Yılları Arasında Konya Mahkemesine İntikal Eden Adli Olaylar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2006.
- ERKAN, Nevzat; 18.Yüzyılın İlk Yarısında Üsküdar'da Müslim-Gayrimüslim İlişkileri-Şeriye Sicilleri ve Müdevvel Kaynaklar Işığında, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.
- FEYZULLAH EFENDİ, *Fetâvâ-yı Fezyiye*, (Hazırlayan: Süleyman Kaya), Klasik Yayınları, İstanbul, 2009.
- GELİR, Burcu; 1680-1700 Tarihleri Arasında Ayntab (Gaziantep) Şehrinde Asayiş Problemleri ve İslam Osmanlı Ceza Hukuku Uygulamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2006.
- GÜRKAN, Menderes; "Zimmiyi Öldüren Müslümana Kısas Uygulanması", *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 1999, S: 8, s. 315-324.
- HALEBİ, İbrahim (Şerh Eden: Mehmed Mevkûfâtî); *Mevkûfât Mültekâ Tercümesi*, (Sadeleştiren: Ahmed Davudoğlu), Sağlam Yayınevi, İstanbul, 2014.
- İstanbul Kadı Sicilleri, Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, C. XVII, (<http://www.kadisicilleri.info/>).
- İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüp Mahkemesi 61 Numaralı Sicil, C. XXVII, (<http://www.kadisicilleri.info/>).
- İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüp Mahkemesi 90 Numaralı Sicil, C. XXXI, (<http://www.kadisicilleri.info/>).
- İstanbul Kadı Sicilleri, Hasköy Mahkemesi 10 Numaralı Sicil, C. XXX, (<http://www.kadisicilleri.info/>).
- İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil, C. XVI, (<http://www.kadisicilleri.info/>).
- İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil, C. XVIII, (<http://www.kadisicilleri.info/>).
- İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, C. I, (<http://www.kadisicilleri.info/>).
- İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, C. II, (<http://www.kadisicilleri.info/>).

İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, C. IX, (<http://www.kadisicilleri.info/>).

JENNINGS, Ronald C.; "Zimmis (Non-Muslims) in Early 17th Century Ottoman Judicial Records: The Sharia Court of Anatolian Kayseri", *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, Vol. 21, No. 3, (Oct., 1978), pp. 225-293.

KAŞIKÇI, Osman; *İslam-Osmanlı Hukuku*, Ufuk Yayınları, İstanbul, 2015.

KAYAÇAĞLAYAN, Naime Yüksel; 1714-1715 Tarihleri Arasında Gaziantep'te Sosyal, Siyasi ve İktisadi Yapı (65 Numaralı Gaziantep Şer'iyye Sicili Metin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kilis, 2011.

KENANOĞLU, M. Macit; *Osmanlı Millet Sistemi-Mit ve Gerçek*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2004.

KONAN, Belkis; "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu", *OTAM Dergisi*, C. 29, Bahar 2011, s. 149-172.

MERGİNANÎ, Burhaneddin Ali b. Ebu Bekir el-; *El-Hidâye Tercemesi*, (Mütercim: Ahmed Meylânî), Kahraman Yayınları, İstanbul, 2015.

OKKA, Sevinç; *İslam Hukuku ve Osmanlı Uygulamasında Devlete İsyân (Bağy) Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1997.

OSMANAĞAOĞLU, Cihan; "Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 109-178.

(ÜNAL) ÖZKORKUT, Nevin; *Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009.

SÂĞİRCÎ, Esad Muhammed Saîd es-; *Delilleriyle Hanefî Fıkhı*, Karınca&Polen Yayınları, İstanbul, 2015.

SEZER, Musa; 78/2 Numaralı Kayseri Şer'iyye Sicili (H. 1078-1079/M. 1668) Transkripsiyon ve Değerlendirme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2008.

SİLAHDAR FINDIKLILI MEHMED AĞA, *Silahdar Tarihi*, C. I, İstanbul, 1928.

ŞAFAK, Ali; *Mezheblerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum, 1977.

ŞEKERCÎ, Osman; *İslam Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları*, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul, 1996.

TAHÂVÎ; *Mukayeseli Hanefî Fıkhı Tahâvî Muhtasarı*, Beka Yayıncılık, İstanbul, 2013.

UDEH, Abdülkadir; *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, C. I-IV, Rehber Yayınları, Ankara, 1990.

ÜÇÖK, Coşkun; "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1946, C. III, S: 1, s. 119-146; C. III, S: 2-4, s. 365-383.

YAKUT, Esra; *Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

YAŞA, Sevim; *27 Numaralı Adana Şer'iyye Sicili (H. 1160/M.1747)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Elazığ, 2004.

YURTSEVEN, Yılmaz; *Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Tazir Suç ve Cezaları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2001.

İZMİR 29-30 NO'LU ŞER'İYYE SİCİLLERİNDE YER ALAN KAYITLARDA KESİN SATIŞ (BEY'-İ BÂT) AKDİ

(Irrevocable Sale Contract in the Registers of Izmir Kadi Court)

İrem KARAKOÇ*

ÖZET

Osmanlı Devleti özel hukukunda bey' (satım) akitleri, diğer davalar gibi, şer'iy-ye sicillerine kaydedilmiştir. Günümüz Hukuk Tarihi çalışmalarında Osmanlı şer'iy-ye sicillerinin okunması ayrı bir önem taşımaktadır. Her şehrin kayıtları araştırmacılar tarafından incelenmekte, hukuk yazınına kazandırılmaktadır. Yaptığımız bu çalışmanın amacı, Osmanlı Devleti'nin önemli bir liman kenti olan İzmir'in şer'iy-ye sicil kayıtlarında yer alan alım-satım akitlerini değerlendirmektir. Böylece diğer şehirlerin kayıtlarıyla bir mukayese yapma imkânı doğacağı kanaatini taşımaktayız. Örnek olarak seçilen farklı sicil kayıtlarının yanı sıra satımın tanımı, unsurları, hukukî niteliği, akdin kuruluşu, türleri, eksiklik ve geçersizliği ile akdin hüküm ve sonuçları gibi teorik bilgilere de yer verilmiştir. Sicillerin incelenmesi, ait olduğu döneme ilişkin hukukî uygulamanın yanı sıra, İzmir şehrindeki eski yer/mahalle adları, mevkiiler, gayrimenkul fiyatları, toplumsal, ekonomik durum ve hareketlerle ilgili olarak da aydınlatıcı olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Satım akdi, kesin satım (bey'-i bât), gayrimenkul satımı, dükkân satımı, hissenin satımı, cebri icra yoluyla satımlar, ferağ (tasarruf hakkının devri).

Abstract

Sale contracts (bey') in private law of Ottoman Empire, like other cases, had been registered to Shari'a Court Records. In current legal history studies, the reading of Ottoman Shari'a Courts' Records (Şer'iy-ye Registers/Records) has a particular importance. The records of each city of the Empire are being studied by different researchers and are introduced to the literature of law. The purpose of this article is to evaluate the contracts of purchase and sale (emptio venditio) of Shari'a Courts' Records of a major port city of Ottoman Empire, İzmir. Thus we consider that there will be the opportunity to make a comparison with the records of other cities. Different court records as selected examples as well as the theoretical information such as the definition, elements and legal nature of a sale contract, the establishment of the contract, types of sale contracts and invalidity of contract has been explained. Analyzing/Reading of the records not only gives

* Yrd. Doç., Dr. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ABD öğretim üyesi.

the legal information related to the period to which it belongs but also clarifies the ancient names of places/neighborhoods, locations, the prices of real estates, relevant social and economic situations and movements.

Keywords: Sales contract, irrevocable sales, property sales, shop sales, purchase of shares, foreclosure sales, disposal (transfer of an interest).

GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nde satım akdi (sözleşmesi) İslâm hukuku esas alınarak düzenlenmiştir. Satım, özel hukukun Borçlar Hukuku alanına giren bir hukukî işlemdir. Çalışmanın konusu, Osmanlı Devleti liman şehirlerinden biri olan İzmir'in şer'iyeye sicilleri incelenerek bu dönemde yapılan kesin satış akdinin özelliklerini belirlemektir. Çalışmanın gayesi, İzmir'e ait şer'iyeye sicillerinde satım akdi ile ilgili ne gibi esasların ve özelliklerin bulunduğu; hükümlerin uygulanmasında zaman içinde değişiklik meydana gelip gelmediği; akdin unsurları ve hukukî niteliği gibi hususları tespit edebilmektir. Çalışmanın neticesinde sadece akde ilişkin esaslar ve usuller değil, o dönemdeki toplumsal ve ekonomik yapıya ilişkin de bazı sonuçlara varılması mümkün olmuştur. Bunlar arasında kadının hukukî işlemlerdeki durumu, menkul/gayrimenkullerin değeri gibi yan sonuçlar yer almaktadır.

Çalışmada öncelikle alım-satım akdi ile ilgili genel bilgilere yer verilmiştir. Ardından İzmir Kent Arşivi'nde kayıtlı mikrofilmlerden elde edilen 1289 (1873) tarihli ve 29-30 numaralı şer'iyeye sicilleri incelenerek, satım akitlerinin, kayıtlarda ne şekilde yer aldığı belirlenmeye çalışılmıştır. Çalışmada mevcut kayıtlar arasından farklı özellik taşıyan örnek akitler seçilerek, teorik bilgilerle kıyaslama yöntemi uygulanmıştır. 29 numaralı şer'iyeye sicilinde ikişer sayfadan oluşan onar yaprak ihtiva eden yüz adet sicil kaydı (dava/akit) bulunmaktadır. Her sayfada kayıtlı ortalama sekiz dava vardır. Bunların çoğunluğu satım akdinin tescilidir.

Çalışmada, Osmanlı Devleti'nde alım-satım akitlerinde tarafların, beyanlarını hâkim huzurunda verdikleri görülmektedir. Bu şekilde kayıtlama sistemi, verilerin karşılaştırılması bakımından kolaylık sağlamaktadır. Çünkü resmî kayıtlarda belli bir düzen vardır. Her akdin şekli bakımından benzerlikleri bulunmaktadır. Bazı hususlar, her kayıтта aynı şekilde yer almakta olduğundan, bunlar tespit edilebilmiştir. Çalışmanın son kısmında, sonraki okumalarda kolaylık sağlayabileceği düşüncesiyle ayrı bir başlık altında mahkeme kayıtlarındaki bu kalıplaşmış ifadelerin bulunduğu bir bölüm hazırlanmıştır.

Çalışma, üç ana başlıktan oluşmaktadır. Birinci ana başlık altında satım akdinin unsurları, şartları, türleri, hüküm ve sonuçları ile bâtil ve fâsit satımın özelliklerine yer verilmiştir. İkinci başlık, sicillerden seçilmiş örneklerin değerlendirilmesine ayrılmıştır. Akdin Mecelle'de düzenlenme biçimi de konunun anlaşılması bakımından gerekli olduğundan, bu konu üzerinde de kısaca durulmuştur. Üçüncü başlıkta ise,

günümüzde satış akdinin tanımı ve özellikleri ele alınarak bir karşılaştırma yapılmaya çalışılmıştır.

Zaman içerisinde müesseseleri ifade etmede kullanılan sözcüklerde ve bazen de içeriklerde değişimler olmaktadır. Eski hukukumuzda *akit* denilen müesseseye, günümüzde *sözleşme* denmektedir. Ancak akit, tek kişinin yaptığı/kurduğu bazı hukukî işlemler (tek taraflı hukukî işlem) için de kullanılmaktadır. Oysa sözleşme, iki taraflı hukukî işlemleri ifade etmektedir. Çalışmada eski hukuktaki bir müessese, işlem veya fiilden söz edilirken, eski dildeki kavramı; buna karşın günümüzdeki şeklinden söz ederken, bugünkü kanunlarda geçen yeni şeklini kullanmayı tercih ettik. Eski *bey' akdi* yerine günümüzde kanunda *satış sözleşmesi* tamlaması kullanılmaktadır. Ancak kanun dışında doktrinde *alım-satım* veya *satım sözleşmesi* dendiği de görülmektedir.

Ayrıca çalışma, geneli bakımından bir Hukuk Tarihi çalışması olduğundan genel açıklamalarda da kavramlar tarihî bağlamında eski hâllerıyla kullanılmıştır.

I. OSMANLI ÖZEL HUKUKUNDA SATIM AKDİ

A. Genel Açıklama

Osmanlı Devleti'nde satım akitlerinin, mahkeme sicillerine kaydedildiği görülmektedir. Kural olarak şer'iyye mahkemeleri ve kadılar kendi yetkileri doğrultusunda, kişiler arasındaki veya kişilerle devlet arasındaki yargı işlerine bakmakla görevli idiler. Bundan başka kısıtlılık durumunun tespitine ait dava ve taleplerde, kısıtlananlara vasî tayininde ve bunların mallarının korunmasında da yetkili makam bu mahkemelerdir. Ancak kadının yetkilerinin kapsamı, her dönemde ve devlette aynı değildir. Kimi devletlerde yargı işleri dışında görevler de üstlenmişlerdir¹.

Osmanlı Devleti'nde Nizâmiye Mahkemeleri kuruluncaya kadar, şer'î mahkemeler, hukuk ve ceza davalarının yanı sıra, vakıf ve kısıtlıların mallarının yönetilmesini gözetmek; mütevellîsi bulunmayan vakıflara mütevellî atamak; ilgililere vasî atamak; bunların azline karar vermek; hukukî temsilcilerin, yönettikleri malvarlıklarında yaptıkları işlemleri denetlemek gibi işlerle de ilgilenmiştir. Ayrıca devletin son zamanlarına kadar, *vesâik* de denilen; borç ikrarı, vekâlet, satım (bey'), bağışlama (hibe), kira (icâre) ve şirket akitleri belgelendirilmek (tevsik) istendiğinde, bu belgeler kadılar tarafından düzenlenmiştir².

İslâm borçlar hukukunda, tüm hukukî işlemlerde geçerli olacak genel hükümler belirlemekten çok, her akit türü ayrı ayrı ele alınarak hüküm tesis edilmiştir. Bu durum, hukukî işlemlere uygulanacak genel hüküm ve esasların bulunmadığı anla-

¹ Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 100; Cin-Akyılmaz, s. 172; Aydın, s. 82; Fendoğlu, s. 391; Demir, Yargılama, s. 33, 39; Yılmaz-Demir, s. 241.

² A.H.Berki, s. 40.

mına gelmemektedir. Akitlerle ilgili esasların çoğu satım akdi bağlamında ele alınıp incelenmiştir.

Fıkıh kitaplarında yaklaşık yirmi beş tür akit tespit edilmiştir. Mecelle'de bunlardan sadece on iki tanesi yer almıştır. Özellikle satım (bey') akdi üzerinde durulmuş, mülkiyetle ilişkili konular da bu kapsamda değerlendirilmiştir³.

Osmanlı özel hukukunda alım-satım (şirâ-bey') gibi borçlar hukukuna dâhil olan konularda Hanefî doktrinî görüşleri hâkimdir. Çalışmada inceleme konusu yapılan akdin adı, Hanefî kaynaklarında satım (bey') olarak geçmektedir.

Osmanlı hukukunda akitlerde karşılıklı rızaların zedelenmemesi kaydıyla "akid ve şekil serbestisi" esas kabul edilmiştir⁴. İslâm hukuku, akitlerin kurulmasında kendisinden önceki Câhiliye Devri'nde borçlara ve ticarî hayata egemen olan ve rızayı tam olarak ortaya koyamadığı için taraflardan birini mağdur eden; karışık, sembolik davranış ve katı işlem şekilleriyle yapılan alışverişleri kaldırmış ve rızaların uyuşmasını esas almış olan bir hukuk anlayışı benimsemiştir⁵.

Osmanlı hukukunda egemen olan Hanefî mezhebinin kurucusu İmam-ı Âzam'a göre, ticarî işlemler dört asla dayanmaktadır. Bunlar semen ve bedelin bilinir olması; faizden kaçınmak; örf-âdet; ticaret namusu ve ahlâkidir⁶.

B. Osmanlı Özel Hukukunda Satım (Bey') Akdi

1. Tanımı

İslâm ve Osmanlı borçlar hukukunda satım akdi, diğer akitlerin kendisine göre tanımlandığı bir model/birim akit olduğundan, ayrı bir yere ve öneme sahiptir⁷. Bu nedenle farklı kıstaslar ile değişik ayırım ve isimlendirmelere tâbî tutulmuştur. Akit,

³ Kaşıkçı, s. 236, 250; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 158; Tahâvî, s. 164.

⁴ Hâtemî, s. 89; Karaman, s. 528. *Akid (sözleşme)*; sözlükte, bağlamak, rabt etmek, düğmelemek, iki veya daha fazla şeyi toplamak anlamlarına gelmektedir. Hukukî terim anlamı, iki sözün (icap-kabul) veya iki söz yerine geçen, hukuken geçerli sonuç doğuran şeylerin arasını bağlamaktır. Başka bir ifade ile, taraflardan birinin yaptığı icabın, akdin mevzûunda sonuç meydana getirecek şekilde karşı tarafın kabulü ile bağlanmasıdır ("Akd" sözcüğünün tanımı için bkz. Mecelle'nin 103'üncü maddesinin şerhi, Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 133; Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 12; Zeydan, s. 383; Karaman, s. 525). Ayrıca bkz. Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 157; Cin-Akgündüz, s. 650; Aydın, s. 382.

⁵ *Ebü Hanîfe*'nin akdin unsuru olarak sadece "icap ve kabul"ü sayması bunun en belirgin sonucudur (Bardakoğlu, Bey', s. 14, 15).

⁶ *Ebü Zehrâ*, s. 379.

⁷ Örneğin, istisnâ akdi de bir satım türü olarak tanımlanmaktadır (*bey' bi'l-istsnâ*). İsmarlama satış da denilen bu sözleşmede alıcı, bir sanat erbabına, ölçü verip tarif ederek mal yaptırmaktadır. Malzeme sanat sahibine ait olmaktadır. Sonuçta ortaya çıkan mal, tarif edilene uygun ise alıcı, malı almaktan vazgeçemez (Cin-Akgündüz, s. 646; Yazman, s. 283; Ekinci, s. 520). Ayrıca bkz. Mecelle m. 120-124.

tarafının karşılıklı rızalarını beyan etmeleri ve bu rızaların birbirine uygun olması ile kurulmakta olup, bunun dışında bir başka şarta veya işleme gerek bulunmamaktadır⁸.

Osmanlı Devleti'nde yapılan satış işlemlerinde satım⁹ ifadesine karşılık genellikle *bey'* (büyû) sözcüğü kullanılmıştır. Bunun karşı taraf (alıcı) bakımından görünümü ise, alımdır (iştirâ). *Bey'* sözlükte, “satma, satış, satılma, mutlak bir mübâdele, değiş tokuş” gibi anlamlara gelmektedir¹⁰. İslâm hukuku terimi olarak *bey'*, mülkiyeti nakleden akitletlerin en yaygını olan satım akdini ifade etmektedir¹¹.

Hanefî mezhebinde satım akdinin kendine özgü bir tanımı vardır. Buna göre “*bey'*, malın mal ile mübadelesidir” ve “icap ve kabulün geçmiş zaman kipi ile söylenerek veya bu anlama gelecek başka sözler kullanılarak ortaya konması ile rızaların uygunluğunun (teâtî ile de olsa)¹² belli edilmesi ve malın iyisinde kötüsünde bedeli, ‘alıp verme’ ile satım sahih olur”¹³. Farklı hukukçularca yapılan tüm tanımlarda ortak olan hususlar, malın mal karşılığında değiş-tokuşu; rızaların uygunluğu; beyanlarda geçmiş zaman kipi kullanılması zorunluluğudur.

Satım, ekonomik değeri olan bir malı, yine ekonomik değeri olan bir mal karşılığında mülk edinmek ve edindirmek amacıyla değiştirmektir¹⁴. Bu akitle birlikte, bir malın ayn mülkiyeti devredildiği için¹⁵, kira (icâre), kullanma ödücü (âriyet),

⁸ **Aydın**, s. 383-384; **Ekinci**, s. 518.

⁹ Bazı kaynaklardaki “*alış-veriş*” ve “*satışlar bahsi*” gibi farklı ifadeler tercümeden kaynaklanmış olabilir. Çünkü hepsinde açıklama yapılırken “*bey'*” akdinin karşılığı ifadeler olduğu anlaşılmaktadır (**El-Mavsîlî**, s. 153; **Halebî**, C. 3, s. 6; **Merginânî**, C. 3, s. 39). *Bey'* genelde alış-veriş ve ticareti, ancak hukukî terim olarak satımı ifade etmektedir (**Bardakoğlu**, *Bey'*, s. 13).

¹⁰ **Halebî**, C. 3, s. 5-6; **Merginânî**, C. 3, s. 39; **Fetâvâ-yı Hindîyye**, C. 5, s. 85; **Tahâvî**, s. 164, dn. 215; **Sâğircî**, s. 471; **Bardakoğlu**, *Bey'*, s. 13.

¹¹ Satım sözleşmesinin genel ve özel nitelikli dayanak âyetleri için bkz. **Kur'an**, İbrahim: 31; Tevbe: 111; Bakara: 16, 86, 90, 175, 177, 207, 254, 282; Âl-i İmran: 177; Mâide: 5, 44; Mutaffifin: 83; Hûd: 85; Nahl: 91; İsrâ: 34, Mü'minûn: 8; Meâric: 32; Nisâ: 29; Nur: 37; Cum'a: 9'dur. Ayrıca satıma, sünnetten de deliller vardır. Her şeyden önce Hz. Peygamber, ticaret yapan insanların bu etkinliğini yasaklamamış ve kendisi de ticaret yapmıştır. İnsanların bir arada ve birbirlerine ihtiyaç duyarak yaşamaları nedeniyle, sosyal ve ekonomik bir zorunluluk olarak, satım akdi aklen de kabul edilen bir işlemdir (Ayrıntılı bilgi için bkz. **El-Mavsîlî**, s. 153, dn. 70; **Sâğircî**, s. 471-472). Ayrıca bkz. **Bardakoğlu**, *Bey'*, s. 13.

¹² *Teâtî*, karşılıklı alıp vermek demektir. Hukukî terim anlamı, sözlü yahut işaret yoluyla irade beyanı yapmaksızın, akıt konusu malı veya bedeli alıp vermektir. İlk zamanlarda bu tür irade açıklamalarının geçersiz olduğu düşünülmüş, fakat sonradan kabul edilmiştir (**Karaman**, s. 535).

¹³ **Halebî**, C. 3, s. 5, 9-11; **Tahâvî**, s. 163; **Cin-Akgündüz**, s. 645.

¹⁴ **El-Mavsîlî**, s. 153, dn. 70; **Sâğircî**, s. 471; **Akgündüz**, Külliyyat, s. 264.

¹⁵ Osmanlı hukukunda satım akdi ile birlikte mülkiyet karşı tarafa geçmektedir. Fakat satın alanın, henüz malı teslim almadan önce, satım gibi bir tasarrufa konu etmesi yasaktır. Ancak mal, âkar (gayrimenkul) ise –*Ebü Hanîfe'*ye göre– teslim almadan önce de satılabilirdi. Önceden aksi görüşte olan *Ebü Yusuf*, sonradan *Ebü Hanîfe'*ye katılmıştır (**El-Mavsîlî**, s. 157; **Tahâvî**, s. 182). Mülkiyetin geçişi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Bardakoğlu**, *Bey'*, s. 18; **Cin-Akgündüz**, s. 647.

bağışlama (hibe) ve vasiyetten ayrılmaktadır. Eğer malın kendisi yerine sadece menfaat mülkiyeti karşılıklı olarak devredilirse, satım yerine kirâdan; eğer devir karşılıksız olursa, bağışlamadan söz edilir¹⁶.

Satım akdi bağlayıcı (lâzım), tam iki taraflı (ivazlı), rızâî ve isimli (tipik) bir akit olup; hukukçular, malın temlik kastıyla malla değişimi olduğu konusunda aynı kanaatte olmuşlardır¹⁷. Akdin tamam olabilmesi için teslim şart değildir. Akdin kurulması ile birlikte, Roma hukuku temelli sistemlerin aksine, malın mülkiyeti derhal alıcıya geçmektedir¹⁸.

2. Satımın Unsurları

a. Genel Olarak

Satım akdinin, taraflar, irade beyanı ve akdin konusu olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Hanefî görüşüne göre, irade beyanı belli bir konu üzerine taraflardan kaynaklanacağına göre, bu unsurların (rûkn) tümünü, sadece "icap ve kabul" şeklinde özetlemek mümkündür. Bu nedenle, klâsik fıkıh kaynaklarında, satımın unsurları olarak sadece, "icap ve kabul beyanları" belirtilmektedir¹⁹. Anlama ve anlatma kolaylığı sağlaması bakımından günümüz hukuk tarihi çalışmalarında tüm unsurlar, birbirinden ayrılarak incelenmektedir²⁰.

Gayrimenkul satımında tescil zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu yönüyle menkul satımından bir farkı yoktur. Ancak satım akdinin kurulmasıyla mülkiyet karşı tarafa geçmekle beraber alıcının, menkulde tasarrufta bulunabilmesi, malı teslim almasına bağlıdır. Ancak gayrimenkullerde bu şart olmadığı için, mal teslim alınmadan önce de, tasarrufta bulunulabilmektedir²¹.

b. Taraflar

Akdin unsurlarının başında akdin tarafları gelmektedir. Satımın gerçekleşebilmesi için, *satıcı* (bâyî) ve *alıcının* (müşterî) olması gerekmektedir. Akdin tarafları

¹⁶ **El-Mavsîlî**, s. 153; **Sâğircî**, s. 471; **Bardakoğlu**, Bey', s. 14. İslâm hukukunda, satıştan başka mülkiyeti geçirici diğer hukuki işlemlerden başlıcaları, bağışlama ve malın aynını vasiyettir (**Zeydan**, s. 352).

¹⁷ **Bardakoğlu**, Bey', s. 14. İcapta bulunan diğerinin kabul etmesinden önce icabından dönebilir (rücû ve kabul muhayyerliği) (**Tahâvî**, s. 164; **Sâğircî**, s. 473-474; **Karaman**, s. 538, 541. Ayrıca bkz. Mecelle m. 181-184).

¹⁸ **Ansay**, s. 66. Ayrıca bkz. Mecelle m. 262, 369, 841.

¹⁹ Örneğin, **El-Mavsîlî**, s. 152; **Sâğircî**, s. 472; **Fetâvâ-yı Hindiyeye**, C. 5, s. 85. Ayrıca bkz. **Cin-Akgündüz**, s. 646; **Üçok-Mumcu-Bozkurt**, s. 158; **Zeydan**, s. 387; **Akgündüz**, Külliyyat, s. 265.

²⁰ **Aydın**, s. 385; **Ekinci**, s. 18; **Karaman**, s. 578.

²¹ **Akgündüz**, Külliyyat, s. 930; **Kaşıkçı**, s. 261; **Karaman**, s. 708.

başlığı altında, tarafların ehliyet durumları incelenmektedir²². Tarafların, akıllı ve mümeyyiz olması bir kuruluş şartı sayılmıştır. Eğer küçük, mümeyyiz ise veya akli zayıf olan (mâtuh), satışa akıl erdirebiliyorsa, geçerli satım akdi yapılabilmektedir²³.

Mümeyyiz olmayan küçüklerin tüm işlemleri geçersizdir, batıldır. Satım hem zarar hem yarar sağlama ihtimali bulunan bir hukukî işlem olduğundan, mümeyyiz küçüklerin satım işleminin geçerli olarak kurulabilmesi için, veli veya vasîlerinin izni gerekmektedir²⁴.

Velâyet hakkına dayanan bir baba, çocuklarının; vesâyet yetkisine sahip bir vasî, vesayeti altında bulunanların; hâkim de malları kendi yönetiminde bulunan kişinin satılması gereken mallarını satabilir veya bunlar için mal da alabilir. Ancak vasî, yetimler için satın aldığı veya sattığı zaman, bunda yetim bakımından açık bir menfaatin olması aranmaktadır. Satım akdi, kâr ve zarar ihtimali taşıyan iki tarafı bir akit olduğundan, fiil (edâ) ehliyeti bulunmayan küçüğün, akıl hastasının, sarhoşun vb. yaptığı satımlar geçersiz; fiil ehliyeti bulunan küçüğün, sefihin vb. akdi ise velisinin onayına bağlı olarak geçerli olabilmektedir. Satımda tarafların hukukî yetkiye sahip olmaları (velâyet) işlerlik (nefaz) şartıdır²⁵.

b. İrade Beyanı

Satımın ikinci unsuru, tarafların iradelerini karşılıklı olarak açıklamaları yani, rızalarını belirten irade beyanlarıdır. Tarafların açıklanmış rızalarına irade beyanı; karşılıklı icap ve kabul adı verilmektedir²⁶. Genellikle satıcının beyanı icap, alıcının beyanı kabuldür. Fakat akid meclisinde, alıcı veya satıcıdan hangisi öncelikle akde yönelik iradesini kesin biçimde açıklamışsa buna *icap*; sonraki beyana ise, *kabul* denmektedir²⁷. Taraflardan biri iradesini açıkladıktan sonra karşı tarafın bunu kabul edip etmeme hakkı ve özgürlüğü bulunmaktadır. Alıcı ve satıcı ayrılmadıkları sürece sözlerinden cayabilmektedirler. Buna kabul serbestliği (hıyârü'l-kabul) ilkesi denmektedir²⁸.

²² Bazı kaynaklarda bu husus "Akdi Şartları" başlığı altında ele alınıp incelenmiştir (**Fetâvâ-yı Hindîyye**, C. 5, s. 87). *Mütebâyiân* veya *âkideyn*, "satıcı ve alıcı" demektir (**Halebî**, C. 3, s. 9; **Ansay**, s. 66; **Cin-Akgündüz**, s. 647).

²³ *Fethu'l-Kâdir*, *Kâfi* ve *Nihâye*'den aktaran, bkz. **Fetâvâ-yı Hindîyye**, C. 5, s. 85, Ayrıca bkz. **Sâğirci**, s. 472.

²⁴ **A.H.Berki**, s. 58.

²⁵ **Fetâvâ-yı Hindîyye**, C. 5, s. 87; **Bardakoğlu**, Bey', s. 14. Kişinin kendi kendini ve mallarını yönetme yetkisi anlamında *velâyet-i zâtıyye* kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Zeydan**, s. 448.

²⁶ **El-Mavsîlî**, s. 153. Klâsik Hanefî doktrini esas alan kitaplarda, rükün (unsur) olarak icap ve kabul ile teslim ve tesellüm kabul edilmektedir (**Fetâvâ-yı Hindîyye**, C. 5, s. 86).

²⁷ **Halebî**, C. 3, s. 10; **Merginânî**, C. 3, s. 39; **Karaman**, s. 533.

²⁸ **Merginânî**, C. 3, s. 39; **Zeydan**, s. 392. Konu ile ilgili hadis için bkz. **Merginânî**, C. 3, s. 40.

Satım akdi, “sattım” ve “aldım/kabul ettim” gibi, geçmiş zamanı (mâzî) gösteren icap ve kabulden oluşan iki sözle meydana gelmektedir. Bu şekilde yapılan satımlarda, iç niyet araştırmasına gidilmeksizin akit kurulmuş olmaktadır²⁹. Ancak taraflar, kendi lisan kurallarına göre, farklı zaman kipindeki ifadelerle de akdi kurmuş olabilirler. Böyle durumlarda eğer iç iradeleri, niyet ve amaçları, dışa yansıtıktıkları ifade ile uyumlu ise, akit kurulmuş sayılmaktadır³⁰.

Akit, satmaya ve almaya yönelik iradeyi açıklama anlamına gelen her söz ve karşılıklı alıp vermeler ile de kurulmuş olmaktadır³¹. Burada amaç, taraflar arasında emrivaki, ciddi aldanma³² veya uyuşmazlığa yol açacak bir belirsizlik meydana getirmekten sakınmaktır³³.

Eğer kabul, icaba aykırı olursa/uygun olmazsa satım akdi kurulamamaktadır. Örneğin alıcı, satıcının “sattım” dediği malı değil de bir başka malı kabul ettiğini beyan etmiş olursa, bir satım akdinden söz edilemeyeceği gibi, şaka ile verilmiş beyanlar için de aynı sonuç geçerlidir³⁴. Bu nedenle akitte açıklanan irade ile asıl ulaşılmak istenen maksat farklı olabilir. Akitlerde kullanılan kelimelere değil, anlam ve amaca önem verilmektedir. Hukukta kural olarak, rızaya dayanmayan açıklamalara itibar edilemez³⁵.

Sözlerden ne kastedildiğinin özenle değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin bir kişi, karşı taraftan bir mal satın alıp, bedelini hemen ödeyemeyeceğini belirtebilir. Taraflar, alıcı bedeli ödeyinceye kadar, malın satıcıda kalmasını kararlaştırdıkları takdirde, burada bir satımdan değil; rehin akdinden söz etmek gerekmektedir³⁶. Benzer şekilde semen karşılığında bağışlama ifadesiyle yapılan ve bağışlama olduğu söylenen bir akde, satım hükmü bağlanmalıdır³⁷.

²⁹ **El-Mavsîlî**, s. 155. Beyanda kullanılan zaman kipi ile ilgili tartışmalar hakkında bkz. **Bardakoğlu**, **Bey'**, s. 15. Ayrıca Mecelle m. 103'ün açıklaması için bkz. **Hacı Reşid Paşa**, C. 2, s. 10-11; **Karaman**, s. 533.

³⁰ Geniş ve gelecek zaman ile emir kipinde yapılan beyanlar akdi kurmaya elverişli değildir. Arapçada şimdiki, gelecek ve geniş zamanlar (muzârî) aynı şekilde söylendiği için doğan sakınca Türkçe için söz konusu değildir. Dolayısıyla Türkçe'de şimdiki zaman kipi kullanıldığında akit kurulmaktadır (**Karaman**, s. 534).

³¹ Dilsizin beyanı için örnek fetvâ için bkz. *Netice*, 222'den aktaran, **Halebî**, C. 3, s. 12; **el-Mavsîlî**, s. 157; **Karaman**, s. 535.

³² Aldatma ile yapılan satışa “*beyî-ğarar*” denmektedir. Alıcının bilse razı olmayacağı veya umduğu şeyin/miktarın çıkmadığı türden satışlardır. Câhiliye devrinde yapılan ve rızanın olmadığı türden diğer satım şekilleri de bu kapsamda değerlendirilmektedir (**Halebî**, C. 3, s. 11; **Tahâvî**, s. 179; **Zeydan**, s. 414).

³³ Şâfiî görüşü için bkz. **el-Mavsîlî**, s. 153. Ayrıca bkz. **Bardakoğlu**, **Bey'**, s. 15.

³⁴ **Bardakoğlu**, **Bey'**, s. 15; **Sâğircî**, s. 472-473. Genel anlamda akitlerde kabulün icaba uygunluğu hakkında bkz. **Zeydan**, s. 389.

³⁵ Konuya ilişkin bir muvazaa ve nâm-ı müstear örneği için bkz. **A.H.Berki**, s. 62-63.

³⁶ Mecelle m. 707. Ayrıca bkz. **Akgündüz**, *Karşılaştırmalı*, s. 195.

³⁷ **A.H.Berki**, s. 64.

Ayrıca satıcı ve alıcının birbirlerinin ne söylediğini duymaları da gerekmektedir. Bu şart, icma ile, satım akdinin şartlarından kabul edilmiştir. Alıcı “satın aldım” der ve satıcı bunu duymaz ise, satış akdi kurulamamaktadır³⁸. Söz söylenmeksizin, sadece fiilî değişim ile akdin kurulduğunun (*bey'ü't-teâtî*) hukukçularca kabul edilmesi daha ileri bir gelişim aşamasında olmuştur³⁹.

İrade bozukluğuna yol açacak durumların bulunmaması ve rızaların doğru açıklanması genellikle sıhhat şartıdır⁴⁰. Nitekim Osmanlı Şer'iyye Sicillerinde her iki tarafın veya vekillerinin⁴¹ beyanlarının açık ve net olarak kaydedildiği görülmektedir.

c. Akdin Konusu

Satımın diğer unsuru, akit konusu olan mal (mebî') ve bedeldir (semen)⁴². Akde konu olan malın hukuken geçerli (mütekavvim), mevcut, belirlenmiş akde konuya ve teslim elverişli bir mal olması gerekmektedir⁴³. Hanefî mezhebine göre, kural olarak, menfaatler satıma konu olamamaktadır. Ölçülüp tartılabilen malların, ölçülüp tartılarak ve toptan satılmaları mümkündür. Bir evin satılması durumunda anahtarlar ve binası; arazi satımında ağaçlar satıma dâhil olmaktadır⁴⁴.

Satılan malın bedeline *semen* (paha) denmektedir. Semen, nakit veya mal olabilmektedir⁴⁵. Hanefîlere göre bedel, akdin bir gereği veya hükmü ve sonucudur. Satımın gerçekleşmesiyle birlikte semen alıcının zimmetinde borç olarak sabit hâle gelmektedir. Satılan mal için aranan şartlar, satış bedeli için de aranmaktadır. Çünkü satımın tanımı, karşılıklı mal mübadelesi şeklindedir. Semen de bir tür mal olduğundan, akit ile değiş tokuşu yapılan mallardan hangisinin semen, hangisinin mebî' olduğu konusunda doktrinde bir takım kıstaslar öngörülmüştür⁴⁶.

³⁸ Mecliste bulunanlar, alıcının dediğini duymasına rağmen, satıcı “duymadım” dese, kulağında ağır işitme bozukluğu olup olmadığına bakılır; sözü hemen onaylanmaz (*Fetâvâ-yı Suğrâ'dan* aktaran, **Fetâvâ-yı Hindiyye**, C. 5, s. 86).

³⁹ Mecelle m. 175; **Bardakoğlu**, Bey', s. 15. Genel olarak akitler bakımından fiil, işaretler ve susma hakkında bkz. **Zeydan**, s. 399; **Karaman**, s. 535-536.

⁴⁰ **Bardakoğlu**, Bey', s. 14.

⁴¹ Osmanlı hukukunda mahkemede veya hukukî işlemlerde taraflar kendilerini vekil ile temsil ettirebilirlerdi (**Demir**, Yargılama, s. 101).

⁴² Bazı kaynaklarda bu unsur, sözleşmenin bir şartı olarak ele alınmış ve bu şart; “sözleşmenin şartı iki bedeldir” şeklinde ifade edilmiştir (*Serahsî*, Muhiyt'den aktaran, **Fetâvâ-yı Hindiyye**, C. 5, s. 86). Hanefî mezhebine mensup hukukçular; akdin konusundan, satılan malı anlamışlardır (Mecelle m. 150; **Bardakoğlu**, Bey', s. 15). Ayrıca bkz. **Kaşıkcı**, s. 251, 253.

⁴³ **el-Mavsîlî**, s. 163; **Aydın**, s. 386; **Cin-Akgündüz**, s. 646; **Ekinci**, s. 518; **Bardakoğlu**, Bey', s. 15; **Sâğircî**, s. 471; **Zeydan**, s. 411; **Karaman**, s. 557, 563.

⁴⁴ Doğal semerelerin satışı ve mülkiyeti ile ilgili kurallar için bkz. **el-Mavsîlî**, s. 155. Örnek fetvâlar için bkz. **Halebî**, C. 3, s. 25. Ayrıca bkz. **Sâğircî**, s. 477; **Cin-Akgündüz**, s. 646; **Ekinci**, s. 519.

⁴⁵ **Halebî**, C. 3, s. 9; **Kaşıkcı**, s. 253; **Ekinci**, s. 519.

⁴⁶ **Bardakoğlu**, Bey', s. 16. Ayrıca bkz. Mecelle m. 211-212.

Kural olarak para, semendir. Misli mallar, para karşısında mebi'; kıyemî mallar karşısında semendir⁴⁷. Mallardan nakit ve nakit hükmünde olan şeyler semen olarak; uruz (giysi, kumaş vb), kitap, akar/gayrimenkul ve hayvan gibi misliyattan olmayan yani, ölçü ve tartıyla alınıp satılmayan şeyler mebi' olarak; mekilât ve misliyattan olan şeyler⁴⁸, duruma göre bazen semen, bazen mebi' olarak anlaşılmaktadır⁴⁹.

Nakitler, genellikle ayn karşılığı mübadele olduğu gibi, bazen de nakit karşılığında değiştirilmiştir. Kimi zaman ayn karşılığında ayn değiş tokuş edilebilir. Konu bakımından olan bu farklılık, farklı satım türlerini meydana getirmektedir. Meşhur satım, sarf ve mukayaza satışları bu bağlamda ortaya çıkan satım türleridir. Bunlara sonradan istihsanla kabul edilen istisnâ akdi de eklenebilir⁵⁰.

Satıcı ve alıcının aralarında anlaşarak belirledikleri semene *semen-i müsemma* denmektedir. Bu bedel bazen gerçek değeri⁵¹ yansıtmakta bazen de bundan az veya çok olabilmektedir⁵².

Semenin belirlenmesi kurucu şart sayılmamakta; bilinmemesi, akdi bâtil değil, fâsid kılmaktadır. Ancak kural olarak semenin miktar, cins ve vade olarak bilinmesi gerekmektedir⁵³.

Satım ile karşılıklı değişilecek malların kural olarak, hazırda olması gerekmektedir. Eğer elde mevcut mal yoksa akit kurulamamaktadır⁵⁴. Fakat bu kuralın istisnaları vardır. Satım akdi yapıldığı anda malın mevcut olmamasına "ma'dumun satışı" denmektedir⁵⁵.

⁴⁷ *Misli mal*; çarşı ve pazarda bir malın ederinin uyumsuzluk olmayacak şekilde belli bir fiyatla misli ve aynısı bulunabilen mallardır.

Kiyemî mal; çarşı ve pazarda misli bulunmayan veya bulunsun bile fiyatın farklılık gösterdiği mallardır (**Halebî**, C. 3, s. 9; **Demir**, Hukuk Tarihi, s. 192).

⁴⁸ Misli malların miktarları çeşitli ölçü ve ölçeklerle belirli hâle getirilebilmektedir. Tartulanlara *mevzûnât*; hacim ölçüleriyle ölçülenlere *mekilât*; uzunluk ölçüleriyle ölçülenlere *mezrû'at*; birimleri arasındaki fark önemsenmeyerek, sayı ile alınıp verilebilenlere ise, *adediyât-ı mütekaribe* denmektedir. Mevzûnât ve mekilât kendi aralarında daima misli muamelesi görürler (**Karaman**, Anahatlarıyla, s. 434). Ayrıca bkz. **Sâğirci**, s. 476.

⁴⁹ Para olan konu ve ödeme aracının belirlenmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Karaman**, s. 563.

⁵⁰ **Hacı Reşid Paşa**, C. 2, s. 23 (Mecelle m. 120); **Akgündüz**, Karşılaştırmalı, s. 377.

⁵¹ Malın, piyasadaki gerçek değerine *kıymet* denmektedir (**Tahâvî**, s. 165, dn. 221).

⁵² **Halebî**, C. 3, s. 10. "Semen-i müsemma"- "semen-i misil" ayrımı için bkz. **Cin-Akgündüz**, s. 647.

⁵³ Mecelle m. 238, 246; **Merginânî**, C. 3, s. 42; **Bardakoğlu**, Bey', s. 16; **Ekinci**, s. 519.

⁵⁴ **Bardakoğlu**, Bey', s. 15; **Karaman**, s. 558.

⁵⁵ Zırâî ürünlerin olgunlaşmadan önce satımı ve satılan malın akit sırasında hiç mevcut olmaması bu durumun en bilinen örnekleridir (**Bardakoğlu**, Bey', s. 15-16).

3. Satım Akdinin Kuruluş Şartları

Bir satım akdinin geçerli olarak kurulabilmesi, hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, unsurlardan ayrı olarak, birtakım şartlar da bulunmalıdır⁵⁶. Akid geçerli şekilde kurulmamışsa, yapılan ifaların geri alınması söz konusu olabilmektedir.

Hanefî mezhebine göre, akdin şartları, akdin yapı ve işlerlik kazanmasındaki önemine göre dört aşamada değerlendirilmektedir. Bunlar kuruluş, sıhhat, geçerlilik ve bağlayıcılık şartlarıdır⁵⁷.

Satım akdinin sahih olması için geçici süreliğine (muvakkat) yapılmamış olması; satılan malın ve fiyatının bilinmesi gerekmektedir. Bilinmeyen bir şeyi satmak, bilgisizlik ve belirsizlik (cehalet/garar) yaratacağından satım geçerli olmamaktadır. Örneğin bir sürüden, bir koyun satmak veya bir malı -kıymeti başka birisi tarafından takdir edilmek üzere- satmakta belirsizlik vardır⁵⁸.

Satışın bir diğer şartı faydadır. Ağırlıkları ve özellikleri eşit olan paralardan birini verip, diğerini almak gibi, hiçbir faydası olmayan satışlar; kural olarak fâsit kabul edilmiştir. Satıcının, sattığı malın maliki olması gerekmektedir. Bir kimse kendisinin olmayan bir malı, sonradan kendisinin olacak bile olsa satamaz. Satılan malda satandan başka kimsenin hakkı olmaması gerekmektedir. Eğer malda bir başkasının da hakkı varsa, bu satış geçerli olmamaktadır. Rehin bırakılan veya kira ile tutulmuş olan bir şeyin satılması buna örnek gösterilebilir⁵⁹.

Akdin bir şartı da, “*meclis birliği*”dir. İcap ve kabulün aynı mecliste yapılmasına *satış meclisi* denmektedir. İcaptan sonra kabulün hemen yapılması şart değil ise de, sonradan açıklanan kabulün geçerliliği, meclis birliğinin bozulmamış olmasına bağlıdır. Bu nedenle meclis birliğinden ne kastedildiği ve ne zaman bozulmuş sayılacağı hukukçular tarafından açıklanmıştır⁶⁰. Bu şart sağlanmadığı takdirde, satım geçerli olmamaktadır. Osmanlı hukukunda emlak satımlarının mahkeme huzurunda taraflarca veya vekillerinin beyanları alınıp; bu beyanlara da “*ikrar*”⁶¹ denilmek sûretiyle yapılması, bu meclis birliğini sağlayan bir yöntemdir.

⁵⁶ Tüm akidler bakımından şartlar için bkz. **Aydın**, s. 386. Ayrıca “icap-kabul” dışındaki tüm unsurların, akdin kuruluş şartları olduğu görüşü için bkz. **Karaman**, s. 533.

⁵⁷ **Bardakoğlu**, Bey', s. 14; **Karaman**, s. 527, 708. Ayrıca bkz. **Hacı Reşid Paşa**, C. 2, s. 12 (Mecelle m. 104).

⁵⁸ **Fetâvâ-yı Hindiyîye**, C. 5, s. 86; **El-Mavsîlî**, s. 155.

⁵⁹ Ancak, gasp edilen şey satılabilir. Bir gaspeden (gâsîp) gasp ettiği şeyi sattıktan sonra onu tazmin ederse; bu satım geçerli olur (*Bahrû'r-Raîk'ten* aktaran, **Fetâvâ-yı Hindiyîye**, C. 5, s. 86).

⁶⁰ Genel anlamda akidler bakımından bkz. **Aydın**, s. 387; **Zeydan**, s. 391. Ayrıca bkz. **Bardakoğlu**, Bey', s. 15; **Karaman**, s. 537, 540.

⁶¹ *İkrar* hem maddî hukuk, hem de usûl hukukunu ilgilendiren bir kavramdır. Mecelle'ye göre “bir kimse tarafından başka bir kimsenin kendisinde olan hakkını haber vermektir” (m. 1572). Ayrıca 1628'inci madde “ikrarın hükmü, mukarrûnbihin (ikrar edilen şey) zuhurudur; yoksa bidâyeten

4. Satımın Unsur veya Şartlarında Eksiklik

a. Batıl ve Fâsîd Satışlar

Yukarıda açıklanan unsur veya şartlardan biri veya birkaçı bulunmadığı zaman akit geçersiz olmaktadır. Hanefî görüşüne göre, akitlerin geçersizliği iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. Hanefîler dışındaki mezhepler, akitlerin geçersizliğini tek derece olarak düşünmüşlerdir. Bunlara göre akit, ya geçerli veya geçersizdir. Geçersiz ise, butlan vardır. Akit şeklen var olmakla birlikte hukuken yoktur. Mevcut olmayan bir işlemin hukukî sonuç doğurması da mümkün değildir. Eğer isteniyorsa, işlemin tekrar yapılması gerekmektedir⁶².

Hanefî mezhebinden hukukçular, butlanın yanı sıra bir de *fâsîd* olma durumu tanımlamışlardır. Fesad, “aslı uygun, fakat vasfı bozuk” anlamına gelmektedir. İslâm dininin yasakladığı (haram) bir hususun akde vasıf olmasını ifade etmektedir⁶³.

Fâsîd akdin tekrar kurulması gerekmez. Çünkü, hukukî işlemlerde aslı, vasıftan ayırmak mümkün olabilmektedir. Eğer söz konusu akit bakımından ayırma yapılabilsen, bu aşamadan sonra akit sıhhat kazanabilir. Eğer akitteki eksiklik veya uygun-suzluk, sonradan tamamlanması mümkün bir şarta ilişkin ise, bu tamamlandığında, akit baştan beri geçerli bir akdin bazı hüküm ve sonuçlarını meydana getirmektedir⁶⁴.

Akdin butlan ile mi, yoksa fesad ile mi geçersiz olduğu konusunda ölçüt; eksikliğin, unsur, şart veya vasıfta olup olmadığıdır. Ancak eksiklik akdin unsur ve kurucu şartlarında ise, akit baştan *bâtıl* olmaktadır⁶⁵.

Küçüğün ve akıl hastasının satışları; konusu, hukuken yasaklanmış (haram olan ve mübah olmayan) mallar⁶⁶ olan akitler; henüz mevcut olmayan veya teslimi mümkün olmayan malın satımını içeren akitler *bâtıldır*⁶⁷.

hudüsü (meydana gelmesi) değildir. Bu cihetle ikrar sebebi milk olamaz” demektedir. Buradan, ikrarın kurucu (inşâ) değil, açıklayıcı (ihbarî) bir işlem olduğu anlaşılmaktadır. İkrarın, sebebe bağlı olması gerekmemektedir (**Ansay**, s. 65). İkrarın yargılama hukukundaki yeri ve önemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Demir**, Yargılama, s. 169.

⁶² **Kaşıkçı**, s. 241; **Karaman**, s. 579-580.

⁶³ Hanefî mezhebine göre, ibadetler ve evlenme akdinde –vasfı, asıldan ayırmak mümkün olmadığı için- fasıdlık durumu söz konusu olamaz (**Karaman**, s. 581).

⁶⁴ **Aydın**, s. 383; **Karaman**, s. 581; Mecelle m. 109.

⁶⁵ **Aydın**, s. 388; **Tahâvî**, s. 184, dn. 250. Butlan ve fesad hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bardakoğlu**, Bey', s. 17; **Sâğirci**, s. 492; **Kaşıkçı**, s. 265; **Karaman**, s. 533, 578. Fâsîd alış veriş örnekleri için bkz. **Sâğirci**, s. 494. (**Halebî**, C. 3, s. 63). Ayrıca bkz. **Kaşıkçı**, s. 237; **Demir**, Hukuk Tarihi, s. 192.

⁶⁶ İslâm dinine göre hukuken değer taşımayan ve akitlere konu edilemeyen, yasaklanan mallar vardır. Şarap ve domuz eti gibi bu türden mallara *gayrimütekavvim* mal denmektedir. Akde konu olabilen; Müslümanların kullanmaları helâl ve serbest olan mallara ise, *mütekavvim* mal denmektedir (**Karaman**, s. 433, 579).

⁶⁷ **Halebî**, C. 3, s. 63; **Kaşıkçı**, s. 237; **Demir**, Hukuk Tarihi, s. 192.

Eski satım şekilleri arasında bulunan el atma ile satım (mülâseme), bakmadan atma satımı (münâbeze) ve taşlı satım (bey'ilka-bi'l-hacer) gibi türler, hem ribâ hem de kumar özelliği taşıdıkları için yasaklanmıştır. El atma ile satışta alıcı, çeşitli mallardan rastgele birine elini atmakta ve hangisi denk gelirse, o mal satılmış sayılmaktadır. Münâbeze'de taraflardan birinin, malı bakmayarak atması sonucunda o mal ile akdin bağlayıcılık kazanması söz konusudur. Taşlı satımda ise, taraflardan biri bir taş bakmayarak malların üzerine atar; taş hangi mala denk gelirse, o mal mebi' sayılır⁶⁸.

Bâtıl satım akdi hüküm ifade etmeyeceği gibi, mülkiyet hükmü de doğurmamaktadır. Alıcı malı teslim almış ise mal, alıcının elinde emânet hükmünde sayılmaktadır⁶⁹. Ancak aksi kanaatte olanlar da vardır⁷⁰. Bâtıl akitlerde, taraflar edimlerini ifa etse bile, geçersiz olduğundan, verdiklerini geri alabilmektedirler. Bu tür bir akde sonradan geçerlilik kazandırmak mümkün değildir⁷¹.

Akdi fâsit kılan sebepler⁷², akdin konusundaki belirsizlik ve bilinmezlik; akit kurulurken, süre veya semenin bilinmemesi (garar ve cehâlet)⁷³, iradeyi sakatlayan sebepler⁷⁴, faiz şartı⁷⁵ ve diğer fâsit şartlardır⁷⁶. Hanefî mezhebine göre, akde ancak

⁶⁸ **Tahâvî**, s. 180; **Ansay**, s. 68; **Sâğirci**, s. 498.

⁶⁹ **Halebî**, C. 3, s. 63; **El-Mavsîlî**, s. 163.

⁷⁰ Hangi yaklaşımın kabul edildiği, mala bir zarar gelirse, tazmin yükümlülüğü bakımından önem taşımaktadır (**Karaman**, s. 580).

⁷¹ **Aydın**, s. 389; **Kaşıkcı**, s. 265. Mâlikî görüşü için bkz. **Karaman**, s. 580.

⁷² Hanefî mezhebine göre, ibadetler ile evlenme akdinde bâtil ile fâsit ayrımı yoktur. Hukukî işlemlere (muâmelât) ilişkin diğer sözleşmelerde ise, aslı, vasıftan ayırmak mümkün olduğu için, vasıf ayrılıncaya kadar, akit fâsit sayılmakta; ayrıldıktan sonra ise sıhhat kazanabilmektedir (**Karaman**, s. 581; **Fetâvâ-yı Hindîyye**, C. 14, s. 399).

⁷³ Satımda daimi muhayyerlik hakkı (cayma-dönme) olması veya taraflara bilinmeyen bir vakte kadar muhayyerlik hakkı tanımak, fahiş bir bilgisizlik/bilinmezlik teşkil etmektedir. *Muhayyerlik*; akdi yapanın, akdi geçerli kılmak ile feshetmek arasında serbestliğe sahip olduğu zaman dilimindeki durumudur. Örneğin, "rüzgar esene kadar, yağmur yağana kadar, filân adam gelene kadar... muhayyersin" demek geçersiz bir muhayyerlik durumuna örnek gösterilebilir. Aynı şekilde "hasat zamanına kadar" veya "hacılar dönene dek" gibi ifadeler de bilinmezlik içermektedir. Satımda, vakti belli olmayan muhayyerlik hak tanımak uygun görülmemiştir. Her hâlde bu süre üç günü aşmamalıdır (**Fetâvâ-yı Hindîyye**, C. 5, s. 88; **el-Mavsîlî**, s. 163). Ayrıca muhayyerlik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **el-Mavsîlî**, s. 159; **Ekinci**, s. 521-522; **Cin-Akgündüz**, s. 648; **Karaman**, s. 567.

⁷⁴ Bunlar hata, hile ve ikraktır. Satımda aldatmanın olmasına örnek olarak, bir hayvanın, hamile olmadığı hâlde, hamile diye satılması gösterilebilir (**Fetâvâ-yı Hindîyye**, C. 5, s. 88). Akdin tarafları ya da üçüncü kişilerce, taraflardan birini kandırarak akit yapmaya yöneltilen hileli durumların hepsine birden "*bey'ül-emâne*" denmektedir (**Zeydan**, s. 477).

⁷⁵ **Fetâvâ-yı Hindîyye**, C. 5, s. 88.

⁷⁶ **Aydın**, s. 388; **Bardakoğlu**, Bey', s. 17. Sadece sözleşmedeki bir şart bâtil ise, yalnızca şart düşürülerek, bâtil sayılmakta; sözleşme sahih ve hükmü geçerli kılınmaktadır. Fâsit şart, karşılıklı sözleşmeleri bozmakta, fakat teberrü akitleri, mal karşılığı sulh olma ve evlenmede sadece şart geçersiz fakat işlem geçerli olmaktadır (**Ansay**, s. 27; **Zeydan**, s. 537-538).

akdin gereğine uygun ve onu doğrulayacak şartlar (mülâyim)⁷⁷ konulabilir. Bazı şartlar akdin amacı ile uyuşmayabilir. O nedenle genel olarak şartlar, câiz, müfsit ve lâğiv olmak üzere üçe ayrılarak incelenmektedir. Hanefî mezhebine göre bazı akit ve işlemlerin şarta bağlanması (tâ'lik) geçerli olmayıp⁷⁸, bazı işlemlerin ise -akdin gereğine ve gerektirdiğine uygun- şarta bağlanabileceği kabul edilmiştir⁷⁹.

Satılan malın bedelinin ne zaman ödeneceğinin bilinmemesi⁸⁰ ile bir kişinin henüz alacak hakkı şeklinde bulunan fakat teslim almadığı malı satması da fesat sebebi oluşturmaktadır⁸¹.

Fâsit satım akdi, teslim/kabzdan önce herhangi bir hukukî sonuç doğurmadığı gibi, aynı zamanda geçersizdir. Taraflar veya hâkim bakımından böyle bir akdi feshetmek dinî bir yükümlülüktür⁸². Alıcı ve satıcı, birbirlerini ifaya zorlayamazlar. Akit taraflarca feshedilebilir ise de tam tersine fesad sebebi vasıf ortana kaldırılarak, geçerlilik de kazanabilir. Bu aşamada akitle mülkiyet geçmemektedir. Satıcının izni ve iradesiyle gerçekleşen teslim ve tesellüm, mülkiyetin geçmesi şeklinde bir hukukî sonuç doğurmaktadır. Teslim gerçekleşmemişse, malik hâlâ satıcıdır. Teslim gerçekleşse bile, alıcının hukukî durumu, tam malikin mülkiyeti gibi değildir. Malı yemesi, içmesi ve kullanması dinen yasaktır (haram)⁸³.

Fâsid akit sonucu mal karşı tarafa teslim edildiği takdirde, alan bunu üçüncü kişiye satar, bağışlar veya hayra sarfederse (tasadduk), artık akdin feshi mümkün değildir. Satıcı, malı devralan birinci ve ikinci kişiden de geri alamamaktadır. Yani fâsid malik maldan kendi yararlanamamakta fakat tasarruf edebilmektedir⁸⁴. Fesat durumunda uygulamada genellikle fesada yol açan sebep giderilerek akde geçerlilik kazandırıldığı görülmektedir⁸⁵.

⁷⁷ İslâm hukukunda sözleşmeye konulan şartların “mülâyim-gayrimülâyim” şeklindeki ayrımı için bkz. **Ansay**, s. 28; **A.H.Berki**, s. 79.

⁷⁸ Şarta bağlanması (tâ'lik) sahih olmayan sözleşme ve işlemler, satım, kira, bağışlama, sadaka, fuzulî sözleşmeye icazet, ikrar, borçtan ibrâ, maldan mal üzerine sulh, müzâraa, müsâkaat, vakıf, tahkim, ikâle, satımdan önce şuf'â hakkını düşürme ve vekilin azlidir. Akdin gereğine ve gerektirdiğine uygun şarta bağlanabilen işlemler ise, vekâlet, ticarete izin, hâkimin azli, hâkim tayini, kamu velâyetinin verilmesi (tevdi), kefâlet, kefâletten ibrâ, satımdan sonra şuf'â hakkının kaldırılması, vasiyet ve havâledir (**A.H.Berki**, s. 80).

⁷⁹ **Ansay**, s. 66; **A.H.Berki**, s. 78-79; Mecelle m. 187.

⁸⁰ Bir ticaret malının para karşılığı satılmasında –eğer veresiye satım söz konusu değilse- paranın maldan önce verilmesi gerekmektedir. Eğer “mal karşılığında mal” veya “para karşılığında para” şeklinde bir satım var ise, ifalar aynı anda yapılmalıdır (**El-Mavsîlî**, s. 155).

⁸¹ **Fetâvâ-yı Hindiyîye**, C. 5, s. 88; **Bardakoğlu**, Bey', s. 17.

⁸² **Karaman**, s. 582.

⁸³ **El-Mavsîlî**, s. 161; **Tahâvî**, s. 184; **Karaman**, s. 582.

⁸⁴ **Karaman**, s. 582. Ayrıca bkz. Mecelle m. 372.

⁸⁵ **Apaydın**, C. 12, s. 420.

b. Mekruh ve Mevkuf Satışlar

İslâm hukukunda bazı alışveriş türlerinin hukukî hayatta varlığını sürdürmesi uygun görülmemiştir. Bunlara mekruh akitler denmektedir. Mekruh akit, aslında ve vafında meşrû olup, gerek iyiniyet gerek dürüstlük kuralına aykırı olduğu için istenmeyen ve kötü sayılan şey ve fiillerin alışverişe karışması ile alışverişin bozulmasını ifade etmektedir. Malı alma niyeti olmadığı hâlde pazarlığa katılıp, fiyat yükselten ve alıcı ile satıcı arasında bitmiş olan pazarlığa dahil olarak, mala fazla değer verip almaya kalkışanın durumu (neceş satışı) buna örnek gösterilebilir⁸⁶.

Faiz yasağından kurtulmak için dolambaçlı olarak yapılan *bey'ül-ine* de bir başka mekruh satımdır. Burada, bir kişi diğerinden borç para almak istemekte, karşı taraf ise, ona karşılıksız ödünç vermek istememektedir. Borç veren (alıcı), borç isteyene (satıcı), semen (resülmal) ve faizden oluşan ve bir müddet ertelenmiş bir bedel karşılığında, herhangi bir şey satmaktadır. Taraflar borçlanma işlemi, satım gibi göstermektedir⁸⁷. Ekonominin takastan para ekonomisine dönmesinin bir sonucu olarak satım akdinin tanımı, malın para karşılığında mübadelesi şekline dönüşmüştür. Aynı zamanda borç olarak para alıp vermelerde paranın değeri düşeceğinden dolayı, bir yandan bu değeri muhafaza edebilmek, öte yandan faizden kaçınmak için farklı işlem şekilleri kabul edilmiştir.

Aslı ve vasfı geçerli olmakla birlikte bir malda başka bir kimsenin hakkı varsa, malın satıma konu olabilmesi için hak sahibi üçüncü kişinin işleme onay vermesi (icazet) gerekmektedir. Onaya kadar işlem, mevkuf olmakta hüküm ve sonuç doğurmamakta, onayı beklemektedir. Eğer onay verilmez ise, alıcı, mala malik olamamaktadır. Bu türden satışlara, *mevkuf bey'* denmektedir⁸⁸.

4. Satımın Türleri

Satım akdi, kuruluşu bakımından yapılan sınıflandırma dışında, doktrinde konu (mebî'), semen ve konunun teslimi ile hükümleri açısından farklı ayrımlara tâbi tutulabilmektedir. Çalışmamız bakımından önem taşıyan ayırım, hükümleri açısından satışlardır. Buna göre satışlar, kat'î, geri alma şartlı ve muhayyerlik bulunan satışlar olmak üzere üçe ayrılabilir⁸⁹.

Mal kavramına verilen anlama bağlı olarak, satım akdinin kapsamı genişlemekte veya daralmaktadır. Mal, hukukçularca farklı tanımlanan bir kavramdır. Hanefilere göre, insanlar arasında ekonomik değeri olan maddî varlıklara mal denmektedir. Diğer mezhepler tarafından yapılan farklı kapsamlarda tanımlar vardır. Ancak Ha-

⁸⁶ Halebî, C. 3, s. 64; Sâğirci, s. 498; Ekinci, s. 521.

⁸⁷ Ansay, s. 68.

⁸⁸ Ekinci, s. 521.

⁸⁹ Akgündüz, Külliyyat, s. 267; Kaşıkçı, s. 260.

nefiler, istisnaen de olsa menfaatlerin satılabileceğini kabul etmişlerdir. Bu durumda satımın konusu (mebî') ya menfaat ya da mal olabilmektedir. Menfaat olursa buna kira denmekte ve ayrı bir bölümde düzenlenmektedir⁹⁰.

Satım, 'malı mal ile mübadele etmek' olduğundan, bu tanıma sarf, trampa ve selem de girmektedir⁹¹. Satım akdi, hüküm ve kapsam bakımından dört kısma ayrılmaktadır. *Bey'* denilince günümüzde asıl anlaşılan, bir malın semen karşılığında satılmasıdır. Günlük hayattaki satışların çoğunluğu bu şekilde olup, buna mutlak satış veya sadece satış (bey'/bey'ü'l-mutlak) denmektedir⁹².

İkinci tür satım akdi, nakdi, nakde satmak veya para cinslerinin birbiri ile değişimidir. Burada, mübadele edilen iki tür paranın basılmış, dövülmüş ya da külçe olmasının bir önemi yoktur. Gümüşün gümüş, altının altın karşılığında satılması sırasında, eşit ağırlıkta ve peşin olarak verilmeleri gerekmektedir. Maden üzerinde yapılan işçilik ve yenileştirme etkinlikleri önem taşımamaktadır. Altın, altın karşılığında toptan satılırken, aynı satım meclisinde ağırlıklarının da eşit olduğu belirlenir ise, satım akdi geçerli olmaktadır. Fakat değiştirilen malların ağırlıkları farklı ise, akit geçerli olmamaktadır. Farklı madenlerin değişimi, aynı mecliste teslim alınmaları şartı ile, fazlalıklı olarak ve toptan yapılabilir⁹³. Günümüzde kambiyo işlemlerine karşılık gelen bu tür satıma, İslâm hukukunda *sarf* denilmektedir. Mecelle'de sarf yerine *akçe bozma* ifadesi kullanılmıştır⁹⁴.

Satımın üçüncü türünde, bir mal, bir başka mal ile mübadele edilmektedir. Buna trampa (*mukâyada/mukâyeye*) denmektedir⁹⁵. Günümüzde satım, 'malın para ile değişimi' olarak kabul edildiğinden, trampa ayrı bir akit türü biçiminde tanımlanmaktadır⁹⁶. Kural olarak, taşınır satımına ilişkin hükümler, trampaya da uygulanmaktadır⁹⁷.

⁹⁰ Aydın, s. 335-336; Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 23 (Mecelle m. 120).

⁹¹ Ansay, s. 65.

⁹² Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 22; Cin-Akgündüz, s. 646; Ekinci, s. 519. Sözleşme, ayn karşılığı deyn olursa mutlak bey' denmektedir (Bardakoğlu, Bey', s. 14; Karaman, s. 708).

⁹³ Örneğin, 2 dirhem bir dinara, 2 dinar 1 dirheme gibi... (Mavsilî, s. 175-177; Merginânî, C. 3, s. 138; Tahâvî, s. 168). Ayrıca bkz. Bardakoğlu, Bey', s. 14.

⁹⁴ El-Mavsilî, s. 175; Merginânî, C. 3, s. 136; Tahâvî, s. 165; Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 23; Ansay, s. 65; Bardakoğlu, Bey', s. 14; Kaşıkçı, s. 266; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 158; Cin-Akgündüz, s. 646, 649; Ekinci, s. 519; Karaman, s. 708. Sarf ile ilgili olarak, faizden kaçınmak bakımından, eşit miktarların değişilmesinde hassasiyet gösterilmesi gerektiğine ilişkin hadisler için bkz. Tahâvî, s. 165-166, dn. 224; Sâğirci, s. 507, 519; Karaman, s. 708.

⁹⁵ Halebî, C. 3, s. 11; Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 23; Sâğirci, s. 475, 512; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 158; Kaşıkçı, s. 266; Bardakoğlu, Bey', s. 14; Cin-Akgündüz, s. 646, 649; Ekinci, s. 520; Karaman, s. 709.

⁹⁶ Olgaç, s. 1, 209.

⁹⁷ Ş. Berki, s. 50; Ansay, s. 65.

Dördüncü satım türü, önceden satış anlamında *selem* (alivre/alevra) akdidir⁹⁸. Selemde, henüz olmayan bir mal, peşin para ile satılmaktadır (veresiye). Buna kısaca, “müecceli, muaccel karşılığında satmak” denmektedir⁹⁹. Kural olarak İslâm hukukunda konusu mevcut olmayan bir akit kurulamazken, selem bunun istisnasını oluşturan bir satım türüdür. Akde konu olan mal, akdin kurulduğu sırada mevcut olmadığı için ilerideki teslim anında uyuşmazlığa yol açmamak bakımından, daha başlangıçta esaslı şekilde belirtilmesi gerekmektedir¹⁰⁰.

Semenin (re'sû'l-mal)¹⁰¹ sözler verilirken belirlenmesi ve taraflar birbirinden ayrılmadan önce verilmesi (kabz) gerekmektedir. Selem, kural olarak misli mallarla kurulmakla birlikte, bunun hangi mallarda söz konusu olacağı (mebî) kazuistik yöntemle belirlenmiştir. Kıyemî mallar, altın ve gümüş gibi şeyler için selem yapılamaz¹⁰². Sürenin belli olması gerekmektedir. Eğer satım akdi sırasında süre söylenmez ise, bir ay olduğu kabul edilir¹⁰³. Selem, faizin yasak olması ve ipoteğin tanınmadığı bir hukuk sisteminde kredi ihtiyacını karşılayacak önemli bir işlev kazanmıştır¹⁰⁴.

Selemin tam aksine, malın derhal teslim edildiği fakat semenin geciktirildiği türden akitlere ise, “*nesie*” denmektedir¹⁰⁵.

Tahâvî, yapılışı bakımından satım akdini; “pazarlık yoluyla satım” ve “güven esasına dayalı satım” olmak üzere ikiye ayırmakta; murâbaha, tevliye ve vedia/vadia satışlarını, güvene dayalı satışların kısımları olarak belirtmektedir. Satım akdi, maliyet ile semen arasındaki ilişkiye göre¹⁰⁶ dörde ayrılmaktadır. Alış fiyatı açıklanmaksızın, fiyatın pazarlıkla ve götürü olarak belirlendiği toptan satışa, *bey'ül-müsâveme* denmektedir. Satıcının malı satarken, alış fiyatına (maliyet), belli bir kâr eklediği

⁹⁸ *Tahâvî Muhtasarı*'nda yapılan açıklamada, selemi, sipariş sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Bu görüşe göre, *sipariş* iki anlama gelmektedir. Biri satıcının elinde o an mevcut olmayan bir malı, bedelini peşin ödeyerek satın almak (selem); diğeri ise, ustasına malı yapması için talimat vermek (istisnâ) şeklindedir (*Tahâvî*, s. 185, dn. 251; *Karaman*, s. 709; *Akgündüz*, Külliyyat, s. 278).

⁹⁹ *Yazman*, s. 282; Mecelle m. 123.

¹⁰⁰ Mecelle m. 386. Selemin meşrûluğu Kitap, Sünnet ve icmâ ile kesindir (*Yazman*, s. 283, 285).

¹⁰¹ Sözleşmedeki satış bedeli olan semene, selem sözleşmesine özgü olmak üzere “*re'sûlmâl-i selem*” denmektedir (*Yazman*, s. 287).

¹⁰² *Ansay*, s. 68; *Yazman*, s. 291-292.

¹⁰³ *el-Mavsîlî*, s. 171; *Tahâvî*, s. 185; *Hacı Reşid Paşa*, C. 2, s. 23; *Üçok-Mumcu-Bozkurt*, s. 158; *Bardakoğlu*, Bey', s. 14; *Cin-Akgündüz*, s. 646, 650; *Yazman*, s. 298; *Kaşıkcı*, s. 261; *Ekinci*, s. 520.

Ebü Hanîfê'ye göre selemin, malın cinsi; türü; niteliği; miktarı; akdin süresi; taşıma ve masraf gerekli ise, teslim yeri; sermaye miktarına bağlı ise bunun miktarının bilinmesi olmak üzere, yedi şartı vardır (*Merginânî*, s. 122, 125; *Sâgirci*, s. 514; *Yazman*, s. 283). Dokuz sıhhat şartı olduğu konusunda bkz. *Cin-Akgündüz*, s. 650.

¹⁰⁴ *Yazman*, s. 281.

¹⁰⁵ *Ansay*, s. 68.

¹⁰⁶ *Tahâvî*, s. 176, dn. 237.

ve müşteriye, malın alış fiyatı ile ne kadar kâr koyduğunu söylediği türden satışlar *bey'ül-mürâbaha*'dır. Maliyetine, hiç kârsız yapılan satışlara, *bey'üt-tevliye* denir. Satıcının, malı almış olduğu fiyatı kırarak, daha düşük/zararına satışına ise, *bey'ül-vedial vadi'a*¹⁰⁷ denmektedir¹⁰⁸.

Bundan başka satım akdi, yapılan satışların şekline göre de değişik sınıflandırmalara tâbî tutulabilir. Sonradan toplam bedeli verilmek üzere, belli bedelle yapılan *bey'bil-isticâr*; kararlaştırılan belli süre içerisinde, satılanı geri almak şartıyla yapılan *vefâlı satış* (*bey' bi-l-vefâ*)¹⁰⁹; satanın, sattığı malı kiraladığı *bey'bi-l-istiğlâl*¹¹⁰; kesin satış, *be'y-i bât*¹¹¹ ve hükümsüz satış anlamına gelen *be'y-i bâtıl* bunlar arasında sayılabilir¹¹².

C. Mecelle-i Abkâm-ı Adliyye'de Satım Akdi

Mecelle'de satım akdi, Kitab'ül-Büyü başlığı altında genel ilkelerden hemen sonra Borçlar Hukuku'nun ilk kısmında düzenlenmiştir. Bir giriş (mukaddime) ve yedi babdan oluşmaktadır. *Ebussuûd Efendi*'ye göre, satımın, kira, kefâlet ve havâle gibi diğer hukukî işlemlerden önce ele alınması gerekmektedir¹¹³.

Girişte, satıma ilişkin hukukî terimlere yer verilmiştir. Bu düzenlemede tanım ve unsurlar bakımından Hanefî mezhebinin izleri görülmektedir. Mecelle'nin 101'inci maddesine göre icap, satım işlemini kurmak için, satıcı veya alıcıdan biri tarafından ilk önce söylenen söz olup, akit bununla ispat olunmaktadır. Aynı kanunun 102'nci

¹⁰⁷ **Ebû Zehrâ**, s. 400; **Bardakoğlu**, Bey', s. 19; **Cin-Akgündüz**, s. 650; **Karaman**, s. 710.

¹⁰⁸ **Ebû Zehrâ**, s. 400; **Ansay**, s. 68; **Bardakoğlu**, Bey', s. 19; **Karaman**, s. 710-711. Götürü pazarı veya götürü anlaşmayla yapılan satışa *cüzâf* veya *mücâze* de denmektedir (**Halebî**, C. 3, s. 10; **Sâgirci**, s. 502; **Cin-Akgündüz**, s. 650; **Ekinci**, s. 518).

¹⁰⁹ **Aydın**, s. 361; **Bardakoğlu**, Bey', s. 19; **Karaman**, s. 497; **Demir**, Yargılama, s. 170. *Bey'bi-l-vefâ* (*vefâlı satım*), paraya ihtiyacı olan bir kişinin (satıcı) malını belli bir bedel karşılığında alıcıya (borç/kredi veren) satmasıdır. Ancak burada satımdan farklı sonuçlar umulmaktadır. Çünkü alıcı, satıcının aldığı semeni geri ödemesi için aralarında kararlaştırdıkları süre dolunca kadar malı, satım, bağış vb. hukukî muamelelere konu edemez. Alıcı (borç veren) para geri ödendiği anda, malın mülkiyetini eski sahibine geçirmekle yükümlüdür. Bunun kredi sağlamak için yapılan, rehin ile satım karışımı bir sözleşme olduğu söylenebilir (**Bardakoğlu**, Vefâ, s. 21; **Kaşıkcı**, s. 262; **Ekinci**, s. 521).

¹¹⁰ *Bey' bi-l-istiğlâl* (*kira şartlı satım*); kredi temin etmek isteyen satıcı, evini alıcıya borç para karşılığında satmakta, belirlenen borcu ödeme süresi zarfında alıcı (borç veren), evi kimseye sata-mamakta ve süre sonunda, borç ödenmediği takdirde, alıcı malın gerçek maliki olup, tasarruf yetkilerine sahip olmaktadır. Vefâlı satıştan farkı, süre boyunca satıcının kendi evinde oturmaya devam ederek bunun karşılığında alıcıya kira ödemesidir. Kira parası alıcı bakımından bir tür kazanç (faiz benzeri) olmaktadır. Kira şartlı satım, rehin hükmünde bir sözleşmedir (**Halebî**, C. 3, s. 11; **Hacı Reşid Paşa**, C. 2, s. 21; **Aydın**, s. 362; **Bardakoğlu**, Vefâ, s. 21; **Karaman**, s. 499).

¹¹¹ Mecelle m. 117; **Kaşıkcı**, s. 262.

¹¹² **Halebî**, C. 3, s. 10, dn. 1; **Ekinci**, s. 521.

¹¹³ **Ali Haydar Efendi**, C. 1, s. 131.

maddesine göre, kabul ise, işlemi kurmak için icaptan sonra ona cevap olarak açıklanan beyan olup; kabul ile hukukî işlemin kuruluşu tamam olmaktadır¹¹⁴.

Mecelle'nin 103'üncü maddesine göre satım, satıcı ve alıcı olmak üzere iki tarafın, icap ve kabul şeklindeki irade beyanlarının uyuşarak bağlanması (akd) olup; tarafların belli bir konuyu borçlanmaları (iltizam) ve yüklenmelerini gerektirmektedir (taahhüt). Ayrıca 105'inci maddeye göre satım, malı mala değiştirmek, bir başka ifade ile malı, mal karşılığında temlik etmektir. Satım akdi bu bağlamda kurulmuş (münakid) ve kurulmamış (gayrimünakid) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kurulmuş olan akde, mutlak satım denmektedir. Buradaki mutlak satım, bey'in "bir şeyi diğer bir şey ile değiştirmek" demek olan genel sözlük anlamını esas almaktadır¹¹⁵. Mutlak satım dendiğinde daha çok akla gelen ve en bilinen satım, semen karşılığı mal değişimine dayanan satım akdidir¹¹⁶. Kurulmuş satımlar; sahih, fâsid, nafız ve mevkuf satım olmak üzere dört kısma ayrılmaktadır¹¹⁷.

Teslime uygun durumdaki mal ve semenin; sonuç itibarıyla, taraflara mülkiyeti geçirilecek şekilde beyanların uygunluğu sağlandığı zaman, akid kurulmaktadır (Mecelle m. 104). Bu şart, sahih ve fâsid satımda sağlandığı hâlde, bâtıl akitte sağlanmaktadır¹¹⁸.

Mecelle'de tüm satım türlerine ayrı hükümler tahsis edildiği görülmektedir. Bunlardan birisi de çalışmamızda konu edilen "bey-i-bât"tır. "Bât", "kesmek" anlamına gelen kelimeden türemiştir. Kat'î/kesin satış olarak tanımlanan bey'-i bât, Mecelle'nin 117'nci maddesinde düzenlenmiştir. Sözü geçen kavram, kimi zaman vefâlı satışın¹¹⁹, kimi zaman da seçimlik (bey'bi'l-hıyâr) satışın¹²⁰ karşıtı olarak kullanılmaktadır. Bir başka ifade ile kesin satış, vefâlı veya seçimlik olmayan satışlardır. Ancak daha çok ikinci anlamında kullanılmaktadır¹²¹.

Hattâ "bât pazarı"nın ismi dahi orada satılan mallarda, akdin taraflarının mu-

¹¹⁴ Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 132-133; Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 2, 7-8; Akgündüz, Karşılaştırmalı, s. 67-68.

¹¹⁵ Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 134, 135; Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 10, (Mecelle m. 105); Kaşıkçı, s. 250. Satımın tüm tanım ve hükümleri alım (şirâ') için de geçerlidir (Ebussuûd Efendi'den aktaran, Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 134).

¹¹⁶ Mecelle m. 120; Akgündüz, Karşılaştırmalı, s. 68-69.

¹¹⁷ Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 135 (Mecelle m. 106); Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 22-23 (Mecelle m. 120); Akgündüz, Karşılaştırmalı, s. 67.

¹¹⁸ Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 134; Akgündüz, Karşılaştırmalı, s. 67; Kaşıkçı, s. 250, 265.

¹¹⁹ Örneğin, *Redd-i Muhtar*'da bu anlamda vefâlı satışın karşıtı anlamında kullanılmıştır (Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 139). Ayrıca bkz. Akgündüz, Karşılaştırmalı, s. 68.

¹²⁰ Örneğin, *Bezzâziye*'de, seçimlik satışın karşıtı olarak kullanılmıştır (Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 139).

¹²¹ Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 139; Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 19; Kaşıkçı, s. 262.

hayyer olmadıklarını ifade etmek için seçilmiştir. Bu pazarda satılan ve alınan şeyler için muhayyerlik olmadığından “bat pazarı” denilmiştir¹²².

Diğer satım türlerinden olan vefâlı satış, Mecelle'nin 118'inci; kira şartlı vefâlı satış, 119'uncu; sarf, 121'inci; trampa, 122'nci; selem, 123'üncü ve istisnâ ise, 124'üncü maddesinde tanımlanmıştır.

Ayrıca satım akdinin kurulmasıyla birlikte malın mülkiyeti karşı tarafa geçtiği için, eşya hukukunun mal ve türleri ile mülkiyet kavramlarına da Mecelle'de yer verildiği görülmektedir (Mecelle m. 125-129).

II. İZMİR ŞEHRİ 29-30 NO'LU ŞER'İYYE SİCİLLERİNDE YER ALAN BEY-İ BÂT'IN ÖRNEK OLAYLARLA İNCELENMESİ

A. Genel Açıklama

Şer'îyye Sicilleri'nde en sık rastlanan satım akdi türü olan kesin satıma ilişkin örnekler incelendiğinde, tarafların hâkim karşısında, “paranın verilip, malın teslim alındığını” belirttikleri bir usûle yapıldığı görülmektedir. Kesin satımın en önemli ve ayırt edici özelliği, akit yapıldıktan sonra akitten dönülemezdir.

B. Bey'-i Bât

Osmanlı Devleti'nde yapılan ev, tarla, dükkân ve benzeri gayrimenkullerin satışlarında değişik satım akitleri kullanılmıştır. Ancak bu akitler içinde en yaygın olanı kesin (kat'î) satış anlamına gelen “bey'-i bât”dır. Bu satış türünde, tarafların aralarında anlaşmış oldukları satım bedeli nakit olarak ödenmekte ve satıcı, akdin kurulması ile birlikte, sattığı mülküyle her türlü ilgi ve alâkasının kesildiğini beyan etmektedir. Bunun nedeni, ileride mülkiyet iddiasıyla veya semene ilişkin iddialarla bir dava açılmayacak olmasıdır. Neticede taraflar karşılıklı bir şekilde birbirlerini ibrâ ederek akdi kesinleştirmektedirler.

C. Diğer Satım Türleri

Ev satışlarında kullanılan bir diğer satım akdi türü, vefâen satış (bey' bi'l-vefâ) denilen ve belirli bir süre içinde satılan malı geri almak şartıyla yapılan akittir. Vefâlı satış, bir yönüyle rehin, bir yönüyle fâsid satışa benzemektedir (Mecelle m. 118)¹²³.

Vefâlı satışlarda, genellikle altta yatan bir borç akdi vardır. Aslında satıcı, alıcıya borçlanmaktadır. Bu borcuna karşılık gayrimenkulünü, alıcıya satmaktadır. Ancak

¹²² Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 19 (Mecelle m. 117).

¹²³ Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 19-20; Aydın, s. 361

asıl maksat gayrimenkulün satılması değil, borç ödeninceye kadar, geçici bir süreyle alıcının kullanımına verilmesidir. Satıcının amacı, borcunu alıcıya ödediğinde evine yeniden kavuşmaktır. Satıcı konumunda olan borçlu, satım akdi sırasında belirlenen süreye kadar borcunu öderse, sattığı evi geri alabilecek; ancak ödeyemezse, sattığı evin mülkiyeti, mutlak satış hükümlerine uygun bir şekilde karşı tarafa geçecektir.

Dolayısıyla bu tür bir satım akdinde, alıcının, belirlenen süre içinde evi satması veya bir başka hukukî tasarrufa konu edememesi gerekmektedir. Ancak alıcı, evi kullanabilir ve semerelerinden yararlanabilir. Geri alma şartlı bir satış söz konusu olduğu için, taraflar diledikleri zaman bu akde son verebilmekte; alıcı verdiği semeni, satıcı ise evini geri alabilmektedir. Akit, bu yönleriyle, tam ve kesin satıştan ayrılmaktadır¹²⁴.

Ç. İzmir Şehri Sicil Kayıtlarındaki Satım Akdine İlişkin Kalıplaşmış Kullanımlar ve İfadeler

Sicil kayıtlarındaki satım akitlerinde kullanılan bazı ifadeler, mahkeme kaydının kalıplaşmış tabirleri hâline gelmiştir. Bunların bilinmesi kayıtların daha kolay ve hızlı okunmasını sağlaması bakımından önem taşımaktadır. Örneğin, mahkeme yerine "...Meclis-i Şer'i Hâtır-ı lâzım-ı tevkir.." (Hatır ve Saygı gerektiren şer'i mahkeme) veya "... inde-ş-şer'i'n-nûr-u şerif'te..." (nurlu şereflî şer'i mahkeme) gibi sıfatlar kullanılmıştır¹²⁵. Sicil kaydının başlangıcında tarafların kimlik bilgileri, satıma konu malın genel özellikleri yer almaktadır¹²⁶. Akdin konusu, gayrimenkul satışı ise, gayrimenkulün bulunduğu şehir (Medine-i İzmir) ve mahallesi yazılmaktadır.

Gayrimenkulün sınırları, dört tarafında kimler olduğu, komşuları sayılmaktadır¹²⁷. Satılan malın satıcıya ait olduğunu belirten bir belge sunulmaktadır. İcap ve kabul beyanlarında "... şurût-ı müfside ..." ¹²⁸ bulunmadığı ve akdin "bey'-i bat-ı sahih-i şer'i" olduğu belirtilmektedir. Satın alma işlemi, alıcının ağzından, "... iştirâ, temellük, tesellüm, kabz ve kabul eyledim" şeklinde yazılmaktadır. Beyanların, bütün

¹²⁴ Aydın, s. 361. Akit aslında bir tür rehin gibi düşünülebilir. Fakat rehinde, sözleşmeye konu malın rehin alan tarafından kullanılması ya da semerelendirilmesi mümkün olmamaktadır. Rehin verenin, karşı tarafa malı kullanması için izin vermesi durumunda dahi, hukukçular bunun faiz olabileceğinden söz ederek uygun bulmamışlardır (Aydın, s. 361).

¹²⁵ Genel olarak diğer şehir sicillerinde de mahkemeyi ifade etmek üzere benzer kavramlar kullanılmıştır. Karşılaştırmak için bkz. Günay, s. 18.

¹²⁶ Genel olarak diğer şehir sicillerindeki durum ile karşılaştırmak için bkz. Günay, s. 20.

¹²⁷ İzmir sicillerinde yön belirterek yer belirleme yapılmamıştır. Genel olarak diğer şehir sicillerindeki durum ile karşılaştırmak için bkz. Günay, s. 19.

¹²⁸ Hanefî mezhebi akitlerde şart koşma özgürlüğünü en fazla kısıtlayan mezheptir. Bu bakımdan akde konan şartlar üçe ayrılmıştır. Bunlar akdi bozmayan, geçerli (muteber) şartlar; akdi bozmayan fakat geçerli olmayan şartlar ve akdi bozan, yani geçersiz şartlardır. Şartlar, Mecelle'nin 186-189'uncu maddelerinde düzenlenmiştir (Karaman, s. 568).

satım kayıtlarında olduğu gibi, kalıplaşmış bir şekilde “tarafeynden icap ve kabulü hâvî şurût-ı müfsideden ve muvazaadan âri, bey’i bât-ı sahih-i şer’ ile bi’l-asâle ve bi’l-vekâle ...” hukuka uygun şekilde yapıldığı belirtilmektedir¹²⁹.

Taraflar beyanlarında, birbirlerinin zimmetini kabul etmek sûretiyle, “ibrâ-i âmm-ı sahih-i şer’î (genel/umumî ibrâ) iskat ...” ettiklerini belirtirler. Tarafların bu beyanlarının ardından da “... ikrar-ı tâm ve takrir-i kelâm ...” ettikleri yazılır.

Tarafların beyanlarının ardından sicilün en sonunda “... didikte (dediklerinde), gibbe’t-tasdik-i şer’î meavekaâ bittalep ketb olundu” ifadesi yer almakta ve beyanların, tarafların talebi üzerine kaydedildiği anlatılmaktadır. En sonunda ise şühüdül-hâlin¹³⁰ adları ve “muhzır-ı şerif¹³¹ huzurunda” kaydı ile tarih bulunmaktadır. Her sicil kaydının sağ yan tarafındaki sayfa boşluğuna, dikine olacak şekilde akdin/davanın konusu, adı ve semeni yazılmaktadır.

Öncelikle satılan gayrimenkulün satıcının mülkü olduğunu ve hangi yolla malik olduğunu isbat eden, günümüz tapu kaydının yerine geçen bir belge sunulmaktadır. Her ne kadar günümüzde gayrimenkul alım satımları mahkeme huzurunda yapılsa da, gayrimenkulle ilgili bir uyuşmazlık hâkim karşısına geldiği zaman, hâkim öncelikle gayrimenkulün tapu kaydını istemektedir. Aşağıdaki kayıtlarda konu ile ilgili örnekler verilmiştir.

D. Örnek Sicil Kayıtları

1. Dükkân Satışı

Dükkân satışlarında dükkânın kaç bâb’dan (kısım, bölüm) meydana geldiği belirtilmektedir. Bunun yanı sıra yerin/muhitin, fiyatı etkilediği görülmektedir.

İzmir şehrinin¹³² 29 no’lu şer’iyye sicil defterinin birinci sırasında bir dükkân satımı kaydı yer almaktadır. Burada *Ahmed Râgıp Efendi*, Medine-i İzmir’de, Kasap

¹²⁹ Diğer şehirlerdeki şer’iye sicillerinde de aynı şekilde icap ve kabulün tam olarak gerçekleştirilmesine önem verildiği görülmektedir. Karşılaştırmak için bkz. **Günay**, s. 18.

¹³⁰ *Şühüdül-hâl*; mahkemelerde adil karar verilip verilmediği veya kadınlara baskı yapıp yapılmadığı gibi hususları denetleyen bir nevî yargılamanın gözlemcileridir. Eğer bilgileri varsa hâkim zaman zaman bu kişilere dava konusu ile ilgili soru da sorabilmekte idi. Bu yönü ile bilirkişilik nitelikleri de vardı. Ancak karara karışamazlardı (**Aydın**, s. 84; **Cin-Akyılmaz**, s. 179; **Fendoğlu**, s. 408; **Ekinci**, s. 377). Genel olarak diğer şehir sicillerindeki durum ile karşılaştırmak için bkz. **Günay**, s. 21.

¹³¹ *Muhzır (çuhadar)*; şer’î mahkemede hâkime yardımcı görevlilerden birisidir. Tarafların mahkemede hazır bulunmasını sağlar. Mahkemenin düzenini sağlama ve bir yerden bir yere evrak taşıma gibi işlerle ilgilenir. Zorunlu hâllerde kâtiplik de yapmışlardır. Nizamiye mahkemelerinde, mübâşir ünvanını alan görevliler, günümüzde de aynı adla mahkemede yer almaktadır (**Ekinci**, s. 378; **Demir**, Yargılama, s. 50; **Yılmaz-Demir**, s. 242).

¹³² Şer’î sicillerde kullanılan ifade “Medine-i İzmir”dir.

Hızır mahallesinde, *Yamandı'nin* sâkin olduğu menzile (ev) gelerek aşağıdaki kayıtta isimleri yazılı kişilerin yanında akid meclisinde, şer'i-âli ebniyesinde, Devlet-i Âliye tebâından olan, sözü geçen (merkum) *Yamandı* ve kardeşi *Atnaş oğlu Nikola*, getirilen vesikada ikrar-ı tam ve takrir-i kelâm etmişlerdir.

Sicil kaydında öncelikle akdin tarafları ile akde konu olan evin yeri; etrafında-ki komşuları belirtilerek açıkça tarif edilmektedir. Sözü geçen şehirde Kovancılar Çarşısı'nda bulunan; bir tarafı *Sekizzâde Abdülkadir Efendi İbni Mahmud*, iki tarafı Samancı zevcesi *Hadice Hanım*'ın (binti Abdullah) dükkânları ve dördüncü tarafı anayol ile sınırlı, bir bab (bölüm/kısım) kasap dükkânı satılmaktadır.

Kayıttan, satıcının 1246 yılı Ramazanının ilk günü tarihli evrak olan bir *mülknâme-i hümayûn*¹³³ sunarak, malın kendisine ait olduğunu belirttiği anlaşılmaktadır. Bu mülknâme “...kasap dükkânı, 1246 senesi Ramazan-ı Şerif'in gurrası (ilk günü ve gecesi) tarihi ile muvarraka ve bâlâsı (üzeri) *Tağdây-ı Giray Hz. Cihanbânî* ile muvassah (bayındır) ve müzeyyen (bezeli) bir kıt'a mülknâme-i hümayûn mantuk-ı münifi üzre aktrat-ı suduruna (gelişine) kadar elimizde (yedimizde) mahkeme ve hak-kımız olmakla biz dükkânı...” ifadeleriyle anlatılmıştır.

Ardından alıcı, söz konusu dükkânı tarafeynden, icap ve kabul ile aldığı belirtilmektedir. Fakat beyanı oldukça detaylıdır. Öncelikle icap ve kabul beyanlarında akdi fesada uğraticı nitelikteki herhangi bir şartın (şurut-ı müfside) bulunmadığı söylenmiştir. Kurulan bu akit, “bey'i bât-ı sahih-i şer'i” (tam/sağlam satış) olarak nitelendirilmiştir.

Alıcı, semen olarak iki yüz adet yüzlük Osmanlı lirası vermiştir. Satım, temlik ve teslim işlemlerinin, yazıldığı şekilde, yapıldığı ifade edilmiştir. Satıcı, semen olan meblâğın; yani iki yüz adet Osmanlı lirasının, alıcı (*Marino*) yedinden kendi sarfına tamamen verildiğini ve kendisinin bunu aldığını (*ahz ve kabz*), sicile kaydettirmiştir. Alıcı da, akde konu dükkânı satın aldığını (iştirâ), maliki olduğunu (temellük), teslim aldığını (tesellüm), kabz ve kabul ettiğini belirtmiştir. Söz konusu satımda taraflar, her biri diğerinin zimmetini kabul etmek sûretiyle ve bunu içeren, hukuken sahih ve genel bir ibrâ (*ibrâ-i âmm-ı sahih-i şer'i*) ile birbirlerini iskat ettiklerini belirtmişlerdir.

¹³³ *Mülknâme*, hükümdar tarafından İslâm hukukuna uygun olarak, mal sahipliğinin bir veya birkaç kişiye verildiğini gösteren ferman/belgedir (**Pâkalın**, C. II, s. 613; **Cin**, s. 6, 8, 10). Bu belgeye, “*mülknâme-i hümayûn*, *temliknâme* veya *temliknâme-i hümayûn*” da denmektedir. Osmanlı Devleti'nde gayrimenkul mülkiyeti hakkı sahibi olabilmek, mülknâme alabilmeye bağlıdır. Bunun için bazı şartları yerine getirmek gerekmektedir. Fethedilen topraklar, ilk aşamada, mîrî topraklar olarak kabul ve ilân edilerek, padişah tarafından temlik edilmişlerdir. Mîrî araziden ayrılan bu tür topraklara “*mülk topraklar*” denmiştir. Bu topraklar içerisinde, fetih sonrasında fâtihlere verilen temlikler, memleketi imâr ve iskân ile devlete hizmeti geçen memur ve askerlere yapılan temlikler ve usulüne göre satılarak semeni tahsis edilen topraklar (sahih temlikler) bulunmaktadır (**Bar-kan**, s. 237; **Akgündüz**, İrsad, s. 450).

Satıcı, bundan sonra söz konusu dükkânla hiçbir ilgisinin ve ilişkisinin kalmadığını; dükkânın artık, alıcı *Marino*'nun mülkiyetinde (mülk-ü müşterâsi) ve hakk-ı sarfında olduğunu da beyanlarına eklemiştir. Bu satım işlemi mahkeme siciline, “ta-
rafların talebi üzerine” (bi't-talep) kaydedilmiştir¹³⁴.

Satımın sicile kayıt tarihi, 1 Mayıs 1289'dur (13 Mayıs 1873). Kaydın altında şühudü-l hâl olarak *Fırıncı Foti veledi (oğlu) Baba Digola*'nın adı yer almış ve “muh-
zır-ı şerif huzurunda” kaydı düşülmüştür.

Satımla ilgili diğer kayıtlar arasında benzer özellikler taşıyan Fenerci İsmail Satı-
ş¹³⁵, Hamutçu (semerci) Halil Satış¹³⁶, Akima Satış¹³⁷ ve Kâime Satış¹³⁸ (mübâyaa-
ası) bulunmaktadır.

2. Ev (Emlâk) Satışı

İncelenen sicile tescil edilmiş örnek satım akdinde¹³⁹, İzmir'de Câmi-i Atik ma-
hallesinde oturan Elmaszâde *el-Hâc Abdülkâdir Efendi* İbni Abdülkadir İbni Hacı
Muhammed ile *Halil Süleyman Hilmi Efendi* İbni el-Hâc Muhammed Emin İbni
Halil adlı kişilerden her biri Nurlu Şereflî Hukuk Meclisi'nde (Meclis-i şer'i-şerifi'
n-nur) hazır bulunmuşlardır. Abdullah kızı Lâtife tarafından getirilen belge ile ma-
lın mülkiyeti ortaya konulmuştur. Ayrıca satıcı, malın kendi zilyetliğinde olduğunu
beyan etmekle birlikte, satılan mülkte başkasının ortaklığı bulunduğunu söylemiştir.

Turan sokağında dokuz numarada kayıtlı; bir tarafı, müteveffâ Topal Hasan mi-
rasçıları zevcesi Aişe ve kızı Hediye Hanım, bir tarafı rençber Zenci Cuhud ve zevcesi
Ferâhi'nin evleri ve bir tarafı kendilerinin ve diğer evleri (menzil) ve dördüncü tarafı
ise özel yoldur (tarik-i hâs). Satıma konu ev, iki (fevkânî) katlı olup alta (tahtânî)
ve üstte toplam beş bâb oda, bir mutfak (matbah), bir tuvalet ve bir miktar bahçe-
den (havlu/avlu) oluşmaktadır. Bu ev tüm müstemilât, eklenti (levâhık) ve haklarıyla
birlikte satılmaktadır. İcap ve kabulün, hiçbir fâsid şart ve muvâzaa içermediği be-
lirtilmektedir. Yapılan satışın, kesin satış olduğu “bey'i bât-ı sahih-i şer” ifadesinden
anlaşılmaktadır. Ardından evin, alıcı Lâtife Hanım'ın vekiline bey', teslim ve temlik
edildiği belirtilmiştir. Karşı tarafın “...bervechi muharrer iştirâ mülki temellük ve
kabz ve kabul eyledi..”ği ifade edilmiştir¹⁴⁰.

¹³⁴ İzmir, 29 no'lu Şer'iyye Sicili, No: 1.

¹³⁵ İzmir, 29 no'lu Şer'iyye Sicili, No: 2.

¹³⁶ İzmir, 29 no'lu Şer'iyye Sicili, No: 4

¹³⁷ İzmir, 29 no'lu Şer'iyye Sicili, No: 6.

¹³⁸ İzmir, 29 no'lu Şer'iyye Sicili, No: 7.

¹³⁹ İzmir, 30 no'lu Şer'iyye Sicili, No: 4, s. 2, Kayıt no: 1.

¹⁴⁰ Kayıtta geçen “mülk-ü müşterâ-i's-sahih” ifadesi, doğrudan doğruya satın alma ile elde edilen
mülkiyet hakkını; “hakk-ı sarih” ise, açıkça alıcının hakkı hâline geldiğini ifade etmektedir.

Daha sonra satıcının ağzından, semen olarak kararlaştırılan 8.000 kuruşun “müşterie-i müvekkile-i mezbûre”nin elinden peşinen ve tamam olarak (bittamam ve'l-kemâl) alındığı ikrar edilmiştir. Böylece yine satıcının ağzından, kendisinin artık söz konusu ev ile hiçbir ilgi ve bağı kalmadığı açıklanmıştır. Satıcı ayrıca “nasıl isterse o şekilde ve ihtiyariyle malik(e) ve mutasarrıf(a) olsun” demiştir.

Sicilde kayıtlı bir başka örnek satım akdine¹⁴¹ konu olan gayrimenkul, Câmî-i Atik mahallesindedir. Mustafa bin Abdullah adlı kişi burada ikâmet ederken önceden vefat etmiş ve geriye mirasçı olarak kalan nikâhlı eşi, Halil kızı Aîşe ile büyük oğulları Emral ile Salih'e haber verilerek şer'i mahkemede kimlik tespiti yapılmıştır.

Kendilerine kalan ev, büyük oğul Emral ve ölenin zevcesi Aîşe tarafından satılacaktır. Satım işlemi, oğul Emral asâleten kendisi¹⁴²; Aîşe ise vekâleten hukukî temsilcisi vasıtasıyla beyanda bulunmuşlardır. Beyanların verilmesi; satım işlemi ve paranın alınması (kabz-ı semen) aşamalarında, Aîşe'nin vekili konusunda bilgisi olduğu anlaşılmaktadır. Bu konuda Berber Mustafa Usta ibni İbrahim ve Yoğurtçu Ahmed ibni Yusuf adlı kişiler, açıkça karşılıklı gelen taraflar huzurunda (mazhar-ı hasm-ı câhidde) şahitlik etmişlerdir.

Emral, asâleten bir belge ibraz ederek sundukları bu belgenin, sözü geçen mahalle, tarafından getirilen bir kıt'a mühürlü ve geçerli yazılı emlâk kayıt belgesinin ifadesine göre, murisin hayatında ölene kadar elinde mülkü olup, öldükten sonra kendilerine ait gelir getiren mülkleri olduğunu söylemiştir.

Ardından söz konusu emlâkın kapı numarası belirtilerek, komşuları tespit edilmiştir. Evin bir miktar bahçesi vardır. Akdin, “tarafeynden icap ve kabulü hâvî şurût-ı müfsideden ve muvazaadan âri, bey'i bât-ı sahih-i şer' ile bi'l-asâle ve bi'l-vekâle ...” hukuka uygun şekilde yapıldığı belirtilmiştir.

Ayrıca malın, satıcı tarafından alıcıya satılmış, temlik ve teslim edilmiş olduğu da beyan edilmiştir. Karşı taraf bunu kabul ettikten sonra iştirâ, temellük, tesellüm ve kabz ettiğini söylemiştir. Bu kez satıcılar, semenin tamamı olan 2200 kuruşu, alıcının elinden; hem asâleten, hem vekâleten peşinen ve tamamen aldıklarını söylemiş ve işlemi tamamlamışlardır. Son olarak, her satım akdinde yazılı olduğu gibi; satıcılar sattıkları evle ilgili olarak kendilerinin asla bir ilgi ve alâkaları kalmadığını belirtmişlerdir. Bunu ifade ederken alıcının, malın yeni maliki olduğu; “*mülk-i müşterâ-i sahib hakkı* olmuştur” ifadesi kaydedilerek ortaya konulmaktadır.

3. Hazine Arazisindeki Tasarruf Hakkının Devri ile Üzerindeki Mülk Bina ve Ağacların Satışı

Medine-i İzmir'de Kasap Hızır mahallesinde oturan Zencirci Yorgi Minardu

¹⁴¹ İzmir, 30 no'lu Şer'iyye Sicili, No: 4, s. 2, Kayıt no: 2.

¹⁴² Genel olarak diğer şehir sicillerindeki durum ile karşılaştırmak için bkz. Günay, s. 18.

veledi Andrea (Andrea'nın oğlu) veledi Etam (?) Devlet-i Aliyye tebaasından olup, mahkemede hazır bulunmuştur. Kasaboğlu Enesti Efendi veledi Antaş'ın muvacehesinde ikrar-ı tam ve takrir-i kelâm edip, elinde bulunan yazılı belgeyi sunmuştur. Buna göre biraz sonra yapılacak olan alım-satım akdine konu olan emlak, şehrin dışında Göztepesi denilen yerde, 39 numarada kayıtlıdır.

Bir tarafı Yorgancı David veledi Artin ve iki tarafı Hekim Yon Petri mirasçıları olan sağ kalan eşi Roza ve oğulları Petro Leon ve Nikoli ve Covani bağları ve dördüncü tarafı genel yol (tarik-i âmm) ile sınırlıdır. Burası, iki dönüm mîrî arazi (arz-ı mîrî) üzerine kurulmuş (mebnî) ve dikilmiş (mağruse) kule ve beş gövde (beş sak) yemiş ve on gövde dut ve sair meyve veren ve vermeyen ağaçları kapsayan bir parça (kır'a) bağ ile binalar, ağaçlar ve hazine arazisine dikilen şeyler ve memlükelerinden oluşmaktadır. Sözü geçen yapılar, tarafların icap ve kabulü içeren beyanlarıyla, fâsîd şart ve muvazaa olmaksızın, kesin satışla satılmıştır. Alıcı Enesti Efendi bunun karşılığında satıcıya 13 700 kuruş semen vermiştir.

Bu satım akdi, hazine arazisini içermesi bakımından, özellik taşımaktadır. Osmanlı Devleti'nde, mîrî arazilerin çıplak mülkiyeti (rakabe) devlete ait olup, ancak tasarruf hakları özel kişilerde bulunabilirdi. Toprak mülkiyetinde parçalı mülkiyet esası uygulanmıştır. Toprak mülkiyetinin bir parçası olan rakabe devlete ait olmakla beraber, ziyelik ve tasarruf hakkı mutasarrıf denilen kişide bulunmakta; toprak, mutasarrıf tarafından ekilip biçilerek gelir elde edilmekte ve devlete vergisi ödenmektedir. Toprak nitelikli gayrimenkullerin satımı, menkullerden farklı olmaktadır. Burada el değiştiren, çıplak mülkiyet değil, tasarruf hakkıdır. Bu nedenle yapılan devir işlemine tam mülkiyeti devreden satım akdi değil; mîrî arazinin ferağ denmektedir¹⁴³.

Ferağ işleminde arazinin mutasarrıfı, bu arazi üzerindeki tasarruf hakkını devletin izni ile bedelli veya bedelsiz olarak başkasına devretmektedir. Ferağın hukukî niteliğinin kira veya tasarruf hakkının terki olduğu konusunda, doktrinde farklı görüşler vardır¹⁴⁴.

Ferağ işleminin geçerlilik şartları; tarafların tam fiil ehliyetine sahip olmaları ve rızaların bulunmasıdır. Arazi ferağ işlemi yapıldığı zaman, arazi üzerinde bulunan ve kendiliğinden yetişmiş olan ağaçlar, bütünleyici parça (mütemmim cüz) kapsamında ferağa dâhil olmaktadır¹⁴⁵. Ancak ağaçlar mutasarrıf tarafından memurun izni ile dikilmiş ise, veya izinsiz dikilse bile, ekme tarihinden itibaren üç yıl geçmiş ise, mutasarrıfın mülkü sayılmaktadır¹⁴⁶.

¹⁴³ Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 163; Cin, s. 176-179; Cin-Akyılmaz, s. 541; Aydın, s. 374; Fendoğlu, s. 565; Demir, Hukuk Tarihi, s. 210.

¹⁴⁴ Cin, s. 167-170; Cin-Akyılmaz, s. 541; Aydın, s. 374

¹⁴⁵ Cin, s. 201; Cin-Akyılmaz, s. 542; Aydın, s. 374-375. Ayrıca bkz. Arazi Kanunnâmesi m. 48.

¹⁴⁶ Arazi Kanunnâmesi, m. 25.

Mülk ağaçların ferağa dâhil olabilmesi için, lehine ferağ yapılan kimseye, ayrıca satılması gerekmektedir. Satıcı (ferağ eden) mîrî arazideki ağaç ve binaları satmak isterse, araziye de aynı alıcıya ferağ etmek zorundadır. Ağaç ve binalar başka, arazi başka kimselere devredilememektedir¹⁴⁷.

Osmanlı Devleti hukukunda ferağ da satım gibi, vefâlı (vefâen), kiralı-vefâlı (is-tiğlâlen) ve ölünceye kadar bakmak/beslemek şartlarıyla yapılabilmektedir¹⁴⁸.

Enesti Efendi satışının (mübâyâası) sicil kaydında, bu durum, arazi üzerine bina edilen ve ekilmiş bulunan malların "... 13 700 kuruşa bey' ve temlik ve (hazine) yerini dahi sahibinin rey'i ile (bâ'ârâ'yi-sahib-i arz) 6 300 kuruşa ve toplam 20 000 kuruşa, Enesti Efendi'ye ferağ ve tefviz ve teslim eylediğinde... " şekilde ayrı ayrı belirtilmektedir. Buna karşın karşı taraf (alıcı), arazi ve üzerindeki, yazıldığı şekilde satın aldığı (işтира), temellük, teferrûğ (ferağ işlemiyle devralan), tefevvüz (tefvizi devralan), tesellüm, kabz ve kabul ettiğini ifade etmiştir. Ardından paranın tamamının satıcıya, alıcının elinden peşinen verildiği; karşı tarafın da bunu aynen aldığı ve sözü geçen bağda, satıcının artık hiçbir ilgi ve alâkası kalmadığı beyanı kayda geçirilmiştir. Bu akitte, satıcının son beyanında, satıcı, alıcı Enesti Efendi'nin bundan böyle hem mâlik, hem mutassarrıf olduğunu ifade etmiştir (1289)¹⁴⁹.

Kararın altında Muhzırbaşı Mustafa Bey, Rıdvan Ağa, Muhammed Ali Âzâde Rıfat Bey, Biraderi Refik Bey ve Ernbut oğlu Dimitri'nin şühudü'l-hâl olarak adları vardır.

4. Dükkân Hissenin Satışı

Şer'iyye sicil kayıtlarında ev ve dükkân satışlarına sık rastlanmakla birlikte zaman zaman bunların belli bir parçasının satıldığı da görülmektedir. Aşağıda incelenen olayda satıcı, dükkânının yarı hissesini kendi elinde muhafaza etmek ve geri kalan yarısını satmak için akit yapmıştır.

Bir dükkânın yarısının satışı ile ilgili örnek sicil kaydında¹⁵⁰, İzmir şehri Kasap Hızır mahallesinde oturan, şahsı tarif-i şer' ile bilinen Devlet-i Âliyye tebânın Ermeni milleti kadınlarından olan Harise binti İsrail, mahkemede; aynı millet tebaasından olup sulbünden gelen büyük kızı, işbu getirilen yazılı metin (kitap?) Dakrahoni binti Berber Bedos tarafından aşağıda belirtilen satış beyanını/ikrarını onaylamış (tasdik) vekili muhzır Ali Ağa ibni Hüseyin huzurunda ikrarını tamamlamış/tam bir ikrarda bulunmuş, kararını açıklamıştır. Bu beyana göre, kendisi meclis-i şer'de 1261 yılının

¹⁴⁷ Arazi Kanunnâmesi, m. 49; **Cin-Akyılmaz**, s. 542.

¹⁴⁸ **Cin-Akyılmaz**, s. 543.

¹⁴⁹ İzmir, 30 nolu Şer'iyye Sicili, Mikrofilm. 6168, No: 4, s. 2, Kayıt: 3.

¹⁵⁰ İzmir, 30 nolu Şer'iyye Sicili, Mikrofilm. 6168, No: 4, s. 2, Kayıt: 4.

Cemâziyelâhiresinin 17'nci günü tarihli ve o tarihte sözü geçen şehirde nâbü'ş-şer bulunan, Osman Bazarîzâde (Pazarcıoğlu) Mehmed Tahir Efendi'nin imza ve hatemini bulunduran bir kıt'a hüccet-i şer'iyye (hukukî delil) ve gayrimenkul/yazılı emlak kaydı ibraz etmiştir.

Kayıtta, satıma konu dükkânın komşuları; Hatuniye mahallesi, Kemer Caddesi'nde bir tarafı Debbağ Yusuf Ağa ibni Süleyman, bir tarafı Beşe Ahmed bin Ali'nin dükkânları ve diğer tarafında genel yol olacak şekilde belirtilmektedir.

Satıcı beyanında dükkânının yarı hissesinin ortaklığını kendisinde muhafaza ederek, kalan yarı hissesini, sözü geçen hanım alıcıya (Dakrahoni) şuyûlu (hisseli) olarak (şâyian) sattığını, alıcının vekilinin yüzüne karşı belirtmiştir. Alıcı ise, yazılı olduğu şekilde satın almış (işтира), temellük, tesellüm, ahz ü kabz ve kabul eylemiştir. Ardından semeni olan 3 000 kuruş meblâğı, satın alanın sözü geçen müvekkilesinin elinden tamamen ve peşinen teslim almıştır. Her iki taraf birbirinin zimmetini kabulü içeren; hukuken geçerli genel bir ibrâlaşma (ibrâ-i âmm-ı sahih-i şer'i) ile birbirlerini karşılıklı olarak ibrâ ve iskat etmişlerdir.

Ayrıca satıcı, satmış olduğu yarı hissede kendisinin aslâ ve kar'â bir ilgi ve alâkasının kalmadığını, yarı payın artık alıcının hakkı harim-i olduğunu da beyan etmiştir. Burada kullanılan kalıp, "Keyfe mâteşâ, malike ve mutasarıfa olsun" ibâresidir (10 Safer 1289).

5. Borcun Ödenmesi Maksadıyla Açık Arttırma ile Satış

Satım akidleri arasında ölenin borcunun ödenmesi için, mallarının satılmasına ilişkin örnekler de vardır¹⁵¹. Osmanlı özel hukukunda murisin borçları terekeden ödenmektedir. Çünkü İslâm miras hukukuna göre, mirasçılardan, ölenin borçlarına bütünüyle halef olmaları (külli halefiyet) kuralı geçerli değildir. Tereke üzerinde hakları bulunanların bu hakları¹⁵² öncelikle ayrılarak verildikten sonra, kalan kısım mirasçılar arasında hisseleri oranında paylaşılır. Miras bırakanın alacaklıları terekeden talepte bulunmaktadır.

Örnek satım akdi sicil kaydında, İzmir şehrinde Mahalle-i Cedid (Yeni Mahalle) sakinlerinden önceden ölen Hafize binti Şeyh Muhammed bin Abdullah'ın ardından geride mirasçısı olarak, eşi (zevc-i metruk) Şeyh Cemâleddin ibni Şeyh Muhammed Emin Efendi kalmıştır. Ayrıca küçük kızı Fahriye¹⁵³, annesi Ziba binti Abdullah Ve-

¹⁵¹ İzmir, 30 no'lu Şer'iyye Sicili, Mikrofilm. 6168, No: 4, s. 2, Kayıt: 5.

¹⁵² Tereke üzerindeki haklar, Hanefiler'in yaygın anlayışına göre, cenazenin gömülmesine kadar gerekli olan tüm masraflar (teçhiz ve tekfin), ölenin borçları, vasiyeti ve mirasçılardan hakları şeklinde sıralanmaktadır. Terekeden yapılacak olan harcamalarda bu sıralama önemlidir. Çünkü bir önceki harcama bitmeden sonrakine geçilememektedir (Aydın, s. 308).

¹⁵³ Küçük kızın iki yaşında olduğu bir sonraki sicil kaydından anlaşılmaktadır. Bu kayıt ise küçük kı-

liyyüddin ve kız kardeşleri Fatma ve Aişe'ye münhasır toplam yirmi (yirmi dört?) hisse kabul edildiğinde; altı pay (sehim) kocasına; dört pay annesine ve birer paydan ... iki hissesi iki kız kardeşten (ühtâne-i mezbure) her birine şer'î hukuka göre hesaplanıp verilmiştir.

Ardından küçük kızı Fahriye'nin babası ve velisi olan kocası Şeyh Cemâleddin Efendi, sözü geçen anne Ziba ile kız kardeşi (ühtü) Fatma, Aişe'nin huzurunda tam bir ikrar ile sözlerini şöyle tamamlamışlardır: Ölenin bazı borçları vardır. Menkul terekesi, bu borcuna yeterli gelmemiştir. Akarının dahi satılarak semeni ile borcun ödenmesi zorunluluğu doğmuştur. Bu nedenle, Bülbül Hoca sokağı, 41 numarada bulunan evin yarı hissesine sahip olan murisin, bu hissесinin halka açık arttırma ile satılmasına karar verilmiştir.

Açık arttırma ile satışın nasıl yapıldığı mahkeme kararında yer almaktadır. Öncelikle satılacak yerin, adresi ve komşuları ile özellikleri belirtilmektedir. Satılacak evin bir tarafı, Timuray (Demirci) Hacı Mehmed bin Abdullah, bir tarafı Mansur Mehmed bin Abdullah'ın yerleri ile ve iki tarafı özel yol (tarik-i hâs) ile sınırlıdır. Ev, iki katlı olup; üst katta (fevkânî) iki bab, alt katta (tahtânî) bir bab oda, mutfak (matbah) ve bir miktar bahçe (havlı/avlü) müştemmil olan bir bab mülktür.

Mahkeme kaydında, bu evin yarı hissесinin, mahkeme yolu ile (marifet-i şer'), Sultan çarşısında insanların toplandığı yerde (mecmâ'in-nas) talep edenlere sunulacak (arz) nidâ ve açık arttırmaya (müzâyede) çıkarılacağı yazılmıştır. Eğer insanlardan talep gelmez veya arttırma kesilirse, Aişe üzerinde 4 000 kuruşta karar edilmiştir. Fazlası ile satın almaya (şirâya) istekli olan başka kişilerin çıkmadığı ve söz konusu meblâğ, sözü geçen evin yarısının bugün (elyevm) itibariyle "semen-i mislî ve kıymet-i adlî" kadar ettiği zeyl-i hüccette (ekte) adı geçen Müslümanların bildirmeleriyle (ihbarlarıyla) mahkeme huzurunda belirlenmiştir (müteayyen olmağın).

Böylece satıcılar tarafından "... biz evin yarı hissесinde olan toplam 23 pay (sehim) hissemizi tarafeynden icap ve kabulü fâsid kılıcı şartlar ve muvazaadan âri olarak, bey'i bât-ı sahih-i şer'î ile 3 838 kuruşa; diğer yarının tasarruf hakkını elinde bulunduran (mutasarrıfesi olan) Aişe Hâtun'a, asâleten ve velâyetle (bilvelâye) satıp (bey'), mülkiyetini de geçirerek (temlik) teslim ettik" denilmiştir.

Alıcı da karşı beyanla, hisseyi satın aldığını (iştirâ), temellük, teslim, kabz ve kabul ettiğini belirtmiştir. Ardından satıcı, semeni olan meblâğı, alıcının elinden tamamen ve peşinen aldığını söyleyerek işlemi tamamlamıştır. Kararın altında, dört tanığın ve muhızırın imzası vardır (3 Safer 1289).

zın hıdâne hakkı sahibi anneannесinin (Ziba), nafaka ve kisve giderleri için kızın babasına (Şeyh Cemâleddin Efendi) karşı açılmış bir davadır (İzmir, 30 nolu Şer'îyye Sicili, Mikrofilm. 6168, No: 4, s. 2, Kayıt: 6).

III. GÜNÜMÜZDE SATIM SÖZLEŞMESİ ve ÖNCEKİ HUKUKUMUZLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Günümüz Borçlar Hukukunda Satım Sözleşmesi

1. Genel Açıklama

Günümüzde satım sözleşmesi de dâhil olmak üzere hiçbir sözleşme mahkeme huzurunda yapılmamaktadır. Sözleşmelerde kural olarak şekil serbestliği/özgürlüğü ilkesi geçerlidir¹⁵⁴. Taraflar arasında borç doğuran sözleşmelerin geçerliliği, özel bir şekil şartına bağlı değildir (TBK. m. 12/I)¹⁵⁵.

Fakat taraflar kayıt altına alınmasını isteyebilirler. Bu durumda sözleşmeleri, noterde hazırlatıp onaylatarak, güvenlik ve ispat kolaylığı sağlayacakları bir sonuca ulaşabilmektedirler. Hukuk düzeninin belirlemiş olduğu bazı, sınırlı sayıdaki sözleşmelerde ise, şekil şartı getirilmiştir. Bu durumda sözleşmenin geçerli olabilmesi için, kanunun öngörmüş olduğu şekilde yapılması zorunludur. Şeklin öngörüldüğü durumlarda beş farklı şekil türü söz konusu olabilmektedir. Bunlar âdi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmî şekil, belirli bir sicile tescil ve ilândır. Ancak Türk Borçlar Kanunu bunlardan âdî yazılı, nitelikli yazılı ve resmî şekil olmak üzere, üçünü kabul etmiştir. Resmî şeklin zorunlu olduğu yerde, bunun kanunda açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir¹⁵⁶.

Akdin kanunda belirlenmiş sözlerin söylenmesi ile (sözlü şekil) kurulması da mümkündür¹⁵⁷. Bazı sözleşmelerde şekil şartı öngörülmesinin amacı, ya tarafların menfaati gibi özel ya da kamu menfaati gibi genel yararlar olabilmektedir. Günümüz Borçlar Hukuku'nda şekil şartı öngören kurallar çoğunlukla özel amaçlıdır¹⁵⁸.

Taşınır satım sözleşmesi, kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir¹⁵⁹. Fakat taraflar bir şekil kararlaştırmış (iradî şekil), ancak buna uymadan sözleşmeyi yapmış iseler, sözleşme geçersiz olmaktadır¹⁶⁰. Bazı özel durumlarda kanunlar taşınır sözleş-

¹⁵⁴ Bir hukukî işlem, beyan veya sözleşmenin şekle bağlı olmadığından söz etmek, onun şekilsizliği anlamına gelmemektedir. Çünkü her beyanın veya işlemin yapılış şekli, geçerlilik şartları ve kuralları vardır. Burada kastedilen şey, beyan veya işlemin geçerli olabilmesi için hukuk düzeninin belli bir şekil öngörmemiş olmasıdır (**Eren**, Genel, s. 264).

¹⁵⁵ **Eren**, Genel, s. 18. Bir iradeyi dışı vurmak ve açıklamak için kullanılan kalıp veya araca *şekil* denmektedir (**Eren**, Genel, s. 264).

¹⁵⁶ Medeni Kanun, aile malları ve gayrimenkul satışlarının tapu siciline tescilini kabul etmiştir (**Eren**, Genel, s. 272; **Aral**, s. 179). Bu esas eski kanunlarımızdan itibaren hep geçerliliğini korumuştur (**Bilge**, s. 92-93; **Olgaç**, s. 134; **Ş.Berki**, s. 9).

¹⁵⁷ Sözlü şekil aile hukukundaki evlenme akdinde söz konusudur.

¹⁵⁸ **Eren**, Genel, s. 264.

¹⁵⁹ 6098 sayılı 11. 01. 2011 tarihli TBK m. 12/I.

¹⁶⁰ TBK m. 17/I.

melerini de şekle bağlamıştır¹⁶¹. Gayrimenkul satımının geçerli olabilmesi için ise, resmî şekilde yapılması gerekmektedir¹⁶².

2. Satış Sözleşmesi

Günümüzde satış sözleşmesi, Borçlar Hukuku'nun özel hükümler kısmında ve devir (geçirim/temlik)¹⁶³ borcu doğuran sözleşmeler arasında düzenlenmiştir¹⁶⁴. Türk Borçlar Kanunu satış sözleşmesinin tanımını yapmamış; 207'nci maddesinde alıcı ve satıcının aslı borçları bağlamında değinmektedir¹⁶⁵. Buna göre "Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık, bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir". Kanunun lafzında "mal" ve "zilyetliğin devri" kavramları geçtiği için sadece maddî malları kapsadığı düşüncesiyle, bu konu tartışılmıştır¹⁶⁶. Bu yüzden doktrinde "Alıcının ödemeyi üstlendiği bir bedel karşılığında satıcının, satılan bir mal üzerindeki hakkı ona devretmeyi borçlandığı sözleşmeye satış sözleşmesi denir" şeklinde, amaca daha uygun bir tanım yapılmıştır¹⁶⁷.

Günümüz modern hukuklarında genellikle satış sözleşmesinin üç unsuru olduğu kabul edilmektedir. Bunlar, bir mal, semen ve mülkiyetin nakli taahhüdüdür¹⁶⁸. Bu unsurlar genel olarak kaynaklarda, "mal-bedel-anlaşma" şeklinde yer almaktadır.

¹⁶¹ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 52; Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 15. 16/III; Devlet İhale Kanunu m. 57; Karayolları Trafik Kanunu m. 20/d (Aral, s. 73).

¹⁶² TBK m. 237/I; TMK m. 706/II. Ayrıca bkz. **Olgaç**, s. 21; **Ş.Berki**, s. 8, 23.

¹⁶³ **Yavuz**, s. 25-26.

¹⁶⁴ Günümüzde bir de ayrıca alım sözleşmesi (iştirâ) vardır. Alım hakkı, hak sahibine tek taraflı irade açıklaması ile bir malı satın alabilme yetkisi veren, kurucu yenilik doğuran bir haktır. Konusu taşınır/taşınmaz olabilir. Taşınmaz satış vaadi, ön alım ve alım sözleşmelerinin resmî şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Konu ile ilgili olmak üzere, TBK m. 237/II; TMK m. 736 ile özel hükümler getirilmiştir (**Zevkliler-Gökyayla**, s. 69).

¹⁶⁵ Satım sözleşmesi farklı hukuk sistemleri tarafından farklı şekilde düzenlenmiştir. Ancak uluslararası hukuktaki öneminden dolayı bir standart belirleme gereği doğmuştur. Bu bağlamda, bazı devletlerin imzaladığı, 11. 04. 1980 tarihli, "Milletlerarası Menkul Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi" hazırlanmıştır. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun hazırlanmasında bundan da yararlanılmıştır (**Akyiğit**, s. 60-61; **Aydoğdu-Kahveci**, s. 80).

¹⁶⁶ Kanunun lâfzının satım sözleşmesi bakımından dar bir alan yarattığı, oysa patent ve telif gibi maddî olmayan haklar; know-how üretim ve iş sırrı, bir işletmenin müşterileri (peştamâliye) gibi henüz hak sayılmayacak fakat ekonomik değeri olan unsurlar; eşya topluluğu, işletmenin bütünü, mirasın tamamı/payı da satıma konu olabilmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, **Özel**, s. 56).

¹⁶⁷ **Eren**, **Özel**, s. 57. Ayrıca bkz. **Olgaç**, s. 2; **Ş.Berki**, s. 3; **Yavuz**, s. 24; **Akyiğit**, s. 61-62; **Aral**, s. 59; **Aydoğdu-Kahveci**, s. 41; **Zevkliler-Gökyayla**, s. 29.

¹⁶⁸ **Bilge**, s. 25. Ayrıca bkz. **Aral**, s. 59; **Aydoğdu-Kahveci**, s. 41; **Zevkliler-Gökyayla**, s. 26-29. **Yavuz**, s. 26-28; **Tunçomağ**, s. 34; **Akyiğit**, s. 62; **Bilge**, s. 26. Satımın unsurları, karşılıklı rıza, sözleşmenin konusu ve sebebidir (**Karaman**, s. 532).

Rızanın sağlıklı olabilmesi için tarafların, ehliyetli ve rızayı fesada uğratacak bir durum içinde olmamaları gerekmektedir¹⁶⁹. Günümüzde satış, bir malın para ile değiştirilmesi şeklinde anlaşılmaktadır¹⁷⁰. Buradaki mal, bir şey; hak veya hukuk tarafından korunması gereken herhangi bir ekonomik değer olabilmektedir¹⁷¹.

Sözleşmenin tarafları satıcı ve alıcıdır. Satılanı devir borcu altına girene *satıcı/devreden*; satış bedelini (satış parası) ödemeyi yükümlenen tarafa ise, *alıcı/edinen/kazanan* denmektedir. Satım günümüzde karşılıklı borç doğuran, ani edimleri içeren (synallagmatique), rızâ sebebe bağlı bir sözleşmedir¹⁷². Her ne kadar mülkiyeti devir borcu doğursa da satış, bir borç sözleşmesidir. Sözleşmenin kurulması için teslim şart değildir¹⁷³. Sözleşme ile taraflar arasında bir borç doğsa da¹⁷⁴, mülkiyet karşı tarafa geçmemektedir. Alıcı satın aldığı mal üzerinde doğrudan doğruya bir hakka sahip değildir; malı zapt edememektedir. Sözleşmeden doğan şahsî hakkı dolayısıyla, sadece satıcıdan malı kendisine vermesini (teslimi) talep edebilmektedir (talep hakkı)¹⁷⁵.

Satım sözleşmesi ile devir işlemi arasındaki ilişki, borçlar hukukunda kanun koyucuların en zorlandığı konuların başında gelmiş, ayrıca hukuk sistemleri arasındaki farkı oluşturan konulardan birisi olmuştur. Alman Medenî Kanunu, kendi sistemini kurarken, satım sözleşmesi ile mülkiyetin devri işlemi birbirinden ayırmıştır (ayırım prensibi). Devir işlemi için, satımdan ayrı ve bu kez devre yönelik iradelerin uyuşması ile kurulan bir başka sözleşme aramaktadır. Fakat bu ikisi satım sözleşmesi yapılırken bir arada beyan edildiğinden, normal şartlarda insanların bunu ayırtması ve farkına vararak yapmaları mümkün değildir¹⁷⁶.

¹⁶⁹ **Aydoğdu-Kahveci**, s. 44; **Karaman**, s. 532.

¹⁷⁰ 818 Sayılı önceki Borçlar Kanunu'nda malla değiştirilmesi olan trampa sözleşmesi, satış ile aynı bapta düzenlenmiş iken 6098 Sayılı yeni Borçlar Kanunu'nda satıştan ayrılarak bağımsız bir bölümde ele alınmıştır (**Yavuz**, s. 32; **Akyiğit**, s. 165; **Tunçomağ**, s. 212). Trampanın tanımı için ayrıca bkz. **Ş.Berki**, s. 3-4.

¹⁷¹ İsim, vatandaşlık, evlilik hakları, emek gibi iş görme edimlerinin ve kişilik haklarının para karşılığı satıma konu olması mümkün değildir (**Eren**, **Özel**, s. 57). Ayrıca bkz. **Tunçomağ**, s. 23-24; **Aral**, s. 59, 64.

¹⁷² **Berki**, s. 3; **Bilge**, s. 26; **Olgaç**, s. 2-3; **Eren**, **Özel**, s. 57; **Yavuz**, s. 23, 25; **Aral**, s. 63; **Aydoğdu-Kahveci**, s. 42; **Zevkliler-Gökyayla**, s. 30-31.

¹⁷³ **Olgaç**, s. 2; **Zevkliler-Gökyayla**, s. 26.

¹⁷⁴ Satıcının borcu, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini karşı tarafa geçirmektir (**Eren**, **Özel**, s. 58). Ayrıca hukuk tarihinde şahsî hak (alacak hakkı) ile aynı hak kavramları ve gelişimi için bk. **Von Tuhr**, s. 6.

¹⁷⁵ **Von Tuhr**, s. 7; **Tunçomağ**, s. 24 vd. Doktrinde bazı yazarlar, "... kabz alıcı için sadece bir borç değil, aynı zamanda bir hak mahiyetini de haizdir" kanaatini taşımaktadır (**Bilge**, s. 57; **Ş.Berki**, s. 5).

¹⁷⁶ **Tunçomağ**, s. 24-28. Bu yaklaşım, Roma eşya hukukunun (mallara ilişkin hukuk) temelindeki mülkiyeti devreden işlem şekli *mancipatio*'nun satım akdinden farklı oluşuna daha uygundur (Roma hukukundaki aynı şahsî hak ayırımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Koschaker-Ayiter**, s. 112, 133).

Fransız hukuku ise, mülkiyetin geçirilmesi için olan zorunlu irade uyuşmasının, bizzat satım sözleşmesindeki iradenin içerisinde mevcut olduğu esasından hareket etmiştir (birlik prensibi). Böylece satım veya benzeri bir borç akdinde, sadece taraf iradelerinin uyuşması ile, alacaklı malik olmaktadır. Böylece şahsî hak doğuran bir sözleşme ile, alıcının, üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği bir aynı hakkı da doğmuş olmaktadır¹⁷⁷.

Günümüz Türk Borçlar ve Eşya Hukuku bakımından satış işlemi bu yönüyle borçlandırıcı bir işlem olup, kurulması için rızaların uyuşması yeterli olmakla birlikte¹⁷⁸; mülkiyetin intikali için ayrıca bir tasarruf işlemine gerek vardır. Mülkiyetin intikalini sağlayan bu tasarruf işlemi, eşya hukukunu ilgilendirdiği için, Türk Medenî Kanunu'nda yer almıştır. Taşınmazlar bakımından "tescil"; taşınırlar bakımından ise "teslim", mülkiyeti geçiren işlemlerdir¹⁷⁹.

3. Türleri

Günümüz hukukunda satış türleri, farklı kıstaslar esas alınarak değişik ayrımlara tâbi tutulabilmektedir. En bilinen ve kanunen kabul edilen ayırım, satış sözleşmesinin konusuna göre yapılandır. Türk Borçlar Kanunu bu ikili ayırımı temel alarak, Özel Borç İlişkilerini düzenlediği İkinci Kısım'ın, Satış Sözleşmesi'ni düzenlediği Birinci Bölüm'ünün İkinci Ayırım'ını taşınır satışına (m. 209-236); Üçüncü Ayırım'ını ise, taşınmaz satışına (m. 237-246) hasretmiştir. Bazı Satış Türleri Dördüncü Ayırım'da (m. 247-281) yer almıştır.

Günümüzde kullanılan bazı satış türleri, sözleşmenin kurulma şartları esas alınarak, örnek üzerine satış (m. 247), beğenme koşuluyla satış (m. 249), deneme ve gözden geçirme yoluyla satış (m. 251), taksitle satış (kısmî ödemeli ve ön ödemeli) (m. 253, 264) ve açık arttırma yoluyla satışlardır (m. 274). Ayrıca bir başka açıdan satış sözleşmeleri, kapıdan satış; kampanyalı satış; abonelik sözleşmesi gibi kısımlara da ayrılabilir. Açık arttırma yoluyla yapılan satışlar hem malın niteliğine göre, taşınır ve taşınmaz; hem de arttırmanın esaslarına göre, cebri ve ihtiyari satışlar şeklinde olabilmektedir¹⁸⁰.

Yukarıda sayılanların yanı sıra, ticarî olan ve olmayan satışlar; beğenme koşullu satış; kısmî ödemeli satış; parça satışı-çeşit satışı; mülkiyeti saklı tutma kaydıyla

¹⁷⁷ **Tunçomağ**, s. 28-29.

¹⁷⁸ Satışın, rızai sözleşme olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yavuz**, s. 24-25. Ayrıca bkz. **Tunçomağ**, s. 46.

¹⁷⁹ TMK m. 705/I, 763, 977. Fransız hukukunda özellikle parça satışlarında mülkiyet, doğrudan doğruya sözleşmenin yapılması, yani borçlandırıcı işlem ile birlikte karşı tarafa geçmektedir (**Eren**, **Özel**, s. 58). Ayrıca bkz. **Yavuz**, s. 25; **Tunçomağ**, s. 29-30.

¹⁸⁰ **Olgaç**, s. 179, 185; **Ş.Berki**, s. 5; **Eren**, **Özel**, s. 73; **Akyiğit**, s. 156; **Zevkliler-Gökyayla**, s. 110; **Aydoğdu-Kahveci**, s. 83.

satışlar ve uluslararası satışlar gibi değişik satım türlerinden de söz edilmektedir¹⁸¹. Çalışmada değerlendirilen satış türlerinin bugün nasıl düzenlendiğinin genel olarak açıklanması, mukayese bakımından önem taşımaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 704'üncü maddesinde gayrimenkul (taşınmaz) satılan mallar sayılmıştır. Söz konusu gayrimenkullere ilişkin satış sözleşmesine gayrimenkul satışı denmektedir. Gayrimenkulün bütünleyici parçaları (mütemmim cüz) da satışın kapsamına girmektedir. Bunların bağımsız bir satış akdinin konusu olmaları mümkün değildir¹⁸².

Türk Borçlar Kanunu'nun 246'ncı maddesine göre, eğer özel bir hüküm yok ise, menkul (taşınır) satışına ilişkin hükümler, kıyasen gayrimenkul satışına da uygulanır. Gayrimenkulün satışında sözleşmenin resmî şekilde yapılması ve mülkiyetin devri için tapu siciline tescil zorunluluğu, bu özel hükümlerdendir¹⁸³.

Gayrimenkul satış sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 237'nci ile 243-246'ncı maddeleri arasında düzenlenmektedir. Gayrimenkul satışı, alıcının ödemeyi üstlendiği bedel karşılığında satıcının, arazi veya tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli bir hakkı ya da kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bir bölümün mülkiyet ve zilyetliğini devretmeyi üstlendiği bir sözleşmedir¹⁸⁴.

Vefalı satış yerine günümüzde ipotek sözleşmesi kullanılabilir. Borca karşılık taşınmazın teminat gösterilerek, borcun ödenmemesi durumunda, alacaklının taşınmazı satarak, satış bedelinden alacağını tahsil edebildiği hukukî işleme *ipotek* denmektedir¹⁸⁵. Vefalı satışa benzemekle birlikte, ipotekte, aracı kurum olan bankanın bulunması ve borcun sebebini içermemesi açısından farklılık vardır.

Açık arttırma yoluyla satışlar, günümüzde önceden tesbit edilen zaman ve yerde, belirlenmiş olan şartlara göre, hazırlar arasında, fiyat birbirini izleyen tekliflerden oluşacak şekilde, en yüksek teklifte bulunan kimse ile yapılan satışlardır¹⁸⁶. Arttırma-

¹⁸¹ Eren, Özel, s. 68; Akyığıt, s. 156-159.

¹⁸² Eren, Özel, s. 69; Aydoğdu-Kahveci, s. 95. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 209'uncu maddesinin II'nci fıkrasına göre, bir binanın yıkıntıları ve ürünler gibi, gayrimenkulden ayrılmış olan bütünleyici parçalar, menkul hükmünde kabul edilmektedir.

¹⁸³ Eren, Özel, s. 69, 208.

¹⁸⁴ Olgaç, s. 130; Eren, Özel, s. 204; Aydoğdu-Kahveci, s. 254; Zevkliler-Gökyayla, s. 58.

¹⁸⁵ İslâm hukukunda ipotek yoktur. Bu nedenle çiftçi kendisine gereken krediyi ancak selem yoluyla elde edebilirdi. Çünkü rehin için İslâm hukukunda, rehnedilen malın teslimi gerekmektedir. Ayrıca faiz de yasaktır. Bu nedenle kural olarak, mal henüz elde edilmemişken satılamazdı. Fakat istisnâ olarak mislî malların henüz elde edilmeden satılmasına izin verilmiştir (selem). Bir tâcirin -bir ay sonra teslim etmek üzere- mal satması geçerli olmazken (ifa bakımından süreli satış), satış selem şeklinde yapılırsa geçerli sayılmıştır (Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 159). Ayrıca bkz. Ebû Zehrâ, s. 381, 385, 388).

¹⁸⁶ Yavuz, s. 151; Akyığıt, s. 160. Kanunî tanım için ayrıca bkz. TBK m. 274. Osmanlı özel hukukunda müzâyede satımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cin-Akgündüz, s. 650.

da yapılan teklife *pey sürme*; malın en yüksek fiyat verene satılmasına *ihâle* denmektedir. Bu gibi satışlarda mülkiyet, satın alana, teslimden önce geçmektedir. Arttırma ile satışın, cebrî, ihtiyârî ve özel ihtiyârî olmak üzere üç türü bulunmaktadır. Cebrî arttırma, satıma konu olan mal üzerinde tasarrufa yetkili kişinin rızasına bakılmaksızın yetkili makamlarca yapılmaktadır¹⁸⁷. İhtiyârî açık arttırmada bir şeyin açık arttırma ile satılması tasarruf yetkilisinin iradesine dayanmakta ve önceden kamuya duyurularak herkesin katılabilmesi sağlanmaktadır. Ancak mirasın ve müşterek mülkiyetin taksiminde hâkim emrederse, hâkimin iradesinden de kaynaklanabilir (TMK m. 699, 440, 444, 635, 770, 886 ve TBK m. 108/I). İhtiyârî özel arttırmalar ise herkese açık olmayan, meraklılarına hitab etmek üzere yapılan, eski eser, pul veya para koleksiyonu gibi özel şeylerin satıldığı arttırmalardır¹⁸⁸.

SONUÇ

Yapılan gayrimenkul satımlarında en yaygın olarak kullanılan akit kesin satış (bey'-i bât). İzmir Şer'îyye Sicillerine yansıyan ev satış kayıtlarına bakıldığında, standart hâline gelmiş bir belge tipinin oluştuğu görülmektedir. Sicil kayıtlarının yer aldığı sayfanın yan tarafındaki boşluğa, sayfanın dikine bir şekilde, satım akdindeki semen de belirtilmek sûretiyle, kaydın konusu kısaca yazılmaktadır. Örneğin, "Lâtife Mübâyaası, 8.000 kuruş "gibi...

Satım sözleşmesi, yetkili bir makam tarafından, tanıklar huzurunda yapıp sicile kaydedildiğinden dolayı, sözleşme ile ilgili ileride çıkabilecek olan uyuşmazlıkların önü de kesilmiş olmaktadır. Satıma ilişkin kararda, önce satışın yapıldığı veya gayrimenkulün bulunduğu şehrin ve mahallenin adı belirtilmektedir. Ardından satıcı durumunda olan kişinin ve babasının adı ile ikamet ettiği mahallenin adı kaydedilmektedir. Daha sonra satıcı durumunda olan kişi, ya kendisi (asâleten), ya da onu temsil eden vekili (vekâleten) kayda geçirilmektedir.

Meclis-i şer' denilen¹⁸⁹ Osmanlı mahkemesinde, alıcı ve vekiller karşısında satış işleminin gerçekleşme süreci açıkça anlatılmaktadır. Yapılan beyanlar *ikrar* olarak kabul edilmektedir. Bu yönüyle alım-satım akdinin kurulmasının mahkeme siciline kaydı, bir noter işlemi gibi düşünülmelidir. Hâkimin buradaki işlevi, söz konusu işlemi kaydetmektir. Osmanlı Devleti'nde kâdînin yargılamadan başka görevleri de vardır. Bunlar arasında noterlik işlemleri de bulunmaktadır.

¹⁸⁷ İcra İflas Kanunu'na göre haczedilen malların satılması buna örnek gösterilebilir (Yavuz, s. 152, 27; Akyiğit, s. 160; Zevkililer-Gökyayla, s. 114). Cebrî icra satışları ve kamulaştırmayı, malı satılan kişinin rızası bulunmadığı için, gerçek anlamda satış saymayan görüşler vardır (Olgaç, s. 1, 191).

¹⁸⁸ Yavuz, s. 153.

¹⁸⁹ Genel olarak diğer mahkeme sicillerindeki durum ile karşılaştırmak için bkz. Günay, s. 18.

Beyanların hemen ardından satılacak evin yeri açıkça yazılmıştır. Satışı yapılacak evin etrafında kimlerin evleri, mülkleri var ise bu kişilerin adları, babalarının adlarıyla birlikte kaydedilmiştir. Evin çevresinde kamu alanlarından camii, mescit, hamam, çeşme veya yol var ise, isimleri açık açık yazılıp ayrıntılı bir tarifi yapıldıktan sonra satılacak evin özelliklerine geçilmiştir.

Bazı evlerde müştemilât bulunabilir. Bunun da kayda geçirildiği görülmektedir. Bu ayrıntılı tanımlamanın ardından satılacak yerin fiyatı ve satış türü açıklanmaktadır. Satış eğer peşin semen karşılığı yapılmış ise, satıcı bedelini eksiksiz aldığını ve evin her şeyiyle artık alıcıya ait olduğunu kesin olarak belirtmektedir. Bu açıklamalardan sonra alıcının kabul beyanıyla işlem tamamlanmaktadır. Sicil kaydının en altına mahkemede hazır bulunan şühudü'l-hâlin adları yazılmaktadır.

KAYNAKÇA

Akgündüz, Ahmed, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Mecelle Ta'dilleri ve Gerekçeleriyle Birlikte), (OSAV Yayınları), İstanbul 2013, (Karşılaştırmalı).

Akgündüz, Ahmed, "İrsadi Vakıf" maddesi, *DİA*, C. 22, İstanbul 2000, (İrsad).

Akgündüz, Ahmed, İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Özel Hukuku-II, (Miras, Borçlar, Eşya, Ticaret ve Devletler Hususi Hukuku, 3. Cilt, (OSAV Yayınları), İstanbul 2012, (Külliyat).

Akyiğit, Ercan, Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Satış, Mal Değişimi ve Bağışlama Sözleşmeleri, (Seçkin Yayınları), Ankara 2011.

Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizâde, Dürerü'l-Hükkâm Şerhü Mecelleti'l-Ahkâm, Mecelle Şerhi, C. 1, (Çev. R. Gündoğdu-O. Erdem), İstanbul, Gül Neşriyat, tarihsiz.

Ansay, Sabri Şaki, İslam Hukuku, (Yeni Cezaevi Basımevi), Ankara 1946.

Apaydın, H. Yunus, "Fesad", *DİA*, C. 12, İstanbul 1995.

Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 5. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2003.

Aydın, Mehmet Akif; Türk Hukuk Tarihi, (Beta Yayınları), 8. Baskı, İstanbul 2010.

Aydoğdu, Murat-**Kahveci**, Nalân, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6088 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Göz Önüne Alınarak Şema ve Tablolularla Açıklamalı Özel Borç İlişkileri Ders Kitabı, (İleri Yayınları), İzmir Ocak-2013.

Bardakoğlu, Ali, "Bey", *DİA*, C. 6, İstanbul 1992, (Bey').

Bardakoğlu, Ali, "Bey' bi'l-Vefâ", *DİA*, C. 6, İstanbul 1992, (Vefâ).

Barkan, Ömer Lütfi, "Mülk Topraklar ve Sultanların Temlik Hakkı", *Türkiye'de Toprak Meşalesi Toplu Eserler I*, İstanbul 1980.

Berki, Ali Himmet, Hukuk Tarihinden İslam Hukuku-I, (Örnek Matbaası), Ankara 1955, (A. Berki).

- Berki**, Şakir, Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), (AÜHF Yayınları), Ankara 1973, (Ş. Berki).
- Bilge**, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, (BTHAE Yayınları), Ankara 1971.
- Cin**, Halil-Akgündüz, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, (Osmanlı Araştırmaları Vakfı), İstanbul 2011.
- Cin**, Halil-Akyılmaz, Gül, Türk Hukuk Tarihi, 4. Baskı, (Sayram Yayınları), Konya 2011.
- Cin**, Halil, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Ankara 1978.
- Demir**, Abdullah, Türk Hukuk Tarihi, (Yitik Hazine Yayınları), İstanbul Şubat 2011, (Hukuk Tarihi).
- Demir**, Abdullah, Medeni Yargılama Hukuku, Osmanlı Mahkemesi, (Yitik Hazine Yayınları), İstanbul Ekim 2010, (Yargılama).
- Doğanay**, İsmail, Ticarî Alım-satım Akdi ve Nev'ileri, Genişletilmiş 2. Baskı, (Adalet Yayınevi), Ankara 2003.
- Ebû Zehrâ**, Muhammed, Ebû Hanife, Çev.O. Keskioglu, 5. Baskı, (DİB Yayınları) Ankara 2005.
- Ekinci**, Ekrem Buğra; Osmanlı Hukuku-Adalet ve Mülk, (Arı Sanat Yayınları), İstanbul, 2008.
- Eren**, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, (Genel).
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, (Özel).
- El-Mavsilî**, İmam Abdullah İbni Mahmud ibni Mevdûd İbni Mahmud Ebu'-Fazl Mecdûd'd-din (Ter. Celâl Yeniçeri), El-İhtiyar, Metni el-Muhtar li'l-Fetvâ, Arapça ve Türkçe, İmam-ı Azam'ın İçtihad ve Görüşleri, 2. Baskı, (Şamil Yayınevi), İstanbul Ekim 2011.
- Fendoğlu**, Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihi, (Filiz Yayınevi), İstanbul 2000.
- Fetava-yı Hindiyeye (Fetava-yı Alemgiriyye)**, Ter: Mustafa Efe, Haz: İsmail Karakaya; C. 5, (Akçağ Yayınları), Ankara 1985.
- Günay**, Ramazan, "Şer'îyye Sicillerinde Mülk Alışverişleri: Kullanılan Usul ve Dil", *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 27, s. 15-24, Aralık 2012.
- Hacı Reşid Paşa**, Rûhü'l-Mecelle, Darü'l-Hilâfetü'l-Âliyye (İstanbul) 1326, (1-2. Ciltler Aynı Ciltte).
- Halebî**, İbrahim bin Muhammed, İzahlı Mültekâ el-Ebhur Tercümesi, Çev. Mustafa Uysal C. 3, (Çelik Yayınevi), İstanbul, tarihsiz.
- Hatemi**, Hüseyin, İslam Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, (Sümer Kitabevi), İstanbul 2012.
- Karaman**, Hayrettin, Anahatlarıyla İslâm Hukuku (1. 2. 3. Ciltler Bir Arada), 13. Baskı, (Ensar Neşriyat), İstanbul 2008.

- Kaşıkçı**, Osman, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, (OSAV Yayınları), İstanbul 1997.
- Koschaker**, Paul-**Ayiter**, Kudret, Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975.
- Merginânî**, Şeyhülislâm Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali bin Ebû Bekir, El-Hidâye, İslâm Fıkhdından Tahkikli ve Tahriçli, Hanefîler İçin İslâm Fıkhı, , Çev. Ahmed Meylânî); C. 3-4, (Kahraman Yayınları), İstanbul 2013.
- Olgaç**, Senai, Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (I), Satış ve Trampa, (İsmail Akgün Matbaası), İstanbul 1966.
- Pakalın**, M. Zeki, Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2004.
- Es-Sâğircî**, Esad Muhammed Sâid, Delilleriyle Hanefî Fıkhı, (Ter. Heyet), (Karıncı-Polen Yayınları), İstanbul 2010.
- İmam Tahâvî**, Mukayeseli Hanefî Fıkhı, Tahâvî Muhtasarı, ter. Soner Duman), (Beka Yayınları), İstanbul, Nisan 2013.
- Tunçomağ**, Kenan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1974.
- Üçok**, Coşkun-**Mumcu**, Ahmet, **Bozkurt**, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 11. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2006.
- Von Tuhr**, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, C. I-II, İstanbul 1952.
- Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı TBK'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul 2011.
- Yazman**, İrfan, "Mecelle Hukukunda Selem Akdi", <http://dergiler/38/308/3472.pdf>
- Yılmaz**, Reha-**Demir**, Abdullah, Umumî Hukuk Tarihi, (Zirve Üniversitesi Yayınları), Gaziantep 2012.
- Zevkliler**, Aydın-**Gökyayla**, Emre, Borçlar hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Zeydan**, Abdulkerim, İslâm Hukukuna Giriş, Çev. Ali Şafak, (Kayıhan Yayınları), İstanbul 2008.

MÜSADERE KURUMUNDA ISLAHA DAİR BİR TEKLİF: III. SELİM DÖNEMİNE AİT BİR VESİKA

(A Reform Proposal in Confiscation Institution:
A Document Relating to the Period of Selim III)

Mahmud Esad KALIPÇI*

ÖZET

Bu çalışmada, III. Selim dönemi defterdarlarından Moralı Osman Efendi'nin bir tahririne dayanan bir vesika neşr ve tahlil edilecektir. Bu vesika, Osmanlı Devleti'nin temel kurumlarından olan müsadereye ve uygulamada ondan neşet eden problemlere devletin zirvesinin yaklaşımını yansıtmaya itibarıyla temel bir kaynak mahiyetindedir. Bu bağlamda vesika, özellikle muhalefat zabtlarıyla yetim malı-haram mal ve beytülmâl arasındaki ilişkiyi, buna ve ideal olana ilişkin devletin tavrını ortaya koymaktadır. O bir yanıyla, müsadere kurumunun ıslahına dair bir teklifi, diğer yanıyla, buna yönelik padişahın, bekleneni tam olarak karşılamayan, cevabını içerir.

Anahtar Kelimeler: Müsadere, muhalefat zaptı, yetim malı, III. Selim dönemi, Defterdar Moralı Osman Efendi.

Abstract

In this study, I analysed a document which is based upon a report (*tahrir*) of Moralı Osman Efendi, who is a head of provincial treasury (*defterdar*) in the reign of Selim III. The document is a main source about confiscation (*müsadere*, especially *muhalefat zabtı*) which is one of the fundamental institutions in Ottoman State. On the one hand, it shows the structure of confiscation and the connection between confiscations, orphan's possessions, ill gotten gains and the treasury (*beytülmâl*), on the other hand, the problems in practice. Additionally it represents the thought of the Ottoman state about these and the ideal in this subject. In the end, it has an offer about correction of confiscation and an answer of the *padişah* which could not meet all expectations relating to the offer.

Keywords: Confiscation (*müsadere*), confiscating estate (*muhalefat zaptı*), orphan's possessions, reign of Selim III, Defterdar Moralı Osman Efendi.

* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ABD öğretim elemanı. Metni okuyarak çalışmaya ilişkin fikirlerini ileten Prof. Dr. Fethi Gedikli'ye ve Arş. Gör. Ali Adem Yörük'e katkılarından dolayı teşekkür ederim.

Giriş

Müsadere, “kişinin malvarlığının tamamına ya da bir kısmına, herhangi bir karşılık ödenmeksizin devlet tarafından el konulması”dır. Diğer birçok boyutu da var olmakla birlikte, Osmanlı Devleti’nde müsadere denildiğinde, akla öncelikle devlet görevlilerini muhatap alan uygulamalar gelir. Bu devlette, ümerânın ve vüzerânın işledikleri bir suç neticesinde malvarlıklarının müsadere edilmesi ya da bir suç işlemedikleri halde ölümlerinin ardından muhalefâtlarının zabtı olağandır. İlkinde daha çok cezalandırma, ikincisindeyse mîrî ile ilişkisi olanların üzerlerindeki mîrî malın tahsili amacı vardır. Ne var ki, kimi zaman hazine darlığı bahane edilerek bu amacın aşıldığı vakidir¹.

Müsadere gâyet hassas bir dengeye dayanır². Bir yanda devletin temel kurumlarından olan beytûlmâlin, diğer yanda hak sahiplerinin menfaatleri yer alır. Her ikisinin gözetilmesi zaruriyse de, bunu âdilâne bir surette gerçekleştirmek kolay değildir. Beytûlmâli muhafaza fikrinin ağır basması hak sahiplerinin mağduriyetine neden olabilir. Hak sahiplerini muhafaza fikrinde aşırıya gidilmesi de beytûlmâlin zararına yol açabilir. Buna karşın, iki değerın ziyana uğraması da devlet için yıkıcıdır. Bu yüzden, Osmanlı Devleti’ni yönetenler bir taraftan beytûlmâli dolu görmek, öte taraftan onu haram maldan korumak istemişlerdir. *Tevki-i Abdurrahman Paşa Kanunnamesi*’nde defterdarın “bi’l-cümle mâl-i beytûlmâl-i tahsil ve hazîneyi tekmîl” ve “hususan emvâl-i yetâmâdan hazîne-i âmireyi sıyânet ve beytûlmâl-i müslimîni mâl-i harâmından himâye” ile vazifeli olduğuna dair vurgu dikkat çekicidir³.

Bu çalışmada, temeli bu vazife bilinciyle kaleme alınmış bir takriri dayanan bir vesikanın neşri ve tahlili amaçlanmaktadır. Vesika, müsadereye, özellikle muhalefât zabtlarına, ilişkin önemli malumat içermektedir. Kurumun ihdasındaki amacı ve onun aslı yapısını ortaya koymaktadır. Meşru ve gayrimeşru olanını ayırmaktadır. İkincisinin zararları ve defi için tutulması gereken nizamı açıklamaktadır. Defterdarın, sadrazamın ve padişahın konuya bakışını yansıtmaktadır. Bir başka deyişle, bu vesikada kurum, devlet tarafından en üst düzeyde ele alınmıştır.

¹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmud Esad Kalıpcı, “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Müsadere Kurumu” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.

² Arşiv vesikalarında, müsadere sözcüğünün daha çok ceza ya da tedip niteliği ağır basan, muhalefât zabtı tabirinin ise bir ceza ya da tedip söz konusu olmaksızın, eceliyle vefat eden devlet görevlerinin malvarlıklarını muhatap alan uygulamaları ifade etmek için kullanıldığı gözlemlenmektedir. (Kalıpcı, *agt.*, s. 11-12, 124). Buna karşın, Esad Efendi, Ahmed Cevdet Paşa ve Ahmed Lütfi Efendi gibi Osmanlı müellifleri müsadere sözcüğünü muhalefât zabtı tabiri yerine de kullanmaktadırlar. (Esad Efendi, *Üss-i Zafer*, İstanbul, İbrahim Sâib Marifetiyle, 1241, s. 127; Ahmed Lütfi Efendi, *Tarih-i Lütfi*, İstanbul, Matbaa-i Âmire, 1290, c. I, s. 144-145; Ahmed Cevdet Paşa, *Tarih-i Cevdet*, 2. tab‘ı, Dersaadet, Matbaa-i Osmaniye, 1309, c. III, s. 118). Bu çalışmada, benzer şekilde, müsadere sözcüğü muhalefât zabtı tabiri için de kullanılmıştır.

³ “Osmanlı Kanunnameleri”, *Milli Tetebbu’lar Mecmuası*, c. I, sy. 3 (Temmuz-Ağustos 1331), s. 516-517.

Aşağıda görüleceği üzere, vesika üç bölümden müteşekkil olup hatt-ı hümayûn kısmı daha evvel Ahmed Refik tarafından neşredilmişti. Karal da ona atıfla söz konusu kısmı Latin alfabesine çevirmişti⁴. Literatürde vesikaya yönelik atflar, ikincil kaynaklar üzerinden, yalnızca hatt-ı hümayûn kısmına yönelik olarak yapılmaktadır⁵. Vesikanın varoluş sebebi olan takrir ile derkenâr kısımlarıysa gündeme gelmemiştir⁶. Türk Hukuk Tarihi'nin önemli konularından olan müsadere kurumuna ilişkin temel bir kaynak olması nedeniyle, vesikanın bir bütün halinde neşrine ihtiyaç duyulmuştur.

I. Vesikanın Şekli Özellikleri

Vesika, Başbakanlık Osmanlı Arşivi'nde, Hatt-ı Hümayûn Fonuna, 1387/55151 numarayla kayıtlıdır. Hatt-ı hümayûn tabiri, kural olarak, padişahın kendi hattıyla yazdığı emirler için kullanılır. Bunlar, unvanına, beyaz üzerine ve telhis ya da takrir üzerine yazılanlar olmak üzere üçe ayrılırlar⁷. Çalışmaya konu olan vesika, bu sonuncu gruptandır ve "takrir üzerine hatt-ı hümayûn" örneğidir.

Takrir, bir işi yazılı olarak ilgi mercie bildiren bir belge türüdür. Bu merci padişah ya da sadrazam olabileceği gibi alt kademedeki görevlilerden biri de olabilir. Bunlar, her zaman verildikleri merci tarafından neticeye bağlanmayıp bazen bir üst mercie gönderilirlerdi. Örneğin, sadrazama sunulan bir takrire ilişkin padişahın görüşü alınmak istendiğinde sadrazam konuyu ya ayrı bir telhis düzenleyerek ya da

⁴ Ahmed Refik, "Sultan Selim-i Sâlis'de Halk ve Millet Muhabbeti (Hatt-ı Hümayunlarına Nazaran)", *Yeni Mecmua*, sy. 23 (13 Kanun-i Evvel 1917), s. 449-450; Enver Ziya Karal, *Selim III'ün Hatt-ı Humayunları*, 2. bs., Ankara, TTK Yayınları, 1999, s. 33.

⁵ Örneğin bkz. Mehmet Ali Ünal, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Müsâdere, *Türk Dünyası Araştırmaları*, sy. 49 (Ağustos 1987), s. 105-106; Hasan Yüksel, "Vakıf-Müsâdere İlişkisi (Şam Valisi Vezir Süleyman Paşa Olayı)", *Osmanlı Araştırmaları*, sy. 12 (1992), s. 405; Ömer Karaoğlu, "Osmanlı Devletinde Müsâdere Uygulaması-II. Mahmut Dönemi" (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998, s. 17-18; Tuncay Ögün, "Osmanlı Devleti'nde Müsâdere Uygulamaları", *Osmanlı-Teskilat*, Ed. Güler Eren, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1999, c. VI, s. 378-379; Tuncay Ögün, "Müsâdere (Osmanlılarda)", *DİA*, İstanbul, TDV Yayınları, 2006, c. XXXII, s. 68; Mehmet Karataş, "18-19. Yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde Bazı Müsâdere Uygulamaları", *OTAM*, sy. 19 (2006), s. 233; Sevgi Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsâdere Uygulaması", *GÜHFD*, sy. 1-2 (2008), c. XII, s. 405; Nilüfer Alkan Günay, "Müsâderenin Sosyal ve Ekonomik Bir Analizi: 18. Yüzyıl Sonlarında Bursa'da Yapılan Müsâdereler", *Bellekten*, sy. 277 (2012), s. 799; Orhan Varan, "Osmanlı Devleti'nde 1826-1839 Yıllarında Yapılan Müsâdereler" (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Van, 2013, s. 16.

⁶ Tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu vesikanın bir bütün halinde çeviri yazısı ilk kez yüksek lisans tez çalışmamızda yapılmıştır. Ancak, o çalışmada hem vesikanın aidiyet problemi çözülememiş hem de tahlili buradakinden daha dar bir kapsamda yapılabilmisti. (Kalıpçı, *agt*, s. 235-237).

⁷ Mübahat Kütükoğlu, *Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik)*, 3. bs., Ankara, TTK Yayınları, 2013, s. 172; Zeki Pakalın, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, 3. bs., İstanbul, MEB Devlet Kitapları, 1983, c. I., s. 767-768.

takririn üzerine bir derkenâr ilave ederek doğrudan padişaha sunardı. Bu derkenârda takririn kime ait olduğu ya da konusu gibi hususlar belirtilirdi. Kimi zaman derkenâr, bizim vesikamızda olduğu gibi, daha ayrıntılı bilgiler içerirdi⁸.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, vesika üç bölümden oluşmaktadır. Bunlar, padişahın hatt-ı hümayûnu, sadrazamın derkenârı ve defterdarın takriridir. Temelde defterdar takriri yer alır. Evvela bu kısım kaleme alınmıştır. Ardından, sadrazam belgenin sol üst yanına bir derkenâr ilavesiyle takriri padişaha takdim etmiştir. Nihayetinde, takrire ve derkenâra vâkıf olan padişah, vesikanın sağ üst kısmındaki boşluğa konuya ilişkin görüşlerini yazmıştır.

II. Vesikanın Ait Olduğu Dönemin ve Kalemin Tespiti

Vesikanın aidiyet probleminin halline geçmezden evvel birkaç sair hususa değinilecektir. Zira bir vesikanın tahlilinin sıhhati, birtakım ön şartın tamamlanmasına bağlıdır. Bunlar, vesikanın sahte olup olmadığının ve muamelesinin tamamlanıp tamamlanmadığının tespiti.

İlmen geçerli bir tahlil, ancak gerçek bir vesikanın varlığına bağlıdır. Bu ise vesikanın sahte olmamasını gerektirir. Özellikle, devlet arşivlerine intikal etmeyen vesikalar bakımından bu, önemli bir sorundur. Haksız kazanç temin isteyen bazı kimseler, zaman zaman bu tür yollara tevessül etmektedirler⁹. İncelediğimiz vesika, bu bakımdan bir problem arz etmemektedir. Nitekim hem devlet arşivinde kayıtlıdır hem de hatt-ı hümayûn kısmı, bizatihi padişah tarafından kaleme alınmıştır. Bunun yanında, kısmî olsa bile, Ahmed Refik tarafından ele alınmış olması da sıhhatine bir emaredir.

Vesikanın muamelesinin tamamlanıp tamamlanmadığının tespiti, zikrolunan fikir ya da taleplerin tatbik sahasına konulup konulmadığına dair bir karine teşkil edecektir. Mesela, üzerinde irade bulunmayan bir telhis, konunun dile getirilmiş olmasını yansıtmakla birlikte, muamelesinin tamam olmadığına delalet eder¹⁰. İncelediğimiz vesika ise, üzerinde yer alan hatt-ı hümayûn göz önünde bulundurulduğunda, bu bakımdan bir problem teşkil etmemektedir.

Bu ön incelemenin ardından, vesikanın aidiyet probleminin tetkikine geçilebilir. Bilindiği üzere, bir vesikanın ait olduğu döneme, kaleme (muharrire) ve büroya olan vukûfiyet, tahlil işini kolaylaştıracaktır¹¹. İncelediğimiz vesika, bu bakımdan etraflı bir araştırmayı gerektirmektedir. Belirtelim ki vesika, III. Selim dönemine ait-

⁸ Kütükoğlu, *Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik)*, s. 214-216.

⁹ Mübahat Kütükoğlu, *Tarih Araştırmalarında Usûl*, 6. bs., İstanbul, Kubbealtı Neşriyatı, 1998, s. 32-33.

¹⁰ Kütükoğlu, *Tarih Araştırmalarında Usûl*, s. 33-34.

¹¹ Kütükoğlu, *Tarih Araştırmalarında Usûl*, s. 33-34.

tir. Hatt-ı hümayûn kısmı bizzat padişahın kaleminden çıkmıştır. Ancak, bu fonun ekserisinde olduğu gibi, tarih bilgisi içermez¹². Bu yüzden, onun var oluş sebebi olan takririn kimin kaleminden çıktığı belirsizdir.

Tarih usulü, muharriri meçhul bir kaynağın muharririni tayinde, kaynağın bulunduğu birtakım ipuçlarından yararlanmayı öngörür. Kimi zaman ismi meçhul muharrir, diğer bazı kaynaklar yoluyla malum olan olaylara karıştığından ya da bu gibi olaylar sırasında bir makamda bulunduğu bahsedebilir. Bu halde, bahsedilen olayların vuku bulunduğu sırada zikredilen makamda kimin bulunduğu diğer bazı kaynaklar vasıtasıyla bize intikal etmiş olabilir. Bu sayede kaynağın meçhul muharriri tespit edilmiş olur¹³. Vesikamız da benzer iki ipucu sunmaktadır:

i. Sadrazam, derkenârda belgenin türünü ve kime ait olduğunu, “Defterdar Efendi kullarının takriridir” diyerek belirtmiştir. Böylece, takririn padişaha sunulduğu anda görevli olan bir defterdarın kaleminden çıktığı anlaşılmaktadır.

ii. Takririn muharriri “çâker-i keminelere, hâlen serîr-âra-yı mesned-i hilafet ve revnak-efzâ-yı erike-i saltanat olan rûh-i âlem efendimiz hazretleri cülûs-ı hümayunları akibinde bi-liyâkât ve istihkâk rikâb defterdârı nasb buyurdıklarında” diyerek kendisi hakkında önemli bir bilgi sunmuştur.

Netice itibarıyla, takrir muharriri bir defterdardır ve bu defterdar III. Selim’in tahta çıktığı 11 Recep 1203 (7 Nisan 1789)¹⁴ tarihinin akabinde “rikâb defterdarlığı¹⁵” görevi de yapmıştır. Buna göre, söz konusu isim Morali Osman Efendi olmalıdır. Zira bu zât, III. Selim’in tahta çıkışının akabinde, 28 Zilhicce 1203 (19 Eylül

¹² Arşiv kataloğunda belge için, “29 Zilhicce 1210 (5 Temmuz 1796)” tahmini tarihi yazılmıştır. Ancak, doğrudan tahmini tarihi esas almak yanlış sonuçlara varmaya neden olabilir. Nitekim kimi zaman tahmini tarihle belgenin gerçek tarihi arasında önemli zaman farklılığı söz konusu olabilmektedir. Örneğin, Kocaeli mutasarrıfı Hüseyin Paşa’nın ölümünün ardından kaleme alınmış bir belge, “29 Zilhicce 1212” tahmini tarihiyle kayıt altına alınmıştır: “Kocaeli Mutasarrıfı Hüseyin Paşa muktezâ-yı irâde-i seniyeleleri üzre i’dâm olunmuş olmaktan nâşi Dağlı maddesinde vâki olan hıyaneti hakkında mucib-i siyâset olduğu beyanıyla iktizâ eden yaftası tahrîr ve maktûl-i merkûmun ser-i maktûu mahalline vaz’ olunduğu ve icrâ-yı siyâsetten mukaddem zabt-ı emvâlîçün gerek beyaz üzerine Defterdar Efendi kullarına ve gerek İznikmid ve Adabazarı’na iktizâ eden evâmiri mektûman yazılıp âmâde kılınmış olmaktan nâşi (...)”. (BOA, *HAT*, nr. 34/1699, tt. 29 Z 1212-14 Haziran 1798). Oysa arşivdeki diğer evrak, paşanın 1214 senesinde sağ olduğunu gösterir. (BOA, *HAT*, nr. 79/3299, 20 Za 1214-15 Nisan 1800; BOA, *C.ML.*, nr. 84/3892, 28 Za 1214-23 Nisan 1800). Paşanın ölümünün ardından malvarlığının zabtına ilişkin hüküm 1215 senesine aittir. (BOA, *C.ML.*, nr. 76/3470, 28 Z 1215-12 Mayıs 1801); BOA, *C.ML.*, nr. 396/16216, 20 M 1215-13 Haziran 1800; BOA, *C.ML.*, nr. 248/12380, 27 M 1215-20 Haziran 1800).

¹³ A. Zeki Velidi Togan, *Tarihte Usûl*, İstanbul, Enderun Yayınları, 1985, s. 84.

¹⁴ Ahmed Vasıf, *Vâsıf Tarihi*, Süleymaniye Kütüphanesi, Esad Efendi, nr. 03383, vr. 2b.

¹⁵ “Sefer nedeniyle İstanbul’dan ayrılan defterdarın işlerini yürütmek üzere merkezde bırakılan vekili. Rikab-ı hümayun defterdârı da denirdi. (Fehmi Yılmaz, *Osmanlı Tarihi Sözlüğü*, İstanbul, Gökkuşbu Yayınları, 2010, s. 545).

1789) tarihinde, selefi İsmail Efendi'nin¹⁶ azlı üzerine rikâb defterdarlığı görevine atanmıştır¹⁷. İlerleyen zamanda, 28 Şaban 1208 (31 Mart 1794) tarihinde, başdefterdar olmuştur¹⁸. Bu görevi, 27 Şaban 1209 (19 Mart 1795) tarihine kadar yürütmüştür¹⁹.

Vasıf Tarihi'nde ve *Tarih-i Cevdet*'te 1208 (1793-1794) senesine ait olayların anlatıldığı bölümlerde, III. Selim'in, "yetim malına taarruz olunmamasına" yönelik bir irade çıkardığı bilgisi aktarılmıştır²⁰. Vesikamız içeriğiyle örtüşen bu iradeye atfın, onun defterdar olarak görev yaptığı senenin olayları arasında zikredilişi dikkate şayandır²¹. Bu malumat, vesikanın 1208 senesinde kaleme alınmış olabileceğini gös-

¹⁶ İsmail Efendi, önceden de yürüttüğü bu göreve, 1203 senesi Cemaziyevvelinde (Ocak-Şubat 1789), o sırada rikâb defterdarı olan Mehmed Hakkı Bey'in azlinin ardından tekrar atanmıştır. (İbnü'l-Emin Mahmud Kemal, "Mehmed Hakkı Paşa", *Türk Tarih Encümeni Mecmuası*, sy. 18 (1 Teşrin-i Sani 1926), s. 352).

¹⁷ Atazade, *Tarih-i Lebîbâ*, Süleymaniye Kütüphanesi, Esad Efendi, nr. 02158/002, vr. 128a. Buna karşın *Sicill-i Osmanî*'de, onun Zilhicce 1205 (Kasım 1791)'de rikâb defterdarı olduğu yazılıdır. (Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, Haz. Nuri Akbayer, Transkripsiyon: S. Ali Kahraman, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1996, c. VI, s. 1291). Ancak, 25 Muharrem 1204 (15 Ekim 1789) tarihli bir hükümde Osman Efendi'nin rikâb defterdarı olarak zikredilişi bu bilginin yanlışlığını ortaya koyar. Hükümde Osman Efendi'nin selefinin İsmail Efendi olduğu da açıkça zikredilmiştir. (BOA, *C.M.L.*, nr. 704/28747, 25 Muharrem 1204-15 Ekim 1789).

¹⁸ Osman Efendi bu vazifeye atanmadan evvel Tersane emini idi. Selefi Hacı İbrahim Efendi'dir. (Vasıf Ahmed, *age*, vr. 57a). Osman Efendi defterdarlığa atanırken, Hacı İbrahim Efendi de, Tersane eminliğine getirilmiştir. Buna ilişkin hatt-ı hümayûn şöyledir: "Benim vezirim, defterdâr, umûr-ı mühimmeye bakmayub isti'câl eylediğim hususlarda tekâsül ve betâet ve kendi menâfi'ini mülâhaza birle rehâvet eylediği ma'lûm-ı hümayûnum olmağla şimdi defterdârı azl eyleyüb yerine hâlen Tersane emini Osman Efendi'yi defterdâr nasb idesin ve azl olunan defterdârı dahi Tersane emini idesin. Yani mansıblarını istibdâl eyleyüb ikisine gayret ve sadakat eylemelerini muhkem tenebbüh [tenbih] eylesin." (BOA, *HAT*, nr. 191/9277, 30 B 1208-3 Mart 1794). Dikkat edilirse, hattın tarihi ile *Vasıf Tarihi*'nde yer alan atama tarihi arasında yaklaşık bir aylık bir zaman farkı mevcuttur. Biz metinde, hatt-ı hümayûnun, sadrazama atamayı emretmesi, ancak emrin ne zaman tatbikata geçirildiğini yansıtmaması nedeniyle, *Vasıf Tarihi*'ndeki tarih bilgisini, Osman Efendi'nin defterdarlığı başlangıç tarihi olarak esas aldık.

¹⁹ Halil Nuri Bey, Osman Efendi'nin defterdarlıktan azil sebebinin şöyle açıklamaktadır: "Şıkk-ı evvel defterdarı Osman Efendi egerçi müstakim ve sadâkatkâr ve tahsil-i emvâl-i miriyye ve te'diye-i umûr-ı defteriyeye sârif-ı iktidâr olub lâkin mühimmât-ı seferiyye ve müteferri'âtı olan mevâd cümleden ehem ve kâffe-i umura akdem iken ol hususlara sarf-ı zihn eylemeyüb bu bâbda te'kid ve ikdâm dahi müfid olmadığından azl ve tebdili lazım geldiği (...)" (Halil Nuri, *Tarih-i Nuri Bey*, Süleymaniye Kütüphanesi, Aşir Efendi, nr. 00239, vr. 34a-b). Cevdet Paşa, Osman Efendi'yi uzunca methettikten sonra, onun azlediliş nedenini ve azlini bildirip yerine atanan Şerbetçizade Damadı Mehmed Emin Efendi'nin umûr-ı mâliyenin müşkilâtı altında ezilerek istifaya mecbur kaldığını ifade etmektedir. (Cevdet Paşa, *age*, c.VI, s. 156-157).

²⁰ Vasıf Ahmed, *age*, vr. 55^b-56^a; Cevdet Paşa, *age*, c.VI, s. 124-125.

²¹ Gerçi söz konusu aktarımlar, ne emrin çıkış tarihini tam olarak vermekte ne de bu emrin defterdarın takriri üzerine çıkarıldığına dair bir veri sunmaktadır. Bunun yanında, *Vasıf Tarihi*'nde konunun geçtiği yerden bir varak sonrasında, "azl-i defterdar-ı şıkk-ı evvel" başlığı altında, Hacı İbrahim Efendi'nin defterdarlıktan azl edilip Tersane eminliğine ve Tersane emini Morali Osman Efendi'nin defterdarlığı atandığı yazılıdır. (Vasıf Ahmed, *age*, vr. 57a). Her ne kadar iradeye

terir²². Moralı Osman Efendi o sene, Şaban ayının 28'inde göreve başlamıştır. Şu halde vesika, kuvvetle muhtemel, 28 Şaban 1208 (31 Mart 1794)-29 Zilhicce 1208 (28 Temmuz 1794) tarih aralığına aittir.

Elde edilen netice, sadrazam derkenârının aidiyeti hakkında bir tahmine de imkân tanımaktadır. Buna göre, derkenâr kuvvetli bir ihtimalle, sadrazam Melek Mehmed Paşa'nın (ö. 1802) kaleminden çıkmıştır²³. Zira bu zât, 12 Ramazan 1206 (4 Mayıs 1792)-25 Rebiülevvel 1209 (20 Ekim 1794) tarihleri arasında sadrazamlık yapmıştır²⁴.

III. Vesikanın Temeli Olan Takririn Muharriri Defterdar Moralı Osman Efendi

Osman Efendi, bugün Yunanistan sınırları içerisinde yer alan Mora yarımadasındadır. Bu yüzden Moralı nisbesiyle anılır²⁵. Osmanlı Devleti'nde önemli hizmetler ifa etmiş bir aileye mensuptur. Babası, 18. yüzyıl devlet adamı, şair ve münevverlerinden Süleyman Penah Efendi'dir (ö. 1786)²⁶. İlk daimî Türk sefiri Yusuf Ağâh Efendi (ö. 1824), kardeşidir²⁷. İlk daimî Paris sefiri Moralı Seyyid Ali Efendi de (ö. 1809),

ilişkin bilginin defterdar Hacı İbrahim Efendi'nin azline dair bilgiden evvel verilmesi akla soru işareti getirir de bu zat rikâb defterdarlığı yapmamıştır. (Mehmed Süreyya, *age*, c. III, s. 757). III. Selim'in cülûsunun ardından rikâb defterdarlığı ve sonrasında başdefterdarlık yapan, Osman Efendi'nin dışında, bir başka isme tesadüf olunmamaktadır. (Mehmed Süreyya, *age*, c. VI, s. 1797).

- ²² Halil Nuri Bey'in 1209 Muharremi (Ağustos 1794) tarihinden itibaren vuku bulan olayları kaleme aldığı eserinde, Defterdar Osman Efendi'nin takriri üzerine o yıl nizam verilen meseleler zikredildiği halde, bizim vesikamız içeriğine benzer bir husustan söz etmemesi de bu savımızı destekler niteliktedir. (Halil Nuri, *age*, vr. 1^a-34^a).
- ²³ Melek Mehmed Paşa'nın hayatı hakkında bilgi için bkz. Mehmed Süreyya, *age*, c. IV, s. 1081-1082.
- ²⁴ Cevdet Paşa, *age*, c. V, s. 270-271; c. VI, s. 140.
- ²⁵ Mehmed Süreyya, *age*, c. IV, s. 1291. Akrabasından bir Moralı Osman Efendi (ö. 1831) daha vardır. O, Selimiye Camii bina eminliği ve Üsküdar Kışlası bina eminliği vazifelerinde bulunmuştur. (Mehmed Süreyya, *age*, c. IV, s. 1292; Aliye Öten, "Lütfi Paşa Tarihi'nde İmar ve İnşâ Faaliyetleri" (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 111, 120, 188).
- ²⁶ Hayatı hakkında bilgi için bkz. Ahmed Vâsif Efendi, *Mehâsinü'l-Âsâr ve Hakâikü'l-Abbâr*, haz. Mücteba İlgürel, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1994, s. 363; Mehmed Süreyya, *age*, c. V, s. 1550-1551; Aziz Berker, "Mora İhtilali Tarihiçesi", *Tarih Vesikaları*, c. II, sy. 7 (Haziran 1942), s. 63-64; *Türk Dili ve Edebiyatı Ansiklopedisi*, Yayın Kurulu: E. Erverdi, M. Kutlu, İ. Kara, İstanbul, Dergâh Yayınları, 1998, c. VIII, s. 69; Cahit Telci, "Bir Osmanlı Aydınının XVIII. Yüzyıl Devlet Düzeni Hakkındaki Görüşleri: Penah Süleyman Efendi", *Osmanlı*, Ed. G. Eren, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1999, c. VII, s. 178-179; M. Cunbur, "Penah", *Türk Dünyası Edebiyatçıları Ansiklopedisi*, Ankara, Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı Yayınları, 2007, c. VII, s. 233.
- ²⁷ Osman Efendi'nin bir erkek kardeşi daha vardır. Süleyman Penah Efendi'nin vefatının ardından zeametinin oğullarına tevcih olunması ve miriye borcu olup olmadığı anlaşılana kadar hanesinin

eniştesidir²⁸. Osman Efendi, Mustafa Paşa adlı bir zatın kızıyla evlenmiştir²⁹. Derviş Efendi (ö. 1831-1832) adında, kendisi gibi hâcegândan olan, bir oğlu vardır³⁰.

mühürlenmesi hakkında kaleme alınan bir telhiste bu şöyle ifade olunmuştur: "(...) Süleyman Penah Efendi hulûl-i ecel-i mev'udıyla irtihâl-i dâr-ı ahiret idüb üç nefer oğulları olmağla iki neferi hâcegânı-ı Divân-ı Hümâyûndan otuzar yaşlarını mütecâviz ve bir neferinin sinni tahminen derece-i işrine mütenâhiz idüğü (...)" (BOA, *HAT*, nr. 1451/64, t.t. 29 Z 1200-23 Ekim 1786). Yusuf Agâh Efendi'nin hayatı hakkında bilgi için bkz. Akdes Nimet Kurat, "Türkiyenin İngiltere Nezindeki İlk Elçileri", *Akşam*, 23 Nisan 1951, s. 4; Ercümen Kuran, *Avrupa'da Osmanlı İkamet Elçiliklerinin Kuruluşu ve İlk Elçilerin Siyasi Faaliyetleri 1793-1821*, Ankara, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1968, s. 15; Sinan Kunalalp, "İlk Daimi Türk Sefiri Yusuf Agâh Efendi", *Hayat Tarih Mecmuası*, c. II, sy. 9 (1 Ekim 1968), s. 10; "Agâh Efendi", *Türk Ansiklopedisi*, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1989, c. I, s. 198; Mehmed Süreyya, *age*, c. V, s. 1685-1686; Mehmed Alaaddin Yalçınkaya, *The First Permanent Ottoman Embassy in Europe-The Embassy of Yusuf Agah Efendi to London*, 1. bs., İstanbul, The Isis Press, 2010, s. 47-49.

²⁸ Hayatı ve sefaretı hakkında bilgi için bkz. Ahmed Refik, "Moralı Ali Efendi'nin Paris Sefâreti", *Tarih-i Osmanî Encümeni Mecmuası*, sy. 18 (1 Şubat 1328), s. 1120-1138; Kemal Beydilli, "Seyyid Ali Efendi", *DİA*, c. XXXVII, s. 45-47; Maurice Herbet, *Fransa'da İlk Daimi Türk Elçisi Moralı Esseyit Ali Efendi*, Çev. Erol Üyepazarıcı, İstanbul, Pera Turizm ve Ticaret A.Ş., 1997. Seyyid Ali Efendi'nin *Sefâretnâmesi*, *Tarih-i Osmanî Encümeni Mecmuası*'nın 20-24. sayılarında yayınlanmıştır.

²⁹ Osman Efendi'nin evliliğine dair bilgi, Tersane eminiyken, kayınpederini ziyaret için istediği izne ilişkin olarak kaleme alınan bir tezkirede yer almaktadır. Burada kayınpederi, "Tekfurdağı'nda ikamete memur saâdetlü Mustafa Paşa hazretleri" şeklinde ifade olunmuştur. (BOA, *HAT*, nr. 240/13401, t.t. 29 Z 1207-7 Ağustos 1793). Bu bilgiden hareketle, söz konusu ismin, bir ihtimal Seyyid Hacı Mustafa Paşa olabileceği söylenebilir. Zira bu zat, tekaüde ayrıldıktan sonra, Tekfurdağı'nda ikamet eder iken vefat etmiştir. Malvarlığı hakkında ne surette hareket edileceğinin tartışıldığı vesikada, paşanın vüzerâ-yı ızândan olmasına karşın servet sahibi olmadığı ve tekaüde ayrıldığından beri kendisine bağlanan aylıkla yaşamını sürdürdüğü ve birçok masrafının da damadı tarafından karşılandığı belirtilmiştir. Bahse konu damadın, Osman Efendi olması, ihtimal dâhilindedir: "Tekfurdağı'nda mütekâiden ikâmet üzere olan kaymakâm-ı esbak Seyyid el-Hâc Mustafa Paşa bu defa hulûl-i ecel-i mev'udıyla irtihâl-i dâr-ı bekâ etmiş olduğu ol tarafdân bâ-tahrîrât ihbâr olunub müşârunileyh mukaddemâ eyâlât ve elviye zabt etmiş vüzerâ-yı ızândan ise dahî ashâb-ı servet ve yesârdan olmamağla Tekfurdağı'nda tekâüden ikâmet edeliden berû taraf-ı Devlet-i Aliyeden tayin buyurulan mâhiye maaş ile dairesini idare ve ekser masârafını damadı ru'yet eder makûleden olmaktan nâşi ma'rifet-i şer'le ol tarafta tahrîr olunmak üzere olan yanında mevcud eşyası görölmek için bu taraftan hafîfü'l-me'üne bir mübâşir tayin ve eğer cânib-i mîriye deyni zuhür eder ise zuhür edecek deyni mikdârı muhalledfâtü cânib-i mîriden zabt olunması hususu muvâfik-ı irâde-i şâhâneleri buyurulur ise fermân şevketlü kerâmetlü mehâbetlü kudretlü velinimetim efendim padişahım hazretlerindir" (BOA, *HAT*, nr. 207/10884, 19 Ca 1211-20 Kasım 1796).

³⁰ Osman Efendi'nin kardeşi Yusuf Agâh Efendi, ilk daimi elçi olarak Londra'ya giderken maiyetinde, Avrupa'ya dil tahsili için giden ilk Türk talebeler olan Mehmed Derviş Efendi ile Mehmed Tahir Efendi de bulunuyordu. (Yusuf Agâh Efendi'nin maiyeti hakkında bilgi için bkz. Mehmet Alaaddin Yalçınkaya, "Mahmud Raif Efendi as the Chief Secretary of Yusuf Agah Efendi, The First Permanent Ottoman-Turkish Ambassador to London", *OTAM*, sy. 5 (1994), s. 406). Bunlardan Mehmed Derviş Efendi'nin Moralı Osman Efendi'nin oğlu olmasının pek muhtemel olduğu belirtilmektedir. Mehmed Derviş Efendi, elçiliğin ataşesi ve hazinedarı olarak atanmıştır. (Mehmet Alaaddin Yalçınkaya, "Osmanlı Zihniyetindeki Değişimin Göstergesi Olarak Sefaret-namelerin Kaynak Defteri [Değeri]", *OTAM*, sy. 7 (1996), s. 323). Hakikaten Osman Efendi'nin hâcegândan Derviş Efendi isminde bir oğlu vardır. Onun hayatı hakkında bilgi için bkz. Meh-

Osman Efendi, eşi az yetişir, âlim ve fâzıl bir devlet adamıydı³¹. Maliyeden yetişip başhalifelik, defterdar mektupçuluğu, rikâb-ı hümâyûn defterdarlığı, Tersane emînliği, başdefterdarlık, nişancılık, çavuşbaşılık, sadaret kethüdalığı, defter emînliği, Esmâ Sultan kethüdalığı, rikâb-ı hümâyûn kethüdalığı, kereste gümrüğü nâzırlığı ve Saruhan nâzırlığı gibi birçok önemli görevlerde bulundu³². İki kez defterdarlık yaptı.

med Süreyya, *age*, c. II, s. 411. Osman Efendi'nin hâcegân-ı Divân-ı Hümâyûndan olduğuna dair bilgi, yukarıda dn. 27'de kısmen aktarımda bulunduğumuz telhiste zikrolunmaktadır.

³¹ Cevdet Paşa, *age*, c. VI, s. 9. Osman Efendi'nin faziletine dair anlatılan bir menkıbe şöyledir: "Moralı Osman Efendi değerli bir devlet adamı idi. Buna mukabil de ağır ve vekarlı idi. Bu sebeble Halet Efendiye riyakârlık etmezdi. O da onu durmadan en fena yerlere tâyin ederdi. Bir gün İzzet Molla, Halet Efendi'nin yanında iken, Moralı Osman Efendinin geldiğini haber verdiler. Derhal Halet Efendi merdiven başına koşarak, hürmetkârane bir şekilde Osman Efendiye karşıladı. Ona fazlasıyla hürmet gösterdi. Osman Efendi gidince İzzet Molla dayanamıyarak: 'Efendim, bu adama etmediğin fenalık kalmadı. Şimdi bu şekilde iltifata sebep nedir?' Halet Efendi: 'Ben bu adama çok fenalık ettim. Ne yapayım ki, onun tavrında bir Osman Efendilik var, onu bir türlü alamıyorum. Onu görünce itibara mecbur oluyorum' demiştir." (Enver Behnan Şapolyo, *Türk Menkıbeleri*, İstanbul, Türkiye Yayınevi, 1964, s. 207-208). Bu değerli devlet adamıyla uğraşan yalnızca Halet Efendi olmamıştır. Eniştesi Seyyid Ali Efendi'nin Avrupa'ya gönderilmesinin arka planında dönemin reisü'l-küttâbî ile Osman Efendi'nin arasının bozuk olmasının yattığı rivayet olunur. (Herbette, *age*, s. 9). Osman Efendi'nin sağlam karakterini ve nüfuzunu yansıtan şu olayı da aktaralım: III. Selim'in tahttan indirilmesinin ardından IV. Mustafa'nın adamları eski padişahın öldürülmesi fikrine kapılmışlardı. Rusçuk yârânı ise eski padişahı tekrar tahta çıkarmak için mücadele ediyorlardı. İşte böyle bir ortamda, dönem Hazine vekilli Nezir Ağâ'nın eski padişahın öldürülmesinden bahsetmesi üzerine, sadaret kethüdası Osman Efendi, yeniçeri ağasına gizlice "Genç Osman'ın kanı henüz ocaktan silinmedi. Sakının... sonra Allah'ın lanetine uğrarsınız" şeklinde bir haber göndermiştir. Böylelikle, eski padişahın katli fikrinin ordu tarafından benimsenmesine engel olduğu belirtilir. (Midhat Sertoğlu, *Mufassal Osmanlı Tarihi*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2011, c. V, s. 2823).

³² Hayatı hakkında bilgi için bkz. Mehmed Süreyya, *age*, c. IV, s. 1291; *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, Gen. Yay. Yön.: A. Benk, İstanbul, Interpress Basın ve Yayıncılık, t.y., c. XVII, s. 8924. *Sicill-i Osmânî*'de Osman Efendi'nin 11 Ramazan 1233'de (1 Temmuz 1818) vefat ettiği yazılıdır. (Belirtelim ki, çalışmamızın genelinde esas aldığımız Akbayar'ın hazırladığı *Sicill-i Osmânî*'de ölüm yılı sehven 1232 olarak yazılmıştır. (Mehmed Süreyya, *age*, c. IV, s. 1291). Ancak, eserin aslında, Osman Efendi'nin 1233'te öldüğü yazılıdır. (Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmânî Yahud Tezkire-i Meşâbir-i Osmâniye*, İstanbul, Matbaa-i Âmire, 1311, c. III, s. 441). Bununla birlikte, Osman Efendi'nin *Veba Risalesi* nüshalarından birinde "müellifin tarih-i vefâtı 1227 Ramazan (1812 Eylül-Ekim)" şeklinde bir not vardır. (Osman b. Süleyman Penah, *el-Mâûn fî-Meselleti't-Tâûn*, Süleymaniye Kütüphanesi, Serez, nr. 02920, iç kapak). Bunun dışında, hayatına dair kaynaklarda, Osman Efendi'nin doğum tarihi hakkında bir bilgiye de rastlamadık. Ancak, babası Süleyman Penah Efendi'nin ölümünü üzerine, 1200 (1786) senesinde kaleme alınmış bir telhiste, Osman Efendi'nin o tarihte, otuz yaşını geçkin olduğu yazılıdır. Bu bilgi, tahmini de olsa, Osman Efendi'nin doğum tarihi hakkında bir fikir vermektedir. Bundan yola çıkarak Osman Efendi'nin gerek takriri kaleme aldığı ve gerekse vefat ettiği, aşağı yukarı kaç yaşlarında olduğuna dair bir tahmin yürütmek mümkündür: "(...) Üç nefer oğulları olmağla iki neferi hâcegân-ı Divân-ı Hümâyûndan otuz yaşlarını mütecâviz (...)" (BOA, *HAT*, nr. 1451/64, t.t. 29 Z 1200-23 Ekim 1786). Vesika tahmini tarihli olsa da, Süleyman Penah Efendi'nin 1200 (1786) senesinde öldüğü bilgisi, diğer kaynaklardan doğrulanmaktadır. (Ahmed Vâsif Efendi, *age* (1994), s. 363; Mehmed Süreyya, *age*, c. V, s. 1551). Osman Efendi, farklı vazifelerdeyken, birçok önemli hizmetler görmüştür. Dağlı eşkıyasının iskânında; Fransızların Mısır'ı işgal etmesi karşısında, Devlet-i Aliye'de bulunan Fransızların malvarlıklarının müsaderesi sürecinde; Fransız

Özellikle mali işlerde büyük muvaffakiyetler gösterdi³³. Bunun yanında, o sıradan bir devlet adamı değildi. Veba hastalığına ilişkin olarak, *el-Mâûn fi-Meseleti't-Tâûn* adlı bir eser kaleme almış olması bunu en güzel bir biçimde yansıtır. Müellifin, “ehâdis-i şerîfe ve akvâl-i fukahâ”ya müracaatla ortaya koyduğu bu eser, onun içtimaî ve şer’î duyarlılığına işarettir³⁴. Şüphesiz ki, onun bu girişiminde, babasını vebadan kaybetmiş olmasının etkisi büyüktür³⁵.

Osman Efendi’nin vurgulanması gereken en önemli özelliği ıslahatçı kişiliğidir. Bu konuda babasının izinden gittiği söylenebilir. Nitekim Süleyman Penah Efendi’nin *Mora İhtilalinin Tarihçesi* ya da *Penah Efendi Mecmuası* olarak bilinen eseri, bir yönüyle ıslahat raporu niteliğindedir³⁶. Osmanlı Devleti’nin muhtelif devirlerinde, kimi zaman padişahın isteği üzerine kimi zamansa böyle bir istek olmaksızın, devlet adamları ıslahat hakkındaki görüşlerini rapor ederek padişaha sunmuşlardır³⁷. Her ne kadar Süleyman Penah Efendi’nin ıslahata ilişkin düşüncelerini padişaha takdim edip etmediği meçhulse de oğlunun bunda muvaffak olduğuna şüphe yoktur³⁸. Zira III. Selim’in emrine binaen devlet nizamına dair layiha sunan yirmi iki kişiden biri zamanın Tersane emini Osman Efendi idi³⁹. Maahaza, onun ıslahatçı

işgalinin son bulmasının ardından Mısır’ın yeniden nizama sokulmasında aldığı görevler bunlara misaldir. (BOA, *HAT*, nr. 44/2211, t.t. 29 Z 1217-22 Nisan 1803; BOA, *HAT*, nr. 134/5538, 30 Ca 1213-9 Kasım 1798; BOA, *HAT*, nr. 155/6501, 8 Ca 1216-16 Eylül 1801).

³³ Cevdet Paşa, *age*, c. VI, s. 9.

³⁴ Osman b. Süleyman Penah, *el-Mâûn fi-Meseleti't-Tâûn*, Süleymaniye Kütüphanesi, Bağdatlı Vehbi, nr. 01370, vr. 2^a-2^b. Herbette eserinde, Osman Efendi’nin vebaya ilişkin bir kitap yazdığından bahseder. Eserin mütercimi ise böyle bir bilginin ne *Sicill-i Osmanî*, ne de *Osmanlı Müellifleri* adlı eserlerde yer olmadığını ve mesleği itibarıyla da Osman Efendi’nin vebaya ilişkin bir kitap yazma olasılığının neredeyse hiç yok gibi olduğunu, not düşmüştür. (Herbette, *age*, s. 17-17/dn.). Ancak, belirttiğimiz üzere, Osman Efendi için tıbbî cihetinden ziyade, şer’î cihetinde kalem oynatmaktadır. Çalışmasında, muteber kitaplara başvurarak, özellikle veba hastalığının buluşçısı olup olmadığını hususunu, hadisi şerifler ve fukahanın görüşleri doğrultusunda, ortaya koymayı amaçlamıştır. Kitabın yazılış amacını ve usulünü kendisi şu şekilde ifade etmektedir: “(...) Bu abd-i kembidâ’a Osman b. Süleyman Penah, emîn-i Dârü’s-Sına’a, bu babda, yani tâûn ve vebanın sârî olub olmadığını ve def-i vahşet için firârın cevâz ve adem-i cevazında ehâdis-i şerîfe ve akvâl-i fukaha ne vechile olduğunu kütüb-i mu’tebereye müracaat ile tettebü’ ve istikrâ idüb zaferiyâb olduğum akvâl-i sahihayı işbu mecele-i celileye derc ve tebyîn ve nâmını *el-Mâûn fi-Meseleti't-Tâûn* tesmiye ve tayin eyledim. Hasebü’l-beşeriye vâkî olan sehv ve hatasını tashih ve bu abd-i âcizi hayr dua ile yâd edenleri Cenâb-ı Hak korktuklarından emin eyle[ye]. Âmin bi-Muhammedi’l-Emîn (...).” (Osman b. Süleyman Penah, *age*, vr. 2^a-2^b).

³⁵ Ahmed Vâsîf Efendi, *age*, s. 363; Mehmed Süreyya, *age*, c. V, s. 1550-1551.

³⁶ Berker, *agm*, s. 63-64. Eserin, tamamına *Tarih Vesikaları* dergisinin şu sayılarından ulaşılabilir: c. II, sy. 7, s. 63-80; c.II, sy. 8, s. 153-160; c. II, sy. 9, s. 228-240; c. II, sy. 10, s. 309-320; c. II, sy. 11, s. 385-400; c. II, sy. 12, s. 473-480.

³⁷ Telci, *agm*, s. 178.

³⁸ Süleyman Penah Efendi’nin eserini padişaha takdim edip etmediğinin meçhul olduğu bilgisi için bkz. Telci, *agm*, s. 179.

³⁹ Osman Efendi’nin ıslahat hakkındaki düşünceleri, diğer layiha sahiplerine benzer biçimde, askerî alana ilişkindir. (Cevdet Paşa, *age*, c. VI, s. 9, 31, 38; Enver Ziya Karal, “Nizam-ı Cedid’e

tarafı yalnızca bunlardan ibaret değildir. Osman Efendi, nizama muhtaç gördüğü meseleleri etraflıca tahkik ve akabinde problemin halline ilişkin fikirlerini bir takriri ilgili mercilere nakletmesiyle de meşhurdur⁴⁰. Sözgelimi, hicrî sene ile malî sene arasındaki farktan kaynaklanan “tefavüt-i hasene⁴¹”nin hesabındaki süregelen hata, onun girişimiyle düzeltilmiştir⁴². Emvâl-i atıyye ve mevkûfenin düzene konulması da onun işlerindedir⁴³. İlk defterdarlık dönemine ait bu iki örnek, hazineye büyük yarar sağlamıştır. Nitekim Cevdet Paşa, mali işlerdeki başarısını methettiği bu zât için: “Vazife-i memuriyetini ifa edebilmek ve gerek nezd-i devlette ve gerek enzâr-ı enâmda mesuliyetten tahlis-i girîbân etmek için hazinenin hakkı olan hususlarda akçe sektirmezdi.” demiştir. Elbetteki, onun bu hususiyeti istikametine ve ehliyetine delildir. Müverrihlerin, ondan bahsederken, “Emanetleri ehline veriniz⁴⁴” mealindeki ayetin hikmetine bir misal olduğuna dair yaptıkları vurgu, bu konuda başka söze hacet bırakmamaktadır⁴⁵.

Dair Layihalar”, *Tarih Vesikaları*, c. II, sy. 12, s. 424-425). İlerleyen dönemde, Humbaracı ve Lağımçı ocaklarının nizamına ilişkin kanun hazırlanması işi gündeme gelmiştir. Meclis-i Meşverette “dâhil-i meşveret olan ricâl-i Devlet-i Aliye’den bu makule kavânin ve şerâitîn usûl ve fûru’unu kaleme almağa kâdir” birinin vazifelendirilmesi görüşülmüştür. Bunun üzerine sadrazam, bir telhisle bu işte sâbık Tersane emini Osman Efendi’nin vazifelendirilmesini teklif etse de, padişah başka münasip bir ismin tayinini emretmiştir. Söz konusu telhis, Osman Efendi’nin Meşveret Meclisi’ne katılan devlet adamları arasında yer aldığı ve isminin “bu makule kavânin ve şerâitîn usûl ve fûru’unu kaleme almağa kâdir” olma kıstası doğrultusunda gündeme geldiğini göstermesi itibarıyla dikkate şayandır. (BOA, *HAT*, nr. 187/8832, t.t. 1 R 1211-4 Ekim 1796). Neticede, halen Bâb-ı Âli’de Amedî olan Atıf Efendi bu iş ile vazifelendirilmiştir. (BOA, *HAT*, nr. 186/8795, 11 R 1211-14 Ekim 1796). Burada aktardığımız belgelerden ilkinde Arşiv’de 29 Z 1211-26 Haziran 1797 tahmini tarihi verilmiştir. Ancak, ikinci belgenin içeriğinden, ilk belgeden daha sonra yazıldığı anlaşılmaktadır. Bu yüzden, tahmini tarih olarak ikinci belgeden 10 gün öncesini verdik.

⁴⁰ Nitekim Halil Nuri Bey’in, onun nizam verdiği bir konuyu aktarıırken kullandığı “hâlâ mesned-nişîn-i câh-ı istîfâ olan Osman Efendi gereği gibi gene ve hakikatıyla mülâhaza ve müzâkere ederek zâhire ihraç etmekle suret-i nizâmı taraf-ı mûmâ-ileyhten Bâb-ı Âli’ye takrir (...)” ifadesindeki “gene” sözcüğü dikkat çekicidir. (Halil Nuri, *age*, vr. 16b- 17a-b).

⁴¹ “Hicrî sene ile Malî sene arasındaki on gün ve yirmi bir saatlik farktan meydana gelen varidat (gelir) farkı yerinde kullanılır bir tâbirdir. Bu fark Hicrî senenin 354 gün 8 saat 48 dakika, Malî senenin ise 365 gün 8 saat 5 dakika olmasından ileri geliyordu. Maliyece mukataalar Hicrî sene üzerine ihale edilir ve bu iki sene arasındaki farka isabet eden kısım ayrıca alındığından bu farka ‘Tefavüt-i Hasene’ denilirdi. (Pakalın, *age*, c. III, s. 434).

⁴² Halil Nuri, *age*, vr. 16^b- 17^{a-b}; Cevdet Paşa, *age*, c. VI, s. 150-153; Pakalın, *age*, c. III, s. 209.

⁴³ Birtakım devlet görevlilerine, Ramazan aylarında mevkuf adıyla ihşanda bulunulurdu. Ramazan bayramı sonrasındaki tevcihâtta da birtakım atıyye dağıtılması adettendi. Ancak, bunların bir karşılığının olmaması hazineye zarara uğrattıyordu. Osman Efendi’nin girişimiyle, bunların karşılığının İrâd-ı Cedid Hazinesinde mahfuz ve mevcut bulunmasını sağlandı. (Halil Nuri, *age*, vr. 22b-23a-b; Cevdet Paşa, *age*, c. VI, s. 154-155).

⁴⁴ Nisa 4/58.

⁴⁵ Halil Nuri, *age*, vr. 16^b-17^a; Cevdet Paşa, *age*, c. VI, s. 154.

Vazifesini hakkıyla eda etmeye çalışan bu zât, gerek kanun ve gerekse şer‘a muvafık hareket etmeye çabalamıştır. Bunun en bariz misallerinden biri, çalışmamıza konu vesikaya temel olan takrirdir. O, kanunun ifadesiyle, bir yandan “bi’l-cümle mâl-i beytûlmâl-i tahsîl ve hazîneyi tekmîl” ile iştigal ederken, diğer yandan “emvâl-i yetâmâdan hazîne-i âmireyi sıyânet ve beytûlmâl-i müslimîni mâl-i harâmдан himâye” etmekle meşgul olmuştur⁴⁶. Vazifesinin şer‘î cihetine olan vukûfiyeti ve bu işteki gayreti vesikanın muhtevasından anlaşılmaktadır.

IV. Vesikanın Muhtevası

Evvelden belirtildiği üzere, vesika üç bölümden müteşekkildir. Bu yüzden, her bir bölümün muhtevasını ayrı başlıklar altında ele almak uygun düşecektir. Bu gerçekleştirilirken, vesikanın oluşum sürecine paralel (kronolojik) bir sıralama yöntemi takip edilecektir.

A. Defterdar Moralı Osman Efendi'nin Takriri

1. Takririn Başlangıcı

Osman Efendi, oldukça çarpıcı ve hassas bir noktaya temas ederek söze başlamıştır. Bu nokta yetim malı konusudur. İleride görüleceği üzere, bu hassas konu, hatt-ı hümayûnun başlangıcında da zuhur edecektir. Ona göre, Kur'an-ı Kerim'de yetim malına el uzatmak bir tarafa, ona yaklaşmak dahi katiyetle yasaklanmışken, uzun bir müddetten beri, vefat eden zenginlerin malvarlıklarına, mîrînin müzayakası bahane edilerek el konulmaktadır. Bu ise, Kur'an-ı Kerim'in “ferâiz”e ilişkin hükümlerinin tatbikine engeldir⁴⁷. Bu şekilde, yetim malı-ferâiz ve müsadere arasında kurulan bir ilişkiyle konuya giriş yapılan takrirden sırasıyla, aşağıdaki şekilde başlıklandırdığımız, şu konulara değinilmiştir.

2. Muhallefât Zabıtının Ortaya Çıkış Gerekçesi

Osman Efendi, takririn devamında, Osmanlı Devleti'nde muhallefât zabtlarının varoluş gerekçesini ortaya koymaktadır. Buna göre, esasında muhallefât zabtları, ya üzerinde mukataa olan vezirler ve devlet adamları ile beytûlmâl muamelesi olan

⁴⁶ Metindeki alıntılar, Tevki-i Abdurrahman Paşa Kanunnamesinin defterdarın görevlerine ilişkin bölümündendir. Bkz. “Osmanlı Kanunnameleri”, s. 516-517.

⁴⁷ Ahmed Refik, hatt-ı hümayûnu aktarmadan hemen önce, burada ifade olunanlara paralel bir biçimde, defterdarın mîrînin müzayakası dolayısıyla gerçekleştirilen özensiz muhallefât zabtı uygulamalarının Kur'an-ı Kerim hükümlerine aykırı olduğunu açık delillerle ispat ettiğini belirtmiştir. (Ahmed Refik, “Sultan Selim-i Sâlis'de Halk ve Millet Muhabbeti (Hatt-ı Hümayunlarına Nazaran), s. 449).

“cizyedâr⁴⁸,” “mültezim⁴⁹” ve “âmil⁵⁰” gibi memurların ya da mirasçı bırakmadan ölenlerin, vefatlarının ardından söz konusu olurdu. İlk gruptakilerde, ölenin devlete olan borcunun tahsili amaçlanırdı. Kayıtlardan devlete borçları olup olmadığı yoklanırken, malvarlığının telef edilmesinin önüne geçmek için, zabt ve tahrir işlemleri gerçekleştirilirdi. Tahkikat neticesinde bir borç ortaya çıkarsa bu, ölenin muhalefâtından, evleviyetle, tahsil edilirdi. İkinci gruptakilerde ise amaç mirasçısı olmayan terekelerin beytûlmâle aktarımıydı⁵¹.

3. Muhallefât Zabtı Usulünün Yozlaşması

Osman Efendi, tahririn devamında bu aslı gayeden ne surette uzaklaşıldığını dile getirmiştir. Buna göre, zamanla ölenin mirasçısı ya da devlete borcu olup olmadığına bakılmaz olmuştur. Devlet adamı, mültezim, esnaf ayırt edilmeksizin, biraz zengin olanların muhalefâtlarına el konulmaya başlanmıştır. Bu ise, yetimlerin hiçbir şaysız gözü yaşlı kalmalarına ve borçluların mahkeme kapılarında perişan olmalarına neden olmuştur. Öyle ki, babalarının malvarlığı zabt edilip aç ve muhtaç kalan yetimlerin, bir tepki olarak anneleri tarafından, “bu yetimin mevrûs malını bütün mîrîden zabt eylemişsiz, şimdi aç ve muhtaç kaldı, bari bu yetimi dahi alın” feryadıyla defterdarların önlerine fırlatıldığı vakidir. Osman Efendi, bizzat müşahede ettiği bu çarpıcı tabloyu, böylelikle yansıtmıştır.

4. Gayrimeşru Muhallefât Zabtlarının Zararları

Problemin farkında olan Osman Efendi, tahririn devamında, gerek rikâb defterdarlığı ve gerekse el-ân yürüttüğü defterdarlık vazifelerinde, hazinenin yetim maldan muhafazasına ve hak sahiplerinin mağdur edilmemesine gayret sarf ettiğini ve bunun hem padişaha hayır duaya sebep, hem de devlete idarî ve malî birçok faydayı havi bir iş olduğunu belirtmiştir. Şöyle ki, hesabına göre, bir hassasiyet gözetilmeksizin gerçekleştirilecek muhalefât zabtlarından elde edilecek gelir en fazla bin kesedir. Bu ise, hazineye pek bir yarar sağlamayacaktır. Aksine ilahî emir ve rızaya aykırı bir iş

⁴⁸ Hristiyan tebaadan alınan cizyeyi toplamakla görevli memura verilen isimdir. (Pakalın, *age*, c. I, s. 303; Yılmaz, *age*, s. 99).

⁴⁹ “Bir köy veya kasabanın devlet varidatını (gelirini) deruhde ve iltizam edip buna mukabil hazineye maktuan para veren kimse hakkında kullanılır bir tâbirdir.” (Pakalın, *age*, c. II, s. 614).

⁵⁰ “Halife, hükümdar ve emir tarafından emvâlin alınması işine memur edilen kimsenin unvanıydı.” (Pakalın, *age*, c. I, s. 57).

⁵¹ Devletin bu tavrı feraiz kurallarından kaynaklanır. Buna göre mirasçısı olmayanların terekeleri beytûlmâle kalır. Ölenin ardında yalnızca eş bıraktığı ya da tereke miktarından az vasiyeti olduğu hallerdeyse, bunlara ait belirli paylar çıkarıldıktan sonra geriye kalan beytûlmâle konulur. Beytûlmâlin terekelere bu suretle el koyması mirasçılık ilişkisinden değil, bunların sahipsiz, zayı mal hükmünde olmasındandır. (Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, t.y., c. V, s. 326; Ali Himmet Berki, *Miras ve Tatbikat*, İstanbul, Üçler Basımevi, 1947, s. 107).

olarak kalacak ve muhtemelen devletin başına birçok masraf açacaktır. Osman Efendi bu kısmı, yetim malının hazinenin bereketini giderdiği ve onun ziyanına sebep olduğunu belirterek bitirmiştir.

Burada, Osman Efendi'nin ısrarla vurguladığı, hatt-ı hümayûna da yansıyan, yetim malı-beytülmâl ilişkisini biraz etraflıca ele almak yerinde olacaktır. Zira takirde, gayrimeşru muhalledât zabtlarının karşısında ileri sürülen en kuvvetli argüman bu cihetten sudur etmektedir. Bir kere defterdarın bu bakışı kanuna ve şer'â muvafıktır. *Tevki'-i Abdurrahman Paşa Kanunnamesi'*nde, defterdarın hazineyi yetim malı ve haram maldan muhafaza etmekle vazifeli olduğunun yazdığını yukarıda beyan etmiştik. Fıkıh literatüründe de yetimin korunup gözetilmesi konusunda ciddi bir hassasiyet vardır⁵². Öyle ki, bu koruma ve gözetme mükellefiyetine yetimin malları da dâhildir⁵³. Kur'an-ı Kerim, yetim malını haksız yere yemek bir yana, ona meşru olmayan bir surette yaklaşmayı dahi yasaklanmıştır⁵⁴. Haksız yere yetim malı yemeyi, ateş yemekle bir tutmuştur⁵⁵. Hz. Peygamber de, yetim malı yemeyi insanı helak edici büyük günahlar arasında saymıştır⁵⁶. Nassların kat'î tavrı karşısında, yetim malına

⁵² Fıkıhta yetimin durumuna ilişkin şu çalışmalara müracaat olunabilir: İbrahim Kafi Dönmez, "Yetim", *İA*, 1.bs., Eskişehir, MEB Yayınları, 1997, c. XIII, s. 401; Abdüsselam Arı, "Yetim", *DİA*, c. XLIII, s. 501; Mehmet Şirin Ayrıl, "Kur'an'ın Yetimlere Bakış Açısı" (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2007; Nurullah Eski, "Hak ve Sorumlulukları Bakımından İslam Hukukunda Yetimler" (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2007; Hüseyin Ertuç, "İslam'da Yetimlerin Hukuki Statüsü", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 31 (2009), s. 127-150; Vecdi Akyüz, *İslam'da Yetim Hakları ve Sorumluluklarımız*, 6. bs., İstanbul, İnsani Yardım Vakfı, 2010; Leyla Batchaeva, "İslam Hukukunda Yetimin Malının Korunması ve Kullanılması" (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013; İbrahim Canan, *Allah'ın Çocuklara Verdiği Haklar-Haksız Değilim*, İstanbul, Işık Yayınları, 2014.

⁵³ Konuya ilişkin Kur'an ve Sünnette yer alan hükümler için bkz. Mukâtil b. Süleymân, *Abkâm Âyetleri Tefsiri*, Tercüme: M. Beşir Eryarsoy, 1. bs., İstanbul, İşaret Yayınları, 2005, s. 149-152; Batchaeva, *agt*, s. 37-49; Muhammed Ali Sabûni, *Kur'an-ı Kerim'in Abkâm Tefsiri*, Tercüme: Mazhar Taşkesenlioğlu, İstanbul, Şamil Yayınevi, 2012, c. I, s. 403-414; Vecdi Akyüz, "Yetim Malı Yemek", (Çevrimiçi) <http://www.yenisafak.com.tr/lyazarlar/vecdiakyuz/yetim-mali-yemek/1200>, 8 Aralık 2014.

⁵⁴ Enam 6/152.

⁵⁵ Nisa 4/10. Konuya ilişkin bir hadis-i şerif şöyledir: Hz. Peygamber "Yevm-i kıyâmette kabirlerinden bir kavim ateş alevi çıkararak kalkar" buyurunca, orada bulunanlar "onlar kimlerdir? Ya Resulallah" diye sormuşlardır. Bunun üzerine Hz. Peygamber bu ayeti okuyup "görmediniz mi Allahü teâlâ yetimin malını ekl edenler haklarında ne buyurdu?" demiştir. (Mehmed Vehbi, *Hülasatü'l-Beyân ft-Tefsiri'l-Kur'an*, İstanbul, Evkâf-ı İslâmiye Matbaası, 1339, c. IV, s. 25). Bir başka hadis-i şerifte Hz. Peygamber miraç hadisesini anlatırken şunlara değinmiştir: "Orada bir topluluk gördüm. Onların, deve dudakları gibi dudakları vardı. Onların dudaklarını tutup ağızlarına ateşten kayalar atan kimseler vazifelendirilmişti. Atılan taşlar, onların altlarından çıkıyordu. Dedim ki: Ey Cebrail bunlar kimdir? Dedi ki: Bunlar, haksız yere yetim malını yiyenlerdir. Bunlar yetim malını yerken karınlarına sadece ateş tıkamış olurlar." (Taberi, *Taberi Tefsiri*, Çev. K. Aytekin, İstanbul, Hisar Yayınevi, 1996, c. II, s. 453-454.

⁵⁶ Zebidî, *Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi*, Mütercimi ve şârihi: Kâmil

el uzatmak, kişiyi ateşe götürücü çirkin bir iş olarak görülmüştür⁵⁷. Edebiyatımız bunu yansıtan birçok işaretle müzeyyendir⁵⁸. “Yetim malı ateşten gömlektir” atasözü bunun en güzel örneklerindedir⁵⁹.

Elbette ki bu hassasiyet, yalnızca bireysel ihlaller için söz konusu değildir. Yetimin korunup gözetilmesi toplumsal bir vazifedir⁶⁰. Bu noktada, devlet müspet ve menfi bir yükümlülük altındadır. O, ilk olarak yetim malının korunup gözetilmesi için gerekli tedbirleri alacaktır⁶¹. İkinci olarak, yetim hakkını ihlalden kendisi bizzat kaçınacaktır. Devlet adamlarına öğüt vermek amacıyla kaleme alınmış olan *nasihat-nâmeler*de bu husus özellikle vurgulanır. Bu eserlerde genel olarak şu noktalara değinilmiştir: Yetim malı gözyaşındır. Hükümdar, böyle malı almak bir tarafa ona yaklaşmaktan dahi kaçınmalıdır⁶². Bunun hilafı, hesabı verilemeyecek bir davranıştır⁶³.

Miras, 8. bs., Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1987, c. VIII, s. 224. “Ben size iki zayıfın hakkını tahrim ederim. Bunların biri yetim diğeri kadındır” hadis-i şerifine ilişkin bir yazı için bkz. Ali Suad, “İkaz: İnni Uharrimu İleykum Hakka’z-Za’ifeyni’l-Yütmi ve’l-Mer’eti”, *İslam Dünyası*, sy. 14 (2 Eylül 1329), s. 211-213.

⁵⁷ Kadızade, *Şerh-i Birgivi li-Kadızade*, İstanbul, Darü’l-Tıbbi’l-Âmire, 1240, s. 134.

⁵⁸ Ahmed Mürsîdî (1688-1760), *Pendname*’sinde bunu şu şekilde dile getirir:

Gele sekizinci bölüm cüsseli / Ol karınları içi ateş dolu

Hem ağızlarıyla ateşler saça / Ehl-i mahşer savaşa andan kaç

Bunlar anlardır yetimin mâlını / Yediler görün şimdi bed-hâlini

Mâl-i eytâmı yiyüp itdi telef / Şimdi ateş oldu anlara alef

Ol eytâmıyla divana gideler / Hakkını ol demde da’vâ ideler. (Diyar-ı Bekrî es-Seyyid Ahmed Efendi, *Kitab-ı Mürşid-i Pend-i Ahmediyye*, Dersaadet, Matbaa-i Osmaniye, 1303, s. 473). Hz. Ömer’in halifelîği dönemine dair bir rivayet de benzer bir bakışı yansıtır. Bir adam bir yetimin malını, koruması gerekirken, yemişti. Mağdur olan yetim balığ olup rüşde erince, adamı halifeye şikâyet etti. Halife adamı çağırtdı. Ancak, adam yetimin iddialarını inkâr edince, bir başka şahidi olmayan yetim mahzun oldu. İşin hakikatini anlayan halife, yetimin söylediklerinin doğru olduğunu kanaatine varınca, “yetimlerin mallarını haksız olarak yiyenler karınlarına ancak bir ateş yemiş olurlar.” ayeti uyarınca adamın karnına yanmayan bir mum tuttu. Mum kendiliğinden yandı. Bunun üzerine adam yetimin hakkını iade etmek zorunda kaldı. (Vasîf Ahmed, *age*, vr. 55b; Cevdet Paşa, *age*, c.VI, s. 124).

⁵⁹ Tekkezade M. Said, *Durûb-ı Emsâl-i Türkiyye Yahut Atalar Sözü*, Dersaadet, Kasbar Matbaası, 1312, s. 372.

⁶⁰ Arı, *agm*, s. 501. Kur’an-ı Kerim ve sünnette bu esası yansıtan birçok hüküm vardır. Bu hükümlere örnekler için bkz. (Neşet Uluşal, “Kur’an’da Yetim Kavramı” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 15 vd.). Ebussuud Efendi’nin, ikinci kez hacca gitmek isteyen bir zengin, bunun yerine, fakirlere, dul ve yetimlere tasaddukta bulunmasının daha hayırlı bir iş olacağına ilişkin fetvası da bu bağlamda ilgi çekicidir. (M. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi’nin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı*, 6. bs., İstanbul, Gonca Yayınevi, 2009, s. 92).

⁶¹ İslam devletlerinde görülen yetimhaneler, yetim mektepleri, yetim sandıkları, vakıflar gibi kurumlar yetim hakkının korunup gözetilmesine hizmet etmiştir. (Arı, *agm*, s. 501).

⁶² Gazâlî, *Nasâyihül-Mülük*, Haz. Turgut Tok, İstanbul, Bilgeoğuz Yayınları, 2009, s. 110.

⁶³ *Siyasetname*’de geçen emr-i âdilî hikayesinde, onun fakir ve yetimden zulmen toplanmış olan serveti, hesabını verememekten korktuğu için hazinesine koymadığı anlatılır. (Nizamülmülk, *Siyasetname*, Çev. M. Şerif Çavdaroğlu, İstanbul, İ.Ü.H.F. İdare Hukuku ve İdare İlimleri Ensti-

Bu çirkin işe tevessül edende namus ve ululuk alameti bulunmaz⁶⁴. Devletler için de durum böyledir. Zira “mal namus-ı saltanattır”⁶⁵. Böyle mal hazineyi eritir. Devlet nizamını bozar ve onun batmasına neden olur⁶⁶. Çünkü bu açık bir zulümdür⁶⁷. Zulümse zeval sebebidir⁶⁸. Hükemânın “mülk küfürle fena bulmaz, cevr ve zulümle fena bulur⁶⁹”, “eşyanın sebatı adl iledir ve zevali cevr iledir” ve “siz cevrden hazer edin, zira cevr helake sebep ve harâb-ı bilâda illettir” gibi sözleri buna işaret eder⁷⁰.

Osmanlı Devletini yönetenler, genelde, bu uyarılara paralel bir biçimde, bu işe özen göstermişlerdir⁷¹. Beytül mâle yetim malı girmesinden endişe duymuşlardır. Tarihlerde bu hassasiyeti yansıtan birçok olay aktarılır. I. Süleyman zamanında veziriazam olan Lütü Paşa, eserinde belirttiği üzere, yetim malının beytül mâle konulmasını asla caiz görmezdi⁷². Bunun yalnızca uhrevî değil, dünyevî birçok mazarrata da neden olacağını bildirdi. Bu nedenle, padişahın iradesini alarak bir nizam tesis etti ve bu nizam kanun oldu⁷³. Buna göre, vefat edenlerden bilinen mirasçısı olmayanların

rüsü Yayınları, t.y., s. 34). “(...) ammâ eğer harâm vechden olsa zulmıla alınsa eyü tevfir olmaya belki bu eğerçi sureta mâl ola lâkin sîretâ mâr ola ki hazineye cem‘ iderler. Mâl suretinde ammâ sıfatında ejdehâdur. İmdi bu ejdehânun zahmeti kıyâmet gününde ma‘lûm olur (...)”. (Kâsım b. Seydî el-Hâfız Ankarî, *Enisül-celis*, Haz. A. Azmi Bilgin, İstanbul, İ.Ü. Yayınları, 2009, s. 87).

⁶⁴ Ebu'n-Necib, *Nebcü's-Sülûk fi-Siyaseti'l-Mülûk*, Çev. Nahîfî, Kahire, Darü't-tübâati'l-Bâhire, 1257, s. 43; Nizâmî, *Mahzen-i Esrâr*, Çev. M. Nuri Gençosman, 2. bs., Ankara, MEB Basımevi, 1960, s. 91; Keykavus, *Kabusnâme*, Çev. Mercimek Ahmed, Haz. Atilla Özkırmı, İstanbul, Kervan Kitapçılık, t.y., c. I, s. 213.

⁶⁵ Ebu'n-Necib, *age*, s. 17.

⁶⁶ Defterdar Sarı Mehmed Paşa, *Devlet Adamlarına Öğütler-Nesâyihül-Vüzerâ ve'l-Ümerâ*, Haz. H. Ragıp Uğural, İstanbul, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 1987, s. 20; Lütü Paşa, *Asafnâme (Yeni Bir Metin Tesis Denemesi)*, Haz. M. Kütükoğlu, İstanbul, Edebiyat Fakültesi Basımevi, 1991, s. 11; Gazâlî, *age*, s. 110.

⁶⁷ Nizâmî, *age*, s. 91.

⁶⁸ Ebu Hammû Musa b. Yusuf, *Vâsitâtü's-Sülûk fi-Siyaseti'l-Mülûk*, Çev. Rahmi Giridi, Aydın, Aydın Vilâyet-i Celilesi Matbaası, 1296, s. 8; Zencanî, *Sultana Öğütler-Alâeddin Keykûbat'a Sunulan Siyasetnâme*, Haz. H. Hüseyin Adaloğlu, İstanbul, Yeditepe Yayınları, 2005, s. 104; Bedreddin İbn Cemâa, *Adl'e Boyun Eğmek-Ehl-i İslâm'ın Yönetimi İçin Hükûmler*, 1. bs., İstanbul, Klasik Yayınları, 2010, s. 43-44; Ejder Okumuş, “Osmanlılar'da Siyaset Kurumu Olarak Adalet Dairesi”, *Din ve Hayat*, sy. 18 (2013), s. 104-105.

⁶⁹ Hatta Mecusîlerin saltanatlarının uzun ömürlü olmasının nedeninin, adil olmaları ve halka zulmetmemeleri olduğu belirtilir. (Molla Cami, *Babaristan*, Çev. Rifat Bilge, İstanbul, Meral Yayınevi, 1970, s. 35-36).

⁷⁰ Ebu'n-Necib, *age*, s. 43.

⁷¹ Kadı beratlarında yetim mallarının korunmasının kadınların görevleri arasında zikredilişi de bu bağlamda dikkate şayandır. (İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devleti'nin İlimiye Teşkilâtı*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1988, s. 85-86, 108, 112-113, 136).

⁷² Lütü Paşa, *age*, s. 10/dn. 209.

⁷³ *Asafnâme*'nin bazı nüshalarında bu nizamın I. Selim zamanında cari olduğu yazılıdır. (Lütü Paşa, *age*, s. 10/dn. 211).

muhallefâtı, yazımın ardından, “Bab-ı Hümayun’da⁷⁴” bu iş için bina ettirilen ayrı bir hazineye konular ve mühürlenirdi⁷⁵. Ardından, mirasçısı çıkma ihtimaline karşın, burada yedi seneye kadar bekletilirdi. Bu süre zarfında bir mirasçı ortaya çıkar ve bunu ispatlarsa muhallefât kendisine teslim edilirdi. Aksi halde, sürenin sonunda söz konusu muhallefât askeri işlere sarf olunurdu. Bu nizam bir süre cari olmuştur. Böylelikle, beytûlmâlin zarar ve ziyandan korunduğu belirtilir⁷⁶. İran şahı Abbas’ın tahta çıktığında, Osmanlı Devleti’nin kudretinin sebeplerinin araştırılmasını istemesi üzerine devlet adamlarının ileri sürdükleri sebepler arasında, beytûlmâle yetim malının girmemesinin yer alması da ilgi çekicidir⁷⁷.

Ne var ki, reayayı zulümden korumak, yetkililerin keyfi tasarruflarının önüne geçmek, ancak güçlü bir merkezî otoriteyle sağlanır. Osmanlı Devleti, bu güce sahip olduğu dönemlerde bu işi başarmıştır. Ancak XVI. yüzyılın sonuna doğru merkezî otoritenin giderek zayıflamasıyla bu başarı sekteye uğramıştır⁷⁸. Adaletsizlik ve haksızlıkların yaygınlaşması, mali sıkıntılar vs. birçok menfi etken, yetim malına ilişkin hassasiyetin de zamanla giderek azalmasına yol açmıştır. Görevlilerin keyfi tasarruflarının bunda etkisi büyüktür. *Vasıf Tarihî*’nde, Lütfi Paşa’nın tesis ettiği nizamın, defterdarlar tarafından hazineye gelir getirmek amacıyla bozulduğu, ancak bunun devlete ve hazineye yarardan çok zarar getirdiği, bu yolla hakları yenen birçok yetimin aç ve muhtaç kaldığı ve insanlarda devlete karşı kin ve nefret duygularının oluştuğu yazılıdır⁷⁹. Bu tablonun ortaya çıkmasında bazı hukukî kurumlar da etkindir. Müsadere de bu kabildendir. Osman Efendi, takririnde muhallefât zabtlarında hukukî sınırın aşılmasının zararlı neticelerini, bu hassas ciheti vurgulamak suretiyle, dile getirmiştir.

Belirtelim ki, Osman Efendi’nin tenkitleri, Osmanlı Devleti’nde konuya ilişkin olarak dile getirilen ilk ve son tenkitler değildir. Morali ailesinden olup bu konuda

⁷⁴ “Saray mensuplarından ölenlerin mallarının muhafaza edildiği hazine”. (Yılmaz, *age*, s. 52).

⁷⁵ Mirasçısı olmayan terekelerin beytûlmâle intikalinin feraiz kurallarının bir gereği olduğuna dair bkz. yukarıda dn. 51.

⁷⁶ Vasıf Ahmed, *age*, vr. 55^b; Cevdet Paşa, *age*, c. VI, s. 124.

⁷⁷ Enderunlu Koçi Bey, *Koçi Bey Risalesi*, Müstensih: Seyyid Osman, Marmara Üniversitesi Nadir Eserler Koleksiyonu, nr. 12907/Y028.01, İstinsah t. 1198, vr. 81a. Süleymaniye Camii’nin inşası sürecinde gözlemlenen bir olay da bu bağlamda zikre değerlidir. Şöyle ki, camiin inşaatında kullanılan taşların bir kısmı İstanbul dışındaki ocaklardan getirilmiştir. Bu yerlerden biri Ereğli’dir. Burada taş çıkarmada kullanılan aletler bir evde muhafaza edilmiştir. Mülk sahibi, buna karşılık devletten bir kira bedeli istemiştir. Ereğli kadısının arzında yer alan “Ve hem kürek ve kazma olan evin kirasın talep ederler, yetim hakkıdır, padişahımıza vebâl olmasın (...)” şeklindeki ifade bu yönde bir hassasiyetin varlığına delildir. (Ömer L. Barkan, *Süleymaniye Camii ve İmaret İnaatı (1550-1557)*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1972, c. I, s. 106-107/dn. 32, 355).

⁷⁸ Halil İnalçık, *Devlet-i Aliye*, 47. bs., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010, c. I, s. 323-324; Mustafa Cezar, *Mufassal Osmanlı Tarihi Resimli-Haritalı*, 1. bs., Ankara, TTK Yayınları, 2011, c. III, s. 1588-1589.

⁷⁹ Vasıf Ahmed, *age*, vr. 55^b; Cevdet Paşa, *age*, c. VI, s. 124-125.

tenkitte bulunan tek kişi de o değildir. Zira babası Süleyman Penah Efendi eserinde, “nizam her ne güne olur ise katl ve nefy ve müsadereler ile mutlak olmaz san’at ile olur” diyerek müsaderenin esaslı bir fayda sağlamayacağını belirtmiştir. Bu ifade, özellikle XVIII. yüzyılda yaygınlaşan, muhalefât zabtlarına yönelik bir eleştiriyi mahiyetinde olsa da, ondan önce ya da sonra vicdan ehli devlet adamları yahut müellifler bu konuda eleştirilerini dile getirmekten çekinmemişlerdir. Bunların ekserisi yetim hakkı mefhumuna dair vurgu da içermekle birlikte, mîrî ile münasebeti olmayanların malvarlıklarına ilişilmemesi hususunda mutabıktırlar⁸⁰.

5. Defterdar Morali Osman Efendi'nin Kurumun Islahına Dair Teklifi

Osman Efendi, yalnızca problemi ve onun zararlarını dile getirip bir kenara çekilmemiştir. Zaten böyle bir tavır onun islahatçı kimliğine uygun düşmezdi. O, takririnin devamında, bu konuda düstur tutulması gereken yolu da izah etmiştir. Esasında teklif ettiği usul bir manada, takririn başlangıcında bahsettiği, kurumun aslı yapı ve amacına geri dönüşüdür. Buna göre, her halde gerek ricâlden ve gerekse diğer zenginlerden vefat edenlerin malvarlıkları, devlete borçları olmaması durumunda mirasçılara teslim edilmelidir. Borcu olanlarınsa, borçları resmî kayıtlardan yoklanarak tahsili sağlanmalı ve kalan meblağ mirasçılara iade edilmelidir. Mirasçı bırakmadan ölenlerin muhalefâtlarının zabtıysa tabii olup bir problem teşkil etmemektedir. Sağlıklarında “zulüm ve ta’addîsine” binaen, bir ceza olarak, malvarlıkları müsadere edilenlere yönelik uygulamaysa istisna kabilinden devam etmelidir⁸¹. Os-

⁸⁰ Süleyman Penah Efendi ve diğer münevverlerin konuya ilişkin görüşleri ve eleştirileri için bkz. Telci, *agm*, s. 180; Kalıpcı, *agt*, s. 119-121.

⁸¹ Defterdarın buradaki adlandırımında müsadere sözcüğünü kullanması, bu sözcüğün daha çok cezaî yanısıra uygulamar için kullanıldığına dair yukarıda dn. 2’de zikrettiğimiz duruma bir örnek teşkil etmektedir.

Yeri gelmişken belirtelim ki, Tanzimat Fermanında daha da ileri bir adım atılarak genel müsaderenin bir ceza olarak kabul edilmemesinin gerekliliğini vurgulamıştır: “ (...) ve herkes emvâl ve emlakine kemâl-i serbestiyetle mâlik ve mutasarrıf olarak ona bir taraftan müdâhale olunmamak ve farzan birinin töhmet ve kabahati vukuunda onun vereseşi ol töhmet ve kabahatten berîü’z-zimme olacaklarından onun malını müsadere ile vereseşi hukûk-ı irsiyelerinden mahrûm kılınmamak ve tebea-i saltanat-ı seniyyemizden olan ehl-i İslâm ve milel-i sâire bu müsâadât-ı şâhanemize bilâ-istisna mazhar olmak üzere can ve ırz ve namus ve mal maddelerinden hüküm-i şer’î iktizasınca kâffe-i memâlik-i mahrûsemiz ahalisine taraf-ı şâhanemizden emniyet-i kâmile verilmiş (...)”. (*Düstûr*, İstanbul, Matbaa-i Âmire, 1289, c. I/I, s. 6; Ed. Engelhard, *Türkiye ve Tanzimat Devlet-i Osmâniye’nin Tarih-i Islahâtı (1826-1882)*, Çev. Ali Reşad, İstanbul, Mürettibin-i Osmaniye Matbaası, 1328, s. 478). Ferman’ın Latin alfabesine çevrilmiş metni için bkz. S. Kili, Ş. Gözübüyük, *Sened-i İttifak’tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*, 3. bs., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006, s. 11-14. Burada yer alan metinde fermandaki “ve farzan” ibaresi yerine shven “ve firarda” yazılmıştır. Fermanın sadeleştirilmiş metni için bkz. Midhat Sertoğlu, “Osmanlı İmparatorluğu’nun Yapısını Değiştiren Büyük Devrim: Tanzimat 2”, *Hayat Tarih Mecmuası*, sy. 9 (Eylül 1976), s. 39-41; Halil İnalçık, “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayûnu”, *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, 3. bs., Ed. E. Yalçın, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2012, s. 99-102.

man Efendi bu kısma, bu konuda ve daima şeriatın gereklerine uygun iş görülmesi ve çizdiği yolun düstur tutulup aksi uygulamalardan kaçınmak amacıyla “Başmuhasebe’de⁸²” bulunan muhalefât defterlerine yazılıp kaydedilmesi ve Divan-ı Hümayûn kalemine ilmühaber verilerek gerekli düzenlemenin yapılması hususlarında ferman çıkarılması talebiyle son vermektedir. Her ne kadar burada kullanılan “fermân devletlü saâdetlü sultanım hazretlerindir” ifadesi takririn sona erdiği izlenimini verse de, bunun ardından iki satır boşluk bırakılmış ve büyük vezirler için bir talep ilave olunmuştur. Mezkûr kısmın vurgu amacıyla kaleme almış olma ihtimali var olmakla beraber, takriri padişaha takdim eden sadrazamın bu yöndeki bir dahli de bu ilavede etken olmuş olabilir. Burada, önerilen nizamın vüzerâ-yı îzâmın yetimleri hakkında da cari olması istenmiştir. Bunların “evlad u iyâlinin⁸³” şefkatle muamele edilerek kayırılmasının şanın ve ululuğun gereklerinden olduğu ifade edilmiştir. Böylelikle, müsadere uygulamalarına sıklıkla muhatap olan kitle, takirde özel bir yer edinmiştir.

B. Sadrazamın Derkenârı

Sadrazam derkenâra, “defterdar efendi kullarının takriridir” diyerek tür ve aidiyet hakkında verdiği bilgiyle başlamıştır. Ardından, defterdarın fikirlerini desteklemek suretiyle, o yönde ferman çıkarılmasına çabalamıştır. Buna göre, onun teklif ettiği nizam hem Allah’ın hem de padişahın rızasına muvafık hayırlı bir iştir. Devlete gizli ve açık birçok faydayı içinde barındırır. Dünyevî ve uhrevî mükâfatı izahtan varestedir. Takrire mutabık bir surette ferman buyurulması yüce bir eser olacaktır.

C. Padişahın Hatt-ı Hümayûnu

1. Padişahın Tenkit ve Teklif Karşısındaki Cevabı

Padişah, defterdar ve sadrazamın çabalarına karşın, hatt-ı hümayûnu gayet temkinli bir üslupla kaleme almıştır. Söze, yetim malına ilişkin meşrebine ters düştüğü ve buna asla rızası olmadığı ifadesiyle başlamıştır. Takririn eleştiride öne çıkardığı en kuvvetli argümanın, hattın başlangıcına da yansımaları, devletin tepesinin yetim hakkına ilişkin hassasiyetinin yanı sıra, *Vasf Tarihi* ve *Tarih-i Cevdet*’in konuyu niçin “men’-i zabt-ı emvâl-i eytâmî” yahut “emvâl-i eytâm hakkında nizâm” şeklindeki başlıklarla ele aldığını da ortaya koymaktadır⁸⁴. Belirtelim ki, bu ele alış

⁸² Defterdarlık teşkilatı altında yer alan Başmuhasebe, en önemli maliye kalemlerinden olup Muhalefât Kalemi de ona bağlı bir kalemdir. Mirasçısız terekeler ve müsadere edilen emvâle ilişkin işlemler bu kalem vasıtasıyla görülür ve bu tür malların hesabı bu kalemden tutulurdu. (Pakalın, *age*, c. II, s. 565).

⁸³ Bir kimsenin oğulları ve kızları ile bakmakla yükümlü olduğu kimseleri ifade etmek için kullanılır. (Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 3. bs., Ensar Neşriyat, İstanbul, 2010, s. 129, 216).

⁸⁴ Vasıf Ahmed, *age*, vr. 55^b; Cevdet Paşa, *age*, c. VI, s. 3, 124-125.

ilk değildir ve padişaha babasından mirastır. Nitekim III. Mustafa, yetim malını muhafaza etmek kasdıyla, bunların mevcut paralarının hazineye aktarılıp karşılığında mukataa verilmesini ve böylelikle kendilerine senelik bir gelir tahsisini bir nizam olarak koymuştur. III. Selim ise cülûsunun akabinde, yetim malının zabtını tamamen yasaklamış ve müteveffanın mîrîyle bir hesabı olmadığı takdirde muhallefâtına ilişilmemesini emretmiştir. Vesikamızda yer alan irade de, bu evvelkinin tecdit ve tekidi mahiyetindedir⁸⁵. Aradan uzun bir süre geçmeden, 1209 Şevval ayı sonlarında (Mayıs 1795) kadıların görevlerine ilişkin olarak çıkarılan bir hükümde, yetim mallarının muhafazasının vurgulanması da, hatt-ı hümayûnda yer alan hassasiyetin bir yansıması niteliğindedir⁸⁶.

Hattın devamında, kimin malının müsadereye tabi tutulup tutulmayacağı, açık bir biçimde ortaya konulmuştur. Buna göre, ticaret, sanat ve ziraatla mal elde etmiş olanlardan mirasçı bırakarak vefat edenlerin mallarının bir akçesine dahi el sürülme-yecektir. Ancak, devlet menfaatlerinden gelir sağlayarak hazineden servet edinmiş olan ricâlden ve kibârdan vefat edenlerin malları, ne müteveffanın, ne mirasçılarının ne de padişahındır. Bu mallar tüm müslümanlarındır ve beytülmâle aittir. Bu yüzden, tamamıyla zabt olunup din ve devlete sarf olunur. Padişah, “eccad-ı iza-mım dahi böyle yapardı” diyerek konuya bakışının kökenini yansıtmış ve devamında mîrîyle münasebeti olmayan esnaf sınıfının malvarlıklarına, defterdarın haksız surette el atmamasını tekit ederek hattı sona erdirmiştir. Hatt-ı hümayûnun, takirde vurgulananın aksine, vüzeraya ilişkin bir ayrıntı içermemesi manidar olup gerek defterdar ve gerekse sadrazamın kasdettiğinden nakıs bir nizam koyduğu muhakkaktır. Bunun yanı sıra konu, ilerleyen dönemde, tekrar gündeme gelmiştir⁸⁷. Bu da padişah iradesinin, uygulamadaki problemlere kalıcı bir çözüm sağlamadığına işaret eder. Ancak, onun kalıcı çözüme giden yolda bir safha teşkil ettiği unutulmamalıdır⁸⁸.

2. Padişah İradesinin Fikhî Açıdan Değerlendirilmesi

Padişahın iradesinin, Osmanlı ulemasının/fukahasının yaklaşımına uygun ol-

⁸⁵ Vasıf Ahmed, *age*, vr. 56a; Cevdet Paşa, *age*, c. VI, s. 125.

⁸⁶ Uzunçarşılı, *age*, s. 258-260.

⁸⁷ II. Mahmud'a ait bir hatt-ı hümayûn, hem devletin konuya ilişkin hassasiyetine hem de uygulamanın sapmaya açık yönüne delalet etmektedir. Esnaftan Bandırmalı Hacı Ali vefat etmiş, servet sahibi olduğundan ötürü malvarlığı hakkında ne surette hareket edileceği padişaha sorulmuştur. Buna cevaben padişah, esnaf sınıfının mirasçısı varken malvarlığına el atılmasının rıza-yı İlahî'ye aykırı bir hareket olacağını ifade etmiştir. Buna karşın, sefer ihtiyaçları dolayısıyla, muhallefâtın bir kısmı, karşılığında esham kaimesi verilmek suretiyle müteveffanın mirasçılarında istikraz edilmiştir. Mezkûr uygulama, çalışmamıza konu takirde, zamanın ve şartların elzem kıldığı muhallefât zabtlarında mirasçılarının haklarının gözetilmeye çaba sarf edildiğine dair aktarımların da, ilerleyen zamandaki izdüşümü niteliğindedir. (BOA, *HAT*, nr. 517/25247, t.t. 29 Z 1242 (24 Temmuz 1827)).

⁸⁸ Müsadere kurumunun ihdası ve ilgasi sürecine ilişkin malumat için bkz. Kalıpcı, *agt*, s. 115-121.

duğu görülmektedir. Bunu en iyi yansıtan kaynaklar fetva mecmuaları ve onların nüskülleridir. Konuya ilişkin daha ziyade fetva var olmakla birlikte, biz burada, bunlardan padişahın iradesiyle bire bir örtüşen bir tanesini vermekle iktifa edeceğiz⁸⁹. Bu fetva Şeyhülislam Feyzullah Efendi'ye (1639-1703) ait olup şu şekildedir⁹⁰:

“Ricâl-i devletten olup tavâif-i askeriyeden bir taifenin reisi olan Zeyd, taife-i mezbûreye ulûfeleriçün beytûlmâlden verilen malın bir mikdarını mezbûrlara vermeyip nefsiçün alıkoyup ve sair câh-ı devlet ile şu kadar mal kesb ve cem' eylese seyyidüs-selâtin imamül-müslimîn padişahımız hazretleri ol malı bil-cümle ahz edip beytûlmâle vaz' etmeye şer'an kâdir olur mu? El-Cevab: Olur.”

Fetva, devlet görevlilerinin haksız kazanç sağlamalarını, haklı bir müsadere gerekçesi olarak zikretmiştir. Bu kapsamda, onların makamları vasıtasıyla elde ettikleri servetin müsaderesini öngörmüştür. Fetvanın nüskülünde, İmam Tarsûsî'nin (ö. 1357) *Tuhfetü't-Türk* adlı eserine atıf vardır⁹¹. Bu eserde, vali, kadı, naip gibi makam ehlinin, makamlarını vasıta edinerek elde ettikleri malların müsaderesinin caiz olacağı beyan edilmiştir⁹². Bu kabul, padişahın “menâfi'-i devletimi kendüye me'kel ey-

⁸⁹ Müsadere kurumuna ilişkin fetvalar ve bunlara dayanak eserler hakkında bilgi için bkz. Kalıpçı, *agt.*, s. 85-94.

⁹⁰ Asıl adı Mehmed olan es-Seyyid Feyzullah Efendi, 1639'da Erzurum'da doğmuştur. Babası, Erzurum müftüsü Mehmed b. Ahmed b. Şeyh Cüneyd'dir. Soyunun Şems Tebrizi'ye dayandığı rivayet olunur. Sultan II. Süleyman ve II. Mustafa zamanlarında iki kez şeyhülislamlık makamına oturmuştur. 1703'de çıkan Edirne ayaklanması neticesinde görevinden alınıp öldürülmüştür. Feyzullah Efendi'nin hayatı hakkında bilgi için şu eserlere müracaat olunabilir: *İlmiye Salnâmesi*, İstanbul, Matbaa-i Âmire, 1334, s. 491-492; Fahri Ç. Derin, “Şeyhülislâm Feyzullah Efendi'nin Nesebi Hakkında Bir Risâle”, *İÜEF Tarih Dergisi*, c. X, sy. 14 (1959), s. 97; Mehmet Serhan Tayşi, *Şeyhül-İslâm Seyyid Feyzullah Efendi ve Fezziye Medresesi (Ayrı Bastım)*, İstanbul, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, t.y.; Mehmet Serhan Tayşi, “Feyzullah Efendi, Seyyid”, *DİA*, c. XII, s. 527-528; Mehmed Süreyya, *age*, c. II, s. 533-534; Selim Karahasanoğlu, “Yanlış Zamanda Yanlış Adam: Feyzullah Efendi”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, c. III, sy. 5 (2005), s. 843-847.

⁹¹ Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Fezziye maân-nukûl*, Dersaadet, Şirket-i Sahâfiye-i Osmaniye Matbaası, c. I, 1324, s. 256 (Eser, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*'nin kenarında basılmıştır.); Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Fezziye*, Haz. Süleyman Kaya, 1. bs., İstanbul, Klasik Yayınları, 2009, s. 132. XIV. yüzyıl Hanefî fıkıh alimlerinden İmam Tarsûsî'nin hayatı ve eserleri hakkında bilgi için bkz. Asri Çubukçu, “Tarsûsî, Hayatı, Şahsiyeti ve Eserleri”, (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Ankara, 1977; Muharrem Kılıç, “Tarsûsî, Necmeddin” *DİA*, c. XL, s. 114-115.

⁹² Eserin, “Müsadere yoluyla elde edilen mallar, müsaderenin şekli, kimlerden alınabileceği, kimin alabileceği ve bu malların sarf yeri beyan edilir” şeklinde başlayan dokuzuncu faslı şu şekildedir: “Bu malları alma şekli, nâibler, vâliler, kâdılar gibi makâm ehlinin vazîfeleri ve makâmları imtiyâzıyla mâl edinmeleridir. Bu makâmlar olmasaydı bu mâl da ele geçmeyecekti. Vâlilere, nâiblere ve kâdılara halkın hediyyeleri de buna dâhildir. Nitekim Nebî (s.a.v.): ‘Sizden biriniz anasının ve babasının evinde otursaydı, böyle mi yapardı (böyle yapar mıydı)’ buyurmaktadır. Sultânın bu malı alıp Ömer b. el-Hattâb'ın Ebû Hureyre'yi Bahreyne vâli ta'yin ettiğinde yaptığı gibi beytül-mâl'e koyması uygundur. Hâdisе meşhurdur. En doğrusu, bu mâlin yeri, kayıp mâlların toplandığı yerdir.” (Çubukçu, *agt.*, s. 47). (Çalışmanın esas kısmı 92. sayfada sona ermekte olup

leyüp emvâl-i mîriyyeden servet kesb eylemiş” diyerek ifade ettiği ölçüte mutabıktır. Fetvanın mefhum-ı muhalifi de iki neticeyi havidir. Bir kere, devlet görevlisi olmak müsadere için tek başına yeter sebep değildir; muhakkak bir haksız kazanım olmalıdır⁹³. Ayrıca, devletle bir münasebeti olmayanlar, kural olarak, müsadere muhatabı değildir⁹⁴. Tarsûsî'nin görüşünde temel ölçüt de budur⁹⁵.

3. Padişah İradesinin Fiilî Durum Bakımından Değerlendirilmesi

Padişahın kuruma ilişkin fikirleri şer'â muvafık olsa da tatbikatta birtakım aksaklıklar olduğu muhakkaktır. Meselenin tartışılması ve neticede çıkan irade bunu teyit etmektedir. Meşruiyet zeminindeki bu sapmanın en önemli nedeniyse mali buhrandır. Savaşların devletin belini büktüğü ve hazinenin boşalmasına neden olduğu bu dönemde, türlü yollar denense de bu işte bir türlü muvaffak olunamamıştır⁹⁶. Malumdur ki, mali buhran dönemleri birtakım tazyıkı da beraberinde getirir. III. Selim'in şu hatt-ı hümayûnu, bu gerçeği güzel bir şekilde yansıtır.

“Benim vezirim, göreyim defterdar efendi emvâl-i mîriyyeyi bir akçe telef olmadan cem' u tahsil ve mevâcibleri dikkat ve zamaniyla ihrâc eylemeye gayet sa'y ü ikdâm eyleyüb masârıfda tasarruf iderek ve kimesnede bir akçe mâl-i mîrî bırakmayarak kemâl-i dikkatle idâre ve tasarruf eyleyüb bana ve beytül-mâl-i müslimîne hizmet ve sadâkate böyle vakitlerde da'vât-ı hayriyeme mazhar olmağa gayret eylesün. Hüdâ muvaffak eylesün⁹⁷.”

Nitekim kimi gayrimeşru müsadere teşebbüslerinde, etkenin bu ahval olduğu açıkça zikredilmiştir. Mesela, çukacı esnafından Hacı İsmail adlı bir şahsın vefatının ardından muhallefâtı hakkında ne surette hareket edileceği padişaha sorulmuş ve padişah bu konuda “şer'â ve kanuna” muhalif bir iş yapılmamasını emretmiştir. Buna cevaben kaleme alınan vesikada, böyle mîrîyle münasebeti olmayanların muhallefât-

akabinde, Tarsûsî'nin *Tuhfetü'l-Türk* adlı eserinin tercümesi ve metnin aslı yer almaktadır. Bizim atıf yaptığımız sayfa numarası, ana çalışmanın hemen ardından gelen “Terceme” kısmına aittir.); Tarsûsî, *Tuhfetü'l-Türk fî mâ' yecibü en ya'mele fi'l-mülk*, Süleymaniye Kütüphanesi, Bağdatlı Vehbi, nr. 01042, s. 27.

⁹³ Bu yönüyle fetva, kul sisteminden yola çıkarak devlet görevlileri açısından müsadere mukadderat olduğunu ileri süren görüşlerin teorik tutarlılığının da tekrar sorgulanması gerekliliğini yansıtmaktadır. Bu sorgulamayı haklı kılan diğer argümanlar ve konu hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Kalıpcı, *agt*, s. 101-114.

⁹⁴ Nitekim Esad Efendi'nin bu fetvanın hemen ardından aktardığı şu fetva aynı anlama gelmektedir: “Bu surette bilâd-ı İslamiye'de sakin olup câh-ı devlet ile kesb-i mâl etmeyip ancak ticaret ile kesb-i mâl eden ağıniyâ yedlerinde bulunan emvâlden muzâyaka yoğ iken imdâd-ı seferiye namına rızalarınız malları ahz olunup beytül-mâle vaz' olunmak şer'an caiz olur mu? El-Cevab: Olmaz.” (Esad Efendi, *Üss-i Zafer*, İstanbul, İbrahim Sâib Marifetiyle, 1241, s. 127).

⁹⁵ Sunullah Efendi, *Fetâvâ-yı Sunullah Efendi*, Süleymaniye Kütüphanesi, Serez, nr. 01132, vr. 32b.

⁹⁶ Cevdet Paşa, *age*, c. IV, s. 295-296.

⁹⁷ BOA, *HAT*, nr. 238/13289, t.t. 29 Z 1218 (10 Nisan 1804).

larının devlet tarafından zabtının “şer’â” aykırı olduğunun bilindiği, ancak bunun “mücerred müzayaka-yı mîrîden neşet eylediği” itiraf olunmuştur⁹⁸. Ahmet Refik de çalışmamıza konu hatt-ı hümayûnu ele alırken, “o devirde zenginlerden biri vefat eylediği zaman, mîrînin müzayakası ileri sürülür, muhallelâtı zabt olunurdu” diyerek söze başlamış ve padişahın hatta yansıyan iradesini, onun beytülmâli muhafazadaki azmi olarak yorumlamıştır⁹⁹.

Sonuç

Âlim, fâzil ve ehil bir zat olan Defterdar Morali Osman Efendi devlet yapısında var olan bozuklukların giderilmesine gayret sarf eden bir devlet adamıdır. Babasından devraldığı bu karakteriyle, özellikle mali alanda, mühim işlere imza atmıştır. Bunlardan biri de müsadere, özellikle muhallelât zabtı, konusundadır. O, haklara doğrudan temas eden mahvedici etkiyi haiz bu kurumun meşru zeminden sapmasının zararlarını bizzat müşahede ve tespit etmiştir. Fikirlerini kaleme aldığı bir takrirle devlet idaresiyle paylaşmış ve bu işte, diğer birçok işte olduğu gibi, bir nizam tesisine vesile olmayı arzu etmiştir.

Muhallelât zabtı, başlangıçta mîrî malın tahsili gibi meşru bir amaca hizmet için ihdas olursa da, zamanla bu amaçtan sapıldığı bir vakıadır. Bunda, mîrînin müzayakasının etkisi büyüktür. Bu bahane edilerek mîrîyle herhangi bir hesabı olmayanların mallarına dahi el atılır olmuştur. Bu ise, yetim hakkına halel getiren bir zulümdür. Defterdar Morali Osman Efendi, bu zulmün giderilmesini talep etmiş ve izlenilmesi gereken yolu göstermiştir. Vüzeraya da faydası olacak bu teklifi sadrazam, destekleyerek padişaha takdim etmiştir. Padişah, takrire paralel bir biçimde, yetim hakkına tecavüze asla rızası olmadığını belirtmiş ve mîrî ile münasebeti olmayanların muhallelâtlarına ilişilmemesini tekit eylemiştir. Ancak, onun kullandığı temkinli üslup, verdiği nizamın defterdar ve sadrazamın umduğundan daha azı olduğuna işaret eder. Hatt-ı hümayûnda, takrirdeki vurgunun aksine, kurumun asıl muhatap kitlesi devlet görevlileri ve özellikle de vüzerâ hakkında bir ayrıntı yer almaması bunun en kuvvetli delilidir. İlerleyen dönemde benzer iradelere rastlanılabilmesi de padişah iradesinin kalıcı bir çözüme vesile olmadığına işarettir.

⁹⁸ “Bursa sakinlerinden servet ve gnâ ile meşhûr çukacı el-Hâc İsmail bu defa fevt olmağla muhallelâtının cânib-i mîrîden zabtı ve yahud taarruz olunmaması istizânını havî ma’rûz-ı atebe-i ulyâları kılınan takrir-i çâkerî bâlâsına şerefyafte-i sudûr olan hatt-ı şerif-i şevket-rediflerinde şer’-i şerife muhâlif olmayarak tanzîm ve eğer şer’ ve kanuna muvâfık ise zabt oluna deyû emr u fermân-ı şâhâneleri buyurulmuş. Bu makûle mîrî ile münâsebeti olmayan kimesnelerin muhallelâtları cânib-i mîrîden zabt olunması hilâf-ı şer’-i şerif idüğü ve bu sureti ihtiyar, mücerred müzayaka-yı mîrîden neş’et eylediği ma’lûm-ı hümayûnlarıdır.” (BOA, *HAT*, nr. 1413/57611, t.t. 29 Z 1205-29 Ağustos 1791).

⁹⁹ Ahmed Refik, “Sultan Selim-i Sâlis’de Halk ve Millet Muhabbeti (Hatt-ı Hümayunlarına Nazar), s. 449-450.

Her ne kadar padişah, kuruma ilişkin ıslah teklifini tamamıyla karşılamamış olsa da, vesika hem kurumun klasik yapısı hakkında bilgi sunması hem de onun kaldırılma safahatında bir yeri olması itibarıyla, temel bir kaynak mahiyetindedir.

KAYNAKÇA

I. Arşiv Kaynakları¹⁰⁰

A. Başbakanlık Osmanlı Arşivi Hatt-ı Hümayûn Tasnifi

- Hatt-ı Hümayûn (*HAT*)

B. Başbakanlık Osmanlı Arşivi Cevdet Tasnifi

- Cevdet Maliye (*C.ML.*)

II. Basılmamış Akademik Çalışmalar

Ayral, Mehmet Şirin: “Kur’an’ın Yetimlere Bakış Açısı” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2007.

Batchaeva, Leyla: “İslam Hukukunda Yetimin Malının Korunması ve Kullanılması” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.

Çubukçu, Asri: “Tarsûsî, Hayatı, Şahsiyeti ve Eserleri” (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Ankara, 1977.

Eski, Nurullah: “Hak ve Sorumlulukları Bakımından İslam Hukukunda Yetimler” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2007.

Kalıpcı, Mahmud Esad: “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Müsadere Kurumu” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.

Karaoğlu, Ömer: “Osmanlı Devletinde Müsadere Uygulaması-II. Mahmut Dönemi (1808-1839)” (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998.

Öten, Aliye: “Lütfî Paşa Tarihi’nde İmar ve İnşâ Faaliyetleri” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.

Uluşal, Neşet: “Kur’an’da Yetim Kavramı” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Varan, Orhan: “Osmanlı Devleti’nde 1826-1839 Yıllarında Yapılan Müsadereler” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Van, 2013.

¹⁰⁰ Kullanılan arşiv kaynaklarının referans numaraları metinde gösterilmiştir.

III. Kaynak Eserler ve İncelemeler

- Ahmed Cevdet Paşa: *Tarih-i Cevdet*, c. III-VI, 2. tab'ı, Dersaadet, Matbaa-i Osmaniye, 1309.
- Ahmed Lütfi Efendi: *Tarih-i Lütfi*, c. I., İstanbul, Matbaa-i Âmire, 1290.
- Ahmed Refik: "Morali Ali Efendi'nin Paris Sefâreti", *Tarih-i Osmanî Encümeni Mecmuası*, sy. 18 (1 Şubat 1328), s. 1120-1138.
- _____ : "Sultan Selim-i Sâlis'de Halk ve Millet Muhabbeti (Hatt-ı Hümâyunlarına Nazaran)", *Yeni Mecmua*, sy. 23, 13 Kanun-i Evvel 1917, s. 449-452.
- Ahmed Vâsif Efendi: *Vâsif Tarihi*, Süleymaniye Kütüphanesi, Esad Efendi, nr. 03383.
- _____ : *Mehâsinül-Âsâr ve Hakâikül-Ahbâr*, haz. Mücteba İlgürel, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1994.
- Akyılmaz, Sevgi Gül: "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması", *GÜHFD*, sy. 1-2 (2008), c. XII, s. 389-420.
- Akyüz, Vecdi: *İslam'da Yetim Hakları ve Sorumluluklarımız*, 6. bs., İstanbul, İnsani Yardım Vakfı, 2010.
- _____ : "Yetim Malı Yemek", (Çevrimiçi) <http://www.yenisafak.com.tr/yazarlar/vecdiakyuz/yetim-mali-yemek/1200>, 8 Aralık 2014.
- Ali Suad: "İkaz: İnnî Uharrimu İleykum Hakka'z-Za'ifeyni'l-Yütmi ve'l-Mer'eti", *İslam Dünyası*, sy. 14 (2 Eylül 1329), s. 211-213.
- Alkan Günay, Nilüfer: "Müsaderenin Sosyal ve Ekonomik Bir Analizi: 18. Yüzyıl Sonlarında Bursa'da Yapılan Müsadereler", *Belleten*, sy. 277 (2012), s. 793-815.
- Arı, Abdüsselam: "Yetim", *DİA*, c. XXXXIII, s. 501-503.
- Atazade: *Tarih-i Lebîbâ*, Süleymaniye Kütüphanesi, Esad Efendi, nr. 02158/002.
- Barkan, Ömer L.: *Süleymaniye Camii ve İmareti İnşaatı (1550-1557)*, c. I, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1972.
- Bedreddin İbn Cemâa, *Adl'e Boyun Eğmek-Ehl-i İslâm'ın Yönetimi İçin Hükümler*, 1. bs., İstanbul, Klasik Yayınları, 2010.
- Berker, Aziz: "Mora İhtilali Tarihçesi", *Tarih Vesikaları*, c. II, sy. 7 (Haziran 1942), s. 63-80.
- Berki, Ali Himmet: *Miras ve Tatbikat*, İstanbul, Üçler Basımevi, 1947.
- Beydilli, Kemal: "Seyyid Ali Efendi", *DİA*, c. XXXVII, s. 45-47.
- Bilmen, Ömer Nasuhi: *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, c. V, İstanbul, Bilmen Yayınevi, t.y.
- Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, c. XVII, Gen. Yay. Yön.: A. Benk, İstanbul, Interpress Basın ve Yayıncılık, t.y.
- Canan, İbrahim: *Allah'ın Çocuklara Verdiği Haklar-Haksız Değilim*, İstanbul, Işık Yayınları, 2014.

- Cezar, Mustafa: *Mufassal Osmanlı Tarihi Resimli-Haritalı*, c. III, 1. bs., Ankara, TTK Yayınları, 2011.
- Cunbur, M.: "Penah", *Türk Dünyası Edebiyatçıları Ansiklopedisi*, c. VII, Ankara, Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı Yayınları, 2007, s. 233.
- Defterdar Sarı Mehmed Paşa: *Devlet Adamlarına Öğütler-Nesâyihül-Vüzerâ ve'l-Ümerâ*, Haz. H. Ragıp Uğural, İstanbul, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 1987.
- Derin, Fahri Ç.: "Şeyhülislâm Feyzullah Efendi'nin Nesebi Hakkında Bir Risâle", *İÜEF Tarih Dergisi*, c. X, sy. 14 (1959), s. 97-104.
- Diyar-ı Bekrî es-Seyyid Ahmed Efendi: *Kitab-ı Mürşid-i Pend-i Ahmediyye*, Dersaadet, Matbaa-i Osmaniye, 1303.
- Dönmez, İbrahim Kafi: "Yetim", *İA*, c. XIII, 1.bs., Eskişehir, MEB Yayınları, 1997, s. 401-403.
- Düstûr*, c. I/I, İstanbul, Matbaa-i Âmire, 1289.
- Düzdağ, M. Ertuğrul: *Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı*, 6. bs., İstanbul, Gonca Yayınevi, 2009.
- Ebu Hammû Musa b. Yusuf: *Vâsıtâtü's-Sülûk fi-Siyâseti'l-Mülûk*, Çev. Rahmi Girîdî, Aydın, Aydın Vilâyet-i Celîlesi Matbaası, 1296.
- Ebu'n-Necib: *Nehcüs-Sülûk fi-Siyâseti'l-Mülûk*, Çev. Nahîfî, Kahire, Darü't-tıbâati'l-Bâhire, 1257.
- Enderunlu Koçi Bey: *Koçi Bey Risalesi*, Müstensih: Seyyid Osman, Marmara Üniversitesi Nadir Eserler Koleksiyonu, nr. 12907/Y028.01, İstinsah t. 1198.
- Engelhard, Ed.: *Türkiye ve Tanzimat Devlet-i Osmâniye'nin Tarih-i İslahâtı (1826-1882)*, Çev. Ali Reşâd, İstanbul, Mürettibîn-i Osmaniye Matbaası, 1328.
- Erdoğan, Mehmet: *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 3. bs., Ensar Neşriyat, İstanbul, 2010.
- Ertuç, Hüseyin: "İslamda Yetimlerin Hukukî Statüsü", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 31 (2009), s. 127-150.
- Esad Efendi: *Üss-i Zafer*, İstanbul, İbrahim Sâib Marifetiyle, 1241.
- Gazâlî: *Nasâyihül-Mülûk*, Haz. Turgut Tok, İstanbul, Bilgeoğuz Yayınları, 2009.
- Halil Nuri: *Tarih-i Nuri Bey*, Süleymaniye Kütüphanesi, Aşır Efendi, nr. 00239.
- Herbette, Maurice: *Fransa'da İlk Daimî Türk Elçisi Morali Esseyit Ali Efendi*, Çev. Erol Üyepazarıcı, İstanbul, Pera Turizm ve Ticaret A.Ş., 1997.
- İbnü'l-Emin Mahmud Kemal: "Mehmed Hakkı Paşa", *Türk Tarih Encümeni Mecmuası*, sy. 18 (1 Teşrin-i Sâni 1926), s. 351-367.
- İlmiye Salnâmesi*, İstanbul, Matbaa-i Âmire, 1334, s. 491-492.
- İnalçık, Halil: *Devlet-i Aliye*, c. I, 47. bs., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010.

- _____ : “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayûnu”, *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, 3. bs., Ed. E. Yalçın, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2012, s. 99-102.
- Kadızaade: *Şerh-i Birgivi li-Kadızaade*, İstanbul, Darü't-Tıbâati'l-Âmire, 1240.
- Karahasanoğlu, Selim: “Yanlış Zamanda Yanlış Adam: Feyzullah Efendi”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, c. III, sy. 5 (2005), s. 843-847.
- Karal, Enver Ziya: *Selim III'ün Hatt-ı Humayunları*, 2. bs., Ankara, TTK Yayınları, 1999.
- _____ : “Nizam-ı Cedid'e Dair Layihalar”, *Tarih Vesikaları*, c. II, sy. 12, s. 424-432.
- Karataş, Mehmet: “18-19. Yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde Bazı Müsadere Uygulamaları”, *OTAM*, sy. 19 (2006), s. 219-237.
- Kâsım b. Seydî el-Hâfız Ankarî: *En'sü'l-celis*, Haz. A. Azmi Bilgin, İstanbul, İ.Ü. Yayınları, 2009.
- Keykavus: *Kabusnâme*, c. I, Çev. Mercimek Ahmed, Haz. Atilla Özkırımlı, İstanbul, Kervan Kitapçılık, t.y.
- Kılıç, Muharrem: “Tarsûsî, Necmeddin” *DİA*, c. XL, s. 114-115.
- Kili, S./ Gözübüyük, Ş.: *Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*, 3. bs., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006.
- Kuneralp, Sinan: “İlk Daimi Türk Sefiri Yusuf Ağâh Efendi”, *Hayat Tarih Mecmuası*, c. II, sy. 9 (1 Ekim 1968), s. 9-11.
- Kuran, Ercümen: *Avrupa'da Osmanlı İkamet Elçiliklerinin Kuruluşu ve İlk Elçilerin Siyasi Faaliyetleri 1793-1821*, Ankara, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1968.
- Kurat, Akdes Nimet: “Türkiyenin İngiltere Nezdindeki İlk Elçileri”, *Akşam*, 23 Nisan 1951, s. 4.
- Kütükoğlu, Mübahat: *Tarih Araştırmalarında Usûl*, 6. bs., İstanbul, Kubbealtı Neşriyatı, 1998.
- _____ : *Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik)*, 3. bs., Ankara, TTK Yayınları, 2013.
- Lütfi Paşa: *Âsafnâme (Yeni Bir Metin Tesisi Denemesi)*, Haz. M. Kütükoğlu, İstanbul, Edebiyat Fakültesi Basımevi, 1991.
- Mehmed Süreyya: *Sicill-i Osmânî Yahud Tezkire-i Meşâbir-i Osmâniye*, c. III, İstanbul, Matbaa-i Âmire, 1311.
- _____ : *Sicill-i Osmanî*, c. II-VI, Haz. Nuri Akbayar, Transkripsiyon: S. Ali Kahraman, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1996.
- Mehmed Vehbi: *Hülâsatü'l-Beyân fî-Tefsîri'l-Kur'an*, c. IV, İstanbul, Evkâf-ı İslâmiye Matbaası, 1339.
- Molla Cami: *Baharistan*, Çev. Rifat Bilge, İstanbul, Meral Yayınevi, 1970.
- Muhammed Ali Sabûnî: *Kur'an-ı Kerim'in Ahkâm Tefsîri*, Tercüme: Mazhar Taşkesenlioğlu, İstanbul, Şamil Yayınevi, 2012.

Mukâtil b. Süleymân: *Abkâm Âyetleri Tefsiri*, Tercüme: M. Beşir Eryarsoy, 1. bs., İstanbul, İşaret Yayınları, 2005.

Nizâmî: *Mahzen-i Esrâr*, Çev. M. Nuri Gençosman, 2. bs., Ankara, MEB Basımevi, 1960.

Nizamülmülk: *Siyasetname*, Çev. M. Şerif Çavdaroğlu, İstanbul, İ.Ü.H.F. İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü Yayınları, t.y.

Okumuş, Ejder: "Osmanlılar'da Siyaset Kurumu Olarak Adalet Dairesi", *Din ve Hayat*, sy. 18 (2013), s. 102-105.

Osman b. Süleyman Penah: *el-Mâûn fî-Meseleti't-Tâûn*, Süleymaniye Kütüphanesi, Bağdatlı Vehbi, nr. 01370.

_____ : *el-Mâûn fî-Meseleti't-Tâûn*, Süleymaniye Kütüphanesi, Serez, nr. 02920.

"Osmanlı Kanunnameleri", *Milli Tettebbu'lar Mecmuası*, c. I, sy. 3 (Temmuz-Ağustos 1331), s. 497-544.

Öğün, Tuncay: "Osmanlı Devleti'nde Müsadere Uygulamaları", *Osmanlı-Teşkilat*, c. VI, Ed. Güler Eren, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1999, s. 372-383.

_____ : "Müsadere (Osmanlılarda)", *DİA*, c. XXXII, İstanbul, TDV Yayınları, 2006, s. 67-68.

Pakalın, Zeki: *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, c. I-III, 3. bs., İstanbul, MEB Devlet Kitapları, 1983.

Sertoğlu, Midhat: "Osmanlı İmparatorluğu'nun Yapısını Değiştiren Büyük Devrim: Tanzimat 2", *Hayat Tarih Mecmuası*, sy. 9 (Eylül 1976), s. 39-41.

_____ : *Mufassal Osmanlı Tarihi*, c. V, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2011.

Sunullah Efendi: *Fetâvâ-yı Sunullah Efendi*, Süleymaniye Kütüphanesi, Serez, nr. 01132.

Şapolyo, Enver Behnan: *Türk Menkıbeleri*, İstanbul, Türkiye Yayınevi, 1964.

Şeyhülislam Feyzullah Efendi: *Fetâvâ-yı Fezziye ma'a'n-nukûl*, c. I, Dersaadet, Şirket-i Sahâfiye-i Osmaniye Matbaası, 1324.

_____ : *Fetâvâ-yı Fezziye*, Haz. Süleyman Kaya, 1. bs., İstanbul, Klasik Yayınları, 2009.

Taberi: *Taberi Tefsiri*, c. II, Çev. K. AYTEKİN, İstanbul, Hisar Yayınevi, 1996.

Tarsûsî: *Tuhfetü't-Türk fî mâ yecibü en ya'mele fi'l-mülk*, Süleymaniye Kütüphanesi, Bağdatlı Vehbi, nr. 01042.

Tayşi, Mehmet Serhan: "Feyzullah Efendi, Seyyid", *DİA*, c. XII, s. 527-528.

Tayşi, Mehmet Serhan: *Şeyhül-İslâm Seyyid Feyzullâh Efendi ve Fezziye Medresesi (Ayrı Basım)*, İstanbul, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, t.y.

Tekkezade M. Said: *Durûb-ı Emsâl-i Türkiyye Yahut Atalar Sözü*, Dersaadet, Kasbar Matbaası, 1312.

Telci, Cahit: "Bir Osmanlı Aydınının XVIII. Yüzyıl Devlet Düzeni Hakkındaki Görüşleri:

- Penah Süleyman Efendi”, *Osmanlı*, c. VII, Ed. G. Eren, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1999, s. 178-188.
- Togan, A. Zeki Velidi: *Tarihte Usûl*, İstanbul, Enderun Yayınları, 1985.
- Türk Ansiklopedisi*, c. I, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1989.
- Türk Dili ve Edebiyatı Ansiklopedisi*, c. VIII, Yayın Kurulu: E. Erverdi, M. Kutlu, İ. Kara, İstanbul, Dergâh Yayınları, 1998.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı: *Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilâtı*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1988.
- Ünal, Mehmet Ali: “Osmanlı İmparatorluğu’nda Müsâdere”, *Türk Dünyası Araştırmaları*, sy. 49 (Ağustos 1987), s. 95-111.
- Yalçınkaya, Mehmed Alaaddin: “Mahmud Raif Efendi as the Chief Secretary of Yusuf Agah Efendi, The First Permanent Ottoman-Turkish Ambassador to London”, *OTAM*, sy. 5 (1994), s. 385-434.
- _____ : “Osmanlı Zihniyetindeki Değişimin Göstergesi Olarak Sefaretnamelerin Kaynak Defteri [Değeri]”, *OTAM*, sy. 7 (1996), s. 319-338.
- _____ : *The First Permanent Ottoman Embassy in Europe-The Embassy of Yusuf Agah Efendi to London*, 1. bs., İstanbul, The Isis Press, 2010.
- Yüksel, Hasan: “Vakıf-Müsâdere İlişkisi(Şam Valisi Vezir Süleyman Paşa Olayı)”, *Osmanlı Araştırmaları*, sy. 12 (1992), s. 399-424.
- Zebidi: *Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecdîd-i Sarîh Tercemesi ve Şerhi*, Mütercimi ve şârihi: Kâmil Miras, 8. bs., Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1987.
- Zencanî: *Sultana Öğütler-Alâeddin Keykûbat’a Sunulan Siyasetnâme*, Haz. H. Hüseyin Adaloğlu, İstanbul, Yeditepe Yayınları, 2005.

EK I. Defterdar Morali Osman Efendi'nin Tavrı Üzerine

III. Selim'in Hatt-ı Hümayûnunun Çevriyazısı

Defterdarın Tavrı

Hak Subhânehû ve Te'âla hazretleri Kur'ân-ı Kerîminde yetimlerin mallarını ahza taarruz değil, belki takarrübü bile nehy-i şedîd ile men' buyurmuş iken müddet-i vâfirenden berû mîrînin muzâyakası var denilerek vefât eden mütemevvilce adamların kâffe-i muhalefât ve emvâl ve eşyâ ve çiftlik ve akarları cânib-i mîrîden zabt u tahrîr ile bazan bedelle kat' ve bazan dahi bilâ-bedel irâde-i hükkâm ile cümlesi mîrîden satılıp savılıp yetimleri vesâir vâris-i şer'îleri hâib ü hâsir kaldıkları ve Furkân-ı Mecîd'de olan miras ayet-i kerîmesinin hükm-i latîfi bazı ahyânda cârî olmadığı malum olan hâlâtındadır.

Fi'l-asl bu muhalefât maddesinin zabtı, uhdesinde mukâtaât olan vüzerâ ve ricâl-i devlet ve sâir mîrî ile muamelesi olan cizyedârân ve mültezîmîn ve ummâlden birisi fevt oldukda deyn-i mîrîsi aklâmdan yoklanup zahire ihrac olununcaya kadar karîn-i telef olmamak için mîrî tarafından zabt u tahrîr ve deyn-i mîrîsi ne mikdâr ise ol mikdârı mal-i müteveffâdan evvel be-evvel ifrâz ve istîfâ olunmak irâdesine mübtenî iken veyâhud kat'ân vârisi olmayan beytülmâl-i sırfâ maksûr iken, giderek evlâd ve vâris aranmayub mîrîye deyni var mı yok mu bakılmayub hemân müteveffâ-yı ricâl ve mültezim ve esnaf her kim olur ise olsun, mademki biraz servet ü yesâr me'mûl ola mîrînin muzâyakası vardır deyû bilâ-suâl taraf-ı mîrîden muhalefâtı zabt ettirildiğinden, nice kerre yetimlerin üryân ü giryân ve borçluları hükkâm kapularında sefil ü sergerdân gezdikleri görülmüştür. Ezmine-i sâlifede bazı nisvân makulesi, saçı bitmedik masumcalarını kucaklarına alup 'bu yetimin mevrûs malını bütün mîrîden zabt eylemişsiz, şimdi aç ve muhtaç kaldı, bari bu yetimi dahi alın' deyü bükâ iderek, defterdarların önüne yuvarladıklarını re'yü'l-ayn müşahade eylemiş olduğumdan, çâker-i keminelelerini, hâlen serîr-âra-yı mesned-i hilafet ve revnak-efzâ-yı erîke-i saltanat olan rûh-i âlem efendimiz hazretleri cülûs-ı hümayunları akîbinde bî-liyâkât ve istihkâk rikâb defterdârı nasb buyurduklarında bu eytâm maddesinde mehmâ-emken dikkat ederek hasbe'l-vakt ve'l-hâl birisinin muhalefâtı bâ-irâde-i aliyye cânib-i mîrîden zabt u tahrîr olunsa bile vârisleri gözedilüp kavlen ve fiilen tatyîbine ve cânib-i seniyyü'l-menâkıb-ı hazret-i Zillullahî'ye da'vât-ı hayriyye isticlâbına mezîd sa'y u ihtimâm olunur idi. El-hâletü hâzihî bi'l-asâle me'mûriyyet-i bendegânem vukuundan berû lillahi'l-hamd eytâm malını Hazîne-i Âmireye koymamağa ve bu cihetden Padişah-ı İslâm efendimize azîm hayr dua aldırmağa sarf-ı vüs' u ikdâm idüb inşaallahü Te'âla bu niyyet-i hâlisânın min-tarafillah âsâr-ı hayriyye ve menâfi-i mâliyye ve mülkiyyesi müşâhade olunacağında şübhe yoktur. Zira bir senede bu makule muhalefâtdan hasıl olsa olsa bin kîse ancak olur. Bu ise masârif-i Devlet-i Aliyyeye medâr olamayub hilâf-ı emr-i Bârî ve mugâyir-i rızâ-yı hazret-i cihân-dâri vaz' u hareket olunduğu kalur ve belki buna mukâbil nice masârif zuhû-

ra gelür. El-hâsil mâl-i eytâm hazîne-i ma'mûrenin olanca malını ifnâ ve bereketini mahv eylediği zâhirdir.

Fî-mâ-ba'd gerek ricâlden ve gerek sâir ağniyâdan birisi vefât ettikde mademki şer'an vârisi ola ve Mîrî ve Harameyn hazinelerine ve Darbhane-i Âmireye deyni olmaya o makulenin malına taarruz olunmayub alâ-mâ-farazallahü Te'âlâ vâris-i şer'îlerine teslîm ve itâ olunmak ve eğer mîrî deyni var ise gerek müteveffânın olsun ve gerek vârisin olsun kuyûd-ı aklâmdan yoklanub sahîhan düyûn-ı mîriyesi mikdârı evvel be-evvel alınub fazlası yine vârislerine verilmek ve bilâ-vâris olup sırf beytûlmâl ise ol vakit de cânib-i mîrîden zabt olunmak ve hâl-i hayatta zulüm ve ta'addisine binâen malı müsadere olunanlar müstesniyâttan olmağla bu maddede ve herhalde muktezâ-yı şer'î mutahhar üzre amel ve hareket ve işbu nizâm fî-mâ-ba'd düstûru'l-amel tutulup hilâfından hazer ve mücânebet olunmak için Başmuhâsebede muhal-fât defterlerine sebt ü kayd olunup Divân-ı Hümâyûn kalemine ilmühaber itâsiyle tanzimi nezd-i hidivânelerinde istisvâb buyurulur ise inşallahü Te'âla ma'muriyet ve refâhına vesîle-i esîle olacağı ma'lûm-ı devletleri buyuruldukda her ne vechile emr u irâde-i aliyeleri buyurulur ise fermân devletlü saâdetlü sultanım hazretlerindir.

Bâ-husus rütbe-i vâlâ-yı vezâreti ihrâz eden vüzerâ-yı ızâm hazerâtı vefat ettiklerinde bend-i evvelde yazılan nizâm bunların eytâmı haklarında dahî carî olmak yani vüzerâdan vefat edenlerin evlad ü iyâli olanlar hakkında şefkat-i şâhâne erzân buyurularak şân-ı Devlet-i Aliyyeye lâyük olacak derece kayrılmak hususları muktezâ-yı şân u şükûh-ı saltanat-ı seniyye idüğü malûm-ı devletleri buyuruldukda emr u fermân hazret-i men lehü'l-emrindir.

Sadrazamın Derkenârı

Defterdar Efendi kullarının takrîridir. Rızâullah ve rızâ-yı şefkat-iktizâ-yı mülûkânelerine muvâfik bir suret-i hasene olup bi-avnihi Te'âla Devlet-i Aliyyelerine nice fevâid-i celiyye ve hafiyyesi derkâr ve dünyevî ve uhrevî mükâfât-ı celilesi bedî-dâr olmağla böylece tanzimi, fermân-ı hümâyûn buyurulduğu halde zamân-ı sa'd-iktirân-ı şâhânelerinde bu dahî bir eser-i celil olacağı malum-ı âlileri buyuruldukda fermân men lehü'l-emrindir.

Padişahın Hatt-ı Hümâyûnu

Benim Vezirim, mâl-i eytâma taarruz eylemek benim hilâf-ı meşrebimdir. Ve maazallahü Te'âlâ müdahale olunduğuna bir türlü rızam yoktur. Ticaret ve san'at ve harâsetle tahsîl-i mâl eylemiş adamlardan her kim vefat eder ise mademki vârisi vardır, bir akçesi cânib-i mîriye alınmasın. Lâkin menâfi'-i devletimi kendüye me'kel eyleyüp emvâl-i mîriyyeden servet kesb eylemiş ricâl ve kibârdan vefat eyleyenlerin malı ne benim ve ne müteveffânın ve ne vârislerindir; ancak beytûlmâl-i müslimîn ve emvâl-i mîriyyedir; tamamca alır hıfz-ı din ü devlet için sarf eylerim ve ecdâd-ı

TOKAT ŞER'İYYE SİCİLLERİNE GÖRE OSMANLI HUKUKUNDA KARZ SÖZLEŞMESİ (1805-1843/1220-1258)

(Loan Agreement in Ottoman Law as seen from the
Kadi Court Registers of Tokat)

Esra ÇETİNKAYA*

ÖZET

1805-1843/1220-1258 yılları arasında Tokat Mahkemesi'ne ait şer'îyye sicillerine dayanan çalışmada, Osmanlı hukukunda karz sözleşmesi incelenmiştir. Osmanlı hukukunun İslam hukukuna dayanması sebebiyle, öncelikle İslam hukuku kaynakları çerçevesinde teorik olarak incelenen karz sözleşmesi, Tokat Mahkeme sicillerinde tutulan kayıtlar esas alınarak Osmanlı hukuku uygulamasına yansıyan yönleriyle de ele alınmıştır. İslam hukuku teorik eserlerinin yanı sıra sicillerde rastlanan uyuşmazlıklarda taraflarca mahkemeye sunulup kadı tarafından verilen hükme esas teşkil eden ve bu sebeple sicillerde kayıt altına alınan fetvalar da kaynak olarak alınmıştır. Ayrıca karz sözleşmesinin Roma ve Türk borçlar hukukundaki görünüşleri de incelenerek elde edilen sonuçlar, Osmanlı hukuku uygulaması ile mukayese edilmiştir. Yapılan çalışma neticesinde teorik İslam hukuku kaynakları ile mahkeme kayıtları arasında bir çelişkiye rastlanmamış olup teori ve uygulama arasında büyük bir uyum gözlenmiştir.

Anahtar kelimeler: Karz sözleşmesi, Osmanlı hukuku, Tokat, şer'îyye sicilleri.

Abstract

In this study depending on the records of Tokat Court dated 1805-1843/1220-1258, loan agreement in Ottoman law has examined. Due to the Ottoman law based on Islamic law, primarily, loan agreement has examined theoretically in the framework of Islamic law sources and then Tokat Court records have discussed in the reflected direction of the application on the basis of Ottoman law. The fatwas recorded in the registers have taken as the source as well as Islamic theoretical works. In addition, loan agreement has examined in Roman and Turkish law and then the results obtained have compared with Ottoman law practice. As a result

* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ABD.
info@esracetinkaya.com.tr

of this study, contradiction has not detected between theoretical sources of Islamic law and the Tokat Court records. In fact, it has observed a great fit between theory and practice.

Keywords: Loan agreement, Ottoman law, Tokat, court records (sicil).

GİRİŞ

Osmanlı hukuk sisteminin temelini teşkil eden İslam hukukunda karz-ı hasen adıyla yaygınlık kazanan karz sözleşmesi, İslam dininin yoksul olan kimselerin iktisadi hayat seviyelerini yükseltmek amacıyla kurduğu yardım müesseselerinden biridir. Bir kısmı zorunlu hale getirilmiş olan bu müesseselerin, bir kısmı da kişilerin iradesine bırakılarak karşılığında büyük mükâfatlara işaret edilmiştir.¹ Zorunlu tutulmayıp kişilerin iradesine bırakılan yardım müesseselerinden biri olan karz sözleşmesi için müslümanlar teşvik edilmiş ve ayetlerde “Allah’a güzel bir borç veren” tabiriyle de ödünç veren kimseler müjdelenmiştir. Bunun yanı sıra borcunu zamanında ve en iyi şekilde ödeyen ödünç alan taraf da, hadislerle, en hayırlı kimselerden ilan edilmiş; böylece sözleşmenin her iki tarafı da uhrevi anlamda teşvik edilerek karz müessesesi güçlendirilmiştir.

Bu çalışmada, gerek ayet ve hadislerde gerekse de fıkıh kitaplarında önemle üzerinde durulan karz sözleşmesinin, Roma hukukunda ve Türk borçlar hukukunda ele alınış biçimleri de incelenmiş ve hukuk sistemlerinin bakış açılarındaki farklılık neticesinde ortaya çıkan kavram farklılıkları esas alınarak bahsi geçen sözleşme her hukuk sistemi için farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, İslam hukuku ve bu hukuku uygulaması dolayısıyla Osmanlı hukukunda karz olarak ifade edilen bu sözleşme; karmaşanın engellenmesi ve aralarında yapılacak mukayesenin kolaylaştırılması amaçlanarak Roma hukuku için “mutuum”, Türk borçlar hukuku için ise, kanunun ifadesiyle, “tüketim ödünçü sözleşmesi” adı altında ele alınmıştır. Her üç hukuk sisteminde karz sözleşmesinin tarafları ve konusu ifade edilirken ise “ödünç veren”, “ödünç alan” ve “ödünç” kavramları kullanılarak Türkçe ifadeler tercih edilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde karz sözleşmesinin tanımı ve kaynaklardaki yeri incelenmiş, bu başlık altında karz sözleşmesinin hukuki niteliği ve benzer hukuki işlemlerden ayrılan yönleri de ele alınmıştır. Sonraki bölümlerde ise karz sözleşmesinin kurulması, unsurları, hükümleri, sona ermesi ve gerek teorik tartışmalar gerekse de sicillere yansıyan uygulama örnekleri bakımından daima gündemde olan “hile-i şer’iyye” meselesinin, şer’iyye sicillerine yansıyan konuya ilişkin kayıtların da değerlendirilmesi suretiyle Osmanlı hukukundaki uygulamasına ışık tutulmaya ça-

¹ Zorunlu kılınan müesseseler; fitır sadakası (fitre), kefaretlar ve adaklar; kişilerin iradesine bırakılan müesseseler ise sadaka, hibe, vasiyet, karz ve vakıftır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Mehmet Şener, “İslam Hukukunda Karz-ı Hasen,” *D.E.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi Fakülte Dergisi*, İzmir, No: 6, 1989, s. 391-392.

lışılmıştır. Bunu yaparken sadece 19. yüzyılın ilk yarısına ait Tokat şer'iyeye sicilleri kaynak olarak tercih edilmiş ve bu döneme ait altı defterden yararlanılmıştır. Tokat'a ait birçok defter arasından bahsi geçen altı defterin seçilmesi ve incelenmesinde, bu defterleri konu alan yüksek lisans tezlerinden istifade edilerek tarama kolaylığı sağlanmış²; ancak özellikle çalışma konusuna ilişkin hukuki terimlerde yapılan hatalar dolayısıyla, kaynak olarak sicillerin aslı tercih edilmiş ve buradan yapılan okumalar esas alınmıştır. Bu okumalar, İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM) bünyesinde oluşturulan veri tabanında yapılmış ve kolay ulaşılabilirlik açısından, kaynak olarak gösterilen varak numaralarında, bu veriler tercih edilmiştir. Çalışma, şer'iyeye sicilleri bakımından, sadece Tokat şer'iyeye sicilleri çerçevesinde yapıldığından ilgili dipnotlarda sadece defter ve varak numaraları belirtilmiştir.

Çalışmanın son bölümünde ise teorik ve pratik bakımdan ayrıntılarıyla incelenen karz sözleşmesinin Roma ve Türk borçlar hukukundaki görünüşleri ele alınmış ve sonuç bölümünde elde edilen bütün bu veriler mukayese edilmek suretiyle karz sözleşmesi genel bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

I. KARZ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE KAYNAKLARDAKİ YERİ

A. TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir fıkıh terimi olarak karz, Hanefi mezhebindeki tanıma göre, piyasada emsali bulunan (misli) bir malın emsali daha sonra iade edilmek üzere başkasına verilmesidir. Karz sözleşmesinin ariyet sözleşmesinden farkını ortaya koyan, Kadri Paşa (ö. 1306/1888) tarafından yapılmış bir başka tanıma göre de karz; bir kimsenin, yararlanıldığında tüketilen belli bir misli malı kendisine emsali iade edilmek üzere birisine vermesidir.³

Karz sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle, bağlayıcı olmayan teberru sözleşmelerindendir. Bunun sonucu olarak karz veren, borcun ödenmesini her zaman talep ede-

² İsmet Sarıbal, "23 Numaralı Tokat Şer'iyeye Sicili, Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi," Gaziosmanpaşa Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Tokat, 2004; Murat Hanılçe, "16 Numaralı Tokat Şer'iyeye Sicili'nin Transkripsiyonlu Metni ve Değerlendirilmesi," Gaziosmanpaşa Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Tokat, 2009; Oktay Ekici, "33 Numaralı Tokat Şer'iyeye Sicili'nin Transkripsiyonlu Metni ve Değerlendirilmesi," Gaziosmanpaşa Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Tokat, 2010; Hacer Yıldız, "50 Nolu (H.1254/M.1838-1839) Tokat Şer'iyeye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi," Erciyes Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2007; Çetin Kaplan, "55 Numaralı Tokat Şer'iyeye Sicili'nin Transkripsiyonlu Metni ve Değerlendirilmesi," Gaziosmanpaşa Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Tokat, 2011; Şaban Demir, "10 Numaralı Tokat Şer'iyeye Sicili'nin Transkripsiyonlu Metni ve Değerlendirilmesi," Gaziosmanpaşa Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Tokat, 2010.

³ H. Yunus Apaydın, "Karz", **DİA**, C. XXIV, s. 521, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c24/c240330.pdf>, 26.02.2015.

bilir. Karz sözleşmesi aynı zamanda aynı sözleşmelerden olup bu niteliğinin sonucu olarak da sözleşmenin kurulması için ödünç verilen şeyin teslimi şarttır. Sorumluluk yükleyip yüklememesi açısından bahsi geçen sözleşme, tazmin borcu yükleyen sözleşmelerdendir. Karz sözleşmesi, belirtilen hukuki niteliklerine ek olarak, ödünç alınan şeyin mislinin ödünç alan tarafından iade edilmesi borcu doğurduğundan bedelli akitler grubunda yer almaktadır.⁴

B. KAYNAKLARDAKİ YERİ

İslam hukukunun asli kaynaklarından Kur'an-ı Kerim'de karz ile ilgili altı adet ayet⁵ vardır. Bu ayetlerde, Allah'ın emirleri doğrultusunda Allah'ın rızasını kazanmak için yapılan karz sözleşmeleri "Allah'a güzel borç verme" olarak kabul edilmiş ve karşılığının kat kat fazlasıyla alınacağına işaret edilmiştir. İlgili ayetlerin her birinde geçen "karzen hasenen" (güzel bir borç) tabiri, müslümanları karz sözleşmesi yapmaya teşvik etmiş ve bu faaliyet "karz-ı hasen" adıyla yaygınlık kazanmıştır.

İslam hukukunda karz sözleşmesi sünnet ve hadislerle de teşvik edilmiştir. Bu hadislerden birine göre sadaka on misliyle mükâfatlandırılırken; karz on sekiz misliyle mükâfatlandırılmaktadır.⁶

Karz sözleşmesine teşvik eden Hz. Peygamber'in kendisi de karz almış ve karz olarak aldığı genç bir deve karşılığında, daha olgun ve değerli bir deve ile borcunu ödemiştir. Bu doğrultuda olmak üzere, insanların en hayırlısının borcunu en güzel şekilde ödeyenler olduğunu buyurarak⁷ sadece karz vermeyi değil, alınan karzın en iyi şekilde ödenmesini de teşvik etmiştir. Böylece hadiste geçen güzel tabiri karz sözleşmesine karşılıklı iki taraf için uhrevi bir boyut kazandırmıştır.

C. BENZER HUKUKİ İŞLEMLER İLE MUKAYESESİ

Karz sözleşmesi bazı hukuki işlemler ile benzer özellikler göstermektedir; ancak unsurları incelendiğinde diğer hukuki işlemlerden farkı kolayca tespit edilebilmektedir.

Karz sözleşmesine, her ikisinin de ödünç sözleşmesi olması dolayısıyla, en çok benzeyen hukuki işlemin ariyet sözleşmesi olduğu çok açıktır. Ancak dikkatle incelendiğinde bu iki sözleşmenin unsurlarındaki önemli fark kendisini gösterecektir. Türkçe'de ödünç kelimesi çok geniş bir anlamda kullanılmakta ve hem bir şeyin kullanma hakkını (kullanım ödücüsü) hem de tüketme hakkını (tüketim ödücüsü)

⁴ Apaydın, a.g.m., s. 521.

⁵ Bakara, 2/245; Maide, 5/12; Hadid, 57/11, 18; Tegabün, 64/17; Müzzemmil. 73/20.

⁶ İbn Mâce, "Sadakat", 19; akt. Apaydın, a.g.m., s. 521; ayrıca İslam hukukunda karz sözleşmesinin kaynakları hususunda daha fazla bilgi için bkz.: Şener, a.g.m., s. 393-396.

⁷ Şener, a.g.m., s. 394.

devretmeyi ifade etmektedir. Bahsi geçen iki hukuki işlemin benzer nitelikte olması da bu kavram kargaşasından kaynaklanır. Karz ve ariyet sözleşmeleri bir malın iade edilmek koşuluyla borç verilmesini düzenleyen ödünç sözleşmeleridir; ancak karz sözleşmesi tüketim ödücünü; ariyet sözleşmesi ise kullanım ödücünü kapsar niteliktedir. Karz sözleşmesi tüketilebilen misli bir malın, misli daha sonra iade edilmek üzere ödünç verilmesidir; ariyet sözleşmesi ise genellikle gayri misli bir malın kullanımının, malın aynen iade edilmesi koşuluyla, bir başkasına bırakılması; yani malın menfaatinin temlik edilmesidir. Bunun sonucu olarak; karz sözleşmesi ile nevi borcu, ariyet sözleşmesi ile ise parça borcu doğar.

Karz sözleşmesi, bir kredi aracı olarak düşünüldüğünde, mudârebe sözleşmesi ile de benzerlik gösterir. Mudârebe sözleşmesi, bir taraftan sermaye diğer taraftan emek ile kurulup taraflar arasında bir ortaklık oluşturur. Sermaye sahibi sermayesini ortaklığa emeğini koyan tarafa teslim eder ve emeğini koyan taraf, bahsi geçen sermaye ile kazanç elde etmek için çalışır. Elde edilen kazanç, sözleşme sırasında belirlenen orana göre, taraflar arasında paylaşılır. Böylece kazancın bir kısmının sermaye sahibine ait olduğu mudârebe sözleşmesi, herhangi bir fazlalığın alınmasının yasak olduğu karz sözleşmesinden ayrılır. Kredi aracı olarak düşünüldüğünde karz sözleşmesi, elde edilen kazancın tamamen sermayeyi alan tarafa verilmesini ifade eder.⁸

Arapça'da karz, selef kelimesi ile de ifade edilmektedir; ancak selef, hem deyn (borç) hem de selem akdi için kullanıldığından karzdan daha geniş bir anlam ifade etmekte, karz selefın bir türünü oluşturmaktadır. Deyn ise karz da dâhil olmak üzere herhangi bir sebepten doğan borçlar için kullanılan, kapsamı çok daha geniş bir kavramdır.⁹

II. KARZ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE UNSURLARI

A. İRADE BEYANI

Karz sözleşmesi icap ve kabul ile kurulur; ancak bu sözleşmenin kurucu unsurunun sadece icap olduğuna dair Ebû Yusuf'tan gelen bir rivayet de vardır. Bu görüşe, karz vermenin bir tür ariyet olduğu ve ariyet sözleşmesi için kabulün kurucu unsurlardan sayılmadığı gerekçe gösterilmiştir. Ancak İmam Muhammed'e göre karz sözleşmesi, karz alan kişinin aldığı şeyin mislini ödeme borcu itibariyle alım-satım sözleşmesine benzemektedir; bunun sonucu olarak da icabın yanı sıra kabul beyanının da aranması gerekir.¹⁰ Nitekim *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamu-*

⁸ Fethi Gedikli, "Galata Şer'iyeye Sicillerinde Mudârebe-Karz İlişkisi," **Osmanlı Hukuku: Makaleler**, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 2012, s. 9-12. Bu makale daha önce **İstanbul Araştırmaları**, Bahar 1997, Yıl 1, Sayı 4'te de yayınlanmıştı.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Apaydın, a.g.m., s. 521.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Apaydın, a.g.m., s. 521.

*su'*nda yapılan tanım da kurucu unsurlar arasında yer alması gereken icap ve kabul beyanlarına işaret etmektedir. Buna göre karz sözleşmesi; şu malı ikraz ettim, karz aldım, istikraz ettim, borç verdim, borç aldım gibi lafızlarla kurulur.¹¹

B. TARAFLAR

Mal üzerinde yapılan karz sözleşmesi, ödünç verme sırasında bir bedel mevcut olmadığı için başlangıç bakımından teberru sözleşmesine benzer; bunun sonucu olarak ise ödünç veren açısından, ehliyetin daha özel bir türü olan teberru ehliyeti aranır.¹² Böylece teberru ehliyetini haiz bulunan reşit ve mümeyyiz bir şahıs¹³ (tam ehliyetli bir kişi) karz sözleşmesinin ödünç veren tarafını oluşturabilir. Buna göre çocuk, mümeyyiz de olsa teberrua yetkili olmadığı için karz sözleşmesi yaparak ödünç veremez. Ödünç alan açısından ise mali sözleşmeler için gerekli olan tasarruf ehliyetinin bulunması yeterli görülmüştür.¹⁴

Gayrimüslimlerin de, müslümanlar gibi, karz sözleşmesine taraf olmaları mümkün olup kadı sicilinde tarafları gayrimüslim olan bir karz sözleşmesine dair uyumsuzluğa rastlanmıştır.¹⁵

Ödünç vermeye ve ödünç verilen şeyi teslim almaya vekâlet vermek mümkün iken, borç istemeye vekâlet mümkün değildir.¹⁶ Nitekim Tokat kadı sicili kayıtlarının birinde de ödünç verilen şeyi teslim almaya, Mehmed Ağa adında biri alacaklı tarafından vekil tayin edilmiştir.¹⁷

C. SÖZLEŞMENİN KONUSU

Karz sözleşmesi, bir kimsenin bir başkasına tüketilebilen misli bir malı kendisine ödenmek üzere temlik etmesidir. Buna göre bahsi geçen sözleşmeye konu olacak bir malın misli bir mal ya da altın, gümüş veya para olması gerekir. Ayrıca ilgili malın tüketilebilir, teslimi, tesellümü ve geri ödenmesi de mümkün bir mal olması gerekir.

¹¹ Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul, Enes Sarmaşık Yayınları, t.y., C. VI, s. 94.

¹² Apaydın, a.g.m., s. 522.

¹³ Abdulkadir Şener, **İslam Hukukunda Hibe (Doçentlik Tezi)**, Ankara, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, No:162, 1984, s. 80, (Çevrimiçi) <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/592.pdf>, 27.02.2015.

¹⁴ Şemseddin er-Remli, **Nihâyetü'l-muhtac**, Beyrut, 1404/1984, IV, s. 225; akt. Apaydın, a.g.m., s. 522.

¹⁵ Nu.33, v.8a-1.

¹⁶ Apaydın, a.g.m., s. 522.

¹⁷ "...mezbûr es-Seyid Mehmed Ağa zimmetinde cihet-i karz olarak üç yüz elli guruş alacak hakkım olup bundan akdem meblağ-ı mezkûr üç yüz elli guruş merkûm Beyoğlu Mehmed Ağa'dan ahz ve bana redd ve teslimine medine-i mezbûre sakinlerinden... Mehmed Ağa'yı vekil eyledim..." (Tokat Mahkemesi, nu.33, v.13b).

İncelenen sicillerde, ilgili davaların hepsinin, konusu para olan karz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar olduğu görülmüştür.¹⁸

D. KARZ SÖZLEŞMESİNDE VADENİN BAĞLAYICILIĞI

Hanefi mezhebine göre sözleşme sırasında şart koşulsun ya da koşulmasın karz sözleşmesinde vade bağlayıcı değildir, ödünç veren kişi dilediği zaman verdiği ödünçü geri isteyebilir.¹⁹ Maliki mezhebi dışındaki diğer mezheplere göre de karz sözleşmelerinde vade bağlayıcı değildir. Şu halde karz sözleşmesi ile doğan geri ödeme borcu, henüz doğarken muaccel olarak doğar.²⁰ Vadenin, karz sözleşmesinin teberru niteliği ile çeliştiği kabul edilmiş ve vadenin öngörülmesi durumunda buna ahlaki olarak uyulması uygun görülürken, hukuken uyulmasının aranmadığı kabul edilmiştir.²¹ Ayrıca karz sözleşmesinin her iki taraf için de bağlayıcı olmaması, vadenin bağlayıcı kabul edilmemesinin bir başka gerekçesini oluşturmuştur.²²

E. KARZ-MENFAAT İLİŞKİSİ VE FAİZ (RİBA)

Yukarıda da bahsedildiği üzere *karz-ı hasen* olarak yaygınlık kazanan karz sözleşmesi maddi kazanç elde etmek amacıyla değil, manevi mükâfat için yapılmalıdır. Bu sebeple içinde ödünç veren için şart koşulmuş bir fazlalık ya da menfaat barındıran karz sözleşmelerinin hukuka aykırı olduğu kabul edilmiş, bu fazlalık ya da menfaat ise faiz; yani riba kapsamında değerlendirilmiştir. Örneğin, bir şehirde ödünç olarak verilip de başka bir şehirde kendisine iade edilmesi şartı koşulan bir karz sözleşmesinde, hukuken bu şarta uyulması aranmaz; çünkü böyle bir şartta ödünç veren için ödünç verilen şeyin taşıma masrafları, yolda karşılaşabileceği tehlike risklerinden kurtulmak gibi menfaatler vardır. Hâlbuki Hz. Peygamber artı yarar sağlayan karz sözleşmelerini yasaklamış, böyle bir tasarrufu da faiz olarak nitelendirmiştir. Ancak sözleşme sırasında şart koşulmamışsa ya da böyle bir menfaatin sağlanması örf-adet gereği kural değilse; bir başka ifade ile yapılan karz sözleşmesinin açıkça ya da zimnen kabul edilen şartları ile doğrudan bir bağı olmaksızın borcun daha iyisiyle ifa edilmesi

¹⁸ Nu.16, v.15a; nu.33, v.13b; nu.50, v.13b; nu.23, v.40b; nu.55, v.82a, v.64a-2.

¹⁹ Bu kural, borçlunun maddi gücünün yerinde olması durumunda geçerli olmakta; maddi gücünün yerinde olmaması durumunda borçluya borcunu ödemesi için süre tanınması gerekmektedir. Nitekim Hz. Peygamber de yoksul olan borçluya sadece süre verilebileceğini, bundan başka yapılacak bir işlem olmadığına işaret etmiştir. Borçlunun borcunu ödemesi durumunda takip edilecek yol hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Fahrettin Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, Ed. Mehmet Kılıç, İstanbul, 1990, s. 234-235.

²⁰ Ahmet Özdemir, "Karz Akdinin Mahiyeti ve Faizli İşlemleri Önleme Fonksiyonu," **Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Ocak-Haziran 2012, C. XII, No:1, s.130, (Çevrimiçi) http://ilahiyat.cu.edu.tr/tr/dergi/2012_12-1/2012_12-1.pdf, 27.02.2015.

²¹ Bilmen, **a.g.e.**, s. 95.

²² Apaydın, **a.g.m.**, s. 523.

söz konusu ise bu durum faiz kapsamında değerlendirilmemiştir. Buna daha önce de bahsi geçen Hz. Peygamber'in benzer nitelikteki fiili ve bu fiili üzerine borcunu en güzel şekilde ödeyenin insanların en hayırlısı olduğu yönündeki hadisi delil olarak gösterilmiştir.²³

F. KARZ SÖZLEŞMESİNİN TEMİNAT ALTINA ALINMASI

Taraflar arasında yapılan karz sözleşmesinin, yazılı belge ve şahitle güvencelenmesi; geri ödemenin ise rehin ve kefalet ile teminat altına alınması mendup²⁴ görülmüştür. Zira Hz. Peygamber'in de ödünç aldığı arpa karşılığında kalkanını rehin bıraktığına dair rivayet vardır.²⁵ Yapılan sözleşmenin yazılı olarak belgelenmesi hususunun “müdayene ayeti” olarak bilinen Bakara suresinin 282. ayetinde, “Ey iman edenler! Birbirinize belirli bir süre borçlandığınız zaman onu yazınız, içinizden bir kâtip doğru olarak yazsın...” buyurulmak suretiyle tavsiye edildiği görülmektedir.²⁶

Kadı sicillerine yansıyan karz sözleşmelerinin de çeşitli şekillerde teminat altına alındığı görülmektedir. Yapılan karz sözleşmelerinin çoğu senetle yapılmış ve sicile yansıyan uyumsuzluklarda bu husus, “bâ-temessük” ya da “bâ-tahvil” kavramlarıyla belirtilmiştir.²⁷ Ayrıca kadı sicillerinde karz sözleşmelerinin rehin ile teminat altına alındığı kayıtların²⁸ yanı sıra bu teminatın kefil ile alındığına dair bir kayda²⁹ da rastlanmıştır.

Siciller incelendiğinde görülecektir ki, teminat altına alınanın kapsamı çok geniştir. Bu kavram sadece karz sözleşmesinin yapıldığına dair belge, şahit gibi deliller ya da bahsi geçen sözleşmeye dayalı olarak rehin verilmesini ifade etmez; aynı zamanda ödünç alınan şeyin mislinin iade edilerek borcun ödenmesinin taraflar ve şahitler huzurunda bir kâtime yazılı belge düzenlettilmesi söz konusudur. Böylece karz sözleşmesinin bütün aşamalarıyla teminat altına alınabilmesi mümkün olup,

²³ Bkz.: Birinci bölüm, “Kaynaklardaki Yeri” başlıklı ikinci alt başlık. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Bilmen, a.g.e., s. 99-100; Serahşi, **Mebûsât: 1000 Yılın İslam Fıkhı Temel Eseri Deliller ve Hükiimler**, Ed. Mustafa Cevat Akşit, İstanbul, Gümüşev, 2011, C. XIV, s. 59-60,62.

²⁴ Fıkh usulü terimi olarak mendup, şer'an yapılması kesin ve bağlayıcı olmaksızın istenen ve terk edilmesi dinî açıdan kınanmayan işleri ifade eder. (Ferhat Koca, “Mendup,” **DİA**, C. XXIX, s. 128, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c29/c290081.pdf>, 03.03.2015).

²⁵ Apaydın, a.g.m., s. 523.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Şener, a.g.m., s. 397.

²⁷ “...mezbûre Hafize Hatun tarihten sekiz sene mukaddem müteveffiyeye-i mezbûre Emine Hatun'dan bâ-temessük bin gurus istikraz idüp...” (Nu.50, v.37a; ayrıca bkz.: nu.16, v.18a; nu.55, v.82a-1).

²⁸ Nu.33, v.8a-1.

²⁹ “...işbu mezbûr Mustafa Ağa ve yeğeni Ali Bey birbirlerine kefil bi'l-mal ve kefil bi'n-nefs olmak üzere cihet-i karzdan zimmetlerinde bâ-temessük on sekiz bin dokuz yüz gurus alacak hakkını olup...” (Nu.33, v.17b).

ilgili sicillerde buna örnek teşkil edebilecek nitelikte bir uyuşmazlığa da rastlanmıştır. Bahsi geçen uyuşmazlıkta³⁰ karz sözleşmesine istinaden alınan bir borcun ödendiği, kâtip ve şahitler huzurunda ödünç veren tarafından ikrar edilmiş ve bu durum davanın görülmesi esnasında ilgili şahitlerle de ispat edilmiştir.

III. KARZ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

A. TARAFLARIN HAKLARI VE SORUMLULUKLARI

Karz sözleşmesinin taraflarından ödünç veren, sözleşme ile verilen ödünçü talep etme hakkına sahiptir. Nitekim Hz. Peygamber, borcunu almaya gelen; ancak bunu kaba şekilde ifade eden bir bedevi hakkında, ona engel olmaya çalışan sahabelere hitaben şöyle söylemiştir: “Bırakın onu, (borcunu almaya gelen bu) hak sahibinin konuşma hakkı vardır.”³¹ Nitekim ödünç veren tarafından, verilen ödünçün istenerek talep hakkının kullanılmasına kadı sicillerinde de rastlanmıştır.³²

Ödünç verenin ölümü halinde ise ölenin mirasçıları için talep hakkı doğar. Kadı sicillerine yansımış olan bir uyuşmazlıkta ödünç verenin ölümüyle talep hakkı mirasçıya geçmiş ve buna dayalı olarak mirasçı tarafından talep hakkı kullanılmıştır.³³

Her borçta olduğu gibi karz sözleşmesinden doğan borçta da havale mümkündür. Ödünç veren tarafından da buna yönelik teklifin kabul edilmesi gerekir³⁴. Havale ile borcun daha iyi bir şekilde ödenmesi durumunda bile havale caizdir; meğerki bu daha iyi ödeme şekli, şart olarak belirlenmiş olsun. Şart olarak belirlenmesi durumunda, daha önce bahsi geçtiği üzere³⁵ ödünç veren için önceden planlanan bir yararın olması sebebiyle, yapılan ödeme faiz kapsamına girer. Yine bu doğrultuda olmak üzere, ödünç verilen şeyin başka yerdeki bir şahsa havale edilmesi de sözleşme sırasında şart kılınmamalıdır; aksi takdirde aynı gerekçe ile faiz gündeme gelecektir. Çünkü başka yerdeki şahsa yapılan bu havale, yol riskini bertaraf etmiş olacağından, ödünç veren için fayda sağlar.³⁶

Ödünç alan, ödünç aldığı şeyi tam ve eksiksiz olarak ödemekle mükelleftir.³⁷

³⁰ Nu.50, v.37a.

³¹ Buhari, “İstikraz”, 4-6; akt. Özdemir, a.g.m., s. 128.

³² Nu.33, v.17b.

³³ Nu.50, v.37a.

³⁴ “Zenginin ödemeyi geciktirmesi zulümdür. Sizden biriniz alacağı konusunda ödeme gücü bulunan birine havale edilirse bu havaleyi kabul etsin” (Buhari, “Havalat”, 1-2, “İstikraz”, 12; akt. Ali Bardakoğlu, “Havâle,” *DİA*, C. XVI, s. 507, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c16/c160293.pdf>, 27.02.2015.)

³⁵ Bkz.: İkinci bölüm, “Karz-Menfaat İlişkisi ve Faiz (Riba)” başlıklı beşinci alt başlık.

³⁶ Bilmen, a.g.e., s. 99.

³⁷ 33 numaralı dipnotta verilen hadisten de anlaşıldığı üzere, borcunu ödeme gücü olan birinin,

Karz sözleşmesinden doğan bu borç, misli bir borç olarak doğar ve sözleşmenin kurulmasından itibaren tazmin sorumluluğu yükler. Tazmin sorumluluğunun varlığı için ise ödünç verilen şeyin teslimi önem arz eder; zira sözleşmenin yapılmasından sonra, ancak teslimden önce ödünç verilen şeyin telef olması halinde ödünç alanın tazmin sorumluluğu yoktur; çünkü sözleşmenin kurulması, ödünç verilen şeyin teslimi ile olur.³⁸ Tazmin sorumluluğunun sözleşmenin kurulması ile gündeme gelmesi sebebiyle, bahsi geçen sorumluluğun başlaması için, ödünç verilen şeyin teslim edilmesi gerekir.

B. ÖDEME YERİ VE ÖDEME ZAMANI

Ödünç alanın, borcunu ödünç verene istediği yerde ifa etme hakkı vardır. Ödünç verenin de bunu kabul etmesi gerekir; çünkü bunda ödünç veren için bir zarar olmadığı kabul edilir. Ancak ödünç alanın borcunu ifa edeceği yer; ödünç veren açısından güvenlik sorunu, taşıma masrafları gibi sair sebepler dolayısıyla herhangi bir zarara yol açıyorsa ödünç veren tarafından bu ifanın kabul edilmesi aranmaz.³⁹ Ancak sözleşme sırasında ödemenin başka bir yerde yapılması şart kılınmaz; çünkü ödemenin belli bir yerde yapılması koşulu, ödemenin belli bir zamanda yapılması koşulu gibi görülmüştür. Ödemenin belli bir zamanda yapılması koşulu ise vade olarak nitelenmekle bağlayıcı kabul edilmemiştir; buna bağlı olarak ödeme ile ilgili yer koşulu da bağlayıcı değildir.⁴⁰

C. ÖDÜNÇ VERİLEN ŞEYİN TÜKETİLMEMESİ

Ödünç alan, karz sözleşmesi ile ödünç aldığı şeyi teslim almakla o şeyin maliki olup ödünç verene ise bu şeyin mislini ödemek ile sorumlu olur. Bu sebeple, ödünç alınan şey tüketilmeyip mevcudiyetini korusa bile aynının iade edilmesi gerekmez. Bu görüş Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre böyle olsa da, Ebu Yusuf'a göre ödünç alınan mal mevcut ise bu malın aynının iadesi gerekir, misli iade edilemez.⁴¹

ödemeyi geciktirmesi zulüm olarak nitelendirilmiş ve bu kişiler yaptıkları haksızlığa karşı cezaya müstahak görülmüşlerdir. (Ebû Dâvûd, Akdiye, 29, 3628; akt. Özdemir, a.g.m., s. 127; ayrıntılı bilgi için bkz.: Atar, **a.g.e.**, s. 235 vd.)

³⁸ Muhammed Kadri Paşa, **Mürşidu'l-hayran ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insan**, Amman, 1987, s. 191; akt. Özdemir, a.g.m., s. 127.

³⁹ Bilmen, **a.g.e.**, s. 104. Ödeme yeri konusunda herhangi bir sınırlama getirilmediği; ancak sözleşme sırasında şart koşulmamak kaydıyla, daha çok ödünç verenin isteği üzerine ödeme yerinin belirleneceği, ödünç veren tarafından belirlenen bu yerin ödünç alanı zarara sokması durumunda Ebu Hanife'ye göre ödünç verenin ödünç alanı iadeye zorlayamayacağı ama sözleşmenin yapıldığı yerde ödeme yapılacağına dair ödünç verenden kefil talep edebileceği hakkında bkz.: Apaydın, a.g.m., s. 524.

⁴⁰ Serahsi, **a.g.e.**, C. XIV, s. 63.

⁴¹ Bilmen, **a.g.e.**, s. 95.

D. ÖDEME TÜRÜ

Ödünç alanın, ödünç aldığı parayı öderken aldığından başka bir para biriminde ödemeyi talep etme hakkı vardır. Bu durumda piyasa değeri temel alınarak bir hesaplama yapılır ve elde edilen tutara göre borç ifa edilebilir. Bunun gerekçesi ise alınan ile verilen arasında tür farklılığının olması durumunda, türlerin aynı olmasının aksine, faizin ortaya çıkmayacağı görüşüdür.⁴²

Ödeme türleri bakımından kadı sicillerindeki ilgili kayıtlar incelendiğinde; birçok kayıta karz sözleşmesinden doğan para borcunun, ödünç alana ait taşınır veya taşınmaz malların piyasa değerinin hesaplanması suretiyle borç ile takas ya da borca mahsup edildiği⁴³ görülmüştür. Tutulan kayıtlardan birinde⁴⁴, karz sözleşmesinden doğan para borcunun karşılığında ödünç alana ait birtakım taşınır malların piyasa değerinin tespitine gidilmiş ve bahsi geçen mallar, sekiz bin yüz kuruş üzerinden hesaplanmıştır. Tespit edilen bu tutar üzerinden ilgili borç karşılığında takas ve mahsup işlemleri uygulanmış, bunun sonucunda kalan borç tutarı belirlenmiştir. Buna göre ödünç alanın borcu on beş bin kuruştan altı bin dokuz yüz kuruşa düşmüştür. Bu durum; ilgili taşınırın ne olduğu, tespit edilen piyasa değerleri ve en önemlisi borçlunun artık bu eşyalar üzerindeki mülkiyet hakkının sona ermesi dolayısıyla bir ilgisinin kalmaması gibi ayrıntılı bilgiler ışığında sicile kaydedilmiştir.

Takas ve mahsup işlemine borçlunun mülkiyetindeki taşınmaz malların da konu edildiğine sıklıkla rastlanmakta, bu durum ilgili kayıtlarda daha çok satış kavramı ile ifade edilmektedir. Nitekim sicile yansıyan uyumsuzlıklardan birinde⁴⁵ ödünç alan, ödünç veren karısına piyasa değeri üzerinden evini satmış ve evin değerini borcuna mahsup etmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu tür satış işlemlerine ilişkin tutulan kayıtlar çoğunlukla mal kaçırma kaygısıyla yapılan işlemleri akla getirmektedir. Zira taşınır mallar gibi değerli malların piyasa değerlerinin mahsup edilmesi yoluyla ödünç verene satılmasına ilişkin kayıtlarda, ödünç verenin ödünç alanın eşi olduğu dikkat çekmekte ve mahsup neticesinde ya alacaklı ya mirastan yararlanacak evlatlar⁴⁶ ya da beytülmal⁴⁷ ile uyumsuzluk çıktığına dair kayıtlara rastlanmıştır. Buna örnek teşkil edebilecek kayıtlardan biri,⁴⁸ davalının eşinden satın alınmış olan bir

⁴² Serahşi, **a.g.e.**, C. XIV, s. 61.

⁴³ "...ber vech-i muharrer işтира ve temellük ve tesellüm ve kabz ve kabul eyledikten sonra semenleri olan meblâğ-ı mezbûr altı bin dokuz yüz guruşu mumaileyh Derviş Mehmed Efendi'nin babam mumaileyh El-Hac Hasan Ağa zimmetinde bâ-temessük cihet-i karzdan alacak hakkı olan altı bin dokuz yüz guruşuna takas ve mahsup eylediğinde mumaileyh Derviş Mehmed Efendi dahi... kabul idüp..." (Nu.55, v.82a-2).

⁴⁴ Nu.55, v.82a-2.

⁴⁵ Nu. 23, v.44b.

⁴⁶ Nu.55, v.68b-4.

⁴⁷ Nu.16, v.15a.

⁴⁸ Nu.16, v.5b.

arsa üzerinden davalının el çekmesi talebini içerir nitelikte olup arsayı iki ay önce satın aldığını iddia eden davacının ilgili arsa üzerinde tasarruf etmesini engelleyen Fatma Hatun'dan durum sorulmuştur. Fatma Hatun ise dava konusu arsanın, eşine verdiği beş yüz kuruş ödünç karşılığında, eşi tarafından on üç ay önce kendisine satıldığı yönünde cevap vermiş, iki şahit ile iddiasını da ispatlamıştır. İddiaları ve delilleri değerlendiren kadı ise dava konusu arsanın Fatma Hatun'un tasarrufunda kalmasına hükmetmiştir.

Ayrıntılarıyla açıklanmaya çalışılan yukarıdaki uyuşmazlıkta görüleceği üzere, davalının eşi dava konusu arsayı on bir ay ara ile önce eşine sonra da davacıya satmıştır. Art arda yapılan bu hukuki işlemler, kazançlı çıkan tarafın eş olması dolayısıyla, karz sözleşmesinin ve buna bağlı ödeme şeklinin davacıyı zarara sokmak için önceden planlanmış olduğu ihtimalini akla getirmektedir.

Sicillerde borcun ödenmesi için terekedeki malların açık artırma ile (bi'l müzayed) ve başka talibi olmadığından alacaklıya satıldığı bir kayda da rastlanmıştır⁴⁹.

E. ÖDÜNÇ VERİLEN ŞEYİN DEĞERİNİN DEĞİŞMESİ

Karz sözleşmesine konu olan ödünç verilen şeyin değerinin sözleşmenin yapılmasından sonra herhangi bir sebeple artması ya da azalması durumunda borcun hangi değer üzerinden ifa edilmesi gerektiğine ilişkin hukuki bir sorun ortaya çıkmıştır. Özellikle günümüzde enflasyonun karz sözleşmesine etkisi ve faiz tartışmalarını yakından ilgilendirdiği için büyük önem arz eden bu mesele üzerinde görüş birliğine varılamamıştır. Hanefi mezhebi içinde bile görüş birliğine varılamayan bu tartışmada Ebu Hanife ve İmam Muhammed, ödünç alınan şeyin mislinin iadesinin gerektiği görüşündedirler. Ebu Yusuf ise ödünç alınan şeyin, teslim günündeki değerinin ödenmesi gerektiğini savunmuş ve mezhep içerisinde Ebu Yusuf'un görüşü ağırlık kazanmıştır.⁵⁰

F. ÖDÜNÇ ALINAN ŞEYİN SATIN ALINMASI

Ödünç alınmış bir malın, semeninin sözleşmenin kurulduğu mecliste ödenmesi kaydıyla, ödünç verenden satın alınması mümkündür. Bahsi geçen malın teslim alınmasından önce üçüncü şahıslara satılması ise teslimin imkânsızlığı sebebiyle hukuka aykırıdır.

G. YETİM MALINDAN ÖDÜNÇ VERİLMESİ

Bir vasi, vasisi olduğu yetimin malını ne kendisi için ne de başkası için ödünç

⁴⁹ Nu.55, v.73a.

⁵⁰ Apaydın, a.g.m., s. 524.

veremez. Çünkü karz sözleşmesi, teberru niteliğinde bir sözleşmedir ve İslam hukukunda böyle bir tasarrufa yetimin malı elverişli değildir.⁵¹

Kadı sicillerine bakıldığında vasinin yetimin malından ödünç alabilmesine ilişkin kadı tarafından verilen izinlerin kayıt altına alındığı görülmüştür. Bu hususta çok fazla kayda rastlanmış olup⁵² bu kayıtların hepsinde kadının yetim için vasi tayin etmesinin hemen ardından tayin edilen vasi, yetimin nafaka ve kıyafete şiddetli ihtiyaç duyduğundan bahsetmekte ve nafaka talep etmektedir. Kadı, yeni vasinin bu iddiasını duruma şahit olanların ifadeleriyle teyit etmekte ve o günün rayicine göre günlük nafaka tayin etmektedir. Bunun yanında, konuya ilişkin her kayıta, vasinin zaruri hallerde yetimin malından ödünç almaya ve bu halin sona ermesi durumunda da alınan ödünçün geri ödenmesine ilişkin vasiye izin vermekte, bunu da kayıt altına almaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, sicillerde bu tür kayıtlara çok rastlanmış ve vasi tarafından gelen ilgili talebin kadı tarafından reddedilmesine ilişkin hiçbir kayda rastlanmamıştır.

IV. KARZ SÖZLEŞMESİNDE HİLE-İ ŞER'İYYE

Hile-i şer'iyeye, şekil bakımından hukuka uygun olan bir işlem vasıtasıyla İslam hukuk düzeninde yasaklanmış bir neticeyi elde etme yolu⁵³ olup kendi içerisinde üç unsur barındırır. Bunlardan birincisi, yapılan hukuki işlemin şekil bakımından hukuka uygun olması; ikincisi, hukuk düzenince yasaklanmış bir neticenin doğması; üçüncüsü ise hile kastıdır. Hile-i şer'iyenin hukuken varlığının kabulü için bu üç unsurun bir arada bulunması aranır.

Daha önce de bahsi geçtiği üzere, karz sözleşmesinde faiz yasağı vardır, borcun vadeli olarak verilmesi de yasak olan bir diğer husustur. İşte İslam hukukunda var olan bu yasaklar, hile-i şer'iyeye adı verilen birtakım hukuki işlemlere başvurulmuş, aşılmasıdır. Bahsi geçen hukuki işlemler; vefâen satış (bey' bi'l-vefâ'), kiralama şartıyla satış (bey' bi'l-istiğlâl) ve muamele-i şer'iyeye adı verilen hukuki işlemlerdir.

Vefâen satış (bey' bi'l-vefâ'); Mecelle'nin 118. maddesine göre, bir kimsenin bir malı ahara semenini reddettikte geri vermek üzere satması⁵⁴; yani bir malı bedelini iade edince geri almak şartıyla satmaktır. Bu sözleşme, rehin ile teminat altına alınmış ve ödünç verene kazanç sağlayan bir karz sözleşmesi olarak görülmüştür. Böylece ödünç alan kimse, aldığı ödünçü iade ettiğinde geri almak şartıyla malını ödünç

⁵¹ Bilmen, **a.g.e.**, s. 97; aynı yönde bkz.: Serahsî, **a.g.e.**, C. XIV, s. 62.

⁵² Nu.33, v.6a, v.6b; nu.60, v.28a; nu.50, v.36b-2, v.37b-2, v.38a-3, 38a-4 ve 38b, v.39b-1, v.39b-2; nu.10, v.74a-1, v.68b-3.

⁵³ Saffet Köse, "Hiyel **DİA**, C. XVIII, s. 171, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c18/c180086.pdf>, 27.02.2015.

⁵⁴ Ali Himmet Berki, **Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)**, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1965, s.30.

verene satar. Bu malı satın alan ödünç veren kimse, mülkiyeti kazandığı için bahsi geçen malı kullanabilecek ve hukuki semerelerinden yararlanabilecektir. Yapılan satış sözleşmesinde geri alma şartı söz konusu olduğu için de taraflar, vade belirlenmemişse her zaman; belirlenmişse vadesi geldiğinde vefâen satış sözleşmesini sona erdirebilecekler; ödünç veren satın aldığı malı, ödünç alan da satış bedelini yani aldığı ödünçü iade edebilecektir. Böylece faizli ve vadeli karz sözleşmesine ilişkin hukuki engel aşılmış olacaktır.⁵⁵

Hile-i şer'iyeye için yapılan sözleşmelerden biri de vefâen satışın bir türü olarak kabul edilen kiralama şartı ile satıştır (bey' bi'l-istiğlâl⁵⁶). Bu sözleşme ile ödünç alan malı yine geri alma şartı ile satmakta; ancak vefâen satıştan farklı olarak bu sözleşmede ödünç veren satın aldığı malı, malı satan ödünç alana kiralamaktadır. Böylece ödünç alan, aldığı ödünç karşılığında malını geri almak şartıyla satmış olsa da sattığı malı kira bedeli ödeyerek kullanabilmektedir.⁵⁷

Vefâen satış ile kiralama şartı ile satış sözleşmeleri, esas itibariyle, aynı hükümlere tâbidir. Her iki sözleşmede de fasit bir satış sözleşmesi söz konusu olduğundan satışa konu olan malın mülkiyeti satın alana geçmiş olmaz. Satan kimse de malını rehin vermiş olduğundan malın aslı üzerinde tasarrufta bulunamaz; bir başka ifadeyle malı satın alan ödünç veren de malı satan asıl mal sahibi ödünç alan da malı başkasına satamaz. Taraflar dilediği zaman, vade belirlenmişse vadesi geldiğinde bu sözleşmeleri sona erdirebilirler.⁵⁸ Bazı hukukçular, tarafların her zaman feshedebildiği bu satış sözleşmesini fasit sözleşme olarak kabul etmiş ve faiz yasağına karşı hileye sebep olduğu gerekçesiyle her iki sözleşmeye de karşı çıkmışlardır.⁵⁹

Vefâen satış ve kiralama şartı ile satış sözleşmelerine, muamele-i şer'iyeye oranla, daha az başvurulmuştur; bunun sebepleri arasında herkesin yukarıda bahsi geçen şekilde devredebileceği bir gayrimenkulünün olmaması gösterilebilir. Devredilen malda meydana gelecek zarardan ödünç veren tarafın sorumlu olması da yine bu usullere daha az başvurma sebepleri arasında gösterilebilecek önemi haizdir.⁶⁰

Ödünç alırken ya da daha önce alınmış bir borcun vadesini uzatırken yasak olan faizden kurtulmak için tahakkuk edecek fazlalığın satım akdinden kaynaklanmış ol-

⁵⁵ M. Âkif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 5. Baskı, İstanbul, Hars Yayıncılık, 2005, s. 385; ayrıntılı bilgi için bkz.: Abdülaziz Bayındır, "Bey' bi'l-Vefâ," **DİA**, C. VI, s. 20-22, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c06/c060018.pdf>, 28.02.2015.

⁵⁶ Mecelle'nin 119. maddesinde yapılan tanımı için bkz.: Berki, **a.g.e.**, s. 31.

⁵⁷ Bayındır, a.g.m., s. 21.

⁵⁸ Bayındır, a.g.m., s. 20-21; Aydın, **a.g.e.**, s.385.

⁵⁹ Bayındır, a.g.m., s. 20.

⁶⁰ Süleyman Kaya, "XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri," Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İlahiyat Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı, (Yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2007, s. 67.

masını sağlamak üzere yapılan hile-şer'iyeye *muamele-i şer'iyeye* adı verilmiştir. Daha önce alınmış bir borcun vadesinin uzatılması söz konusu olduğunda yapılan muamele-i şer'iyeye de devr-i şer'î ya da kısaca *devir* denilmiştir.⁶¹ Sicillerde muamele-i şer'iyeye adı altında karşımıza çıkan sözünü ettiğimiz hile-i şer'iyeye için, daha önceki dönem eserlerinde *iyne satışı* kavramının kullanıldığı görülmektedir.⁶²

Muamele-i şer'iyeye yapılmak suretiyle alınan fazlalık için, daha çok *ribh* ve *murabaha*, nadiren de *nema*, *güzeşte* gibi kavramlar kullanılmıştır. Tokat kadı sicillerinde ise elde edilen bu fazlalık için sıklıkla *ribh* ya da *güzeşte* kavramlarının kullanıldığı görülmüştür⁶³.

Hile-i şer'iyeye ile emredici bir hüküm dolanılarak hukuk düzenince yasaklanmış bir sonuca ulaşma kastı, bu sonuçtan hukuki olarak istifade edilemeyeceği sorununu tartışmalı hale getirmiştir. Bahsi geçen hukuki soruna ilişkin tartışmalar muamele-i şer'iyeye bakımından da yapılmış olup, yapılan tartışmalar neticesinde muamele-i şer'iyeye, bazılarına göre haram olarak nitelendirilse de Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre caiz kabul edilmiştir. Ebu Yusuf'a göre bu işlem satış sözleşmesi niteliğinde olduğu ve faizden kaçınmak isteyen insanların ihtiyaçlarını karşılaması dolayısıyla hayırlı bir işe hizmet ettiği için övgüye layık (memduh) bir işlemdir. Ödünç veren için bir kazanç sağlamayan karz sözleşmesi (karz-ı hasen) çok iyidir; ancak her dönemde bunu yapacak insanlar bulunmaz, insanların ihtiyaçlarını karşılamak ve faizden kurtulmak için bu işleme başvurulabilir. Çünkü ödünç veren kimsenin alacağı fazlalık, bu malı veresiye sattığı için bekleyeceği sürenin karşılığıdır; ödünç verenin karşılık almadan ödünç vermesi ise mendubdur.⁶⁴ İmam Muhammed ise muamele-i şer'iyenin mekruh⁶⁵ olduğu görüşünde olup Osmanlı hukukunda Ebu Yusuf'un görüşü uygulama alanı bulmuştur.⁶⁶

Muamele-i şer'iyenin, ödünç verilirken ya da daha önce verilmiş bir borcun vadesini uzatmak için yapılması mümkündür. Bu işlemin çeşitli yapılış şekilleri⁶⁷ olmakla birlikte bu metotlardan biri şöyle özetlenebilir: Bir kimse, (ödünç isteyene ait olan) on lira değerindeki bir malı tekrar ona on beş liraya satmak üzere satın alır ve

⁶¹ Kaya, **a.g.e.**, s. 14.

⁶² Serahsi, **a.g.e.**, C. XIV, s. 60-61.

⁶³ "...işbu Mehmed Ağadan iki bin guruş istikraz ve istidâne eylemiş idim mebâliğ-i mezbur için iltizam-ı ribh itmeyerek ribh namıyla benden dört bin guruş ahz itmekle..." (Nu.50, v.36b); "...cem'an beş bin dört yüz yetmiş beş guruş sekiz bin dört yüz guruş güzeşte vermeme..." (Nu.55, v.64b-2, v.64a-2).

⁶⁴ Bilmen, **a.g.e.**, s. 100-101.

⁶⁵ Fıkıh usulü terimi olarak *mekruh*, şer'an kesin bir yasağa konu olmayıp ilgili delillerden terkedilmesi işlenmesinden daha iyi olan işleri ifade eder. (Ferhat Koca, "Mekruh," **DİA**, C. XXVIII s. 582, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c28/c280351.pdf>, 03.03.2015).

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kaya, **a.g.t.**, s. 16-17.

⁶⁷ Muamele-i şer'iyenin yapılış şekilleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Kaya, **a.g.t.**, s. 20-27.

bu şekilde ödünç veren kişi beş liralık bir fazlalık elde etmiş olur.⁶⁸ Sözleşme sırasında yapılabileceği gibi borcun mevcut olması (zimmette sabit olması) şartıyla sözleşmeden sonra da yapılması mümkündür. Bu şekilde muamele-i şer'iyeye ile alınan fazlalık riba olarak görülmemiş ve ribh, güzeşte gibi kavramlarla ifade edilerek hukuka uygun kabul edilmiştir.

Sonuç itibariyle yapılan karz sözleşmelerinden ribh alınması için ribhe dayanak teşkil eden bir muamele-i şer'iyenin yapılması gerekmektedir. Bu durum sicillerde “iltizam-ı ribh”⁶⁹ ya da “iltizam-ı ribh” şeklinde tabir edilmiş ve bununla muamele-i şer'iyeye yapılarak ribh belirleme kastedilmiştir. Bazen ise hukuka aykırı olarak muamele-i şer'iyeye yapılmadan ribh alınması söz konusu olmuştur. Bu durum bu kavramların olumsuz halleriyle ifade edilip ribhin mahiyetine ışık tutmuştur.⁷⁰ Böylece bahsi geçen ribhe dayanak teşkil edecek bir muamele-i şer'iyeye yapılmadan fazlalık alındığı açıkça belirtilmiş olup bu durum “iltizam-ı ribh itmeyerek” şeklinde ifade edilmiştir.

Muamele-i şer'iyeye borcun mevcut olması kaydıyla vadeyi uzatmak için de yapılabilir. Burada da birden fazla yöntem olmakla birlikte bunlardan biri şu şekilde özetlenebilir: Birine on lira ödünç vermiş olan bir kimse, bunu belli bir süreye kadar on beş lira yapmak isterse ödünç alandan on lira karşılığında (ödünç alana ait) bir mal satın alır ve daha sonra aynı malı belli bir süre vadeyle (mesela bir yıl) on beş liraya satar ve böylece beş lira fazlalık elde eder. Bu fazlalığın, bahsi geçen yöntem dolayısıyla riba kapsamına girmediği düşünülerek hukuka uygun olduğu kabul edilir ve bu işlem yukarıda da ifade edildiği gibi kısaca *devir* olarak adlandırılır.

Devir işlemi yapılarak ribh alınmasının yanı sıra sicillerde herhangi bir *devir* işlemi yapılmadan fazlalık alındığına dair kayıtlara da rastlanmıştır. Bu iki durum sicillerde “devirli” ve “devirsiz” kavramlarıyla açıkça ifade edilmiştir.⁷¹

Devirsiz olarak alınan fazlalığın sicillerde sıklıkla “bilâ devr-i ribh” ile de ifade edildiği görülmüş olup “*devirsiz* olarak ribh adı altında alınan fazlalık” anlamı kastedilmiştir.⁷²

⁶⁸ Serahsî, a.g.e., C. XIV, s. 60.

⁶⁹ Nu.55, v.64b-2.

⁷⁰ “...Mehmed Ağa'dan iki bin guruş istikraz ve istidâne eylemiş idim mebâliğ-i mezbûr için iltizam-ı ribh itmeyerek ribh namıyla benden dört bin guruş ahz itmekle...” (Nu.50, v.36b; ayrıca bkz.: Nu.50, v.37a).

⁷¹ “...merkûm El-Hac Abdullah Ağa'dan iki yüz kırk iki tarihinde üç bin guruş istidâne idüp elli dört tarihine kadar senede altı mahı devirli ve altı mahı devirsiz olarak yedi bin iki yüz ve elli dört tarihinden elli altı senesine değin kezalik onu on ikiden altı aylık devirli ve bir buçuk senesi devirsiz bin iki yüz guruş ki cem'an beş bin dört yüz yetmiş beş guruş sekiz bin dört yüz guruş güzeşte vermeme...” (Nu.55, v.64b-2).

⁷² “...istikraz idüp mebâliğ-i mezbûra mukabil yedi sene de iltizam-ı ribh olunmaksızın beher sene yüz seksen guruşdan bin iki yüz altmış guruş ve bir senelik yüz seksen beş guruş bilâ devr ribh na-

Muamele-i şer'iyeye ya da devir işlemi yapmaksızın fazlalık elde edilmesi yasaktır; çünkü ilzam-ı ribh etmeden yani muamele-i şer'iyeye ya da devir işlemi yapılmadan alınan fazlalık, ribh değil riba kapsamında kabul edilmiştir. Hatırlanacağı üzere zaten elde edilen fazlalığın riba kapsamından çıkması ve ribh adı altında hukuka uygun kabul edilmesi için bahsi geçen hukuki işlemlere başvurulmuştur. İşte bu işlemlere başvurulmadan edilen fazlalıklar riba kapsamında kalmaya devam ederek hukuka aykırı kabul edilecektir.⁷³ Bir başka ifade ile ilzam-ı ribh etmeden; yani ribhe dayanak teşkil eden bir hukuki işlem yapmadan ribh adı altında fazlalık elde etmek hukuka aykırıdır.

Hukuka aykırı olarak elde edilen bu fazlalığın hukuki sonucu ise bu şekilde alınan meblağın hukuken iadesi ve bahsi geçen fazlalığı veren ödünç alana tanınan talep hakkıdır. Ödünç alan, hukuka aykırı olarak verdiği bu fazlalığı kadı huzurunda ödünç verenden talep edebilir. Bu duruma sicillerde yer alan ilgili kayıtlarda da sıkça rastlanmıştır.⁷⁴

Hukuka aykırı olarak alınan bahsi geçen meblağın hukuken iadesine örnek teşkil edebilecek, kadı tarafından verilip sicile yansıyan hükümlerden birinin ilgili kısmı şöyledir: "...bilâ devr ahz olunan mebâliğin şer'an reddi lazım gelmeğın mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu..."⁷⁵

Hukuken iade edilen meblağ ise talep hakkını kullanan ödünç alana iade edilebileceği gibi asıl borç miktarına mahsup edilip şayet bakiye varsa ödünç alan tarafa bu bakiyenin iadesi de mümkündür. Yine sicile yansıyan bir uyuşmazlıkta taraflardan birinin getirdiği fetvalar konuya aynı doğrultuda ışık tutmakta; hatta ödünç verenin ölümü halinde bile terekeden bahsi geçen mahsup ve iadenin sağlanabileceğine hükmedilmektedir.⁷⁶

Yapılmış olan muamele-i şer'iyeye ise hangi seneler için yapılmışsa, o seneler için geçerli olup ribh de sadece bu senelerde alınır; muamele-i şer'iyeye yapılmayan

myla cem'an sekiz senede bin dört yüz kırk beş guruş bilâ devr ribh namıyla akçe virmiş olup..." (Nu.50, v.37a).

⁷³ Kadı siciline yansıyan konuyla ilgili bir uyuşmazlıkta davalının iddiasına delil olarak gösterdiği bir fetva da aynı doğrultuda meseleye açıklık getirmektedir: "...müddeialehy merkûm Hasan yedine i'tâ olunan fetvâ-yı şerîfeye nazar olundukda 'Zeyd Amr'a karz ve bir deyn-i akçesi için ilzam-ı ribh etmeden ribh namına nesne almağa kadir olur mu?' cevap bâ-savâbında 'olmaz' deyu buyurulmağın kütüb-i fikhiyye-i muteberede İmadiye'de... buyurulmuş..." (Nu.55, v.64b-2).

⁷⁴ "...istikraz ve istidâne eylediğim mebâliğ-i mezbûr için iltizam-ı ribh itmeyerek ribh namıyla benden... guruş ahz itmekle bade's-sual ribh-i mezkûr merkumdan istirdad ve bana teslim olunmak muradımdır didükde..." (Nu.50, v.36b; ayrıca bkz.: Nu.50, v.37a).

⁷⁵ Nu.50, v.37a.

⁷⁶ "... 'Bu surette Zeyd Amr'dan ribh namı ile şu kadar akçe alsa, halen Amr da ribh namı ile Zeyd'e verdiği ol kadar akçeden deyn miktarını asıl deynine hesab idüp bakisini Zeyd'den istirdada kadir olur mu?' cevap bâ-savâbında 'olur' deyu buyurulmuş ve... naklolunmuş olmakla mucibince..." (Nu.55, v.64b-2).

seneler için alınamaz. Yeniden muamele-i şer'iyeye yapılması (devir) durumunda ise ribh, anapara üzerinden tahakkuk eder. Konuya ilişkin örnek teşkil eder nitelikteki sicile yansıyan bir kayıтта, altı ay devirli ve altı ay devirsiz olarak alınan fazlalık söz konusu olup bu fazlalığın devirsiz olarak alınıp riba kapsamına giren kısmının asıl borç ve devirli olarak alınan fazlalık miktarının toplamına mahsup edilmesi talep edilmiştir.⁷⁷

Ribh oranı ise onu on bir buçuk (yüzde on beş) olarak belirlenmiştir. Bunun açıkça sicile yansıyan kayıtlarda da geçtiği görülmüştür. Bu kayıtlardan birinde belirtilen tarih aralığında, senede altı ay devirli ve altı ay devirsiz olarak onu on ikiden (yüzde yirmiden), daha sonraki iki sene aynı şekilde, yine onu on ikiden altı aylık devirli ve bir buçuk sene devirsiz olarak *güzeşte* alınmıştır. Bahsi geçen kayıтта, iki çeşit hukuka aykırılık göze çarpmaktadır. Bunlardan biri devirsiz olarak alınmış olan ve riba kapsamına giren *güzeşte*, diğeri ise alınan *güzeşterin* onu on bir buçuk yerine onu on ikiden hesaplanmasıdır; başka bir ifade ile *güzeştenin* yüzde on beş yerine yüzde yirmi oranı üzerinden hesaplanmış olmasıdır. Bu doğrultuda olmak üzere ödünç alan, sözü edilen hukuka aykırılıkları ileri sürerek hem devirsiz olarak ödediği, hem de yüzde yirmi oranı üzerinden hesaplanarak ödediği fahiş *güzeştenin* borcuna mahsup edilmesini talep etmiştir. Kadı ise şahitleri dinleyip iddiaları teyit ettikten sonra, talep edilen meblağın asıl borca mahsup edilerek tenziline, bakiye meblağın ise ödünç verenden geri alınmasına karar vermiştir.⁷⁸

V. KARZ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. İFA

Vadesiz yapılan karz sözleşmelerinde ödünç veren dilediği zaman ödünç alandan borcunu ifa etmesini talep edebilir, aynı şekilde ödünç alan da ödünç verenin talebi olmaksızın borcunu ifa edebilir. Ancak vadeli yapılan karz sözleşmelerinde ödünç veren borcun vadesi gelmeden ifa talebinde bulunamazken, ödünç alanın vadesi henüz gelmeden evvel de borcunu ifa etmesi mümkündür.⁷⁹

Hile-i şer'iyeye ile yapılan karz sözleşmeleri, sözleşmenin tabiatı gereği vade ile yapılır. Burada asıl sorun, vade süresinde ödenmesi kararlaştırılan ribhe rağmen, vade henüz gelmeden ödünç alanın borcunu ifa ederek sözleşmeyi sona erdirip erdiremeyeceğidir. Ödünç verenin vade dolmadan önce alacağını tahsil etmesi halinde kalan süreye tekabül eden ribhi talep hakkı olmadığı gibi, ödünç alanın vade dolmadan önce borcunu ödemesi halinde de alacaklı ribhin tamamını talep edemez.⁸⁰

⁷⁷ Nu.55, v.64b-2.

⁷⁸ Nu.55, v.64b-2.

⁷⁹ Kaya, **a.g.t.**, s. 42-43.

⁸⁰ Kaya, **a.g.t.**, s. 44-45.

Ödünç alanın ölümüyle borç muaccel hale gelir ve hem anapara hem de ribh terekeden tahsil edilir. Ancak ribh sadece geçen müddete tekabül ettiği kadar alınır. Borç verenin vefatıyla ise borç muaccel hale gelmez. Borç verenin vârisleri alacaklarını vade dolunca tahsil edebilirler.⁸¹

B. SULH VE İBRA

Her tür borçta olduğu gibi karz sözleşmesinden doğan ödünç alınan şeyin mislinin iadesi borcunda da sulh ve ibra mümkündür.⁸² Kadı sicillerindeki karz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda da sıklıkla başvuru olan bir çözüm metodu olan sulh ve ibra müessesine örnek teşkil edecek nitelikte bir kayıta, ödünç alan tarafından muamele-i şer'iyeye yapılmadan riba kapsamında verilen fazlalık talep edilmiş ve devamında ödünç veren davalı, bahsi geçen meblağı aldığını; ancak davacı ile arasında sulh yapıldığını, davacının kendisini ibra ettiğini beyan etmiş ve konuya ilişkin bir fetva⁸³ sunmuştur. Buna göre davacı ile aralarında yapılmış olan sulh ve ibra, davacının bahsi geçen talep hakkını düşürmektedir. Başka bir ifade ile riba kapsamına giren bir ödemeye ilişkin talep hakkının, sulh ve ibra işlemleri ile düşmesi mümkündür. İlgili kaydın devamında ise yapılan sulh ve ibra işlemlerinin, bunu iddia eden davalı tarafından ispatına yönelik delil talep edilmiş, davalı da bu iddiasını iki şahit ile ispatlamıştır. İddiaları ve delilleri değerlendiren kadı ise ilgili fetva doğrultusunda davalı lehine karar vermiştir.⁸⁴

Ödünç veren, verdiği ödünçün tamamı üzerinde sulh yapabileceği gibi bir kısmı üzerinde de yapabilir ve böylece alacağının bir kısmını almış, bir kısmını ise ibra etmiş olur.⁸⁵ Buna örnek teşkil eden sicillerdeki kayıtlardan birine göre ödünç verenin karz sözleşmesinden doğan altı bin kuruşluk bir alacak hakkı vardır ve ödünç alan taraf ile aralarında sulh yapılarak ödünç veren taraf alacak hakkının bir kısmından vazgeçmiştir. Böylece ödünç veren altı bin kuruşluk alacak hakkının, üç bin beş yüz kuruşluk kısmından ödünç alanı ibra ederek taraflar arasında iki bin beş yüz kuruş üzerinde sulh yapılmıştır.⁸⁶

⁸¹ Kaya, **a.g.t.**, s. 48.

⁸² Nu.23, v.44b; nu.50, v.36b; nu.33, v.17b; nu.55, v.73a; nu.55, v.64a-2.

⁸³ "...bir kıt'a fetvâ-yı şerif ibraz mutalaa olundukda 'Zeyd Amr'a karz verdiği akçe için ilzam-ı ribh itmeden birkaç sene asl-ı maldan ziyade şu kadar akçe ribh alıp istimlak itdikden sonra, Amr, Zeyd zimmetinde asla hakkım yokdur deyu Zeyd'i amme-i davadan ibra eylese halen Amr ribh-i mezburu Zeyd'den davaya kadir olur mu?' cevap ba-savâbında 'olmaz' deyu *Behcetü'l-Fetâvâdan* naklolunmakla..." (Nu.50, v.36b).

⁸⁴ Nu.50, v.36b.

⁸⁵ Bilmen, **a.g.e.**, s. 98.

⁸⁶ Nu.55, v.73a.

C. REHNİN TELEF OLMASI

Rehnin herhangi bir sebepten dolayı telef olması halinde, tazmin sorumluluğunun rehin alan ödünç verende olduğu kabul edilerek, telef olan rehlin değeri oranında borç düşer.⁸⁷

D. ZAMANAŞIMI

Bütün alacak ve borçlarda olduğu gibi karz sözleşmesinden doğan alacak hakkına ilişkin davalar için de bir zamanaşımı süresi söz konusudur ve bu süre on beş yıldır. Sicillerde yer alan ilgili kayıtlarda, herhangi bir özür olmaksızın on beş sene talep edilmeyen alacak hakkına dair davaların kadı tarafından dinlenmesinin yasak olduğu belirtilmiştir. Bahsi geçen kayıtlardan birine göre davacı (ödünç alan) yirmi yıl önce ödünç olarak aldığı üç yüz kuruş karşılığında bazı eşyalarını rehin olarak davalıya (ödünç verene) vermiş ve davacı borcunu ödemesine rağmen, davalı, rehin olarak aldığı eşyaların iadesinden kaçınmış, ilgili eşyaların kendisinde olmadığını iddia etmiştir. Buna ek olarak davalı, on beş yıl özürsüz olarak talep edilmeyen alacak hakkına ilişkin bir davanın şer'î bakımından kadı tarafından dinlenmesinin mümkün olmadığına dair bir fetva da sunmuştur. Kadı ise fetvaya da uygun olarak davalı lehine olmak üzere çekişmenin men'ine karar vermiştir.⁸⁸

Sözü edilen on beş yıllık zamanaşımı süresinin geçmesinin hukuki sonucu, ilgili davanın kadı tarafından dinlenmemesi olup borcun düşmesi değildir.⁸⁹Aradan ne kadar zaman geçerse geçsin ödenmeyen borcun varlığı devam eder; ancak on beş yılın dolmasıyla artık bu borç dava edilemez.

VI. KARZ SÖZLEŞMESİNİN ROMA VE TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMLERİ

A. ROMA HUKUKUNDA MUTUUM

İslam hukukunda ve dolayısıyla bu hukukun uygulama alanı bulduğu Osmanlı hukukunda karz sözleşmesi olarak ifade edilen sözleşme, Roma hukukunda “mu-

⁸⁷ Kaya, **a.g.t.**, s. 52.

⁸⁸ “...yirmi sene mukaddem müvekkilim mesfûr Karabet işbu mesfûr Avadik'den üç yüz guruş karz olarak ahz idüp meblâğ-ı merkûm mukabelesinde bir aded entari... rehin olmak şartıyla mersûm Avadik'e teslim idüp hâlâ zimmetinde olmakla şimdi eşya-yı mezkûrları bi'l-vekâle talep eylediğimde... mesfûr Avadik cevabında... zimmetimde eşya-yı mezkûrlardan habbe-i vâhidesi yokdur deyu bir kıt'a fetvâ-yı şerife ibrâz... 'on beş sene bilâ ömr terk olunan davanın şer'an istimâ câiz olur mu?' cevab bâ-savâbında 'olmaz' deyu buyrulmağın... mesfûr Avadik'den şer'an bir nesne lâzım gelmeyüp müddei-yi vekil-i mezbûr Hüseyin'in müvekkil-i mesfûr Karabet'in işbu mersûm Avadik ile bi-vechi şer'-i muârazasını men' ve def' ile mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu...” (Nu.33, v.8a-1).

⁸⁹ Kaya, **a.g.t.**, s. 53.

tuum” olarak adlandırılmıştır. Roma hukukuna göre mutuuum; ödünç verenin para veya herhangi bir misli malın mülkiyetini ödünç alana devrettiği, ödünç alanın da aldığı şeyi aynı nevi, miktar ve kalitede iade borcu altına girdiği aynı bir sözleşmedir.⁹⁰ Mutuum’un hukuki niteliğine ilişkin olarak tanımdan çıkan ilk sonuç, mutuuum’un konusunun para veya misli eşyalar olması ve bu sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasıdır. Buna göre ödünç alan, aldığı şeyin mislini ödünç verene iade borcu altına girmektedir.⁹¹ Aynı sözleşme kategorisinde olmasının hukuki sonucu ise mutuuum’un kurulabilmesi için tarafların anlaşması ve sözleşmeye konu olan şeyin mülkiyetinin ödünç alana naklinin gerekmesidir.⁹² Böylece anlaşma (consensus) ve mülkiyetin nakli (res) ile sözleşme kurulmakta ve ödünç alan tarafın tazmin sorumluluğu doğmaktadır.⁹³

Roma klasik hukukunda mutuuum, esasen, faizsiz bir ödünç sözleşmesidir; çünkü Roma hukukunda faizli bir mutuuum yapılması ve belirlenen faizin mutuuum’un doğurduğu dar hukuk⁹⁴ davaları ile talep edilmesi mümkün değildir. Faizin talep edilebilmesi için faiz hususunda ayrı bir anlaşma yapılması ve bunun “stipulatio”⁹⁵ haline getirilmesi lazımdır. Bu durum ise ödünç verilen şey ve faizin ayrı ayrı davalarla talep edilebilmesi gibi bir hukuki sonucu doğurmuştur.⁹⁶ Bunu önleyebilmek için, mutuuum yerine, hem ödünç sözleşmesi hem de faize ilişkin anlaşma tek bir stipulatio ile yapılmaya başlanmıştır; böylece her ikisi de tek bir dava ile talep edilebilir hale gelmiştir.⁹⁷ Şu halde Roma hukukunda faiz kararlaştırılmamışsa, kural olarak, ilgili sözleşmenin faizsiz olduğunun kabulü gerekir.

Klasik dönem Roma hukukunda, borçlanılmamış olduğu halde faiz ödenmişse bu, ödünç alınan anaparadan düşülmekte iken; yine klasik dönem Iustinianus hukukunda pactum (şekilsiz bir sözleşme) ile yapılan faiz anlaşması, tabii borç olarak kabul edilmiştir.⁹⁸ Bir başka ifade ile Iustinianus döneminde mutuuum ile yapılan faiz

⁹⁰ Pervin Somer, **100 Soru – 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, XII Levha, Şubat 2010, s. 51.

⁹¹ Belgin Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2005, s. 49.

⁹² Somer, **a.g.e.**, s. 52.

⁹³ Şahin Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku: 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli**, Konya, Sayram Yayınları, 2013, s. 94.

⁹⁴ Hâkimlerin yetkilerinin sınırlı bırakıldığı davalara Iustinianus zamanında verilen isimdir. (Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügati**, İstanbul, 1983, s. 97.)

⁹⁵ Sözlü şekle tâbi, tek taraflı, dar hukuk davaları doğuran sözleşmedir. Birtakım anlaşmalar, stipulatio şekline sokularak, geçerli hale getirilebilmekte ve dava hakkı doğurabilmekteydi. (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, **a.g.e.**, s. 202.)

⁹⁶ Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, İstanbul, Beta, Ağustos 2010, s. 341.

⁹⁷ Akıncı, **a.g.e.**, s. 95.

⁹⁸ Birbiriyle çelişen bu iki uygulamaya da Digesta’dan alınmış olup bu durum, metinde çelişkinin var olduğu fikrini akla getirmektedir; ancak bu durumun tahmin edilen sebebi, Iustinianus’un Corpus Iuris Civilis’i oluştururken Digesta’dan aldığı hukuk kurallarında inter palacio yoluyla

anlaşmasına dayanarak faiz ödeyen ödünç alan, bu ödeme tabi borç kapsamında kabul edildiği için, ödemediği faizi geri isteyemeyecek ya da ödenen faiz tutarı anaparadan düşülemeyecektir.⁹⁹

B. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ

Karz'ın Türkçe'deki karşılığı "ödünç" kelimesidir; ancak tek başına bu kavram, hem bir şeyin kullanma hakkını hem de tüketme hakkını devretmeyi ifade etmektedir. Bu sebeple 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kullanım hakkını devreden ödünç sözleşmesi için "kullanım öduncü"¹⁰⁰ kavramına; tüketim hakkını devreden ödünç sözleşmesi için ise "tüketim öduncü" kavramına yer verilerek bu anlam karmaşası giderilmiştir. Tüketim öduncü sözleşmesi, TBK'nın özel hükümler adlı ikinci kısmında "tüketim öduncü" başlığı altında 386-392 maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK'nın 386. maddesinde yapılan tanıma göre tüketim öduncü sözleşmesi; ödünç verenin bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da nitelik ve miktar bakımından aynı şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.

Tüketim öduncü sözleşmesi rızâ bir sözleşmedir. Başka bir ifade ile tarafların irade beyanlarının uyuşmasıyla tüketim öduncü sözleşmesi kurulmakta, aynı sözleşmelerin aksine, sözleşmenin kurulmuş sayılması için ödünç konusu olan şeyin teslim edilmiş olması gerekmemektedir.¹⁰¹ Ayrıca bu sözleşme, özel kanunlarda şekil zorunluluğu öngörülmedikçe, kural olarak şekle tabi de değildir.¹⁰²

Tüketim öduncü sözleşmesi yapmak için tam ehliyetli olma şartı aranır. Yasal danışmanlık altındaki kişinin tüketim öduncü sözleşmesi yapabilmesi için ise yasal danışmanın rızası şarttır.¹⁰³ Vesayet altındaki küçük veya kısıtlının üçüncü kişilerle yapacağı tüketim öduncü sözleşmesi, TMK m. 462/b.4'e göre vesayet makamının iznine tabi tutulmuştur. Vesayet altındaki kimse ile vasinin kendi aralarında yapacakları sözleşmelerin geçerliliği de vesayet makamının izninden sonra denetim makamının iznine tabidir (TMK 463/b.7).

değişiklik yapmış olmasıdır. İnter palacio hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri: Tarihi Giriş, Hukuk tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku**, 10. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 90.

⁹⁹ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁰⁰ Bkz.: 6098 Sayılı TBK m. 379.

¹⁰¹ Ekrem Kurt, **Tüketim Öduncü Sözleşmesi (Karz Akdi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, Nisan 2014, s. 19-20.

¹⁰² Bazı özel kanunlarda şekil zorunluluğu öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Mustafa Alper Gümü, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, C.II, s. 441.

¹⁰³ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 429/I, b.5; (Çevrimiçi) <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=1.5.4721&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>, 26.02.2015.

Tüketim ödöncü sözleşmesinde, ödöncü verilen şeyin geri verileceği sürenin belirlenmesi mümkündür. Sözleşmede süre belirlenmemişse, TBK'nın 392. maddesi uyarınca borcun muaccel olması için talep edilmesi ve üzerinden altı haftalık bir zaman diliminin geçmesi beklenecektir.

TBK'nın 387. maddesine göre tüketim ödöncü sözleşmeleri, faiz koşulları¹⁰⁴ bakımından, ticari ve ticari olmayan tüketim ödöncü sözleşmeleri şeklinde ikiye ayrılmıştır. Bunlardan ticari tüketim ödöncü sözleşmelerinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile, faizin istenebileceği düzenlenmişken; ticari olmayan tüketim ödöncü sözleşmelerinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça, faizin istenemeyeceği belirtilmiştir.¹⁰⁵

Faiz almanın ve vermenin dini bakımdan yasak olması ve bu kaygıyla hareket edebilecek tasarruf sahipleri ile krediye ihtiyaç duyan kimseleri finans sisteminin içine dâhil edebilmek için faiz esasına dayalı olmayan bir bankacılık sistemine ihtiyaç duyulmuş ve katılım bankaları oluşturulmuştur. Böylece katılım bankaları nezdinde açılan katılım hesapları faiz dışındaki bir hesaplama yöntemi ile nemalandırılmış ve bu 'kâr payı' ya da 'kazanç paylaşımı' gibi kavramlarla ifade edilmiştir.¹⁰⁶ Buna bağlı finansman yöntemlerinden biri murâbahadır. Buna göre katılım bankası, müşterisinin peşin fiyatını bilerek talep ettiği malı satın alıp yine aynı malı belirlenen oranlarla vade farkını da ekleyip kâr elde ederek müşterisine oluşan yeni fiyat üzerinden satmaktadır.¹⁰⁷ Bir başka finansman yöntemi de finansal kiralama (icâre) olup buna göre, kiraya veren kiracının talebi ve seçimi üzere üçüncü bir kişiden ya da kiracının kendisinden satın aldığı veya başka suretle temin ettiği bir malın zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında kiracıya bırakmasını öngören sözleşme yapılmaktadır.¹⁰⁸

SONUÇ

Çalışmanın başında da değinildiği üzere karz sözleşmesi, tüketilebilen misli bir malın mislinin tekrar iade edilmesi koşuluyla bir başkasına ödöncü olarak verilmesidir.

¹⁰⁴ Burada bahsi geçen faiz anapara faizi olup, ödöncü alanın geri verme borcunda temerrüde düşmesi halinde aleyhine işleyecek olan temerrüt faizi değildir. (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kurt, **a.g.e.**, s. 31.)

¹⁰⁵ Türk hukukunda faiz karşılığında ödöncü para, ancak hukuken yetkili kılınan kuruluşlar tarafından verilir, bahsi geçen kuruluşlar ise kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlardır. Bunlar dışındaki kişi veya kuruluşların, faiz veya başka bir kazanç elde etmek amacıyla ödöncü vermeleri hukuken yasaktır. (Ayrıntılı bilgi için bkz.: **A.e.**)

¹⁰⁶ **A.e.**, s. 133-134.

¹⁰⁷ Mehmet Odabaşı, "Kuveyt Türk Faizsiz Bankacılık İlkeleri Eğitim Notları", (Çevrimiçi) <http://islamekonomisi.org/murabahavadedeli-satis/>, 26.02.2015.

¹⁰⁸ 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu, m. 18, (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121213-1.htm>, 26.02.2015.

Yapılan bu tanım genel olarak ele alındığında, incelenen üç hukuk sisteminde de karz sözleşmesinin kapsamının ve koşullarının hemen hemen benzer nitelikte olduğu görülmektedir. Çalışmanın konusunu oluşturması sebebiyle Osmanlı hukuku temel olarak alındığında, özellikle Roma hukuku ile çok büyük benzerlikler göze çarpmaktadır. Roma hukukunda da konusunu para ya da tüketilebilen misli bir malın oluşturduğu mutuum, herhangi bir şekle tâbi olmayan aynı sözleşme niteliğindedir. Buna göre, Osmanlı hukukundaki adıyla karz sözleşmesinde de olduğu gibi, mutuumun kurulabilmesi için tarafların anlaşması ve ödünç verilen şeyin teslim edilmesi gerekmekte ve teslim ile birlikte ödünç alanın tazmin sorumluluğu doğmaktadır. İlk dönemlerde faizin zaten olmadığı ve dönem dönem de yasaklanmaya devam edildiği Roma hukukunda mutuumun faiz koşulu ile yapılmasının hukuken mümkün olmaması, akıllara ödünç verenin herhangi bir fazlalık elde etmesinin riba kapsamına girdiği ve böyle bir fazlalık ile yapılması yasak olan karz-ı hasen'i getirmektedir. Bütün bunlara ilave olarak, Roma hukukunda faizli bir ödünç sözleşmesi için ayrı bir hukuki işleme (stipulatio) başvurulmasının gerekmesi, mutuum ile bunun mümkün olmaması ve başka bir sözleşmeye ihtiyaç duyulması bakımından, Osmanlı hukukunda başvuru hile-i şer'iyeler ile benzerlik uyandırmaktadır. Her ne kadar sonraki dönemlerde değişikliğe uğramış olsa da Roma hukukunda da hukuka aykırı olarak elde edilen faizin asıl borçtan düşülmesi, bahsi edilen benzerliklere bir yenisini eklemektedir.

Türk borçlar hukukunda ise sözleşmenin konusunu para ya da tüketilebilen misli malların oluşturması söz konusu olsa da özellikle sözleşmenin kurulması hususundaki farklılıklar hemen göze çarpmaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'na göre, tüketim ödünç sözleşmesi rızâ bir sözleşme olup sözleşmenin kurulması için tarafların anlaşması yeterli görülmüştür. Bu yönüyle gerek Osmanlı hukukundan gerekse de Roma hukukundan ayrılmaktadır. Ayrıca kural olarak şekle tâbi olmasa da özel kanunlarda şekil zorunluluğunun öngörülmesi kapısı aralandığından tüketim ödünç sözleşmesi bu yönüyle de farklılık arz etmektedir. Tüketim ödünç sözleşmesini karz sözleşmesinden ayıran bir diğer husus ise borcun muaccel olma zamanıdır. Karz sözleşmesinde ödünç alanın iade etme borcu muaccel olarak doğarken; tüketim ödünç sözleşmesinde taraflar arasında buna ilişkin bir tarih belirlenmemişse borcun muaccel olması için talep edilmesi ve altı haftalık bir zaman diliminin geçmesi gerekir.

Öte yandan, tüketim ödünç sözleşmesi ile karz sözleşmesi arasında benzer özellikler de bulunmakta, bunlardan en belirginini ise vesayet altındaki küçüğe dair tüketim ödünç sözleşmesi hükümleri oluşturmaktadır. Buna göre ilgili sözleşmeler için vesayet makamının izni gerekmekte, bu da Osmanlı hukukundaki aynı amaç için aranan kadının iznini çağrıştırmaktadır. Her ne kadar tüketim ödünç sözleşmesinin faizli olarak yapılması mümkün olsa da, yetkili kuruluşlar dışındakiler için faiz ile tüketim ödünç sözleşmesi yapılmasının yasak olması, sınırlı da olsa faiz yasağı dolayısıyla başka bir benzerliği gündeme getirmektedir. İki hukuk sistemi arasındaki

en benzer noktayı ise katılım bankalarının¹⁰⁹ faizsiz tüketim ödöncü sözleşmeleri için başvurdukları hukuki işlemler oluşturmaktadır. Murabaha, finansal kiralama (icâre) gibi hukuki işlemler vasıtasıyla “kâr payı” ya da “kazanç paylaşımı” adı altında gelir elde etmek suretiyle tüketim ödöncü sözleşmesinin yapılması, her yönüyle akla Osmanlı hukukunda aynı amaç için başvuru hile-i şer'iyeleri getirmektedir. Her iki durumda da elde edilen kazanç, tüketim ödöncü sözleşmesi dışında birtakım hukuki işlemler vasıtasıyla elde edilen *ribh*, *güzeşte* ya da bugünkü şekliyle *kâr payı* gibi çeşitli kavramlarla ifade edilmektedir. Bahsi geçen ikincil hukuki işlemlerden murabaha ve finansal kiralama da, işlemlerin yapılış şekilleri bakımından, Osmanlı hukukundaki görünüm şekilleri olan muamele-i şer'iyeye ve bey' bi'l-istiğlâl ile benzerlikler göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin: **Roma Borçlar Hukuku: 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayese-li**, Konya, Sayram Yayınları, 2013.
- Apaydın, H. Yunus: “Karz,” **DİA**, C. XXIV, s. 520-525, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c24/c240330.pdf>, 26.02.2015.
- Atar, Fahrettin: **İslam İcra ve İflas Hukuku**, Ed. Mehmet Kılıç, İstanbul, 1990.
- Aydın, M. Âkif: **Türk Hukuk Tarihi**, 5. Baskı, İstanbul, Hars Yayıncılık, 2005.
- Bardakoglu, Ali: “Havâle,” **DİA**, C. XVI, s. 507-512, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c16/c160293.pdf>, 27.02.2015.
- Bayındır, Abdülaziz: “Bey' bi'l-Vefâ,” **DİA**, C. VI, s. 20-22, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c06/c060018.pdf>, 28.02.2015.
- Berki, Ali Himmet: **Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)**, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1965.
- Bilmen, Ömer Nasuhi: **Hukuki İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul, Enes Sarmaşık Yayınları, t.y., C.VI.
- Demir, Şaban: “10 Numaralı Tokat Şer'iyeye Sicili'nin Transkripsiyonlu Metni ve Değerlendirilmesi,” Gaziosmanpaşa Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Tokat, 2010.
- Ekici, Oktay: “33 Numaralı Tokat Şer'iyeye Sicili'nin Transkripsiyonlu Metni ve Değerlendirilmesi,” Gaziosmanpaşa Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Tokat, 2010.

¹⁰⁹ Katılım bankaları, Osmanlı Devletinde yaygın uygulama alanı bulan para vakıfları ile de büyük benzerlik göstermektedir; ancak çalışmanın hacmini genişletmemek amacıyla para vakıflarının işleme usulünden bahsedilmemiştir. Muamele-i şer'iyenin de uygulama alanı bulduğu para vakıflarının işleyiş usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Tahsin Özcan, **Osmanlı Para Vakıfları: Kanûnî Dönemi Üsküdar Örneği**, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2003.

- Erdoğmuş, Belgin: **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2005.
- Gedikli, Fethi: “Galata Şer’iyye Sicillerinde Mudârebe-Karz İlişkisi,” **Osmanlı Hukuku: Makaleler**, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 2012, s. 9-30. (İlk neşri “Galata Şer’iyye Sicillerinde Mudârebe-Karz İlişkisi,” **İstanbul Araştırmaları**, Bahar 1997, Yıl 1, Sayı 4, s. 111-127).
- Gümüş, M. Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, C.II.
- Hanilçe, Murat: “16 Numaralı Tokat Şer’iye Sicili’nin Transkripsiyonlu Metni ve Değerlendirilmesi,” Gaziosmanpaşa Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Tokat, 2009.
- Kaplan, Çetin: “55 Numaralı Tokat Şer’iye Sicili’nin Transkripsiyonlu Metni ve Değerlendirilmesi,” Gaziosmanpaşa Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Tokat, 2011.
- Kaya, Süleyman: “XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari Ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri,” Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İlahiyat Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı, (Yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2007.
- Koca, Ferhat: “Mekruh,” **DİA**, C. XXVIII s. 581-583, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c28/c280351.pdf>, 03.03.2015.
- “Mendup,” **DİA**, C. XXIX, s. 128-130, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c29/c290081.pdf>, 03.03.2015.
- Köse, Saffet: “Hiyel,” **DİA**, C. XVIII, s. 170-178, (Çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c18/c180086.pdf>, 27.02.2015.
- Kurt, Ekrem: **Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, Nisan 2014.
- Muhammed Kadri Paşa: **Mürşidu’l-hayran ilâ ma’rifeti ahvâlî’l-insan**, Amman, 1987.
- Odabaşı, Mehmet: “Kuveyt Türk Faizsiz Bankacılık İlkeleri Eğitim Notları”, (Çevrimiçi) <http://islamekonomisi.org/murabahavadedeli-satis/>, 26.02.2015.
- Özcan, Tahsin: Tahsin Özcan, **Osmanlı Para Vakıfları: Kanûni Dönemi Üsküdar Örneği**, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2003.
- Özdemir, Ahmet: “Karz Akdinin Mahiyeti ve Faizli İşlemleri Önleme Fonksiyonu,” **Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Ocak-Haziran 2012, C. XII, No:1, s. 125-144, (Çevrimiçi) http://ilahiyat.cu.edu.tr/tr/dergi/2012_12-1/2012_12-1.pdf, 27.02.2015.
- Umur, Ziya: **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, İstanbul, Beta, Ağustos 2010.
- Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul, 1983.
- Sarıbal, İsmet: “23 Numaralı Tokat Şer’iye Sicili, Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi,” Gaziosmanpaşa Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Tokat, 2004.
- Serahsî: **Mebûsât: 1000 Yılın İslam Fıkhı Temel Eseri Deliller ve Hükümler**, Ed. Mustafa Cevat Akşit, İstanbul, Gümüşev, 2011, C.XIV.

Somer, Pervin: **100 Soru – 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, XII Levha, Şubat 2010.

Şener, Abdulkadir: **İslam Hukukunda Hibe (Doçentlik Tezi)**, Ankara, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, No:162, 1984, s. 80, (Çevrimiçi) <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/592.pdf>, 27.02.2015.

Şener, Mehmet: "İslam Hukukunda Karz-ı Hasen," **D.E.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi Fakülte Dergisi**, İzmir, No: 6, 1989, s. 391-403.

Tahiroğlu, Bülent: **Roma Hukuku Dersleri: Tarihi Giriş, Hukuk tarihi, Genel**

Erdoğan, Belgin: **Kavramlar, Usul Hukuku**, 10. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014.

Yıldız, Hacer: "50 Nolu (H.1254/M.1838-1839) Tokat Şer'iyeye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi," Erciyes Üniversitesi, SBE, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2007.

DiĞER KAYNAKLAR

- 1) TDV İslam Araştırmaları Merkezi Kütüphanesi,
Tokat Mahkemesi 10, 16, 23, 33, 50, 55 numaralı şer'iyeye sicilleri.
- 2) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204-1.htm>
- 3) <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.4721&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>
- 4) 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu, (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121213-1.htm>, 26.02.2015.
- 5) Buhari: "Mezâlim", 3; "Havalat", 1-2, "İstikraz", 4-12.
- 6) Ebû Dâvûd: Akdiye, 29, 3628.
- 7) İbn Mâce: "Sadakat", 19.
Şemseddin er-Remlî: Nihâyetü'l-muhtac, Beyrut, 1404/1

KAMU HUKUKU

SARAYLI BİR MUHALİFİN SİYASİ MÜCADELESİ: TEŞEBBÜS-İ ŞAHSİ VE ADEM-İ MERKEZİYET CEMİYETİ

(Struggle of an Antagonist from the Palace)

Rukiye AKKAYA KİA*

Abstract

Prince Sabahaddin opposed both Sultan Abdulhamit II and the “Union and Progress Society” with his political opinions. On 1906, he established the “Decentralization and Deconcentration Society” after the “Young Turk” Congress I in Paris. He began to publish the newspaper “Terakki” (the Progress) with the aim to contribute to the survival of the Ottoman Empire. In his arguments, he defined liberal individualism as the main component of decentralization. According to him, social reforms had to be supported by administrative reforms in accordance with social progress. It was, therefore, needed to strengthen the local democracy. However, for the “Union and Progress Society,” “decentralization” was a dangerous concept that would lead to the disintegration of the Empire. They, therefore, did not accept Prince Sabahaddin’s suggestions. During that period, there was a debate on the ways of strengthening the decentralization of the provincial administrations. Prince Sabahaddin maintained that the legal and political status of non-Muslim groups in the Empire was an example of “decentralization.” However, he could not foresee the fact that the system of non-Muslim groups played a crucial role in the dissolution of the Ottoman Empire.**

GİRİŞ

Saraylı bir muhalif olarak Prens Sabahaddin Beyi (*metnin diğer bölümlerinde sadece Sabahaddin Bey olarak anılacaktır*) ortalama yüz yıl sonra hala güncel ve önemli kılan nedir?¹ Siyasal görüşleri yüzünden itham edilmiş bir kişilik, örgütlenme yönü

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi. e-posta: rakkaya@marmara.edu.tr

** Özeti gözden geçiren Ar. Gör. Dr. Esra Demir’e teşekkür ederim.

¹ Çalışmada Sabahaddin Beyin, Jön Türk hareketine katılması ve sonrasında gelişen siyasal olaylara yer verilmeyecektir. Bu konuda bkz. Rukiye Akkaya, *Prens Sabahaddin*, Liberte Yayınları, Ankara,

eksik bir Jön Türk ya da etrafına toplanan kişilerin etkisinde bir maceracı... Hayal kırıklıklarıyla sonuçlanan “teşebbüsleri”, Jön Türklerde aşına olduğumuz “romantik girişimler” gibi değerlendirilebilir. Bununla birlikte Sabahaddin Bey, kendi romantizmini yine kendi dramına sığdıran yaşamlar arasında, Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde içinde bulunduğu kırılğanlıkları anlamak bakımından önemli bir simadır. Sabahaddin Beyin görüşlerini incelemek, Jön Türkleri kutuplaştıran merkezîyetçilik-adem-i merkezîyetçilik tartışmalarının, bir siyasi tercih mi; yoksa uzun yıllardır hırpalanmış idari-hukuki yapının yenilenmesinde bir sonuç mu olduğunu görmemizi sağlayacaktır. Sorulması gereken bir başka soru, kavramlara hatalı yaklaşımın mümkün olup olmadığıdır? Buradan, Batılı kavramların Osmanlı siyasi dünyasına aktarımında; o kavrama hayat veren dokunun iyi bilinmemesinden kaynaklanan yanlışlıkları, olumsuz yargıları ve eksiklikleri tespit etme imkânı da doğabilir. Bu sorgulama; eğitim, aile yapısı, toplumsal gelişmenin dinamiği olarak mülkiyet hakkı gibi pek çok konudaki görüşü ile bir “liberal” olarak anılan Sabahaddin Beyin özellikle siyasi mücadelesinin amaçlarını serilmemek açısından anlamlı olacaktır.

I. Jön Türk Kongresi'nin, Jön Türkler arasında bulunan anlaşmazlıkları iyice görülür hale getirmesi bilinen bir konudur. Ahmet Bedevi Kuran, milliyetçi-merkezîyetçi ve adem-i merkezîyetçi olarak iki cepheye ayrılan, Jön Türkler içinde kişisel ihtirasının son derce belirleyici olduğunu söyler². Siyasi cephelerin keskinleşmesi Tunaya'nın deyimi ile “din savaşlarına” benzer. Bu savaşın kahramanları olan cemiyetler arasında düşünceler ve ideolojilerden çok bunları siper edinmiş kişiler çatışmıştır³. Söz konusu kutuplaşmalar nedeni ile Sabahaddin Beyin de -ister istemez- ideolojik ve hatta radikal eğilimlere yakınlık gösterdiği⁴ ileri sürülür.

Aslında Sabahaddin Beyin toplumsal-siyasi düşünceleri, 19. yüzyıl Osmanlı toplumu için ne çok yeni ne de çok yabancıdır. Kendisi, Tanzimat'tan beri tartışılan siyasi-idari sorunların çözümü için bazı siyasi kavramlar etrafında sistemli bir

2005, sayfa 19-49. Ahmet Bedevi Kuran, *Osmanlı İmparatorluğu'nda İnkılap Hareketleri ve Milli Mücadele*, Baha Matbaası, İstanbul, 1956 ve *İnkılap Tarihimiz ve İttihat ve Terakki*, Tan Matbaası, İstanbul, 1946. Sina Akşin, *Jön Türkler ve İttihat ve Terakki*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1987. Orhan Tütengil, *Prens Sabahaddin*, İstanbul, 1954. Şerif Mardin, *Jön Türklerin Siyasi Fikirleri (1895-1908)*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1989. Nezahet Nurettin Ege, *Prens Sabahaddin, Hayatı ve İlmi Müdafaaaları*, Güneş Neşriyat, İstanbul, 1977. Şükrü Hanioglu, *Bir Siyasal Düşünür Olarak Dr. Abdullâh Cevdet ve Dönemi*, Üçdal Yayınları, İstanbul, 1981. Ali Haydar Mithat, *Hatıralarım (1872-1946)*, Akit Yayınları, İstanbul, 1946. Yuriy Aşatoviç Petrosyan, *Sovyet Gözüyle Jön Türkler*, Çeviren Mazlum Beyhan-Ayşe Hacıhasanoğlu, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 1974.

² Ahmet Bedevi Kuran, *İnkılap Tarihimiz ve İttihat ve Terakki*, Tan Matbaası, İstanbul, 1946, sayfa 184.

³ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1969, sayfa 535.

⁴ Stanford J. Shaw-Ezel Kural Shaw, *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, C II, İstanbul, 1983, sayfa 313. Mardin, sayfa 127. Bayur, sayfa 26. Şükrü Hanioglu, “*Prens Sabahaddin'in Katolik Kilisesi İle Olan İlişkileri*”, İÜSBFD, Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul, 1982, sayfa 103 vd.

düşünce geliştirmeye çalışır. Siyasal çekişmeler bir kenara bırakılırsa; toplumumuzdaki aile yapısına, üretim ve tüketim ilişkilerinin kısırlığına, en büyük işveren olarak devlet kadrolarının ekonomik-siyasi dokuya etkileri bakımından yaptığı değerlendirmeler günümüzde de geçerliliğini korumaktadır. Örneğin; Türk toplumunun devleti “baba” gibi sayması, aile dayanışmasının ortaya çıkardığı sosyal sonuçlar, “birey” kavramı üzerine söyledikleri, günümüze kadar pek az değişikliğe uğramış tespitleridir. Şüphesiz bu tespitleri görmemekte ısrar etmek, kendine dışarıdan bakma cesaretini ve samimiyetini bulmakla ilgilidir. Çünkü Sabahaddin Beyin, Osmanlı İmparatorluğu’nun sorunlarına dair görüşleri, bugün de “muzdarip olduğumuz” konulara ortalama bir asır öncesinden açıklamalar getirmektedir.

I. TEŞEBBÜS-İ ŞAHSİ VE ADEM-İ MERKEZİYET CEMİYETİ

A. Cemiyetin Kuruluşu ve Programı

1. Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti’nin Kuruluşu ve Etkileri

I. Jön Türk Kongresi’nin bir uzlaşma ile sonuçlanmaması ve sonrasında grupların birbirini suçlayıcı, dışlayıcı tavırları; II. Abdülhamit’e karşı muhalefetin açık bir siyasi tikanıklık içinde olduğunu göstermiştir. Sabahaddin Beyin kendisine yöneltilen suçlamaları bertaraf edebilmek için bir dernek kurması, taraflar arasındaki ideolojik bölünmeyi tüm sonuçları ile ortaya koymaktadır. 1902 I. Jön Türk Kongresinde yaşanan gerilim, Sabahaddin Bey’i örgütlü mücadeleye yönlendirmiştir. Cemiyetin adı, yaşanan siyasi gerilimin nedenlerini açıkça ortaya koymaktadır. Zira kendisinin siyasi eğilimlerinde sembol olmuş iki temel kavram birleştirilmiş ve cemiyet, “Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti” adı ile 1906’da, Paris’te kurulmuştur. Başlangıcın hemen ardından, Sabahaddin Bey ile uzun yıllar yakın arkadaşlıkları devam eden Nihat Reşat (Belger), Hüseyin Siret ve Ahmet Fazlı Beyler cemiyete hemen üye olurlar⁵. Yayın organı “Terakki” gazetesi, 1906’dan itibaren Paris ve Kahire’de, Türkçe olarak yayımlanmaya başlar. Sabahaddin Bey, Paris’te Toqueville salonunda konferanslarına devam ederken⁶ dergi ve gazetelerde Osmanlı toplumunun sorunlarını dile getirdiği çeşitli yazılar yayımlamıştır⁷.

Sabahaddin Bey, Terakki’de yayımladığı makalelerde; genel adı ile “ittihatçıların” özgürlük ve eşitliğe ilişkin görüşlerinin siyasi ve sosyal bir içerikten yoksun olduğuna, bu taleplerin sadece kâğıt üzerinde kaldığına değinir. Meşrutiyet arzusu, içi doldurulmadığı sürece, bu siyasal değişimin sosyal ve ekonomik dönüşümü gerçekleştirilmeyeceği görüşündedir. Ona göre; ittihatçılar, Abdülhamit aleyhine

⁵ Hilmi Ziya Ülken, *Türkiye’de Çağdaş Düşünce Tarihi*, Ülken Yayınları, İstanbul, 1992, sayfa 134.

⁶ Ülken, sayfa 133.

⁷ Ege, sayfa 57. Ülken, sayfa 133.

çalışmayı “hürriyetperverlik”, reformlardan bahsetmeyi “terakkicilik” zannetmektedirler. Dahası ittihatçıların “meşrutiyet” arzuları sosyal bir temele dayanmamaktadır. Dolayısıyla, Sabahaddin Bey’e göre; sadece 1876 Kanun-ı Esasisi’nin yürürlüğe konması yeterli olamaz. Zira bir toplum, kâğıt üzerindeki düzenlemelerle özgür olmaz. Derin, kapsamlı, istikrarlı bir sosyal reform ihtiyacı açıktır ve İmparatorluğun ayakta kalması, Müslüman ve Hıristiyan unsurların uyumlu birliğini gerçekleştirecek politikalara dayanmalıdır. “Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkezîyet Cemiyeti”, bu politikaların anlatılmasına ve yayılmasına gayret edecektir. Cemiyet’in yayın organı olan Terakki gazetesi iki yıl düzensiz olarak yayımlanmıştır. Sabahaddin Beyin daha sonra yayımladığı, “Türkiye Nasıl Kurtulabilir?” adlı kitabında ve “İttihat ve Terakki’ye Açık Mektuplar” adıyla yayımladığı risalelerinde yer alan görüşlerinin ilk halini, Terakki’deki yazıları oluşturmaktadır⁸.

“Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkezîyet Cemiyeti”, varlığını duyurmak ve taraftar toplama için şubeler açmak istemiştir. Öncelikle İstanbul, İzmir, Erzurum ve Trabzon’da şubeler açılacak, Terakki gizlice bu bölgelere ulaştırılacaktır. Ayrıca cemiyetin programını destekleyen diğer gruplarla ilişki kurulmaya çalışılacaktır. Bu grupların en önemlisi Cemiyet-i İnkılabîye’dir. Cemiyet-i İnkılabîye, Vefa İdadisi öğrencilerinden Safet Lütfi’nin girişimleri ile 1904 yılında kurulan küçük bir gruptur ve bu gençlerin tek amacı, 1876 Kanun-ı Esasisi’nin yeniden yürürlüğe konulmasıdır. Bir de Mecmua-i İnkılabîye adı ile yayın çıkarmaktadırlar. İdadiden mezun olan öğrenciler öğrenimlerini sürdürdükleri okullarda hücreler oluşturarak Harbiye, Tıbbiye ve Hukuk öğrencileriyle de bağlantı kurmuşlardır⁹. Ancak bu küçücük grup tek başına çaba sarf etmeyi yararlı görmeyerek, Paris’teki Jön Türklerle bağlantı kurmuştur. Daha sonra bu küçük grup Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkezîyet Cemiyeti’nin bir şubesi haline gelecektir. II. Meşrutiyet’in ilanından sonra, bu şubenin üyeleri çalışmalarını Nesli Cedit Kulübü adı altında sürdürmüşlerdir. Nesli Cedit Kulübü, tüm siyasi gerginliklere rağmen Sabahaddin Beyin manevi önderliğinde çalışarak onun ilkelere bağlı kalmıştır. Ayrıca üyelerinin hiçbirinin, başlangıçta siyasi bağlarının olmaması dikkate değer bir noktadır. Üye sayısı yüzü bulan Nesli Cedit’çiler, Sabahaddin Beyin mali yardımları ve yer tahsisi ile kendilerini geliştirme olanağı bulmuşlardır. Grubun, İttihat ve Terakki’ye karşı Sabahaddin Bey’den devralınan muhalefeti de yaşatmak istediği açıktır. Tunaya, kulübün, daha sonra kurulacak Türk Ocakları’nın Meşrutiyet başlangıcındaki biçimsel denemesi olduğunu belirtir. Bununla birlikte Nesli Cedit Kulübü, kendini liberal olarak tanımlayan ve Sabahaddin Beyin görüşlerini destekleyen Ahrar Fırkası’nın kurulmasına zemin hazırlamışlardır¹⁰. Ahrar Fır-

⁸ Tütengil, sayfa 27.

⁹ Tunaya, *Türkiye’de Siyasi Partiler İkinci Meşrutiyet Dönemi C I*, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1984, sayfa 399, dipnot 2. Petrosyan, sayfa 225.

¹⁰ 1.Eylül.1324’te İstanbul’da kurulan Ahrar Fırkası, İttihat ve Terakki karşısında bir siyasi denge oluşturmak amacı ile kurulmuş liberallerin partisidir. Partinin kuruluşu, programı ve faaliyetleri

kası'nın siyasi programında, 1876 Kanun-ı Esasisi'nin; 108, 109, 110. maddelerinde yer alan ilkelerin yaşama geçirilmesine, "tevs-i mezuniyet ve tefriki vezâif" usulünün tam olarak uygulanmasına dair hüküm bulunmaktadır. Yine Meşrutiyet-i Osmaniye Kulübü'nün (1908) siyasi programında "idare-i vilayatın tevs-i mezuniyeti'nden" bahsedildiğini görüyoruz¹¹.

Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti, Sabahaddin Beyin 1907'de İstanbul'a dönüşüne kadar devam etmiştir. Terakki de düzensiz aralıklarla yayınlanır. 1907 II. Jön Türk Kongresi'nde katılımcıların uzlaşılmasını ilan eden bildirisinin altını Sabahaddin Bey, Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti adına imzalar¹². Ancak İstanbul'a dönüştikten sonra, İttihat ve Terakki Cemiyeti ile birleşmek üzere çeşitli görüşmeler yapılmıştır. Cemal Paşa hatıralarında; Dr. Reşat Belger'in, İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin merkez teşkilatı içinde Talat Paşa ile görüştüğünü, bu görüşmelerin son derece olumlu giderken 31 Mart vakiasının patlak verdiğini anlatır. Bu görüşmelerin olumlu görünmesinin yanı sıra samimiyetten yoksun olduğunu açıklayan Cemal Paşa, Dr. Reşat Belger'in ve Sabahaddin Beyin aslında son derece kibar ve düzene saygılı olmalarına rağmen İttihatçılar aleyhine birtakım itham ve komplo girişimlerinde bulduklarını da ısrarla belirtir¹³.

Gerçekten de iki grup arasındaki anlaşmazlıkların tam olarak çözülmediğini, 1907'deki Kongre'den sonraki gelişmelerden anlayabiliyoruz. Zira görünürde bir uzlaşma olmasına rağmen; İstanbul'a dönüşün ardından, adem-i merkeziyet taraftarlarının yayınları çeşitli bahanelerle engellenmiş ve destekçilerinin pek çoğu tutuklanmıştır. Dahası 22 Ağustos 1908'de yayımlanan bir haber ile İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin İstanbul şubesi, Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti'nin, İttihat ve Terakki çatısı altında birleştiğini duyurmuştur¹⁴. II. Meşrutiyet'in ilanından sonra; rakip tüm siyasi oluşumları bertaraf etmek için İttihatçıların güttüğü politikalar Sabahaddin Beyin şahsı üzerine odaklandığında artık cemiyetin eridiğini sadece Sabahaddin Beyin siyasi görüşlerine yakınlık duyanların kaldığını görüyoruz.

2. Cemiyetin Programı

Cemiyetin programı ve amaçları, 27-Temmuz-1906 tarihli ve 95 sayılı Şuray-ı Ümmet'te yayımlanmıştır¹⁵. Bu program, hemen bütün noktalarıyla, Sabahaddin

için bkz. Turnaya, *Türkiye'de Siyasi Partiler, C I*, sayfa 142-170. Kuran, *Osmanlı İmparatorluğu'nda*, sayfa 367-370. Akkaya, sayfa 37.

¹¹ Bkz. Ahrar Fırkası programı 9.madde. Tunaya, sayfa 156 ve sayfa 395.

¹² Akşin, sayfa 66.

¹³ Cemal Paşa, *Hatırlar, İttihat-Terakki ve Birinci Dünya Harbi*, Selek Yayınları, İstanbul, 1959, sayfa 31-32. Ayrıca bkz. Ege, sayfa 136.

¹⁴ Akşin, sayfa 100.

¹⁵ Kuran, *İnkılap Tarihimiz*, sayfa 234. Şuray-ı Ümmet'in bu sayısında, gazeteyi çıkaran Jön Türk

Beyin daha önce yazdığı yazılarının ve açıkladığı düşüncelerinin bir özeti gibidir¹⁶.

1- Osmanlı İmparatorluğu'nda uygulanacak siyasi reformlar, imparatorluk topraklarının her yerindeki halkları ve sosyal sınıfları kapsayacak biçimde; mevcut vilayetlerin idare biçimi, adem-i merkezîyet ve tevsi-i mezuniyet ilkelerine dayandırılacaktır. Adem-i merkezîyet ve tevsi-i mezuniyetin esasları, 1876 Kanun-ı Esasî'nin 108.maddesinde öngörüldüğü gibi, seçimle düzenlenmeli ve gerektiği hallerde anayasada da değişiklik yapılmalıdır.

2- Seçim yolu ile oluşturulacak belediyeler; nahiye meclisi, belediye idare meclisi gibi bütün organlar, nahiye ve vilayetlerin işlerinin yürütülmesine iştirak ve müdahale edebileceklerdir. Gizli oyla seçilen üyelerden oluşan bir meclis, vilayetın mali işlerine, kanun ve nizamlara ilişkin bütün konulardan tam ve geniş bir yetkiye sahip olacaktır. Bu meclisin toplantıları kamuya açık olacaktır. Bu il genel meclisi, diğer konular arasında vergilerin tarh, tevzi ve tahsili hakkında da karar verebilecek ve toplanan vergilerin, vilayet merkezi ile merkezi hükümet arasında ortak verilecek karar ile bir kısmı yerel ihtiyaçlara ayrılacaktır.

3- Hem diğer vilayetlerle hem de merkezi hükümet ile ilişkileri güçlendirmek için, hükümet merkezinde (ve diğer vilayetlerin genel meclisinde) il genel meclisi içinden ve halk tarafından seçilen bir üye bulunacaktır. Yani meclis-i mebusan bu şekilde seçilen üyelerden oluşacaktır.

4- Vilayet meclislerindeki üye sayısı, farklı etnik ya da dini kökenden gelenler arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları çözebilmek için her camianın/cemaatin nüfusu ile orantılı olacaktır.

5- Vatandaşların tamamı, hangi unsur veya cemaate dâhil olurlarsa olsunlar, aynı hukuk ve imtiyazlara sahiptir. Dolayısıyla idareye ve topluma karşı da aynı mükellefiyetlere tabi olacaklardır. Askeri okullar da dâhil olmak üzere bütün yüksek okullar, devletin bütün tabasına açılacak, eğitim ve öğretim koşullarında da tam bir eşitlik sağlanacaktır.

6- Memleketin asayiş ve inzibatını sağlayacak bir jandarma teşkilatı kurulacaktır. Bu teşkilatın kadrosu, o mahallede yaşayan farklı kökenlerin nüfusları oranında seçileceklerdir. Jandarmanın eğitimi için geçici bir süre, yabancı hocalar ve zabıtlar istihdam olunacaktır.

gurubunun böyle bir programı reddettiklerini bildiren, ayrı bir yazı da yer almıştır. Şerif Mardin; Şuray-ı Ümmet gazetesinin bu tarihten sonra, "Osmanlı Terakki ve İttihat Cemiyeti'nin vasıta-i neşriyatıdır", başlığı ile çıkmaya başlamasına dikkat çeker Mardin, sayfa 206-207. Ege, sayfa 71-72.

¹⁶ Ülken, bu programın özetini vermiştir. Ülken, sayfa 133-134.

7- Valiler, mutasarrıflar ve defterdarlar, yerel mahkemelerin ve istinaf mahkemelerinin reisleri ve savcılarını, merkezi hükümet tarafından atanacaktır. Diğer mülki ve adli memurlar ise vali tarafından nüfus oranlarına göre çeşitli halklardan seçilecektir.

8- Zabıta ve güvenlik birimleri, mülki memurların emrine verilecektir.

9- Genel vergiler yeniden düzenlenecektir ve makul bir tahsil usulü getirilecektir. Taşınmaz malların (gayrimenkul emlakın) korunması konusunda yeni düzenlemeler yapılacak ve ilgili kanunlar buna göre değiştirilecektir.

10- Devletlerarası anlaşmaların hükümleri, her türlü tecavüzdən masun olacaktır¹⁷.

Cemiyetin programında, II. Abdülhamit yönetiminin değiştirilmesine ya da meşrutiyetin yeniden ilan edilmesine dair herhangi bir konuya yer verilmemiştir.

B. Kavramlar Üzerinden Yönlendirme Hataları

1. Adem-i Merkeziyet İlkesi

Adem-i merkeziyet (décentralisation) kavramı, diğer Batılı kavramlar gibi Osmanlı kültür dünyasına tercüme yolu ile girmiştir. Kabaca bakıldığında Meşrutiyet aydınının, Avrupa toplumlarının idari modeli ve özgürlük anlayışı hakkında bir görüş sahibi olduğunu söyleyebiliriz. Henüz 1885 civarında Mekteb-i Hukuk'ta anlatılan derslerde bu görüşlerin izlerini bulmaktayız;

“...Bir takım yerlerde halk her işe girişiyor, türlü türlü teşebbüslerde bulunuyor. Bir takım yerlerde ise bilakis halk mesuliyetten korkar; her şeyi hükümetten bekler. İşte bu ihtilaf-ı ahlaka göre hükümetin müspet vazifesi değişir. Buna misal olarak İngilizler ile Fransızları göstermek kâfîdir. Bu iki kavmin ikisi de bugünkü günde her türlü vesait-i medeniyyeye malik iken her ikisinin bu hususta ahlaki başkadır. İngilizler hiçbir şeye hükümeti karıştırmak istemezler. Hükümetin vazifesini sırf temin hukukundan ibarete bulundurmamak isterler. Fransızlar bilakis her işi müdahale-i hükümetle görürler, her şeyi hükümetten beklerler. Böyle ahalinin her işi kendi yapmak istemesine (self-gouvernement) diyorlar. Hükümetin her işte müdahale etmesine (centralisation) diyorlar ki merkeziyet usulü demektir...”¹⁸.

Buradan başlayarak Meşrutiyet döneminde, “adem-i merkeziyet” “décentralisation” görüşünün sadece Sabahaddin Bey tarafından savunulmadığını belirtmek gerekir. İdari adem-i merkeziyeti savunanların ve siyasi programlarında buna yer verenle-

¹⁷ Metnin tamamı için bkz. Ege, sayfa 71-72. Kuran, *İnkılap Tarihimiz*, sayfa 234.

¹⁸ Kemalpaşazade Said; Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye, Birinci Kısım, Garam Matbaası, Kostantiniye, 1329, sayfa 10-12. Eser, T.C.Kültür Bakanlığı Millet Yazma Eserler Kütüphanesi'nde AEMtf6115 Demirbaş numarası ile kayıtlıdır. Yararlanabilme olanağı tanıyan T.C.Kültür Bakanlığı'na ve kütüphane çalışanlarına teşekkür ederim.

rin başında yukarıda da anıldığı gibi Ahrar Fırkası (1908) ile Hürriyet ve İtilaf Fırkası (1911) gelmektedir. Yine, İttihat ve Terakki içinde de adem-i merkezîyet ilkesine sempatiyle bakan bazı gruplar vardır. Hizb-i Terakki bu duruma bir örnek olabilir. Jön Türk hareketi içinde önemli bir sima olan Doktor Abdullah Cevdet de Sabahaddin Beyin teşebbüs-i şahsi ve adem-i merkezîyet görüşlerinin hayranı ve destekçisi olmuştur. Ayrıca II. Meşrutîyetin fikir çeşitliliği içinde Baha Fevîk de adem-i merkezîyeti savunanlar arasındadır. Makalelerinde, Sabahaddin Bey'e yöneltilen bölücülük suçlamalarını eleştirmiştir. Dolayısıyla adem-i merkezîyet konusu, yalnız Sabahaddin Bey ve İttihat ve Terakki Cemiyeti için değil, ittihatçılar ve muhalifleri arasındaki çatışmada çok önemli konulardan birini oluşturmaktadır. Bu tartışmalar arasında Sabahaddin Bey'i ayrı bir yere koyan 1876 Kanun-ı Esasisi'nin 108. maddesine dikkat çekerek, bu ilkeyi hukuki zeminde yorumlama çabasıdır¹⁹.

1876 Kanun-ı Esasisi, idari bakımdan “tevsi-i mezuniyet ve tefriki vezaif” ilkesini düzenlemiştir. Buna mukabil Tanzimat'tan beri yapılan hukuki düzenlemelerin merkezin gücünü sağlamlaştırdığını görmekteyiz. O halde, Meşrutîyet dönemi aydınlarının “adem-i merkezîyet” kavramdan ne anladıkları ve bu kavramı nasıl yorumladıkları temel bir sorundur. Bu nedenle özellikle Sabahaddin Beyin değerlendirmelerinde, bu iki kavramın ne ifade ettiği üzerinde biraz durmak gerekmektedir. Zira 1876 Kanun-ı Esasisi'nde yer alan bu iki kavram, bize Jön Türklerin ve devletin idari kadrolarının bu iki temel noktayı bildiği ve siyasi sonuçlarını anladığı bilgisine götürmektedir²⁰.

Kanun-ı Esasi'nin 108. maddesi “vilayat-ı usulü idaresi tevsi-i mezuniyet ve tefriki vezaif kaidesi üzerine müesses” denilmektedir. Burada “tevsi-i mezuniyet” yetki genişliğini ifade etmektedir ve o dönem Türkçesine Fransızca “décentralisation” kavramının karşılığı olarak çevrilmiştir. Kavram, siyasi ya da idari bakımdan merkezden bağımsız olmak şeklinde anlaşılmıştır. Tefrik-i vezaif ise “görev ayırımı” anlamındadır. Bu iki kavramı içeren 108. maddenin doğrudan doğruya adem-i merkezîyet ilkesi olarak açıklayanlar vardır. Ancak bu açıklamaların biraz “amaca göre yorum” şeklini aldığı söylemek mümkündür. Örneğin Scaliere'ye göre; adem-i merkezîyet “İmparatorluğun merkezi iktidarından ve onun organlarından ayrı olarak işleyen hizmetlerin ve çalışan görevlilerin özgürlüğü ve bağımsızlığıdır. Merkezi iktidar adaleti,

¹⁹ Akkaya, sayfa 89-90.

²⁰ Örneğin; daha Tanzimat döneminde Mithat Paşa, mahalli halkın idareye katıldıkça, ayrılıkçı milliyetçi hareketlerin önlenebileceğine inanırlardandır. Vilayetlerin idaresinde adem-i merkezîyetçi görüş Mithat Paşa'dan Jön Türklerle ve içlerinde de en çok Prens Sabahaddin'e geçmiştir. Bunun etkisi 1921 Anayasasında da görülür. Ancak Mithat Paşa, milliyetçi hareketleri güçlendirecek mahalli özerkliğe karşı çıkar. 1855 Viyana protokolünde yer alan ve Tuna vilayetinin idaresinin geliştirilmesi projesini bile-isteye engellemiştir. Çünkü nahiye idaresi çoğunluk yerel ahalden seçiliyordu. İlber Ortaylı, *Osmanlı'da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*, Seçme Eserler II, İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2008, sayfa 292.

idareyi, maliyeyi ve orduyu tek başına yönetmekten vazgeçmelidir²¹. İttihatçılar, çok açık bir biçimde bu iki kavramı “siyasi muhtariyet” yani özerklik ve imparatorluğun parçalanmasına giden yol olarak yorumlamışlardır. Elbette bu yorum, büyük bir endişe yaratmıştır. İmparatorluğun dağılmasını önlemek ve merkezkaç kuvvetlerin etkisini azaltmak için mücadele edilen bir dönemde, “adem-i merkeziyet” kavramı bir yerinden yönetim ilkesi olarak kafa karıştırıcı olmuştur²².

Ayrıca üzerinde tartışılan kavramların içeriğine dair açıklamalar, bugünkü anlamlarının çok uzağındadır. Şöyle ki; adem-i merkeziyet, Meşrutiyet aydınınının kafasında, öncelikle ve özellikle yerel yönetimlerin merkezden bağımsızlığı ya da idari bağımsızlığını ifade etmemektedir. Üstelik mevcut hukuk düzeninde, bu uygulama sanki zaten varmış gibi ele alınmıştır. Daha vilayet meclislerinin kurulması aşamasında, bu meclisler, idari hizmetleri “merkezden koparmaya yönelik” birimler gibi anlaşılmıştır. Gerçekten de 1876 Kanun-ı Esasisi’ne göre, vilayet yönetimlerine ilişkin meclislere yer verilmiştir. Ancak bunlar karar ve icra organları değil, denetleme kurullarıdır. Tevsi-i mezuniyet, merkezi idarenin taşradaki memurlarına doğrudan doğruya karar alma yetkisinin tanınmasıdır. Bu karar alma yetkisi, idari yetkilinin işi mahallinde görebilmesi o işin gerçekleşmesi ve tamamlanması için merkeze merkezin onayına müracaata gerek kalmamasıdır. Bununla birlikte, merkezin asli yetkisi her zaman devam etmektedir. Sabahaddin Bey, “adem-i merkeziyet”i doğrudan doğruya “tevsi-i mezuniyet” olarak ifade eder. Ancak verdiği örnekler tartışmaya açıktır.

Sabahaddin Bey’e göre; adem-i merkeziyet bir idari modelin adıdır. Ancak aynı zamanda, özgürleşme ve ekonomik gelişimi destekleyen bir toplum biçimidir. Türkiye’nin kurtuluşu iki kavram üzerinden mümkün olabilir: insanın kurtuluşu için toplumsal refah için eğitim ve bireycilik; devletin ayakta kalması ve daha fazla toprak kaybını önlemek için adem-i merkeziyetçilik. Kendisi Terakki’de yayımlanan yazılarında herhangi bir devlet modeli ile ilişki kurmaksızın bu kavramları açıklamaya çalışır:

“.....meşrutiyet, meclis-i mebusan vasıtasıyla teftiş hakkını merkezde toplamak ise idari adem-i merkeziyet, vilayet umumi meclisleri vasıtasıyla, aynı hakların vilayette-

²¹ Yıldızhan Yayla, *Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri Tevsi-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezaif*, İÜSBF Yayınları, İstanbul, 1982, sayfa 79-81.

²² “...Sabahaddin Beyin bir iki konferansında bahsettiği “adem-i merkeziyet” matbuatımızda çok çabuk ve çok tartışmalara neden olmuştur. Merkeziyet ve adem-i merkeziyete üzerine çok sözler söylendi, ancak sorun açıklıkla ve kesin bir biçimde aydınlatılmadı. Yani konunun ne olduğu tam olarak açıklanamadı. Oysa merkeziyet ve adem-i merkeziyetin ne olduğu toplumsal yaşamın ruhu olan idarenin en önemli konusudur. Siyasi adem-i merkeziyet bağımsız idare gibi adeta devleti yıkmaya yönelik olduğu şeklinde yorumlanarak “memalik-i mahruse-i şahane” için böyle bir idare şeklinin kabul edilemeyeceğini zaten kendisi de söylemektedir. Ancak adem-i merkeziyet-i idarenin tamamen yerel idarenin Kanun-ı Esasi’de gösterilen 108.maddesindeki “tevsi-i mezuniyet” olduğunu söylemektedir. Adem-i merkeziyet-i siyasinin zararlarını Prens de görmektedir”. Aydın Gülün, “*Babanzâde Mustafa Zihni Paşa ve “Tevsi-i Mezuniyet yahud Kitab-ı İdaremizden bir Sahife” Adlı Eseri*”, İÜHFİM, Yıl 6, Sayı 1-3, 1985, sayfa 109-128.

re dağıtılmasıdır. Merkeziyet usulüne bağlı devletlerde, Osmanlı'da da olduğu gibi bir mutasarrıflık dâhilinde köprü, yol, okul, hastane gibi bir inşaata teşebbüs edilse, sancak vilayet merkezine, merkez dâhiliyeye, dâhiliye naftaya, nafta sadarete, sadaret saraya müracaat mecburiyetindedir. Bitip tükenmek bilmeyen bu ağır resmi muameleler içinde ülkenin iktisadi çıkarları heder olup gitmektedir. Merkeziyet idaresi devam ettiği sürece ülkede teşebbüs fikrinin ilerlemesi mümkün değildir. Teşebbüs fikri olmadıkça vilayetler imar edilemez, dolayısıyla memleket de sefaletten kurtulamaz²³. “İdari adem-i merkeziyet, “ittihatçıların söylediği gibi muhtariyet ya da, heyet-i mümtaze usulü değildir. İdari kelimesiyle..tasrih ettiğimiz adem-i merkeziyet idaresinin muhtariyet veya heyeti mümtaze usulleriyle hiçbir münasebeti olamayacağını açıklığına rağmen..” ...idâre-i sâbika birtakım kelime oyunları ile aleyhimize propaganda yapmaktadır”²⁴.

Sabahaddin Bey, adem-i merkeziyetin, yalnız bir idari model olduğu vefakat idari muhtariyet (özerklik) anlamını kesinlikle içermediğini iddia etmektedir²⁵. O'na göre, kavramın içeriği, ittihatçılar tarafından siyasi nedenlerle kasten değiştirilmekte ve çarpıtılmaktadır: “Vilayet meclislerinin ve memurlarının merkezle olan bağları çözülsün ve bunlar bir hak ve görev sahibi olurlarsa, vilayetlerimizin usulü idaresi adem-i merkeziyet-i idari ya da tevsi-i mezuniyet olacaktır”²⁶. Kendisi; kısaca, adem-i merkeziyet ve tevsi-i mezuniyet, vazifelerin ayırımından başka bir şey değildir der. Bununla birlikte O'na göre; tevsi-i mezuniyet, adem-i merkeziyet-i idarinin ismi değil, tarifidir²⁷: “Adem-i merkeziyet, işlerin bususiyetine göre... yani her muayyen mesuliyete bir salahiyyetin mutlaka tekabül etmesi fikridir... işlerin mahallinde görülmesi, hükümet merkezine müracaatta lüzum kalmamasıdır”²⁸.

Oysa idari yönden adem-i merkeziyet ilkesi, merkezi yönetime ait bazı görev ve yetkilerin, devlet tüzel kişiliğinin dışında ayrı tüzel kişiliğe sahip birimlere devredil-

²³ M.Sabahaddin, *Teşebbüs-i Şahsi ve Tevsi-i Me'zuniyet Hakkında Bir İzâh*, Dersaadet,1324. (Eser İstanbul Devlet Beyazıt Kütüphanesi Nadir Eserler Bölümünde 26289 numara ile kayıtlıdır. Latin harfleri ile Türkçeleştirilmiş metin için bkz.Akkaya, sayfa 131.

²⁴ Akkaya, sayfa 127.

²⁵ Yayla, sayfa 84.

²⁶ Akkaya, sayfa 133.

²⁷ Tevsi-i Mezuniyet (yetki genişliği (déconcentration) ilkesi), merkezden yönetimin katı biçimde uygulanmasına ‘aşırı merkeziyetçilik’ (concentration), yumuşatılmış biçimine ise yetki genişliği (déconcentration) adı verilir. Yetki genişliği ilkesi ile merkezi yönetimin bir takım yetki ve sorumluluklarının aynı hiyerarşik yapı içindeki alt birimlere devredilerek merkezdeki yoğunlaşmanın azaltılması ve bu yola etkinliğin sağlanması amaçlanır. Ancak kendisine yetki devredilen kişi, bu yetkiyi yine merkezi yönetim adına kullanmaktadır. Esas yetkili merkez olduğu için yetki genişliğinden yararlanan yöneticilerin kararları, merkezin ‘hiyerarşik denetimine’ tabidir. Bazı yazarlar bu ilkeyi ademi merkeziyetin bir çeşidi olarak görürler. Her ne kadar yetki genişliği yoluyla merkezde toplanmış olan sorumluluğun yaygınlaştırılması sağlanıyorsa da; bu ilkenin, merkeziyetçilikten türetilen adem-i merkeziyetle değil, aşırı merkeziyetçilik anlamına gelen “temerküz”den (concentration) türetilen “adem-i temerküz” ile karşılanması daha doğru olur.

²⁸ Akkaya, sayfa 97.

mesi anlamına gelir. Bu şekilde oluşturulan yerinden yönetim birimleri, devletten ayrı tüzel kişiliğe sahip bulunmakla beraber, “tamamen idari nitelikte(dir)”. Yerel yerinden yönetim ilkesine göre kurulan ‘yerel yönetimler’ merkezi yönetim hiyerarşisi dışında örgütlenmeleri ve dolayısıyla merkezle yerel arasında bir ast- üst ilişkisi olmaması nedeniyle hiyerarşik denetim kapsamına girmezler. Ancak bu yapıda, yerel yönetimlerin, merkezin denetim ve gözetiminden tamamen uzak kuruluşlar oldukları anlamına gelmez. Çünkü genel yönetim politikalarının çerçevesi, merkezi yönetimce çizildiği gibi ayrıca yerel yönetimler üzerinde merkezi yönetimin bir vesayet denetimi her zaman bulunmaktadır. Tevsi-i mezuniyet (yetki genişliği) bir yerde bir hizmeti gerçekleştirmekle görevli ve yetkili kişiye aslında merkezde toplanmış olan bir kararı alma ve uygulama yetkisinin tanınmasıdır. Fransızcadaki karşılığı “décentralisation” değil “déconcentration” dur, ayrıca bu bir idari model değil, sadece bir yönetim tekniğidir. Tamamen merkezde toplanan kamu gücünün kullanılması ve yerel hizmetlerin aksamadan yürümesi bir takım gecikmeler yarattığından, idari yönetimlerin gelişmesi sırasında zamanla kırtasiyecilik, bürokratik aksamalar gibi merkeziyetçilikten kaynaklanan sakıncaları gidermek için bazı hizmetlerin yerel yönetimlere devredilmesi gündeme gelmiştir. Burada özellikle belirtilmesi gereken, “tevsi-i mezuniyet” ilkesinde, kamu gücünün yine merkezi idarenin tekelinde olmasıdır. Kendisine yetki genişliği ile birtakım yetkiler verilen kişi ya da makam, devletin kamu tüzel kişiliğinin bütünlüğü içindedir. Buna karşılık, yetki genişliği söz konusu olduğunda; yereldeki yöneticiye bırakılan yetki alanlarında merkez tekrar onların yerine geçerek karar verici olamaz. Tevsi-i mezuniyet ilkesinde merkezi hiyerarşi, merkezi idare bütçesi var iken, idari adem-i merkeziyet söz konusu olduğunda yerinden yönetim biriminin ayrı bir tüzel kişiliği ve merkezin bu tüzel kişilik üzerinde idari vesayet vardır. Dolayısıyla ile “tevsi-i mezuniyet”, idari bakımdan yerinden yönetimin yani adem-i merkeziyetin bir çeşidi değildir²⁹. Adem-i merkeziyet usulünde, icraî kararlar alma yetkisi, merkeze ve merkezi hiyerarşiye dâhil olmayan bazı organlara yerilmiştir. Merkezin bu organlar üzerinde hiyerarşik gücü yoktur. Bu idari modelde, kamu gücünü temsil eden kişi ve makamlar doğrudan doğruya halk tarafından seçilebileceği gibi adem-i merkeziyet idaresi tarafından da yetkilendirilebilir³⁰.

Sabahaddin Bey’in açıklamalarına baktığımızda; görüşlerini örneklerle güçlendirdiğini ama yine de işin içinden bir türlü çıkamadığını söyleyebiliriz; “*Örneğin, Yemen ile Selanik halklarının geçim tarzları, yaşamları ve ihtiyaçları aynı değildir. Bunları yakından göreceğ ve ihtiyaçları en iyi tespit edecek olan elbette ki İstanbul’da yaşayan memurlar değil, Yemen ile Selanik’te yaşayan halktır. Adem-i merkeziyet ile açıklamaya*

²⁹ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, sayfa 597-598. Şeref Gözübüyük-Turgut Tarhan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, sayfa 144-155. Şeref Gözübüyük, *Türkiyenin İdari Yapısı*, Ankara, 1974, sayfa 118 vd. Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, sayfa 72.

³⁰ Onar, sayfa 613-614.

*çalıştığımız ve istediğimiz şey, vali ile diğer vilayet memurlarının yetkilerini arttırmak, umumi meclisleri bir an evvel toplamak, bu yolla abalının verdiği verginin sarf edildiği yeri, tayin ve teftişine alıştırılmaktır...adem-i merkezîyet fikrimizi daima Kanun-ı Esasi'nin 108. maddesine dayandırdık ve bu maddenin bir an önce yaşama geçirilmesinin önemini açıklamaya çalıştık*³¹.

Aslında burada yapılan tarif, tevsi-i mezuniyetten daha öte bir anlam taşımaktadır ve dahası 1876 Kanun-ı Esasi'si'nin 108. maddesinin siyasi "adem-i merkezîyet" esasının içeriğinden uzaktır. Çünkü siyasi irade, bu konuyu daha en başında kesin hatları belirtmiş ve konuya ilişkin hassasiyeti de ifade edilmiştir. Abdülhamit'in 1876 Kanun-ı Esasi'si'nin ilanına ilişkin Mithat Paşa'ya yazdığı İrade-i Seniye'de "...idarei vilayatca hukuku merkezîyeti muhafaza ile beraber tevsi mezuniyet usulünün ittihazına müteallik olup...."³² denilmektedir. Daha öncesinde de bilindiği gibi merkezkaç kuvvetlere ve dış baskılara karşı merkezin gücünü gevşetmek yerine sıkılaştırmak, Tanzimat'ın temel politikası olmuştur. Hal böyle iken 1876 Kanun-ı Esasi'si'nde 108. maddesi "*Vilayatin usulü idaresi tevsi mezuniyet ve tefrik-i vezaif kaidesi üzerine müesses olup derecatı nizamı mahsus ile tayin kılınacaktır.*" hükmünü içermektedir. Burada; "*tefrik-i vezaif ile anlatılmak istenilen; hükümetin görev ve yetkilerinden siyasi olanların merkezde bulunması (merkeze hasredilmesi), siyasi nitelikte olmayan iş ve görevlerin vilayet ve belediyelere verilmesi yani bu işlerin mahalli yerel kurumlara ve organlara bırakılmasından yani "idari adem-i merkezîyet"ten ibarettir.*"³³. Ayrıca 1876 Kanun-ı Esasi'si'nin 111. Maddesi; "...emvali eytamin nizamname-i mahsusı veçhile sureti idaresine nezaret etmek üzere her kazada her milletin bir cemaat meclisi bulunacak ve bu meclisler tanzim edilecek nizamı mahsusası veçhile her milletin müntahab efradından mürekkep olacaktır.. ve mecalisi mezkûre mahalleri hükümetlerini ve vilâyat mecalisi umumiyelerini kendülerin merci bilecektir"³⁴ hükmünü düzenlemiştir.

Bu düzenlemeye göre; her bir cemaat, kendi cemaatlerini ilgilendiren konularda ve işlerde bir tür "halk denetimi" yapabilecek, istek ve şikâyetlerini buldukları yerin mülki idaresine ya da vilayeti umumi meclisine (il genel meclisi) bildireceklerdir. Ayrıca bir cemaat meclisi oluşturulması için "nizam-ı mahsus" düzenlenecektir³⁵.

Bilindiği gibi 1876 Kanun-ı Esasi'si'nin bu düzenlemelerinden önce vilayet meclislerinin oluşumlarını ve çalışma usullerini düzenleyen bir hukuksal yapı zaten vardır³⁶. 1871 tarihli "İdare-i Umumiye-i Vilayet Nizamnamesi" yönetime yardımcı

³¹ Akkaya, sayfa 96-97.

³² Şeref Gözübüyük-Suna Kili, *Türk Anayasa Metinleri (1839-1980)*, Ankara, 1982, sayfa 26.

³³ Onar, *İdare Hukukumuzun Umumi Esasları*, Cilt II, sayfa 707.

³⁴ Gözübüyük-Kili, sayfa 41.

³⁵ Yayla, sayfa 45.

³⁶ Tanzimat döneminde yerel yönetim birimlerinin durumu ve geliştirilmesine ilişkin hukuksal düzenlemeler için bkz. Musa Çadırcı, *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentleri'nin Sosyal ve Ekonomik Yapısı*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1997, sayfa 208 vd.

olacak meclislerin kurulmasını öngörmüş; ama merkezden bağımsız bir idari birim gibi düşünülmemiştir. Vilayet İdare Meclisleri, bağımsız bir idari yönetim olarak düzenlenmemiştir. İdari teşkilatlanma modeli değiştirilirken, eyalet sisteminden vilayet sistemine geçildikten sonraki düzenlemelerde de konuya yaklaşımdaki hassasiyet değişmemiştir. Örneğin idari reformlarla ilgili 1880’lerde yabancı devlet temsilcileri ile Osmanlı temsilcilerinden oluşan bir komisyon kurulmuş ve adem-i merkeziyet esaslarını öne çıkaran 440 maddelik bir tasarı hazırlanmıştır. 23.08.1880’de yayınlanan bu tasarı Edirne’de yürürlüğe konmuştur ancak yapılan düzenlemeler siyasi pratiğe geçirilmemiştir. 1864 Vilayet Nizamnamesinden 1871 “İdare-i Umumiye-i Vilayet Nizamnamesi” ne ve sonrasında gerçekleştirilen düzenlemelerde -her ne kadar adem-i merkeziyete yönelik girişimler olsa da- temkinli siyasi tercihler nedeni ile merkezin güçlendirilmesi siyaseti çerçevesinde³⁷, yerelde seçilmişlerin rolünün azaltılarak merkezden atananların yetkilerinin arttırılması söz konusudur. Bu nedenle de bu kurullarla bağımsızlık verilmesi tartışılırken Cevdet Paşa; “*idare meclisleri, ahali hukukuna ait değildir; devlet kendi memurlarına yardım etmeleri için ahalden adam istiyor onlar da bunları seçiyorlar*” demiştir³⁸.

Sabahaddin Bey de adem-i merkeziyetten bahsederken, bu yapının bir yerde yaşayanların kendi kendilerini siyaseten idare etmesi olmadığını söyler ve ekler; “adem-i merkeziyet, merkez vasıtası ile sorumlu ve yetkili kılınan görevlilerin, işleri mahallinde görebilmesi ve yerel hizmetlerin gerçekleştirilmesinde merkeze başvurmaya ihtiyaç kalmamasıdır” Kendisi adem-i merkeziyet kavramının tanımlarında, merkezin asıl yetkili olma özelliğini reddetmemiştir. Ama adem-i merkeziyetin “tevs-i mezuniyet” olarak anlaşılması gerektiğinde ısrar etmektedir. Sabahaddin Bey, adem-i merkeziyeti, idari bakımdan yetki genişliği olarak yorumlamıştır³⁹. Zaten Osmanlı birliğinin devamı arzulanıyorsa, yerinden yönetimin güçlendirilmesi ve yetki genişliğinin tam olarak uygulanması gerektiğini söylemektedir. Buna karşılık, yetki genişliğinin merkeziyetçi idari modelde de uygulanabileceğini gözden kaçırmıştır.

Ortaylı, bu dönemde yaşanan adem-i merkeziyet tartışmalarının, mahalli demokrasi ile bağlantılı olarak düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir. Sabahaddin Bey, vilayet idarelerinde valilerin daha fazla yetkili kılınmasından, o yerin ahalsinin seçimleri ile oluşturulacak il kurulları vasıtası ile halka, mahalli ve idari yönetim üzerinde kontrol yetkisinin verilmesinden yanadır. O, aslında bireyci bir yapının gelişmesi için merkez dışı ve mahalli demokrasiye öncelik veren bir idari sistemin savunuculuğunu yapmış, Tazimattan beri girişilen ıslahat hareketlerinin bu amaçtan uzak

³⁷ Birgül A.Güler, “Yerel Yönetimleri Güçlendirmek mi? Ademi Merkeziyetçilik mi?”, Çağdaş Yerel Yönetimler, 9 (2) Nisan, 2000, sayfa 14-17.

³⁸ Oya Çitçi, *Yerel Yönetimlerde Temsil –Belediye Örneği-* Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1989, sayfa 55.

³⁹ Yayla, sayfa 87.

olduğunu belirterek eleştirmiştir⁴⁰. Gerçekten de Sabahaddin Bey, adem-i merkeziyete ilişkin görüşleri yüzünden ayrılıkçı ve bağımsızlık isteyen Hıristiyan azınlıkların yandaşı olarak suçlanmıştır. Kendisi bu suçlamaları, ne olursa olsun siyasi iktidarda rakipsiz sahip olmak isteyen “ittihatçıların” işi özünden saptırması olarak nitelemiştir⁴¹. Onun gözünde; adem-i merkeziyet gerekli hukuki düzenlemeler ile zaten tanınmıştır ancak uygulamaya geçilmemiştir: *“Adem-i merkeziyet hakkında hiçbir fikir edinmemiş olanlar, müdafaa ettiğimiz usulü, Hıristiyanlarla bir olup Avrupa’ya karşı bir çeşit birleşme olarak telakki ediyorlar, bu gün hali hazırda idarenin uyguladığı muhtelif hukukun büyük bir kısmı Hıristiyan unsurlara uygulanmaktadır. Bunun en açık göstergesi Hıristiyanlara uygulanan vergi, mahkemeler, okullar için uygulanan usuldür”*⁴².

Sabahaddin Bey, Osmanlı millet sisteminin 19. yüzyılın sonlarında aldığı hukuki şekli, adem-i merkeziyet ilkesinin zaten uygulanması olarak anlamış ve bu yapıyı örnek göstermiştir. Adem-i merkeziyet ilkesinin özellikle İmparatorluktaki gayrimüslim unsurların durumlarından hareketle açıklanması, kavram üzerindeki bulanıklığı daha da arttırmıştır.

2. Adem-i Merkeziyet İlkesi ve Osmanlı Millet Sistemi

Sabahaddin Beye göre; Osmanlı toplumundaki gayrimüslimler elde ettikleri haklar ve uygulamalarla demokratik bir adem-i merkeziyet yapısına zaten kavuşmuştur. Oysa ne Osmanlı millet sisteminin ne de Tanzimat döneminde yapılan değişikliklerin, demokrasiyi geliştirmek ya da yerel yönetimleri merkezden bağımsızlaştırmak gibi amacı yoktur. Yerel yönetimlere ve “millet sistemi” ne ilişkin 19. yüzyılda gerçekleştirilen düzenlemeler; geleneksel dokusu çok renkli ve geniş olan bir coğrafyada, vergilerin toplanması ve asayişin sağlanması için kırsalda nüfuza sahip grupların ve ailelerin yardımına başvuran merkezi idarenin taleplerini hukuki altyapıya kavuşturdu. Paradoksal biçimde etnik gruplar uluslaşmaya doğru giderken, yukarıda da bahsedildiği gibi bu düzenlemelerde yerel yönetimlerin merkez ile bağlantısı daima pekiştirilmek istenmiştir⁴³.

Bilindiği üzere Osmanlı toplum yapısı, -özellikle klasik dönemde- etnik kökene göre değil, dini mensubiyetle bağlantılı olarak cemaatlere göre gelişmiştir. Cemaat belli bir dine ya da mezhebe mensup topluluk olarak belli bir kilise bölgesinde yaşayan, toplumsal bir birimdir. Dini cemaatler, kendi yasasına göre şekilleniyor, bu cemaatlerin başında vergi ve harçların ödenmesinden iç güvenlik konularına kadar, merkezi idare ile ilişkileri düzenleyici bir dini lider bulunuyordu. Cemaatin ruhani

⁴⁰ İlber Ortaylı, *Tanzimattan Sonra Maballi İdareler (1840-1878)*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1974, sayfa 236.

⁴¹ Sabahaddin, *İkinci Bir İzâh*, sayfa 14.

⁴² İbid. sayfa 27.

⁴³ Çitçi, sayfa 51-53.

lideri vasfına sahip kişilerin yanı sıra kırsal bölgelerde, bugünkü muhtarlık ve ihtiyar heyetine denk düşen kocabaşlar seçiliyordu. Kocabaşlar, kendi cemaatlerinin yaşam alanlarına ilişkin konularda, ruhani lidere karşı sorumluydular Buna karşılık millet temsilcilerinin yani cemaatin en yüksek ruhani liderinin sultanın huzurunda bürokratik-hiyerarşik ya da idari bir statüsü yoktur⁴⁴. Bu sistemin 1856'ya kadar devam ettirildiği konusunda genel bir kanı söz konusudur. Tanzimat'ın ardından, bütün yurttaşların eşit ilan edilmesi, Müslim-gayrimüslim ayrımının ortadan kalkması ile birlikte yüzyıllar süren bu yapı yavaş yavaş değişerek, din ve mezhep odağından; etnik köken, kültürel-dilsel köken ve özellikle Batılı-siyasi anlamı ile "millet" olma yani uluslaşma odağına kaymıştır. Bu gelişmenin, zaten homojen olmayan birçok bölgede, milliyetçilik duygularını da tetiklediği iddiası daima dikkate alınmıştır⁴⁵. Dolayısı ile büyük bir bölünme tehlikesi olarak kendini gösterinceye dek, Osmanlı gayrimüslimlerinin yaşam biçimi, devletin taşradaki yükümlülüklerini hafifleten, hatta idari ve eğitim yönünde bu yükümlülüğü üstlenen bir yapıdadır⁴⁶. Daha da

⁴⁴ Kemal H.Karpat, *Osmanlı'da Değişim, Modernleşme ve Uluslaşma*, Çeviren Dilek Özdemir, İmge Yayınları, İstanbul, 2006, sayfa 117-118.

⁴⁵ Osmanlı İmparatorluğunda "millet" sistemine ilişkin tartışmalar ve karşılaştırmalar için bkz. Cihan Osmanağaoğlu, *1862 Rum Patrikliği Nizamı Çerçevesinde Fener-Rum-Ortodoks Patrikhanesi*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, sayfa 81-102. Millet sistemi, Osmanlı Devleti'nin egemenliği altındaki gayrimüslimleri, dinî liderlerine siyasi güç vererek, kendi toplumlarını organize etme hakkı vermesi, onları din veya mezheplerine göre yönetmesi şeklinde de tanımlanabilir. Millet sistemi sayesinde gayrimüslimler, cemaat olarak kimliklerini devam ettirme imkânını bulmuşlardır. Osmanlı Devleti'nde devleti yönetenler Müslüman, uygulanan hukuk da İslâm hukukudur. Bu nedendenir ki Müslüman unsurların dışında kalan unsurlar için Osmanlı belgelerinde "tebaa-i gayr-i müslime", "cemaat-i muhtelif", "millet-i saire" ve "millet-i muhtelif" gibi terimlerle adlandırılmış olan gayrimüslimler, dinlerine göre Yahudiler, Hıristiyanlar, Sabiiler ve Mecusiler olarak dört ana gruba ayrılmışlardır. Sami Kılıç-İhsan Satış, *"Osmanlı Arşiv Vesikalarına Göre Hıristiyan Cemaatlerin Kamame Kilisesi ile İlgili Tartışmaları"*, *History Studies International Journal of History, Volume 3/3 201, Sayfa 226-227*. Osmanlı devleti içinde her bir dini mezhebin; idari, mali, adli ve hatta cezai yönden kendi ruhani reislerinin idaresi altında olduğu bir özel sistem ile idare edildiğine ilişkin yaygın bir kanı olmasına rağmen son dönem çalışmalarında, Osmanlı'da millet kavramına özellikle klasik döneme ilişkin uygulamaya ihtiyatla yaklaşmak gerektiğini belirten çalışmalar da vardır. Gerçekte ruhani reisler tüm yetki ve görevlerini devlet denetimi altında devletin kuralları çerçevesinde gerçekleştiriyorlardı. Bkz. Macit Kenanoğlu, *Osmanlı Devletinde Millet Sistemi ve Gayrimüslimlerin Hukuki Statüleri (1453-1856)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001, sayfa 76 vd. Ayrıca bkz.Cevdet Küçük, *"Osmanlı İmparatorluğunda "Millet Sistemi" ve Tanzimat*, Ed. Halil İnalçık-Mehmet Seyidanlioğlu, *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, İs Bankası Kültür Yayınları, İstanbul,2008 içinde sayfa 543-555.

⁴⁶ Islahat Fermanı, cemaat başkanlarının dünyevi yetkilerini ellerinden almıştır. Böylece mensupları, cemaat başkanlarının kesin otoritesinden sıyrılarak kendi cemaatlerinin yönetimine katılma imkânı bulmuşlardır. Aslında durum Orta Çağ Avrupa'sındaki dönüşümü andırmaktadır. Osmanlı dünyasında siyasi anlamı ile milletlerin doğuşu; ekonomik, toplumsal değişiminin ve otorite kavramının dönüşmesi sonucudur. Gerçekten de mülk sahibi grupların, dini cemaat liderinin yetkilerine ortak olmaları ve bu grupların zamanla kazandıkları ekonomik toplumsal nüfuz, ruhbanın yetkilerinin ve toplumsal etkisinin zayıflamasına yol açmıştır. Kemal Karpat, *Ortodoksu'da Millet, Milliyet ve Milliyetçilik*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2011, sayfa 141-143. Elbette bu bireyci, laik bir topluma doğru dönüşümdür.

ötesi, özel hukuk alanlarındaki ayrıcalıklarının yenilenmesi, gayri Müslim grupların, Müslüman unsurlarla bir ortak hukuk sistemi içinde eşitlenmesini engellemiştir. Her milletin kendi komisyonları tarafından hazırlanan, 1862 Rum Patrikliği Nizamnamesi, 1863 Ermeni Gregoryan Nizamnamesi, 1865 Yahudi Cemaati Nizamnamesi, Osmanlı gayrimüslimlerinin devlet eliyle bağımsız yaşamalarına yardım etmiştir⁴⁷. 1856'ya kadar uygulanan millet sistemini değiştiren bu nizamnameler; dini geri çekerek, tüm unsurları "Osmanlı" kimliği altında ve eşit vatandaş statüsünde birleşme amacına hizmet etmekteydi ve yeni bir idari yapılanma çabalarının ürünü olarak ortaya çıkmışlardı⁴⁸. Ancak 19. Yüzyılda, İmparatorluğun ayakta kalmak için merkezi

⁴⁷ Osmanlı millet reformunun en önemli yanı, tüccarlar ve zanaatkarlar başta olmak üzere din adamı dışındaki diğer grupların patriklerin seçimine imkân sağlanmasıdır. Karpap, *Ortadoğu'da Millet*, sayfa 173.

⁴⁸ Osmanağaoğlu, sayfa 132. Osmanlı imparatorluğuna Batı tarzı yerel yönetim sisteminin oldukça geç tarihlerde gelmesi, bizce paradoksu körükleyen bir nedendir. Bilindiği gibi Osmanlı idari yapısında, eyaletler livalara, livalar kazalara, kazalar nahiyelere nahiyelere köylere ayrılıyordu. Nahiye ve köy dışında kalan idari merkezler aynı zamanda bir yargı birimdir ve her yargı biriminde bir kadı vardır. Kadı, yerel yönetimlere düzenli hizmetleri yerine getirmekte idi, ancak Kadı yönetim ve hizmetlerini gerçekleştirirken yerel esnaf ve halk temsilcilerinden yardım isteyebilmektedir. Buna karşılık Kadı'nın yanında yerel halk tarafından seçilen belli bir hukuki statüye sahip birim yoktur. Mahalle ve köylerde temsile dayalı bir yönetim Tanzimat'tan çok sonra düzenlenebilmiştir. Başka bir deyişe muhtarlık da dâhil olarak yerelde kamu otoritesini kullanan her birim ve kişi merkezi yönetimin onayına dayandığı için Tanzimat'a kadar bugünkü anlamı ile "yerel yönetim" birimi yoktur. Osmanlı toplumu, Batı'lı anlamdaki yerel yönetimler 19. yüzyılın ikinci yarısında yapılan hukuki düzenlemelerle gelişmiştir. Tanzimat'ın getirdiği yenilikler içinde sayılabilecek olan yerel yönetimler merkeziyetçi eğilimler ile şekillenmiştir. Yerel örgütlenmede mahalle ve köy birer toplumsal birim olarak geleneksel yerini daima korumakla birlikte, köy (karye) ve nahiyenin bir idari birim olarak düşünülmesi 19.yüzyıldır. Mahalle ve köyden idari olarak sorumlu kişi yani muhtar; Müslüman bölgelerde imam, gayrimüslim yerleşim yerlerinde rahip veya halkın seçtiği kocabaşdır. Bu kişiler, hükümet halk arasındaki ilişkileri düzenlemektedirler. İlber Ortaylı, *Türkiye İdare Tarihi*, sayfa 49. Çitçi, sayfa 48. Ruşen Keleş-Fehmi Yavuz, *Yerel Yönetimler*, 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1989, sayfa 37-39. Hikmet Kavruk-Tevfik Erdem-Nail Öztaş, *Türkiye'de Köy Yerleşimi ve Yönetimi, Köy Sorunları Araştırması*, Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2012, sayfa 18-19. Diğer taraftan klasik dönemden beri Osmanlı Eyalet idaresinde yerel grupların temsil edilmesi, merkezi hükümet adına yürütmeyi gerçekleştiren valilerin sık başvurduğu bir yöntemdir. Vergi tahsili, zorunlu bayındırlık işlerinin yapılması, "reaya"nın temsilcilerinden meydana gelen kurulların yardımı ile sağlanmaktadır. Özünde "meşveret" sistemine dayalı bu temsil görevi Hıristiyan "reaya" kesimde kocabaşlar ve bölge eşrafının temsilcileri tarafından yerine getirilmektedir. Meşveret usulü, belli bir sosyal fonksiyonu yerine getirmektedir (yani literatürdeki "İslami" usul adlandırması tam olarak doğru değildir) Meşveret, vergi toplamaktan, kamu işlerinin görülmesi için uygulanan ve aslında merkezi iktidarın yereldeki güçsüzlüğünü perdeleyen bir usuldür. (Bu durum Orta Çağ Avrupa'sında da vardır.) Osmanlı devletinde bu yapıların süreklilik kazanması ve adeta bir tüzel kişilik gibi çalışması Tanzimat'tan sonra eyaletlerin idaresinde yapılan reformlarla mümkün oldu. Gerçi özellikle Balkanlar'da "de facto" (fiilen) uygulanmaktaydı. Ortaylı, bu tür oluşumların İmparatorluğun bilinçli tercihleri ile gerçekleşmediğini, tam tersine merkezin güçsüzlüğünden kaynaklanan yetersizliklerin 18. yüzyılın başından itibaren yerelde bazı güçlerin ortaya çıkmasına zemin hazırladığını ve bu yerel güçlerin yürütme ya da icra kurulu gibi hareket etmelerine imkân verdiğini belirtmektedir. Ortaylı, *Türkiye İdare Tarihi*, sayfa 283.

güçlendirme politikalarının hâkim olduğunu biliyoruz. 1876 Kanun-ı Esasisi'ndeki düzenlemelerde; bir imparatorluk anayasası olarak, var olan yerleşik düzeni büsbütün değiştirmek yerine, kopuşları önlemek için merkezle ilişkilerin güvenceye bağlandığı bir anlayış görülmektedir. Bununla birlikte, Osmanlı millet sisteminin dönüşümü; hiç istenmeden de olsa dini kimlik ile millî kimlik arasında siyasi bir özdeşlik yaratmış, gayrimüslim grupların ulusal aidiyet duygusunu pekiştirmiştir.

Sabahaddin Bey, kendini müdafaa ederken, İmparatorluğun, son yüz yılında barış anlaşmaları ile, barış konferansları ile, sürekli yenilenen kapitülasyonlar ile imparatorluk içinde yaşayan gayrimüslim çeşitli unsurlara tanınan ayrıcalıklı ve nihayet Tanzimat'tan sonra hukuki altyapıya kavuşan idari düzenlemelerin zaten "adem-i merkezîyet" düzenini getirdiğini söylemektedir. Vergi, mahkemeler, eğitim konularında gayrimüslimlerin elde ettikleri ayrıcalıkları tek tek ele alarak yaptığı açıklamalarda bizi bu yoruma götürmektedir. Nitekim Sabahaddin Bey, bu açıklamaları "İzahlar"ında tekrar tekrar yazar:

"Neden Hıristiyanlar yasal olmasa bile, fiilen adem-i merkezîyet idaresinin sağlayacağı hürriyetten daha fazlasına, âdeta bir muhtariyet idaresindeki imtiyazlara sahip oluyorlar?.. Mahkemeler konusunda; ruhani meclis ve cismani meclis temsilcileri, metropolitlik veya Piskoposluklarda mahkemeler oluşturularak aralarındaki her türlü uyumsuzluğu istedikleri gibi çözmektedirler. Gülhane Hattı ve onu takip eden Nizamnamelerle Hıristiyanlara verilen adli imtiyazlar da sınırlandırılmak istenmiş, ancak bir türlü sonuca ulaşamamıştır. Bu yüzden, Patrikhaneler ile adliye nezareti arasında sürekli bir anlaşmazlık doğmuştur. Eğitim konusunda ise, Hıristiyanlar, Millî Eğitim Bakanlığı'nın kurulmasından önce, aldıkları fermanlarla köylerinde, mahallerinde istedikleri ya da ihtiyaç duydukları okulları açmakta ve diledikleri kitapları ve dersleri okutmaktadırlar. Millî Eğitim Bakanlığı'nın çıkardığı birkaç kitap ve dergi açıldığında, birçok izinsiz açılmış Hıristiyan okulunun isimleriyle dolu olduğu görülür"⁴⁹. Tarım ve ticaretlerine,

⁴⁹ Burada 19. yüzyılda Osmanlı topraklarında etkin çalışma yapan, okul ve çeşitli hayır kurumları açan Amerikalı Protestan misyonerlerin çalışmaları örnek gösterilebilir. 1886'larda sayısı 400'ü bulan bu eğitim kurumlarının çoğu ruhsatsız çalışmaktadır. 1890'larda ruhsat işlemleri tamamlanabilirdi, ancak problemlerli noktalarda Osmanlı merkezi idaresinin ciddi bir müdahalesi olmadı. Amerikalı misyonerler Osmanlı topraklarında Amerikan vatandaşı yetirmekte büyük bir zorluk yaşamadılar. İlber Ortaylı, *Osmanlı'da Milletler ve Diplomasi*, Seçme Eserler III, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, sayfa 73-76. Aslında 1869 Maarif-i Umumiye Nizamnamesiyle yasal temele kavuşan yabancı okullar, kapitülasyonlara dayanmaktadır ve bu nizamnamede, yabancılara da Osmanlı ülkesinde okul açma izni verilmekteydi. 1876 Kanun-ı Esasisi yabancı okullara açıkça yer vermemiştir. Bununla birlikte gerek Maarif-i Umumiye Nizamnamesi ve gerekse Kanun-ı Esasi, ülkedeki bütün okullar üzerine devlet denetimi getirmeyi amaçlamıştır. Devletin yabancuların tepkisinden çekinerek bu okullara açıkça müdahalede bulunmaktan çekindiğini de ekleyebiliriz. İlk defa 1583 yılında Fransızlar tarafından, daha sonra da başka devletler tarafından açılan yabancı okulların içinde sayıca en kabarık olanı Fransız okullarıdır. Ancak son çalışmalar, ilk defa 1824 yılında açılmaya başlayan Amerikan okullarının daha fazla olduğunu göstermektedir. 1912-1913 Türk-Fransız Antlaşması ile tanınan Fransız okulunun sayısı yaklaşık olarak 100

hükümetin müdahalelerinin zarar vermesinden sürekli kaçınan Hıristiyanlar, Müslümanlarla nispet kabul etmeyecek surette zenginleştiği için, çocuklarının tahsil ve terbiyesi için gereken parayı aralarında toplarlar ve hükümetten bağımsız bir biçimde gelirlerini düzenlerler. Oysa bu ayrıcalık, özellikle Türk ve Müslüman kesimlerden neden esirgenmektedir? Bizim adem-i merkezîyet fikrimizi eleştirenler, Hıristiyanlar için çıkarılan fermanları inceleseler, göreceklere göre ki Müslüman unsurlara verilmekten çekinilen adem-i merkezîyete ait imtiyazları, devlet, Hıristiyanlara kanunlarla vermiştir.”⁵⁰

civarındadır. Bununla birlikte İmparatorluktan Cumhuriyete intikal eden Amerikan okulunun sayısı, Fransız okulunun sayısından azdır. Cumhuriyetin ilk yıllarında 11 Amerikan ve 41 Fransız okulundan başka 1 Alman, 2 Avusturya, 17 İtalyan, 1 İran, 3 İngiliz, 1 Yugoslav okulu vardı. Bu okullara gayri Müslim çocukları devam ettikleri gibi, Müslüman Türk çocukları da devam ediyorlardı. Yabancı okullara devam eden öğrenciler arasında Müslüman çocuklarının oranları 1890'da %15, 1911'de %56, 1926'da %51, 1931'de %64, 1939'da %76'dır. Ersoy Taşdemirci, “*Türk Eğitim Tarihinde Azınlık Okulları ve Yabancı Okullar*”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 10, 2001, sayfa 26-27. Ayrıca bkz. İlay İleri, “*Osmanlı Devleti'nde Azınlıkların Eğitimi*”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1156/13603.pdf> (görüntüleme tarihi 17.03.2014).

- ⁵⁰ M.Sabahaddin, *Teşebbüs-i Şahsî ve Adem-i Merkezîyet Hakkında İkinci Bir İzâh*, İstanbul, Mahmud Bey Matbaası, 1324. (Eser İstanbul Devlet Beyazıt Kütüphanesi Nadir Eserler Bölümünde 24658 numara ile kayıtlıdır. Latin harfleri ile Türkçeleştirilmiş metin için bkz. Akkaya, sayfa 160 vd. Sabahaddin Bey bu noktada haklı bir eleştiri getirmektedir. 1868 tarihli bir rapor bu durumu açıklayıcı bazı bilgiler vermektedir. “İngiliz konsolosu Palgrave 1868'de bir raporda şunları yazıyordu: “Türkiye'deki Hıristiyanların Müslümanlara kıyasla refah içinde olmalarını, onların daha enerjik, çalışkan ve erdemli olmalarına yormak yanlıştır. Gerçek şu ki, çalışkanlık, doğruluk, namusluluk ve dürüst iş çıkarma bakımından Müslümanlar şaşmaz biçimde, Rum ve Ermeni hemşehrilerinden kesinlikle bir gömlek üstündürler. Ama ne var ki, Müslümanlar muazzam bir yükün altında sistematik olarak ezilmişlerdir ve ezilmektedirler. Hıristiyanlar ise Osmanlı Devletindeki ayrıcalıklı durumlarını sürdürerek son yüzyıldan beri sürekli olarak zenginleşmişlerdir”. Yelda Demirağ, “*Osmanlı İmparatorluğu'nda Yaşayan Azınlıkların Sosyal ve Ekonomik Durumları*”, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı tarihi Araştırma ve Uygulama merkezi Dergisi, 2002, Sayı 13, sayfa 20. Ama yine de bazı araştırmalar cemaatler için Sabahaddin Beyin bahsettiği ölçülerde serbest hareket etme halinin olmadığını ortaya koymaktadır. Kilise yapımı, kilise mallarının yönetimi ve cemaatler arası ilişkilerin özellikle merkezi idarenin kontrolünde olduğunu görmekteyiz. Örneğin gayrimüslim cemaatler, çeşitli sebeplerle kendi aralarında yardım toplayabiliyorlardı. Bu tür yardımların toplanması, patrikhaneler ve hahamların kontrolünde yapılmakla birlikte, devletin iznine tabi idi. 1904 yılında Rum Patrikhanesi hükümete haber vermeden iane toplama girişiminde bulunduğu için, bu konuda bir tahkikat yapılması emredilmiştir. Hükümetin bilgisi dâhilinde yapıldığı sürece böyle faaliyetlere devamlı izin veriliyordu. Yine 1907 yılında Rusya' da “Hocabay ve sair” yerlerde meydana gelen olaylarda ölen Musevilerin ailelerine yardım etmek için Osmanlı Musevileri para toplamak istemişler; Hahambası Kaymakamlığı'nın “Musevi ileri gelenlerinden oluşturulan bir heyetin cemaat mensuplarından uygun miktarda para toplamasına” izin verilmesi için yaptığı müracaat hükümet tarafından görülmüş ve ondan sonra izin verilmiştir. Kilise Defterleri'nde yer alan fermanlarda görüldüğü üzere; cemaatler tamir olunacak veya yeni yapılacak kilise veya okul için patrikhane aracılığı ile devlete müracaat etmekteydiler. Konu “Şuray-ı Devlet” tarafından incelenmekte ve öngörülen ölçülerin dışına taşmamak kaydıyla istenen izin verilmekteydi. Fermanlar, yapılacak ve tamir edilecek kilise (okul veya hastahane) hangi vilayette ise o vilayetin valisine, zaman zaman da vali ile beraber sancak mutasarrıfına hitaben yazılmıştır. Patrikhane'nin izin talebi belirtildikten sonra, konunun incelendiği (mahallerinde), nereye, hangi ölçülerde yapılacağı, yapının cinsi ve

Sabahaddin Bey, adem-i merkeziyete ilişkin açıklamalarında, gayrimüslim unsurların, yönetimle kurdukları idari ilişkileri kendi açıklamaları için bir dayanak yaratmıştır. Buna göre; Batılı ülkelerin her fırsatta Osmanlı azınlıklar politikasına müdahale etmesi, zaten eğitim, ticaret, zanaat, basın alanlarında diğer unsurlarla kıyaslanamayacak kadar gelişmiş bir yapıya sahip olan bu unsurlarda, bağımsız olma isteğini tetikleemektedir ve adem-i merkeziyet yöntemi değil, asıl bu dış müdahaleler Osmanlı için yıkıcı olacaktır.

“... [N]için Hıristiyanlar bu hukuka mahzar oldukları halde istiklal istiyorlar? Çünkü, onlar gelişmenin yolunun adem-i merkeziyet ve teşebbüs-i şahsi olduğunu anlamışlardır ve tam bağımsızlık istemektedirler “...Ademi merkeziyet, milli murakabeyi yalnız meclis-i mebusan vasıtasıyla İstanbul’da değil, vilayet umumi meclisleri ile vilayetlerin her tarafından murakabeyi kökleştireceği için Osmanlıları, Osmanlı devletine kalben bağlayacak milli ticaretimize sürekli bir genişlik verecek, harice karşı birlik halinde, uzum-u izhar ve bu sayede kavmiyet rekabetlerini sürdürmeye en kuvvetli bir vasıta teşkil edecektir. Adem-i merkeziyet, siyasi merkeziyeti temin edecek ve Osmanlı vahdetini an-bean artıran bir kuvvet olacaktır ”⁵¹.

Aslında bu cümlelerde, adem-i merkeziyeti, Osmanlıcılık anlayışının ana teması olarak belirtilmektedir. I. Jön Türk Kongresi’nden beri üzerinde durulan; bütün Osmanlı unsurlarını kapsayıcı bir değişimden söz edilmektedir. Çünkü ve ancak bu değişim gerçekleştiği takdirde, ayrılıkçı arzuların önüne geçilebilecektir. Derin ve kapsamlı bir sosyal reform gerçekleştirmeden İmparatorluğun sorunları; ne Batı, ne meşrutiyet, ne de ittihatçıların müdahalesi ile çözülemezdi. Onun, adem-i merkeziyeti ile Osmanlıcılık arasında kurduğu bağ, bir çelişki değildir. Belki, gerçek durumu zorlayan bir iyimserlik taşıdığı ya da eklektik bir çözüm önerisi olduğu söylenebilir. Ancak, onun Osmanlı toplumları içinde, gayrimüslim kesimlere tanınan ayrıcalıkların sonuçlarını doğru analizi gözden uzak tutulmamalıdır. İmparatorluğun devamı, tüm unsurlar açısından önemlidir⁵². Osmanlı devletini, bütün unsurların ortak gayretinin kurtaracağı söyleyen Sabahaddin Bey, adem-i merkeziyete dayalı idarenin, ayrılıkçılığı önleyeceği düşünülmektedir. Seçim yolu ile yerel idarelerin yönetimine ve denetlenmesine eşlik eden birey, daha geniş bir çerçevede, kendini merkezi idareye katılan ve bu yapıyı da kontrol eden bir üye olarak göreceğinden, merkezin güç-

masrafın nerelerden temin edileceği söylenmektedir. Ali Güler, “Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Din-İbadet, Eğitim-Öğretim Hürriyetleri Ve Bu Bakımdan “Kilise Defterleri”nin Kaynak Olarak Önemi (4 Numaralı Kilise Defteri’nden Örnek Fermanlar)”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1153/13571.pdf> (Görüntülenme tarihi 28.Mart.2014)

⁵¹ Akkaya, sayfa 159.

⁵² “... Bahr-i Sefid seknesi (Akdeniz adaları halkı) istisnâ edildiği takdirde; Osmanlı hıristiyanları her yerde müslüman vatandaşlarına nisbetle ekalliyette kaldıklarından bir istiklâl-i husûsî davâsında bulunamazlar. Bundan dolayı hükûmet-i müstebidenin yerine, bir meşrûtiyyet vaz’ıyla (ilâniyle) başlayacak ıslahâtun umum vatana teşmiline çalışmak menâfi-i esâsiyye-i milliyeleri (milli menfaatlerin esası) icâbındandır.” Akkaya, sayfa 128.

lenmesine katkıda bulunur. Böylece birey, kendisini Osmanlı varlığının bir parçası olarak görecektir. Bu yaklaşım, bireyi, yaşadığı çevreden başlayarak, İmparatorluk düzeyindeki büyük siyasi mekanizmaya dâhil edeceğini öngörmesi dolayısıyla, demokratik bir nitelik taşımaktadır. Ayrıca merkezkaç kuvvetlerin önünde sürüklenen gruplara, siyasi bir “aidiyet” duygusu vermeyi amaçlamaktadır. Adem-i merkezîyet modelini, ulusal refahın artışı, kişisel girişimi destekleyici ve insanı özgürleştirici bir yol olarak değerlendirmiştir⁵³.

Her şeyin, her zaman tek ve çok güçlü bir merkezden yürütüldüğü, halkın her şeyi devletten beklendiği toplumlarda bürokrasinin bir dev gibi yaşadığı, denetlenebilirliğin zorlaştığı ve hizmetlerin geciktiği bilinen sorunlarımızdandır. Yerelde kamu yararı adına gerçekleştirilen hizmetlerin merkezden, üstelik tek taraflı olarak alınan kararlarla yürütülmesi eklektik bir demokrasi anlayışını göstermektedir. Oysa sorumluluk, yetki ve görevin orantılı olarak dağılımıyla, somut ve pratik denetim yollarının açık tutulması, “birey” için siyasi bağımsızlığın en açık garantisidir.

SONUÇ

Sabahaddin Bey, adem-i merkezîyet kavramından hareketle, tahtın ve hilafetin korunmasına ilişkin genel eğilimlerinin tamamen dışına çıkarak, “bireyin bağımsızlığı” gibi demokratik öğelerden bahsedebilmiştir. Adem-i merkezîyet ilkesi de bu demokratik dokuyu yaşatacak öğelerden biri olarak değerlendirilmelidir. Sabahaddin Bey, merkezîyetçilik siyasetinin, katılaştıkça kırılanlaşacağına farkındadır aslında. Giderek genişletilen güçlendirilen merkezi idari yapının, zamanla devleti en büyük işveren haline getireceğini belirttikten sonra; bunun, Batı toplumlarındaki gibi kendine güvenen, özgüveni gelişmiş olduğu için devleti denetleme iradesini geliştiren toplum modeline uzak olduğunu anlatır. Merkezi idarenin çok güçlü olması nedeni ile ister istemez bir memur kitesinin eline düşen devlette; “yetki sahibi olmak”, sivil ve askeri cenahların siyasi çıkar çatışmasına dönüşecektir. Sabahaddin Bey, özellikle “kişisel girişim ve özgürlük” bağlamında öne sürdükleri ile farklıdır. Bu, samimi bir özleştiridir aslında. Askeri-bürokratik kadroların özellikle ittihatçıların bu eleştiriden rahatsız olmaları da anlaşılabilir bir durumdur. Bir bakıma; devletin Batı karşısında yaşayabilmesi her türlü reformun ve siyasi tercihin önüne geçtiğinde sosyal programlarla ilgilenmek anlamsız kalmıştır.

Toplumsal değişimin gerçek anlamda sağlanabilmesi için, kültürün de aynı doğrultuda ve aynı hızla evrilmesi gerekir. Bireysel niteliklerden başlayarak, aile, mülkiyet, üretim ve mübadele ilişkileri, hukuk, siyasi iktidar ile kurulan bağa kadar geniş bir yelpazeyi kapsayan Sabahaddin Beyin görüşlerinin, kültürel değişim üzerine yoğunlaştığını söylemek abartılı olmaz.

⁵³ Hanioglu, sayfa 200.

Sabahaddin Bey, adem-i merkeziyeti Anglo-Sakson modelden ilham alarak, teşebbüs-i şahsi kavramının paralelinde değerlendirmektedir. Eksik ve zaman zaman yanlış kavramlar kullanarak sunduğu sosyal reform eleştirilse de O'nun "sefalet kabristanı" olarak tanımladığı durumu, kendisini eleştirenler de İmparatorluğun çeşitli bölgelerindeki memuriyetleri sırasında daha yakından görmüşlerdir.

"..bu kabineler ne kadar muktedir, ne kadar faal, ne kadar namuslu olsalar yine memleketimizin ihtiyacını anlamıyoruz. Bu da ayıp değil...Çünkü memleketimizi bilmiyor, tanımıyoruz. Biz hala Gelibolu Sancağı gibi, Fizan sancağını da öyle idare etmek istiyoruz. Orada yalnız merkezi livada yüzlerce memur varken, burada her biri birer vilayet cesametinde dört kazası ile koca Fizan'da on beş memur...mesela, Gat kazasında bir vukuat olsa, merkezi livaya yirmi günde akseder. Buradan vilayete yazılır, oradan da İstanbul'a... derken bir telgraf: Serian tahkikat icrası...bir telgraf daha, tahkikat ne oldu? [Halbuki]...benim yazdığım mektubun Gat'a vasil olmasına on beş gün istiyor."⁵⁴

Meşrutiyetle birlikte, Osmanlı toplumunda yapılacak ciddi bir değişimin, elle tutulur sonuçlara varabilmesi için, adem-i merkeziyet ve kişisel girişim ilkelerinin yaşama geçirilmesi gerekmektedir. Zira Osmanlı toplumu, yoksulluğunun ve geri kalmışlığının nedenlerini bulmaz ve bunları ortadan kaldıramaz ise Abdülhamit'in yeri hiçbir zaman boş kalmayacak, o gidecek, yerine bir başkası gelecektir. Toplumsal değişim, ancak kişiye gerçek bir özgürlük ve güven duygusu veren, böylece kişisel girişim yollarını açan sağlam bir eğitim reformu ile mümkündür. Öte yandan, toplumda genel bir kalkınma hamlesini gerçekleştirebilmek için, ciddi ve kalıcı bir tarım ve toprak reformu yapılmalı, özel mülkiyet sağlanmalıdır. Bu reform beraberinde devletin idari yapılanmasına da yansıtılmalı ve idari yönden adem-i merkeziyet usulüne geçilmelidir. Bu şekilde, halk yöneticileri kontrol edebilecek, yöneticiler de sorunları ve yapılması gerekeni yerinde tespit edebilecekler, hizmeti kısa ve pratik yoldan sunabileceklerdir. Aksi halde, Osmanlının büyük sorunlarının çözümü bürokrasinin içinde sıkışacak, meşruti yönetimin gelmiş olması pek bir fayda sağlamayacaktır.

Son olarak, Sabahaddin Bey ve "ittihatçılık" kavramı arasında kurulacak herhangi bir ilişki nasıl cevaplanabilir? "İttihatçılık" sadece İttihat ve Terakki Cemiyetine üye olmaktan, Jön Türk grupları içinde yer almaktan daha öte bir kavramdır. Bir çeşit siyasi tarikat, bir dava adamı olmak, siyasi şîra sahip olmak, kendini kutsal bildiği bir mücadeleye adanmak ya da fedai olmak...Tunaya Hoca bu konuda geniş bir yorum getirmiştir⁵⁵. Bu bir düşünce adamı, bir ideolog olmanın ötesidir. Eylem adamı

⁵⁴ Fizan Sancağı'na mutasarrıf tayin olunan Sami Beyin Mektubu'ndan aktaran İbrahim Temo, *İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin Kurucusu ve 1/1 Nolu Üyesi İbrahim Temo'nun İttihat ve Terakki Anıları*, Arba Yayınları, İstanbul, 1987, sayfa 201 vd.

⁵⁵ Tanık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasi Partiler, C III, İttihat ve Terakki Bir Çağın, Bir Kuşağın, Bir Partinin Tarihi*, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1989, sayfa 326 vd.

olmak, heyecanı ve dinamizmi ile davaya hizmet etmek demektir. Sabahaddin Beyin tavrı, siyasi duruşu ve tercihleri bu sıfatların çok çok uzağındadır. Üstelik halk adamı olmadığı için siyaseti küçümsediğini Ahrar ve diğer siyasi gruplarla arasına mesafe koymak istediğini biliyoruz. Özel eğitim ile büyümüş, yaşamının çok büyük kısmında hemen hemen küçük aile çevresinden hiç ayrılmamış bir saraylı muhalif olarak, örgütlenmenin siyaseten ne anlama geldiğini iyi değerlendirememiştir. İttihatçıların yaşamları izlendiğinde, genel olarak ahlaki ilkelerinde ve karakterlerinde gözlemlediğimiz “dava adamı” olma gibi bir düsturu da yoktur. Bununla birlikte kişisel yarar ya da mevki adına belli bir grubun, belli bir odağın temsilcisi olmadığı kanaatindeyiz. Kendisi halkın gündelik hayatını bilmemek ve bilmediği bu konu hakkında fikir yürütmekle de suçlanmıştır. Gerçi O'nun sunduğu sosyal değişim programında, öncelikle bir seçkinler grubunun çok iyi eğitim aldıktan sonra topluma dağılıp, onları yerinde eğitebileceğine olan inancını inkâr edemeyiz. Bu görüşlerinin “liberal” olarak değerlendirilmesi ise ayrıca bir tartışma konusudur.

“İzâh”larından hareket ederek, adem-i merkezîyet kavramına ilişkin açıklamalarında; kendisinin “kafasının karışık” olduğunu söylemek mümkündür. Bu durum; bize Sabahaddin Beyin, idari teşkilatlanma ve İmparatorluğun hukuki dokusu hakkında etraflı bir bilgiye sahip olmadığını düşündürmektedir. Bununla birlikte, demokrasi ile sivil toplumun dönüşümü arasında açık bir ilişki olduğunu ispatlama gayretindedir. Osmanlı toplumunun zaaflarını ifade ederken, aslında İmparatorluğu saran tehlikenin nedenleri üzerine sosyo-toplumsal açıklamalar getirmiş; -bugün de muzdarip olduğumuz noktayı- yani merkezi siyasi otorite ile idari yapıyı aynı hukuki düzeyde tanımlamanın sakıncalarını görmüştür.

KAYNAKÇA

- Akkaya Rukiye, *Prens Sabahaddin*, Liberte Yayınları, Ankara, 2005.
- Akşin Sina, *Jön Türkler ve İttihat ve Terakki*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Cemal Paşa, *Hatırlar, İttihat-Terakki ve Birinci Dünya Harbi*, Selek Yayınları, İstanbul, 1959.
- Çadırcı Musa, *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentleri'nin Sosyal ve Ekonomik Yapısı*, Türk tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1997.
- Çitçi Oya, *Yerel Yönetimlerde Temsil –Belediye Örneği- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü*, Ankara, 1989.
- Ege Nezahet Nurettin, *Prens Sabahaddin, Hayatı ve İlmi Müdafaaaları*, Güneş Neşriyat, İstanbul, 1977.
- Gülân Aydın, “*Babanzâde Mustafa Zihni Paşa ve “Tevsi-i Mezuniyet yahud Kitab-ı İdaremizden bir Sahife” Adlı Eseri*”, İÜHFİM, Yıl 6, Sayı 1-3, 1985, sayfa 109-128.
- Güler Ali, “*Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Din-İbadet, Eğitim-Öğretim Hürriyet-*

- leri Ve Bu Bakımdan "Kilise Defterleri"nin Kaynak Olarak Önemi (4 Numaralı Kilise Defteri'nden Örnek Fermanlar)", sayfa 155-175. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1153/13571.pdf> (Görülme tarihi 28.03.2014)
- Gözübüyük Şeref - Kili Suna, *Türk Anayasa Metinleri (1839-1980)*, Ankara, 1982.
- Gözübüyük Şeref - TarhanTurgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- Gözübüyük Şeref, *Türkiyenin İdari Yapısı*, Ankara, 1974.
- Günday Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Hanioğlu Şükrü, *Bir Siyasal Düşünür Olarak Dr. Abdullah Cevdet ve Dönemi*, Üçdal Yayınları, İstanbul,1981.
- Hanioğlu, Şükrü "Prens Sabahaddin'in Katolik Kilisesi İle Olan İlişkileri", İÜSBFD, Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul,1982, sayfa 99-120.
- Karpat Kemal H., *Osmanlı'da Değişim, Modernleşme ve Uluslaşma*, Çeviren Dilek Özdemir, İmge Yayınları, İstanbul, 2006.
- Karpat Kemal, *Ortadoğu'da Millet, Milliyet ve Milliyetçilik*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2011.
- Kavruk Hikmet - Erdem Tevfik - Öztaş Nail, *Türkiye'de Köy Yerleşimi ve Yönetimi, Köy Sorunları Araştırmaları*, Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2012.
- Keleş Ruşen - Yavuz Fehmi, *Yerel Yönetimler*, 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1989
- Kenanoğlu Macit, *Osmanlı Devletinde Millet Sistemi ve Gayrimüslimlerin Hukuki Statüleri (1453-1856)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001.
- Kılıç Sami - Satış İhsan, "Osmanlı Arşiv Vesikalarına Göre Hristiyan Cemaatlerin Kamame Kilisesi ile İlgili Tartışmaları", *History Studies International Journal of History, Volume 3/3 201, Sayfa 225-244*.
- Kuran Ahmet Bedevi, *Osmanlı İmparatorluğu'nda İnkılap Hareketleri ve Milli Mücadele*, Baha Matbaası, İstanbul, 1956.
- Kuran Ahmet Bedevi, *İnkılap Tarihimiz ve İttihat ve Terakki*, Tan Matbaası, İstanbul, 1946.
- Küçük Cevdet, "Osmanlı İmparatorluğu'nda "Millet Sistemi" ve Tanzimat, Ed. Halil İnalçık-Mehmet Seyidanlıoğlu, *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008, sayfa 543-555.
- Mardin Şerif, *Jön Türklerin Siyasi Fikirleri (1895-1908)*, İletişim Yayınları, İstanbul,1989.
- Mithat Ali Haydar, *Hatıralarım (1872-1946)*, Akit Yayınları, İstanbul,1946.Onar Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul,1966.
- Ortaylı İlber, *Tanzimattan Sonra Mahalli İdareler (1840-1878)*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1974.
- Ortaylı İlber, *Osmanlı'da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*, Seçme Eserler II, İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2008.

- Osmanağaoğlu Cihan, *1862 Rum Patrikliği Nizamı Çerçevesinde Fener-Rum-Ortodoks Patrikhanesi*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- Sabahaddin M. *Teşebbüs-i Şahsi ve Tevsi-i Me'zuniyet Hakkında Bir İzâh*, Dersaadet, 1324.
- Sabahaddin, *Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkezîyet Hakkında İkinci Bir İzâh*, İstanbul, Mahmud Bey Matbaası, 1324.
- Said Kemalpaşazade, *Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye*, Birinci Kısım, Garam Matbaası, Kostantiniye, 1329.
- Stanford J. Shaw-Ezel Kural Shaw, *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, C II, İstanbul, 1983.
- Taşdemirci Ersoy, "Türk Eğitim Tarihinde Azınlık Okulları ve Yabancı Okullar", Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 10, 2001, sayfa 13-30.
- Temo İbrahim, *İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin Kurucusu ve 1/1 Nolu Üyesi İbrahim Temo'nun İttihat ve Terakki Anıları*, Arba Yayınları, İstanbul, 1987.
- Tunaya Tarık Zafer, *Türkiye'de Siyasi Partiler, C III, İttihat ve Terakki Bir Çağın, Bir Kuşağın, Bir Partinin Tarihi*, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1989.
- Tunaya, Tarık Zafer, *Türkiye'de Siyasi Partiler, C III, İttihat ve Terakki Bir Çağın, Bir Kuşağın, Bir Partinin Tarihi*, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1989.
- Tunaya Tarık Zafer, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1969.
- Tunaya, Tarık Zafer, *Türkiye'de Siyasi Partiler İkinci Meşrutiyet Dönemi C I*, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1984.
- Tütengil Orhan, *Prens Sabahaddin*, İstanbul, 1954.
- Ülken, Hilmi Ziya *Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi*, Ülken Yayınları, İstanbul, 1992.
- Yayla Yıldızhan, *Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri Tevsi-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezif*, İÜSBF Yayınları, İstanbul, 1982.
- Yelda Demirağ, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Yaşayan Azınlıkların Sosyal ve Ekonomik Durumları", OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı tarihi Araştırma ve Uygulama merkezi Dergisi, 2002, sayfa 15-33.
- Yuriy Aşatoviç Petrosyan, *Sovyet Gözüyle Jön Türkler*, Çeviren Mazlum Beyhan-Ayşe Hacıhasanoğlu, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 1974.

1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE SİYASAL MUHALEFET

(Political Opposition in the Era of the Constitution of 1924)

Bihterin DİNÇKOL*

ÖZET

Batı demokrasilerini totaliter sistemlerden ayıran önemli unsurlardan biri siyasal muhalefettir. Çoğunlukçu demokrasilerde, iktidardaki parti dışında siyasal partiler var olmasına rağmen, seçimlerde iktidar partisiyle diğer partiler eşit koşullar içinde yarışamazlar. 1924 Anayasası da çoğunlukçu rejim örneğidir. Meclis, 1924 Anayasası'nda egemenliğin kullanılmasında tek yetkili organ olarak düzenlemiştir. Cumhuriyetin ilanının ardından kabul edilen Anayasa'da meclisin iradesinin sınırlanması düşünülmemiştir. Bu nedenle de meclisin Anayasaya uygunluğunu denetleyecek yargısal bir organa yer verilmemiştir. Özgürlüklerin yegane güvencesi, egemenliğin kullanıcısı TBMM olmuştur. Ayrıca 1924 Anayasası'nın uygulandığı tek partili dönemde, egemenliği kullanan organların çokluğu ve çok partili yaşam söz konusu değildi.

Anahtar kelimeler: 1924 Anayasası, çoğunlukçu demokrasi, siyasal muhalefet.

Abstract

The political opposition is the one of the most distinctive subject to separate western democracies from totalitarian regimes. Even though there are other political parties besides of government party, not all these parties compete under equal conditions in majoritarian democracies. The Constitution of 1924 is an example of the majoritarian democracy. The Assembly was organized as the sole competent authority in the exercise of the sovereignty by the Constitution of 1924. After the proclamation of the Republic, the limitation of the Assembly's will was not considered in the Constitution. Therefore, there was not any judicial organ which supervises the constitutionality of the Assembly in the Constitution. The only guarantee of the freedom had been the Assembly exercising the sovereignty. In addition to this, in the Constitution of 1924 which was the single political party era, the multiplicity of organs to exercise of sovereignty and multi political party period was out of the question.

Keywords: The Constitution of 1924, majoritarian democracy, political opposition.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD öğretim üyesi.

I. ÇOĞULCU DEMOKRASİ- ÇOĞUNLUKÇU DEMOKRASİ

Demokrasi, en genel şekilde yöneticilerin serbest seçimlerle belirlendiği siyasal sistem olarak tanımlanırken şüphesiz burada vurgu yapılan unsur seçimlerdir. Ancak modern demokrasilerde sadece seçimler yeterli değildir, seçimler sonucu ortaya çıkan çoğunluğun sınırlandırılması ve yurttaşların seçim arası dönemlerde siyasal kararları etkileme olanağının bulunması demokrasinin gerçekleşmesi için gereklidir. Dolayısıyla modern demokrasiler, çeşitli görüşlerin, çıkarların yarışmasına sahne olur. Siyaseti etkilemek için çıkar ve düşüncelerin yarışması ise çeşitli siyasal parti ve örgütlerin kurulmasını gerektirir. Demokrasi için gerekli şartlardan biri de; yurttaşların siyasal partileri ve çıkar gruplarını serbestçe şekillendirmeleridir¹. Modern demokrasilerin çoğunlukçuluktan uzaklaşıp çoğulcu bir siyasal sistem haline dönüştüğünü Dahl, “Eski görüşte hizipçilik ve çatışma yıkıcı diye görülürken, siyasal çatışma, demokratik düzenin normal, kaçınılmaz, hatta istenilir bir parçası haline gelmiştir.”² sözleriyle ifade eder. Burada 19. yüzyılın siyasal ortamının etkisi ile değişen demokrasi nitelendirilmesi vurgulanmaktadır. Sosyal, siyasal, ekonomik gelişmeler sonucu siyasal ilginin artması; toplumu homojenleştirme yerine toplumsal farklılaşmanın siyasal iktidara yansımaları, demokrasinin temelini yerleştirmiştir.

Siyasal kararların alınmasında çoğunluk iradesinin sınırsız biçimde üstünlüğüne dayalı olan “çoğunlukçu demokrasi”, Rousseau’nun görüşlerine dayanmaktadır. “Çoğunlukçu demokrasi”, çoğunluğun mutlak ve sınırsız üstünlüğünü, yanılmazlığını ve doğruluğunu içeren, çoğunluğun iradesiyle ortaya çıkan, toplumun ortak yararına / iyiliğine yönelen, milli irade veya genel irade teorisinin ortaya koyduğu bir demokrasi anlayışıdır. Rousseau’ya göre genel irade; her zaman doğrudur ve kamu yararını gözetir³. Bu teoriye göre; halkın ortak iyiliğine yönelen çoğunluk iradesinin toplumun ortak çıkarı ile çatışması düşünülemeyeceğine göre, çoğunluk iradesi karşısında azınlık haklarının korunmasının da bir anlamı olmayacak, hatta bu azınlık hakları zararlı sayılacaktır. Nitekim Rousseau’nun teorisi, “çoğunluk despotizmine karşı hiçbir gerçek, somut hukuki güvence içermemektedir”⁴.

Rousseau “genel irade”nin ortaya çıkışı olarak gördüğü egemenliği mutlaklaştırmış ve bu egemenliğin temel haklarla sınırlandırılması düşüncesinden de uzak durmuştur⁵. Carl Schmitt’in ifade ettiği gibi, “Rousseau’ya göre gerçek devletin, yalnızca

¹ Philippe C. Schmitter&Terry Lynn Karl, “Demokrasi Nedir....Ne Değildir”, çev. L. Gönenç, Demokrasinin Küresel Yükselişi, Der. Lery Diamond/ Marc F. Plattner, Ankara, 1995, s. 73.

² Robert A. Dahl, Demokrasi ve Eleştirileri, Çev. L. Köker, Ankara, 1993, s. 36.

³ Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri, Çev. İ. Yergüz, İstanbul, 2012, s.82.

⁴ Arda Atakan. “Putlaştırılmış Bir Kavram; Milli İrade”, Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan, İstanbul, 2012, s.223

⁵ Atakan, s.273.

halkın, esas olarak oy birliğinin hüküm süreceği denli türdeş olduğu yerde var olduğu ortaya çıkar. Contrat Social'e göre devlet içinde partiler, özel çıkarlar, dinsel farklılıklar olmamalı, insanları birbirinden ayıran hiçbir şey -maliyecilik bile- bulunmamalıdır."⁶ Rousseau'ya göre, küçük birleşmeler büyük birleşmenin yani genel iradenin oluşumunu önler⁷.

Çoğunlukçu demokrasi anlayışı meclisin üstünlüğüne, dolayısıyla da meclisteki çoğunluğun üstünlüğüne dayanmaktadır. Bu nedenle, çoğunlukçu demokrasi anlayışında çoğunluğun iradesini sınırlayacak kuvvetler ayrılığı ilkesine ve anayasa yargısına yer yoktur. Azınlığın korunması ve çoğunluk tiranisine kaymasının önlenmesi araçları, bu sistemlerde mevcut değildir. Oysaki her türlü tirani demokrasinin karşıtıdır. Nitekim Karl Popper, demokratik siyaseti, "*tiranlıktan sakınmak için siyasal kurumlar yaratma, geliştirme ve koruma önerisi*" olarak ele alır⁸.

Çoğulcu demokrasiler ise seçimler dışında ara dönemlerde de siyasal kararları etkileme yollarının sivil toplum örgütleri aracılığı ile mümkün olduğu ve azınlığın korunduğu böylece çoğunluk, azınlık dengesinin sağlandığı demokrasilerdir. Serbest seçimlerle oy çoğunluğunu elde eden gruplar bir sonraki seçimlere kadar yönetimi ellerinde bulundururlar. Toplumun temsilcisi olan bu gruplar siyasi partiler içerisinde yer alırlar. Çoğulcu demokrasiler düşünce ve örgütlenmelerde çoğulculuğu ifade eder. Bu anlamda farklı görüşlere sahip kişi ve grupların serbestçe örgütlenerek siyasal iktidar yarışına katılmaları, çoğulcu sistemlerde mümkündür.

Çoğulcu sistemlerde hiçbir düşüncenin ayrıcalığı yoktur. Sartori, iyi bir siyasal sistem için çoğulcu konsensüsün ve çoğulcu muhalefetin gerekliliğini şöyle açıklar; "*Çoğulcu bir onayın (pluralistic consensus) veya (önemine göre) çoğulcu bir muhalefetin (pluralistic dissensus) iyi bir siyasal sistemle yalnız bağdaşmakla kalmayıp, onun yararına da olacağı, ancak on dokuzuncu yüzyılda, partilerin ve parti sistemlerinin gelişmesiyle kabul edilmiş ve kavranmıştır.*"⁹ Sartori, çeşitlilik içinde muhalefetin varlığının, çoğulculuk için bir değer olduğunu da sözlerine eklemiştir¹⁰. Bu tespitten de anlaşıldığı üzere, Batı'nın demokrasi serüveni başlangıçta çoğunlukçu iken sonraları siyasal partili yaşama "*çoğulcu*" olmuştur.

Modern demokrasilerde çoğunluğun yönetme hakkı siyasal partiler eliyle gerçekleşir. Seçimi kazanan siyasal partiye karşı muhalefet edebilme özgürlüğü tanı-

⁶ **Carl Schmitt**, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, 2. Baskı, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Ankara, 2010, s.30.

⁷ **Rousseau**, s. 83.

⁸ **Karl R. Popper**, *Açık Toplum ve Düşmanları*, 3. Baskı, Çev. M. Tunçay, H. Rızatepe, Ankara, 2013, s.139.

⁹ **Giovanni Sartori**, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çev. T. Karamustafaoglu- M. Turhan, Ankara, 1993, s.101.

¹⁰ **Sartori**, s. 102

mak, yasa önünde tüm vatandaşların eşit kabul edilerek, temel hak ve özgürlüklerinin korunma altına alınması, çoğulcu demokrasinin ilkelerini oluşturmaktadır.

Çoğunluğun parlamentodaki üstünlüğü seçim sonuçları ile sağlansa da, çoğunluk iktidarının sınırlanması; azınlıkta kalanların haklarının korunması ile sağlanacaktır. Bu nedenle halkın ortak iyiliğini yansıttığı düşüncesi ile çoğunluğun hiçbir zaman yanılmayacağını, mutlak üstünlüğünü ve doğruluğunu savunan Rousseau'nun görüşleri, çoğulcu demokraside kabul edilebilir değildir.

Azınlık-çoğunluk dengesi yani iktidar karşısında muhalefetin varlığı, demokrasinin gereği olan eşitlik ilkesini gerçekleştirmek içindir. Batı demokrasilerinin başlıca özelliği, örgütlenmiş muhalefetin varlığıdır¹¹. Örgütlenmiş muhalefetin gerçekleşmesini öncelikle sağlayan siyasal partiler ise çoğulcu siyasetin güvencesi olup, halk kitleleri ile iktidar arasında köprü işlevi görürler¹².

Siyasal partilerin ortaya çıkışında ilk adım parlamento gruplarının doğuşudur. İngiltere'de Muhafazakar Parti ile Liberal Parti'nin temellerini oluşturan Parlamento grupları Tory'ler ve Whig'ler bu durumun ilk örnekleridir. Ama siyasal parti alanında asıl gelişme 19. yüzyılda oy hakkının geniş halk kitlelerine yayılması ile yaşanmıştır¹³. Batı demokrasileri iki partili olan Anglosakson ülkelerinin dışında genellikle çok partili sistem özelliği taşırlar. Çoğunlukçu modeli ve iki parti sistemini savunan geleneksel literatür, İngiliz tipinden yola çıkarak yürütmenin istikrar ve etkinliği açısından iki parti sisteminin yararlı olduğunu savunur¹⁴.

II. 1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE MUHALEFET OLGUSU

Ulusal kurtuluş savaşı sürerken yapılan 1921 Anayasası, meclisle yürütülen kurtuluş mücadelesine hukuki çerçeve oluşturmuştur. 1921 Anayasası'nda egemenliğin kullanılmasında tek yetkili organ TBMM'dir. Cumhuriyetin ilanını takiben 1921 Anayasası'nı ilga ederek kabul edilen 1924 Anayasası, kurucu meclis tarafından değil, ikinci Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından hazırlanmış ve bazı değişikliklere uğrayarak otuz altı yıl yürürlükte kalmıştır. 1921 Anayasası gibi 1924 Anayasası da egemenliğin kullanılmasında meclisi, tek yetkili organ olarak düzenlemiştir. Meclisle yürütülen ulusal kurtuluş mücadelesi sonucunda yapılan Anayasa'da imparatorluktan ulus-devlete geçişte, ulus iradesini temsil eden meclisin iradesinin sınırlanması, önceki rejime dönüşü engellenmenin önlemi olarak düşünülmüştür. Bu nedenle de

¹¹ **Nükhet Turgut**, "Siyasal Muhalefet Demokrasinin "Onsuz Olmaz" Unsurudur.", acikarsiv.atilim.edu.tr/browse/516/26.pdf.

¹² **Münci Kapani**, Politika Bilimine Giriş, On Altıncı Basım, Ankara, 2004, s.166.

¹³ **Kapani**, s.161; **Maurice Duverger**, Siyasal Partiler, İkinci Basım, Çev. E. Özbudun, Ankara, 1974, s.15- 36.

¹⁴ **Arend Lijphart**, Çağdaş Demokrasiler, T. C. Bruneau, P. Nikiforos Diamandouros ve R. Gunther'in işbirliğiyle, Çev. E. Özbudun, E. Onulduran, Ankara, 1986, s.74-76.

Anayasaya uygunluğu denetleyecek yargısal bir organa yer verilmemiş, özgürlüklerin yegane güvencesi, egemenliğin kullanıcısı TBMM olmuştur¹⁵. Bu itibarla 1924 Anayasası, üstünlük tanıdığı çoğunluk iradesinin sınırlarını çizmek konusunda yeterli güvenceler taşımayan bir demokrasi anlayışı içermektedir.

1924 Anayasası'nın 3. ve 4. maddelerinde egemenliğin kayıtsız şartsız Millete ait olduğu ve Türk Milletini ancak Türkiye Büyük Millet Meclisinin temsil edebileceği ve Millet adına egemenlik hakkını yalnızca TBMM'nin kullanacağı belirtilmiştir. Bu hükümler, demokrasinin temeli olan ulusal egemenlik ilkesini açıklamaktadır. 1924 Anayasası modernleşme sürecinde ulus yaratma amacına da hukuksal çerçeve oluşturmaktadır. 1921 Anayasası'nda ulusal egemenlik ilkesi düzenlenirken, uluslaşma süreci henüz tamamlanmamıştı. Her ne kadar İttihat Terakki döneminin "milliyetçi" politikaları¹⁶ milli mücadele döneminde ulusal birliğin sağlanmasına temel oluşturmuşsa da, ulus-devlet modelinin insan unsurunu oluşturacak "ulus"un oluşumu, cumhuriyetin ilk yıllarının politikasının ürünüdür. Aslında ulusal egemenlik, Fransız devriminin bildirgesinde ve sonrasında cumhuriyet kavramı ile birlikte kullanılmış ve soyut "millet" kavramı, demokrasi anlayışının da temelini oluşturmuştur. 1924 Anayasası'nda da aynı görüşten yola çıkılarak hak ve özgürlükler "Türklerin Kamu Hakları" başlığı ile düzenlenmiş ve hakların öznesi olarak ulus adı, "Türkler" şeklinde gösterilmiştir. Bu başlık altında 1789 öncesi sözleşmecî düşünürlerin ortaya koyduğu doğal haklar kuramının benimsendiği 68. maddede; "*her Türk hür doğar ve hür yaşar*" hükmüyle gene herkes karşılığı olarak ulus ismi kullanılmıştır. Amaç çok ulusluluktan ulusa geçişi sağlayarak "ulus" yaratmaktır.

Anayasa'nın 68. maddesi aynı zamanda 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde olduğu gibi, özgürlüklerin sınırının ancak yasa ile çizileceğini hükme bağlamıştır. Ancak yasama organını denetleyecek herhangi bir organın yokluğu ve yargı bağımsızlığının güvencesiz olması hak ve özgürlükleri tamamen yasamanın ellerine bırakmıştı. Özbudun'un ifadesiyle; "*Meclis çoğunluğunun oyuyla azınlık haklarının ölçsüz şekilde sınırlandırılması mümkündür.*"¹⁷ Seçimler sonucu halkın temsilcilerinden oluşan Meclis'in hiçbir organla yetkisini paylaşmaması ve egemenliğin tek kullanıcısı olmasından kaynaklanan üstünlüğü, Meclis'in keyfiliğe kayabilmesini mümkün kılmaktaydı.

Bu sistemi ile 1924 Anayasası çoğulcu değil, çoğunlukçu demokrasi anlayışını benimseyen bir nitelik göstermektedir. Devrimci bir iktidarın eseri olan 1924 Anayasası'nın TBMM'de şekillenen devlet otoritesine sınır çizmeyen bu yapısı, Meclis'te

¹⁵ "*Türkiye'de ulusal kurtuluşun, meclis üstünlüğüne dayalı bir yöntemle gerçekleşmesi, millet iradesiyle meclis iradesini adeta birbirine kaynaştırarak ve bütünleştirecektir.*" **Erdoğan Teziç**, Anayasa Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2009, s.102.

¹⁶ **Bihlerin Vural Dinçkol / Pervin Somer**, Atatürk İlkeleri ve Devrimi, İstanbul, 2006, s.51.

¹⁷ **Ergun Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 1992, s.13.

oluşan çoğunluk iradesinin çoğunluk tiranisine dönüşmesine zemin hazırlamaktaydı.

1924 Anayasası'nın uygulandığı dönemde uzun bir süre, egemenliğin kullanıcısı TBMM, tek partiden kurulu bir parlamento olmuştur. 1924 Anayasası, her hangi bir değişikliğe uğramadan hem tek parti, hem çok partili dönemde uygulanmış bir Anayasadır. Tek partili Cumhuriyet, 1924 Anayasası'nın bir özelliği değildir. 1924 Anayasası döneminde siyasal yaşamın tek partili, ya da çok partili olarak sürmesi, toplum yaşamındaki gelişmeler, ve siyasal önderlerin tutumları ile ilgili olmuştur. 1924 Anayasası özgürlükçü demokratik bir düzen kurma amacı taşımakta ise de, demokrasinin alt yapısını oluşturacak toplumsal yapının bulunmaması, ulusal devrime karşı faaliyetler ve yapılacak reformların aciliyeti, mecliste gerekli çoğunluğun kolayca sağlanmasına olanak tanıyan tek parti yönetim gerekli görülmüştü. Duverger'in ifadesi ile; "*Partinin teklifi, milletin eğitimi için zorunlu bir geçiş olarak kabul ediliyordu*"¹⁸. Çoğulculuğun modernleşme yolunda yapılacak reformların önünde engel oluşturabilir düşüncesi, egemenliği kullanan organların çokluğunu ve çok partili yaşamdan yana olmayı engellemişti.

Çok partili yaşama geçiş denemeleri Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası ve Serbest Cumhuriyet Fırkası'nı kurulması ile yaşanmışsa da çok partili yaşama geçiş, 1945'de önceden izin verilmeyen "*siyasî nitelikteki derneklere*" yani siyasî partilere iznin verilmesi ve Nuri Demirağ tarafından kurulan "*Millî Kalkınma Partisi*" (temmuz 1945) ile gerçekleşmiştir¹⁹. Sermaye çevrelerinin ve büyük toprak sahiplerinin etkilerinden uzak kalan CHP yöneticilerinin bazı reform hareketlerini başlatmaları ile ortaya çıkan tepki ise, "*Demokrat Parti*"nin doğuşuna neden olmuştur. Söz konusu reformların başında, 473 sayılı "*Çiftiçiyi Topraklandırma Kanunu*"²⁰ yer almaktadır. Yasa 1945'ten 1973'e kadar yürürlükte kalmıştır. "*Ülkemizde, toprak-insan ilişkilerini iyileştirme yolunda atılmış ilk ve ciddi adım*"²¹ olan bu yasanın görüşülmesi sırasında, tek parti döneminin en uzun ve sert tartışmaları yaşanmıştır. Yasaya karşı çıkanları, toprak mülkiyeti ile ilgili çıkarları bulunanlar oluşturuyor ve toprağın bölünmesi yerine mevcut tarım sisteminin korunmasını ve tarım usullerinin geliştirilerek kuvvetlendirilmesini, mülkiyet hakkına saygı gösterilmesini ileri sürüyorlardı²². Sonuçta CHP'nin meclis

¹⁸ **Maurice Duverger**, "Kemalizm", çev. Fehmi Baldaş, Atatürk'e Saygı, TDK, Ankara 1969, s.251.

¹⁹ **Mümtaz Soysal**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 1982 Anayasasına Bilimsel Yaklaşım, Altıncı Baskı, İstanbul, 1986, s.54.

²⁰ 1928 ve 1929 yıllarında Meclis'i açış konuşmalarında Atatürk, hükümete özellikle doğu illerinde "*toprağı olmayan çiftçilere toprak tedarik etmek meselesiyle ehemmiyetli olarak*" uğraşmak direktifini vermiştir. **Abdullah Dinçkol**, "Bir Sosyal Güvenlik Kurumu Olarak Toprak ve Tarım Reformu – Sistem Kuramı Açısından Bir İnceleme", (yayımlanmamış doktora tezi), MÜSBE, İstanbul 1992, s.111.

²¹ **Dinçkol, A.**, s.113.

²² **Dinçkol, A.**, s.114-115.

grubunda “*Dörtlülük Takrir*” olarak anılan önergeyi verenler -Celâl Bayar, Adnan Menderes, Fuat Köprülü, Refik Koraltan- daha sonra Demokrat Parti’nin kurucuları oldular. Yasa ise kabul edildi ancak feodal yapının egemen olduğu büyük arazi mülklerinin tasfiyesine ve özel toprak mülkiyetinin istimlakine ilişkin hükümler uygulanamadı²³.

“*Dörtlülük Takrir*”i veren ve sonrasında CHP’den ayrılanlar, Demokrat Parti’yi 7 Ocak 1946’da kurdular. Demokrat Parti’nin kurulması ile daha önce kurulmuş bulunan ve kitleleri yanına çekmeyi başaramamış olan Millî Kalkınma Partisi iyice önemini yitirmişti²⁴. Dolayısıyla gerçek çok partili yaşama, DP’nin kurulması ile geçilmiştir. Siyasal partilere ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermeyen 1924 Anayasası, hem tek partili hem de çok partili dönemde yeni anayasa ihtiyacı olmaksızın uygulanabilmiştir²⁵.

Yukarıda kısaca değinildiği üzere çok partili yaşama 1946’da geçilmiş olmakla birlikte; 1924 Anayasasının yürürlükte bulunduğu sırada ve Atatürk’ün sağlığında, iki kez başarısız çok partili yaşam denemesi gerçekleştirilmiştir. Cumhuriyetin bu ilk parlamenter muhalefet denemeleri, siyasal amaçlı cemiyet kapsamında kurulan siyasi partilerle gerçekleşmiştir.

III. İLK PARLAMENTER MUHALEFET DENEMELERİ

A. Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası²⁶

Cumhuriyet döneminin ilk muhalefet partisi, mecliste daha önce özellikle cumhuriyetin ilânı ve hilâfetin kaldırılması gibi konularda ortaya çıkan muhalefetle yakından ilişkilidir²⁷. Bu muhalefet hareketi içinde Atatürk’ün yakın çalışma arkadaşları, komutanlar da bulunuyordu. Bu durum ordu-siyaset ilişkisinin gözden geçirilmesine neden oldu. Birinci Büyük Millet Meclisi’ne bazı yüksek rütbeli subaylar “*mebus*” olarak seçilmişlerdi. İkinci Büyük Millet Meclisi’nde ise hemen bütün ordu müfettişleri ve kolordu komutanlarının da aralarında bulunduğu asker meslekli mebuslar büyük bir oranda yer alıyorlardı²⁸. Atatürk, İttihat ve Terakki Cemiyeti deneyimlerinden sonra, ordu ile siyaseti karıştırmama düşüncesi doğrultusunda,

²³ Dinçkol, A., s.115.

²⁴ Nühket Turgut, *Siyasal Muhalefet*, Ankara 1984, s.267, dn.147.

²⁵ Soysal, tek partili dönemde uygulanan 1924 Anayasasının, çok partili dönemde de rahatlıkla uygulanabildiğini ifade eder. Ona göre, “...ulusal irade ile meclis üstünlüğü arasındaki özdeşlik, kolaylıkla, parlamentodaki çoğunlukla ulus iradesi arasında bir özdeşliğin doğuşuna ve çoğunluğun sınırsız egemenliği yönünde bir anlayışın yerleşmesine...” yol açmıştır. Soysal, s.56.

²⁶ Vural Dinçkol / Somer, s.164 vd.

²⁷ Turgut, s.258.

²⁸ Meslekî alt yapı açısından, II. TBMM’nin çoğunluğunu (203 kişi-% 61) geniş bir devlet memuru katmanı oluşturmaktadır. Özellikle askerlerin gerek bu kesim, gerekse toplam içindeki ağırlıkları, diğer meslek alanlarına göre çok daha yüksektir. Işıl Çakan, *Türk Parlamento Tarihinde II. Meclis*, İstanbul, 1999, s.105-106.

muvazzaf askerlerin aynı zamanda mecliste politika yapmalarını istemiyordu²⁹. 26 Ekim 1924'te Kâzım Karabekir Paşa, 30 Ekim 1924'te de Ali Fuat Paşa askerlikten ayrılarak, milletvekilliğini seçmişlerdi. Rauf Bey vekiller kurulu başkanlığından ayrıldıktan sonra, orduyu kazanma amacı taşıyordu. Bu konuda ise, kendisine Kurtuluş Savaşı'nın iki önemli komutanı yardımcı olabilirdi. Cumhuriyetin ilânı ve hilâfetin kaldırılması onları birbirine daha da yakınlaştırdı.

a. Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası'nın Kuruluşu

27 Ekim 1924'te TBMM'de hükümet aleyhindeki gensorunun görüşülmeye başlamasının, anayasal bir muhalefetin en avantajlı şartlarda kurulabilmesi amacıyla, en azından eylül ayından beri geliştirilen bir planın aşamaları olduğuna şüphe yoktur³⁰. 8 Kasım 1924'te güvensizlik oylaması 148'e karşı 18 oyla reddedildi ve 41 kişi oy kullanmadı. Tam oybirliğiyle elde edilmediği için bu Mustafa Kemal için açık bir siyasi zaferdi, çünkü bu zafer yüzde yüz eşit olmasa da açık bir siyasi tartışmanın sonucu gerçekleşmişti³¹.

Ordudan ayrılan komutanlar, milletvekilliğinden ayrılmak isteyen Refet Paşa'yı da kararından caydırdılar. Cumhuriyet henüz bir yaşındayken, 17 Kasım 1924'te kurulan Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası'nın başında Kâzım Karabekir Paşa vardı. Fırkanın kurucuları arasında da Atatürk'ün yakın arkadaşları, millî mücadelenin önde gelen isimleri yer alıyordu. Bunlar arasında, Ali Fuat Paşa (genel sekreter), Rauf ve Adnan Beyler, Cafer Tayyar, Rüştü Paşa, İsmail Canbolat bulunuyordu.

Bu dönemde II. Meşrutiyet döneminde çıkarılan Cemiyetler Kanunu, 1923 yılında yapılan değişikliklerle yürürlükteydi. 1923 yılında yapılan değişiklik, hükümete her türlü cemiyet üzerinde geniş bir denetleme yetkisi veriyordu³². Bu düzenleme, muhalif örgütlenmelere karşı önleyici nitelik taşıyordu.

Fırkanın diğer kurucuları arasında baştan beri Atatürk'e karşı çıkanlardan, Sabit, Halis Turgut, Muhtar, Faik Beyler gibi isimler de vardı³³.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde II. Grup olarak adlandırılan Mustafa Kemal'e muhalefet hareketi Cumhuriyetin ilanı öncesi yapılan seçimlerde tasfiye edilmişti. Bu grubun muhalefet hareketleri, vekil seçimlerinde, İstiklal mahkemelerinin kuruluşunda ve Lozan Konferansı sürecinde kendini göstermişti. Cumhuriyetin ilanını takip eden günlerde İsmet Bey'le ihtilafı olan ve eskiden beri monarşi yanlısı oldu-

²⁹ **Kâzım Özalp / Teoman Özalp**, Atatürk'ten Anılar, İş Bankası Kültür Yayınları, 1995, s.31.

³⁰ **Erik Jan Zürcher**, Cumhuriyetin İlk Yıllarında Muhalefet Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası (1924-1925), İletişim Yayını, İstanbul 2010, s.73.

³¹ **Fabio L. Grassi**, Atatürk, Çev. Eren Yücesan Cendey, Türkuaz Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 275.

³² **Teziç**, s. 329.

³³ **Mumcu**, s.127.

ğu düşünölen Rauf Bey, Tanin ve Tevhid-i Efkar gazetelerine cumhuriyetin ilanının Meclis içinde yeterince tartışılmadığına dair açıklamalarda bulunmuştur³⁴.

Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası, Rauf Bey'in bir Amerikan gazetecisine açıkladığı gibi, Mustafa Kemal'i devirmeyi değil, otoritesini sınırlamayı amaçlıyordu. CHP'den farklı olarak devrimci, merkezîyetçiliği değil adem-i merkezîyetçiliği, güçler ayrımını ve devrimci değişimden çok evrimci değişimi savunuyordu³⁵. Lord Kinross'un ifadesiyle, azınlıkta bir baskı grubu olarak, hükümetin karar alma sürecinde etkili olmaya çalışıyordu³⁶.

Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası'nın oluşmasında; ordu içinde Atatürk'e ters düşen ve iktidarı ele geçirmek isteyenlerin, siyaset sahnesinde etkili olma isteklerinin yanı sıra, hükümetin ulusal ekonomiyi kurtarmak için dış ticareti kısıtlayıcı tedbirler almasından rahatsız olan tacirlerin çabaları da etkili olmuştur. Tacirlerin etkisi Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası programında "*iktisadiyat*" başlığı altındaki hükümlerde, ticaretin serbestçe gelişebilmesi için var olan güçlük ve müdahalelerin kaldırılacağı yolundaki ifadelerle yer almıştır³⁷. Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası programı aslında liberal demokrasi sloganlarını içeriyordu ki bunlar: "*Hürriyetperverlik* (liberalizm) *halkın hâkimiyeti* (demokrasi) *Fırkanın esas mesleğidir.*" (m.2)³⁸. Din konusunda ise dini, hükümetin müdahalesinden korumak fikrine sahiptiler³⁹. Parti programında, partinin dine saygılı olduğu ifade edilmiştir.

b. Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası'nın Kapatılması

Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası kuruluşundan kısa zaman sonra örgütünü doğu illerine kadar genişletmiştir. Halk Fırkası'nın nispeten türdeş yapısının tersine çok değişik kesimleri kendi içinde toplamaya başlaması, bazı görüşlere göre Atatürk devrimlerine, onun Batılılaşmaya yönelik düşünce ve eylemlerine karşı olan kesimleri hemen bu partinin çevresinde toplamış ve kısa zamanda parti içinde egemen bir görüş şekline almıştır⁴⁰.

13 Şubat 1925 tarihinde Nakşibendî tarikatının önde gelenlerinden, zengin bir ağa olan Şeyh Sait'i başlattığı ayaklanma, doğu illerini sarmaya yönelik bir karşı

³⁴ **Resul Babaoğlu**, "Nutuk ve Hatıralar Ekseninde Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası Olayı ve Süreci", Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları, C.11, Y.2012/2, S. 22, s. 73.

³⁵ **Erik Jan Zürcher**, Modernleşen Türkiye'nin Tarihi, Çev.: Yasemin Saner, İletişim Yayınları, İstanbul 2009, s. 250.

³⁶ **Lord Kinross**, *Atatürk*, 12. basım, İstanbul, 1994, s.462.

³⁷ **Turgut**, s.258.

³⁸ **Şevket Süreyya Aydemir**, Tek Adam, Mustafa Kemal, 1922-1938, 3.Cilt, İstanbul, 1975, s.223.

³⁹ **Turgut**, s.259.

⁴⁰ **Suna Kili**, Atatürk Devrimi-Bir Çağdaşlaşma Modeli, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 1983, s.205

devrim eylemi olarak değerlendirilmiş⁴¹ ve etkili askerî, siyasal önlemlere başvurulmuştur. Şeyh Sait isyanı üzerine, mecliste hiç eleştiri ve tartışma olmaksızın çıkarılan *Takrir-i Sükûn Kanunu* (4 Mart 1925), üç maddeden ibarettir. Şeyh Sait isyanı gibi ayrılıkçı ve gerici girişimleri engellemeyi hedefleyen kanunun 1. maddesine göre hükümet; irtica, isyan ve ülkenin sosyal düzenini, huzur ve sükûnunu, güvenlik ve asayişini bozmak yolunda olan bütün örgütleri, tahrikleri, kışkırtmaları, girişimleri ve yayınları, Cumhurbaşkanının onayı ile resen ve idareten yasaklayabilecek ve bu fiillere katılanları İstiklâl Mahkemesine verebilecekti. Bir olağanüstü hal kanunu niteliğinde olan Kanun'un 2. maddesi, kanun için öngörülen süreyi 2 yıl olarak düzenlemiş, 1927'de süre 2 yıl daha uzamıştır⁴².

İstanbul'da bazı gazetelerin yayınlarına da bu kanunla son verilmiştir. Ayaklanma nedeniyle kurulan Diyarbakır ve Ankara İstiklâl Mahkemeleri, Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası'nın, taşra örgütleri aracılığı ile Şeyh Sait ayaklanmasına karıştığını öne sürmüş ve Hükümet 5 Haziran 1925'te Fırkanın kapatıldığını duyurmuştur.

B. Serbest Cumhuriyet Fırkası⁴³

Cumhuriyet döneminde tek parti dönemindeki diğer muhalefet denemesi, Serbest Cumhuriyet Fırkası'nın kurulmasıdır.

Serbest Cumhuriyet Fırkası, ulusal parlamenter muhalefet tarihinde, kuruluşu ve kapanışı açısından Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası'ndan farklılığı ile dikkati çeker. Zira Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası gibi kendiliğinden değil, Atatürk'ün telkin ve teşvikleri ile bir nevi güdümlü olarak ve liberal fikirleri ile CHF'nin devletçi fikirlerini dengelemek amacıyla doğmuştur.

Dünyada genel olarak yaşanan ekonomik buhranın Türkiye'yi de etkilemesi ve hükümetin ekonomi politikasını eleştirme ihtiyacının yanı sıra Atatürk'ün çok partili yaşamın gerekliliğine duyduğu inanç, Paris büyükelçisi olan Ali Fethi (Okyar) Bey'e Serbest Cumhuriyet Fırkası'nı kurma görevini vermesine neden oldu.

Atatürk, Fethi Bey'e bu teklifi yaparken; "...Sizin dostluğunuza, ahlâkınıza, malûmatınıza itimadım vardır. Me'sele memlekete Cumhuriyet'in şahısların hayatına bağlı kalmayarak kökleşmesidir. Siz bu işi üzerinize almalısınız."⁴⁴ demiştir.

Fırkanın adı Atatürk tarafından bulunmuştur⁴⁵. Cumhurbaşkanlığı sırasında Atatürk'ün CHF'nin fiilî başkanlığını bıraktığı İsmet Paşa'ya karşı Fethi Bey'in bazı

⁴¹ Mumcu, s.131.

⁴² Şeyh Sait isyanı ve Takrir-i Sükûn Kanunu için bkz. Hamide Zafer, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, İstanbul, 1999, s.40.

⁴³ Vural Dinçkol / Somer, s.170,171.

⁴⁴ Fethi Okyar, Üç Devirde Bir Adam, yayına hazırlayan: Cemal Kutay, İstanbul 1980, s.393.

⁴⁵ Okyar, s.406.

tereddütler duyması üzerine, 11.8.1930 tarihinde Atatürk Fethi Bey'e yazdığı mektupta; "*Reisicumhur bulunduğum müddetçe Reisicumhurluğun üzerime verdiği yüksek ve kanunî vazifeleri, hükümetle olan ve olmayan fırkalara karşı âdil şekilde ve tarafsız yapacağıma ve lâik cumhuriyet esası dahilinde firkanızın her nevî siyasî faaliyet ve cereyanlarının bir engele uğramayacağına, inanabilirsiniz, efendim.*" diyerek, Fethi Bey'i şüphelerinden uzaklaştırmak istemiştir.

12 Ağustos 1930'da kurulan fırkanın programında; cumhuriyetçilik, milliyetçilik ve lâiklik esaslarına bağlılık bildiriliyor ve ekonomik alanda liberalizmi savunduğu açıklanıyordu⁴⁶. Programın ekonomik ve mali konulardaki esasları ise iki ile yedinci maddeler arasında yer almaktadır. İkinci maddede vergilerin hafifletilmesine, üçüncü maddede devlet masraflarında sıkı tasarrufa riayet edilmesine ve israftan kaçınılmasına, dördüncü maddede yabancı sermayeyi kolaylaştıracak önlemler alınmasına ve beşinci maddede özel girişime devletin müdahale etmemesine değinilmiştir⁴⁷.

Serbest Cumhuriyet Fırkası programı büyük ilgi topladı ve fırka büyük bir gelişme gösterdi. Ancak tutucuların partiye girmeleri engellenemedi. Parlamento içinde kontrollü bir muhalefet yerine iktidarı hedefleyen, Cumhuriyet Halk Fırkası'nın yönetiminden şikayetçi halk için seçenek halini alan bir muhalefet oluşmuştu⁴⁸. Giderek tüm muhalif kesimlerin desteğini alan, parlamento dışında güçlenen bir parti durumuna gelmiştir.

Bu nedenle Fethi Bey'in kontrolünden çıkan olayların ve dönemin şartlarında hükümetin tepkisini çeken bir din propagandasının yaşanması⁴⁹, 18 Aralık 1930'da fırkanın kendini feshetmesine neden olmuştur. Fesih bildirisinde; "*Tebellür eden (beliren) son vaziyete göre firkamız Büyük gazi Hazretleri'ne karşı siyâsî sahnede mücadele edecek bir mevkie getirilmiştir.*"⁵⁰ denilmiştir.

C. Diğer Siyasal Parti Girişimleri ve Hukuki Çerçeve

Serbest Cumhuriyet Fırkası'nın feshi ile çok partili siyasal yaşama geçiş için yapılan iki girişim de başarısızlıkla sonuçlanmış, iktidar partisinin kendi içinde yaşanan mücadeleler sürmüştür.

Bu arada birtakım yeni siyasal parti kurma girişimlerinden de söz edilebilir. 26 Eylül 1930'da Adana'da Abdülkadir Kemali Bey tarafından kurulan Ahali Cumhu-

⁴⁶ Programın 5. maddesinde "*Fırka, vatandaşın refâhına, malî ve iktisadî her türlü teşebbüslerine engel olan hükümet müdahalelerini kabul etmez.*" deniliyordu. **Okyar**, s.471.

⁴⁷ **Ali Fethi Okyar**, Serbest Cumhuriyet Fırkası Nasıl Doğdu, Nasıl Fesh Edildi?, İstanbul, 1987, s.57.

⁴⁸ **Turgut**, s.263-264.

⁴⁹ **Eroğlu**, s.243.

⁵⁰ **Okyar**, s.528.

riyet Fırkası'nın Siyasal yaşamı kısa sürmüştür. Üç aylık ömrü olan ve birkaç Güney ili dışında örgütü bulunmayan parti, belediye seçimlerinde de herhangi başarı gösterememiştir. Ahali Cumhuriyet Fırkası, 21 Aralık 1930'da Bakanlar Kurulu kararıyla kapatılmıştır⁵¹.

29 Eylül 1937'de Edirne'de Mimar Kazım Tahsin Bey tarafından Türkiye Cumhuriyet Amele ve Çiftçi Partisi kurulmaya çalışılmış ise de hükümet tarafından "komünist eğilimli" olarak nitelendirilerek faaliyetine izin verilmemiştir⁵².

Bu dönemde siyasal partiler, hukuken cemiyetler kapsamında değerlendiriliyor ve başlangıçta serbestlik esası benimsenmişken, 1938 yılında kabul edilen 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu ile cemiyetlerin kurulması izin esasına bağlanmıştı⁵³. Siyasi amaçlı cemiyetler yani siyasi partilerin, faaliyete geçebilmeleri için tüzük ve beyan-namelerini iç işleri bakanlığına vermeleri ve tescil olduklarını gösterir belge almaları zorunluluğu getirilmişti. Aynı kanuna göre, hükümetin cemiyetler üzerinde geniş bir denetim yetkisinin bulunmasının yanı sıra kapatılmaları konusunda da hükümet yetkiliydi. 1946 yılında söz konusu kanunda değişiklik yapılarak (4919 sayılı kanun) serbesti esasına geri dönmüştür⁵⁴.

Siyasi parti kurmada serbestlik esasına geçilmeden 1945'de Milli Kalkınma Partisi, 1946'da Demokrat parti kurulmuştur. 1947 yılında Dahili Nizamname'de (Mecelis İçtüzüğü) yapılan değişiklikle siyasi partilere ilişkin kurallar eklenmiştir⁵⁵.

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

Demokrasiyi en yalın hali ile tanımladığımızda halkın halk tarafından yani çoğunluk tarafından yönetilmesidir. Ancak modern demokrasilerde, çoğunluğa yönetme yetkisi verilirken azınlığa da muhalefet gücü tanınır. Muhalefetin iktidar olabileceği yolları da açıktır.

Batı demokrasilerini totaliter sistemlerden ayıran önemli unsurlardan biri siyasal muhalefettir. Açık bir muhalefetin varlığı Batı demokrasilerinin, yokluğu totaliter sistemlerin başlıca özelliğidir. Totaliter nitelikli sistemlerde azınlığa çoğunluk haline gelme olanağı yasal olarak tanınmamıştır. Çoğunlukçu demokrasilerde ise, iktidardaki parti dışında siyasi partiler mevcuttur ancak seçimlerde iktidar partisiyle, eşit koşullar içinde, yarışması söz konusu olmaz. Muhalefetin tanınması liberal demok-

⁵¹ http://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/siyasi_partiler.html

⁵² http://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/siyasi_partiler.html

⁵³ "1938 tarihli Cemiyetler Kanunu, cemiyetlerin ve siyasal cemiyet olan partilerin faaliyete geçebilmesini, İdaré'nin "tescili" şartına bağlamıştı. Bu düpedüz bir "izin sistemi"ydi". **Bülent Tanör**, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 4. Baskı, İstanbul, 1999, s.339.

⁵⁴ **Teziç**, s.329.

⁵⁵ **Teziç**, s.329.

rasinin temelidir. Touraine'nin ifadesiyle demokrasinin kaçınılmaz öğeleri partiler ve sendikalar⁵⁶.

Cumhuriyetin ilk yıllarında tek partili siyasal yaşamın, totaliter sistemlerin tek partileri ile benzerlik taşıdığı bazı görüşlerce iddia edilmektedir. Duverger'in de ifade ettiği gibi Türkiye ile diğer tek partili sistemler arasında önemli farklar vardır⁵⁷. Duverger tek partili sistemlerin Komünizm ve Faşizmden başka tipinin mümkün olmadığını doğru olmadığını Türkiye üzerinden şöyle anlatmıştır; “*Faşizm kavramı, aşağı yukarı, Hitler Almanyası'nın ve Mussolini İtalyası'nın (hatta terminolojiye rağmen bunlardan daha çok ilkinin) siyasal rejimlerine uygun düşer; buna karşılık bu günkü Portekiz'in siyasal rejimine uygun düşmez; 1923'ten 1950'ye kadar Türkiye'de cari bulunan rejime daha da az uyar...*”⁵⁸ Duverger Cumhuriyet Halk Partisi'nin 1923-1946 tarihleri arasında tek parti olarak faaliyet göstermiş olmasına rağmen komünist ya da faşist tek partiler gibi totaliter özellik göstermemiş olduğunu, amacının demokratik olduğunu ve Türkiye'yi batılılaştırmayı hedeflediğini savunmuştur⁵⁹.

Bu tespitlerden de yola çıkarak Cumhuriyet'in ilk yıllarında uygulanan tek parti yönetiminin totaliter amaçlı değil çoğunlukçu anlayışa sahip olduğunu söylemek mümkündür. 1924 Anayasası'nın ulusal iradenin yegane temsil olduğu meclisin üstünlüğüne dayanması ve çoğunluk iradesinin tek parti tarafından temsil edilmesi, çoğunlukçu demokrasi anlayışını göstermektedir. Zira parti ile devletin özdeşleşmesi çoğunluğun sınırsız egemenliğine neden olmuştur⁶⁰. Tek partiliğin devrim sürecini tamamlama aşamasında süreci hızlandırmak için pragmatik bir tercih olarak benimsemiş olduğunu söyleyebiliriz.

Modern demokrasilerin özelliği ise “*çoğulculuk*”tur; böylece çoğunluğun yönetme hakkı bulunmakla birlikte, bunun karşısında azınlık hakları da vazgeçilmez öneme sahiptir.

Çoğunlukçu demokrasi anlayışında parlamento sınırsız yetkilere sahiptir ve parlamentonun tartışılmaz üstünlüğü vardır, oysa çoğulcu anlayışta parlamentonun yetkileri sınırsız değildir.

Ancak 19. yüzyılda gelişen çoğulcu demokrasiler, sivil toplumun gelişmesiyle ortaya çıkmıştır. Bu süreçte soyut “millet”ten çoğulculuğa geçişle, toplumdaki farklılıkların ifadesi ve devletin toplum üzerindeki gücünü sınırlamak amaçlanmıştır. Batı-

⁵⁶ **Alain Touraine**, *Demokrasi nedir?*, Çev. O. Kunal, 2. Baskı, İstanbul, 2000, s.139.

⁵⁷ **Duverger**, *Siyasi*, s.501.

⁵⁸ **Duverger**, *Siyasi*, s.358.

⁵⁹ **Duverger**, *Siyasi*, s.359.

⁶⁰ “...ulusal irade ile meclis üstünlüğü arasındaki özdeşlik, kolaylıkla, parlamentodaki çoğunlukla ulus iradesi arasında bir özdeşliğin doğuşuna ve çoğunluğun sınırsız egemenliği yönünde bir anlayışın yerleşmesine...” yol açmıştır. **Soysal**, s.56.

nın geçirdiği bu süreçlerin devrimle rejimini oluşturan Türkiye'de yaşanmamış olması ve sivil toplumun yokluğu, çoğulcu bir muhalefet oluşmasını başlangıçta mümkün kılmamıştır.

Bu nedenle günümüz demokratik değerleri ile o dönemi yargılamak, modern demokrasinin ilkelerinin eksikliğini vurgulamak, dönemin koşullarını dikkate almak kanımca eksik bir değerlendirme olacaktır.

KAYNAKÇA

- Atakan, Arda**, “Putlaştırılmış Bir Kavram; Milli İrade”, Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan, İstanbul, 2012.
- Aydemir, Şevket Süreyya**, Tek Adam, Mustafa Kemal, 1922-1938, 3.Cilt, İstanbul, 1975.
- Babaoğlu, Resul**, “Nutuk ve Hatıralar Ekseninde Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası Olayı ve Süreci”, Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları, C.11, Y.2012/2, S.22.
- Dahl, Robert A.**, Demokrasi ve Eleştirileri, Çev. L. Köker, Ankara, 1993.
- Dinçkol, Abdullah**, “Bir Sosyal Güvenlik Kurumu Olarak Toprak ve Tarım Reformu – Sistem Kuramı Açısından Bir İnceleme”, (yayımlanmamış doktora tezi), MÜSBE, İstanbul 1992.
- Dinçkol, Bihterin Vural / Pervin Somer**, Atatürk İlkeleri ve Devrimi, İstanbul, 2006.
- Duverger, Maurice**, “Kemalizm”, çev. Fehmi Baldaş, Atatürk’e Saygı, TDK, Ankara 1969.
- Duverger, Maurice**, Siyasal Partiler, İkinci Basım, Çev. E. Özbudun, Ankara, 1974.
- Grassi, Fabio L.**, Atatürk, Çev. Eren Yücesan Cendey, Türkuaz Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Işıl, Çakan**, Türk Parlamento Tarihinde II. Meclis, İstanbul, 1999.
- Kapani, Münci**, Politika Bilimine Giriş, On Altıncı Basım, Ankara, 2004.
- Kili, Suna**, Atatürk Devrimi-Bir Çağdaşlaşma Modeli, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 1983.
- Lijphart, Arend**, Çağdaş Demokrasiler, T. C. Bruneau, P. Nikiforos Diamandouros ve R. Gunther’in işbirliğiyle, Çev. E. Özbudun, E. Onulduran, Ankara, 1986.
- Lord Kinnross**, Atatürk, 12. basım, İstanbul, 1994.
- Okyar, Ali Fethi**, Serbest Cumhuriyet Fırkası Nasıl Doğdu, Nasıl Fesh Edildi?, İstanbul, 1987.
- Okyar, Fethi**, Üç Devirde Bir Adam, yayına hazırlayan: Cemal Kutay, İstanbul 1980.
- Özalp, Kâzım / Teoman Özalp**, Atatürk’ten Anılar, İş Bankası Kültür Yayınları, 1995.
- Özbudun, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 1992.
- Popper, Karl R.**, Açık Toplum ve Düşmanları, 3. Baskı, Çev. M. Tunçay, H. Rızatepe, Ankara, 2013.

- Rousseau, Jean Jacques**, Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri, Çev. İ. Yergüz, İstanbul, 2012.
- Sartori, Giovanni**, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev. T. Karamustafaoğlu- M. Turhan, Ankara, 1993.
- Schmitt, Carl**, Parlamenter Demokrasinin Krizi, 2. Baskı, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Ankara, 2010.
- Schmitter, Philippe C. & Terry Lynn Karl**, “Demokrasi Nedir...Ne Değildir”, çev. L. Gönenç, Demokrasinin Küresel Yükselişi, Der. Lery Diamond/ Marc F. Plattner, Ankara, 1995.
- Soyсал, Mümtaz**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 1982 Anayasasına Bilimsel Yaklaşım, Altıncı Baskı, İstanbul, 1986.
- Tanör, Bülent**, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 4. Baskı, İstanbul, 1999.
- Teziç, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2009.
- Touraine, Alain**, Demokrasi nedir?, Çev. O. Kunal, 2. Baskı, İstanbul, 2000.
- Turgut, Nükhet**, “Siyasal Muhalefet Demokrasinin “Onsuz Olmaz” Unsurudur”, acikarsiv.atilim.edu.tr/browse/516/26.pdf.
- Turgut, Nükhet**, Siyasal Muhalefet, Ankara 1984.
- Zafer, Hamide**, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, İstanbul, 1999.
- Zürcher, Erik Jan**, Modernleşen Türkiye'nin Tarihi, Çev.: Yasemin Saner, İletişim Yayınları, İstanbul 2009.
- Zürcher, Erik Jan**, Cumhuriyetin İlk Yıllarında Muhalefet Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası (1924-1925), İletişim Yayını, İstanbul 2010.
- http://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/siyasi_partiler.html

İNSAN HAKLARI HUKUKU BAKIMINDAN İSLAM PEYGAMBERİNİN KARİKATÜRÜNÜN ÇİZİLMESİ

(Drawing Cartoons of the Prophet of Islam in Terms of Human Rights Law)

Abdurrahman EREN*

ÖZET

Bu makalenin konusu, İslam Peygamberi Hazreti Muhammed'in (S.A.V) karikatürlerinin çizilmesinin, özgürlükler hukuku bakımından bir "hak kullanımı" mı, yoksa bir "hak ihlali" mi olduğunun değerlendirilmesidir. İslam Peygamberinin karikatürlerinin yapılması, ifade özgürlüğü ve din ve vicdan özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda iki özgürlüğün çatıştığından söz edilebilir. Bu çatışmanın ne şekilde çözüme kavuşturulması gerektiği, insan hakları hukuku çerçevesinde ele alınacaktır. İslam Peygamberinin basın yoluyla karikatürize edilmesi, Müslümanların inanç özgürlüğüne açık bir müdahaledir. Müslümanların inancına göre Peygamberin karikatürü çizilemez. Karikatürize etmek, resim çizmenin de ötesinde, içinde aşağılama, alay ve rencide etmeyi de içermektedir. Bu tarz bir kullanım Müslümanlar bakımından katlanılamaz bir yük yüklerken, Müslüman toplumlarda infiale ve kamu düzeninin bozulmasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla, Peygamberin karikatürize edilmesi, "üstün nitelikte bir kamu yararına" hizmet etmediğinden, basın özgürlüğünün bu tarz bir kullanım şekli sınırlandırılabilir.

Anahtar kelimeler: İslam Peygamberi Hazreti Muhammed (S.A.V), ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, basın özgürlüğü.

Abstract

The subject of this article is to evaluate of drawing of cartoons of the Hazrat Muhammad(S.A.V), the Prophet of Islam, whether is a "using of right" or "infringement of right" in terms of human rights law. Making cartoons of the Prophet must be evaluated in the context of freedom of expression and freedom of religion and conscience. In this case can be said that conflicting of two freedoms. In what form this conflict must be resolved will be discussed in the framework of human rights law. To be a caricature of the Prophet of Islam through the press is a clear intervention to freedom of belief of Muslims. Prophet's cartoons can be drawn based on the beliefs of Muslims. Caricature, also beyond drawing, inclu-

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi

des in humiliation, the ridicule and offend too. Installing an intolerable burden in terms of Muslims, such a using has led to deterioration of the public order and outrage at the Muslim communities. Therefore, to be a caricature of the Prophet doesn't serve "the public interest in the nature of a superior" and freedom of the press may be restricted out of such a usage.

Keywords : Prophet of Islam Hazrat Muhammad, freedom of expression, freedom of belief, freedom of the press.

Bu makalenin konusu, İslam Peygamberi Hazreti Muhammed'in (S.A.V) karikatürlerinin çizilmesinin, özgürlükler hukuku bakımından bir "hak kullanımı" mı, yoksa bir "hak ihlali" mi olduğunun değerlendirilmesidir.

Bir kişinin karikatürünün çizilmesi ve bunun kamuda paylaşılması, resmi çizen kişi bakımından dar anlamda sanat özgürlüğü, bunun yayınlanması basın özgürlüğü ve geniş anlamda ifade özgürlüğü bağlamında ele alınabilir. Öte yandan karikatürü izinsiz çizilen kişinin özel yaşama ve kişilik haklarına saygı gösterilmesi hakkının ihlali gündeme gelebilir. Ancak karikatürü çizilip kamuoyu ile paylaşılan kişinin aynı zamanda bir dini kişilik olması, bir başka ifade ile bir dinin sembolü olması halinde, bu din sahipleri bakımından, din ve vicdan özgürlüğü gündeme gelecektir.

Konu İslam Peygamberinin karikatürlerinin yapılması olduğundan, konunun ifade özgürlüğü ve din ve vicdan özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü İslam Peygamberinin karikatürlerini yapanlar, Peygamberin karikatürlerini çizerek, İslam inancına yönelik bir düşünce açıklamasında bulunmuş olmaktadır. Öte yandan, Peygamberin karikatürlerinin çizilmesi, İslam inancıyla bağdaşmadığı için Müslümanların inançlarına bir müdahale anlamına gelmektedir. Bu durumda iki özgürlüğün çatıştığından söz edilebilir. Bu çatışmanın ne şekilde çözüme kavuşturulması gerektiği, insan hakları hukuku çerçevesinde ele alınacaktır.

Bu noktada sorulması gereken temel sorular, bir dinin Peygamberinin karikatürlerinin çizilmesi ifade özgürlüğü kapsamına girer mi? Bu noktada eleştiri ile hakaret arasındaki sınır nasıl belirlenmektedir? İslam Peygamberinin karikatürlerinin çizilmesi, inanç özgürlüğüne bir müdahale oluşturmakta mıdır? Bu bir müdahale ise bu durumda devletin bu müdahalenin önlenmesi bakımından bir yükümlülüğü bulunmakta mıdır? İki özgürlük arasında bir çatışma ortaya çıkıyorsa, bu çatışma ne yönde çözüme bağlanacaktır?

1. İfade Özgürlüğünün Kapsamı

İfade özgürlüğü, insan hakları içerisinde ana özgürlüklerden (lex generalis) biridir. İfade özgürlüğünün kapsamına, bilgiye ulaşma, görüş oluşturma, görüşü açığa vurma ve düşünceleri yayma özgürlükleri girmektedir¹. Bu nedenle, birçok özgürlü-

¹ Avrupa Konseyi İfade ve Bilgi Özgürlüğü Bildirisi (1982).

ğün temelini, düşünce ve ifade özgürlüğü oluşturur. Bu kapsamda, bilim ve sanat, basın ve yayın, toplantı ve gösteri yürüyüşü, haberleşme ve inanç özgürlüğü ifade özgürlüğünün özel kullanımları (lex specialis) olarak kabul edilir².

İfade özgürlüğü, liberal demokrasinin ana unsurlarından biri kabul edilir. İfade özgürlüğü demokratik toplumun olmazsa olmaz (Sine qua non) koşulu olarak görülür. İnsan hakları hukukunda, “çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik”, demokratik toplumun ana unsurlarıdır. İfade özgürlüğü bu ilkelerin hayata geçirilmesine ön şart olarak kabul edilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Castells – İspanya kararında bu ilişkiyi şöyle açıklamaktadır:

“Mahkeme, 10. maddenin birinci fıkrasında tanınan ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturduğunu ve toplumun gelişmesi için temel koşullardan biri olduğunu hatırlar. İfade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrasına bağlı olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız görülen veya ilgilenmeye değmez bulunan ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, fakat aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz³.”

İnsan hakları hukukunda ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir. Birçok belgede olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesinin 2. Fıkrasında, bu özgürlüğün bireye “**görev ve sorumluluk yüklediği**” ve meşru amaçlarla sınırlanabilir olduğu ifade edilmektedir:

“Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla ön-görülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir”.

İfade özgürlüğü, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının şöhret ve haklarının korunması amaçlarıyla, demokratik bir toplumda gerekli yasal sınırlamalara tabi tutulabilir. İfade özgürlüğüne hem hakkın özneleri hem

² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok kararı yanında Sosyalist Parti-Türkiye kararında ifade özgürlüğünün düzenleyen 10. madde ile örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. madde arasındaki ilişkiyi şu şekilde ele almıştır: “Mahkeme, Sözleşme’nin 11. Maddesinin özerk bir işleve ve özel uygulama alanına sahip olmasına rağmen, 10. Maddenin ışığında ele alınması gerektiği konusundaki görüşünü tekrarlar. Sözleşme’nin 11. Maddesinde düzenlenen toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün temel hedeflerinden biri, fikirler ile bunların ifade edilmesini korumaktır...” Bk. Sosyalist Parti-Türkiye Kararı Sıra no. 918, KT. 25.05.1998, p. 41.

³ Bk. Castells – İspanya, Karar Sıra no. 355, Karar Tarihi 23.04.1992, p. 42.

de konusu bakımında sınırlamalar getirilebilir. Bu kapsamda kamu görevlileri ile basın arasında ifade özgürlüğünün kullanım olanakları aynı olmadığı gibi özel hayata ilişkin, gizlilik arz eden, devlet sırrı niteliğindeki bilgiler bakımından da ifade özgürlüğünün kapsamı değişmektedir. Nitekim Yahudi soykırımının inkarı (holokost), hakaret, nefret söylemi de ifade özgürlüğü kapsamında görülmez. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırları, hakkın özneleri ve konusu bakımından değişebilir.

2. Basının İfade Özgürlüğü

İslam Peygamberinin karikatürleri basın ve yayın özgürlüğü kapsamında, ifade özgürlüğüne konu edinilmektedir. İfade özgürlüğünün özneleri basın olduğunda, ifade özgürlüğünün norm alanı genişlemektedir. Basının ifade özgürlüğüne konu, “siyaset” olunca hakkın kullanımı genişlemekte, konu “inançlar” olduğunda daralmaktadır. Çünkü birincisinde “kamunun bilgilenme hakkı” da devreye girerken, ikincisinde “başkalarının inançların saygı” gündeme gelmektedir. Bu noktada konu “politikacılar” olduğunda eleştiri bir hak olmanın ötesinde kamunun bilgilendirilmesi çerçevesinde bir görev olarak da kabul edilmektedir. Ancak konu “dini kişiler” olduğunda, inançlara saygı ilkesi çerçevesinde, eleştiri sınırları daralmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihadı, siyasetçilerin eleştirilmesinde, basının geniş bir ifade özgürlüğünden yararlandığı yönündedir. Mahkemenin klasik içtihadının ilk örneği olan *Lingens v. Avusturya* kararında, basın için ifade özgürlüğünün kapsamı çizilmiştir. Avusturyalı bir gazeteci olan Bay Lingens, Profil adlı derginin editörü olup, Profil adlı Viyana dergisinde iki yazı yayınlamıştır. Bu yazılarda, Avusturya Liberal Parti Başkanı Friedrich Peter’i İkinci Dünya Savaşı sırasında ilk SS piyade tugayında görev yapmakla suçlamıştır. Lingens, Avusturya Sosyalist Parti Başkanı Bruno Kreisky’i sadece Peter’i desteklediği için değil, ama yakın geçmişte Avusturya siyasetinde yer alan eski Nazilere kucak açan tavrı nedeniyle de eleştirmiştir. Eski Başbakan 29 Ekim ve 12 Kasım 1975 tarihlerinde, Lingens aleyhine hakaret davası açmıştır. Viyana Bölge Mahkemesi 26 Mart 1979’da Lingens’i, “adi bir oportünizm”, “ahlakdışılık” ve “şerefsizlik” tabirlerini kullandığı gerekçesiyle, hakarettten (defamation) suçlu bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında basının ifade özgürlüğüne ilişkin şu çerçeveyi çizmektedir⁴:

“Basının, ‘başkalarının itibarlarını korumak’ gibi çizilmiş sınırları aşmaması gerekmektedir birlikte, kamunun menfaatinin bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, siyasi meselelerde de haber ve fikirleri iletme, yine basına düşen bir görevdir. Sadece basının bu tür haber ve fikirleri iletme görevi yoktur; halkın da bunları edinme hakkı da vardır (bk. ayrıntılarda farklılıklarla birlikte yukarıda geçen Sunday Times kararı, parag. 30) . Dahası basın özgürlüğü, halka siyasal liderlerinin düşünce

⁴ Bk. *Engels v. Avusturya Kararı*, No. 9815/82, Karar Tarihi 08.07.1986, p. 41-42.

ve davranışlarını tanıma ve onlar hakkında fikir oluşturma imkanı verir. Daha genel olarak siyasal tartışma özgürlüğü, Sözleşme'nin her noktasına egemen olan demokratik toplum kavramının tam da merkezinde yer alır. O halde, bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır.”

Kararda iki nokta önem taşımaktadır: Birincisi basının işlevi, ikincisi ise siyasetçilerin konumudur. Basın özgürlüğü demokratik toplumda temel işlevi, “siyasal tartışma ortamı” sağlamaktır. Bu amaçla siyasetçilere yönelik eleştiri sınırı, özel bir şahsa yönelik eleştirilerin sınırına göre daha geniş kabul edilmektedir. Çünkü basının üstlendiği kamu görevi karşısında siyasetçilerin katlanma yükümlülüğü artmaktadır. Nitekim Engels Kararında Mahkeme, “*Bu yazılar, Nasyonal Sosyalizme ve eski Nazilerin ülke yönetimine katılmalarına ilişkin genel olarak Avusturyalıların ve özel olarak da Başbakanın tavırlarıyla alakalı ateşli tartışmaları ortaya atan, Avusturya'da halkın ilgilendiği siyasal meseleleri ele almıştır*” diyerek, gündeme getirilen konuların halkın ilgilendiği siyasi tartışma konuları olduğunun altını çizmiştir⁵.

Bu noktada sorulması gereken temel soru şudur: Bir dinin peygamberinin din mensuplarının inançlarına aykırı olarak karikatürize edilmesinde ne şekilde halkın bilgilenmesine ve serbest bir siyasal tartışma ortamı oluşturmasına katkı sunmaktadır?

Basının siyasetçilere yönelik eleştirisi, hem bir hak hem de bir görev görülürken, siyasetçilerin “halkın bilgilenme hakkı” karşısında özel bir katlanma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok kararında benimsediği içtihadını Eon v. Fransa Kararında tekrarlayarak, siyasi eleştiri sınırının, siyasetin doğası gereği siyasetçilere daha fazla katlanma yükümlülüğü getirdiği yönünde olmuştur. Olayda, Cumhurbaşkanı'nın 28 Ağustos 2008 tarihinde yaptığı Laval ziyareti sırasında ve tam cumhurbaşkanlığı kortejinin geçeceği sırada başvuran üzerinde “defol git, geri zekâli” yazan bir levha kaldırmıştır. Başvuran bu davranışıyla, 23 Şubat 2008 tarihinde gerçekleştirilen tarım fuarını ziyareti sırasında Cumhurbaşkanı'nın, elini sıkmayı reddeden bir çiftçiye karşı kullandığı bir ifadesine atıf yapmaktaydı. Bu söz karşısında Fransız yargısı tarafından hakaret suçuyla cezalandırılan kişi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine dava açmış ve Mahkeme şu içtihadını tekrar hatırlatmıştır:

“Bir siyasetçiye siyasetçi olması dolayısıyla yöneltilen eleştirinin sınırları, sıradan bir kişiye yöneltilen eleştirinin sınırlarından daha geniştir: ikincisinin aksine birincisi zorunlu ve bilinçli olarak fiillerini ve davranışlarını vatandaşların ve gazetecile-

⁵ Bk. Engels v. Avusturya Kararı, No. 9815/82, Karar Tarihi 08.07.1986, p.43.

rin dikkatli bir kontrolüne açık bırakmaktadır; dolayısıyla siyasetçinin daha fazla hoşgörülü olması gerekmektedir (bk. Lingens v. Avusturya , 8 Temmuz 1986, § 42, A serisi, No. 103, Vides Aizsardz ibas Klubs v. Letonya , No. 57829/00, § 40, 27 Mayıs 2004 ve Lopes Gomes da Silva v. Portekiz, No. 37698/97, § 30, CEDH 2000-X)⁶.

Kararda da görüldüğü gibi siyasetçilere yönelik eleştirinin sınırlarının genişlemesini meşru kılan unsurlardan biri, “zorunlu ve bilinçli olarak fillerini ve davranışlarını vatandaşların ve gazetecilerin dikkatli bir kontrolüne açık bırakmaları”dır. Oysa inançların kutsallığı karşısında, bir dinin peygamberinin karikatürize edilerek, sıradan inanç sahiplerinin rencide edilmesinde, basının ifade özgürlüğünün genişlemesini haklı kılacak bir yön yoktur. Bir dine yönelik eleştiri veya tartışma elbette yapılabilir. Ancak, din mensuplarının inançlarına açıkça aykırılık oluşturan bir yöntem izlenerek yapılması meşru bir kullanım olarak savunulamaz. Basının ifade özgürlüğünü bu yönde kullanımı, eleştiri hakkı bakımından zorunlu veya gerekli bir araç olduğu kabul edilemez. Bu noktada basının ifade özgürlüğü karşısında politikacıardan beklenen “daha yüksek derecede hoşgörü göstermek”, kendi kutsallarının aşağılanması halinde din mensuplarından beklenemez. Çünkü, Müslümanlar bakımından Peygamberin karikatürize edilmemesi, dini bir zorunluluktur. Buna aykırı bir tutum, İslam inancı bakımından kabul edilebilir bir durum değildir.

3. İfade Özgürlüğünün Sınırı

İfade özgürlüğünün mutlak bir hak olmadığı, bu hakkı kullananların başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı kapsamında görev ve sorumluluklarının olduğu kabul edilir. Hakaret, nefret söylemi, şiddete çağrı ve “**dini değerleri aşağılama**” ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanamaz. Birçok ülkede, bu nitelikteki ifade açıklamaları suç kabul edilmektedir. Bu nitelikteki ifadelerin suç sayılması, özgürlüklerin sınırlanmasında demokratik toplumda gerekli bir müdahale görülür. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne gelen, Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararında, konu bu yönüyle tartışılmıştır⁷.

Başvuru sahibi, Otto-Preminger Institut für audiovisuelle Mediengestaltung (OPI), Avusturya yasalarına göre Innsbruck’da kurulmuş bir özel dernektir. Faaliyetleri arasında, Innsbruck’da “Cinematograph” adlı bir sinema işletmek de yer almaktadır. Başvuru sahibi dernek, Werner Schroeter’in halka açık altı gösterimi yapılacak olan Das Liebeskonzil (“Cennetteki KONSEY”) filmini kamuoyuna duyurmuştur. Durumda şu açıklamalar yer almaktadır:

⁶ Eon v. Fransa Kararı, Başvuru No. 26118/10, KT. 14.03.2013, p.59; Kararın Türkçe Çevirisi için bk. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/hudoctr.html>. (Erişim:18.01.2015).

⁷ Bk. Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararı, Başvuru no. 13470/87, Karar Tarihi: 20 Eylül 1994.

“Oskar Panizza’nın Cennette geçen hicivsel nitelikteki trajedisi Roma’daki Teatro Belli’de yapılan bir gösterim sırasında filme alınmıştır ve yazarın, 1895’te dine küfretme yüzünden yargılanmasını ve hüküm giymesini yeniden ortaya koyan bir yapıttır. Panizza, frenginin, Rönesans döneminde, özellikle, papa Borgia VI. Alexander’ın Hanedanlığında, insanoğlunun zina ve günahkârlık dolu yaşamına karşılık olarak Tanrı’nın bir cezası olarak verildiği varsayımından yola çıkmaktadır. Schroeter’in filminde, dünyevi gücün işaretlerini taşıyan, Tanrı’nın yeryüzündeki temsilcileri cennetin kahramanlarına hafif ölçüde benzemektedir. **Hıristiyan inancının küçük betimlemeleri ve saçmalıkları karikatürlü biçimde hedef alınmıştır** ve dini inançlar arasındaki ilişkiler ve zulmün dünyevi mekanizmaları sorgulanmaktadır.⁸”

Roma Katolik Kilisesi’nin Innsbruck Psikoposluğu’nun talebi üzerine, başsavcı 10 Mayıs 1985’de OPI’nin yöneticisi Bay Dietmar - Zingl ceza davası açma sürecini başlatmıştır. İsnat edilen suç “dini öğretilerin küçük düşürülmesi”dir, bu fiil, ceza Kanunu’nun 188. bölümünde yasaklanmıştır. Ceza Kanunu’nun 188. bölümü aşağıdaki gibidir:

“Kim olursa olsun, davranışı haklı bir iftiale yol açıyor; ülke içinde yerleşik bir kilise veya dini topluluğun yücelttiği bir kişiyi veya nesneyi küçümsüyor veya hakaret ediyor; aynı davranışı benzer bir kilise veya dini topluluğun inancına, yasal geleneklerine veya yasal kurumlarına karşı sergiliyor ise, altı aya kadar hapis cezasına veya 360 günlük ücrete eşit para cezasına çarptırılacaktır.⁹”

El koyma emrine karşı Bay Zingl tarafından Innsbruck Temyiz Mahkemesi’ne (Oberlandesgericht) yapılan itiraz, 30 Temmuz 1985’de reddedilmiştir. Temyiz Mahkemesi kararında şöyle demektedir:

“Sanatsal özgürlüğün, başkalarının dini özgürlük hakları ve Devletin düzen ve hoş-görü temeli üzerine kurulmuş bir toplumu koruma göreviyle sınırlı olduğu yolunda görüş bildirmiştir. Buna ilaveten, film sadece, olağan dini hassasiyete sahip ortalama bir insanın dini duygularını incitme hedefini güdüyor ise Ceza Kanunu’nun 188. bölümünün amaçlarının doğrultusunda, içerlemenin (incinmenin) “haklı görülebileceğini” bildirmiştir. Bu koşul ivedilikle görülen davada ve el koyma cezasının verilmesinin ilke olarak emredilmesinde en azından “tarafsız duruşmalarda” yerine getirilmiştir. Dini duygularla büyük çapta alay edilmesi hususu, kamuoyunun bilgi edinme konusundaki çıkarlarına veya filmi göstermek isteyen kişilerin mali çıkarlarına üstün gelmiştir¹⁰.”

⁸ Bk. Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararı, p.10.

⁹ Bk. Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararı, p.25.

¹⁰ Bk. Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararı, p.13.

Innsbruck Bölge Mahkemesi'nde görülen devada, Bölge Mahkemesi kararında, filmin piyasadan çekilmesini emretmiştir. Kararda şöyle denilmektedir:

“13 Mayıs 1985 günü halka açık olarak gösterilmesi planlanan, Tanrı Baba'nın hem görsel, hem sözlü olarak bunak, iktidarsız bir aptal, İsa'nın zeka özürülü kimse ve Tanrı'nın annesi Meryem'in, tarifine uygun biçimde davranan hafif meşrep bir hanım olarak sunulduğu ve Komünyon'un (şarap ve ekmek yeme ayini) alaya alındığı film, Ceza Kanunu'nun 188. bölümünde belirtildiği şekilde, dini temelleri küçük düşürme suçunun tarifine girmektedir. “Ceza Kanunu'nun 188. bölümündeki koşullar, kutsal şahsiyetlerin – ki Tanrı Baba, Tanrı'nın Annesi Meryem ve İsa Hazretleri Roma Katolik Dininin Öğretisinde ve uygulamasında en başta gelen şahsiyetlerdir ve inananların dini anlayışları açısından çok büyük önemi haizdirler- bu şekilde betimlenmesinin yanı sıra, Roma Katolik dininin en önemli gizemlerinden biri olan Komünyon hakkında yukarıda açıklanan ifadeler ve bunlardan daha çok Hıristiyan dinlerine karşı bir saldırı olan filmin genel nitelikleri dolayısıyla, yerine gelmiştir... Ancak, yukarıdaki görüşler ışığında ve mevcut davanın ciddi bir özel durumu oluşu dolayısıyla – hedef aldığı filim, kışkırtıcı özelliğe sahip ve kilise karşıtıdır – ayrıca, yasalar tarafından korunan çıkarların çok kereler ve sürekli biçimde ihlali yüzünden bu durumda sanatsal özgürlüğe ilişkin temel hak ikinci sırada kalmaktadır”¹¹.

Başvuru sahibi dernek “Das Liebeskonzil” filme el konarak ve bunun sonucunda toplatılarak sözleşme'nin 10. Maddesindeki (md. 10) aşağıdaki hususları güvence altına alan düşündüğünü ifade etme hakkının ihlaline yol açtığını öne sürmüştür. Hükmüt, filme el konması ve toplatılması işleminin “diğer kişilerin haklarının korunması” özellikle bir kişinin dini duygularına saygı hakkı ve “toplum içinde karışıklığın (bozgunun) engellenmesi” amacıyla yapıldığı görüşünü ileri sürmüştür¹². Mahkeme, Sözleşme'nin 9. Maddesinde korunan din ve vicdan özgürlüğü bağlamında ilk tespiti şu şekilde olmuştur:

“Dini bir çoğunluğa veya azınlığa mensup olduklarına bakılmaksızın, dini inançlarını gösterme özgürlüğünü kullanmayı seçtiklerinde her türlü eleştiriden muaf tutulmayı mantiken bekeleyemezler. Dini inançlarının başkaları tarafından inkâr edilmesine ve inançlarına karşı geliştirilen düşmanca doktrinlerin propagandasının yapılmasına bile hoşgörü göstermeli ve bu durumu kabullenmelidirler. Ancak, dini inançların ve doktrinlerin inkâr edilme ve bunlara muhalefet etme yöntemleri Devletin sorumluluğunun işin içine girmesini sağlayabilecek hususlardır. Bu sorumluluk, özellikle 9. Madde (md. 9) gereğince garanti altına alınan hakkın barışçı biçimde kullanılmasını, o hakkın ait olduğu inanç ve doktrin sahipleri açısından

¹¹ Bk. Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararı, p.16.

¹² Bk. Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararı, p.46.

temin ediyorsa söz konusudur. Gerçekte, aşırı vakalarda, dini inançlara karşı gelen veya bunları inkar eden yöntemlerin etkisiyle, bu tarz inançlara sahip olan kişilerin etkisiyle, bu tarz inançlara sahip olan kişilerin, bunları muhafaza etme ve dile getirmeleri engellenebilmektedir”. “9. Maddede (md. 9) garanti altına alınan, inananların dini inançlarına saygı hususu, dinen kutsal sayılan nesnelere kışkırtıcı biçimde temsil edilmesi dolayısıyla ihlal edilmiş görülebilir; bu tür kışkırtıcı temsiller demokratik toplumun bir unsuru da olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli biçimde ihlali olarak görülebilir.” “Haklarında şikâyetle bulunulan önlemler “haklı infial” yaratmaya eğilimli biçimde, dinen kutsal sayılan nesnelere karşı yapılan davranışları bastırma amacı güden, Avusturya Ceza Yasası’nın 188-bölümüne dayandırılmaktaydı. Buna göre amacının, insanların, dini duyguları yüzünden, başka kişilerin aleni biçimde görüşlerini ifade etmeleri dolayısıyla hakarete uğramamaları olduğunu gösteriyordu. Avusturya mahkemelerinin kararlarının kaleme aldığı koşullar göz önünde bulundurulduğunda, karşı çıkılan önerilerin 10. Madde (md. 10-2) altında, “diğerlerinin haklarının korunması” şeklinde adlandırılabilir olan yasal nitelikte önlemler olduğunu kabul etmektedir.”¹³

Mahkeme, “El koyma ve toplatmanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı” hususunu değerlendirirken, ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki önemine işaret ettikten sonra, ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilir olduğuna ilişkin şu tespiti yapmaktadır:

“Ancak, 10. maddenin 2. paragrafında (md 10-2) yer alan ifadenin de ortaya koyduğu gibi, 10. maddenin 1. paragrafında (md-10-1) yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanan herkes, “görev ve sorumluluklar” üstlenmektedir. Bunların arasında dini görüş ve inançlar kapsamında diğer kimseleri gereksiz yere inciten ifadelerde mümkün olduğunca kaçınma zorunluluğunun ve bu şekilde haklarının ihlalinin yasal ve bunların insan ilişkilerinde gelişmeye katkıda bulunmayan toplumsal tartışmalarının olmayışdır. Hal böyle iken, bir ilke olarak, bazı demokratik toplumlarda, yasal amaçla orantılı olarak ortaya konan “formalite”, “koşul”, “kısıtlama” veya “cezanın”, dinen kutsal kabul edilen nesnelere karşı uygunsuz saldırıları yaptırma tabi tutma ve engellenin gerekli olduğu aşikârdır”. “Ahlak” kavramında olduğu gibi, toplumda dinin önemi konusunda tek bir kavramın Avrupa çapında bulunması mümkün değildir. (24 Mayıs 1988 tarihli, A serisi, 133 sayılı, Müller ve Diğerleri - İsviçre kararının 20. sayfasının 30. Paragrafına bakınız); tek bir ülke içinde bile bu kavramlar değişiklik gösterebilmektedir. O nedenle, ifadenin diğer kişilerin dini duygularını doğrudan hedef alıyor olması durumunda ifade özgürlüğü hakkına karşı izin verilebilir ölçüde bir müdahalenin oluşumunun kapsamlı tarifine ulaşmak mümkün değildir. O halde böyle bir müdahalenin gerekliliğinin varlığının

¹³ Bk. Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararı, p.47-48.

*ve alanının değerlendirilmesinde ulusal makamlara belirli bir takdir hakkı payı tanınmalıdır*¹⁴.

Hükümet filme el konması işlemini Hıristiyan dinine özellikle Roma Katolikliğine karşı bir saldırı niteliğinden dolayı savunmuştur. Katolik ahlakının temsil ettiği hususların vahşi ve istismarcı olarak temsil edilmesi suretiyle filmin din karşıtı olduğunu belirtmiştir. Roma Katolik Kilisesi inancı Avusturya toplumunun tümünde %78, Tirol halkı arasında ise %87 gibi yüksek bir orandadır. Bunun sonucu olarak filmin yasaklanmasının toplumsal bir ihtiyaç baskısına karşılık geldiğini ileri sürmüştür. Mahkeme öncelikle bu olayda **çatışan iki özgürlük bulunduğunu** ve bu konuda bir denge kurulması gerektiğine işaret etmiştir:

*“Mahkeme önüne getirilen konu, Sözleşme’nin güvence altına aldığı iki temel özgürlüğü; adlarıyla belirtmek gerekirse, bir yandan başvuru sahibi derneğin kamuoyuyla tartışmalı hususları paylaşma ve bundan yola çıkarak ilgili kişilerin bu husustan haberdar olma hakkına öte yandan, diğer kişilerin düşünce, vicdan ve din özgürlüklerine doğru düzgün saygı gösterilmesi hakkına ilişkin birbirleriyle çatışmalı menfaatlerinin ağırlıklarının tartılması hususunu içermektedir. Bu şekilde, davranarak, görevleri, yetki alanları dâhilinde, toplumun çıkarlarını bir bütün olarak korumak hususunu demokratik bir toplum içinde dikkate almak olan, ulusal makamlara bırakılmış takdir hakkı yetkisinin payının da göz önünde tutulması gerekmektedir.”*¹⁵

Mahkeme kararın sonunda, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna şu gerekçe ile varmaktadır:

*“Mahkeme (AİHM); Roma Katolik dininin, Tirol halkının çok büyük bir kısmının dini olduğunu göz ardı edemez. Avusturya resmi makamları, filmi toplatmak suretiyle, o bölgedeki dini barışı sağlamak ve bazı insanların dini inançlarına karşı mazur görülemez ve müteceviz biçimde yapılan saldırıların nesnesi oldukları kanısına kapılmalarını engellemek amacıyla hareket etmişlerdir. Uluslararası bir yargıcın konumuna göre, yerel bir duruma karşı, belli bir zamanda bu tür bir önlemin gerekliliğini değerlendirme hususu öncelikle ulusal makamlara aittir. Mevcut davanın bütün koşulları değerlendirildiğinde, Mahkeme, Avusturyalı yetkililerin bu anlamda takdir payını aştıklarını düşünmemektedir. Dolayısıyla (filme) el konulmasında, 10. Maddeye göre (md. 10) bir ihlal durumu bulunamamaktadır”*¹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Otto-Preminger kararında özetle, inançlara karşı halkı infiale zorlayan saygısız tutum ve davranışların yaptırıma bağlanmasını, demokratik bir toplumda zorunlu bir ihtiyaç baskısının sonucu olduğunu kabul etmektedir. Bu konuda, ulusal makamların takdir yetkisinde olduğunu ifade etmektedir.

¹⁴ Bk. Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararı, p.49-50.

¹⁵ Bk. Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararı, p.55.

¹⁶ Bk. Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararı, p.56.

4. Din ve Vicdan Özgürlüğü Bakımından İslam Peygamberinin Karikatürlerinin Çizilmesi

Basın yoluyla düşünceler yazı, resim, fotoğraf, karikatür yoluyla açıklanabilir. Fotoğraf, çeşitli araç ve malzeme kullanılarak, görüntünün özel bir yüzey üzerinde sabitlenmesiyle aktarılan resimdir. Karikatür ise, insan ve toplumla ilgili her tür olayı abartılı bir biçimde aktaran düşündürücü ve güldürücü resimdir¹⁷. Dolayısıyla bir olayı veya kişiyi karikatürize etmek, abartılı bir biçimde değer yargıları içeren bir görüş açıklama yoludur. Karikatürize etmek, bazen aşağılama, alay, bazen övme bazen de güldürme içerebilir. Bu nedenle bir kişinin karikatürünü çizme nesnel fotoğrafını çekmek gibi değil, başlı başına bu aracı kullanmak bir eleştiri amacını baştan göstermektedir.

İslamın dini kaynaklarında, insan resmetmenin tartışılmalı olduğu gibi İslam Peygamberinin resmedilebilmesi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. XIV. asırdan itibaren yazılan bazı eserlerde Hz. Peygamber'in minyatür şeklinde tasvirleriyle karşılaşılma olduğu bildirilmektedir¹⁸. Ancak, insan hakları hukuku bakımından, konunun dini referanslarından çok, bu konunun Müslümanlar tarafından nasıl algılandığıdır. Bu gün Müslüman toplumların hemen hemen tamamında İslam Peygamberinin resmedilmediği açık bir sosyolojik gerçektir. Ayrıca, Müslümanların İslam Peygamberinin resmedilmesinden öte karikatürize edilmesinden rencide oldukları, bunu inançlarına yönelik bir saldırı olarak gördükleri açık bir gerçekliktir. Dolayısıyla, Peygamberin karikatürize edilmesi, Müslümanların inanç özgürlüğüne bir müdahaledir.

İnsan hakları hukuku bakımından her müdahale bir ihlal anlamına gelmemektedir. Yapılan bu tür bir müdahalenin haklı bir nedeninin olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. İslam Peygamberini karikatürize etmenin, demokratik toplumda serbest tartışma ortamına bir katkı sağlamak mıdır? Basın yoluyla karikatürleri çizilerek, hangi kamu yararı sağlanmaktadır? Daha basit bir şekilde sorulursa, bu tür bir ifade kullanımında hangi meşru amaç vardır? İslam dini elbette eleştirilebilir. İslam Peygamberi de ona inanmayanlar bakımından eleştirilebilir. Ancak bu eleştirinin, Müslümanları rencide edecek bir yol ile yapılması zorunlu mudur? Bu yöntemin kullanılmaması, ulaşılmak istenen eleştirme amacına varılmasını imkansız mı kılmaktadır? Bu sorulara verilen cevaplar olumsuz ise, İslam'ı eleştirmenin bir aracı olarak, Müslümanları rencide eden, onları infiale sürükleyen bu tarz bir kullanım ifade özgürlüğünün koruma alanında görülemez.

İslam Peygamberinin karikatürize edilmesi, Müslümanlar arasında inançlarına yönelik bir aşağılama olarak algılanmakta, Müslüman toplumlarda infiale sebep olduğundan, bu davranışın ulusal makamlar tarafından yaptırıma bağlanması, demok-

¹⁷ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.tdk.org.tr, 23.01.2015

¹⁸ Osman Şekerci, İslam'da Resim ve Heykel, Nün Yayıncılık, İstanbul 1996, 132.

ratik bir toplumda inançlara saygının sağlanması ve kamu düzeninin korunması bakımından, zorunlu bir toplumsal ihtiyaca denk düşmektedir.

Basının ifade özgürlüğünü kullanırken, İslam Peygamberini karikatürize etmek şeklinde bir yöntem seçmesi, hedeflenen kamusal tartışma ortamına hiçbir katkı sağlamadığı gibi, Müslümanların inanç özgürlüğü bakımından onları infiale sürükleyecek “katlanamaz bir durum” meydana getirmektedir. Bu noktada kamu makamlarının “menfaatlerin dengelenmesi” pozitif görevi kapsamında, bir taraf bakımından zorunlu olmayan ancak öteki taraf bakımından katlanılamaz olan iki menfaatten elbette önceliği, katlanılamaz bir yük yükleyen inanç özgürlüğü sahipleri lehine kullanılması gerekecektir. Çünkü ifade özgürlüğü bağlamında, dini eleştiri yapabilecek birçok araç vardır. Dolayısıyla demokratik bir toplumda Peygamberin karikatürize edilmesinin yasaklanması, zorunlu bir toplumsal ihtiyaca denk düşmektedir.

5. Türk Hukukunda İslam Peygamberini Resmetme

Türk Hukukunda İslam Peygamberinin karikatürize edilmesini yasaklayan doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanununda, “inanç, düşünce ve kanaatlerin kullanılmasını engelleme” bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bu suçun oluşmasında “cebir veya tehdit” bir ön unsur olarak kabul edilmektedir¹⁹. Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen bir başka suç, “Kişinin hatırasına hakaret” suçudur. Bu suç kapsamında ölmüş kişilerin hatırasına hareket suç olarak düzenlenirken, “ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri tarafından şikayette bulunulması” gerekmektedir (m.131)²⁰.

İslam Peygamberinin resmedilmesi veya karikatürize edilmesi yoluyla, “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama” suçu oluşabilir:

“Madde 216- (1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen

¹⁹ “Madde 115- (1) Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) (Değişik: 2/3/2014-6529/14 md.) Dini inancın gereğinin yerine getirilmesinin veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel ya da toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi hâlinde, fail hakkında birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur. (3) (Ek: 2/3/2014-6529/14 md.) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale eden veya bunları değiştirmeye zorlayan kişiye birinci fıkra hükmüne göre ceza verilir”.

²⁰ “Madde 130- (1) Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri oranında artırılır. (2) Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

tabrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

Bu suçun, “basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır. Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” (m.218).

İslam Peygamberinin karikatürize edilmesi, Müslümanlar bakımından kesinlikle kabul edilemez bir durum olduğundan, “dini değerleri alenen aşağılama” fiili gerçekleşmiş olmakta ve bu fiil “kamu barışını bozmaya elverişli” olduğu görülmektedir. Bu kapsamda TCK madde 216/3 kapsamında bu tür fiillerin cezalandırılması gündeme gelebilecektir.

SONUÇ

Günümüzde çoğulcu demokratik bir toplum için ifade özgürlüğü temel unsurlardan biri kabul edilmektedir. “Çoğulculuk” farklılıklara saygı ile mümkündür. Bu nedenle başkalarının hak ve hürriyetlerine saygı, demokrasinin “hoşgörü” yönüne işaret eder. Çoğulcu ve hoşgörülü bir demokratik toplumun sağlanması, çatışan özgürlükler arasında “adil bir denge kurulmasını” zorunlu kılmaktadır. Hiçbir özgürlük sahibine ondan sınırsızca yararlanma hakkı vermez. Kişiler haklarını kullanırken, başkalarının haklarına saygı duyma ödev ve sorumluluğu altındadır. Bir kişinin hakkını belli bir tarzda kullanımı, bir başkasının hak ve özgürlüğü bakımından katlanamaz bir yükümlülük getiriyorsa, hoşgörü gereği bu tarz bir kullanımdan sakınılması gerekir.

İslam Peygamberinin basın yoluyla karikatürize edilmesi, Müslümanların inanç özgürlüğüne açık bir müdahaledir. Müslümanların inancına göre Peygamberin karikatürü çizilemez. Karikatürize etmek, resim çizmenin de ötesinde, içinde aşağılama, alay ve rencide etmeyi de içermektedir. İfade özgürlüğü hiç kimseye, başkalarının inanç değerleriyle alay etme ve aşağılama şeklinde bir kullanım hakkı vermez. İfade özgürlüğünün bu tarz kullanımı, kamuoyunun aydınlatılması ya da serbest tartışma ortamının oluşturulması bakımından elverişli ve gerekli bir yol görülemez. Bu tarz bir kullanım Müslümanlar bakımından katlanılamaz bir yük yüklerken, Müslüman toplumlarda infiale ve kamu düzeninin bozulmasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla, Peygamberin karikatürize edilmesi, “üstün nitelikte bir kamu yararına” hizmet etmediğinden, basın özgürlüğünün bu tarz bir kullanım şekli sınırlandırılabilir.

Bu noktada, inançları aşağılama ve alay etme tarzında bir hak kullanımının yasaklanması, demokratik bir toplumda “zorunlu bir ihtiyaç baskısına” işaret etmektedir. Nitekim devletin insan hakları alanında pozitif yükümlülüklerinden biri de, hak kullanımları arasında ortaya çıkabilecek çatışmaları önleme ve ortaya çıkan ihlalleri yaptırımlara bağlamaktır. Yukarıda incelendiği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, inançlara hakaret ve aşağılama içeren ifade özgürlüklerinin engellenmesini, ulusal takdir alanı içinde görmekte, bu tür müdahaleleri demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun görmektedir. Dolayısıyla, İslam Peygamberini, Müslümanların inançlarını rencide edecek şekilde karikatürize etmek, ifade özgürlüğü değil, inanç özgürlüğünün ihlalidir.

KASTEN YARALAMA SUÇUNUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ (TCK m. 87)

(Aggravated states due to the result of malicious wounding
(Turkish Penal Code Art. 87))

Ahmet GÖKÇEN*, Murat BALCI**

ÖZET

Makalemizin konusu “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri”dir. Çalışmada öncelikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramı üzerinde durulmuş, bu suçların yapısı ve suç teorisi bakımından gösterdiği özellikler ana hatlarıyla incelenmiştir. Daha sonra ise TCK.nun 87 nci maddesinde yer alan kasten yaralama suçunun ağırlaşmış halleri olan neticeler ayrıntılı olarak incelenmiştir. Çalışmada, konu ile ilgili teorik açıklamalar ve doktrindeki görüşlerin yanı sıra, Yargıtay uygulamalarına da geniş yer verilmiştir. Ayrıca kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinde; teşebbüs, iştirak ve suçların içtimaı durumlarına da değinilmiştir. Son kısımda ise suçun soruşturma ve kovuşturma usulü üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Kasten Yaralama, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç, Ceza, Teşebbüs, Suçların İçtimaı.

Abstract

The topic of our article is “Aggravated States due to the Result of Malicious Wounding”. Firstly the term “Aggravated States due to the Result of Malicious Wounding” is emphasized, the structure and the characteristic in terms of crime theory of these crimes are examined in baseline. After then the Results which counted (shown) in Turkish Criminal Code article 87 as the aggravated states of malicious wounding examined in detail. Also with the theoretical explanations about the topic and opinions in the doctrine, the practice of Court of Cassation are included. In addition attempt, complicity and the joinder of crimes in the Aggravated States due to the Result of Malicious Wounding are mentioned in

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD öğretim üyesi.

** Doç. Dr., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD öğretim üyesi.

our article. In the last chapter investigation and trial (prosecution) procedures emphasized.

Keywords: Injury, Crime, Aggravated State due to Result of Crime, Penalty, Attempt

I- GENEL BİLGİLER VE NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇ KAVRAMI

Kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri TCK.nun “Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama” başlıklı 87. maddesinde;

“(1) *Kasten yaralama fiili, mağdurun;*

- a) *Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,*
- b) *Konuşmasında sürekli zorluğa,*
- c) *Yüzünde sabit ize,*
- d) *Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,*
- e) *Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,*

neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hâllerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hâllerde beş yıldan az olamaz.

(2) *Kasten yaralama fiili, mağdurun;*

- a) *İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,*
- b) *Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,*
- c) *Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,*
- d) *Yüzünün sürekli değişikliğine,*
- e) *Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,*

neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hâllerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hâllerde sekiz yıldan az olamaz.

(3) *Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması hâlinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.*

(4) *Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hâllerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hâllerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir¹.*

¹ Bkz: **Gökçen, Ahmet – Balcı, Murat**, Kasten Yaralama Suçu (TCK m.86), Prof. Dr. Feridun

TCK.nun 87. maddesinin gerekçesinde şu açıklamalar yer almaktadır: “Kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. Bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Örneğin, basit yaralamada bulunulmak istenirken, kişi görme, işitme yeteneğini yitirmiş olabilir. Yaralama fiili gerçekleştirilirken, genellikle bunun sonucunda ağır bir neticenin meydana gelebileceği düşünülür. Örneğin gözün, kulağın üzerine sert bir biçimde vuran kişi, bu yumruk neticesinde mağdurun görme veya işitme yeteneğini yitirebileceği olasılığını göz önünde bulundurur. Ağır neticenin ortaya çıkacağına bu şekilde öngörüldüğü durumlarda, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket etmektedir. Buna karşılık, yaralama fiili sonucunda kişinin öngörmediği ağır bir netice de meydana gelmiş olabilir. Örneğin canının biraz yanması için mağdurun karın boşluğuna hafif bir biçimde vurulması hâlinde mağdur inhibisyon² sonucu ölebilir. Bu gibi durumlarda ise fail, yaralama fiilini işlerken, mağdurun ölebileceğini tahmin etmemiş olabilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ve Hükümet Tasarısının bazı hükümlerinde, kişi gerçekleştirilmeyi kastetmediği böyle neticelerden objektif olarak sorumlu tutulmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “versari in re illicita”, yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk hâlleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hâllerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, Anayasa da öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümle, meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir”.

Yenisey'e Armağan, Cilt I, İstanbul, Ekim 2014, s. 349 vd; **Üzülmez, İlhan**, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2013, s.42 vd; **Cirit, İsmail Rüştü**, Kasten Yaralama Suçu (TCK.m.86-88), Legal Hukuk Dergisi, Şubat-2008, Yıl-6, Sayı: 62, s.429 vd.; **Koca, Mahmut – Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s.184 vd; **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2012, s.167 vd.; **Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan- Önok, R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Eylül 2014, Ankara, s. 223 vd.; **Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 147 vd.; **Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 81 vd.; **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.: 3, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 3038 vd.; **Güzel, Sadullah-Balci, Yasemin Günay-Çetin, Gürsel**, Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, in: Yaralama Suçlarının Adli-Tıbbi Açısından Değerlendirilmesi, 2. Yargıtay - Adli Tıp Sempozyumu, 10-11 Şubat 2005 Ankara, s.78; **Kaymaz, Seydi**, Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma, Ankara 2009, s.3 vd.

² İnhibisyon: Duyarlı sınır merkezlerine vurmalar sonucu kişinin sınır sistemini bozma, durdurma, ölümüne sebep olma, Mesela: Kasık nahiyesine, kulak ardına vurma sebebiyle beyin fonksiyonlarının durması sonucu ölüm meydana gelmesi. Vikipedi, Erişim T: 5.9.2014.

İnceleme konusu olan TCK.nun 87 nci maddesinde bağımsız bir suç düzenlenmeyip kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine yer verilmektedir³. Kanunda, bu maddede suç sayılan hallerde uygulanacak cezayı belirleyebilmek için kasten yaralama suçunun temel şekli ve bir kısım nitelikli hallerin düzenlendiği bir önceki 86. maddeye⁴ atıf yapıldığından evvela 86. maddeye göre cezayı tayin etmek ve çıkan sonuca göre netice sebebiyle ağırlaşmış halden verilecek cezayı belirlemek gerekir⁵. Burada öngörülen ağır neticeler cezalandırılırken, fiilin icrai veya ihmali davranışla gerçekleşmiş olması arasında bir fark yoktur⁶.

Kasten yaralama suçunda olduğu gibi bazı suç tiplerinde, kişinin kastettiğinden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi ayrıca yaptırıma tabi tutulur. Bu gibi hallerde esasen kişi suçun temel şekli bakımından kasten hareket etmiş, ancak kastettiği suçtan veya bu suçun neticesinden daha ağır veya başka bir netice meydana gelmiştir. Kuşkusuz, ceza sorumluluğu açısından failin temel suça ilişkin fiili ile meydana gelen ağır netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu konuda nedensellik bağı ile ilgili olarak ileri sürülen ölçütlerden yararlanılacaktır. Ayrıca meydana gelen netice, objektif olarak faile isnat edilebilir olmalıdır⁷.

Failin iradi hareketiyle sebep olduğu neticeden kast ya da taksirine dayalı bir kusuru olmaksızın sorumlu tutulması, öğretide objektif sorumluluk olarak adlandırılmaktadır⁸. Kilise hukukundaki *versari in re illicita* prensibine dayanan bu anlayış,

³ Suçun temel şekli için bkz: **Gökçen – Balcı**, Kasten Yaralama Suçu s. 349 vd.

⁴ TCK.nun. 86. maddesinde; “(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. (3) Kasten yaralama suçunun; a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı, b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, e) Silâhla, işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır” denilmektedir.

⁵ “Mağdur Amed’in hayati tehlike geçirecek ve medula spinalis hasarı nedeni ile iyileşme olanağı bulunmayan bir hastalığa yakalanacak şekilde yaralandığı olayda; temel ceza TCK.nun 86. maddesi uyarınca belirlendikten sonra 87. maddenin uygulanması sırasında, uygulanma olanağı bulunan fıkralardan en ağır cezayı gerektiren TCK.nun 87/2-a maddesi esas alınarak, TCK.nun 86/1, 86/3-e maddelerine göre belirlenen ceza üzerinden 87/2-a maddesi uyarınca 2 kat artırım yapılmakla yetinilmesi gerekirken, ayrıca 87/1-d maddesiyle de artırım yapılmak suretiyle fazla ceza tayini” (Yarg., 1. CD., 10.07.2012, 3625/5670).

⁶ **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 223.

⁷ **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.:1, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 686.

⁸ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.:1, 2. Baskı, s. 682; Ayrıca bkz. ve kşz. **Özen, Muharrem**, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998, s.107 vd.; **Ünver, Yener**, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), s. 110 vd.

günümüzde “kusursuz suç ve ceza olmaz” prensibinin bir sonucu olarak artık kabul edilmemektedir⁹.

TCK.nun “Netice sebebiyle ağırlaşmış suç” başlıklı 23. maddesine göre; “*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir*”. Düzenlemeyle 765 sayılı Kanunda mevcut olan objektif sorumluluk anlayışı terkedilmiş ve kişinin temel suç tipine nazaran sebep olduğu ağır veya başka neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir derecesinde bir kusurunun bulunması aranmıştır¹⁰. Diğer bir anlatımla; kastedilenden daha ağır veya başka bir netice meydana gelirse, kişinin, meydana gelen bu neticeden sorumlu tutulabilmesi, söz konusu netice açısından en azından taksire dayalı kusurunun varlığına bağlı kılınmıştır. Böylece TCK’nda kişinin kastettiğinden daha ağır veya başka bir neticeden sorumlu olması için eski TCK’da olduğu gibi (örneğin, m.452/2, 456/2,3) nedensellik bağının varlığı yeterli görülmemiştir¹¹.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ya failin hareketi sonucunda kastedilenden daha ağır bir netice meydana gelmekte ya da suçun oluşması için aranan neticeden daha ağır başka bir netice gerçekleşmektedir¹². Gerçekleşen bu ağır veya başka netice sebebiyle fail daha ağır bir cezaya çarptırılmaktadır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilebilmesi için ilk şart, temel suç tipi bakımından kasten hareket edilmesidir. Bu temel suç tipi neticeli bir suç olabileceği gibi sırf hareket suçu da olabilir¹³. İkinci olarak, failin gerçekleşen ağır veya başka netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir.

⁹ **Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 232. **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2013, s.276.

¹⁰ Konu ile ilgili olarak bkz: **Bayraktar, Köksal**, Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Sorumluluk İçin En Az Taksirle Hareket Etme Durumu, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt I, İstanbul, Ekim 2014, s. 3 vd; **Doğan, Koray**, Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara 2011, s.1 vd.; **Özenbaş, Nazmiye**, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorunluluğunun Esası, 1. Baskı, Ankara 2012, s.1 vd.

¹¹ Eski TCK. döneminde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bahsi, genellikle “objektif sorumluluk” başlığı altında ele alınırdı (bkz. TCK.m.45, 452, 456/2,3). Objektif sorumluluk, failin hareketiyle sebebiyet verdiği sonuçtan, kast ya da taksir cinsinden bir kusuru olmasa bile mesul tutulmasıdır. Diğer bir anlatımla, fail ile fiil arasında psikolojik bir bağ bulunmamasına rağmen, cezai sorumluluğun doğduğu bu hallerde, artık sorumluluğun sübjektif değil, objektif olduğundan bahsedilir. Bu gibi durumlarda failin hareketiyle netice arasında maddi nedensellik bağının kurulması cezai mesuliyetin varlığı için yeterlidir. Günümüz ceza hukukunda, objektif sorumluluk kabul edilemez. Ayrıca bkz. **Alacakaptan, Uğur**, Suçun Unsurları, 1. Baskı, Ankara 1970, s.148, 149; **Özen, Muharrem**, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998, s.107 vd.; **Ünver, Yener**, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997-İstanbul), s. 110 vd.

¹² **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.:1, 2. Baskı, s.682.

¹³ **Koca-Üzülmez**, Genel Hükümler, 6. Baskı, s.234.

Kanun, böylece kast-taksir kombinasyonu olarak da ifade edilen karma bir suç tipi oluşturmuştur. Bu karma suç tipi iki kademedede gerçekleşmektedir. Birinci kademedede kasten işlenen temel suç, ikinci kademedede ise en azından taksirle sebebiyet verilen, daha ağır veya başka bir netice yer almaktadır¹⁴.

Netice sebebiyle ağırlanmış suçları düzenleyen TCK.nun 23. maddesinde; ağır veya başka netice bakımından “en azından taksirle hareket etme” arandığından, cezanın ağırlaştırılmasına yol açan bu fiillerin olası kastla veya kasten gerçekleştirilmesi de mümkündür (delici bir cisimle kişinin kulağının sağır veya gözünün kör edilmesi gibi)¹⁵. Bu durumda da yine ceza 87 nci maddeye göre verilecek, ancak bireyselleştirme esasında bu hususlar dikkate alınacaktır¹⁶.

İnceleme konumuzu oluşturan, TCK.nun 87 nci maddesindeki ağır veya başka neticeler, kasten yaralama suçunun (m. 86) daha ağır cezayı gerektiren neticesi sebebiyle ağırlanmış halleridir.

TCK. m. 87 nci maddesinin 1 nci fıkrası ile 2 nci fıkrasında yer alan neticesi sebebiyle ağırlanmış haller, kendi aralarında seçimlik olarak düzenlenmiştir. Kastten yaralama sonucu birinci fıkradaki neticelerden birkaçının birden gerçekleşmesi durumunda da cezada tek artırım yapılacaktır. Birinci fıkrada yer alan neticelerle birlikte ikinci veya üçüncü fıkrada yer alan neticelerden birinin de gerçekleşmesi durumunda ise sadece en ağırdan dolayı artırım yapılmalıdır¹⁷.

Belirtelim ki inceleme konusu TCK.nun 87 nci maddenin 4 ncü fıkrasında, 86 ncı maddenin 2 nci fıkrasına yapılmış bir atıf bulunmamaktadır. Bu bakımdan yukarıda gerekçede de işaret edildiği üzere kasten gerçekleştirilen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamadan (m.86/2), öngörülmemiş olmasına rağmen ölüm neticesi meydana gelirse, taksirle öldürmeden (m. 85) bahsetmek gerekir¹⁸. Bundan

¹⁴ **Koca-Üzülmez**, Genel Hükümler, 6. Baskı, s.233; **Özgenç**, Genel Hükümler, 8. Baskı, s.276; **Ozansü, Mehmet Cemil**, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 191.

¹⁵ Bkz: **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 223.

¹⁶ Gbi bkz: **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.:1,2. Baskı, s.682.

¹⁷ **Tezcan - Erdem - Önok**, Ceza Özel, 8. Baskı, s. 208.

¹⁸ **Özgenç**, Genel Hükümler, 8. Baskı, s. 277 vd.; “765 sayılı TCY’nın 452. maddesinde yer alan hükmün benzeri bir düzenlemeye, objektif sorumluluk esasının terk edilmesi nedeniyle 5237 sayılı TCY’nda yer verilmemiştir. Suçu, “yasada tanımlanmış bir haksızlık” olarak öngören yeni suç teorisinde, bir hareketi yapan kişi, bu hareketin tüm sonuçlarından her koşulda sorumlu tutulmaktada, bir başka anlatımla “kusursuz sorumluluk” terk edilmiş olmaktadır. (...) 765 sayılı TCY’ndaki objektif sorumluluk esasının yerine 5237 sayılı TCY’nda haksızlığın birer gerçekleştirilme şekli olarak kast taksir kombinasyonuna, yani netice sebebiyle ağırlanmış suçlara yer verilmiştir. Bu nedenle uyumsuzluğun çözümü için, 5237 sayılı TCY’nın hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde, suçun manevi unsurları arasında gösterilen kast-taksir kombinasyonu, yani netice sebebiyle ağırlanmış suç üzerinde durulmalıdır. 5237 sayılı TCY’nın “Netice sebebiyle ağırlanmış suç” başlıklı 23. maddesi “ (1) Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en

başka TCK. 87 nci maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşmış hallerden biri somut olayda meydana gelmişse, artık kasten gerçekleştirilen fiilin basit tıbbi müdahale ile giderilebilir olduğu (m.86/2) söylenemez¹⁹. Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır²⁰.

Uygulamada yaranın niteliği ve ağırlığının tespiti için Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınmış olması gerekmektedir. Eğer bu şekilde alınmış bir rapor yoksa Yargıtay bozma kararı vermektedir²¹.

azından taksirle hareket etmesi gerekir" şeklindedir. Buna göre; failin gerçekleştirdiği bir eylemde, kastettiğinden daha ağır veya başka bir sonucun meydana gelmesi halinde, sorumlu tutulabilmesi için, netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Fail, bu sonucun meydana gelmesinden taksirle bile sorumlu tutulamıyorsa, objektif sorumluluğun kaldırılmasının doğal bir sonucu olarak, sadece nedensellik bağının bulunuyor olması, neticeden sorumlu tutulması için yeterli olmayacaktır. (...) 5237 sayılı TCY'nın 23. maddesinde düzenlenmiş bulunan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçla ilişkin genel kuralın, özel hükümler arasında kendisine yer bulunduğu maddelerin başında gelen TCY'nın 87. maddenin 4. fıkrası; "(4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükümlenir" şeklindedir. Maddede, gerçekleştirilen kasten yaralama eylemi TCY'nın 86. maddenin 1. veya 3. fıkraları kapsamında bulunur ve bunun sonucunda da ölüm meydana gelirse, en azından taksirle hareket etmiş olmak koşuluyla faile belirtilen cezaların verileceği öngörülmektedir. Madde metnindeki anlatımın açıklığı karşısında, TCY'nın 86/2. maddesinde düzenlenen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde yaralanma sonucu ölümün meydana gelmesi hali 87/4. fıkrası kapsamında değerlendirilemeyecektir. Eylemin 5237 sayılı TCY'nın 87/4. maddesindeki suçu oluşturmayaçağının anlaşılması nedeniyle, uyuşmazlığın sağlıklı bir hukuki çözüme kavuşturulabilmesi bakımından eylemin taksirle öldürme suçunu oluşturup oluşturmayacağı, hususunun da üzerinde durmak gerekecektir. 5237 sayılı TCY'nın 22/2. maddesinde "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi" şeklinde tanımlanan taksir haksızlığın gerçekleştirilme biçimlerinden birisidir (...). Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alması ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, Devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir, fail tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkân ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaksızın kaynaklanmaktadır" (Yarg. CGK., 14.9.2009, 1-197/93).

19 **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 186.

20 "Yine sanığın mağdurenin yüzünde sabit ize ve bir kısım basit tıbbi müdahalelerle giderilebilir yaralamalara yol açan fiilin 5237 S.K.un 86/2 madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, buna göre temel cezanın 5237 TCK.nun 86/1 maddesi uyarınca belirlenmesinin gerektiği gözetilmeksizin hüküm kurulması, aleyhe temyiz olmadığından ve 87. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca sonuca da etkili görülmediğinden, bozma sebebi yapılmamıştır" (Yarg., 3. CD., 11.02.2009, 16205/1955) "Sanığın mağdurenin yüzünde sabit ize yol açan fiilin 5237 S.K.un 86/2 madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, buna göre temel cezanın 5237 TCK.nun 86/1 maddesi uyarınca belirlenmesinin gerektiği gözetilmeksizin hüküm kurulması ve TCK.nun 87/1-son maddesi gereğince tayin olunacak cezanın 5 yıldan az olamayacağına gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır" (Yarg., 3. CD., 11.02.2009, 16714/1915).

21 "Müştekinin, Meram Tıp Fakültesi Hastanesinden aldırılan 31.07.2009 tarihli raporda, müş-

Aşağıda 87 nci maddede düzenlenen kasten yaralamanın netice sebebiyle ağır-
laşmış halleri ayrı ayrı incelenecektir.

II- CEZANIN BİR KAT ARTIRILMASINI GEREKTİREN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLER (m. 87/1)

1- Yaralamanın Duyulardan veya Organlardan Birinin İşlevinin Sürekli Zayıflamasına Sebep Olması

TCK.nun 87 nci maddesinin 1 nci fıkrasının (a) bendinde, kasten yaralama suçunun mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olması, suç sayılmıştır²².

Fıkra gerekçesinde; *“Bunun için duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olunmalıdır. Vücutta çift olarak bulunan organlardan birinin işlevini tamamen yitirmesi hâlinde, diğer organ fonksiyon görmeye devam edebilir. Bu durumda dahi, organın işlevinin zayıflaması değil, ikinci fıkraya göre işlevin yitirilmesi söz konusudur²³. Çünkü, bent metninde duyu veya organlardan birinin işlevinden söz edilmiştir”* denilmektedir.

tekinin sol göz işlevinin sürekli zayıflamasına ve yitirilmesine neden olacak patoloji saptandığı bildirildiği, ancak mezkur raporda müştekinin yaralanmasının 5237 sayılı TCK'nin 87/1-a maddesi kapsamında duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına ya da TCK'nin 87/2-b maddesi kapsamında duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitilmesine neden olup olmadığı hususu açıkça anlaşılamadığından, müştekinin mevcut raporları ve tıbbi kayıtları ile birlikte Adli Tıp Kurumuna gönderilerek aldrılacak raporun sonucuna göre sanığın hukuki durumun tayini gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile hüküm tesisi” (Yarg., 3. CD., 02.10.2012, 3804/32353); “Katıldaki yaralanmanın kısmi işlev kaybına yol açtığı anlaşılmakla söz konusu kısmi işlev kaybının hayat fonksiyonlarına etkisi ile ilgili olarak 5237 sayılı Yasanın 87/1-a veya 87/2-b maddelerindeki düzenlenen kriterler esas alınarak Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden ayrıntılı ve açıklayıcı kurul raporu alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi” (Yarg., 3. CD., 16.10.2012, 5368/34732); “Mağdurun, Av.Cengiz Gökçek Devlet Hastanesi beyin ve omurilik sinir cerrahisi uzmanı tarafından düzenlenen 20.03.2008 tarihli raporu hükme esas alınacak yeterlilikte olmadığı, mağdurun yaralanmasının iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa neden olup olmadığı hususunda adli tıp kurumundan rapor aldrılarak kesin olarak belirlenmesi gerektiği gözetilmeden sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nin 87/2-a-son maddelerinin tatbiki” (Yarg., 3. CD., 18.09.2012, 5601/30191); Ayrıca bkz: Yarg., 1. CD., 29.01.2010, 8120/459; Yarg., 3. CD., 27.10.2010, 12686/16082.

²² Bu husus, 765 sayılı TCK.nun 456. maddesinin 2. fıkrasında “havastan veya azadan birinin devamlı zaafi” şeklinde, yaralamanın ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenmişti.

²³ “Mağdurun Antalya Adli Tıp Şube Müdürlüğünden aldrılan 08.06.2006 tarihli raporunda bildirilen sağ nefrektominin (böbrek çıkarılmasının) yaralanmasının yerleşmiş uygulamaya ve Adli Tıp Kurumu kriterlerine göre “organlardan birinin işlevinin yitirilmesi niteliğinde olduğu” ve bu nedenle sanık hakkında TCK.nun 87/2-b-son maddeleri uyarınca uygulama yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır” (Yarg., 3. CD., 18.10.2011, 12938/14363).

Mağdurun duyu veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasından mak-
sat, bunların fonksiyonlarını yerine getirmede güçlüğü ve azalmayı ifade etmektedir.

Zayıflama, duyu veya organın kaybedilmiş sayılmasını gerektirmeksizin bunların
kapasitesini düşüren her türlü fonksiyonel azalmadır²⁴. Bu hususun belirlenebilmesi
için mağdurun olaydan önceki ve sonraki durumunun mukayese edilmesi gerekir²⁵.

Duyu; görme, işitme, koklama, tatma ve dokunma gibi kişinin dış dünyayı al-
gılama yeteneğine denir. Dış dünyadan gelen uyarıları algılayan organlara ise duyu
organı denilmektedir²⁶.

Organ; Yunanca bir kelime olup canlı bir vücudun, belirli bir görev yapan ve
sınırları tesbit edilmiş kısmına denir²⁷. Organın adı, ifa ettiği görevine göre değişir.
Solunum organı, dolaşım organı gibi²⁸. Ağızda bir diş kaybı, organ işlevinin sürekli
zayıflaması kabul edilmektedir²⁹.

Kişideki görme, işitme, koklama, tatma ve dokunma duyuları ile organlar, el,
ön kol, kol, omuz, ayak, bacak ve kalçada (ekstremiteler) oluşan anatomik kayıp veya

²⁴ **Önder**, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, 1. Baskı, İstanbul 1992, s. 106; **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 224.

²⁵ **Yaşar-Gökcan-Artuç**, 2. Baskı, 2. Baskı, s. 3041.

²⁶ **Koca-Üzülmmez**, Özel Hükümler, s. 189; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, 2. Baskı, s. 3040; **Centel-Za-fer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 149.

²⁷ Bkz: **Gökcen, Ahmet - Balcı, Murat**, “Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHFD. (Özel Sayı), C.19, S.2, Y.2013, s. 112 vd.; Ayrıca bkz: **Üzülmmez, İ.**, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Ankara 2013, s.125 vd.; **Hafizoğulları-Özen**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, s. 104 vd.; **Özbek, Veli Özer-Kanbur, Mehmet Nihat- Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2011, s.256 vd.; **Aydın, Murat**, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s.3 vd; **Yaşar- Gökcan-Artuç**, s. 3126 vd; **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 149.

²⁸ Bkz: Meydan Larousse, C.15, s.169 vd. 2238 sayılı Kanun; “organ ve doku” deyiminden “insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları”nın kastedildiğini ifade ederek “oto-greffer, saç ve deri alınması, aşılınması ve nakli ile kan transfüzyonu”nun bu kanun hükümlerine tabi olmadığını, bunlarla ilgili işlerin yürürlükteki diğer yasalar, tüzükler, yönetmelikler ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirileceğini belirtmektedir.

²⁹ “Suça sürüklenen çocuğun eylemi nedeniyle dosya içerisinde mevcut Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2. İhtisas Kurulu raporundan da anlaşılacağı üzere mağdurun diş kaybının organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olduğu, buna göre 5237 sayılı TCK’nin 86/1, 87/1-a, son maddesi uyarınca verilecek cezanın 3 yıldan az olamayacağına gözetilmeyerek sanık hakkın-
da eksik ceza tayini” (Yarg., 3. CD., 16.10.2012, 7891/34722); “Patnos Devlet Hastanesi’nin 19/07/2006 tarihli raporu hükme yeterli görülmediğinden mağdura ait tüm adli raporlar ile hastane tedavi belgeleri Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesine gönderilerek TCK’nun 86 ve 87. maddelerinde belirtilen ölçütlere uygun rapor alınması, İhtisas Dairesinden özellikle mağdurda meydana gelen yaralanma sonucu ortaya çıkan üst ön kesici 2 adet dişin kırılmasının kişinin duyularından ve organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması niteliğinde olup olmadığının sorulması suretiyle sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yarg., 3. CD., 12.03.2012, 3275/9319).

fonksiyonel bozukluk, her bir duyu, organ veya ekstremitede kendi anatomik yapı ve fonksiyonu dikkate alınarak değerlendirilmelidir³⁰.

Organdaki veya ekstremitedeki anatomik kayıp ve/veya fonksiyonel bozukluğun o organ veya ekstremitenin kendi anatomik yapısı ve/veya fonksiyonuna göre % 10-50 arasında ise işlevin sürekli zayıflaması³¹ olarak değerlendirilmelidir³².

Merkezi sinir sisteminin işlevlerinde meydana gelen kalıcı zayıflıklar da bu kapsamdadır³³.

Dişlerde meydana gelen kaybın organların zayıflaması mı yoksa kaybı mı olduğu hususu üzerinde de durulmalıdır. Adli Tıp Kurumunun uygulamalarına göre, dişlerin çiğneme ve konuşma fonksiyonları yönünden değerlendirilmesinde; her bir diş çeşidi için puanlama yapılmıştır. Diş kayıplarında puanların toplamı 15-30 arasında ise; işlevin sürekli zayıflaması, 30'un üzerinde ise; işlevin yitirilmesi söz konusu olur³⁴.

İşlevin zayıflaması, işlevin yitirilmesinden farklıdır. İşlevin zayıflaması, duyu veya organlardan birinin görevini gereği gibi yapamayacak olması demektir³⁵. Bu durumda duyu veya organ işlevine devam etmekteyken, işlevin yitirilmesinde duyu veya organ işlevini hiçbir şekilde yerine getirememektedir³⁶.

³⁰ **Güzel -Balcı -Çetin**, s.78.

³¹ Mahkeme tarafından hükme esas alınan Balıkesir Bölge Hastanesinin 13.02.2004 tarih 515 sayılı raporunda "sol el 5. parmakta ekstansiyon zafının mevcut olduğunun" yazılı bulunmasına, Balıkesir Atatürk Devlet Hastanesinin 07.04.2005 tarih ve 88 nolu raporunda ise "sol el küçük parmağın tek başına dosifleksiyon yapmadığını, diğer bulguların normal olduğunun" belirtilmesine, her iki adli raporda da mağdurdaki bu tarif edilen yaraların uzuv tatili veya uzuv zaafı oluşturacağına dair bir açıklık bulunmamasına göre, mağdura tüm tedavi belgeleri ve adli raporları Adli Tıp Kurumuna gönderilerek usulüne uygun raporu alındıktan sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken eksik soruşturma ve yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi" (Yarg. 3.CD., 29.11.2006, 10736/9030).

³² Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu, <http://www.atk.gov.tr/pdf/tckyaralama.pdf>, s. 4; **Güzel-Balcı-Gürsel**, s.78; **Tezcan-Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 225; **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 191.

³³ **Tezcan-Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 225.

³⁴ Puanlama şöyle yapılacaktır: Kanin: 4,5, Kesici: 4, Premolar: 3, 1. ve 2..Molar: 3, 3.Molar: 0,5 (Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu, <http://www.atk.gov.tr/pdf/tckyaralama.pdf>, s. 28); "Adli Tıp Kurumundan alınan 15.10.2007 tarihli raporda mağdurda burun kemiği kırığı ve diş kayıpları meydana geldiği, mağdurdaki diş kayıplarının skorlamasının 12, 5 olduğu, Adli Tıp Kurumu uygulamalarına göre 15-30 puan arasındaki kayıpların organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması niteliğinde kabul edilmekle mağdurda meydana gelen diş kayıplarının organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olmadığının mütalaa edilmesi karşısında sanığın TCK'nin 86/1. ve 87/3. maddeleri gereğince cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması" (Yarg., 3. CD., 10.09.2012, 6810/29058).

³⁵ **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 150.

³⁶ **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, Özel Hükümler, 7. Baskı, s. 206; **Yaşar- Gökcan-Ar-**

Mağdurun zarar gören duyu veya organı, olay öncesinde de zayıf ise bu neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için zayıflığın artması gereklidir³⁷.

Gereğçede de belirttiği gibi bu fıkradan ceza verebilmek için zayıflamanın sürekli olması gerekmektedir. Ancak “sürekli zayıflama”; mağdurun hayatı boyunca devam etmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Öngörülebilir bir zaman içinde zayıflama giderilememişse, hükmün uygulanması için bu yeterlidir. Yapılan tedavi ile zayıflamanın iyileştirilmesi söz konusu ise “zayıflama”nın sürekli olmadığı sonucuna varılmalıdır³⁸. Keza önemli olan, kaybın organın işlevinde meydana getirdiği etkidir. Bu etkinin sonradan yapılan müdahale ile ortadan kaldırılması ya da etkisinin azaltılması önemli değildir. Zayıflamanın protez ile veya takma diş gibi yapay cihazlarla giderilmesi ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz³⁹. Öte yandan zayıflama değil kayıp söz konusu ise TCK.nun 87 nci maddesinin 2 nci fıkrası uygulanmalıdır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi mağdurda meydana gelen yaranın niteliği ve ağırlığının tesbiti için Adli Tıp Kurumundan rapor alınmış olması gerekmektedir. Yargıtay bir kararında bu işlemin nasıl yapılacağını; “*Mağdur Ali'nin yaralanmasında, “duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması” gereğçesiyle sanık hakkında TCK.nun 87/1-a maddesince uygulama yapıldığı oysa kesin raporda bu hususun açıkça belirtilmeden “sağ kolda fazla uzuv zaafiyeti oluşmuştur” şeklinde muğlak bir ibarenin bulunduğu anlaşılma*kla,

Yaraların niteliklerinin tespiti bakımından, mağdurlara ait geçici ve kesin raporlar, hasta müşahade ve tedavi evrakları Adli Tıp Kurumuna gönderilerek mevcut yaralanma nedeniyle mağdurlardaki her bir yaranın niteliği ve meydana getirdiği harabiyet belirlendikten sonra;

- i.) Büyük damar, sinir ve iç organ yaralanmasına neden olup olmadıkları,*
- ii.) Göğüs ve batin boşluklarına nafiz olup olmadıkları,*
- iii.) Duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasının olup olmadığı,*

Konularında rapor aldirıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun tespitinin gerektigi”⁴⁰ şeklinde açıklamıştır.

tuç, s. 3041.

³⁷ Yaşar- Gökcan-Artuç, s. 3041; Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 150.

³⁸ Erman, Sahir-Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s. 109 vd.

³⁹ Tezcan- Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 225; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Özel Hükümler, 7. Baskı, s. 207; Yaşar- Gökcan-Artuç, s. 3042; Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 150.

⁴⁰ Yarg., 1. CD., 19.10.2010, 9603/9465.

2- Konuşmada Sürekli Zorluğa Sebepiyet Verme

Kasten yaralamanın mağdurun konuşmasında sürekli zorluğa neden olması, 87. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâli olarak öngörülmüştür.

Konuya ilişkin olarak Gerekçede; "(...) *Bu hükmün uygulanabilmesi için, konuşma yeteneğinin tamamen yitirilmesi değil, konuşma yeteneğinin kullanılmasında güçlüklerle karşılaşılması gerekir. Aksi takdirde ikinci fıkra hükmü uygulanır*" şeklinde açıklamalarda bulunulmuştur.

Bu hükmün uygulanabilmesi için, konuşma yeteneğinin tamamen yitirilmesi değil, konuşma yeteneğinin kullanılmasında güçlüklerle karşılaşılması gerekir. Konuşma yeteneğinin tamamen kaybı söz konusu ise 87 nci maddenin 2 nci fıkrası uygulanacaktır. Bu durum 765 sayılı eski TCK.da "söz söylemekte devamlı müşkülât" olarak ifade edilmişti.

Konuşmada sürekli zorluk, konuşma yeteneğinin açık ve anlaşılabilir bir şekilde değişikliğe uğramasıdır. Bu durumda mağdur, konuşarak muhataplarıyla iletişim kurabilmekte, ancak yaralamadan önceki haliyle karşılaştırıldığında konuşma yeteneğinde açıkça olumsuz anlamda bir değişiklik meydana gelmektedir⁴¹. Daha önce bulunmadığı halde, yaralama fiili sonrasında mağdurda kekemelik, konuşmanın anlaşılma hale gelmesi, akıcı konuşamamak, teleffuz bozuklukları ve bazı harfleri söyleyememe gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilir⁴².

Böyle bir değişikliğin meydana gelip gelmediği, mağdurun fiilden öndeki sonraki durumu mukayese edilerek belirlenecektir⁴³.

Konuşma yeteneğinde ortaya çıkan zorluğun sebebi önemli değildir. Zorluk, konuşma organında veya konuşma merkezinde meydana gelen bir bozukluk sonucunda ortaya çıkabilir. Önemli olan sürekli bir zorluğun meydana gelmiş olmasıdır⁴⁴.

Konuşma fonksiyonunu etkileyen kafa içi değişimler ile dil ve ses telleri gibi konuşmaya yardımcı yapılarda yaralanma olması sebebiyle konuşmada sürekli zorluk meydana gelmişse 87. maddenin 1. fıkrası uygulanacaktır⁴⁵. Aynı husus konuşma

⁴¹ **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 192; **Yaşar- Gökcan-Artuç**, s. 3043.

⁴² **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.108; **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 151; **Yaşar- Gökcan-Artuç**, s. 3043.

⁴³ **Erman- Özek**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 110.**Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, Özel Hükümler, 7. Baskı, s. 207.

⁴⁴ **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.108; **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 227.

⁴⁵ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu, <http://www.atk.gov.tr/pdf/tckyaralama.pdf>, s. 6.

yeteneğinin değişikliği, telaffuz veya bazı harfleri söyleme güçlüğüünün veya kekeme-
liğin baş göstermesi halinde de mevcuttur⁴⁶.

*“Eylem nedeniyle meydana gelen iki neticeden ağır olan çiğneme ve konuşma işlevi-
nin sürekli zayıflaması nedeniyle sanığın 5237 TCK'nin 87/1-a ile cezalandırılması ile
yetinilmesi gerekirken sanığa verilen cezanın ayrıca kemik kırığı nedeniyle aynı yasanın
87/3 maddesi gereğince arttırılması suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini”*⁴⁷ Yargıtay
tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmiştir.

3- Yüzde Sabit İz Kılması

TCK.nun 87 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendine göre, kasten yaralama suçunun yüzde sabit ize neden olması, suçun basit şekline göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kabul edilmiştir. Bu husus 765 sayılı eski TCK. nun 456. mad-
desinin 2. fıkrasında “çehrede sabit eser” olarak ifade edilmiştir.

Konuya ilişkin olarak Gerekeçede; *“(...) Burada geçen yüz deyimi, çehre karşılığın-
da kullanılmıştır ve kişinin boyun ve kulakları dahil, başın ön kısmını ifade eder. Yüzde
sabit iz, yaralama sonucu yüzde meydana gelen daimî, sürekli izlerdir. Ancak bu izler
yüzün sürekli değişikliği hâlinde farklıdır. Sabit iz yüzü değiştirmemekte ve mağduru
öteden beri tanıyanlarda, kişiliği bakımından herhangi bir duraksamaya neden olma-
maktadır. İkinci fıkrada söz konusu edilen yüzde sürekli değişiklik hâlinde ise, bunun
tam tersi söz konusudur; yüzüne kezzap atılmış bulunan kişinin durumu buna örnek
teşkil eder ”* şeklinde açıklamalarda bulunulmuştur.

Türkçe bir kelime olan yüz; sözlükte, “başta alın, göz, burun, ağız, yanak ve çenenin bulunduğu ön bölüm” anlamına gelmektedir⁴⁸. Madde metninde geçen yüz deyimi, gerekcede de belirtildiği gibi çehre karşılığında kullanılmış olup “kişinin bo-
yun ve kulakları dahil, başın ön kısmını ifade eder⁴⁹.”

Saçlı derinin başlama yerinden sonra başta meydana gelen sabit izin yüzde oldu-
ğu kabul edilemez. Mağdurun kısmen veya tamamen kel olması ve sabit iz'in bu kel bölgede oluşması halinde sabit izin yüzde olmadığı kabul edilmelidir⁵⁰.

⁴⁶ **Erman- Özek**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 110.

⁴⁷ Yarg., 3. CD., 10.09.2012, 13889/29067.

⁴⁸ Bkz: Türkçe Sözlük 2, K-Z, s.2486.

⁴⁹ Bkz: Madde Gerekeçesi.

⁵⁰ **Erman- Özek**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 111. “Katılan mağdur Serkan Karaman hakkında tanzim olunan Adli Tıp Kurumu 2. ihtisas dairesinin 22.11.2004 tarih ve 7301-B sayılı raporda “(...) alt dudak 2 cm alt ortasından başlayıp sola seyir ile çene kavsinde sonlanan 7 cm lik cilt renk ve seviyesine yakın, üzerinde sütür izleri seçilebilen yara nedbesi saptandığı, tespit edilen bu yara izinin çehrede sabit eser niteliğinde olduğunun” yazılı bulunmasına, Katılan mağdur NK hakkında tanzim olunan Adli Tıp Kurumu 2. ihtisas dairesinin 22.11.2004 tarih ve 7301-A sayılı raporunda da “(...) sağ kaş üzerinde 4 cm uzakta, üzerinde sütür izleri seçilen, cilt rengine yakın, ciltten hafif kabarık yara izi görüldüğü, tespit olunan yara izinin belirli bir mesafeden belirgin bir

Yüzün doğal görünüşünü değiştiren tüm farklılıklar sabit iz olarak kabul edilebilecektir. İz sadece yara izi olarak anlaşılmamalıdır. Sürekli burun akıntısı, gözün sürekli sulanması, ağzın çarpılması, devamlı salya akması, saç ve bıyık dökülmesi de bu kapsamda değerlendirilir⁵¹.

Oluşan yara az ya da çok iz bırakır, ancak her iz yüzde sabit iz niteliğinde değerlendirilmez. Yaralanma esnasında, yüz sınırları içerisinde oluşan yaranın iyileştikten sonra bıraktığı iz, gün ışığında veya iyi aydınlatılmış bir ortamda, insanlar arası sözel diyalog mesafesinden (1-2 metre) ilk bakışta belirgin bir şekilde fark edilebilir durumda ise “yüzde sabit iz”den bahsedilir⁵². İz, sabit iz olup olmadığının değerlendirilmesi açısından iyileşme sürecinin tamamlanmış olması gerekir. Bu nedenle, adli tıp uygulamalarında, bu konudaki değerlendirme yaralanmadan en az altı ay sonra yapılmaktadır. Hekim, gerek görürse bu süre uzayabilir⁵³.

Yüzde meydana gelen izin, mağduru çirkinleştirmiş olmasına gerek yoktur. Önemli olan bir kimsenin görünüşünün değiştirilmiş olmasıdır. Bu itibarla, yaralama sonucu oluşan iz mağduru güzelleştirmiş olsa bile bu fıkra uygulanabilecektir⁵⁴.

Yüzdeki izin saklanabilir veya plastik cerrahi ile giderilebilir olması, izin sürekli olduğu gerçeğini değiştirmez ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanmasına engel olmaz⁵⁵.

şekilde fark edildiğini ve çehrede sabit eser niteliğinde olduğunun” yazılı bulunmasına, çehrede sabit eser oluşturacak şekilde yaralama eyleminin 765 sayılı TCK’nun 456/2 maddesinde düzenlenmesine, aynı düzenlemeye paralel olarak 5237 s.y.nın 87 / 1- c maddesinde “yüzünde sabit iz” olarak kanuni tarifin yapılmış olmasına göre, 5237 sayılı yasadaki ölçütlere göre yeniden rapor alınmasına gerek bulunmadığından tebliğnamenin (1) nolu düşüncesine iştirak olunmamıştır” (Yarg., 3. CD., 09.04.2008, 14898/3850).

51 **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.109; **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 151 vd..

52 **Güzel-Balcı-Gürsel**, s.78 vd. “Bozmaya uyularak alınan mağdur Gülnur Şahin hakkındaki Adli Tıp Kurumu 2. ihtisas kurlununun 26.10.2005 tarih ve 6386 sayılı raporunda “sol dudak üst kısmında dışa doğru yatay seyirli ilerleyerek 4 cm kadar sonra yukarı kıvrılıp 3 cm daha devam eden ciltten hafif çöküklük ve koyu renk gösteren kesi skarı mevcut olduğu, sol yanaktaki yara izinin; belirli bir mesafeden, belirgin bir dikkat sarf etmeden, ilk bakışta dikkat çektiğine göre, çehrede sabit eser niteliğinde olduğunun” belirtilmesine, çehrede sabit iz oluşturacak şekilde yaralama eyleminin 765 sayılı TCK’nun 456/2 maddesinde düzenlenmesine, aynı düzenlemeye paralel olarak 5237 sayılı Yasanın 87/1- c maddesinde “yüzünde sabit iz” olarak kanuni tarifin yapılmış olmasına, her iki yasada öngörülen ölçütlerin aynı olduğunun anlaşılmasına göre, 5237 sayılı yasadaki ölçütlere göre yeniden rapor alınmasına gerek bulunmadığından tebliğnamenin karşı düşüncesine iştirak edilmemiştir” (Yarg. 3.CD 20.06.2007, 8557/5095).

53 Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu, <http://www.atk.gov.tr/pdf/tckyaralama.pdf>, s. 5; **Güzel-Balcı-Gürsel**, s.79.

54 **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 109; **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 152; **Yaşar- Gökcan-Artuç**, s. 3044.

55 **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 194; **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, Özel Hükümler, 7. Baskı, s. 209; **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 152.

Bir olayda iki neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal birlikte meydana gelirse, fikri içtima kuralları gereğince en ağır olan fiilin cezası verilmekle yetinilir⁵⁶.

4- Mağdurun Yaşamını Tehlikeye Sokma

TCK.nun 87. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendine göre, kasten yaralamanın kişinin hayatını tehlikeye sokan bir duruma neden olması, bu suçtan dolayı daha ağır bir ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

Konuya ilişkin olarak Gerekçede; “(...) *Kasten yaralamanın hayati tehlikeye sebebiyet verip vermediğinin tespiti, tıbbi bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır*” şeklinde açıklama yapılmıştır.

Hayatı tehlikeye sokan durum, kısa süreli de olsa, kayda değer bir ölüm neticesinin gerçekleşmesi ihtimalinin ortaya çıkmasıdır. Temel organik işlevlerden (nefes alma, dolaşım, sinir sistemi gibi) en az birinin ciddi bir şekilde bozulması, organizmanın çok ağır bir hastalık durumuna girmesi veya vücudun hayati dengesinin istikrarsızlaşmasıdır⁵⁷.

Fail yaralama kastıyla gerçekleştirilen eylem sonucu, mağdurun hayatı bakımından bir tehlike ortaya çıkmışsa bu fıkra uygulanacaktır. Failin öldürme kastıyla hareket edip de sadece hayati bir tehlikenin ortaya çıkması durumunda öldürmeye teşebbüs, yaralama kastıyla hareket edip de mağdurun ölmesi durumunda kasten yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi (m 87/4) durumu söz konusu olacağından bu fıkra uygulanmaz.

Bu fıkranın uygulanabilmesi için, hayati tehlikenin hem yakın bir ölüm neticesini meydana getirebilecek nitelikte⁵⁸ hem de aklen kabul edilebilir olması gerekir. Yaranın bölgesi, derinliği, sayısı, şiddeti, yaralamanın işlendiği yer ve zaman itibarıyla müdahalenin yapılmasındaki gecikme gibi herhangi bir sebeple mağdurun ölmesi yakın ve muhakkak ise, fiil, mağdurun hayatını tehlikeye sokmuştur⁵⁹. Yaralanma sonrası, kişinin yaşamının tehlikeye sokulması, gerek kendi vücut direnci gerekse tıbbi yardımla kurtulması durumunda söz konusu olabilir. Ancak fıkranın uygulanması için olay sırasında hayati tehlikenin olması yeterlidir⁶⁰. Mağdurun ölmesi halinde 87. maddenin 4. fıkrası uygulanacaktır.

⁵⁶ “Mağdurun Suuç Devlet Hastanesinden aldırılan 07.05.2008 tarihli raporunda, mağdurun yaralanmasının yüzünde sabit ize ve yüzünün sürekli değişmesine neden olduğunun belirtilmesi karşısında, sanık hakkında TCK'nin 87/2-d maddesi yerine TCK'nin 87/1-c maddesi uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamış ve tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir” (Yarg. 3. CD., 30.04.2012, 5724/17325).

⁵⁷ **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 228; **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 110.

⁵⁸ **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 228.

⁵⁹ **Erman- Özek**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 115.

⁶⁰ **Güzel-Balcı-Gürsel**, s.79; **Yaşar- Gökcan-Artuç**, s. 3047.

Hayati tehlike meydana getiren yaralanmalara örnek olarak; “kafatası kırıkları, ilk üç servikal vertebra kırığı, kafa içi kanama, kontüzyon, laserasyon, klinik bulgu veren beyin ödemi, iç organ yaralanmaları, büyük damar yaralanmaları⁶¹, büyük damar veya iç organ yaralanması olmasa bile %20 den fazla kan kaybına işaret eden klinik tabloya yol açan yaygın ekimoz, hematoma ve laserasyonlar, iç organ lezyonu olmasa dahi göğüs ve batin boşluğuna penetre yaralanmalar, ikinci derecede yanık⁶² (%20 den fazla), 3. derecede yanık⁶³ (%10 dan fazla), kuduz hayvan ısırığı, elektrik çarpması, ağır klinik tabloya yol açan yaralanmalar” gösterilebilir⁶⁴.

Uygulamada delici kesici aletle yapılan hayati tehlike meydana getiren saldırının bir adette kalması durumunda, kişinin kastının öldürmeye değil yaralamaya yönelik olduğu kabul edilir⁶⁵.

Ceza tayin edilirken diğer fıkralarda da olduğu gibi önce 86. maddeye göre suçun temel şeklinin cezası belirlenmeli, 87 nci maddeye göre artırım sonra yapılmalıdır⁶⁶.

⁶¹ Yaşamı tehlikeye sokan damar yaralanmaları için bkz: **Güzel-Balcı-Gürsel**, s.78.

⁶² İkinci derece yanık: (dermis ve epidermisi kapsayan yanıklar), derinin derin tabakası olan dermisin bir kısmını da etkiler. Doku hasarı 1. Derece yanıklardan fazladır, ödem, bül ve ağrı mevcuttur, pansumanlarla 2-3 haftada iyileşir. Dermisin 2/3ünden fazlasını etkileyen 2. derece yanıklar kalıcı iz ve işlev kayıplarına neden olabilir. Bu nedenle kimi zaman cerrahi tedavi yöntemlerine başvurulur. <http://www.baskent-ank.edu.tr/saglik-rehberi/oku.php?konu=yaniklar>

⁶³ Üçüncü derece yanık: derinin tamamını (tüm katmanlarını) etkileyen yanıklardır. Epidermis ve dermis tamamen yanmıştır. <http://www.baskent-ank.edu.tr/saglik-rehberi/oku.php?konu=yaniklar>

⁶⁴ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu, <http://www.atk.gov.tr/pdf/tckyaralama.pdf>, s. 2.

⁶⁵ “Yargıtay Ceza Genel Kuruluyula, 1. Ceza Dairesinin kararlarına süreklilik kazandırır düzeyde yansımış müşterek kabule göre, delici kesici aletle vaki olup hayati tehlike yaratan darbin bir adette kalması durumunda failin kastının öldürmeye yönelik bulunduğu hususu kuşkulu kalacağından ve aşılacak kuşku da lehe yorumlanmak gerektiğinden eylemin yaralama olarak kabul ve takdirinde zorunluluk bulunmaktadır. Bu kabulün sonrasında, neticenin ağırlığının, mağdurenin hayati tehlike geçirmiş olması ve birden çok silah darbesine maruz bırakılmasının ve oluşuma etken sair unsurların temel ceza belirlenirken alt sınırdan ayrılma hususundaki takdir hakkı yönünden nazara alınması gerekir. Yerel Mahkemece kanıtların yanlış değerlendirilmesi ve kasıt konusunda yenilememiş kuşkunun aleyhte yorumlanması sonucunda, dosya kapsamına uymayan gerekçeler ve kabulle, savunmayı doğrulayan mağdure ve tanık anlatımları da gözeltilemeksizin, eylemin, adam öldürmeye kalkışmak olarak tavsifiyle direnme kararı verilmesi ve hüküm tesisi isabetsizdir” (Yarg. CGK., 02.05.2006, 1-97/132).

⁶⁶ “Sanığın bıçakla yaşamsal tehlike oluşturacak şekilde mağduru yaralamasından dolayı 5237 sayılı TCK'nın 86/1 maddesinden temel hapis cezası tayin olunup sırasıyla 86/3-e maddesi ve 87/1-d ve 87/1-son maddelerinin uygulanarak hapis cezasının tayini gerekirken, temel hapis cezası belirlenmeden sonuç hapis cezasının belirlenmesi suretiyle 5237 sayılı yasanın 61. maddesine aykırı hareket edilmesi” (Yarg., 3. CD., 24.12.2008, 13597/17527).

5- Yaralamanın Gebe Bir Kadına Karşı İşlenip de Çocuğunun Vaktinden Önce Doğmasına Sebep Olma

TCK.nun 87. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde, kasten yaralamanın gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olması, netice sebebiyle ağırlaşmış bir hal olarak kabul edilmiştir⁶⁷.

Vaktinden önce doğumdan bahsedebilmek için doğan çocuğun “canlı olması” gerekir. Canlı doğan çocuğun uzun ya da kısa süre yaşaması önem arz etmez. Doğumun erken olup olmadığı normal gebelik süresine göre belirlenir⁶⁸.

Çocuğun ölü doğması halinde, çocuk düşürme söz konusudur ve bu husus TCK.nun 87. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilir⁶⁹.

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için yaralama ile erken doğum arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Bir kadına karşı işlenen yaralamanın sonucu olarak doğum gerçekleşmişse, yaralama ile doğum arasında illiyet bağı vardır⁷⁰.

Bu ağır neticeden failin sorumlu olabilmesi için mağdurun gebe olduğunun fail tarafından bilinmesi gerekir ve yeterlidir⁷¹.

III- CEZANIN İKİ KAT ARTIRILMASINI GEREKTİREN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLER (m. 87/2)

TCK.nun 87. maddesinin 2. fıkrasında, 1. fıkraya nazaran daha ağır neticelere dair hükümler bulunmaktadır.

1- İyileşme Olanığı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Sokma (87/2-a)

TCK.nun 87. maddenin 2. fıkrasının (a) bendinde, kasten yaralama sonucunda mağdurun iyileşme imkânı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesi hâlinde, suçun temel şekline nazaran verilecek cezanın artırılması öngörülmüştür⁷².

⁶⁷ Bu husus 765 sayılı TCK.nun 456. maddesinin 2. fıkrasında; “gebe bir kadın aleyhine işlenip de vaktinden evvel çocuk doğmasını intaç etmiş ise” şeklinde düzenlenmiştir.

⁶⁸ Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.111; Tezcan- Erdem - Önok, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 229.

⁶⁹ Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Özel Hükümler, 7. Baskı, s. 210.

⁷⁰ Erman- Özek, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 115 vd.

⁷¹ Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.112; Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 153; Koca-Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 196; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, Özel Hükümler, 7. Baskı, s. 210; Yaşar- Gökcan-Artuç, s. 3050.

⁷² 765 sayılı TCK.nun 456. maddesinin 3. fıkrasında bu husus “kati veya muhtemel surette iyileşmesi kabil olmayacak derecede akıl veya beden hastalıklarından birini” intaç etmesi olarak ifade edilmiştir.

Hastalık, sebebi tespit edilebilin ya da edilemesin, insanın bedeni veya akli fonksiyonlarının çalışmasında anatomik ve işlevsel bozukluğu gerektiren patolojik durumu ifade etmektedir. Hastalığın iyileşme imkânının bulunmaması durumunda bu ağır netice gerçekleşecektir. İyileşme imkanının bulunup bulunmadığı, suçun işlendiği zamanki tıbbi imkanlara göre değerlendirilecektir⁷³. Fizik veya psişik travma sonucunda meydana gelen kalp yetmezliği, disk kayması, kısmi felç, AIDS gibi hastalıklar bu kategoriye girer⁷⁴. Travma sonrası gelişen ve iyileşmesi olanağı bulunmayan akli arızaları da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁷⁵.

Mağdurda meydana gelen hastalık, iyileşme olanağı bulunmayan hastalık olmalıdır. Şayet hastalığın, ilaç veya tedavi sonrası iyileşmesi imkanı bulunmakta ise bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. İyileşmesi olanağı bulunmayan hastalık, tıp biliminin ulaştığı son verilere göre, mağdurda geri dönülemez bir durum yaratan ve mağdurun hayatının sonuna kadar devam edecek olan hastalıktır⁷⁶. Suçun işlenmesinden bir süre sonra bulunan ilaç veya tedavi metoduyla hastalığın iyileştirilebilmesi, bu fıkranın uygulanmasına mani olmaz⁷⁷.

Bitkisel hayat ise, beynin kortikol⁷⁸ faaliyetinin durması ve fakat beyin sapının⁷⁹ faaliyetine devam etmesi şeklinde gerçekleşen durumdur. Bu halde, kişi konuşmaz, işitmez, hareket edemez. Ancak dolaşım, solunum ve bazı otomatik işlevler (uyuma, sindirim, kalbin atması vb.) devam etmektedir⁸⁰. Bitkisel hayat, beyin ölümünden farklıdır. Bitkisel hayata giren kişinin iyileşerek normale dönmesi mümkünken, beyin ölümünde bu mümkün değildir⁸¹.

⁷³ **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.113; **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 229 vd.

⁷⁴ **Erman- Özek**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 117; **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 195.

⁷⁵ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu, <http://www.atk.gov.tr/pdf/tckyaralama.pdf>, s. 6.

⁷⁶ **Yaşar- Gökcan-Artuç**, s. 3051.

⁷⁷ **Erman- Özek**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 117.

⁷⁸ Kortikol faaliyet, beyin kabuğu da denilen beyin korteksinin faaliyetidir. Beyin korteksi hafıza, algılama, düşünme, istemli davranış işlevlerinin yerine getirildiği kısımdır. (**Ziylan, Taner-Murshid, Khalil Awadh**, Korteksin Anatomik Yapısı ve Fonksiyonel Alanları, Genel Tıp Dergisi, 2000; 10(2), s. 87 vd.).

⁷⁹ Beyinsapı, beynin alt kısmıdır ve yapısal olarak omurilik olarak devam eder. Kafa sinirleri yolu ile yüz ve boynun motor ve duysal sinir dağılımını sağlar. Beyinsapı beyin ile vücudun geri kalan kısmı arasındaki bütün sinir bağlantısı buradan geçtiğinden hayati öneme sahip bir bölgedir. Beyinsapı, kalp ve solunum sisteminin çalışmasının düzenlenmesinde de önemli rol oynar. Merkezi sinir sistemini de düzenler ve bilincin oluşmasında ve uyku düzeninde anahtar görevi yapar. (<http://tr.wikipedia.org/wiki/Beyinsap%C4%B1>).

⁸⁰ **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s.195; (<http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%96l%C3%BCm>).

⁸¹ **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 230; **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, Özel Hükümler, 7. Baskı, s. 211; **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 155.

2- Duyulardan veya Organlarından Birinin İşlevini Yitirmesi (87/2-b)

TCK.nun 87. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde ise, duyu veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesi hâlinde cezanın artırılması öngörülmüştür.

Konuya ilişkin olarak Gerekçede; “(b) bendinde ise, duyu veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesi hâlinde cezanın artırılması öngörülmüştür. İşlevin zayıflamasıyla yitirilmesi arasındaki farka ilişkin açıklama için birinci fıkranın gerekçesine bakılmaktadır” şeklinde açıklamalarda bulunulmuştur.

Birinci fıkranın gerekçesinde ise “Bunun için duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olunmalıdır. Vücutta çift olarak bulunan organlardan birinin işlevini tamamen yitirmesi hâlinde, diğer organ fonksiyon görmeye devam edebilir. Bu durumda dahi, organın işlevinin zayıflaması değil, ikinci fıkraya göre işlevin yitirilmesi söz konusudur. Çünkü, bent metninde duyu veya organlardan birinin işlevinden söz edilmiştir” açıklaması vardır.

Duyu ve organ terimlerinden ne anlaşılması gerektiği yukarıda 87. maddenin 1. fıkrası anlatılırken açıklanmıştır.

Görme, işitme, duyma, dokunma, tat alma gibi dış dünyadaki etkileri algılaya yeteneğinin tamamen yok olması durumunda duyunun işlevini yitirmesi söz konusu olur. Organın vücuttan ayrılmış olması, ayrılmış olmamakla birlikte işlevini hiç veya ileri düzeyde yerine getiremez duruma gelmesi durumunda ise organın işlevini yitirdiği söylenmelidir⁸².

Vücutta çift olarak bulunan organlardan birinin işlevini tamamen yitirmesi halinde, diğer organ fonksiyon görmeye devam edebilir. Bu durumda, organın işlevinin zayıflaması değil, işlevin yitirilmesi hali söz konusudur. Çünkü kanun metninde duyu ve organlardan birinin işlevinden söz edilmektedir⁸³.

Organdaki veya ekstremitedeki anatomik kayıp ve/veya fonksiyonel bozukluğun o organ veya ekstremitenin kendi anatomik yapısı ve/veya fonksiyonuna % 50'nin üzerinde ise “işlevin yitirilmesi” olarak değerlendirilmelidir⁸⁴.

Yitirilen işlev, protez vb. araçlarla ikame edilebilse dahi durum değişmez. Yine duyu veya organın işlevini yitirdiğinden söz edilir ve bu ağır halin gerçekleştiği kabul

⁸² **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 231; **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 155.

⁸³ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu, <http://www.atk.gov.tr/pdf/tckyaralama.pdf>, s. 4; **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, Özel Hükümler, 7. Baskı, s. 211; **Yaşar- Gökcan-Artuç**, s.3052; **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.113.

⁸⁴ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu, <http://www.atk.gov.tr/pdf/tckyaralama.pdf>, s. 4.

edilir⁸⁵. Hatta işlevini yitiren dalak, safra kesesi gibi organın işlevi zamanla başka bir organ tarafından yerine getirilmeye başlanmış olsa bile yine işlevin yitirilmesi söz konusudur⁸⁶.

Yargıtay verdiği kararlarda, dalak alınmasını⁸⁷, mağdurun ayağının diz altından kesilmesini⁸⁸, bir gözdeki görmenin 1/10 seviyesine inmesini⁸⁹ uzuv tatili olarak nitelendirmiştir.

TCK.nun 87. maddenin 2. fıkrasında oluşan haller ile öldürmeye teşebbüs fiillerini birbirinden ayırmak kolay değildir: Yargıtay bir kararında; *“Sanığın, sokak lam-baları ile aydınlatmanın sağlandığı meydana, hedef gözeterek, öldürmeye elverişli tüfek ile 15-20 metre gibi etkili mesafeden 3 el ateş ederek mağduru sol kolundan yaraladığı, radius ve ulna proximal diafiz parçalı kırıklarına, radial ve unlar arter lezyonlarına neden olan ateşli silah yaralanması nedeniyle mağdurun hayati tehlike geçirdiği, yaralanmasının basit tıbbi müdahale ile giderilemez nitelikte olduğu, vücuttaki kemik kırıklarının ve çıkıklarının hayat fonksiyonlarına etkisinin ağır (4.) derecede olduğu, olaya bağlı olarak sol üst ekstremitede gelişen fonksiyonel kaybın organlardan birinin işlevinin yitirilmesi niteliğinde olduğu anlaşılacakla, sanığın, eylemine uyan kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması yerine yaralama suçundan yazılı şekilde karar verilmesi”*⁹⁰ bu durumu ortaya koymuştur.

⁸⁵ **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, Özel Hükümler, 7. Baskı, s. 213.

⁸⁶ **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 156.

⁸⁷ “Dalak alınmasını gerektiren yaralamanın, TCK’nun 87/2-b kapsamında organlardan birinin işlevinin yitirilmesi niteliğinde olduğu gözetilmeden, sanığın TCK’nun 86/1, 86/3-e ve 87/2-b-son maddeleri gereğince cezalandırılması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini” (Yarg., 3. CD., 09.01.2012, 11667/94).

⁸⁸ “Mağdurun diz altından ayağının kesilmesi şeklindeki yaralanmanın 5237 sayılı TCK.nun 87/2-b maddesinde düzenlenen “organlarından birinin yitirilmesi” niteliğinde olduğu, hüküm fıkrasında TCK’nun 86/1, 3-e fıkrası ile artırım yapıldıktan sonra aynı yasanın 87/2-b fıkrasındaki oran ile ceza artırılmasına rağmen uygulama maddesinin 87/1-b olarak gösterilmesi yasaya aykırı ise de, bu eksiklik yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, CMUK.nun 322.maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, “87/1-b” olan uygulama maddesinin “87/2-b” olarak değiştirilmesine karar verilmek suretiyle DÜZELTİLEN hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (ONANMASINA)” (Yarg., 1. CD., 18.10.2010, 4996/6737).

⁸⁹ “Mağdur hakkında Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Kocaeli Şube Müdürlüğünün 21.05.2003 tarih ve 2093 sayılı raporlarına göre darba bağlı yaralama sonucu sol gözdeki görmenin 1/10 seviyesine düştüğü ve bu haliyle sol gözdeki arızanın uzuv tatili niteliğinde olduğunun belirtilmesi Dairemizin uyarlama yönünde bozma kararından sonra müdahil ve sanık tarafın bozmayı uyulmasına yönelik açıklamasında mağdur müdahil hakkında verilen rapora herhangi bir itirazı bulunmadığı anlaşılması ve mahkemece de mağdur katılanın organlardan birinin işlevinin yitirilmesini düzenleyen 5237 Sayılı TCK’un 87/2-b -son maddesine göre hüküm kurduğundan tebliğnamenin bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir” (Yarg., 3. CD., 21.02.2007, 6044/1547).

⁹⁰ Yarg., 1. CD., 24.03.2010, 8627/1795.

3- Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneğinin Kaybolması

TCK.nun 87. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinde, kasten yaralama sonucunda mağdurun konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolması hâli düzenlenmiştir.

Konuşma yeteneğinin kaybı, beyinde veya ses tellerinde ya da ağız boşluğunda yahut bunların hepsinde vukua gelen bozukluklar sonucunda, bir kimsenin ya hiç ses çıkaramaması veya anlaşılabilir sesleri çıkaramaması halinde söz konusu olur⁹¹. Konuşmada sürekli zorluğa sebebiyet verme halinde zorlukla da olsa tam veya kısmi anlaşılabilir sesler çıkarmak mümkün olmasına rağmen, konuşma yeteneğinin kaybı halinde mağdur ya hiç ses çıkaramamakta veya çıkarılan seslerle konuşma gerçekleştirilememektedir⁹².

Çocuk yapma yeteneğinin kaybindan söz edilebilmesi için mağdurun çocuk yapabilme yeteneğinin bulunması gerekmektedir⁹³. Bu yetenek yaralama sonucunda kaybedilmişse inceleme konusu suç oluşur. Mağdurun çocuk yapma yeteneğinin kaybindan bahsedilebilmesi için sürekli bir imkansızlık söz konusu olmalıdır. Geçici olarak çocuk yapma yeteneğinin kaybı, bu madde kapsamında değerlendirilemeyecektir⁹⁴. Mağdur kadın olup, tüp bebek yoluyla dahi olsa çocuk sahibi olabileceyse, çocuk yapma yeteneğinin yitirilmesi söz konusu olmayacaktır⁹⁵. Ancak bu halde çocuk yapma yeteneğinin kaybindan söz edilemese de, duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması veya yitirilmesi neticelerinden birinin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir⁹⁶.

Uterus, ovaryumlar ve testisler gibi, üremeye yardımcı organlarda yaralama söz konusu olduğunda, çocuk yapma yeteneğinin kaybolup olmadığına değerlendirilmesi gerekir⁹⁷.

Son olarak belirtmek gerekmektedir ki failin, mağdurun çocuk yapma yeteneğini izale etme amacıyla hareket etmemiş olması gerekir. Aksi takdirde TCK.nun 101. maddesinde düzenlenmiş olan “kısırlaştırma suçu” söz konusu olacaktır⁹⁸.

⁹¹ **Erman- Özek**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 119.

⁹² **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 157; **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 232 vd; **Erman- Özek**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 120.

⁹³ **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.115.

⁹⁴ **Erman- Özek**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 120.

⁹⁵ **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 233; **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, Özel Hükümler, 7. Baskı, s. 213.

⁹⁶ **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 158; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s. 3055.

⁹⁷ **Güzel-Balcı-Gürsel**, Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, s.79; **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 196.

⁹⁸ TCK.nun 101. maddesinde; “(1) Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan

4- Yüzün Sürekli Değişikliği

TCK.nun 87. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde, yüzünün sürekli değişikliğe uğraması hâli öngörülmüştür⁹⁹.

Daha önce de belirttiğimiz gibi yüz; sözlükte, “başta alın, göz, burun, ağız, yanak ve çenenin bulunduğu ön bölüm” anlamına gelmektedir¹⁰⁰. Diğer bir anlatımla yüz; (madde gerekçesinde de belirtildiği üzere) eski kanunda kullanılan “çehre” karşılığında kullanılmış olup “kişinin boyun ve kulakları dahil, başın ön kısmını ifade eder.

Yüzün sürekli değişikliğinden anlaşılması gereken, mağdurun yüzünün denge ve uyumunu bozan ve çevrenin, yüzün aldığı bu yeni biçimi yadırgamaları sonucunu doğuran her türlü değişikliktir. Bunun için mağdurun tam anlamıyla yüzünün biçimini kaybetmesine sebep olmasa ve itici bir durum ortaya çıkarmasa bile, nahoş etki doğuracak şekilde yüzün dengesinin hissedilir ve sürekli şekilde bozma bu kapsamda değerlendirilecektir¹⁰¹.

Yüzün sürekli değişikliği, yüzde sabit iz hâlinde farklıdır. Sabit iz yüzü değiştirmemekte ve mağduru öteden beri bilip tanıyanlarda, onu tanıma bakımından herhangi bir tereddüde sebep olmamaktadır. Yüzde sürekli değişiklik hâlinde ise, bunun tam tersi söz konusudur; yüzüne kezzap atılmış bulunan kişinin durumu, yüzün sürekli değişikliğine örnek olabilir. Başka bir anlatımla yüz sınırları içinde oluşan yaralanma, o kişiyi önceden tanıyanların onu tanımada duraksamaya, tereddütlere yol açacak şekilde yüzün doğal görünümünü bozmuş ise, “yüzde sürekli değişiklik”-ten söz edilir¹⁰².

Dışlerin tamamıyla dökülmesi, dudak veya çenenin tıbbi müdahaleyle alınması, bir gözün çıkarılması, kulaklardan birinin keççesinin alınması, yüzde yaygın şekilde ezgamanın ortaya çıkmasına sebep olunması, bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁰³.

Yüzdeki sürekli değişikliğin gizlenebilmesi, bu bendin uygulanmasına mani değildir. Yüzün değişikliğine yol açan uzvun kullanılmaya elverişli olmaması halinde de

bir kimse tarafından yapılsa, ceza üçte bir oranında artırılır” denilmektedir. Görüldüğü gibi fail, mağduru kısırlaştırma amacıyla hareket etmişse hakkında 101. madde uygulanacaktır.

⁹⁹ Bu husus 765 sayılı TCK.nun 456. maddesinin 3. fıkrasında “çehrenin daimi değişikliği” şeklinde yer almıştır.

¹⁰⁰ Bkz: Türkçe Sözlük 2, K-Z, s.2486.

¹⁰¹ Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu, <http://www.atk.gov.tr/pdf/tckyaralama.pdf>, s. 5; **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 233.

¹⁰² **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 193; **Güzel-Balcı-Gürsel**, Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, s.79; **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.116; **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 159; **Yaşar- Gökcan-Artuç**, s. 3056.

¹⁰³ **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 160.

yüzde sürekli değişiklik söz konusu olur. Örneğin görmeyen gözün yerinden çıkarılması¹⁰⁴.

“Suç vashının belirlenmesine yönelik olarak Mağdur Mevlüt Uğurlu hakkında düzenlenen Konya Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğünün 05/03/2007 tarihli 489 sayılı raporuna göre çehrede sabit iz ve yüzünün sürekli değişikliğine neden olup olmadığının tespiti için olay tarihinden 6 ay sonra canlı muayeneye gönderilmesi gerektiğini ve duyu ve organlardan birinin işlevini zayıflamasına ya da yitirilmesine neden olup olmadığının belirlenmesi için olay tarihinden en az 18 ay sonra canlı muayeneye gönderilmesinin gerektiği bildirilmesi karşısında mağdurun raporlara birlikte Konya Adli Tıp Şube Müdürlüğüne gönderilip kesin rapor alındıktan sonra hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulma suretiyle sanığın hukuki durumun belirlenmesi”¹⁰⁵.

5- Gebe Bir Kadına Karşı İşlenip de Çocuğunun Düşmesi

TCK.nun 87. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendinde, kasten yaralama suçunun gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olunması hâli netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak düzenlenmiştir.

Kadının düşük yapması demek, yaralama neticesi olarak çocuğun ölü doğması demektir¹⁰⁶. Yaralama neticesi anne karnında ölen ceninin tıbbi müdahale ile rahimden temizlenmesi de aynı anlama gelir¹⁰⁷. Bir başka anlatımla, bu neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanması bakımından ölen ceninin anne rahminden kendiliğinden atılmış olması ya da ölü ceninin tıbbi müdahaleyle rahimden alınması arasında bir fark yoktur¹⁰⁸.

Yaralama fiilini kasten gerçekleştiren kişinin bu fiil dolayısıyla ağır netice olan çocuğun düşmesi dolayısıyla, en az taksir derecesinde kusuru bulunmalıdır¹⁰⁹.

¹⁰⁴ **Erman- Özek**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 121; **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 193.

¹⁰⁵ Yarg. 3. CD., 22/11/2010, 18390/10640.

¹⁰⁶ **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 160.

¹⁰⁷ **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s.196 vd; **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 234.

¹⁰⁸ **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 196.

¹⁰⁹ “Olay tarihinde sanıkla müdahilin çeşmeden faydalanma hususunda tartıştıkları tartışmanın kavgaya dönüştüğü, sanığın müdahil C.’ye vurup sert zemine düşürdüğü daha sonra yerde olan müdahilin karnına çıkıp oturduğu, bunun sonucunda 7-8 haftalık hamile olan müdahilin çocuğunun düşmesine yol açtığı, adli tıp kurumu 6. ihtisas dairesinin 31.12.2005 tarih ve 3699 sayılı kararı ile darp olayı ile ilgili düşük arasında illiyet bağının oluştuğu hususunun tespit edildiği, Yerel mahkeme, sanığın müdahilin hamile olduğunu bilebilecek durumda olmadığından bahisle; 5237 sayılı TCK.nun 23. maddesi yollamasıyla netice bakımından sorumlu tutulamayacağını ve fiilin de bu haliyle 5237 sayılı TCK.nun taksirle yaralamayı düzenleyen 89. maddesine dö-

Kişi, kadının çocuğunu düşürmek kastıyla yaralama fiilini gerçekleştirirse, TCK.nun 99. maddesinde düzenlenen “çocuk düşürtme” suçunun oluşup oluşmadığı da ayrıca değerlendirilmeli ve buna göre bir sonuca varılmalıdır.

IV- VÜCUTTA KEMİK KIRILMASINA VEYA ÇIKIĞINA NEDEN OLMA (m. 87/3)

TCK.nun 5560 sayılı Kanunla değişik 87 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında “*Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır*” denilmektedir.

5560 sayılı Kanun’la yapılan değişikliğin gerekçesinde; “(...) *Kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birisi kemik kırılmasıdır. 87 nci maddenin üçüncü fıkrasında, maddenin diğer fıkralarından farklı olarak, 86 ncı maddeye göre belirlenen cezanın belli oranda artırılması yönteminden ayrılmış ve kemik kırılması haline özgü olarak hapis cezasının alt ve üst sınırları müstakilen belirlenmiştir. Bu düzenleme karşısında; örneğin anasına karşı işlediği kasten yaralama suçu sonucunda kol kemiğinin kırılmasına neden olan fail hakkında 87 nci maddenin üçüncü fıkrasındaki makas arasında cezaya hükmederken, mağdurla fail arasındaki üstsoy - altsoy ilişkisinin ne suretle göz önünde bulundurulacağı hususunda uygulamada oluşan tereddütleri gidermek amacıyla işbu değişikliğin yapılmasına gerek duyulmuştur. Ayrıca, uygulamada duyulan tereddütler göz önünde bulundurularak, fıkra metnine kemik çıkığı eklenmiştir. Çünkü çıkıkların da, kemik kırığı gibi kişinin hayat fonksiyonları üzerinde önemli etkili olmaktadır*” şeklinde açıklamalarda bulunulmuştur.

Bu hükmün karşılığı, 765 sayılı TCK.nda bulunmamaktadır.

Kasten yaralama sonucu meydana gelen kemik kırığı veya çıkığının vücudun neresinde meydana geldiğinin bir önemi yoktur. Örneğin, tekmeyle vurulan kişinin serçe parmağı ve kaburga kemiğinde kırık meydana gelmiş olabilir. Bu durumda ki-

nüştüğü düşüncesiyle anılan madde gereğince sanığın cezalandırılmasına karar vermiştir. (...) Somut olayımıza baktığımızda; olay öncesi 16.6.2004 tarihinde köy camii hopörllerinden hamile kadınların köy muhtarlığına çağrıldığı, bu çağrıya müdahilin uyararak gittiği ve hamile olduğuna dair kaydını yaptırdığı kavga olayından 4 gün önce 2. kez hamile C.nin ismi hamile kadınlar arasında anons edilerek çağrı yapıldığı ve köy halkının haberdar olduğu müdahil C. ile ebe F.G.’nin yeminli anlatımıyla anlaşıldığı, bu çağrıdan 4 gün sonra olay tarihinde köy çeşmesi başında kavga sırasında sanığın, müdahili yere yatırarak karnına oturduğu, 1970 doğumlu, evli ve bir çocuklu müdahilin karnına oturması köy yaşam koşulları, hayatın olağan akışı, köy yerinin sosyo-kültürel yapısı itibarıyla mağdurenin çocuğunun düşmesine yönelik bir davranış olduğunu öngörmesi gerektiği, belirtilen şekilde çocuğun düşmesi sonucunu doğuran eylemde olası kasıtlı hareket edildiği ortaya çıkmış olmakla, netice bakımından çocuk düşürme sonucundan sorumlu tutulması gerektiği halde yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulunmayan taksirle yaralama suçundan ceza verilmesi” (Yarg. 3.CD., 29.11.2006, 2128/9059).

rığın kişinin hayati fonksiyonlarındaki etkisi farklı olduğu için artırım oranı da ona göre tespit yapılarak verilmelidir¹¹⁰.

Adli Tıp Kurumu vücuttaki kemik kırıklarını kırığın hayat fonksiyonlarına etkisine göre hafif (1), orta (2-3) ve ağır (4-5-6) olarak sınıflandırmıştır. Eklem çıkıkları da iskelet sistemindeki anatomik bozukluklardan olduğundan bu sınıflama içinde değerlendirmiştir. Vücutta meydana gelen kemik çatlakları da Adli Tıp uygulamasında kemik kırığı kapsamında değerlendirilir. Vücutta birden fazla kemik kırığı bulunması halinde fonksiyonlarındaki etkinin tesbiti açısından skorlamaya gitmiştir¹¹¹.

5560 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin bir sonucu olarak, olayda 86. maddenin 3. fıkrasındaki nitelikli haller sebebiyle cezada yapılacak artırımıyla birlikte, 87. maddenin 3. fıkrasında yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller dolayısıyla yapılacak ceza artırımının beraber uygulanması mümkün hale gelmiştir. TCK.nun 86. maddesinin 3. fıkrasında yazılı olan hallerle işlenen yaralamanın ayrıca 87. maddedeki kemik kırığına veya çıkığına da sebep olması halinde; (örneğin bıçakla eşe karşı vücutta kırık veya çıkık meydana getiren yaralama) ceza, 86. maddesinin 3. fıkrasına göre belirlendikten sonra 87. maddenin 3. fıkrasına göre artırılacaktır. Burada ceza tayini, meydana gelen kırık ve çıkığın mağdurun hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre belirlenecektir.

Ancak TCK.nun 87. maddenin 3. fıkrasında “yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza” ifadesiyle sadece 86. maddeye atıf yapılmış olması dolayısıyla, olayda 87. maddenin 1 veya 2. fıkralarında yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerden biriyle birlikte mağdurda kemik kırığı veya çıkığının da meydana gelmesi durumunda verilecek cezanın belirlenmesinde 44. madde gereğince somut olayda 87/1-2 de yer alan hallerden biri dolayısıyla faile verilecek ceza ile 87/3 gereğince verilecek ceza karşılaştırılarak hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa o neticesi sebebiyle ağırlaşmış halden dolayı faile ceza verilecektir¹¹².

¹¹⁰ **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 196.

¹¹¹ Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan tablolarda 6 değeri mevcut olmayıp bu dereceye skorlama sonucu varılacaktır. Bunun için de şöyle bir hesaplama yapılacaktır. Kırılan her bir kemiğin derecesi bulunacak bunların kareleri alınarak toplanacak ve çıkan toplamın karekökü alınacaktır. Çıkan sonucun küsüratlı olması halinde küsürat 0, 5 ten yüksek ise üst dereceye alınacaktır. Örneğin kişide bir tarafta kapalı radius kırığı ve diğer tarafta açık radius kırığı olsun. Radius kırığının derecesi: 2, Açık radius kırığının derecesi: 3'tür. Bu iki kırığın birlikte skorlanmış derecesi 3, 6 ve dolayısıyla (4) olacaktır. 4 ağır yaralanma içerisinde yer aldığından aslında orta derecede kırıklar olan Radius kırığı ve Açık radius kırığı birlikte ağır kemik kırılmasını oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi, Adli Tıp Kurumu, <http://www.atk.gov.tr/pdf/tckyaralama.pdf>, s. 16-23.

¹¹² **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 234 vd; **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 197 vd.; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, 2. Baskı, s. 3059; “Katılan-mağdur Ramazan'ın sol diz üstü ampitasyonu nedeniyle duyularından ve organlarından birinin işlevinin sürekli yitirilmesine ve hayati fonksiyonlarını 5. derecede etkileyecek şekilde sol femürtip kırığına neden olacak

Yargıtay uygulamasında, her suçta olduğu gibi işlenen fiil ile karar verinceye kadar geçen zaman içinde kanunda değişiklik olmuşsa, lehe kanunu belirlemek amacıyla her kanun maddesine göre uygulanacak hükümlerin denetime imkan verecek şekilde ortaya konulmasını, bu yapıldıktan sonra hangi kanun hükmü lehine ise ona göre karar verilmesi istenmektedir¹¹³.

şekilde yaralandığı olayda, sanık hakkında sadece en ağır cezayı gerektiren sonuçtan dolayı bir defa cezalandırılması ve 5237 sayılı TCK.nun 87/2-b maddesi uyarınca iki kat artırım yapılması yerine, hem mağdurun duyularından ve organlarından birinin işlevinin sürekli yitirilmesine hem de kemik çıkığı nedeniyle dayanarak iki ayrı nitelikli halin birlikte uygulanılması suretiyle yazılı şekilde fazla cezaya hükmolunması ve tayin olan cezadan TCK.nun 87/2-b maddesi uyarınca iki kat artırım yapıldığının belirtilmesine rağmen cezadan bir kat arttırılarak eksik ceza verilmesi yasaya aykırı olduğundan, hüküm fıkrasının cezanın kemik kırığı nedeniyle TCK.nun 87/3 maddesi uyarınca artırımına, duyu ve organlarından birinin işlevinin yitirilmesi nedeniyle TCK.nun 87/2-b maddesi uyarınca artırımına ve takdiri indirim hükümlerini düzenleyen TCK.nun 62 maddesi uyarınca yapılan indirime ilişkin kısımlarının çıkartılmasına, temel ceza TCK.nun 86/1 maddesine göre belirlendikten sonra suçta silah kullanılması nedeniyle TCK.nun 86/3-e maddesine göre yapılan arttırmadan sonra yerlerine gelmek üzere sırasıyla “5237 sayılı TCK.nun 87/2-b maddesi gereğince mağdurdaki yaralanmanın duyularından ve organlarından birinin işlevinin sürekli yitirilmesi niteliğinde olduğu anlaşılmalı, sanığın cezasının 2 kat arttırılarak 12 yıl 18 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına”, “5237 sayılı TCK.nun 62 maddesi gereğince duruşmadaki hal ve tavrı, cezanın geleceği üzerindeki etkisi gözönüne alınarak cezadan taktiren 1/6 oranında indirim yapılmak suretiyle sanığın 10 yıl 15 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına” ancak “hükme karşı aleyhe temyiz yoluna gidilmediğinden sanığın ceza miktarı nedeniyle kazanılmış hakkı nedeniyle sonuç cezanın CMUK.nun 326/son maddesi uyarınca 9 yıl 12 ay hapis cezasına indirilmesine” ibarelerinin eklenmesine CMUK.nun 322 maddesindeki yetkiye dayanılarak karar verilmek suretiyle DÜZELTİLEN, B) Katılan-mağdur Engin’i silahla yaralama suçundan kurulan hükümde; Katılan-mağdurun sol ayağına isabet eden saçma taneleri nedeniyle hayati fonksiyonlarını 6. derecede etkileyecek ve hayati tehlike geçirmeyecek şekilde yaraladığı olayda, sanık hakkında TCK.nun 86/1, 86/3-e maddelerine göre 1 yıl 15 ay hapis cezası belirlendikten sonra, kemik kırığı nedeniyle aynı yasanın 87/3 maddesi uyarınca 1/3 oranında artırım yapıldıktan 1 yıl 24 ay hapis cezası belirlenmesi gerekirken, hesap hatası yapılması suretiyle 1 yıl 28 ay 15 gün hapis cezası belirlenerek fazla ceza tayini, yasaya aykırı olduğundan, hüküm fıkrasının TCK.nun 87/3 ve 62 maddelerinin uygulanmasına ilişkin mahsus bölümlerinin “5237 sayılı TCK.nun 87/3 maddesi gereğince mağdurda meydana gelen kırığın 6. derecede kırık olması nedeniyle sanığın cezasının taktiren 1/3 oranında arttırılarak sanığın 1 yıl 24 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına” ve “5237 sayılı TCK.nun 62 maddesi gereğince duruşmadaki hal ve tavrı, cezanın geleceği üzerindeki etkisi gözönüne alınarak cezadan taktiren 1/6 oranında indirim yapılmak suretiyle sanığın 1 yıl 18 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına” şeklinde değiştirilmesine CMUK.nun 322 maddesindeki yetkiye dayanılarak karar verilmek suretiyle DÜZELTİLEN, hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi (ONANMASINA)” (Yarg., 1. CD., 25.01.2011, 3429/99).

¹¹³ “Yaralanma sonucu yaşamsal tehlike geçirmeyen mağdur Mehmet Çıngı hakkında düzenlenen Adli Tıp Raporlarında kemik kırığının hayat fonksiyonlarını 3 (orta) derecede etkiler nitelikte olduğunun belirtilmesi karşısında, suç tarihi nazara alınarak atılı eyleme karşılık gelen 765 sayılı TCK’nun ilgili hükümleri ve 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 4. maddesi ile 5237 sayılı TCK’nun 87/3 maddesinde yapılan değişiklikten önceki ve sonraki düzenlemeler arasında 5252 sayılı Yasanın 9/3 maddesi uyarınca yapılacak karşılaştırma ve değerlendirmede lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle saptanması ve her üç düzenlemeyle ilgili uygulamanın denetime imkan verecek ve ayrıntılı şekilde kararda gösterilerek hüküm kurulması yerine 765 sayılı TCK’nun ilgili hükümleri ile 5560 sayılı yasanın 4. maddesi

V- KASTEN YARALAMA SONUCUNDA ÖLÜM MEYDANA GELMESİ (m. 87/4)

1- Genel Açıklamalar ve Basit Tıbbi Müdahale Giderilebilir Yaralama Sonucu Ölüm Meydana Gelmesi

TCK.nun 87. maddesinin 4. fıkrasında, “*Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hâllerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hâllerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” denilmek suretiyle kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi hali düzenlenmiştir.

Bu fıkranın uygulama alanı bulabilmesi için failin öldürme kastıyla hareket etiyor olmaması gerekir. Aksi halde kasten öldürme suçu söz konusu olur. Burada, failin kastı yaralamaya yöneliktir. Ancak bu yaralama sonucunda ölüm neticesi meydana gelir¹¹⁴.

ile değişik 5237 sayılı TCK'nun 87/3 maddesi arasında lehe aleyhe değerlendirme ile yetinilerek yazılı şekilde karar verilmesi” (Yarg., 3. CD., 03.10.2011, 7643/13222).

¹¹⁴ **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 58 vd.; “Kavga esnasında Mahmut'un ele geçirilemeyen ve bu nedenle niteliği tespit edilemeyen bıçakla vurduğu tek darbe sonucu, maktulün sol uyluk ön yüz üst orta bölümden aldığı 1, 5 cm. boyundaki yara ile sol femoral arter kesisinden gelişen dış kanama sonucu öldüğü olayda; taraflar arasında önceye dayalı ve öldürmeyi gerektirir bir husumet bulunmaması, ölüme neden olan yaranın tek oluşu, yere düşmeyen ölene karşı engel sebep bulunmadığı halde eyleme devam edilmemesi, yara bölgesi, Mahmut'un öldürme kastı ile hareket ettiğinin belirlenememesi ve ölüm nedeni nazara alındığında, Mahmut'un eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 87/4. maddesinde düzenlenmiş bulunan kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu niteliğinde bulunduğu ve sanık Mustafa'nın eyleminin de bu suça yardım etmek niteliğinde olduğu gözetilmeden, sanık Mustafa'nın kasten öldürmeye yardım etmek suçunu işlediğinden bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yarg., 1. CD., 17.03.2010, 1533/1614); “Maktul ile sanığın resmen evli oldukları, bu evlilikten iki kız çocuklarının bulunduğu, maktulün, alkole düşkün olduğu, kumar oynamayı, eşine ve çocuklarına şiddet uygulamayı, eşini ters ilişkiye zorlamayı adet haline getirdiği, bu nedenle maktul ile sanık arasında şiddetli geçimsizlik meydana geldiği, olay günü de alkollü olarak eve gelen maktulün, sanığa küfür ettiği, aşağılayıcı davranışlarda bulunduğu, ters ilişki tekliif ettiği, çocukların yanında olmaz denilince zorla ilişkiye zorladığı, ilişkiyi kabul etmeyen sanığın arka odaya kaçtığı, odaya gelen maktulün, sanığa tekme-tokat vurduğu, maktulün elinden kurtulan sanığın mutfağa kaçtığı, mutfağa gelen maktulün, aynı söz ve hareketlerini sürdürdüğü, git vurma diyen sanığa, vurursam ne olur dediği ve vurmaya devam ettiği, sersem hale gelen sanığın, can havliyle maktulü ittiği, o sırada eline geçirdiği bıçağı maktule bir kez salladığı, maktulün yaralandığını anlayınca dışarı kaçtığı, olayı komşularına haber verdiği, sanığın peşinden giden maktulün bina dışına kadar çıkıp orada yere düştüğü, maktulde bir adet kesici-delici alet yarası bulunduğu, sırtta sol skapula altından giren bıçağın sol akciğer alt lobda kesi oluşturduğu ve ölümü meydana getirdiği, meydana getirilen yaranın niteliğini bilebilecek durumda olmayan ve korkuya kapılan sanığın, maktul yere düşmediği ve engel olmadığı halde eylemini sürdürmediği, eylemi, maktulü korkutup saldırılarını engellemek ve kaçıp kurtulmak amacıyla gerçekleştirdiği, görgü tanığı bulunmayan olayda, hayatı bölgenin hedef alındığını gösteren, öldürme kastını açığa çıkaran kesin kanıt bulunmadığı anlaşıldığı halde; (...) Kastı aşan yaralama sonucu eşinin ölümüne neden olmak suçu yerine, kasten eşini öldürme suçundan hüküm kurulması, (oy çokluğu)” (Yarg. 1.CD., 23.3.2007, 1763/1906).

Ölüme sebep olan kasten yaralama fiilinin icrai nitelikte olması mümkün olduğu gibi ihmali nitelikte olması da mümkündür. Diğer bir anlatımla, ihmali davranışla yaralama sonucunda ölüm neticesi meydana gelmişse de TCK.nun 87. maddenin 4. fıkrası uygulanacaktır¹¹⁵.

Mağdurun rızasının geçerli olduğu yaralama bir yaralama fiilinin sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi durumunda bu fıkra hükmü uygulanmaz. Bu halde eğer ölüm neticesi bakımından failin taksirinin varlığından söz edilebiliyorsa taksirle öldürme suçundan (m. 85) dolayı faili cezalandırmak gerekir¹¹⁶.

Madde gerekçesinde; “*Neticesi sebebiyle ağırlaşmış bu kasten yaralama hâllerinde, failin bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için, Genel Hükümler Kitabında yer alan netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümler, burada da geçerlidir*” açıklaması mevcuttur¹¹⁷.

Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralamadan ölüm meydana gelirse, 765 sayılı TCK. bakımından objektif sorumluluk söz konusu olduğu halde TCK.nun 23 ncü maddesinde belirtilmiş olduğu üzere failin

¹¹⁵ **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 200; **Kaymaz**, s. 75 vd..

¹¹⁶ **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 236 vd.

¹¹⁷ TCK.nun Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç başlığı taşıyan 23. maddesi (1) Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir” şeklindedir. Maddenin Gerekçesinde şu açıklamalar yer almaktadır: Kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. Bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Örneğin, basit yaralamada bulunmak istenirken, kişi görme, işitme yeteneğini yitirmiş olabilir. Yaralama fiili gerçekleştirilirken, genellikle bunun sonucunda ağır bir neticenin meydana gelebileceği düşünülür. Örneğin gözün, kulağın üzerine sert bir biçimde vuran kişi, bu yumruk neticesinde mağdurun görme veya işitme yeteneğini yitirebileceği olasılığını göz önünde bulundurur. Ağır neticenin ortaya çıkacağı bu şekilde öngörüldüğü durumlarda, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket etmektedir. Buna karşılık, yaralama fiili sonucunda kişinin öngörmediği ağır bir netice de meydana gelmiş olabilir. Örneğin canının biraz yanması için mağdurun karın boşluğuna hafif bir biçimde vurulması hâlinde mağdur inhibisyon sonucu ölebilir. Bu gibi durumlarda ise fail, yaralama fiilini işlerken, mağdurun ölebileceğini tahmin etmemiş olabilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ve Hükümet Tasarısının bazı hükümlerinde, kişi gerçekleştirmeyi kastetmediği böyle neticelerden objektif olarak sorumlu tutulmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “*versari in re illicita*”, yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk hâlleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hâllerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümlerle, meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.

meydana gelen ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi aranmaktadır.

Yaralama fiili ile gerçekleşen ölüm neticesi arasında illiyet bağı bulunmalı ve gerçekleşen ölüm neticesi objektif olarak faile isnat edilebilmelidir. Ancak ölüm neticesinin yaralama sonucunda hemen meydana gelmesi gerekli değildir. Yaralama fiili sonucu olması kaydıyla fiil ile ölüm neticesi arasına belirli bir zaman dilimi girmiş olsa dahi fiil ile netice arasında illiyet bağının varlığından ve neticenin faile objektif olarak isnat edilebilirliğinden söz edilebilir¹¹⁸.

765 sayılı TCK.nun inceleme konumuzla bağlantılı 451¹¹⁹ ve 452¹²⁰ maddelerindeki hükümlere göre fail, filinden önce mevcut olup da, bilmediği veya öngöremediği sonradan eklenen sebepler yüzünden ölüm neticesi meydana gelmiş olsa bile ağır neticeden objektif olarak sorumlu tutmaktaydı¹²¹.

Kusura dayalı sorumluluğu kabul eden çağdaş ceza hukuku anlayışına göre failin filinden önce mevcut olup da, failce bilinmeyen veya failce öngörülemeyen sonradan eklenen sebepler yüzünden ölüm neticesi meydana gelmişse bu ağır neticeden faili sorumlu tutmak için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Bu sebeple TCK.nda, eski TCK.nun 451, 452 nci maddesindeki hükümlere yer verilmemiştir¹²².

¹¹⁸ **Kaymaz**, s. 80 vd.

¹¹⁹ 765 s.lı TCK m. 451- “Ölüm, failin filinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen abvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrimelhuz esbabın inzımanı yüzünden vukua gelmiş ise ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim hallerde on beş seneden ve müebbet ve on beş seneden fazla ağır hapis müstelzim hallerde on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası hükümlenir”.

¹²⁰ 765 s.lı TCK m.452- “Katil kastıyla olmayan darp ve cerh veya bir müessir fiilden telefi nefis husule gelmiş olursa fail, 448. maddede beyan olunan ahvalde sekiz, 449 uncu maddede yazılı ahvalde on ve 450 nci maddede muharrer ahvalde onbeş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapse mahkum olur. Eğer telefi nefis failin filinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen abvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrimelhuz esbabın inzımanı ile vukua gelirse, 448 inci maddede beyan olunan ahvalde beş seneden, 449 uncu maddede muharrer ahvalde yedi seneden ve 450 nci maddede yazılı ahvalde fail on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır”.

¹²¹ “Hadise tarihinde sanığın, lunaparkta kucağındaki kız çocuğu ile zincirli döner salıncağa binen maktulün arkasındaki salıncakta bulunduğu ve sallanırken ona tekme attığı, maktulün “yapma kucağımda çocuk, önümde kadınlar var” şeklindeki ikazına rağmen hareketine devam ettiği, salıncaktan indikten sonra, maktulün uyardığım halde neden tekme attın” diye sorması üzerine de ona sinkaflı kelimeler sarf ederek küfür ettiği ve ondan sonra karşılıklı olarak platform üzerinde kavgaya başladıkları, sanığın bir ara arkasında bulunan demir direğe tutunarak maktüle tekme attığı ve onun üç metreye yakın yükseklikten kafa üstü yere düşerek boyun kırılması ve kafa travması sonucu ölümüne sebebiyet verdiği) kabul edilmesine, istenmeyen ölüm sonucu, isteyerek yapılan müessir fiille meydana geldiği gibi maktulün sanığın müessir fiil teşkil eden direkt eylemi sonucu 3 metre yükseklikten düşüp ölmesinin “failin iradesinden hariç ve gayrimelhuz esbabın inzımanı ile vukua geldiği”nin kabulüne olanak bulunmadığı da gözönünde tutularak sanığın TCK. nun 452/1.maddesinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, 452/2.maddesiyle ceza tayini” (Yarg. 1. CD. 14.02.1990, 3536/282).

¹²² Bkz. **Kaymaz**, s. 85 vd.

İfade edelim ki failin fiiline eklenen nedenler olmadan failin hareketi neticeyi meydana getirmeye elverişli ise fiil ile meydana gelen netice arasında illiyet bağı mevcuttur. Fiil tek başına ölümü meydana getirmeye elverişli olmamakla birlikte, mağdurda mevcut olup eklenen veya sonradan ortaya çıkan sebepler yüzünden ölüm meydana gelmiş ise, failin bu sebepleri bilip bilmediği, bilmiyorsa, bilmemesi sebebiyle kendisine kusur izafe edilip edilemeyeceği araştırılmalı ve sonucuna göre sorumluluk belirlenmelidir. Ancak burada sonradan eklenen sebeplerin neticenin faile objektif olarak isnad edilebilmesine engel olup olmadığına öncelikle araştırılması gerekir¹²³.

Bazı hallerde illiyet bağı, mağdurdan kaynaklanan bir hareketle kesilmiş olabilir. Örneğin kavga esnasında sanığın salladığı tek bıçak darbesiyle yaralanan kişinin, arabanın direksiyonuna geçip bir müddet yol aldıktan sonra fenalık geçirip arabayı devirmesi sonucu öldüğü olayda ölüm ile yaralama arasında illiyet bağı yoktur¹²⁴.

Ölümü meydana getirecek hareket sonrasında, bir başka hareket ölümü meydana getirirse ilk hareket illi değere sahip değildir¹²⁵. Örneğin (C) nin verdiği kimyasal bir karışımla yavaş yavaş ölüme terkedilen (A) nın, (B) tarafından silahla öldürülmesinde böyle bir durumdan bahsedilebilir. Kimyasal maddeyi maktule veren (C) nin hareketi neticenin meydana gelmesinde illi değere sahip değildir. Ancak (C) nin teşebbüsten sorumluluğu yoluna gidilebilir¹²⁶.

TCK'nın düzenlemesine göre, 86. maddenin 2 nci fıkrası düzeyindeki yaralamadan ölüm meydana gelmişse taksirle öldürme (m. 85)¹²⁷, TCK.nun 86/1 veya 3

¹²³ Ayrıca bkz. **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.62; **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 164; **Kaymaz**, s. 86.

¹²⁴ Bkz. Yarg. 1. CD. 28.06.2004 1917/2530, **Kaymaz**, s.106.

¹²⁵ **Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s.62; Doktrinde bu hali sollayan nedensellik olarak isimlendiren yazarlar mevcuttur. Bkz: **Hakeri**, Hakan, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Ankara 2007, s.29.

¹²⁶ **Özgenç**, Genel Hükümler, 8. Baskı, s. 177.

¹²⁷ “Suç tarihinde öğretmen olan sanığın, öğrencisi olan maktule birkaç tokat vurması sonrası epilepsi nöbeti geçirdiği ve birkaç gün sonra da maruz kaldığı müessir fiilin etkisiyle kendisinde mevcut epilepsi hastalığının aktif hale geçmesi sonucu uzun süren nöbete bağlı solunum yetmezliğinden öldüğü, Adli Tıp Kurumu raporuyla da ölüm ile müessir fiil arasında illiyet bağının bulunduğu bildirilmesi karşısında 5237 sayılı TCK. bakımından lehe yasanın belirlenmesine esas alınmak üzere öncelikle müessir fiil yönünden 5237 sayılı TCK.nun 86. maddesi kapsamında rapor alınıp sanığın maktulde mevcut epilepsi rahatsızlığını bilip bilmediği hususu araştırılıp sonucuna göre, Yaralamanın 86/1 maddesi kapsamında kalması durumunda sanığın 5237 sayılı Yasanın 87/4. maddesi uyarınca kastı aşan yaralama suçundan yaralamanın 86/2. maddesi kapsamında kalması durumunda ise epilepsi rahatsızlığının önceden bilinmemesi durumunda 5237 sayılı TCK.nun 22 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85/1. taksirle adam öldürme epilepsi rahatsızlığını önceden bilmesi durumunda ise 5237 sayılı TCK.nun 22/3 ve 86/2. maddeleri delaletiyle bilinçli taksirle öldürme suçundan cezalandırılması gerektiğinin gözetilmemesi” (Yarg. 1.CD., 27.12.2007, 8089/9834).

ncü fıkrası düzeyindeki yaralamadan ölüm meydana gelmiş ise, diğer unsurları da bulunmak kaydıyla TCK.nun 87 nci maddesinin 4 üncü maddesi kapsamında neticesi sebebiyle ağırlaşmış öldürme suçu söz konusu olur¹²⁸.

“Aralarında kiracı-mal sahibi vekili ilişkisi bulunan sanıkla maktul arasında çıkan tartışmanın kavgaya dönüştüğü, kavga sırasında, sanığın ellerini kullanmak suretiyle maktulü yaralamasının etkisiyle, efor ve strese bağlı olarak mevcut kalp damar hastalığının aktif hale geçmesi sonucu oluşan solunum ve dolaşım yetmezliğinden maktulün öldüğü olayda, Maktul yönünden 5237 sayılı TCK’nın 86 ve 87.maddeleri kapsamında yeniden rapor alınması, sanığın maktuldeki kronik kalp damar hastalığını önceden bilip bilmediğinin araştırılması ve sonucuna göre; yaralamanın 86/2. Maddesi kapsamında kalması durumunda, sanık maktuldeki kronik kalp damar hastalığını önceden bilmiyor ise, 5237 sayılı TCK’nın 86/2 ve 22. Maddeleri delaletiyle 85/1.maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan, şayet biliyor ise, 5237 sayılı TCK’nın 86/2 ve 22/3. maddeleri delaletiyle 85/1.maddesi gereğince bilinçli taksirle öldürme suçundan, yaralamanın TCK’nın 86/2. maddesi kapsamı dışında kalması durumunda ise kastı aşan adam öldürme suçundan TCK’nın 87/4. maddesi uyarınca yapılacak karşılaştırma sonucunda lehe olan kanun maddesinden hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi”¹²⁹.

Mağdurda önceden mevcut olan hastalık fail tarafından biliniyorsa ve fail ölüm neticesini istemiyorsa, bu halde bilinçli taksirle öldürme söz konusu olabilir.

“Sanığın gayri resmi eşi olan maktuleye, kalp hastası olduğunu bilmesine rağmen olay günü 5237 sayılı TCK.nun 86/2. maddesi kapsamında basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek surette etkili eylemde bulunduğu, maktulenin müessir fiilin etkisiyle kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale gelmesi sonucu gelişen kalp yetmezliği nedeniyle öldüğü olayda; yaralama kastıyla hareket eden sanığın, ölüm sonucunu istememekle birlikte kalp rahatsızlığı olan maktulenin ölebileceğini öngördüğünün ve böylece bilinçli taksirle hareket ettiğinin anlaşılması karşısında, 5237 sayılı TCK.nun 22/3. maddesi delaletiyle 85. maddesi gereğince cezalandırılması yerine yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulunmayan 87/4. madde ile uygulama yapılması”¹³⁰.

Fail yaralama kastıyla TCK.’nun 86/2 maddesi kapsamında kalan basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı kişi, önceden mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale gelerek ölümün gerçekleştiğinde fail bu hastalığı bilmiyor veya ölüm neticesini istemiyorsa, TCK.’nun 86/2 maddesi kapsamındaki yaralamadan meydana gelen ölüm için taksirle yaralamadan hüküm kurmak gerekir¹³¹.

¹²⁸ Kaymaz, s. 58 vd.; Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 163; Yaşar- Gökcan-Artuç, s. 3061.

¹²⁹ Bkz: Yarg. 1 CD., 27.04.2010 1293/3013.

¹³⁰ Bkz: Yarg. 1. CD., 22.5.2007, 5796/3947.

¹³¹ Özgenc, Genel Hükümler, 8. Baskı, s. 277 vd.

Yargıtay 1. CD.; 6.3.2007 tarihli bir içtihadında; “Maktulün 5237 TCK.’nun 86/2 maddesi kapsamında kalan basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandığı, maktuldeki kronik kalp damar hastalığının aktif hale gelerek ölümün gerçekleştiği olayda; Sanıklar ile maktulün komşu oldukları anlaşıldığına göre sanıkların maktuldeki kalp damar rahatsızlığını önceden bilip bilmediklerinin araştırılması, bildikleri tesbit edildiği takdirde 5237 sayılı TCK.’nun 22/3, 85. maddeleri uyarınca, bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmedikleri tesbit edildiği takdirde 22/1, 85. maddeleri uyarınca, taksirle öldürme suçundan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması”¹³² nı bozma sebebi sayarak bu hususu vurgulamıştır ve kararları bu şekilde istikrar kazanmıştır¹³³.

¹³² Bkz: Yarg. 1. CD., 6.3.2007, 2034/1109.

¹³³ “Maktulün, tanık Ramazan’ın dükkânına gelerek tanıktan apartman aidatına ilişkin borcunu istediği, tanığın borcu olmadığını söylemesi üzerine maktul ile tanık arasında tartışma çıktığı, tanığın dükkânında oturan sanığın olaya müdahil olduğu, maktulün sanığa “sen ne karışyorsun” diyerek küfür ettiği, sanığın maktulün üzerine yürüdüğü, iki eli ile göğüs kısmından iteklediği, sanığın bu eylemi sonucu maktulün, kendisinde mevcut olan ve sanık tarafından bilinmeyen kronik kalp hastalığının aktif hale geçmesine bağlı olarak gelişen solunum yetmezliğinden öldüğü tüm dosya kapsamından anlaşılmalı, etkili eylem ile ölüm arasında illiyet bağı olduğu da göz önüne alınca sanığın, maktulde kalp rahatsızlığı olduğunu önceden bilip bilmediği araştırılarak sonucuna göre bildiği tespit edildiği takdirde 5237 sayılı TCK.nun 22/3, 23, 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmediği takdirde 22/2, 23, 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçundan mahkumiyeti gerekirken Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 5320 sayılı Yasanın 8/2 fıkrasına göre dosyanın yeniden değerlendirilmesi için iadesi üzerine yapılan duruşma sonunda, 765 sayılı TCK.nun 452/2 maddesi ile 5237 sayılı yasanın uygulama yeri olmayan 87/4 maddelerinin karşılaştırılması suretiyle suç vasfının tayininde yanılığa düşülmesi” (Yarg. 1.CD., 8.3.2007, 3504/1247). “Sanığın, maktule 5237 sayılı TCK.nun 86/2. maddesi kapsamında kalan basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandığı, maktulün kendisinde mevcut kalp hastalığına eklenen, olayın efor ve stresinden gelişen nörohümorale değişimler nedeniyle hastalığının akut hale geçmesi sonucu ölümün gerçekleştiği olayda; Sanık ile maktulün aynı köyde komşu olup uzaktan akraba oldukları, sanığın, 11.07.2002 günlü Cumhuriyet Savcısı huzurundaki beyanında maktulün kalp ameliyatı geçirdiğini duymuş olduğunu söylediği anlaşıldığına göre, 5237 sayılı TCK.nun 22/3 ve 85. maddeleri uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yarg. 1.CD., 6.3.2007, 2145/1111). “Olay günü maktulün sanığa küfür etmesi üzerine başlayan karşılıklı tartışma sonrasında, maktulün yakınlarının sanığın babasına etkili eylemde buldukları, sanığın da, maktulün göğsüne tekme attığı, maktulün yere düştüğü, 1994 yılında kalp ameliyatı olan maktulün, kendisinde mevcut kalp hastalığının aktif hale gelmesi ile kroner dolaşım ve kalp fonksiyonu bozukluğu nedeniyle öldüğü tüm dosya kapsamından anlaşılmalı; sanığın, maktuldeki kalp rahatsızlığını önceden bilip bilmediğinin araştırılması, maktuldeki yaralar yönünden 5237 sayılı TCK.nun 86 ve 87. maddeleri kapsamında rapor alınması, yara 86/2. madde kapsamında ve maktulün kalp hastası olduğunu bilmekte ise; 5237 sayılı TCK.nun 22/3 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan, bilmediği tespit edildiği takdirde 22/2, 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi uyarınca taksirle öldürme suçundan, yara 86/2. madde kapsamı dışında ise, 765 sayılı TCK.nun 452/1. maddesi ile 5237 sayılı TCK.nun 87/4. maddesinin olaya uygulanması, sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması, lehe olan hükmün belirlenmesi ve ona göre uygulama yapılması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yarg. 1.CD., 17.5.2007, 2128/3816) Ayrıca bkz: Yarg. 1.CD., 13.2.2007, 4558/388; Yarg. 1.CD., 28.3.2007, 693/2059.

Yargıtay'ın bu içtihatlarında failin ölüm neticesini bilip bilmeme hususundaki değerlendirmesinin yeterli olmadığını ifade etmek gerekir. TCK'nun düzenlemesine göre kişi, mağdurdaki hastalığı biliyor ve ölürse ölsün tarzında bir kabulü varsa bu halde olası kast tartışılmalıdır¹³⁴. Örneğin güçlü kuvvetli bir kişi, yerden yaklaşık 10 metre yüksekteki, korkuluğu olmayan, evin terasındaki mağdura yumrukla vurması

¹³⁴ **Özgenç**, Genel Hükümler, 8. Baskı, s. 239 vd.; **Centel-Zafer-Çakmut**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, s. 164; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, 2. Baskı, s. 3060; “Önleyici Hizmetler Şube Müdürlüğü Motorize Ekipler Amirliğinde görevli polis memuru sanığın ve ekip arkadaşı tanık Ahmet'in, sanığın yönetimindeki motosiklet ile durumlarından şüphelendikleri, üzerinde yolcu olarak tanık Halil'in de bulunduğu ve maktulün kullandığı motosiklete dur ikazı yaptıkları, yapılan ikaza rağmen durmayan motosikleti takibe başladıkları, takip sonucu durdurulan motosikletten tanık Halil'in inerek polis memurlarına doğru yöneldiği sırada, maktulün tekrar motosikletiyle kaçmaya başladığı, bunun üzerine, sanığın da peşinden koşarak maktule dur ihtarında bulunduğu, herhangi bir suç şüphesi altında bulunmayan maktulün, hakkında yakalama, gözaltına alma, zorla getirme gibi bir karar bulunmadığı, maktulün suç teşkil etmeyen soyut kaçma eylemi dışında polis memurları sanık ve arkadaşı tanık Ahmet'e yönelik herhangi bir direnme eylemi de bulunmadığı, maktulün kullandığı motosiklette yolcu olarak bulunan tanık Halil'in yakalandığı, bu itibarla maktulün açık kimlik ve adres bilgilerine her an ulaşılabilmesi olanağının bulunduğu, yine maktulün kaçtığı motosikletin plakasının okunabilir durumda olduğu, bu şekilde kaçış istikametine doğru ilerideki bir noktada telsiz irtibatı ile durdurulabilmesi olasılığının ve sanığın kullandığı motosikletin teknik özellikleri itibarıyla maktulün kullandığı motosikletten üstün olması nedeniyle takip sonucu yakalanabilmesinin mümkün olduğu, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun 5681 sayılı Yasa ile değişik 16. maddesinde belirtilen silah kullanılmasını gerektiren herhangi bir durum bulunmadığı, Antalya ili Yeşildere Mahallesi 1173. Sokak üzerinde, gündüz sayılan zaman dilimi içerisinde, saat 15.00 sıralarında, sanığın, kaçan maktulü durdurmak için, maktule doğru iki el ateş ettiği, maktulün ense kısmına aldığı bir adet ateşli silah yaralanması sonucu hayatını kaybettiği olayda; hayati bölgeler hedef alınarak ateş edildiğini gösteren kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı anlaşıldığı halde, kasten yaralama sonucu ölüme neden olmak suçundan 5237 sayılı TCK. nun 87/4. maddesinin 2. cümlesi uyarınca hüküm kurulması gerekirken, suç niteliğinde yanılığa düşülerek, unsurları oluşmayan olası kastla insan öldürme suçundan hüküm kurulması” (Yarg., 1. CD., 30/11/2010, 2565/7628); “Olay günü sabahın erken saatlerinde 4 ayrı at arabası ile gelerek sanığa ait fabrikanın bahçesinde hurda demir parçalarını alan ve olay yerinden uzaklaşmaya çalışırken yolda aracıyla işyerine gelmekte olan sanıkla karşılaşan maktul ve yanındakileri durdurmak maksadıyla sanığın, havaya, yere ve at arabasının tekerine doğru birden fazla tabancası ile ateş ettiği, yapılan bu atışlarla yerde asfalt zemin üzerinde birbirine 2 metre mesafede iki adet mermi izi oluştuğu, maktulün üzerinde bulunduğu at arabasının sol ön tekerinin patlamış olduğu, sanığın yaptığı atışlar sonucu at arabasının üzerinde bulunan maktulün sağ meme 1 cm. medialinden isabet alarak öldüğü, cesetten forme 2x1, 5cm. ebadında şekilsiz levha haline gelmiş kurşun nüve parçası elde edildiği, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 31.05.2006 tarih ve 1537 sayılı raporunda; cesetten çıkarılan kurşunun fiziksel özellikleri, otopside tarif edilen atipik giriş deliği, vücutta oluşturduğu kaburga kırığı ile izlediği yol ve elbiselerdeki delikler birlikte dikkate alındığında, kişinin ölümüne neden olan ateşli silah kurşununda tespit edilen deformasyonun sert bir zemine, asfalt veya demire çarpma sırasında meydana gelebileceğinin belirtildiği olayda; sanığın at arabasıyla uzaklaşmaya çalışan maktul ve yanındakileri durdurmak maksadıyla havaya, asfalt zemine ve at arabasının tekerlerine doğru ateş ederken, seken mermi çekirdeklerinden birinin maktule isabet ederek onun ölümüne yol açtığı anlaşılmalıdır; sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 87/4 maddesi kapsamında kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, suç vasfında yanılığa düşülerek olası kastla öldürme suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yarg., 1. CD., 04.11.2009, 394/6639).

halinde, mağdurun aşağıya düşüp ölebileceğini öngörür. Buna rağmen kişi, fiili icra eder ve sonucunda mağdur dengesini kaybedip düşerek ölürse, kasten yaralama basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek (m. 86/2) nitelikte olsa bile, kişi neticeyi kabullendiği için, olası kastla öldürmeden sorumlu tutulması gerekir.

Hatta doğrudan mağduru aşağıya düşürüp öldürmek amacıyla fiili işlemiş ise kasten öldürmeden (m. 81) sorumlu tutulmalıdır¹³⁵.

Bundan başka kişi, soğukkanlılıkla veya planlayarak mağdurdaki hastalığı aktif hale getirmek sureti ile ölümünü sağlarsa, tasarlayarak öldürme (TCK. m.82/ 1-a) de söz konusu olabilir.

Suçun temel şekli teşebbüs aşamasında kalmış, ancak netice sebebiyle ağırlaşmış bir hale de sebebiyet verilmiş olabilir. Örneğin silahla ateş edilen kişi isabet almamış, ancak korkudan ölmüş olabilir. Bu hal, doktrinde *neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs* olarak da nitelendirilmektedir. Aradaki illiyet bağını esas alan, bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre, kasten yaralamaya teşebbüs sonucu ağır neticenin meydana gelmesi halinde, failin bu ağır neticeden cezalandırılması gerekir¹³⁶.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, iştirak halinde işlenen bir yaralama fiili sonucunda gerçekleşen ölüm neticesinden dolayı bütün ortakların sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. TCK. m. 40/1. maddesinde suç ortaklarının kendi kusurlu fiillerine göre cezalandırılacakları düzenlenmiştir. Bu itibarla söz konusu durumda ancak gerçekleşen ölüm neticesi bakımından taksiri bulunan suç ortakları neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulabilecektir¹³⁷.

2- Kasten Yaralama Suçunun Temel Şekli (86/1) Sonucu Ölüm Meydana Gelmesi

TCK.nun 87. maddesinin 4. fıkrasında “*Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hâllerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, (...) hapis cezasına hükümlenir*” denilmiştir.

¹³⁵ **Özgenç**, Genel Hükümler, 8. Baskı, s. 238 vd.. “olaydan bir gün önce, birlikte olma teklifi mağdur Deniz tarafından reddedilen sanığın, gece saat 01.45 sularında Deniz’in kaldığı otel odasına gittiği, burada Deniz’i mağdur Adnan ile beraber gördüğü, Adnan’ı sürükleyerek, üçüncü katta, yerden 8,5 metre yükseklikte bulunan oda balkonundan aşağı attığı, mağdurun atıldığı yerden yatay olarak 4, 30 metre ileriye düşüp, pubis, sol asetabulum, sol radiusunda ağır derecede kırıklar olacak şekilde yaralandığı olayda, mağdurun düştüğü yükseklik, atılmanın şiddetine bağlı olarak düşme mesafesi dikkate alındığında, öldürme kastının eyleme bağlı olarak ortaya çıktığı anlaşıldığı halde, öldürmeye teşebbüs suçu yerine, yazılı şekilde yaralama suçundan hüküm kurulması” (Yarg. 1. CD., 26.01.2010, 10855/349).

¹³⁶ **Gökçen-Balcı**, Kasten Yaralama Suçu (TCK m.86), s. 394; **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 235 vd; Aksi yönde görüş için bkz. **Doğan**, s. 150; **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 202; **Yaşar- Gökcan-Artuç**, s.3061; **Kaymaz**, s. 43 vd.

¹³⁷ **Tezcan- Erdem - Önok**, Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, s. 237 vd.

TCK.nun 86. maddenin 1. fıkrasında kasten yaralama suçunun temel şekli düzenlenmiştir. Bu şekilde gerçekleşen kasten yaralama fiili sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi durumunda faile verilecek ceza TCK.nun 87/4. maddesine göre belirlenecektir.

“Sanığın, gayri resmi olarak başkası ile evliyken eşinden ayrılarak anne ve babası ile birlikte yaşamaya başladığı, başka bir şahısla evlilik dışı girdiği ilişki sonucu hamile kaldığı, hamileliğini anne ve babasından sakladığı, olay günü sabah saatlerinde doğum sancısı başlayınca banyoya tek başına giderek ayaktayken burada doğum yaptığı, yeni doğan bebeği bir çarşafa sararak salondaki çamaşır makinasının arkasına bıraktığı, kanamasının devam etmesi üzerine annesine rahatsızlandığını söyleyerek kendisini hastaneye götürmesini istediği, hastaneye gidince yeni doğum yaptığının anlaşıldığı, olayın polise bildirilmesi üzerine sanığın, bebeği ikamet ettiği evde çamaşır makinasının arkasına bıraktığını söylediği, yapılan aramada yeni doğan bebeğin sanığın söylediği yerde çarşafa sarılı şekilde ölü olarak bulunduğu, İstanbul Adli Tıp Morg İhtisas Dairesi ve Adli Tıp 1. İhtisas Kurulunun raporlarına göre canlı doğduğu anlaşılan bebeğin ölüm nedeninin kesin olarak belirlenemediği olayda; sanığın öldürme kastının kesin olarak saptanamadığı, koruma ve gözetim yükümlülüğünü ihlal ederek yeni doğan bebeği çarşafa sarmak suretiyle çamaşır makinesinin arkasına bırakarak terk etmesi sonucu ölümün meydana geldiği, eyleminin TCK.nun 97/2. maddesi yollamasıyla 87/4. maddesine uyan suçu oluşturduğu anlaşıldığı halde, TCK.nun 87/4, 62 ve 53 maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, suç niteliğinde hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayin edilmesi”¹³⁸.

3- Kasten Yaralamanın Nitelikli Halleri (86/3) Sonucu Ölüm Meydana Gelmesi

TCK.nun 87. maddesinin 4. fıkrasında *“Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin (...) üçüncü fıkrasına giren hâllerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”* denilmektedir.

TCK.nun 86. maddesinin 3. fıkrasında kasten yaralama suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerine yer verilmiştir. Bu nitelikli hallerden birinin de mevcut olduğu kasten yaralama suçu sonucunda mağdurun ölmesi halinde, diğer unsurlarının da bulunması kaydıyla, neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçu gerçekleşecektir. Örneğin, kasten yaralama fiilinin silahla işlenmesi ve kişinin ölmesi durumunda failin sorumluluğu TCK.nun 87 nci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre belirlenecektir.

“Sanık ile maktulün aynı mahallede oturduğu, maktulün çeşitli defalar sanıktan para istediği, çevrede çekinilen bir kişi olarak tanınan maktulden korkan sanığın bu is-

¹³⁸ Yarg., 1. CD., 16.05.2012, 3334/4002.

tekleri geri çevirmeyerek maktule para verdiği, olay günü de maç izlemek için birahaneye giden sanığı gören maktulün yanına gelmek istemeyen sanığı ısrarla ve aşağılayıcı sözlerle yanına çağırarak sanıktan yine para istediği, istenen miktarı veremeyeceğini söyleyen sanığa yönelik hakaretlerine devam ettiği, çevreden rahatsız olanların uyarısı üzerine, maktulün sigara içmek için birahane dışına çıktığı, sanığın ise bir müddet daha içerde kalarak maktulün gitmiş olabileceğini düşünerek evine gitmek üzerine birahaneden ayrıldığı, dışarı çıkan sanığı gören maktulün tekrar hakaret ederek sanığı yanına çağırdığı, sanığın koluna girerek onu kuytu bir yere götürmeye çalıştığı, ancak sanığın buna direndiği, bu esnada sanıktaki tabancayı fark eden maktulün tabancayı almak istemesi üzerine, sanığın geri çekilerek yakın mesafeden maktulün sol bacağına hedef alarak iki el ateş ettiği, engel olmadığı halde eylemini sürdürmeyip kaçıp gittiği, maktulün sol femur ve sol tibia bölgelerinden giriş çıkış yapan mermi isabetleriyle yaralandığı ve sol femur bölgesinde damar delinmesine bağlı dış kanama sonucu öldüğü olayda, sanığın kastının yaralama olarak vasıflandırılarak 5237 sayılı TCK.nun 87/4. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde kasten öldürmek suçundan cezalandırılması suretiyle fazla ceza tayini”¹³⁹.

“Sanığın, tesadüfen karşılaştığı maktulden sigara istediği, sigara kullanmayan maktulün sanığın bu isteğini geri çevirdiği, bunun üzerine sanığın, maktulün sağ kasık bölgesine ele geçirilemeyen bıçakla bir kez vurarak, eylemini devam ettirmeden kaçtığı, maktulün büyük damar kesilmesinden kaynaklanan dış kanama sonucu öldüğü olayda, (...) Hedef alınan vücut bölgesi, engel halin bulunmayışı ve ölüm nedeni dikkate alındığında, sanığın eylemine bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğuna dair kesin ve inandırıcı delillerin bulunmadığı, eyleminin “kastan yaralama sonucu ölüme neden olma” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, 12 ile 16 yıl aralığında hapis cezası öngören TCK.nun 87/4.maddesi uyarınca, aynı Kanununun 61.maddesine göre, suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği zaman ve yer dikkate alınarak üst sınırdan cezalandırılması yerine, suçun niteliğinde yanılığa düşülerek, “kastan öldürme” suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi”¹⁴⁰.

¹³⁹ Yarg., 1. CD., 09/06/2011, 416/3742; “Sanığın, evine hırsızlık amacıyla girdiği ve fark edilmesi üzerine yakalanmamak için yatak odasında bulunan dolaba saklandığı anlaşılan maktulün kaçmasını önlemek amacıyla önce eşi aracılığıyla kolluk kuvvetine haber verdiği ancak kolluk kuvvetleri olay yerine gelmeden kaçma girişiminde bulunan maktulü, öldürme kastı bulunmaksızın ve kaçmasını engellemek amacıyla elinde bulunan bıçakla sağ glüta bölgesinden yaraladığı anlaşılmakla; Maktulde bulunan ve kesici aletle gerçekleştirilen yara yeri ve niteliği, olayın aniden gelişmesi, hedef alınan vücut bölgesi dikkate alındığında sanığın kastının yaralama olduğu anlaşıldığı halde, TCK.nun 87/4-son cümlesi uyarınca kastan yaralama sonucu ölüm suçundan cezalandırılması yerine, suçun niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde kasten öldürme suçundan cezalandırılması suretiyle fazla ceza tayini” (Yarg., 1. CD., 11.10.2012, 6804/7453).

¹⁴⁰ Yarg., 1. CD., 11/05/2011, 7158/3028.

VI- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1- Teşebbüs

TCK.nın inceleme konumuzu oluşturan 87. maddesinde yer alan neticeler bakımından teşebbüsün söz konusu olup olmayacağı bu neticeler bakımından failin doğrudan kastla hareket edip etmediğine göre değişiklik gösterecektir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun oluşması için failin en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Buna göre olayda kast-taksir, kast-olası kast veya kast-doğrudan kast kombinasyonları söz konusu olabilir. İfade etmek gerekir ki ilk iki olasılıkta teşebbüsten söz edilemez. Çünkü teşebbüsün söz konusu olabilmesi için failin netice bakımından doğrudan kastla hareket ediyor olması gerekir. Buna karşılık ağır veya başka netice bakımından doğrudan kastla hareket ediliyorsa ve fakat netice gerçekleşmemişse bu halde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta teşebbüs edildiğinden söz edilebilir. Örneğin, failin gözünü çıkarma (m. 87/2) ya da ayağını kırma (87/3) amacıyla hareket etmesi ancak buna elinde olmayan sebeplerle muvaffak olamaması durumunda teşebbüsten söz edilebilecektir¹⁴¹.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak ağır veya başka netice aynı zamanda yanında bağımsız suç tipi olarak düzenlenmiş de olabilir. Bu durumda söz konusu netice bakımından kasten hareket edildiğinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç değil bu bağımsız suç tipi oluşacaktır. Netice bakımından doğrudan kastla hareket edilmesine rağmen neticenin gerçekleşmemesi durumunda da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta teşebbüsten değil bu bağımsız suç tipine teşebbüsten söz edilecektir. Örneğin failin mağduru öldürmek kastıyla hareket ettiği ancak ölüm neticesini elinde olmayan nedenlerle gerçekleştiremediği durumda kasten yaralama sonucu öldürmeye teşebbüs (m. 87/4, 35) değil kasten öldürmeye teşebbüs (m. 81, 35) söz konusu olacaktır.

2- İştirak

İştirak açısından genel hükümler uygulanır¹⁴².

¹⁴¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.:1, 2. Baskı, s. 688; Ozansü, s. 192.

¹⁴² “Sanıklar Mustafa ile Mahmut’un, kuaför dükkanı önünde oturdukları sırada yanlarına gelen mağdur Burhanettin ile maktulün haksız söz ve davranışları üzerine aniden oluşan kavga ortamında, sanık Mustafa ile mağdur Burhanettin bir tarafta kavga ederlerken, maktul ile yargılama aşamasında ölen sanık Mahmut’un da diğer tarafta kavga halinde oldukları ve bu anda sanık Mahmut’un, vurduğu tek bıçak darbesi ile maktülü öldürdüğü olayda; (...) aniden çıkan kavga sırasında, ayrı bir yerde mağdur Burhanettin ile kavga eden sanık Mustafa’nın, sanık Mahmut’un maktülü bıçak ile öldürmesine 5237 sayılı TCK.nun 39/2. maddesi kapsamında herhangi bir yardımının bulunmadığı, Mahmut’un olay anında ortaya çıkan kastından sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı anlaşıldığı halde, sanık Mustafa hakkında beraat kararı verilmesi yerine, dosya kapsamındaki delillere uygun düşmeyen gerekçeyle, sanık Mustafa hakkında kasten öldürmeye yardım etme suçundan hüküm kurulması” (Yarg. 1. CD., 17.03.2010, 1533/1614).

Özgü suç niteliğindeki netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama fiilleri ve nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayeti bakımından “Kasten Yaralama Suçu (TCK m.86)”¹⁴³ adlı çalışmamızda yapılan açıklamalara bakılmalıdır.

Yaralamaya azmettirmede, failin yaralaması sonucunda mağdur ölürse azmettirenin sorumluluğu ne olacaktır? TCK.nun getirdiği düzenlemeye göre, azmettiren, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır (m.38).

765 sayılı TCK.nun yürürlükte bulunduğu dönemde verilen kararlarda da, azmettirenin yaralamadan sorumlu tutulması kabul edilmekteydi¹⁴⁴.

3- Suçların içtimalı

TCK.nun 87. maddesinin 1. ve 2. fıkrasındaki haller kendi içinde seçimliktir. Bu sebeple 1. fıkradaki netice sebebiyle ağırlaşmış hallerin birkaçı (örneğin: *organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması, konuşmada sürekli zorluk, yüzde sabit iz, hayati tehlike*) veya hepsi bir olayda gerçekleşse bile bir defa artırım yapılır, ancak bu husus temel cezanın tayininde dikkate alınır. Keza 2 inci fıkradaki hallerin birkaçı (mesela; *iyileşme imkanı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girme, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesi, yüzde sürekli değişiklik*) veya hepsi bir olayda gerçekleşse bile bir defa artırım yapılır, ancak bu husus temel cezanın tayininde dikkate alınır.

Buna karşılık, bir olayda 87. maddenin 1., 2. ve 3. fıkrasındaki hallerin hepsi birden gerçekleşse, bile üç defa artırım yapılmayıp fikri içtima (m. 44) kuralları gereği en ağır olan fiilden ceza verilir. Her ne kadar 87. maddede bağımsız suç tipi düzenlenmemişse de, 44. madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, suçun temel

¹⁴³ Bkz: **Gökçen - Balcı**, Kasten Yaralama Suçu (TCK m.86), s. 395 vd.

¹⁴⁴ “Ceza Yasamıza göre, bir kişiye karşı müessir fiilde bulunan sanığın, illiyet bağı kurulabildiği takdirde ölüm sonucunun husule gelmesi dahil (TCK. m. 452), objektif sorumluluk esaslarına göre müessir fiilin tüm sonuçlarından sorumlu tutulması gerekmektedir. Sanığı müessir fiilde bulunmaya azmettiren kimse de, aynı şekilde sorumludur (TCK. m. 64/2). Sanığın müessir fiilde bulunmaya azmettirdiği kimse, anlaşma hududunu aşarak adam öldürmeye teşebbüs veya kasten adam öldürme suçlarını işlediği takdirde; pek çok olayda adam öldürme sonucu müessir fiilde bulunma neticesi gerçekleştiğinin azmettiren kimse tarafından da bilinmesi, yasa koyucunun yukarıda açıkladığı şekilde, müessir fiillerde kastın aşılmasını TCK.nun 458 ve 452. maddeleriyle özel müeyyideye tabi tutması da nazara alındığında, (müessir fiilde bulunmaya azmettiren kişi öldürmeye teşebbüs suçunu işlediğinde TCK.nun 448 (449 veya 450), 62; azmettiren kişi ise, mağdur hakkında 456. maddenin 3. fıkrası ile); müessir fiilde bulunmaya azmettirilen kişi kasten adam öldürme suçunu işlemişse, TCK.nun 448 (449 veya 450), müessir fiilde bulunmaya azmettiren kişinin de 452. maddesi gereğince cezalandırılması gerektiği halde, adam öldürme suçundan hakkında verilen mahkumiyet hükmü onanan sanık Lütfi’yi öldürülen İsmail’e silah vererek ve silahla vurması için müessir fiilde bulunmaya azmettiren sanık Selahattin’in TCK.nun 64/2, 452. maddesi ile cezalandırılması gerekirken, TCK. nun 64/2, 456/4, 457/1, 59. maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesi” Yarg. 1. CD. 24.4.1996 t. ve 464/1519 s.lı ilamı (Kazancı İçtihat Bankası).

şekli ve nitelikli halleri dışındaki durumlar, içtima uygulaması bakımından ayrı suç sayılmaktadır.

“Sanığın eyleminin katılanda kemik kırığına ve duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olduğu, sanığın eylemleri nedeniyle 5237 sayılı TCK'nin 44. maddesi gereğince en ağır olan cezayı içeren duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olan yaralama eyleminden cezalandırılması gerekirken 5237 Sayılı TCK'nin 87/3 ve 87/1-a, son maddelerinin birlikte uygulanması suretiyle hüküm kurulması sonuca etkili görülmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır”¹⁴⁵.

VII- YAPTIRIM

Sivil kişiler açısından kavuşturma resen yapılır. Kamu görevlisi kişinin suç işlemesi halinde, somut olayın durumuna göre 4483 sayılı Kanun göz önünde bulundurulmalıdır.

İnceleme konusu suç tipinde cezanın tayini bakımından bir önceki maddeye atıf yapıldığı için, somut olayın özellikleri dikkate alınarak ve 61. maddedeki sıra

¹⁴⁵ Yarg., 3. CD., 02/11/2012, 10433/36275; “Sanığın kurusıkı tabancayla ateş etmek suretiyle katılanı kemik kırığına neden olacak, yüzde sabit iz kalacak ve sağ göz organının işlev kaybına neden olacak şekilde yaralanmasına sebebiyet verdiği olayda, TCK'nin 87/2-son maddesindeki atıf TCK' nin 87/1-son maddesine yönelik olmayıp TCK' nin 86. maddesine yönelik olduğundan, katılanda kemik kırığı ve yüzde sabit iz yaralanmasının yanı sıra sağ göz organının işlev kaybına neden olan yaralanmadan dolayı TCK' nin 44. maddesi gereği sanığın sadece en ağır cezayı gerektiren TCK' nin 87/2, b-son maddesiyle sorumlu tutulabileceği, TCK' nin 87. maddeye göre sanığın cezasının üç kez arttırılmayacağı gözetilmeden yazılı şekildeki uygulamayla sanığa fazla ceza tayini. (...) Bozmayı gerektirmiş sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görül-müş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 1412 sayılı CMUK' un 321.maddesi gereği talep gibi BOZULMASINA, ancak bu hususlar yeniden yargılamayı gerektirmediğinden CMUK' un 322. maddesi gereğince, Hüküm fıkrasının sanığın, katılan Murat'ı yaralaması eyleminden dolayı kurulan 2. fıkrasının ceza tertibine dair 1-6. paragraflarının mahkemece olayda varlığı kabul edilen indirim ve artırım nedenleri aynen kabul edilerek; “3.a- Sanığın üzerine atılı katılan Murat'ı yaralama suçu subuta erdiğinden TCK' nin 86/1 maddesi gereğince 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, 3.b- sanığın eylemini silahla gerçekleştirdiği anlaşıldığından TCK'nin 86/3, e maddesi uyarınca cezasından ½ oranında artırım yapılarak 1 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, 3.c- Sanığın eylemi neticesinde katılanın vücudunda kemik kırığı ve yüzde sabit iz oluşmasının yanı sıra, sağ göz organının işlevini yitirdiği anlaşıldığından TCK'nin 44 ve 87/2, b maddeleri uyarınca cezasının 2 kat arttırılarak 3 yıl 18 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, 3.d- TCK'nin 87/2.b-son maddesi uyarınca sanığa hükmedilecek cezanın alt haddinin 8 yıldan az olmayacağı anlaşıldığından; sanığın 8 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, 3.e- Sanığın cezasından TCK'nin 62. maddesi uyarınca 1/6 oranında indirim yapılarak neticeten; 6 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına” şeklinde değiştirilmesi ve sair kısımların aynen bırakılması suretiyle hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA” (Yarg., 3. CD., 15.11.2012, 19312/38267). “Sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nin 87/2-b maddesi uygulanırken, ayrıca TCK'nin 87/1-d maddesinden artırım yapılamayacağına gözetilmemesi suretiyle, sanığa fazla ceza tayini” (Yarg., 3. CD., 02.10.2012, 1337/32412); Ayrıca bkz Yarg., 3. CD., 08.10.2012, 5139/33248; Yarg., 3. CD., 11.03.2009, 20216/4391; Yarg., 1. CD., 27.10.2009, 7587/6356; Yarg., 3. CD., 10.10.2011, 4276/13815; Yarg., 3. CD., 27.05.2009, 2396/9817; Yarg., 3. CD., 28.05.2008, 15407/7263.

takip edilerek temel ceza 86. maddenin birinci ve üçüncü fıkralarına göre tesbit edilecek¹⁴⁶, daha sonra 87. maddenin ilgili fıkrasına göre sonuç ceza belirlenecektir¹⁴⁷.

“5237 sayılı TCK kapsamında yaşamsal tehlike doğuracak şekilde silahla yaralama suçlarından ceza tertip edilirken, denetime olanak verecek şekilde, öncelikle kanununun 86/1. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesi, temel cezanın suçun silahla işlenmesi nedeniyle 86/3-e maddesi gereğince artırılması, daha sonra yaralama fiilinin, mağdurun yaşamını tehlikeye sokması nedeniyle de cezanın 87/1-d maddesi uyarınca artırılması, bu miktarın 5 yıldan az olması halinde aynı kanununun 87/1 son maddesi uyarınca beş yıla yükseltilmesi, beş yılı geçmesi halinde bu cezanın tayin edilmesi, daha sonraki indirim nedenlerinin sözü edilen 5 yıl ya da 5 yılı aşan miktarlar üzerinden yapılması gerektiği düşünülmeden, 87/1-d-son maddesi uyarınca doğrudan 5 yıl hapse karar verilmesi ve indirimlerin bu miktar üzerinden yapılması”¹⁴⁸.

“Demir sopayla katılan mağdurun gözüne vurup uzuv tatili olacak şekilde yaralayan sanığın eylemi nedeniyle mahkemece kabul olunan uygulamaya göre 5237 sayılı Yasanın 86/1. Maddesinden tayin ve takdir olunan 2 yıl hapis cezası üzerinden eylemin

¹⁴⁶ “Silahtan sayılan bıçakla yaşamsal tehlike oluşturacak şekilde mağduru yaralayan sanık hakkında 5237 sayılı yasanın 86/1. maddesinden temel hapis cezası tayin ve takdir olunduktan sonra 86/3-e ve 87/1-d ve 87/1-son maddelerinin tatbik edilmesi suretiyle hapis cezasının hesaplanması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hatalı uygulama yapılmak suretiyle 5237 sayılı yasanın 61. maddesine aykırı davranılması” (Yarg., 3. CD., 21.01.2009, 20869/236).

¹⁴⁷ “Silahtan sayılan av tüfeğiyle organlardan birinin sürekli zayıflamasına neden olmak şekilde mağduru yaralayan sanık hakkında 5237 sayılı yasanın 86/1. maddesinden temel hapis cezası tayin ve takdir olunduktan sonra 86/3-e ve 87/1-d ve 87/1-son maddelerinin tatbik edilmesi suretiyle hapis cezasının hesaplanması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hatalı uygulama yapılmak suretiyle 5237 sayılı yasanın 61. maddesine aykırı davranılması” (Yarg., 3. CD., 11.01.2012, 1205/482); “Yaralama suçundan dolayı yasa maddelerinin tatbiki sırasında öncelikle 5237 sayılı 86. maddesinden temel hapis cezası tayin ve takdir olunduktan sonra 5237 sayılı yasanın 61/1-4-5 maddelerinde belirtilen şekle ve sıraya göre önce artırıma ilişkin maddelerin sonra da indirime ilişkin maddelerin tatbik edilmesi suretiyle hesaplama yapılması gerekmektedir. Sanığın silahla annesi ve kardeşine karşı işlemiş olduğu yaralama suçlarından dolayı TCK'nın 86/3 maddesi gereğince 86/1 ve 86/2 maddeleri uyarınca verilen temel cezaların 1/2 oranında bir kez artırılması gerekirken 86/3-a ve 86/3-e maddeleri gereğince ayrı ayrı artırım yapılarak fazla ceza tayini, 2) Yine bir artırım maddesi olan 87/1-d'de göre artırım yapıldıktan sonra sonucuna göre 87/1-son maddesinin gözetilmesi gerektiği halde cezanın doğrudan 87/1-son maddesine göre 5 yıl olarak belirlenmesi” (Yarg., 3. CD., 13.05.2009, 3967/8998); “5237 sayılı Yasanın 61. maddesi de gözetilerek, temel cezanın 86/1 maddesine göre tayin edildikten sonra suçun silahtan sayılan bıçakla işlenmesi ve mağdurdaki yaralanmanın niteliğinden kaynaklanan artırım sebeplerine göre sırayla ceza uygulaması yapılması gerekirken, doğrudan 87/1-d maddesi uyarınca temel cezanın tayin edilmesi” (Yarg. 1.CD., 28.11.2007, 7667/8914); “Silahtan sayılan yanıcı bir madde ile yüzde sürekli değişikliğe ve her iki gözde tam görme kaybına neden olacak şekilde katılanı yaralayan sanık hakkında, 5237 sayılı yasanın 86/1. maddesinden temel hapis cezası tayin olunduktan sonra 86/3-e ve 87/2-b-d-son maddelerinin tatbik edilmesi suretiyle hapis cezasının belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, doğrudan taktiren ve teşditlen denilerek 10 yıl hapis cezası tayini” (Yarg., 3. CD., 30.04.2012, 11682/17726).

¹⁴⁸ Yarg., 3. CD., 17.09.2008, 8174/11493.

*demir sopa ile gerçekleştirilmesi nedeniyle 86/3-e maddesiyle cezasından yarı oranında artırım yapılarak 3 yıl hapis cezasına ve 87/2-b maddesi gereğince 2 kat artırım yapılarak 9 yıl hapis cezasına hükümlenmesi ve bu ceza üzerinden indirim yapılması gerekirken, hatalı uygulama yapılması sonucu yazılı şekilde eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmaması nedeniyle bozma nedeni yapılmamıştır*¹⁴⁹.

Bir başka anlatımla, TCK.nun 86. maddesinin 3. fıkrasında yazılı olan nitelikli hallerle işlenen yaralamanın ayrıca 87. maddedenin 1, 2 veya 3. fıkralarında yer alan neticelerden birinin de gerçekleşmesine sebep olması halinde ceza, 86. maddesinin 3. fıkrasına göre belirlendikten sonra 87. maddenin ilgili fıkrasına göre artırılacaktır.

*“Yaralama suçlarında temel ceza maddesi TCK’un 86/1.maddesi olup eylemin silahlı işlenmesi halinde aynı maddenin 3. fıkrası gereğince ½ oranında artırılmasından sonra neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaların bu miktar üzerinden artırılmasının gerektiği, dava konusu olayda da 87/1-d maddesi gereğince bir kat artırım sonucu cezanın belirleneceği nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması*¹⁵⁰.

87. maddenin 1. ve 2. fıkrasındaki haller kendi içinde seçimlik olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla 1. fıkradaki neticelerin birkaçı veya hepsi bir olayda gerçekleşse dahi bir defa artırım yapılır, ancak bu husus temel cezanın tayininde dikkate alınır. Aynı şekilde 2 inci fıkradaki netice sebebiyle ağırlaşmış hallerin birkaçı veya hepsi bir olayda gerçekleşse dahi bir defa artırım yapılır, ancak bu husus temel cezanın tayininde dikkate alınır.

Buna karşılık, bir olayda 87. maddenin 1., 2. ve 3. fıkrasındaki hallerin hepsi birden gerçekleşirse bile, üç defa artırım yapılmayıp fikri içtima (m.44) kuralları gereği en ağır cezayı gerektiren fıkra dolayısıyla ceza verilecektir.

*“yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olan yaralanmanın yanısıra kemik kırığı da meydana geldiği bildirilen eylemden dolayı ceza hükmü tesis edilirken 5237 sayılı TCK’nin 86/1, 87/1-d, son maddeleri ile tayin olunan cezada aynı kanunun 87/3 maddesi uyarınca artırımı gidilemeyeceğinin gözetilmemesi*¹⁵¹.

“Mağdur Ahmet Taşan hakkında tanzim olunan ve hükme esas alınan 21.04.2010 tarihli Antalya Eğitim ve Araştırma Hastanesinin raporuna göre, batına ve göğse nafiz

¹⁴⁹ Yarg., 3. CD., 04.02.2009, 14938/1332; “Sanık hakkında, eşi mağdureyi duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olacak şekilde yaralaması eylemi nedeniyle, 5237 sayılı TCK’ nın 86/1. maddesinden temel hapis cezası belirlendikten sonra, TCK’ nin 61/1-4-5. Maddelerinde belirtilen şekle ve sıraya göre 86/3-a, 87/1-a maddeleri gereğince önce artırımı ilişkin maddelerin tatbik edilmesi, bulunacak hapis cezasının 5237 sayılı yasanın 87/1-son maddesi hükmü gereğince 5 yıl hapis cezasının altında kalması halinde buraya yükseltilip bu miktar üzerinden takdiri indirim uygulaması yapılması gerektiği halde, yazılı şekilde 87/1-son maddesi uygulanmadan ceza tayin edilerek 5237 sayılı TCK’ nın 61. maddesine aykırı davranılması” (Yarg., 3. CD., 07.02.2012, 16091/3733).

¹⁵⁰ Yarg., 3.CD., 07.03.2007, 15417/2067.

¹⁵¹ Yarg., 3. CD., 04.10.2012, 4174/33065.

yaralanması sonucu ameliyat edildiğinin, dalağa splenektomi uygulanarak çıkarıldığı-
nın, bu nedenle yaşamının tehlikeye maruz kalıp, dalağın alınmasının organ işlevinin
kaybı olarak nitelendirildiğinin, böylece mağdurda birden fazla ağırlaşan neticenin aynı
anda gerçekleştiği bu durumda en ağır cezayı gerektiren sonuçtan dolayı yani organ işle-
vinin kaybına sebebiyet vermekten sanığı sorumlu tutup, hakkında 5237 sayılı yasanın
86/1, 86/3-e, 87/2-b-son maddeleri ile uygulama yapılmasıyla yetinilmesi gerekirken ya-
zılı şekilde hatalı uygulama yapılması,¹⁵².

Yargıtay'ın katılmadığımız aksi yönde kararları da bulunmaktadır.

*“Yaralama eyleminin katılında TCK'nin 87. maddesi kapsamında birden fazla
sonucu aynı anda oluşturması durumunda, sanıkların temel cezalarının 86/1. madde-
sine alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi ve sanıklara verilen cezanın 87. maddeye
göre ancak bir kez artırılabilirliği gözetilmeden, TCK'nin 86/1, 87/1-c-son maddelerinin
yanında 87/3. maddesinin de uygulanması”¹⁵³.*

İnceleme konusu suçta görevli mahkeme, işlenen fiilin ağırlığına göre asliye
ceza¹⁵⁴ veya ağır ceza mahkemesidir.

CMK.nun 231. Maddesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin
düzenleme bulunmaktadır.

İnceleme konusu suçta iki yıl ceza alma mümkün olduğu için uygulamada mağ-
durun veya kamunun zararının giderilmesi kaydıyla hükmün açıklanmasının geri
bırakılmasına karar verilebilir.

Yargıtay, 231. maddede işaret olunan zararın; kanaat verici basit bir araştırma
ile belirlenebilir, ölçülebilir maddi zararlar olduğuna, manevi zararların bu kapsama
dâhil edilememesi gerektiğine, zarar konusunun ancak zarar suçlarında dikkate alın-
ması gereken bir unsur olduğuna karar vermektedir.¹⁵⁵

¹⁵² Yarg., 3. CD., 20.04.2011, 3782/5394.

¹⁵³ Yarg., 3. CD., 30.10.2012, 8929/35473.

¹⁵⁴ “5235 sayılı Kanununun 14.maddesinde “Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı
veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde
bulundurulur” hükmüne göre olayımızda temel ceza maddesi olan 5237 sayılı TCK'un 86/1.
madde nazara alındığında Asliye Ceza Mahkemesinin görevli olduğu anlaşıldığından tebliğna-
menin bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir” (Yarg. 3.CD., 24.10.2007, 10283/7530).

¹⁵⁵ Sanık hakkında 6136 sayılı yasaya aykırılıktan kurulan hükümde ise; 5271 sayılı CMK'nın 231/5.
maddesinden sanıklar için hükmün açıklanmasının geri bırakılması imkanı getirilmiştir. Objektif
ve subjektif koşulları olan düzenlemeye göre cezaya ilişkin olanı, mahkemece belirlenen cezanın
en çok 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası olmasıdır. Olayımızda bu koşulun gerçekleştiği
anlaşılmıştır. Fail bakımından aranan diğer koşullar ise; daha önceden kasıtlı bir suç işlememiş
bulunması, yeniden suç işlemeceği konusunda kanaat gelmiş bulunması, kişilik özellikleri ile
duruşmadaki tutum ve davranışları itibarıyla bir cezaya hükmedilmesine gerek görülmemesi ve
mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesinden ibarettir. Yasa maddesinde
belirtilen bu koşulların oluşup oluşmadığı ve bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı hakim

Savcılıklarımız birçok olayda delilleri tam olarak toplamadan dava açmakta, mahkemelerimiz dosya tekemmül etmeden, yapılması gereken ilave araştırmalar yapılmadan hazırlanan iddianameleri kabul etmekte, bilahare de soruşturmadaki eksiklikleri gidermeden karar verebilmektedir. Bu tür kararlar yüksek mahkeme tarafından isabetli olarak bozulmakta, ancak dosya sürüncemede kalmaktadır. Uygulamada bu büyük bir problem oluşturmaktadır. Belirtelim ki hakim ve savcıların verdiği kararlarla ilgili Yargıtay tarafından düzenlenen “not” fişi uygulaması da kalktığı için bu tür kararlar azalmak yerine çoğalmaktadır. Çünkü böyle karar veren yargı mensupları, verdikleri kararın içeriğine bakılmaksızın salt “iş çıkarmış oldukları için”, kolayca terfi etmektedir.

Uygulamamız bu tür kararlarla doludur: “Maktule M.in ölmeden önde C. Savcılığına verdiği dilekçe ve polise verdiği ifadesinde sanığın kendisini çocuğunun ağlaması nedeniyle dövdüğünü, omuriliğinin zedelendiğini; sanığın savunmasın da ise maktulenin çamaşır asarken merdivenlerden düştüğünü beyan etmesi karşısında; a) Otopsideki ve hastanenin acil kısmına müracaat esnasındaki maktuledeki ekimoz, ödem ve kesilerin merdivenden düşmekle ya da sanığın müessir fiilde bulunması ile oluşup oluşmayacağı, b) Mevcut bulguların 5237 sayılı yasanın 86/2. maddesi kapsamında kalan basit tıbbi müdahale ile giderilip giderilemeyeceği, c) Maktulenin ölümünün, kendinde mevcut doğumsal kafa tabanı anomalisine yönelik ameliyat ve gelişen komplikasyonlardan ileri geldiği adli tıp kurumu raporundan anlaşılacakla müessir fiilin varlığı kabul edildiği takdirde ölüm ile müessir fiil arasında illiyet bağı olup olmadığı¹⁵⁶”.

tarafından her olayda değerlendirilip denetime imkan sağlayacak biçimde kararda gösterilmesi gerekmektedir. Somut olayımızda objektif koşul oluştuğu halde, kararda 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde faille ilişkin olarak öngörülen şartları içermeyen ve yasal olmayan gerekçelerle hükmün açıklanmasının reddine dair karar verilmesi” Yarg., 3. CD., 20.04.2011, 3782/5394.

¹⁵⁶ Yarg. 1.CD., 13.4.2007, 2381/2797; “Her ne kadar mağdur hakkında düzenlenen raporda “1. metakarp kırığı nedeniyle 15 gün iş ve güçten kalır şekilde yaralandığı” belirtilmişse de mağdur “birbirimize girdik, karşılıklı olarak birbirimize vurduk, sanıklar daha çok benim ayaklarıma vurdular, başparmağımdaki kırığın sanıkların vurmasından mı yoksa kendimi savunurken onlara vurduğum sırada mı meydana geldiğini tam olarak bilemiyorum” beyanı sanıkların savunmalarını doğruladığı ve yaralamanın sanıkların eyleminden meydana geldiğinin şüpheli olduğu, mağdurunda şikâyetçi olmadığı gözetilerek mağdura ait geçici ve kastı rapor ile varsa hasta tabele ve müşahede kayıtları eklenerek Adli Tıp Kurumundan rapor alındıktan sonra hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi” Yarg. 3.CD., 02.05.2007, 6336/3737. Ayrıca bkz: Yarg. 3.CD., 21.3.2007, 6636/2490; Yarg., 3. CD., 27.05.2009, 15146/9465; Yarg., 1. CD., 26.09.2007, 2242/68882; Yarg. 1.CD., 16.3.2007, 4147/1636; Yarg., 3. CD., 27.05.2009, 22379/9907.

VERGİ GELİRLERİNİN KAMU GİDERLERİNİN KARŞILIĞI OLMASI İLKESİ

(The Principle of Tax Revenues in Consideration of
Public Expenditures)
(The Principle of Equivalence)

Yusuf KARAKOÇ*

ÖZET

Kamu hizmeti, Devletin varlık sebebi; kamu gideri ise, kamu hizmetinin kaynağını oluşturmaktadır. Vergi gelirleri ise, kamu giderlerinin karşılanması en temel aracıdır. Devletin, kamu ihtiyaçlarını gidermek amacıyla yerine getirmek mecburiyetinde olduğu kamu hizmetleri için yaptığı giderleri karşılamak için gelir elde etmesi gerekmektedir. İhtiyaç duyulan bu gelirin büyük bir kısmı, vergi adıyla anılan mali yükümlülüklerden temin edilmektedir. Bu itibarla, vergi gelirlerinin talep ve tahsil edilmesinin sebebi-gerekçesi, kamu hizmetleri için yapılan giderlerin karşılanmasıdır.

Vergilerin Anayasada ifadesini bulan vergilendirme ilkelerine uygun olarak ihdas ve talep edilmesi gerekmektedir. Bu ilkelere birisi de, vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesidir. Bu ilke, vergilerin kamu giderlerinin karşılığı olarak talep ve tahsil edilmesini; tahsil edilen vergi gelirlerinin kamu hizmetleri dışında herhangi bir alanda ve/ya da amaçla harcanmamasını ifade etmektedir. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi kararları ve doktrinden yararlanmak suretiyle, vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesinin anlamı ve kapsamı ile bu ilke bağlamında kamu hizmeti ve kamu gideri kavramları ele alınmaktadır.

Anahtar kelimeler: Kamu maliyesi, vergi, vergilendirme, kamu ihtiyacı, kamu hizmeti, kamu gideri

Abstract

Public service is the basis of the existence of the State and the public expenditure is the source of the public service. As to tax revenues, they are the main means for financing the public expenditures. State must generate an income to finance

* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi. Tanınmış olmaktan mutlu olduğum, “kardeşim” demesinden onur duyduğum, değerli büyüğüm, sayın hocam Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN’a sağlık, mutluluk, barış ve başarı dolu bir ömür diliyorum, iki cihanda aziz olsun diyorum.

expenses, that is made for public services which has to fulfill the public needs. A large part of this needed income are obtained from the financial obligations named as "tax". In this regard, the ground and reason of demanding and collecting of tax revenues is finance the costs of the public services.

Taxes must be imposed and collected in accordance with the taxation principles that is prescribed by the Constitution. One of these principles is "the principle of tax revenues in consideration of public expenditures". This principle states collecting and claiming tax revenues to finance public expenditures and they do not spent at any area or a purpose except public services. In this study, the means and extent of the principle of tax revenues in consideration of public expenditures and within the context of the principle the terms of the public service and public expense will be come up by making use of Constitutional Court Decisions and doctrine.

Keywords: Public finance, tax, taxation, public needs, public service, public expense

GİRİŞ

Vergi, Devletin ve/ya da vergilendirme yetkisi bulunan diğer kamu idarelerinin, kamu hizmetlerini yerine getirmek için ihtiyaç duydukları parayı temin etmek amacıyla, kişilerden, hukukî cebir altında, kanunla belirlenen esaslara uygun ve karşılıksız olarak ve iade edilmemek üzere aldıkları ekonomik değerlerdir. Bu itibarla, vergi, vergilendirme yetkisine sahip olan kamu idareleri tarafından, gerçek ve tüzel kişilerden, kamu hizmetlerinin yeni getirilmesi amacıyla yapılan giderleri karşılamak amacıyla, hukukî cebre dayanarak, iade edilmemek üzere ve para olarak istenmekte/ alınmaktadır.

Devlet, üstlendiği kamu hizmetlerini zamanında ve gereği gibi yerine getirebilmek için yeterli vergi/kamu gelirine ihtiyaç duymakta; bunu sağlayabilmek amacıyla kişilerin kasasına/kesesine el uzatmaktadır. Bazı kişiler de, yürürlükte bulunan mali kanunlar çerçevesinde adlarına tahakkuk etmesi gereken vergileri/kamu alacaklarını ya hiç ödememek ve/ya da olabildiğince az ödemek gayreti içine girmektedir. (Vergi) hukukun(un) görevi, Devlet ile kişiler arasında ortaya çıkan *menfaatler ihtilafı* (*çıkarlar çatışması*)nı hukuka uygun bir *menfaatler (çıkarlar) dengesine* dönüştürmek ve bu dengeyi devam ettirmektir. Çünkü, vergi hukukunun, bir bütün olarak Devlet ile kişiler arasındaki *menfaatler (çıkarlar) dengesini* kurmaya ve korumaya çalışması gerekmektedir.

Vergi, malî, hukukî, iktisadî, idarî, siyasî yönleri ve işlevleri olan bir olgudur. Verginin hukukî yönü esas alınarak yapılan/yapılacak olan açıklamalar, diğer yönleri yok sayma ve/ya da değersiz görme olarak algılanmamalı, değerlendirilmemelidir. Vergi olgusunun hukukî yönden sağlam temellere oturtulması halinde, diğer yönler ve işlevlerde de belirlilik ve verimlilik sağlanması mümkündür. Çünkü, hukukî belirsizlik, diğer işlevleri de olumsuz yönde etkilemektedir.

Vergilendirme, kişilerin kasa ve keselerine kamu yararı gerekçesi ile el atma işlemi olduğundan hukuka bağlı olan bir devletin hassasiyet göstermesi gereken konulardan birisini oluşturmaktadır. Çünkü, hukuka bağlı olan devlet, özel mülkiyete ve sözleşme özgürlüğüne dayanmaktadır. Hukuka bağlı olan devletde vergi sisteminin mülkiyet hakkını ve sözleşme özgürlüğünü zedelemesi mümkün değildir. Nitekim, geçmişe yürütülen ve mülkiyet hakkını ihlâl eden vergilerin konulması, ekonomik özgürlükler ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu itibarla, Devlet vergi hukukunu kullanarak, mülkiyet hakkını ve sözleşme özgürlüğünü ihlâl etmemelidir.

Verginin, Devletin varlık sebebi olması ve kişilerin hak ve hürriyetlerine olan etkisi nedeniyle Anayasa'da düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim, anayasalar vergi ödevine ve bu ödevle ilişkin birtakım ilkelere yer vermektedir. Anayasalarda, vergi ödevini düzenleyen madde başta olmak üzere, diğer maddelerde yer alan ve/ya da çıkartılan vergi ödevine ilişkin ilkeleri *Anayasal Vergilendirme İlkeleri* olarak ifade etmek mümkündür.

Anayasal Vergilendirme İlkeleri hakkında yapılmış olan çok sayıda çalışma bulunmaktadır. Bu konu, vergi hukukunun üzerinde en çok çalışma yapılan alanını-kesimini oluşturmaktadır. Ancak, buna rağmen, ülkemizde *Anayasal Vergilendirme İlkelerinin* neler olduğu konusunda tam bir mutabakatın sağlandığı söylenemez. Ayrıca, *Anayasal Vergilendirme İlkelerinin* adlandırılması ve kapsamı konusunda da tam bir görüş birliğine varılabilmemiş değildir. *Anayasal Vergilendirme İlkelerinin* hepsi hakkında yeterince çalışma yapılmadığı da bilinmektedir.

Bu çalışmanın amacı, *Anayasal Vergilendirme İlkelerinden Vergi Gelirlerinin Kamu Giderlerinin Karşılığı Olması İlkesi* hakkında bilgi vermektir. Bu ilkenin dayandığı temel kavramlar olan *kamu hizmeti* ve *kamu giderine* ilişkin olarak doktrin ve yargı kararlarından yararlanmak suretiyle, konunun ana hatları ile ele alınması sözkonusudur.

Bu çalışmada, bu zamana kadar tarafımdan yapılan yayınlarda dağınık olarak yer alan bilgilerin biraraya getirilmesine, bir bütünlük sağlanmasına ve belli ölçüde ilâveler yapılmasına gayret edilmiştir. Bu nedenle, bu çalışma tamamı itibarıyla ne ilk defa kaleme alınmış ne de tamamlanmış ve son noktası konulmuş bir çalışmadır. Ancak, bu metnin *Anayasal Vergilendirme İlkeleri* (Vergi Hukukunun Anayasal Temelleri) hakkında yapılması düşünülen ayrıntılı bir çalışmanın bir bölümü niteliği taşıması arzu edilmektedir.

I. TÜRK ANAYASALARININ VERGİ ÖDEVİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

Bu başlık altında, *Türk Anayasaları* olarak bilinen¹ 1876, 1924, 1961 ve halen yürürlükte olan 1982 Anayasalarında *Vergi Ödevinin* hangi maddelerde ve nasıl düzenlendiği belirtilmektedir. 1921 Anayasası bir *Geçiş Dönemi Anayasası* olduğu için vergi ödevine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir.

1876 Tarihli *Kanun-ı Esâsi*'nin² *Vergi Ödevine* ilişkin düzenlemeleri şöyledir;

“Tekâlifî mukarrere nizamâtı mahsusasına tevfi kan kâffei tebaa beyninde herkesin kudreti nisbetinde tarh ve tevzi olunur” (m. 20).

“Bir kanuna müstenit olmadıkça vergi ve rüsumat nâmı aherle hiç kimseden bir akçe alınamaz” (m. 25).

“Tekâlifî Devletin hiçbirini bir kanun ile tâyin olunmadıkça vaz ve tevzi ve tahsil olunamaz” (m. 96)³.

1924 Tarihli *Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu*⁴, *Vergi Ödevini* 84 ve 85'inci maddelerinde düzenlemiştir⁵. Buna göre,

“Vergi, Devletin umumî mesarifine halkın iştiraki demektir.

(Vergi, Devletin genel giderleri için, halkın pay vermesi demektir).

Bu esasa mugayir olarak hakiki veya hükmî şahıslar tarafından veya onlar namına rüsüm, âşar ve sair tekâlif alınması memnudur.

(Bu esasa aykırı olarak gerçek veya tüzel kişiler tarafından veya onlar adına resimler, ondalık alınması ve başka yüklemeler yapılması yasaktır) (m. 84).

¹ Osmanlı Devleti döneminde, *Senedi İttifak* (1808), *Gülhane Hattı Hümayunu* (1839), *Islahat Fermanı* (1856) ve *Adalet Fermanı*'nda (1875) vergi ve diğer bazı yükümlülüklerle ilişkin hükümler yer almıştı. Ancak, Osmanlı Devleti'nin, içinde bulunduğu şartlar nedeniyle bu hükümler uygulama alanı bulamamıştır. Kaldı ki, bu belgeleri birer Anayasa mahiyetinde görmek de mümkün değildir (Bkz. **Erginay**, Mali Hükümler, s. 57). Bu bakımdan Anayasa olarak derli toplu mali hükümler içeren ilk belge 1876/1908 (Kanuni Esasi) Anayasasıdır.

² 7 Zilhicce 1293 (23 Aralık 1876), *Düstur*: T. 1, C. 4, s. 4-20.

³ “Kararlaştırılan yükümlülükler özel düzenlemeleri (mevzuatı) esas alınarak bütün vatandaşlar arasında herkesin gücü-kudreti oranında tarh edilir ve dağıtılır (m. 20). Bir Kanuna dayanmadıkça vergi ve resimler adıyla veya sair isimlerle hiç kimseden para alınamaz (m. 25).

Devlet yükümlülüklerinin hiçbirini bir kanun ile belirlenmedikçe konulamaz, dağıtılamaz ve tahsil olunamaz (m. 96)”.

⁴ 20.4.1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanunu, (RG. 24.5.1924-71); (*Düstur*: T. 3, C. 5, s. 576 vd.).

Ayrıca bkz. 10.1.1945 tarih ve 4695 sayılı 1945 Anayasası, (RG. 15.1.1945 - 5905).

⁵ 1924 Anayasası'nın 1924 ve 1945 olmak üzere iki ayrı metni bulunmaktadır. İlk cümleler, 1924 Metni; parantez içinde yer alan cümleler ise, 1945 metnidir.

“Vergiler ancak bir kanun ile tarh ve cibayet olunabilir.

(Vergiler ancak kanunla salınır ve alınır).

Devlet, vilâyet idarei hususiyeleri ve belediyelerce teamülen cibayet edilmekte olan rüsum ve tekâlifin kanunları tanzim edilinceye kadar kemakân cibayete devam olunabilir”

(Devletçe, illerin özel idarelerince ve belediyelerce alınagelmekte olan resimler ve yüklemeler, kanunları yapıncaya kadar alınmaya devam edilebilir) (m.85).

1961 tarihli **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**⁶ “Vergi Ödevi”ni 61’inci maddesinde düzenlemektedir. Buna göre,

“Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi, resim ve harçlar ve benzeri mali yükümler ancak kanunla konulur.

Kanunun belli ettiği yukarı ve aşağı hadler içinde kalmak, ölçü ve esaslara uygun olmak şartıyla, vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnalarıyla nisbet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya, Bakanlar Kurulu yetkili kılınabilir” (m. 61).

1982 tarihli **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**⁷ “Vergi Ödevi”ni 73’üncü maddesinde düzenlemektedir. Buna göre,

“Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim ve harçlar ve benzeri mali yükümler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir” (m. 73).

Görüldüğü gibi, bütün *Türk Anayasalarında vergi ödevine* ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Hepsinde ortak olan yön, *vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması*; mali yükümlülüklerin kanunlarla düzenlenmesi ve mali güce göre vergilendirme ilkelerinin benimsenmiş olmasıdır. Her biri, yürürlüğe konulduğu dönemin dilini ve hukuk anlayışını yansıtmaktadır.

⁶ 9.7.1961 tarih ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (RG. 20.7.1961 - 10859).

⁷ 18.10.1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (RG. 9.11.1982 - 17863).

II. VERGİ GELİRLERİNİN KAMU GİDERLERİNİN KARŞILIĞI OLMASI İLKESİNİN HUKUKÎ DAYANAĞI

Vergilendirme ilkeleri, vergiden beklenen fonksiyonların gerçekleşebilmesi için vergilerin seçiminde ve uygulanmasında gözönünde tutulması gereken hususları ifade etmektedir. Başka bir deyişle, münferit vergilerin gerek kapsamı, gerekse yapılarının belirlenmesi bakımından uyulması gereken normlar, genellikle *vergilendirme ilkeleri* olarak nitelendirilmektedir. *Vergilendirme ilkeleri*, bir yandan ekonomik ve sosyal düzen ile ideolojilerde, diğer yandan vergi kurumunun nitelik ve amaçlarında meydana gelen değişikliklere paralel olarak zaman içerisinde önemli değişimlere uğramaktadır.

1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi 1982 *Anayasası*'nda da vergilendirme ile ilgili hükümler yer almaktadır. *Anayasanın* "Temel Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan ikinci kısmında, "Siyasi Haklar ve Ödevler" olarak ayrılan *Dördüncü Bölümün* "Vergi Ödevi" kenar başlığıyla yer alan 73'üncü maddesine göre;

"Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir."

Dört fıkradan oluşan bu hüküm, sosyal hukuk devleti ilkesi doğrultusunda, vergi ödevine egemen olan *Anayasal ilkeleri* kapsamaktadır. Maddenin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları, 1961 *Anayasası*'nın 20.9.1971 tarihli 1488 sayılı *Kanun*'la değiştirilmiş 61'inci maddesinden alınmış bulunmaktadır. Buna karşılık, ikinci fıkraya ise, ilk defa 1982 *Anayasası*'nda yer almaktadır.

Anayasal Vergilendirme İlkelerinin mevcut dayanağını yürürlükte olan *Anayasa*'nın 73'üncü maddesi oluşturmaktadır. Ancak, vergilendirmeyi ilgilendiren ilkelerin tamamının bu madde hükmünden kaynaklandığını söylemek mümkün değildir. *Anayasa*'nın bütünü dikkate alındığında, başka ilkelere kaynaklık eden hükümlerin varlığı bilinmektedir.

Bu çalışmada, *Anayasa*'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan *Vergi Gelirlerinin Kamu Giderlerinin Karşılığı Olması İlkesi* ele alınmaktadır. *Vergi Gelirlerinin Kamu Giderlerinin Karşılığı Olması İlkesi*, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında açıkça ifade edilmiştir. Nitekim,

1924 Tarihli *Teşkilâtı Esâsiye Kanunu*'nun 84'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında,

“Vergi, Devletin umumî mesarifine halkın iştiraki demektir”.

(Vergi, Devletin genel giderleri için, halkın pay vermesi demektir).

1961 tarihli **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının** 61’inci maddesinin 1’inci fıkrasında,

“Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür”.

1982 tarihli **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**’nın 73’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında,

“Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür”. ifadeleri yer almaktadır.

1982 Anayasası’nın 73’üncü maddesinin 1’inci ve 2’nci fıkraları *dar anlamda*; 3’üncü ve 4’üncü fıkraları ise, *geniş anlamda vergi* kavramından hareket etmektedir. *Dar anlamda vergi*, Devletin kamu gelirleri içinde sadece bu türe ilişkin olduğu halde, *geniş anlamda vergi*, Devletin kamu giderlerini karşılamak üzere koyduğu ve kamu gücünün kullanımına dayanan her çeşit malî yükümlülüğü kapsamına (vergi, resim, harç, parafiskal yükümlülükler, fon yükümlülükleri vb.) almaktadır. *Dar anlamda vergi* ile *geniş anlamda vergi* arasındaki en belirgin farklılık, birincinin *malî güce göre vergilendirme ilkesine* dayanmasına karşılık, ikincinin *yararlanmaya* bağlı olması veya da *karşılığa dayanabilmesidir*. Nitekim, *Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası* döneminde verdiği kararlarda vergi dışındaki malî yükümlülüklerde *malî güce göre vergilendirme ilkesinin* geçerli olamayacağını kabul etmiştir⁸.

1982 Anayasası’nın “Vergi Ödevi” başlıklı 73’üncü maddesinin ilk fıkrasında yer alan hüküm bir yandan vatandaş–yabancı ayrımı yapmaksızın her kişiyi mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü kılmakta; diğer yandan ise, vergilerin kamu giderlerini karşılamak amacıyla alınabileceğini belirtmektedir. *Anayasa*’nın 73’üncü maddesinin ilk fıkrasındaki düzenlemenin açık ve emredici bir şekilde kaleme alınması, vergiler ile ilgili temel anayasal ilkelerin varlığına kaynaklık etmektedir. Bu ilkelerden birisi, *vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesidir*.

III. VERGİ GELİRLERİNİN KAMU GİDERLERİNİN KARŞILIĞI OLMASI İLKESİ

A. Genel Açıklama

Vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesinin anlamı, kamu giderleri gerektirmedikçe, kimseden vergi alınmaması ve vergi adı altında toplanan para-

⁸ AnyMK. 17.12.1968 gün ve E.1968/12, K.1968/65, (AnyMKD., S. 6, s. 352, 354); AnyMK. 24.10.1974 gün ve E.1974/31, K.1974/43, (AnyMKD., S. 12, s. 381).

ların kamu giderleri dışında harcanmamasıdır⁹. Başka bir deyişle, *vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi*, kişilerden ancak kamu gideri gerektirdikçe vergi alınabilmesi veya vergilerin sadece kamu giderleri için harcanabilmesi anlamına gelmektedir¹⁰. Bu itibarla, vergilerin alınması, kamu giderlerinin karşılanması amacıyla yönelik olmalıdır. Bu ilke, *Anayasa'nın 73'üncü maddesinde*, "*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür*" biçiminde ifadesini bulmaktadır¹¹.

Vergilerin kamu giderlerini karşılamak için alınabilmesi, vergilendirmenin aslı amacı olarak bilenen malî amacına ilişkin bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır¹². Yine *vergilerin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi*, Devletin devamlılığının sağlanması bakımından gerekli harcamaların yapılabilmesi için vergilerin toplanmasına dayanak oluşturmaktadır.

Bu ilke, aynı zamanda vergilendirmenin amacını da ortaya koymaktadır. Herkesin malî gücüne göre ödemek zorunda olduğu vergi, kamu giderlerini karşılamak amacıyla alınmalıdır. Çünkü, vergi gelirleri kamu giderlerinin karşılığını oluşturmaktadır.

İlkenin tanımı ve *Anayasa Mahkemesi* kararlarından, bu ilkenin sonuçları olarak şunlara işaret etmek mümkündür;

- Vergilerin alınmasında öncelikli amaç, kamu giderlerine kaynak sağlamaktır.

⁹ "61. madde vergi ödevi ile kişinin ilişkisini düzenlemektedir. Maddenin getirdiği ilke herkesi, malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlü kılmış, ancak yükümü kamu giderlerinin karşılanması koşuluna bağlamıştır. Bu, kamu giderleri gerektirmedikçe kişiden vergi alınmaması ve vergi adı altında toplanan paraların kamu giderleri dışında harcanmaması demektir. Görülüyor ki vergi ödevinde kişinin belirli hizmetten doğrudan doğruya yararlanma karşılığında bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetleri giderlerine karşı anonim bir katılma payını üstüne alması söz konusudur. Burada belirli bir kimsenin belirli hizmetlerden hiç yararlanmadığı halde gene de tüm kamu giderlerinin karşılanmasında kendi payını katması durumu vardır". AnyMK. 26.3.1974 gün ve E.1973/32, K.1974/11, (AnyMKD., S. 12, s. 111-144).

¹⁰ Bkz. **Kaneti**, Vergi Hukuku, s. 34; **Kaneti**, Anayasal Temeller, s. 31; **Karakoç**, Yargısal Denetim, s. 351; **Gündüz**, s. 109; **Güneş**, Anayasal Temelleri, s. 169-170; **Üstün**, s. 260; **Gerek-Aydın**, s. 4; **Tekbaş**, Yargısal Denetim, s. 242; **Akyazan**, s. 258.

¹¹ Bu konu, 1924 *Anayasası*'nda, "*Vergi, devletin umumi masraflarına halkın iştiraki demektir*" (m. 84) biçiminde formüle edilmiştir.

¹² **Çağan**, Vergilendirme, s. 71; **Karakoç**, Yargısal Denetim, s. 352; **Tekbaş**, Anayasal İlkeler, s. 169. Verginin malî amacının yanında sosyal ve ekonomik amaçları da bulunmaktadır. Nitekim 1961 ve 1982 Anayasaları tarafından açıkça benimsenen sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmeye yönelik araçlar arasında yer alan gelir ve servet dağılımındaki adaletsizlikleri gidermek ve ekonomik kalkınmayı geliştirmek, vergilendirmenin sosyal devlet ilkesine uygun adil bir şekilde yapılması ile mümkün olabilir. Yine 1982 *Anayasası*, 1961 *Anayasası*'ndan farklı olarak 73'üncü maddesinde "*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır*." ibaresine yer vererek verginin sosyal ve ekonomik amacını açıkça vurgulamaktadır. Bkz. **Çağan**, Vergilendirme, s. 71-72; **Karakoç**, Yargısal Denetim, s. 352. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **Karakoç**, Sosyal Maliye, s. 11-15, 63-70.

- Vergilerden oluşan kamu gelirleri, sadece kamu giderlerine harcanmalıdır.
- Kamu giderleri, Devletin vergilerden oluşan genel gelirleriyle karşılanmalıdır¹³.

Vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi, dar anlamda vergiler için sözkonusudur. Vergi mükelleflerinin kamu giderlerine katılması anonim bir nitelik taşımaktadır. Çünkü, vergi ödevinde, kişinin belirli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanma karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetlerinin giderlerine karşılık olmak üzere, bir katılma payını üstlenmesi sözkonusudur¹⁴. Ancak, vergi dışındaki kamu gelirlerinin, kamu giderlerinin karşılığı olarak alınması gerektiği de hiçbir zaman gözardı edilmemelidir. Çünkü, vergi bir karşılığa dayanmaksızın alınan, ödenmesi gereken bir kamu geliri, yani genel olarak yararlanan kamu hizmetlerinin; diğer kamu gelirleri ise, somut ve kişisel olarak yararlanan kamu hizmetlerinin karşılığı olarak tahsil edilmektedir/ödenmektedir. Bu itibarla, hiçbir kamu gelirinin kamu gideri karşılığı olmaksızın tahsil edilmesi/ödenmesi sözkonusu değildir. Başka bir deyişle, her çeşit kamu geliri, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılan kamu giderlerinin karşılığını oluşturmaktadır.

B. İlkenin Kapsamı

Vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi kapsamında anlaşılması gereken vergiler, *dar anlamda vergilerdir*¹⁵. Vergilerde belirli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanmanın karşılığında ödenen bedel niteliğinde ortaya çıkan *harç*¹⁶, *re-*

¹³ **Kaneti**, Anayasal Temeller, s. 31.

¹⁴ "... vergi ödevinde kişinin belirli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanma karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetleri giderlerine karşı anonim bir katılma payını üstüne alması söz konusudur." AnyMK. 26.3.1974 gün ve E.1973/32, K.1974/11, (RG. 21.6.1974 -14922; AnyMKD., S. 12, s. 111-144).

¹⁵ Devletin, egemenliğine dayanarak ülkesi üzerinde vergi alma konusunda sahip olduğu hukukî ve fiilî güç olarak tanımlanan vergilendirme yetkisi dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Dar anlamda vergilendirme yetkisi* Devletin kamu gelirleri arasında sadece vergi koyma yetkisini içermekte; *geniş anlamda vergilendirme yetkisi* ise, Devletin kamu giderlerini karşılamak üzere gerçek ve tüzel kişilere yönelik olarak tesis ettiği her çeşit malî yükümlülüğü kapsamaktadır. **Öncel-Kumrulu-Çağan**, s. 33.

¹⁶ Devletin gelir kaynaklarından birisi olan *harçlar*, kamu hizmetinden yararlananların hizmetin karşılığında ödedikleri bedel anlamına gelmektedir. Bir hizmet karşılığında alınan bedelin harç olarak nitelendirilmesi için bu hizmetin kamusal bir hizmet olması gerekir. Ticarî veya sınaî hizmetler karşılığında alınan bedellere *ücret* adı verilmektedir. Yine *Anayasanın* 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü karşısında harçlar da vergiler gibi kanunla düzenlenmektedir. Harçlar, "*masrafi karşılama*" ve "*şaydalanma*" ilkelerine dayanmaktadır. Vergilerde *anonimlik prensibinin* doğal bir sonucu olarak *karşılıksızlık*; harçlarda ise, belirli bir kamu hizmetinden yararlanmanın ortaya çıkardığı *karşılıklılık* söz konusudur. Vergilerde *cebrî* bir ödeme yükümlülüğü olmasına karşın harçlarda *ihtiyarilik* söz konusudur. Ancak bu *ihtiyarilik*, ilgili kamu hizmetinden yararlanmada harç ödenip ödenmemesinde ihtiyarilik değil, kamu hizmetinden yararlanmamak

*sim*¹⁷ ve *benzeri mali yükümlülüklerden* farklı olarak kişilerin kamu giderlerine ortak katılımı söz konusudur¹⁸. Vergi mükelleflerinin kamu giderlerine katılması anonim bir nitelik taşımakta olup bu katılma kişilerin almış olduğu herhangi bir hizmetin karşılığı olarak değil, kamu giderlerinin tamamı için yapılmaktadır. Buna göre, kişi belirli kamu hizmetlerinden faydalanmasa dahi tüm kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için yapılan giderlerin karşılanmasında pay sahibi olmaktadır. Nitekim *Anayasa Mahkemesi* de "...*vergi ödevinde kişinin belirli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanma karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetleri giderlerine karşı anonim bir katılma payını üstüne alması söz konusudur. Burada belirli bir kimsenin belirli kimi hizmetlerden hiç yararlanmadığı halde gene de tüm kamu giderlerinin karşılanmasında kendi payını katması durumu vardır.*" şeklinde bu hususa işaret etmektedir¹⁹.

Kamu giderlerinin vergi ile karşılanmasında iki yöntem uygulanmaktadır. Bunlardan birincisi, kamu giderinin *genel bütçeden karşılanması*; ikincisi ise, *belirli vergilerin belirli bir hizmete tahsisi* yöntemleridir. *Tahsis yönteminde*, belirli bir vergi ya da kamu geliri belirli bir kamu hizmetine harcanmak üzere aktarılmakta ya da ayrılmaktadır. Bu konuda otoyollardan geçiş için alınan ücretlerin yine ilgili otoyolun bakım ve onarımı için kullanılması örnek verilmektedir. *Tahsis yönteminin* vergilendirmede *yararlanma ilkesinin* uygulanmasına imkân sağladığı ve vergilendirme yetkisinin kötüye kullanımını engellediği belirtilmektedir²⁰.

Tahsis yönteminin daha çok *geniş anlamda vergi* ile ilişkili olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim kişilerin otoyolu kullanmak için geçiş ücreti ödemesi, ilgili hizmetten faydalanmanın karşılığında belirli bir bedel alınması anlamına gelen *geniş anlamda vergilendirmenin* konusuna girmektedir. Oysa, *vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi dar anlamda vergiler* için geçerlidir. Bu itibarla, 1982 *Anayasasının* 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrası hükmü karşısında belirli vergilerin

suretiyle bu hizmete bağlı olarak belirlenmiş olan harç ödemek zorunda kalmamak şeklinde anlaşılmalıdır. Buna göre harç kavramı, karşılıklı olması açısından fiyata; kamu hizmetinin karşılığında alınması ve kamusal bir nitelik arz etmesi yönüyle de vergiye benzemektedir. Bkz. ve karş. **Nadaroğlu**, s. 198-201; **Türk**, s. 103-104; **Akdoğan**, s. 108-110; **Karakoç**, Sosyal Maliye, s. 37-38; **Orhaner**, s. 132-133; **Mutluer-Öner-Kesik**, s. 182-183; **Pınar**, s. 1-15, 32-36.

¹⁷ *Resim*, kamu kuruluşlarının belirli bir iş ya da faaliyetin yapılmasına izin vermesi karşılığında kişilerden kamu gücüne dayalı olarak alınan bedel anlamına gelmektedir. Harçta bir kamu hizmetinden faydalanılması; resimde ise, belirli bir işin yapılmasına idare tarafından izin verilmesi karşılığında ödenen bir meblağ sözkonusudur. Günümüzde, eskiden resim olarak adlandırılan birtakım kamu gelirleri yerlerini vergi ya da harca bırakmıştır. Bkz. ve karş. **Nadaroğlu**, s. 201-202; **Akdoğan**, s. 110; **Karakoç**, Sosyal Maliye, s. 40-41; **Orhaner**, s. 133-134; **Mutluer-Öner-Kesik**, s. 183; **Pınar**, s. 36 - 37.

¹⁸ **Kaneti**, Vergi Hukuku, s. 34; **Karakoç**, Yargısal Denetim, s. 351 - 352; **Gündüz**, s. 108.

¹⁹ Any.M., 26.03.1974 gün ve E. 1973/32, K. 1974/11, (AnyMKD., S. 12, s. 111-144).

²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Dileyici**, s. 77 vd.

belirli kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılması pek de mümkün görünmemektedir. Örneğin, akaryakıttan alınan vergilerin sadece yolların yapımı ve bakımı için kullanılması, *vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi* ve bunun bir sonucu olan *vergi mükelleflerinin kamu giderlerine anonim olarak katılması prensibi* karşısında söz konusu olamaz. Kaldı ki 1982 Anayasası'nın 161'inci maddesinin 1'inci fıkrası "*Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzelkişilerinin harcamaları, yıllık bütçelerle yapılır.*" ibaresine yer vermek suretiyle kamu giderleri bağlamında devlet ve kamu tüzel kişilerinin harcamaları açısından *adem-i tahsis ilkesini* benimsemektedir.

*Vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesinin Avrupa devletleri arasında anayasal düzeyde Türkiye dışında sadece İspanya'da kabul edildiği bilinmektedir*²¹. Yine *Amerika Birleşik Devletleri Anayasası*'nda da bu ilkeye ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre, devletler bu ilkeye anayasalarında yer vermeyerek kamu giderlerinin vergi ile finansmanı hususunda *tahsis yöntemine* açık kapı bırakabilmektedir. Nitekim vergilendirmede *tahsis yönteminin* vergi adaletine daha uygun olduğu ve bu yöntemin kamu giderlerinin daha hızlı yapılmasına imkân sağladığı; bu yöntem ile yapılan giderlerinin devamlılığının sağlanmasının daha kolay olduğu ve bu yöntemin seçmen veya mükelleflerin kamusal mal ve hizmetler ile ilgili tercihlerinin belirlenebilmesine imkân tanıdığı ifade edilmektedir²². Ancak vergilendirmede *tahsis yönteminin*, devletin tüm gelir ve giderlerinin tek bir bütçede yer almasını imkânsız kıldığı için bütçenin toplam büyüklüğünü görmeyi engelleyebileceği ve bu hususa paralel olarak mali denetimin etkinliğini azaltacağı da belirtilmektedir. Yine *tahsis yönteminde* belirli mal ve hizmet alanlarında toplanan vergilerin yine ilgili mal ve hizmetlere tahsis edilmesi söz konusu olduğundan birtakım hizmetlere kaynak sağlamada zorluklar yaşanabileceğine işaret edilmektedir²³.

Kişilerin yararlandığı kamu hizmeti için belirli bir karşılık ödemesi ve bu karşılığın niteliğinin ne olduğu konusu tartışmalıdır. Nitekim günümüzde gerek idarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin gerekse kamu hizmetlerinden yararlananların sayısının bir hayli artması sonucunda kamu hizmetinin klâsik özelliklerinden birisi olan bedelsizliğin (meccaniliğin) anlamının değiştiği bilinmektedir²⁴. Hatta bedelsizliğin kamu hizmeti alanında genel bir ilke olmadığı; ancak Anayasa ve kanun koyucunun iradesi ile birtakım kamu hizmetlerinin bedelsiz olarak sunulabilmesinin mümkün

²¹ Şirin, s. 299. Nitekim İspanya Anayasasının 31'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca "*Herkes kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, eşitlik ve artan oranlı vergileme ilkeleri üzerine kurulmuş adil bir vergi sistemi dâhilinde vergi ödemekle yükümlüdür.*" Bu hüküm, 1982 Anayasasının 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrası ile oldukça benzerlik göstermektedir.

²² Dileyici, s. 77-78.

²³ Dileyici, s. 78.

²⁴ Günday, s. 336; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 499-500.

olduğu görüşü de dile getirilmektedir²⁵. Buna göre, ancak Anayasa ve kanunlarda karşılıksız olduğu belirtilen kamu hizmetlerinden bedelsiz olarak faydalanmak mümkündür. Örneğin, 1982 Anayasası'nın 42'nci maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan "İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır" hükmü karşısında temel bir kamu hizmeti olan eğitimin anayasal düzeyde kişilere sadece ilköğretim seviyesinde bedelsiz olarak sunulması gerekmektedir. Bu hüküm, Anayasa'da bir kamu hizmetinin bedelsiz olduğunu açıkça belirten tek hüküm olma özelliğine sahiptir.

Ayrıca, karayollarını kullanmak kural olarak bedelsiz iken başta otoyollar olmak üzere birtakım erişme kontrollü yollardan faydalanmak *ücret* adı altında alınan bedeller aracılığı ile gerçekleşmektedir. Nitekim 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 14'üncü maddesi ile Karayolları Genel Müdürlüğünün Sorumluluğu Altında Bulunan Otoyollar İle Erişme Kontrolünün Uygulandığı Karayollarında Geçiş Ücretinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 4'üncü maddesi uyarınca "Otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayollarının geçişi ücretli olacak kesimleri Genel Müdürün teklifi üzerine, Bakan tarafından belirlenir. Bu karayollarının geçiş ücretleri ile bu ücretlerin yeniden belirlenmesi; ücretlendirilen karayolunun mesafesi, trafik yoğunluğu, aracın cinsi, sosyal ve ekonomik faktörler dikkate alınarak hesaplanır ve Genel Müdürün teklifi üzerine Bakan onayı ile yürürlüğe girer".

Anayasa Mahkemesi, "Vergi ödevinde kişinin, belirli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanması karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetleri giderlerine karşı anonim bir katılma payını üstüne alması söz konusudur. Altyapı tesislerinden doğrudan doğruya yararlanma karşılığı alınan para bu nitelikte olmadığından vergi ve benzeri yükümlülük olarak kabul edilemez. Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden sayılamaz" şeklinde belirtmek suretiyle otoyollardan faydalanmak için idare tarafından alınan bedelin vergi veya vergi benzeri bir mali yükümlülük olmadığını ve *fiyat* olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁶.

Öte yandan, telekomünikasyon gibi sınaî ve ticarî kamu hizmetlerinin bedelsiz olmasının söz konusu olmadığı; idarî kamu hizmetleri açısından *ihtiyarî idarî kamu hizmetleri* için belirli bir karşılık alınabileceği; buna karşılık, kolluk hizmeti gibi *mec-*

²⁵ Gözler, s. 523-524.

²⁶ AnyM., 18.02.1985 gün ve E. 1984/9, K. 1985/4, (RG. 26.6.1985-18793; AnyMKD., S. 21, s. 35-85).

burî idarî hizmetlerin ise, bedelsiz olarak verilmesinin gerektiği belirtilmektedir²⁷. Bununla birlikte, gerek idarî gerekse iktisadî ve sınaî kamu hizmetlerinin görülmesinde bedeller genellik-objektiflik-tarafsızlık ve eşitlik ilkesinden ayrılmadan hizmetten yararlanan kişilerin malî durumları göz önünde bulundurularak belirlenmeli; iktisadî ve sınaî kamu hizmetlerinde gözetilen kâr amacı, kamu hizmetinin yerine getirilmesinin bir sonucu olarak görülerek kamu yararı amacının önüne geçmemelidir²⁸.

C. Kamu Hizmeti-Kamu Gideri İlişkisi

1. Genel Olarak

1982 Anayasası'nın 73'üncü maddesi hükmü gereği, vergilerin sadece *kamu giderlerini* karşılamak üzere talep ve tahsil edilmesi mümkündür. Bu itibarla, vergilerin talep ve tahsil edilmesini gerektiren kamu giderinin ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Çünkü, kamu giderinin ne anlama geldiği, 1982 Anayasası'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrası hükmünün kapsamını belirleyebilmek için büyük önem taşımaktadır.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından yapılan giderin *kamu gideri* olmasına kaynaklık eden *kamu hizmetinin* ne anlama geldiğinin öncelikle belirlenmesinde-belirtilmesinde yarar vardır. Bu nedenle, bir kamu giderinden söz edilebilmesinin, öncelikle hangi mal ve/ya da hizmetlere harcama yapılması halinde mümkün olduğunu açıklamak gerekir.

2. Kamu Hizmeti

a. Genel Olarak

Kamu gideri kavramının içeriğini ve niteliğini belirlemek için bu kavram ile iç içe olan *kamu hizmeti* kavramının içeriği ve niteliği hakkında bilgi vermekte yarar vardır. İktisadî, malî veya siyasî açıdan bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi zaman içinde farklılıklar gösterse de, kamu hizmetinin hukukî açıdan birtakım değişmez unsurları ve ayırt edici özellikleri bulunmaktadır.

Devletin niteliğindeki değişime bağlı olarak, kamu hizmetlerinin yapısı ve niteliği de değişmekte; kamu hizmetlerinin önemi artmaktadır. Tarihi gelişim sürecinde bu hizmetlerin kapsamı ve nitelikleri farklı olarak düşünülmekte ve uygulanmaktadır. Örneğin, daha önceleri kamu hizmetleri arasında düşünülen bazı hizmetler özel nitelikli hizmetler haline dönüşürken, özel nitelikli bazı hizmetler de kamu hizmeti sayılır olmaktadır. Kamu hizmetlerinin neler olacağı ve bunların hangi büyüklükte yerine getirileceği, sahip olunan ekonomik imkânlarla göre, siyasal iktidar tarafından

²⁷ **Gözler**, s. 524 – 525.

²⁸ **Günday**, s. 336 – 337.

belirlenmektedir. Bir işin kamu hizmetleri arasına alınması ya da kamu hizmeti olmaktan çıkarılması, temsil ettiği toplum adına siyasî iktidarın yetkisi dahilindedir. Kuşkusuz, bu keyfi bir uygulama olmayıp, anayasal ilke ve şartlar doğrultusunda gerçekleşmektedir. Kamu hizmetlerinin, kamu yararı ve verimlilik ilkelerine göre yürütülmesi, ülke ve toplum açısından en iyi ve yararlı olanının gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Hizmetlerin belirlenmesi kadar, bunların gerçekleştirilmesi için izlenebilecek alternatiflerin analiz ve değerlendirilmesi de önemlidir. Bu bağlamda, hizmetin en yüksek düzeyde gerçekleştirilebilmesi açısından, en uygun olanın seçimi; uygulanabilmesi için gerekli şartların sağlanması; denetimi ve finansal imkânların en iyi şekilde kullanımı şarttır²⁹.

Kamu hizmeti başlığı altında, kamu hizmetinin *Kamu Maliyesi* ve *İdare Hukuku* açısından ne anlam ifade ettiği açıklanmaktadır. Ayrıca, *Anayasa Mahkemesi* kararlarında en azından çalışma konusu olan ilke bağlamında, kamu hizmetinin nasıl anlaşılakta olduğuna da yer verilmektedir.

b. Kamu Maliyesi Anlamında Kamu Hizmeti

Kamu hizmetleri kamu maliyesi öğretisinde (*tam-pür*) kamu hizmetleri, yarı-kamu hizmetleri ve özel hizmetler olarak sınıflandırılmaktadır. Bunlardan (*tam-pür*) kamu hizmetleri, Devlet tarafından yerine getirilmedikleri takdirde başka türlü yerine gerçekleştirilemeyecek olan hizmetler olarak belirtilmektedir³⁰. Bu hizmetler toplumsal ihtiyaçları karşılamaya yönelik, toplum yararı için gerçekleştirilen hizmetlerdir³¹. Kamu hizmetlerinde hizmetten kimin ne kadar yararlandığını belirlemek mümkün olmadığı gibi bu hizmetlerden faydalanma karşılığında doğrudan bir bedel de alınmamaktadır. Nitekim, bu tür hizmetler vergilerle finanse edilmektedir. Ayrıca, kamu hizmetleri pazarlanamayan ve piyasa konusu olmayan hizmetlerden olup bunlardan faydalanıp faydalanmamanın kişilerinin isteğine bağlı olması ya da dışlanması söz konusu değildir³². Koruyucu sağlık hizmetleri, savunma hizmetleri, kolluk hizmetleri (*tam-pür*) kamu hizmetlerinin örnekleridir.

Yarı-kamu hizmetleri, Devlet tarafından yerine getirilmekle birlikte tam anlamıyla kolektif nitelikte olmayıp bu hususa paralel olarak hizmetin kişilere olan faydası bölünebilen ve karşılığında belirli bir bedel alınabilen hizmetlerdir³³. Bu hizmetlerde kamu yararı ve özel fayda birlikte sağlanmaktadır³⁴. Eğitim, yargılama, tedavi edici sağlık hizmetleri bu kapsamda değerlendirilmektedir.

²⁹ Akdoğan, s. 39-40.

³⁰ Akdoğan, s. 41.

³¹ Akdoğan, s. 42; Mutluer-Öner-Kesik, s. 95.

³² Akdoğan, s. 41 - 46; Mutluer-Öner-Kesik, s. 95 - 96.

³³ Akdoğan, s. 46; Mutluer-Öner-Kesik, s. 96.

³⁴ Mutluer-Öner-Kesik, s. 96

Nihayet *özel hizmetler*, faydası bölünebildiği ve fiyatlandırılabilirdiği için şahsî ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olan bu hizmetlerin yerine getirilmesi piyasa şartlarına ve üretici kararlarına bağlıdır³⁵. Bu hizmetlerin diğer bir özelliği ise, hizmetin tüketiminde rekabetin söz konusu olması ve hizmetin bedelini ödemekten imtina edenlerin hizmetten yararlanmaktan dışlanabilmesidir³⁶. Günümüzde ancak belirli bir bedel karşılığında sunulan elektrik, su, toplu taşıma gibi kamu hizmetleri özel hizmetler sınıfına girmektedir.

Tapu, noter işlemleri ya da yükseköğretim gibi birtakım kamu hizmetlerinin belirli bir bedel karşılığında yerine getirilmesinin sebebi, ilgili kamu hizmetlerinden sadece toplumun belirli bir kesiminin yararlanması gerçeği değil; aynı zamanda hizmetin tamamen vergilerle finanse edilmesi yerine hizmetten yararlananlardan belirli bir karşılık alınarak kamu giderlerinin hizmetten yararlanma derecesi ile orantılı olarak karşılanması ve bu suretle adaletin ve hakkaniyetin sağlanmasının mümkün olacağı yaklaşımıdır³⁷. Buna göre, yerine getirilmesinde kamunun menfaatinden çok şahsî menfaatlerin ön plânda olduğu birtakım kamu hizmetlerinin tamamen vergiler ile finanse edilmesi halinde, bu hizmetler ile ilgisi bulunmayan kişilerin gereksiz malî yükümlülüklerle katlanması ve vergi adaletinin sağlanamaması sonucu doğmaktadır³⁸. Nitekim *Anayasa Mahkemesi* de bazı kamu hizmetlerinden faydalanmanın karşılığında belirli bir bedel alınmasının gerekliliğine vurgu yapmaktadır. *Anayasa Mahkemesi* ne göre, "...Devletin yapmakla yükümlü bulunduğu bir kamu hizmeti için o hizmetten doğrudan doğruya yararlananlardan bir ücret isteyip isteyemeyeceği sorusunu da karşılamak gerekir. Ancak böyle bir soruyu genel, kapsamlı, değişmez bir cevaba bağlamak olanak dışıdır. Çünkü kimi kamu hizmetleri vardır ki onlar dolayısıyla bir para alınması düşünülemez bile. Sözgelimi karakola işi düşen bir kişiden kolluk hizmeti karşılığı bir para istenmesi hiç bir zaman söz konusu olamaz. Buna karşılık adalet hizmeti ele alınınca görülecek olan şudur: Hizmetin sırf var oluşu nedeniyle tüm yurttaşlar onun manevî varlığından yararlanmakta ve vergi yolu ile bu hizmetin giderlerine katılmaktadırlar. Ancak yargı hizmetleri belirli bir kimsenin doğrudan doğruya yararlanması söz konusu olduğunda o kişinin ayrıca mahkeme giderleri, harç gibi adlar altında özel bir karşılık ödemesi gerekmektedir. Yatılı öğrenim kurumlarında öteden beri ücret alma yöntemi geçerlidir. Varlıksız olanlar, bu hizmetten belirli yöntemlere uyarak parasız yararlanırlar. Kimi karayollarından, köprülerden geçiş ücretine bağlıdır. Demir, deniz, havayollarından ancak para ödenilerek yararlanılabilir. Hastaneler genellikle bu durumdadır. Kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir. Bu ihtiyaçların parasız giderilmesi düşünülemez bile. Bu yolda daha bir çok örnekler verilebilir"³⁹.

³⁵ Akdoğan, s. 48; Mutluer-Öner-Kesik, s. 97.

³⁶ Mutluer-Öner-Kesik, s. 97.

³⁷ Yasin-Yıldırım- Karan-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy, s. 503; Pınar, s. 17.

³⁸ Pınar, s. 17.

³⁹ AnyM., 26.03.1974 gün ve E. 1973/32, K. 1974/11, (RG. 21.6.1974-14922).

1982 Anayasası'nın 73'üncü maddesinde kamu gelirleri belirtilirken sadece vergilerden söz edilmemekte; kamu hizmetlerinin finansmanında vergi dışı mali yükümlülükler getirilmesi konusunda kanun koyucuya belirli bir yetki verilmektedir. Kaldı ki, her türlü kamu hizmetinin sadece vergi gelirleriyle finanse edilmesi halinde, bu hizmetlerin finansmanında tek bir kaynaktan yararlanmak zorunda kalınması yüzünden mükelleflerin taşımakta zorlanacakları yüklerle katlanma sonucunun doğması kaçınılmazdır⁴⁰. Buna göre, bölünebilen ve yararlanmanın ne kadar ve kimin lehine gerçekleştiği bilinebilen kamu hizmetlerinden yararlanan kişilerin bu hizmetler için yapılan giderlere katkıda bulunmalarının sağlanması gerekmektedir⁴¹. Nitekim, *Anayasa Mahkemesi* yukarıda belirtilen hususlara paralel olarak bir *yarı-kamu hizmeti* niteliğindeki *yükseköğretim hizmeti*nden faydalanma karşılığında üniversite öğrencilerinden *harç* adı altında belirli bir bedel alınmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. *Anayasa Mahkemesi*'ne göre; “*Öğrenimin sağlanması Devletin sosyal bir ödevidir. Anayasa'nın 53. maddesi, Devleti, böyle bir ödevi ancak iktisadî gelişme ve malî kaynaklarının yeterli ölçüsünde yerine getirmekle yükümlü tutmuş; daha ilerisini beklememiş ve istememiştir. Böyle olması da doğal ve olağandır. Çünkü iktisadî gelişme seviyesine ve malî kaynakların yeterliğine dayanan iktisadî ve sosyal ödevleri bu koşullar var olmadıkça, gerçekleştirilemezler. Ülkedeki nüfus patlayışı ve buna ayak uyduramayan iktisadî gelişme oran ve kapsamı bir yandan yükseköğrenim isteklileri sayısını artırırken öte yandan yüksek öğrenim kurumlarının ihtiyacı gereği gibi karşılayacak aşama ve niteliğe ulaştırılması olanağını vermemektedir. Bugün içinde bulunulan durum parasız yükseköğrenim yönteminin artık yürüyemeyeceğini ve ihtiyaçla ihtiyacı karşılama olanakları arasındaki uyumsuzluğun giderek daha da artacağını ortaya koymuştur. Onun için böyle bir durumda yükseköğrenimden doğrudan doğruya yararlananlardan para alınmasının Anayasa'ya aykırı olmamakla birlikte işin gereklerine de uygun düşüğü ortadadır*”⁴².

Anayasa Mahkemesi'nin üniversite öğrencilerinden alınan harçlar hakkındaki bir başka kararında da, “*Aynı bentteki (harç) a ilişkin hükme gelince; belirli hizmetlerin gerektirdiği belirli bir işlem karşılığı alınan harçlar, üniversite eğitiminde sınavlara giriş, vize veya diploma verilmesi gibi kazanılan hakların saptanması ve benzeri işlemleri sağlama gereğiyle öngörülmüş malî yükümlülüklerdir. Anayasanın 61. maddesinde Devletin gelir kaynakları arasında (harç) a da yer verilmiştir. (Harç)ın öğretilerdeki niteliği ise, bazı kamu hizmetlerinden doğrudan doğruya yararlanan kişilerin bir malî yükümlülüğe tabi tutulmalarıdır. Bu maddede sözü edilen (Harç) geliri de bu nitelikte olması nedeniyle Anayasanın 61. maddesine uygundur. Ve Anayasanın 120. veya diğer maddelerinde yazılı ilkelerle çatışır bir yönü de yoktur. Ayrıca harç tutarının Anayasanın 61. maddesine uygun biçimde belirlenmesi için yasal bir düzenleme getirilmesi doğaldır*”⁴³ denilmektedir.

⁴⁰ Karahanoğulları, s. 278.

⁴¹ Karakoç, Vergi Ödevi, s. 87.

⁴² Bkz. AnyM., 26.03.1974 gün ve E. 1973/32, K. 1974/11, (RG. 21.6.1974-14922).

⁴³ AnyM., 11-12-13-14-25.02.1975 gün ve E. 1973/38, K. 1975/23, (RG. 3.12.1975-15431).

Günümüzde birtakım temel idarî kamu hizmeti olarak görülen hizmetler dahi tamamen vergilerle finanse edilmemekte; bu hizmetlerden faydalananlardan belirli bir karşılık alınmaktadır. Tedavi edici sağlık hizmetleri buna bir örnektir. Sağlık hizmetleriyle ilgili esasları düzenleyen temel kanun niteliğindeki 3359 sayılı *Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu*'nun kamu kurumlarınca yürütülen sağlık hizmetlerinin fiyatının *Sağlık Bakanlığı*'nce belirleneceğine ilişkin 3'üncü maddesi hükmü⁴⁴ dikkat çekicidir. Sağlık hizmetlerinin bedelli olup olmaması, üzerinde en çok tartışmanın yapıldığı hususlardan birisidir. Nitekim sağlık hizmetlerinden belirli bir karşılık alınmasına ilişkin hüküm, *Anayasa Mahkemesi*nce şu gerekçelerle *Anayasa*'ya aykırı bulunmamıştır: "... Kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı sayılamaz. Sağlık kurumlarının işletme durumunda çalışması, bu nedenle ücret alınması da sosyal hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmaz değildir..."*Sağlık hizmetlerinin devletçe saptanan bir bedeli olması, bu hizmetlerin Anayasa'nın öngördüğü düzeyde yerine getirilmesini sağlamak içindir. Anayasa'nın 65. maddesinin gerçekleştirme koşulu olarak getirdiği "malî kaynakların yeterliliği ölçüsü" devleti kimi düzenlemeler getirmek zorunda bırakmaktadır. Koruyucu ve iyileştirici tüm sağlık hizmetlerinin maliyeti, ekonomik koşullar yüzünden giderek yükselmektedir. Devletin malî kaynaklarının yeterliliği, ekonomik-akçalı gücü, sağlık hizmetlerinin parasız sunulmasına elvermediği gibi, Anayasa böyle bir zorunluluk da öngörmemiştir. Bu nedenle, fiyat tespitinin Anayasa'nın 56. maddesine aykırı yönü bulunmamaktadır*⁴⁵.

Ayrıca *Anayasa Mahkemesi*, başka bir kararında 209 sayılı *Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları İle Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun*'un 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki Sağlık Bakanlığı'nce sağlık hizmetlerinin 3359 sayılı *Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu* uyarınca belirlenen tarife üzerinden fiyatlandırmasını düzenleyen hükmü benzer gerekçelerle *Anayasa*'ya aykırı bulmamıştır⁴⁶.

⁴⁴ "Bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esastır. Sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesi bu esas içerisinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca düzenlenir. Bu düzenleme ilgili Bakanlığın görüşü alınarak yapılır. Gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifeleri Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca onaylanır. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatları Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tespit ve ilan edilir"(3359 sayılı Kanun m. 3).

⁴⁵ AnyM., 19.04.1988 gün ve E. 1987/16; K. 1988/8, (R.G. 23.08.1988–19908).

⁴⁶ *Anayasa Mahkemesi*nce göre, "Anayasanın 56 ncı maddesinde Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir. Anayasanın 65 inci maddesinde, Devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği belirtilmiş olduğundan sağlık hizmetlerinin de devletçe saptanan bir bedelli olması tabiidir. Ancak yine Anayasanın 65 inci maddesine göre bu bedelin tespitinde, devlete verilen görevlerin amaçlarına uygun önceliklerinin de gözetilmesi gerekir. Sosyal Devlet ilkesi gereğince sağlık hizmetlerinden herkesin faydalanmasının gerçekleştirilebilmesi ve sürdürülebilmesi, sunulan hizmete bazı durumlarda katkı yapılmasını zorunlu kılabilir. Bu nedenle sağlık hizmetlerinden herkesin

Anayasa Mahkemesi bazı kamu hizmetlerinin karşılığında bu hizmetten yararlananlardan belirli bir bedel alınmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bir *yarı-kamu hizmeti* olan tedavi edici sağlık hizmeti örneğinde olduğu gibi, hizmetin kişilere olan faydasının bölünebilmesi belirleyici bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine *Anayasa Mahkemesi* kamu hizmetlerinin vergi dışındaki kamu geliri ile finanse edilmesinin anayasal dayanağını belirtirken Anayasa'nın 73'üncü maddesinin yanında "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" hükmünün yer aldığı 65'inci maddesinin de altını çizmektedir⁴⁷. Her ne kadar hükmün öncelikli olarak Devletin ekonomik ve sosyal hakları yerine getirmedeki sınırlarını vurgulama işlevinin olduğu belirtilse de aynı zamanda kamu gelirleri ve buna bağlı olarak *Anayasa*'nın 73'üncü maddesi ile yakın ilişki içerisinde olduğu da kabul edilmektedir. Nitekim, Devlet kamu hizmetlerini yerine getirmek için malî kaynağa ihtiyaç duymakta ve bu sebeple başta vergiler olmak üzere birtakım malî yükümlülükler getirmektedir. Başka bir deyişle, Devletin vergi almasının aslı sebebi kamu hizmetlerini vergiler olmadan tam anlamıyla yerine getiremeyecek olmasıdır. Bu husus özellikle sağlık, eğitim, konut, sosyal güvenlik gibi yerine getirilmesi aynı zamanda sosyal bir hakkın gerçekleştirilmesi anlamına gelen kamu hizmetlerinde daha belirgindir. Yine Devletin bazı kamu hizmetlerini toplumun beklediği seviyede veya kalitede yerine getirememesinin gerekçesi de öncelikle malî kaynakların yetersizliği olmaktadır.

yaygın ve eksiksiz olarak faydalanma amacını gerçekleştirmek için sunulan hizmete katkı sağlanmasını öngören kuralın, sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülemez." AnyM., 03.04.2007 gün ve E. 2005/52, K. 2007/35, (RG.18.03.2008-26820).

⁴⁷ Hüküm aslen 2001 yılında değişikliğe uğramış olup ilk halinde "bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek" ifadesi yerine "ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek" ibaresi bulunmaktaydı. Yine 1961 *Anayasası* da 53'üncü maddesinde "Devlet bu bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadi gelişme ve mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" şeklinde benzer bir hüküm içermekteydi. 1982 *Anayasası*'ndaki hükmün ilk halindeki "ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek" ibaresinin 1961 *Anayasası*'ndaki "iktisadi gelişme" ibaresine göre Devlete çok geniş bir takdir yetkisi tanıdığı ve düzenlemenin 1961 *Anayasası*'nın gerisinde kaldığı belirtilebilir. Gerçekten de ekonomik istikrarın yakalanması iktisadi gelişmeden çok daha zor gerçekleşen bir durum olarak ortaya çıkmakta olup zaten bir ülkenin ekonomik istikrarının sağlanması için öncelikle iktisadi olarak gelişmesi gerektiği; yani bunlardan birisinin diğerinin önşartı olduğu kabul edilmektedir. Bu itibarla, maddenin 2001 yılında değişerek günümüzdeki halini almasının Devletin bu husustaki takdir yetkisinin önceki düzenlemeye oranla sınırlandırılmasının olumlu olduğunu söylemek mümkündür. Yine "ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek" ifadesinin yerine "bu görevin amaçlarına yönelik öncelikleri gözetilerek" ibaresinin yerleştirilmesi de oldukça olumlu bir gelişmedir. Nitekim yeni ibare, açıkça Devletin sosyal ve ekonomik hakları yerine getirmesinin gerekliliğinin altını çizmekte; ancak bunun da birtakım önceliklere bağlanabileceğini belirtmektedir. Bu öncelikler ise, sosyal devletin gerektirdiği önceliklerdir. Örneğin, Devlet bir sağlık tesisinde yataklı tedavi hizmeti için yeterli kapasitede yatak olmamasına karşın, bütçesini öncelikle yatak kapasitenin artırılması yerine katarakt ve diş hastalıklarının lazer ile tedavisini mümkün kılan teknolojiye harcar ise, bu devletin sosyal devletin gerektirdiği öncelikleri gözetmediğini söyleyebilmek mümkün değildir. Bkz. ve karşı. **Algan**, s. 281-282; **Bulut**, s. 98-10; **Giritli**, s. 102.

Devletin malî kaynaklarını arttırmak için yeni vergi ihdas etmesi veya mevcut vergilerde oran artışına gitmesi; vergiye ek olarak herhangi bir kamu hizmetinden faydalanmada harç, resim gibi bir malî yükümlülük getirmesi mümkündür. Bu tamamen siyasî bir tercih meselesidir. *Anayasa*'nın 65'inci maddesinin Devletin *Anayasa*'da belirtilen ekonomik ve sosyal nitelikli görevlerin yerine getirilebilmesini malî kaynakların yeterliliği kriterine bağlamış olması, bu hükmü Devletin malî yükümlülük tesis etmesi, etmemesi, kaldırması ya da değiştirmesindeki takdir yetkisinin anayasal dayanaklarından birisi haline getirmektedir. Bu yönüyle de *Anayasa*'nın 65'inci maddesinin 73'üncü maddesini tamamlayan bir niteliğe sahip olduğunu söylemek mümkündür. Başka bir deyişle, özellikle sosyal yönü ağır basan kamu hizmetlerini daha yaygın ve nitelikli-kaliteli olarak yerine getirmek amacıyla kaynakları arttırmak uğruna yeni vergiler konulması veya mevcut vergilerin oranlarının arttırılması, kişilerin mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturabilir. Devletin bir sosyal ve ekonomik hakkın yerine getirilmesi ile mülkiyet hakkına müdahale etmesi arasında kurulan hassas denge, siyasî iktidarın ekonomik ve sosyal politikalarına bağlı olarak gelişmekte ve değişmektedir.

c. İdare Hukuku Anlamında Kamu Hizmeti

İdare hukukunun temel kavramlarından birisi olan *kamu hizmeti* idarî faaliyetlerin konusunu oluşturmaktadır. Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun temel kavramlarından birisidir ve pek çok idare hukuku kavramı ile faaliyetleri açısından belirleyici bir işleve sahiptir⁴⁸. Kamu hizmeti kavramının bu önemine ve temel bir kavram olarak kabul edilmesine rağmen, içeriğinin belirsizliği, kapsamı konusunda farklı yaklaşımların bulunması yüzünden üzerinde uzlaşılan bir tanımının yapılması zorlaşmaktadır⁴⁹. Nitekim, kamu hizmetinin, başta *1982 Anayasası* olmak üzere mevzuat ve teori ile uygulamada üzerinde uzlaşılan tek bir tanımı bulunmamaktadır.

Öğretide, niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet olmadığı; bu nitelemenin hizmeti belirleyen ve kuranların iradesine bağlı olduğu; bu nedenle herhangi bir sosyal faaliyetin her zaman kamu hizmetine dönüştürülmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Kamu hizmeti nitelendirmesinin aslında siyasetçilerin belirlediği bir kavram olduğu ve bu nedenle "*politik enstrüman*" olarak adlandırıldığı; yani, kamu hizmeti kavramının bu hizmeti sunanlara bağlı olarak farklılık gösterdiği ifade edilmektedir⁵⁰.

Anayasa'da, kamu hizmeti kavramının yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını da içerecek şekilde devlet örgütü için kullanıldığı ileri sürülmekte ve idare hukukun-

⁴⁸ **Ulusoy**, s. 11.

⁴⁹ **Gülan**, s. 147.

⁵⁰ **Tan**, s. 235.

da bu kavramın ortaya çıkışı ise, adli ve idar yargının görev alanının belirlenmesi ihtiyacına dayandırılmaktadır⁵¹. Bu anlamda “*kamu hizmetleri devletin işlevlerine denk düşmektedir*”⁵².

Günday, kamu hizmeti kavramını, siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen⁵³; *Gülan*, kamu hizmetini toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen⁵⁴; *Akyılmaz-Sezginer-Kaya*, yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun denetim ve gözetimi altında öze kişilerce, kamu yararı amacıyla, kamusal bir ihtiyacı tatmin için yapılan⁵⁵; *Yasin-Yıldırım-Karan-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy* ise, kamu tüzel kişileri veya kamu tüzel kişilerinin gözetim ve denetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilen ve giderilmesinde kamu yararı bulunduğu siyasî organlar tarafından kabul edilen, toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik⁵⁶ faaliyetler şeklinde tanımlamaktadır.

Kamu hizmeti için farklı tanımlar yapılmakta ise de, hemen tüm tanımlarda, faaliyetin kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi (organik unsur) ve giderilmesinde kamu yararı bulunan toplumun genel ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olması (maddî unsur) birlikte kullanılmaktadır⁵⁷. *Kamu hizmetini*, öğretide yapılan tanımlardan hareketle, *siyasî organlar tarafından kamu yararı amacıyla ve toplumsal açıdan önem taşıyan genel ve ortak ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olarak belirlenen ve bir kamu tüzel kişisi veya kamu tüzel kişisinin denetim veya gözetimi altında özel hukuk tüzel kişileri tarafından yerine getirilen faaliyetler* olarak tanımlanmak mümkündür⁵⁸.

Kamu hizmeti tanımlanır ve uygulanırken bazı ölçütlerden yararlanılmaktadır. Bu ölçütleri üç grupta ele almak mümkündür. Birincisi, *organik ölçüttür*. Kimin tarafından yerine getirildiği esas alınarak bir hizmetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinde başvurulmuş ölçüte *organik ölçüt* denilmektedir. İkincisi, *maddî ölçüttür*. Hiz-

⁵¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Uler**, s. 252 vd.; **Gülan**, s. 147 vd.

⁵² Geniş bilgi için bkz. Onur **Karahanoğulları**, *Kamu Hizmeti – Kavram ve Hukuksal Rejim*, (Turhan Kitabevi), Ankara 2002.

⁵³ **Günday**, s. 332.

⁵⁴ **Gülan**, s. 148.

⁵⁵ **Akyılmaz-Sezginer-Kaya**, s. 496.

⁵⁶ **Yasin-Yıldırım- Karan-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy**, s. 478.

⁵⁷ Bkz. **Günday**, s. 332; **Gülan**, s. 148; **Ulusoy**, s. 13; **Gözler**, s. 509; **Yasin-Yıldırım- Karan-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy**, s. 478.

⁵⁸ Tanım örnekleri için bkz. **Günday**, s. 332; **Gülan**, s. 148; **Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk**, s. 1194; **Gözler**, s. 508-509; **Yasin-Yıldırım- Karan-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy**, s. 478; **Sancakdar**, s. 547.

metin kimin tarafından yerine getirildiği değil, yerine getirilen hizmetin niteliğinin esas alınarak bir hizmetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesinde başvurulan ölçüte *maddî ölçüt* denilmektedir. Üçüncüsü ise, *şeklî ölçüt*tür. Bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için hangi usûllere göre yerine getirildiğine bakılması gerektiğine ilişkin ölçüte de *şeklî ölçüt* denilmektedir.

Günümüzde, kamu hizmetinin maddî niteliğinin de en az kimin tarafından yerine getirildiği kadar önemli olduğuna işaret edilmektedir. Çünkü, kamu hizmeti, organik açıdan tanımlanabildiği gibi niteliğine ve içeriğine vurgu yapmak suretiyle maddî açıdan da değerlendirilmektedir⁵⁹.

Organik açıdan-anlamda kamu hizmeti, bir kamu tüzel kişisi tarafından belli bir hizmetin yürütülmesine tahsis edilen kamu emlâkinin, görevlendirilen kamu personelinin ve ayrılan mali kaynakların bütündür⁶⁰. *Organik açıdan-anlamda kamu hizmeti*, bir kamu tüzel kişisi veya kamu tüzel kişisinin denetimi veya gözetimi altında özel hukuk (tüzel) kişileri tarafından yerine getirilen faaliyetler anlamına gelmektedir⁶¹. *Organik ölçüt* uyarınca bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilmesi gerekmektedir. Bu durum ise, iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan *birincisi*, kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen bir faaliyetin doğrudan yine o kamu tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesi; *ikincisi* ise, faaliyetin bir kamu tüzel kişisinden aldığı yetkiyle ve onun gözetimi ve denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yerine getirilmesidir⁶².

Maddî açıdan-anlamda kamu hizmeti, bu faaliyeti yürüten yapının-birimin niteliklerinden tamamen bağımsız olarak, yalnızca faaliyetin niteliğine bakılarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı bulunan toplumsal bir ihtiyacı karşılayan faaliyettir. *Maddî ölçüt* uyarınca özel kişiler tarafından yürütülen bir faaliyet kamu yararı amacına yönelik olduğu takdirde bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilerek kamu hizmeti haline getirilebilir. Yine bu ölçütten çıkan diğer bir sonuç da, bir kamu tüzel kişisinin yürüttüğü faaliyetin kamu yararına yönelik olmadığı sürece her zaman kamu hizmeti olarak nitelendirilemeyeceğidir⁶³.

Modern çağın gereklerine ve değişen ekonomik şartlara bağlı olarak kamu hizmetinin değişim geçirerek özelleştirilmesi organik ölçütün ikinci plânda kalmasına yol açmaktadır⁶⁴. Nitekim günümüzde kamu hizmetlerinin imtiyaz usûlü ile özel kişiler, merkezî idare, mahallî idareler ve kamu kurumlarının yanında kamu kuruluş-

⁵⁹ **Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk**, s. 1192 vd.; **Tan**, s. 236.

⁶⁰ **Akyılmaz-Sezginer-Kaya**, s. 496.

⁶¹ Bkz. **Günday**, s. 330; **Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk**, s. 1193; **Gözler**, s. 510; **Yasin-Yıldırım-Karan-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy**, s. 479–480.

⁶² Bkz. **Gözler**, s. 510.

⁶³ Bkz. **Gözler**, s. 511.

⁶⁴ **Gülan**, s. 148;

ları ve hatta özel kuruluşlar aracılığı ile gördürülebileceği kabul edilmektedir⁶⁵. Bununla birlikte bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için idare ile sıkı bir bağının bulunmasının gerekliliği karşısında kamu hizmetini açıklarken organik ölçütü tamamen göz ardı etmek mümkün değildir⁶⁶. Nitekim, maddî ölçüt de başlı başına kamu hizmeti kavramını açıklayamamaktadır. Gerçekten de her ne kadar toplumsal bir ihtiyacı karşılama ve kamu yararını gerçekleştirse dahi yetkili siyasî organlar tarafından kamu hizmeti olarak kabul edilmeyen bir faaliyeti kamu hizmeti olarak değerlendirmek mümkün değildir. İnsan faaliyetleri niteliklerinden ziyade belirli dönemlerde toplumda egemen olan sosyal, siyasal ve ekonomik şartlara göre kamusal ya da özel faaliyetler olarak tasnif edilmektedir⁶⁷. Sonuç olarak, kamu hizmetini tanımlarken bu iki ölçüt başlı başına kavramı açıklamaya yetmemektedir. Bu itibarla, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için maddî ve organik ölçütün birlikte gerçekleşmesinin gerektiğini belirtmekte yarar vardır⁶⁸. Nitekim, bir faaliyetin kamu hizmeti olabilmesi için, bu faaliyetin kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel hukuk (tüzel) kişisi tarafından yerine getirilmesi ve bu faaliyetin kamu yararına yönelik olması gerekir⁶⁹.

Son olarak, *şeklî açıdan kamu hizmeti* de tanımlanmış olup bunun belli bir usûlü, belli bir hukukî rejimi ifade ettiği belirtilmektedir. Bu ölçüte göre, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu hizmetleri hukukî rejimine, yani kamu yönetimi usûllerine tâbi olması gerekir⁷⁰.

Özel kişiler tarafından yerine getirilen, “*kamu hizmeti olmaya yatkın hizmetler*” veya “*kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan faaliyetler*” *virtüel kamu hizmeti* olarak adlandırılmaktadır⁷¹. *Virtüel kamu hizmetinin*, kamu hizmetinin bir yerine getiriliş şekli olarak değil, Anayasanın 47’nci maddesindeki, “*kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler*” şeklinde ve doğrultusunda anlaşılması gerektiği belirtilmektedir⁷². Özel teşebbüsün, halkın günlük, kolektif ihtiyaçlarını karşılamak üzere gös-

⁶⁵ **Günday**, s. 331. *Anayasa Mahkemesine göre, “Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim Anayasa’nın 47. maddesinde, “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir” denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.*” AnyM., 22.12.1994 gün ve E. 1994/70, K. 1994/65 – 2, (RG. 28.1.1995-22185).

⁶⁶ **Gülan**, s. 148.

⁶⁷ **Günday**, s. 331 – 332.

⁶⁸ Bkz. ve karşı. **Gözler**, s. 509; **Akyılmaz-Sezginer-Kaya**, s. 497; **Yasin-Yıldırım-Karan-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy**, s. 481.

⁶⁹ **Gözler**, s. 509. Geniş bilgi için bkz. **Gözler**, s. 510 vd.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Günday**, s. 342 vd.; **Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk**, s. 1202-1203;

⁷¹ Bkz. **Özay**, s. 228; **Tan**, s. 236-237; **Gülan**, s. 156-159; **Yaşar**, s. 446.

⁷² **Gülan**, s. 159.

terdiği bazı faaliyetler vardır ki, bunların bir yandan idare ile diğer yandan da yollar, rıhtımlar, akarsular gibi kamu emlakı ile özel bir ilişkisi bulunması dolayısıyla, uygulamada kamu hizmetine dönüşebilecekleri kabul edilmektedir. Ulaşım, haberleşme, eğitim gibi genel, ortak ve sürekli ve aynı zamanda zarurî ihtiyaçları tatmin eden özel faaliyetlere öğretide *fonksiyonel kamu hizmeti* ya da *virtüel kamu hizmeti* adı verilmektedir⁷³. Özel eğitim kurumları⁷⁴, özel hastane uygulaması, vakıf üniversiteleri, şehir içi toplu taşıma örneklerinden⁷⁵ hareketle Türk İdare Hukukunda özel kişilerce bazı kamu hizmetlerinin yürütülmekte olduğu bilinmektedir. O halde, *virtüel kamu hizmetinin fonksiyonel kamu hizmeti* olarak anılması mümkündür⁷⁶.

C. Kamu Gideri

1. Genel Olarak

Kamu ihtiyacının, ekonomik bir kavram; *kamu hizmetinin* ise, idare hukukunun kapsamına giren hukukî bir kavram olduğu bilinmektedir. Özel ve/ya da kamu ihtiyaçları soyut bir niteliğe sahiptir. *Hizmet* ise, maliyeti belirlenip para ile ifade edilebildiği için somut niteliktedir. Kamu ihtiyacı ancak siyasî veya idarî bir organ tarafından belirlendikten sonra kamu hizmetine dönüşmektedir. Kamu ihtiyacının belirlenmesinin sonucu, hukuken *Bütçe Kanunu*'nda gösterilmektedir. Bu yönüyle Bütçe, kamu maliyesi alanında alınmış olan kararları yansıtan bir belgedir. Ancak, Bütçede sadece kamu hizmetlerinin paraya ilişkin ifadesi olan giderler değil, bunları karşılayacak gelirlerin hangi kaynaklardan sağlanacağı da gösterilmektedir. Devlet, kamu ihtiyacının kamu hizmetine dönüşmesini takiben, bizzat belirlediği bu hizmetleri bu kez de gerçekleştirmek ve geliştirmek ödevini üstlenmektedir. Kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesi, başta Devlet olmak üzere, kamu tüzel kişilerinin bazı faaliyetlerde bulunmasını gerektirmektedir. Bu faaliyetler iktisadî ve malîdir. İktisadîdir; çünkü, bir hizmet üretimini (bazen mal da olabilir) gerektirir. Malîdir; çünkü, üretimi

⁷³ Özyay, s. 228; Sancakdar, s. 552. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Gülan, s. 156 vd.

⁷⁴ Türk Hukukunda *virtüel kamu hizmeti* olarak adı konulmamakla birlikte, Danıştay, bu kavramı açıklayan bir gerekçeye dayanarak karar vermiştir. “Kamu görevi karakterinde olan ... hizmet”ten söz edilen bu kararın gerekçesinde; “Dava ... Özel Yenişehir Koleji Müdürlüğü'nün ... öğrencilerden alınacak öğretim ücretlerinin artırılması yolunda vaki talebinin reddi üzerine açılmıştır. Bahse konu hizmet tipik bir kamu hizmetidir. Bu hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi bu vasfını değiştirmez. Nitekim Anayasanın ... özel okulların bağlı bulunduğu esasların devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenleneceğini hükme bağlayan ... maddesi de bu hususu teyit etmektedir. Keza ... Özel Öğretim Kurumları Kanunu da Anayasamızın sözü edilen maddesi ile öngörülen ... kurumların tabi olacağı esasları tayin ve tesbit etmek amacıyla ısdar olunmuştur” denilmektedir. (Dş. 12. D. 23.10.1967 gün ve E.1967/518, K.1967/1679, (Danıştay Kararları Dergisi, S. 119-122, s. 394-397).

⁷⁵ Dş.DDK. 30.6.1967 gün ve E.1967/134, K.1967/708, (Danıştay Kararları Dergisi, S. 115-118, s. 155-162).

⁷⁶ Özyay, s. 228.

gerçekleştirmek için vergi, harcama ve benzeri araçlardan yararlanmak zorunluluğu vardır. Bu itibarla, *kamu hizmetleri*, kamu ihtiyaçlarını gidermek görevini üstlenen kamu maliyesi kesimindeki faaliyetlerin ürünü olup, kamu gideri ise, bu faaliyetlerin malî plândaki para ile ifade edilen görüntüsü olarak tanımlanmaktadır. *Kamu gideri*, kanunlarla izin verilen harcamalardır⁷⁷.

Kamu gideri ile ilgili tanımlamalarda, bu kavramın kamu ihtiyacı ve bunun devlet tarafından karşılanması olarak ortaya çıkan kamu hizmeti kavramları ile bağlantılı olduğu görülmektedir. Bu itibarla, bir ihtiyacın ne zaman kamu; ne zaman özel nitelikte bir ihtiyaç olduğunun belirlenmesi gerekmektedir⁷⁸. Kamu ihtiyaçları, esas olarak kolektif bir nitelik arz etmektedir. Ancak, kolektiflikten ne anlamak gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bir toplumu oluşturan bütün kişilerin ihtiyaçlarının aynı olması ve aynı şartlar altında aynı görüşte birleşmeleri mümkün değildir. Bu itibarla, kolektif olmak için, bir ihtiyacın toplumun tamamına şamil olmamasına rağmen, herhangi bir sosyal grubun arzularına tekabül etmesi yeterlidir⁷⁹.

Kamu ihtiyaçları, kamu giderlerini zorunlu kılmaktadır. Başka bir deyişle, *kamu ihtiyacı* ile *kamu gideri* arasında sebep-sonuç ilişkisi mevcuttur. Bu ihtiyaçların karşılanması kamu giderleri ile gerçekleşmektedir⁸⁰. Kamu ihtiyaçları, kolektif nitelikte olmakla beraber bunlar sosyal gruplar tarafından ifade edilmekte ve toplu tüketim yoluyla giderilmektedir. Başka bir deyişle, kamu hizmetlerinin kişisel bir nitelik taşıması ve kişiye özel olarak sağlanan bir hizmetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. *Kamu ihtiyaçları*, sosyal (kolektif) bir faydayı yansıtmaktadır. Fayda, asıl olarak sübjektif değer yargılarına bağlı ekonomik bir kavramdır. Ancak, toplumu oluşturan kişilerin her birinin aynı hizmetten duyduğu tatmin birbirinden farklı olmaktadır. Bu itibarla, *sosyal fayda* tamamen ekonomik bir kavram değildir. Çünkü, siyasî yol ve yöntemle kamu ihtiyaçlarını belirleyen Devlet olmakta ve Devlet bu ihtiyaçları belirlerken fayda faktörünün yanında siyasî, sosyal ve ahlâkî düşünceleri de göz önünde bulundurmaktadır. Nitekim, kamu ihtiyaçlarının belirlenmesi, kural olarak, bir siyasî tercihi yansıtmaktadır. Çeşitli faktörleri gözönünde bulundurarak bunları belirleyen Devlet olduğundan, kamu ihtiyaçlarının mahiyeti, ülkelerin siyasî rejimlerine göre değişiklikler göstermekte ve hatta aynı ülke içinde dahi, zamanla kamu ihtiyacı kavramının değiştiği görülmektedir⁸¹.

*Kamu gideri*⁸², en basit haliyle herhangi bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi

⁷⁷ Nadaroğlu, s. 131.

⁷⁸ Nadaroğlu, s. 127.

⁷⁹ Nadaroğlu, s. 128.

⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nadaroğlu, s. 129 vd.; Uluatam, s. 233 vd.; Akdoğan, s. 62 vd.

⁸¹ Nadaroğlu, s. 130.

⁸² Öğretide *kamu gideri* kavramının yerine *amme masrafları*, *devlet masrafları*, *kamu harcamaları*,

için yapılan gider veya harcama olarak tanımlanmaktadır⁸³. Başka bir tanıma göre, kamu giderleri toplumun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapılan harcamalardır⁸⁴. Genel tanımı bu şekilde yapılan *kamu giderleri* dar anlamda ve geniş anlamda kamu giderleri olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Buna göre, *dar anlamda kamu gideri*, kamu hizmetlerinin bedeli olarak Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin (belediye, il özel idaresi ve köyler gibi) yaptıkları harcamalardır. Başka bir deyişle, kamu idarelerinin bütçelerinden kamu hizmetlerinin doğrudan doğruya maliyetine giren bütün unsurlar dar anlamda kamu gideridir. *Geniş anlamda kamu gideri* ise, sadece Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri (belediye, il özel idaresi ve köyler) bütçe ödemeleri değil, iktisadî devlet teşekküllerinin harcamaları, sosyal güvenlik ödemeleri, vergi muafık ve istisnaları ve özel kişilerin kamu kurumlarına yaptıkları yardımları da içeren bir terimdir⁸⁵.

Kamu giderleri, Devletin üstlendiği kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için yapılan harcamalardır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerden oluşan *kamu gelirleri*, *kamu giderlerinin* karşılığı olarak tahsil edilmektedir. Ancak, kamu tarafından yapılan tüm harcamaların kamu gideri olmadığı bilinmektedir. Bu itibarla, *kamunun gideri* ile teknik anlamda *kamu giderini* birbirinden ayırmak gerekir. *Kamunun giderleri*, kamunun kamu hizmetleri için yaptığı harcamaların dışında kalan harcamalarıdır⁸⁶. Kamu gelirlerinin bu tür harcamalar karşılığı olarak tahsil edilmesi mümkün değildir. Ancak, pratikte *kamu giderleri* ile *kamunun giderlerini* birbirinden ayırtmak ve kamu gelirlerini sadece teknik anlamda kamu giderlerine tahsis etmek kolay değildir. Bu yüzden, vergi gelirleri başta olmak üzere, tüm kamu gelirleri, kamunun -kamu hizmetleri karşılığı olsun ya da olmasın- tüm harcamalarının karşılığı olmak üzere tahsil edilmekte ve harcanmaktadır.

Kamu giderlerini, başta Devlet olmak üzere kamu tüzel kişilerinin yaptıkları harcamalar oluşturmaktadır⁸⁷. Klâsik maliyeciler kamu giderlerini, kamu makamlarının toplumsal ihtiyaçları karşılamak için belirli usûllere bağlı kalarak yaptıkları harcamalar olarak tanımlamaktadır⁸⁸. Bu tanım aynı zamanda *dar anlamda kamu giderlerini* açıklamaktadır. *Dar anlamda kamu giderlerinde* harcamayı kimin yaptığı hususu önemlidir. Buna göre, kamu hizmetlerinin bedeli Devlet ya da diğer kamu

devlet harcamaları gibi terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bu terimler eş anlamlı olup bunların kullanılmasıyla anlatılmak istenen kavram aynıdır. **Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş**, s. 42.

⁸³ **Erginay**, Mali Hükümler, s. 60; **Üstün**, s. 260; **Gündüz**, s. 108; **Erkin**, s. 245.

⁸⁴ **Akdoğan**, s. 62; **Orhaner**, s. 103.

⁸⁵ **Erginay**, Kamu Maliyesi, s. 131.

⁸⁶ Örneğin, Baş(ba)kanlık Konutunun yanına bir helikopter pisti yapılması için yapılan harcama *kamu gideri*; buna karşılık Baş(ba)kanın yazlığının yanına helikopter pisti yapılması için yapılan harcama ise, *kamunun gideridir*.

⁸⁷ Bkz. ve karşı. **Gündüz**, s. 108; **Mutluer-Öner-Kesik**, s. 107.

⁸⁸ **Türk**, s. 28.

tüzel kişileri tarafından karşılanırsa, buna *kamu gideri* denilmekte; gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından yapılan harcamalar ise, niteliği ne olursa olsun *özel harcama* olarak görülmektedir. *Dar anlamda kamu giderleri* için yapılan bu tanıma aynı zamanda *kamu giderlerinin hukukî tanımı* adı da verilmektedir⁸⁹.

Modern maliyeciler ise, kamu giderlerini kamu makamlarının kamu ihtiyaçlarını karşılamak ve/ya da ekonomik ve sosyal hayata müdahalede bulunmak amacıyla belirli usûller dâhilinde yaptıkları harcamalar olarak tanımlamaktadır⁹⁰. Bu tanım aynı zamanda *geniş anlamda kamu giderlerini* belirtmektedir. *Geniş anlamda kamu giderlerinde* harcamaları yapan birimin hukukî kişiliği yerine Devletin sosyal ve ekonomik hayatta yaptığı faaliyetlerdeki rolü ve Devleti karakterize eden kamu yetkisi ön plândadır. Buna göre, *geniş anlamda kamu giderleri*, başta Devlet olmak üzere kamu tüzel kişilerinin ve devredilen yetkilere sahip kuruluşların (emretme yetkilerinin uygulanması dolayısıyla) yaptıkları giderler olarak belirtilmektedir. *Geniş anlamda kamu giderleri* için yapılan bu tanıma aynı zamanda *kamu giderlerinin ekonomik tanımı* ya da *kamu giderlerine sosyo-ekonomik yaklaşım* adı da verilmektedir⁹¹.

Sosyal devlet ilkesinin benimsenmesinin doğal sonucu olarak, vergilendirmenin kamu giderlerini karşılamak olan geleneksel malî amacının yanısıra ekonomik ve sosyal amaçları da önem ve ağırlık kazanmaktadır⁹². *Kamu gideri* kavramını, Devletin ekonomik ve sosyal amaçlarla yaptığı giderleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gerekir. Dolayısıyla Devletin plânlı kalkınmayı gerçekleştirmek (ekonomik amaç), gelir ve servet dağılımındaki adaletsizlikleri gidermek (sosyal amaç) amaçları ile yapacağı reel ve transfer harcamaları da *geniş anlamda kamu gideri* kavramının kapsamına dahildir⁹³.

2. Hukukî Açından Kamu Gideri

Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, vergilerin kamu giderlerini karşılamak üzere alınacağı belirtilmektedir. Bu itibarla, kamu gideri sayılmayan giderler için vergi alınması mümkün değildir.

Kamu gideri kavramı, mevzuatta 5018 sayılı *Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*'nun 3'üncü maddesinin h bendinde tanımlanmaktadır. Buna göre, *kamu gideri* “*Kanunlarına dayanılarak yaptırılan iş, alınan mal ve hizmet bedelleri, sosyal güvenlik katkı payları, iç ve dış borç faizleri, borçlanma genel giderleri, borçlanma araçlarının iskontolu satışından doğan farklar, ekonomik, malî ve sosyal transferler, verilen bağış ve*

⁸⁹ Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş, s. 42.

⁹⁰ Türk, s. 31.

⁹¹ Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş, s. 44.

⁹² Bkz. Çağan, Türk Anayasası, s. 173; Karakoç, Sosyal Maliye, s. 11-15, 63-70.

⁹³ Bkz. Çağan, Türk Anayasası, s. 173.

yardımlar ile diğer giderleri” ifade etmektedir⁹⁴. Bu tanım, kamu giderinin sınırlarını oldukça genişletmiş bulunmaktadır. Nitekim, *Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*'na dayanılarak yapılan her türlü harcamanın kamu gideri olduğu sonucuna varmak mümkündür. *Kanun*'da yer alan kamu gideri tanımı geniş anlamda kamu giderine işaret etmektedir. Nitekim *geniş anlamda kamu gideri*, merkezî idare harcamalarından mahallî idarelerin harcamalarına, merkezî ve mahallî idarelerin iktisadî faaliyetlerinden sosyal güvenlik gibi hizmetler sebebiyle yapılan harcamalara kadar geniş bir alanı kapsamaktadır⁹⁵. Bu açıdan kamu gideri kavramını Devletin malvarlığını azaltan her çeşit harcama⁹⁶ olarak tanımlamak mümkündür.

Anayasa Mahkemesi ise, vergi gelirlerinin kamu giderlerini karşılamak üzere ödeneceği hükmünü çoğu kez dar bir şekilde yorumlamakta ve bir giderin kamu gideri sayılabilmesini “*kamu yararına olan iş ve faaliyetlere*” ya da “*kamu işlerine*” harcanması gibi soyut ve çerçeveleri kesin bir şekilde belli olmayan ölçütlere bağlamaktadır⁹⁷.

Ç. Ara Değerlendirme

Liberal dönemde Devletin faaliyet alanı, millî savunma ve kolluk faaliyetlerinin yanısıra, yalnızca kişilerin ve topluluklarının güçlerinin yetmediği ya da kârlı olarak görmedikleri için yürütemedikleri veya yürütmedikleri faaliyetlerle sınırlı idi. Buna göre, liberal dönemde kamu hizmetleri, idarenin kamu yararını sağlamak amacıyla kamu idaresi usûlleriyle yürüttüğü faaliyetler olup, kamu hizmetlerini, organik, madî ve şeklî ölçütleri birlikte kullanarak tanımlamak mümkün olabiliyordu. Ancak liberal anlayış terk edilip sosyal devlet⁹⁸ anlayışının benimsenmesi ile Devlet ekonomik ve sosyal hayata alabildiğine müdahale eder hale gelmektedir. Devlet öteden

⁹⁴ 5018 sayılı *Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*'ndan önce yürürlükte olan 1050 sayılı *Muhasebe-i Umumiye Kanunu*'nun 7'nci maddesinde kamu gideri “*Devlet masarifi, bütçe dâhilinde Devlet namına ifa edilen veya bir kanunu mahsus ile ifası taahhüt olunan bir hizmet ve hususat karşılığı olmak üzere Devlet zimmetinde tabakkuk eden borçtur*” şeklinde tanımlanmaktaydı.

⁹⁵ **Akdoğan**, s. 63.

⁹⁶ **Erdem-Şenyüz-Tatlıoğlu**, s. 30. Daha gerçekçi ve isabetli olduğu gerekçesiyle, iktisadî analizlerde kamu giderinin tanımı genellikle kamu ekonomisi kesimine giren tüm idare ve kuruluşların giderlerine yer verilerek yapılmaktadır. Buna göre, kamu giderini piyasa ekonomisinde kamu kesimine düşen görevlerin tutarı ya da kamu kesiminde yer alıp mal ve hizmet üreten tüm üretici birimlerin yaptıkları harcamalar olarak tanımlamak mümkündür. **Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş**, s. 46.

⁹⁷ **Karakoç**, *Anayasaya Uygunluk*, s. 354.

⁹⁸ Günümüzde devletin önemli bir fonksiyonu, millî gelirin önemli bir bölümünü vergi ve benzeri mali yükümlülükler aracılığıyla ekonomiden çekmek ve kamu hizmetlerini görebilmek için tekrar ekonomiye aktarmaktır. Devlet günümüzde güvenlik, asayiş, eğitim, sağlık hizmetleri yanında, ekonomik ve sosyal görevlerinden ileri gelen hizmetleri de yerine getirmektedir. Ekonomide denge sağlanması, ekonomik kalkınma ve büyümenin gerçekleştirilmesi, tam istihdamın sağlanması ve korunması, herkesin insan haysiyetine yaraşır bir hayat seviyesine kavuşturulması ve âdil gelir dağılımı gibi temel ekonomik ve sosyal hizmetlerin gerçekleştirilmesi bakımından, devletin bir işlevi bulunmakta ve ekonomiyeye müdahale edebilmektedir (**Akdoğan**, s. 30-31).

beri özel kişilerce yürütülen bazı faaliyetleri de üstlenmekte ve bunun sonucu olarak idarenin faaliyet alanı çok daha genişlemektedir. Böylece artık, üç ölçütü kullanarak kamu hizmetini tanımlamak olabildiğince zorlaşmaktadır.

Öncelikle *organik ölçüt* yetersiz hale gelmiştir. Çünkü, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, onun mutlaka klâsik idarî birimler olan merkezî idare, mahallî idareler ve kamu kurumları eliyle yürütülmesi şartı artık aranmamaktadır. Bugün kamu hizmetlerinin aynı zamanda özel sektör aracılığıyla da yerine getirilebileceği kabul edilmektedir. Kamu hizmetlerinin klâsik idarî birimler tarafından yürütülmesi gerektiği kuralı terk edilmekle birlikte, bu hizmetleri kimin tarafından ve hangi usülle yürütülürse yürütülsün, bunlar üzerinde sürekli denetim ve gözetim yetkisinin, kamu yararının sağlanmasından birinci derecede sorumlu olan Devlete veya ilgili kamu idaresine ait olduğu açıktır. Ayrıca *maddî ölçüt* de bugün artık kamu hizmeti kavramını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Çünkü, niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet bulunmamaktadır. Toplumsal bir ihtiyacı karşılamaya ve kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir faaliyetin, siyasal organlarca kamu hizmeti olarak kabul edilmemesi halinde, kamu hizmeti sayılması mümkün değildir. Bu itibarla, her insanî faaliyet kamu hizmeti olmaya elverişlidir; yeter ki, siyasal organlar tarafından o faaliyet kamu hizmeti olarak kabul edilsin. Nihayet organik ve maddî ölçütlerin çözülmeye başlaması, *şekli ölçüt*ün de çözülmeye yol açmaktadır. Sosyal devlet ilkesinin benimsenmesi sonucu Devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesi ile, o zamana kadar özel kesim tarafından yürütülen bazı iktisadî ve sınai faaliyetler kamu hizmetleri haline getirilmekte ve bunlar ayrı bir hukuk rejime değil, fakat özel kesim ile rekabet içinde yürütülebilmeleri için özel hukuk rejimine tâbi kılınmaktadır⁹⁹. Nitekim, *Uyuşmazlık Mahkemesi*'ne göre, "... Bugün artık özel hukuktakinden ayrı, kamu hukuku usulleriyle görülmesi zorunluluğu kamu hizmetinin değişmez bir karakteri ve unsuru olmaktan çıkmıştır. Faaliyet konularının gereklerine göre, değişik nispetlerde kamu ve özel hukuktan oluşan karma bir yöntem ile yürütülen sınai ve ekonomik ağırlıklı bir çok kamu hizmeti alanı vardır"¹⁰⁰.

Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan, "...kamu giderlerini karşılamak üzere..." ibaresi verginin temel işlevini belirtmektedir. Vergilendirme yetkisi bu temel malî amaç ve işlev yanında ekonomik, sosyal ve kültürel amaçlar doğrultusunda da kullanılabilir. Bu amaçlar, temel malî işlev ve amaca göre çoğu kez ikincil nitelikte olmakla beraber, bazen temel amaç niteliğini de kazanabilmektedir. *Vergi gelirlerinin kamu giderlerine karşılık olması ilkesi*, vergilendirmenin ekonomik ve sosyal amaçlı düzenlemelerin aracı olarak kullanılmasını engelleyecek bir biçimde yorumlanmamalıdır.¹⁰¹

⁹⁹ **Günday**, s. 331-332.

¹⁰⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi 26.10.1992 gün ve E.1992/33, K.1992/36, (RG. 1 Aralık 1992-21422).

¹⁰¹ Bkz. **Çağan**, Vergilendirme Yetkisi, s. 99. Ayrıca bkz. **Karakoç**, Sosyal Maliye, s. 12-15, 63-70.

Anayasanın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrası hükmü karşısında vergilerden oluşan kamu gelirlerinin ancak kamu giderleri için harcanması mümkündür. Başka bir deyişle, kamu gideri sayılmayan giderler için vergi talep ve tahsil edilmez¹⁰². Yine bu ilke uyarınca kamu giderlerine kaynak sağlanması vergilerin alınmasının birincil amacı olup, bunun dışındaki amaçlar vergilerin alınması açısından ancak ikincil öneme sahip olabilir¹⁰³. *Vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesinin* diğer bir sonucu da kamu giderlerinin esas itibarıyla Devletin vergilerden oluşan genel gelirleriyle karşılanmasıdır¹⁰⁴. Buna göre parafiskal gelirler¹⁰⁵ gibi Anayasa veya kanunlar aracılığıyla belirli amaçlar için kişilerden alınan ve belirli alanlara tahsis edilen gelirlerin genel kamu giderlerinin karşılanması amacıyla kullanılması mümkün değildir¹⁰⁶.

Kamu gideri, kamu ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kamu hizmetleri için yapılan harcama-ödeme olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁷. *Anayasa Mahkemesi* de, "*Kamu gelirlerinden harcama yapılabilmesi, ancak kamu hizmetinin ve kamu yararının sağlanmasıyla mümkündür. Bu ilkenin gerçekleşmediği durumlarda kamu giderinden söz edilemeyeceği.*"ni belirtmektedir¹⁰⁸. Kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi, kamu giderinin yapılmasını gerektirmektedir. Yapılan kamu gideri karşılığında üretilen-gerçekleştirilen kamu hizmetinden herkes yararlanabilmektedir. Kamu maliyesi bakımından, kamu hizmetinden yararlanma anonim nitelik taşımaktadır¹⁰⁹. Vergi mükellefinin kamu giderlerine katılması da anonim bir nitelik taşımakta ve vergi ödevinde, kişinin belli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanma karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetlerinin giderlerine karşılık olmak üzere bir katılma payını üstlenmesinden söz edilmektedir¹¹⁰.

¹⁰² Bkz. ve karşı. **Erginay**, Mali Hükümler, s. 60; **Karakoç**, Yargısal Denetim, s. 352; **Üstün**, s. 260; **Şirin**, s. 289; **Gündüz**, s. 109.

¹⁰³ **Kaneti**, Vergi Hukuku, s. 34 – 35.

¹⁰⁴ **Kaneti**, Vergi Hukuku, s. 35.

¹⁰⁵ *Parafiskal gelirler*, özellikle sosyal alanda kamu hizmeti üstlenmiş bazı kamu kurumu niteliğindeki ekonomik, sosyal veya mesleki kurum ve kuruluşların finansmanını karşılamak amacıyla bu kurumların hizmetlerinden yararlananlardan veya bu kurumların mensuplarından alınan gelirler olarak tanımlanmaktadır. *Parafiskal gelirler*, devlet bütçesi içerisinde yer almamakta; geliri tahsil eden kurum veya kuruluşun gelirleri arasında yer almaktadır. Ülkemizde *Sosyal Güvenlik Kurumu*'na yapılan ödemeler, ticaret ve sanayi odaları, barolar gibi çeşitli meslek kuruluşlarının mensuplarından aldıkları aidat ve kesintiler birer parafiskal gelirdir. Bkz. ve karşı. **Nadaroğlu**, s. 206-209; **Akdoğan**, s. 111-112; **Karakoç**, Sosyal Maliye, s. 21-30; **Orhaner**, s. 134-135; **Pınar**, s. 38-40; **Mutluer-Öner-Kesik**, 186.

¹⁰⁶ **Tekbaş**, Anayasal İlkeler, s. 170.

¹⁰⁷ Bkz. ve karşı. **Nadaroğlu**, s. 129; **Akdoğan**, s. 63; **Orhaner**, s. 103; **Gerek-Aydın**, s. 39; **Üstün**, s. 260.

¹⁰⁸ AnyM. 06.07.1989 tarih ve E.1988/E, K.1989/29, (AnyMKD., S. 26, s. 23-29).

¹⁰⁹ **Aliefendioğlu**, Vergilemenin Sınırları, s. 72; **Üstün**, s. 260.

¹¹⁰ **Karakoç**, Yargısal Denetim, s. 351-352.

Vergi dışındaki resim, harç ve benzeri malî yükümler açısından, kamu giderlerine karşılık olma ya da mali güç ölçütüne bakılmamakta “o hizmetten doğrudan doğruya yararlanma” ölçütü esas alınmaktadır. Sadece vergi alma yetkisini ifade eden ve Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 1 ve 2'nci fıkralarında yer alan *dar anlamda vergilendirme yetkisi*, mali güç ilkesine dayanmaktadır. Her çeşit malî yükümlülüğü getirme yetkisi ise, *geniş anlamda vergilendirme yetkisini* oluşturmaktadır.

Verginin en önemli amacı, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan gelirin sağlanması; yani kamu giderlerinin karşılığı olmasıdır. Buna, vergilerin tahsil edilmesinin mali amacı denilmektedir. Oysa, verginin bu amaç dışında başka amaçları ya da işlevleri de vardır. Nitekim, vergilerin ekonomik, sosyal ve siyasal işlevlerinden söz edilmektedir¹¹¹. Bu nedenle, Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan “*kamu giderlerini karşılamak üzere*” ifadesinin; yani, vergi gelirlerinin kamu giderlerini karşılamaya özgülmesinin, sınırlı bir ifade tarzı olduğu; Devletin sosyal ve ekonomik amaçlarla yaptığı giderleri de kapsayacak bir yorumun daha uygun olacağı belirtilmektedir. Devletin ekonomik (plânlı kalkınmayı gerçekleştirmek) ve sosyal (gelir ve servet dağılımındaki adaletsizlikleri gidermek gibi) amaçlarla yapacağı reel ve transfer harcamalarının da geniş anlamda kamu gideri kavramı içine girmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹².

Kamu ihtiyacı teriminden ortaya çıkan *kolektif (sosyal) fayda* kavramı, tamamıyla ekonomik bir nitelik arz etmemektedir. Aksine, kamu ihtiyaçlarını belirleme gücüne sahip olan Devletin bunu yaparken, ekonomik faktörler dışında bir takım siyasî, sosyal, hatta ahlâkî unsurları dikkate alınması nedeniyle, bu kavramın aynı zamanda siyasî bir yönünün bulunmasının doğal karşılanması gerekir¹¹³. Nitekim, ne tür kamu hizmetlerinin nasıl yerine getirileceği siyasal bir süreci yansıtmakta olduğundan, buna göre Devlet günün ekonomik şartlarını ve toplumsal öncelikleri göz önüne alarak hangi faaliyetlerin kamu hizmeti sayılacağına kendisi karar vermektedir¹¹⁴.

Kamu ihtiyaçlarının karşılanması şeklinde ortaya çıkan kamu hizmetlerinin esasen birtakım gider kanunlarında belirtilen ve bilhassa *Bütçe Kanununda* belirli bir ödeneği olan hizmetler olduğunu söylemek mümkündür¹¹⁵. Hangi faaliyetlerin

¹¹¹ Kırbaş, s. 3-4.

¹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Çagan, Vergilendirme, s. 72; Karakoç, Yargısal Denetim, s. 355. Bu deyimden madde metninden çıkarılması da önerilmektedir. Çünkü bu deyim, verginin yalnızca mali fonksiyonunu ele alıp, ekstrasfiskal fonksiyonlarını göz ardı etmek suretiyle bir eksiklik meydana getirmekte olup bu deyimden geniş yorumlanması ve yapılacak değişikliklerle madde metninden çıkarılması bu konudaki eksikliği ve tereddütleri ortadan kaldıracaktır denilmektedir. Bkz. Üstün, s. 261.

¹¹³ Nadaroğlu, s. 128.

¹¹⁴ Mutluer-Öner-Kesik, s. 97-98.

¹¹⁵ Erginay, Mali Hükümler, s. 60-61; Üstün, s. 260.

kamu hizmeti olarak ele alınacağı ise, zamana, mekâna, sosyal ihtiyaçlara ve hâkim siyasî ideolojiye göre değişebilmektedir¹¹⁶. Devletin yetkili siyasî organlarının belirli bir faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelendirmesi ile o faaliyetin kamu hizmeti olarak yerine getirilmesi zorunlu hale gelmektedir¹¹⁷. Ancak, yerine getirilmesinde kamu yararı bulunan her faaliyetin de kamu hizmeti olarak belirlenmesi zorunlu değildir¹¹⁸. Devlet, kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için kaynağa ihtiyaç duymakta olup bu kaynağı da kamu hizmetlerinin karşılığı olarak belirtilen vergiler aracılığı ile toplamaktadır. Ancak, kişilerden alınan vergilerin yararlanan ilgili kamu hizmetinin doğrudan karşılığının olması şart değildir. Kısaca, bütçede bir hizmet ya da iş için belirli bir ödenek ayrılması o hizmet ya da işi kamu hizmeti, o kamu hizmeti için yapılacak harcamayı da kamu gideri hüviyetine büründürmektedir¹¹⁹.

Sonuç olarak, 1982 Anayasası'nın 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında anlamını bulan *vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi*, bir verginin ancak kamu hizmetlerinin görülmesinde kullanılabilceği; bununla birlikte bir kamu hizmetinin tamamen vergilerle finanse edilmesi zorunluluğunun olmadığı anlamına gelmektedir. *Kamu gideri* kavramının kapsamına ilişkin olarak, *Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*'nun 3'üncü maddesi yol gösterici niteliktedir. Günümüzde devletin sosyo-ekonomik alanda değişen rolü ve faaliyetleri karşısında geniş anlamda *kamu gideri* kavramı kamu giderini açıklamada daha gerçekçi olmaktadır. Kamu hizmetlerinin siyasî, hukukî, içtimaî, iktisadî tercih ve şartlara bağlı olarak değişkenlik gösterebilmesi karşısında ise, kamu giderinden yola çıkarak kamu hizmetini değil de kamu hizmetinden yola çıkarak kamu giderini belirlemek daha uygun olmaktadır. Yine bir kamu hizmetinin tamamen vergilerle karşılanarak hukuken bedelsiz olması ilgili hizmetin ekonomik ve sosyal gerçeklik bağlamında da bedelsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Aslında hiçbir kamu hizmetinin bedelsiz olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Nitekim, bir kamu hizmetinden yararlanmaya bağlı olarak ihdas edilen vergi dışı malî yükümlülüğün kaldırılması o kamu hizmetini görünüşte bedelsiz hale getirmiş olsa da ilgili kamu hizmetinin aynı kalitede sürdürülebilmesi için Devletin yeni vergiler koyması ya da var olanları artırması suretiyle kişilere ek mali yükümlülükler yüklemesi, kişilerin ekonomik durumlarını önceki duruma göre daha

¹¹⁶ Özbudun, Ekonomik Anayasa, s. 245.

¹¹⁷ Erginay, Mali Hükümler, s. 60; Üstün, s. 260.

¹¹⁸ Sancakdar, s. 547.

¹¹⁹ Erginay, Mali Hükümler, s. 61; Üstün, s. 260; Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'nın 73. maddesi gereğince kamu gelirlerinden harcama yapılabilmesi, ancak kamu hizmetinin görülmesi ve kamu yararının sağlanması için mümkün olabilir. Bu ilkelerin gerçekleşmediği durumlarda kamu giderlerinden söz edilemez" şeklinde belirterek kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılan harcamaların kamu gideri olabileceğinin altını çizmektedir. AnyM., 06.07.1989 gün ve E. 1988/39, K. 1989/29, (RG. 08.02.1990-20427). Benzer ifadelerin yer aldığı diğer kararlar için bkz. AnyM., 02.02.1971 gün ve E. 1970/12, K. 1971/13, (RG. 9.7.1971-13890); AnyM., 18-19.02.1969 gün ve E. 1968/26, K. 1969/14, (RG. 25.2.1970-13430).

olumsuz hale getirmesi mümkündür. Başka bir deyişle, aslında tüm kamu hizmetleri bedelli olup, bu bedelin anonim mi yoksa faydalanma esasına mı dayalı bir nitelik arz edeceği kanun koyucunun takdirine bağlıdır.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KAMU HİZMETİ-KAMU GİDERİ İLİŞKİSİ

A. Genel Açıklama

Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi kapsamında, *vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi* bağlamında vermiş olduğu kararlarda *kamu hizmeti* ile *kamu geliri-kamu gideri* ilişkisini ortaya koymaya gayret etmekte; genel kamu hizmetlerinin vergi gelirleri ile karşılanmasına ve kamu hizmeti olmayan faaliyetlere de vergi gelirlerinden pay ayrılmamasına vurgu yapmaktadır. Aksi bir düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermektedir.

Anayasa Mahkemesi kamu hizmetini “devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler” olarak tanımlamaktadır¹²⁰. Yine *Anayasa Mahkemesi*, “kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağan...” olduğunu belirtmektedir¹²¹. Bununla birlikte, *Anayasa Mahkemesi* göre, “Kamu hizmeti kavramının gerek öğretide gerekse uygulamalarda devlet ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği bir gerçektir”¹²². Nitekim, *kamu hizmeti* kavramının içeriğinin belirlenmesinde hizmeti yerine getirenin idare olması mutlak bir zorunluluk olarak görülmemekte; bir faaliyetin kamuya yararlı nitelik taşıması ve faaliyeti yerine getirenlerin birtakım kamusal ayrıcalık ve yükümlülüklerle sahip olması halinde, ortada bir kamu hizmetinin var olduğu belirtilmektedir¹²³.

¹²⁰ AnyM., 09.12.1994 gün ve E. 1994/43, K. 1994/42-2, (RG. 25.01.1995-22181); Any. M., 13.01.2011 gün ve E. 2007/2, K. 2011/13, (RG. 23.7.2011-28003).

¹²¹ AnyM., 13.01.2011 gün ve E. 2007/2, K. 2011/13, (RG. 23.7.2011-28003).

¹²² *Anayasa Mahkemesi* göre, “Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturur. Çünkü bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke düzeyinde, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez.” AnyM., 28.06.1995 gün ve E. 1994/71, K. 1995/23, (RG. 20.03.1995-22586).

¹²³ Tan, s. 236.

Değişen toplum yapısı, kamu hizmetlerinin sadece kamu idare ve kurumları eliyle yürütülmesi fikrinin değişmesine yol açmaktadır. *Anayasa Mahkemesi* de kamu hizmetlerinin yalnızca Devlet ve kamu tüzel kişilerince yürütülmesinin gerekli olmadığı görüşündedir. *Anayasa Mahkemesine* göre, bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını belirlerken, niteliğine bakmak gerekir. Toplum hayatının zorunlu ihtiyaçlarını karşılayan hizmetler nitelikleri gereği kamu hizmetleridir¹²⁴. *Anayasa Mahkemesi*'nin bir başka kararında ise, "... köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir". "... Kamu hizmeti kavramını ... devlet ve öteki kamu tüzelkişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği bir gerçektir." ifadeleri yer almaktadır¹²⁵. Bu itibarla, *Anayasa Mahkemesi*, kamu hizmeti kavramını, sadece kamu idare ve kurumları ile bağlı saymamakta; Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin denetimleri altında da gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir. *Anayasa Mahkemesi*, kamu hizmetini yerine getiren-yürüten yapının niteliklerinden tamamen bağımsız olarak sadece faaliyetin niteliğine bakmakta ve kamu yararına vurgu yapmaktadır.

Bu başlık altında, *Anayasa Mahkemesi*'nin vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi bağlamında vermiş olduğu kararlarda kamu hizmeti-kamu geliri-kamu gideri ilişkisini nasıl anladığına ilişkin örnekler yer verilmektedir.

B. Siyasî Partilere Hazineden Yardım Yapılması

Siyasî partilere yapılan *Hazine yardımının kamu gideri* sayılması konusu tartışmalıdır. *Anayasa Mahkemesi*, siyasî partilere *Hazine yardımının Anayasa'ya aykırılık* sorununu incelediği kararlarda, bu yardımın niteliğini kamu hizmetinin karşılığı olarak kamu gideri olup olmadığı yönünden incelemiştir.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında iki farklı değerlendirme yapmıştır. İlk kararda¹²⁶, vergi mükelleflerinin Devlete ödedikleri vergilerden siyasî partilere *Hazine yardımının yapılması*, ilke olarak Anayasaya aykırı bulunmazken, "... *Siyasî partilere Devletçe yardım edilmesinin Anayasa'ya aykırı olmaması bu paraların kamu giderleri arasında yer alabilmesine bağlıdır. Bu da ancak yardım paralarının siyasi partilerin kamu yararına olan faaliyetlerine harcanması ile sağlanabilir. Siyasî partilerin çeşitli işleri ve giderleri vardır. Bunların hepsinde kamu yararı bulmak mümkün değildir. 1. madde ise, herhangi bir sınırlamaya yer vermediği için, devlet yardımının siyasi parti-*

¹²⁴ AnyM. 22.12.1994 tarih ve E.1994/70, K.1994/65-2, (AnyMKD., S. 31, s. 385 vd.).

¹²⁵ AnyM., 28.06.1995 gün ve E. 1994/71, K. 1995/23, (RG. 20.03.1995-22586).

¹²⁶ AnyM. 19.02.1969 tarih ve E.1968/26, K.1969/14, (AnyMKD., S. 7, s. 237-259).

lerin kamu yararına olmayan iş ve hizmetlerine harcanması olanağı ve olasılığını taşımaktadır. Dava konusu hükmün bu yönüyle de, Anayasa'ya uygunluğu düşünülemez” gerekçesiyle 648 sayılı *Siyasi Partiler Kanunu*'nun siyasî partilere *Hazine yardımı*nı düzenleyen 1017 sayılı Kanun ile değişik 74'üncü maddesi, Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bu kararda, siyasî partilere *Hazine yardım*nının ilke olarak Anayasaya aykırı bulunmaması, siyasî partilerin gördükleri işlerin *kamu yararı* niteliği taşımaya bağlanmıştır.

19.02.1969 tarihli bu karardan yaklaşık iki yıl sonra verilen başka bir kararda ise, 648 sayılı *Siyasi Partiler Kanunu*'nun 1219 sayılı Kanun ile değişik 74'üncü maddesi incelenirken, bu kez siyasî partilere *Hazine yardımı* ilke olarak Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Karara göre; “Anayasa'nın vergi ödevini koyan 61. maddesi, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır. ... **Siyasi partilerin kamu hizmeti gören birer kamu kurumu olduğu, hiç değilse kamu yararına çalıştıkları saptanıp kabul edilmedikçe bunlara Devletçe yardımda bulunulabilmesi düşünülemez.**.. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası siyasî partileri kamu hukuku kurumları olarak nitelemiş ve onlara devlet örgütü içinde yer tanımış değildir. Tam tersine gerek parti kurma hakkına ilişkin hükümlere gerekse halk iradesinin ve oyunun devlet etkisi dışında ve serbestçe oluşumunu öngören ilkeler böyle bir görüşü kesinlikle reddeder niteliktedir./... **Bir siyasî partinin toplum ve devlet düzenini, kamu faaliyetlerini belirli görüşlerin doğrultusunda yönetmesi, denetlemesi ve etkilemesi kamu hizmeti niteliği taşır.** Ancak bu hizmetin yerine getirilmesi o siyasî parti mensuplarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne, Hükümete ve mahalli idarelerin seçimle iş başına gelen kuruluşlarına girmeleriyle başlar ve bu mensupların aracılığı ile gerçekleşir. Hizmetleri görenlere ise, hizmetlerin karşılığı olarak devletçe ve mahalli idarelerce para ödendiği de bilinmektedir. **Siyasi partilerin kamu hizmeti niteliğindeki çalışmaları ancak bu dar çerçeve içinde söz konusu edilebilir./Siyasi partilerin kamu yararına hizmet eden kuruluşlar olarak nitelendirilmesi de yersiz ve dayanaksız kalır.**... Siyasî partilere yön veren fikirlerin ülke yararına uygun olup olmadığı da kesinlikle çözülebilen sorunlardan değildir. Bir siyasî partinin görüşünü, ters kamudaki yurttaşların kurduğu bir başka siyasî parti ve partiler yurda yararsız üstelik zararlı sayabilirler. **Yararları ve zararları bakımından büyük yurttaş toplulukları arasında tartışmalara yol açan siyasî parti çalışmalarında kamu hizmeti niteliği görülmesi veya bunların kamu yararına hizmet etmekte olduklarının öne sürülmesi olanaksızdır./**... Özetlemek gerekirse: ... Partileri Devlet bütçesinden, yurttaşlardan alınan vergilerle besleyerek desteklik edilmesi Anayasanın açık hükümleriyle olduğu kadar ruhu ile de bağdaştırılmayacak bir tutum olur... **Siyasi partiler kamu hizmeti gören veya kamu yararına çalışan kuruluşlar değildir. Bunlara devletçe yapılacak para yardımının kamu giderleri arasında yeri olmaz.** Anayasa'nın 61. maddesi ise herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır. Anayasa'nın bu mad-

desine dayanılarak **kanunlarla konulmuş mali yükümlerden elde edilen paralar-dan bir bölümü ile siyasi partilere yardım edilebilmesinin olanağı ve anayasal desteği yoktur. Siyasi partilere devletçe yardım edilmesi ilke bakımından Anayasa'ya aykırıdır**"¹²⁷.

1961 Anayasası'nda siyasî partilere Hazine yardımına ilişkin düzenlemenin bulunmadığı dönemde verilen bu iki karardan sonra, Anayasa'nın 56'ncı maddesine 02.07.1971 tarih ve 1421 sayılı Kanun ile eklenen fıkra ile, siyasî partilere Devletçe yardım yapılabileceği Anayasa hükmü haline getirilmiş; bu hüküm 15.03.1973 tarih ve 1699 sayılı Kanun ile genişletilmiştir. 1982 Anayasasında ise, 1995 yılına kadar bu konuda herhangi bir hüküm yer almamaktaydı. Anayasada hüküm bulunmayan bu dönemde, 2820 sayılı *Siyasi Partiler Kanunu*'na 3032 sayılı Kanun ile eklenen Ek 1'inci madde ile siyasî partilere Hazine yardımı düzenlenmiştir. Daha sonra, 23.07.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun ile Anayasanın 68'inci maddesinde değişiklik yapılmış ve son fıkrasında "**Siyasi partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tâbi olacağı esaslar kanunla düzenlenir**" hükmüne yer verilmiştir. Bu yolla, siyasal partilere Hazineden yardım yapılması anayasal güvenceye kavuşturulmuştur¹²⁸.

C. Emekli Sandığının Gelir Fazlasının Hazineye İrat Kaydedilmesi

Anayasa Mahkemesi, vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesini ele aldığı bir kararında, Emekli Sandığının gelir fazlasının Hazineye irat kaydedilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Sandığın gelir fazlasının Hazineye irat kaydolunması durumu... Anayasa'nın... 61. maddesine de aykırılık gösterir. Zira bu gelir fazlasının Hazineye irat kaydı sonunda, Sandık iştirakçilerinin hakkı olan ve hatta bir bölümü bizzat bu iştirakçilerden toplanan paraların Devletin genel giderleri için sarf edileceği ortadadır. Bunun neticesinde Sandık iştirakçileri, Devletin giderlerine, öteki yurttaşlardan ayrı olarak ve fazladan katılmaya zorlanmış olmaktadır. Bunun haklı bir nedeni olmadığı gibi sözü geçen iştirakçilerin bu biçimde özel ve fazla bir malî yüküm altına sokulmalarını gerektiren üstün bir mali güce sahip buldukları da düşünülemez. Şu hale göre bu hüküm Anayasa'nın 1488 sayılı Kanunla değişik 61. maddesinde yer alan (Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.) ilkesindeki koşullara da aykırılık göstermektedir"¹²⁹.

¹²⁷ AnyMK. 2.2.1971 gün ve E.1970/12, K.1971/13, (RG. 9.7.1971 -13890).

¹²⁸ Ayrıca, 27.6.1984 tarih ve 3031 sayılı Kanun, devletçe siyasal partilere yardım yapılmasını kabul etmiştir. Siyasî partilere yapılan hazine yardımı hakkında geniş bilgi için bkz. **Tanör**, İnsan Hakları Sorunu, s. 130-132. Ayrıca kaynakçada yer alan konu ile ilgili müstakil çalışmalara bakınız.

¹²⁹ AnyM., 06.06.1972 gün ve E. 1971/44, K. 1972/29, (RG. 3.3.1973 – 14465).

Ç. Sosyal Sigortalar Kurumu Gelirlerinin Bir Kısımının Gecekondu Hizmetlerine Tahsis Edilmesi

Kamu hizmetlerinin gerektirdiği giderlerin, esas itibariyle Devletin vergilerden oluşan genel gelirleriyle karşılanması gerekir. Nitekim *Anayasa Mahkemesi, Sosyal Sigortalar Kurumu*'nun işçi ve işverenlerin ödediği primlerden oluşan malvarlığının bir kısmının *Gecekondu Kanunu*'nda belirtilen hizmetler için tahsis edilmesini *Anayasa*ya aykırı bulmuştur. *Anayasa Mahkemesine* göre, "*Anayasa'nın 61. maddesi gereğince kamu giderlerini karşılamak üzere herkes malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür... Gerek bu maddenin yazılışına temel olan ilkedен, gerekse kamu işlerinin görülmesine değinen Anayasanın öbür kurallarından anlaşıldığı üzere, kamu işlerinin gerektirdiği giderlerin Devletin genel gelirleriyle karşılanması gerekir. Gecekondu işlerinin kamu işlerinden bulunduğu 775 sayılı Yasanın 1. maddesinden açıkça anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında gecekondu işlerine ilişkin giderlerin Devletin genel gelirleriyle karşılanması, Anayasa'dan doğan bir zorunluluktur. Oysa Anayasa karşısındaki durumu tartışılan 14. maddenin b bendinin Mahkemece incelenen bölümü, gecekondu işleri giderlerinin bir bölümünün; Sosyal Sigortalar Kurumunun işçi ve işverenlerin ödedikleri primlerden oluşan mal varlığından karşılanmasını öngörmektedir. Böylelikle kamu giderinin bir bölümü yurttaşlar içinde yalnızca işçilere ve işverenlere yükletilmektedir. Bu durum Anayasa'nın 61. maddesiyle çelişmektedir...*"¹³⁰.

D. Kamu Hizmetlerinden Özel Yararlanma Karşılığında Harç Alınması

Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında kanunla alınmaları hükme bağlanan, vergiler dışındaki resim, harç ve benzeri malî yükümler açısından sadece toplam kamu giderlerine karşılık olma ve malî güç ölçütleri değil, kısmen de olsa "*kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığı*" sözkonusu olmaktadır¹³¹. *Anayasa Mahkemesi* bu düşünceye uygun bir kararında, "... *Devletin yapmakla yükümlü bulunduğu bir kamu hizmeti için o hizmetten doğrudan doğruya yararlananlardan...*" para alınmasını uygun görerek, 14.6.1973 tarih ve 1739 sayılı *Millî Eğitim Temel Kanunu*'nun 38'inci maddesindeki, "*Yüksek öğretim paralıdır*" hükmünü *Anayasaya* aykırı bulmuştur¹³².

¹³⁰ AnyMK. 29.6.1971 gün ve E.1971/19, K.1971/61, (RG. 10.2.1972 -14095).

¹³¹ *Anayasa Mahkemesi*, 15.5.1957 gün ve 6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanununun 31'inci maddesinde (Bent e) sayılan Ziraat Odaları Birliğine ait gelir kaynaklarının (a. Odaların her yıl tahsil edilen gelirlerinin yüzde onu, b. Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankasından, 800.000 liradan az olmamak üzere yapılacak yıllık yardım, c. Ticaret ve zahire borsalarının bir önceki yıl genel gelirleri tutarının yüzde beşi) vergi, resim, harç veya benzeri bir malî yükümlü olmadığına dolayısıyla bu sorunun *Anayasa*nın 61'inci maddesi ile ilgili olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme kararında bu kaynağın "... *ülkenin yasalarından öteden beri olagelmiş kanunî paylar kapsamı içinde bulunan bir ödeme*" olduğuna hükmetmiştir. Bkz. AnyMK. 17.6.1970 gün ve E.1968/60, K.1969/36, (AnyMKD., S. 7, s. 354, 358).

¹³² AnyMK. 26.3.1974 gün ve E.1973/32, K.1974/11, (AnyMKD., S. 12, s. 111, 122-124). Ana-

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında da, "... harç idarece yapılan bir hizmetten yararlananlardan, bu hizmet dolayısıyla alınan para, diğer bir deyimle verginin özel ve ayırık bir türü olduğuna göre, o kamu hizmetinden yararlananların ödeme güçlerine bakılmaksızın buna tabi tutulması..." gerektiğini belirtmiştir¹³³.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında da *harçlarda karşılık ilkesini* şu şekilde belirtmiştir: "... *Anayasanın 61 inci maddesinde, Devletin, kanunlarla (harç) niteliğindeki gelir sağlayabileceği açıkça gösterilmiş olduğuna idare hukukunun ve maliye biliminin genel kurallarına göre de, bazı kamu hizmetlerinden doğrudan doğruya yararlanan kişilerden kanunla belirtilen miktarlarda alınan ve özel nitelikte bir çeşit vergiden ibaret olan paralar (harç) olarak adlandırılmakta bulunduğu göre... Harçlar Kanunuyla, yargı çalışmalarından davalı ve davacı olarak doğrudan doğruya yararlanmakta olan kişilerden (harç) adı altında bir para alınmasının kural olarak Anayasanın herhangi bir ilkesine aykırılığından söz edilmesi mümkün değildir*"¹³⁴.

E. Çarşı ve Mahalle Bekçilerinin Ücreti

Anayasa Mahkemesi, 772 sayılı *Çarşı ve Mahalle Bekçileri Hakkında Kanun*'un¹³⁵ 3'üncü maddesi uyarınca çarşı ve mahalle bekçilerine mahalle halkı tarafından ücret ödenmesinin 1961 *Anayasasına* aykırı olduğu iddiası ile açılan davada, "*Çarşı ve mahalle bekçilerinin görevi, zabitanın denetimi altında ve onun yardımcılığı olarak genel güvenliği sağlamak ve adli zabıtaya yardımcı olmaktır. Bu görevin bir kamu hizmeti olduğu meydandadır. Şu halde bekçilere, hizmetlerine karşılık verilen ücret, bir kamu gideridir. Bu gideri karşılamak amacı ile kişilerden alınan para da kendilerine yönetilen, Anayasa deyimi ile vergi benzeri bir mali yükümdür. Bu bakımdan bekeçi paraları, Anayasa'nın 61 inci maddesinin kapsamına girmektedir.*" şeklinde karar vermiştir¹³⁶. *Anayasa Mahkemesi*, bu kararında çarşı ve mahalle bekçilerinin yaptıkları hizmetin finanse edilmesini *kamu gideri* olarak nitelendirmiş ve mahalle halkı tarafından bekçilere yapmış oldukları hizmetin karşılığında ödenen bedelin *vergi benzeri mali yükümlülük* olduğunu vurgulamıştır.

Buradan çıkarılan sonuç, *kamu gideri* olarak görülen harcamaların tamamen *dar anlamda vergilerle* finanse edilmesi zorunluluğunun olmadığıdır. Bununla birlikte *Anayasa Mahkemesi*, bu durumun mevcudiyetinin hükmün *Anayasaya* aykırı olmaması için tek başına yeterli olmadığını belirtmiştir. *Anayasa Mahkemesine* göre, merkezî idarenin taşra teşkilâtı içinde *kamu hizmeti* gören kişiler oldukları anlaşıl-

yasa Mahkemesi bu davada sözkonusu Kanunun 38'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünü "Kanunilik ilkesi" açısından iptal etmiştir.

¹³³ AnyMK. 17.12.1968 gün ve E.1968/12, K.1968/65, (AnyMKD., S. 6, s. 352, 354).

¹³⁴ AnyMK. 24.10.1974 gün ve E.1974/31, K.1974/43, (AnyMKD., S. 12, s. 381).

¹³⁵ 14.7.1966 tarihe ve 772 sayılı *Çarşı ve Mahalle Bekçileri Hakkında Kanun*, (RG.22.7.1966-12355).

¹³⁶ AnyM., 26.10.1965 gün ve E. 1965/25, K. 1965/57, (RG. 8.12.1965 – 12171).

lan bekçilere ödenen ücretler, Devletçe yapılan *kamu gideri* niteliğini taşımakta olup 1961 Anayasasının 126'ncı maddesinin 1'inci fıkrası hükmü¹³⁷ bekçiler için yapılan harcamalar açısından da uygulanmalıdır. Nitekim *Anayasa Mahkemesi* "Devlet bütçesinin ilgili kısmında bir yandan bu hizmet için lüzumlu gelirler ve öbür yandan da gider kısmında gerekli harcamaları karşılamak üzere yeteri kadar ödenek gösterilmelidir... Anayasa'ya uygun bir harcama bu suretle sağlanabilir. Oysa sözü geçen kanunda bu harcama idare meclislerinin kararına bırakılmış ve bütçe ile ilgilendirilmemiştir." ifadesiyle söz konusu kanun hükmünün kamu gideri niteliğindeki bir harcamayı bütçe kapsamı dışında bırakarak 1961 Anayasasının 126'ncı maddesini ihlâl ettiği gerekçesiyle iptaline karar vermiştir¹³⁸.

GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Anayasa'nın 73'üncü maddesinde *vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması* ilkesine yer verilmektedir. *Vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi*, vergilerin kamu giderlerini karşılama amacı dışında bir gerekçe ile talep ve tahsil edilememesi; tahsil edilen vergi gelirlerinin kamu hizmetleri dışında herhangi bir alanda ve/ya da amaçla harcanamaması anlamına gelmektedir. Bu ilke, kişilerden ancak kamu gideri gerektirdikçe vergi alınabilmesini veya kişilerden alınan vergilerin sadece kamu giderleri için harcanabilmesini ifade etmektedir. Bu ilke kapsamında anlaşılması gereken vergiler, dar anlamda vergilerdir.

Kamu giderleri, kamu hizmetlerinin görülmesi için yapılan harcamalar olarak tanımlanmaktadır. Kamu giderleri, kamu hizmetlerinin kaynağını; dayanağını ve aynı zamanda sınırını oluşturmaktadır. Hangi faaliyetlerin *kamu hizmeti* olarak nitelendirileceği zamana, mekâna, toplumsal ihtiyaçlara ve hâkim siyasî ideolojiye göre değişmektedir. *Kamu hizmeti*, siyasî iktidar tarafından kamu yararı amacına yönelik olduğu kabul edilen, kamu tüzel kişisi veya kamu tüzel kişisinin denetim ve gözetimi altında özel hukuk tüzel kişileri tarafından yerine getirilen ve toplumsal açıdan önem taşıyan genel ve ortak ihtiyaçların karşılanması için yapılan faaliyetlerdir. Bu hizmetler için yapılan harcamalar da kamu gideri olarak nitelendirilmektedir.

Kamu hizmetinin, kural olarak, *organik*, *maddî* ve *şeklî* ölçüt olmak üzere üç ölçüte göre belirlendiği kabul edilmektedir. *Maddî ölçüt*, yerine getirilmesinde kamu yararı bulunan faaliyetlerin kamu hizmeti sayılması; *organik ölçüt*, bir kamu tüzel

¹³⁷ 1961 Anayasası'nın 126'ncı maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca "Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır."

¹³⁸ Mahkeme'nin iptal kararı verirken dayandığı diğer hususlar; hükmün mali güce göre vergi veya benzeri mali yükümlülük konulması esasını gözeten güvencelerden yoksun olması ile bekçi ücretlerinin sadece konusunun belirtilerek matrahının, en yüksek sınırının ve kimlerin yükümlü tutulacağına idarenin takdirine bırakılması karşısında hükmün vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulması ilkesine aykırılık oluşturmasıdır.

kişisi veya kamu tüzel kişinin denetimi ve gözetimi altında özel hukuk tüzel kişileri tarafından yerine getirilen faaliyetlerin kamu hizmeti kapsamında değerlendirilmesi; *şekli ölçüt* ise, belirli usullere göre yerine getirilen ve kamu yararı amacıyla yönelik olan faaliyetlerin kamu hizmeti sayılması anlamına gelmektedir.

Vergiler, kamu harcamalarının genel karşılığıdır. *Vergi dışı malî yükümlülükler* ise, kamu hizmetlerinden özel yararlanmanın karşılığı olarak talep ve tahsil edilmektedir. Bölünebilen, yararlanmanın ne kadar ve kimin lehine gerçekleştiği bilinebilen kamu hizmetlerinden yararlananların, bu hizmetler için yapılan harcamalara katkıda bulunması gerekir ve sağlanmalıdır. Mali gücü olmayanların ise, devlet tarafından desteklenmesi şarttır.

Vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi, vergi gelirlerinin kamu hizmetleri dışında herhangi bir alanda ya da amaçla harcanamayacağı; yani vergilerin ancak kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılabileceği anlamına gelmektedir. Ancak, kamu hizmetleri sadece vergilerle finanse edilmemektedir. Bu anlamda, yarı-kamu mal ve hizmetleri (temel eğitim hizmeti dışında kalan eğitim, temel sağlık hizmeti dışında kalan sağlık hizmetleri gibi) vergilerle birlikte hizmetten özel yararlanmanın karşılığı olarak alınan diğer malî yüküm(lülük)lerle finanse edilebilmektedir.

Kamu hizmeti ile kamu gideri kavramlarının birbiriyle sıkı bir ilişki içinde olmaları, *vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesinin*, vergi gelirlerinin kamu hizmetleri dışında herhangi bir alanda ya da amaçla harcanamayacağı; vergilerin ancak kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılabileceği sonucunu doğurmaktadır. Buna göre, vergilerin ancak kamu hizmetinin gerektirdiği durumlarda talep ve tahsil edilmesi ve miktarının kamu giderinin büyüklüğüne bağlı olarak tespit edilmesi gerekir. Bununla birlikte, *vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi* çerçevesinde vergilerin ancak kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılabilmesi, kamu hizmetlerinin sadece vergilerle finanse edileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim, bazı kamu hizmetleri kısmen vergilerle finanse edilebilmektedir. Örneğin, yükseköğretim, sağlık, yargılama gibi bir kısım kamu hizmetleri tamamen vergilerle finanse edilmemektedir. Kaldı ki, 1982 Anayasası'nın 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.*" ibaresine yer vererek malî yükümlülüklerin sadece vergiden ibaret olmadığını; başta resim ve harç olmak üzere diğer malî yükümlülükler kapsamında değerlendirilen ayrı bir kamu gelirleri demetinin bulunduğu altı çizilmektedir. Nitekim, vergiler kamu giderlerinin genel karşılığı olarak; vergi dışı/diğer malî yükümlülükler ise, kamu hizmetinden özel yararlanmanın karşılığı olarak talep ve tahsil edilmektedir.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN**, Abdurrahman; Kamu Maliyesi, 16. Baskı, (Gazi Kitabevi), Ankara 2014.
- AKYAZAN**, Ahmet Emrah; "Türkiye'de Vergilendirme Yetkisinin Türkiye'deki Gelişimi", (TBBB, Y. 22, S. 81, Mart – Nisan 2009, s. 247 – 276).
- AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat/**KAYA**, Cemil; Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2012.
- ALİEFENDİOĞLU**, Yılmaz; "Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları", (Dş.Der., Atatürk'ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı, s. 67-87), (Vergilemenin Sınırları).
- ALİEFENDİOĞLU**, Yılmaz; "Vergileme Yetkisi ve 1980 Sonrası Türk Vergi Politikası", (Danıştay Dergisi, Y. 13, S. 50 – 51, 1984, s. 62 vd.), (Vergileme Yetkisi).
- ALİEFENDİOĞLU**, Yılmaz; "Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları – Vergilendirmenin Yasallığı ve Vergilendirmeden Adalet İlkesi", (Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. III, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2003, s. 221-244), (Adalet İlkesi).
- AYDIN**, Mesut; "Türkiye'de Siyasi Partilere Devlet Yardımı", (AÜHFD, 80. Yıl Armağanı, C. 54, S. 4, 2005, s. 235 – 265).
- ATAY**, Ender Ethem, "Siyasal Partilerin Finansmanı ve Özellikle Fransa Örneği", (Türk Hukuk Dünyası, Y. 1, S. 2, Ekim 2000, s. 101–127), (Siyasal Partiler).
- ATAY**, Ender Ethem; İdare Hukuku, 4. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014, (İdare Hukuku).
- BİLİCİ**, Nurettin/**BİLİCİ**, Adem; Kamu Maliyesi, 4. Baskı, (Savaş Yayınevi), Ankara 2014.
- BULUT**, Nihat; Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2009.
- ÇAĞAN**, Nami; "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", (AÜHFD., C. XXXVII, 1980, S. 1-4, s. 129-151), (Sosyal Hukuk Devleti).
- ÇAĞAN**, Nami; "1982 T.C. Anayasasında Vergilendirme", (Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 69-81), (Vergilendirme).
- ÇAĞAN**, Nami; "Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi", (Anayasa Yargısı (1), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1984, s. 171-183), (Türk Anayasası).
- ÇAĞAN**, Nami; "Kamu Maliyesinin Anayasal Çerçevesi", (Bahri SAVCI'ya Armağan, Mülkiyeliler Vakfı Yayınları 7, Ankara 1988, s. 210-221), (Kamu Maliyesi).
- DİLEYİCİ**, Dilek, Anayasal İktisat Perspektifinden Para ve Maliye Politikaları, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2005.
- GEREK**, Şehnaz/ **AYDIN**, Ali Rıza Anayasa ve Vergi Hukuku, 2. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2010.
- EDİZDOĞAN**, Nihat/**ÇETİNKAYA**, Özhan/**GÜMÜŞ**, Erhan, Kamu Maliyesi, 2. Bası, (Ekin Yayıncılık), Bursa 2011.
- ERDEM**, Metin/**ŞENYÜZ**, Doğan/**TATLIOĞLU**, İsmail, Kamu Maliyesi, 4. Bası, (Ekin Yayıncılık), Bursa 2006.

- ERDOĞAN**, Mustafa; Anayasa Hukuku; 4. Bası, (Orion Yayınevi), Ankara 2007.
- ERGİNAY**, Akif; Kamu Maliyesi, 17. Baskı, (Savaş Yayınları), Ankara 2003, (Kamu Maliyesi).
- ERGİNAY**, Akif, “Yeni Anayasamızın Mali Hükümleri”, (Prof Dr. Fadıl H. Sur Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 57 – 67), (Mali Hükümler).
- ERKİN**, Gözde, “Vergilendirme Yetkisinin Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, (ABD, 2012/3, s. 237 – 249).
- EVİRAN TOPUZKANAMIŞ**, Şafak, “Siyasi Partilere Devlet Yardımı”, (DEÜHFD, C. 14, S. 2, Y. 2012, (Basım Yılı: 2013), s. 167 – 203).
- GİRİTLİ**, İsmet; “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, (Anayasa Yargısı Dergisi, C. 19, Ankara, 2002, s. 88 – 103).
- GİRİTLİ**, İsmet/**BİLGİN**, Pertev/
- AKGÜNER**, Tayfun/**BERK**, Kahraman; İdare Hukuku, Altıncı Bası, (Der Yayınları), İstanbul 2013.
- GÖZLER**, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 7. Bası, (Ekin Yayıncılık), Bursa 2009.
- GÖZLER**, Kemal; İdare Hukuku Dersleri, 6. Bası, (Ekin Yayıncılık), Bursa 2007.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; Anayasa Hukuku, 18. Bası, (Turhan Yayınevi), Ankara 2011.
- GÜLAN**, Aydın; “Kamu Hizmeti Kavramı”, (İHİD, S. 1- 3, Y. 9, 1988, s. 147-159).
- GÜNDAY**, Metin; İdare Hukuku, 10. Baskı, (İmaj Yayıncılık), Ankara 2011.
- GÜNDÜZ**, Kemal; “Verginin Anayasal Çerçevesi”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 78, Mart 1995, s. 101 -111).
- GÜNEŞ**, Gülsen; “Verginin Anayasal Temelleri, İdarenin Temelsiz Tasarrufları ve Anayasaya İlişkin Bazı Öneriler”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 237, Y. 2008, s.163-178).
- KANETİ**, Selim; “Türk Vergi Hukukunun Anayasal Temelleri”, (İktisat ve Maliye, C. XXXI, S. 1, Nisan 1984, s. 27-33), (Anayasal Temeller).
- KANETİ**, Selim; Vergi Hukuku, 2. Bası, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1989, (Vergi Hukuku).
- KARAHANOGULLARI**, Onur; Kamu Hizmeti – Kavram ve Hukuksal Rejimi, (Turhan Kitabevi), Ankara 2002.
- KARAKOÇ**, Yusuf; “Türk Vergi Hukuku’nda Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, (Anayasa Yargısı 13, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1996, s. 249-373), (Yargısal Denetim).
- KARAKOÇ**, Yusuf; Sosyal Maliye, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları), İzmir 1995, (Sosyal Maliye).
- KARAKOÇ**, Yusuf; “Anayasanın Vergi Ödevine İlişkin Hükmünün Değerlendirilmesi”, (Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler Sempozyumu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 83-98), (Vergi Ödevi).

- KARAKOÇ**, Yusuf; “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan, C. II, İzmir 2014, s. 1259-1308), (Vergilendirme İlkeleri).
- KIRBAŞ**, Sadık; “Çeşitli Yönleriyle Vergileme ve Türk Vergi Sistemi”, (Sayıştay Dergisi, S. 3, Ankara 1991, s. 3-4).
- KUMRULU**, Ahmet; “Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri”, (AÜHFD, Atatürk’ün 100. Doğum Yılına Armağan, C. 36, S. 1 – 4, 1979, s. 147 – 162).
- MUTLUER**, M. Kâmil/**ÖNER**, Erdoğan/**KESİK**, Ahmet; Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi, 3. Bası, (Bilgi Üniversitesi Yayınları), İstanbul 2013.
- NADAROĞLU**, Halil; Kamu Maliyesi Teorisi, 8. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul 1992.
- ORHANER**, Emine; Kamu Maliyesi, 4. Baskı, (Siyasal Kitabevi), Ankara 2007.
- ÖNCEL**, Muallâ/ **KUMRULU**, Ahmet / **ÇAĞAN**, Nami; Vergi Hukuku, 23. Bası, (Turhan Yayınevi), Ankara 2013.
- ÖZBUDUN**, Ergun, “Anayasa Hukuku Açısından Ekonomik Anayasa”, (Ekonomik Anayasa Sempozyumu, Ankara 28 – 29 Mayıs 1992), (Ekonomik Anayasa).
- ÖZBUDUN**, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2011, (Anayasa Hukuku).
- PINAR**, Burak; Yargı ve İcra Harçları, 2. Bası (Adalet Yayınevi), Ankara, 2009.
- SANCAKDAR**, Oğuz; İdare Hukuku, 3. Bası (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2013.
- ŞİRİN**, Ertunç; “Vergi Hukukunun Anayasal Temellerinin Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, (Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler Sempozyumu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 285 - 305).
- TAN**, Turgut; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, (Anayasa Yargısı, S. 8, 25-27 Nisan 1991, Ankara 1991, s. 233-252.)
- TANÖR**, Bülent; Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, (BDS Yayınları), İstanbul, 1994.
- TANÖR**, Bülent/**YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi; Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, (Beta Yayınları), İstanbul 2013.
- TEKBAŞ**, Abdullah; Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirilmesi, (Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını), Ankara 2009, (Yargısal Denetim).
- TEKBAŞ**, Abdullah; “Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, (Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, DEÜHFD., C. 12, Y. 2010, (Basım Yılı : 2012), s. 132-191), (Anayasal İlkeler).
- TİKVEŞ**, Özkan; “Partilere Yapılan Devlet Yardımının Hukuki Yönü”, (İÜHFM, C. 37, S. 1 – 4, 1972, s. 143-160).
- TÜRK**, İsmail; Kamu Maliyesi, 8. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2010.
- ULER**, Yıldırım; “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, (Anayasa Yargısı, S. 15, 27-28 Nisan 1998, Ankara 1998, s. 252-256).

- ULUATAM**, Özhan; Kamu Maliyesi, 13. Baskı, (İmaj Yayınevi), Ankara 2014.
- ULUATAM**, Özhan/**METHİBAY**, Yaşar; Vergi Hukuku, 5. Baskı, (İmaj Yayıncılık), Ankara 2001.
- ULUSOY**, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, (Ülke Kitapları), İstanbul 2004.
- UZUN**, Cem; Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı, (Adalet Yayınları), Ankara 2010.
- ÜSTÜN**, Ümit Süleyman; “Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler”, (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, Y. 2003, s. 252-273).
- YAŞAR**, Nuri; “Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği”, (İHİD, C. 13, 2000, S. 1-3, s. 442-452).
- YAYLA**, Yıldızhan; İdare Hukuku, (Beta Yayınları), İstanbul 2009.
- YILDIRIM**, Turan/**YASİN**, Melikşah/**KARAN**, Nur/**ÖZDEMİR**, Eyüp/**ÜSTÜN**, Gül/**OKAY TEKİNSOY**, Özge, İdare Hukuku, 5. Baskı, (12 Levha Yayıncılık), İstanbul 2013.
- ZABUNOĞLU**, Yahya Kazım; İdare Hukuku, C. 1, (Yetkin Yayınları), Ankara 2012.

VAKIF ÜNİVERSİTELERİNİN DENETLENMESİ

Turan YILDIRIM*

ÖZET

Yükseköğretim Kanununun Ek 10. maddesine göre; Vakıflar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumları çalışmalarını Devlet yükseköğretim kurumları gibi, her ders yılı sonunda Yükseköğretim Kuruluna sunarlar. Bu kurumlar mali, idari ve ekonomik konularda Yükseköğretim Kurulunun gözetim ve denetimine tabidirler. Kanundaki denetim ve gözetim yetkisinin esasları ve ayrıntıları ise Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde düzenlenmektedir.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yapılacak denetimde hangi esaslara uyulacağı, denetim neticesinde yaptırım uygulanabilmesi için başvurulacak ölçütlerin neler olduğu, ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. 2547 sayılı Kanunda sadece eğitim-öğretim düzeyinin yetersizliğinden söz edilmektedir. Vakıf Üniversiteleri Yönetmeliğindeki kurallara bakıldığında da yetersizliğin hangi durumlarda söz konusu olacağı açıklanamamıştır.

Bu sebeple, Yükseköğretim Kanunu ya da vakıf üniversitelerini düzenleyen ayrı bir yasada, denetime elverişli ölçütler düzenlenmelidir. Eğitim-öğretim faaliyeti için gereken öğretim üyesi sayısı; öğretim elemanı ve araştırmacı yetiştirme düzeyi; derslik, laboratuvar gibi fiziki alt yapı; yayın ve araştırma sayısı gibi hususlarda objektif ölçütler belirlenmesi kolay ve mümkündür. En azından Kanunun Ek 18. maddesine atıf yoluyla veya yeni bir düzenlemeyle eğitim-öğretim düzeyindeki yetersizlik halleri açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu suretle hem vakıf üniversiteleri, faaliyetlerini yasaya uygun sürdürebilecekler hem Yükseköğretim Kurulu objektif esaslara dayalı denetim yapabilecek hem de yargısal denetim kolaylaşacaktır.

Anahtar kelimeler: Yükseköğretim Kurulu - vakıf üniversitesi - denetim - üniversite kapatma

Abstract

According to the 10th article of the Higher Education Law no: 2547, higher education institutions that are established by foundations are obliged to submit their studies to the Higher Education Council at the end of each academic year. Just like public higher education institutions. These institutions are under supervision, and have regular audits by the Higher Education Council. These audits occur in regards to fiscal, administrative and economic issues. Law enacts the details and principles of the authority that supervises and creates audits. Its prescribed by the Regulation of Foundation Higher Education institutes.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Neither the principles for the audit done by the Higher Education Council, or the criteria for imposing sanctions in consequences of the audit, are enacted in detail within the law. The law numbered 2547 mentions only information on the inadequacy of education and training. Furthermore problems arise when inadequacy occurs, as this is also undeclared in the Regulation of Foundation Higher Education Institutes.

For this reason, there is necessity to enact the auditable criteria's in a separate law regarding the universities that are created by the foundations and public universities. It should define objectives and determinable criteria's such as: the number of academic members that is necessary for education and training; the level of training academic members and researchers should receive; the structure of how the classrooms and laboratories should be; and lastly how the publications and research should occur. There are similar criteria's in article 18-law number 2547, which is about grant-in-aids (Government Support). There is a need to clarify the inadequacy created in the education and training section. Whether this is created by a new regulation or by referring to the 18th article of the law numbered 2547. By this means the universities that are created by foundation can engage their activities within the law. Also by this mean the Higher Education Council will be able to conduct audits with objective criteria's. Finally judicial review will be easier once clarification occurs within this section.

Keywords: Higher Education council - Audit - Supervision - University established by foundations.

1. Hukuki Dayanak

Anayasanın 130. maddesine göre, vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları Devletin gözetim ve denetimine tabidir. 130. madde, vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarını (malî ve idarî konular dışında), Devlet üniversiteleriyle aynı hükümlere tabi tuttuğuna göre, "Devletin gözetimi ve denetimi" görevi, Yükseköğretim Kuruluna aittir. Çünkü Anayasa ve 2547 sayılı Kanun üniversiteleri denetlemek yetkisini Yükseköğretim Kuruluna vermiştir.

Nitekim Yükseköğretim Kanununun Ek 10. maddesine göre; vakıflar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumları çalışmalarını Devlet yükseköğretim kurumları gibi, her ders yılı sonunda Yükseköğretim Kuruluna sunarlar. Bu kurumlar mali, idari ve ekonomik konularda Yükseköğretim Kurulunun gözetim ve denetimine tabidirler.

Ayrıca 2547 sayılı Kanunun Ek 18. maddesinde mali yardım alan vakıf yükseköğretim kurumları üzerinde Maliye Bakanlığı denetimine de yer verilmiştir. Maddeye göre; bu kurumlar her yıl Nisan ayı sonuna kadar bir önceki yılın gelir ve giderlerini Maliye Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı ile Yükseköğretim Kuruluna göndermek zorundadır. Bu maddenin uygulanmasıyla ilgili olarak vakıf yükseköğretim kurumlarından her türlü belge ve bilgiyi istemeye ve gerektiğinde merkez denetim elemanları vasıtasıyla denetim ve inceleme yaptırmaya Maliye Bakanlığı yetkilidir.¹

¹ Maliye Bakanlığı denetimi, bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Kanundaki denetim ve gözetim yetkisinin esasları ve ayrıntıları ise Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde düzenlenmektedir.

2. Denetimin Hukuki Niteliği

İdare teşkilatında birimler, görevliler ve makamlar arasında iki temel denetim ilişkisi mevcuttur: Hiyerarşi ve idari vesayet. Hiyerarşik denetim aynı birim içindeki görevliler ve makamlar arasındaki astlık üstlük ilişkisi² olduğuna göre, iki ayrı kamu tüzelkişisi olan vakıf üniversitesi ile Yükseköğretim Kurulu arasındaki denetim hiyerarşi olarak nitelenemez. Bu durumda Yükseköğretim Kurulunun vakıf üniversiteleri üzerindeki denetimini idari vesayet olarak nitelenmek mümkündür. Aynı şekilde Maliye Bakanlığı da mali bakımdan idari vesayet yetkisini kullanmaktadır.

Ancak bu noktada özellikle Yükseköğretim Kurulu ile üniversiteler arasındaki denetim ilişkisinin idari vesayet olarak adlandırıp adlandırılmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Çünkü doktrinde yerinden yönetim kuruluşlarının kendi aralarındaki ilişkinin, “dış idari denetim” ve “iç idari vesayet” olarak adlandırıldığını görüyoruz.³ Anayasa Mahkemesi de büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyesi arasındaki ilişkinin vesayet olarak nitelendirilmeyeceği görüşündedir. Mahkeme’ye göre: “İdari vesayet mahalli idareler üzerinde merkezi idareye tanınan bir yetki olduğuna göre bir mahalli idare olan büyükşehir belediyesine tanınan bu yetkinin vesayet içerisinde değerlendirilmesi mümkün değildir.”⁴

Anayasa Mahkemesi’nin, merkezi idare ile diğer kamu tüzelkişileri arasındaki denetimin idari vesayetten farklı olduğu yönünde kararı da mevcuttur.⁵ Bu görüşün gerekçesi, idari vesayet kavramının sadece yerel yönetimleri düzenleyen 127. maddede yer almasıdır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki denetim “vesayet” olarak adlandırılmakla birlikte, 127. maddedeki idari vesayetten ayrıldığı özellikle vurgulanmaktadır.⁶

² Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, İstanbul,2013,s.31.

³ Bkz. ÖZAY, İ., Günışığında Yönetim, İstanbul,2004 s. 169; GÜRAN, S., ‘Büyükşehir Belediyesi Yönetimi Üzerine’, İHİD, Yıl:4, S. 1-3, s. 53

⁴ E:2004/79(Anayasa Mahkemesi Kararlarına Esas numarasıyla Anayasa Mahkemesi internet sitesinden ulaşılabilmektedir.)

⁵ “...Dava dilekçesinde ‘yerinden yönetim ilkesi’, ‘idari vesayet’ ve ‘özerklik’ kavramlarının açıklanmasında Anayasanın 127. maddesine ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadına atıflar yapılmıştır. Oysa, Anayasa’nın 127. maddesi münhasıran “mahalli idareler” le ilgilidir. TUBİTAK ise bir mahalli idare birimi değil, bir hizmet yerinden yönetim kuruluşudur. Bu itibarla, organlarının göreve geliş biçimi, görev süreleri, görevlerinin niteliği, özerklik dereceleri vs. bakımından birbirinden farklı iki kategoriye oluşturan mahalli idareler ile hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının aynı kapsamda değerlendirilmesi isabetli değildir...” (E:2008/88)

⁶ “...Genel olarak kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki Devlet denetiminin bir vesayet yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında uygulanması gereken vesayet, Anayasa’nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen vesayet yetkisinden farklıdır. Bu maddede vesayet yetkisinin hangi koşullarda kulla-

Görüldüğü üzere Yükseköğretim Kurulu ile vakıf üniversiteleri arasındaki denetim, Anayasa Mahkemesi'nin bakış açısıyla idari vesayet olarak nitelenemez. Çünkü ortada bir yerel yönetim söz konusu değildir. Gerçekten de Anayasa, idari vesayet kavramını sadece yerel yönetimler üzerindeki denetim için kullanmıştır. Anayasada düzenlenen diğer kamu tüzelkişileri ile merkezi idare veya bunların kendi aralarındaki denetim ilişkisi idari vesayet olarak adlandırılmamaktadır. Örneğin, Anayasanın 130. maddesine göre; üniversiteler ve bunlara bağlı birimler, Devletin gözetimi ve denetimi altındadırlar. 131. maddede Yükseköğretim Kurulunun üniversiteler üzerindeki yetkisi "denetim" olarak adlandırılmıştır. Benzer şekilde, 135. maddede, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerinde "Devletin idari ve mali" denetiminden söz edilmektedir.

Bu sebeple, vakıf üniversiteleri üzerindeki denetimi "idari denetim" olarak adlandırmak mümkündür. Ancak bu denetimin yasayla düzenlenmesi ve yasa düzenlendiği şekilde yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde, iki ayrı tüzelkişilik arasında hiyerarşi ilişkisi kurulmuş olacaktır. Böyle bir denetim ise hiyerarşi tanımıyla bağdaşmamaktadır.

Ayrıca, idari vesayet kavramı, kamu tüzelkişilerinin denetlenmesinde kullanılan yerleşmiş bir kavram olduğu için, yerinden yönetim idareleri arasında kurulan denetim ilişkisinin de idari vesayet olarak nitelendirilmesinde sakınca bulunmamaktadır. Önemli olan husus, denetimin şeklinin ve içeriğinin yasayla düzenlenmesidir.

3. Denetim Esasları

Yükseköğretim Kurulu tarafından yapılacak denetimde hangi esaslara uyulacağı; denetim neticesinde yaptırım uygulanabilmesi için başvurulacak ölçütlerin neler olduğu; ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. 2547 sayılı Kanunda sadece eğitim-öğretim düzeyinin yetersizliğinden söz edilmektedir. Bu eksiklik Yönetmelikle giderilmeye çalışılmıştır. Aşağıda Kanun ve Yönetmelik hükümleri ele alınacaktır.

3.1. 2547 Sayılı Kanun Düzenlemesi

Yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa ve 2547 sayılı Kanun, vakıf üniversitelerinin gözetimi ve denetimi yetkisini, Yükseköğretim Kuruluna vermiştir. Denetimde

nilabileceği açıklanmakta olup, bu koşullar, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması olarak sayılmaktadır. Buna karşın, Anayasa'nın 135. maddesinin beşinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerinde Devletin "idari ve mali denetiminden" söz edilmektedir. Bu durumda, merkezi idarenin, kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu olan TÜRMOB'un yerine geçerek, vergi inceleme yetkisini almış ancak 10 yıllık süreyi tamamlamamış olan kişiler için yeminli mali müşavirlik sınavı yapması, idari ve mali denetim kapsamına girmemektedir. Bu durum, denetimin ötesinde, merkezi idarenin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun yerine geçerek faaliyet göstermesi anlamına gelmektedir..."(E:2008/80)

uyulması gereken esaslar veya denetimde başvurulacak ölçütler hususunda ise Anayasa ve 2547 sayılı Kanun, ayrıntılı hüküm içermemektedir.

Anayasa sadece Devlet gözetimi ve denetiminden söz etmekle yetinerek, usul ve esaslarını kanuna bırakmıştır.

2547 sayılı Kanuna baktığımızda da genel hükümlerle karşılaşmaktayız. Ek 11. maddeye göre; *Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarında, beklenen eğitim-öğretim düzeyinin yetersizliğinin Yükseköğretim Kurulunca tespit edilmesi ve durumun düzeltilmesi için gerekli uyarı ve önerilerin sonuçsuz kalması halinde bu kurumun faaliyeti Yükseköğretim Kurulunca durdurulur.*

Ek 11. maddeye, 6559 sayılı Kanunla iki fıkra eklenmiştir. Eklenen Fıkralar Şöyledir: *Eğitim-öğretim faaliyetlerini yürütmekle birlikte kurucu vakfa veya üçüncü şahıslara doğrudan ya da dolaylı kaynak aktardığı Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenen nesnel ve ölçülebilir kriterlere göre tespit edilen vakıf yükseköğretim kurumları hakkında, verilen süre içerisinde aktarılan kaynağın vakıf yükseköğretim kurumuna iade edilmemesi hâlinde, Yükseköğretim Kurulu gerektiğinde düzeltici, kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldırma şeklinde tedbir niteliğinde kararlar alır.*

Vakıf yükseköğretim kurumlarının denetimi ve bu denetim sonucu ilgili yükseköğretim kurumu hakkında yol gösterici, düzeltici, kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldırıcı önlemlerin alınmasına ilişkin usul ve esaslar, Üniversitelerarası Kurulun görüşü alınarak Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

Görüldüğü üzere Ek 11. Maddenin ilk fıkrasında eğitim-öğretim düzeyinin yetersizliği; ikinci fıkrada kurucu vakfa veya üçüncü şahıslara doğrudan veya dolaylı kaynak aktarılması halleri düzenlenmektedir. Üçüncü fıkrada ise denetim neticesinde yol gösterici, düzeltici, kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldırıcı önlemlerin alınması hüküm altına alınmaktadır.

Maddede kaynak aktarımı kriterlerine yer verilmediği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde açılan davada, söz konusu fıkra şu gerekçeyle Anayasaya uygun bulunmuştur: "... Vakıf yükseköğretim kurumlarının kurucu vakfa veya üçüncü kişilere aktarabileceği kaynakların kanunla tek tek belirlenebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, kuralda kaynak aktarımına yer verilerek genel bir belirleme yapılmış ve çerçeve çizilmiştir. Ayrıca vakıf yükseköğretim kurumlarınca, kurucu vakfa veya üçüncü kişilere kaynak aktarılıp aktarılmadığının tespiti, ayrıntılı inceleme gerektiren teknik bir konudur. Kanun koyucu bu durumu gözeterek kaynak aktarımının nasıl tespit edileceği konusundan YÖK'ü yetkili kılmakla birlikte bu konuda YÖK'e sınırsız bir yetki de vermemiştir. Kurala göre YÖK, kaynak aktarımı yapılıp yapılmadığını Maliye Bakanlığının görüşünü alarak önceden belirleyeceği nesnel ve ölçülebilir kriterlere göre tespit edecektir. YÖK'ün belirleyeceği kriterlerin nesnel ve ölçülebilir olup olmadığı, diğer bir ifadeyle

belirlenen kriterlerin üniversiteler üzerinde keyfi bir denetim yetkisi tanıyıp tanımadığı hususu yargı denetimine tabi olduğu gibi bu kriterlere göre yapılan tespitler de yargı denetimine tabidir. Bu nedenle, kuralda yer alan “kaynak aktardığı” ibaresi ile “nesnel ve ölçülebilir kriterlere göre” ibarelerinin belirsiz olduğu ve vakıf yükseköğretim kurumlarının denetiminde idareye sınırsız bir takdir yetkisi verdiği söylenemez...”

Anayasa Mahkemesi’ne göre Yükseköğretim Kurulu, kaynak aktarımı yapıp yapılmadığını belirlerken iki sınırlamaya tabidir. Maliye Bakanlığının görüşü ile nesnel ve ölçülebilir kriter belirleme yükümlülüğü. Belirlenen kriterlerin nesnel ve ölçülebilir olup olmadığı yargı denetimine tabi olacağı için keyfi bir denetim yetkisinden söz edilemeyecektir.

Anayasa Mahkemesi kararı üzerine sorulması gereken temel soru, belirlenen ölçütlerin yargısal denetiminin hangi kanun hükmüne göre yapılacağıdır? Yükseköğretim Kanununun 11.maddesi, yargı denetiminde başvurulabilecek kural içermemektedir. Nesnellik ve ölçülebilirlik, önce Yükseköğretim Kurulunun daha sonra ise denetimi yapan yargı merciinin takdirine bırakılmıştır. İdareye tanınan takdir yetkisinde yargının kullanabileceği denetim normunun olmaması, hem yargı hem de idare bakımından sorunludur. Bu sebeple Kanun koyucu, kaynak aktarımı konusunda temel kriterleri belirlemelidir.

Denetim ve bu denetim sonucu ilgili yükseköğretim kurumu hakkında yol gösterici, düzeltici, kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldırıcı önlemlerin alınmasına ilişkin usul ve esasların, Yükseköğretim Kurulu tarafından düzenlenmesinin, Anayasaya aykırı olduğu iddiası da Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmemiştir. Anayasaya uygunluk gerekçesi şöyledir: “...Yükseköğretim kurumlarını denetlemekle görevli anayasal bir kuruluş olan YÖK’ün söz konusu vakıf yükseköğretim kurumu hakkında gerektiğinde kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldırma şeklinde tedbir niteliğinde karar alma konusunda yetkili kılınması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda yükseköğretim kurumlarının bilimsel özerkliğini zedeleyen bir husus bulunmamaktadır...”

...Böylece vakıf yükseköğretim kurumlarının denetiminin kapsamı ve denetimin sonucunda hangi müeyyidelerin uygulanacağına ilişkin kurallar hem yükseköğretim kurumları hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya veya kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir şekilde düzenlenerek konuya ilişkin temel kurallar belirlenmiştir...”⁷

Yükseköğretim Kuruluna denetleme ve denetim neticesinde tedbir alma yetkisi tanınması tartışma konusu edilemez; ama denetim ve alınacak tedbirlerin esaslarını belirleme yetkisi verilmesi, Anayasaya uygun değildir. Aşağıda değinilecek olan Ya-

⁷ E:2015/5, Anayasa Mahkemesi kararı –Kanun değişikliğinde olduğu gibi- çalışmanın teslim edilmesinden sonra yayımlanmış ve çalışmada hızlı bir revizyon gerektirmiştir.

sama yetkisinin devredilmezliği ilkesi, bu esasların, temel çerçevenin Kanunla belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Ek 11.madde düzenlemesi, Anayasa Mahkemesi aksi yönde karar vermiş olsa dahi, “*herhangi bir duraksamaya veya kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir şekilde düzenlenerek konuya ilişkin temel kurallar*” içermemektedir.

Ek 11.maddede yetersizlik (ya da yeterlilik) ölçütlerine yer verilmemektedir. Bu durumda, Kanunun başka maddelerine başvurmak akla gelebilir. Örneğin 2547 sayılı Kanunun Ek 3. maddesindeki kuruluş için gereken belgeler, yetersizlik ölçütü olarak düşünülebilir. Ek 3. maddeye göre, kuruluş aşamasında şu belgeler istenmektedir: a) Kurulacak yükseköğretim kurumunun bina, araç, gereç ve diğer maddi yapıları ve malzemelerinin hazır bulunduğunu veya bunların sağlanması için yeteri kadar bir meblağın tahsis edildiğini gösterir belge; b) Kurulacak yükseköğretim kurumunun bir yıllık her çeşit işletme ve diğer cari masraflarının en az % 20’sini karşılayacak bir paranın, malın, ekonomik değeri olan bir hakkın veya gelirin mevcut olduğunu ve buna tahsis edildiğini gösterir belge.

Ek 3. maddenin bu düzenlemesi esas alındığında: Bina, araç, gereç ve diğer maddi yapılar ve malzemelerin eksikliği; yıllık işletme ve cari masrafların en az %20’sini karşılayacak gelirin mevcut olmaması hali, eğitim-öğretim düzeyinin yetersizliğinde ölçüt olarak kullanılabilir.

Ancak, maddi yetersizlik ile eğitim-öğretim düzeyi yetersizliğinin her zaman örtüşmeyeceği açıktır. Maddi kaynak sıkıntısı olmayan bir kurumun yeterli öğretim üyesi temin edememesi, kaynaklarını eğitim-öğretim dışında faaliyetlere ayırması mümkündür. Eğitim-öğretim düzeyi yeterli olduğu halde maddi sıkıntıya düşülmesi de ihtimal dahilindedir.⁸ Ayrıca, teorik olarak maddi kaynak sorunu olmaması gereken bazı devlet üniversitelerinde, eğitim-öğretim düzeyinin yetersizliği dile getirilebildiğine göre, maddi kaynak eksikliği dışında ölçütlere de başvurmak zorunludur.

Vakıf üniversitelerine Devlet yardımını düzenleyen Ek 18. Madde bu konuda bir başka örnektir. Ek 18. maddenin 3. fıkrasının (d) ve (e) bendleri şöyledir:

“d) Üniversitelerin lisans düzeyindeki örgün öğretim programlarında en az bir eğitim-öğretim yılı sözleşmeli tam gün statüsünde çalışan (kısmi statüde görevli, ek ders veya diğer üniversitelerden görevlendirme suretiyle çalışanlar hariç) öğretim üyesi başına düşen öğrenci sayısının, bu esasa göre hesaplanan tüm Devlet üniversitelerinin öğretim üyesi başına düşen öğrenci sayısının ortalamasına eşit veya daha az olması,

⁸ Nitekim Ek 11. maddeye ek fıkra olarak TBMM gündeminde olan Kanun Tasarısında, eğitim-öğretim faaliyetlerini yürütmekle birlikte mali borçlarını ödeyemeyecek olan vakıf yükseköğretim kurumlarından söz edilmekte ve verilen sure içerisinde mali durumun düzeltilmemesi halinde gerekli tedbirlerin alınacağı hükme bağlanmaktaydı. Bu isabetli düzenleme ne yazık ki Kanuna alınmamıştır.

e) Üniversitelerarası Kurulca görevlendirilen komisyonca yapılacak değerlendirme sonucunda; bir önceki yıl sonu itibarıyla tespit edilen tanınmış bilimsel dergilerde, üniversitede en az bir eğitim-öğretim yılı sözleşmeli tam gün statüsünde çalışan (kısmi statüde görevli, ek ders veya diğer üniversitelerden görevlendirme suretiyle çalışanlar hariç) öğretim üyesi başına düşen yayın sayısı bakımından, bu esasa göre sıralanan tüm Devlet üniversitelerinin ilk yarısına girecek durumda olması,”

Yukarıdaki bendlere bakıldığında, öğretim üyesi başına düşen öğrenci sayısının Devlet üniversitesi ortalamasına eşit olmaması; öğretim üyesi başına düşen yayın sayısı bakımından bu esasa göre sıralanan tüm Devlet üniversitelerinin ilk yarısına girilememesi, yetersizlik olarak kabul edilebilir.

Ancak şu noktayı da vurgulamak zorunludur. Yukarıda yararlanılabileceği belirtilen Ek 3. ve Ek 18. maddeler, farklı amaçlarla farklı konuları düzenlemektedirler. Bu maddeler yetersizlik ölçütü olarak kullanıldığında adil olmayan sonuçlar ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla Ek 3. ve Ek 18. maddelerde kuruluş ve devlet yardımı konusunda, Kanun koyucu temel esasları belirleyebildiğine göre, denetim ve yaptırım esaslarını da belirlemelidir. Bu suretle hem vakıf üniversiteleri, faaliyetlerini yasaya uygun sürdürebilecekler, hem Yükseköğretim Kurulu objektif esaslara dayalı denetim yapabilecek, hem de yargısal denetim kolaylaşacaktır. Ayrıca yetersizlik kriterlerinin açıkça yazılması, kişilerin kendine uygulanacak hukuku önceden bilebilmeleri anlamına gelen hukuk güvenliğini de sağlamış olacaktır.

3.2. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği Düzenlemesi

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 24. maddesine göre; Vakıf yükseköğretim kurumları, eğitim öğretim ile idari, mali, ekonomik konularda Yükseköğretim Kurulunun gözetim ve denetimine tabidir. Bu kurumların, denetim ve değerlendirilmeleri Yükseköğretim mevzuatı ve diğer ilgili mevzuat uyarınca yürütülür.⁹

24. maddede denetimle ilgili diğer hususlar ise şöyle düzenlenmiştir: “*Yükseköğretim Kurulu vakıf yükseköğretim kurumlarının hesap, işlem ve faaliyetleri ile mallarını, yıl içinde veya yıllar itibarıyla denetleyebileceği gibi akademik birim, program, proje ve konu bazında da denetleyebilir.*

Vakıf yükseköğretim kurumları her ders yılı sonunda Yükseköğretim Kuruluna yıllık faaliyet raporu sunarlar ve Yükseköğretim Kurulunda bulunan diğer bilgi ve belgeler de göz önüne alınarak Yükseköğretim Kurulunca belirlenen plan çerçevesinde Yükseköğretim Denetleme Kurulu tarafından genel denetlemeye ve değerlendirmeye tabi tutulurlar. Bu kurumlar ayrıca Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından gerekli görülmesi halinde

⁹ Yönetmelik değişikliği çalışmanın baskı aşamasında gerçekleştiği için, ayrıntılı hukuki değerlendirme yapmak mümkün olamamıştır.

Yükseköğretim Denetleme Kuruluna verilecek görev kapsamında belirli bir döneme bağlı olmaksızın yıl içinde de denetlenebilir.

Vakıf yükseköğretim kurumunun mütevelli heyeti tarafından onaylanan ayrıntılı bütçesinin bir örneği ile bütçenin uygulanmasına ilişkin esaslar ve harcamaya ilişkin yetkileri gösterir mütevelli heyet kararları Yükseköğretim Kuruluna gönderilir.

Kurucu vakfın veya vakıfların yönetim organındaki her türlü değişiklik ile buna bağlı olarak değişen mali durum, değişikliğin gerçekleşmesinden itibaren en geç bir ay içinde Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.”

Yönetmelikte, denetimin Yükseköğretim mevzuatı ve diğer ilgili mevzuat uyarınca yürütüleceği belirtilmiştir. Ancak, bu konuda yayımlanmış bir başka düzenleyici işlem ise mevcut değildir.

Anayasadaki genel düzenleme, Anayasa tekniği bakımından yerindedir. Vakıf üniversitelerinin denetlenme esaslarının Anayasada yer alması beklenmez. Ancak, yükseköğretim faaliyetinin denetlenmesi gibi önemli bir konuda verilen yetkinin genel çerçevesinin kanunla çizilmesi kanuni idare ilkesinin gereğidir. Anayasa Mahkemesinin istikrarlı içtihadı şu şekildedir:

“...Anayasa'nın 7. maddesinde, “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*” denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.”¹⁰

Ayrıca, 2547 sayılı Kanunun düzenlemediği denetim esaslarının, Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılan Yönetmelikte de ayrıntılı olarak düzenlenmemesi, hukuk

¹⁰ E:2013/47, Mahkemenin aksi yönde içtihatları da mevcuttur ve Yazar tarafından bilinmektedir. Bu görüş isabetli olduğu gerekçesiyle dikkate alınmaktadır.

devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Vakıf üniversiteleri, hangi durumlarda yetersiz sayılacaklarını bilmeli, hangi durumda ne tür işlemlerle karşılaşacaklarını öngöremelidirler. Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle, hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır.¹¹ Anayasa Mahkemesinin görüşüne de dayanarak, Kanundaki düzenlemenin hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğu kolayca söylenebilir.

Yönetmeliğin 25. Maddesinde yapılan son değişiklikle yaptırımlar ve yaptırımları gerektiren haller daha ayrıntılı düzenlenerek yukarıdaki sakınca giderilmiştir. Ancak, aşağıdaki düzenlemeye bakıldığında, a) Uyarma ve düzeltme isteme; b) Yeni akademik birim kurma ve program açma taleplerinin askıya alınması; c) Öğrenci kontenjanının kısıtlanması veya öğrenci alımının durdurulması; d) faaliyet izninin geçici olarak durdurulması; e) Faaliyet izninin kaldırılması yaptırımını gerektiren haller, eğitim-öğretim faaliyetinin yetersizliği ölçütü olarak düşünülmemiştir. Yönetmelik genel olarak bir vakıf üniversitesine uygulanacak yaptırımları Yönetmelik hükümleri, incelendiğinde bu husus daha da kolay anlaşılacaktır.

25.maddenin yeni hali şöyledir: “*Vakıf yükseköğretim kurumlarında mevzuatın emrettiği hususların yerine getirilmemesi halinde, 2547 sayılı Kanun gereğince eylemlerinin ağırlık derecesine göre; yol gösterici, düzeltici, kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldırıcı nitelikte olmak üzere aşağıdaki önlemler uygulanır.*

a) *Uyarma ve düzeltme isteme:*

Aşağıdaki hallerde vakıf yükseköğretim kurumuna işlem ve eylemlerinde daha dikkatli olması ve tespit edilen eksikliklerin ve aykırılıkların, istenilen bilgi ve belgelerin niteliğine bağlı olarak 15 günden az olmamak üzere verilen süre içerisinde tamamlanması veya düzeltilmesi yazılı olarak bildirilir.

1) *Yükseköğretim Kurulu tarafından istenilen bilgi ve belgelerin haklı bir sebep olmaksızın belirlenen süre içerisinde verilmemesi,*

2) *Denetleme raporlarında yer alan ve düzeltilmesi için vakıf yükseköğretim kurumuna bildirilen hususların belirlenen süre içerisinde yerine getirilmemesi,*

3) *Vakıf yükseköğretim kurumlarının mütevelli heyetinin mevzuata uygun olarak oluşturulmaması ve/veya değişikliklerin bir ay içinde bildirilmemesi,*

4) *Vakıf yükseköğretim kurumları bünyesindeki kurulların mevzuata uygun olarak oluşturulmaması veya çalıştırılmaması,*

5) *Vakıf yükseköğretim kurumunun işlem ve faaliyetine ilişkin kayıtlarının usulüne uygun tutulmaması,*

¹¹ E:2007/8

6) Öğretim elemanı atama ve yükseltme işlemlerinin mevzuata uygun olarak yapılmaması,

7) Vergi, sosyal güvenlik ve işsizlik primi gibi zorunlu ödemelerin yapılmaması veya aksatılması nedeniyle vakıf yükseköğretim kurumunun ek mali yük altına sokulması,

8) Öğrenciler için gerekli açık ve kapalı alanların Üniversitelerarası Kurulun görüşü alınarak Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenen asgari miktardan az olması,

9) Başka bir vakıf yükseköğretim kurumunun mütevelli heyeti veya kurucu vakfında üye olarak bulunan kişilerin vakıf yükseköğretim kurumunun mütevelli heyetinde veya kurucu vakfında üye olması.

b) Yeni akademik birim kurma ve program açma taleplerinin askıya alınması:

Aşağıdaki hallerde vakıf yükseköğretim kurumunun akademik birim ve program açma ile daha önce açılmasına izin verilmiş ve ilk defa öğrenci alınacak programlara ilişkin talepleri bir yıl süre ile askıya alınır.

1) Uyarma ve düzeltme istemine konu olan hususların belirlenen süre içerisinde düzeltilmemesi,

2) Vakıf yükseköğretim kurumuna ait her türlü mal ve hakkın amacı dışında ya da özel işlerde kullanılması,

3) Vakıf yükseköğretim kurumunun mali tablolarında gelir-gider ve mallarının ek-sik gösterilmesi,

4) Vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerinin 2547 sayılı Kanunun Ek Madde 5 hükmüne aykırı olarak atanması,

5) Öğrenci kayıt kabulü, sınavlar, yurt içi ve yurt dışı yatay geçiş, mezuniyet işlemleri veya bunlarla ilgili belgelerde usulsüzlük yapılması,

6) Eğitim-öğretime başlanması ve sürdürülmesi için Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenen öğretim elemanı ve üyesi sayılarının sağlanmadığının tespit edilmesi veya bu sayıların sağlanmış gösterilmesine yönelik yanıltıcı beyanda bulunulması,

7) Vakıf yükseköğretim kurumu mütevelli heyet üyelerinin toplantılara katılımlarının engellenmesi.

c) Öğrenci kontenjanının kısıtlanması veya öğrenci alımının durdurulması:

Aşağıdaki hallerde vakıf yükseköğretim kurumunun akademik birim ve programlarının tamamı veya bazılarının mevcut öğrenci kontenjanı, fiilin ağırlığı dikkate alınarak bir-iki yıl süre ile yüzde kırk oranına kadar azaltılır ya da öğrenci alımı tamamen durdurulur.

1) Vakıf yükseköğretim kurumunca (b) bendinde yer alan yeni akademik birim kurma ve program açma taleplerinin askıya alınması önlemine konu olan hususlarda belirlenen süre içerisinde gerekli düzeltmelerin yapılmaması,

2) Öğrenci kayıt kabulü, sınavlar, yurt içi ve yurt dışı yatay geçiş, mezuniyet işlemleri veya bunlarla ilgili belgelerde yaygın şekilde usulsüzlük yapıldığının tespit edilmesi,

3) Yükseköğretim Kurulunun izin verdiği program, yer ve alanlar dışında eğitim öğretim faaliyetinde bulunulması,

4) Yükseköğretim Kurulundan gerekli izinler alınmadan önlisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim programlarının açılması veya çift diploma programları düzenlenmesi ve bu programlara öğrenci kabul edilmesi,

5) Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen kontenjanların üzerinde öğrenci kaydedilmesi,

6) Denetim, inceleme ve soruşturma faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında istenilen bilgi ve belgelerin tam ve zamanında verilmemesi veya gerçeğe aykırı beyanda bulunulması,

7) Vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerinin vakıf yükseköğretim kurumundan doğrudan veya dolaylı olarak mevzuata aykırı menfaat sağlaması.

d) Faaliyet izninin geçici olarak durdurulması:

Aşağıdaki hallerde vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyeti bir yıl süre ile Yükseköğretim Kurulu tarafından geçici olarak durdurulur ve yükseköğretim kurumunun yönetimi garantör devlet üniversitesi veya Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından kapasitesi dikkate alınarak belirlenecek aynı ildeki bir devlet üniversitesine verilir.

1) Vakıf yükseköğretim kurumu tarafından (c) bendinde yer alan öğrenci kontenjanı kısıtlanması veya öğrenci alımının durdurulması önlemine konu olan hususların belirlenen süre içerisinde düzeltilmemesi,

2) Vakıf yükseköğretim kurumlarının eğitim öğretim ile idari, mali ve ekonomik faaliyetlerinin gözetim ve denetimi ile inceleme ve soruşturma faaliyetlerine kasten engel olunması,

3) Vakıf yükseköğretim kurumunun mali durumunun eğitim-öğretim faaliyetini sürdüremeyecek ölçüde mali ve ekonomik rasyolar açısından zayıf olduğunun Yükseköğretim Denetleme Kurulu raporları ile tespit edilmesi,

4) Vakıf yükseköğretim kurumunun kuruluş taahhütlerinde yer alan mal varlığının Yükseköğretim Kurulundan izin alınmaksızın değiştirilmesi veya elden çıkarılması,

5) Tutulması gerekli defter ve kayıtların tahrif edilmesi, yok edilmesi veya gizlenmesi,

6) Vakıf yükseköğretim kurumu mütevelli heyet üyelerinin üniversite ile ilgili işlemlerde mali yönetim ve kontrol sistemini kasıtlı olarak zaafla uğratması.

e) Faaliyet izninin kaldırılması:

Aşağıdaki hallerde vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyet izni kaldırılır ve yükseköğretim kurumu kapatılır.

- 1) Vakıf yükseköğretim kurumunun, kuruluş tarihinden itibaren üç yıl içinde eğitim öğretime başlamaması,
- 2) Vakıf yükseköğretim kurumunun eğitim-öğretim, yayın, danışmanlık, ticari ve diğer faaliyetleri ile bağışlardan elde ettiği gelirini, yükseköğretim kurumunun akademik faaliyetlerini, yatırım ve cari giderlerini finanse etmekte kullanmadığının tespit edilmesi,
- 3) Vakıf yükseköğretim kurumu kurucu vakfı veya vakıfları tarafından kuruluşta taahhüt edilen harcamaların yükseköğretim kurumu gelirlerinden karşılanması,
- 4) Alım, satım ve ihalelerde vakıf yükseköğretim kurumunu zarara uğraticı nitelikte usulsüzlük yapılması,
- 5) Vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerinin ülkenin bölünmez bütünlüğüne karşı eylemleri doğrudan işlemesi veya bu tür eylemleri desteklemesi,
- 6) Kurucu vakıf tarafından vakıf yükseköğretim kurumunun kuruluş aşamasında kuruluş taahhüdü olarak devir, temlik ve taahhüt edilen mal varlığı unsurlarının vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyetini sürdürmeye imkân vermeyecek ölçüde kaybedildiğinin tespit edilmesi,
- 7) 28 inci maddede sayılan yöntemlerden herhangi biri ile vakıf yükseköğretim kurumundan kaynak aktarımı yapıldığının tespiti üzerine verilen süre içerisinde aktarılan kaynağın iade edilmemesi,
- 8) Vakıf yükseköğretim kurumu mütevelli heyeti seçilmesi, yenilenmesi ve üyeliklerinin sona erdirilmesinde hileli ve usulsüz işlemlerin yapılması.

Denetim, inceleme veya soruşturma raporlarına dayalı olarak Yükseköğretim Denetleme Kurulu tarafından önerilen ve Yükseköğretim Kurulu Başkanı tarafından uygun bulunan veya Yükseköğretim Kurulu Başkanı tarafından doğrudan talep edilen uyarma ve düzeltme istemi Yükseköğretim Yürütme Kurulu, diğerleri ise Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından karara bağlanarak uygulanır.”

3.2.1. Mevzuatın emrettiği hususların yerine getirilmemesi

2547 sayılı Kanunda eğitim-öğretim düzeyinin yetersizliğinin belirlenmesi koşulu/ölçütüne yer verilmiştir. Yönetmelik ise bu kuralı, “mevzuatın emrettiği hususların yerine getirilmemesi” şeklinde somutlaştırmaktadır. Bilindiği üzere, emredici hukuk kuralları, “kendilerine mutlak şekilde uyulması zorunlu olan hukuk kurallarıdır.”¹² Esasen 2547 sayılı Kanundaki hemen tüm kurallar, yükseköğretim hizmetinde uyulması gereken esasları düzenlemektedir. Tanımlar kısmı dışında, açıklayıcı, yorumlayıcı kurallara yer verilmemektedir. Yönetmelik hükümleri de Kanuna paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla Kanundaki (veya Yönetmelikteki) bir amir hükmün ihlali, her zaman eğitim-öğretim düzeyi ile ilişkilendirilemez. Örneğin 2547 sayılı

¹² Dinçkol, A. Hukuka Giriş, 10.. Basım, İstanbul, 2014, s.24.

Kanununun 15. maddesinde göre rektör yardımcıları, oy hakkı olmaksızın yönetim kurulu toplantılarına katılabilirler. Bu hüküm emredici (amir) hüküm niteliğindedir. Bir vakıf üniversitesinde yönetim kurulu toplantısında rektör yardımcılarının oy kullanmaları, bu kurala aykırılık oluşturur. Ancak bu durum o üniversitenin eğitim-öğretim faaliyetinin yetersizliği hususunda açık fikir vermez.

Bu durum karşısında “amir hükümler ve belirlenen esasların” eğitim ve öğretime faaliyetine ilişkin olması gerekmektedir. Bir vakıf üniversitesinin, Kanun ve Yönetmelik hükümlerine aykırılık sebebiyle kapatılması ya da faaliyetinin durdurulması, eğitim-öğretim düzeyi ile ilişkili olmalıdır. Aşağıya alınacak olan faaliyet izninin kaldırılması hallerinin eğitim-öğretim düzeyiyle doğrudan ilgisi olduğu söylenemez.

3.2.2. Bazı faaliyetlerde bulunma yasağı

Yönetmeliğin 25. maddesinde yapılan değişiklikle; vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerinin ülkenin bölünmez bütünlüğüne karşı eylemleri doğrudan işlemesi veya bu tür eylemleri desteklemesi, faaliyet izninin kaldırılması halleri arasında sayılmıştır. Daha önce 26.maddenin ilk fıkrasının (e) bendinde yasaklanan faaliyetler ise şöyle düzenlenmişti: Eğitim-öğretimde devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunulması, Atatürk ilkeleri ve inkılapları ile özellikle laiklikle bağdaşmayan bir tutumun tespit edilmesi ve/veya ırk, dil, din ayrımcılığı yapılması.

Öncelikle belirtmek gerekir ki vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerinin ülkenin bölünmez bütünlüğüne karşı eylemleri doğrudan işlemesi veya bu tür eylemleri desteklemesi, eğitim-öğretim düzeyine ilişkin değildir.

Vakıf üniversitelerine ve yöneticilerine getirilen yasakların isabetli olup olmadığı; üniversitelerde düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırlanıp sınırlanamayacağı ayrıca tartışılmalıdır. Ancak Yönetmelik düzenlemesinin, 2547 sayılı Kanunla bağdaşmadığı açıktır. Çünkü Kanunun Ek 11. maddesine göre; Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarında, beklenen eğitim-öğretim düzeyinin yetersizliğinin Yükseköğretim Kurulunca tespit edilmesi ve durumun düzeltilmesi için gerekli uyarı ve önerilerin sonuçsuz kalması halinde bu kurumun faaliyeti Yükseköğretim Kurulunca durdurulur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki ülke bütünlüğü aleyhine faaliyette bulunmak; Atatürk ilke ve inkılaplarıyla (özellikle laiklikle) bağdaşmayan tutum; ırk, dil veya din ayrımcılığı, eğitim düzeyi yüksek üniversitelerin faaliyetleri için de ileri sürülebilecektir. Nitekim Boğaziçi Üniversitesi'nde düzenlenen Ermeni Sempozyumunun yürütülmesi, İstanbul İdare Mahkemesi tarafından durdurulmuştu.¹³ Bu sebeple, Yönetmelik hükmü Kanuna aykırıdır.

¹³ “23-25 Eylül 2005 tarihleri arasında Boğaziçi Üniversitesi'nin ev sahipliğinde Sabancı ve Bilgi Üniversitesi'nin desteğiyle ‘İmparatorluğun Çöküş Döneminde Osmanlı Ermenileri: Bilimsel

Yönetmelik düzenlemesi, Kanuna aykırı olduğu gibi, uygulanması da sorunlu bir hükümdür. Çünkü, Türkiye’de yasakların (veya özgürlüklerin) ömrü de bir başka sorunu birlikte taşımaktadır. bölücülük olarak nitelenen bir faaliyet bir süre sonra Devlet politikası olarak uygulanabilmektedir. Örneğin Kürt açılımı politikasını 1990-2000 senelerinde dile getirmek bölücülük olarak nitelendirilirken, günümüzde Devlet politikası haline gelmiştir.

Benzer şekilde, üniversitelere başörtülü öğrenci alınmazken, günümüzde öğretim elemanlarına başörtüsü takma hürriyeti getirilmiştir. Bir başka örnekte ise, başörtülü öğrenciyi ikaz ederek, laiklik ilkesine uygun davrandığını düşünen bir öğretim üyesi, öğrenim özgürlüğünü engellemekten mahkum edilmiştir.¹⁴

Yasak faaliyetlerin değişebilmesi ya da yukarıda sayılan kavramların farklı yorumlanması, bu tür yasaklara dayanarak uygulanan müeyyidelerin de haksızlığını ortaya koymaktadır. Kaldı ki sıklıkla tekrar edildiği üzere bu davranışların eğitim-öğretim düzeyiyle doğrudan ilgisi bulunmamaktadır.

3.2.3. Kurucu vakfa veya üçüncü kişilere kaynak aktarılması

2547 sayılı Kanunun Ek 11. maddesine, Kasım 2014 tarihli, 6569 sayılı Kanunla eklenen fıkrada kaynak aktarımı konusundaki yasal boşluk giderilmiştir. Fıkraya göre; eğitim-öğretim faaliyetlerini yürütmekle birlikte kurucu vakfa veya üçüncü şahıslara doğrudan ya da dolaylı kaynak aktardığı Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenen nesnel ve ölçülebilir kriterlere göre tespit edilen vakıf yükseköğretim kurumları hakkında, verilen süre içerisinde aktarılan kaynağın vakıf yükseköğretim kurumuna iade edilmemesi hâlinde, Yükseköğretim Kurulu gerektiğinde düzeltici, kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldırma şeklinde tedbir niteliğinde kararlar alır.

Ek 11. maddede, yukarıda sözü edilen değişiklik yapılmazdan önce, bu konu, Yönetmelikle düzenlenmişti. 11.madde değişikliği sonrasında Yönetmeliğin 28.maddesiyle kaynak aktarımı yeniden şöyle düzenlenmiştir:

Sorumluluk ve Demokrasi Sorunları’ başlıklı konferansın düzenlenecek olması gerginlik yaratmıştı. Adalet Bakanı Cemil Çiçek katılımcıları ‘milleti sırtından hançerlemek’le itham ederken, katılımcılar tehditlere maruz kalmıştı.

Konferansa bir gün kala 22 Eylül’de haber merkezlerine bir mahkeme kararı fakslandı. ‘Hukukçular Birliği’nin davacı olduğu 4. İdare Mahkemesi kararında, üniversitelere konferansla ilgili hangi idari işlemler yapıldığı, konuşmacıların nasıl seçildiği, farklı görüş sahiplerinin katılıp katılamayacağı, katılımcıların konaklama giderlerinin nasıl karşılandığı sorulmuştu. Mahkeme yanıtlar gelinceye kadar ‘yürütmenin durdurulmasına’ karar vermişti. Bu ‘ara karar’, konferansın yapılamayacağı anlamındaydı.” Radikal İnternet Baskısı 14 mart 2006.

¹⁴ Prof. Dr. Rennan Enünlü, Kasım 2014 tarihinde kesinleşen mahkumiyeti sebebiyle ceza evine konulmuştur.

“ Vakıflar kendilerine kazanç sağlamak amacı ile yükseköğretim kurumu kuramazlar. Kurmuş oldukları yükseköğretim kurumundan herhangi bir surette gelir, kazanç ve hak elde edemezler. Vakıf yükseköğretim kurumunun her çeşit gelirleri yükseköğretim kurumunda kalır ve geçici ya da dolaylı olarak dahi hiç bir surette vakıf mamelekine veya üçüncü şahıslara intikal ettirilemez.

Vakıf yükseköğretim kurumları diğer gerçek ve tüzel kişilere faaliyetleri ile ilgisi olmayan konularda kefalet veremez ve yükümlülük altına sokulamaz.

Vakıf yükseköğretim kurumları kaynak aktarımı yapamaz. Kaynak aktarımı sayılan haller şunlardır:

a) Mütevelli heyeti ve üyeleri ile bunlar dışındaki üçüncü gerçek ya da tüzel kişilerden yapılan borçlanmanın Merkez Bankasının Bankalarca Açılan Kredilere Uygulanan Ağırlıklı Ortalama Faiz oranlarından, kiralamanın Gelir Vergisi Kanununda tanımlanan emsal kira bedelinden, mal ve hizmet alımlarının piyasa rayiçlerinden sebepleri izah edilemeyecek derecede yüksek bedeller ile yapılması,

b) Vakıf yükseköğretim kurumunun maddi ve maddi olmayan varlıklarının bedel ödenmeksizin ya da piyasa rayiçlerine göre makul sayılamayacak derecede düşük bedelle kullandırılması, satılması, kiralanması, trampa edilmesi, mülkiyetin gayri aynı hak tesis edilmesi ve benzeri tasarruflarda bulunulması,

c) Vakıf yükseköğretim kurumunun parasal kaynaklarının, Merkez Bankasının Bankalarca Açılan Kredilere Uygulanan Ağırlıklı Ortalama Faiz oranlarından, mal varlığı kiralamasının Gelir Vergisi Kanununda tanımlanan emsal kira bedelinden, mal ve hizmet alımlarının piyasa rayiçlerinden sebepleri izah edilemeyecek derecede düşük bedeller ile yapılması ya da bedelsiz olarak kullandırılması,

d) Vakıf yükseköğretim kurumunun her türlü mal ve hizmet alımının, rekabet kuralları ve şeffaflık ihlal edilerek piyasa rayiçlerine göre yüksek bedelle yapılması,

e) Vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyetlerinden elde edilen tüm gelirlerin kabul edilebilir sebepleri olmaksızın hesaplara zamanında ve tam olarak yansıtılmaması, tahsil edilmemesi veya zamanaşımına uğratılması,

f) Vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında yapılan giderlerin gerçeğe aykırı olarak yüksek gösterilmesi, avans niteliğindeki ödemeler dışında mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,

g) Vakıf yükseköğretim kurumunun kasada muhafaza edilen para ya da diğer menkul değerlerinin ya da geçici dahi olsa banka hesaplarında bulunan paraların, vakıf yükseköğretim kurumu dışında üçüncü gerçek ya da tüzel kişilere kullandırılması,

h) Her düzeyde görev yapmakta olan personele mevzuat çerçevesinde görev tanımı içerisinde yer alan işler için sözleşme ücreti dışında çeşitli adlarla ödeme yapılması, her düzeyde görev yapmakta olan personele mevzuat çerçevesinde ödenmesi mümkün üç-

ret-maaş, telif ücreti, yolluk ve yevmiye, ders ve tez danışmanlık ücreti, huzur hakkı gibi ödemelerin emsallerine göre sebepleri izah edilemeyecek derecede yüksek olması,

i) Yapılan iş, alınan mal veya hizmet karşılığı olarak ilgili mevzuatta belirtilen karar, onay, sözleşme ve benzeri belgelerde belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,

j) Yukarıdaki haller dışında kalan, yükseköğretim kurumu kaynağında artışa engel veya azalışa neden olan, nesnel ve ölçülebilir kriterler çerçevesinde tespit edilen kaynak aktarımı halleri.”

Vakıf üniversitesinin gelirlerini koruma, kurucu vakfa veya kuruculara gelir aktarılmasını önleme amaçlı bu düzenleme kuşkusuz isabetlidir. Çünkü Anayasa ve 2547 sayılı Kanun, vakıf üniversitesi kurulmasına “kazanç amacı” güdülmemesi kaydıyla imkan tanımıştır. Dolayısıyla kurucu vakfın ya da vakıf kurucularının kurulan üniversiteden kazanç sağlamaları hukuken mümkün değildir. Ancak Anayasa ve Kanuna aykırı olan kazanç sağlama faaliyetini, eğitim-öğretim faaliyetlerinin düzeyiyle veya yetersizliğiyle ilişkilendirmek de mümkün değildir.

Ayrıca Yükseköğretim Kanununun Ek 6. maddesi, vakıf üniversitesinin kurucu vakıftan ayrı bir tüzelkişiliği olduğunu; gelirlerinin, geçici olarak dahi hiç bir suretle vakıf mamelekine veya hesaplarına intikal edemeyeceğini hükme bağlamıştır.

4. Denetimin Sonuçları

2547 sayılı Kanunun yukarıda değinilen, Ek 11. maddesi, denetim neticesinde yetersizlik tespiti halinde yapılacak işlemleri düzenlemektedir. Maddeye göre: “Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarında, beklenen eğitim-öğretim düzeyinin yetersizliğinin Yükseköğretim Kurulunca tespit edilmesi ve durumun düzeltilmesi için gerekli uyarı ve önerilerin sonuçsuz kalması halinde bu kurumun faaliyeti Yükseköğretim Kurulunca durdurulur.”

Yukarıda belirtildiği üzere Ek 11. maddeye şöyle bir fıkra eklenmiştir: “Vakıf yükseköğretim kurumlarının denetimi ve bu denetim sonucu ilgili yükseköğretim kurumu hakkında yol gösterici, düzeltici, kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldıracı önlemlerin alınmasına ilişkin usul ve esaslar Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılan yönetmeliklerle düzenlenir.”

Maddeye bakıldığında yapılması gereken ilk tespit şudur: Bir vakıf üniversitesinin eğitim-öğretim faaliyetinin yetersizliği belirlendiğinde, önce yetersizliğin giderilmesi sağlanmalıdır. Uyarı ve önerilere rağmen eğitim-öğretim düzeyi yetersiz kalmışsa bu takdirde faaliyetin durdurulması yoluna gidilecektir. Kanun, Yükseköğretim Kuruluna takdir yetkisi tanımamaktadır.

Eğitim öğretim düzeyinin yetersizliği halinde, daha ağır bir yaptırım uygulamazdan önce uyarı ve öneride bulunulması, vakıf üniversiteleri bakımından olumlu ve

ölçülü bir düzenlemedir. Uyarı ya da öneriyle sonuç alınamayacak seviyede, vahim denecek ölçüde aksaklıkların belirlenmesi halinde, telafisi zor zararlara yol açabileceği gerekçesiyle bu ikili aşama eleştirilebilir. Fakat faaliyetin durdurulması gibi ağır bir yaptırımın, doğrudan uygulanmasının yol açacağı zararların telafisi de çok zordur. Bu sebeple önce daha hafif olan yaptırımın uygulanması daha isabetlidir. Ek 11. madde, Yükseköğretim Kuruluna uyarı ve öneri konusunda takdir yetkisi tanımaması bakımından da isabetlidir. Çünkü doğrudan faaliyet durdurma işlemi tesisi halinde, takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı; ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığı gibi birçok sorun önlenmiş olmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Ek 11. maddedeki değişiklik, yeni ara yaptırımlar getirmesi bakımından da olumlu bir gelişmedir. Son haliyle Ek 11. maddenin son fıkrası, uyarı sonrasında, yol gösterici, düzeltici, kısıtlayıcı önlemlere yer vermektedir. Bu yaptırımların hangi hallerde uygulanacağı yönetmeliğe bırakılmıştır.

Aşağıda denetim neticesinde yapılacak işlemler, Maddedeki sıralamayla incelenecektir.

4.1. Uyarı ve önerilerde bulunma - yol gösterici, düzeltici önlemler alma

Ek 11. maddede, belirlenen yetersizliğin giderilmesine yönelik uyarı ve önerilerde bulunulması öngörülmektedir. İlk bakışta açık ve sorunsuz gibi görünen bu düzenleme, öneride bulunulması halinde önemli bir sakıncayı da içermektedir. Yapılan önerinin isabetli olmaması ihtimalini.

Eğitim-öğretim faaliyetinin hangi hallerde yetersiz sayılacağına belirli olmadığına ve bu belirsizliğin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığına yukarıda değinilmişti. Ortaya çıkabilecek bir diğer sorun ise, Yükseköğretim Kurulunun yetersizliğin giderilmesine yönelik önerilerinin isabetsiz olması ihtimalidir.

Bu ihtimalde vakıf üniversitesi, önerilere uymadığı takdirde yetersiz olduğu için yaptırımla karşılaşacak; uyduğu takdirde ise öneriler isabetsiz olduğu için sonuç alınamayacaktır. Kanun sonuç alınamaması durumunda faaliyetin durdurulmasını emrettiğinden aynı yaptırımla karşılaşılacaktır. Daha basit ifadeyle Yükseköğretim Kurulu, kendi önerisiyle ortaya çıkan netice sebebiyle vakıf üniversitesinin faaliyetini durdurmuş olacaktır. Bu sonucun adil olmadığı açıktır.

Dolayısıyla, önerilerden sonuç alınamaması halinde, önerilere uyulup uyulmadığına bakılarak karar verilmelidir. Eğer Yükseköğretim Kurulu önerisi doğrultusunda hareket edilmesine rağmen sonuç alınmamışsa, faaliyetin durdurulması yoluna gidilmezden önce kuruma uyarıda bulunulmalıdır.

Yapılan uyarıya rağmen eğitim-öğretim faaliyetinin düzeyinin gelişmediği anlaşıldığı takdirde bir sonraki aşama olan, faaliyetin durdurulması yaptırımını uygulanacaktır.

Bu noktada, Ek 11. maddenin son halinde bulunan yol gösterici, düzeltici önlemler, ifadesine de değinmekte yarar vardır. Tespit edilen eksiklik veya aksaklığın giderilmesi için öneride bulunmak, yol göstermek, uygulama birliği sağlanması bakımından da yararlıdır.

Ancak, düzeltici önlem alma yetkisi, şöyle bir soruyu ortaya çıkarmaktadır: Madde, Yükseköğretim Kuruluna, vakıf yükseköğretim kurumu yerine geçerek işlem yapmak yetkisini de tanımakta mıdır? Bu sorunun en az iki cevabı mevcuttur.

Öncelikle, iki ayrı kamu tüzelkişisi arasındaki (adı her ne olursa olsun) ilişkide, yerine geçerek işlem yapma yetkisinin istisnai olduğu, ancak kanunla açıkça düzenlenmesi halinde kullanılabilceği söylenebilir. Bu gerekçeyle, düzeltici önlem alma yetkisi, vakıf yükseköğretim kuruluşuna, alınacak önlemleri bildirmek ve alınmasını izlemek yetkisi olarak yorumlanabilir.

İki ayrı kamu tüzelkişisi arasındaki denetim ilişkisinde idari vesayet esaslarının uygulanması gerektiği dikkate alınarak şöyle bir yorum yapmak da mümkündür: "... Vesayet makamlarınca bu yetki yerinden yönetim kuruluşunun işlemlerini iptal, onama, erteleme, izin verme, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme şeklinde kullanılabilceği gibi bunların organlarının kararlarına karşı idari yargı mercilerinde dava açma yetkisi şeklinde de kullanılabilir. Buna karşılık vesayet yetkisi kural olarak merkezî idareye, yerinden yönetim kuruluşları yerine geçerek icrai karar alma yetkisi vermez. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı gibi yerinden yönetim kuruluşlarının kanunla kendilerine verilen görevleri hiç yapmaması veya kanunun öngördüğü şekilde yapmaması gibi kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda kanunla öngörülmek kaydıyla, merkezî idareye yerinden yönetim kuruluşunun yerine geçerek karar alma yetkisi tanınabilir..."¹⁵ Kanunda düzeltici önlemden söz edildiğine göre, bu yetki gerektiğinde vakıf yükseköğretim kurumunun yerine geçerek karar alma yetkisini de içerir.

Bu yorumu yaparken iki noktayı tekrar vurgulamakta yarar vardır: İlki böyle bir müdahaleyi kamu yararı zorunlu kılmalıdır. İkincisi ise vakıf yükseköğretim kurumunun görevini yapmaktan kaçınmış olmasıdır. Bu iki koşulun varlığı halinde, Yükseköğretim Kurulu düzeltici önlem alabilir.

4.2. Kısıtlayıcı önlemler alma

2547 sayılı Kanunun Ek 11. maddesinde yapılan değişiklikle, Yükseköğretim Kuruluna denetimler neticesinde kısıtlayıcı önlemler alma yetkisi de tanınmıştır. Kanunda bu konuda ayrıntılı hüküm bulunmamakta, ayrıntıların düzenlenmesi Yönetmeliğe bırakılmaktadır. Yukarıda yer verilen 25.madde bu konuyu düzenlemekte-

¹⁵ AYM, E:2013/19

dir. Uyarma ve düzeltme isteme dışında başvurulabilecek yollar,yeni akademik birim kurma ve program açma taleplerinin askıya alınması ve öğrenci kontenjanının kısıtlanması veya öğrenci alımının durdurulmasıdır. Ayrıca faaliyet izninin geçici olarak durdurulması da kısıtlayıcı önlem olarak getirilmiştir.

Böylelikle, Yükseköğretim Kurulunun, üniversitelerin öğrenci kontenjanını belirleme yetkisi, vakıf üniversiteleri bakımından kısıtlayıcı önlem kapsamına alınmıştır. Esasen uygulamada bu yönde şikayetler de mevcuttur. Örneğin Haliç Üniversitesi Rektörü, Yükseköğretim Kurulunun keyfi şekilde tıp fakültesine öğrenci kontenjanı vermediği iddiasında bulunmuştur.¹⁶ Bu nedenle, kısıtlayıcı önlemlerin neler olduğu, hangi koşullarda uygulanacağına açıkça düzenlenmesi isabetlidir.

4.3. Faaliyet izninin geçici olarak durdurulması

2547 sayılı Kanunun Ek 11. maddesine göre, uyarı ve önerilerin sonuçsuz kalması halinde kurumun faaliyeti Yükseköğretim Kurulunca durdurulur. Faaliyetin durdurulması konusunda tespiti gerek önemli husus şudur: Vakıf üniversitesinin faaliyeti geçici olarak durdurulabilir mi? Bir başka ifadeyle, belirlenen eksiklik ve aksaklıkların giderilmesine kadar faaliyetin durdurulması mümkün müdür?

2547 sayılı Kanunun Ek 15. maddesine bakıldığında faaliyetin süreli olarak durdurulması mümkün görünmektedir. Maddedeki kural şöyledir: “Vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyetlerinin durdurulması halinde durdurulma süresince, kapatılması halinde ise temelli olarak, kurumun idaresi Yükseköğretim Kurulunca eğitim ve öğretimi sürdürmek veya tamamlamak üzere uygun bir Devlet yükseköğretim kurumunun vesayetine verilir. “Ek 15. madde durdurma süresinden söz ettiğine göre faaliyetin, aksaklığın/eksikliğin giderilmesine kadar durdurulabileceği söylenebilir. Ayrıca, Geçici 11. maddeye eklenen verilen kısıtlayıcı önlemler alma yetkisi, geçici durdurmaya karar vermeye de imkan tanımaktadır.

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 25.maddesine göre faaliyet izni bir yıl süreyle durdurulabilecektir. Geçici olarak durdurulmasının sonuçları 26.maddede şöyle düzenlenmiştir:

Yükseköğretim Kurulu tarafından faaliyet izninin geçici olarak durdurulması kararının alındığı tarihte vakıf yükseköğretim kurumu mütevelli heyeti başkanı, üyeleri ile rektörü veya müdürünün görevleri sona erer.

Bu tarihten itibaren faaliyet izninin geçici olarak durdurulması süresi boyunca yönetimi üstlenen devlet üniversitesinin rektörü ilgili vakıf yükseköğretim kurumunun geçici mütevelli heyeti başkanı, üniversite yönetim kurulu da geçici mütevelli heyeti sıfatını kazanır.

¹⁶ www.saglikaktuel.com. 13.07.2015

Bu süre boyunca vakıf yükseköğretim kurumunun geçici mütevelli heyeti başkanı ve üyeleri mevzuatta tanımlanan görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır. Faaliyet izninin geçici olarak durdurulması süresince Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenecek Yükseköğretim Genel Kurulunun bir üyesi gözlemci sıfatıyla mütevelli heyeti toplantılarına katılır.

Faaliyet izninin geçici olarak durdurulması önlemini gerektiren durumların ortadan kalkıp kalkmadığı eğitim öğretim yılı sonunda Yükseköğretim Kurulu tarafından değerlendirilir. Önlemi gerektiren durumların ortadan kalkmadığının tespit edilmesi halinde bu süre her defasında bir yıl uzatılır. Faaliyet izninin geçici olarak durdurulması süresinin kesintisiz olarak üç yıl devam etmesi halinde vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyet izni kaldırılır ve faaliyet izninin kaldırılmasına ilişkin hükümler uygulanır.

Faaliyet izninin geçici olarak durdurulmasını gerektiren hususların ortadan kalktığı Yükseköğretim Kurulu tarafından tespiti halinde, kurucu vakfın yönetim organı tarafından belirlenen vakıf yükseköğretim kurumu mütevelli heyeti göreve başlar. Yeni oluşturulan mütevelli heyette, vakıf yükseköğretim kurumu hakkında faaliyet izninin geçici olarak durdurulması önleminin uygulanmasına eylemleri ile sebep olduğu tespit olunanlar yer alamaz.”

4.4. Faaliyet izninin kaldırılması

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde yapılan değişiklikle, faaliyet izninin kaldırılmasının sonuçları şöyle düzenlenmiştir: *“Faaliyet izni kaldırılan vakıf yükseköğretim kurumunun yönetimi, tüzel kişiliğinin sona ereceği tarihe kadar garantör devlet üniversitesi veya Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından kapasitesi dikkate alınarak belirlenecek aynı ildeki bir devlet üniversitesine devredilir.*

Yükseköğretim Kurulu tarafından faaliyet izninin kaldırılması kararının alındığı tarihte vakıf yükseköğretim kurumu mütevelli heyeti başkanı, üyeleri ile rektörü veya müdürünün görevleri sona erer. Bu tarihten tüzel kişiliğin sona ereceği tarihe kadar vakıf yükseköğretim kurumunun yönetimini devralan devlet üniversitesinin rektörü ilgili vakıf yükseköğretim kurumunun geçici mütevelli heyeti başkanı, üniversite yönetim kurulu da geçici mütevelli heyeti sıfatını kazanır. Bu süre boyunca vakıf yükseköğretim kurumunun geçici mütevelli heyeti başkanı ve üyeleri mevzuatta tanımlanan görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır. Tüzel kişiliğin sona ereceği tarihe kadar Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenecek Yükseköğretim Genel Kurulunun bir üyesi gözlemci sıfatıyla mütevelli heyeti toplantılarına katılır.

Eğitim öğretime fiilen devam eden öğrenci sayısının, vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyet izninin kaldırıldığı tarihteki mevcut öğrenci sayısının %10'unun altına düşeceği tarihte faaliyet izni kaldırılan vakıf yükseköğretim kurumunun kuruluş kanununun veya Bakanlar Kurulu Kararının yürürlükten kaldırılması için durum Milli Eğitim Bakanlığına bildirilir.

Tüzel kişiliğin sona ereceği tarihe kadar eğitim-öğretimini tamamlayan öğrenciler, faaliyet izni kaldırılan vakıf yükseköğretim kurumunun diplomasını alırlar. Tüzel kişiliğin sona erdiği tarihten sonra ise eğitim-öğretim vakıf yükseköğretim kurumunu devralan üniversitede devam eder ve mezun olan öğrencilerin diplomaları bu üniversite tarafından verilir.

Öğrenciler, tüzel kişiliğin sona ereceği tarihe kadar faaliyet izni kaldırılan yükseköğretim kurumunun eğitim-öğretim ücreti esaslarına göre ücret ödemeye devam ederler. Devrolunan öğrenciler ise devralan yükseköğretim kurumunun tabi olduğu esaslara göre ücret öderler.

Faaliyet izni kaldırılan vakıf yükseköğretim kurumunun, tüzel kişiliği sona erinceye kadar taşınır ve taşınmaz malları ile tüm aynı ve nakdi hakları devrolunan yükseköğretim kurumunca kullanılır; idari ve mali konularda vakıf yükseköğretim kurumlarının tabi olduğu hükümlere göre yönetilir; aynı usulle defter, belge ve kayıtlarının tutulmasına devam edilir; gelir, gider, borç, alacak ve yükümlülükleri devrolunan üniversite ile ilişkilendirilmeksizin bağımsız olarak yürütülür.

Faaliyet izninin kaldırılması kararı verilen vakıf yükseköğretim kurumunda çalışmakta olan akademik ve idari personelin hizmet sözleşmeleri vakıf yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğinin ortadan kalktığı tarih itibarıyla sona erer.”(m.27.)

5. Yükseköğretim Denetleme Kurulu

Daha önce de ifade edildiği üzere, Anayasa ve 2547 Sayılı Kanun, vakıf üniversitelerini denetleme yetkisini Yükseköğretim Kuruluna vermiştir. 2547 sayılı Kanunun 9. maddesiyle kurulan Yükseköğretim Denetleme Kurulu, yükseköğretim kurumlarında, eğitim-öğretim ve diğer faaliyetlerin, Kanunda belirtilen amaca ve ana ilkelere uygunluğunu Yükseköğretim Kurulunca hazırlanacak esaslara göre¹⁷ ve Kurul adına

¹⁷ Yükseköğretim Denetleme Kurulu denetim görevini, Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilat Görev ve Çalışma Usulleri Yönetmeliğine göre yerine getirmektedir. Yönetmeliğin ilgili iki maddesi şöyledir:

“Gözetim ve Denetim Alanı

MADDE 15. Kurul, Yükseköğretim Kurumlarında eğitim-öğretim ve diğer faaliyetlerin, Kanun’un 4. maddesindeki amaçlara, 5. maddesindeki ana ilkelere ve 65. maddesinde belirli yönetmelikler ile Yükseköğretim Kurulunun belirleyeceği diğer yönetmelikler ve esaslara ve gerekli görüldüğünde diğer kanunlara uygunluğunu Yükseköğretim Kurulu adına denetler.

Yükseköğretim kurumlarının çalışmaları ve özlük işleri, her türlü gelir ve harcamalar, bina, dersane, araç, gereç ve diğer fiziksel kaynaklar, kantin, matbaa, yayım faaliyetleri, döner sermaye ve benzeri kuruluşları, disiplin işleri, öğrenci ile ilgili her türlü işlemler, sosyal faaliyetler, eğitim-öğretim programları dışındaki öğrenci faaliyetleri, yükseköğretim kurumlarının üniversite dışındaki kurum ve kuruluşlarla ilişkileri ile diğer her türlü faaliyet ve işlemleri ve Yükseköğretim Kuruluna bağlı birimlerin tüm çalışmaları, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına verilecek görev dairesinde, Kurul tarafından gözetim ve denetim altında bulundurulur. Gözetim ve denetimin ne şekilde yapılacağı, Kurul tarafından belirlenecek ve Yükseköğretim Kurulunca onaylanacak gözetim ve denetim rehberinden belirtilir.

denetlemekle görevli olduğuna göre; vakıf üniversitelerinin denetlenmesinde de Yükseköğretim Denetleme Kurulu görev yapacaktır.

Nitekim Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 25. maddesine göre; Vakıf yükseköğretim kurumları Yükseköğretim Kurulunun gözetim ve denetimi altındadır. Bu kurumlar her ders yılı sonunda Yükseköğretim Kuruluna yıllık faaliyet raporu sunarlar ve Yükseköğretim Kurulunda bulunan diğer bilgi ve belgeler de göz önüne alınarak Yükseköğretim Kurulu Başkanının onay ve programı çerçevesinde Yükseköğretim Denetleme Kurulu tarafından denetleme ve değerlendirmeye tabi tutulurlar.

Şu hususu da belirtmek gerekir ki, Yönetmelikte belirtilen “rutin” denetim faaliyetinin yanı sıra, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı, haberdar olduğu herhangi bir hususun araştırılmasını da Denetleme Kurulundan isteyebilir.

6. Sonuç

Vakıf yükseköğretim kurumlarının denetiminde göze çarpan ilk temel sorun, denetim ölçütleri konusundaki yasal düzenleme yetersizliğidir. Denetim neticesinde uygulanacak yaptırımlar konusundaki eksiklik ise son düzenlemeyle giderilmiştir. Ayrıca şu noktayı vurgulamakta yarar bulunmaktadır: Vakıf yükseköğretim kurumları, 2547 sayılı Kanunun ek maddeleriyle düzenlenecek boyutu aşmıştır. Devlet dışında yükseköğretim hizmeti verecek kuruluşlar, ayrı bir kanunla uygulama dikkate alınarak yapılandırılmalıdır. Kuruluş, personel, çalışma esasları, denetim ve yaptırımlar günlük ihtiyaçlarla değil, geleceği öngörerek ve istikrar gözetilerek düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

Dinçkol, A., Hukuka Giriş, 10. Basım, İstanbul, 2014

GÜRAN, S., ‘Büyükşehir Belediyesi Yönetimi Üzerine’, İHİD, Yıl: 4, S. 1-3

ÖZAY, İ., Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004

Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, İstanbul, 2013

Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü

MADDE 19. Yükseköğretim Denetleme kurulu Başkanı, üye ve uzmanları münferiden veya toplu olarak, denetimleri sırasında, Yükseköğretim Kurumlarının her kademesindeki yöneticilerinden yazılı veya sözlü bilgi vermelerini, resmi belgelerin veya kayıtların suretlerini veya gerekli gördüklerinde asıllarını isteyebilirler.

Yükseköğretim Kurumlarının her kademesindeki ilgililer, Yükseköğretim Denetleme Kurulu üye ve uzmanlarının görevlerini yapmaları hususunda kendilerine kolaylık göstermeye ve yardımcı olmaya, yazılı veya sözlü sorularına cevap vermeye, görmeyi ve incelemeyi istedikleri her türlü resmi belge, kayıt ve defterler ile tesisleri itirazsız ve gecikmeksizin göstermeye mecburdurlar.”

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN MAVİ MARMARA KARARI VE KARARIN ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(The Decision of ICC Concerning Mavi Marmara and
Its Evaluation in terms of the International Law)

Ahmet Hamdi TOPAL*

ÖZET

Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılığı, Mavi Marmara Saldırısı'na dair Komorlar Birliği'nin başvurusu üzerine yaptığı ön incelemeyi tamamlamış ve 6 Kasım 2014'te soruşturma açılmaması yönünde karar vermiştir. Savcılık, İsrail Silahlı Kuvvetlerinin toplam sekiz gemiden müteşekkil Gazze Yardım Filosu'na dâhil Mavi Marmara isimli gemide, Mahkemenin yetkisi kapsamında savaş suçları işlendiğini gösterir mâkul bir temel bulunduğu, ancak inceleme neticesinde ortaya çıkan veya çıkabilecek delil ya da delillerin söz konusu suçların başkaca işlem yapılmasını gerekli kılabilecek yeterli ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Çalışmada, sorumluluğu doğduğu iddia edilen İsraili yetkililer aleyhine yürütülecek ceza yargılaması sürecini daha başlamadan sonlandıran bu karar, uluslararası hukuk açısından değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Mavi Marmara, Blockade, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ön İnceleme, Savaş Suçu, Kabul Edilebilirlik, Suçun Ağırlığı

Abstract

The Office of the Prosecutor of the ICC, by the decision reached after conclusion of preliminary investigation dated 6 November 2014 on the application made by the Union of Comoros, did not find a reasonable basis to proceed with an investigation in the case of Mavi Marmara which is a part of an eight-boat flotilla called "Gaza Freedom Flotilla". In the decision, the Office of the Prosecutor argued that although there is a reasonable ground indicating war crimes in the Comorian-registered vessel (the Mavi Marmara) committed by the Israeli

* Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ABD öğretim üyesi. (ahtopal@medipol.edu.tr)

Defense Forces, it would not be of sufficient gravity to justify further action by the Court. In this paper, the above mentioned decision, concluding the case at the early stage of proceedings despite findings on war crimes committed by the authorities of Israel, will be evaluated from the perspective of international law.

Keywords: Mavi Marmara, Abluka, International Criminal Court, Preliminary Examination, War Crimes, Admissibility, The Gravity of the Crime

Giriş

19 Eylül 2007'de Gazze Şeridi'ni "düşman bölge" ilan eden İsrail, Gazze kaynaklı saldırıların devam etmesini gerekçe göstererek silâh ve mühimmat girişini engellemek üzere Gazze Şeridi'ni denizden abluka altına alacağını açıklamış ve 3 Ocak 2009 itibarıyla ablukayı uygulamaya koymuştur.¹ Ablukanın neden olduğu insanî kriz karşısında, uluslararası alanda çeşitli yardım kampanyaları başlatılmıştır. Bu kapsamda, Özgür Gazze Hareketi isimli sivil toplum kuruluşu öncülüğünde, hem abluka altındaki Filistinlilere yardım ulaştırmak hem de ablukaya dikkat çekmek üzere farklı ülkelerden uluslararası sivil toplum kuruluşlarınca teşkil edilen ve içinde gönüllülerin de yer aldığı Gazze Yardım Filosu harekete geçmiştir.

Gazze Yardım Filosu'ndaki Mavi Marmara (*Komorlar Birliği-Yolcu Gemisi*), Sfondoni (*Togo-Yolcu Gemisi*), Challenger I (*Amerika Birleşik Devletleri-Yolcu Gemisi*), Eleftheri Mesogeios (*Yunanistan-Yük Gemisi*), Gazze 1 (*Türkiye-Yük Gemisi*) ve Defne Y (*Kiribati-Yük Gemisi*) 31 Mayıs 2010 tarihinde İsrail'in fiili müdâhalesiyle karşılaşmıştır. İsrail, müdâhale kapsamında Filo'nun sevk ve idâresinin gerçekleştirildiği ve açık denizde tüm gemilere tanınmış olan seyrüsefer serbestisini kullanmakta olan Mavi Marmara'ya en yakın sahil noktasına 72 mil, abluka sahasına 64 mil uzakta saldırmıştır.² Altı yüze yakın kişinin bulunduğu Mavi Marmara'ya yönelik saldırı neticesinde, dokuzu saldırı anında, biri sonradan olmak üzere toplam on yardım gönüllüsü hayatını kaybetmiş, birçoğu da yaralanmıştır. Yedi İsrail askerinin de yaralandığı belirtilen saldırı sonrasında, Filo'da bulunan tüm yardım gönüllüleri ve gemi mürettebatı gözaltına alınarak İsrail'in Aşdod Limanı'na götürülmüş; gemilere, yardım malzemelerine ve katılımcıların şahsî eşyalarına el koyulmuştur.³

¹ 1967 Altı Gün Savaşı'nda İsrail tarafından işgâl edilen Gazze Şeridi'ndeki İsrail askerleri 2005'te çekilmiş, bölgede meskûn Yahudi yerleşimciler de tahliye edilmiştir. Ancak İsrail, çekilme işlemini müteakiben yapılan seçimle işbaşına gelen Hamas hükümetini tanımamış ve Hamas'ı muhatap almamıştır. Bölgeye yönelik baskılarını giderek artıran İsrail, 2007'de Hamas'ın kontrolü altındaki bölgeye ilaç, gıda, akaryakıt gibi temel ihtiyaç maddelerinin girişine engel olmuş ve Filistinlilerin hareket serbestisini sınırlandırmıştır.

² Gazze Yardım Filosu'na yönelik bu müdâhale, ölüm ve yaralanmaların meydana gelmesine neden olan olayların Mavi Marmara'da yaşanmış olması sebebiyle çalışmada "Mavi Marmara Saldırısı" şeklinde kullanılacaktır.

³ İsrail tarafından gözaltına alınan bu kişiler sorgularının ardından sınır dışı edilmiş, gemiler de bir müddet sonra serbest bırakılmıştır.

Ablukayı ihlâl ettikleri gerekçesiyle insanî yardım amaçlı gemilerin durdurulması, zor kullanmak suretiyle gemilere çıkılması, sivillerin öldürülmesi pahasına içindeki yük ve yolcularla beraber gemilere el koyularak bunların Aşdod Limanı'na çekilmesi, uluslararası hukuk açısından çözüme kavuşturulması gereken birçok sorunu beraberinde getirmiştir. Mavi Marmara'nın bayrak devleti olan Komorlar Birliği de on kişinin ölümüne yol açan bu saldırıyı, 14 Mayıs 2013 tarihinde Uluslararası Ceza Mahkemesine (UCM) taşımış ve sorumluluğu doğduğu iddia edilen kişiler aleyhine cezaî yargılama sürecinin başlatılması talebinde bulunmuştur.⁴

UCM Savcılık Ofisi, İsrail askerlerince savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar işlendiği gerekçesiyle yapılan başvuruyu işleme koyarak "Ön İnceleme" (*preliminary examination*) safhasını başlatmıştır. Savcılık, yürütmüş olduğu ön inceleme kapsamında soruşturma açılıp açılmamasına yönelik olarak Mahkemenin yetkisi, işlenen suçlar, suçun ağırlığı ve tamamlayıcılık açısından başvuruyu incelemiş ve 6 Kasım 2014'te kararını açıklamıştır.⁵ Savcılık, İsrail Silâhlı Kuvvetlerinin Gazze Yardım Filosu'na dâhil Mavi Marmara isimli gemide, UCM'nin yetki alanına girebilecek savaş suçları işlendiğini gösterir mâkul bir temel bulunduğunu, ancak inceleme neticesinde ortaya çıkan veya çıkabilecek delil ya da delillerin söz konusu suçların UCM'de başkaca işlem yapılmasını gerekli kılacak yeterli ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Yapılan açıklamada, Roma Statüsü'nün 53. maddesi uyarınca UCM'nin yer, zaman ve konu bakımından yetkili olduğu kabul edilmekle birlikte, hukukî şartların gerçekleşmediği belirtilerek soruşturma (*investigation*) açılmaması yönünde karar verildiği ifade edilmiştir.⁶

İçerdiği tespitler ve İsraili yetkililer aleyhine yürütülecek ceza yargılaması sürecini daha başlamadan sonlandırması dikkate alındığında, kararın incelenmeye değer olduğu görülmektedir. Çalışmada soruşturma açılmamasına yönelik bu kararın incelenmesi kapsamında, ilk olarak UCM'nin yer ve zaman bakımından yargı yetkisi ele alınacak, ardından da kararda öne çıkan hususlar uluslararası hukuk açısından değerlendirilecektir.

⁴ Letter of Referral under Articles 14 and 12(2)(a) of the Rome Statute Arising from the 31 May 2010, Gaza Freedom Flotilla Situation (14 May 2013), (Kısaca Letter of Referral), <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf> (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).

⁵ ICC, *The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia-Article 53(1) Report*, 6 November 2014, (Kısaca OTP Report), [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf) (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).

⁶ Komorlar Birliği, madde 53(3)(a) kapsamında Ön Dava Dairesine başvurarak kararın gözden geçirilmesini talep edebilir. Ancak Ön Dava Dairesinin soruşturma açılmasını emretme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır, tüm yapabileceği kararın gözden geçirilmesini istemektir. Böyle bir talep olsa dahi Savcılık, soruşturma açılmaması yönündeki kararında ısrar edebilir.

I. UCM'nin Yer ve Zaman Bakımından Yargı Yetkisi

1998'de imzalanan Roma Statüsü uyarınca kurulan ve 1 Temmuz 2002'de faaliyete geçen UCM; millî mahkemelerin tamamlayıcısı mâhiyetinde kurulmuş, sürekli ve bağımsız bir yargı organıdır. UCM ile birlikte statü ve görevi ne olursa olsun uluslararası toplumu derinden etkileyen suçların faillerinin cezaî sorumluluklarına gidilmesi, tatbik edilecek cezaî müeyyidelerin işlenmesi muhtemel suçlar açısından caydırıcı bir rol oynaması, işlenen suçlar açısından cezasızlığın sona erdirilmesi ve mağdurlar için adaletin gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir. Bu kapsamda UCM, Statü'de düzenlenen herhangi bir suçun işlenmesi hâlinde her kademedeki devlet görevlileri dâhil ilgili gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Diğer taraftan Mahkeme, uluslararası toplumun barış ve güvenliğini bozduğu için bir bütün olarak uluslararası toplumu mağdur ettiği düşünülen soykırım suçu, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu üzerinde yargı yetkisine sahip kılınmıştır. Bu suçlar Statü'de tanımlanmış ve "Suçların Unsurları" isimli belgede de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.⁷

Öte yandan UCM tarafından yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin ön şartların açıklığa kavuşturulduğu 12. maddenin ilk fıkrasında, bir devletin Statü'ye taraf olmakla Statü'de düzenlenen suçlar bakımından Mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiği hükme bağlanmıştır. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında, taraf olmayan devletlerin de suç konusu olayla ilgili olarak UCM'nin yargı yetkisini kabul etmeleri hâlinde Mahkemenin yargı yetkisinin doğacağı kabul edilmektedir. "Yargı Yetkisinin Kullanılması" başlığını taşıyan 13. maddede, sırasıyla bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü bir durumun (*situaiton*) âkit devlet tarafından Savcılığa bildirebileceği⁸, BM Güvenlik Konseyinin BM Andlaşması VII. Bölüm çerçevesinde hareket ederek işlenen suçun bir veya birden fazla olduğu bir durumu soruşturması için Savcılığa sevk edebileceği⁹ ve bir suçun işlendiğine dair Savcılığın re'sen harekete geçebileceği belirtilmektedir.¹⁰ Bununla birlikte, Güvenlik Konseyi ve devletler Savcılıktan talepte bulunabilseler de, soruşturma açabilmek üzere Mahkemeye başvurma yetkisi münhasıran Savcılığa aittir. Dolayısıyla soruşturma açılıp açılmayacağına ve alınacak onaya bağlı olarak dava açılıp açılmayacağına karar vermek Savcılığın takdirine bağlıdır.

⁷ "Suçların Unsurları" isimli düzenleme için bkz. <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).

⁸ Statü'ye taraf devletler, Mahkeme yargılama yetkisini hâizse işlenen bir veya birden fazla suçun olduğu bir durumun soruşturulması için Savcılığa yönelik bir talepte bulunabilmektedir.

⁹ Bu sayede, suçun işlendiği devletin Statü'ye taraf olup olmadığına bakılmaksızın Güvenlik Konseyi kararıyla, uluslararası suç işlediği iddia edilen şahısların cezaî sorumluluğuna gidilebilecektir.

¹⁰ Savcılık, Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların işlendiğine dair ulaşılmış olduğu bilgi ve belgeler ışığında, işlenmiş bir ya da birden fazla suçun söz konusu olduğu bir durum hakkında 15. madde doğrultusunda re'sen soruşturma başlatılabilme imkânına sahip kılınmıştır.

Savcılığın, herhangi bir durum hakkında soruşturma açabilmesi için 53. maddede aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine dair bir ön inceleme yapması gerekmektedir. Savcılık söz konusu incelemeyi, madde 53(1)(a)-(c) kapsamında; yer, zaman, kişi ve konu bakımından yargı yetkisi, kabul edilebilirlik (tamamlayıcılık ilkesi ile suçun ağırlığı) ve adaletin tecellisi açısından yapacaktır.¹¹ Savcılığın ön inceleme kapsamında aşamalı bir incelemede bulunması söz konusudur. İlk olarak UCM'nin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığını araştırarak olan Savcılık, Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suç ya da suçların işlendiğini gösterir mâkul bir temelin bulunduğu yönünde bir kanaate ulaştığı takdirde, bu kez tamamlayıcılık ilkesi ve suçun ağırlığı kıstasını dikkate alarak kabul edilebilirlik açısından bir değerlendirme yapacaktır.¹² Mevcut durumun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi hâlinde, son olarak yapılacak soruşturmanın adaletin tecellisine katkı sağlayıp sağlamayacağına bakılacaktır. Ön incelemenin ardından da soruşturma açılması veya açılmaması yönünde nihâi

¹¹ Madde 53

Soruşturmanın başlatılması

1. Savcı, kendisine ulaştırılan bilgileri değerlendirdikten sonra, Statü çerçevesinde işlem yapılmasına gerek olmadığı kanaatine ulaşmadığı takdirde soruşturmayı (investigation) başlatır. Savcı, bir soruşturma açılıp açılmayacağına karar verirken şu hususları göz önünde bulundurur:

(a) Savcının elindeki bilgilerin, Mahkemenin yetkisine giren bir suçun işlenmiş veya işlenmekte olduğu kanaatinin doğmasına imkân veren mâkul bir temel oluşturup oluşturmadığı;

(b) Olayın 17. maddeye göre kabul edilebilirlik kıstasına uygunluğu veya uygun hâle gelip gelmeyeceği;

(c) Suçun ağırlığı ve mağdurların menfaatleri de dikkate alınmakla birlikte, bir soruşturma başlatmanın yine de adaletin tecellisine hizmet etmeyeceği yönünde maddî nedenler bulunup bulunmadığı. Eğer Savcı işleme devam etmek için mâkul bir temel bulunmadığına karar verir ve bu kararı sadece yukarıdaki (c) fıkrasına dayanarak alırsa Ön Dava Dairesine bilgilendirmede bulunur.

2. Savcı soruşturma neticesinde, aşağıdaki nedenlerle kovuşturma (prosecution) için yeterli temel bulunmadığı sonucuna ulaşabilir:

(a) 58. maddeye göre bir yakalama emri çıkarmak için yeterli hukukî veya maddî bir dayanağın bulunmaması;

(b) Davanın 17. maddeye göre kabul edilemez olması;

(c) Suçun ağırlığı, mağdurların menfaatleri, şüphelinin hastalığı veya yaşı ve işlendiği iddia edilen suçtaki rolü dâhil bütün hâl ve şartlar dikkate alındığında kovuşturmanın adalete hizmet etmeyecek olması;

Savcı, Ön Dava Dairesini ve 14. maddeye göre olayı intikal ettiren Devleti veya madde 13(b) kapsamında giren olaylarda Güvenlik Konseyini verdiği karar hakkında bilgilendirir ve kararının gereğini belirtir.

3. (a) 14. maddeye göre olayı Mahkemeye intikal ettiren Devletin veya madde 13(b) uyarınca Güvenlik Konseyinin talebi üzerine, Ön Dava Dairesi, Savcının 1. ve 2. paragraflarda belirtilen kararını gözden geçirebilir ve Savcıdan kararını tekrar değerlendirmesini isteyebilir.

(b) Buna ek olarak, Ön Dava Dairesi, kendi inisiyatifyle Savcının işlem yapmama kararını, kararın sadece paragraf 1 (c) veya 2 (c)'ye dayanması hâlinde gözden geçirebilir. Böyle bir durumda, Savcının kararı ancak Ön Dava Dairesi tarafından teyit edildiği takdirde geçerli olur.

4. Savcı, yeni olaylara veya bilgilere dayanarak soruşturma veya kovuşturma başlatıp başlatmama kararını her zaman yeniden gözden geçirebilir.

¹² Madde 53(1)(a)'da, Savcılığın mevcut bilgiler doğrultusunda Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçun işlendiği yönünde bir kanaate ulaşması aranmaktadır. Bu safhada, suçun tüm unsurlarının gerçekleştiğinin ispatlanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

karar verilecektir. Savcılık Makamının bu konudaki takdir yetkisi, Statü'de oldukça geniş tutulmuştur. Savcılığın vereceği nihâî kararın hukuka uygunluğunu denetleyebilecek tek merci ise, madde 53(3)(a)(b) uyarınca Ön Dava Dairesidir.

Mavi Marmara Saldırısı açısından bakıldığında, ne İsrail ne de Türkiye Statü'ye taraftır. Bununla birlikte Mavi Marmara'nın bayrak devleti olan Komorlar Birliği ile Rachel Corrie ve Eleftheri Mesogios/Sofia isimli gemilerin bayrak devletleri olan Kamboçya ve Yunanistan Statü'ye taraftır.¹³ Madde 12(2)(a)'ya göre, bu üç gemide işlenmiş suçlar Mahkemenin yetki alanına girmekte olup Mahkeme söz konusu gemiler üzerinde işlenen suçlar hakkında teorik olarak yargı yetkisine sahiptir.¹⁴

Madde 12(2)(a)'da, ülkesi üzerinde sorun teşkil eden olayın gerçekleştiği devlet veya suçun bir gemi veya uçakta işlenmiş olması ve söz konusu gemi veya uçağın kayıtlı olduğu devletin de Statü'ye taraf olması hâlinde, UCM'nin yer bakımından yetkili olacağı hükme bağlanmıştır. Mavi Marmara'nın bayrak devleti olan Komorlar Birliği de âkit devlet olarak Statü'nün madde 12(2)(a) ve 13 uyarınca başvuruda bulunarak Savcılığı harekete geçirmiştir. Mavi Marmara'ya yönelik saldırı 31 Mayıs 2010'da gerçekleştirildiğine göre, Mahkemenin zaman itibarıyla da yargı yetkisinin bulunduğu görülmektedir.¹⁵ Mavi Marmara, 31 Mayıs 2010 itibarıyla Komorlar Birliği'ne kayıtlıdır ve Komorlar Birliği de 18 Ağustos 2006'dan itibaren Roma Statüsü'ne taraftır. Bu durumda UCM, madde 126(2) uyarınca 1 Kasım 2006'dan itibaren Komorlar Birliği bakımından yargı yetkisine sahiptir. Dolayısıyla UCM'nin yargı yetkisinin var olabilmesi için 12. maddede öngörülen şart, hukuken herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde gerçekleşmiştir.

Öte yandan Mahkemenin yer bakımından yargı yetkisinin Filo'daki gemilerin ele geçirilmesinin ardından gemilerde bulunan şahıslara yönelik herhangi bir eylem ve davranışı içermediği kabul edilmiştir.¹⁶ İlerleyen kısımda ifade edileceği üzere, yardım gönüllüleri uluslararası hukuka göre himâye altındaki şahıs kategorisinde yer almaktadır. Bu kişilerin saldırının ardından başka gemilere nakledilmeleriyle birlikte, Mahkemenin yargı yetkisinin kalktığı yönündeki bir kararın hukuken tartışmaya

¹³ Madde 126(2) uyarınca UCM, Statü'yü 11 Nisan 2002'de imzalayan Kamboçya için 1 Temmuz 2002, 15 Mayıs 2002'de imzalayan Yunanistan için de 1 Ağustos 2002 itibarıyla yargı yetkisine sahiptir.

¹⁴ Bu üç geminin de bayrak devletlerinin Statü'ye taraf olduklarını belirten Savcılık, Komorlar Birliği gibi Yunanistan ve Kamboçya tarafından da başvurulduğu takdirde Mahkemenin söz konusu gemilerde işlenen suçlar açısından da potansiyel olarak yargı yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir. Ancak kararda da belirtildiği üzere bu gemilerin durdurularak ele geçirilmeleri sırasında, Mavi Marmara'da yaşananlarla mukayese edilebilecek düzeyde bir olumsuzluk yaşanmamıştır.

¹⁵ Savcılık, ön incelemeye konu durumun 31 Mayıs 2010'da Mavi Marmara'nın da içinde yer aldığı gemilere yönelik müdahaleyle başladığını, 5 Haziran 2010 tarihinde Rachel Corrie isimli geminin benzer şekilde durdurularak ele geçirilmesiyle devam ettiğini belirtmektedir. Bkz. OTP Report, para. 15.

¹⁶ OTP Report, para. 143.

açık olduğunu özellikle belirtmek gerekir. Gemilerin ele geçirilmesinin ardından İsrail askerlerinin uyguladığı şiddetin dikkate alınmamasını haklı kılacak hukukî bir mesnetten bahsetmek mümkün değildir.¹⁷

II. Savcılığın Ön İnceleme Kapsamında Yetkisi ve Raporda Yararlanılan Bilgi Kaynakları

UCM mevzuatına göre, Savcılığın ön inceleme aşamasında soruşturma yapma yetkisi bulunmamaktadır. Savcılığın bu aşamadaki yetkisi; sahip olduğu bilgiler ve açık kaynaklarla sınırlı olup 54. maddede düzenlenen soruşturma yetkilerini kullanabilmesi ve delil toplaması söz konusu değildir. Bu yüzden ön inceleme sonunda verilen karar, bir soruşturmanın neticesi olmayıp mevcut bilgiler çerçevesinde hazırlanmaktadır.

Savcılık, bahse konu kural uyarınca yürüttüğü ön inceleme kapsamında bizzat bir araştırma yapmamış, kendisine sunulan bilgi ve belgeler ile açık ve güvenilir olduğu ifade edilen diğer kaynakları esas almıştır. Savcılık, Komorlar Birliği'nin başvuru dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin tetkiki kapsamında, bilhassa Mavi Marmara Saldırısı'nı soruşturmak üzere İsrail ve Türkiye tarafından kurulan komisyonlar ile Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Konseyince kurulan Uluslararası Veri Toplama Misyonu ve BM Genel Sekreteri Ban Ki Moon'un talimatıyla teşkil edilen Soruşturma Paneli tarafından hazırlanan raporları dikkate almıştır.¹⁸

Yeri gelmişken söz konusu raporlar arasında, varılan neticeler itibarıyla mühim farklılıklar olduğuna işaret etmek gerekir. İsrail ve Türkiye tarafından kurulan komisyonlar bir tarafa, özellikle BM bünyesinde oluşturulan Komisyonlarca hazırlanan raporlarda farklı hukukî neticelere ulaşılmıştır.¹⁹ Mesela "Uluslararası Veri

¹⁷ Oysa Komorlar Birliği tarafından yapılan başvuruda, Mavi Marmara'ya yönelik saldırı ile İsrail'e götürülen mürettebat ve yardım gönüllerinin bu süre zarfında mâruz kaldıkları şiddet kapsamında askerlerin savaş suçu ile insanlığa karşı suç işledikleri iddia edilmiştir. Bkz. Letter of Referral, para. 58-63.

¹⁸ Turkish National Commission of Inquiry, *Report on the Israeli Attack on the Humanitarian Aid Convoy to Gaza on 31 May 2010 (Ankara, 11 February 2011)*, <http://www.mfa.gov.tr/data/Turkish%20Report%20Final%20-%20UN%20Copy.pdf>; The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010, *The Turkel Commission Report, Part I (23 January 2011)*, <http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/8808report-eng.pdf>; *Part II, (February 2013)*, <http://www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel%20Report%20for%20website.pdf>; UN Human Rights Council, *Report of the International Fact-Finding Mission to Investigate Violations of International Law, Including International Humanitarian and Human Rights Law, Resulting from the Israeli Attacks on the Flotilla of Ships Carrying Humanitarian Assistance, At HRC/15/21 (27 September 2010)*, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.21_en.pdf; UN, *Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident (July 2011)*, http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).

¹⁹ Aksar, BM bünyesinde teşkil edilen farklı komisyonlarca kaleme alınan raporların aynı konuda çok farklı neticelere ulaşmaları ve hukukî tespitlerde bulunmalarının BM'ye ve uluslararası huku-

Toplama Misyonu” tarafından hazırlanan raporda özetle;²⁰ Gazze Şeridi'nin işgal altında olduğu, ablukanın hukuka aykırı olduğu, Gazze'deki sivil halkı topluca cezalandıran ablukanın bu hâliyle sürdürülemez olduğu, İsrail'in hukuka aykırı ablukayı korumak amacıyla açık denizde gerçekleştirdiği müdâhalenin uluslararası hukuk kurallarını ihlâl ettiği ve BM Andlaşması'nın 51. maddesi kapsamında meşrû müdâfaa olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, güvenlik temelinde İsrail'in uyguladığı ablukanın ve İsrail askerlerinin yardım konvoyuna yönelik eylemlerinin gerek insan hakları hukuku gerekse insancıl hukuk açısından ihlâller içerdiği sonucuna ulaşılmıştır.²¹ Buna mukâbil, 2 Ağustos 2010'da BM Genel Sekreteri Ban Ki Moon'un talimatıyla oluşturulan “Soruşturma Paneli” tarafından hazırlanan raporda, tamamen aksi yönde tespitlere yer verilmiştir. İhtivâ ettiği bulgu ve ulaştığı sonuçlar itibarıyla İsrail tezlerinin benimsediği görülen Palmer Raporu'na göre, İsrail'in güvenlik gerekçesiyle deniz ablukası uygulaması, BM Andlaşması 51. maddesine göre meşrû müdâfaa niteliğinde olup uluslararası hukuka uygundur. Bu bağlamda İsrail askerlerinin gerçekleştirdiği eylemler, meşrû müdâfaa kapsamında mütâlaa edilmemelidir.²²

III. Silâhlı Çatışmanın Varlığı

Yukarıda kısaca değinildiği üzere Savcılık, Mavi Marmara'ya yönelik saldırıda İsrail askerlerinin savaş suçu işlediği sonucuna ulaşmıştır. Ancak savaş suçundan bahsedebilmek için, silâhlı çatışma ile suç teşkil ettiği iddia edilen fiiller arasında bir bağlantı olması şarttır.

Bilindiği üzere silâhlı çatışma, devletler arasında vukû bulan savaş ve savaş boyutuna ulaşmayan çatışmalarla, devlete karşı mücadele veren silâhlı grupların karıştığı veya bu grupların kendi aralarında gerçekleştirdikleri çatışmaları ifade etmektedir. Benzer bir tanım, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) tarafından *Tadic Davası*'nda yapılmıştır. Savcılık tarafından da atıf yapılan bu tanıma göre silâhlı çatışma, “devletler arasında silâhlı kuvvete başvurulması ya da hükümet kuvvet-

ka olan güveni zedelediği görülmektedir. Bu konuda bkz. Yusuf Aksar, *Birleşmiş Milletler Palmer (Mavi Marmara) Raporu ve Uluslararası Hukuk*, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt 9, Sayı 33, 2012, s. 23-40.

²⁰ Mavi Marmara Saldırısı'nın ardından saldırıyla ilgili insan hakları hukuku ve insancıl hukuk ihlâllerinin tespiti amacıyla 2 Haziran 2010 tarihinde BM İnsan Hakları Konseyince kurulan “Uluslararası Veri Toplama Misyonu” tarafından hazırlanan rapor, bundan sonra kısaca heyete başkanlık eden Karl T. Hudson-Phillips'e izafeten *Hudson-Phillips Raporu* şeklinde kullanılacaktır.

²¹ Hudson-Phillips Raporu, para. 54, 60, 63-64, 261, 263-264.

²² Heyete başkanlık eden Geoffrey Palmer'a izafeten *Palmer Raporu* şeklinde isimlendirilen raporda, ablukanın Gazze Şeridi'ne silâh girişini önlemek için uygulamaya konulan bir hukukî güvenlik tedbiri olduğu ve uluslararası hukuk kurallarına uygunluk açısından sorun teşkil etmediği ifade edilmektedir. Bkz. Palmer Raporu, para. 164.

leriyle örgütlenmiş silâhlı gruplar veya bir devlet ülkesi üzerinde bu tür silâhlı gruplar arasında gerçekleşen uzun süreli silâhlı şiddet” anlamına gelmektedir.²³

Gerek ablukanın hukukî bir uygulama olup olmadığının gerekse 8. maddedeki ayırım dikkate alınarak savaş suçu kapsamında uluslararası olan veya olmayan silâhlı çatışmalarda işlenen suç fiillerinden hangilerinin işlendiğinin tespit edilebilmesi için, 31 Mayıs 2010 itibarıyla Hamas ile İsrail arasındaki silâhlı çatışmanın hukukî mâhiyetinin ortaya konulması mecburidir. Kararda, Mavi Marmara Saldırısı’nın İsrail’in Gazze Şeridi’ni işgâli ve uyguladığı abluka bağlamında gerçekleştirildiği belirtilerek söz konusu bağlantı kurulmuştur.²⁴ Savcılık, saldırının gerçekleştirildiği tarih itibarıyla İsrail ile Hamas arasındaki çatışmanın uluslararası silâhlı çatışma tanımına uymadığını belirtmekle birlikte, Gazze Şeridi’nin işgâl altında olduğunu dikkate alarak mevcut durumu uluslararası nitelikte bir silâhlı çatışmanın parçası olarak incelemiş ve değerlendirmelerini bu yönde yapmıştır.²⁵

A. Gazze Şeridi’nin İşgâl Altında Olup Olmadığı

İşgâl altındaki topraklarda vukû bulan tüm çatışmaların, uluslararası silâhlı çatışmalara ilişkin hukuk kurallarına tâbi olacağı düşünülebilir. Çatışan tarafların iki veya daha fazla devlet olması hâlinde, çatışmanın bağımsız devletler arasında gerçekleşmesi sebebiyle bu düşünce doğrudur.

Somut olay açısından bakıldığında, İsrail’in 1967’de Gazze Şeridi ve Batı Şeria’yı ele geçirerek Mısır ve Ürdün topraklarını işgâl ettiği, dolayısıyla Gazze Şeridi’nde Hamas ile İsrail arasında devam eden çatışmanın uluslararası bir silâhlı çatışma sayılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, işgâl altındaki topraklarda vukû bulan şiddet hareketleri, Filistin topraklarının işgâliyle neticelenen 1967 Altı Gün Savaşı kapsamında uluslararası bir silâhlı çatışma şeklinde değerlendirilemez. Uluslararası hukuka göre işgâl (*occupation*), istilâ (*invasion*) ile düşmanlıkların sonlandırılmasına yönelik andlaşmalar arasındaki döneme tekâbülden geçen bir durumu yansıtmaktadır.²⁶ İs-

²³ ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No: IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995, para. 70. Mavi Marmara Saldırısı’na ilişkin olarak Savcılık da bu tanıma yer vermiştir. Bkz. OTP Report, para. 19.

²⁴ OTP Report, para. 128.

²⁵ Savcılığın tespitinin tartışmalı olduğunu ve aksi yönde de görüşlerin olduğunu belirtmek gerekir. Mesela Mavi Marmara Saldırısı’nı uluslararası ceza hukuku açısından değerlendiren Russel Buchan ile Mavi Marmara Saldırısı’yla bağlantılı olarak silâhlı çatışmalarda abluka uygulamasını ele alan Douglas Guilfoyle, 31 Mayıs 2010 itibarıyla Hamas ile İsrail’in uluslararası olmayan bir silâhlı çatışmanın tarafları oldukları görüşündedir. Bkz. Russel Buchan, *The Mavi Marmara Incident and the International Criminal Court*, Criminal Law Forum, Cilt 25, Sayı 3-4, 2014, s. 465-503; Douglas Guilfoyle, *The Mavi Marmara Incident and Blockade in Armed Conflict*, *British Yearbook of International Law*, Cilt 81, Sayı 1, 2010, s. 171-223.

²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Naletilic & Marchinovic*, Case No: IT-38-94-T, Judgment, Trial Chamber, 31 March 2003, para. 214.

rail'in 1979 ve 1994 yıllarında Mısır ve Ürdün'le barış andlaşması imzaladığı dikkate alındığında, söz konusu devletler arasında devam etmekte olan bir silâhli çatışmadan bahsedilemez. Kaldı ki gerek Mısır gerek Ürdün, Filistin toprakları üzerinde egemenlik iddiasında bulunmadıkları gibi Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını da tanımaktadır. Bu durumda meydana gelen şiddet hareketlerinin geçmişten bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi lüzumu ortaya çıkmaktadır.

Milletlerarası Adalet Divanı, İsrail'in işgâl altındaki Filistin topraklarında inşâ ettiği duvara ilişkin 9 Temmuz 2004 tarihli istişârî mütâlaasında, IV Nolu Cenevre Sözleşmesi açısından Filistin topraklarının işgâl altında olduğu tespitinde bulunmuştur.²⁷ Kararın verildiği tarihte, İsrail henüz Gazze Şeridi'nden çekilmemiş ve yerleşimciler de tahliye edilmemiştir. Kısa bir süre sonra tek taraflı olarak Gazze Şeridi'ndeki askerî varlığını sona erdiren ve yerleşimcilerin de tahliyesini sağlayarak bölgeden çekilen İsrail, işgâlcî güç olduğunu kabul etmemektedir.²⁸ İşgâlin kabulü hâlinde uygulanması gereken insancıl hukukun kısıtlayıcı hükümleriyle karşılaşmak istemeyen İsrail, işgâlcî güç olduğu yönündeki iddiaları ısrarlı bir şekilde reddetmektedir. Ancak çekilme işlemine rağmen İsrail, Gazze Şeridi'nin kara sınırlarını korumaya ve izlemeye, hava sahasında münhasıran yetki kullanmaya ve Gazze Şeridi kıyılarında güvenlik amaçlı faaliyetlerde bulunmaya devam edeceğini ilan etmiş ve bölge üzerindeki denetimini devam ettirmiştir. Bu durumda çözüme kavuşturulması gereken husus, çekilme işlemiyle birlikte hukuken işgâlin sona erip ermediğidir.

İşgâlin devam edip etmediği hususunda esas alınacak olan kıstas, aynı zamanda örfî uluslararası hukuk değeri taşıyan 1907 tarihli IV Nolu Kara Harbindeki Kanun ve Âdetlere İlişkin Lahey Sözleşmesi'ne Ek Lahey Yönetmeliği'nin 42. maddesidir. Mezkûr düzenlemede, “*Düşman ordusunun fiilen yetkisi/otoritesi altına konulmuş bulunan bir toprak işgâl edilmiş gibi telâkki edilir. İşgâl ancak bir yetkinin/otoritenin tesis edildiği ve kullanıldığı ülkeye şâmil olur.*” hükmüne yer verilmiştir. Madde metninden hareketle, işgâlcî olduğu iddia edilen devletin söz konusu topraklar üzerinde açık bir şekilde yetki/otorite tesis etmesi ya da etkili kontrole (*effective control*) sahip olması hâlinde, işgâlin varlığı kabul edilecektir. Etkili kontrol, bir bölge üzerinde kontrole sahip olmak ve gerektiğinde bu kontrolü sağlamak için güç uygulamak şeklinde iki unsur içermektedir. Dolayısıyla, etkili kontrolden bahsedebilmek için süreklilik arz eden bir askerî varlığın bulunması şart değildir. Nitekim EYUCM, *Naletilic & Martinovic Davası*'nda işgâlcî devletin bölgede yeterli bir gücünün bulunması ya da ihtiyaç hissettiği bir durumda mâkul bir süre içinde birliklerini bölgeye göndererek

²⁷ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 90-101.

²⁸ Israel Ministry of Foreign Affairs, *The Cabinet Resolution Regarding the Disengagement Plan*, 6 June 2004, <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Revised+Disengagement+Plan+6-June-2004.htm> (Erişim Tarihi 29 Aralık 2014).

otorite tesis etme kapasitesine sahip olması hâlinde işgâlin söz konusu olabileceğini kabul etmektedir.²⁹ Ayrıca işgâlcî gücün bölgenin fizikî, iktisadî ve sosyal durumu üzerindeki etkisi de, kontrolün var olup olmadığına dair dikkate alınması gereken diğer bir husustur. Mevcut durumda İsrail'in bölgede açık bir şekilde otorite tesis etmesi ve sürekli bir askerî varlık bulundurması söz konusu olmamakla beraber, İsrail'in bölgede etkili kontrole sahip olduğu açıktır. İsrail, Gazze Şeridi'nden çekilmiş olsa da hava sahasını ve karasularını kontrol altında tutmaya devam ederek hava ve deniz yoluyla gerçekleştirilen mal sevkiyatı ile insan giriş ve çıkışına izin vermemiş; sağlık, elektrik, su ve iletişim gibi altyapı hizmetlerinin sağlanmasında belirleyici güç olmaya devam etmiştir. Öte yandan İsrail'in bölgeden çekilmiş olması; gerçekleştirdiği saldırıların sıklığı, ölçek ve tahrip edici gücü bakımından herhangi bir değişikliğe yol açmamıştır. Tüm bu hususlar, İsrail'in fiilen işgâlcî güç olarak bölgedeki varlığını sürdürdüğünü ve bölgede hâkim güç konumunda bulunduğunu, Gazze Şeridi'nin işgâl altındaki toprak statüsünde olduğunu ortaya koymaktadır.

Savcılık da bölge üzerinde etkili kontrole sahip olduğu gerekçesiyle İsrail'in Gazze Şeridi'nde işgâlcî devlet statüsünde olduğunu kabul etmiştir.³⁰ Karardan da anlaşıldığı üzere, her ne kadar İsrail aksini iddia etse de işgâl durumu devam etmekte ve İsrail işgâlcî güç olarak görülmektedir.

B. Silâhlı Çatışmanın Hukukî Mâhiyeti

Silâhlı çatışmanın varlığı kabul edildiği takdirde, Gazze Şeridi'ni hedef alan ablukanın hukuken meşrû olup olmadığı belirlenmesi açısından çatışmanın hukukî mâhiyetinin açıklığa kavuşturulması elzemdir. Ablukanın uluslararası silâhlı çatışmalarda uygulanabilir bir harp yöntemi olduğu dikkate alındığında, meşrû bir ablukadan bahsedebilmek için bu tespit belirlenmesi için bu tespitin belirleyici bir değere sahip olduğu görülür. O hâlde cevaplanması gereken husus, İsrail ile Hamas arasındaki çatışmanın uluslararası silâhlı çatışma sayılıp sayılmayacağıdır.

Kararda; işgâl statüsünün kabulüne bağlı olarak İsrail ve Hamas arasındaki çatışma, uluslararası silâhlı çatışma kapsamında değerlendirilmiştir. Gazze Şeridi'nin işgâl altında olduğu ve uluslararası silâhlı çatışmalar hukukunun işgâl altındaki topraklarda da geçerli olduğu kuralından hareket eden Savcılık, mevcut çatışmanın uluslararası nitelikte olduğu neticesine ulaşmıştır.³¹ Savcılık, İsrail'in 2005 yılında bölgeden çekildiği, bölgenin kontrolünü elinde bulundurmadığı ve işgâlcî konumunda olmadığı yönündeki iddialarına mukâbil işgâlin devam ettiği ve İsrail'in işgâlcî konumunda

²⁹ ICTY, *Prosecutor v. Naletilic & Marchinovic*, Case No: IT-38-94-T, Judgment, Trial Chamber, 31 March 2003, para. 217.

³⁰ OTP Report, para. 27.

³¹ OTP Report, para. 16, 21, 137.

olduğu yönünde karar vermiştir.³² Buna rağmen Savcılık, somut olay itibarıyla uluslararası olan veya olmayan silâhli çatışmalar açısından yapılacak bir incelemede esaslı bir benzerlik olduğunu belirterek bu aşamada çatışmanın hukukî açıdan sınırlandırılmasına yönelik kesin bir kanaat ortaya koymayı gereksiz bulmuştur. Savcılık, uluslararası silâhli çatışmalarda uygulanacak kuralların uluslararası olmayan silâhli çatışmalara nazaran daha geniş bir koruma sağladığını belirterek ön inceleme bakımından uluslararası silâhli çatışmalara ilişkin hükümleri uygulamayı tercih etmiştir.³³

İsrail'in Gazze Şeridi'ne yönelik saldırılarda bulunduğu, uyguladığı şiddetin yoğunluğu ve kullandığı silâhlar, meydana gelen can ve mal kaybının boyutları ile bölgede kalıcı ve başarılı bir barış ortamı tesis edilemediği dikkate alındığında, İsrail ve Hamas'ın uzun süredir devam eden bir silâhli çatışma içinde olduğu görülmektedir. Yaşanan çatışmalar, münferit şiddet eylemleri veya basit sınır çatışmaları şeklinde nitelendirilemez. Planlı bir şekilde gerçekleştirilen saldırılar, EYUCM'nin öngördüğü şekilde uzun süreli ve geniş kapsamlı olup İsrail'in de ifade ettiği üzere açıkça silâhli çatışma niteliğine sahiptir.³⁴ Dolayısıyla, Mavi Marmara Saldırısı'nın gerçekleştiği 30 Mayıs 2010 itibarıyla, tarafların silâhli bir çatışma içinde olduğu bir veri olarak kabul edilmelidir. Ancak Hamas ile İsrail arasındaki çatışmanın, iki veya daha fazla devlet arasında silâhli çatışma anlamına gelen klasik anlamda bir uluslararası silâhli çatışma olmadığı da bir gerçektir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi İsrail, mevcut konumu itibarıyla işgâlcî güç statüsünü devam ettirmektedir. İşgâl altındaki topraklarda da, işgâl statüsünün gerektirdiği hukukî kurallar bütünü uygulamaya koyulacaktır. Hâliyle işgâlcî güç olarak İsrail'in de uluslararası hukukun gerektirdiği muayyen yükümlülükleri bulunmaktadır. Sivillerin korumayı amaçlayan bu düzenlemelerle birlikte, işgâlin siviller üzerindeki menfi etkisini olabildiğince azaltmak ve hayatın normal bir şekilde devamını sağlamak istenmektedir. Ancak işgâl altındaki topraklarda 1949 tarihli IV Nolu Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanacak olması, Savcılığın kararında da görüldüğü üzere çatışmanın uluslararası nitelik kazandığı ve uygulanan ablukanın hukuken meşrû bir uygulama olduğu yönünde bir düşüncüyü de beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte işgâlin varlığı, mevcut silâhli çatışmayı kendiliğinden uluslararası bir silâhli çatışmaya dönüştürmemektedir.³⁵ Bir devletin devlet dışı aktörle devam eden çatışma kaynak-

³² OTP Report, para. 26-29. Kararda, Roma Statüsü'ne bağlı Suçların Unsurları başlıklı düzenlemenin de etkili olduğu söylenebilir. Söz konusu düzenlemede, silâhli çatışmaya dair herhangi bir tanıma yer verilmemiş olmakla beraber, madde 8(2)(a)(ii)-2'ye ilişkin 34 nolu dipnotta uluslararası silâhli çatışma kavramının askerî işgâlleri de içerdiği belirtilmektedir.

³³ OTP Report, para. 17.

³⁴ İşgâlcî güç şeklinde nitelendirilmeye karşı çıkan İsrail, Hamas ve Gazze Şeridi'ndeki diğer Filistinli örgütlerle uluslararası bir silâhli çatışma içinde olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Turkel Raporu, para. 44.

³⁵ Guilfoyle, s. 181; Buchan, s. 483; Ahmet Hamdi Topal, *İsrail'in Gazze Ablukası ve Mavi Marmara*

lı hak ve yükümlülükleri, uluslararası olmayan silâhlı çatışmalara yönelik kurallara tâbidir. İşgâlcı devlet olarak İsrail'in sivil halka yönelik yükümlülüklerinin; silâhlı çatışmanın niteliğine bakılmaksızın uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanması amacı doğrultusunda 1949 tarihli IV Nolu Cenevre Sözleşmesi'ne, çatışma hâlinde olduğu devlet dışı aktör konumundaki Hamas'la ilişkilerinin de uluslararası olmayan silâhlı çatışmalara dair kurallara tâbi olması birbirine zıt uygulamalar değildir. Aynı bölgede farklı yükümlülüklerden kaynaklanan ve birbirine paralel şekilde işleyen hukukî rejimler söz konusudur. Nitekim Milletlerarası Adalet Divanı, 1949 tarihli IV Nolu Cenevre Sözleşmesi'nin amaçları bakımından Filistin ile İsrail arasındaki silâhlı çatışmanın uluslararası nitelikte olduğuna karar vermiştir.³⁶ İnsancıl hukukun amacının, olabildiğince insanî koruma sağlamak olduğu dikkate alındığında, daha kapsamlı bir koruma sistemi öngören uluslararası silâhlı çatışmalara ilişkin hukuk kuralların tüm silâhlı çatışmalarda uygulanması tabii karşılanmalıdır. Netice olarak Gazze Şeridi'nin işgâl altında olduğu ve bu yüzden uluslararası silâhlı çatışmalar hukukuna tâbi olduğu, hâliyle de uluslararası silâhlı çatışmalarda uygulanabilir bir harp yöntemi olarak ablukanın Gazze'de uygulanabileceği görüşünün kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır.

IV. Kuruluşu İtibarıyla Ablukanın Hukukî Meşrûiyeti

Uluslararası hukuk, silâhlı çatışma kapsamında düşman tarafın uluslararası toplumla ilişkisini engellemeye yönelik tedbirlerin alınmasına izin vermektedir. Bu amaca yönelik bir uygulama olan abluka; tarafsız devletlerle bağlantısının kesilmesi amacıyla düşman devletin liman ve sahillerinin kuşatılmasını, tâbiyetlerine bakılmaksızın tüm gemi ve uçakların abluka hattına giriş ve çıkışlarının denetim altına alınmasını içeren bir harp metodudur. Ancak ablukanın meşrûiyetine ve uygulama esaslarına ilişkin herhangi bir uluslararası andlaşma bulunmadığını, ablukanın örfi uluslararası hukuk kapsamında düzenlendiğini öncelikle belirtmek gerekir. Bu kapsamda 1994 tarihli Denizdeki Silâhlı Çatışmalara Uygulanabilir Uluslararası Hukuka İlişkin San Remo El Kitabı (*The San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflict at Sea* SRM), diğerlerine nazaran hem yakın tarihli bir düzenleme olması ve hem de muhtevâsı itibarıyla günümüz deniz harbine ilişkin örfi uluslararası hukuk kurallarını yansıtmaması bakımından temel bir değere sahiptir.

SRM, ablukanın sadece uluslararası silâhlı çatışmalarda uygulanabileceğini öngörmektedir. Aslında deniz alanlarındaki silâhlı çatışmaların düzenlendiği SRM'de silâhlı çatışmadan kastedilenin uluslararası silâhlı çatışmalar olduğuna dair herhan-

ra Saldırısı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 32, Sayı 1, 2012, s. 126.

³⁶ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 136.

gi bir ifadeyle karşılaşılmamaktadır. Bununla birlikte SRM'ye eşlik eden Açıklama metninde, söz konusu düzenlemenin sadece uluslararası silâhlı çatışmalar için tatbik edilebilir olduğu açıkça belirtilmiştir. Doktrinde de ablukanın uluslararası silâhlı çatışmalarda uygulanabilir bir harp yöntemi olduğu genel kabul görmektedir.³⁷

Hukuken meşrû bir abluka kurulduğu kabul edildiği takdirde, abluka yoluna başvuran devletin bu uygulamayı ihlâlâ yönelik teşebbüsleri önleme yetkisi doğmaktadır. Ablukanın etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için, ablukayı boşa çıkarmayı hedefleyen gemilere karşı ilgili devletin koruma hakkı söz konusudur.³⁸ SRM'ye göre ablukaya başvuran devlet, ablukayı ihlâl eden veya edeceği anlaşılan gemileri durdurabilir ve bunları zaptedebilir.³⁹ Ayrıca söz konusu gemilere yönelik ikazın ardından gemilerin kasten ve açıkça durmayı reddetmesi veya ziyaret, araştırma ya da el koymaya direnmesi hâlinde gemilere karşı kuvvet kullanımına başvurulabilir.⁴⁰ Geminin durdurulmasına veya zaptedilmesine açıkça karşı çıkılması hâlinde, gemi meşrû bir askerî hedef hâline gelmektedir.⁴¹ Bu durumda önleme amaçlı müdâhale, sadece gereklilik ve orantılılık şartları açısından değerlendirilecektir.⁴² Ancak abluka hukuka aykırı kabul edildiği takdirde, müdâhalenin bizâtihi kendisi hukuka aykırı olacaktır.

Görüldüğü üzere uluslararası silâhlı çatışmalar kapsamında denizden abluka uygulayan devlet, ablukayı ihlâl eden ya da ihlâlâ teşebbüs eden düşman ya da tarafsız tüm devletlerin gemilerine ve yüklerine el koyma ve bunları cezalandırma hakkına sahiptir. İsrail'in abluka uygulama hakkına sahip olduğu kabul edildiği takdirde, ablukayı ihlâlâ yönelik teşebbüsler karşısında bunlara engel olma hakkı doğmaktadır. İsrail de Gazze Yardım Filosu'na yönelik müdâhaleyi, ablukayı kırmayı amaçlayan bir gemi ya da gemilere karşı ilgili devletin müdâhalede bulunabileceğini öngören uluslararası hukuk kurallarına dayandırmaktadır.⁴³

Savcılık, ablukanın meşrûiyeti bakımından farklı görüşlerin bulunduğunu belirterek mevcut ön incelemenin amaçları bakımından bu konuda bir tespitte bulunulmasını gerekli görmemiştir. Savcılığa göre yapılacak tespit, sadece işlenen suç tiplerinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.⁴⁴ Çatışmanın uluslararası olması

³⁷ Topal, s. 115.

³⁸ SRM paragraf 67(a)'da, kaçak harp malzemesi taşıdığına veya ablukayı ihlâl ettiğine ilişkin mâkul gerekçelerin var olması ve durması yönünde ikaz edildiği hâlde ilgili geminin kasten ve açık bir şekilde durmayı reddetmesi veya ziyaret edilmeye, aramaya ya da el koymaya direnmesi hâlinde tarafsız ticarî gemilere saldırılabileceği ifade edilmiştir.

³⁹ SRM, para. 98, 146(f).

⁴⁰ SRM, para. 67(a) ve 98.

⁴¹ SRM, para. 40-41, 47-48, 52, 67(a).

⁴² SRM para. 39, 46.

⁴³ Topal, s. 145.

⁴⁴ Savcılık, ablukanın hukukî bir mesnede sahip olup olmadığı hususunun sadece Mavi Marma-

veya olmaması hâlinde söz konusu olabilecek savaş suçları açısından içerik itibarıyla büyük ölçüde bir benzerlik olacağına dikkat çeken Savcılık, ön inceleme aşamasında çatışmanın hukukî niteliği üzerinde kesin bir kanaat ifade etmenin gereksiz olduğu görüşündedir. Daha da önemlisi, uluslararası silâhlı çatışmalar için öngörülen hukukî korumanın daha geniş olduğunu belirterek çatışmanın hukukî niteliğine ilişkin herhangi bir şüphenin varlığı hâlinde, ön incelemenin mahdud amaçları kapsamında daha geniş koruma sağlayan uluslararası silâhlı çatışmalara has kuralların uygulanmasını yerinde bulmuştur.⁴⁵

Verilen karar, daha geniş bir koruma sağlayan uluslararası silâhlı çatışmalara özgü kuralların uygulanması açısından doğru görülebilir. Ancak açıklığa kavuşturulması gereken temel sorun, İsrail'in uyguladığı ablukanın uluslararası hukuk açısından meşrû bir uygulama olup olmadığıdır. Bu sorunun cevabı ise, daha önceden belirtildiği üzere çatışmanın uluslararası mâhiyette olup olmadığına bağlıdır. Soruya olumlu cevap verildiği takdirde, ablukayı ihlâlle yönelik eylemler karşısında ilgili devletin zor kullanma yetkisi doğacak, aksi takdirde hem abluka hem de ablukayı uygulamaya yönelik müdâhaleler hukukî temelden mahrum olacaktır.

Hukukî meşrûyetini tetkik etmeden ablukanın hukuka uygun veya aykırı olduğu ihtimallerini dikkate alarak hareket eden Savcılık makamının ihmal ettiği husus, SRM'ye göre ablukanın ancak uluslararası bir silâhlı çatışmada uygulanabilir bir harp yöntemi olduğudur. Hamas ile İsrail arasındaki silâhlı çatışma uluslararası mâhiyette kabul edilirse, ablukanın hukuken meşrû olduğu neticesi ortaya çıkacaktır. Hâlbuki yukarıda kaydedildiği gibi çatışmayı uluslararasılaşmış bir silâhlı çatışma saymak mümkün değildir. Bu durumda Savcılığın ablukanın hukuken meşrû bir uygulama olmadığını dikkate alarak bir değerlendirme yapması gerektiği söylenmelidir.

V. Yardım Gönüllülerinin Hukukî Statüsü ve Meşrû Müdâfaa Hakkı

İsrail'e göre Mavi Marmara'ya yönelik müdâhale sırasında, askerler gemide dirençle karşılaşmış ve askerlere sopalarla, demir çubuklarla saldırılmıştır. Gemidekiler askerlere saldırmak suretiyle hasmane davranışlara doğrudan iştirak etmiş olup meşrû birer hedef haline gelmiştir.⁴⁶

ra'nın ele geçirilmesi sırasında sivil nesnelere yönelik kasten saldırı savaş suçu bağlamında bir öneme sahip olduğu kanaatindedir.

⁴⁵ OTP Report, para. 35. Komorlar Birliği tarafından yapılan başvuruda, Hamas ile İsrail arasında Gazze Şeridi'nin işgâl altında olduğu gerçeğinden hareketle uluslararası mâhiyette bir silâhlı çatışma bulunduğu ifade edilmektedir. Başvuruda, Milletlerarası Adalet Divanının IV Nolu Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanması bağlamında Gazze Şeridi'nin işgâl altında olduğu gerekçesiyle uluslararası silâhlı çatışmalar hukuku kurallarının uygulanması gerektiği yönündeki kararına atıf yapılmıştır. Bkz. Letter of Referral, para. 52.

⁴⁶ Turkel Raporu, para 132.

Uluslararası Kızılhaç Örgütü, belirli bir hareketin hasmane davranışlara doğrudan iştirak kapsamında değerlendirilebilmesi için illiyet bağının da içinde yer aldığı şu üç şartın birlikte gerçekleşmesini aramaktadır: Fiil veya hareket, çatışma tarafının askerî operasyonlarını veya kapasitesini menfi yönde etkilemeli ya da korunan kişi veya nesnelere üzerinde ölüm, yaralanma ya da imhâya neden olmalı; hareketle veya hareketin bir parçası olduğu askerî operasyon karşı taraf üzerinde bir zarara sebebiyet vermeli; hareket, özel olarak çatışmanın bir tarafına destek olabilmek ve karşı tarafa zarar vermek için planlanmalıdır.⁴⁷

Filo, Uluslararası Kızılhaç Örgütü tarafından sıralanan şartları taşımadığı gibi gemilerde askerî mühimmat bulunmamaktadır. Gemiyi korumayı ve Filo'nun taşımış olduğu yükü Gazze Şeridi'ne götürmeyi amaçlayan yardım gönüllüleri, kendilerini müdâfaa edebilmek ve geminin İsrail askerlerince ele geçirilmesini önleyebilmek adına harekete geçmişlerdir. Palmer Raporu'nda da gemidekilerin paniğe kapıldıkları ve askerlerin gemiye girmelerine mâni olabilmek için meşrû müdâfaa kapsamında davrandıkları belirtilmektedir.⁴⁸ Bu durumda yardım gönüllülerinin askerlere saldırmak suretiyle hasmane davranışlara doğrudan iştirak ettikleri ve meşrû birer hedef hâline geldikleri söylenemez. Benzer şekilde Savcılık, İsrail askerlerine karşı kuvvet kullanan yolcular dâhil Mavi Marmara ve diğer gemilerdeki tüm yolcuların uluslararası hukuka göre himâye altındaki şahıs kategorisinde olduklarını belirtmektedir. İsrail askerlerinin de bu gerçeğin farkında olduklarını ifade eden Savcılığa göre, gemidekilerin askerlerinin gemiyi ele geçirmeleri karşısında göstermiş oldukları mukâvemet hasmane hareketlere doğrudan iştirak şeklinde yorumlanamaz.⁴⁹

Karar çerçevesinde ele alınması gereken bağlantılı diğer bir husus, askerlerin gemide saldırıya uğradıkları, bunun neticesi olarak da meşrû müdâfaa kapsamında ölüm ve yaralamaların gerçekleştiği iddiasıdır. Bilindiği üzere Statü'nün madde 31(c) hükmü, meşrû müdâfaa amaçlı kuvvet kullanımında bulunulması hâlinde cezaî sorumluluğun ortadan kalkacağını öngörmektedir.⁵⁰ Savcılık, sorumluluğu doğduğu iddia edilen kişilerin cezaî sorumluluğunu ortadan kaldıran meşrû müdâfaa istisnasının ön inceleme aşamasında değil, soruşturma ve dava aşamalarında incelenmesi gerektiği kanaatindedir.⁵¹ Bununla birlikte otopsi raporlarını inceleyen Savcılık, asker-

⁴⁷ Ahmet Hamdi Topal, *Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askerî Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Statüsü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 4, 2011, s. 1010.

⁴⁸ Palmer Raporu, para. 32.

⁴⁹ OTP Report, para. 53.

⁵⁰ Madde 31(c)'de, kişinin kendisine veya bir başkasına ya da koruma altındaki eşyaya yönelik tehlike ile orantılı bir şekilde, yakın ve hukuka aykırı bir kuvvet kullanımı karşısında kendisini veya bir başkasını ya da savaş suçlarında hayatı önemi hâiz eşya yahut askerî bir görevin ifasında önem arz eden bir eşyayı müdâfaa amacıyla mâkul bir harekette bulunması hâlinde kişinin cezaî sorumluluğunun bulunmadığı hükme bağlanmıştır.

⁵¹ OTP Report, para. 57.

lerin orantısız güç kullandığına işaret ederek öldürülenlerden beşinin baş ve boyun bölgesine çok yakın mesafeden ateş edildiğini söylemektedir.⁵² Yine öldürülenlerden ikisinin fotoğraf ve kamera ile görüntü çekerken, bir diğersinin de yaralı hâlde yerde yatarken öldürücü kurşunlara hedef olduklarına dikkat çekmektedir.⁵³

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, İsrail'in iddia ettiği gibi askerlerin meşrû müdâfaa hakkından bahsedilemeyeceği açıktır. Olayda içinde sivillerin bulunduğu, insanî yardım taşıyan bir geminin saldırıya uğraması, sivillerin öldürülmesi ve yaralanması söz konusudur. Kaldı ki İsrail, silâhsız sivillerin bulunduğu Mavi Marmara'ya kan dökülmesine mahal bırakmayacak şekilde müdâhale etme imkânı varken, can kaybını kaçınılmaz kılacak bir müdâhalede bulunmuştur. Son derece eğitimli bir orduya sahip İsrail açısından, gerek yolcular gerekse askerler arasında ölüm ve yaralanma olmaksızın yolcu grubunun etkisiz hâle getirilmesi ve geminin kontrolünün ele geçirilmesinin mümkün olduğu görülmektedir.⁵⁴

VI. Gazze Yardım Filosu'nun İnsanî Yardım Misyonu Sayılıp Sayılamayacağı

Kararda, madde 8(2)(b)(iii)'de düzenlenen insanî yardım misyonunda yer alan kişi veya nesnelere yönelik kasten saldırı suçu kapsamında insanî yardım kavramı da ele alınmış ve Filo'nun insanî yardım misyonu olarak görülemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.⁵⁵

Savcılık, nelerin insanî yardım misyonu teşkil ettiğine dair genel kabul görmüş bir tanım bulunmadığını belirtmekle birlikte, 1949 tarihli IV Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 55 ile I Nolu Ek Protokol madde 69'u dikkate alarak bu kavramı vuzuha kavuşturmaya çalışmıştır. Buna göre insanî yardım; gıda maddeleri, tıbbî malzeme, her türlü giysi, yatak, barınak ve sivil nüfusun hayatını idâme ettirebilmesi için lüzumlu sâir bilcümle eşyanın temini anlamına gelmektedir.⁵⁶ Ayrıca insanî yardım misyonlarının tarafsız olmak, ayırım gözetmek, tarafların rızasını almak ve çatışmanın taraflarına veya diğer gruplara bir avantaj sağlamamakla yükümlü oldukları belirtilmektedir.⁵⁷

⁵² OTP Report, para. 58.

⁵³ OTP Report, para. 59.

⁵⁴ Palmer Raporu'nda; abluka bölgesinden uzak bir bölgede seyreden gemiye yönelik müdâhaleden evvel nihai uyarının yapılmadığı, gemidekilerin direniş göstereceği dikkate alınarak kayıpları en aza indirmeye yönelik bir değerlendirmede bulunulmadığı, şiddet içermeyen seçeneklerin kullanılmadığı, müdâhalenin orantısız ve aşırı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Palmer Raporu, para. 117.

⁵⁵ Madde 8(2)(b)(iii)'de; "Uluslararası silâhlı çatışmalar hukuku uyarınca, sivillere ya da sivil nesnelere tanınan korumaya hak kazanmış olmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Andlaşması'na uygun bir şekilde insanî yardım veya barış gücü operasyonuna katılan personele, tesislere, malzemeye, birimlere veya araçlara karşı kasten saldırı düzenlenmesi" bir savaş suçu olarak kabul edilmiştir.

⁵⁶ OTP Report, para. 111.

⁵⁷ OTP Report, para. 112.

Katılımcılar arasında yer alan siyasetçilere, basın mensuplarına, sanatçılara, yazarlara, sivil toplum kuruluş temsilcilerine, kadın ve çocuklara dikkat çeken Savcılık, söz konusu şahısların bu tür misyonlarda görev almak için bir ön şart kabul edilen insanî yardım çalışmalarında tecrübe sahibi olmadıklarına işaret etmektedir.⁵⁸ Ayrıca Filo'da 15.000 ton civarında insanî yardım malzemesi bulunduğu, ancak bu malzemelerin sadece üç gemide taşındığını, bir yolcu gemisi olan Mavi Marmara'da mahdut miktarda gıda maddesi ile yolcuların şahsî eşyaları arasında yer alan oyuncaklardan başka herhangi bir insanî yardım malzemesi bulunmadığını da belirtmektedir.⁵⁹

Savcılık sıralamış olduğu bu tespitlerin ardından Filo'nun insanî yardımla sınırlı amaçlarla bağdaşmayan siyasî hedefler güttüğü, tarafsız olmadığı, İsrail'in rızasını almadığı ve İsrail makamlarının yardım malzemelerinin alternatif yollarla bölgeye ulaştırılması yönündeki tekliflerini reddettiğine dayanarak madde 8(2)(b)(iii) kapsamında insanî yardım misyonu olarak görülemeyeceği yönünde karar vermiştir.⁶⁰

Savcılığın kararına mukâbil, insanî yardım amaçlı hareketlerin aynı zamanda bir kamuoyu oluşturma faaliyeti olduğu unutulmamalıdır. Nitekim insan haklarının tanınması, korunması, geliştirilmesi ve bu haklara riâyetin sağlanmasına yönelik mücadele çerçevesinde, kendi konumunu güçlendirici veya yaşanan mağduriyete yönelik ilgiyi artırıcı yöntemlere başvurulmasını insan haklarının belkemiği şeklinde nitelendiren Tarhanlı, insanî yardım amaçlı bu hareketi bir insan hakları aktivizmi şeklinde nitelendirmektedir. Tarhanlı; BM Genel Kurulunca kabul edilen ve kısaca 1998 tarihli İnsan Hakları Savunucularına Dair Bildiri olarak tanınan düzenlemeden hareketle, söz konusu aktivizmin hareket alanının bu kişilerin yaşadığı veya vatandaş olduğu devletin ülkesiyle sınırlı tutulamayacağına işaret etmektedir. Bildiride yer alan, "*Herkesin, ferden veya başkalarıyla birlikte, insan hakları ve temel özgürlüklerin ulusal ve uluslararası düzeyde korunması ve gerçekleşmesini geliştirme ve bunun için çaba göstermeye hakkı vardır*" şeklindeki ilk maddesine dikkat çeken Tarhanlı, söz konusu aktivizmin günümüz insan hakları hukukunun temel karakteristikleri arasında yer aldığını ifade etmektedir.⁶¹

Diğer taraftan Savcılık ısrarlı bir şekilde, Filo'nun İsrail'den izin almadığını ve İsrail'in Gazze'ye ulaştırılmak üzere istenen yardım malzemelerinin alternatif yollarla bölgeye ulaştırılmasını öngören teklifleri reddederek işbirliği yapmadığını ileri

⁵⁸ OTP Report, para. 115.

⁵⁹ OTP Report, para. 116.

⁶⁰ OTP Report, para. 125. Savcılık, bu ifadelerden hareketle Filo'nun amacı olarak Gazze'ye yardım etmek, ablukayı kırmak ve uluslararası toplumun dikkatini hapishaneye benzer şartlarda yaşayan Filistinlilerin durumuna çekmek, devam eden İsrail işğaline yönelik uluslararası desteğin sonlandırılması için kamuoyu oluşturmak şeklinde ortaya koymuştur. Bkz. OTP Report, para. 146.

⁶¹ Turgut Tarhanlı, *İnsan Hakları Aktivizmi Işığında Mavi Marmara Vakası*, Güncel Hukuk, Temmuz 2010, s. 38-39.

sürmektedir.⁶² Hâlbuki yardım malzemelerinin Gazzelilere ulaştırılabilmesi için işbirliği yapılması istenen İsrail, ablukayla birlikte sivil halkı topluca cezalandırmayı amaçlamaktadır. Her ne kadar İsrail ablukanın sebebi olarak güvenlik endişesini ileri sürse de asıl amacın bu olmadığı bizzat İsraili yetkililerin açıklamalarından anlaşılmalıdır. Mavi Marmara Saldırısı'nın gerçekleştirildiği dönemde İsrail Dışişleri Bakanlığı görevini yürütmekte olan Tzipi Livni, Turkel Komisyonuna verdiği ifadede, ablukanın bir taraftan Hamas'ı zayıflatarak meşruiyetini ortadan kaldırmayı amaçladığını, diğer taraftan da Batı Şeria'daki Filistin yönetimini güçlendirmeyi hedefleyen kapsamlı bir stratejinin parçası olarak yürürlüğe konulduğunu açıkça söylemiştir.⁶³ Keza Turkel Raporu'nda da yer verilen İsrail'e ait 3 Ağustos 2010 tarihli resmî bir belgedeki bilgiler, ablukayla amaçlanan siyasî ve askerî hedefleri göstermesi bakımından önem arz etmektedir.⁶⁴ Belgede, ablukanın askerî yönden Hamas'ın güç kazanmasını önlemenin yanı sıra Hamas'ı yalnızlaştırarak tasfiyesini kolaylaştırmayı amaçladığı belirtilmiştir. Ayrıca denizden Gazze Şeridi'ne girişlere izin vermenin Filistin'deki iç siyasî dengeler açısından da Hamas'ın güç kazanması anlamına geleceği, askerî sebeplerin yanı sıra Hamas'ın siyasî yönden güç kazanmasına mâni olabilmek için abluka kurulduğu ifade edilmektedir. Ablukanın arkasında yatan temel sebeplerden birinin Gazze halkını Hamas'ı seçtikleri için cezalandırmak olduğu belirtilen Hudson-Phillips Raporu'nda da, Gazze'ye yönelik kısıtlamalar birlikte ele alındığında, İsrail'in eylem ve politikalarının uluslararası hukukta "toplu cezalandırma" olarak tanımlanan eylemle eş değer olduğu hususunda herhangi bir şüpheye yer kalmadığı ifade edilmektedir.⁶⁵ Keza Uluslararası Kızılhaç Örgütü, Gazze Şeridi'ne yönelik abluka ve benzeri uygulamaları, sivil halkı topluca cezalandırmaya yönelik uygulamalar şeklinde nitelendirmiş, Gazze'deki sivil halkın tamamının sorumlulukları bulunmayan fiillerden dolayı cezalandırıldığını ve sivil halkı toplu cezalandırma yoluna giden İsrail'in insancıl hukuk çerçevesindeki yükümlülüklerini ihlâl ettiğini belirtmiştir.⁶⁶ Tüm bu gerçekleri görmezden gelen Savcılık, Filo organizatörlerinin İsrail ile işbirliği yapmaları gerektiğini ifade ederek Filo'nun insanî yardım kimliğini anlaşılamaz bir şekilde tartışmaya açmaktadır.

VII. İşlendiği Düşünülen Suçlar

Komorlar Birliği tarafından yapılan başvuruda, Mavi Marmara Saldırısı'nda sa-
vaş suçu ile insanlığa karşı suç işlendiği ileri sürülmüştür.⁶⁷ Savcılık, taraflar arasında

⁶² OTP Report, para. 119.

⁶³ Turkel Raporu, para. 50.

⁶⁴ Turkel Raporu, para. 50.

⁶⁵ Hudson-Phillips Raporu, para. 54, 60.

⁶⁶ ICRC, *Gaza Closure: Not Another Year!*, 14 June 2010, <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/palestine-update-140610> (Erişim Tarihi 12 Kasım 2011).

⁶⁷ Letter of Referral, para. 4.

işgâl kaynaklı bir uluslararası silâhli çatışma bulunduğu tespitinden hareketle madde 8(2)(a)(i) ve (iii) ile madde 8(2)(b)(xxi)'de düzenlenen savaş suçlarının işlendiğini gösteren mâkul bir temel bulunduğu neticesine ulaşmıştır.⁶⁸ Eğer abluka hukuka aykırı ise -kararda bu hususta kesin bir değerlendirme yapılmaktan kaçınılmıştır- ayrıca madde 8(2)(b)(ii) bağlamında sivil nesnelere kasten saldırı suçunun da işlendiğinin söylenebileceği ifade edilmiştir.⁶⁹

Savcılık, insanlığa karşı suç işlendiği yönündeki iddiaları ise kabul edilebilir bulunmamıştır. İnsanlığa karşı işlenen suçlardan bahsedebilmek için aranan sivil bir nüfusa karşı yaygın veya sistematik saldırı şartının somut durumda söz konusu olmadığını belirten Savcılık, Statü'nün 7. maddesi kapsamında insanlığa karşı suç işlendiğini gösterir bir mâkul temelin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁷⁰ Savcılık, İsrail askerlerinin saldırı sırasındaki davranışlarının yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak gerçekleştirildiğini ya da bizâtihi saldırının kendisinin sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik bir saldırı teşkil ettiğini gösterir bir durumun bulunmadığı kanaatindedir.⁷¹

Kararın bu yönüyle de tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Yukarıda da açıklandığı üzere gemidekilerin sivil statüsünde oldukları hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ayrıca Gazze Şeridi'ne yönelik ablukanın kırılmasını önlemek için gerçekleştirilen saldırı, Gazze Şeridi'ni hedef alan saldırıların parçası olup planlı ve bilinçli bir askerî müdâhale niteliğindedir. Bu durumda abluka ile Mavi Marmara Saldırısı'nın birbirinden bağımsız olmadığı dikkate alınarak yaygın veya sistematik saldırı şartlarının birlikte ele alınabileceği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, İsrail ile Hamas arasındaki silâhli çatışma kapsamında Gazze Şeridi'ne yönelik İsrail saldırılarını dikkate alarak bir değerlendirme yapılmalıydı. Nitekim Savcılık, savaş suçunun söz konusu olabilmesi için aranan silâhli çatışma bağlantısını Mavi Marmara Saldırısı'nın Gazze Şeridi'nin işgâli ve deniz ablukası bağlamında gerçekleştirildiğini belirterek kurmuştur.⁷² Söz konusu bağlantının, aynı kararda insanlığa karşı suçlar

⁶⁸ Kasten adam öldürme; kasten büyük ıstıraba ya da insan bedeni veya sağlığı üzerinde ciddi yaralanmaya bilerek neden olma; kişi haysiyeti üzerinde, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü davranışlarda bulunma. Roma Statüsü'nde savaş suçları uluslararası olan ve olmayan silâhli çatışmalarda işlenen savaş suçları şeklinde iki kategori hâlinde düzenlenmiştir. Söz konusu sınıflandırma kapsamında, uluslararası silâhli çatışmalarda işlenmesi muhtemel otuz dört farklı savaş suçu söz konusudur. Bu rakam, uluslararası olmayan silâhli çatışmalarda on altı olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁶⁹ OTP Report, para. 132, 149.

⁷⁰ Roma Statüsü'nde madde 7(1) hükmünde suçun temel unsurları, "*herhangi bir sivil topluluğa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası ve saldırının bilincinde olarak işlenmesi*" şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur.

⁷¹ OTP Report, para. 129, 130-131. Buna mukâbil Buchan, yardım konvoyunu hedef alan saldırının hem organize hem sistematik bir saldırı olduğunu belirterek insanlığa karşı suç işlendiği iddiasındadır. Bkz. Buchan, s. 487-491.

⁷² OTP Report, para. 128.

açısından yok sayılması tutarlı değildir. Savcılık bu değerlendirmeyi yapmayarak kendi içinde bir çelişkiye düşmüştür.

VIII. Kabul Edilebilirlik

Savcılık, Roma Statü'sünün 53. maddesi uyarınca UCM'nin yer, zaman ve konu bakımından yetkili olduğunu kabul etmekle birlikte soruşturma açılmaması yönünde bir karar vermiştir.⁷³ Kararda, İsrail'in işlediği tespit edilen suçların saldırıyla ilgili olarak açılacak muhtemel bir dava veya davalarda Mahkemenin daha ileri bir işlem yapmasını gerektirecek yeterli ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.⁷⁴ Öldürülen mağdur sayısının azlığı, işlenen suçların Filo'daki yedi gemiden sadece birinde işlendiği, Filo'nun durdurulmasının Gazze Şeridi'ne giden yardımlarda hatırı sayılır bir etkisi olmadığı gibi gerekçelerin kararda etkili olduğu görülmektedir. Ağırlık şartı karşılanmadığı için de tamamlayıcılık ilkesi üzerinde durulmamıştır.⁷⁵

Bilindiği üzere UCM'nin yargı yetkisi, Statü'de 5. maddede düzenlenmiş ve uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren suçlarla sınırlı tutulmuştur. Madde 17(1)(d)'de de, Mahkemece daha ileri bir işlem yapılmasını gerekli kılacak yeterli ağırlığa sahip olmayan durum ve olayların kabul edilebilirlik açısından reddedileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçun işlendiği yönünde bir kanaat oluşsa da Savcılık daha ileri bir işlem yapılmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığı gerekçesiyle soruşturma açılmaması yönünde karar verebilmektedir. Ancak ne Statü'de ne de ilgili diğer mevzuatta ağırlık kistası tanımlanmadığı gibi, bu konuda doktrinde de bir mutabakat bulunmamaktadır.⁷⁶

⁷³ OTP Report, para. 137-148.

⁷⁴ Bunu yaparken de değerlendirmesini üç gemiyle sınırlı tutan Savcılık, gemilerin ele geçirilmesi sürecinde yaşananları esas almış, yolcuların gemilerden çıkarılmasının ardından yaşanan hiçbir olayı dikkate almamıştır. Bkz. OTP Report, para. 143.

⁷⁵ Savcılık, İngiliz askerlerince Irak'ta uluslararası suç işlendiği yönündeki iddiaları ele aldığı ön incelemede de benzer bir karar vermiştir. 2003'te Irak'ın işgali sürecinde İngiliz askerlerince işlendiği iddia edilen suçları inceleyen Savcılık, mevcut bilgilerden hareketle tahminen dört ile on iki arasında kişinin kasten öldürüldüğü ve sınırlı sayıda kişinin gayrinsani muameleye mâruz kaldığını, ancak toplamda yirmiden az olan mağdur sayısı dikkate alındığında soruşturma açmak için aranan ağırlık kistasının gerçekleşmediği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. OTP, *Letter Concerning the Situation in Iraq*, 9 February 2006, http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).

⁷⁶ Kaveri Vaid, *Discretion Operationalized Through Law: Proprio Motu Decision-Making at the International Criminal Court*, Florida Journal of International Law, Cilt 25, Sayı 3, 2013, s. 389. Savcılığın ağırlık kistasına ilişkin vermiş olduğu kararların da farklılıklar içerdiği, mevcut karışıklığı gidermenin ötesinde daha da derinleştirdiği söylenebilir. Mesela Savcılığın Irak'taki durumla ilgili olarak 2006'da verdiği kararda ağırlık kistası tamamen nicelik üzerinden yorumlanmıştır. Buna mukâbil Kenya ve Fildişi Sahilleri ile ilgili olarak, hem nicelik hem de nitelik açısından bir değerlendirme yapılmıştır. Dahası Irak'taki durum, o dönem itibarıyla Mahkeme önünde bulunan diğer durumlarla mukayese edilerek diğerlerine nazaran daha az bir ağırlık taşıdığı ifade edilmiştir.

Öte yandan 2009 tarihli Savcılığa ilişkin Yönetmelik'te ağırlık kıstasına ilişkin bir hükme yer verilmiştir.⁷⁷ Madde 29(2)'de; işlendiği iddia edilen suçların ağırlığına dair yapılacak değerlendirmenin söz konusu suçların ölçeği, doğası, işlenme tarzı ve etkileri gibi değişik faktörleri içereceği belirtilerek tüketici olmayan bir listeye yer verilmiştir. Ayrıca Savcılık 2013'te yayımladığı bir düzenlemeyle birlikte söz konusu faktörleri ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır.⁷⁸ Buna göre suçların ölçeği; diğerlerinin yanı sıra doğrudan veya dolaylı olarak mağdur olanların sayısı, mağdurlar ve mağdurların aileleri üzerindeki etkileri başta olmak üzere suçun neden olduğu zararın boyutları, suçun yer veya zaman itibarıyla kısa bir süre zarfında yoğun bir şekilde işlenmesi veya uzun bir süre zarfında düşük yoğunlukta işlenmesi gibi hususlar dikkate alınarak değerlendirilmelidir.⁷⁹ Suçların niteliği; kasten adam öldürme, ırza tecavüz ve diğer cinsel suçlar ve insanlığa karşı zulmetme suçu gibi her bir suçun spesifik unsurlarını ifade etmektedir.⁸⁰ Suçların işlenme tarzı ile kastedilen; suçun işlenmesinde başvurulan yollar, saldırganın suça iştirak derecesi ve kastı, suçun sistematik boyutları veya bir plan ya da organize politika kapsamında işlenip işlenmediği, sahip olunan yetkinin veya resmî statünün süstüml edilip edilmediği, mağdurların yaşadığı çaresizlik, ayırım gözetmeye yönelik her tür sâik, hedef grubu yok etmeyi amaçlayan cinsel şiddet dâhil suçu acımasız kılan unsurların dikkate alınmasıdır.⁸¹ Suçların etkisi ise; mağdurların çektiği acı ve ıstırap, yaşadıkları çaresizlik, suç teşkil eden fiillerin neden olduğu korku ve vahşet ya da etkilenen topluluklar üzerindeki sosyal, iktisadî ve çevre yönünden verdiği zararları içermektedir.⁸²

Kararda ise, ölenlerin ve yaralananların sayısı esas alınarak bir değerlendirmede bulunulmuştur. Ancak burada sırf sayıyı dikkate alarak bir karar verilmesinin ne kadar doğru olduğu sorusu karşımıza çıkmaktadır. Şüphesiz ağırlık eşliğinin değerlendirmesinde mağdur sayısının çokluğu belirleyici unsurlardan biridir. Ancak mağdur sayısının yanı sıra yukarıda zikredilen suç teşkil eden fiillerin ölçeği, işlenme tarzı, suçun mağdurlar üzerindeki etkisi ve hedef grubun yaşadığı çaresizlik de dikkate

Kenya ve Fildişi Sahilleri ile ilgili değerlendirmelerde ise, her biri ayrı bir şekilde değerlendirilmiş ve Mahkeme önündeki diğer durumlara yönelik herhangi bir atuf veya değerlendirmede bulunulmamıştır. Bkz. Vaid, s. 365, dn. 20.

⁷⁷ ICC, *Regulations of the Office of the Prosecutor*, ICC-BD/05-01-09, 23 April 2009, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA-792BCBE1E695/280253/ICCB-D050109ENG.pdf> (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).

⁷⁸ Ön inceleme aşamasında uyulması gereken ilke ve usulleri açıklayan söz konusu düzenleme için bkz. OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Policy%20Paper%20Preliminary%20Examinations%20%202013.pdf (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).

⁷⁹ Policy Paper on Preliminary Examinations, para. 62.

⁸⁰ Policy Paper on Preliminary Examinations, para. 63.

⁸¹ Policy Paper on Preliminary Examinations, para. 64.

⁸² Policy Paper on Preliminary Examinations, para. 65.

alınmalıdır. Dolayısıyla mağdur kişilerin sayısının çokluğu tek başına suçun ağırlığını belirleyen bir kıstas olarak değerlendirilmemeli, suçu ağırlaştırıcı bir unsur olarak görülmelidir.⁸³ Kaldı ki ağırlık kıstası, olaya has bir değerlendirme yapmayı gerekli kılmaktadır. Kimi zaman mağdur sayısının çokluğu öne çıkarken kimi zaman da uluslararası hukukun emredici nitelikteki kurallarının devlet tarafından ihlâli ya da işlenen suçların devletin iktisadî yapısı ve gelişimi üzerindeki uzun süreli yıkıcı etkisi öne çıkabilir. Keza suç teşkil eden fiillere bizzat muhatap olanların yanı sıra dolaylı mağdur olanların mâruz kaldığı olumsuzluklar da dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla ağırlık ölçütünün farklı bağlamlara özgü bir şekilde yorumlanması mâkuldür.⁸⁴

2013 tarihli söz konusu düzenlemede sıralanan unsurlar itibarıyla Mavi Marmara Saldırısı dikkate alındığında, saldırının bir devlet tarafından gerçekleştirilmiş planlı ve organize bir saldırı olduğu görülmektedir. İsrail, açık denizde seyrüsefer serbestisini kullanmakta olan Mavi Marmara'ya saldırarak bayrak devleti olan Komorlar Birliği'nin egemenliğini hedef almıştır.⁸⁵ Böylece İsrail, uluslararası hukukun temel kurallarından biri olan kuvvet kullanma yasağını ihlâl ederek uluslararası barış ve güvenliğe zarar vermiştir.

Ağırlık kıstasının değerlendirilmesinde saldırının yerel halk üzerindeki etkilerinin de dikkate alınması gerekir. Mavi Marmara Saldırısı'nda işlenen suçların mağdur ve mağdur yakınları ile diğer yolcular üzerinde fizikî ve psikolojik yönden olumsuz sonuçlar doğurduğu bilinmektedir. Ayrıca insanî yardımları engelleyerek Gazze Şeridi'nde yaşayan Filistinlileri tamamen kuşatma siyasetinin bir parçası olan saldırıyla birlikte, insanî yardım kuruluşlarının Gazze Şeridi'ne yönelik faaliyetleri de sekteye uğramıştır. Abluka uygulamasına devam eden İsrail, Gazze Şeridi'ne yönelik ayırım gözetmeyen saldırılarını sürdürdüğü gibi insanî yardımlara da engel olmuştur. Gazze'de yaşanan insanî krizi kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlayan yardım konvoyunu hedef alan saldırı bu durumu engellemiş ve Gazze'de yaşanan insanî kriz şiddetini artırarak devam etmiştir. Fakat Savcılık, Gazze Şeridi'ndeki sivillerle ilgili durumun mevcut değerlendirmenin dışında olduğunu, suçun ağırlığı açısından yapmış olduğu değerlendirmenin sınırlı bir değerlendirme olduğunu belirtmektedir.⁸⁶

Öte yandan saldırıyla birlikte Türkiye ve İsrail arasındaki ilişkiler bozulmuş ve hâlen devam eden bir kriz baş göstermiştir.⁸⁷ Bu bağlamda saldırıya yönelik ulusla-

⁸³ Buchan, s. 496.

⁸⁴ Vaid, s. 364.

⁸⁵ Açık denizlerde, bayrak farkı gözetilmeksizin tüm gemiler seyir serbestisi hakkına sahiptir. Açık denizlerin serbestliği şeklinde isimlendirilen bu ilke uyarınca, açık denizlerdeki gemiler üzerinde, kural olarak bayrak devleti münhasıran yetkilidir. Bayrak devleti dışındaki devletlerin söz konusu gemiye yönelik müdahalesi, ilgili devletin egemenliğinin ihlâlî anlamına gelmektedir.

⁸⁶ OTP Report, para. 147.

⁸⁷ Palmer Raporu'nda dahi, İsrail ve Türkiye arasındaki ilişkilerin bir an önce düzeltilmesinin Or-

rarası tepkiler de dikkat çekicidir. Saldırının ardından toplanan Güvenlik Konseyi bir başkanlık açıklaması yayımlayarak can kaybına yol açan müdâhaleyi kınamış ve olayın güvenilir, bağımsız ve şeffaf bir şekilde soruşturulması çağrısında bulunmuştur.⁸⁸ Nitekim saldırının soruşturulması amacıyla BM bünyesinde iki ayrı araştırma komisyonu kurulmuştur.

Saldırı, başvuru araçları ve kapsam bakımından da bir dizi aşırılık içermektedir. Mavi Marmara'nın ve diğer gemilerin kontrolünü ele geçirmeye yönelik müdâhalede, ölüm ve yaralanmalardan kaçınmak mümkünken birçok sivil yolcu öldürülmüş ve yaralanmıştır.⁸⁹ Uyarı ateşi açmaktan dümeni devre dışı bırakmaya kadar çok sayıda mutad durdurma yöntemine başvurmayan İsrail, uzunca bir süre yardım gönüllülerini sindirme ve korkutma yoluna gitmiş, ardından gece karanlığında baskın düzenlemiştir. İsrail, gemidekilerin gösterdiği direniş karşısında geri adım atmadığı gibi daha da sert bir şekilde saldırmış, farklı seçenekleri dikkate almamıştır. Nitekim adli tıp raporlarına ve balistik incelemelere göre, en azından altı ölüm keyfi ve yaraysız infaz niteliğindedir.⁹⁰ Hudson-Phillips Raporu'nda, İsrail askerlerinin yaygın ve keyfi bir şekilde öldürücü güç kullanarak gereksiz ölümlere ve yaralanmalara yol açtığı ifade edilmiştir.⁹¹ Benzer şekilde Palmer Raporu'nda; abluka bölgesinden uzak bir bölgede seyreden gemiye yönelik müdâhaleden evvel nihâi uyarının yapılmadığı, gemidekilerin direniş göstereceği dikkate alınarak kayıpları asgariye indirmeye yönelik bir değerlendirmede bulunulmadığı, şiddet içermeyen seçenekler kullanılmadığı, müdâhalenin orantısız ve aşırı olduğu ifade edilmiştir.⁹²

Esasında UCM'nin yargı yetkisine dâhil her suç genel anlamda bir ağırlığa sahiptir. Statü'nün Giriş kısmında “uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar” ifadesine yer verildiği gibi, 1. maddede UCM'nin “uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde” yargı yetkisine sahip olduğu belirtilerek yargı yetkisi içinde yer alan suçların diğer suçlara nazaran daha ağır olduğu peşinen kabul edilmiştir.⁹³ Buna rağmen Statü'de ağırlık kıstasına yer verilmesinin

tadoğu'da istikrarın tesisi ve uluslararası barış ve güvenliğinin sağlanması bakımından taşıdığı öneme işaret edilmiştir. Bkz. Palmer Raporu, para. xii.

⁸⁸ UNSC, *Presidential Statement 9*, UN Doc S/PRST/2010/9, 1 June 2010, <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/IP%20SPRST%202010%209.pdf> (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).

⁸⁹ Hâlbuki Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi *Saiga Davası*'nda, gemilere el koyulurken bildiğince kuvvet kullanımına başvurmaktan kaçınılması gerektiği, başvurulduğu takdirde de makuliyet çerçevesinde gerektiği ölçüde kullanılması zorunluluğuna işaret etmiştir. Bkz. International Tribunal for the Law of the Sea, *The M/V Saiga (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, 1 July 1999, para. 155.

⁹⁰ Hudson-Phillips Raporu, para. 163, 172.

⁹¹ Hudson-Phillips Raporu, para. 167-168.

⁹² Palmer Raporu, para. 117.

⁹³ Soykırım suçu ile insanlığa karşı suçlar, unsurları itibarıyla zaten belli bir ağırlığa sahiptir. Örne-

sebebi; belirli bir ağırlığa ulaşmayan suçları, diğer bir ifadeyle basit sayılabilecek suç ya da ihlalleri yargı yetkisi dışında tutarak UCM'nin iş yükünün fazlaşmasına engel olmak ve etkinliğini artırmaktır.⁹⁴

Öte yandan Roma Statüsü'nün temel amacı olan cezasızlığın sona erdirilmesi ve caydırıcılığın sağlanması, ağırlık kıstasının geniş bir şekilde yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu kıstasın, Statü'nün Giriş kısmında yer alan “*Uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren en ciddi suçların cezasız kalmaması Bu suçların etkili bir şekilde kovuşturulması Faillerinin cezasız kalmasına son verme ve böylelikle söz konusu suçları önleme*” amaçlarıyla bağdaşır bir şekilde yorumlanması gerekir. Aksi takdirde Mavi Marmara Saldırısı örneğinde olduğu gibi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren suçları yargılamakla görevli Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar işlenmiş olmasına rağmen ağırlık kıstası şartı gerçekleşmediği gerekçesiyle uluslararası suçların kovuşturulmaması yoluna gidilebilecektir.

Sonuç

UCM'nin kurulmasıyla birlikte, bireylerin işledikleri uluslararası nitelikteki suçlar için statüsü ve görevi ne olursa olsun cezaî sorumluluğun tesis edilmesi, öngörülen cezaî müeyyidelerin işlenmesi muhtemel suçlar açısından caydırıcı bir rol oynaması, işlenen suçlar açısından da cezasızlığın sona erdirilmesi ve mağdurlar için adaletin temin edilmesi hedeflenmiştir. Ancak Savcılık, İsrail'in işlediği tespit edilen suçların saldırıyla ilgili olarak açılacak muhtemel dava veya davalarda Mahkemenin daha ileri bir işlem yapmasını gerektirecek yeterli ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kararda, saldırı neticesinde hayatını kaybeden ve yaralanan yardım gönüllerinin sayısının belirleyici olduğu görülmektedir.

Kuşkusuz ağırlık kıstasının değerlendirmesinde mağdur sayısının çokluğu önemlidir, ancak tek başına belirleyici değildir. Roma Statüsü'nün temel amacı olan cezasızlığın sona erdirilmesi ve caydırıcılığın sağlanması, söz konusu kıstasın geniş bir

ğın soykırım suçu, hedef grubu tamamen veya kısmen yok etme kastıyla gerçekleştirilmektedir. Benzer şekilde insanlığa karşı işlenen suçlardan bahsedebilmek için, suç teşkil eden fiiller sivil nüfusu hedef alan yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmelidir. Ancak savaş suçları için benzer bir ön şart bulunmamaktadır. Bu yüzden Statü'de yer verilen ağırlık kıstasının daha ziyade savaş suçları için geçerli olduğu, nisbeten küçük ölçekli veya basit sayılabilecek suçları Mahkemenin yargı yetkisi dışında tutmaya yönelik olduğu söylenebilir. Bkz. Margaret M. De Guzman, *Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court*, Fordham International Law Journal, Cilt 32, Sayı 5, 2009, s. 1408.

⁹⁴ William A. Schabas, *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court*, Journal of International Criminal Justice, Cilt 6, Sayı 4, 2008, s. 736. Böylece belli bir ağırlığa sahip olmayan suçların UCM tarafından değil de ilgili devletlerin iç hukukları kapsamında gerçekleştirilecek muhtemel bir yargı sürecine bırakıldığı söylenebilir. Bkz. BERGSMO, Morten & KRUGER, Pieter; *Investigation and Prosecution*, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Ed. Otto Triffterer, Hart Publishing, Oxford, 2008, s. 1071.

şekilde yorumlanmasını gerektirmektedir. Mağdur sayısının yanı sıra suç teşkil eden fiillerin işlenme tarzı, mağdur ve mağdur yakınlarının çektiği acı ve ıstırap, yaşadıkları çaresizlik, suç teşkil eden fiillerin neden olduğu korku ve vahşet, suçtan etkilenen toplulukların mâruz kaldığı zararlar, suçun uluslararası alanda yarattığı etkiler gibi diğer unsurlar da dikkate alınmalıdır. Mağdur sayısının çokluğu ise, suçu ağırlaştırıcı bir unsur olarak görülmelidir. Kaldı ki UCM'nin yargı yetkisine dâhil her suç genel anlamda bir ağırlığa sahiptir. Bu bağlamda ağırlık kıstası ile belirli bir ağırlığa ulaşmayan suçları UCM'nin yargı yetkisi dışında tutarak Mahkemenin iş yükünün fazlaşmasına engel olmak ve etkinliğini artırmak amaçlanmıştır.

Öte yandan kararla birlikte, Mavi Marmara Saldırısı'nın bağımsız ve tarafsız bir uluslararası yargı organı önünde ele alınabilmesi imkânı ortadan kalkmıştır. UCM'nin kuruluş sebebi olan suçların işlenmesine engel olmak ve cezazırlığı sona erdirmek amaçlarıyla bağdaşmayan kararın örnek teşkil edeceği ve İsrail örneğinde görüldüğü üzere saldırganları cesaretlendireceği açıktır.

Netice olarak verilen bu karar, uluslararası toplumdaki adalet beklentisini karşılamamış ve hayal kırıklığına yol açmıştır. Sorumluların İsrail tarafından yargılanmayacağı bilindiği hâlde yargı sürecinin sonlandırılması, ilgili kişilere yönelik bir tür koruma şeklinde nitelendirilebilir. Kimi devletlerin yaptıklarını görmezden gelerek çifte standart uygulamakla eleştirilen UCM, kendisine yöneltilen eleştirileri haklı çıkarmıştır. Hâlbuki uluslararası hukuk ve evrensel ilkeler doğrultusunda yürütülen ve sorumluların tespit edilerek cezalandırılmasını sağlayacak bir soruşturmanın, İsrail ve benzer devletleri uluslararası hukuk kuralları içinde kalmaya sevk edeceği açıktır. Aksi yönde verilen kararların da, adalet duygusunun tatmin edilmediği kitleleri hukuk dışı yollara yönelteceği, toplumlararası nefret ve şiddeti artıracığı unutulmalıdır.

Kaynakça

- AKSAR, Yusuf; *Birleşmiş Milletler Palmer (Mavi Marmara) Raporu ve Uluslararası Hukuk*, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt 9, Sayı 33, 2012, s. 23-40.
- BERGSMO, Morten & KRUGER, Pieter; *Investigation and Prosecution*, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Ed. Otto Triffterer, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- BUCHAN, Russel; *The Mavi Marmara Incident and the International Criminal Court*, Criminal Law Forum, Cilt 25, Sayı 3-4, 2014, s. 465-503.
- GUILFOYLE, Douglas; *The Mavi Marmara Incident and Blockade in Armed Conflict*, British Yearbook of International Law, Cilt 81, Sayı 1, 2010, s. 1-23.
- GUZMAN, Margaret M. De; *Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court*, Fordham International Law Journal, Cilt 32, Sayı 5, 2009, s. 1399-1465.

- ICC, *Regulations of the Office of the Prosecutor*, ICC-BD/05-01-09, 23 April 2009, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA-792BC-BE1E695/280253/ICCBD050109ENG.pdf> (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).
- ICC, *The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia-Article 53(1) Report*, 6 November 2014, [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf) (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).
- ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004.
- ICRC, *Gaza Closure: Not Another Year!*, 14 June 2010, <http://www.icrc.org/web/eng/site-eng0.nsf/htmlall/palestine-update-140610> (Erişim Tarihi 12 Kasım 2011).
- ICTY, *Prosecutor v. Naletilic & Marchinovic*, Case No: IT-38-94-T, Judgment, Trial Chamber, 31 March 2003.
- ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No: IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995.
- International Tribunal for the Law of the Sea, *The M/V Saiga (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, 1 July 1999.
- Israel Ministry of Foreign Affairs, *The Cabinet Resolution Regarding the Disengagement Plan*, 6 June 2004, <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Revised+Disengagement+Plan+6-June-2004.htm> (Erişim Tarihi 29 Aralık 2014).
- Letter of Referral under Articles 14 and 12(2)(a) of the Rome Statute Arising from the 31 May 2010, Gaza Freedom Flotilla Situation (14 May 2013), <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf> (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).
- OTP, *Letter Concerning the Situation in Iraq*, 9 February 2006, http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).
- OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Policy%20Paper%20Preliminary%20Examinations%20%202013.pdf (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).
- SCHABAS, William A.; *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court*, Journal of International Criminal Justice, Cilt 6, Sayı 4, 2008, s. 731-761.
- TARHANLI, Turgut; *İnsan Hakları Aktivizmi Işığında Mavi Marmara Vakası*, Güncel Hukuk, Temmuz 2010, s. 39-40.
- The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010, *The Turkel Commission Report, Part I (23 January 2011)* <http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/8808report-eng.pdf>; *Part II, (February 2013)*, <http://www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel%20Report%20for%20website.pdf> (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).

- TOPAL, Ahmet Hamdi; *İsrail'in Gazze Ablukası ve Mavi Marmara Saldırısı*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 32, Sayı 1, 2012, s. 103-154.
- TOPAL, Ahmet Hamdi; *Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askerî Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Statüsü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 4, 2011, s. 963-1021.
- Turkish National Commission of Inquiry, *Report on the Israeli Attack on the Humanitarian Aid Convoy to Gaza on 31 May 2010 (Ankara, 11 February 2011)*, <http://www.mfa.gov.tr/data/Turkish%20Report%20Final%20-%20UN%20Copy.pdf> (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).
- UN Human Rights Council, *Report of the International Fact-Finding Mission to Investigate Violations of International Law, Including International Humanitarian and Human Rights Law, Resulting from the Israeli Attacks on the Flotilla of Ships Carrying Humanitarian Assistance, A/HRC/15/21 (27 September 2010)*, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.21_en.pdf (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).
- UN, *Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident (July 2011)*, http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf (Erişim Tarihi 24 Aralık 2014).
- UNSC, *Presidential Statement 9*, UN Doc S/PRST/2010/9, 1 June 2010, <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96F-F9%7D/IP%20SPRST%202010%209.pdf> (Erişim Tarihi 5 Ocak 2015).
- VAID, Kaveri; *Discretion Operationalized Through Law: Proprio Motu Decision-Making at the International Criminal Court*, Florida Journal of International Law, Cilt 25, Sayı 3, 2013, s. 359-416.

İDARİ İŞLEMLERDE TAKDİR YETKİSİ VE GEREKÇE İLKESİ*

(Discretion and Duty to Give Reason in Administrative Acts)

Sinan SEÇKİN**, Gül ÜSTÜN***

ÖZET

Kamu hizmetlerinin çeşitliliği, her türlü ayrıntının mevzuatta düzenlenememesi gibi sebepler idareye takdir yetkisi tanınmasını zorunlu kılmıştır. Ancak takdir yetkisinin kullanımı özellik arz etmektedir. İdari işlemlerin gerekçeli yapılması takdir yetkisinin daha etkin kullanımını sağlar. Nitekim gerekçe ilkesinin idari işlemin yapım aşamasında idarenin takdir yetkisini hukuka uygun kullanmasını sağlamak, idari işlemin yargısal denetimini kolaylaştırmak ve işlemin muhatabı bireyi ikna etmek işlevleri bulunmaktadır.

Anahtar kelimeler: İdari işlem, takdir yetkisi, gerekçe ilkesi, hukuk devleti ilkesi, yargısal denetim.

Abstract

Administration has discretion because of various public services and nature of legislation. But using of discretion has importance in administrative law. The duty to give reason in administrative acts provide using of discretion effectively. The duty to give reason have functions of using of discretion in compliance with laws, persuading people and making easy to judicial review of discretion.

Keywords: Administrative act, discretion, the duty to give reason, rule of law, judicial review.

GİRİŞ

İdare faaliyetlerini idari işlem, idari eylem ya da idari sözleşmelerle yerine getirmektedir. Günümüzde kamu hizmetlerinin çeşitliliğinin artmasıyla idare ile birey daha sık karşı karşıya gelmektedir.

* “Türk İdare Hukukunda İdari İşlemlerde Gerekçe İlkesi” adlı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Ar. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD öğretim elemanı.

*** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD öğretim üyesi.

Bu durum idarenin tek yanlı işlemleriyle kamu gücü kullanarak bireylerin hukuki statülerinde değişiklikler yapabilmesini daha önemli kılmaktadır. Özellikle idarenin takdir yetkisine sahip olduğu hallerde bu yetkinin hukuka uygun kullanılması hukuk güvenliği bakımından önem taşımaktadır. Bu sebeple idarenin birel işlemlerini yaparken bu işlemin gerekçesini ilgili kişiye bildirmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda öncelikle takdir yetkisi kullanımında gerekçe gösterilmesi gerekliliği ele alınmış, bu kapsamda ikinci bölümde ise idari işlemlerde gerekçe ilkesinin takdir yetkisinin hukuka uygun olarak sınırlanmasında nasıl bir rol alabileceği üzerinde durulmuştur.

I. İDARİ İŞLEMLERDE TAKDİR YETKİSİ

İdari işlem, idarenin idare işlevine ilişkin olarak, kamu gücü kullanmak suretiyle yaptığı tek yanlı irade açıklamalarıdır¹. Bazı konularda hukuk düzeni, idareye, belirli şart ve durumların gerçekleşmesi halinde belli bir çözüm şeklini uygulama ödevi yükler. Bu durumda idarenin bağlı yetkisinden söz edilir². İdareye bir tercih imkanı sağlanmamışsa idarenin bağlı yetkisi bulunmaktadır³. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 57. maddesine göre *“adaylık süresi içinde aylıktan kesme veya atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir.”* ya da aynı Kanunun 58. maddesinde *“Adaylık devresi içinde eğitimde başarılı olan adaylar disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile onay tarihinden geçerli olmak üzere asli memurluğa atanırlar.”* düzenlemeleri yer almaktadır. Yine 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 40. maddesine göre 65 yaşını dolduranların emekli edilmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemelerde idare belli şartların gerçekleşmesi halinde belli bir sonucu gerçekleştirmekle yükümlü tutulmuştur. Dolayısıyla bu tip hallerde idare bağlı yetki içindedir⁴.

¹ Turan, Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Halit Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, İstanbul: On İki Levha, 2013, s.546. Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara: İmaj Yayınevi, 10. baskı, 2011, s.123. Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, İstanbul: Beta Yayınevi, 2. Baskı, 2009, s.108. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012, s.359

² Tahsin Bekir Balta, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yay. no:17, 1970, s.84. Örneğin kişi hak ve hürriyetlerini sınırlayan izin, ruhsat ve benzeri kolluk işlemleri, şartları noksansız olarak yerine getiren talep sahiplerine bu izinleri vermek şeklinde sonuçlanır. (Yayla, s.195)

³ Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, Türk İdare Dergisi, Y. 63, S.392, 1991, s.73

⁴ “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu” nun 36. maddesinin 11. bendinde bu kanun kapsamına giren kurumlarda meslekleriyle ilgili görevleri fiilen ifa eden ve yürürlükteki hükümlere göre yüksek mühendis, mühendis, yüksek mimar, mimar, jeolog hidrojeolog, hidrolog, jeofizikçi, fizikçi, kimyager, matematikçi, istatistikçi, yöneylemci, matematiksel iktisatçı, ekonomci ve benzeri ile teknik öğretmen okullarından mezun olup da, öğretmenlik mesleği dışında teknik hizmetlerde çalışanlar, mimar ve mühendislik fakültesi veya bölümlerinden mezun şehir plancısı, yüksek şehir plancısı, yüksek bölge plancısı, tütün, müskirat ve çay eksperleri, fen memuru, yüksek tekniker, tekniker, teknisyen ve emsali teknik ünvanlara sahip olup, en az orta derecede mesleki öğrenim

Bunun aksine bazı durumlarda da idarenin takdir yetkisi mevcuttur. İdarenin idari işlem yaparken kamu gücü kullanması sebebiyle takdir yetkisinin bulunduğu hallerde bu takdir yetkisinin kullanımı ve yargısal denetimi ayrıca önem taşımaktadır. Ancak bir takım nedenler idareye, takdir yetkisi tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenler; idarenin faaliyetlerini düzenleyen mevzuatta her türlü ayrıntının gösterilememesi, zamanın geçmesiyle idarenin karşılaştığı sorunların artması, kamu hizmetlerinin değişen nitelikleri olarak sayılmaktadır⁵.

İdarenin ne zaman, nerede, nasıl bir işlem yapacağını hukuk kuralları ile baştan emredici bir biçimde saptanmadığı durumlarda, takdir yetkisinin varlığı kabul edilmektedir⁶. Buna göre takdir yetkisi, idareye, işlemin sebebini, konusunu, zaman ve yerini belirlemek; çeşitli çözümlerden birini seçmek; işlem yapmak ya da yapmamak konusunda verilen hareket serbestisidir⁷.

Bir başka tanıma göre takdir yetkisi, belli olguların varlığı halinde, idarenin serbestçe ya da mevcut seçeneklerden birini uygun gördüğünce tercih ederek karar alabilme imkanidir⁸.

Diğer bir tanıma göre takdir yetkisi, dış çerçevesi mevzuatta çizilmiş fakat içi bir takım imkansızlıklarla doldurulamamış bir idari usulün varlığı halinde, idareye bu idari usulün doldurulması konusunda tanınan belli bir kararı alıp almama, değişik ihtimaller arasında bir seçim yapıp yapmama, yani yetkinin kullanılıp kullanılmamasını belirleme yetkisi olarak tanımlanmıştır⁹.

Dolayısıyla bir konuda idarenin takdir yetkisinden söz edebilmek için idareye verilen yetkinin nasıl kullanılacağını mevzuatta açıkça gösterilmemiş olması, bir eylem ya da işlemin yapılmasında kanunen geçerli birden fazla yolunun bulunması ve idarenin bu yollardan dilediği birini seçebilmesi gerekmektedir¹⁰.

Bu durumda öncelikle takdir yetkisinin bulunduğu hallerin belirlenmesi önem taşımaktadır. Böylelikle idarenin hareket serbestisi alanı saptanabilecek ve takdir yetkisinin kullanımının yargısal denetimi sağlanabilecektir.

görmüş bulunanların teknik hizmetler sınıfını teşkil edeceği hükmü yer almıştır. Yasanın belirtilen hükmünde teknik hizmetler sınıfındaki bir göreve atanacaklar tek tek sayılarak sınırlandırılmış ve böylece öğrenim durumu uygun olmayanların bu sınıfta çalıştırılmaları yolu yasaca önlendiği gibi bu konuda idareye herhangi bir biçimde takdir yetkisi de tanınmamıştır.” Danıştay 5. D. E. 1987/3150 K. 1990/3185 T. 25.12.1990 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

⁵ Karatepe, s.72

⁶ Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku*, 6. baskı, C. 2, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.s.506

⁷ Yıldırım ve diğerleri (içinde bölüm: Turan Yıldırım), s.699

⁸ Yayla, s.190

⁹ Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, İstanbul: On İki Levha Yay., 2011, s.26

¹⁰ Karatepe, s.71

A. TAKDİR YETKİSİNİN BULUNDUĞU HALLERİN BELİRLENMESİ

Hukuk düzeni değişik şekillerde idareye takdir yetkisi tanımış olabilir. Buna göre kanunda açıkça takdir yetkisi düzenlenmiş ya da belirsiz bazı kavramlar kullanılmış olabilir. Bazı hallerde de idareye “değerlendirme” imkanı tanınmış bulunabilir.

1. Kanunun Açık Hükmü

İdarenin yetkilerinin kanunla düzenlenmesi anayasal bir zorunluluktur. Buna göre kanunda yer alan düzenleme, belli şart ve durumların gerçekleşmesi halinde belli bir kararı alıp almama veya değişik çözümler arasından birisini seçmek konusunda idareye bir tercih imkanı tanıyorsa, bu düzenlemenin idareye takdir yetkisi tanıdığı kabul edilir¹¹.

Kanunlarda da emredici kelimeler yerine “verebilir”, “edilebilir”, “atayabilir”, “görevlendirilebilir”, “dönüştürülebilir” gibi yetki verdiği makama yapmak ya da yapmamak konusunda bir seçim imkanı tanıyan düzenlemelerle idarenin takdir yetkisinin mevcut olduğu durumlar gösterilmektedir¹².

Örneğin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa göre “*Öğretim görevlileri, üniversitelerde ve bağlı birimlerinde bu Kanun uyarınca atanmış öğretim üyesi bulunmayan dersler veya herhangi bir dersin özel bilgi ve uzmanlık isteyen konularının eğitim-öğretim ve uygulamaları için, kendi uzmanlık alanlarındaki çalışma ve eserleri ile tanınmış kişiler, süreli veya ders saati ücreti ile görevlendirilebilirler*” ya da 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 15. maddesine göre “*Belediye sınırları içindekiler de dâhil olmak üzere, Genel Müdürlüğün görev alanındaki karayolları, Genel Müdürlüğün teklifi üzerine Bakan onayı ile erişme kontrollü karayoluna dönüştürülebilir veya erişme kontrollü kaldırılabilir.*” Bu gibi hallerde idareye bir karar almak ya da almamak konusunda serbesti tanınmış bulunmaktadır. İdare ancak kendisinin gerekli gördüğü hallerde harekete geçebilecektir. Oysa idare, bağlı

¹¹ Kaya, s.36.

¹² Karatepe, s.74, Kaya, s.38. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.72: “*Kurumlar, memurlarını meslekleri ile ilgili sınıftan genel idare hizmetleri sınıfına veya genel idare hizmetleri sınıfından meslekleri ile ilgili sınıfa, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle atayabilirler.*”

1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.23: “*Stajın yapıldığı yere göre adalet komisyonu başkanı ve baro başkanı, haklı bir engelin bulunması halinde yanında staj yaptığı avukatın da görüşünü alarak staj yere otuz günü aşmamak üzere izin verebilir.*”

6458 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 26: “*Tutuklu veya hükümlü olarak cezaevlerinde ya da idari gözetim altında geri gönderme merkezlerinde bulunan yabancıların, buralarda geçirdikleri süreler ikamet izni süresinin ihlali sayılmaz. Bu kişilerin varsa ikamet izinleri iptal edilebilir.*”

yetki içinde bulunduğunda, belli şartların gerçekleşmesiyle önceden belirlenmiş olan sonucu yerine getirmek durumunda kalmaktadır¹³.

2. Belirsiz Kavramlar

İdarenin görev ve yetkilerini düzenleyen mevzuatta, “kamu yararı”, “kamu güveni”, “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “genel ahlak”, “genel sağlık”, “hizmetin gerekleri”, “görülen lüzum” vb. belirsiz kavramlar bulunmaktadır¹⁴. Bu gibi hallerde takdir yetkisinin ya da bağlı yetkinin bulunması söz konusu belirsiz kavramın nasıl bir anlam kazandığına göre değişmektedir. Şöyle ki kanunda yer alan belirsiz kavramlarla toplumda geçerli olan genel anlayış veya objektif bir değer yargısından¹⁵ söz ediliyorsa bu halde idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁶. Örneğin Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 11. maddesinde polislin, “*Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları*” engelleyeceği düzenlenmiştir. Kanunda söz edilen genel ahlak ve edep kurallarına aykırılık, idare ajanlarının subjektif yargıları değil, toplum tarafından genel kabul görmüş kurallara aykırılığı ifade etmekte olduğundan objektif bir anlama sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁷. Dolayısıyla idare, objektif anlama sahip belirsiz kavramların bulunduğu durumlarda bağlı yetki içerisinde bulunmaktadır. Ancak bu

¹³ Yayla, s.195.

¹⁴ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.100: “Ancak ‘engelliler’ için; ‘engel’ durumu, hizmet gerekleri, iklim ve ulaşım şartları göz önünde bulundurulmak suretiyle günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile öğle dinlenme süreleri merkezde üst yönetici, taşrada mülki amirlerce farklı belirlenebilir.”

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu m.1: “Bu Kanun; kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzel kişilerin- ce kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyumsuzlukların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler.”

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m.5/c: “Elektronik haberleşme altı yapı, şebeke ve hizmetlerinin; teknik, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara, kamu yararına ve milli güvenlik amaçlarına uygun olarak kurulması, geliştirilmesi ve birbirlerini tamamlayıcı şekilde yürütülmesini sağlamaya yönelik politikaları belirlemek.”

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m.8/d: “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine, genel güvenliğe ve genel ahlaka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler Mahallin en büyük mülki amiri tarafından otuz günü geçmemek üzere geçici süreyle faaliyetten men edilir.”

¹⁵ Kaya, s.46.

¹⁶ Karatepe, s.74.

¹⁷ Ramazan Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.VII, S. 3-4, 2003, s.178. Kaya, s.48. Günday, s.155

durumda “belirsiz kavram”ın toplum tarafından genel kabul görmüş bir anlama sahip olup olmadığını belirlemek gibi bir güçlük ortaya çıkmaktadır.

Buna karşılık, kanunda kullanılan kavram idarenin anlayışını ifade ediyorsa takdir yetkisinin varlığı kabul edilmektedir¹⁸. Ancak bu durumda da idare, belirsiz kavramı kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri doğrultusunda yorumlamakla yükümlü tutulmaktadır¹⁹. Buna göre idarenin takdir yetkisi kullanarak işlem yaptığı hallerde, idari yargı organlarıncı idarenin dayandığı sebebin var olup olmadığı, var olması halinde, böyle bir işlem yapılmasına yeterli sayılıp sayılmayacağını araştırılması gerekmektedir²⁰. Örneğin 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 6. maddesinde “*Valiler, lüzumunda tâyinlerindeki usule göre kadro aylığı ile merkez emrine alınarak İçişleri Bakanının tensip edeceği işlerde görevlendirilebilirler*” hükmü yer almaktadır. Buna göre Danıştay, maddede geçen “lüzum” un hukuken geçerli bir sebep olması gerektiğinden hareketle idarenin takdir yetkisinin kamu hizmeti gerekleri doğrultusunda kullanıp kullanmadığını denetlemektedir²¹.

3. Değerlendirme Halleri

Takdir yetkisinin ortaya çıktığı bir diğer halde değerlendirme durumlarıdır. Kamulaştırma bedelinin tespiti, öğrenciye not verilmesi, jürinin adayı başarılı ya da başarısız bulması, bir binanın sağlamlığının tespiti, bir kişinin hasta olduğuna karar verilmesine ilişkin işlemler değerlendirme durumlarına örnek oluşturmaktadır²².

Buna göre idarenin takdir yetkisinin ya da bağlı yetkisinin bulunması, uzmanlık ve teknik bilgi gereken durumlarda, değerlendirmenin objektif anlayışa ya da idarenin subjektif anlayışına bırakılmış olmasına göre değişmektedir²³.

Objektif değerlendirmelerde, idare dışında bir kısım uzmanların raporlarına dayanılması söz konusudur. Bu şekilde yapılan idari işlemlerde objektif ölçüleri yansı-

¹⁸ Karatepe, s.74.

¹⁹ Karatepe, s.74.

²⁰ Yayla, s.193.

²¹ “...valilerin atanmaları veya merkeze alınmalarına ilişkin işlemlerin yargısal denetimi yapılırken, idarenin sahip olduğu geniş takdir yetkisi dikkate alınarak, yetki ve şekil yönlerinden sakatlıklarda olduğu gibi açık hukuka aykırılıkların bulunup bulunmadığının ya da idarenin açık bir değerlendirme hatasına düşüp düşmediğinin incelenmesi ile yetinilmesi gerekmektedir.” DİDD-GK E. 2007/36 K. 2012/1271 T. 26.9.2012; “...bu eyleminin davacının görevinden alınmasını gerektirecek ağırlık ve nitelikte bulunmadığı, bu durumda dava konusu işlemin davacı hakkında verilen yargı kararının uygulanmasından kaçınmak amacıyla tesis edildiği ve işlemin tesisine neden olarak gösterilen hususların, davacının görevinden alınmasını gerektirecek nitelikte olmadığı sonuç ve kanaatine varıldığından, anılan işlemde yasaya ve hukuka uyarlık görülmemektedir.” Danıştay 5. D. E. 2010/5755 T. 30.11.2010 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

²² Çağlayan, s.178.

²³ Karatepe, s.75, Balta, s.88.

tan uzman raporları ya da bilirkişi görüşleri esas alındığından idarenin takdir yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir²⁴. Örneğin İmar Kanununun 39. maddesinde “*Bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların sahiplerine tehlike derecesine göre bunun izalesi için belediye veya valilikçe on gün içinde tebligat yapılır*” hükmü yer almaktadır. Buna göre söz konusu tespit işin uzmanına yaptırılacağından idarenin hazırlanan rapor üzerine takdir yetkisinin bulunduğundan söz edilemeyecektir²⁵.

Buna karşılık, idarenin anlayışına bırakılmış olan değerlendirmeler bir takdir yetkisinin konusunu teşkil etmektedirler²⁶. Bu durumda da idarenin tamamen serbest şekilde karar verdiği bahsedilemeyecektir. İdare kararını belli kriterler üzerinden vermekle yükümlüdür. Ancak bu kriterlere olayın uygunluğu konusunda idarenin takdir yetkisi mevcut bulunmaktadır. Örneğin Danıştay, “*657 sayılı Yasanın 56. maddesi “Adaylık süresi içinde temel ve hazırlayıcı eğitim ve staj devrelerinin her birinde başarısız olanlarla, adaylık süresi içinde hal ve hareketlerinde memuriyetle bağdaşmayacak durumları, göreve devamsızlıkları tespit edilenlerin sicil amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir” hükmünü taşımakta olup, adaylık döneminde göreve son verebilmek için memurun başarısızlığının, hal ve hareketlerinin memuriyetle bağdaşıp bağdaşmadığının ve göreve devamsızlıklarının değerlendirilmesi hususunda idarelere takdir yetkisi tanıdığı açıktır*” değerlendirmesinde bulunmuştur²⁷. Buna göre idare, memurun hal ve hareketlerinin memuriyetle bağdaşmayacak nitelikte olup olmadığını değerlendirebilecektir. Ayrıca bu hususa ilişkin olarak sicil amirlerinin memurların sicillerini düzenlemesi ve sınav kağıtlarına ilişkin verilen notlar örnek gösterilmektedir²⁸.

²⁴ Kaya, s.52.

²⁵ “...yapının bir kısmının veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğunun tesbitine ilişkin raporun düzenlenmesinden sonra ilgili idarece rapordaki tesbitlerin esas alınması suretiyle yapının tamiri veya yıkımının bir işlemle yapı sahibinden isteneceği...” Danıştay 6. D. E. 2007/9992 K. 2009/11910 T. 11.12.2009; “...yıkım işlemine dayanak alınan inceleme raporunda; dava konusu yapının yıkılacak derece tehlike arzettiğinin tesbit edildiği, mahkemece mahallinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda ise, binanın taşıyıcı unsurlarının bakımsızlıktan çürümüş olduğu, taş duvarlarda çatlakların oluştuğu, duvar içindeki harcın bağlayıcı özelliğini kaybettiği, yapının tümü dikkate alındığında esaslı tadil ve onarım yapıldığı taktirde yıkılmaya meyilli, tehlike arzeden bir yapı konumunda olmadığı belirtilmiştir görülmektedir. Ancak esaslı bir onarımla tehlike arz etmeyecek duruma gelebileceği, aksi taktirde yıkılma tehlikesine maruz bulunduğu anlaşılan yapının, yıkılacak derecede tehlike arzettiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” Danıştay 6. D. E. 1992/2066 K. 1993/913 T. 8.3.1993 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

²⁶ Balta, s.88. Kaya, s.52.

²⁷ Danıştay 5. D. E.1988/1918, K.1989/1425, T.20.06.1989 www.legalbank.com (E.T.: 28.12.2014)

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Tan, “Sınav notları ve Yargısal Denetim”, Danıştay Dergisi, s.18-19, y.5, Kaya, s.53- 60

B. TAKDİR YETKİSİNİN YARGISAL DENETİMİ

Anayasanın 125. maddesine göre; “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.” İYUK’nun 2. maddesinde de “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler.” hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeler idari yargı yetkisinin çerçevesini belirlemektedir.

Bu düzenlemelere göre idari işlemin hukuka uygunluk denetiminde, “idarî eylem ve işlem niteliğinde” veya “takdir yetkisini kaldıracak biçimde” yargı kararı verilememesi ve “yerindelik denetimi yasağı” önem taşımaktadır. Ayrıca yargı içtihatlarında takdir yetkisinin kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararına, sosyal devlet ilkesi, aile birliğinin korunması ilkesi, eşitlik ilkesi, idarenin bütünlüğü ilkesi, savunma hakkı, düşünce ve kanaat hürriyeti, çalışma ve sözleşme hürriyeti, ölçülülük ilkesi, çevrenin korunması ilkesi, şehircilik ve planlama ilkelerine²⁹ uygun olarak kullanılması gerektiği öngörülmektedir³⁰.

²⁹ Gül Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yay., 2014, s.214.

³⁰ Kaya, s.129- 165. “...Kurumca önceki yıl ücretlerinden yüksek ya da en azından 1989 yılı düzeyinde saptanması sosyal devlet ilkesinin ve ücrette adalet sağlanmasının bir gereğidir. ... daha düşük ücret belirlemesi takdir yetkisinin kullanımında açık hataya düşüldüğünü ortaya koymaktadır.” Danıştay 5. D.E. 1991/3725 K. 1992/1960 T. 23.6.1992; “...idarenin, idari, asayiş ve zaruri sebepler ve hizmetin aksatılmadan yürütülmesini temine yönelik olarak yapacağı atamalarda takdir hakkının bulunduğu tartışılmaz bir olgudur. Ancak burada takdir hakkının objektif olarak kullanılıp kullanılmadığı önemlidir. Eşleri devlet kuruluşlarında görevli subay ve astsubayların atanmalarında aile bütünlüğünün korunması açısından eşlerinin memuriyet görevinin de göz önünde tutulması gerekmektedir.” AYİM 1. D. E. 2005/649 K. 2005/1137 T. 15.11.2005; “...Takdir yetkisine dayalı işlemlerin, hukukun belirlediği sınırlar ve eşitlik kuralı gözetilerek kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerekir.” Danıştay 8. D. E. 2010/1 T. 27.1.2010; “...1991 yılı için hak sahibi durumda olan Davacı hakkında konut kiralama .ve Tahsis işleminden takdir hakkı olduğu ya da bütçe olanaksızlığı gerçeğiyle sarfi nazar edemez, dönemmez. İdarenin bütünlüğü ilkesi karşısında, Davalı idarenin parasal yönden kaynak yetersizliğini çözerek, kendilerine konut kiralanıp tahsis edilen emsalleriyle aynı durumda olan Davacının istemini kabul etmesi ve kiraladığı konutun kira bedelini ödemesi gerekir.” AYİM 1. D. E. 1991/1619 K. 1992/1423 T. 19.10.1992; “...Yargı İçtihatlarında ve öğretide, takdir yetkisinin hukuka uygunluğunun denetiminde, açık hata, oranısızlık, dengeleme, makul ölçü gibi kavramlara müracaatla, bu hallerin varlığı halinde takdir yetkisinin objektif kullanılmadığı kabul edilmektedir. Anayasa yargısından sonra, oranlılık, gereklilik, ve elverişlilik alt ilkelerini ihtiva eden ölçülülük esasının, idare hukukunda da hukuka uygunluk aracı olarak başvurulması gereği ortaya çıkmıştır.” AYİM 2. D. E. 2003/162 K. 2003/298 T. 9.4.2003; “...İdarelere belli bir kararı alıp almamak veya kanunda öngörülen değişik çözümler arasında bir seçim yapmak konusunda tanınan serbestiye

1. Hukuka Uygunluk Denetimi

İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde “İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından” iptal davaları açılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre idari işlemin hukuka uygunluk denetimi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden yapılacaktır.

Bir idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi ise, Anayasa ve kanun hükümlerine, düzenleyici işlemlere, örf ve adete, hukukun genel ilkelerine ve mahkeme kararlarına uygun olup olmadığı anlamına geldiği ifade edilmektedir³¹.

Anayasanın 125. maddesinde de “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık” olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun idareye ister bağlı yetki tanısın ister takdir yetkisi tanısın bu işlemlerin yargı organınca denetlenmesi mümkündür. Esasında bu durum hukuka bağlı idare ilkesinin gereği olmaktadır. İdarenin takdir yetkisi de kamu hizmetlerini yürüten idarenin hukuk kuralları içinde serbestçe hareket edebileceği bir alandır³². Bu doğrultuda takdir yetkisi de hukuk içi bir yetki konumunda bulunmaktadır³³.

Nitekim Danıştay da “İdari işlemler üzerindeki yargısal denetim, bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıyla sınırlı olup, idarenin takdir yetkisinin denetimine yargı organları yönünden getirilen ve idari işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk açısından denetlenebilecekleri biçiminde ifade edilebilecek bu kural, aynı zamanda idarenin,

takdir yetkisi denir. Bu yetki, keyfi bir hareket yetkisi olmayıp, ancak mevzuatın belirlediği alan içerisinde hukuka uygun bir şekilde kullanılabilir. Takdir yetkisine dayalı işlemlerin hukukun belirlediği sınırlar ile kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerektiği idare hukukunun en temel ilkesidir. Bu durumda, yol, cadde, sokak, meydan ve benzeri yerler üzerinde araç park yerlerinin tespiti ve işletilmesi konusunda belediyeye verilen yetkinin hukuka, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun kullanılıp kullanılmadığı, belediyece belirlenen cadde ve sokakların belirli kısımlarının otopark olarak işletilmesinin, yolların asıl kullanım amacını engelleyip engellemediği, ulaşımı güçleştirip güçleştirmede, trafik güvenliği açısından sakıncasının bulunup bulunmadığı, planlama ve şehircilik ilkeleri açısından yapılan uygulama ile yolların kullanım fonksiyonunun ne şekilde değiştiği ve bu değişikliğin yolun imar planlarında öngörülen fonksiyonuna uygun olarak kamuya hizmet vermesine imkan verip vermediği hususlarının tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yapılması gerekirken, belediye sınırları içinde trafik düzenlemesi ile ilgili olarak Belediyelerin takdir yetkisinin bulunduğu gerekçesiyle verilen, İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.” Danıştay 8. D. E. 2011/1214 K. 2011/3344 T. 24.6.2011 www.kazanci.com (E.T.: 28.12.2014).

³¹ Kaya, s.127.

³² İl Han Özay, Günışığında Yönetim, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004, s.13. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, C. 1, 1966 s.420. Balta, s.85. Nuri Alan, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu (10- 11- 12 Haziran), Ankara: Danıştay Yay., 1982, s.33.

³³ Kaya, s.126.

takdir yetkisinin yargı yerlerince denetiminde uyulması gereken sınırları da belirler. Buna göre, 5018 sayılı Kanunun yukarıda anılan hükmünde olduğu gibi, idareye birden çok seçenek arasında tercihte bulunması yönünde takdir yetkisi tanınan hallerde, idari yargı yerince yapılacak denetim, idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulamasının hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesiyle sınırlı olup, yargı yerlerinin idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da belirli bir yönde işlem veya eylem tesisine zorlayacak biçimde karar vermeleri ve böylece idari işlemlerin denetiminde “hukuka uygunluk” sınırını aşarak “yerindelik” denetimine girmeleri, yukarıda belirtilen Anayasa ve Yasa kuralıyla bağdaşma(yacağı)” görüşündedir³⁴.

Takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda yargısal denetim ayrıca özellik arz etmektedir. Şöyle ki kamu gücü kullanan idare karşısında iptal davası yoluyla bireyleri korumak ne kadar önem taşıyorsa, kamu hizmetlerini yürüten idarenin yetki alanına müdahale edilmemesi de önem taşımaktadır. Dolayısıyla gerçekleştirilmesi güç olsa da takdir yetkisinin denetiminde özel yararlarla kamu yararı arasındaki dengenin iyi kurulması gerekmektedir³⁵.

Danıştay bir başka kararında yargı yetkisinin sınırını şu şekilde belirlemiştir³⁶; *“Teklif edilen iki adayın ve davacının durumlarının bu bağlamda değerlendirilmesine gelince; her üç adayın da hukuk fakültesi mezunu olduğu, farklı kamu kurumlarında kurumların hukuk işlerini yürüten birimlerinde hukuk müşavirliği, müfettişlik, hakim savcılık gibi kamu hizmetinde görev aldıkları görülmüş olup, Bakanlar Kurulu’na önerilen iki adayın ve davacının, Yönetim Kurulu Üyeliği’ne atanabilme konusunda öncelikli yasal koşul olan “hukuk alanında temayüz etmiş bir kişi” oldukları anlaşılmıştır. İdarelerin birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisi ile donatıldıkları durumlarda, yargı organlarınca yapılacak denetim idarenin tercih ettiği seçeneğin hukuka uygunluğu ile sınırlıdır”. Yine bir başka kararda idari yargı yetkisinin sınırı “idari yargı yerlerinin denetim yetkisi, kanunların idari makamlara bıraktığı yetkilerin kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılmasını kapsar; yoksa söz konusu yetkilerin idari yargı yerlerince kullanılması sonucunu yaratmaz” şeklinde açıklanmıştır³⁷.*

2. Yerindelik Denetimi Yasağı

Yerindelik, bir idari işlem veya eylemin yapılmasında zaman, mekan, hal ve şartların icaplarına göre idari gerekler uyarınca davranmaktır³⁸. Bir başka tanımla yerindelik, takdir yetkisinin çekirdeği olmakta ve hukuka uygunluk denetiminin sınırını

³⁴ Danıştay 5. D., E. 2008/4162, K. 2010/3090, T. 12.5.2010 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

³⁵ Karatepe, s.104

³⁶ Danıştay 5. D. E. 2009/6719 K. 2011/3104 T. 8.6.2011 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

³⁷ Danıştay 9. D., E. 2007/4149, K. 2009/51, T. 20.1.2009 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

³⁸ Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 6. baskı, Konya: Sayram Yayınları, 2013, s.11

oluşturmaktadır³⁹. Dolayısıyla bir idari işlemin yerindeligi ancak yargı dışı denetim yollarıyla sağlanabilir⁴⁰.

Yargı organları yerindelik denetimi⁴¹ oluşturacak şekilde karar verememekle birlikte hukuk kurallarının idarenin ne şekilde işlem tesis edeceğine açıkça düzenlemesi halinde takdir yetkisi ve yerindelik denetimi arasındaki sınırın belirlenememesi sorunu ortaya çıkmaktadır⁴². Ancak takdir yetkisi ile yerindelik kavramlarının farklı olduğu belirtilmektedir. Buna göre takdir yetkisi, yapılan idari işlemde bağımsız olup, işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez kullanılmakla sona eren bir yetkidir. Buna karşın yerindelik, idari işlemin ortaya çıkardığı az çok süreklilik gösteren bir durumu ifade eder. Diğer yandan takdir yetkisi, uygulanacak hukuk kuralının çerçevesinde idarenin serbest karar verme alanını, yerindelik ise bu alan içinde kalınarak verilen kararın konusunu oluşturur⁴³.

Danıştay'ın yerindelik denetimi yasağına ilişkin bir kararı şu şekildedir⁴⁴; “... dava konusu işlem ile aynı işi yapan içkili yerle içkisiz yerler arasında eşitliğe aykırı olarak işlem tesis edildiği yönünde belirlemede bulunularak karar verilmiş ise de; olayda aynı statüde bulunmayan içkili ve içkisiz yerler bakımından farklı kuralların konulduğu anlaşıldığından ve bu tür yerlerin aynı nitelikteki işyerleri olmaması nedeniyle kendi ara-

³⁹ Yayla, s.193

⁴⁰ Tan, s.881

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, İdari Yargı, 2. baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s.137. İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, İstanbul: Der Yayınları, 2008, s.89. Kalabalık, s.11

⁴² Onar, s.421. Yıldırım, İdari Yargı, s.137, Karatepe, s.84

⁴³ Ali Ülkü Azrak, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 6, S. 1-3, 1995, s.27

⁴⁴ Danıştay 8. D. E. 2010/8660 K. 2013/2616 T. 29.3.2013 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014). Bir başka kararda ise pazar alanının daha batıda bir alana kaydırılarak kentin batı girişinde bulunan “Hizmet Odağı” içinde kurgulanması gerektiği yolundaki belirlemenin alternatif plan önerisi olarak değerlendirilemeyeceği ve söz konusu rapor dikkate alınarak verilen yargı kararının “yerindelik denetimi” kapsamında olmadığına karar verilirken karşı oy yazısında şu hususlara değinilmiştir; “...revizyon imar planının, şehircilik ilkeleri, planlama esasları, kamu yararı ve hukuka uygun olup olmadığına saptanması gerekmektedir. 2577 sayılı Kanun’un anılan 2. maddesine göre yerindelik denetimi yapılamayacağından bilirkişi raporuyla dava konusu işleme alternatif plan önerisi getirmesi ve öneriye göre dava konusu işlemi değerlendirilmesi halinde yargı yetkisi sınırlarının aşılması olasılığı doğmaktadır. Bilirkişi önerisinin kabulü halinde idareye ait olan plan yapma yetkisi ortadan kalkacak ve planlama süreci işletilmeden yargı kararıyla mevcut öneri ileride yapılacak planlar yönünden bağlayıcı olacaktır. Buna göre, mevzuata uygun olarak yapılan 1/5000 ölçekli nazım imar planı revizyonunun bilirkişi raporunda doğrudan kamu yararına aykırılığının ortaya konulmadığı, diğer bir ifadeyle dava konusu işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırılığı saptanamadığından, bilirkişi raporuyla getirilen alternatif plan önerisine göre de dava konusu işlemin yargısal denetimi yapılamayacağı dikkate alındığında davalı temyiz isteminin kabulü ile iptale yönelik Danıştay Altıncı Dairesi kararının bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz” (DİDDGK E. 2008/287, K. 2012/153, T. 9.3.2012) www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

larında farklı kuralların getirilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Bu nedenle dava konusu işlem ile eşitler arası farklı uygulamaların ortaya çıkacağını söylemeye imkan bulunmamaktadır. Diğer taraftan; Mahkemenin, içkili yerlerle ilgili asayiş ve güvenlik gibi sorunların, içkili yer bölgesi ve çeşitli müeyyidelerin uygulanması suretiyle giderileceği şeklindeki gerekçesi ile de idarenin yerine geçilerek yerindelik denetimi yapıldığı görülmektedir. Bu hale göre; idarenin mevzuatla verilen takdir hakkını haklı sebeplerle dayandırdığı görüldüğünden tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamakta olup, aksi gerekçelerle işlemi iptal eden Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir". Bir başka kararda ise "Davacıya ait taşınmazların idare ve hizmet binası yapımı amacıyla kamulaştırılmasına karar verilmiş, savunmada da kamulaştırmanın lojman için yapıldığı belirtilmiş olup lojman ise; nitelik ve kamu hizmetinin gereği hizmet binası kapsamında içinde mütalaa edildiğinden imar planında mesken sahasında kalan bir yerin bu amaç için kamulaştırılması mümkündür. Ancak İdare Mahkemesince, lojman ihtiyacını idarenin kendi parselleri içinde karşılamasına olanak bulunup bulunmadığı (kat arttırma, v.s.gibi), davacı parsellerine bu yönden gereksinim olup olmadığı konularında inceleme yapılarak bir karar verilmesi gerekirken, bu hususların yerindelik denetimi sınırları içinde kaldığı gerekçesiyle inceleme konusu yapılmamasında isabet görülmemiştir" şeklinde karar verilmiştir⁴⁵.

Buna göre Danıştay, eşit olmayanlara idare tarafından farklı uygulamaların yapılabileceğini, bu durumda idarenin neden bir başka yöntem kullanmadığını sorgulamanın yerindelik denetimi anlamına geldiğini kabul etmektedir. Buna karşın diğer kararında da idarenin lojman ihtiyacını kamulaştırma dışında başka bir yöntemle giderip gideremeyeceğinin kontrolünün yargı denetimi içinde kaldığını belirtmektedir. Görüldüğü üzere yerindelik alanı ile takdir yetkisi alanını birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Bu durum yargı kararlarına da yansımaktadır. Ancak konunun özelliği gereği genel kuraldan ziyade her somut olayda yerindelik alanına ayrı ayrı karar vermek en uygun çözüm olacaktır.

3. Takdir Yetkisini Kaldıracak Biçimde Yargı Kararı Verilmesi Yasağı

İYUK'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında, idari mahkemelerin, idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremeyecekleri düzenlenmiştir. Ancak bu durum takdir yetkisinin denetlenmemesi anlamına gelmemektedir⁴⁶. Nitekim Danıştay, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda bu yetkinin kullanılmasının "açık hata" oluşturup oluşturmadığını denetlemektedir⁴⁷. Danıştay'a göre takdir

⁴⁵ Danıştay 6. D. E.1983/1238, K.1983/4337, T.28.12.1983 www.hukukturk.com (E.T.: 30.11.2014)

⁴⁶ Kalabalık, s.12

⁴⁷ "...görevin önem, sorumluluk ve niteliği, görev yerinin özelliği, hizmet süresi, kadro unvan ve derecesi ve eğitim seviyesi gibi hususlar göz önüne alınarak, hangi işi yapanlara ve hangi görevde

yetkisini kullanırken açık hataya düşülmesi Anayasa'da yer alan temel kurallara aykırı hareket edildiğinin tespiti anlamına gelmektedir. Örneğin bir kararda "...İdarenin boş bulunan bir kadroya atama yapma konusunda takdir yetkisi var ise de; davacının Milli Eğitim Bakanlığında 12 yıl Daire Başkanlığı yaptığı dikkate alındığında... İl Kültür Müdür Yardımcılığına atanmasında atandığı görev ve unvan bakımından takdirde açık hata bulunduğundan, mahkemece söz konusu atanmanın iptaline dair verilen kararda hukuka aykırılık görülme(diğine)" hükmedilmiştir⁴⁸.

Danıştay, takdir yetkisinin denetimine ilişkin şu görüşlere yer vermiştir⁴⁹; "...dava konusu işlem ile davacıya 3194 sayılı Yasanın 42. maddesi uyarınca 5.000.000.000 lira para cezası verildiği, İdare Mahkemesince de yapının yeri, konumu, niteliği ve maliyet değeri dikkate alınarak para cezasının kısmen iptal edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, 2577 sayılı Yasanın 2. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yargı kararı ile idareleri işlem tesisine zorlanamayacağı gibi idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceğine göre, İdare Mahkemesince para cezası fahiş bulduktan sonra idarenin yerine geçilerek para cezası miktarının belirlenmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır". Bir başka kararda ise atama yapılmaması üzerine açılan iptal davasında "...kadrosu kaldırılan memur durumunda bulunan davacının, yeni oluşturulan bir kadroya atanması konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu açık olup, belli bir kadroya atama yapılması için idarelerin yargı kararıyla zorlanması da mümkün olmadığından, dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığına" karar verilmiştir⁵⁰.

bulunanlara ne miktarda ve hangi oranlarda tazminat ödeneceği, yine, zam ve tazminatların hangi işi yapanlara ve hangi görevlerde bulunanlara ödeneceği hususunda Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi verilmiştir. Bununla birlikte, bu yetkinin, Anayasa'da yer alan temel kurallara aykırı olarak veya kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargı içtihatlarıyla kabul edilmiş bulunmaktadır. 657 sayılı Kanun'un 152. maddesi uyarınca 5.5.2006 günlü, 26159 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe konulan ve 2010/7 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 3. maddesi ile 2010 yılında da uygulanmasına devam edilmesine karar verilen Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin 17.4.2006 günlü, 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 4/b maddesinde ve bu karara ekli III sayılı Cetvelin G bölümünde kontrol memurlarına ödenecek zam ve tazminat oranları belirtilmiştir. Bu durumda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 152. maddesinde tanınan takdir yetkisi çerçevesinde tesis edildiği anlaşılan 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının sosyal güvenlik kontrol memurları ile ilgili kısmında idarenin açık bir takdir hatasının bulunmadığı, diğer ifadeyle, idarenin takdir yetkisini kullanırken Anayasa'da yer alan temel kurallara aykırı hareket ettiğinin açık ve net olarak tespitine yönelik bir durumun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır." Danıştay 2. D., E. 2012/4531, K. 2013/2656, T. 30.4.2013 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

⁴⁸ Danıştay 5. D., E. 1998/2282, K. 1999/1682, T. 24.5.1999 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

⁴⁹ Danıştay 6. D., . 2004/1613, K. 2006/2164, T. 21.4.2006; aynı yönde bkz. Danıştay 6. D., E. 2006/5672, K. 2006/6292, T. 18.12.2006 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

⁵⁰ Danıştay 5. D., E. 2009/4096, K. 2012/1034, T. 14.3.2012 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

Danıştay'ın devlet memurlarının bir alt derece ceza ile cezalandırılması konusunda idarenin takdir yetkisinin yargı kararıyla kaldırılamayacağına ilişkin kararları da mevcuttur⁵¹; "...*“uygulanabilir” ibaresi nedeniyle memurun geçmiş çalışmalarının başarılı ve sicillerinin çok iyi olması halinde daha hafif bir ceza ile cezalandırılması konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı, anılan Anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında, yargı yerlerinin bu konudaki takdir yetkisini kaldırarak biçimde idareyi bir derece hafif ceza vermeye zorlaması hukukun mümkün olmadığından, davacının bir alt ceza ile cezalandırılması gerekirken sübuta eren fiilin karşılığı cezanın alt ceza dikkate alınmadan doğrudan verilmesinde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesi ile dava konusu işlemin iptali yolunda Verilen idare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır”*.

4. İdari Eylem ve İşlem Niteliğinde Karar Verilmesi Yasığı

İdari yargı organlarının idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı vermeleri, idarenin yerine geçerek karar vermeleri anlamına gelmektedir⁵². Bu durum yargı organının iptal kararını verirken idarenin işlem yaparken nasıl hareket etmesi gerektiğini belirtmesi suretiyle gerçekleşmektedir⁵³. Ancak bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturur⁵⁴. Buna göre kuvvetler ayrılığı devlet iktidarının çeşitli fonksiyonlarının aralarında işbirliği mevcut bulunan değişik organlarca yerine getirilmesi anlamına gelmektedir⁵⁵. Buna göre yasama, yürütme ve yargı işbirliği içinde bulunsalar da farklı işlevlere sahiptirler. Dolayısıyla idari eylem veya işlem niteliğinde yargı kararı verilerek idarenin takdir yetkisinin kaldırılması mümkün değildir⁵⁶.

Danıştay'ın konuya ilişkin bir kararı şu şekildedir⁵⁷; *“İdare Mahkemesince, idarece verilen para cezası tutarının belirlenmesinde hangi kriterlerin dikkate alınmasının gerektiği hususları açıklandıktan sonra mevzuata aykırı hesaplanan para cezasına ilişkin işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, idare yerine geçerek para cezasının 932.459.260-liralık kısmının hukuka uygun bulunmayarak iptaline, artan kısım için davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”*

⁵¹ Danıştay 12. D., E. 2002/2564, K. 2005/4197, T. 23.11.2005 aynı yönde bkz. Danıştay 12. D., E. 2001/2892, K. 2001/4064, T. 26.11.2001 www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2014)

⁵² Kaya, s.193.

⁵³ Tan, s.883. Hasan Nuri Yaşar, İdari Yargı, İdari Yargıç, Yargısal Emir, İstanbul: On İki Levha Yay., 2013.

⁵⁴ Alan, s.58.

⁵⁵ Ergün Özbudun, Anayasa Hukuku, 14. baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s.187.

⁵⁶ Kaya, s.194.

⁵⁷ Danıştay 6. D. E.2004/4594, K.2006/4680, T.11.10.2006 www.hukukturk.com (E.T.: 30.11.2014) Danıştay 7. D. E. 2009/1034, K. 2010/1665, T. 7.4.2010 www.kazanci.com (E.T.: 30.11.2014).

Bir başka kararda ise idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilememesi yargı denetiminin sınırı olarak açıklanmıştır⁵⁸; “İdari yargı denetiminin açıklanan gerekleri dışına çıkılarak, işlemi yargılanan idarenin yapması gereken konusunda talimat niteliği taşıyan hüküm kurulması, idari Yargının iki yüzyıllık geçmişinin kazanımı olan, yargı kararıyla idareye talimat verilemeyeceği yolundaki kurala aykırı olduğu gibi; Anayasanın ve İdari Yargılama Usulü Kanununun, yukarıda sözü edilen, maddelerinde idari yargı için getirilmiş olan yasaklamalara da aykırıdır”.

5. Kamu Hizmetinin Gerekleri ve Kamu Yararı

Kamu hizmeti, kamu tüzel kişileri veya kamu tüzel kişilerinin denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilen ve giderilmesinde kamu yararı bulunduğu siyasi organlar tarafından kabul edilen, genel ve ortak ihtiyaçların karşılanmasına yönelik faaliyetlerdir⁵⁹. Kamu yararı ise idari işlemle ulaşılmak istenen, o işlemde beklenen nihai sonuçtur. Kamu yararı esas olarak tüm idari işlemler için genel ve değişmez amaçtır⁶⁰. Kamu yararı kavramı, kapsam bakımından hizmet gereği kavramından daha geniştir. Hizmet gereği, belirli bir teşkilat içinde söz konusu olmakla birlikte, kamu yararı, bütün devlet ve ülke yararı için geçerlidir⁶¹.

İdare, takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanmalıdır⁶². Danıştay, takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını “hizmet gerekleri”, “kamu yararı” veya “hizmet gerekleri ve kamu yararı” esaslarına uygunluk açısından belirlemektedir⁶³. Nitekim Danıştay’a göre⁶⁴, “Bir kamu görevine açıktan veya yeniden atama yapmak konusunda idarelere takdir yetkisinin tanınmış bulunduğu, idarenin bu konuda yargı kararı ile zorlanamayacağı, diğer bir ifadeyle idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği, ancak bu takdir yetkisinin de mutlak olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı bulunduğu, takdire dayanan işlemlerin sebep

⁵⁸ Danıştay 7. D., E. 2006/1873, K. 2007/138, T. 25.1.2007; Danıştay 13. D. E. 2008/12359 , K. 2013/1925, T. 26.6.2013 www.kazanci.com (E.T.: 30.11.2014).

⁵⁹ Yıldırım ve diğerleri, s.638.

⁶⁰ Günday, s.160.

⁶¹ Kaya, s.160.

⁶² Tan, s.873.

⁶³ Danıştay 5. D. E. 1982 / 1028, K. 1985 / 1675, T. 04.06.1985; Danıştay 10. D. E. 1984 / 2739, K. 1986 / 1451, T. 24/06/1986; Danıştay 10. D. E. 1988 / 530, K. 1991 / 1148, T. 27/03/1991 www.hukukturk.com (E.T.: 25.05.2014) DİDDGK E. 2007/36, K. 2012/1271, T. 26.9.2012; Danıştay 2. D. E. 2007/1114, T. 30.4.2007; Danıştay 5. D. E. 1998/1619, K. 1999/1756, T. 26.5.1999 www.kazanci.com (E.T.: 25.05.2014).

⁶⁴ Danıştay 12. D. E. 1995/7836 K. 1997/846 T. 8.4.1997. “...idarelere kamu görevlilerinin naklen atanmaları konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin kullanımı kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olup, bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.” Danıştay 5. D. E. 2008/6724, K. 2010/3642, T. 26.5.2010 www.kazanci.com (E.T.: 06.05.2014).

ve maksat bakımından yargı denetimine tabi bulunduğu hususu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. ...bu takdir yetkisi, açıktan atamaya ilişkin bir işlemde kullanılmış ise; bunun kadro, ihtiyaç, hizmet gerekleri ve atama isteminde bulunan kişinin kişisel konumu gibi durumlar dikkate alınarak, kullanılıp kullanılmadığının yargı merciince incelenmesi idari eylem ve işlem niteliğinde karar vermeyi değil, idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden yargı denetiminin işlevini sağlamak olarak kabulü gerekir". Bir başka kararda "...takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanıp kullanılmadığı yönünden yargı denetimine tabi tutulabileceğinin" tartışmasız olduğu belirtilmiştir⁶⁵. Yine diğer bir kararda "mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesinden ...idarenin takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak kullandığı belirlene(mediği)" gerekçesiyle dava reddedilmiştir⁶⁶. Bir başka kararda Danıştay, "...görevinde başarısız olduğu yolunda hukuken geçerli bir nedenin ortaya konulmaması, hizmetinin gereklerini yerine getirmediği ya da verimli bir biçimde sürdürülmesine engel oluşturduğu yolunda da somut bilgi ve belge sunulmaması ...karşısında, ... atanmamasında kamu yararı ve hizmet gereklerine uygunluk" bulunmadığı sonucuna varmıştır⁶⁷.

II. TAKDİR YETKİSİNİN SINIRI OLARAK İDARİ İŞLEMLERDE GEREKÇE İLKESİ

Daha önce belirtildiği üzere idarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken takdir yetkisini kullanması kaçınılmazdır. Ancak bu takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılması hukuk devleti için önem arz etmektedir. Takdir yetkisinin yargısal denetiminde ortaya çıkan güçlüklerde göz önünde bulundurulduğunda, takdir yetkisinin farklı mekanizmalarla da denetlenmesi yerinde olacaktır. İdari işlemlerin gerekçeli yapılması da takdir yetkisinin denetimi işlevini gerecektir.

Gerekçe ilkesi idari işlemin sebep unsuruyla yakın ilişki içindedir. Sarıca, idari işlemin sebep unsurunu, yapılan hukuki tasarrufa, alınan icrai karara takaddüm eden ve idareyi bu tasarrufu yapmaya, bu kararı almaya sevk eden hukuki veya fiili objektif bir vaziyet olarak tanımlamıştır⁶⁸. Esas olarak her idari işlem belli bir sebebe dayalı olarak yapılır. Nitekim idari işlemin sebebi, idareyi işlem yapmaya yönelten etkenler olarak tanımlanmaktadır⁶⁹. İdareyi işlem yapmaya yönelten bu etken, bir hukuksal işlem olabileceği gibi, bir olay da olabilir⁷⁰. Gerekçe ise sebebin işlem metninde gös-

⁶⁵ Danıştay 8. D. E. 2002/2960, K. 2003/1179, T. 19.3.2003 www.kazanci.com (E.T.: 06.05.2014)

⁶⁶ DİDDGK E. 1993/65, K. 1993/208, T. 11.6.1993 www.kazanci.com (E.T.: 06.05.2014)

⁶⁷ Danıştay 2. D. E. 2006/1053, K. 2006/3272, T. 15.11.2006 www.kazanci.com (E.T.: 06.05.2014)

⁶⁸ Ragıp Sarıca, İdari Kaza, C. 1, İstanbul: Kenan Matbaası, 1949, s.65

⁶⁹ Tekin Akıllıoğlu, "Yönetmelik İşlemlerinde Gerekçe İlkesi", Amme İdaresi Dergisi, C. 15, S. 2, 1982, s. 7

⁷⁰ Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 30. baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, s.223

terilmesi anlamına gelmektedir. İdari makam, gerekçe ile sebeplerinin en azından bir kısmını, niçin, nasıl ve hangi şartlarda o işlemi yaptığını ve neden başka bir içerikte işlem yapmadığını açıklar⁷¹. Dolayısıyla idari işlemin sebebiyle gerekçe arasında mantiki bir tutarlılık olması gerekir⁷².

İdari işlemin sebebi, idari makam tarafından yapılan idari işlemin doğru ya da yanlış, hukuka uygun ya da aykırı, savunulabilir ya da savunulamaz olduğuna bakılmaksızın, idari işleme temel teşkil eden mülahaza ve düşüncelerdir⁷³. Dolayısıyla sebep esas olarak idari işlemin içeriği ile idarenin beyanı arasındaki illiyet bağıını oluşturmaktadır⁷⁴. Bundan dolayıdır ki sebebi olmayan idari işlem düşünülemezken gerekçesiz olarak idari işlemler yapılabilmektedir⁷⁵. Nitekim idari işlemlerin belli bir sebebe dayanılarak yapıldığı açık olmakla birlikte işlem metninde bu sebebin açıklanması veya gösterilmesine dair genel bir yükümlülüğten söz edilememektedir⁷⁶.

Gerekçe ilkesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (77) 31 sayılı "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar"ında "*Haklarını, özgürlüklerini veya çıkarlarını ihlal edici nitelikte bir idari işlem söz konusu olduğunda, ilgili bu işlemin dayanağı olan nedenlerden haberdar edilir. Bu bilgi, ya idari işlemin metninde nedenlerin belirtilmesi şeklinde ya da ilgilinin isteği üzerine makul bir süre içinde yazılı olarak ayrıca kendisine verilir.*" şeklinde düzenlenmiştir⁷⁷.

Ülkemizde ise idari işlemlerin gerekçeli olmasına ilişkin genel bir gerekçe yükümlülüğü bulunmamaktadır. Buna karşın bazı kanun ve düzenleyici işlemlerde idari işlemin gerekçeli olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir⁷⁸.

A. GEREKÇE İLKESİNİN İŞLEVİ

Gerekçe ilkesi kısaca idari işlemin sebebinin işlem metninde gösterilmesi anlamına gelmektedir. İdari işlemlerin gerekçeli olarak yapılmasının temel olarak işlemin muhatabı, idare ve yargı organı bakımından işlevleri bulunmaktadır.

⁷¹ Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s.200

⁷² Akıllıoğlu, Gerekçe..., s. 7

⁷³ Akyılmaz, İdari İşlemin..., s.199

⁷⁴ Akyılmaz, İdari İşlemin...,s.199

⁷⁵ Tekin Akıllıoğlu, Yönetim Önünde Savunma Hakları, Ankara: TODAİE Yayınları no.206, 1983, s.106

⁷⁶ Akıllıoğlu, Yönetim Önünde..., s.107. Bundan ayrı olarak yargı kararlarının gerekçeli olması hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmektedir. Nitekim bu husus Anayasamızın 141. maddesinde "*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*" şeklinde ifade edilmiştir.

⁷⁷ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Documents_en.asp

⁷⁸ Örneğin; Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.52, Kamu İhale Kanunu m.40, Gümrük Kanunu m.6, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Teşkilat Yönetmeliği m.5, Evlendirme Yönetmeliği m.23, Basın Kartları Yönetmeliği m.39.

1. İşlemin Muhatabı Bakımından İşlevi

Gerekçe ilkesi, işlemin konusu olan kişiye yönelik bir ilkedir⁷⁹. Gerekçe ilkesinin işlemin muhatabı açısından açıklık kazandırma ve ispat işlevi mevcuttur. Gerekçe ilkesiyle öncelikle muhatabın hukuki güvelliğini sağlamak amaçlanır. İdarenin yaptığı işlemde statüsü etkilenen kişinin söz konusu işleme karşı idari veya yargısal başvuru yollarını kullanıp kullanmama kararını verebilmek için bazı verilere sahip olması gerekir⁸⁰. Buna göre gerekçe ile işlemde etkilenen kişiye, işlemin dayandığı sebepler hakkında bilgi verilmektedir. Bu şekilde ilgililerin, idari işlemin dayandığı esasları ve bunların sonuçlarını önceden görerek, işleme karşı hukuk yollarına başvurma konusunda bir karara varma ve işleme karşı savunma geliştirmeleri mümkün olmaktadır⁸¹. Bu sebeple gerekçe ilkesi, ilgilinin bilgi alma hakkının asgari düzeyi ve savunma haklarının bir parçası olma anlamına gelmektedir⁸².

Gerekçe ilkesinin ilgili bakımından diğer işlevi ise ikna ve tatmindir. Şöyle ki hukuki sebepleri geniş şekilde açıklayıcı ve kapsamlı gerekçe, bireyler için bu kararın hazırlanmasında idarenin yeterli dikkat ve özeni gösterdiği anlamına gelir⁸³. Ayrıca idari işlemin gerekçesi, ilgiliyi, doğru ve objektif şekilde yapıldığına inandırarak, alınan kararın hukuki ve amaca uygun olduğunu kabul ettirmelidir⁸⁴. Dolayısıyla bireylerin yapılan işlemin gerekliliğine inanmaları sağlanmış olur.

Gerekçe ilkesi, bir başka açıdan da ilgisi için hukuki yardım anlamına gelmektedir. Nitekim karşılaştığı idari işlemin maddi, hukuki ve kanuni dayanaklarını bilmek herkesin kanuni hakkıdır. İdari işleme karşı itirazda bulunmak veya dava açmak ve işleme karşı sav geliştirmek işlemin dayanaklarını bilmekle mümkün olmaktadır. Bundan dolayı idari işlemin, gerekçe ilkesi gereği ayrıntılı şekilde gerekçelendirilmesi, idari işlemin muhatabına itiraz ya da dava yolu bakımından yol gösterici olmaktadır⁸⁵.

Diğer yandan gerekçe ilkesiyle yargı önüne götürülen uyuşmazlık sayısında da bir azalma beklenebilir. Buna göre işlemin sebepleri hakkında bilgi sahibi olan kişi karar aleyhine yargı yoluna başvurduğunda sonuç alıp alamayacağını daha iyi tetkik ederek hareket edecektir⁸⁶. Bunun sonucu olarak işlemin muhatabı olan kimseler,

⁷⁹ Murat Sezginer, "Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü", İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998, s.218.

⁸⁰ Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması, Yasallık ve İdari İşlemler, Ankara: Turhan Kitabevi, 2012, s.427.

⁸¹ Akyılmaz, İdari İşlemin..., s.204.

⁸² Akıllıoğlu, Gerekçe..., s.9.

⁸³ Akyılmaz, İdari İşlemin..., s.204.

⁸⁴ Akyılmaz, İdari İşlemin..., s.204.

⁸⁵ Akyılmaz, İdari İşlemin..., s.204- 205.

⁸⁶ Yıldırım, İdari Yargı, s.230. Sezginer, s.219.

gereksiz yere yargı yoluna müracaat ederek zaman kaybetmeyeceklerdir. Esasında bu durum da ilgilinin idarenin işlemi karşısında tatmin olup olmamasının doğal sonucu olmaktadır.

2. İdare Bakımından İşlevi

Gerekeçe ilkesi idari işlemi yapan makamı, uyguladığı kanunun sözünü ve özünü göz önüne almaya, doğru ve anlamlı olguları ortaya koymaya ve işlemin dayanağının uygunluğunu denetlemeye mecbur kılmaktadır⁸⁷. Esasında gerekeçe ilkesiyle idarenin keyfi hareket etmesi önlenmektedir⁸⁸. Nitekim idari işlemlerin gerekçeli olması, takdir yetkisinin hukuka uygun kullanıldığını belirlemede de kolaylık sağlamaktadır⁸⁹.

Gerekeçe ilkesiyle getirilen gerekeçe gösterme yükümlülüğünün kendisi bir amaç olmayıp, idari makamı doğru karar almaya götüren bir araç niteliğindedir⁹⁰. Bu yükümlülük, idari işlemin yapılış sürecinde idari makam tarafından her olayın ciddi ve her şeyden emin olunarak araştırılmasını, karara konu olan olay ve vakıaların maddi ve hukuki temellerinin kapsamlı bir şekilde ortaya konulmasını ve tartışılmasını sağlar⁹¹.

Gerçekten idarenin işlemin sebeplerini açıklamak zorunda olmaması, onu rahatlığa iterek hukuka aykırı davranmasını kolaylaştırmaktadır⁹². Ancak hukuka aykırı bir işleme gerekeçe bulmak kolay olmayacağı için gerekeçe ilkesi, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayacaktır⁹³.

Bunun yanında her idari işleminin amacının kamu yararını gerçekleştirmek olduğu belirtilmektedir⁹⁴. Kamu yararı ise temel olarak toplumun ortak çıkarı olarak nitelenmekte ve kamusal faaliyeti ve bu faaliyetin hukuka uygunluğunu belirlemede ölçüt olarak kullanılmaktadır⁹⁵. Dolayısıyla gerekeçe ilkesiyle idare, hukuka uygun davranmaya zorlanmakta; böylece kamu yararı gerçekleştirilmek amaçlanmaktadır.

Bundan dolayı gerekeçe ilkesi, idari işlemin yapılış sürecinde idarenin, kendi kendini denetlemesini, hukuka aykırı davranmaktan kaçınmasını sağlayan bir kontrol mekanizması olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁶.

⁸⁷ İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul: AFA Yayınları, 1999, s.100.

⁸⁸ Karahanoğulları, *Yasallık...*, s.427.

⁸⁹ Yıldırım, *İdari Yargı*, s.241.

⁹⁰ Akyılmaz, *İdari İşlemin...*, s.203.

⁹¹ Akyılmaz, *İdari İşlemin...*, s.203.

⁹² Sezginer, s.219.

⁹³ Yıldırım, *İdari Yargı*, s.230.

⁹⁴ Tekin Akıllıoğlu, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", *İHİD Lütü Duran'a Armağan*, S. 1-3, Y.9, 1988, s.20.

⁹⁵ Turan Yıldırım, "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", *Anayasa Dergisi*, C. 18, 2001, s. 440.

⁹⁶ Akyılmaz, *İdari İşlemin...*, s.203.

Ayrıca gerekçe ilkesi sayesinde idari usul sürecinde idari makamın hukuka uygunluk konusunda azami özen göstermesi sağlanmaktadır. Bu amaçla idari usulün hukuka uygun yürütülmesi dışında, işlemin yöneldiği kişilerin ileri sürdüğü hususlar, kapsamlı bir şekilde araştırmayla tam olarak aydınlatılmakta, bunlar karara yansıtılmaya çalışılmaktadır⁹⁷. Dolayısıyla gerekçe ilkesi ile idarenin düşüncelerinde objektiflik sağlanmakta, idarenin aceleci, düşüncesiz kararlar alması önlenmektedir⁹⁸.

3. Yargı Organı Bakımından İşlevi

Gerekçe ilkesinin yargı organı bakımından da olumlu sonuçları vardır. Gerekçe ilkesi ile yargı organı tarafından idari işlemin sebep unsuru bakımından yapılacak denetim kolaylıkla gerçekleştirilebilir⁹⁹.

Ancak gerekçe ilkesinin yargı organı bakımından üstlendiği işlev ikinci derecede bir işlevdir. Bunun nedeni ise yargıcın idari işlemde gösterilmeyen sebeplerin gösterilmesini¹⁰⁰ veya gerekçeyi yeterli görmediği hallerde bunun açıklanmasını isteme yetkisi olmasıdır¹⁰¹. Nitekim İdari Yargı da re'sen araştırma ilkesi kabul edilmiş olup, İYUK'nun 20. maddesinde mahkemenin lüzum gördüğü her türlü bilgi ve belgenin taraflardan veya ilgili diğer yerlerden istenebileceği belirtilmiştir.

Son olarak ise idarenin daha iyi düşünüp karar alması, ilgilinin de işleme ilişkin ikna ve tatmin olması sonucu yargı önüne gelen uyuşmazlıklar da azalma olması muhtemeldir. Dolayısıyla gerekçe ilkesinin bir diğer işlevi de yargının iş yükünü azaltmak olmaktadır¹⁰².

B. TAKDİR YETKİSİ BULUNAN HALLERDE GEREKÇENİN İŞLEVİ

İdarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda dahi işleminin mutlaka bir sebebe dayanması gerekmektedir. Nitekim idari işlemin gerekçeli olarak kaleme alınması zorunlu değilse bile İYUK'un 20. maddesi gereği mahkeme yargılama aşamasında idareden işlemin sebebini göstermesini isteyebilmektedir¹⁰³. İdareye tanınan

⁹⁷ Bahtiyar Akyılmaz, "İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü", Prof. Dr. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s.22.

⁹⁸ Erhan Tural, İdari İşlemin Gerekçelendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s.66.

⁹⁹ Sezginer, s.219.

¹⁰⁰ İbrahim Kaboğlu, "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürisprüdansı ve İdari Kararların Gerekçeli Olması", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap: İdari Yargı, Ankara: Danıştay Yay. no.53, 1990, s.314.

¹⁰¹ Akıllıoğlu, Gerekçe..., s.7.

¹⁰² Yıldırım, İdari Yargı, s.230. Akyılmaz, İdari İşlemin..., s.205.

¹⁰³ Akıllıoğlu, Yönetim Önünde..., s.109. Çağlayan, s.184.

takdir yetkisi ise ancak idari işlemin sebep ve konu unsurlarında bulunabilir¹⁰⁴. Dolayısıyla Danıştay takdir yetkisi bulunan hallerde idari işlemin sebep unsuru üzerinde denetim yapmaktadır.

Danıştay kararlarında takdir yetkisine dayanılarak yapılan işlemler üzerinde öncelikle idari işlemin dayandığı maddi ve hukuki olayların gerçeğe uygun olup olmadıkları araştırılmaktadır¹⁰⁵. Buna göre Danıştay, “...görevinden alınmasını gerektirecek bir olumsuzluğu ileri sürülmeden veya hukuken kabul edilebilir bir neden ortaya konulmadan, salt takdir yetkisinden bahisle davacının atanması yolunda kurulan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığına...” karar vermiştir¹⁰⁶. Bir başka kararda da “işlemin sebebinin salt istihbari nitelikte bir bilgiden ibaret olduğu, bunun gerçek ve hukuken geçerli bir neden olmadığı...” gerekçesiyle işlemin hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir¹⁰⁷.

Diğer yandan maddi ve hukuki olayların gerçekliği saptandıktan sonra, bu maddi ve hukuki olayların işlemin yapılmasını gerektirecek nitelikte olup olmadıkları araştırılmaktadır¹⁰⁸. Danıştay, işlemin sebebinin kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık vb. belirsiz kavramların öngörüldüğü hallerde bu kavramların objektif bir anlama sahip olmalarından hareketle işlemin dayanağını oluşturan maddi ve hukuki olayların bu kavram altına sokulup sokulamayacağını değerlendirmektedir¹⁰⁹. Bir başka kararda Danıştay eşitlik ilkesinden bahsetmektedir¹¹⁰: “...ikinci teşvik ikramesinin ödenmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise de bu yetki mutlak ve sınırsız bir yetki olmayıp, anılan yetkinin objektif olarak eşit bir şekilde, aynı durumda olan personel arasında ayırım gözetilmeyecek şekilde kullanılması gerekmektedir.” Yine bir başka kararda, “...fiil veya davranışlarının özelliğine göre” tespit edilmesi gereken

¹⁰⁴ Tan, s.866.

¹⁰⁵ Tan, s.868. Alan, s.42. “İdarelerin birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisi ile donatıldıkları durumlarda, yargı organlarınca yapılacak denetim idarenin tercih ettiği seçeneğin hukuka uygunluğu ile sınırlıdır” Danıştay 5. D. E. 2009/6719, K. 2011/3104, T. 8.6.2011 www.kazanci.com (E.T.: 06.05.2014).

¹⁰⁶ Danıştay 5. D. E. 2006/5349, K. 2009/270, T. 26.1.2009 www.kazanci.com (E.T.: 06.05.2014)

¹⁰⁷ Danıştay 5. D. E.1998 / 1346, K.2001 / 4937, T.11/12/2001 www.hukukturk.com (E.T.: 06.05.2014).

¹⁰⁸ Tan, s.868. Alan, s.43.

¹⁰⁹ Tan, s.870. “Yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda genel sağlığı bozucu nitelikte görülebilmesi için, toplumun önemli bir kesiminin sağlık yönünden veya buna bağlı olarak sosyal bakımdan ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalması, giderilmesi olanaksız kayıp ve zararların söz konusu olması gerekir. Yine bir grevin milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için de, ülke ve devletin özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkması gerekmektedir. ...grevin uygulandığı işyerlerinin ve yapılan işlerin niteliği dikkate alındığında ertelenen grevin yasada öngörülen anlamda milli güvenliği ve genel sağlığı bozucu nitelikte olmadığı sonucuna varılmaktadır.” Danıştay 10. D. E. 1995/6497, K. 1997/3777, T. 15.10.1997 www.kazanci.com (E.T.: 06.05.2014).

¹¹⁰ Danıştay 11. D. E. 2000/8963, K. 2003/1623, T. 8.4.2003 www.kazanci.com (E.T.: 06.05.2014)

ceza süresinin de hukuka aykırı olarak, gerekçesiz bir şekilde takdir yetkisi kullanılmak suretiyle üst sınır üzerinden uygulandığının anlaşıldığı, bu durumda, davacı şirketin 25. maddede sayılan yasak fiil ve davranışlardan hangisini işlediği net olarak ortaya konulmaksızın, gerekçesiz olarak ve Kanun'da belirtildiği üzere fiil veya davranışlarının özelliğine göre bir değerlendirme yapılmadan takdir yetkisi kullanılmak suretiyle üst sınır üzerinden cezaî işlem tesis edilmiş olması nedeniyle dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmadığı” belirtilmiştir¹¹¹.

Gereğe ilkesi de idari işlemin muhatabına idari işlemin sebebini bildirmek anlamına gelmektedir. Takdir yetkisine dayanan işlemlerde gerekçenin açıklanması, hem takdir yetkisinin hukuka hem de ihtiyaca uygunluğunun denetiminde fayda sağlayacaktır¹¹². Takdir yetkisi kullanılarak yapılan işlemin sebebini işlemin muhatabına bildirilmesi durumunda kişi takdir yetkisinin neden o yönde kullanıldığını öğrenebilecektir. Böylece kişi, işlemin sebepleri doğrultusunda işleme karşı harekete geçebilecektir. Esasında bu durum hukuk güvenliği, savunma haklarının kullanılması bakımından da önem taşımaktadır. Zira ilgilinin sebebini bilmediği bir işleme karşı etkili bir şekilde yargı yoluna gitmesinden söz edilemez. Bir başka yönden düşünüldüğünde de özellikle takdir yetkisi içeren işlemler bakımından ilgilinin işlemin sebebini öğrenerek tatmin olması ve böylece yargı yoluna müracaat etmekten vazgeçmesi de gereğe ilkesinin bir sonucu olabilecektir.

Yine yargı yerinin, yerindelik denetimi yasağına uyup uymadığı, takdir yetkisini kaldıracak nitelikte karar verip vermediği ya da idarenin kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararına aykırı hareket edip etmediği işlemin sebebini incelenmesi yoluyla belirlenebilmektedir. Bu sebebini ise ancak yargılama aşamasında istenmesi idarenin sonradan sebep ikame edebilmesinin önünü açmaktadır. Oysa işlem yapılırken, idareyi o işlemi yapmaya yönelten nedenlerin işlemin ilgisine bildirilmesi daha sağlıklı işlemler yapılmasını sağlayacaktır. Özellikle yargı denetiminin sınırının aşılmaması da idarenin takdir yetkisini hangi nedenlerle ve ne yönde kullanıldığının işlemin yapılması anından itibaren bilinmesiyle mümkün olabilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki takdir yetkisi bulunan hallerde idari işlemin gerekçesinin yazımı da özellik göstermektedir. Şöyle ki idari makam bu tür işlemlerin gerekçesinde takdir yetkisinin bulunduğunu açıkça ifade etmelidir. Bu doğrultuda idari makam kararı verirken sahip olduğu seçenekleri ortaya koymalı ve seçimini, ilgilinin lehinde ve aleyhinde olabilecek bu seçenekler arasından doğru ve adil bir şekilde yaptığını göstermelidir¹¹³. İşlemin muhatabının şablon bir kararlar karşı karşıya olmadığını, somut olaya ilişkin kapsamlı bir değerlendirmenin yapıldığını hissetme-

¹¹¹ Danıştay 13. D. E.2011 / 2976, K.2011 / 5364, T.28.11.2011 www.hukukturk.com (E.T.: 06.05.2014).

¹¹² Kaya, s.33.

¹¹³ Akyılmaz, İdari İşlemin..., s.211.

si, muhatabını kararın doğru olduğuna ikna etmesi bakımından önem taşımaktadır¹¹⁴. Ayrıca idarenin yaptırım içeren kararlarının, yaptırımı haklı kılan tüm olgu ve iddiaları bütün açıklığıyla taşıması gerekmektedir¹¹⁵.

III. SONUÇ

İdari işlem, idarenin idare işlevine ilişkin olarak, kamu gücü kullanmak suretiyle yaptığı tek yanlı irade açıklamalarıdır. Dolayısıyla idarenin idari işlem yaparken kamu gücü kullanması sebebiyle takdir yetkisinin bulunduğu hallerde bu takdir yetkisinin kullanımı ve yargısal denetimi ayrıca önem taşımaktadır. Ancak bir takım nedenler idareye, takdir yetkisi tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenler; idarenin faaliyetlerini düzenleyen mevzuatta her türlü ayrıntının gösterilememesi, zamanın geçmesiyle idarenin karşılaştığı sorunların artması, kamu hizmetlerinin değişen nitelikleri olarak sayılmaktadır.

İdarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlar ise kanun açık hükmü, belirsiz kavramlar ve değerlendirme hallerine göre belirlenebilmektedir. Ancak bu noktada da Anayasa ve İYUK ile takdir yetkisinin yargısal denetimine ilişkin getirilen sınırlamalar konusunda bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Bu sorunların giderilmesi ise idari işlemlerin gerekçeli yapılmasıyla mümkün olabilecektir. Takdir yetkisine dayanan işlemlerde gerekçenin açıklanması, hem takdir yetkisinin hukuka hem de ihtiyaca uygunluğunun denetiminde fayda sağlayacaktır. Takdir yetkisi kullanılarak yapılan işlemin sebebinin işlemin muhatabına bildirilmesi durumunda kişi takdir yetkisinin neden o yönde kullanıldığını öğrenebilecektir. Böylece kişi, işlemin sebepleri doğrultusunda işleme karşı harekete geçebilecektir. Esasında bu durum hukuk güvenliği, savunma haklarının kullanılması bakımından da önem taşımaktadır

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, Ankara: TODAİE Yayınları no.206, 1983.

Akıllıoğlu, Tekin, “Yönetimsel İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 15, S. 2, 1982.

Akıllıoğlu, Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, **İHİD Lütfi Duran’a Armağan**, S. 1-3, Y.9, 1988.

Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012.

¹¹⁴ Akyılmaz, İdari İşlemin..., s.211.

¹¹⁵ Kaboğlu, Jürisprüdans..., s.311. Yücel Oğurlu,, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001, s.234.

- Akyılmaz, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Akyılmaz, Bahtiyar, "İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü", **Prof. Dr. Şeref Gözübüyük'e Armağan**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Alan, Nuri, "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu (10- 11- 12 Haziran)**, Ankara: Danıştay Yay., 1982.
- Azrak, Ali Ülkü, "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Y. 6, S. 1-3, 1995.
- Balta, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, TODAİE Yay. no:17, 1970.
- Çağlayan, Ramazan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.VII, S. 3-4, 2003.
- Giritli, İsmet, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, İstanbul: Der Yayınları, 2008.
- Gözübüyük, Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 30. baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Gözübüyük, Şeref ve Turgut Tan, **İdari Yargılama Hukuku**, 6. baskı, C. 2, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- Kaya, Cemil, **İdarenin Takdir yetkisi ve Yargısal Denetimi**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2011.
- Kaboğlu, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul: AFA Yayınları, 1999.
- Kaboğlu, İbrahim, "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürisprüdansı ve İdari Kararların Gerekçeli Olması", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap: İdari Yargı**, Ankara: Danıştay Yay. no.53, 1990.
- Kalabalık, Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, 6. baskı, Konya: Sayram Yayınları, 2013.
- Karatepe, Şükrü, "İdarenin Takdir Yetkisi", **Türk İdare Dergisi**, Y. 63, S.392, 1991.
- Oğurlu, Yücel, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, C. 1, 1966.
- Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Özbudun, Ergün, **Anayasa Hukuku**, 14. baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Sarıca, Ragıp, **İdari Kaza**, C. 1, İstanbul: Kenan Matbaası, 1949.
- Sezginer, Murat, "Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998.
- Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

Tan, Turgut, “Sınav notları ve Yargısal Denetim”, **Danıştay Dergisi**, s.18-19, y.5

Yaşar, Hasan Nuri, **İdari Yargı, İdari Yargıç, Yargısal Emir**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2013.

Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2. baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2010.

Yıldırım, Turan, **İdari Yargı**, 2. baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2010.

Yıldırım, Turan, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Halit Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, 5. baskı, İstanbul: On İki Levha, 2013.

Yıldırım, Turan, “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, **Anayasa Dergisi**, C. 18, 2001.

Üstün, Gül, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2014.

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Documents_en.asp

<http://www.kazanci.com>

<http://www.hukukturk.com>

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA TAŞINMAZLARA, HAK VE ALACAKLARA ELKOYMA

(Seizure of Immovable Property, Rights and Credits in Criminal Procedure Law)

İsmail DURSUN*

ÖZET

Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinde düzenlenmiş taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri çerçevesinde “taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına, diğer malvarlığı değerlerine elkonulabilecektir. Taşınmazlara, hak, alacak ve diğer malvarlığı ve malvarlığı değerlerine elkonulabilmesi için, suçtan kaynaklanan veya elde edilen belli malvarlığı veya malvarlığı değerlerinin bulunması gerekir. Elkonulacak taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanığa (CMK m.2) ait olması gerekmektedir. Taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma tedbirine karar verme yetkisi sadece ağır ceza mahkemesine verilmiştir. Ağır ceza mahkemesi elkoyma kararını “oybirliği”yle verecektir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de “oybirliği” aranacaktır. taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilerek suretiyle icra edilecektir.

Anahtar kelimeler: Taşınmaz hak ve alacaklar, elkoyma, somut delil, kuvvetli şüphe, oybirliği ağırceza mahkemesi

Abstract

In accordance with the measures taken to seize the immovable property, rights, and credits provided for under Article 128 of the Criminal Procedure, the following items belonging to the suspect or the accused may be seized: immovable goods; transport vehicles of land, sea or air; all kinds of accounts in banks or other financial institutions; all kinds of rights and credits by real or juridical persons; valuable documents; shares at the firm where he/she is a share holder; contents of the rented safe; other assets belonging to him. These goods and items can be seized only in cases where there are strong grounds of suspicion tending to

* Yrd. Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim üyesi.

show that the crime under investigation or prosecution has been committed and that they have been obtained from this crime. The judicial authority designated to carry out such a power is the aggravated criminal courts only. Furthermore, the aggravated criminal court may render its judgement upon the case only by a unanimous vote. Upon the opposition, it still requires a unanimous opinion of the aggravated court to render its judgement. A decision on the seizure of an immovable shall be enforced by taking a note in the title where the property is registered.

Keywords: Immovable rights and credits, seizure, concrete evidence, strong suspicion, unanimous opinion, aggravated court

I- TAŞINMAZLARA, HAK VE ALACAKLARA ELKOYMA TEDBİRİ

1- GENEL OLARAK

Suç geliri, devletin iktisadi yapısını bozmakta ve suç işlemek suretiyle gelir elde etmek, bir iş kolu gibi görülmesine neden olmaktadır. Bu bakış açısı ile suç işleme niyeti ya da iradesi olmayan insanların da gelir elde etmek amacıyla, suç işlemeye yönelme eğilimi görülmektedir. Bu duruma göre, işlenen suçlar üzerinden haksız kazanç elde eden kimselerin toplumda göz önünde bulunması ekonomik zararların yanı sıra sosyal yapının, kamu düzenin bozulmasına da neden olabilecektir. Bu nedenlerle artık suç ve suçlunun araştırılması kadar, suç gelirlerinin de araştırılması ve bu gelirlere elkonulması gerekmektedir. Elkoyma içerisinde de en önemli tedbirlerden birisi CMK'nun 128. maddesinde düzenlenmiş bulunan taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma tedbidir.

Bu koruma tedbiri ile yürüyen soruşturmalarda suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin de el değiştirmesi ve iznin takip edilmesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Bu nedenle bu tedbire zamanında ve yerinde başvurulmaması halinde, suç gelirleri elden çıkabilecek ya da bulunması mümkün olamayacaktır. Elkoymada aranan müsadereye tabi olma koşulu, burada daraltılmış ve sadece kazanç müsaderesine tabi eşyalardan sayılan **“suçun işlenmesi ile elde edilen”**lere elkonulması durumu düzenlenmiştir. Bunun dışında bu madde yer alan elkoyma şekli 123. maddeden daha ağır koşullara tabi tutulmuştur¹.

Mukayeseli Hukuk bakımından Alman Hukuku'nda genel olarak soruşturma aşamasında suç delili olarak anlam taşıyan nesnelere(Gegenstand) emniyet altına alınması amacıyla elkonulması ACMK'nun 94.- 100. maddeleri arasında düzenlen-

¹ Kühne Hans-Heiner, Strafprozessrecht, genişletilmiş 8. baskı, 2010, s. 309; Kindhäuser Urs, Strafprozessrecht, 3. baskı, 2013, s. 111; Meyer-Goßner Lutz, Beckische Kurz-Kommentare Strafprozessordnung, 52. baskı, 2009, s. 452; Bittmann Folker, Münchener Kommentar Strafprozessordnung, Band I, 1. baskı, 2014, s. 1484-1485; Rogall Klaus, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band II, 4. baskı, 2010, s. 526..

mektedir. Suç işlenmesi için ya da suçtan elde edilen ve bu sebeple yargılamanın sonunda müsadereye konu olabilecek nesnelere emniyet altına alınması amacıyla elkonulması, ACMK'nun 111b-n maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buradaki nesnelere maksat, mal varlığı değerleri, haklar, taşınmazlar ve alacaklar tek bir kavramla ifade edilmiştir. Söz konusu tedbire karar verilebilmesi için ACMK'nun m. 111 e' de delil niteliği taşıyabilecek nesnelere elkoymaya (ACMK m. 98) kıyasla, göreceli olarak, özellikle taşınabilir eşya dışındaki nesnelere açısından, daha nitelikli bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Yine taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbirinde, basit elkoymada olduğu gibi ceza muhakemesinin gereği gibi yapılmasını sağlamak amacı da bulunmaktadır. Bu nedenle, suçla elde edilen gelirlere elkoymanın amacını ceza muhakemesinin gereği gibi yapılmasını sağlamak ve suçlulukla mali bakımdan etkinliğini sağlamaktır². Bu elkoymanın taşınmaz hak ve alacakların müsadereyesine imkan sağlama amacı da bulunmaktadır³.

Bir elkoyma olmasının bir şekli olması dolayısıyla, genişletilmiş elkoymada suç şüphesi üzerine karar verilen ve kişiyi geçici yoksunluklara tabi kılma niteliğine sahip bir koruma tedbiri türüdür⁴.

2- ELKONULABİLECEK “EŞYA, MALVARLIĞI VE MALVARLIĞI DEĞERLERİ”

Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinde yer alan taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma tedbiri, basit elkoymadan farklı olarak sadece maddede gösterilen malvarlıklarına elkonulabilecektir. Bu elkoyma hükümlerinin uygulanabilmesi için de öncelikle madde tek tek gösterilen elkonulabilecek malvarlıkları ve malvarlığı değerlerinden birinin söz konusu olması gerekmektedir. Hangi malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin konu olabileceği CMK'nun 128. maddesinin birinci fıkrasında tek tek gösterilmiştir⁵.

² ÖZBEK Veli Özer/KANBUR MEHMET Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Geliştirilmiş 4. Baskı, Temmuz 2012, s. 404.

³ ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/SAYGILAR Yase-min F./ALAN Esra: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Altıncı Baskı, **Temmuz 2013, (ÖZTÜRK CMK 2013)**, s. 518.

⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 403.

⁵ KUNTER Nurullah, delil niteliği taşıyabilecek nesnelere h/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, Onsekizinci Baskı, İstanbul, Ekim 2010, s. 1123; ÖZTÜRK Bahri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Eylül 2013, (Koruma Tedbirleri), s. 142; ERYILMAZ **Mesut Bedri**, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2012, s. 524; AYDIN Murat, *Arama ve El Koyma*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ocak 2012, (AYDIN, 2012), s. 179.

Alman Kanun Koyucu suçun işlenmesi için veya suçtan elde edilmesi sebebiyle yargılama neticesinde müsadereye konu olabileme ihtimaliden dolayı üzerlerinde elkoyma tedbirinin icra edilebileceği nesnelere tahdidi olarak belirtmemiştir. ACMK m. 111 c ' de genel olarak taşınabilir eşyaya, taşınmazlara, hak ve alacaklara, gemi ve hava araçlarına elkoymanın nasıl gerçekleştirileceğini düzenlemiştir⁶.

Malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin konu olabileceği CMK'nun 128. maddesinin birinci fıkrasında göre, "taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına, diğer malvarlığı değerlerine elkonulabilecektir .

Maddede önce bentler halinde elkoymanın konusunu oluşturabilecek olan malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin tek tek gösterilmiştir. Bunun dışında son olarak da "diğer malvarlığı değerlerine" yer vermek suretiyle, elkonulabilecek malvarlığı ve malvarlığı değerleri konusunda kapsamlı bir düzenleme öngörülmüştür⁷. Bütün malvarlığı değerlerinin madde kapsamına dâhil olması için diğer malvarlığı değerleri şeklinde bir torba düzenlemeye yer verildiği düşünülmektedir⁸.

Buna karşın doktrinde, son bentte "diğer malvarlığı değerlerine" ibaresine yer verdikten sonra, bu bentten önce malvarlıklarının sayılmasının bir anlamının kalmadığı da savunulmaktadır⁹. Nitekim şüpheli veya sanığın tüm malvarlığı değerlerine bu madde kapsamında elkoymak mümkün olduğuna göre, bunların ayrıca sayılmasının bir anlamı yoktur.

Fikrimizce tüm malvarlığı değerlerine elkonulabilmesini mümkün kılmak amacıyla bu şekilde bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu nedenle maddede önce çok karşılaşılan malvarlıkları örnek olarak sayılıp, son olarak da herhangi bir değer için madde kapsamı dışında kalmasını önlemek amacıyla "*diğer tüm mal varlığı değerlerine*" ibaresine yer verilmiştir.

3- SUÇLA ELDE EDİLEN GELİRLERE ELKOYMANIN KOŞULLARI

A- GENEL OLARAK

Suçlar elde edilen gelirlere elkonulabilmesi için gerekli koşullar CMK'nun 128.

⁶ Ayrıntılı bilgi için, Gercke Björn, Heidelbeger Kommentar Strafprozessordnung, 5. Baskı, 2012, s. 606- 609; Ayrıca genel olarak elkoyma işlemine konu teşkil edemeyecek nesnelere ACMK m. 96 ve m. 97 de belirtilmiştir, ayrıntılı bilgi için, Joecks Wolfgang, Strafprozessordnung Studienkommentar, 3. Baskı, 2011; S. 180- 187, Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, s. 456-458; Bittmann, Münchener Kommentar Strafprozessordnung, s. 1468-1471; Rogall Klaus, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, s. 504-507.

⁷ ŞAHİN, s. 178.

⁸ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 404.

⁹ AYDIN, 2012, s. 181.

maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Burada gösterilen bu şartların tümünün birden gerçekleşmesi halinde, elkoyma tedbiri mümkün olabilecektir.¹⁰ Taşınmazlara, hak, alacak ve diğer malvarlığı ve malvarlığı değerlerine elkonulabilmesi için, suçtan kaynaklanan veya elde edilen belli malvarlığı veya malvarlığı değerlerinin bulunması gerekir. Sadece maddede gösterilen malvarlığı ve malvarlığı değerlerine elkonabilecektir(CMK m.128).

Soruşturma veya kovuşturma evresinde(CMK m.2), suçun işlendiği hususunda ve elkonulması düşünülen malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin, suçun işlenmesi suretiyle elde edildiğine ilişkin **“somut delillere dayanan kuvvetli şüphe nedeni”**nin bulunması gerekmektedir¹¹.

Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 111 b maddesine göre, nesnelere, suçun işlenmesi için ve suçtan elde edildiğinin kabulü için dayanak teşkil edecek nedenler varsa, emniyet altına alınabileceği ifade edilmiştir. Alman Hukuku'ndaki baskın görüş buradaki şüphe derecesinin, soruşturmanın açılması için aranan ve ACMK m. 152/2'de yeterli fiili emareler(zureichende tatsächliche Anhaltspunkte) olarak tanımlanan, başlangıç şüphesi(Anfangsverdacht) olarak kabul etmektedir. Bir ifadeyle, elkoymaya konu teşkil edecek nesnelere suçun işlenmesi ya da suçtan elde edildiğine ilişkin(Verfall) kesin bir ihtimal olması(gewisse Wahrscheinlichkeit) gereklidir¹². Uygulamada elkoyma kararının olması gerekenden daha kolay bir biçimde verilmesi sebebinin bulunması, eleştirilmiştir. Bu eleştirilere göre, bu çeşit elkoymada malvarlığı ve malvarlığı değerlerine yönelik ciddi bir müdahalenin bulunması söz konusudur. Mahkeme elkoyma kararını fiili ve hukuki olarak, söz konusu malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin ceza hukuku bakımından ciddi olarak gerekçe gösterilmesi zorunludur. Bu noktada bir tahminin bulunması yeterli olmayıp, bu tahmininden daha fazlası gerekmektedir¹³. Buradaki şüpheyi, **“karar şüphesi”** olarak tanımlayıp, yeterli fiili emarelerin mahkemenin kararında ACK'nun 73. maddesinde düzenlenen suç için ya da suçtan elde edilen malvarlığı, malvarlığı değerleri, nesnelere müsaderesi amacıyla, güvenli bir ortamda saklanması, muhafazasına hükmedileceği şeklinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴.

Elkonulacak taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin

¹⁰ AYDIN Murat, Arama ve El Koyma, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ocak 2012, (AYDIN, 2012), s. 178.

¹¹ CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, Eylül 2013**, s. 388;

¹² BGH NSZ 08, 419, Meyer-Göfner, Strafprozessordnung, s. 454; Bittmann, Münchener Kommentar Strafprozessordnung, s. 1456; BGH StB 5/07 - Beschluss vom 12. Juli 2007, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/07/stb-5-07.php>.

¹³ Kühne, Strafprozessrecht, s. 309.

¹⁴ Rogall, Systematische Kommentar zur Strafprozessordnung, s. 489; Gercke, Heidelberger Kommentar, s. 602.

şüpheli veya sanığa(CMK m.2) ait olması gerekmektedir. Şüpheli ve sanığa ait olmayan taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı ve malvarlığı değerlerine elkonulması mümkün değildir. Fikrimizce burada taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin şüpheli ya da sanığın zilyetliğinde bulunması¹⁵ gerekmemektedir¹⁶. Ancak doktrinde söz konusu suçlardan elde edilen malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin mutlaka şüpheli veya sanığa ait olmasının gerekmediği, bu kişilere ait olmayan malvarlığı ve malvarlığı değerlerine de elkonulabileceği ileri sürülmektedir¹⁷.

Burada koruma tedbirine konu olabilecek nitelikteki hak ve alacakların doğrudan doğruya müsadere edilmesi söz konusu değildir. Burada önce hak ve alacaklar üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanması gerekecektir. Bu tasarruf yetkisinin sınırlanması, mülkiyeti ortadan kaldırmaması ve geçici nitelikte olması, madde metnindeki gösterilen düzenlemenin özel nitelikte elkoyma olduğunu ortaya koymaktadır. Müsadere ise, ancak malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin katalogda yer alan fiillerle ilişkisinin ya da nedensellik bağının(illiyet rabitası) bulunması halinde sözkonusudur¹⁸.

B- SOMUT DELİLLERE DAYANAN KUVVETLİ ŞÜPHE NEDENİNİN BULUNMASI

Taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için, soruşturma ya da kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair **“somut delillere dayanan kuvvetli şüphe nedeninin”** bulunması zorunludur. Basit elkoyma için “yeterli şüphe nedeninin” varlığı yeterli olurken, malvarlığı ve malvarlığı değerlerine elkoyma işleminin yapılabilmesi ancak “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe nedenine” varlığı zorunludur¹⁹.

Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinin birinci fıkrasının daha önceki halinde sadece **“kuvvetli şüphe sebebi”** ibaresi yer almaktaydı. Yapılan değişiklikle

¹⁵ Türk Medeni Kanun'un 973/1. maddesinde, “Bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir”. Zilyetlik, bir eşya üzerinde fiili bir hâkimiyete sahip olma şeklinde belirtilebilir. Buna karşılık, zilyetlikten sözedilebilmesi için, mutlaka bir fiili hâkimiyetin olması gerekmediği gibi, zilyetlik sadece bir fiili hâkimiyet şeklinde de değerlendirilmez. Buna göre, zilyetlik, kişi ile eşya arasındaki bilinçli bir şekilde kurulup sürdürülen fiili hâkimiyet ilişkisinden kaynaklanan ve kişinin lehine bir takım hak ve yetkilerle birlikte, aleyhine bazı yükümlülükler getiren hukuki bir durumdur(Mehmet Ayan, Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2004, s.39; Nuşin Ayiter, Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 1983. s.8, 11; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2006, s. 75; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2011, s. 52)

¹⁶ CENTEL/ZAFER, s. 388; ŞAHİN Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2012, s. 258.

¹⁷ ÖZTÜRK, CMK, 2013, s. 519.

¹⁸ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 402.

¹⁹ ÖZTÜRK, Koruma Tedbirleri, s. 141.

bu ibareye “**somut delillere dayanan**” ibaresi eklenmişti²⁰. Bu nedenle, elkoyma işleminin gerçekleştirilebilmesi, kuvvetli şüphenin varlığının yanında somut birtakım delillere dayanması gerekecektir. Bir ihbarın yapılmasıyla, elkoyma kararı verilmesi mümkün olamayacaktır²¹.

Burada “**kuvvetli suç şüphesinin varlığı**” sonucuna ulaşabilmek için, birtakım “**somut olguların bulunması**” gerektiğinden, kanunda “**somut delillere dayanan**” ibaresine yer verilmemesi halinde bile, somut deliller yine de aranması gerekir²². **Fikrimizce** bu değişiklik yapılmasa da zaten “**kuvvetli şüphe nedeni**”nin yapısında “**somut delillere dayanma**” özelliğini içinde barındırdığından aynı neticeye ulaşılabilecekti. Bu nedenle zamanla uygulamada çözülebilecek bir konunun, kanun değiştirilerek çözülmeye çalışılması yerinde olmamıştır. Zira ceza muhakemesi kanunundaki diğer düzenlemeler dikkate alındığında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Uygulamada koruma tedbirleri bakımından farklı sonuçlar ortaya çıkmasına zemin hazırlanmış olacaktır.

Yapılan değişiklikle tutuklama(CMK m.100) için aranan “şüphe” ile elkoyma tedbirinin uygulanması için aranan “şüphe” aynı ağırlıkta olmaktadır.

Fikrimizce Ceza Muhakemesi Kanununda tutuklama, arama ve elkoyma gibi farklı ağırlıktaki koruma tedbirlerine karar verilebilmesinde, “**somut delillere dayalı kuvvetli şüphe**” gibi, aynı şüphe derecesi arandığı görülmektedir. Buna karşılık somut delillere ulaşmanın bir aracı olan arama ve elkoyma tedbirinin uygulanması, “**somut delil koşuluna**” bağlanması bu kurumların uygulanmasını güçleştirecek ve farklı farklı uygulama neticeleri ortaya çıkacaktır. Tutuklama gibi kişi özgürlüğünü yakından ilgilendiren bir tedbir ile malvarlığı ve malvarlığı değerleri hakkına sınırlama getiren elkoyma tedbirinin uygulanması, aynı ağırlıkta şüphe niteliğinde olması veya aranması yerinde değildir. Bu nedenle birbirinden oldukça farklı amaçlara veya niteliklere haiz, muhakemeye hizmet eden tedbirlerin uygulanmasında, farklı derecede şüphe yoğunluğunun aranması gerekir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 170/2 maddesinde kamu davasının açılması veya iddianame düzenlenmesi için suçun işlendiği hususunda “**yeterli şüphe bulunması**” koşulu aranmıştır. Malvarlıkları ve malvarlığı değerlerine el koyma tedbirinin uygulanması için, “**somut delillere dayanan kuvvetli şüphe nedeni**”nin bulunması gerekmektedir. Kanunda iddianame düzenlenmesi “**yeterli şüphe şartı**” varlığına bağlanmış iken, iddianamenin düzenlenmesinde aranan delillere ve malvarlıklarına ulaşmayı daha ağır bir şüphe derecesine bağlaması bir çelişkinin ortaya çıkmasına ne-

²⁰ CMK'nın 128. maddesinde yapılan değişiklikler için bkz. 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 10 maddesi.

²¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1119.

²² ŞAHİN, s. 225.

den olmaktadır. Gerçekten de bir suçun işlendiğine dair “**somut delillere dayanan kuvvetli şüphe nedeni**”nin bulunduğu durumlarda, “**suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe**”nin varlığı öncelikle bulunacaktır.

Bir kişi hakkında dava açılarak onun sanık sıfatına taşınması ile malvarlıklarına ve malvarlığı değerlerine elkonulmasından daha ağır neticeler ortaya çıkarmaktadır. **Fikrimizce**, arama veya elkoyma için gerekli olan şüphe derecesinin, dava açılması için aranan şüpheden daha hafif nitelikte olması yerinde olacaktır. Bu fikrimize karşı olarak koruma tedbirlerinde bir kişinin özgürlüğünün elinden alındığını ancak hakkında kamu davası açılmasının sanığın özgürlüğünü elinden almadığından kamu davasının açılması bakımından yeterli şüphe ile yetinilmesinin yerinde gören görüşler de bulunmaktadır^{23 24}. Burada bir koruma tedbirine başvurulabilmesi için gereken şüphenin, soruşturmasının başlaması için “yeterli olan şüphe” ile aynı olmaması gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır²⁵.

Fikrimizce arama ve elkoyma tedbirleri için, yeterli şüphe şartı ile aranmalıdır. Hatta örgütlü suçlar gibi ispatı son derece zor olan durumlarda basit şüphe ile de yetinilebilmelidir. Böylece orantılılık ilkesine de uyum sağlanmış olacaktır.

C- ŞÜPHE VEYA SANIGIN SORUŞTURMA YA DA KOVUŞTURMA KONUSU SUÇ İLE NEDENSELLİK BAĞI OLMASI

1412 sayılı CMUK’unda elkoyma için aranacak olan “yeterli şüphe” niteliği ile suçun işlendiğine ilişkin “yeterli şüphenin mi” yoksa elkoyma işleminin yapılmasının elkoymanın amacına uygun “yeterli şüphe”nin mi kast edildiği gösterilmemiş veya belirtilmemiştir²⁶. 5271 sayılı CMK’unda, malvarlıkları ve malvarlığı değerlerine elkoymada, “**soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiği**” ve “**bu suçlardan elde edildiğine dair**” somut delillere dayanan kuvvetli şüphe nedeninin bulunması gerekmektedir²⁷. Bu nedenle, toplanan delillerin soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin bulunması halinde, malvarlıkları ve malvarlığı değerleri tedbirine başvurulabilecektir²⁸.

²³ ÖZBEK Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, (ÖZBEK, Arama), s. 62.

²⁴ ÖZTÜRK, CMK, 2013, s. 447.

²⁵ ÖZBEK, Arama, s. 61.

²⁶ GÖKCEN Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, s. 73.

²⁷ CENTEL/ZAFER, s. 388.

²⁸ ÖZTÜRK, CMK, 2013, s. 518.

D- MALVARLIĞI VE MALVARLIĞI DEĞERLERİNİN KANUNDA BELİRTİLEN SUÇLARDAN ELDE EDİLMESİ

Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinin birinci fıkrasına göre, “**soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine**” ve “**bu suçlardan elde edildiğine dair**” somut delillere dayanan kuvvetli şüphe nedeninin bulunması gerekir. Bu nedenle sadece suçun işlendiği yönünde bir şüphenin varlığının bulunması, bu tedbire başvurmak için yeterli değildir. Koruma tedbirine başvurabilmek için bir suç işlendiğine ilişkin belirli nitelikte şüphenin varlığının bulunması gerektiğinden, önce soruşturma ya da kovuşturma konusu suçun işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe nedeninin varlığının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gereklidir. Suçun işlendiğine ilişkin belirli nitelikteki şüphenin varlığının bulunması halinde, öncelikle söz konusu tedbirin uygulanacağı malvarlıkları ve malvarlığı değerlerinin bu suçtan elde edildiğine dair somut delillere dayanan “**kuvvetli şüphe nedeni**”nin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Kanunda, suçun işlenmesi ve elkoymaya konu olacak eşyanın bu suçtan elde edildiğine ilişkin olması gereklidir. Kazanç müsaderesine konu olabileceğine dair kuvvetli şüphe aranmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesi gereğince sadece suçtan elde edilen malvarlıkları ve malvarlığı değerlerine elkonulabilmektedir. TCK’nun “**Kazanç Müsaderesi**”ni düzenleyen 55/2. maddesi “**Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulmadığı veya bunların mercine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir**”, şeklindedir. “**Kaim değer müsaderesi**”nin söz konusu olan bu durumlarda elkoyma işlemi uygulanamamaktadır. TCK’nun 55. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş bulunan²⁹ “**kaim değer müsaderesinde**” suçtan elde edilen gelir ele geçirilememekte, bunun yerine mevcut bulunan malvarlıklarının müsaderesine gidilmektedir. Kanunda “**kaim değer**” için de bir tedbir niteliğinde olan elkoymanın mümkün kılınmaması uygulamada sorunlara neden olabilir. Suçtan elde edilen gelirlere ulaşılamaması durumunda, “**kaim değer müsaderesi**”nin talep edilmesi, malvarlıkları üzerinde sanıkların tasarrufunun önüne geçilememektedir. Bu durum ise, “**kaim değer müsaderesi**”nin uygulanmasını imkânsız bir duruma getirmektedir.

Bu nedenle CMK’nun 128. maddesinin TCK’nun 55. maddesi gereğince müsaderesi mümkün olabilecek tüm malvarlıkları ve malvarlığı değerlerinin kapsam içine alınması yerinde olacaktır.

²⁹ TCK’nun “Kazanç müsaderesi” 55. maddesi “(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.

(2) Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulmadığı veya bunların mercine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir”, şeklindedir.

E- SOMUT OLARAK BELİRLENEN MALVARLIKLARI VE MALVARLIĞI DEĞERLERİNİN BULUNMASI

Şüpheli veya sanıkların tüm malvarlığı ve malvarlığı değerleri değil sadece, suçtan elde edildiği tespit edilen taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbirinin uygulanması gerekir. Buna karşılık, hukuka aykırı olarak uygulamada, şüpheli ve sanıkların nakdi ya da aynı tüm hak ve alacakları ile malvarlığına da elkonulduğu görülmektedir. Suçtan elde edilen bir gelir olup olmadığını araştırılmadan yapılmaktaydı. Bu durum 1982 Anayasa'nın 35. maddesinde belirtilen mülkiyet hakkı ve 36. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkını"³⁰³¹ önemli ölçüde zedelenmekteydi³². Bu nedenle 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu

³⁰ Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi;

"1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak", şeklindedir.

³¹ İngilizcede "fair trial" olarak geçen kavramın tam olarak Türkçe'ye çevirisi "hakkaniyete uygun yargılama" olmasına rağmen kavram olarak "adil yargılanma hakkı" kullanılmaktadır. Anglo-Amerikan ceza usul hukukundan kaynaklanan "fair trial" ya da "fair hearing" dir. İngiltere'de "natural justice" ve "fair trial" ibareleri kullanılmıştır. AİHM kararlarında, "sağlıklı adalet yönetimi isteme hakkı" şeklinde kullanılmıştır. adil yargılanma hakkı, sonradan kullanılmıştır. (Friedrich Cristian. Schroeder, *Bilimsel Ceza Hukuku*, Çev. Feridun YENİSEY, İstanbul: Beta Yayınları, 2002, s.2; Gölcüklü, Feyyaz, Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Turhan Kitapevi, 1996, s.237).

³² 1982 Anayasa'nın 36. maddesinde 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile adil yargılanma hakkı kavram olarak Anayasa'ya girmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" biçimini almıştır. AİHS'nin 6. maddesinde yer alan bu hak, 10 Mart 1954 tarih ve 6366 Sayılı Kanun ile onaylanıp yayımlanmıştır. 1982 Anayasasının 90. Maddesine göre, kanun hükmünde olmasına karşılık, iç hukukta ayrıca

ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 10. maddesi ile CMK’nun 5271 sayılı Kanununun 128. maddesinin **birinci fıkrasında yer alan “Elkonulabilir”** ibaresinden sonra gelmek üzere “Somut olarak belirlenen” ibaresi eklenmiştir³³. Böylece uygulamada yaşanan kişinin tüm taşınmazlarına hak ve alacaklarına genel olarak elkonulması uygulamasının önüne geçilmiş olacaktır. Yeni düzenlemeyle birlikte kişinin tüm malvarlığına yönelik genel bir elkoyma kararı verilemeyip, suçtan elde ettiği tespit edilen malvarlıklarına elkonulacaktır. Burada tüm malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin suçtan elde edildiğinin tespit edilmesi durumunda, tüm malvarlığı ve malvarlığı değerlerine de elkonulabilecektir.

F- ŞÜPHELİ VEYA SANIĞA AİT OLMA

Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesi gereğince elkonulabilecek taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanığa ait olması gerekmektedir³⁴. Düzenlemede sadece mülkiyetten bahsedildiğinden mülkiyeti şüpheli veya sanığa ait olan ancak başka kişilerin zilyetliğinde bulunan bu malvarlıkları için elkoyma hükümleri uygulanabilecektir³⁵. Dolayısıyla elkonulmuş malvarlıklarının mağdura ait olduğunun anlaşılması halinde, mağdura iadesi gerekecektir. Ancak bu malvarlıklarına delil olarak ihtiyaç duyulması halinde mağdura da ait olsa iade edilmeyebilecektir.

Elkonulması söz konusu olan malvarlıklarının şüpheli veya sanık dışında bir başka kişiye ait olması durumunda da CMK’nun 128. maddesi kapsamında elkoyma işlemi yapılamayacaktır³⁶. Ancak bu malvarlıklarının muvazaalı işlemler sonucunda bu kişilere intikal ettirildiği şüphesinin bulunması durumunda derhal ihtiyati tedbir yoluna başvurulmalıdır ve en azından mülkiyet sorunu çözülene kadar malların elden çıkarılmasının önüne geçilmesi gerekmektedir³⁷. Bu şekilde muvazaalı işlemlere çok başvurulabileceğinden doktrinde elkoymanın daha geniş tutulması gerektiği de savunulmaktadır³⁸.

düzenleme yapılmıştır(Aktan, Hamdi Yaver, “Yargıtay Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı”, <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/311.pdf>>, (20.12.2014)).

³³ Bkz. Madde gerekçesi TBMM.

³⁴ ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, Ağustos, 2014, s. 420; ÖZTÜRK, Koruma Tedbirleri, s. 141; AYDIN, 2012, s. 180; ÇOLAK Halûk/TAŞKIN Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 579.

³⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1123; ŞAHİN, s. 258; CENTEL/ZAFER, s. 389; AYDIN, 2012, s. 180; Aksi görüş için bkz. ÖZTÜRK, CMK 2013, s. 519.

³⁶ ÖZTÜRK, Koruma Tedbirleri, s. 141; AYDIN, 2012, s. 180.

³⁷ AYDIN, 2012, s. 180.

³⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1127.

Fikrimizce bu şekilde muvazaalı işlemlerin araştırılması sırasında TCK'nun 282. maddesinde³⁹ düzenlenmiş bulunan aklama suçunun da burada bakılması gereklidir⁴⁰. Bu suçun bulunması durumunda, **5549 sayılı “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunu”**n 17. maddesi gereğince elkoyma işlemi yapılabilecektir.

Ayrıca bankacılık suçlarının söz konusu olması durumunda da 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 166. maddesi hükümlerinin de uygulanması gündeme gelebilecek ve bu durumda kan ve kayın hısımlar ile üçüncü şahıslardaki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile elkonulabilecektir. Bu elkoyma kararı yirmidört saat içinde yetkili ve görevli sulh ceza hâkiminin onayına sunulacak, hâkim kırksekiz saat içinde kararını açıklayacaktır. Aksi halde elkoyma hükümsüz kalacaktır.

G- RAPOR ALINMASI

Daha önce soruşturma evresinde suç gelirlerinin tespiti konusunda MASAK ve benzeri kurumlardan rapor alınmakta iken 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı **“TERÖRLE MÜCADELE KANUNU VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN”**un 10. maddesi ile CMK'nun 128. maddesinde yapılan değişiklikle, bu konuda bir zorunluluk getirmiştir. Buna göre artık taşınmaz, hak, alacaklar ve diğer malvarlıkları bakımından elkoyma kararının verilebilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, elkonulacak taşınmaz hak ve alacağın suçtan elde edildiğine ve suçtan elde edilen değere ilişkin

³⁹ TCK'nun 282. maddesi “ (1) (Değişik fıkra: 26/06/2009-5918 S.K./5.mad) Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkaran veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) (Ek fıkra: 26/06/2009-5918 S.K./5.mad) Birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmezsiniz, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu suçun, kamu görevlisi tarafından veya belli bir meslek sahibi kişi tarafından bu mesleğin icrası sırasında işlenmesi hâlinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır.

(4) Bu suçun, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

(5) Bu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir.

(6) Bu suç nedeniyle kovuşturma başlamadan önce suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle cezaya hükümlenmez” şeklindedir.

⁴⁰ Yılmaz, Sacit, “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu” Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s. 70-97.

rapor alınması gerekmektedir. Bu kurumlar raporlarını en geç üç ay içinde hazırlayacaklardır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilecektir⁴¹. Dolayısıyla uzatmalarla birlikte en geç beş ay içerisinde bu raporların hazırlanması gerekmektedir.

Yapılan değişiklikle getirilen rapor alınması zorunluluğu fikrimizce isabetli olmamıştır. Zira idari nitelikli mercilerin yargı mercilerinin kararlarında belirleyici olması, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine uymayacaktır. Ayrıca yürütme içerisinde bulunması nedeniyle siyasi iktidardan etkilenebilecek bu kurumların vereceği raporlara göre hakimın karar vermesi, uygulamada büyük sıkıntılara yol açabilecektir⁴².

H- KANUNDA BELİRTİLEN (KATALOG) SUÇLAR BULUNMALI

Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinde yer alan taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma tedbirine her suç için başvurmak mümkün değildir. Bu nedenle maddede belirtilen ve sınırlı sayıda suçlarla ilgili olarak bu tedbire başvurulabilir⁴³.

Alman Hukuku'nda suç icrası veya suçtan elde edilen malvarlığı değerlerine elkoymaya karar verilebilmesi için malvarlığı değerlerinin belli suç tiplerinin işlenmesinden kaynaklanması aranmamıştır. Ancak tüm malvarlığı değerlerine ya da malvarlığının bir kısmına yekun olarak elkoyma kararının verilebilmesi için soruşturmaya veya kovuşturma ya konu olması gereken suçlar katalog olarak tek tek belirtilmiştir(ACMK m. 443). Bu uygulamanın kaynağı, devleti koruma amacına ilişkin suçlar için düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Sonra söz konusu hükme konu teşkil edebilecek suçlar tarihi sırasıyla “çevre suçlarına”, “organize suçlar” a ve “devleti tehlikeye sokan suçlar” a ilişkin olmak üzere yasa değişiklikleri ile genişletilmiştir. Bu şekildeki bir elkoyma kararı ancak, elkoyma kararına konu teşkil edecek malvarlığı ve malvarlığı değerlerinin sahibi hakkında, söz konusu suçlar sebebiyle tutuklama kararı verilmiş olması veya kamu davası açılmasına karar verilmiş olması durumunda mümkündür. Tutuklama kararının soruşturma ya da kovuşturma aşaması sırasında verilmiş olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır⁴⁴.

⁴¹ ÜNVER/HAKERİ, s. 419.

⁴² ÜNVER/HAKERİ, s. 420.

⁴³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1124; ŞAHİN, s. 259; CENTEL/ZAFER, s. 388; ÖZTÜRK, Koruma Tedbirleri, s. 141.

⁴⁴ Kurth Hans-Joachim/ Pollähne Helmut, Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung, s. 2349, 2350; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, s. 1524,1525; Pfeiffer Gerd; Strafprozessordnung Kommentar, 5. baskı, 2005, s. 1010.

Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre belirtilen(katolog) suçlar şunlardır;

Türk Ceza Kanununda tanımlanan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),
2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
3. Hırsızlık (madde 141, 142),
4. Yağma (madde 148, 149),
5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),
6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),
7. Hileli iflas (madde 161),
8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
9. Parada sahtecilik (madde 197),
10. (Mülga: 21/2/2014 – 6526/10 md.)
11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
12. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),
13. Zimmet (madde 247),
14. İrtikâp (madde 250)
15. Rüşvet (madde 252),
16. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),
17. **Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315) suçları,**
18. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
- b) **Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,**
- c) **Bankalar Kanununun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,**
- d) **Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,**
- e) **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlarıdır.**

6526 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinin “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220),” şeklindeki (10) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu için bu tedbire karar verilemeyecektir.

Uygulamada, kanunda belirtilmeyen veya katalogda yer almayan bazı suçların, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiğinden bahisle, sırf bu tedbirin uygulanabilmesi için soruşturmanın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında başlatıldığı görülmekte idi. Yapılan bu değişiklikle birlikte, uygulamada olan bu olumsuz durumun önüne geçilmek istenilmiştir

5549 sayılı **“Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun”**n **“Elkoyma”** başlıklı 17. maddesinde katalog suçlara eklemeye bulunulmuştur⁴⁵. Yapılan bu düzenlemeye göre, **“suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama” (aklama) ve “Terörizmin finansmanı”** suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde de CMK’nun 128. maddesinde düzenlenmiş bulunan elkoyma hükümleri uygulanabilecektir.

5549 sayılı kanunda belirtilen(katalog) suçlara ekleme yapılmakla birlikte, **“suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama”(aklama) ve “Terörizmin finansmanı”** suçlarıyla ilgili olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da elkoyma kararı verebilecektir⁴⁶. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacaktır. Hâkim de en geç yirmidört saat içinde elkoyma işleminin onaylanıp onaylanmamasına karar verecektir. Hâkimin onaylamama yönünde karar vermesi veya yirmidört saat içinde hiç karar vermemesi halinde Cumhuriyet Savcılığının kararı hükümsüz kalacaktır.

5607 sayılı **“Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu”**nun **“Kaçak eşya naklinde kullanılan taşıta elkoyma”** başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrası gereğince, bu Kanun kapsamına giren suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara da CMK’nun 128. maddesi uyarınca elkonulabilecektir⁴⁷.

4- KARAR MERCİİ

Taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma tedbirine karar verme yetkisi sadece ağır ceza mahkemesine verilmiştir. Bununla birlikte arama ve basit elkoyma tedbirinden farklı olarak bu tedbirde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi mahkeme veya hâkim dışında bir mercie yetki verilmemiştir⁴⁸. Ağır ceza mahkemesi elkoyma kararını **“oybirliği”**yle verecektir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de **“oybirliği”** aranacaktır. Kanunun daha önceki halinde bu tedbire karar verme yetkisi sadece hakime verilmişti. 6526 sayılı Kanunun 10. maddesi ile CMK’nun 128. maddesinin dokuzuncu fıkrası değiştirilmiş ve daha önce tek hâkimli sulh ceza

⁴⁵ ÖZTÜRK, Koruma Tedbirleri, s. 135; YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 8376.

⁴⁶ CENTEL/ZAFER, s. 388; ÖZTÜRK, Koruma Tedbirleri, s. 135.

⁴⁷ ŞAHİN, s. 258.

⁴⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1123; ÖZTÜRK, CMK, 2013, s. 518; CENTEL/ZAFER, s. 388; ÜNVER/HAKERİ, s. 419; AYDIN, 2012, s. 181.

mahkemesinde olan bu tedbire karar verme yetkisi, heyet halinde çalışan ağır ceza mahkemesine verilmiştir. Bunun dışında karar alınabilmesi veya karar alma yeter sayısı “oybirliği” koşuluna bağlı tutulmuştur.

Alman Hukuku'nda da elkoyma kararını ancak mahkeme verebilmektir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (Gefahr im Verzuge), savcılık da elkoyma kararı vermeye yetkilidir(ACMK m. 111e /1). Taşınabilir eşyalar bakımından yetki daha geniş tutulmuştur. Taşınabilir eşyalara ilişkin elkoyma kararı, gecikmesinde sakınca bulunması halinde soruşturma esnasında savcılığa bağlı olarak görev yapan yetkililer(Ermitlungspersonen Alman Adli Teşkilat Kanunu m.152) tarafından da verilebilmektir. Mahkeme tarafından verilmeyen elkoyma kararları bir hafta içinde mahkeme tarafından onaylanması gerekmektedir⁴⁹.

Ceza muhakemesinde daha ağır tedbirler bakımından hakim kararı yeterliyken, bu tedbir bakımından yetkinin ağır ceza mahkemesine verilmesi ve oybirliği aranması fikrimizce yerinde olmamıştır⁵⁰.

5549 sayılı “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunu”n 17. maddesine göre, “**suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama**” (aklama) ve “**Terörizmin finansmanı**”⁵¹ suçlarıyla ilgili olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da elkoyma kararı verebilecektir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacaktır. Hâkim de en geç yirmidört saat içinde elkoyma işleminin onaylanıp onaylanmamasına karar verecektir. Hâkimin onaylamama yönünde karar vermesi veya yirmidört saat içinde hiç karar vermemesi halinde Cumhuriyet savcılığının kararı hükümsüz kalacaktır.

Fikrimizce kanunda belirtilen(katalog) suçlar arasında karar verecek merci bakımından bu şekilde bir ayırım oluşturulması yerinde olmamıştır.

5- ELKOYMA KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ

Ceza Muhakemesi Kanununun **128. maddesinin üçüncü fıkrası ve devamında bu elkoyma kararlarının nasıl yerine getirileceği gösterilmiştir. Buna göre, taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilecek-**

⁴⁹ Ayrıntili bilgi için bkz., Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, s. 463-465; Bittmann, Münchener Kommentar Strafprozessordnung, s. 1484, 1487, Rogall, Systematische Kommentar zur Strafprozessordnung, s. 526- 530.

⁵⁰ Benzer eleştiriler için bkz. ÜNVER/HAKERİ, s. 419.

⁵¹ Daha önce “terörün finansmanı” suçu 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8. Maddesinde düzenlenmiş iken, bu madde 7/2/2013 tarih ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun 18. Maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Halihazırda söz konusu bu suç 7/2/2013 tarih ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır.

tir⁵². Bu şerh ile taşınmazın satılması ve üzerinde herhangi bir ayni hak tesisi edilmesi engellenmiş olacaktır.

Alman hukukunda da gayrimenkule elkonulması tapu kaydına şerh verilmek suretiyle gerçekleştirilmektedir. Böylece fail gayrimenkulü kullanmaya devam etmekte ancak tasarruf hakkı kısıtlanmaktadır⁵³.

Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunacaktır (CMK m. 128/4)⁵⁴.

Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararı, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya mali kuruma derhal bildirilerek icra olunacaktır. Söz konusu karar, ilgili banka veya mali kuruma ayrıca tebliğ edilecektir⁵⁵. Elkoyma kararı alındıktan sonra, hesaplar üzerinde bu kararı etkisiz kılmaya yönelik olarak yapılan işlemler geçersiz sayılmaktadır (CMK m. 128/5). Elkoyma kararı uyarınca dondurulan banka hesaplarının ekonomik değerini kaybetmemesi için gerekli önlemlerin de alınması yerinde olacaktır⁵⁶.

Şirketteki ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhal bildirilerek icra olunacaktır. Söz konusu karar, ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilecektir (CMK m. 128/6)⁵⁷.

Hak ve alacaklara elkoyma kararı, ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhal bildirilerek icra olunacaktır. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ edilecektir (CMK m. 128/7).

Kanun Koyucu, banka veya diğer mali kurumlardaki hesaplara, şirketteki ortaklık paylarına, hak ve alacaklara elkoyma gibi hızlı davranılması gereken durumlarda teknik iletişim araçlarıyla bildirim elkoymanın icrası için yeterli görmüştür. Böylece kararın tebliğiyle geçecek süre içerisinde elkoymayı imkânsız kılacak davranışların ve mal kaçırımların önüne geçilmesi sağlanmış olmaktadır.

Aklama ve terörün finansmanı suçlarından dolayı verilen elkoyma kararlarının bir örneği, kararı izleyen ayın sonuna kadar ilgili Cumhuriyet savcılıkları

⁵² CENTEL/ZAFER, s. 389; ÖZTÜRK, Koruma Tedbirleri, s. 142; ERYILMAZ, s. 524; AYDIN, 2012, s. 182.

⁵³ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, s. 457; Bittmann, Münchener Kommentar Strafprozessordnung, s. 1469; Rogall, Systematische Kommentar zur Strafprozessordnung, s.505.

⁵⁴ ÜNVER/HAKERİ, s. 421; ERYILMAZ, s. 524.

⁵⁵ BIÇAK Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, Ekim 2010, s. 537; ÖZTÜRK, Koruma Tedbirleri, s. 142.

⁵⁶ AYDIN, 2012, s. 182.

⁵⁷ ÜNVER/HAKERİ, s. 421; ERYILMAZ, s. 524.

ve mahkemelerce “Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı”na da gönderilmesi gerekmektedir(5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunu m. 18).

II- ELKOYMA KARARINDA BELİRTİLEN DURUMLARA AYKIRI DAVRANILMASI

Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesine göre verilen elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde, TCK'nın “*Muhafaza görevini kötüye kullanma*” başlıklı 289. maddesi hükümleri uygulanacaktır⁵⁸.

“Muhafaza görevini kötüye kullanma” suçunu düzenleyen 289. madde;

“(1) Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kişinin bu malın sahibi olması hâlinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan suçun konusunu oluşturan eşyayı kovuşturma başlamadan önce geri veren veya bunun mümkün olmaması hâlinde bedelini ödeyen kişi hakkında verilecek cezaların beşte dördü indirilir.

(3) Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan malın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyayı amacı dışında kullanan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklindedir.

Türk Ceza Kanununun 289. maddesinin birinci fıkrasına göre, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunulması, bu suçu oluşturacaktır. İdarenin teslim amacı; bir malın olduğu gibi muhafaza edilmesi, bakılıp gözetilmesi, korunması ve istenildiğinde malın önceki durumuyla iade edilmesini kapsamaktadır⁵⁹.

Söz konusu suç, serbest hareketli suçlardandır. Failin suç konusu eşyanın sahibi olması, cezanın indirilmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında bu suçla ilgili olarak etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir.

⁵⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1128; ŞAHİN, s. 178; CENTEL/ZAFER, s. 390; ÜNVER/HAKERİ, s. 421.

⁵⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8463.

Üçüncü fıkrada ise, birinci fıkranın konusunu oluşturan eşya ile ilgili olarak bir taksirli suç tanımına yer verilmiştir.

Dördüncü fıkrada, ayrı bir suç tanımlaması yapılmıştır. Bir suçla ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyanın amacı dışında kullanılması, bu suçu oluşturacaktır⁶⁰.

Bu suçun faili sadece yediemin olarak atanan kişi olabileceğinden herhangi bir kimse bu suçun faili olamayacaktır. Kamu idaresince verilmeyen yedieminlik ya da bir malın muhafaza için teslim edilmesi, bu maddedeki suça dayanak olmayacak, eylem emniyeti suiistimal suçunu oluşturabilecektir.

Maddenin birinci ve dördüncü fıkralarındaki suçlar kasıtlı, üçüncü fıkradaki suç ise, taksirli suçlardandır⁶¹.

Yediemin olarak malı teslim alan kişinin aynı zamanda malın sahibi olması durumunda, ceza yarı oranında indirilecektir. Aynı indirim nedeni, 765 sayılı TCK'nın 276/2. maddesinde de bulunmaktaydı.

Bu suç işlendikten sonra eşyanın geri verilmesi veya bedelinin ödenmesi durumu ikinci fıkrada indirim nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu indirimin **uygulanabilmesi için geri verme veya ödemenin kovuşturmadan önce yapılmış olması gerekmektedir**⁶².

Yediemin dışındaki kimselerin tarafından malın alınması halinde, Türk Ceza Kanununun 290. maddesinde düzenlenen "**Resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması**" suçu meydana gelebilir. TCK'nun 290. maddesinde düzenlenen suç;

"(1) Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyan kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması hâlinde hırsızlık, cebren alınması hâlinde yağma, hırsızlıkla alınması hâlinde dolandırıcılık, tahrip edilmesi hâlinde mala zarar verme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Kişinin bu malın sahibi olması hâlinde, verilecek cezanın yarısından dörtte üçüne kadarı indirilir" şeklindedir.

Bunun dışında yediemin dışındaki kimselerin tarafından malın alınması halinde, fiilin, diğer unsurların da gerçekleşmesi halinde, eylemin niteliğine göre hırsızlık

⁶⁰ ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, (Ceza Hukuku Dersleri), s. 253.

⁶¹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8475.

⁶² YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8476.

(TCK m.141 v.d.), yağma (TCK m.148 v.d.) veya mala zarar verme suçları (TCK m.151 v.d.) ile oluşabilir⁶³.

Suç tipinde gösterilen fiil şikâyete tabi olmayıp, re'sen kovuşturulan suçlardır. Bununla birlikte CMK'nun 128. maddesinde belirtilen elkoyma kararı kendisine bildirilen ve elkoymaya konu hak veya alacağı elinde bulunduranlar, bu kararın gereğini yerine getirmedikleri takdirde özel hukuk hükümlerine göre, malın kaybolan değerini karşılamak zorundadır⁶⁴.

III- 6526 SAYILI TERÖRLE MÜCADELE KANUNU VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER

Yukarıda da belirtildiği üzere 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı “**Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**”un 10. maddesi ile CMK'nun 128. maddesinde köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikleri kısaca şu şekildedir.

5271 sayılı Kanunun 128. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “**elde edildiğine dair**” ibaresinden sonra gelmek üzere “**somut delillere dayanan**” ibaresi eklenmiştir. Önceki düzenlemede bu tedbirin uygulanabilmesi için suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebinin bulunması durumunda, kişinin tüm taşınmazlarına hak ve alacaklarına elkonulabiliyordu. Bu düzenlemeyle elkoyma işleminin gerçekleştirilebilmesi için kuvvetli şüphenin yanında ayrıca, somut birtakım delillere dayanma zorunluluğu getirilmiştir.

“**Elkonulabilir**” ibaresinden sonra gelmek üzere “**somut olarak belirlenen**” ibareleri eklenmiştir. Daha önce kişinin tüm taşınmazlarına hak ve alacaklarına genel olarak elkonulabiliyor iken yeni düzenlemeyle birlikte kişinin tüm malvarlığı ve malvarlığı değerlerine yönelik genel bir elkoyma kararı yerinde olarak verilemeyecektir. Ancak “somut olarak belirlenen malvarlığı ve malvarlığı değerlerine” elkonulabilecektir. Bununla birlikte, somut olarak belirlemenin tüm malvarlığını kapsamasına bir engel bulunmamaktadır.

Aynı fıkraya;

“**Bu madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve**

⁶³ “Borçlu sanığın, 2.12.1982 günlü tutanakla N.T’ye yediemin olarak icra memurunca teslim edilen mahcuzu, onun bilgisi dışında alarak sattığı sübuta ermesine göre, eylemin TCY’nin 309/2. maddesine uyduğu gözetilmeyerek, 276/1. maddesi ile hükümlülüğüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (4. CD, 21.9.1984, 5089/6085; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 378)

⁶⁴ AYDIN, 2012, s. 183.

Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir”

şeklinde cümle eklenmiştir.

Bu tedbir bakımından bir diğer değişiklik de tedbir kararı verilmeden önce ilgisine göre; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan rapor alınması zorunluluğudur. Elkonulacak taşınmaz hak ve alacağın suçtan elde edildiğine ve suçtan elde edilen değere ilişkin bu kurumlardan rapor alınmadan bu tedbire başvurulamayacaktır.

İkinci fıkrasının (a) bendinin “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),” şeklindeki (10) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece bu tedbire karar verilebilecek suçlar arasından suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu çıkarılmış olduğundan artık sadece bu suçtan dolayı bu tedbire karar verilemeyecektir. Uygulamada katalogda yer almayan bazı suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiğinden bahisle sırf bu tedbirin uygulanabilmesi için soruşturmanın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında başlatıldığı ve yürütüldüğü görülmekte idi değişiklik ile birlikte bu yanlış uygulamanın önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Aynı maddenin 9. fıkrası,

“(9) Bu madde hükmüne göre elkoymaya ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır”.

şeklinde değiştirilmiştir.

Karar alma sürecine ilişkin olan değişiklikle birlikte, daha önce tek hâkimli sulh ceza mahkemesinde olan bu tedbire karar verme yetkisi, heyet halinde çalışan ağır ceza mahkemesine verilmiş ve kararın alınması veya alınabilmesi için, “oybirliği” koşuluna bağlı tutulmuştur.

IV- SONUÇ

Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinde düzenlenmiş bulunan taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbiri suçla mücadelede özellikle de iktisadi suçlarla etkin mücadelede en önemlilerindedir. Kazanç elde etmek amacıyla işlenen suçlarda, elde edilen kazanç zamanında ve yerinde elkonulması, bu kazançların kaçırılması aklanması ya da yok edilmesinin önüne geçilebilecektir. Suç ile elde edilen kazanç denetim altına alınacaktır. Bu şekilde ileride uygulanabilecek olan, müsadere hükümleri(TCK m.54,55) için de zemin hazırlanmış olacaktır.

Suçla ve suçlulukla mücadelede oldukça önemli bir yere sahip olan madde, bu zamana kadar herhangi bir eksiklik görülmemiş ve değişiklik yapılmamış iken 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunla maddede köklü değişikliklere gidilmiştir. Bu değişiklikler maddenin uygulanmasını tamamen değiştirmiştir. Bu koruma tedbirine başvurmak için aranan kuvvetli şüphenin “somut delillere dayanması” şartı gerilmiştir. Elkoyma kararında tüm malvarlığı ve malvarlığı değerleri şeklinde bir elkoyma kararı verilmesi önlenmiş sadece bilinen ve belirli malvarlıkları için kalemler halinde sayılmak suretiyle elkoyma kararı verilebilecektir. Elkoyma tedbirine başvurma kararını savcı kendi bilgisi ve birikimiyle alamayacaktır. Öncelikle maddede gösterilen kurumlara başvurulacaktır. Bu kurumlar “Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu”(BDDK), “Sermaye Piyasası Kurulu”(SPK), “Mali Suçları Araştırma Kurulu”(MASAK), “Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu” dur. Savcılık, bu kurumlardan alınan rapor üzerine, bu tedbir talebine başvurabilecektir. Bu nedenle savcılık doğrudan doğruya bu tedbir başvurusu mümkün değildir. İlgili kurumun tedbirle ilgili raporun gelmesinden sonra savcılık tedbire başvurabilir.

“Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” (TCK m.220), düzenlemesi katalog suçlar arasından çıkarılmıştır. Bu nedenle sadece örgüt suçundan dolayı yürütülen soruşturmalarda malvarlığı ve malvarlığı değerlerine elkoyma tedbirine başvurulamayacaktır.

Karar verecek mercii veya makam, daha önce hiçbir tedbir için konulmamış olan ağır ceza mahkemesine verilmiştir. Ayrıca ağır ceza mahkemesi de kararını oybirliğiyle karara verebileceği hükme bağlanmıştır.

Bütün bu değişiklikler ile daha önce zaten çok fazla uygulanma imkânı bulamayan tedbirin, uygulanmasını oldukça güçleştirmiştir. Bu tedbire başvurma yetkisinin savcının takdirine bırakılmaması ve sadece ilgili kurumlardan alınacak rapor neticesine göre, bu tedbire karar verilebilmesinin mümkündür.

KAYNAKÇA

ÖZBEK Veli Özer/KANBUR MEHMET Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Geliştirilmiş 4. Baskı, Temmuz 2012.

ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/SAYGILAR Yasemin F./ALAN Esra: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Altıncı Baskı, Temmuz 2013, (ÖZTÜRK CMK 2013).

KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, Onsekizinci Baskı, İstanbul, Ekim 2010.

- ÖZTÜRK Bahri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Eylül 2013, (Koruma Tedbirleri).
- ERYILMAZ **Mesut Bedri**, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2012, s. 524; AYDIN, 2012.
- AYDIN Murat, *Arama ve El Koyma*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ocak 2012, (AYDIN, 2012).
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, Eylül 2013.**
- ŞAHİN Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2012.
- ÖZBEK Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, (ÖZBEK, Arama).
- GÖKCEN Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994.
- ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, Ağustos, 2014, s. 420; ÖZTÜRK, *Koruma Tedbirleri*, s. 141; AYDIN, 2012, s. 180; ÇOLAK Halûk/TAŞKIN Mustafa, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, *Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Yılmaz, Sacit, "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu" *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/2, s. 70-97.
- BIÇAK Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, Ekim 2010.
- ÖNDER Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, (Ceza Hukuku Dersleri).
- Meyer-Goßner Lutz, *Beck'sche Kurz-Kommentare, Strafprozessordnung*, Verlag C.H. Beck, München 2009.
- Kindhäuser Urs, *Strafprozessrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013.
- Kühne Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg 2010.
- JoECKS Wolfgang, *Strafprozessordnung Studienkommentar*, Verlag C.H. Beck, München 2011,
- Gercke Björn , *Heidelberger Kommentar Straprozessordnung*, C.F. Müller, Heidelberg 2012,
- Kurth Hans-Joachim/ Pollähne Helmut, *Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung*, C.F. Müller, Heidelberg, 2012,

- Bittmann Folker, Münchener Kommentar Strafprozessordnung, Band I, C.H. Beck, München, 2014,
- Rogall Klaus, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band II, Carls Heymanns Verlag, Köln, 2010,
- Pfeiffer Gerd; Strafprozessordnung Kommentar, Verlag C.H. Beck, München 2005.
- BGH StB 5/07 - Beschluss vom 12. Juli 2007, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/07/stb-5-07.php>., 31.12.2014.
- Mehmet Ayan, Eşya Hukuku I Zilyedlik ve Tapu Sicili, Konya 2004.
- Nuşin Ayiter, Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 1983.
- Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2006.
- M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2011.
- Friedrich Cristian. Schroeder, *Bilimsel Ceza Hukuku*, Çev. Feridun YENİSEY, İstanbul: Beta Yayınları, 2002.
- Gölcüklü, Feyyaz, Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: Turhan Kitapevi, 1996.
- Aktan, Hamdi Yaver, “Yargıtay Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı”, <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/311.pdf>>, (20.12.2014)).

KISALTMALAR:

- ACK : Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch)
- ACMK : Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Straffprozessordnung)
- BGH : Alman Federal Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichtshof)
- NstZ : Neue Zeitschrift für Strafrecht

2547 Sayılı Kanun'un 35'inci Maddesi Kapsamında Alınan Taahhüt ve Kefalet Senetleri Üzerine Bir İnceleme

Hüseyin Melih ÇAKIR*

Özet

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35'inci maddesi uyarınca, araştırma görevlisi kadroları, yüksek lisans veya doktora çalışması yapmak üzere bir başka üniversiteye tahsis edilebilmektedir. Gelişmekte olan üniversiteler bu sayede, ihtiyaç duydukları öğretim elemanlarını yetiştirebilmektedirler. Araştırma görevlileri, bu kadro tahsisi yapılmadan önce, taahhütname ve kefalet senedi imzalamaktadırlar. Bu senetler, araştırma görevlilerinin görevlendirilmesinin sonucu olan mecburi hizmet yükümlülüğünü güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda taahhütnamelerde, ağır denilebilecek şartlara yer verilmektedir. Bu taahhütnamelere aykırılık halinde ise, araştırma görevlileri taahhütnamede yer alan ağır yükümlülüklerle karşı karşıya kalmaktadır. İşte bu çalışmada, araştırma görevlilerinin kadrolarının tahsis edilebilmesinin ön koşulu olan taahhütnamelerin hukuki niteliği üzerinde durulacak; bu doğrultuda, taahhütname alınmasının geçerliliği, taahhütnamelerden kaynaklanan uyumsuzlukların ortaya çıkma ihtimalleri ve uyumsuzlukların çözümünde görevli yargı yeri üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Araştırma Görevlisi, Yükseköğretim Kanunu, Mecburi Hizmet, Üniversite, Yükseköğretim Kurulu, 35. Madde.

Abstract

Pursuant to article 35 of the Law on Higher Education (No. 2547) research assistants can be transferred to a better developed university for post-graduate education. In this regard, emerging universities are able to develop the academic staff they are in need of. Prior to such transfer, research assistants sign an undertaking and surety. These instruments aim to provide an assurance of the research assistant's obligation of mandatory service applied as a result of their being appointed. In line with this purpose, the undertaking includes conditions that could be deemed harsh, and in the event of breach the research assistant faces the heavy liabilities regulated. This study focuses on the legal nature of the undertaking which is a prerequisite of transferring research assistants to another university; in this respect, the legitimacy of requesting an undertaking, the probability of disputes arising from the undertaking and the competent jurisdiction for the settlement of disputes was examined.

* Ar. Gör. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı,

Keywords: Research Assistant, Law on Higher Education, Mandatory Service, University, Council of Higher Education, article 35.

Giriş

Yükseköğretim mevzuatı içerisinde yer etmiş problemlerden birisi de araştırma görevlilerinin 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35'inci maddesi çerçevesinde görevlendirilmesi esnasında imzalatılan taahhütname ve kefalet senetlerinin hukuki durumudur. Bilindiği üzere 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35'inci maddesi uyarınca, öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla araştırma görevlisi kadroları¹, yüksek lisans veya doktora çalışması yapmak üzere bir başka üniversiteye tahsis edilebilmektedir.

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35'inci maddesine göre, "(y)ükseköğretim kurumları; kendilerinin ve yeni kurulmuş ve kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyacı için yurt içinde ve dışında, kalkınma planı ilke ve hedeflerine ve Yükseköğretim Kurulunun belirteceği ihtiyaca ve esaslara göre öğretim elemanı yetiştirirler.

Öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulunca geçici olarak tahsis edilebilir. Bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönerler.

Yurt içi veya yurt dışında yetiştirilen öğretim elemanları, genel hükümlere göre bağlı oldukları yükseköğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek zorundadırlar. Bu mecburi hizmet, eş durumu ve sağlık mazeretleri hariç olmak üzere başka yükseköğretim kurumlarında ve kamu kurum ve kuruluşlarında yerine getirilemez. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, yükseköğretim kurumlarında görev verilmez. Özel kanunlarla getirilen mecburi hizmet çalışmaları bu hüküm dışındadır".

Bu şekilde görevlendirilen araştırma görevlileri, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine dayanılarak hazırlanan Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4'üncü maddesi uyarınca taahhütname ve kefalet senedi imzalamaktadırlar. Yönetmeliğin 4'üncü maddesine göre, "...(g)örevlendirme veya atama işleminden önce adaylardan, kendilerine kadrosu tahsis edilen üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünde 2547 Sayılı Kanununun 35 inci maddesi şartları içinde lisansüstü eğitim-öğretim süresi (tatiller dahil) kadar mecburi

¹ 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35'inci maddesinin sağladığı imkan yalnızca araştırma görevlilerine tanınmıştır. Nitekim Danıştay bu madde kapsamında görevlendirilerek öğrenime başlayan ve/fakat kadro tahsisi yapılamayan okutmanın, enstitü tarafından kadro tahsisi yapılmadığı gerekçesiyle ilişikinin kesilmesini hukuka uygun bulmuştur. Danıştay 8.D., 27.10.2003 tarih, E.2003/127 – K.2003/4310, www.kazanci.com.

hizmeti yerine getirmek zorunda bulduklarına dair bir taahhüt ve kefalet senedi alınır. Bu senette ilgili araştırma görevlilerinin lisansüstü eğitim - öğretimlerinin tamamlanmasından ne kadar süre sonra kadroyu tahsis eden üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne döneceğini belirten bir hüküm de yer alır”.

Araştırma görevlilerinin bu hükümler uyarınca, görevlendirmeden önce verdikleri taahhütname ve kefalet senetlerinin iadesinin ve mecburi hizmet yükümlülüğünün kaldırılmasının mümkün olup olmadığı ve bu uyuşmazlıklarda görevli yargı yerinin tespiti konusunda farklı yargı kararları ortaya konulmuştur. Bunun önüne geçebilmek adına, uyuşmazlıkları doğuran taahhütname ve kefalet senedinin hukuki niteliği üzerinde durulması gerekmektedir.

Bu çalışmada, güncel yargı kararları ışığında, taahhütname ve kefalet senedi bağlamında konuya yaklaşılarak, bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. Araştırma Görevlisi ve Üniversite Arasındaki İlişkinin Nitelendirilmesi

Araştırma görevlilerinin vermiş olduğu taahhütname ve kefalet senetlerinin hukuki niteliğinin incelemesine geçmeden önce, konunun daha net anlaşılması açısından araştırma görevlisi ve üniversite arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini ortaya koymak gerekmektedir. Üniversiteler, Anayasanın 130'uncu ve 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3'üncü maddesinde dayanağını bulan, bilimsel özekliği ve kamu tüzelkişiliğini haiz, mevzuatta kendisine verilen görevleri yerine getiren, yükseköğretim kamu hizmeti sunan kamu kurumlarıdır².

Gerçek kişi topluluğu olarak ifade edilmesi mümkün olmayan kamu tüzel kişilerinin kendilerine verilen bu görev ve yetkilerini kullanmaları ise zorunlu olarak kamu görevlisi gerçek kişilerce sağlanmaktadır³. Öğretim elemanları da, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'ndaki esaslar çerçevesinde ilan olunan bir kadroya bağlı olarak istihdam edilmiş bulunan ve yükseköğretim kamu hizmeti sunan kamu görevlileridir⁴.

Buradan çıkan sonuç, “kamu görevlisi ile onu istihdam eden İdare arasındaki ilişkinin bir statü ilişkisi olduğudur. Yani bu ilişkinin içeriği ve kapsamı bir sözleşmeyle değil; genel, nesnel ve kişilik dışı olarak kanunla belirlenir”⁵. Bu husus idare

² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, Turan, “Türkiye'nin İdari Teşkilatı”, in YILDIRIM, Turan / YASIN, Melikşah / KARAN, Nur / ÖZDEMİR, H.Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, “İdare Hukuku”, Güncellenmiş 5.Bası, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013, s.21 vd; YAŞAR, Hasan Nuri, “İdare Hukuku”, Der Yay., 2.Bası, İstanbul, 2014, s.41 vd.

³ YAŞAR, s.46.

⁴ Kamu görevlisi, “kamu tüzel kişiliğine haiz bir teşkilatta, kamu hukuku kurallarına göre çalışan kişi” olarak tanımlanmaktadır. KARAN, Nur, “Kamu Personel Hukuku”, in YILDIRIM / YASIN / KARAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / OKAY TEKİNSOY, “İdare Hukuku”, s.300.

⁵ GÜNDAY, Metin, “İdare Hukuku”, İmaj Yay., Ankara, 2011, s.583.

hukukunun statüler hukuku olmasının bir sonucu olarak da değerlendirilebilir⁶. Zira idare hukuku alanındaki hukuksal durumlar kuralıdır; önceden düzenlenmiştir. İlgililerin iradesine ya hiç yer verilmez; ya da sınırlı biçimde yer verilir. Taraflar (idare-kışi) hukuki ilişki içine girip girmemekte serbest olmakla beraber; yarattıkları hukuksal durumun içeriğini saptamakta serbest değildirler⁷. İşte araştırma görevlileri ile üniversiteler arasında da içeriği ve kapsamı daha önceden kural işlemlerle belirlenmiş bir statü ilişkisi bulunmaktadır⁸.

II. Taahhütname ve Kefalet Senedi Açısından Yapılan Değerlendirme

Yargı yerleri, taahhütname ve kefalet senedinin hukuki niteliği konusuna, görevli yargı kolu açısından yaklaşmışlardır. Ancak mahkemeler, yargı kolunun tespiti için, taahhütname ve kefalet senedinin hukuki niteliği üzerinde fazlaca durmamış; benzer ifadelerle kanaatlerini ortaya koymuşlardır. Halbuki görevli yargı kolunun tespiti, taahhütname ve kefalet senedinin hukuken nitelendirilmesine bağlıdır.

Bilindiği üzere, taahhüt, yüklenme, üstlenme, kendi nam ve hesabına bir gerçek kişiye veya tüzel kişiye karşı sözleşmeli veya sözleşmesiz bir işin yapılması veya bir şeyin tesliminin yüklenilmesi anlamına gelmektedir⁹. Kefalet ise, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu[TBK] m.581 vd.). Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir (TBK m.582). Nitekim öğretim elemanların imzaladıkları kefalet senetleri de koşula bağlanmışlardır. Kefilin borcu fer'i bir borç olması sebebiyle geçerliliği asıl borcun geçerliliğine bağlıdır¹⁰. Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur (TBK. m.598). Dolayısıyla burada imzalanan taahhüt ve kefalet senetleri açısından önem arz eden nokta, asıl borç yükleyen işlem olan taahhütnamenin hukuki niteliğidir. Ancak bu konuya geçmeden önce ön sorun olarak taahhütname alınmasının hukuken geçerli olup olmadığı tartışmasına değinmekte yarar vardır.

⁶ ÖZAY, İl Han, "Günüşiğinde Yönetim", İstanbul, 2002, s.322-323.

⁷ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref / TAN, Turgut, "İdare Hukuku", C.1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.18.

⁸ 2577 Sayılı Yasa'da araştırma görevlilerinin bu statü ilişkisine girmelerinin idari sözleşmeler vasıtasıyla gerçekleştiği yönündeki görüş için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan / BAŞÖZEN, Ahmet, "Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve "35'likzedeler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2006/1, s.20.

⁹ YILMAZ, Ejder, "Hukuk Sözlüğü", Ankara, 2004, s.1158.

¹⁰ YAVUZ, Cevdet / ÖZEN, Burak / ACAR, Faruk, "Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler", İstanbul 2007, s. 829.

A. Taahhütname Alınmasının Hukuki Geçerliliği Sorunu

1. Taahhütname Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemenin Olmaması

2547 sayılı Kanun'un 35'inci maddesi çerçevesinde başka bir üniversiteye gönderilen öğretim elamanlarına imzalatılan yüksek miktarlarda tazminat içeren taahhütname, Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmelik gereğince, matbu şekilde hazırlanan, şartları idare tarafından resen belirlenen¹¹ ve zorunlu olarak imzalatılan senetlerdir¹².

Yukarıda aktarılan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35'inci maddesinde düzenlenmemesine karşın, bu kanun hükmünün uygulanmasını göstermek amacıyla çıkarılan Yönetmelikte, görevlendirilecek öğretim elemanlarından “mecburi hizmeti yerine getirmek zorunda bulduklarına dair bir taahhüt ve kefalet senedi alın(masına)” ilişkin hükmün yer almasının hukuka uygun olmadığı söylenebilecektir. Zira 2577 Sayılı Kanun'un 35'inci maddesinde, mecburi hizmet yükümlülüğüne uymamanın yaptırımı, sadece, yükseköğretim kurumlarında görev yapamama şeklinde belirlenmiştir. Bu nedenle, 2547 sayılı Kanunun 35'inci maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere Yükseköğretim kurumlarında görev verilemeyeceği öngörülmüş olup, yapılan ödemelerin geri alınacağına yönelik olarak ilgili maddede yasal bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle alınan taahhütnamenin de geçersiz olduğu ifade edilmektedir¹³.

Buradan hareketle, Yönetmeliğin 4'üncü maddesinde yer alan taahhüt ve kefalet senedi alınmasına ilişkin düzenlemenin, kişileri yasal dayanağı olmayan bir borç altına soktuğu gerekçesiyle hukuka aykırı olduğu iddia edilebilecektir. Ancak Danıştay İDDGK, Danıştay 8.Dairesinin Yönetmelik hükmünün iptali istemini reddeden kararını aynen onamıştır. Danıştay 8. Dairesinin ret kararının gerekçesi ise şu şekildedir: “...bir üniversitede görev yapan öğretim elemanlarının kadrosunun başka bir üniversiteye nakledilmesindeki amacın ilgililerin akademik gelişimini sağlamak olduğu, asıl kurumların bu gelişimin maliyetlerini üstlenirken öğretim elemanlarının gelişim sürecinde elde ettikleri bilgi ve görgülerinin hizmet götördükleri tüketiciler

¹¹ “(B)u senetlerin düzenlenme biçimi de, üniversiteden üniversiteye farklılık göstermektedir. Bazı üniversiteler, bunları adı senet, bazıları onaylama biçimindeki noter senedi, bazıları da düzenleme biçimindeki noter senetleri şeklinde düzenlemektedirler. Bazı üniversiteler, araştırma görevlisi ile yaptıkları mecburi hizmet sözleşmesine % 100, hatta çok daha fazla oranda, yani fahiş denilecek miktarda cezai şart koyma yoluna gitmektedirler”. RÜZGARESEN, Cumhuriyet, “Yükseköğretim Kanunu'nun 35'inci maddesinin Uygulanma Biçimi ve Bu Madde Nedeniyle Açılan Davalar”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.11, S. 22, Güz 2012/2, s.272.

¹² SEZER, Yasin, “Öğretim Elemanlarının Mecburi Hizmet Yükümlülüğü”, TAAD, C.2, Y.2, S.4 Ocak 2011, s.27.

¹³ ÇAĞLAYAN / BAŞÖZEN, s.22, Nitekim Anayasa Mahkemesine göre de, “... (Y)asalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır...”. AYMK, 27.9.1985 tarih, E.1985/12 – K.1985/7.

olan üniversite veya üniversite öğrencilerine yansıtılmasını gözetmek zorunda bulunduğu, idarelerin özelde bu hizmet yansımalarını genelde ise kamusal yararı gerçekleştirmek amacıyla başka bir kurumda görevlendirdiği veya kadrosuyla naklettiği öğretim elemanlarının geri dönüşünü sağlamak için önlemler almasının ve bunun için ilgili mevzuatta kişilere gerek mecburi hizmet yükümlülüğü, gerekse de taahhütname ve kefalet senedi imzalatmak şeklinde yaptırımlar öngören düzenlemeler yapabileceklerinin açık olduğu, bu bağlamda; iptali istenilen söz konusu yönetmelik maddesinin bu amaçları gerçekleştirmek için düzenlendiği sonucuna ulaşıldığından, Yönetmeliğin 4. maddesinin 4. bendinde kamu yararı, hizmet gerekleri ile hukuka aykırılık görülmediği(ne)...” karar verilmiştir¹⁴.

Danıştay 8. Dairesinin bu gerekçesine katılmaya olanak yoktur. Yüksek mahkeme kamu yararı ve hizmetin gerekleri yönünden, 4'üncü madde hükmünü değerlendirmeye tabi tutmuştur. Halbuki, Anayasanın 128'inci maddesinin 2'inci fıkrasında, “(m)emurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” hükmü yer almaktadır. Bu taahhütname imzalamanın bir yükümlülük; öğretim elemanlarının kamu görevlisi olduğu ve yasada böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması hususları beraber değerlendirildiğinde Yönetmelik hükmünün hukuka aykırılığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca, kanunda yer almayan bu yükümlülüğün yönetmelikle düzenlenmesinin, hem kanuni idare ilkesine hem de Anayasa'nın siyasi haklar ve ödevler bölümü altında yer alması sebebiyle ancak ve ancak kanunla düzenlenebilen kamu hizmetine girme hakkı başlıklı 70'inci maddesine aykırı olduğu da ifade edilmektedir¹⁵.

2. 657 Sayılı Kanun Ek Madde 35 ve Mecburi Hizmet Yükümlülüğünün Bulunmaması

Araştırma görevlileri tarafından imzalanan taahhütnamelerin düzenlenmesinin temel amacının mecburi hizmet yükümlülüğünü güvence altına almak olduğuna kuşku yoktur. Bu nedenle, mecburi hizmet yükümlülüğünün ortadan kaldırılması, taahhütnamenin öngördüğü borçların da sona ermesi anlamını taşıyacaktır. Bu bağlamda 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek 35'inci maddesiyle getirilen düzenlemeye göz atmak gerekmektedir.

Ek Madde 35'e göre: “*Kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel kanunları ve diğer özel kanunlarda yer alan hükümlere göre bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren okutulacak yeni öğrencilere mecburi hizmet yükümlülüğü getirilemez.*”

¹⁴ Danıştay İDDGK, 15.11.2002 tarih, E.2002/557 – K.2002/809. (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>) (Bundan sonra, bu kaynaktan temin edilen Danıştay kararları için ayrıca kaynak gösterilmeyecektir).

¹⁵ ÇAĞLAYAN / BAŞÖZEN, s.20-21.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte mecburi hizmet karşılığı okutulmakta olan öğrenciler, mezuniyetlerinden veya memuriyete atanmalarından sonra kurumlarından mecburi hizmet yükümlülüğünün kaldırılmasını talep edebilirler. Bu takdirde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, mecburi hizmet yükümlülüğü ve tazminat borçları (1.1.1995 tarihinden önce mecburi hizmet yükümlülüğünü ihlal edenlerin borçları dahil) ortadan kalkar.

Yurtdışında okutulanlar ile Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından okutulanlar hakkında bu madde hükmü uygulanmaz”.

Bu düzenlemenin sonucu olarak, mecburi hizmet yükümlülüğünün getirilemeyeceği ve bu nedenle de artık Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4'üncü maddesi uyarınca alınan taahhütnamelerin geçersiz olduğu düşünülebilecektir.

Nitekim Danıştay'ın da bu yönde kararları mevcuttur. Danıştay 8.Dairesi, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek 35. maddesiyle getirilen düzenlemeyle, mecburi hizmet yükümlülüğü ve tazminat sorumluluğuna dair hükümlerin uygulanma olanağının kalmadığını şu şekilde ifade etmiştir: “...2914 sayılı Yükseköğretim Personel Yasasının 20. maddesinin atıfta bulunduğu 657 sayılı Devlet Memurları Yasasına 01.08.1996 tarihinde 4160 sayılı Yasa ile eklenen “Yurt İçinde Okutulan Öğrencilerin Mecburi Hizmet Yükümlülüğü” başlıklı Ek-35. maddesiyle de; “Kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel kanunları ve diğer özel kanunlarda yer alan hükümlere göre bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren okutulacak yeni öğrencilere mecburi hizmet yükümlülüğü getirilemez.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte mecburi hizmet karşılığı okutulmakta olan öğrenciler, mezuniyetlerinden veya memuriyete atanmalarından sonra kurumlarından mecburi hizmet yükümlülüğünün kaldırılmasını talep edebilirler. Bu takdirde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, mecburi hizmet yükümlülüğü ve tazminat borçları (1. 1.1995 tarihinden önce mecburi hizmet yükümlülüğünü ihlal edenlerin borçları dahil) ortadan kalkar.

Yurtdışında okutulanlar ile Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından okutulanlar hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.” kuralı getirilmiştir.

Bu durumda; 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının Ek-35. maddesiyle getirilen yeni düzenlemeyle, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yurt içinde okutulan öğrencilerle ilgili olarak 2547 sayılı Yasanın 35/3. maddesinin ve Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4/4. maddesinin mecburi hizmet yükümlülüğü ve tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanma olanağının kalmadığı anlaşılmış olup, davacıya 1998 yılında imzalatılan taahhütnameye dayanılarak, tazminat sorumluluğu

kapsamında kendisine ödenen maaşların toplamı meblağın iki katı olarak istenilmesine ilişkin 24.6.2003 gün ve 276 sayılı işlemin iptal edilmesi gerekirken, aksi yönde verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır...¹⁶.

Ancak Danıştay daha sonra içtihat değişikliğine gitmiş ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek 35'inci maddesiyle getirilen düzenlemenin, 2547 sayılı Yasanın 35/3. maddesi ve Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4/4. Maddesi kapsamında görevlendirilen araştırma görevlileri açısından uygulanabilir nitelikte olmadığını şu gerekçelerle ortaya koymuştur: "...657 sayılı Yasanın Ek 35. maddesinin madde metninin, madde gerekçesinin ve Anayasa Mahkemesi'nin anılan maddeye yönelik kararının incelenmesinden, 657/Ek 35. maddesinde yer verilen düzenlemenin, kamu kurum ve/veya kuruluşları adına bu kuruluşların personel kanununda ve kendi özel yasalarında yer alan hükümler çerçevesinde mecburi hizmet karşılığı okutulan öğrencileri, dolayısıyla bu kapsamda öğrenim gören öğrencilerin mecburi hizmet yükümlülüğünü kapsadığı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, araştırma görevlileri kamu kurum ve kuruluşları hesabına okuyan öğrenci olmayıp, 2547 sayılı Yasanın 33. maddesine göre, yükseköğretim kurumlarında araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olan ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan öğretim yardımcılarıdır. Ayrıca, araştırma görevlilerinin kadrolarının öğretim elemanı yetiştirme amacıyla başka bir üniversiteye tahsis edilmesi suretiyle görevlendirilmiş olmaları da, onların 657 sayılı Yasanın EK 35. maddesinde düzenlenen öğrencilerden olmadığını bir diğer yasal kanıtıdır.

Öte yandan, 657 sayılı Kanuna 4160 sayılı Kanunla eklenen Ek 35. maddesinin, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi uyarınca başka bir üniversitede eğitim-öğretim gören araştırma görevlilerini kapsamadığının somut bir diğer kanıtı da, 08/07/2006 günlü, 26222 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5535 sayılı "Bazı Kamu Alacaklarının Tahsili ve Terkinine İlişkin Kanun"un 2. maddesi ile 2547 sayılı Kanuna eklenen Geçici 53. maddesidir. Bu düzenlemenin, 2547 sayılı Yasanın 35.

¹⁶ Danıştay 8.D., 10.10.2007 tarih, E.2006/4441 – K.2007/5224; 8.Daire bir başka kararında, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek 35. maddesiyle getirilen düzenlemeyle, yurt içinde okutulan öğrencilerle ilgili olarak 2547 Sayılı Kanunun 35/3. maddesinin ve Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4/4. Maddesinin mecburi hizmet yükümlülüğü ve tazminat sorumluluğuna dair hükümlülerin uygulanma olanağının kalmadığı, bu nedenle mecburi hizmet devrine muvafakat edilmemesi yönündeki Yükseköğretim Kurulu Genel Kurulu işlemini hukuka aykırı bulmuştur. Danıştay 8.D., 07.05.2007 tarih, E.2006/5230 – K.2007/2699, www.kazanci.com. Aynı yönde bkz. "...657 Sayılı Kanunun Ek-35. maddesi karşısında, davacının hizmetine ihtiyaç duyulup duyulmadığı ortaya konulmaksızın, sadece 2547 Sayılı Kanunun 35. maddesi uyarınca mecburi hizmet yükümlülüğü bulunduğundan bahisle, İller Bankasına geçme istemine muvafakat verilmemesine dair işlemde hukuka ve mevzuat hükümlerine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemi iptal eden Aksaray İdare Mahkemesi'nin (...) anılan kararın ONANMASINA..." Danıştay 8.D., 13.02.2009 tarih, E.2008/7121 – K.2009/1050, www.kazanci.com.

maddesi uyarınca başka bir üniversitede görevlendirilen araştırma görevlilerini de kapsadığı ve bunların mecburi hizmet yükümlülükleri ile bu yükümlülükten doğan borçların yeniden yapılandırılmasına ilişkin bazı hükümleri içerdiği görülmektedir.

657 sayılı Kanuna 4160 sayılı Kanunla eklenen Ek 35. maddesinin 1996 yılında, 5535 sayılı Kanunun ise 2006 yılında yürürlüğe girdiği göz önüne alındığında, 657 sayılı Kanunun Ek 35. maddesi ile, 2547 sayılı Yasanın 35. maddesine göre lisansüstü eğitim-öğretim amacıyla başka bir üniversitede görevlendirilen araştırma görevlilerinin mecburi hizmet yükümlülüğü ve tazminat borçları kaldırılmış olsaydı, Kanun koyucunun bu Yasadan yaklaşık on yıl sonra zaten kalkmış olan bir mecburi hizmet yükümlülüğü için yeniden yapılandırma hükümleri içeren bir yasal düzenleme yapmaya ihtiyacı duymayacağı açıktır.

Dolayısıyla, 5535 sayılı Kanunla 2547 sayılı Kanuna eklenen Geçici 53. madde ile yapılan düzenlemenin de, 657 sayılı Yasanın Ek 35. maddesinin, 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca başka bir üniversitede görevlendirilen araştırma görevlilerini kapsamadığını göstermektedir.

Bu bağlamda; davalı Üniversitede araştırma görevlisi olan ve 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi uyarınca lisansüstü eğitim-öğretim amacıyla ODTÜ'de geçici olarak görevlendirilen davacının, lisansüstü eğitiminde başarısız olması nedeniyle taahhüt ve kefalet senedine göre işlem yapılması amacıyla kendi üniversitesinde araştırma görevlisi kadrosuna atanmasına ilişkin dava konusu Yükseköğretim Kurulu işleminde ve bu işleme dayanılarak davalı Üniversite Rektörlüğünce tesis edilen atama işleminde hukuka aykırılık, 657 sayılı Kanunu Ek 35. maddesinden hareketle bu işlemlerin iptali yönündeki Daire kararında ise hukuki isabet görülmemiştir...¹⁷.

¹⁷ Danıştay İDDGK, 01.04.2013 tarih, E. 2008/3482 – K.2013/1167. Aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz. "...Bu düzenleme(657 sayılı Devlet Memurları Yasasının Ek-35. Maddesi) 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun mecburi hizmet ile ilgili hükümleri birlikte değerlendirilerek konuyla ilgili uygulama esas ve usulleri Maliye Bakanlığı'nca tesbit edilmiş ve 6.5.1995 tarih ve 22279 Sayılı Resmi Gazetede tebliğ yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yerel mahkemece her ne kadar 1995 Mali Yılı Bütçe Kanununun 50/c maddesi ve Maliye Bakanlığınca yürürlüğe konulan tebliğin 6. maddesi hükmü dayanak gösterilmek suretiyle dava reddedilmiş ise de sözkonusu tebliğ, bazı kurum ve kuruluşların yürüttükleri hizmetlerin gerektiği nitelik ve nicelikteki personel ihtiyaçlarını karşılamak üzere 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun veya özel kanunlarında yer alan hükümler uyarınca mecburi hizmet karşılığı ihtiyaç duyulan dallarda öğretim yapan orta dereceli mesleki okullarda ve yükseköğretim kurumlarında hizmet karşılığı burs verilerek okuyan ve kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolu personeli olmayan öğrencileri kapsamaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarında bulunan personel bu kapsam dışındadır.

Somut olayda davalının araştırma görevlisi olarak davacı üniversitenin kadrolu personeli iken 2547 sayılı kanunun 35. maddesi uyarınca üniversite adına geçici kadro tahsisi suretiyle bir diğer üniversitede lisansüstü eğitim yapmak üzere görevlendirildiğinden anılan madde kapsamında değerlendirilmesi ve bu nedenle mecburi hizmet yükümlülüğünün kaldırılmış olduğunun kabulü mümkün değildir. Mahkemece, işin esasına girilerek tarafların iddia ve savunmaları ile 11.9.1985 tarihli taahhütname ve 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 35. md. hükmü gözetilmek suretiyle oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmek üzere karar bozmayı

Görüldüğü üzere, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun yakın tarihli bu kararından sonra, artık 657 sayılı Kanunun Ek 35. Maddesi uyarınca taahhütname alınmasının geçersizliğini iddia etmek mümkün gözükmemektedir¹⁸.

3. Taahhütnamenin Muteberlik Şartlarını Haiz Olmaması

Öğretim elemanlarının taahhütnameyi özgür iradeleriyle imzalamadıkları¹⁹ ve bu nedenle taahhütnamenin geçersiz olduğu da düşünülebilecektir. Zira, her ne kadar, öğretim elemanlarının bir başka üniversitede lisansüstü öğrenim görebilmeleri için Yükseköğretim Kanunu'nun 35'inci maddesi çerçevesinde kadrolarını nakletmeleri yasal bir zorunluluk olarak gözükme de²⁰; Danıştay, araştırma görevlisi statüsü içerisinde bulunan kişinin, bu statüden bağımsız ve 35'inci maddede öngörülen görevlendirme usulüne uyulmaksızın başka bir üniversitede lisans üstü eğitim görmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir²¹.

gerekirmiştir". Yargıtay 15.HD., 22.01.1997 tarih, E.1996/5474 – K.1997/318, www.kazanci.com.

¹⁸ Aksi yönde, 657 sayılı Yasanın Ek 35. Maddesi'nin yürürlüğünden sonra araştırma görevlilerine mecburi hizmet yükümlülüğü getirilemeyeceği hakkındaki görüş için bkz. SEZER, s.30; RÜZGARESEN, s.289.

¹⁹ SEZER, s.42; RÜZGARESEN, s.281.

²⁰ "Kanun metnindeki "tahsis edilebilir" ifadesinden de anlaşılacağı üzere bu bir zorunluluk değildir. Diğer bir deyişle, bir başka üniversitede lisansüstü öğrenim görebilmeleri için mutlaka Yükseköğretim Kanunu'nun 35. maddesi çerçevesinde kadrolarını nakletme zorunluluğu yoktur. Kişiler, 35. maddedeki usüle başvurmaksızın, kadroları kendi üniversitelerinde kalarak ta bir başka üniversitede lisansüstü öğrenim görebilirler". SEZER, s.27.

²¹ Danıştay, araştırma görevlisi olmakla birlikte, üniversitesinden ve araştırma görevlisi unvanından bağımsız olarak, diğer öğrenciler gibi bireysel girişimleri sonucunda doktora programına başlayan ve halen belli günlerde kendi üniversitesindeki çalışmalarına da devam eden öğrencinin, 2547 sayılı yasanın 35. maddesi uyarınca, ancak, kadrosunun geçici olarak, yüksek lisans yapacağı üniversiteye tahsisi halinde, o üniversitede yüksek lisans yapabileceği gerekçesiyle, enstitüden ilişikinin kesilmesi işlemini şu gerekçeyle oyçokluğuyla hukuka uygun bulmuştur: "...Yükseköğretim Kurumlarının, kendileri ile yeni kurulmuş ve kurulacak diğer öğretim kurumlarının ihtiyacı için, bir üniversitenin gelişmiş eğitim programında, diğer üniversitelerin elemanlarının lisansüstü eğitim görme imkanını sağlamak üzere öğretim elemanı yetiştirebilecekleri, bu amaçla araştırma görevlisi kadrolarının başka bir üniversiteye Yükseköğretim Kurumlarına geçici olarak tahsis edileceği ve eğitim sonunda, başarılı olanların kadrolarıyla birlikte üniversitelere geri döneceği, yetiştirilen öğretim elemanlarının eğitim-öğretim süresi kadar mecburi hizmeti yerine getirmek zorunda oldukları, bu yükümlülüğü yerine getiremeyenlere Yükseköğretim Kurumlarında görev verilmeyeceği, özel kanunlarla getirilen mecburi hizmet çalışmalarının bu hükmün dışında tutulduğu anlaşılmaktadır.

Buna göre, 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi kapsamında olduğu tartışmasız olan davacının, belirtilen yasa ve yönetmelik hükümleri uyarınca kadrosunun geçici olarak lisansüstü eğitim-öğretim sağlayacak üniversiteye tahsis edilmemiş olması karşısında, mevzuata aykırı bulunmayan dava konusu işlemi iptal eden, temyizle konu, İdare Mahkemesinin ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir..." Danıştay İDDK, 16.06.2005 tarih, E.2003/788 – K.2005/2158, www.kazanci.com; Aynı yönde bkz. Danıştay 8. D., 19.2.2007 tarih, E. 2005/4185 - K. 2007/878. Araştırma görevlilerinin, 35'inci madde ve onun alt mevzuatında öngörülen usule başvurmaksızın, yani

Bu nedenle öğretim elemanının, lisansüstü öğrenim için görevlendirilme konusunda bir seçimlik hakkı olduğunu; bir diğer ifadeyle mevzuatta alınması zorunlu kılınmış taahhütnameyi imzalamak konusunda bir serbestiye sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu da, irade serbestisi prensibinin, taahhütname imzalamak noktasında mevcut olmadığı; idare ile onunla statüer bir ilişki içerisinde bulunan öğretim elemanının eşit düzeyde yer almadığı ve üniversitelerin bu şekilde araştırma görevlilerini kefalet ve yüklenme senedi imzalamaya zorlamasının, “ikrah”(korkutma) ya da “gabin”(aşırı yararlanma)²² olarak nitelendirilmek suretiyle taahhütname nin geçersizliğinin ileri sürülebilmesine yol açabilecektir.

Ancak Yargıtay, 2547 sayılı Kanunun 35'inci maddesi kapsamında görevlendirilen araştırma görevlilerinin, göreve başlamadan önce mevcut hukuki durum hakkında bilgi sahibi oldukları ve bu durumu bilerek göreve başlamaları nedeniyle taahhütnameyi ikrah sonucu imzaladıklarının kabulüne olanak bulunmadığını şu şekilde ifade etmiştir: “...davalı Radyasyon Onkoloji Anabilim dalında uzmanlık eğitimi Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesinde araştırma görevlisi olarak yapmayı kabul ettiği zaman bu üniversitede henüz bu bölümün faaliyete geçmediğini ve kendisinin, 2547 sayılı Kanunun değişik 35. maddesine göre, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Radyasyon Onkoloji Anabilim dalına kadrosunun geçici olarak aktarıldığını, orada uzmanlık eğitimi bitip uzman sıfatını kazanınca Erciyes Üniversitesine dönüp eğitim süresi kadar mecburi hizmet yapacağını bildiği ve mesleği itibarıyla bu durumu başından beri bilerek sınava girip kazandığı, ondan sonra kendi isteği ile atandığı, dosyadaki belgelerden açıkça anlaşıldığı için, yüklenme senedini serbest iradesi dışında, tazyik altında imzaladığı yolundaki savunması ve mahkemenin bilirkişi raporuna dayanarak bu şekildeki kabulü yerinde değildir²³”.

Görüldüğü üzere Yargıtay, taahhütnamenin imzalanmasında, taahhütnamenin geçerliliğini etkileyebilecek herhangi bir irade sakatlığının olmadığını ifade etmektedir. Yargıtay'ın ikrah açısından ortaya koyduğu bu gerekçenin, muhtemel bir aşırı

kadroları kendi üniversitelerinde kalarak bir başka üniversitede lisansüstü öğrenim görmeleri halinde idarî soruşturmalara maruz kalmaları ve hatta yüksek lisans veya doktora eğitiminin yanında kamu görevine son verme işlemleriyle karşılaşmaları kuvvetle muhtemeldir. SEZER, s.27.

²² Gabin, 6098 Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 28'inci maddesinde “aşırı yararlanma” olarak yer almıştır.

Madde 28: “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirecek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir”.

²³ Yargıtay 15. HD., 4.1.1996 tarih, E. 1995/5462 - K. 1996/1, www.kazanci.com.

yararlanma iddiası²⁴ açısından da geçerliliğini koruyacağını öngörmek hiç de zor değildir.

B. Taahhütnamenin Hukuki Niteliği

Araştırma görevlilerinin imzaladığı taahhütnamenin hukuki niteliği konusuna çeşitli şekillerde yaklaşmak mümkündür. Bunlardan ilki, bu işlemin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu yönündeki görüştür ki; yargı kararlarına hakim olan görüş budur²⁵. Yargıtay bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “(t)araflar arasında özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş başka üniversitede yüksek lisans ve doktora eğitimi karşılığı davalı üniversitede mecburi hizmet yükümlülüğünü içeren sözleşme ilişkisi vardır...²⁶”.

²⁴ Üniversitelerin araştırma görevlilerinin zor durumlarından faydalanarak onlara yüklü miktarlar içeren mecburi hizmet senetleri imzalatmalarının borçlar hukuku anlamında gabin olduğu; gabinin tüm özelliklerinin, araştırma görevlilerine mecburi hizmet yükleyen sözleşmelerde mevcut olduğu; yapılan mecburi hizmet sözleşmesinin idari bir sözleşme olmasının, üniversiteye gabin unsurlarını ihtiva edecek şekilde bir tutum içine girme hakkı vermeyeceği hakkındaki görüş için bkz. RÜZGARESEN, s.285.

²⁵ Bu sözleşmeler ‘Mecburi Hizmet Sözleşmesi’ olarak da adlandırmaktadır. RÜZGARESEN, s.271-272; “Ancak bu yaptırım yeterli değildir. Onun için üniversiteler bu tür sözleşme yoluna gitmektedirler...” ÇAĞLAYAN / BAŞÖZEN, s.21 dn.14.

²⁶ Yargıtay 15.HD., 10.02.2005 tarih, E.2004/6735 – K.2005/682, www.kazanci.com. Yargıtay bir başka kararında da, araştırma görevlisi ile üniversite arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi olduğunu dolaylı da olsa şu şekilde ifade etmektedir: “...Mahkemece, taraflar arasındaki uyumsuzluğun sebepsiz zenginleşmeye dayanan istirdat (geri alma) davası olduğu, Borçlar Yasasının 66. maddesinde haksız (sebepsiz) zenginleşmeden kaynaklanan davalarda bir ve on yıllık zamanaşımının öngörüldüğü, buna göre davacının borcunu öğrenip ödediği 14.04.2003 tarihinden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içinde açılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Dosyada toplanan bilgi ve belgelerden; davacının doktora eğitimi yapmak üzere 2547 sayılı Yasanın 35. maddesinin (i) bendi uyarınca Uludağ Üniversitesi’ne kadrosu tahsis edilirken, Biga Noterliğince düzenlenen 23.09.1999 gün ve 12777 yevmiye sayılı “taahhütname ve kefaletname”nin davalı Üniversiteye verildiği, davacının doktora yeterlilik sınavında iki kez başarısız olması sonucu sözü edilen “taahhütname ve kefaletname” senedine göre işlem yapılmak şartıyla üniversite ile ilişkisinin kesildiği, dava konusu edilen taraflar arasındaki borç-alacak ilişkisinin davacının davalı üniversiteye verdiği taahhütnameden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda dava konusu alacağın dayanağını -mahkemenin kabulü gibi sebepsiz zenginleşme değil- yüklenme senedi (taahhütname) oluşturmaktadır. Haksız eylem ve iktisap dışında her türlü alacak davası kural olarak Borçlar Yasasının 125. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir. Buna göre mahkemece, 08.06.2003 tarihinde açılmış bulunan davanın süresinde olduğunun kabulü ile toplanacak kanıtlarla oluşacak sonuç doğrultusunda uyumsuzluğun esası hakkında hüküm kurulması gerekirken, davanın zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir”. Yargıtay 15.HD., 05.04.2005 tarih, E.2005/2269 – K.2005/3275, www.kazanci.com; “...Nitekim, olayda, uzmanlık eğitimi için ... Üniversitesi’ne gönderilmiş bulunan davacıdan, ayrıca kefalet senedi istenmiş olup hesabına eğitim gördüğü davalı Üniversiteye karşı mecburi hizmet yükümlülüğü ya da parasal karşılığı taahhüt edilmek suretiyle davalı ile davacı arasında, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini içeren bir sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır...” .Yargıtay HGK, 7.6.2006 tarih, E. 2006/18-371 - K. 2006/361. www.kazanci.com.

Danıştay da yakın tarihli bir kararında araştırma görevlisi ile üniversite arasında taahhütnameyle kurulan ilişkiyi uyuşmazlık mahkemesinin adli yargıyı görevli kabul ettiği kararlarından birine atıfta bulunarak şu şekilde sözleşme olarak nitelendirmiştir: “(a)nılan kararda da vurgulandığı üzere, davacı ile davalı Üniversite arasında imzalanmış olan dava konusu taahhüt ve kefalet senedinin özel hukuk alanında tesis edilmiş bir sözleşme olması nedeniyle, anılan taahhüt ve kefalet senedinin iptaline ilişkin uyuşmazlığın görünüm ve çözümü adli yargı yerlerine ait bulunmaktadır...”²⁷.

Araştırma görevlisi ile üniversite arasında taahhütnameyle kurulan ilişkiyi, taahhütnamenin kişileri tek taraflı borç altına sokan bir özel hukuk işlemi olarak nitelendirmek ikinci bir görüş olarak akla gelebilir. Ancak özel hukuk alanında kişilerin tek taraflı borç altına girdiği işlemlerin sınırlı olduğu ifade edilmekte ve bu işlemler arasında taahhütnameye yer verilmemektedir²⁸.

Bu işlemler sözleşme hukuki rejimine tabi tutulmak isteniyorsa da, bunların bir “idari sözleşme” olarak nitelendirmesini üçüncü bir görüş olarak düşünmek gerekmektedir²⁹. İdari sözleşme, “kamu kurumlarının idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmelerden kamu hizmetine ilişkin olup, kamu gücü kullanılmasını gerektirenler” olarak tanımlanmaktadır³⁰.

Nitekim yukarıda yer verilen İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun hukuki ilişkiyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendiren kararına karşı oy yazan yedi üye bu ilişkinin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: “...Davacının, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi uyarınca görevlendirilmeden önce içeriği ve kapsamı idarece belirlenmiş olan söz konusu taahhüt ve kefalet senedini imzalaması anılan Yönetmeliğin 4/4. maddesinin emredici hükmü olup, bu senedi imzalamaması durumunda görevlendirmesinin yapılmayacağı ve davacının görevine son verilebileceği açıktır.

Bu durumda; davacının söz konusu senedi hür iradesiyle imzaladığından söz etmek hukuken olanaksızdır.

²⁷ Danıştay İDDGK, 01.04.2013 tarih, E.2008/3482 – K.2013/1167.

²⁸ TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atilla, “Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)”, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s.42-43.

²⁹ Araştırma görevlilerine imzalatılan, taahhütname ve kefalet senedinin açıkça hukuka aykırı olduğu; açık bir hukuk ihlalden sonra bu senetlerin hukuki niteliğini tespit etmeye çalışmanın yani senet imzalatılmasının idari sözleşme olup olmadığını tartışmanın yersiz olduğu yönündeki görüş için bkz. BAYINDIR, M.Savaş, “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35. Maddesinin Getirdiği Düzenleme ve Düzenlemenin Uygulanmasından Doğan Sorunlar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, Y.2007, s.229. Yazar, bu senetlerin ne idari sözleşme ne de özel hukuk sözleşmesi olduğunu; imzalatılan bu senetlerin idarenin tek taraflı iradesiyle, araştırma görevlisini görevinden uzaklaştırma tehdidi ile ve rızasız olarak imzalatıldığı, bu bakımdan karşılıklı iradelerin oluşmadığı bir uygulama olduğunu ifade etmektedir. BAYINDIR, s.233.

³⁰ YAŞAR, s.321.

Öte yandan, davacının içeriği ve kapsamı tamamen idarece belirlenmiş olan bu taahhüt ve kefalet senedinin maddelerini müzakare edebilme ve değiştirme gücü ve olanağı da bulunmamaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları idari dava türleri arasında sayılmıştır.

Araştırma görevlilerinin, 2547 sayılı Yasa uyarınca başka bir üniversitede öğretim üyesi yetiştirme programı kapsamında eğitim yapmak üzere görevlendirilmesindeki amaç göz önünde bulundurulduğunda, davacının bu taahhüt ve kefalet senedini idare ile eşit düzeyde olarak, isteği ve özgür iradesi ile imzaladığından söz etmeye olanak bulunmadığından, ortada özel hukuk alanını ilgilendiren bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Özel hukuk hükümlerine göre yapılmayan, statü hukukundan kaynaklanan hak ve yükümlülükler dair mecburi hizmet, atanma, ilişik kesme gibi hususları içeren ve Yönetmelik uyarınca 2547/35. maddeye göre yapılacak görevlendirmelerde imzalanması zorunlu tutulan dava konusu taahhüt ve kefalet senedi bu özellikleri nedeniyle tipik bir idari sözleşmedir...³¹”.

Bu görüşler ışığında konuya yaklaşıldığında şu tespitlerde bulunmak mümkündür: Öncelikle ifade etmek gerekir ki, taahhütnamenin hukuki niteliği üzerindeki tartışma, yukarıda aktarılan 2008/3482 Esas No'lu İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, özel hukuk sözleşmesi – idari sözleşme ekseninde cereyan etmektedir. Taahhütname işleminin, sadece adı ve düzenleniş şeklinden yola çıkılarak bir borçlar hukuku işlemi (sözleşmesi) olarak nitelendirilmesi mümkündür. Zira idare hukuku alanında “taahhütname” adı altında bir sözleşme türü bulunmamaktadır. Ayrıca taahhüt ve kefalet senetleri, - bazı özel hukuk sözleşmeleri gibi - ekseriyetle noter huzurunda imzalanmaktadır³². Yine, bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna kuşku bulunmayan kefalet sözleşmesinin, araştırma görevlisince imzalanan taahhütnameye dayanılarak akdedilmesi, taahhütnamenin özel hukuk sözleşmesi olduğu izlenimini kuvvetlendirmektedir.

Öte yandan, öğretim elemanı ile idare arasında tesis edilen taahhütnamenin, bir kamu kurumu olan üniversite tarafından kamu gücü kullanılmak suretiyle tek taraflı olarak yönetmelik hükmüne dayanılarak hazırlanması; araştırma görevlisinin iradesine hiç yer verilmemesi, taahhütnameyi katımlı sözleşmelere benzetmektedir³³. Zira

³¹ Danıştay İDDGK, 01.04.2013 tarih, E.2008/3482 – K.2013/1167.

³² Birim amiri(müdür veya dekan) huzurunda imzalanan taahhütname ve kefalet senetlerine rastlamak da mümkündür.

³³ Katımlı sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SEZGİNER, Murat, “İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı”, Yetkin Yay., Ankara, 2000, s.121 vd.

borçlar hukukuna hakim olan, kişilerin irade serbestisi prensibi taahhütnamede bulunmamaktadır³⁴. Böylece, öğretim elemanının lisansüstü eğitimini tamamlamasının ardından kadrosunun olduğu üniversiteye dönmesini sağlamak suretiyle kamu yararı tesis edilmektedir³⁵. Bu yönüyle, taahhütname idari sözleşmeye yakınlaşmaktadır.

Ancak yukarıda yer verilen idari sözleşme tanımından da hatırlanacağı üzere, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi ölçütlerinden biri, idarenin akdettiği sözleşmenin kamu hizmeti ile belli ölçüde bir ilişkisinin olmasıdır³⁶. Bu ilişkinin ise, “kamu hizmetine ilişkin olma”nın ötesinde, “kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma” şeklinde gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁷. Araştırma görevlileri tarafından imzalanan taahhütnameler, daha çok mecburi hizmet yükümlülüğünü güvence altına almaya yönelik olup; “kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma” unsurunu ihtiva etmemektedir. Bu durum, araştırma görevlileri tarafından imzalanan taahhütnamelerin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin haklı gerekçesini oluşturacak niteliktedir.

Ancak bu tespit, taahhütnamelerin geçerliliği konusundaki tartışmaların bütünüyle önemini kaybettiği anlamına da gelmemektedir. Bu nedenle taahhütnamelerden kaynaklanabilecek uyumsuzlukların ne şekilde ortaya çıktığı üzerinde durulması yararlı olacaktır.

III. Uyuşmazlığın Ortaya Çıkışı Açısından Yapılan Değerlendirme

Kişilerin, hukuksal durumlarını statülerinin belirlediği idare hukuku alanında bu statülere giriş ve çıkış idari işlemler vasıtasıyla gerçekleşmektedir³⁸. Bu bağlamda, üniversiteye araştırma görevlisi olarak atanma, araştırma görevlisinin lisansüstü öğrenimi amacıyla kadrosunun tahsis edilmesi suretiyle görevlendirilmesi ve kadrosunun tekrar kendi üniversitesine dönüşü idari işlemler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.

³⁴ Bu irade serbestisi, akitler dikkate alınarak akit serbestisi olarak da ifade edilir ve iki ayağı bulunmaktadır. Bunlar, kişinin dilediği kimseyle dilediği akdi yapma veya istemediği akdi yapmama serbestisi olarak açıklanan *akit yapma serbestisi* ve akit yapmak isteyen tarafların akdin konusunu diledikleri gibi tayin edebilme serbestisini ifade eden *akdin konusunu belirleme ve düzenleme serbestisidir*. OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s.21.

³⁵ Nitekim Danıştay 8. Dairesi de taahhüt ve kefalet senedi alınmasını öngören Yönetmelik hükmünün hukuka uygun olduğuna hükmettiği kararında, söz konusu taahhüt ve kefalet senetlerinin alınmasında kamu yararı olduğunu dolaylı da olsa ifade etmiştir. Halbuki özel hukuk sözleşmelerinin amacı kamu yararı değil, kişisel yararadır. 8.Daire kararında şu ifadelere yer vermiştir: “... Bu yönüyle dava konusu yönetmelik maddesinde yasaya aykırılık bulunmadığı gibi, üniversite kaynaklarıyla yetiştirilen öğretim elemanlarının ihtiyaç duyulan kadrolarda değerlendirilmesini sağlamak açısından kamu yararı ve hizmetin gereklerine de uygundur...”. Danıştay 8.Dairesi, 27.01.2005 tarih, E.2003/3926 - K. 2005/251.

³⁶ TEKİNSOY, Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, AÜHFHD, C.55, S.2, Y.2006, s.196.

³⁷ GÖZLER, Kemal, “İdare Hukuku”, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s.24.

³⁸ YILDIRIM, Turan, “İdari Yargı”, Beta yay., İstanbul, 2010, s.182.

Ancak yukarıda görüldüğü üzere, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35'inci maddesi uyarınca görevlendirilme işleminin ön şartı olarak, araştırma görevlileriyle sözleşme yapılmakta ve taahhütname alınmaktadır. Araştırma görevlileri zaman zaman bu taahhütnamelemlerin geçerliliğini dava konusu etmekte; taahhütnamelemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların doğuşu farklı olasılıklarla karşımıza çıkabilmektedir. Bu olasılıkların incelenmesi, hem taahhütnamelemlerin geçerliliğinin ne şekilde dava konusu edilebileceğini göstermesi açısından, hem de görevli yargı yerinin tespitine ışık tutması açısından faydalı olacaktır.

Bu noktada taahhüt edilen borcun tahsili amacıyla idare tarafından açılan davalar ile araştırma görevlileri tarafından taahhüt ve kefalet senetlerine karşı açılan davalar arasındaki farka dikkat çekmek gerekmektedir. Zira bu ihtilaflar arasında, davacı ve davalı konumundaki özneler açısından temel bir farklılık bulunmaktadır. Bunun yanı sıra; davaların konuları da birbirinden farklılaşmaktadır. Aşağıda araştırma görevlileri tarafından, hangi olasılıklarla taahhütname ve kefalet senetlerine karşı dava açılabilirliği üzerinde durulacak; idarenin alacağın tahsiline yönelik işlemleri daha sonraki başlıklarda ele alınacaktır.

A. Mecburi Hizmetin Kaldırılması ile Taahhütname ve Kefalet Senedinin İptali İstemlerinin İdarece Reddi Neticesinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar

Araştırma görevlileri, görevlendirmelerinin devamı sırasında ya da kadrolarının iadesi sonrasında çeşitli sebeplerden dolayı (istifa etmek, başka bir kamu kurumuna geçmek gibi) kadrolarının bulunduğu üniversiteye başvurmak suretiyle, mecburi hizmetlerinin kaldırılması ile taahhüt ve kefalet senetlerinin iptalini isteyebilmekte; bu istemin reddine karşı da dava yoluna gidebilmektedirler. Araştırma görevlilerinin yaptıkları bu başvuruyu iki şekilde değerlendirmek mümkündür.

Bu başvuru, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 10'uncu maddesi kapsamında değerlendirilebilir. Doğal olarak bu kapsamda davaya konu edilen işlem de, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 10'uncu maddesi kapsamında yapılmış olan bir başvuru neticesinde ortaya çıkmış, tipik bir idari işlem (ret işlemi) olacaktır. Burada dava konusu yapılan işlem, 'taahhüt ve kefalet senedi' değildir. Dava konusu işlem, taahhüt ve kefalet senedi ile mecburi hizmet yükümlülüğünün kaldırılması istemiyle yapılan başvuruya karşı alınan 'ret kararı'dır. Uyuşmazlık konusu 'ret işlemi', İYUK'nun 2'inci maddesinde düzenlenmiş olan iptal davasının konusunu oluşturmaktadır.

İkinci olarak, başvuru, özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen taahhütnamelemlerde değişiklik yapılması talebi olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla bu başvurunun reddi işleminin hukuki denetimi, taahhütnamelemlerle birlikte sözleşme yargıcı konumunda olan adli yargı hakimi tarafından değerlendirilecektir. Nitekim bu şekilde

ortaya çıkan uyuşmazlıkların hukuki denetiminin adli yargıya ait olduğu yönündeki yargı kararları da, bu düşünüşü kuvvetlendirmektedir³⁹.

B. Taahhütnameye Aykırılık Sebebiyle İdarece İşlem Yapılması Neticesinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar

Taahhütname ve kefalet senedinde yer alan mali yaptırımların uygulanması, idareye yapılmış bir başvuru olmaksızın, çeşitli taahhütname ve kefalet senedine aykırılık sebepleriyle, doğrudan idare tarafından araştırma görevlisine taahhütnameye yer alan yaptırımları icrası yönünde gerçekleştirilen işleme karşı araştırma görevlisinin dava açmak istemesi şeklinde de ortaya çıkmaktadır.

Taahhütname ve kefalet senedine aykırılığa neden olan ve yargı kararlarına yanlış olan bu nedenleri, başarısız olma ve istifa olarak sıralamak mümkündür.

Araştırma görevlilerinin lisansüstü eğitim esnasında başarısız olmaları, kadrolarının iadesi ve sonrasında kadrolarıyla ilişkilerinin kesilmesi⁴⁰ ile haklarında taah-

³⁹ Benzer bir olayda Uyuşmazlık Mahkemesi adli yargıyı görevli kabul etmiştir. Görevli yargı kolu meselesine daha sonraki başlıklarda değinileceği için, burada uyuşmazlığın ortaya çıkışını göstermesi açısından, uyuşmazlık mahkemesi kararına yer verilmekle yetinilecektir: "... Erciyes Üniversitesi'nde araştırma görevlisi olarak görev yapmakta iken, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 35'inci maddesi uyarınca davalı idare adına İstanbul Teknik Üniversitesi'nde lisansüstü eğitim yapmak üzere görevlendirilen davacının, İstanbul Teknik Üniversitesine gönderilmesinden önce düzenlenen sözleşme uyarınca mecburi hizmet yükümlülüğü getirildiği ve bu yükümlülük ile kefalet senedinin iptali istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu duruma göre, taahhüt ve kefalet senedinin davacı ve kefilleri tarafından tek tarafı olarak imzalanarak idareye karşı taahhütte bulunulması karşısında, davacı tarafından mecburi hizmet yükümlülüğünün iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır...". Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 30.9.2013 tarih, E.2013/391 – K.2013/1265, R.G.: 21.11.2013 tarih ve 28827 Sayılı Mük.

⁴⁰ "...Atatürk Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Devreler ve Sistemler Anabilim Dalında araştırma görevlisi olan davacının, doktora yapmak amacıyla kadrosunun Hacettepe Üniversitesine geçici olarak tahsisinin Yükseköğretim Yürütme Kurulunun 23.6.2000 günlü kararı ile uygun bulunduğu, doktora öğrenimine başlayan davacının başarısız olması üzerine, Atatürk Üniversitesinin davaya konu işlemi ile ilişkisinin kesildiği, bu işlemin iptali istemiyle açılan davada, 2547 sayılı Yasanın 33. maddesinde araştırma görevlilerine doktora yapma gibi bir zorunluluk getirilmediğinden, davacının doktora eğitiminde başarısız olduğundan bahisle eski görevine başlatılmamasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle temyize konu karar ile ilişik kesme işleminin iptal edildiği anlaşılmıştır.

Araştırma görevlileri, öğretim üyelerinin kaynağını oluşturur. Bu görevde bulunanların yüksek lisans ve doktora eğitimini süresinde başarmaları gerekir. Yüksek lisans ve doktora eğitiminde başarısız elemanların araştırma görevliliği görevine de son verilmemesi halinde, bu kadrolar başarısız kişiler tarafından devamlı şekilde işgal edilmiş ve üniversitenin ihtiyacı olan ve öğretim üyelerinin kaynağını oluşturan yeni ve başarılı araştırma görevlilerinin atanması imkansız hale geleceğinden, doktora öğreniminde başarısız olduğu tartışmasız bulunan davacının araştırma görevlisi kadrosunu işgal etmesinde kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet

hütname ve kefalet senedine göre işlem tesis edilmesi sonuçlarını beraberinde getirmektedir.

Danıştay, lisansüstü eğitim için kadrosu başka bir üniversiteye aktarılan araştırma görevlisinin başarısız olması halinde, taahhütname ve kefalet senedinde yer alan hükümler uyarınca hakkında işlem tesis edilmesi yönündeki işlemin iptali istemini reddetmiştir. Danıştay'a göre, "doktora eğitimini tamamlamadan üniversitesine dönen davacıya yapılan masrafların taahhütname kuralları uyarınca geri istenmesine ilişkin işlemde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunma(maktadır)...⁴¹".

Yargıtay da, fazla ödendiği iddia olunan bedelin tespiti ve fazla ödenen miktarın istirdadına yönelik uyuşmazlıkta, istifa sonucunda taahhütname ve kefalet senedinde yer alan mali yaptırımların uygulanması gerektiğini, şu sözlerle ifade etmektedir: "Davacı D. E.'nin davalı Üniversite tarafından 2547 Sayılı Yasanın 35. maddesi gereğince yüksek lisans ve doktora eğitimi yapmak üzere Orta Doğu Teknik Üniversitesine gönderilmesi ve eğitimi sırasında istifa ederek görevinden ayrılması konusunda bir anlaşmazlık yoktur (...) öğretim elemanı yetiştirilmek üzere başka bir üniversiteye kadrosu tahsis edilen öğrencilerin başarısız olmaları veya görevlerinden ayrılmaları

görülmemiştir...". Danıştay 8.D., 18.10.2004 tarih, E.2004/2158 – K.2004/3865 Aynı yönde bkz. Danıştay 8.D., 14.12.2004 tarih, E.2003/3940 – K.2004/4888, www.kazanci.com; Danıştay 8.D., 16.05.2005 tarih, E.2004/4516 – K.2005/2324; Danıştay 8.D., 08.04.2005 tarih, E.2004/3604 – K.2005/1642, www.kazanci.com.

⁴¹ "...Dava dosyasının incelenmesinden, davacının, Adnan Menderes Üniversitesi, Nazilli İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde araştırma görevlisi olarak görev yapmakta iken, 2547 sayılı Kanunun 35. maddesine dayanılarak hazırlanan Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesi uyarınca kadrosunun geçici olarak Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsüne tahsisinin Yükseköğretim Yürütme Kurulunun 28.11.1997 tarihli toplantısında uygun bulunduğu, davacıdan taahhütname ve kefalet senedi alınmak suretiyle 1.4.1998 tarihinde Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde doktora eğitimine başladığı, programından başarısızlık nedeniyle Enstitü Yönetim Kurulunca kaydının silindiği, kadrosunun eski görev yerine iadesi üzerine 8.9.2000 gününde istifa ederek görevinden ayrılması üzerine, dava konusu işlemlerle Dokuz Eylül Üniversitesine gönderilmesi aşamasında kendisinden alınan taahhütnamenin (1-h) maddesini ihlal ettiğiinden bahisle davacıya doktora eğitimi süresince ödenen maaş, yolluk ve yevmiye tutarının iki katı olan 6.804.280.000.-liranın yasal faiziyle birlikte ödenmesine yönelik işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Anılan düzenlemeler ile, yeni kurulan üniversitelerin ihtiyaç duyduğu öğretim elemanı kadrolarının tamamlanmasına yönelik doktora olanağı tanınmış, bu şekilde öğrenimini başarı ile tamamlayanların görevlendirme yapan üniversitelere dönmeleri amaçlanmıştır.

Bu düzenlemelerde her ne kadar doktora öğreniminde başarısız olan öğrencilere yönelik açık bir yaptırım öngörülmemiş ise de, idarelerin kamu yararı ve hizmet gereklerini gözetmek suretiyle bu yönde işlem tesis edebilmelerine engel bir durum bulunmamaktadır.

Bu durumda, doktora eğitimini tamamlamadan üniversitesine dönen davacıya yapılan masrafların taahhütname kuralları uyarınca geri istenmesine ilişkin işlemde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerekirken, aksi yöndeki temyize konu kararda hukuki isabet görülmemiştir...". Danıştay 8.D., 24.12.2003 tarih, E.2003/1185 – K.2003/5925, www.kazanci.com.

halinde kendilerine yapılan ödemeleri geri ödeyeceklerine ilişkin hiçbir düzenleme öngörülmemiştir. Ancak taraflar arasında sözleşme yapılmasını engelleyen bir hükme de yer vermemiştir.

Bu durumda davacı D. E.'nin yüklenme ve kefalet senedi hükümlerine göre sorumluluğunun tespiti gerekeceği açıktır...⁴².

C. Mecburi Hizmetin Devri İsteminin İdarece Reddi Neticesinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar

Araştırma görevlileri, görevlendirmelerinin devamı esnasında ya da mecburi hizmetlerinin ifası sırasında, çeşitli sebeplerle zorunlu hizmetlerinin devrini talep edebilmektedir. Mecburi hizmetin devri isteminin reddi, tek başına taahhüt ve kefalet senedi uyarınca işlem tesis edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Öğretim elemanı, bu talebin reddi ile birlikte taahhütname ve kefalet senedinin iptali istemiyle dava açabilmektedir. Ancak çoğunlukla bu konudaki uyuşmazlıklar, taahhütname ve kefalet senedinden bağımsız olarak, mecburi hizmetin devri talebinin reddi işlemine karşı açılmaktadır.

19.11.2014 tarih ve 6569 Sayılı Kanunla 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35'ini maddesine eklenen, "(b)u mecburi hizmet, eş durumu ve sağlık mazeretleri hariç olmak üzere başka yükseköğretim kurumlarında ve kamu kurum ve kuruluşlarında yerine getirilemez" hükmü yürürlüğe girmeden önce, mecburi hizmet yükümlülüğünün devri konusunda, pozitif bir düzenleme bulunmamaktaydı. Yargı yerleri de, mecburi hizmetin devri isteminin reddine karşı açılan davaları reddetmekte; ancak pozitif düzenleme eksikliği nedeniyle kararlı bir içtihat oluşturulamamaktaydı. Bu minvalde Danıştay, yurt dışına yapılan görevlendirme neticesinde yerine getirilmek durumunda olan mecburi hizmetin devri isteminin reddi işleminin iptalini şu gerekçeyle reddetmiştir: "... Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Farmakoloji Anabilim Dalında araştırma görevlisi olan davacının, 2547 sayılı Yasanın 33. maddesi uyarınca, burslu olarak Amerika Birleşik Devletlerine gönderildiği, eğitimini tamamlayıp yurda döndükten sonra ilgilinin mecburi hizmetinin devri suretiyle ... Üniversitesine atamasına ilişkin önerinin davalı idarece reddedildiği anlaşılmaktadır.

(...) üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasının sağlanması için yeni kurulmuş ve gelişmekte olan üniversitelerin akademik personel ihtiyacının göz önünde tutulması gerektiği açıktır.

Bu durumda, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır⁴³.

⁴² Yargıtay 18.HD., 17.04.2007 tarih, E.2007/1825 – K.2007/3483, www.kazanci.com.

⁴³ Danıştay 8.D., 06.05.1999 tarih, E.1996/5393 – K.1999/2825; Aynı yönde bkz. Danıştay 8.D., 19.02.2001 tarih, E.1999/5093 – K.2001/602, www.kazanci.com.

Danıştay daha sonraki bir kararında, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek 35. maddesiyle getirilen düzenlemeyle, yurt içinde okutulan öğrencilerle ilgili olarak 2547 Sayılı Kanunun 35/3. maddesinin ve Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4/4. Maddesinin mecburi hizmet yükümlülüğü ve tazminat sorumluluğuna dair hükümlülerin uygulanma olanağının kalmadığı, bu nedenle devre muvafakat edilmemesi yönündeki Yükseköğretim Kurulu Genel Kurulu işlemini hukuka aykırı bulmuştur⁴⁴. Ancak Danıştay daha sonra bu içtihadından vazgeçerek, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek 35. maddesiyle getirilen düzenlemenin araştırma görevlileri hakkında uygulanamayacağını ifade etmiş; böylece, bu gerekçeyle mecburi hizmetin devri olanağını ortadan kaldırmıştır⁴⁵.

Danıştay bir başka kararında ise, görevde başarısız olma sonucunda görev süresi uzatılmayan ve bu nedenle mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getiremeyen; an-

⁴⁴ Danıştay 8.D., 07.05.2007 tarih, E.2006/5230 – K.2007/2699, www.kazanci.com. Aynı yönde bkz.Danıştay 8.D., 10.10.2007 tarih, E.2006/4441 – K.2007/5224; Danıştay 8.D., 13.02.2009 tarih, E.2008/7121 – K.2009/1050, www.kazanci.com.

⁴⁵ "...5535 sayılı Kanunla 2547 sayılı Kanuna eklenen Geçici 53. madde ile yapılan düzenlemenin de, 657 sayılı Yasanın Ek 35. maddesinin, 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca başka bir üniversitede görevlendirilen araştırma görevlilerini kapsamadığını göstermektedir.

Bu bağlamda; davalı Üniversitede araştırma görevlisi olan ve 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi uyarınca lisansüstü eğitim-öğretim amacıyla ODTÜ'de geçici olarak görevlendirilen davacının, lisansüstü eğitiminde başarılı olması nedeniyle taahhüt ve kefalet senedine göre işlem yapılması amacıyla kendi üniversitesinde araştırma görevlisi kadrosuna atanmasına ilişkin dava konusu Yükseköğretim Kurulu işleminde ve bu işleme dayanılarak davalı Üniversite Rektörlüğünce tesis edilen atama işleminde hukuka aykırılık, 657 sayılı Kanunu Ek 35. maddesinden hareketle bu işlemlerin iptali yönündeki Daire kararında ise hukuki isabet görülmemiştir..."

Danıştay İDDGK, 01.04.2013 tarih, E. 2008/3482 – K.2013/1167. Aynı yönde bkz. Yargıtay 15.HD., 22.01.1997 tarih, E.1996/5474 – K.1997/318, www.kazanci.com. "...Bu düzenleme(657 sayılı Devlet Memurları Yasasının Ek-35. Maddesi) 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun mecburi hizmet ile ilgili hükümleri birlikte değerlendirilerek konuyla ilgili uygulama esas ve usulleri Maliye Bakanlığı'nca tesbit edilmiş ve 6.5.1995 tarih ve 22279 Sayılı Resmi Gazetede tebliğ yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yerel mahkemece her ne kadar 1995 Mali Yılı Bütçe Kanununun 50/c maddesi ve Maliye Bakanlığınca yürürlüğe konulan tebliğin 6. maddesi hükmü dayanak gösterilerek suretiyle dava reddedilmiş ise de sözkonusu tebliğ, bazı kurum ve kuruluşların yürüttükleri hizmetlerin gerektiği nitelik ve nicelikteki personel ihtiyaçlarını karşılamak üzere 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun veya özel kanunlarında yer alan hükümler uyarınca mecburi hizmet karşılığı ihtiyaç duyulan dallarda öğretim yapan orta dereceli mesleki okullarda ve yükseköğretim kurumlarında hizmet karşılığı burs verilerek okuyan ve kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolu personeli olmayan öğrencileri kapsamaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarında bulunan personel bu kapsam dışındadır.

Somut olayda davalının araştırma görevlisi olarak davacı üniversitenin kadrolu personeli iken 2547 sayılı kanunun 35. maddesi uyarınca üniversite adına geçici kadro tahsis suretiyle bir diğer üniversitede lisansüstü eğitim yapmak üzere görevlendirildiğinden anılan madde kapsamında değerlendirilmesi ve bu nedenle mecburi hizmet yükümlülüğünün kaldırılmış olduğunun kabulü mümkün değildir. Mahkemece, işin esasına girilerek tarafların iddia ve savunmaları ile 11.9.1985 tarihli taahhütname ve 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 35. md. hükmü gözetilmek suretiyle oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmek üzere karar bozmayı gerektirmiştir".

çak daha sonra başka bir üniversitede göreve başladıktan sonra bu durumun öğrenilmesi üzerine görevle ilişkisi kesilen araştırma görevlisi açısından, mecburi hizmet devri yoluna başvurulmamış olmasının, ilişik kesme işlemini hukuka aykırı hale getireceğine hükmetmiştir. Danıştay, 2547 sayılı Yasanın 35. maddesinin, ancak, mecburi hizmet yükümlülüğünü kendi iradeleriyle, bilerek yerine getirmeyenler yönünden hüküm ifade edebileceğini söylemek suretiyle 35'inci madde de yer alan "...bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere yükseköğretim kurumlarında görev verilmeyeceği..." kuralının bu uyuşmazlıkta geçerli olamayacağını söylemiştir⁴⁶.

Ancak, 19.11.2014 tarih ve 6569 Sayılı Kanunla 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35'ini maddesine eklenen, "(b)u mecburi hizmet, eş durumu ve sağlık mazeretleri hariç olmak üzere başka yükseköğretim kurumlarında ve kamu kurum ve kuruluşlarında yerine getirilemez" hükmüyle birlikte bu konuya ilişkin tartışmanın önemini yitirdiği söylenebilecektir.

⁴⁶ "...Mimar Sinan Üniversitesinde araştırma görevlisi olarak çalışmakta iken 2547 sayılı Yasanın 33. maddesi uyarınca, ... tarihleri arasında Amerika Birleşik Devletlerine gönderilen davacının, 3 yıl Devlet bursuna ilave olarak 1 yıl da ücretsiz izin alarak kendi olanaklarıyla kaldığı, 28.9.1993 tarihinde yurda dönerek Mimar Sinan Üniversitesi ... Bölümünde göreve başladığı, ancak Üniversite Yönetim Kurulunca görev süresinin 10.5.1994 tarihine kadar uzatıldığı, bu süre sonunda ise davacının hizmetinden verim alınmadığı gerekçesiyle görev süresi uzatılmayarak ilişkisinin kesildiği, ancak mecburi hizmetin karşılığının tahsili yoluna gidilmediği, bu sırada 21.5.1997 tarihinde Sakarya Üniversitesi ... Fakültesi Yönetim Kurulu kararı, Dekan ve Rektörlük onayı ile Sakarya Üniversitesi ... Bölümü ... Anabilim Dalında açık bulunan Yardımcı Doçentlik kadrosuna 3 yıl süre ile atandığı, Sakarya Üniversitesi ile Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı arasındaki yazışmalar sonucunda, doktora eğitimi yapmak amacıyla yurtdışına gönderilip, başarısız olarak Türkiye'ye dönen ve mecburi hizmet devri yapılmayan davacının, Mimar Sinan Üniversitesince kadrosu ile ilişkisinin kesilerek yurtdışına çıkarken imzalatılan Taahhütname ve Kefalet Senedi uyarınca işlem yapılarak tahsil edilmesi gerekirken, üniversiteye karşı olan mecburi hizmetinin bugüne kadar tahsil edilmediği, bu nedenle 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca Sakarya Üniversitesinde görev yapması mümkün olmayan davacının, kadrosu ile ilişkisinin kesilmesi gerektiğini belirten Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının ... gün ve ... sayılı yazısı uyarınca davalı Sakarya Üniversitesinin ... gün ve ... sayılı işlemi ile davacının göreviyle ilişkisinin kesildiği ve bu işleme ilişkin olarak açılan davanın İdare Mahkemesince reddedildiği anlaşılmaktadır.

Bu durum karşısında, Mimar Sinan Üniversitesince doktora yapmak üzere yurtdışına gönderilen davacının, bu nedenle oluşan mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için, ya Mimar Sinan Üniversitesindeki görevine devam etmesi, ya mecburi hizmet nedeniyle kalan borcun kendisinden tahsili yoluna gidilmesi ya da son olarak görev yaptığı Sakarya Üniversitesine mecburi hizmet devrinin yapılması gereklidir.

Bu yolların hiçbirine gidilmeden, davacının elinde olmayan bir nedenle, yani Mimar Sinan Üniversitesindeki görev süresinin uzatılmaması nedeniyle tamamlamadığı mecburi hizmet yükümlülüğünden söz edilerek, 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca Sakarya Üniversitesindeki görevi ile ilişkisinin kesilmesinde hukuka, Anayasal bir hak olan çalışma hakkına ve hakkaniyete uyarlık bulunmadığından davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Diğer taraftan 2547 sayılı Yasanın 35. maddesinin, ancak, mecburi hizmet yükümlülüğünü kendi iradeleri ile bilerek yerine getirmeyenler yönünden hüküm ifade edebileceği de açıktır...". Danıştay 8.D., 16.12.2002 tarih, E.2002/2887 – K.2002/5891, www.kazanci.com. Bu tespiti katılmakla beraber, görevde başarısız olmanın, kendi isteği dışında mecburi hizmeti yerine getirememek kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmek gerekir.

Bu hükme göre, mecburi hizmet yükümlülüğünün devri için, eş durumu veya sağlık nedenlerinin olması gerekmektedir. Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın 25.02.2015 tarihli "mecburi hizmet devri" konulu işlemleriyle, mecburi hizmet devrine ilişkin olarak, Yürütme Kurulunca belirlenen esaslar da ortaya konulmuştur⁴⁷. Buna göre, mecburi hizmet devrinin yapılabilmesi için, ön koşul olarak söz konusu devrin yapılmasının istenildiği kurum veya kuruluşa, mevzuatına uygun olarak atanmaya hak kazanılması gerekmektedir. Böylece mecburi hizmet devri yapılabilmesi için, YÖK tarafından yayınlanan esaslarda yer verilen eş durumu⁴⁸ ve sağlık durumu⁴⁹ koşullarının yerine getirilmesinin yanı sıra, öğretim elemanının mecburi hizmetini devretmek istediği üniversite ya da kamu kurum-kuruluşuna atanmaya hak kazanması gerekmektedir. Bu kabulün gerçekleşmesi ve esaslarda belirtilen eş veya sağlık durumu şartlarının sağlanması durumunda öğretim elemanının mecburi hizmetinin devri gerçekleştirilebilecektir.

Burada cevaplanması gereken soru ise, idarenin, şartları sağlayan araştırma görevlisinin mecburi hizmetinin devrine karar verme konusunda bağlı yetkiye sahip olup olmadığıdır. Bu soruya olumlu cevap vermek zordur. İdarenin devri gerçekleş-

⁴⁷ <http://www.akademikpersonel.org/anasayfa/yok-akademisyenler-icin-mecburi-hizmet-devri-ulas-esaslarini-yayinladi.html>. E.T.: 6.5.2015.

⁴⁸ "a. Eş durumu mazereti nedeniyle mecburi hizmet devri tekliflerinde, mecburi hizmet yükümlüsünün aile cüzdanı veya vukuatlı nüfus kayıt örneğiyle evli olduğunu belgelendirdiği eşinin;

1. 8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamına giren bir kurum veya kuruluşta, 11/10/1983 tarihli ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa tabi öğretim elemanı kadrolarında veya 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) ve (C) fıkraları ile geçici pozisyonlar hariç olmak üzere memur kadrosunda veya diğer personel kanunlarına tabi olarak çalıştığı belgelendirilmesi;

1. Kamu personelleri arasında yer almaması halinde, o ilde kesintisiz son üç yıl sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak çalışmış ve halen çalışıyor olduğunun belgelendirilmesi(Son 3 yılda işe giriş-çıkış tarihleri arasında toplamda en fazla 30 gün sosyal güvenlik priminin ödenmesinde kesinti bulunması halinde de kesintisiz sosyal güvenlik primi ödenmiş gibi işlem yapılır.)

halinde eşinin görevli olduğu ildeki yukarıda belirtilen atanmaya hak kazandığı kamu kurum ve kuruluşuna mecburi hizmet devri yapılabilir. Eşinin bulunduğu ilde, mecburi hizmet yükümlüsünün durumuna uygun kadronun bulunmaması halinde veya mecburi hizmet yükümlüsüne ihtiyaç duyulmaması halinde o ilin sınır komşusu illerden birindeki kamu kurum ve kuruluşuna mecburi hizmet devri yapılabilir".

⁴⁹ "b. Sağlık durumu mazereti nedeniyle mecburi hizmet devri tekliflerinde, mecburi hizmet yükümlüsünün kendisinin, eşinin, kanunen bakmakla yükümlü olduğunu belgelendirdiği anne, baba veya çocuklarından birinin ya da yargı kararı ile vasi tayin edildiği kardeşinin ortaya çıkan hastalığının o ilde tedavisinin mümkün olmadığını il sağlık müdürlüğü yazısıyla belgelendirilmesi veya kişinin görev yerinin değişmemesi halinde bu kişilerin hayatın tehlikeye gireceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi halinde, yukarıda belirtilen atanmaya hak kazandığı kamu kurum ve kuruluşunun bulunduğu ilde tedavinin yapılabileceği bir sağlık kurumunun bulunduğu veya kişinin sağlığının olumsuz etkilenmeyeceğinin belgelendirilmesi halinde mecburi hizmet devri yapılabilir".

tirmek konusunda takdir yetkisinin varlığından bahsetmek mümkündür. Bu noktada, öğretim elemanının hizmetine duyulan ihtiyaç ile eş ve sağlık durumu mazere-tinin gerekleri çatışmasında idare, bireysel ve toplumsal menfaat arasındaki dengeyi tesis edecek şekilde karar vermelidir.

İdarenin, yasada yer alan şartların dışındaki sebeplerle mecburi hizmetin devri taleplerini sağlayıp sağlayamayacağı ise cevaplanması gereken bir başka sorudur. Bu düzenleme, mecburi hizmet devrinin şartlarını ortaya koyması açısından olumlu bir adım olmakla birlikte; bu sebepler haricinde gerçekleştirilecek taleplerin reddi sonucunu da beraberinde getirecektir. Ancak bu noktada, araştırma görevlisinin elinde olmayan nedenlerle mecburi hizmetini yerine getirememeye durumuna ayrı bir parantez açmak gerekmektedir. Böyle durumlarda, talep halinde mecburi hizmet yükümlülüğünün devri gerçekleştirilebilmelidir. Örneğin, doktorasını tamamlamış bir araştırma görevlisine ihtiyaç olmaması ve bu nedenle kendisine uzun bir süre kadro veril(e)memesi halinde, araştırma görevlisinin hizmetine ihtiyaç duyulan başka bir üniversite ya da kamu kurum-kuruluşunda mecburi hizmetini tamamlamasına izin verilmesi yerinde olacaktır.

D. Doğrudan Taahhütname ve Kefalet Senedinin İptali İstemiyle Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar

Araştırma görevlileri taahhütnameye aykırı davranmaksızın, doğrudan doğruya taahhütname ve kefalet senedinin iptali istemiyle dava açabilmektedirler. Bu durumda araya idarenin olumlu ya da olumsuz herhangi bir işlemi girmemekte; araştırma görevlileri taahhütname ve kefalet senedinin geçersizliği için doğrudan dava yoluna gitmektedirler.

Böyle bir durumda, taahhütnamenin hukuki niteliği göz önünde bulundurularak, görevli yargı yerinin neresi olduğu sorusunun cevabı aranmaya başlanacaktır. Bu nedenle aşağıda, taahhütnameden kaynaklı uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri konusu üzerinde durulacaktır.

IV. Görevli Yargı Kolunun Tespiti

Taahhütname ve kefalet senetlerine ilişkin uyuşmazlıklarda görevli yargı kolunun tespitinde ikili bir ayırım yapılabilir. Taahhütname ve kefalet senetlerinin iptali amacıyla araştırma görevlileri tarafından başvurulacak hukuki yol ile taahhüt ve kefalet senetlerinden kaynaklanan borcun tahsili için idarenin başvuracağı hukuki yol. Konunun bu ayırım ışığında ele alınması yerinde olacaktır. Zira ilk halde davacı araştırma görevlisiyken; ikinci halde davacı idaredir. İlk durumda, idare ile araştırma görevlisi arasındaki hukuki ilişkinin geçerliliği dava konusu edilirken; ikinci halde bir alacağı tahsili dava konusu edilmektedir.

A. Araştırma Görevlileri Tarafından Açılan Davalarda Görevli Yargı Yeri

Başta uyuşmazlık mahkemesi olmak üzere yargı yerleri, taahhütname ve kefalet senedinden kaynaklanan uyuşmazlık çözümünde adli yargının görevli olduğunu istikrarlı şekilde kabul etmektedirler. Ancak, Danıştay'ın farklı yönde vermiş olduğu kararları, görevli yargı kolunun ayrı bir başlık altında incelenmesini gerekli kılmıştır.

1. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Taahhütname ve kefalet senetlerinin iptali hakkında açılan davalarda Uyuşmazlık Mahkemesi, uyuşmazlığın ortaya çıkış şekline bakmaksızın istikrarlı bir şekilde adli yargı mercilerini görevli kabul etmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, lisansüstü eğitimi ni tamamlayan araştırma görevlisi, tekrar kadrosunun olduğu üniversiteye dönme işlemlerinin tamamlanmasının ardından, kadrosunun bulunduğu üniversite rektörlüğüne başvurarak kefalet ve taahhüt senedinin iadesini ve mecburi hizmet yükümlülüğünün kaldırılmasını talep etmiş ve talebi reddolunmuştur. Bu ret işlemine karşı idari yargıda açılan dava neticesinde konu Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelmiş ve Uyuşmazlık Mahkemesi müstakar hale getirdiği şu formülle adli yargı yerini görevli saymıştır: "...Araştırma görevlisi olarak görev yapmakta iken, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35'inci maddesi uyarınca davalı idare adına İstanbul Teknik Üniversitesi'nde lisansüstü eğitim yapmak üzere görevlendirilen davacının, İstanbul Teknik Üniversitesine gönderilmesinden önce düzenlenen sözleşme uyarınca mecburi hizmet yükümlülüğü getirildiği ve bu yükümlülük ile kefalet senedinin iptali istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu duruma göre, taahhüt ve kefalet senedinin davacı ve kefilleri tarafından tek taraflı olarak imzalanarak idareye karşı taahhütte bulunulması karşısında, davacı tarafından mecburi hizmet yükümlülüğünün iptali istemiyle açılan davanın görüşüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır...⁵⁰

⁵⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 30.9.2013 tarih, E.2013/391 – K.2013/1265, R.G.: 21.11.2013 tarih ve 28827 Sayılı Mük.; Aynı yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi(Hukuk Bölümü), 30.12.2013 tarih, E.2013/1001 - K.2013/1762, R.G.: T.21.2.2014, S.28920 Mük.;Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 30.12.2013 tarih, E. 2013/1821 - K. 2013/2025, www.kazanci.com; Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 1.7.2013 tarih, E. 2013/979 - K. 2013/1141, www.kazanci.com; Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 8.4.2013 tarih, E.2013/380 - K. 2013/527, www.kazanci.com; Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 3.3.2014 tarih, E.2014/248 – K.2014/287, www.kazanci.com; Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 1.7.2013 tarih, E.2013/1080 – K.2013/1232, www.kazanci.com; Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 9.4.2013 tarih, E.2012/6 – K.2012/66, www.kazanci.com.

Uyuşmazlık Mahkemesi, araştırma görevlisinin istifa etmesi⁵¹ ya da başarısız olması⁵² nedeniyle, kadrosunun bulunduğu Üniversite lehine yüklendiği senede dayalı olarak, taahhüt ettiği borcu ödemesi yönünde yapılan işlem ile doğrudan doğruya taahhüt ve kefalet senedinin iptali istemiyle açılan davalarda⁵³ da aynı yönde karar tesis etmektedir.

2. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Yargıtay da taahhütname ve kefalet senetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklardan doğan davalarda kendisini görevli kabul etmekte ve bu uyuşmazlıkları neticelendirmektedir. Akdeniz Üniversitesi'nde araştırma görevlisi iken 2547 sayılı yasanın 35. maddesi uyarınca Ankara Üniversitesi'nde Yüksek lisans ve doktora öğrenimi yapması sebebiyle verdiği taahhütname ve kefaletnamenin geçersizliğine, istifa ve herhangi bir sebeple görevden ayrılması halinde söz konusu taahhütname ve kefaletnameden Akdeniz Üniversitesi lehine herhangi bir alacak ve talep hakkı doğmayacağına karar verilmesi istemiyle açılan davada şu gerekçeyle görevli olduğuna kanaat getirmiştir: "...(t)araflar arasında özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş başka üniversitede yüksek lisans ve doktora eğitimi karşılığı davalı üniversitede mecburi hizmet yükümlülüğünü içeren sözleşme ilişkisi vardır. Davalı kurum tarafından tek taraflı, re'sen tesis edilen bir işlem mevcut olmadığından uyuşmazlığın genel mahkemelerde, genel hükümlere göre çözümü gerekir⁵⁴".

Bir başka uyuşmazlıkta da Yargıtay, yedi ay daha mecburi hizmeti kalan ve/fakat kadro verilmemesi üzerine başka bir üniversiteye geçmek isteyen öğretim elemanına, mecburi hizmet karşılığında 2.763.750.000 TL'nin ödenmesi halinde muvafakat verileceğinin bildirilmesi üzerine, üniversiteye bu parayı ödediğini, ancak, alınan bu paranın haksız yere tahsil edildiğini ileri sürerek ödediği parayı ödeme tarihinden

⁵¹ Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 4.4.2011 tarih, E. 2010/207 - K. 2011/61, www.kazanci.com.

⁵² Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 2.7.2007 tarih, E.2007/132 – K.2007/137, www.kazanci.com.

⁵³ "...Olayda, lisansüstü eğitim için yurtdışına gönderilmiş bulunan davacıdan, doktora eğitimine başlaması nedeniyle ayrıca yüklenme ve kefalet senedi istenmiş olup, yurtdışında hesabına eğitim gördüğü Enstitüye karşı mecburi hizmet yükümlülüğü ya da parasal karşılığı taahhüt edilmek suretiyle Enstitü ile araştırma görevlisi arasında, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini içeren bir sözleşme ilişkisi kurulduğu açıktır.

Bu duruma göre, olayda kamu görevlisinin yükümlülüğünü yerine getirmediğine ilişkin idarece kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olarak tesis edilmiş bir işlem bulunmaması ve ilgilinin de idare ile böyle bir uyuşmazlık bulunduğu yolunda iddiası olmaması karşısında, davacıların borçlu olmadığının tespiti amacıyla açılan davanın, taraflar arasındaki sözleşmeden (yüklenme ve kefalet senedinden) doğan alacak- borç ilişkisi nedeniyle özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır...". Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 3.5.2004 tarih, E.2004/2 – K.2004/19, www.kazanci.com.

⁵⁴ Yargıtay 15.HD., 10.2.2005 tarih, E. 2004/6735 - K. 2005/682, www.kazanci.com.

itibaren yasal faiziyle birlikte idareden tahsilinin istenildiği uyuşmazlıkta, davanın idari yargının görevine girdiğinden bahisle görev yönünden reddeden ilk derece mahkemesi kararı şu gerekçeyle bozmuştur: "...Davada davacının istemi, idarenin bir işleminin iptaline yönelik olmayıp, haksız olarak tahsil edildiği ileri sürülen bir alacağın istirdatına ilişkindir. Davanın bu niteliği gereği adli yargıda görülmesi gerekir. Bu nedenle mahkemece, davaya bakılıp toplanacak kanıtlarla oluşacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, davaya idari yargıda bakılması gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir⁵⁵".

3. Danıştay'ın Yaklaşımı

Taahhütname ve kefalet senetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde görevli yargı yerinin tespiti noktasında Danıştay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, önceden düzenlenmiş olan taahhütname ve kefalet senedi içeriğinde yer alan parasal yaptırımların hayata geçirilmesine yönelik işlemin iptali açılan bir davada, bu uyuşmazlıkların çözümünde idari yargının görevli olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: "...(T)aaahhütname ve kefalet senedinin ilgilinin 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca bir başka üniversitede kadrosu nakledilmek suretiyle lisansüstü eğitimde görevlendirilmesindeki önemli etkisi göz önüne alındığında, davacının bu taahhütname ve kefalet senedini idare ile eşit düzeyde olarak, isteği ve özgür iradesi ile imzaladığının kabulü mümkün olmadığından ortada özel hukuk alanını ilgilendiren bir uyuşmazlığın bulunduğu söz etmeye olanak bulunmamaktadır... (D)avacının imzaladığı taahhütname ve kefalet senedinde yer alan mali yaptırımların hayata geçirilmesine yönelik taahhütnameye(ihtarnameye) ilişkin uyuşmazlığın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu açık olduğundan...⁵⁶".

⁵⁵ Yargıtay 15.HD., 11.10.2005 tarih, E. 2005/6667 - K. 2005/8879, www.kazanci.com.

⁵⁶ Danıştay İDDGK, 15.11.2002 tarih, E.2002/557 - K.2002/809. Aynı yönde bkz. "Davacının verdiği taahhütname ve kefalet senedinin ilgilinin 2547 sayılı Yasanın 39. maddesi uyarınca yurtdışında lisansüstü eğitim yapmak üzere görevlendirilmesindeki önemli etkisi göz önüne alındığında, davacının bu taahhütname ve kefalet senedini idare ile eşit düzeyde olarak, isteği ve özgür iradesi ile imzaladığının kabulü mümkün olmadığından, ortada özel hukuk alanını ilgilendiren bir uyuşmazlığın bulunduğu söz etmeye olanak bulunmamaktadır". Danıştay 8.Dairesi, 28.9.2012 tarih, E.2012/1194 - K.2012/6876, DD, Y.2013, S.132, s.405 - 407; "Davacının verdiği taahhütname ve kefalet senedinin ilgilinin 2547 sayılı Yasanın 33. maddesi uyarınca yurtdışında bir üniversitede lisansüstü eğitim yapmak üzere görevlendirilmesindeki önemli etkisi göz önüne alındığında, davacının bu taahhütname ve kefalet senedini idare ile eşit düzeyde olarak, isteği ve özgür iradesi ile imzaladığının kabulü mümkün olmadığından, ortada özel hukuk alanını ilgilendiren bir uyuşmazlığın bulunduğu söz etmeye olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, davacının imzaladığı taahhütname ve kefalet senedinde yer alan mali yaptırımların hayata geçirilmesini öngören rektörlük işlemine yönelik uyuşmazlığın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu açık olduğundan, uyuşmazlığın bu kısmının adli yargıda çözümlenmesi yönündeki kararda isabet görülmemiştir". Danıştay 8.D., 26.01.2004 tarih, E.2003/2445 - K.2004/359; Danıştay 8.D., 18.02.2005 tarih, E.2004/5603 - K.2005/746; Danıştay 8.D., 14.1.2005 tarih, E. 2004/5052 - K. 2005/157; Danıştay 8.D., 18.2.2005 tarih, E. 2004/5603

Danıştay 8.Dairesi de, taahhütnameye aykırılık nedeniyle taahhütnamede yer alan parasal yaptırımların hayata geçirilmesine yönelik tesis edilen işlem neticesinde belirlenen meblağı ödeyen araştırma görevlisinin, daha sonrasında haksız olarak ödediğini iddia ettiği bu meblağın iadesi talebinin reddi işlemine karşı açtığı dava da yukarıdaki İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararına atıf yaparak idari yargıyı şu şekilde görevli kabul etmiştir: “Bu durumda; davalı üniversitede araştırma görevlisi iken 2547 sayılı Kanununun 35. maddesi uyarınca yüksek lisans eğitimi almak amacıyla kadrosu başka bir üniversiteye aktarılan ve yüksek lisans eğitiminde yabancı dil sınavında başarısız olması nedeniyle önceden düzenlenmiş olan taahhütname ve kefalet senedi içeriğinde yer alan parasal yaptırımlarını hayata geçirilmesi amacıyla tarafına yapılan ödemelerin geri istenilmesi üzerine belirlenen meblağı ödeyen davacının, ödenen miktarın haksız istendiği nedeniyle faiziyle birlikte tarafına iade edilmesi istemiyle yapmış olduğu başvurusuna ilişkin istemin reddedilmesi sonucu doğan uyuşmazlığın da, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, davacının önceden imzaladığı taahhütname ve kefalet senedine bağlı mali yaptırımların devamı niteliğinde olduğu sonucuna varılmakla, uyuşmazlığın çözümünde idari yargı yeri görevli olduğundan, uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesi yönündeki idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir⁵⁷”.

Ancak Danıştay daha sonra bu içtihadını değiştirmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu yakın tarihli vermiş olduğu kararında, araştırma görevlisi ile Üniversite arasında imzalanmış olan taahhüt ve kefalet senedinin özel hukuk alanında tesis edilmiş bir sözleşme olması nedeniyle, taahhüt ve kefalet senedinin iptaline ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı yerlerine ait olduğunu; ancak, özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirlenen taahhüt ve kefalet senedinde yer alan bazı hükümlerin uygulanmasını sağlamak üzere tesis edilen işlemlerin, hukuki nitelikleri dikkate alındığında dayanağı olan özel hukuk sözleşmesinden ayrılabilen ve idare hukuku alanında tesis edilmiş olan idari işlemler olarak kabul edilmeleri sebebiyle bu işlemlerin iptali istemlerinde idari yargının görevli olduğunu ifade etmiştir. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun kararı şu şekildedir: “...Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Mühendislik - Mimarlık Fakültesi Jeoloji Mühendisliği Bölümü araştırma görevlisi kadrosunda çalışan davacının, 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi gereğince, doktora yapmak üzere Orta Doğu Teknik Üniversitesinde geçici olarak görevlendirildiği, bu görevlendirme aşamasında dava konusu Yönetmeliğin 4/4. maddesi uyarınca noter onaylı taahhüt ve kefalet senedi düzenlenerek 28/12/2004 gününde imzalandığı, bu senette, başarısız olması halinde kadro ile ilişkisinin kesilmesinin kabul edildiği ve yapılan masrafların tümünün yasal faizi ile birlikte nakden ve defaten ya da verilen süre içinde eşit taksitlerle ödeneceğinin taahhüt edildiği; sonraki

- K. 2005/746; Danıştay 8.D., 26.1.2004 tarih, E. 2003/2445 - K. 2004/359; Danıştay 8.D., 15.2.2006 tarih, E. 2005/5900 - K. 2006/601.

57 Danıştay 8.D., 3.5.2005 tarih, E. 2005/1077 - K. 2005/2082.

dönemde Orta Doğu Teknik Üniversitesi Rektörlüğünce, davacının yüksek lisans bilimsel hazırlık programında başarısız olduğunun bildirilmesi üzerine kadrosunun üniversitesine iadesi ve taahhütname ile kefalet senedine göre işlem yapılmak üzere araştırma görevlisi olarak atanması yolundaki dava konusu işlemlerin tesis edildiği ve bu işlemlere ve yönetmelik hükmüne karşı bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için öncelikle dava konusu işlemlere dayanak oluşturan ve davalı Üniversite Rektörlüğü ile davacı arasında 28/12/2004 tarihinde imzalanan taahhüt ve kefalet senedinin hukuki niteliğinin ve bu kapsamda taahhüt ve kefalet senedine ilişkin uyuşmazlıkta görevli yargı yerinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Taahhüt ve kefalet senedinin hukuki dayanağını; yurt dışına eğitim amacıyla gönderilecekler için 657 sayılı Yasanın Ek 34. maddesi, 2547 sayılı Kanununun 35. maddesi uyarınca öğretim elemanı yetiştirilmek üzere bir başka üniversiteye kadrosunun nakledilmesi suretiyle lisansüstü eğitim amacıyla görevlendirilecek araştırma görevlileri için ise, "Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmelik" in dava konusu edilen 4. maddesinin 4. fıkrası oluşturmaktadır.

Araştırma görevliliği kadrosu eğitim üyeliğinin kaynağını oluşturduğundan, araştırma görevlisi kadrosunda görev yapanların yüksek lisans ve doktora eğitiminde başarılı olmaları zorunluluğu aranmıştır. Bu amaçla da, öğretim elemanı olarak yetiştirilmek üzere başka bir üniversiteye lisansüstü eğitim yapmak üzere görevlendirilen araştırma görevlilerinin eğitim-öğretim süresi kadar mecburi hizmeti yerine getirmek zorunda bulduklarına dair bir taahhüt ve kefalet senedi alınması anılan Yönetmelik hükmü ile öngörülmüştür.

Söz konusu hüküm uyarınca üniversite ile araştırma görevlisi arasında, lisansüstü eğitim amacıyla başka bir üniversitede görevlendirilmeden önce imzalanan taahhüt ve kefalet senedinde, lisansüstü eğitimde başarısız olunması, eğitimin yarım bırakılması halinde ilgilinin kadrosu ile ilişkisinin kesileceği ve yapılan tüm masrafların faiziyle birlikte tahsil edileceği belirtilmekte ayrıca lisansüstü eğitim öğretimin tamamlanmasından belirli bir süre sonra araştırma görevlisinin kendi üniversitesine döneceği ve lisansüstü eğitim-öğretim süresi kadar mecburi hizmette bulunacağı, mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda da yine aynı şekilde yapılan masrafların faiziyle geri ödeneceği ilgili tarafından taahhüt edilmiştir.

2547 sayılı kanununun 35. maddesi uyarınca başka bir üniversitede lisansüstü eğitim-öğretim amacıyla görevlendirilen araştırma görevlileri ile üniversiteler arasında anılan Yönetmelik uyarınca imzalanan taahhüt ve kefalet senedinin hukuki niteliği konusunda zaman içinde yargı yerlerince farklı değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir.

Ancak, 2547 sayılı kanununun 35. maddesi uyarınca üniversite ile araştırma görevlisi arasında imzalanan taahhüt ve kefalet senedinin iptali istemiyle İdare Mahkeme-

si'ne açılan bir davada, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının olumlu görev uyuşmazlığı çıkararak Uyuşmazlık Mahkemesine başvurması üzerine, Uyuşmazlık Mahkemesinin 09/04/2012 günlü, E:2012/6, K:2012/66 sayılı kararıyla; taahhüt ve kefalet senedinin davacı ve kefilleri tarafından tek taraflı olarak imzalanarak idareye karşı taahhütte bulunulması karşısında, davacı tarafından senedin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılarak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının başvurusunun kabul edilip, davalı Üniversitenin görev itirazının reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

Anılan kararda da vurgulandığı üzere, davacı ile davalı Üniversite arasında imzalanmış olan dava konusu taahhüt ve kefalet senedinin özel hukuk alanında tesis edilmiş bir sözleşme olması nedeniyle, anılan taahhüt ve kefalet senedinin iptaline ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözümü adli yargı yerlerine ait bulunmaktadır. Bu nedenle, bu kısım yönünden işin esasının incelenmesi suretiyle verilen Daire kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının 09/02/2007 günlü, 569 sayılı işlemi ile bu işleme dayanılarak davacının araştırma görevlisi olarak atanmasına dair 05/03/2007 günlü Rektörlük işlemi yönünden davalı idarelerin temyizine gelince;

Araştırma görevlisi olan ve 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca lisansüstü eğitim-öğretim yapmak üzere ODTÜ'de görevlendirilen davacının yüksek lisans bilimsel hazırlık programında başarısız olduğunun bildirilmesi üzerine taahhüt ve kefalet senedine göre işlem yapılmak üzere davalı üniversitedeki araştırma görevlisi kadrosuna ataması yapılmıştır. Taahhüt ve kefalet senedi başarısızlık durumunda kadrosu ile ilişkisinin kesilmesini öngördüğünden, davacının söz konusu ataması bu kapsamda yapılmıştır. Nitekim dava konusu atama işlemlerinden bir müddet sonra davacının araştırma görevlisi kadrosu ile de ilişkisi kesilerek görevine son verilmiştir.

Özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirlenen taahhüt ve kefalet senedinde yer alan bazı hükümlerin uygulanmasını sağlamak üzere tesis edilen işlemlerin, hukuki nitelikleri dikkate alındığında dayanağı olan özel hukuk sözleşmesinden ayrılabilen ve idare hukuku alanında tesis edilmiş olan idari işlemler olarak kabul edilmeleri hukuken mümkündür.

Bu bağlamda; davacının başarısız olması nedeniyle imzaladığı taahhüt ve kefalet senedine göre işlem yapılmak üzere davalı Üniversite emrine araştırma görevlisi kadrosuna atanmasına ilişkin dava konusu işlemlere karşı açılan davanın görüm ve çözümü, işlemlerin idare tarafından idare hukuku alanında sonuç doğurmak üzere tesis edilen icrai nitelikte idari işlemler olması nedeniyle, idari yargı yerlerine ait bulunmaktadır...⁵⁸.

⁵⁸ Danıştay İDDGK, 1.4.2013 tarih, E. 2008/3482 - K. 2013/1167. Aynı yönde bir başka karar için bkz. "Kafkas Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesinde araştırma görevlisi olarak görev yapan davacının, Boğaziçi Üniversitesinde lisansüstü eğitim yaparken kendisine yapılan ödemelerin, 2

İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bu kararını, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin taahhütname ve kefalet senedinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda adli yargıyı görevli kabul eden kararları ile bu uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerektiği yönünde daha önce ortaya koymuş olduğu içtihadı arasında bir karar olarak nitelendirmek mümkündür. Mahkemenin görevli yargı kolunun belirlenmesi için öncelikle taahhütname ve kefalet senedinin hukuki niteliğini tespit etmek gerektiği yönündeki gerekçesi oldukça isabetlidir. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, taahhüt ve kefalet senedinin, özel hukuk sözleşmesi olduğunu ifade etmiş ve iptali istemlerinin görün ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğunu söylemiştir. Bu noktaya kadar, mahkemenin kararının Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihadıyla paralel olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim mahkeme bu sonuca, bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararına atıfta bulunarak ulaşmıştır.

Ancak yüksek mahkeme daha sonra, özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu ifade ettiği taahhütname ve kefalet senedinde yer alan bazı hükümlerin uygulanmasını sağlamak üzere tesis edilen, araştırma görevlisinin başarısız olması nedeniyle imzaladığı taahhüt ve kefalet senedine göre işlem yapılmak üzere asıl kadrosunun bulunduğu üniversite emrine araştırma görevlisi kadrosuna atanmasına ilişkin işlemi, özel hukuk sözleşmesinden ayrılabilen ve idare hukuku alanında tesis edilmiş olan idari işlem olarak kabul etmiş ve ayrılabilir işlem kuramınca bu işlemlere idari yargıda dava açılabileceğini söylemiştir⁵⁹.

katı ve yasal faiziyle birlikte toplam 29.458.578.000.-lira olarak geri istenilmesine ilişkin Rektörlüğün 2.4.2003 gün ve 800 sayılı işlemi ile dayanağı 1.1.2000 gün ve 309 sayılı taahhütname ve kefalet senedinin iptali istemiyle açılan davada; Kafkas Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesinde araştırma görevlisi olan davacının, 2547 sayılı Yasanın 35. maddesine göre lisansüstü eğitim yapmak üzere Boğaziçi Üniversitesinde görevlendirildiği, başarısız olması nedeniyle 1.10.2002 tarihinden itibaren görevi ile ilişkisinin kesilmesi üzerine mecburi hizmet yükümlülüğü bulunduğu bahisle kefalet senedine bağlı olarak belirlenen miktarın dava konusu işlem ile iki kat cezalı olarak istenildiği, 657 sayılı Yasanın Ek 35. maddesinin 5.8.1996 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, eğitim amacıyla başka bir üniversitede görevlendirilen ancak başarısız olan davacı hakkındaki dava konusu uygulamanın da kaldırılmış olduğu, aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı, taahhütname ve kefalet senedinin idarenin üstün kamu gücünü kullanarak tesis ettiği bir işlem olmadığı, tarafların serbest iradesiyle oluştuğu, idari tasarruf olarak değerlendirilemeyeceğinden uyuşmazlığın taahhütname ve kefalet senedinden kaynaklanan kısmının idare mahkemesinin görevine girmeyip adli yargıda çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu 2.4.2003 gün ve 800 sayılı işlemin iptaline, taahhütname ve kefalet senedine ilişkin kısmı hakkında davanın görev yönünden reddine karar veren Erzurum İdare Mahkemesinin 24.12.2003 gün ve E.2003/918, K:2003/1773 sayılı kararının (...)dayandığı gerekçe Usul ve Yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına ve yargılama giderlerinin temyiz isteminde bulunan üzerinde bırakılmasına 14.2.2006 gününde oybirliği ile karar verildi". Danıştay 8.D., 14.2.2006 tarih, E. 2004/6052 - K.2006/587.

⁵⁹ Sözleşmenin akdedilmesinden sonra, sözleşmenin uygulanmasına yönelik olarak yapılan işlemlerin, sözleşmeden ayrılamayacağı ve iptal davasına konu olmayacağı; sözleşmenin icrasıyla ilgili işlemlere karşı açılmış bulunan davaların, sözleşme yargıcının yetkisi içinde olduğu; sözleşmenin nihai olarak sonuçlandırılmasından sonra sözleşme ilişkisi çerçevesinde yapılan işlemlerin ayrılabilirlik özelliğine sahip olmadığı ve bu çerçevede sözleşmenin feshi, iş sahibine yapılan ihtarlar,

İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun da ifade ettiği üzere, bu işlemler sonuçlarını idare hukuku alanında doğurmaktadır. Dolayısıyla bu işlemlerin yargısal denetiminin, idare hukuku alanında uzman idare mahkemeleri tarafından yapılması daha doğrudur. Ancak burada şu hususlar dikkati çekmektedir: Araştırma görevlisinin, görevlendirmenin devamı sırasında lisansüstü eğitiminin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda kadrosuyla ilişkisinin kesileceği mevzuatta yer almamakta, yargı yerleri tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilen taahhütnamede düzenlenmektedir. Burada, görev süresinin sona ermesi ya da disiplin hükümleri gereğince görevle ilişkinin kesilmesi değil; taahhütnamede yer alan hüküm uyarınca göreve son verme söz konusudur. Dolayısıyla, idari yargıda dava konusu edilebileceği ifade edilen atama ve devamındaki ilişik kesme işleminin bir özel hukuk sözleşmesinin uygulanmasına yönelik olduğu söylenebilecektir. Bir nevi, idare hukuku kurallarına göre ilan olunan bir kadroya başvurmak ve kabul edilmek suretiyle girilen araştırma görevlisi hukuki statüsü, özel hukuk sözleşmesinde yer alan hükme dayanılarak yitirilmektedir.

Ayrıca burada ifade etmek gerekir ki, idari yargıda görülecek olan iptal davası ile adli yargının görevli kabul edildiği taahhütnamenin iptaline ilişkin uyumsuzluk birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Zira, idare yargıcı da, iptali istenen işlemlerin hukuki denetimini yaparken şüphesiz taahhütnamenin içeriğine bakacaktır. Bu durumda şu sorulara akla gelmektedir: “(a)dli yargı yargıcı özel hukuk sözleşmesinin geçersizliği üzerine karar verme yetkisine sahip olduğuna göre, ayrılabilir işlemi iptal eden idari yargı yargıcının kararına otomatik olarak uyararak sözleşmeyi geçersiz mi sayacaktır? O zaman iptal davası yargıcı özel hukuk sözleşmesini görev alanının dışına çıkararak iptal mi etmektedir?⁶⁰” Yoksa idare yargıcı, sözleşmede açıkça düzenlenmiş olması sebebiyle iptal istemlerini otomatikman ret mi edecektir? Bu durumda görünürde bir yargılamanın varlığı söz konusu olmayacak mıdır?

Bu içtihadın ışığında bu sorulara kolaylıkla cevap vermek zordur. Öte yandan, bu içtihat, usul ekonomisinin yanı sıra, yargı kolları arasında hüküm uyumsuzluğu çıkarmaya aday olması sebebiyle de eleştiriye açıktır. Ancak hüküm uyumsuzluğu çıkması tehlikesinin ‘bekletici mesele’⁶¹ aracılığıyla çözülebileceği de bir gerçektir.

B. Taahhüt Edilen Borcun Tahsili Açısından İdare Tarafından Açılan Davalarda Görevli Yargı Yeri

Taahhütname ve kefalet senedinde yer alan borçtan kaynaklanan uyumsuzluklar açısından bir ayırım yapılması gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Bu noktada uyuş-

müeyyideler, ödemenin reddi gibi sözleşmenin uygulanmasına yönelik işlemlerin sözleşmeden ayrılarak iptal davasına konu olmayacağı yönündeki görüş için bkz. SEZGİNER, s.154.

⁶⁰ SEZGİNER, s.165.

⁶¹ Bu konuda bkz. FİŞ ÜSTÜN, Gül, “İdari İşlemlerin Yokluğunun Tespitinde Görevli Yargı Düzeni”, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.101-102, Y.2013, S.37-39.

mazlığın esasını oluşturan taahhütname ve kefalet senetlerinin idarece tahsili açısından ayrı bir değerlendirme yapmak mümkündür. Zira kadro tahsisi yoluyla görevlendirme kararının sonucuyla doğrudan ilişkili olan bu durumda, idare çeşitli nedenlerle(doktora programının tamamlanamamış olması, meslekten çıkarılma gibi), taahhüt edilen miktarın tahsilini istemektedir. İdarece yapılan bu işlem sonucunda ödeme yapılmaması halinde, alacağın 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun çerçevesinde tahsil edilebileceği düşünülebilir. Ancak 6183 Sayılı Kanun'a göre bir alacağın amme alacağı sayılabilmesi ve 6183 Sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilebilmesi için, Yasa'nın 1'inci ve 2'inci maddesi kapsamına girmesi gerektiği ifade edilmektedir(Madde 3)⁶². Buna göre bir alacağın amme alacağı sayılabilmesinin ilk şartı o alacağın Devlete, il özel idarelerine veya belediyeye ait olmasıdır. Diğer bir ifadeyle bu idarelerin dışında kalan kamu idareleri ve kamu kurumlarının alacakları –kendi kanunlarında özel bir hüküm yoksa- 6183 Sayılı Kanun hükümlerince tahsil edilemeyecektir⁶³.

Üniversiteler, 6183 Sayılı Kanun'un kapsamında yer almadığı gibi, ilgili mevzuatta⁶⁴ da 6183 Sayılı Yasa'nın uygulanacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle idare, alacağı tahsil etmek istediğinde genel hükümlere başvurmak durumundadır. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi'de mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmemiş bulunan kişinin yurt dışı öğrenim giderlerinin genel hükümler çerçevesinde tahsili gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: "...Anılan yasal düzenlemede, ilgilinin mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda yurtdışı öğrenim giderlerinin tahsili için herhangi bir idari usul öngörülmemiş olup, yüklenme ve kefalet senedine dayanılarak açılacak bir alacak davası yoluyla hükmen tahsil yönteminin benimsendiği anlaşılmaktadır...⁶⁵".

⁶² Kanunun Şümülü:

Madde 1: "Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tabikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur. Türk Ceza Kanununun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur.

Madde 2: "Muhtelif kanunlarda Tahsili Emval Kanununa göre tahsil edileceği bildirilen her çeşit alacaklar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik olunur".

⁶³ Amme Alacağının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un idare hukuku yönünden incelendiği kapsamlı bir çalışma için bkz. ÜSTÜN, Gül, "İdare Hukuku Boyutuyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu", 12 Levha Yay., İstanbul, 2013, s.9 vd.

⁶⁴ 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu ve onun yollama yaptığı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu ile Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmelikte bu alacağın 6183 Sayılı Kanun hükümlerince tahsil edileceği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır.

⁶⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi(Hukuk Bölümü), 03.05.2010 tarih, E.2009/216 - K2010/106.

Bu anlamda, idarenin resen tahsil yoluna gitmesine de olanak bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay, doktora eğitimi için yurtdışında görevlendirilen ve eğitimini tamamlamadan yurda dönen araştırma görevlisinin; yurtdışı eğitimini tamamlayamadığı için, imzaladığı taahhütname uyarınca ödemesi gereken tutarların maaşından kesilerek tahsiline ilişkin üniversite işleminin iptali istemiyle açılan davada, işlemi şu gerekçeyle iptal etmiştir: "...özel hukuk (Borçlar Kanunu) hükümlerine göre imzalanan yüklenme senedi uyarınca davacının varolduğu ileri sürülen borcunun muaccel hale gelip gelmediğinin tespiti amacıyla adli yargı merciinde açılacak alacak davası sonucunda işlem yapılması gerekirken, memura karşı re'sen icra yetkisi kullanılarak maaşından kesinti yapabilmeye olanağına sahip olmayan idarenin, davacının borcu olduğu iddia edilen tutarın tahsili amacıyla maaşından resen kesinti yapılarak tahsiline ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Sivas İdare Mahkemesinin 22.5.2003 gün ve E:2002/1235, K:2003/465 sayılı kararının, (...) dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanması-na...⁶⁶".

V. Sonuç

Öğretim elemanlarının üniversiteler lehine imzaladıkları taahhünamelerin hukuki niteliğinin, borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul edildiği bir gerçektir. Ancak idare (üniversite) ile onun ajanı konumunda olan kamu görevlisinin (araştırma görevlisi) bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında ve kamu yararı amacıyla özel hukuk sözleşmesi yapması idare hukuku prensipleriyle bağdaşır görünmemektedir. Zira, idare hukuku alanındaki hukuksal durumlar kuralsaldır ve bu durumlar arası geçiş idari işlemler vasıtasıyla gerçekleşecektir. İdarenin özel hukuka tabi işlemler yapması mümkün olmakla beraber; idarenin özel hukuk işlemleri, özel hukuk sözleşmeleri ile idarenin özel hukuk kişisi gibi davranmasına kanunla izin verildiği durumlarda söz konusu olabilecektir⁶⁷. 2547 Sayılı Kanun'da ise taahhüt ve kefalet senetleriyle ilgili böyle bir belirleme bulunmamaktadır.

Yargıtay, serbest irade ile üniversiteye verilen taahhünamenin verilmesini yasaklayan yasal bir düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle taahhüt ve kefalet senetlerine ilişkin uyuşmazlıkları çözümlenmeye devam etmektedir⁶⁸. Ancak Yüksek Mahkemenin gözden kaçırdığı nokta, özel hukukta geçerli olan, yasaklanmamış her konuda sözleşme yapılabileceği şeklindeki sözleşme serbestisinin, kanuni idare ilkesinin ege-men olduğu idare hukuku alanında uygulanmasının mümkün olmadığıdır. Ayrıca

⁶⁶ Danıştay 8.D., 26.04.2004 tarih, E.2003/4499 – K.2004/1932.

⁶⁷ YAŞAR, s.325.

⁶⁸ Bu konuya ilişkin olarak verilen yargı kararlarının listesi için bkz. SEZER, s.30 dn.18; RÜZGA-RESEN, s.280 dn49.

idarenin kanuniliği ilkesi, idarenin sadece idare hukuku alanındaki işlem ve sözleşmeleri açısından değil, özel hukuka ilişkin işlem ve eylemleri için de geçerlidir⁶⁹.

Bu nedenle taahhütname ve kefalet senedini alınmak suretiyle ulaşılmak istenen amaca yönelik mali ve diğer yaptırımlara ilişkin yasal düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Böylece, hem Anayasa'nın 128'inci maddesine uygun olarak araştırma görevlilerinin yükümlülükleri yasal zemine oturmuş olacak hem de doğacak uyuşmazlıkların görüm ve çözümü idari yargı tarafından gerçekleştirilerek yargısal bütünlük sağlanabilecektir.

Şayet, taahhütname verilmesi uygulamasının devamı isteniyorsa da, en azından taahhütname ve kefalet senedini alınmasına ilişkin hükümlerin yasal düzenlemeye konu edilmesi; taahhütnamenin içeriğine ilişkin temel kuralların; yani, hangi hükümlere taahhütnamede yer verilmesi gerektiğinin de düzenlenmesi gerekmektedir.

Bunun yanı sıra, halihazırda devam eden, her üniversitenin kendi taahhütname-sini hazırlaması uygulamasına da son verilmelidir. Zira mevcut durumda, üniversitelerin imzalattıkları taahhütnameler içerik ve şekil anlamında birbirinden farklılık arz etmektedir. Bu da, aynı hukuki durumda olan araştırma görevlilerinin, farklı yükümlülüklerle tabi kılınmaları sonucunu beraberinde getirebilmektedir. Bu noktada, Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmelik'e ek yapılarak, tüm üniversiteler için geçerli matbu bir senedin düzenlenmesi bir çözüm olarak düşünülebilir.

KAYNAKÇA

- BAYINDIR, M.Savaş, "2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35. Maddesinin Getirdiği Düzenleme ve Düzenlemenin Uygulanmasından Doğan Sorunlar", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, Y.2007.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan / BAŞÖZEN, Ahmet, "Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve "35'likzedeler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2006/1.
- GÖZLER, Kemal, "İdare Hukuku", Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref / TAN, Turgut, "İdare Hukuku", C.1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.18.
- FİŞ ÜSTÜN, Gül, "İdari İşlemlerin Yokluğunun Tespitinde Görevli Yargı Düzeni", Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.101-102, Y.2013.
- GÜNDAY, Metin, "İdare Hukuku", İmaj Yay., Ankara, 2011, s.583.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.

⁶⁹ ÇAĞLAYAN / BAŞÖZEN, s.23.

- ÖZAY, İl Han, “Günüşiğinde Yönetim”, İstanbul, 2002.
- RÜZGARESEN, Cumhur, “Yükseköğretim Kanunu'nun 35'inci maddesinin Uygulanma Biçimi ve Bu Madde Nedeniyle Açılan Davalar”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.11, S. 22, Güz 2012/2.
- SEZER, Yasin, “Öğretim Elemanlarının Mecburi Hizmet Yükümlülüğü”, TAAD, C.2, Y.2, S.4 Ocak 2011.
- SEZGİNER, Murat, “İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı”, Yetkin Yay., Ankara, 2000.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halük / ALTOP, Atilla, “Tekinay “Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)”, 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- TEKİNSOY, Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, AÜHFD, C.55, S.2, Y.2006.
- ÜSTÜN, Gül, “İdare Hukuku Boyutuyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu”, 12 Levha Yay., İstanbul, 2013.
- YAŞAR, Hasan Nuri, “İdare Hukuku”, Der Yay., 2.Bası, İstanbul, 2014.
- YAVUZ, Cevdet / ÖZEN, Burak / ACAR, Faruk, “Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, İstanbul 2007.
- YILDIRIM, Turan / KARAN, Nur / YASİN, Melikşah / ÖZDEMİR, H.Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAYTEKİNSOY, Özge, “İdare Hukuku”, Güncellenmiş 5.Bası, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013.
- YILDIRIM, Turan, “İdari Yargı”, Beta yay., İstanbul, 2010.
- YILMAZ, Ejder, “Hukuk Sözlüğü”, Ankara, 2004.

HUKUK SOSYOLOJİSİ AÇISINDAN KASÂME KURUMU

(The Qasâma Procedure in terms of Sociology of Law)

Eren Paydaş*

ÖZET

İslam Hukukunda ve Osmanlı Hukukunda karşımıza çıkan kasâme kurumu, belirli koşullar altında, faili belli olmayan belirli suçlar sonucunda ortaya çıkan zararların kolektif biçimde giderilmesine yönelik bir uygulamadır. Suç ve cezaların şahsiliği ilkesine yönelik bir istisna olarak beliren bu uygulama, hukuk sosyolojisinin temel kavramları açısından bakıldığında önemli toplumsal işlevlere işaret etmektedir. Bu doğrultuda kasâme kurumu, zararların dağıtılması ilkesinin yorumlanma biçiminin, uyumsuzluk çözümü süreçlerinin ve toplumsal kontrol uygulamalarının alt yapısına dair ipuçları sunarak kurumun işlerlik kazandığı kültürlerdeki belirli toplumsallaşma pratiklerine dair veriler sunmaktadır. Bu nedenle kasâme, modern toplumun ve modern hukukun temel ilkelerine aykırı bir uygulama olsa da, işaret ettiği toplumsal ilişkilene biçimlerinin hem tarihsel hem güncel önemi açısından hukuk sosyolojisinin ve hukuk tarihinin üzerine eğilmesi gereken bir kurum olarak belirlemektedir.

Anahtar kelimeler: Kasâme, İslam hukuku, Osmanlı hukuku, suç ve cezaların şahsiliği, toplumsal kontrol, uyumsuzluk çözümü, zararların dağıtılması ilkesi

Abstract

The legal phenomenon of qasâma, as covered by Islamic Law and Ottoman Law, is a legal process which, under some conditions, requires the damage caused by a crime with unidentified assailants to be compensated collectively. As this process appears as an exception to the principle of individual criminal responsibility, it also points out some important social functions. In this sense, the qasâma provides data about the modes of socialisation among the culture and society in which this process had been practiced. This data becomes accessible by the clues gathered from this practice through analysing substructure governing the interpretation modes of the principle of distribution of damages, dispute resolution process and social control practices within the given culture. For that reason, even qasâma is fundamentally against the founding principles of modern society and modern law, it arises as an important legal phenomenon by virtue of the historical and contemporary importance of the social interrelation modes it points out and finds itself under the scope of legal history and legal sociology.

* ?????

Keywords: Qasâma, Islamic law, Ottoman law, individuality of crimes and punishments, social control, dispute resolution, principle of distribution of the damages

GİRİŞ

Kelime itibarıyla “yemin etmek” anlamına gelen kasâme, İslam ve Osmanlı hukuklarında karşımıza çıkan ve bir cinayetin failinin belirlenemediği kimi hallerde, cesedin bulunduğu yer ahalisinin bu cinayet nedeniyle diyet ödemesini gerektiren bir ceza hukuku kurumudur ve bu haliyle suç ve cezaların şahsiliği ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır¹. Söz konusu uygulama ile bugün Türkiye hukukunda karşılaşılmasa da konu, kamusal alanın yarattığı sorumluluklar açısından tarihsel bir olgu olmanın ötesinde de incelenmeye değer durumdadır. Zira bu kurum, cezaların şahsiliği ilkesine getirdiği istisnanın yanında, hem bir uyuşmazlık çözme yöntemi olarak hem bir toplumsal kontrol aracı olarak incelendiğinde bizleri önemli sayılabilecek sonuçlara yönlendirmektedir. Kurumun kendisinin değilse bile işaret ettiği yöntemin sadece İslam Hukukunda değil, Antik Yunan’dan Ortaçağ İngiltere’sine kadar geniş bir hukuk coğrafyasında da karşımıza çıkması ise² ortaya çıkan sonuçların sadece İslam ve Osmanlı hukukları açısından değil, hukuk sosyolojisinin temel problemleri açısından da önem taşıdığını göstermektedir.

Kasâme, ukubat adı verilen İslam ceza hukukunda karşımıza çıkan bir ispat mekanizmasıdır ve faili belli olmayan kimi cinayet suçlarından doğan diyet borcunun kim tarafından ödeneceğini belirlemede kullanılmaktadır³. Ceza sorumluluğunun failin dışındaki farklı kişiler üzerinde paylaşılması esasına dayanan bu uygulama esasen kamusal yetki ve sorumlulukların nasıl tanımlanıp hukuki özneler arasında nasıl paylaştırıldığı ile ilgilidir. Söz konusu uygulama, geniş bir tarihsel ve coğrafi yelpazede karşımıza çıksa da bu çalışmada İslam ve Osmanlı hukuklarındaki görünümü ele alınacaktır. Çalışmada ilk olarak kasâme kurumunun kökeni, ana hatları, uygulanmasının şartları ve temel unsurları ele alınacak bu unsurların hukuki birer araç olarak nitelikleri değerlendirilecektir. Ardından bu uygulamanın suç ve cezaların şahsiliği ilkesine getirdiği istisna ve bunun yanında bir toplumsal kontrol aracı olarak yerine getirdiği işlev incelenecektir ve bu süreçte hukuki öznellik kategorilerinin nasıl oluşturulduğu anlaşılmalı çalışılacaktır.

A- KASÂME UYGULAMASININ ESASLARI

1- Ana Hatlarıyla Kasâme

Uygulandığı dönemde kim tarafından işlendiği bilinmeyen cinayetlerin faillerini

¹ AKMAN, Mehmet, “Osmanlı Hukukunda Kasâme”, Türkler, C. XIII, Ankara 2002, s. 1425.

² CİN, Halil – AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003, s. 217.

³ AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004, s. 96.

bulmak veya bunların diyetinin ödenmesini sağlamak hedefini güden kasâme uygulaması, gerekli durumlarda cezai sorumluluğun paylaşılması esasına dayanmaktadır⁴. Bu uygulama doğrultusunda, kamuya açık bir alanda veya özel bir mülk içerisinde faili meçhul bir cinayetin işlenmesi ve öldürülen kişinin yakınlarının durumu dava etmeleri halinde, cinayetin işlendiği yer ahalisinden belirli sayıda kişiye, cinayeti işlemedikleri, katili de tanımadıkları üzerine yemin ettirilmesini gerekmekte; bu yeminin edilmesinin ardından öldürülen kişinin diyeti, cinayet özel mülk içerisinde işlenmişse o özel mülkün sahibine, eğer kamuya açık bir alan ise o yerin ahalisine ödettirilmektedir⁵. Bu yöntemle hedeflenen şey, suç sonucunda ortaya çıkan sorumluluğun paylaşılmasıdır. İslam hukukunda sorumluluklar kısas ve diyet mekanizmaları doğrultusunda belirlenmekte, normalde kısas ile cezalandırılan adam öldürme suçları, failin bilinmemesi halinde diyetle cezalandırılmaktadır⁶. Kasâme kurumunda ortaya çıkan diyet borcu ise cesedin bulunduğu yer ahalisi tarafından ödenmektedir. Söz konusu ahalinin üyeleri, kendi yaşam alanları içerisinde bu tür bir olayı önleyemedikleri ve katili de göremedikleri veya yakalayamadıkları için asgari huzuru bozmuş sayılmakta ve öldürülen kişinin diyetini ödemek durumunda bırakılmaktadırlar⁷. Dolayısıyla tek bir kişi tarafından işlenen bir suç, kolektif bir yaptırıma tabi tutulmaktadır.

Cinayet suçu İslam hukukunda “hakkı ademiye” olarak adlandırılan şahsın haklarına karşı işlenebilen bir suçtur ve bu suça karşılık olarak verilecek cezalar, suçu önlemek veya suçluyu ıslah etmek gibi özel amaçların yanında toplumsal yapıyı korumak gibi genel amaçlara da sahiptirler⁸. Bu noktadan bakıldığında kasâme kurumu, ödenmesi devletin yaptırım gücü ile güvence altına alınmış bir cezalandırma aracı olarak karşımıza çıksa da, toplumsal yapıya ilişkin çeşitli işlevleri yerine getirdiği de görülmektedir. Yani kişisel nitelikteki bir hak ihlali, toplumsal sonuçlar doğurmaktadır. Kasâme kurumunu hukuki açıdan önemli hale getiren de, suça verilen cezanın bu kolektif niteliği ve bunun işaret ettiği toplumsal ilişkilene biçimidir.

Kasâme, somut ve kurumlaşmış bir yöntem olarak İslam hukukunda karşımıza çıksa da, İslam hukukundan daha eski olduğu, İslamiyet öncesi Arap coğrafyasında mevcut olduğu bilinmektedir. Erken dönem toplum ve topluluklarında hukuki sorumluluğun genellikle kısas ve diyet üzerine şekillendiğini düşünüldüğünde⁹, kasame uygulamasının bu kısas ve diyet mekanizmasını daha kurumsal ve esaslı hale getiren

⁴ SAĞLAM, Hadi, “İslam Hukuku Tarihinde Faili Meçhul Cinayetler Meselesi”, e-akademi.org, Aralık 2012, s. 2.

⁵ CİN- AKYILMAZ, a.g.e, s. 276.

⁶ SAĞLAM, a.g.e., s. 2.

⁷ ÜÇÖK, Coşkun - MUMCU, Ahmet - BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2007, s. 95.

⁸ AKBULUT, İlhan, “İslam Hukukunda Suç ve Cezalar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 53, Sayı 1, Ankara 2003, s. 167 - 169.

⁹ Aydın, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 232.

bir mekanizma olduğu söylenebilir. Bu eğilimin söz konusu kurumun İslam öncesinde var olmasına ve İslam ceza hukukunun, kimsenin işlemediği bir suçtan ötürü ceza çekmemesi gerektiğini öngören temel ilkelerine aykırı olmasına rağmen ilerleyen dönemde de uygulanması, İslam'ın doğuş döneminde sünnet haline gelmesiyle açıklanmaktadır¹⁰. Bir sünnet uygulaması olarak İslam hukukuna giren Kasâme uygulaması, Osmanlı hukuku tarafından da kabul edilmiş, faili meçhul bir cinayet işlenmesi halinde ahalinin sorumluluğunun ya katili bulmak ya da diyet ödemek olduğu belirtilmiştir. Söz konusu kurum Osmanlı hukuku içerisinde hem II. Bayezid'in hem I. Süleyman'ın kanunnamelerinde¹¹ hem de Mecelle'de karşımıza çıkmaktadır¹². Ancak bu kurumun yerine getirdiği ortak toplumsal işlevleri incelemeyen önce kasâme kurumunun çeşitli teknik özelliklerine daha yakından bakmak gerekmektedir.

2- Kasâmenin Koşulları ve Unsurları

Kasâme uygulamasına başvurulabilmesi için, ölen kişinin bedeninde öldürüldüğüne dair bir iz bulunması, katilin meçhul olması, maktulün yakınlarının kasâme uygulanmasına ilişkin olarak talepte bulunması, varsa zanlıların cinayet işlediklerini inkâr ediyor olması yani suçun olağan yöntemlerle cezalandırılabilmesinin yolunun kalmamış olması gerekmektedir¹³. Ayrıca maktulün akrabalarının bu ahali içerisinde birilerini cinayetin faili olmakla suçlaması halinde ceza davası görülmeye başlanır ve kasâme yoluna başvurma olanağı kalmaz. İki seçeneğin birbirini tüketmesinde güdülen amacın kasâme yoluna gidilmesinin mümkün olduğu yerlerde gereksiz yere ceza davası açılmasını engellemek olduğu öne sürülmektedir¹⁴. Buradan anlaşılması gereken şey, olağan bir ceza yargılaması süreciyle faili meçhul bir cinayete ilişkin yargılama usullerinin birbirinden tümüyle ayrı olduğu ve belirli bir durumda bunlardan sadece bir tanesinin kullanılabilir olduğudur. Zira, aşağıda daha ayrıntılı biçimde anlatılacağı üzere kasâme kurumu devreye girdiğinde olağan bir ceza yargılaması sırasında gözetilen yükümlülüklerden başka yükümlülükler söz konusu olmakta ve uyumsuzluk çözüm sürecinin katılımcıları ve bu sürecin gözettiği menfaatler başka biçimde tanımlanmış olmaktadır.

Bunların yanında kişinin cesedinin bulunduğu arazinin, başka bir kişinin ya da topluluğun zilyetliğinde ya da mülkiyetinde bulunması gerekir. Cesedin iki yerleşim yeri arasında bulunması halinde, cesede daha yakın olan yerleşim yerinin ahali diyet

¹⁰ HALLAQ, Wale B., *A History of Islamic Legal Theories*, Cambridge 1999, s. 12-13.

¹¹ Bkz: AKMAN, "Osmanlı Hukukunda...", s. 1426.

¹² Bkz: AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır 1986, s. 906 v.d.

¹³ SAĞLAM, a.g.e., s. 5.

¹⁴ Bkz: VIKOR, Knut S., *Between God and the Sultan, A History of Islamic Law*, New York 2005, s. 290.

ödeyecektir¹⁵. Zira cinayetin ana cadde, büyük cami, köprü, pazar yeri gibi kamuya açık yerlerde işlenmesi halinde, bu tür yerler devletin koruması altında olduğu için kasâme yoluna başvurulamamaktadır¹⁶. Yani kasâme ile karşımıza çıkan kolektif sorumluluk, devletin sorumluluğunun mevcut olmadığı yerde karşımıza çıkmaktadır. Buradan anlaşıldığı üzere kamusal alana ilişkin bir sorumluluğun devlet ile kasaba veya köy (uygulamada *karye* diye anılmaktadır) ahali arasında bir çatışmaya ya da yarışmaya konu olması istenmemekte, devletin sorumluluğunun mevcut olduğu yerde ahalinin sorumluluğundan bahsedilememektedir.

Bu uygulamada yemin etmeye çağırılan insan sayısı ellidir ve yeminin geçerli olabilmesi için bu elli kişinin erkeklerden oluşması gerekmektedir¹⁷. Kasâmenin merkezinde yeminin bulunması, yemin kurumunun İslam hukukunda taşıdığı önemden bahsetmeyi gerektirir. Yemin, İslam hukukuna göre davalının kullanabileceği bir araçtır ve başlı başına karine sayılabilmektedir¹⁸. İslam ceza hukukunun ilgilendiği alan “suçlar” olarak değil “günahlar” olarak tanımlanmış olduğu için¹⁹, kişinin bir günaha ilişkin olarak ettiği yemin, devlet aracılığıyla uygulanan ceza hukuku açısından da bağlayıcı olabilmektedir. Yemin ile tanıklık arasında yakın ilişki doğrultusunda, tanıklığın mümkün olmadığı durumlarda sonuca ulaşmak için yemin yoluna başvurulmakta, yemin edecek kişilerin tanıklık edebilecek durumda bulunmaları ve içinde yer aldıkları örf-âdete ve toplumsal düzene uygun bir hayat sürüyor olmaları gerekmektedir²⁰. Bu koşulları taşıyan elli kişinin temsil ettiği ahali, söz konusu yeminin ardından ölüm diyetinin ödenmesine eşit olarak katkıda bulunmaktadırlar.

Kasâme kapsamında edilen yemin de özellikle Osmanlı ceza yargılaması sistemindeki ispat yükü uygulamalarının bir istisnasını teşkil etmektedir²¹. Burada ahalinin cinayeti işlemediğine ve işleyeni de tanımadığına ilişkin yemin zorunlu tutulmaktadır. Seçilen elli kişinin yeminden kaçınması da söz konusu değildir çünkü yukarıda da bahsedildiği üzere, ahalinin yemin etmemesi kovuşturma usulünü ve uyuşmazlığın niteliğini değiştirecek, söz konusu yöntem bir kasâme uygulaması olmaktan çıkıp olağan bir ceza yargılaması haline gelecektir. Bu nedenle yemin etmek istemeyen kişi ya yemin edene ya da suçu kendisinin işlediğini itiraf edene kadar hapiste tutulmaktadır.

Burada önemli olan nokta, ahalinin cinayeti işlemediğine ve katili de tanımadığına ilişkin yemini, cinayeti önleyememeleri nedeniyle suçlu sayılmalarıdır. Zira

¹⁵ AKBULUT, a.g.e, s. 173.

¹⁶ AKMAN, “Osmanlı Hukukunda...”, s. 1431.

¹⁷ CİN-AKYILMAZ, a.g.e, s. 277.

¹⁸ SAĞLAM, a.g.e, s. 4.

¹⁹ ÜÇÖK-MUMCU-BOZKURT, a.g.e, s. 91.

²⁰ ÜÇÖK-MUMCU-BOZKURT, a.g.e, s. 101.

²¹ AKMAN, Osmanlı Devleti’nde..., s. 64.

kişiler, bir yerde ahali olarak yaşamlarını sürdürmeleri nedeniyle, o yere ilişkin bir sorumluluğu da üstlenmektedirler. Bu sorumluluk, ahaliye kendi yaşam alanlarında suçların oluşmadan engellenmesine yönelik pozitif bir yükümlülük getirmektedir. Bu noktada ahalinin ettiği yemin bir ispat aracı olarak ele alınsa da, bahsi geçen pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediğine yönelik bir ikrar olarak ele alınması mümkündür. İslam hukuk tarihi içerisinde bu uygulamanın bir ispat aracı değil bir nefy (inkâr) aracı olduğunu ve kişilerin suç isnadı altında kalmaktan kurtulmalarını sağlayan bir araç olduğunu söyleyenler olduysa da²² söz konusu inkârın başka bir sorumluluğun ihlal edildiğinin kabul edildiği anlamına gelmesi önem taşımaktadır. Çünkü ahalinin hukuki sorumluluğu tam da bu yeminle birlikte başlamakta, öldürülen kişinin kanının “heder”²³ olmaması için ödenecek bedel bu nedenle ahali tarafından karşılanmaktadır.

Cinayet suçuna karşılık olarak diyet ödenmesi de üzerinde durulması gereken bir husustur²⁴. İslam hukukunda cinayet suçları kısas usulünce cezalandırılmaktadır ancak failin bilinmediği durumlarda kısas yoluna gidilmemekte, ceza diyete dönüştürülmektedir²⁵. İslam ve Osmanlı hukukunda diyet, ilgili tarafın kısas uygulamasına gitmek istemediği ya da kısasın uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda, suç karşılık olarak ödenecek olan maddi değer anlamına gelmektedir²⁶. Kasâme kurumunun muhatabı tek tek kişiler değil, ilgili yerde yaşayanları temsil edebilecek kadar fazla sayıda insanın (uygulamada elli kişi) oluşturduğu “ahali” olduğunu söylemek mümkündür. Zira söz konusu yemini edenlerin kişisel özellikleri dikkate alınmamakta, yemine katılan herkes ahaliyi oluşturan anonim bir unsur olarak bu süreçte yer almaktadır. Bu diyetin ödenmesi sürecine dâhil olacak kişilerin kimler olduğu, yani kimlerin sorumluluk altında bulunduğunu belirlemek içinse izlenen özel bir yöntem bulunmaktadır. Cesedin bulunduğu yerden (maktulün öldürülürken de yapmış olacağı düşünülerek) yüksek sesle bağırılmakta, bu sesi duyabilecek mesafede yaşayan kişiler cinayetin sorumlu tutulmaktadır. Eğer ahali arasında daha önce bu tür bir suç işlemiş olanlar varsa diyet öncelikli olarak bu kişilere ödetilmektedir²⁷. Söz konusu ce-

²² AKMAN, Osmanlı Devleti'nde..., s. 96.

²³ Uygulamada kullanılan *heder* kelimesi “boşa gitme, yok yere gitme” anlamı taşımaktadır. Bkz: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Haz. Ferit Devlilioğlu, Aydın Yayınları, Ankara, 2011.

²⁴ İslam hukukunda bir suç işlendiğinde ödenen diyet, ceza değil tazminat uygulaması olarak kabul edilmektedir (Bkz: Sağlam, a.g.e, s.2). Yani diyet ödeme yükümlülüğü işlene suçun bedeli olarak değil, bu suç sonucunda ortaya çıkan zararı tazmin etmek amacıyla ödenmektedir. Cinayet vakalarında ödenen diyet ise uygulamada “kan parası” olarak adlandırılan ve bugünkü hukukta “destekten yoksun kalma tazminatı” olarak adlandırılan uygulamaya benzer bir işlevi yerine getirmektedir.

²⁵ PAMİR, Aybars, “İslam ve Osmanlı Hukuku'nda Kasâme Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 4, Ankara 2005, s. 353.

²⁶ AKBULUT, a.g.e, s. 171.

²⁷ AKMAN, “Osmanlı Hukukunda...”, s. 1425.

sedin sahipsiz arazide bulunması halinde diyet devlet tarafından beytülmalın sorumluluğuna gidilerek ödenecektir²⁸. Ancak uygulama kayıtları göstermektedir ki kasâme uygulamasının yarattığı diyet borcu her durumda köy, kasaba veya mahalle halkına ödetilmemektedir. Kimi durumlarda cesedin bulunduğu evin sahibi ya da (cinayet bir han veya kervansarayda işlenmişse) maktul ile birlikte aynı odada kalanlar diyet ödeme borcunun muhatabı olmaktadır²⁹. Bu tür durumlarda belirleyici olanın, kolektif sorumluluğun alanının daha net biçimde ayırt edilebilmesi ve cezai yükümlülükleri bu doğrultuda dağıtılmasının mümkün hale gelmesi olduğu öne sürülebilir.

3- Kasâme Kurumunun Öznesi ve Cezaların Şahsiliği İlkesi

Kasâme kurumunu önemli kılan özellik, cezaların şahsiliği ilkesinin bir istisnasını teşkil etmesidir. Kasâme, “akile” kurumu³⁰ ile birlikte, suçlu işlememiş veya hukuki yükümlülük altına girmemiş olmayan kişilerin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını mümkün kılarak kolektif cezalandırma usulünün bir örneğini oluşturmaktadır³¹. Yukarıda da bahsedildiği gibi İslam ve Osmanlı ceza hukukunda cezalandırmanın esası, toplumsal düzenin korunması ve kamu düzeninin tesis edilmesidir ve cezai yaptırımın muhatabı sadece gerçek kişiler olabilmektedir³². Ancak kasâme kurumu, cinayetin işlendiği mahalle ya da köy ahalisini kolektif biçimde sorumlu tutarak cezalarda şahsilik ilkesine bir istisna getirmesinin yanında, hukuki süreçte tek tek gerçek kişilerin ötesine geçen bir katılım statüsü öngörmektedir. Bu nedenle kasâme kurumunun öngördüğü hukuki öznellik kategorisi de incelenmeyi hak etmektedir.

Hukukun toplumsal açıdan bir geçerliliğe sahip olması için, belirli bir özneler topluluğu üzerinde etki doğurabilmesi ve bu etkinin o özneler tarafından meşru görülmesi gerekmektedir³³. Bu öznelerin hukuk düzeni içerisinde etkin biçimde var olabilmeleri ise, hak ve borçlara ehil kılınmalarına ve bu doğrultuda yaptıkları, yapmadıkları veya ihmal ettikleri eylemlerin hukuki sorumluluğunu üstlenme kapa-

²⁸ AKMAN, Osmanlı Devleti’nde..., s. 97.

²⁹ AKMAN, “Osmanlı Hukukunda...”, s. 1431.

³⁰ Yakın akraba anlamına gelen *akile*, belirli durumlarda hukuki bir kurum olarak karşımıza çıkmakta, suçlu kasten işleyen kişinin diyet borcunu ödememesi halinde bu borcun suçlunun yakın erkek akrabasına ödetilmesini öngörmektedir. Bir hukuki kurum olarak akile, kişinin diyetini ödeyecek yakın akrabasının bulunmaması halinde o kişinin bağlı olduğu meslek grubunun üyeleri, bağlı olduğu ahali, aşiret hatta bazen devlet hazinesi bile bu yakın akraba statüsünde ele alınarak diyetin ödenmesine ortak edilebilmektedirler. Akile, İslamiyet öncesi dönemden devralınan bir dayanışma kurumu olarak da ele alınmaktadır ancak bu dayanışmanın ilerleyen dönemlerde nasıl gerçekleştiği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: ÜÇÖK-MUMCU-BOZKURT, a.g.e, s. 94-95; CİN-AKGÜNDÜZ, a.g.e, s. 273., VIKOR, a.g.e, s. 289.

³¹ PAMİR, a.g.e, s. 345.

³² CİN, a.g.e, s. 305.

³³ DEFLEM, Mathieu, Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition, New York 2008, s. 227.

sitesine sahip olmalarına bağlıdır. Özel olarak ceza hukukunun öznesi de, rasyonel biçimde aldığı kararlarla sonuçlarını öngörebilecek durumda olduğu eylemleri gerçekleştirebilen ve dolayısıyla bu eylemlerin sonuçlarından sorumlu tutulabilen kişidir³⁴. Bu noktada kasâme kurumu içerisinde karşımıza çıktığı haliyle ahali, hukuki açıdan özne olmanın esas şartlarından olan “sorumluluk üstlenebilme” kapasitesine sahip bir kategori olarak karşımıza çıkmaktadır. Ahali ya da ahalinin işaret ettiği ilişkilene biçimi doğrultusunda topluluk üyeleri, sadece suçların önlenmesinde değil, işlenen suçların cezalandırılmasında da kolektif bir sorumluluk altına girmektedir³⁵. Bu kolektif sorumluluk uygulaması her ne kadar İslam Hukuku kapsamında ele alınsa da sadece Müslümanlar için geçerli olmaması, uygulamanın dini aidiyetten bağımsız biçimde kamusal sorumluluklara işaret ettiğini göstermektedir.

Osmanlı hukukunun klasik döneminde ceza hukuku, müslüman-zımmi ayrımı yapmaksızın herkese uygulanmaktadır. İslam hukukunun korumasından yararlanmak amacıyla yaptıkları zımmet sözleşmesi doğrultusunda özel hukuk ilişkilerinde kendi hukuklarını uygulayan bu topluluklar, vergi hukuku veya ceza hukuku gibi kamusal yönü ağır basan hukuki ilişkilerde İslam hukukuna bağlıdırlar³⁶. İslam hukuku kapsamındaki bir ceza hukuku uygulaması olan kasâme de bu doğrultuda, müslüman-zımmi ayrımına gitmeksizin bütün ahaliye uygulanmış, Osmanlı Devleti de bu konuda farklı bir düzenleme getirmemiştir³⁷. Ancak kapitülasyonlardan kaynaklı ayrıcalıklar dolayısıyla, Osmanlı topraklarına izin alarak giren ve geçici olarak bulunan müste'menler için kasâme hükümleri uygulanmamaktadır³⁸. Görüldüğü üzere, kasâme bir İslam Hukuku kurumu olsa da zımmi statüsünde bulunan kişilere de uygulanmakta, ancak belirli bir yaşam alanı içerisinde yerleşik olarak bulunmayan kimseye uygulanmamaktadır. Bu ise bize kasâme kurumunun güvence altına almaya çalıştığı hukuki sorumluluğun yerleşik yaşam alanının kamusal düzeni ve güvenliliği ile ilgili olduğunu, cezalandırmanın kolektif niteliğe de bu doğrultuda kavuştuğunu göstermektedir.

Suç ve cezaların şahsiliği ilkesi Avrupa hukukunda 17. Yüzyıldan itibaren karşımıza çıkmaktadır ancak farklı hukuk sistemlerinde de karşılığı bulunmaktadır. İslam hukukunun da kural olarak şahsilik ilkesini benimsediğini yukarıda belirtmiştik. Ceza hukukunun genel amaçları doğrultusunda baktığımızda, cezanın tazmin edici özelliğinin, işlenen suç ile hakkı ihlal edilen kişinin ya da hukuki varlığın zararının giderilmesi noktasında anlam taşıdığı görülmektedir³⁹. Antropolojik açıdan bakıldı-

³⁴ FLETCHER, George P., *Basic Concepts of Criminal Law*, New York 1998, s. 54.

³⁵ PAMİR, a.g.e, s. 353.

³⁶ MUMCU-ÜÇÖK-BOZKURT, a.g.e, s.86.

³⁷ PAMİR, a.g.e, s. 344.

³⁸ AKMAN, “Osmanlı Hukukunda...”, s. 1427.

³⁹ MURPHY Jeffrie G. -COLEMAN Jules L. , *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, ABD 1990, s. 112.

ğında kolektif cezalandırma ya da suçlarda kolektif sorumluluk fikrinin, bir topluluk üyesinin, başka bir topluluk üyesine zarar veren bir eylemde bulunması halinde söz konusu olduğu görülmektedir. Zira topluluk içerisinde işlenen suçlarda cezanın muhatabı tekil olarak suçu işleyen kişi olmaktayken, topluluklar arası suçlarda suçu işleyen kişi değil, o kişinin üyesi bulunduğu topluluk sorumlu tutulmaktadır. Bunun yanında, ister kişisel ister kolektif biçimde cezalandırılınsın neyin suç olduğu her durumda kamusal gereklilikler ve menfaatler doğrultusunda belirlenmektedir⁴⁰. Yani suç ile ihlal edilen şey, kamusal bir menfaat olarak karşımıza çıkmakta, cezalandırmanın muhatabı da bu kamusal menfaati ihlal edenin niteliğine göre belirlenmektedir.

Kasâme kurumunda ahalinin diyet ödemesi, yani sorumlu tutulabilmesi de bu kurumun ele aldığı hukuki sonucun ve buna yol açan eylemin nasıl tanımlandığı hakkında fikir verir. Bu çerçeveden bakıldığında faili meçhul bir cinayette ortaya çıkan hukuki sonuç, bir kişinin öldürülmesinden ziyade bu cinayet nedeniyle ortak yaşam alanının ya da kamu düzeninin bozulmuş olması, bunu yaratan eylem ise ahalinin bu sonucu önlemeye yönelik özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasıdır. Ceza hukukunda, hukuki bir sonuçtan sorumlu tutulabilmenin ilk şartının bu sonuca eylem ile sonuç arasında da bir nedensellik bağı bulunması olduğu bilinmektedir⁴¹. Kasâme kurumunda nedensellik bağının bu iki unsur arasında kurulduğunu ve kolektif sorumluluğun da bu esasa dayandığını söylemek mümkündür. Tahkikat aşamasına önem veren ukubat sisteminin⁴² kasâme kurumunda doğrudan cinayet işlemeyen kimselere yukarıda bahsedilen “bağırma” uygulaması dışında bir tahkikat uygulamadan yaptırım uygulaması da bu şekilde açıklanabilir. Zira ahalinin diyetini ödediği suç cinayet suçu değil, bu cinayetin işlenmesini mümkün hale getiren bir ihlal suçudur.

B- HUKUK SOSYOLOJİSİ AÇISINDAN KASÂME

Daha önce de belirtildiği gibi, kasâme kurumunun işaret ettiği bu yöntem, sadece İslam Hukukunda değil, Antik Yunan'dan Ortaçağ İngiltere'sine kadar geniş bir hukuk coğrafyasında da karşımıza çıkmaktadır⁴³. Bunun yanında, suç ve cezaların ilkesinin istinasını oluşturan farklı pek çok uygulama, Babiller'de, Hititler'de, İran Moğollarında ve asyatik nitelikte toplumsal yapıya sahip pek çok toplulukta da karşımıza çıkmaktadır⁴⁴. Bu uygulamaların genel yapısı ve ilgili toplumsal yaşam biçimlerinin paralelliği, kasâmenin suçların telafisine yönelik bir hakkaniyet sistemi

⁴⁰ CAN, Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Ankara 2002, s. 29 – 36.

⁴¹ FLETCHER, a.g.e., s. 59 – 61.

⁴² Bkz: CİN, a.g.e, s. 413.

⁴³ CİN, a.g.e, s. 217.

⁴⁴ Ayrıntı için bkz: PAMİR, a.g.e, s.346-348.

olmanın ötesinde, mevcut kolektif yaşam pratiklerini güvence altına almaya yönelik bir eğilim olduğunu söyleyebiliriz. Bunun yanında kasâmenin ceza hukuku açısından tek başına “önleyici” bir mekanizma değil, toplumun sahip olduğu “önleme” yükümlüğünün yerine getirilmediği zamanlarda devreye giren ve bu yükümlülüğü hatırlatan bir kurum olduğu öne sürülebilir. Birlikte yaşama halinin devamlılığına ilişkin benzer kaygılar benzer ihtiyaçları doğurmakta, bu benzer ihtiyaçlar da birbirine paralel hukuki kurumları ortaya çıkarmaktadır. Bu durum bize kasâme kurumunun içerdiği kurgunun, tanımladığı toplumsal sorumlulukların ve yerine getirdiği işlevin sadece İslam Hukukunun koşullarında ortaya çıkan bir araç veya istisnai bir ceza hukuku uygulaması olarak değil, belirli toplum tiplerinde karşılaşılabilen ve hukuk sosyolojisi açısından ele alınabileceğini göstermektedir. Bu doğrultuda söz konusu kurum, hukuk sosyolojisi alanında tespit edilen belirli ölçütler üzerinden incelenecektir.

1- Dağıtıcılık İlkesi Açısından Kasâme

Kasâme kurumu toplumsal roller üzerinden ele alındığında karşımıza çıkacak önemli ilkelere birisi de toplumsal bir zararın yarattığı sorumluluğun dağıtılması anlamındaki dağıtıcılık ilkesidir. Yukarıda bahsedildiği üzere, ceza hukukunda karşımıza çıkan şahsîlik ilkesi ile güdülen amaçlardan birisi de zararı tazmin etme yükümlülüğünün kimin üzerinde olduğunun belirlenmesi, hukuki sonuçlardan doğacak sorumluluğun, bu sonuçları öngörerek eylemde bulunan kişiler tarafından üstlenilmesini sağlamaktır. Bu zarar giderme faaliyeti ise, cezalandırma faaliyetinin “dağıtıcılık” işlevi kapsamında ele alınmaktadır⁴⁵. Bu dağıtıcılık işlevi doğrultusunda ortak alanda bir arada yaşamının yarattığı külfetler, ortak alanın üyeleri arasında paylaştırılmaktadır. Dağıtıcılık ilkesi, suça karşılık verilen cezanın etkililiğini arttırmak amacıyla ve bunun da ötesinde suç ile bozulduğu düşünülen toplumsal yapıyı eski haline getirmeyi kolaylaştırma hedefi doğrultusunda karşımıza çıkmaktadır⁴⁶. Modern hukukta fedakârlığın denkleştirilmesi olarak anılan ve kamusal bir faaliyetin nedeniyle zarar gören kişinin bu zararının telafi edilmesi olarak tanımlanan ilkeye⁴⁷ benzer bir ilkenin kasâme uygulamasına üstü kapalı biçimde de olsa hâkim olduğunu söylemek mümkündür.

Dağıtıcılık ilkesinin temel amacı, kamusal faaliyetler ortaya çıkan zararların tazmin edilmesidir. Ceza hukukun “eski hale getirme” işlevini merkeze aldığımızda cezalandırma, verili “düzen” durumunu temel alarak bu düzenin sapmalardan sonra

⁴⁵ FLETCHER, a.g.e, s. 36.

⁴⁶ ROBINSON, Paul H., *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished and How Much?*, https://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/DP_full_SNT_rev_4_1_08_phr.pdf, s.1-2.

⁴⁷ Tanım için bkz: ULUSAN, İlhan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, İstanbul 1977, s. 8-9.

hemen olağan haline döndürülmesini hedeflemektedir. Bu hedef ise kimi uygulamalarda kolektif sorumluluğun gündeme gelerek, farklı katılımcıların aktif katılımıyla çeşitli “suç önleme” mekanizmaları yaratabilmektedir⁴⁸. Kasâme kurumu da bu tür bir mekanizma olarak ele alınabilecek niteliktedir. Kasâme’de ise kişisel zarar (kişinin bir yakınının öldürülmesi) ortak yaşam alanının eski asayiş durumuna geri getirilmesi amacıyla, yani ortak yarar adına kolektif biçimde telafi edilmektedir. Çünkü söz konusu kişisel zarar, kamuya ilişkin bir menfaati (güvenlik) zedelemektedir. Aradaki fark, modern hukukta kamu gücünü ve egemenlik yetkilerini kullanan devletin yol açtığı zararı, ortak alanın bütün üyelerini eşit konuma getirmek amacıyla bizzat karşılaması, kasâme’de ise, kamusal görevleri bulunan ahalinin negatif bir faaliyetinin (asayışı sağlama sorumluluğunun ihlali) yarattığı zararı, yine ortak alana katılma potansiyeli doğrultusunda toplu halde karşılamasıdır.

2- Uyuşmazlık Çözme Aracı Olarak Kasâme

Uyuşmazlık kavramı en genel haliyle, birden fazla kişinin, aynı hukuki olgu üzerinde birbirleri ile çatışan iddialara sahip olduğu bir anlaşmazlık durumuna işaret eder⁴⁹. Bu tanım doğrultusunda kasâme kurumunu doğrudan bir uyuşmazlık çözme aracı olarak ele almak zordur. Zira ortada birbirleri ile çatışan iddialar ve bu iddialar doğrultusunda hukuki hakikate ulaşmaya çalışan bir yöntem bulunmamaktadır. İslam hukukunun genel ilkeleri arasında sayılan “kimsenin kanının heder olmaması” ilkesi⁵⁰ yani kimsenin canının karşılıksız biçimde alınamaması ilkesi kasâme kurumunu bir teknik anlamda uyuşmazlık çözme yöntemi olarak değil geniş anlamda bir sorun çözme yöntemi olarak karşımıza çıkarmaktadır. Ancak yine de kasâme kurumunun uyuşmazlık çözme yöntemlerinin nihai amacını, yani bozulmuş toplumsal düzeni eski hale getirme amacını temel aldığı ve uyuşmazlık çözüm yöntemlerine benzer bir işlevi de yerine getirdiği unutulmamalıdır. Zira, toplumsal alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklar, içinden çıktıkları toplumsal yapının özelliklerini yansıtmaktadır. Uyuşmazlık biçimleri tipikleştikçe bunları çözmeye kullanılan araçlar da kurumlaşmaktadır. Bu kurumlaşmış uyuşmazlık çözme yöntemleri ise her durumda önceden tanımlanmış bir “toplumsal düzen” fikrinden hareketle yola çıkmakta ve yine bu düzeni tesis etmeye yönelmektedirler⁵¹.

Hukukun toplumsal düzen fikri ile arasındaki doğrudan bağ ve bu düzen fikrini önceleyerek korumaya çalıştığı toplumsal ilişkiler ağı, toplumsal yaşam içerisinde hukukun üstlendiği farklı işlevleri de göz önünde bulundurmaya gerektirmektedir. Zira

⁴⁸ ROBINSON, a.g.e, s. 170 – 173.

⁴⁹ CEYLAN, Şule Şahin, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, İstanbul 2008, s. 75.

⁵⁰ Bkz: AKMAN, “Osmanlı Devleti’nde...”, s. 99.

⁵¹ CEYLAN, a.g.e, s. 106 – 111.

hukuk sadece toplumsal ilişkilerin esaslarını belirlemekle veya çeşitli normatif araçları kullanarak toplumun üyelerinin birbirleri ile ve egemenlik kurumları ile arasındaki mesafeyi ölçmekle yetinmemekte, bu düzenin işleyişinin aksadığı durumlarda etkin roller üstlenmektedir⁵². Bu çerçevede karşımıza çıkan uyuşmazlık çözme yöntemleri de hem belirli bir anda belirli bir mekânda geçerli olan hukuk sistemi hem de o hukuk sisteminin gözettiği toplumsal düzen hakkında fikir vermektedir. Kasâme kurumuna bu gözle baktığımızda ise bu kurum aracılığıyla çözülmeye çalışılan uyuşmazlığın, kamusal alana ilişkin olarak merkezi iktidar dışındaki öznelerle de sorumluluk yükleyen bir yapıyı öngördüğü açıktır. Bu durum ise Durkheim'in "mekanik dayanışma" kurgusunda belirtmiş olduğu üzere kişiler arası ilişkilerin daha doğrudan biçimde ve bir benzerlik ilkesi etrafında şekillendiği bir toplumda mümkün olacaktır. Zira bu tür kurum, sadece toplumsal rolleri yaratan bütünün ayırt edilebilir bir nitelikte (mahalle ya da köy) olduğu ve kolektif nitelikteki eylem veya ihmallerin sorumlularının doğrudan ayırt edilebilir olduğu koşullarda işlerlik kazanacak, kurumun çözmeye çalıştığı uyuşmazlık da bu tür bir yapıda anlam kazanacaktır.

Kasâmeyi bir uyuşmazlık çözme biçimi olarak ele alıp bu kurumun çözdüğü uyuşmazlığın niteliğine baktığımızda durum belirginleşmektedir. Faili meçhul bir cinayet, belirli bir kişinin kanının sebepsiz yere dökülmesi ve bu kişinin kanının İslam Hukuku kapsamında heder olması tehlikesini taşımaktadır. Uyuşmazlık çözme sürecine giden yolun temelinde bu tekil durum bulunsa da ortaya çıkan uyuşmazlık ya da sorun, kişisel nitelikte değil, kamusal niteliktedir. Zira ortada, verili bir toplumsal alanda kişilerin karşılıksız biçimde öldürülmelerini mümkün kılan güvenliksiz bir zemin açılmış bulunmakta, kasâme devreye girerek bu sorunu çözerek söz konusu zemini kapatmaya çalışmaktadır. Kasâme kurumunun öznesinin neden kolektif bir özne olduğu ve cezalandırmanın da neden kolektif biçimde yapıldığı bu şekilde belirginleşmektedir. Ancak kasâme kurumunu hukuk sosyolojisi açısından incelediğimizde, uyuşmazlık çözme işlevi ile aynı temelden doğan başka bir işlev olan toplumsal kontrol işlevinin de devreye girdiği görülmektedir.

3- Kasâme ve Toplumsal Kontrol

Yukarıda da belirtildiği gibi toplumsal düzen, bir arada yaşama halinin süreklilik kazanması için bir ön koşul olarak ele alınmaktadır. Bu birlikte yaşama halinin güvence altına alınması ihtiyacı ise, düzen fikrini hukuki ve dolayısıyla toplumsal açıdan tek başına bir amaç haline getirmektedir⁵³. Bu düzenin korunması ise sadece merkezi iktidarın herhangi bir düzensizlik halinde devreye girerek durumu eski haline getirmesini değil, o toplumsal yapının üyelerinin de sapmayı gerçekleştirmeden önlemesini veya sapmayı yaratacak koşulları ortadan kaldırmasını da gerektirmektedir.

⁵² ÖZCAN, Mehmet Tevfik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, İstanbul 2011, s. 135.

⁵³ CAN, a.g.e, s. 69-71.

Toplumsal yapı içerisindeki her bir bireyin, bu devamlılığı sağlamak adına kendinden beklenildiği şekilde davranması gerekmekte ve bireylerin bu davranış kalıplarının işaret ettiği rolü benimsemesi gerekmektedir. Bu roller sonucunda ortaya çıkan sorumluluk ve yükümlülükler ise hukukun toplumsal kontrol işlevi başlığı altında incelenebilmektedir⁵⁴. Bahsi geçen toplumsal kontrol araçlarının ayrışması, iktidarın ve iktidarın sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin paylaşılma biçimi doğrultusunda şekillenmektedir⁵⁵. Kasâme kurumunun ahaliye yüklediği hukuki sorumluluk, kurumu bu açıdan önemli hale getirmektedir.

Yukarıda bahsedilen hususlar doğrultusunda kasâmenin sadece bir uyumsuzluk çözme biçimi değil, aynı zamanda bir toplumsal kontrol aracı olduğunu söylemek mümkündür⁵⁶. Toplumsal kontrol modern hukuk açısından genellikle cezalandırma ve disipline etme pratikleri çerçevesinde ele alınsa da kavramın daha geniş bir içeriğe sahip olduğu ve toplumun kuvvete başvurmaksızın kendi kendisini düzenleme pratiklerine işaret ettiği bilinmektedir⁵⁷. Bu pratikler ise kişinin içerisinde yer aldığı toplumsal zeminin belirlediği yükümlülükleri yerine getirmenin araçlarıdır. Zira toplumsal kontrol sadece cezalandırma faaliyetlerinde ortaya çıkmamakta, toplumsal düzenin kendisini idame ettirmesi için gerekli olan koşulların güvence altına alınmasını da gerektirmektedir. Bu nedenle toplumsal kontrol mekanizmaları “toplumsal düzen” hedefine ulaşmada kullanılan bütün uygulamaları da içermektedir⁵⁸. Kasâme kurumuna bu gözle bakıp kurumun ortaya koyduğu diyet sistemine değil, bu diyet sistemiyle korumaya çalıştığı şeye baktığımızda da karşımıza bir toplumsal kontrol uygulaması çıkmaktadır. Burada, kamu düzenin korunmasını ilgili yerin ahalisinin sorumluluğuna bırakan bir tür kontrol veya önleme mekanizması söz konusudur ve yerin asayişinin, o yer ahalisinin sorumluluğunda olduğu vurgulanmaktadır. Bu mekanizma da herkesin birbirinden “ortak yaşamın devamlılığı” adına sorumlu olmasını öngörmektedir. Ahalinin kolektif olarak sorumlu tutulduğu şey cinayet suçu değil, o yaşam alanında cinayet işlenmesini önleme yükümlülüğünün ihlalidir. Osmanlı hukukunda Kasâme kurumunun nasıl uygulanacağına ilişkin önemli esasları belirleyen Şeyhülislam Ebusuud Efendi’nin, cinayet mahallinde atılan çığlığı bütün kasaba duysa bile sadece o mahalle yakın yerde oturanların sorumlu tutulacağı yönündeki fetvası⁵⁹, kasâme ile kişilere yüklenen kolektif sorumluluğun statü odaklı değil işlev odaklı olduğunu göstermektedir. Yani cinayet mahallinin bağlı olduğu yerde mukim

⁵⁴ TREVINO, A. Javier, *The Sociology of Law, Classical and Contemporary Perspectives*, New York 2008, s. 318-319.

⁵⁵ TREVINO, a.g.e, s. 207.

⁵⁶ Akile kurumu da bu şekilde ele alınabilmektedir. Bkz: Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarih*, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s.182.

⁵⁷ DEFLEM, a.g.e, s. 228.

⁵⁸ DEFLEM, a.g.e, s. 247.

⁵⁹ M. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislam Ebusuud Efendi Fetvaları*, İstanbul 2009, s. 155.

olmak tek başına sorumluluk sebebi sayılmamakta, bu sorumluluğun ortaya çıkması için cinayetin kişinin asayişi sağlama yükümlülüğünü yerine getirebileceği bir etki alanı içerisinde işlenmiş olması gerekmektedir.

Bu uygulamada topluluğun üyeleri, içinde yaşadıkları ortak alanın güvenliğini sağlamakla ve bozulmasını engellemekle yükümlüdürler. Buradan hareketle İslam ve Osmanlı hukukunda kasâmenin temel aldığı suç politikasının ana hattını, suçların hiç işlenmeden önlenmesi ve bunun da kişilerin hem kendilerinden hem de birbirlerinden sorumlu tutulmaları suretiyle gerçekleştirilmesi olduğu söylenebilir. İslam hukukunda egemen olan “can güvenliği” ilkesi de, sadece siyasi iktidara değil, bu iktidara tabi halde yaşayan insanlara da bu güvenliği sağlamak konusunda sorumluluklar getirmektedir⁶⁰. Bu politikanın hukuki özneye yüklediği pozitif sorumluluk da, merkezi iktidarın kamu gücünden bağımsız biçimde yaşam alanının asgari güvenliğin sağlamaktır.

Bu doğrultuda Kasâme kurumu, İslam hukukundan öncesinde de geniş bir coğrafyada mevcut bulunan bir kurum olarak belirli bir toplumsal düzen fikrine ve özel olarak bu toplumsal düzeni sağlamanın sorumlularını belirlemeye yaramaktadır. Bu noktada devletin, cinayeti kimin işlediğini tespit etmek yönünde bir yükümlülüğünün bulunmaması, sorun çözme yönteminin merkezinde toplumsal düzen vurgusunun cezai adalet vurgusundan daha belirgin olduğunu düşündürmektedir. Toplumsal normların ihlal edilmesi halinde devreye giren toplumsal kontrol mekanizmalarının öngördüğü başlıca üç karşılık biçimi, kasâme kurumu içerisinde bir arada karşımıza çıkmaktadır. Bu üç çeşit yaptırım biçimi “doğrudan zarar görene bir karşılık sunulması”, “merkezi iktidarın devreye girip belirli usuller ile yaptırım uygulaması” ve “toplumun bütününe harekete geçerek bir karşılıkta bulunması” olarak ifade edilmektedir⁶¹. Kasâme kurumunda bu üç biçimin birbirinin içine geçtiğini, ihlalden (güvenliği sağlama yükümlülüğünün ihlali) zarar görene bir karşılık ödenirken bunun kolektif biçimde yapıldığı ancak bunun merkezi iktidarın da kabul etmiş olduğu bir usul doğrultusunda ve hatta merkezi iktidarın yaptırım gücüne dayanılarak gerçekleştirildiği görülmektedir.

İstanbul sınırları içerisinde kasâme kurumunun uygulanmaması ve hatta bu durumun iki, adet padişah fermanı ile tescil edilmesi⁶² ise kurumun içerisinde doğduğu toplumsal yapı hakkında fikir vermektedir. Konunun İslam hukukunda devlet başkanının yetkilerinin sınırları açısından önemli bir tartışmaya kapı araladığı açıktır⁶³, ancak konuyu başka bir eksenle ele almak da mümkün görünmektedir. Kasâme, belirli durumlarda toplumsal sorumluluk ve yükümlüklerin kime ait olduğunun

⁶⁰ SAĞLAM, a.g.e, s. 22.

⁶¹ ÖZCAN, Mehmet Tefik, İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol, İstanbul 1998, s. 206-207.

⁶² Bkz. AKMAN, Osmanlı Devleti'nde..., s. 97-98.

⁶³ Bkz. AKMAN, “Osmanlı Hukukunda...”, s. 1431-1432.

ayırt edilebilir olduğu bir çevrede uygulanabilecek bir kurum olarak ortaya çıkmıştır. Kasâme benzeri kurumların daha ziyade tarımsal üretim ilişkileri üzerine kurulmuş birlikliklerde işlerlik kazanacağı açıktır. Bunun yanında, Osmanlı döneminde pek çok kamusal alanı devletin gözetiminde bulunan İstanbul'da, faili meçhul bir cinayetin yarattığı sonuçların doğrudan devletin sorumluluğuna gidilerek telafi edilecek oluşu, bu kurumun neden taşraya göre daha örgütlü bir yapı arz eden şehirlerden doğmamış olduğunu göstermektedir. Üstelik İstanbul sınırları içerisinde kamunun sorumluluğundaki alanlar ile ahalinin sorumluluğundaki alanların ayrılması, merkezi iktidarın egemenlik yetkileri açısından bir sınır çizme potansiyeline sahip olacaktır.

Hukukun bir işlevi olarak toplumsal kontrol karşılıklılık esasına dayanmaktadır. Örgütlü toplumsal yaşama geçişin eşiklerinden biri olarak bu karşılıklılık, her toplumsal etkinin, ona eşdeğer bir toplumsal tepki ile karşılaşması veya karşılanması anlamına gelmektedir ve hukuki düzenlerde de karşılığını bulmaktadır⁶⁴. Modern hukukta, özellikle de ceza hukukunda bu karşılıklılık ilkesi, devletin şiddet tekeline sahip olması fikri doğrultusunda bir yaptırımlar mekanizması olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak batı hukuku dışındaki hukuksal sistemlerde de bu karşılıklılık ilkesi göze çarpmaktadır⁶⁵. Kasâme kurumunun öngördüğü diyet de bu anlamda kişinin karşılıksız biçimde öldürülmemesi gerektiği fikrinin bir sonucu olarak belirerek karşılıklılık ilkesinin bir örneğini oluşturmaktadır.

SONUÇ

Kasâme kurumunun ayırt edici özelliği, faili meçhul bir cinayet işlendikten sonra ortaya çıkan sorunu nasıl çözdüğünden çok, bu sorunu çözerken ortaya koyduğu toplumsal yaşam yükümlülükleri ve bu yaşamın asayişine dair sorumluluklarda yatmaktadır. Kasâme her ne kadar bir kolektif cezalandırma kurumu çerçevesinde incelense de, ortaya çıkan kolektivite fikrinin cezaya sebep olan suçun öncesinde mevcut olduğu ve kasâmenin aslında kolektif nitelikte bir kamusal sorumluluk fikrinin yansıması olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Yani kasâme, işaret ettiği sorumluluklar doğrultusunda bir toplumsal kontrol mekanizmasının parçası olarak ortaya belirlemektedir.

Bu açıdan bakıldığında kasâme kurumu ile korunmaya çalışılan değer olan güvenliğin sadece devlete ait bir yükümlülük olmadığı ve bu nedenle diyetin her zaman devlet tarafından ödenmediği görülmektedir. Ahali, güvenliği sağlama yükümlülüğünün yerine getirilmesinde aktif biçimde rol oynamakta, bu yükümlülüğün ihlali halinde kolektif bir özne olarak diyet ödemektedir. Bu diyetin talep üzerine ödenmesi ve sürecin devlet gözetiminde gerçekleşmesi ise kasâmenin öngördüğü toplum-

⁶⁴ TREVINO, a.g.e, s. 352.

⁶⁵ ÖZCAN, Toplumsal Kontrol... , s. 211.

sal kontrol işlevinin merkezi iktidar ile diğer hukuki özneler tarafından el birliğiyle gerçekleştirildiği ortaya çıkmaktadır ve toplumsal kontrol işlevi “olağan” durumda kendi kendine işlemekte, bu işlevin yerine getirilmediği durumlarda merkezi iktidar devreye girerek doğrudan yaptırım uygulamak yerine toplumsal kontrol mekanizmasının yarattığı sorumlulukları vurgulamaktadır.

Kasâme uygulamasının en belirgin amaçlarından birinin diyetin kim ya da kimler tarafından ödenecek olduğunu belirlemek olduğunu düşündüğümüzde, suçu işlememiş ama aynı zamanda da önleyememiş olanların ortaya çıkan zararın giderilmesi işini üstlenmeleri, kendine özgü bir sosyal adalet fikrinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani diyetin ödenmesi hem asayiş koruma yükümlülüğünün hatırlatılması hem de ortak alanda ortaya çıkan ve bu alanda sürdürülen yaşamın devamlılığını tehlikeye attığı düşünülen bir eylemin sonuçlarının bu sorumluluk çerçevesinde giderilmesi anlamına gelmektedir. Bu haliyle kasâme kurumu, kamu güvenliğini sağlamaya yönelik bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu hukuki bir kurum olarak kasâmenin sadece kendisini yaratan toplumsal koşullarda işlerlik kazanacağını ve ilişkilerin organikleştiği modern toplumsal yapılarda karşılığa sahip olmayacağı belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, İlhan, “İslam Hukukunda Suç ve Cezalar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 53, Sayı 1, Ankara 2003,
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986.
- AKMAN, Mehmet, “Osmanlı Hukukunda Kasâme”, Türkler, C. XIII, Ankara 2002.
- AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004.
- AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 1996.
- CAN, Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Ankara 2002.
- CİN, Halil – AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003.
- CEYLAN, Şule Şahin, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2008.
- DEFLEM, Mathieu, Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition, New York 2008.
- DÜZDAĞ, M. Ertuğrul, Şeyhülislam Ebusuud Efendi Fetvaları, İstanbul 2009.
- FLETCHER, George P., Basic Concepts of Criminal Law, New York 1998.
- HALLAQ, Wale B., A History of Islamic Legal Theories, Cambridge 1999.
- MURPHY Jeffrie G. -COLEMAN Jules L., Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence, ABD 1990.

- ÖZCAN, Mehmet Tefik, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, İstanbul 1998.
- ÖZCAN, Mehmet Tefik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, İstanbul 2011.
- PAMİR, Aybars, “İslam ve Osmanlı Hukuku’nda Kasâme Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 4, Ankara 2005.
- ROBINSON, Paul H., *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished and How Much?*, https://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/DP_full_SNT_rev_4_1_08_phr.pdf.
- SAĞLAM, Hadi, “İslam Hukuku Tarihinde Faili Meçhul Cinayetler Meselesi”, e-akademi.org, Aralık 2012.
- TREVINO, A. Javier, *The Sociology of Law, Classical and Contemporary Perspectives*, New York 2008.
- ULUSAN, İlhan, *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, İstanbul 1977.
- ÜÇÖK, Coşkun - MUMCU, Ahmet - BOZKURT, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 2007.
- VIKOR, Knut S., *Between God and the Sultan, A History of Islamic Law*, New York 2005.

ÖZEL HUKUK

FRANSIZ, ALMAN, İSVİÇRE ve TÜRK HUKUKLARINDA KADININ SOYADI

(Surname of woman in French, German, Swiss and Turkish law)

Serap HELVACI*, Gediz KOCABAŞ**

ÖZET

Evlenmenin kadının soyadı üzerindeki etkisi yoğun hukuki tartışmaların yaşandığı konulardan birini oluşturur. "Aile adında birlik" ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde, evlenmeye bağlanan sonuç eşlerden birinin diğerinin soyadını almasıdır. Sosyal ve kültürel anlayışın etkisiyle çoğu zaman erkeğin soyadı aile adı olarak kabul edildiğinden; evlenme, kadının soyadının değişmesi bakımından zorunlu bir sebep niteliği taşır. Bununla birlikte, son yıllarda yaşanan gelişmeler, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının da etkisiyle, kadın-erkek eşitliğine dayalı bir aile adı rejimi oluşturulması düşüncesinin ağır bastığını göstermektedir.

Abstract

The effect of marriage on the surname of woman is one of the highly controversial topics in law. Taking the surname of the other spouse is accepted as a typical conclusion of marriage in legal systems which adopt the principle of the unity of family name. As it is regarded as tradition for wives to take a man's name after marriage, when she gets married she has no choice about her surname. On the other hand, recent developments which take form specially by the effects of judgments of the European Court of Human Rights have shown that the idea of equality of women and men takes precedence over any other considerations.

Giriş

Soyadı, bir aileyi oluşturan bireyleri diğer ailelerin bireylerinden ayırarak birlik oluşturma ve düzen sağlama işlevini gören ad olarak tanımlanır¹. Soyadı üzerinde-

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ Bkz. **Helvacı**, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2013, s.176; **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, N.836; **Breitschmid**, Peter/**Rumo-Jungo**,

ki hak kişilik hakkının kapsamı içinde yer aldığından, soyadını konu alan hukuki tasarruflar ile soyadına yönelen hukuka aykırı saldırılar kişilik hakkı çerçevesinde değerlendirilir².

Adın, tarihsel süreç içinde biçimlenmesi toplumların sosyal, ekonomik ve siyasal yapılarına göre değişiklik göstermesine karşılık gelişim çizgisi çok basittir. Ad, önce bireysel bir nitelik taşıırken daha sonra hem bireyi hem de onun soyunu belirten bir kavrama dönüşmüştür³.

Günümüzde soyadına yüklenen aile birliğini oluşturma ve düzen sağlama işlevi Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde tartışmasız kabul edilirken, her hukuk sisteminde soyadının kazanılması ve kaybedilmesi farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bu doğrultuda, evlenmeye bağlanan soyadı rejimi de söz konusu hukuk sistemlerinin en tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır.

Aşağıda öncelikle Fransız, Alman ve İsviçre hukuklarında evlenmenin kadının soyadı üzerindeki etkisi incelenmiş olup, daha sonra Türk hukuku bakımından konu değerlendirilmiştir.

Alexandra (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Bd. 3, Personen und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutz (Art. 1-456 ZGB), Zürich 2012, **Aebi-Müller**, Regina E.: Art.29, N.1. Soyadının kazanılması kanuna bağlı olarak gerçekleştiği için bu bakımdan soyadının diğer adlardan ayrıldığı yönünde **Özen**, Burak: "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", MÜHF-HAD, C.16, S.3-4, 2010, s.171.

² **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Geiser**, Thomas (Hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-217 ZGB, Basel 2006, **Bühler**, Roland: Art.29, N.1; **Kren Kostkiewicz**, Jolanta/**Nobel**, Peter/ **Schwander**, Ivo/**Wolf**, Stephan (Hrsg.): Schweizerisches Zivilgesetzbuch Kommentar, Zürich 2011, **Büchler**, Andrea/**Frei**, Marco: Art.29, N.1; **Helvacı**, s.175; **Dural/Öğüz**, N.828; **Özen**, s.171, 172; BGE 120 III 63; BGE 122 III 416; Yarg. HGK 04.04.2012 E.2012/18-183, K.2012/275; Yarg. HGK 12.10.2011 E.2011/18-535, K.2011/622 (Legalbank).

³ Söz konusu biçimlenme sürecinin ilk basamağı olan bireysel adlandırma, kişinin adı bizzat kişinin kendisi olarak kabul edilmiştir. Çoğunlukla dini motiflerden esinlenerek oluşturulan bu adlara Âdem, Meryem, Matthiev, Gabriel örnek olarak gösterilebilir. Daha sonra bireyin adına babasının adı eklenerek ad yoluyla soyun belirtilmesi sağlanmıştır. Mohamed ben Mahmoud, Ivanovitch, Smithson gibi. İlerleyen aşamalarda soyu da belirten bireysel ada karakteristik bir özellik eklenmiştir. Örneğin, bu aşamada Roma'da ad üç kısımdan oluşturulmuştur. Önadın hemen arkasında kişinin ait olduğu aile topluluğu ve son olarak da kişiyi fiziksel özelliği ile ayırt eden bir lakap kullanılarak oluşturulan adlara örnek olarak Marcus (ön ad) Tullius (kişinin ait olduğu aile topluluğu) Cicero (nohut) verilebilir. Sonraki aşamada politik unsurlarla tamamlanan ad sahip olunan gücün ve sosyal statünün belirleyicisi işlevini üstlenmiştir. Açıklamalar için bkz. **Malaurie**, Philippe/**Aynès**, Laurent: Les Personnes, La Protection des Mineurs et des majeurs, Paris 2010, s.31, s.31 dn.5.

I. Fransız Hukuku Bakımından

A. Genel Olarak

Fransız hukukunda eşlerin soyadı Fransız Medeni Kanunu'nun 225-1. maddesinde⁴ düzenlenmiştir. Bu hükme göre kadının kocasının soyadını “kullanma hakkı” vardır, “kullanma mecburiyeti” yoktur⁵.

Fransa'da geleneksel anlayış doğrultusunda evli kadının soyadı kocasının soyadı idi. Çocuklar da bu sistemde babalarının soyadını almakta idiler. Bu hükümler uzun yıllar ufak tefek değişiklikler yapılmak suretiyle uygulandı ta ki günümüzde eşitlik özellikle de kadın-erkek eşitliği tartışılmaya başlayana kadar. Bu iki kavram soyadı krizini de beraberinde getirmiştir⁶. Kadın-erkek eşitliğine ilişkin tartışma ile birlikte “patronyme (soyadı)” kelimesi dahi tartışılır hâle gelmiştir. Çünkü Yunanca'dan gelen bu kelime pater (baba) ve onuma (ad)⁷ kelimelerinden türemiş olup baba adı anlamına gelmektedir. Fransız kanun koyucu kadın-erkek eşitliğine aykırı bulduğu bu eril kelimeyi dahi kanununda barındırmak istemeyip 4 Mart 2002 tarihli Kanun'la Fransız Medeni Kanunu'ndan “patronyme” ve “patronymique” kelimelerini çıkartmıştır⁸. Bu kelimeler yerini “aile adı”na bırakmıştır⁹.

Herkesin bir aile adı vardır. Bu doğum kütüğünde yer alır. Bu aile adı annenin veya babanın adı olabileceği gibi anne ve baba adının birlikte kullanılmasından da meydana gelebilir. Birlikte kullanımın seçilmesi hâlinde bunun hangi sırada olacağına eşler karar verir. Aile adı çocuğun en geç doğumundan hemen sonra anne ve baba tarafından seçilir ve bundan sonra doğacak çocuklar da aynı aile adını taşırlar¹⁰.

Fransız hukukunda aile adı dışında bir de günlük hayatta kullanma imkânına sahip olunan bir ad çeşidi daha vardır ki buna da kullanılan ad (nom d'usage) denir. Aile adıyla aynı işleve sahip olan bu ad çeşidi hiçbir zaman aile adının yerini almaz. Aile adından en büyük farkı “devam etmemesi, kullananla sona ermesi”dir. Buna karşılık, örneğin imzada kullanılması mümkündür¹¹.

⁴ Article 225-1 (LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art.10)

“Chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit.”

⁵ Eşlere tanınan bu hakkın yorum ya da kıyas yoluyla fiili beraberlikler bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde **Mazeaud-Leveneur**, Sabine: “Nom des époux - Droit d'usage du nom du conjoint (Article 225-1 du Code civil)”, *JurisClasseur*, Fasc.50, 20 Aout 2013, n°.2.

⁶ **Malaurie/Aynès**, s.32; **Mazeaud-Leveneur**, n°.3.

⁷ *Lexique des termes juridique* 2014, 21.e édition, s.681; **Cicile-Delfosse**, Marie-Laure: “La Dévolution du Nom de Famille”, *JurisClasseur*, Fasc. Unique, 1er Septembre 2013, n°.5.

⁸ **Cicile-Delfosse**, n°.6.

⁹ **Malaurie/Aynès**, s.33; **Cicile-Delfosse**, n°.12.

¹⁰ **Cicile-Delfosse**, n°.28 vd..

¹¹ **Malaurie/Aynès**, s.46. Ayrıca bu konuda bkz: **Lindon, R./Amson, D.**: “Une gestation difficile”, *Le nom d'usage*, *Recueil Dalloz*.1986, no.36, s.267-270.

B. Evlenmenin Kadının Soyadı Üzerindeki Etkisi

2013-404 numaralı 17 Mayıs 2013 tarihli Kanun'la Fransa'da aynı cinsten kimselerin evlenmesi yasallaşmıştır. Bu önemli yenilik dışında söz konusu kanun aile adı ile ilgili de önemli düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerle Fransız kanun koyucu kadın erkek eşitliğini de bu anlamda sağladığını düşünmektedir¹². Kadın kocasının soyadını taşıyıp taşıyımama konusunda özgürdür. Evlenme sonrası, her eş diğer eşin soyadını kullanma imkânına sahiptir. Diğer eşin soyadını kullanma bir seçimlik haktır, bir zorunluluk değildir. Başka bir söyleyişle, eşlerin, diğerinin soyadını ya da kendi soyadlarını kullanmaları kişisel bir tercihtir zorunlu tutulamaz¹³. Buna karşılık, eş bu iradesini dışa vurduğu andan itibaren, kullanmayı kabul ettiği diğer eşin soyadı kimlik belgelerinde yer almak zorundadır.

Kadın ya da erkek eş kullanmak üzere soyadı olarak;

- diğer eşin soyadını seçebileceği gibi

- çift soyadı da seçebilir. Bu durumda kullanılacak soyadı kendi soyadı ile eşinin soyadının birleşmesinden meydana gelir, hangisinin önde hangisinin sonda yer alacağına kullanacak olan eş karar verir. Kullanmak üzere seçilen soyadı kimlik belgelerinde aile adından sonra yer alır¹⁴.

Sonuç olarak, Fransız hukukunda kadın evlenmekle doğumla kazandığı soyadını kaybetmez. Eğer isterse kendi soyadı yerine diğer eşin soyadını kullanabileceği gibi diğer eşin soyadını, yine kendi belirlediği sıraya göre, kendi soyadına eklemek suretiyle de kullanabilir

Diğer eşin soyadını alma hakkı Fransız hukukunda basit bir kullanma hakkıdır.

C. Evlenmenin Sona Ermesi Durumunda Kadının Soyadı

2004-439 numaralı 26 Mayıs 2004 tarihli Kanun'la boşanmanın sonuçları yeniden düzenlenmiştir¹⁵. Buna göre, boşanma sonrasında eşler diğer eşin soyadını kul-

¹² AJ Famille, 2013, Dalloz-Revues 2015, s.386.

¹³ **Mazeaud-Leveaur**, n°.1. Aile adıyla ilgili 4 Mart 2002 tarihli kanun sonrası yapılan değişikliğe rağmen uygulamada, evli kadınların büyük bir çoğunluğunun sadece eşlerinin soyadını taşımaya devam ettiği görülmektedir. Bu da örf ve âdetin ne kadar önemli bir sosyal ağırlığa sahip olduğunun göstergesidir, **Carbonnier**, Jean: Droit Civil, Tome 1, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, Collection Quadrige, PUF 2004, no.225.

¹⁴ Eşin soyadının kullanılması ile ilgili Jean Louis Masson'un İçişleri Bakanına sorduğu 02756 no'lu soruya verilen cevapta pasaportta kişinin kullandığı adın nasıl yer alacağı örneklenmiştir. "Soyadı: Martin kullandığı Dupond veya Soyadı: Martin kullandığı Martin-Dupond ya da Soyadı: Martin kullandığı Dupond-Martin" (JO Sénat du 15.11.2012, s.2609).

¹⁵ Yeni düzenleme ile boşanmanın kişisel sonuçları yanında mali sonuçları bakımından da getirilen değişiklikler için bkz. **Larribau-Terneyre**, Virginie: "Effets du divorce – Conséquences du divorce pour les époux – Dispositions générales – Effets d'ordre personnel – Effets d'ordre patrimonial", JurisClasseur, Fasc.10, 22 Octobre 2014, n°.3 vd..

lanma hakkını kaybederler. Dolayısıyla boşanan kadın eşinin soyadını kullanamaz. Ancak kadın çocukları için ya da kendisi için o soyadını kullanmakta bir yararı olduğunu ispatlayabilirse, hâkimin izni veya boşandığı eşinin rızasıyla soyadını kullanmaya devam edebilir¹⁶.

Ayrılık hâlinde kadın eşinin soyadını kullanmaya devam eder¹⁷.

Ölüm hâlinde kadın dilerse kocasının soyadını taşımaya devam eder. Ancak bu mutlak değildir. Örneğin, ölenin ailesi, soyadının kötüye kullanıldığı kanaatinde ise kadının ölen eşinin soyadını taşımasına karşı çıkabilir. Kadın tekrar evlenmesi durumunda eski eşinin soyadını kullanma hakkını yitirir.

II. Alman Hukuku Bakımından

A. Genel Olarak

Alman Hukukunda, “aile adı”, evliliğin genel hükümleri başlığı altında BGB §1355’te düzenlenmiştir. Aile birliğinin bütünlüğü bakımından eşlerin ortak soyadı taşıması hususunun önemini dikkate alan kanun koyucu bu amaçla “aile adında birlik ilkesi”ni benimsemiştir¹⁸. Böylece, eşler ve ortak çocuklar aynı soyadını taşıyarak aynı aileye ait olduklarını üçüncü kişilere karşı açıklamış olurlar¹⁹. Genel kural bu olmakla birlikte eşler ortak aile adı seçmeye zorlanmamış, evlenmeye rağmen kendi soyadlarını da koruma olanağına sahip kılınmışlardır.

Eşlerin soyadı konusunda gelinen bu son nokta yoğun tartışmalara dayalı yasal değişikliklerin bir sonucudur. Geleneksel anlayış doğrultusunda kocanın soyadını, aile adı olarak belirleme düşüncesi uzun süre Alman hukukunu da etkisi altında bu-

¹⁶ Article 264 (Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 16 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005)

“A la suite du divorce, chacun des époux perd l’usage du nom de son conjoint.

L’un des époux peut néanmoins conserver l’usage du nom de l’autre, soit avec l’accord de celui-ci, soit avec l’autorisation du juge, s’il justifie d’un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants.”.

¹⁷ Article 300 (Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 20 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005)

“Chacun des époux séparés conserve l’usage du nom de l’autre. Toutefois, le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur peut, compte tenu des intérêts respectifs des époux, le leur interdire.”.

¹⁸ **von Sachsen Gessaphe**, Karl August Prinz: Münchener Kommentar zum Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Bd.7: Familienrecht I (§§ 1297-1588), München 2013, §1355, Rn.2; **Voppel**, Reinhard: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB-Buch 4: Familienrecht (§§ 1353-1362), Berlin 2012, §1355, Rn.6,7; **Schulze**, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch, Baden-Baden 2014, **Kemper**, Rainer: §1355, Rn.2.

¹⁹ BGB §1355/1’e göre aile adının belirlenmesi ve kullanılması sadece eşlere tanınan bir hak olduğundan fiilen birlikte yaşayan çiftler bu haktan yararlanamazlar. Bkz. **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.24. Karş. LPartG §3.

lundurmuştur²⁰. BGB §1355'in yürürlükten kalkan önceki düzenlemelerinde aile adının kullanılması zorunlu olup, aile adı olarak da erkeğin soyadı kabul edilmiştir. 1958 tarihli GleichberG ile değiştirilen BGB §1355'de kadına, kendi bekârlık soyadını aile adına ekleme hakkı tanınmıştır. Sonraki aşamalarda, aile adı kullanma zorunluluğu saklı tutulmasına rağmen aile adının mutlaka erkeğin soyadından oluşması gerektiği düşüncesi terk edilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi 05.03.1991 tarihli kararında²¹, 1976 tarihli 1.EheRG ile getirilen değişiklikler sonrasında yürürlüğe giren BGB §1355/2'yi, GG Art.3/2'ye aykırı bulmuş ve öngörmüş olduğu geçiş düzenlemesi ile ilk defa evlenmeye rağmen eşlerin soyadını korumasının yolunu açmıştır²². 1993 tarihli FamNamRG ile Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen görüşler çerçevesinde, bazı istisnalar saklı tutularak, eşler arasında eşitliğe dayalı bir aile adı rejimi oluşturulmaya çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi 18.02.2004 tarihli kararında²³ BGB §1355/2 ile getirilen yeni düzenlemeyi de aile adının belirlenmesindeki sınırlama nedeniyle GG Art.2/1 ve bununla bağlantılı olarak Art.1/1'e aykırı bulduğundan, 2005 yılında gerçekleştirilen değişiklik ile "aile adı" kanun koyucu tarafından yeniden düzenlenmiştir²⁴. Böylece, BGB §1355'in günümüzde yürürlükte olan son hâline ulaşılmıştır²⁵.

B. Evlenmenin Kadının Soyadı Üzerindeki Etkisi

BGB §1355 ile getirilen aile adı rejimi kapsamında, evlenme sonucunda kadının soyadı bakımından ortaya çıkabilecek değişikliklerin değerlendirilmesi farklı olasılıklara bağlıdır. Söz konusu olasılıkların gerçekleşip gerçekleşmemesi ise eşlerin tasarrufunda yer alır. Eşler, kanun tarafından kendilerine tanınan iki aşamalı seçim hakkını kullanarak, önce ortak bir aile adı kullanıp kullanmayacaklarına, daha sonra hangi eşin soyadının ortak aile adı olarak belirleneceğine karar verirler.

²⁰ Spiegelhalder, Nicole: "Überblick zum deutschen Namensrecht", FPR 2010, s.1.

²¹ BVerfG 1 BvL 83/86, 24/88 (NJW 1991, s.1602).

²² MüKoBGB/von Sachsen Gessaphe, §1355, Rn.1; Spiegelhalder, s.3.

²³ BVerfG 1 BvR 193/97 (NJW 2004, s.1155). Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı ile Alman hukukunda aile adının belirlenmesine ilişkin yeni bir devrin başladığı yönünde Manteuffel, Kertsin: "Zur Reform des Ehenamensrechts - quo vadis, Gesetzgeber?", NJW 2004, s.1775.

²⁴ Gesetz zur Änderung des Ehe- und Lebenspartnerschaftsnamensrechts 06.02.2005 (BGBl. I S. 203).

²⁵ Açıklamalar için bkz. MüKoBGB/von Sachsen Gessaphe, §1355, Rn.1; Hk-BGB/Kemper, §1355, Rn.1, 6; Staudinger/Voppel, §1355, Rn.1-5; Jauernig, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar, München 2014, Berger, Christian/Mansel, Heinz-Peter: §1355, Rn.1; Spiegelhalder, s.1-3; Manteuffel, s.1773 vd.; Hepting, Reinhard: "Grundlinien des aktuellen Familiennamensrechts", FPR 2002, s.116; Scholtz, Harald/Kleffmann, Norbert/Motzer, Stefan: Praxishandbuch Familienrecht, München 2014, Eckbrecht, Marc: Teil A, Rn.27. Özellikle 12.02.2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenlemeler ile aile adı rejiminin önceki düzenlemelere göre daha özgürlükçü bir yapılanmaya kavuşturulduğu yönünde Göppinger, Horst/Börger, Ulrike: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, München 2013, Teil 8, Rn.1, Fn.3.

BGB §1355'in yürürlükten kalkan eski düzenlemelerinin aksine eşler ortak bir aile adı kullanmak istediklerinde bu iradelerini nüfus idaresine beyan etmeleri gerekir. Bu hususta örtülü beyanın varlığı yeterli değildir²⁶. Böyle bir beyan yapılmazsa, eşler evlenmeye rağmen kendi soyadlarını korumaya devam ederler. Diğer bir söyleyişle, aile adının kazanılması evlenmenin gerçekleşmesine bağlı olarak ortaya çıkan kanuni bir sonuç değildir. Bu yönde bir beyan olmadıkça, evlenmeye bağlanan sonuç eşlerin kendi soyadlarını korumasıdır²⁷.

1. Kural Olarak “Aile Adında Birlik İlkesi”

Alman hukukunda geçerli olan aile adında birlik ilkesi gereğince eşlerin ortak bir aile adı belirlemeleri gerekir (BGB §1355/1 S.1). Ancak, aile adı belirlenmesi eşler bakımından bir yükümlülük niteliği taşımaz²⁸. Kanun koyucu, aile adının tabi olduğu rejimi birlik ilkesi üzerine yapılandırırken, ortak aile adının belirlenmesi bakımından eşlere bir yükümlülük yüklememiştir. BGB §1355/1 S.1'de aile adı belirlenmesinden söz edilmişse de böyle bir belirlemenin yapılmamasına herhangi bir yaptırım bağlanmamıştır. Bu nedenle, evlenme başvurusu sırasında aile adının belirlenmemiş olması gerekçe gösterilerek başvurunun reddedilmesi mümkün değildir²⁹.

Aile adının belirlenmemesi durumunda birlik ilkesi uygulama alanı bulamayacağı için eşler ve çocukları arasında soyadı farklılığı doğar. Söz konusu farklılık, Alman Medeni Kanunu'nda geçerli kanun yapma tekniği doğrultusunda kanun koyucu tarafından bilinçli olarak ortaya çıkarılmıştır. Diğer bir söyleyişle, birlikte bir aile olma düşüncesinin gelişimi ve yerleşmesi için aynı soyadını taşımanın öneminden hareket eden kanun koyucu birlik ilkesinin devre dışı bırakılması durumunda aile bireyleri arasında oluşan soyadı farklılığının meydana çıkarılabileceği sosyal rizikoları eşlere yüklemiştir. Diğer taraftan birlik ilkesinin uygulamasını teşvik etmek amacıyla da ortak aile adının, evlenmeden sonra dahi belirlenmesine olanak tanınmıştır (BGB §1355/3, S.2). Ayrıca, evlenmenin sona ermesi durumunda aile adının korunması kuralı benimsenirken, eski soyadına dönüş yolu da açık tutulmuştur (BGB §1355/5). Buna karşılık, kanun koyucunun eşlere tanıdığı geniş özgürlük alanı sadece bir konuda ortadan kaldırılmıştır. Birlik ilkesinin sürekliliği bakımından getirilen bu sınırla-

²⁶ **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.25.

²⁷ **Jauernig/Berger/Mansel**, §1355 Rn.2; **Eckebrecht – Scholz/Kleffmann/Motzer**, Teil A, Rn.27.

²⁸ **MüKoBGB/von Sachsen Gessaphe**, §1355, Rn.12; **Hk-BGB/Kemper**, §1355, Rn.2; **Eckebrecht – Scholz/Kleffmann/Motzer**, Teil A, Rn.27; **Göppinger/Börger**, Teil 8, Rn.1. Yükümlülük görüşü bakımından karşı. **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.26. Böyle bir yükümlülük bulunmamasına rağmen kanun koyucunun amacı birlik ilkesinin uygulanması olduğundan bu ilkenin teşvik edildiği yönünde **Hepting**, s.116.

²⁹ **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.26.

maya göre, aile adının belirlenmesi kesin nitelik taşıır. Adın belirlenmesinden sonra evliliğin devamı sırasında belirlenen adın değiştirilmesi mümkün değildir.³⁰

a. Birlik İlkesi Kapsamında Aile Adının Belirlenmesi

BGB §1355/1 S.1-2 anlamında bir aile adı belirlenerek bu adın kullanılmasına karar verilmişse aile adının nasıl belirleneceği BGB §1355/2'de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme aile adının belirlenmesinde farklı seçim olanakları içerir. Kanun koyucu, ortak aile adına tabi olma konusunda sergilediği özgürlükçü tavrı aile adının belirlenmesi konusunda kısmen devam ettirmiştir.

BGB §1355/2'de, eşlere sunulan ilk olanak eşlerden birinin doğum yoluyla elde ettiği soyadının aile adı olarak belirlenmesidir³¹. BGB 1355/6 gereğince doğum belgesinde yer alan soyadı sadece bir tek kelimedenden oluşmaktaysa bu durumda herhangi bir sorunla karşılaşılmaz. Aynı sonuç doğal olarak sahip olunan çift soyadı bakımından da geçerlidir³². Seçilen soyadı, nüfus idaresine beyan edilerek aile adı niteliği kazanır. Aile adı olarak erkeğin soyadının seçilmesi durumunda kadın evlenme sonucunda kendi soyadını kaybeder.

Diğer bir olanak ise nüfus idaresine başvuru sırasında eşlerden birinin sahip olduğu güncel soyadının aile adı olarak belirlenmesidir. Hiç şüphesiz ki, kanunda belirtilen güncel soyadı ile doğum yoluyla elde edilen soyadının örtüşmesi mümkündür³³. Nüfus idaresine yapılan beyan sırasında doğum belgesinde yer alan soyadı aynen korunmuşsa böyle bir durumda doğum yoluyla elde edilen soyadı ile güncel soyadı örtüştüğünden kanunda ayrı bir olanak olarak gösterilen yollar kesişir. Erkeğin güncel soyadının aile adı olarak seçilmesi durumunda, kadın kendi soyadını kaybetmiş olur. Ancak, soyadının kaybedilmesi kanun tarafından dayatılmış zorunlu bir sonuç olmayıp, özgür irade ile yapılan bir seçimin doğal sonucu olarak gerçekleşir.

BGB §1355/2 kapsamında aile adının belirlenmesi amacıyla iki seçim olanaklı tanınmıştır. Buna göre, eşlerden birinin doğum yoluyla elde ettiği soyadı ya da nüfus idaresine yapılacak beyan sırasında sahip olunan güncel soyadından birinin

³⁰ **Eckebrecht – Scholz/Kleffmann/Motzer**, Teil A, Rn.31; **MüKoBGB/von Sachsen Gessaphe**, §1355, Rn.12; **Jauernig/Berger/Mansel**, §1355 Rn.3; **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.29. Aile adı belirlendikten sonra yapılacak değişikliklerin ancak özel düzenleme niteliğine sahip NamÄndG kapsamında mümkün olabileceği yönünde bkz. **Hk-BGB/Kemper**, §1355, Rn.8. Aile adının değiştirilmesi talebini sadece yabancı hukuk bakımından değerlendiren görüş için bkz. **Jauernig/Berger/Mansel**, §1355 Rn.3.

³¹ Bu olanaktan yararlanılması için evlenme sırasında sahip olunan soyadı ile doğum belgesinde yer alan soyadının örtüşmesinin zorunlu olmadığı yönünde **Hk-BGB/Kemper**, §1355, Rn.2.

³² **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.33a; **MüKoBGB/von Sachsen Gessaphe**, §1355, Rn.14; **Hk-BGB/ Kemper**, §1355, Rn.6a.

³³ **MüKoBGB/von Sachsen Gessaphe**, §1355, Rn.15.

seçilerek aile adı olarak kullanılması mümkündür³⁴. Bunun dışında kadın ve erkeğin soyadlarının bir bölümünün ya da tamamının birleştirilmesi yoluyla yeni bir aile adı oluşturulamaz.

Aile adının belirlenmesi amacını taşıyan beyan eşler tarafından nüfus idaresine yöneltilerek kullanılır³⁵. Beyanda bulunma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği taşır. Bu nedenle temsil yoluyla beyanda bulunulamaz³⁶. Eşler, birlikte beyanda bulunabilecekleri gibi aynı yöndeki beyanlarını ayrı ayrı da yöneltebilirler. Söz konusu beyan yenilik doğurucu niteliğe sahip olduğu için koşullu ya da süreye bağlanamaz³⁷. Kural olarak beyanın evlenme sırasında yapılması aranırken, evlenmeden önce, özellikle evlenme başvurusu sırasında da aile adının belirlenmesi amacıyla beyanda bulunulabilir. Ancak, evlenmeden önce yapılan beyan, evlenme gerçekleşinceye kadar bağlayıcı değildir³⁸. Diğer bir söyleyişle, evlenme gerçekleşinceye kadar yapılan seçimden serbestçe dönülebilir. Aynı zamanda evlenmenin gerçekleşmesinden sonra da beyanda bulunulması mümkündür. Beyanın yapılma zamanı hukuki etki bakımından önem taşımaz. Evlenme sonrasında yapılan beyan da aynı sonucu doğurur. Buna karşılık, zamanın etkisi beyanın şekli bakımından ortaya çıkar. Evlenme sırasında yapılan beyan için şekil şartı aranmazken, daha sonra yapılacak beyan resmi olarak onaylanmalıdır (BGB §1355/3 S.2).

Aile adının belirlenmesine ilişkin beyan özel hukuk hükümleri kapsamında düzenlenmesine karşılık kişisel durum üzerindeki etkisi nedeniyle kamu hukuku alanında da sonuçlar doğurur. Bu nedenle de, özel hukuk ve kamu hukukunun birleşme noktasında yer alır³⁹.

³⁴ Alman hukukunda kural olarak aile adı tek bileşenden oluşur. Çift bileşenli aile adlarına izin verilmez. Bu doğrultuda, evlenme yoluyla çift bileşenli aile adlarının oluşumuna dayanak oluşturmamak için BGB §1355/2'de doğum yoluyla sahip olunan soyadı ya da beyan sırasında sahip olunan güncel soyadından birinin seçilebileceği belirtilmiştir. Kanunda tanınan seçim hakkı söz konusu soyadlarından birinin bütün hâlinde kabul edilmesini gerektirir. Bu soyadlarının birbirine eklenmesi yoluyla çift bileşenli yeni bir aile adı oluşturulması mümkün değildir. Bkz. MüKoBGB/von Sachsen Gessaphe, §1355, Rn.17; Hk-BGB/Kemper, §1355, Rn.6a; Staudinger/Voppel, §1355, Rn.33; Ekebrecht – Scholz/Kleffmann/Motzer, Teil A, Rn.27. Anayasal açıdan değerlendirme için karşı. BVerfG 1 BvL 23/96 (FPR 2002, s.150). Ayrıca karşı. Spiegelhalder, s.2; Göppinger/Börger, Teil 8, Rn.1.

³⁵ Beyanın sözlü olarak yapılabileceği yönünde Staudinger/Voppel, §1355, Rn.38.

³⁶ MüKoBGB/von Sachsen Gessaphe, §1355, Rn.20; Staudinger/Voppel, §1355, Rn.38.

³⁷ Staudinger/Voppel, §1355, Rn.27, 38; MüKoBGB/von Sachsen Gessaphe, §1355, Rn.19.

³⁸ MüKoBGB/von Sachsen Gessaphe, §1355, Rn.19.

³⁹ Staudinger/Voppel, §1355, Rn.27; OLG Celle 18 Wx 3/81 (FamRZ 1982, s.267). Beyanın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu yönünde Ekebrecht – Scholz/Kleffmann/Motzer, Teil A, Rn.31. Kamu hukuku karakterli bir irade açıklaması niteliği taşıdığı yönünde OLG Stuttgart 8 W 373/86 (NJW-RR 1987, s.455); BayObLG 3 Z BR 28/92 (NJW 1993, s.337).

b. Aile Adının Belirlenmesinin Sonuçları

Geçerli bir şekilde yapılan beyan üzerine hangi eşin soyadı seçilmişse, o soyadı aile adı niteliği kazanır ve kişisel bir değer olarak eşlerden her birinin kişilik hakkının koruyucu kapsamındaki yerini alır⁴⁰. Diğer eş, aile adı üzerinde BGB §12 anlamında hak sahibi olarak kabul edildiğinden soyadına yönelik saldırılar karşısında tek başına hukuki yollara başvurabilir. Söz konusu koruma üçüncü kişilere karşı olabileceği gibi kendi soyadı aile adı olarak seçilen eşe karşı da etkilidir⁴¹.

Aile adına tabi olma, kendi soyadını terk eden eş bakımından geçici nitelikli bir hukuki durum değildir. Kanun koyucu, aile adını düzenlerken hukuki ve fiili aile ilişkilerinin sürekliliği düşüncesinden hareket etmiştir. Evlenmenin sona ermesi durumunda aile adının kullanılmasını düzenleyen BGB §1355/5 S.1 hükmü bu düşüncenin en açık yansımaları oluşturur. Özellikle boşanmaya rağmen evlenme yoluyla kazanılan aile adının korunması olanağını tanıyan kanun koyucu, bu düzenleme ile aile adının geçici olmadığını bir kez daha ortaya koymuştur.

Aile adının belirlenmesinden sonra, BGB §1353/1 S.2 gereğince, belirlenen adın kullanılması yükümlülüğü doğar⁴². Aile adının kullanılması eşler bakımından hak olduğu gibi aynı zamanda yükümlülük niteliği de taşır. Diğer eşin soyadını aile adı olarak kabul eden eş, bundan böyle hukuki ve fiili ilişkilerinde aile adı ile anılır. Üçüncü kişiler, eşlere aile adı ile hitap etme hakkına sahip oldukları gibi eşler de birbirlerine aynı ad ile hitap ederler. Kendi soyadını terk eden eşin, hukuki ilişkilerde aile adı ile anılmasına rağmen fiili ilişkilerde kendi soyadını kullanma talebi, haklı bir talep olarak görülmez.

Diğer eşin soyadını aile adı olarak kabul eden eş, bundan böyle aile adına tabi olmakla birlikte kendi soyadını da aile adının önüne ya da sonuna ekleyerek kullanma hakkına sahiptir. BGB §1355/4 ile öngörülen "ekleme" hakkının kullanılması için aile adının belirlenmiş olması gerekir. Eşler, evlenmeye rağmen kendi soyadlarını korumaktaysa BGB §1355/4'de tanınan ekleme hakkından yararlanılamaz⁴³.

Ekleme hakkı nüfus idaresine yöneltilecek beyan yoluyla kullanılır. Beyanda bulunmak için kanunda herhangi bir süre öngörülmediğinden her zaman beyanda bulunulması mümkündür⁴⁴. Söz konusu hak, diğer eşin soyadının aile adı olarak be-

⁴⁰ BVerfG 1 BvR 193/97 (NJW 2004, s.1155); BGH XII ZR 204/02 (NJW-RR 2005, s.1521). Kendi soyadını terk ederek diğer eşin soyadını aile adı olarak kabul eden eşin, aile adı üzerinde kendine ait bağımsız hak sahibi olduğu yönünde **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.28; BGH XII ZR 204/02 (FamRZ 2005, s.1658); BVerfG 1 BvR 193/97 (NJW 2004, s.1155).

⁴¹ MüKoBGB/**von Sachsen Gessaphe**, §1355, Rn.21.

⁴² **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.30; MüKoBGB/**von Sachsen Gessaphe**, §1355, Rn.21.

⁴³ Hk-BGB/**Kemper**, §1355, Rn.9-13; **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.58; MüKoBGB/**von Sachsen Gessaphe**, §1355, Rn.24.

⁴⁴ **Jauernig/Berger/Mansel**, §1355 Rn.4; **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.74.

lirlenmesi sonucunda kendi soyadından vazgeçen eşe tanınmış olup; doğum yoluyla elde edilen ya da aile adı belirlenmesi sırasında sahip olunan soyadının aile adına eklenmesine hizmet eder. Beyanda bulunma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği taşır ve diğer eşin katılımına gerek görülmediği için onun karşı çıkmasına rağmen hakkın kullanılmasyla birlikte arzu edilen sonuç sağlanır⁴⁵.

2. Eşlerin Kendi Soyadlarını Koruması

Aile adı seçiminin herhangi bir sebeple başarısızlıkla sonuçlanması⁴⁶ ya da böyle bir soyadı seçme iradesinin bulunmaması durumunda eşlerden her biri evlenmeye rağmen kendi soyadını korumaya devam eder. BGB §1355/1 S.3 ile kastedilen evlenme sırasında sahip olunan soyadıdır. Söz konusu soyadı doğum yoluyla kazanılmış olabileceği gibi daha sonra herhangi bir nedenle değişikliğe uğramış olan soyadı da olabilir⁴⁷.

Yukarıda açıklandığı üzere kanun koyucunun öncelikli amacı aile adında birlik ilkesi kapsamında eşlerin ortak bir aile adı almasıdır. Buna karşılık, ortak aile adı yerine kendi soyadını kullanmak isteyen eşler bakımından herhangi bir dayatma öngörülmemiş, BGB §1355/1 S.3 hükmü ile kendilerine bu olanak sağlanmıştır.

Aile adının seçiminden sonra eşlerin kendi soyadlarına dönmelerine izin vermemen kanun koyucu, aile adında birlik ilkesine verdiği önem nedeniyle, kendi soyadını koruma kararı alan eşlerin, her zaman bu kararlarından dönerek ortak aile adı belirlemelerini mümkün kılmıştır (BGB §1355/3 S.2).

Eşlerin aile adına sahip olmaları durumunda ortak çocuklarının da söz konusu aile adına tabi olması gerektiği hususu tartışmadan uzaktır⁴⁸. Kanun koyucu bu genel kurala BGB §1616'da yer vermiştir. Buna karşılık, eşlerin kendi soyadlarını koruması durumunda ortak çocuklarının hangi soyadını alacağı hususu ise tartışmaya açıktır. Kanun koyucu bu durumu eşlerin velayet hakkına birlikte sahip olup olmadıkları ayırımına göre BGB §1617 vd. düzenlemiştir. BGB §1617/1'e göre, ana ve baba velayet hakkına birlikte sahip olup, farklı soyadları kullanmaktaysa; çocuğun soyadı ana ve baba tarafından nüfus idaresine yapılacak beyan ile belirlenir. Çocuğun soyadının belirlenmesi beyan sırasında ana ve babanın sahip oldukları soyadlarından birinin seçilmesiyle gerçekleşir. Buna karşılık, ana ve baba ortak bir aile adına sahip olmadığı

⁴⁵ **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.61; MüKoBGB/**von Sachsen Gessaphe**, §1355, Rn.29.

⁴⁶ Aile adı seçiminin başarısızlıkla sonuçlanması çoğu zaman kanunda belirtilen usule uyulmaması ya da kanunda seçim hakkı kapsamına dahil edilmiş soyadları dışında başka bir soyadının seçilmesinden kaynaklanmaktadır. Karş. MüKoBGB/**von Sachsen Gessaphe**, §1355, Rn.23. Bunun yanında, seçimin başarısızlıkla sonuçlanmasının hukuken önem taşımadığı, evlenmenin gerçekleşmesinden sonra dahi her zaman aile adı seçiminin yapılabileceği yönünde **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.54.

⁴⁷ **Staudinger/Voppel**, §1355, Rn.53.

⁴⁸ Hk-BGB/**Kemper**, §1616, Rn.1; **Wendt**, Friedrich – **Scholz/Kleffmann/Motzer**, Teil U, Rn.30.

gibi çocuğun velayeti de bunlardan sadece birinde bulunmaktaysa, böyle bir durumda çocuk kimin velayeti altındaysa doğum anında onun sahip olduğu soyadını alır (BGB §1617a)⁴⁹.

C. Evlenmenin Sona Ermesi Durumunda Kadının Soyadı

Adın sürekliliği ilkesinin bir yansımasını oluşturan BGB §1355/5 S.1'e göre, evlenmenin ölüm ya da boşanma yoluyla sona ermesi durumunda sağ kalan ya da boşanan eş, evlenme yoluyla sahip olduğu aile adını korur. Söz konusu sonuç, diğer eşin soyadını aile adı olarak seçen eşin, aile adı üzerinde kendisine ait bağımsız bir hak sahibi olmasıyla doğrudan bağlantılıdır⁵⁰. Bu nedenle, ölüm ya da boşanma durumunda, sahip olduğu aile adını korumak isteyen tarafın herhangi bir beyanda bulunması gerekmediği gibi kendi soyadı aile adı olarak belirlenmiş olan eski eşin de rızası aranmaz⁵¹. Ancak, aile adını kullanma hakkına sahip olan taraf, doğum yoluyla kazanmış olduğu soyadına ya da aile adını almadan önceki soyadına dönmek isterse, nüfus idaresine yapacağı beyan ile arzu ettiği sonucu elde edebilir. Bunun yanında, aile adının da korunması isteniyorsa, doğum yoluyla kazanılan soyadının veya aile adının belirlenmesi sırasında sahip olunan soyadının, aile adının önüne ya da arkasına eklenerek kullanılması da mümkündür (BGB §1355/5 S.2).

BGB §1355/5 sadece ortak bir aile adı kullanan eşler bakımından uygulama alanına sahiptir. Söz konusu düzenleme ile tanınan olanaklar yorum ya da kıyas yoluyla aile adı seçmeyen eşlere uygulanmaz. Evlenmeye rağmen kendi soyadlarını koruyan eşler, evlenmenin sona ermesinden etkilenmezler. Her biri sahip olduğu bağımsız soyadını kullanmaya devam eder⁵².

III. İsviçre Hukuku Bakımından

A. Genel Olarak

İsviçre hukukunda 31.12.2012 tarihine kadar yürürlükte olan düzenlemeler kapsamında "aile adı" olarak kocanın soyadına üstünlük tanınmış ve evlenmenin

⁴⁹ Açıklamalar için bkz. MüKoBGB/**von Sachsen Gessaphe**, §1617-1617a; Hk-BGB/**Kemper**, §1617-1617a; **Wendt – Scholz/Kleffmann/Motzer**, Teil U, Rn.32-70; **Hepting**, s.117.

⁵⁰ Bu sonucu adın sürekliliği ilkesi ve evlenmenin kişisel sonuçları ile bağlantılı olarak açıklayan görüş için bkz. MüKoBGB/**von Sachsen Gessaphe**, §1355, Rn.33.

⁵¹ Boşanmaya rağmen aile adını kullanmaya devam eden eski eşin, aile adını kullanmaktan men edilemeyeceği yönünde Hk-BGB/**Kemper**, §1355, Rn.14; BGH XII ZR 204/02 (NJW-RR 2005, s.1521). Hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek istisnai durumlar dışında boşanma sonrasında aile adının kullanılmasının yasaklanamayacağı yönünde **Göppinger/Börger**, Teil 8, Rn.1. Boşanmadan sonra aile adının kullanılmayacağına ilişkin eşler arasında yapılan sözleşmeleri geçerli kabul eden Federal Mahkeme kararı için bkz. BGH XII ZR 185/05 (NJW 2008, s.1528). Aynı yönde **Jauernig/Berger/ Mansel**, §1355 Rn.5.

⁵² MüKoBGB/**von Sachsen Gessaphe**, §1355, Rn.34.

kadının soyadının değişmesi bakımından zorunlu bir sebep oluşturduğu kabul edilmiştir. Kadının soyadı, özellikle 1984 revizyonunun en tartışmalı konularından birini oluştururken; yoğun tartışmalar sonucunda soyadı bakımından cinsiyet farkını ortadan kaldıran bir düzenleme getirilememiştir. 1994 yılında yeniden başlayan parlamenter girişimler 2003 yılında yeni bir eğilim kazanmış, uzun ve tartışmalı bir süreç sonucunda kadın-erkek eşitliğini öngören yeni düzenlemeler 30.09.2011 tarihinde kabul edilmiştir⁵³. Gerçekleştirilen revizyon sonrasında 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenlemeler ile “soyadının değişmezliği” ilkesi benimsenmiştir. Böylece, kadını, kocasının soyadını almaya zorlayan “aile adında birlik” ilkesi İsviçre kanun koyucusu tarafından terk edilmiştir⁵⁴.

Söz konusu düzenleme ile soyadının değişmezliği ilkesinden hareket eden kanun koyucunun, kadının doğum yolu ile kazandığı soyadını tüm hayatı boyunca kullanmasını sağlayarak aile hukuku alanında gerçekleştirilen yenilikler kapsamında “soyadı” bakımından da kadın-erkek eşitliğini tam olarak gerçekleştirdiği kabul edilir⁵⁵. Eski düzenlemeye göre aile adının belirlenmesinde erkeğin soyadı esas alınmıştır (aZGB Art.160/1). Aile adı olarak kocanın soyadı kabul edilmesine karşılık kadına da nüfus memuruna yapacağı beyan ile kendi soyadını aile adının önünde kullanma hakkı tanınmıştır (aZGB Art.160/2). Bununla birlikte, zaten iki soyadı kullanmakta olan kadın bakımından ise bu soyadlarından sadece ilk sıradakini aile adının önünde kullanması mümkün kılınmıştır (aZGB Art.160/3).

Bu düzenlemeye yöneltilen yoğun eleştiriler sonrasında bir tarafta İsviçre Federal Anayasası'nın “Kanun önünde eşitlik” kenar başlığını taşıyan 8.maddesini⁵⁶, diğer taraftan Federal Mahkeme kararlarını⁵⁷ dikkate alan kanun koyucu yeni bir düzenle-

⁵³ Açıklamalar için bkz. **Geiser**, Thomas: “Das neue Namensrecht und die Kindes- und Erwachsenen-schutzbehörde”, ZKE 2012, N.2.4 – 2.9; **Aebi-Müller**, Regina E.: “Das neue Familienamensrecht-eine erste Übersicht”, SJZ 108/2012, s.449; **Schwenzler**, Ingeborg (Hrsg.): FamKomm Scheidung, Bd.I: ZGB und Bd.II: Anhänge, Bern 2010, **Büchler**, Andrea, Art.119, N.13-16; **Hegnauer**, Cyril: “Neues Namensrecht in Sicht- Für eine überzeugende und zeitgemässe Neuordnung”, NZZ 2007, Nr.271, s.20; **Fassbind**, Patrick/**Spring**, Monika: “Revisionsbedürftiges Namensrecht”, SJZ 103/2007, s.267, 268; BSK ZGB-I/ **Bühler**, Art.160, N.3.

⁵⁴ **Geiser**, N.3.2; **CHK-ZGB/Zeiter**, Alexandra, Art.160, N.1; **Aebi-Müller**, s.449. Yeni düzenleme ile birlikte evlenmenin eşlerin soyadı üzerinde etkisi kalmadığı yönünde **Graf-Gaiser**, Cora: “Das neue Namens- und Bürgerrecht”, FamPra 2013, s.253. Eski düzenleme kapsamında aile adında birlik ilkesi bakımından karşı. BSK ZGB-I/**Bühler**, Art.160, N.1.

⁵⁵ **Graf-Gaiser**, s.254. Yeni düzenlemenin aynı zamanda adın sürekliliğini sağlayarak uygulamada kolaylık getirdiği ve adın ayırt edici niteliğini tam olarak yansıttığı yönünde **Geiser**, N.3.2.

⁵⁶ Kadın-erkek eşitliğini düzenleyen İsviçre Federal Anayasası m.8/3'e göre; “Erkek ve kadın eşit haklara sahiptir. Kanun, erkek ve kadın arasındaki hukuki ve fiili eşitliği, özellikle aile, eğitim ve çalışma alanında güvence altına alır. Erkek ve kadına aynı oranda çalışma karşılığında eşit ödeme yapılır”.

⁵⁷ aZGB Art.160'da kabul edilen erkeğin soyadı esası üzerine kurulmuş aile adı rejiminin Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aykırı olduğu yönünde BGE 136 III

me ile evlenmeye bağlı olarak oluşan zorunlu soyadı değişimine son vermiştir⁵⁸. Söz konusu düzenlemenin amacı, soyadı bakımından kadın-erkek eşitliğini sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda doğum yoluyla kazanılan soyadının değişmezliği kanun tarafından güvence altına alınmıştır⁵⁹.

B. Evlenmenin Kadının Soyadı Üzerindeki Etkisi

“Evliliğin genel hükümleri” bölümünde “Soyadı” kenar başlığı altında yer verilen yeni düzenlemeye (ZGB Art.160) göre;

“Eşlerden her biri kendi soyadını korur.

Nişanlılar, nüfus memuruna yapacakları beyan ile içlerinden birinin soyadını aile adı olarak taşıyabilirler.

Nişanlılar, kendi soyadlarını korumaları durumunda çocuklarının hangi soyadını taşıyacağına karar verirler. Somut olayın koşullarının haklı göstermesi durumunda nüfus memuru nişanlıları böyle bir yükümlülüğten muaf tutabilir”.

Yeni düzenleme ile evlenme sonrasında hangi soyadının taşınacağına ilişkin olarak bir seçim hakkı tanınmıştır. Soyadı bakımından öngörülen bu seçim hakkı klasik İsviçre öğretisi ve uygulamasında kabul edilen görüşlere uzak olup, 19.yüzyıl itibarıyla oluşan yabancı hukukların etkisi sonucunda İsviçre hukukuna taşınmıştır⁶⁰. Seçim hakkının kullanılması nişanlıların tasarrufunda olup, herhangi bir gerekçeye dayanırılması zorunlu değildir. Önemli olan husus tarafların ortak iradelerinin ortaya ko-

168; BGer 5A.4/2005 (CHK-ZGB/**Zeiter**, Art.160, N.1); BGer 5F_4/2011 (**Aebi-Müller**, s.449, dn.4). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 7 No'lu Protokolü'nün “Eşler arasında eşitlik” kenar başlığını taşıyan 5.maddesi, “Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu Madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez” hükmünü içermektedir. İsviçre ise söz konusu maddeye çekince koymuştur. Bkz. **Seiler**, Hansjörg: “Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: Hüter der Menschenrechte, Appellationsinstanz oder Verfassungsgeber?”, ZBl 113/2012, s.239; **Biaggini**, Giovanni: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, s. 908. Buna karşılık özellikle “Burghartz-İsviçre” davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kocanın soyadını aile adı olarak kabul eden aZGB Art.160 hükmünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “Özel hayatın ve aile hayatının korunması” kenar başlıklı 8.maddesi ile “Ayrımcılık yasağı” kenar başlığını taşıyan 14.maddesine ve Ek 7 no'lu Protokol'ün 5.maddesine aykırı bulmuştur. Bu doğrultuda, İsviçre tarafından söz konusu 5.maddeye konulan çekincenin uygulamada önem taşımadığı ifade edilmektedir. Bu yönde **Seiler**, s.240.

⁵⁸ Soyadı değişikliğini evlenmenin zorunlu bir sonucu olarak öngören ve aile adı olarak erkeğin soyadını kabul eden eski düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunu belirterek, bu alanda kapsamlı ve esaslı bir reform yapılması gerektiği yönünde eleştiriler için bkz. **Hegnauer**, s.20. Benzer yönde **Fassbind/Spring**, s.265; BSK ZGB-I/**Bühler**, Art.160, N.2, 3.

⁵⁹ **Geiser**, N.3.1.

⁶⁰ **Geiser**, N.3.4.

nulmasıdır. Nişanlılar, evlenmeden sonra kendi soyadlarını korumak yerine ortak bir aile adı seçme iradesine sahiplerse, bu seçimlerini evlenmenin kurulmasından önce nüfus memuruna bildirmeleri gerekir. Evlenme sözleşmesinin kurulmasından sonra “eş” sıfatını kazanan taraflar, bu sıfatla aile adı seçiminde bulunamazlar⁶¹.

Bu doğrultuda, evlenmenin kadının soyadı üzerindeki etkisi değerlendirilirken ikili bir ayırım yapılır.

1. Kural Olarak Kadının Soyadını Koruması

ZGB Art.160/1'den anlaşıldığı üzere evlenmenin, eşlerin soyadı üzerindeki etkisi kural olarak ortadan kalkmıştır. Eşler, evlenmeye rağmen kendi soyadlarını taşımaya devam ederler. Diğer bir söyleyişle, doğumdan ölüme kadar geçerli olan soyadının değişmezliği ilkesinin uygulanması bakımından evlenme bir istisna olarak görülmez⁶².

Kanunda kullanılan “kendi soyadı” ifadesinin ne anlama geldiği tartışmaya açıktır. Bu ifade ile ilk evliliğin kurulduğu sırada sahip olunan soyadının, diğer bir söyleyişle bekârlık soyadının kastedildiği kabul edilir⁶³.

İsviçre hukukunda 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren diğer bir yeni düzenleme de ZGB Art.270'de yer alır. ZGB Art.160 ile bir taraftan soyadının değişmezliği ilkesini kabul eden İsviçre kanun koyucusu diğer taraftan da eşlerden birinin soyadını aile adı olarak seçme hakkı tanırken, yeni düzenlemenin çocuğun soyadı bakımından etkilerini de özel olarak düzenlemiştir.

ZGB Art.160/3 S.1'e göre, nişanlıların kendi soyadlarını korumaları durumunda çocuklarının hangi soyadını taşıyacağına karar vermeleri gerekir⁶⁴. Aynı doğrultuda, ZGB Art.270/1'e göre, ana ve baba evli olup farklı soyadı taşımaktaysa, çocuk, ana ve babanın evlendikleri sırada kendisine verilmesini kararlaştırdıkları soyadını alır. Bununla birlikte ilk çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde ana ve baba, çocuğun, diğerinin soyadını alması hususunda başvuruda bulunabilir (ZGB Art.270/2). Ana ve babanın ortak aile adına sahip olmaları durumunda ise çocuk da bu soyadını alır (ZGB Art.270/3).

Eşlerin, içlerinden birinin soyadını aile adı olarak belirlemeleri durumunda or-

⁶¹ Geiser, N.3.5; Aebi-Müller, s.450.

⁶² Aebi-Müller, s.450.

⁶³ Geiser, N.3.3, 3.7.

⁶⁴ Evlenmenin gerçekleşmesinden önce tarafların ileride doğacak çocuklarının hangi soyadını taşıyacağına karar vermesini gerekli kılan bu düzenlemenin ileride eşler arasında doğabilecek tartışmaları engelleme amacı taşıdığı; henüz evlenmenin gerçekleşmediği dönemde çocukların hangi soyadını taşıyacakları hususunda taraflarca daha rahat ve kolay karar verilebileceği yönünde Graf-Gaiser, s.255; Geiser, N.3.8.

tak çocukların hangi soyadını taşıyacağı hususu tartışmaya yer vermeyecek biçimde açıktır. Buna rağmen, kanun koyucu bu durumu ZGB Art.270/3'de ayrıca düzenlemiştir. Söz konusu düzenleme olmasaydı dahi ortak soyadını taşıyan ana ve babadan dünyaya gelen çocukların aile adını almaları gerektiği sonucuna ulaşılması mümkün olmakla birlikte tartışmaya açık olan husus ana ve babanın kendi soyadlarını korudukları bir durumda ortak çocuğun bu soyadlarından hangisini taşıyacağıdır. Kanun koyucu ise bu konuya ilişkin olarak birbiri ile bağlantılı iki düzenlemeye yer vermiştir. ZGB Art.160/3 S.1 ve ZGB Art.270/1 gereğince, nişanlılar evlenmeye rağmen kendi soyadlarını korumayı kararlaştırmışlarsa ortak çocuklarının hangi soyadını taşıyacağını nüfus memuruna bildirirler. Evlenme sözleşmesinin kurulmasından önce yapılacak bu beyanda ortak çocuğun kadın ya da erkeğin soyadından hangisini alacağı açıklanır⁶⁵. Kadın ya da erkeğin soyadı dışında çocuğa üçüncü kişinin soyadı verilemeyeceği gibi çocuk için karma bir soyadı da oluşturulamaz.

Nişanlılar, evlenmeden sonra kendi soyadlarını korumayı kararlaştırmışlarsa, böyle bir durumda çocuğun hangi soyadını alacağını nüfus memuruna bildirmekle yükümlüdürler. Buna karşılık, somut olayın koşullarının haklı göstermesi durumunda nüfus memurunun nişanlıları böyle bir yükümlülükten muaf tutması mümkündür. Nüfus memuruna tanınan takdir yetkisi durumun gereklerine göre kullanılır. Özellikle, kadının üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olduğunun kanıtlanması durumunda nüfus memuru takdir yetkisini kullanarak bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldıracaktır⁶⁶.

2. Aile Adının Belirlenmesi

Kural olarak, eşler evlenmeden önceki soyadlarını evlenmeden sonra da korumalarına karşı eşlerin ortak bir soyadı altında aile hayatını sürdürme düşüncesine sahip olabileceğini de gözden uzak tutmayan kanun koyucu, eşlere, içlerinden birinin soyadını aile adı olarak kullanma hakkını tanımıştır (ZGB Art.160/2).

Ortak aile adı taşımaya yönelik irade evlenmeden önce nüfus memuruna beyan edilir. Beyanın yazılı ya da sözlü olarak gerçekleştirileceğini kabul eden görüş⁶⁷ karşısında 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren ZStV Art.12'den hareket eden diğer bir görüş⁶⁸ ise yazılı beyanın varlığını aramaktadır. Görüşlerden hangisinin benimsendi-

⁶⁵ Söz konusu beyanın sözlü ya da yazılı olarak yapılabileceği yönünde CHK-ZGB/**Zeiter**, Art.160, N.4.

⁶⁶ **Geiser**, N.3.9. Ancak istisnai durumlarda bildirim yükümlülüğünün ortadan kaldırılabilmesine ilişkin bkz. CHK-ZGB/ **Zeiter**, Art.160, N.4. Karş. **Graf-Gaiser**, s.256.

⁶⁷ CHK-ZGB/**Zeiter**, Art.160, N.2. Evlenmeden önce nüfus memuruna yönelik herhangi bir beyanda bulunulmamışsa evlenmenin gerçekleşmesiyle birlikte eşlerin soyadı bakımından ZGB Art.160/1 düzenlemesi doğrudan doğruya uygulanır. Bkz. **Graf-Gaiser**, s.254.

⁶⁸ **Graf-Gaiser**, s.254.

ğinden bağımsız olarak tartışmasız olan husus aile adı seçimine ilişkin beyanın açık olmasıdır. Örtülü beyan yeterli değildir⁶⁹.

Evlenmeden önce kendilerine tanınan bu hakkı kullanmayarak önceki soyadlarını koruyan eşler, daha sonra ortak bir aile adı kullanmak istediklerinde ZGB Art.30'da düzenlenen adın değiştirilmesi hükümleri uygulama alanı bulabilir. Bu yolla eşlerden her ikisinin de soyadı değiştirilerek ortak bir aile adının kullanılması mümkündür⁷⁰.

ZGB Art.160/2'de tanınan seçim hakkı sadece nişanlıların soyadlarını kapsar. Diğer bir söyleyişle, aile adı olarak nişanlılar kendi soyadları arasında bir seçim yaparlar. Bunun dışında, üçüncü kişinin soyadı aile adı olarak seçilemeyeceği gibi nişanlıların soyadlarından oluşan karma bir aile adı da oluşturulamaz. Kanun, sadece nişanlılardan birinin bekârlık soyadının aile adı olarak seçilmesine olanak tanıırken; aile adı olarak seçilecek bu soyadının kan bağına ya da evlat edinmeye dayalı olarak kazanılması veya adın değiştirilmesi yoluyla elde edilmesi arasında fark bulunup bulunmadığı hususunu tartışmaya açık bırakmıştır⁷¹. Yeni düzenlemenin amacı adın değişmezliği ilkesini uygulamaya geçirmek olduğuna göre aile adı olarak seçilecek soyadının eşlerden birinin kalıtımsal (soydan gelen) olarak sahip olduğu soyadı biçiminde anlaşılması mümkündür. Söz konusu soyadı da kural olarak doğum belgesinde yer alan soyadıdır⁷².

Yeni düzenleme kapsamında kadının evlenmekle birlikte çift soyadı kullanma olanağı ortadan kalkmıştır⁷³. aZGB Art.160/2'ye göre, önceki soyadını, aile adının önünde kullanma hakkına sahip olan kadın, yürürlükteki düzenleme gereğince bu

⁶⁹ Özellikle, diğerinin soyadını kabul eden tarafın beyanda bulunduğu fakat kendi soyadı ortak aile adı olarak seçilen tarafın herhangi bir beyanın bulunmadığı durumlarda ZGB Art.160/2'nin uygulanması mümkün değildir. Aile adının belirlenmesi, evlenmeden önce tarafların birlikte yapacakları irade beyanı ile gerçekleşir. Bkz. **Geiser**, N.3.5.

⁷⁰ CHK-ZGB/**Zeiter**, Art.160, N.2; **Aebi-Müller**, s.450. Evlenmenin gerçekleşmesinden sonra da seçilmiş olan aile adının terkedilerek bekârlık soyadının alınmasının ancak ZGB Art.30 kapsamında gerçekleşebileceği yönünde **Graf-Gaiser**, s.255; **Geiser**, N.3.5; **Aebi-Müller**, s.450.

⁷¹ Kanunun açık ifadesi karşısında kadının önceki evliliği sonucunda kazandığı soyadının ortak aile adı olarak seçilemeyeceği yönünde **Graf-Gaiser**, s.254; **Geiser**, N.3.7; **Aebi-Müller**, s.450. Aksi yönde karşı. CHK-ZGB/**Zeiter**, Art.160, N.3. Kadın, aZGB Art.160/2 kapsamında çift soyadı taşımaktaysa ilk sıradaki soyadının aile adı olarak seçilmesinin mümkün olduğu; buna karşılık, kadının evlenmeye bağlı olarak çift soyadına sahip olması ile doğal olarak çift soyadına sahip olması arasında ayırım yapılması gerektiği ve doğal olarak sahip olunan çift soyadının (örn: Schnyder von Wartensee), evlenme yoluyla sahip olunan çift soyadının aksine aile adı olarak seçilebileceği yönünde CHK-ZGB/**Zeiter**, Art.160, N.3..

⁷² Ana ve babanın sonradan evlenmesi ya da adın değiştirilmesi yoluyla elde edilen soyadının da doğum belgesinde gösterilen soyadından farklı olmasına rağmen aile adı olarak seçilebileceği yönünde **Geiser**, N.3.7. Bunlara ek olarak evlat edinme yoluyla kazanılan soyadını da bu kapsamda değerlendiren görüş için bkz. **Aebi-Müller**, s.450.

⁷³ **Graf-Gaiser**, s.253; **Aebi-Müller**, s.451.

hakkı kaybetmiştir. ZGB Art.160'da kadına ve erkeğe iki seçimlik hak tanınmıştır. Bunlardan birincisi soyadının değişmezliği ilkesi doğrultusunda eşlerin evlenmeden önceki soyadlarını korumalarıdır. Diğeri ise kadın ya da erkeğin soyadından birisinin aile adı olarak seçilmesi ve bundan böyle ortak olarak kullanılmasıdır. Kanun koyucu söz konusu olasılıklar dışında evlenmenin soyadı üzerindeki etkisi bakımından başka bir olasılık öngörmemiştir. Bununla birlikte eski düzenleme döneminde kanunun tanıdığı haktan yararlanılarak aile adının önünde kadının soyadının kullanılmasıyla oluşturulan çift soyadları yeni düzenleme kapsamında da geçerliliğini devam ettirmektedir⁷⁴.

ZGB Art.160/2 doğrultusunda nişanlılardan birinin soyadı aile adı olarak seçilmişse, bu seçim kesindir. Evlenme sözleşmesinin kurulmasından sonra, seçilen aile adı değiştirilemez ya da evlenmeden önceki soyadına dönülemez. Böyle bir durumda aile adının değiştirilmesi amacıyla ancak ZGB Art.30'a başvurulması mümkün olabilir⁷⁵.

C. Evlenmenin Sona Ermesi Durumunda Kadının Soyadı

Evlenmenin sona ermesi durumunda genel kural seçilen aile adının korunmasıdır. Diğer bir söyleyişle, evlenme sonucunda ZGB Art.160/2'ye göre soyadını değiştiren taraf, evlenmenin sona ermesinden etkilenmez. Sahip olduğu soyadını taşımaya devam eder⁷⁶. Genel kural, evlenme yoluyla kazanılan soyadının evlenmenin sona ermesine rağmen korunması olmakla birlikte aile adının değişmezliği kuralına bazı istisnalar da getirilmiştir. Bu istisnalardan biri evlenmenin ölüm yoluyla, diğeri ise boşanma yoluyla sona ermesine ilişkindir. Söz konusu istisnai durumlarda bekârlık soyadına dönmek isteyen taraf nüfus memuruna yapacağı beyan ile arzu ettiği sonucu elde edebilir. Böyle bir beyan olmadıkça, evlenmenin sona ermesi evlenme yoluyla kazanılan soyadı üzerinde etkili değildir.

Evlenmenin boşanma kararıyla sona ermesi durumunda tarafların hangi soyadını taşıyacakları hususu 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren ZGB Art.119'a tabidir. Söz konusu düzenleme her ne kadar boşanmaya bağlı sonuçları düzenlese de bünyesine uygun düşüğü ölçüde evlenmenin iptal kararıyla sona ermesi durumunda da uygulama alanı bulur⁷⁷.

ZGB Art.119'a göre, evlenme sonucunda soyadını değiştiren taraf, boşanmaya rağmen bu soyadını korumaya devam eder. Bununla birlikte nüfus memuruna yönel-

⁷⁴ **Aebi-Müller**, s.451; **CHK-ZGB/Zeiter**, Art.160, N.7. **Geiser**, N.3.3. Çift soyadının resmi bir ad olarak tüm resmi işlemlerde kullanılması gerektiği yönünde BGE 120 III 60; BGE 116 II 76.

⁷⁵ **CHK-ZGB/Zeiter**, Art.160, N.8.

⁷⁶ **Geiser**, N.3.11; **Graf-Gaiser**, s.275; **Aebi-Müller**, s.451.

⁷⁷ **Graf-Gaiser**, s.274.

tilecek beyan ile bekârlık soyadına dönülmesi de mümkündür. Beyanda bulunulması herhangi bir zaman sınırlamasına tabi değildir. Boşanma ya da iptal kararının kesinleşmesinden sonra her zaman böyle bir beyanda bulunulabilir⁷⁸.

Evlenmenin ölüm yoluyla sona ermesi durumunda tarafların hangi soyadını taşıyacakları ise yine 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren ZGB Art.30a'da düzenlenmiştir. Buna göre; eşlerden birinin ölümü hâlinde, evlenme sonucunda soyadını değiştiren eş, nüfus memuruna yapacağı beyan ile bekârlık soyadına dönebilir. Beyanda bulunmak için herhangi bir süre sınırı getirilmemiş olup her zaman böyle bir beyanda bulunulabilir. Eşlerden birinin ölümüne ilişkin olarak getirilen bu düzenleme evlenmenin gaiplik nedeniyle sona ermesi durumunda da uygulama alanına sahiptir⁷⁹.

ZGB Art.119 ve ZGB Art.30a ile tanınan hukuki olanak sadece bekârlık soyadına dönülmesini kapsar. Evlenme yoluyla elde edilen aile adı terk edilerek bekârlık soyadı dışında başka bir soyadı alınmak isteniyorsa bu durumda ileri sürülecek talep ZGB Art.30/1'e tabidir⁸⁰.

ZGB Art.160'ın yürürlüğe girmesi ile birlikte daha önce yapmış olduğu evlilik nedeniyle soyadını değiştirmek zorunda kalan kadın bakımından da evlenmeden önceki soyadını taşıma olanağı tanınmıştır (ZGB SchlT Art.8a)⁸¹. Bu amaçla nüfus memuruna yapılacak beyan yeterlidir⁸². Beyanda bulunmak için herhangi bir süre sınırı getirilmemiş olup, 01.01.2013 tarihinden itibaren her zaman beyanda bulunmak mümkündür.

IV. Türk Hukuku Bakımından

A. Genel Olarak

“Kadının soyadı” Türk hukukunun en tartışmalı konularından birini oluşturur. Eski kanun döneminde, evlenmenin eşlerin soyadı üzerindeki etkisi bakımından “aile adında birlik” ilkesi herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin benimsenmiştir. eMK m.153/1'de, kadının evlenmekle birlikte kocasının aile adını taşıyacağı düzenlemesini getiren kanun koyucunun, bir tarafta aile adında birlik ilkesini uygularken, diğer taraftan da aile adının belirlenmesinde kocanın soyadına üstünlük tanıdığı görülür.

⁷⁸ aZGB Art.119'da öngörülen bir yıllık süre bakımından karşı. FamKomm/**Büchler**, Art.119, N.8,9.

⁷⁹ **Geiser**, N.3.14.

⁸⁰ **Graf-Gaiser**, s.275.

⁸¹ Açıklamalar için bkz. **Aebi-Müller**, s.451; CHK-ZGB/**Zeiter**, Art.160, N.9.

⁸² Beyanın sözlü ya da yazılı olarak yapılabileceği ve beyanda bulunmak bakımından herhangi bir yerdeki nüfus memurluğunun yetkili kılınmadığı, İsviçre'deki her nüfus memurluğuna bu amaçla beyanda bulunulabileceği yönünde CHK-ZGB/**Zeiter**, Art.160, N.9.

14.05.1997 tarih ve 4248 sayılı “Türk Kanunu Medenisinin 153 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun”⁸³ ile eMK m.153’te yapılan değişiklik sonucunda aile adında birlik ilkesi korunmakla birlikte yumuşatılmıştır. Önceki düzenlemede, aile adı kapsamında kadını doğrudan doğruya erkeğin soyadına tabi tutan kanun koyucu, yapmış olduğu değişiklik ile kadına bir seçim hakkı tanımıştır. 4248 sayılı Kanun ile değişik eMK m.153/1’e göre,

“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir”.

Söz konusu değişiklik ile erkeğin soyadı esası üzerine yapılandırılmış olan aile adında birlik ilkesi varlığını korumuştur. Bunun yanında evlenmeden sonra tabi olacağı soyadını belirlemek bakımından kadına bir seçim hakkı tanınmıştır. Evlendirme memuruna ya da daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadının önünde önceki soyadını kullanma hakkını elde eden kadın, isterse evlenmekle birlikte doğrudan doğruya kocasının soyadını alacak; ya da yine kocasının soyadını almakla birlikte bu soyadının önünde önceki soyadını da kullanabilecektir. Diğer bir söyleyişle, evlilik birliğinde kocanın soyadının taşınması zorunludur⁸⁴. Ancak, bu zorunluluk kısmen yumuşatılarak kocanın soyadının önünde kadının önceki soyadını kullanması da mümkündür. Daha önce iki soyadı kullanan kadın ise kendisine tanınan bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.

eMK m.153/1’e ilişkin Anayasa’ya aykırılık iddiası ile yapılan itirazı, “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” ibaresiyle sınırlı olarak değerlendiren Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığı kanaatiyle itirazın reddine karar vermiştir⁸⁵.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK kadının soyadına ilişkin yoğun tartışmalara rağmen eMK m.153/1’de yer alan düzenlemeyi aynen korumuştur. Bu arada, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun’un 17.maddesi ile AY m.41/1’e

⁸³ RG 22.05.1997, Sa.22996.

⁸⁴ Yarg. 18.HD 25.02.1997 E.1997/288, K.1997/1496 (Legalbank).

⁸⁵ AYM 29.09.1998 E.1997/61, K.1998/59 (RG 15.11.2002, Sa.24937). Anayasa Mahkemesi; “Kanun önünde eşitlik” kenar başlığını taşıyan AY m.10, “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği” kenar başlığını taşıyan AY m.12 ile “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” kenar başlığını taşıyan AY m.17 kapsamında yapmış olduğu değerlendirme sonucunda Anayasa’ya aykırılık iddiasını reddederken; itiraz konusu düzenlemenin sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve kanun koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklandığını, ayrıca kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar nedeniyle soyadının kocadan geçmesi esasına dayalı bir rejimin tercih edildiğini ifade etmektedir. Durum ve konularındaki özellikler nedeniyle kişiler hakkında değişik kuralların uygulanabileceğinin belirtildiği kararda, aile adı olarak kocanın soyadına öncelik tanıyan düzenlemenin belirtilen haklı nedenler karşısında Anayasa’ya aykırılık oluşturmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

yapılan ek kapsamında aile birliğinin eşler arasında eşitliğe dayandığı belirtilmiştir. 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun'un 1.maddesi kapsamında da Anayasasının 10. maddesine getirilen ek fıkra ile kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu, söz konusu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamanın da devletin yükümlülüğünde bulunduğu düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli-Türkiye davası (BN. 29865/96) sonucunda vermiş olduğu 16.11.2004 tarihli karar ise kadının soyadı bakımından yaşanan tartışmalara yeni bir boyut kazandırmıştır. Söz konusu kararda, Türk hukuk sisteminde aile adının belirlenmesi bakımından kabul edilen düzenlemelerin cinsiyete dayalı farklı muamele oluşturduğu ve bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁸⁶.

Bu gelişmelerin devamında TMK m.187'ye ilişkin olarak Anayasa'ya aykırılık iddiası ile itirazda bulunulmuş; Anayasa Mahkemesi eMK m.153/1 bakımından verdiği karar ile aynı doğrultuda olmak üzere TMK m.187 bakımından da Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı kanaatiyle itirazın reddine karar vermiştir⁸⁷.

Anayasa Mahkemesi; 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinden sonra TMK m.187'ye ilişkin olarak yapılan başvurularda ise evlenme sonucunda kadına kendi soyadını koruma olanağı tanınmaması nedeniyle AY m.17'de güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁸⁸. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararlarında, 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun ile AY m.90'a getirilen ek cümleden hareket edilerek Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri ile çatışan TMK m.187'nin uygulama olanağı bulunmadığı, yerel mahkemeler tarafından TMK m.187 yerine uluslararası sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁸⁹.

⁸⁶ AİHM, Türk hukukunda evlenmenin kadının soyadı üzerindeki etkisi bakımından vermiş olduğu 28.05.2013 tarihli Leventoğlu Abdulkadiroğlu-Türkiye (BN. 7971/07), 03.09.2013 tarihli Tuncer Güneş-Türkiye (BN. 26268/08) ve 10.12.2013 tarihli Tanbay Tüten-Türkiye (BN. 38249/09) davalarında da Ünal Tekeli-Türkiye davasında varmış olduğu sonucu tekrarlamıştır.

⁸⁷ AYM 10.03.2011 E.2009/85, K.2011/49 (RG 21.10.2011, Sa.28091). Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını da dikkate alarak yapmış olduğu değerlendirme sonucunda; itiraz konusu düzenlemenin aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiğini belirterek, kanun koyucunun sahip olduğu takdir hakkının hukuk devleti ilkelerine uygun olarak kullanıldığı kanaatiyle itirazı reddetmiştir.

⁸⁸ AYM 19.12.2013 BN. 2013/2187 (RG 07.01.2014, Sa.28875); AYM 06.03.2014 BN.2013/4439 (RG 25.04.2014, Sa.28982).

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda vermiş olduğu kararlardan sonra TMK m.187'nin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilebileceği yönünde **Kılıçoğlu**,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda vermiş oldukları kararlara rağmen kanun koyucu ise TMK m.187'de herhangi bir değişikliğe gitmemiştir.

Aşağıda öncelikle TMK m.187 kapsamında evlenmenin kadının soyadı üzerindeki etkisi açıklandıktan sonra farklı sona erme sebeplerine göre evlenmeyle kazanılan soyadının korunmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir.

B. Evlenmenin Kadının Soyadı Üzerindeki Etkisi

Yukarıda açıklandığı üzere Türk hukukunda evlenmenin kadının soyadı üzerindeki etkisi TMK m.187'de düzenlenmiştir. Buna göre;

“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna ya da daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki

Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2015, s.160. Bireysel başvurulara ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarından önce TMK m.187'yi AİHM kararları ile AY m.10, 41 ve 90 kapsamında değerlendiren Yargıtay; (...) *Evlü kadının soyadı, kocasına bağlı olarak değişebilir. Kocanın soyadında bir değişiklik olmadıkça evlenen kadın kocasının soyadını taşımak zorundadır. Yasal düzenleme böyledir (TMK m. 187). Evlilik boşanma veya iptal kararıyla sona ermedikçe evli kadının yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanması yasal olarak mümkün bulunmamaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde 5170 sayılı Yasa'yla ve 41. maddesinde 4709 sayılı Yasa'yla yapılan değişikliklere rağmen Anayasa Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde yer alan düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı görmemiş, bu hükmün iptali için yapılan itiraz başvurusunu 10.03.2011 tarihli 2009/85 esas, 2011/49 karar sayılı kararla reddetmiştir (21.10.2011 tarihli 28091 sayılı Resmî Gazete). Anayasa Mahkemesi kararları, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar (Anayasa m. 153 İson). Yasa hükmü yürürlükte bulunduğunda mahkemenin yasal düzenlemeye aykırı düşecek şekilde karar tesis etmesi olanağı yoktur. Anayasa'nın 90. maddesine 5170 sayılı Yasa'yla ilave edilen, milletlerarası anlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkin düzenleme “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hüküm içermesi” hali için geçerlidir. Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin başta İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer sözleşmelerde, evli kadının “evlenmeden önceki soyadını muhafaza edeceğine” ilişkin açık bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile “aynı konuda farklı hüküm” söz konusu değildir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi “Tekeli-Türkiye” kararında kişinin soyadını, özel hayatın kapsamında kabul etmiş, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesindeki düzenlemenin “evli kadına kocasının soyadını taşımayı dayattığını, bunun da soyadını seçme ve evlenmeden önceki soyadını muhafaza etme hakkını ortadan kaldırdığını” belirterek, yasal düzenlemenin Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen “özel hayata” müdahale oluşturduğunu kabul ederek ihlal kararı vermiştir. Burada ihlale yol açan, ulusal mahkemelerin uygulaması veya yasa hükmünü yorum tarzı değil, yasal düzenlemenin bizzatı kendisidir. Bu düzenleme değiştirilmedikçe mahkemeler yasaya uygun karar vermekle yükümlüdür. Bu bakımdan, yerel mahkemenin olayda uygulanma olanağı bulunmayan Anayasa'nın 90 İson maddesinden hareketle ulaştığı sonuç, doğru olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılık etkisini de bertaraf edici niteliktedir. Böyle bir yaklaşım “yürürlükte olan yasa hükmüne aykırı kararlar verilmesi” sonucunu hasil eder. Bu ise Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozar” gerekçesi ile kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme getirilmediği sürece TMK m.187'in yürürlükte olduğu ve evlenmenin kadının soyadı üzerindeki etkisinin de TMK m.187'ye tabi bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Yarg. 2.HD 18.06.2012 E.2011/7737, K.2012/16695 (Legalbank).*

soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir”.

Aile adının belirlenmesinde eşlere seçim hakkı tanımayan bu düzenleme ile erkeğin soyadı aile adı olarak kabul edilmiş, kadın bakımından ise kendi soyadını terk etme zorunluluğu getirilmiştir. Evlenmeyle birlikte kadının kendi soyadını terk ederek kocasının soyadını alması gerektiğini düzenleyen TMK m.187 emredici nitelik taşır⁹⁰. Bu nedenle, eşler aralarında anlaşarak evlenmeye rağmen kadının kendi soyadını korumasını ya da kocanın, kadının soyadını almasını kararlaştıramazlar. Aksi yöndeki sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Kanun koyucu genel kuralı ortaya koyarken, bu kuralı sadece kadın bakımından öngördüğü sınırlı bir seçim hakkıyla yumuşatmıştır. Bunun dışında genel kuralın uygulanmasında herhangi bir istisna kabul edilmemiştir⁹¹.

1. Kural Olarak “Aile Adında Birlik İlkesi”

TMK m.187’ye göre, evlenmenin eşlerin soyadı üzerindeki etkisi aile adında birlik ilkesi esasına göre düzenlenmiştir⁹². Bu ilkenin benimsenmesinde, ortak aile adının aile bütünlüğünün sağlanması açısından taşıdığı önem etkili olmuştur. Aynı aile adını taşıyan eşler ve çocuklar arasındaki bağların daha güçlü olacağı ve aile bireylerinin kolaylıkla ayırt edilebileceği düşüncesinden hareket eden kanun koyucu söz konusu ilkeyi Türk hukukuna aktarmıştır.

Aile adında birlik ilkesi kapsamında tasarlanan TMK m.187’de aile adının belirlenmesi hususunda eşlere seçim hakkı tanınmamıştır. Aile adının belirlenmesini doğrudan doğruya kendisi düzenleyen kanun koyucu erkeğin soyadı esasına dayalı bir aile adı rejimi öngörmüştür. Bu düzenleme doğrultusunda, kadın bakımından kocasının soyadını taşımak bir yükümlülük olduğu gibi diğer yönüyle de kadına tanınmış bir haktır⁹³. Kadın, kocanın soyadını reddedemez. Koca da evlilik devam ettiği sürece kadının bu soyadını kullanmasına engel olamaz.

⁹⁰ **Helvacı**, s.183; **Dural/Öğüz**, N.878, 880; **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2014, N.831; **Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, İstanbul 2015, s.117; **Abik**, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005, s.91; **Yılmaz**, Merve: “Evli Kadının Soyadı”, TAAD, Temmuz 2012, s.139. (...) *Medeni Kanununun 187 maddesi gereğince; kadın evlenmekle kocanın soyadını alır. Bu emredici kurala aykırı olarak davacı T'nin “K...” olan soyadının “Ku...” olarak düzeltilmesi doğru görülmemiştir (...)*. Yarg. 18.HD 21.10.2002 E.2002/6380, K.2002/10081 (Legalbank).

⁹¹ TMK m.187 ile getirilen genel kuralı devre dışı bırakarak evlenme sonucunda kadının soyadını taşımak amacıyla, kendi soyadının kadının soyadı gibi değiştirilmesini konu alan TMK m.27’ye dayalı davanın hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi yönünde **Akıntürk/Ateş Karaman**, s.117. Aksi yönde karşı. **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004, s.162; **Abik**, s.92.

⁹² **Helvacı**, s.182; **Öztan**, s.162; **Abik**, s.92.

⁹³ **Dural/Öğüz/Gümüş**, N.832; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s.117; **Öztan**, s.163; **Yılmaz**, s.140.

TMK m.187, bir taraftan aile adında birlik ilkesi gereğince kadını, kocasının soyadına tabi tutarken; diğer taraftan da kadına bir seçim hakkı tanır. Ancak, bu seçim hakkı sınırlı olup, kocanın soyadının taşınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

2. Kadının Önceki Soyadını Kullanması

Kadın, kendisine tanınan seçim hakkı kapsamında kocanın soyadının önünde önceki soyadını kullanabilir. Seçim hakkı, kocanın soyadına tabi olmakla birlikte önceki soyadını da kocanın soyadının önünde kullanmaya ilişkindir. Bunun dışında, kanunda tanınan seçim hakkının kapsamı yorum ya da kıyas yoluyla genişletilemez.

Kocasının soyadının önünde önceki soyadını kullanan kadın bu yolla yeni bir aile adı oluşturamayacağı gibi sahip olduğu çift soyadını da altsoyuna aktarması mümkün değildir⁹⁴. Aile adı kanun tarafından belirlenmiş olup, eşlerin aksi yönde bir tasarrufta bulunmasına izin verilmemiştir.

Kendi soyadını terk ederek kocanın soyadını almak isteyen kadının buna ilişkin bir beyanda bulunması gerekmez. Söz konusu sonuç doğrudan doğruya kanundan doğar. Buna karşılık, seçim hakkını kullanarak kendi soyadını kocanın soyadının önünde kullanmak isteyen kadının bu iradesini açıkça ortaya koyması gerekir. İradenin örtülü olarak açıklanması yeterli olmaz.

Seçim hakkının kullanılmasına ilişkin beyan evlenme memuruna yöneltilebileceği gibi evlenmenin gerçekleşmesinden sonra nüfus idaresine de yöneltilebilir⁹⁵. Nüfus idaresine yapılacak beyanın geçerliliği yazılı şekil şartına bağlıdır.

TMK m.187'de, kocanın soyadının önünde kadının önceki soyadının kullanılabilirliği belirtilmiş ise de önceki soyadı ile neyin kastedildiği açıklanmamıştır. Bu ibare çoğu zaman bekârlık soyadını karşılamakla birlikte kadının önceki evliliğinin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda ölen kocanın soyadının da şimdiki kocanın soyadının önünde kullanılması mümkündür. Ayrıca, soyadının değiştirilmesi ya da evlat edinme yoluyla elde edilen soyadı da bu kapsamda değerlendirilir⁹⁶. Diğer bir söyleyişle, önceki soyadı ibaresi, evlenme sözleşmesi yapıldığı sırada kadının nüfus sicilinde kayıtlı olan soyadını ifade eder. Kadın, isterse kendisine tanınan seçim hakkı kapsamında bu soyadını kocasının soyadının önünde kullanabilir. Ancak, daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir (TMK m.187/c.son).

⁹⁴ Özen, s.173.

⁹⁵ Nüfus idaresine yapılacak beyan için kanunda süre sınırı öngörülmediği için her zaman böyle bir beyanda bulunulması mümkündür. Bkz. Helvacı, s.183; Dural/Öğüz, N.878; Abik, s.91; Yarg. HGK 11.04.2012 E.2011/18-784, K.2012/288 (Legalbank).

⁹⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, N.833; Dural/Öğüz, N.879; Abik, s.92.

C. Evlenmenin Sona Ermesi Durumunda Kadının Soyadı

Evlenmenin sona ermesinin kadının soyadı üzerindeki etkisi değerlendirilirken farklı sona erme sebeplerinin ayrı ayrı dikkate alınması gerekir.

Ölüm, evlenmeyi kendiliğinden sona erdirir. Ölüm olgusunun gerçekleştiği tarihte mahkeme kararı ya da ilgililerin beyanına gerek olmaksızın evlenme de son bulmuş olur. Evlenmenin ölüm nedeniyle sona erdiği varsayımında kadın, ölen kocasının soyadını taşımaya devam eder⁹⁷. Kadın, yeniden evlenmedikçe kocasının aile kütüğünde kalır. Buna karşılık, bekârlık soyadını almak isteyen kadının, yazılı talep üzerine babasının kütüğüne dönerek kapanmış olan nüfus kaydını canlandırması da mümkündür (NHK. m.23/2 – NHKUIY m.67)⁹⁸.

Koca hakkında ölüm karinesinin uygulanması durumunda, olayın meydana geldiği andan itibaren ölüme bağlanan tüm sonuçlar doğar ve buna bağlı olarak evlenme de kendiliğinden sonlanır⁹⁹. Kocası hakkında ölüm karinesi uygulanan kadın kocanın soyadını taşımaya devam eder.

Koca hakkında gaiplik kararı verilmesi ayrıca evliliğin feshine de karar verilmekçe tek başına bir sona erme sebebi oluşturmaz. Gaiplik kararına rağmen evlenme varlığını koruduğu için sona ermeye ilişkin sonuçlar tartışılmaz. Gaiplik kararına ek olarak evliliğin feshi kararı da alınmışsa böyle bir durumda ölüme bağlı sonuçlar uygulama alanı bulur.

Boşanan kadının kişisel durumu TMK m.173'te özel olarak düzenlenmiştir. Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlenme de son bulur. Kadın, evlenmeye kazandığı kişisel durumu korumasına karşılık evlenmeden önceki soyadını yeniden alır¹⁰⁰. Bu sonuç, boşanma kararına bağlanmış olduğundan kararın kesinleşmesiyle kendiliğinden gerçekleşir. İlk evliliği ölüm nedeniyle sona erdiği için ölen kocasının soyadını taşıırken yeniden evlenen kadın, ikinci evliliği boşanma nedeniyle sona erdiğinde, hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Boşanma sonucunda kadının önceki soyadına dönmesi genel kural olmakla birlikte TMK m.173/2'de bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, kadının, boşandığı kocasının soyadını taşımakta menfaati bulunduğu ve bu durumun eski kocaya zarar vermeyeceğinin ispatlanması üzerine, hâkim, eski kocanın soyadının taşınmasına izin verebilir¹⁰¹. Söz konusu düzenleme ile evlilik süresince kocasının

⁹⁷ **Kılıçoğlu**, s.108; **Öztan**, s.163, 319; **Dural/Öğüz**, N.884.

⁹⁸ Yarg. 18.HD 03.04.2014 E.2013/19402, K.2014/6256; Yarg. 18.HD 07.04.2011 E.2011/2067, K.2011/ 4687 (Legalbank). Ayrıca bkz. **Helvacı**, s.197; **Dural/Öğüz**, N.1036.

⁹⁹ **Helvacı**, s.36; **Dural/Öğüz**, N.130; **Kılıçoğlu**, s.108; **Öztan**, s.319.

¹⁰⁰ Boşanma durumunda kadının evlenme ile kazandığı kişisel durumu koruyacağına ilişkin düzenlemede, genel kural ifade edildikten sonra, boşanan kadının önceki soyadına dönmesi öngörülerek, genel kurala bir istisna getirildiği yönünde **Akıntürk/Ateş-Karaman**, s.290.

¹⁰¹ Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanma talebi boşanma davasında ileri sürülebileceği

soyadını kullanan kadının bu soyadı ile elde ettiği sosyal durumunun korunması amaçlanır¹⁰². Koca, koşulların değişmesi durumunda bu iznin kaldırılmasını isteme hakkına sahiptir. TMK m.173/3'te iznin kaldırılması talebinin eski koca tarafından ileri sürülebileceği belirtilmişse de koşulların değişmesi üzerine kadın da böyle bir talepte bulunabilir¹⁰³.

Evlenmenin butlanına karar verilmesi durumunda TMK m.158/2 gereğince soyadı bakımından boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır.

Sonuç

Evlenmenin kadının soyadı üzerindeki etkisine ilişkin düzenlemeler genel olarak iki farklı ilke temelinde yapılır. Bunlardan birincisi "aile adında birlik" ilkesidir. Söz konusu ilkeye göre, evlenmeyle birlikte eşlerin ortak bir aile adına tabi olmaları gerekir. Ailenin bütünlüğünün sağlanması ve aile bireylerinin diğer ailelerin bireylerinden ayırt edilmeleri düşüncesinden hareket eden aile adında birlik ilkesi ortak bir aile adını esas almakla birlikte bu aile adının nasıl belirleneceği hususunda herhangi bir kural getirmez. Önemli olan husus, evlilik birliğinin bir aile adı altında devam etmesidir. Aile adının nasıl belirleneceği ise her hukuk sisteminin kendi politikasına tabidir. "Soyadının değişmezliği" ilkesi ise kural olarak doğum yoluyla kazanılan soyadının değişmeksizin devam etmesi esasına dayanır. Bu ilkeyi benimseyen hukuk sistemlerinde, evlenmenin eşlerin soyadı üzerinde etkisi olmaz. Eşler, evlenmeye rağmen önceki soyadlarını korumaya devam ederler.

Türk hukukunda, evlenmenin kadının soyadı üzerindeki etkisi TMK m.187'de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, aile adında birlik ilkesi kapsamında kocanın soyadını esas alır. Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte ortak bir aile adı taşımak

gibi boşanma davasının kesinleşmesinden sonra da ileri sürülebilir. Ancak, böyle bir talep boşanmadan sonra ileri sürülmüşse, boşanmanın fer'i niteliğinde olmayıp, bağımsız bir talep olarak değerlendirilir. Bkz. Yarg. 2.HD 06.07.2011 E.2010/10644, K.2011/11581 (Legalbank). Eski kocanın soyadının kullanılmasına izin talebi boşanma davasından sonra bağımsız bir talep olarak ileri sürülse dahi görevli mahkeme aile mahkemesidir. Bkz. Yarg. 2.HD 10.09.2007 E.2007/14097, K.2007/11911 (Legalbank).

¹⁰² Yarg. 2.HD 27.04.2009 E.2008/2180, K.2009/8029 (Legalbank). (...) *Toplanan delillerden, tarafların 26 yıl evli kaldıkları, davacı kadının bu süre içinde çeşitli üniversitelerden mezun olduğu ve diplomalarında, yüksek lisans tezlerinde, katılım belgelerinde, sertifikalarında, bankacılık işlemleri ile emeklilik işlemlerinde evlilik soyadını kullandığı anlaşılmaktadır. Toplanan delillerle davacının davalının soyadını kullanmasının davalıya bir zarar vermeyeceği, davalının soyadını kullanılmasında davacının menfaatinin bulunduğu kanıtlanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 173/2. maddesi koşullar gerçekleşmiştir (...)*. Yarg. 2.HD 19.03.2009 E.2007/19005, K.2009/5094 (Legalbank).

¹⁰³ (...) *Türk Medeni Kanununun 173. maddesine temas eden "boşanılan eşin soyadını taşıma izninin kaldırılması davası" niteliğindedir. Anılan madde hükmünde, bu kaldırma davasını kocanın açacağı belirtilmişse de; kadının bu hakkından vazgeçmesi her zaman olanaklı olduğundan; kadının da boşandığı kocasını, ölü ise kocasının yasal mirasçılarını basım göstererek dava açmasına da yasal bir engel yoktur (...)*. Yarg. 2.HD 31.05.2010 E.2009/8404, K.2010/10496 (Legalbank).

zorunlu olduğu gibi söz konusu aile adının nasıl belirleneceği de kanunda düzenlenmiştir. Böylece, eşlere herhangi bir seçim hakkı tanınmaksızın evlenmeyle birlikte kanunda düzenlenen rejime tabi olma zorunluluğu getirilmiştir.

TMK m.187'ye göre, kadın evlenmekle birlikte kocasının soyadını alır. Kanun koyucu bir taraftan aile adında birlik ilkesini benimserken, diğer taraftan da aile adının belirlenmesinde kocanın soyadını esas almış, kadının soyadının aile adı olarak belirlenmesi olasılığına izin vermemiştir. Ancak, kocanın soyadı esası üzerine kurulu bu rejime esneklik kazandırılması amacıyla kadına, önceki soyadını kocasının soyadının önünde kullanma hakkı tanınmıştır.

Evlilik birliğinin eşler arasında eşitlik ilkesine göre tasarlandığı Türk hukukunda, evlenmenin kadının soyadı üzerindeki etkisini düzenleyen TMK m.187 eşitlik ilkesi ile çatışmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarının yanında Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda vermiş olduğu kararlar da dikkate alındığında kanun koyucunun harekete geçerek evlenmeye bağlı soyadı rejimini gözden geçirmesi gerekir.

Aile bütünlüğünün sağlanması ve ayırt edicilik işlevi dikkate alındığında kural olarak aile adında birlik ilkesi esas alınmakla birlikte aile adının belirlenmesinde eşlere seçim hakkı tanınması ile evlenmeye bağlı soyadı rejiminin eşitlik ilkesine uygun olarak düzenlenmesi mümkündür. Bu konuda farklı çözüm yolları da geliştirilebilir. Önemli olan husus hukukun evrensel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine uygun bir düzenlemenin bir an önce kanundaki yerini almasıdır.

KISALTMALAR

1.EheRG	:	Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Art.	:	Artikel
AY	:	Anayasa
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
aZGB	:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch in der bis 31.12.2012 geltenden Fassung
BayObLG	:	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	:	Band
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	:	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	:	Bundesgerichtshof

BN.	:	Başvuru Numarası
BVerfG	:	Bundesverfassungsgericht
c.	:	cümle
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas
eMK	:	743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi
FamNamRG	:	Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts
FamPra	:	Die Praxis des Familienrechts
FamRZ	:	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fasc.	:	Fascicule
Fn.	:	Fussnote
FPR	:	Familie Partnerschaft Recht
GG	:	Grundgesetz
GleichberG	:	Gleichberechtigungsgesetz
HD	:	Hukuk Dairesi
Hrsg.	:	Herausgeber
K.	:	Karar
Karş.	:	Karşılaştırınız
LPartG	:	Lebenspartnerschaftsgesetz
MÜHF-HAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	:	Note (Randnote)/Numara
NamÄndG	:	Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen
NHK	:	Nüfus Hizmetleri Kanunu
NHKUİY	:	Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	:	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs Report
n°.	:	numéro
NZZ	:	Neue Zürcher Zeitung
OLG	:	Oberlandesgericht
RG	:	Resmi Gazete
Rn.	:	Randnummer
S.	:	Satz
s.	:	sayfa
Sa.	:	Sayı
SchlT	:	Schlusstitel
SJZ	:	Schweizerische Juristen-Zeitung

TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
vd.	:	ve devamı
Yarg.	:	Yargıtay
ZBl	:	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZKE	:	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
ZStV	:	Zivilstandsverordnung

KAYNAKÇA

- Abik**, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005.
- Aebi-Müller**, Regina E.: “Das neue Familiennamensrecht - eine erste Übersicht”, SJZ 108/2012, s.449 vd..
- Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, İstanbul 2015.
- Biaggini**, Giovanni: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007.
- Breitschmid**, Peter (Hrsg.)/**Rumo-Jungo**, Alexandra (Hrsg.) : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht- Art.1-456 ZGB, Zürich 2012 (CHK-ZGB/...).
- Carbonnier**, Jean: Droit Civil, Tome 1, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, Collection Quadrige, PUF 2004.
- Cicile-Delfosse**, Marie-Laure: “La Dévolution du Nom de Famille”, JurisClasseur, Fasc. Unique, 1er Septembre 2013.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2014.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2014.
- Fassbind**, Patrick/**Spring**, Monika: “Revisionsbedürftiges Namensrecht”, SJZ 103/2007, s.265 vd..
- Geiser**, Thomas: “Das neue Namensrecht und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde”, ZKE 2012, s.353 vd..
- Göppinger**, Horst/**Börger**, Ulrike: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, München 2013.
- Graf-Gaiser**, Cora: “Das neue Namens- und Bürgerrecht”, FamPra 2013, s.251 vd..
- Hegnauer**, Cyril: “Neues Namensrecht in Sicht - Für eine überzeugende und zeitgemässe Neuordnung”, NZZ 2007, Nr.271, s.20.

Helvacı, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2013.

Hepting, Reinhard: "Grundlinien des aktuellen Familiennamensrechts", FPR 2002, s.115 vd..

Honsell, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Geiser**, Thomas (Hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-217 ZGB, Basel 2006 (BSK ZGB-I/...).

Jauernig, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar, München 2014 (Jauernig/...).

Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2015.

Kren Kostkiewicz, Jolanta/**Nobel**, Peter/**Schwander**, Ivo/**Wolf**, Stephan (Hrsg.): Schweizerisches Zivilgesetzbuch Kommentar, Zürich 2011 (ZGB-Komm/...).

Larribau-Terneyre, Virginie: "Effets du divorce – Conséquences du divorce pour les époux – Dispositions générales – Effets d'ordre personnel – Effets d'ordre patrimonial", JurisClasseur, Fasc.10, 22 Octobre 2014.

Malaurie, Philippe/**Aynès**, Laurent: Les Personnes, La Protection des Mineurs et des majeurs, Paris 2010.

Manteuffel, Kertsin: "Zur Reform des Ehenamensrechts - quo vadis, Gesetzgeber?", NJW 2004, s.1773 vd..

Mazeud-Leveueur, Sabine: "Nom des époux – Droit d'usage du nom du conjoint (Article 225-1 du Code civil)", JurisClasseur, Fasc.50, 20 Août 2013.

Özen, Burak: "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", MÜHF-HAD, C.16, S.3-4, 2010, s.171 vd..

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004.

Scholtz, Harald/**Kleffmann**, Norbert/**Motzer**, Stefan: Praxishandbuch Familienrecht, München 2014 (...– Scholtz/Kleffmann/Motzer).

Schulze, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch, Baden-Baden 2014 (Hk-BGB/...).

Schwenzer, Ingeborg (Hrsg.): FamKomm Scheidung, Bern 2010 (FamKomm/...).

Seiler, Hansjörg: "Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: Hüter der Menschenrechte, Appellationsinstanz oder Verfassungsgeber?", ZBl 113/2012, s. 223 vd..

Spiegelhalder, Nicole: "Überblick zum deutschen Namensrecht", FPR 2010, s.1 vd..

von Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz: Münchener Kommentar zum Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Bd.7: Familienrecht I (§§ 1297-1588), München 2013 (MüKoBGB/...).

Voppel, Reinhard: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB-Buch 4: Familienrecht (§§ 1353-1362), Berlin 2012 (Staudinger/...).

Yılmaz, Merve: "Evli Kadının Soyadı", TAAD, Temmuz 2012, s.129 vd..

KAYNAK ÜLKELERİN KENDİ ÇIKARDIĞI KANUNLARA DAYANARAK DEVLET MÜLKİYETİNE TABİ TUTTUĞU KÜLTÜR VARLIKLARININ DAVA YOLUYLA İADESİNİN BARAKAT KARARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

(The Evaluation of the Recovery of Cultural Property by the Source
Countries Based on Their Patrimony Laws in the Light
of Barakat Case)

Sibel ÖZEL*

ÖZET

Kaynak ülkeden yasadışı olarak ihraç edilen kültür varlıklarının iadesinde karşılaşılan en önemli sorun eserler üzerindeki mülkiyet hakkının ispatlanmasıdır. Tescil ve tasnif edilmiş kültür varlıklarında (kamu ve özel koleksiyonlar) mülkiyetin kime ait olduğunun ispatı kolaydır. Ancak kaçak kazılarla ortaya çıkmış ve tasnif ve tescile tâbi tutulmamış arkeolojik objelerin iadesi davalarında mülkiyetin kime ait olduğunun ispatı büyük zorlukları beraberinde getirmektedir. Zira bu davalarda devletin mülkiyet iddiası kendi ülkesinde bulunan bütün kültür varlıklarının devlete ait olduğunu tespit eden kendi kanununa dayanmaktadır. Bu durumda mülkiyet hakkı devlete zilyetlik şartı olmaksızın geçmektedir. Bir başka ifadeyle kaynak ülke kültür varlığı bulunduğu (hatta bulunmadan önce) başka bir işleme gerek kalmaksızın kanunen mülkiyet hakkını elde etmektedir.

Bu bağlamda İngiliz Yüksek Mahkemesinin Barakat davasında verdiği karar çok önemlidir. Mahkeme bu kararda İran devletinin ülkesinde bulunan kültür varlıkları üzerinde devletin mülkiyet hakkı olduğunu öngören kanunlarını tanımıştır. Mahkeme ayrıca mülkiyet kanunları ile ihracat düzenlemeleri arasında ayırım yapmış ve kaynak ülkenin mülkiyet hakkı öngören kanunlarının tanınmasının yabancı kamu hukuku kuralının icrası anlamına gelmeyeceğini hüküm altına almıştır. Zira mülkiyet hakkına dayanan talep egemenlik hakkı iddiası ya da icrası ile ilgili değildir. Barakat kararı şüphesiz diğer ülkelerin kararlarını etkileyecek ve kaynak ülkelerin kültür varlıklarına kavuşmalarına yardım edecektir.

Anahtar kelimeler: Kültür varlığı, iade, mülkiyet kanunları, kamu hukuku kurallarının uygulanması, barakat kararı, lex rei sitae

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD öğretim üyesi. Öğrencisi olmaktan gurur duyduğum Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a bilimsel çalışmalarla dolu, uzun ve sağlıklı bir ömür dilerim.

Abstract

In the context of the return of illegally exported cultural property out of the country of origin, it is a major problem to prove ownership rights over the objects. For registered and classified objects (public or private collections) it is easy to prove who owns the cultural property. However clandestinely excavated archaeological objects which have not been registered or classified will cause great difficulties in the lawsuits regarding the replevin cases. Because, the state's claim will be based on its own blanket legislation vesting the state with ownership over the object found within its territory. This happens without the necessity of acquiring actual possession. In other words the country of origin will become owner ipso iure (by operation of law) when the object is found (even before it is found) without performing any further affirmative act of appropriation.

In this respect the English Supreme Court gave very important decision in Barakat case. The court has recognised the patrimony law of Iran which vest in the state with ownership of cultural property discovered in Iran's territory. Besides the court has made distinction between patrimony laws and export regulations and concluded that the recognition of state ownership based on the legislation of the country of origin will not be considered as enforcement of foreign public law in England. Because the claim based on state ownership does not involve the exercise or assertion of a sovereign right. The Barakat case will clearly effect other countries' jurisprudence and help source countries to recover their cultural heritage in lawsuits.

Keywords: Cultural property, recovery, patrimonial laws, enforcement of public law, barakat case, lex rei sitae.

Giriş

Kültür varlıklarının iadesi amacıyla yabancı ülke mahkemelerinde açılan ve mülkiyet iddiasına dayanan davaların çoğu Devletler tarafından açılmaktadır¹. Devletin bizzat kendisi ya da bir kamu kuruluşundan çalınan eserlerin iadesi için açılan davalarda mülkiyet iddiasının tanınması sorun oluşturmamaktadır. Zira malik sıfatı gerçek kişiler için nasıl kabul ediliyorsa devlet veya kamu kuruluşları için de o şekilde kabul edilmektedir². Dolayısıyla devlet müzelerinden veya dinî ya da laik kamu kuruluşlarından çalınan bir eser üzerindeki kamu mülkiyeti yabancı mahkemelerdeki iade davaları için yeterli olacaktır. Bu eserler envantere kayıtlıdır ve iadeleri 1970 Unesco Konvansiyonu³ çerçevesinde de koruma altına alınmıştır⁴.

¹ PROTTE, Lyndel/O'KEEFE, Patrick: Law and the Cultural Heritage v. 3 Movement, Butterworths, London and Edinburg, 1989, s. 621.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul 1998, s. 276 vd.

³ 1970 tarihli Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması için Alınacak Tedbirlerle İlgili Unesco Konvansiyonu (1970) 10 ILM 289. Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG. 26.01.1981-17232.

⁴ 1970 Unesco Konvansiyonu için bkz. ÖZEL, s. 105 vd.

Asıl sorun devletin çıkardığı bir kanunla kendisini malik ilan ettiği ve henüz devlet zilyetliğine ve kayıtlara geçmeden yurt dışına kaçırılan arkeolojik objelerde kendisini göstermektedir⁵. Zira bu durumda ülkede keşfedilen her kültür varlığı hukuken -ipso iure- devlet mülkiyetine tâbi olmakta ve bu eserlerin yurt dışına çıkarılması da devletin mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir.

Devletin çıkardığı bir kanunla henüz keşfedilmemiş bile olsa kültür varlıkları üzerinde mülkiyet iddiası farklı görüşlere yol açmıştır: Bir görüşe göre devletin zilyetliği ele geçirmeden sadece çıkardığı kanun aracılığıyla elde ettiği mülkiyet hakkı yabancı mahkemede tanınmaz. Mülkiyet hakkı henüz elde edilmemiş objeler için geçerli değildir⁶.

Diğer bir görüşe göre ise zilyetlik mülkiyet hakkının kurucu unsuru değildir ve devlet fiziksel olarak ele geçirmese de çıkardığı kanunla kültür varlığı üzerinde ipso iure mülkiyet hakkı elde edebilir⁷.

Amerikan mahkemeleri, yabancı devletin çıkardığı kanunlarla ülkesinde bulunan bütün kültür varlıklarını devlet mülkiyetine tâbi tutmasını mülkiyet tesisi için yeterli saymış ve tanımıştır⁸. Amerikan mahkeme kararları diğer ülkelerde de etkilerini doğurmuştur. Bu makalede ele alacağımız Barakat kararları kaynak ülkenin çıkardığı kanunlarla devlet mülkiyetini öngörmesi halinde kaçırılan eserlerin dava yoluyla iadesinde karşılaşılan sorunları göstermesi açısından ilgi çekici ve emsal niteliğinde kararlardır.

İlk derece mahkemesi kararı⁹ İran kanunlarının ülkesinde bulunan kültür varlıkları üzerinde ipso iure devlet mülkiyeti öngörmediğini ve kamu hukuku karakterli yabancı kanunların İngiltere’de uygulanamayacağını hükme bağlarken; Yüksek Mahkeme kararın temyizi üzerine aksine karar vermiş¹⁰ ve İran’ın mülkiyet hakkını

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel: “Kültür Varlıkları Üzerinde Geniş Kapsamlı Kanunlarla Tesis Edilen Devlet Mülkiyeti ve Türk Hukukundaki Durum” İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. LV, S. 4, (1997) s. 65 vd.

⁶ BYRNE-SUTTON, Quentin: “The Goldberg Case: A Confirmation of the Difficulty in Acquiring Good Title to Valuable Stolen Cultural Object” 1 International Journal of Cultural Property 151 (1992); DICKSON, Graham: “The Need For a National Registry of Cultural Objects” 11 Fordham International Law Journal, 839 (1988).

⁷ MOORE, Jonathan: “Enforcing Foreign Ownership Claims in the Antiquities Market” 97 Yale Law Journal, 406 (1988) s. 481; PECORARO, Thomas: “Choice of Law in Litigation to Recover National Cultural Property” 31 Virginia Journal of International Law, 1 (1990) s. 37.

⁸ Örneğin United States v. Hollinshead 495 F. 2d. 1154 (9th Cir. 1974); United States v. Mc Clain 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977); United States v. Schultz 333 F.2d 393 (2d. Cir. 2003); United States v. An Antique Platter of Gold 184 F.3d 131 (2d Cir. 1999)

⁹ Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited (2007) EWHC 705 (QB)

¹⁰ Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited (2007) EWCA 1374. Kararla ilgili bkz. FINCHAM, D: “Iran v. Barakat: Iran Wins Barakat Appeal” in Wit-

tanımış ve kamu karakterli kuralların İngiliz mahkemelerinde uygulanmasını kabul etmiştir.

Aşağıda sırasıyla iki mahkeme kararı açıklanacak ve kararlarda irdelenen iki sorun yani devletin ipso iure mülkiyet hakkı ile yabancı kamu karakterli kuralların uygulanması değerlendirilecektir.

I. İlk Derece Mahkemesi Kararı

High Court of Justice Queen's Bench Division¹¹ kararına konu olayda İran devleti ulusal hazinesinin bir parçası olarak gördüğü oymalı kadehler, kâseler ve fincanlardan oluşan antikaların iadesi için sanat eseri taciri Barakat Galerisi aleyhine dava açmıştır. Antikalar İran'ın Jiroft bölgesinden gelmektedir. Bu bölge Güneydoğu İran'da Halil nehri vadisinde yer alan ve M.Ö 3. Milenyuma kadar giden dünyanın en eski edebiyat topluluklarından birinin merkezidir. Yakın zamanda keşfedilen Jiroft'da kazılar yeni başlamış ve sözkonusu antikaların İran'dan ihracına hiçbir koşulda İran devleti tarafından izin verilmemiştir¹².

Mahkemeye göre davanın neticelenmesinde en önemli nokta davacı İran devletinin İran hukukuna göre antikalar üzerinde mülkiyet hakkı veya doğrudan zilyetlik hakkı var mı sorusunun cevabıdır. Zira İran devleti bunlardan birini ispatlayamadığı takdirde iade davasında başarılı olamayacaktır. Yine İran mülkiyet kanunlarının ceza hukuku ya da kamu hukuku karakterli olduğu tespit edilirse bu kuralların İngiliz mahkemelerinde uygulanması mümkün olmayacaktır¹³.

Bu itibarla mahkeme İran kanunlarını incelemeye girişmiştir: İran'ın dayandığı ilk kanun 1928 tarihli Medeni Kanundur. MK m. 26 özel mülkiyete tâbi olmayacak malları belirlemekte ve bunların arasına kamu menfaati olan eşyaları da dahil etmektedir¹⁴.

Mahkemeye göre MK m. 26 menkul kültür varlıklarını devlet mülkiyetine tâbi kılan bir hüküm değildir. Mahkeme antikalar ile kaleler ve sayılan diğer varlıklar arasında bir benzerlik görmediğini ve menkul kültür varlıklarının kamu hizmeti için Hükümet tarafından kullanılan mallar kategorisine girmediğini vurgulamıştır. MK m. 26 devlet mülkiyeti öngörmemekte, sadece sayılan malların Devletin tasarrufu altında olduğuna işaret etmektedir¹⁵.

nesses to History, edited by Lyndel v. Prott, Unesco, 2009, s. 388-390; CHECHI, Alessandro/ CONTEL, Rafael/RENOLD, Marc-Andre: "Case Jiroft Collection-Iran v. Barakat Galleries Ltd" Platform ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>) Art Law Centre, University of Geneva 2011. Ayrıca bkz. PALMER, Norman: Art, Adventure and Advocacy, Institute of Art&Law, 2015, s. 17.

¹¹ Bkz. dn. 9.

¹² 2007 EWHC 705 (QB) pr. 1.

¹³ Id. pr. 3.

¹⁴ Id. pr. 20.

¹⁵ Id. pr. 40.

İran'ın dayandığı ikinci kanun 1930 tarihli Ulusal Hazinesinin Korunması Kanunudur. Kanunun amacı İran ulusal hazinesinin bir parçası olarak görülen kültür varlıklarının Devlet kontrolü altında korunmasıdır. Mahkemeye göre devlet kontrolü devlet mülkiyetinden farklı bir kavramdır. Kontrol kültür varlıklarının tescili yoluyla gerçekleşmektedir¹⁶. Kanunun çeşitli hükümlerini inceleyen mahkeme 1930 kanununun Devlete menkul kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkı tesis etmediği sonucuna varmıştır¹⁷.

1930 kanununda yer alan menkul kültür varlıklarının zaptına ilişkin hükümleri de değerlendiren mahkeme bunu kaçak kazı ve hukuka aykırı ihracatın cezai bir sonucu olarak yorumlamıştır. Dolayısıyla 1930 kanununa göre kaçak kazı ve hukuka aykırı ihracat halinde kültür varlıklarının zaptedilmesiyle Devlet mülkiyet hakkı kazanmakta ve bu mülkiyet ceza mahkemelerinin verdiği kararın bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır¹⁸.

Mahkeme kültür varlığı bulanlar için öngörülen ikramiye hükümlerini de devlet mülkiyeti için yeterli görmemiştir¹⁹.

İran'ın dayandığı bir başka kanun 1979 tarihli Kaçak Kazıları Önleme ile ilgili Kanundur. 1979 öncesi mevzuatta İran devletinin kültür varlıkları üzerinde ipso iure mülkiyet hakkı tesis etmediğini öngören mahkeme, 1979 Kanununun da açıkça İran'ın bütün kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkı olduğunu ilan etmediği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre kanun kaçak kazıları cezalandırmak amacı taşımaktadır; buluntular üzerinde devlet mülkiyeti tesis etme hedefi yoktur²⁰. Kanun henüz keşfedilmemiş kültür varlıkları üzerinde kimin mülkiyet hakkı vardır sorusuna cevap vermemektedir²¹. Görüldüğü üzere mahkeme İran kanununda belli sözcüklerin kullanılmasını aramış, İran hukukunda o kanunun nasıl yorumlandığı ve nasıl anlaşıldığı meselesi ile ilgilenmemiştir.

1979 İran Anayasası hükümleri (m. 45, 47, 83) de İran'a kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti öngörmemektedir²². Anayasanın 561 ve 562. Maddeleri kaçak kazı veya hukuka aykırı ihracatta kültür varlıklarına elkoyma veya müsadere etme imkânı getirmektedir. Mahkemeye göre bu hükümler de sözkonusu elkoyma veya müsadere den önce Devletin bu eserlere malik olmadığını göstermektedir²³.

¹⁶ Id. pr. 43.

¹⁷ Id. pr. 45.

¹⁸ Id. pr. 46.

¹⁹ Id. pr. 49.

²⁰ Id. pr. 53.

²¹ Id. pr. 55.

²² Id. pr. 56.

²³ Id. pr. 58.

Sonuç itibarıyla mahkeme yaptığı değerlendirme ile İran mevzuatının ulusal mirası korumak ve kaçak kazı ve ihracatı cezalandırmak amacıyla hükümler getirdiği ancak mülkiyet hakkını öngören bir düzenleme tesis etmediği kanaatine ulaşmıştır²⁴.

Mahkemeye göre İran kanunları devlete doğrudan zilyetlik hakkı da tanıma-maktadır²⁵.

Kararda ele alınan ikinci hukuki mesele İran kanunlarının cezai ya da kamu hukuku karakterli olup olmadığı ve bunların İngiliz mahkemelerinde uygulanma kabiliyetidir.

Mahkeme 1930 kanunu da 1979 kanunu da kamu hakkı ile bağlantılı bir hukuk olarak görmüş, bu nedenle mülkiyet talebi olarak mütalaa etmemiştir²⁶. Buna göre sözkonusu iade davası, yabancı bir devletin hiçbir zaman zilyetliğine sahip olmadığı kültür varlıkları için kendi hâkimiyet hakkını icra etmek amacıyla açılmıştır²⁷.

Mahkeme yabancı devletin kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet hakkının satın alma, hibe ya da benzer şekilde gerçekleşmişse tanınacağını, ancak 1979 kanununa dayanarak gerçekleşen talebin kamu hukuku karakterli yabancı hukukun icrası olarak kabul edildiğini vurgulamıştır²⁸. Kanunun İran ulusal kültür mirasını korumak için getirdiği hükümler İran halkının kamu menfaati ya da İran devletinin menfaati ile ilgilidir ve act jure imperii egemenlik tasarrufudur²⁹. Dolayısıyla İran devletinin kendi kanunlarına dayanarak yaptığı iade talebi bir egemenlik tasarrufunun ülke dışı icrası olarak yorumlanmış ve bu kamu hukuku karakterli kuralların İngiliz mahkemelerinde uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

II. Temyiz Mahkemesi Kararı

Kararın İran devleti tarafından temyizi üzerine Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur³⁰.

Yüksek Mahkeme hukuki incelemelerine başlamadan önce 2002 yılından beri İngiltere'nin de taraf olduğu 1970 Unesco Konvansiyonunun amacı ve taraflara yüklediği yükümlülüklerden söz etmiştir. Konvansiyonun önsözüne göre her devlet bütün ülkelerin kültür mirasına saygı göstermek konusunda ahlaki bir sorumluluğa

²⁴ Id. pr. 59.

²⁵ Id. pr. 75.

²⁶ Id. pr. 87.

²⁷ Id. pr. 89.

²⁸ Id. pr. 97.

²⁹ Id. pr. 98.

³⁰ The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division) Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited (2007) EWCA 1374.

sahiptir ve kültürel mirasın korunması ancak ulusal ve uluslararası anlamda devletlerarası işbirliği ile mümkün olabilir³¹.

Yüksek Mahkeme ilk olarak dava konusu kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet meselesinin lex situs kuralı uyarınca İran hukukuna göre karara bağlanacağını, dolayısıyla İran hukukunun mülkiyet veya doğrudan zilyetlik hakkı tanıyıp tanımadığının irdelenmesi gerektiğini belirlemiştir³².

Yüksek Mahkeme İngiliz hukukuna göre haksız fiile dayanan iade davalarının (conversion) koşullarını belirledikten³³ sonra Common Law sisteminde zilyetliğe dayalı hak ile mülkiyete dayalı hak arasında fark olmadığını, menkul eşyanın zilyetliğinin mülkiyet iktisabına işaret ettiğini belirtmiştir. Buna göre zilyetliğin hırsızlık, kayıp gibi irade dışı devrinde zilyetliği ilk elde eden şahsın hakkı, daha sonraki zilyetenden üstündür. Daha sonraki zilyet de başlangıçtaki zilyet hariç herkese karşı mülkiyet hakkını elde edebilecektir. Bir başka ifade ile her zilyet bu zilyetliğe müdahale eden üçüncü kişiye karşı doğrudan zilyetlik hakkını kullanabilecektir³⁴.

Yüksek Mahkeme İran'ın kültür varlıkları ile ilgili mevzuat hükümlerini belirledikten³⁵ sonra ilk derece mahkemesinin konuya ilişkin hükmüne yer vermiş³⁶ ve ardından kanunların amacına göre yorumlanması ve kültür varlıklarıyla ilgili özel hükümlerin genel hükümlere kıyasla öncelik hakkına sahip olduğu saptamasında bulunmuştur³⁷. Mahkemenin yaptığı önemli bir diğer saptama da şudur: İran hukukundaki bir hak, İngiliz hukukunda mülkiyete eşdeğerde ise, İngiliz hukuku kanunlar ihtilafının amacı açısından bu kuralları mülkiyet hakkı olarak mütalaa edecektir³⁸. Buna göre İran hukukunda hakkın hangi isimle adlandırıldığı veya ilk derece mahkemesinin aradığı kavramların kullanılmamış olması da önemli olmayacaktır.

İran Medeni Kanunu ve 1930 tarihli kanunu inceleyen Yüksek Mahkeme pek çok noktada ilk derece mahkemesinin ulaştığı sonuçları kabullenmiş ve hukuki bir kazıda keşfedilen kültür varlıklarının tam olarak nasıl ve ne zaman İran devletinin mülkiyetine geçtiğinin açık olmadığını vurgulamıştır³⁹.

Mahkeme ardından 1979 tarihli kanunu ele almıştır. Bu kanuna göre kültür varlığı bulanlar buluntu üzerinde mülkiyet iddiasında bulunamaz, sadece bir ikrami-

³¹ Id. pr. 2.

³² Id. pr. 7.

³³ Id. pr. 11 vd.

³⁴ Id. pr. 15.

³⁵ Id. pr. 32 vd.

³⁶ Id. pr. 47 vd.

³⁷ Id. pr. 54.

³⁸ Id. pr. 49.

³⁹ Id. pr. 62.

yeye hak kazanır. Kanun kapsamındaki kültür varlıkları İran devleti dışında kimsenin mülkü olamaz⁴⁰. Bu noktada Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinde sorulmayan soruya cevap aramıştır: 1979 kanununa göre buluntular üzerinde başka biri mülkiyet iddiasında bulunabilir mi?⁴¹.

Kanunun 2. Maddesi tesadüfen bulunan kültür varlıkları ile ilgilidir. Bulan en kısa zamanda buluntuyu en yakın Kültür ve Yüksek Eğitim Ofisine teslim etmekle yükümlüdür ve bir ikramiyeye hak kazanır. Bulan kişi onu satma yetkisine sahip değildir. Eğer satma girişiminde bulunursa, alıcıya MK m. 36'a göre mülkiyet intikali gerçekleşmez. Ayrıca 1996 Ceza Kanununun 559. Maddesine göre cezalandırılır ve kültür varlıklarına elkonulur⁴².

Yüksek Mahkeme kültür varlığını bulan kişi üzerine yüklenen bu yükümlülükleri ve sınırlamaları değerlendirmiş ve bulanın kültür varlığı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadığı sonucuna varmıştır. 1979 Kanunu m. 165 ve 173-6 hükümleriyle uyuşmamakta ve 1930 kanununun da yerine geçmektedir. Bu durumda bulan kültür varlığını muhafaza etme ya da mülkiyetini bir başkasına devretme hakkına sahip değildir. Dolayısıyla bulanın buluntu üzerinde mülkiyet hakkı bulunmamaktadır⁴³.

Yüksek mahkeme bulan ile ilgili tespitini yaptıktan sonra İran devletinin duruma odaklanmış ve devletin mümkün olduğunca teslim edilmesi gereken buluntular üzerinde doğrudan zilyetlik hakkı olduğu sonucuna varmıştır. Teslim edilen buluntular tartışmasız İran devletinin mülkiyetindedir. Teslim edilmeyip bulan tarafından üçüncü kişiye devredilen kültür varlıklarına da el konulmakta ve üçüncü kişi mülkiyet hakkı elde edememektedir⁴⁴.

Kültür varlıkları kaçak kazı esnasında bulunmuşsa, bulanın yine buluntuları muhafaza etmesi veya üçüncü kişilere devretmesi mümkün değildir. Bu eserlere de el konacaktır ve bulanın ikramiye hakkı yoktur. Dolayısıyla kaçak kazılarda bulunan kültür varlıkları de İran devletine aittir⁴⁵.

Bu noktada Yüksek Mahkeme Farsça zapt kelimesinin anlamını açıklamıştır. Bu sözcük hem elkoyma⁴⁶ hem de müsadere⁴⁷ anlamına gelmektedir. Kanunda zapt kelimesi hem buluntular için hem de kazıda kullanılan araç gereç için kullanılmıştır. Davalı Barakat'a göre zapt kelimesi kültür varlıkları için başka, araç gereç için başka

⁴⁰ Id. pr. 64.

⁴¹ Id. pr. 66.

⁴² Id. pr. 69.

⁴³ Id. pr. 71.

⁴⁴ Id. pr. 74.

⁴⁵ Id. pr. 75.

⁴⁶ İngilizce seizure karşılığı kullanılmıştır.

⁴⁷ İngilizce confiscation karşılığı kullanılmıştır.

anlamda kullanılmış olamaz. Madde 1'deki müsadere, kültür varlığına sahip olan kişiden müsadere edilme izlenimini vermektedir⁴⁸.

Yüksek Mahkeme bu savunmayı reddetmiş ve kendi bağlamında “zapt” kelimesinin hem kazıyı yapan kişinin sahip olduğu araç gerecin müsadere edilmesi hem de İran devletinin mülkiyet hakkı ile ilgili olarak buluntuların zilyetliğini ele geçirme anlamında kullanıldığını belirtmiştir⁴⁹.

Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesince kabul edilen İran devletinin mülkiyet hakkını ancak cezai bir prosedür olan müsadere işleminden sonra elde edeceğine ilişkin argümanı da gereksiz bir mesele olarak nitelemiştir. Zira kültür varlığı bulan buluntu üzerinde mülkiyet hakkı kazanamadığına göre, iki ihtimal olacaktır: ya sahipsiz mallar İran zilyetlik elde ettikten sonra İran devletinin olacaktır ya da bulunduğu andan itibaren İran devletinin malıdır. Yüksek Mahkeme birinci ihtimali suni bulmuş ve İran'ın bulunan kültür varlıkları ile ilgili olarak sahip olduğu hakların son derece geniş ve münhasır olduğunu, bu nedenle İran'ın bulunan kültür varlıklarının maliki olarak mütalaa edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır⁵⁰.

Bu itibarla Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesinin İran kanunlarının kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti öngörmediğine ilişkin kararının yanlış olduğu sonucuna ulaşmıştır⁵¹. Bu sonuç yabancı kanunların amaca uygun ve tarafsız yorumunun ne derece önemli olduğunu göstermektedir.

Davada ele alınan ikinci mesele İran kanunlarının İngiliz mahkemelerinde uygulanması mümkün olmayan ceza veya diğer kamu hukuku kurallarından olup olmadığı meselesidir. İlk derece mahkemesi İran kanunları devlet mülkiyeti öngörseydi bile bu kuralların kamu hukuku karakterli kurallar olması nedeniyle İngiliz mahkemelerinde tanınamayacağını ve uygulanamayacağını öngörmüştür. Yargılamayı yapan yargıç bu durumun üzücü olduğunu ancak çözümün uluslararası bir sözleşme ile sağlanabileceğini ifade etmiştir⁵².

Yüksek Mahkeme kararın bu bölümünde ayrıntısıyla doktrin ve mahkeme kararları eşliğinde İngiliz mahkemelerinde uygulanma kabiliyeti olmayan ceza hukuku, vergi hukuku ve diğer kamu hukuku kurallarını ele almıştır⁵³. Mahkemeye göre ilk derece mahkemesi 1979 kanununu ceza hukuku karakterli görmekle hata yapmıştır. Kanunun bazı hükümlerinin kaçak kazılarla ilgili ceza hükümleri getirmesi diğer bütün hükümleri ceza hükmü haline getirmez. Kültür varlıklarının mülkiyeti ile ilgili

⁴⁸ Dn. 30'daki karar pr. 77.

⁴⁹ Id. pr. 78.

⁵⁰ Id. pr. 79-80.

⁵¹ Id. pr. 84.

⁵² Dn. 9'daki karar pr. 100

⁵³ Dn. 30'daki karar pr. 95 vd.

değişiklikler geçmişe etkili değildir ve kimseyi daha önce kurulmuş mülkiyet hakkından mahrum etmemektedir. Kanun henüz keşfedilmemiş kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet hakkı ile ilgili hükümleri değiştirmiştir ve bunları devlet mülkiyetine tâbi tutmuştur. Bu hükümler cezai hükümler değildir⁵⁴.

Yüksek Mahkeme daha sonra diğer kamu hukuku karakterli kurallar kategorisini incelemeye başlamıştır. Kamu hukuku kuralları kavramı mahkeme kararları eşliğinde ele alınmıştır⁵⁵. İngiliz mahkeme kararlarında yapılan tanımların değerlendirilmesi sonucu Yüksek Mahkeme “egemenlik hakkı icrası” kavramı üzerinde durmuştur. İngiliz mahkemelerinde uygulanmayacak olan kurallar, yabancı egemen bir otoritenin egemenlik hakkının icrasını gerektiren ya da devlet menfaatinin uygulanmasını hedefleyen kurallardır⁵⁶. Bu noktada ihracat yasakları bu kategoriye girmektedir⁵⁷. Oysa dava konusu olaydaki talep ihracat yasaklarını uygulamaya teşebbüsü değil, mülkiyet hakkı iddiasıdır. Bu aşamada Yüksek Mahkeme İran’ın mülkiyet iddiasının objeler üzerinde zilyetlik elde edemese bile savunulabilir olup olmadığını ele almıştır⁵⁸.

Yüksek Mahkemeye göre menkul eşyalar üzerinde mülkiyet iddiası evrensel bir kural olan *lex situs* yani malın bulunduğu yer hukukuna tâbidir⁵⁹. Dolayısıyla yabancı bir devlet kendi ülkesinde bulunan bir eşya üzerinde kendi kanunlarına binaen mülkiyet hakkı kazanmışsa, İngiliz mahkemesinin bu mülkiyeti genel prensiplere uygun olarak tanımaması için bir sebep bulunmamaktadır⁶⁰.

Bu davada İran devleti mülkiyet iddiasını özel mülkiyetteki objelerin zorla devletleştirilmesi vakiasına dayandırmamaktadır. İran’ın ulusal kültür mirasının bir parçası olan kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet hakkı yaklaşık 30 yıldan beri yürürlükte olan kanuna dayanmaktadır. Bu kanuna dayalı talep kamu hukukunun icrası ya da egemenlik iddiası değildir. Mahkeme yabancı kanuna dayanan mülkiyet hakkının zilyetliğin elde edilmesine bağlı olmadığına da dikkat çekmiştir⁶¹. Mahkemeye göre yabancı devletin kültür varlığı üzerindeki mülkiyet hakkını zilyetlik koşuluna bağlamak, bu devletler için hukuka aykırı olarak ihraç edilen kültür varlıklarının iadesini imkânsız hale getirecektir⁶².

⁵⁴ Id. pr. 111.

⁵⁵ Bkz. Id. pr. 112 vd.

⁵⁶ Id. pr. 126.

⁵⁷ Id. pr. 128.

⁵⁸ Id. pr. 131.

⁵⁹ Id. pr. 132.

⁶⁰ Id. pr. 133.

⁶¹ Id. pr. 149.

⁶² Id. pr. 163.

Yüksek Mahkeme İran kanunlarının kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkı tesis ettiği ve İran'ın iade talebinin cezai veya diğer kamu karakterli kurallarının icrası amacını taşımadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁶³.

III. Değerlendirme

A. Devletin kendi çıkardığı kanunlarla kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması

Arkeolojik açıdan zengin ülkeler çıkardıkları bir kanunla⁶⁴ henüz keşfedilmemiş bile olsa bütün kültür varlıklarının devlet mülkiyetinde olduğunu ilan etmektedir. Bu durumda ülkede gerek kazılarda gerekse tesadüfen bulunan bütün kültür varlıkları devletin zilyetliğine geçme koşulu olmaksızın ipso iure devlet mülkiyetine tâbi olmaktadır. Böyle bir buluntunun yurt dışına kaçırılması, devlete ait bir eserin çalınması anlamına gelmektedir⁶⁵. Bu durumda kaynak ülke yabancı ülkede kültür varlığını elinde bulunduran kişiye karşı açacağı iade davasında kendi kanunlarına binaen mülkiyet iddiasında bulunacaktır.

Amerikan mahkemeleri geniş kapsamlı kanunlarla tesis edilen devlet mülkiyetini tanımaktadır⁶⁶. Ancak bunun için davacı Devletin üç hususu ispat etmesi gerekmektedir⁶⁷:

- 1) Devlet açık ve tereddüte yer vermeyecek şekilde henüz keşfedilmemiş de olsa kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyetini öngören bir kanun çıkarmış olmalıdır.
- 2) İade talebine konu eserler talepte bulunan devletin ülkesinde bulunmuş ve kaçak olarak yurt dışına çıkarılmış olmalıdır.
- 3) İade talebine konu olan eserler devlet mülkiyetini tesis eden kanunun yürürlüğü esnasında bulunmuş ve yurt dışına çıkarılmış olmalıdır.

Kaçak kazılarda bulunmuş ve hiçbir surette kayda geçmeden yurt dışına kaçırılmış eserlerin davacı devletin topraklarında bulunduğu ispatı oldukça güçtür. Diğer yandan devlet mülkiyeti öngören kanunlar yeterince açık bir şekilde mülkiyet hakkı tesis etmiyorsa kaynak ülkenin yabancı mahkeme önünde başarı şansı düşük olacaktır.

⁶³ Id. pr. 164-165.

⁶⁴ Bu tür kanunlar için genel olarak “şemsiye kanun” nitelendirmesi yapılmaktadır. Bkz. ÖZEL, s. 277 dn. 89.

⁶⁵ ÖZEL, s. 276-277.

⁶⁶ Bkz. dn. 8'de zikredilen kararlar. Mc Clain kararında mahkeme açıkça kamu mülkiyetini ilan eden kanundan sonra yapılan ihracatın eserlerin çalıntı olduğunu ispatlamak için yeterli olduğunu belirtmiştir (545 F. 2d. 988, s. 1003). Mahkeme fiilen elde bulundurmanın mülkiyet hakkı için sine qua non olmadığının altını çizmiştir (545 F. 2d. 988, s. 992).

⁶⁷ ÖZEL, s. 277. Ayrıca bkz. ÖZEL (Devlet mülkiyeti) s. 70.

ABD'de karara bağlanan *Government of Peru v. Johnson*⁶⁸ davasında davacı Peru Devleti bu şartları ispatlayamamıştır. Mahkeme dava konusu Kolomb-öncesi objelerin Peru'dan geldiğine dair kesin delil bulunmadığını, Kolomb-öncesi Peru kültürünün sadece bugünkü Peru'da değil, Bolivya ve Ekvator'da da bulunduğunu belirlemiştir⁶⁹. Ayrıca mahkeme eserler Peru kökenli olsa bile Peru kanunlarının devlet mülkiyeti öngörmediğini saptamıştır. Peru kanunlarını inceleyen mahkeme, bu kanunların sadece ihracat kısıtlaması getirdiği sonucuna varmıştır⁷⁰.

Buna karşılık *Schultz* kararında⁷¹ Amerikan mahkemesi 1983 sonrası Mısır'da bulunan bütün kültür varlıklarının Mısır devletine ait olduğunu öne süren Mısır kanununu incelemiş ve yaptığı değerlendirmede Mısır devletinin dava konusu eserler üzerinde mülkiyet hakkı olduğu sonucuna varmıştır.

Kaynak ülke kanununun mülkiyet hakkı mı yoksa ihracat yasağı mı tesis ettiği hususu çok önemlidir. Zira kaynak ülkenin mülkiyet hakkı ihdas eden kanunları Amerikan mahkemesinde tanınmakta, ancak mülkiyet tesis etmeden sadece ihracat yasakları getiren kanunlar, kamu hukuku karakterli kuralların yabancı ülkede icrası anlamına geldiği için uygulanmamaktadır.

Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ABD'de açtığı davalardan da bahsetmek yerinde olacaktır:

Lydian hazinesi davasında⁷² Türkiye 1966 yılında Türkiye'den kaçırılan M.Ö 6. Yüzyıla tarihlenen arkeolojik objelerin iadesi amacıyla New York Metropolitan Müzesine iade davası açmıştır. Metropolitan yetkilerinin sundukları belgeler müzenin eserleri alırken kaynağı bildiğini göstermektedir. Ayrıca eserleri Türkiye'de çalanların ifadeleri de hazinenin kaynağının Türkiye olduğunu işaret etmektedir⁷³. Amerikan mahkemesi davanın reddine ilişki talebi reddederek⁷⁴ davanın esasına girmeye başla-

⁶⁸ 720 F. Supp. 810 (C.D. Cal. 1989). Kararla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. MERRYMAN, John Henry: "Limits on State Recovery of Stolen Artifacts: *Peru v. Johnson*" 1 *International Journal of Cultural Property*, 169 (1992)b

⁶⁹ 720 F. Supp. 810 (C.D. Cal. 1989) s. 812.

⁷⁰ Id. s. 814.

⁷¹ *United States v. Schultz* 178 F. Supp. 2d. 445 (S.D.N.Y 2002), 333 F.3d. 393 (2d Cir. 2003). Bkz. GERSTENBLITH, Patty: "The Mc Clain/Schultz Doctrine: Another Step Against Trade in Stolen Antiquities" in *Witnesses to History* edited by Lyndel v. Prott, Unesco 2009, s. 346 vd.

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. ROOSEVELT, Christopher/LUKE, Christina: "Looting Lydia: The Destruction of an Archaeological Landscape in Western Turkey" in *Archaeology, Cultural Heritage and the Antiquities Trade*, edited by Neil Brodie et al. (University Press of Florida, 2006) s. 173-187. Ayrıca bkz. ACAR, Özgen/ROSE, Mark: "Turkey's War on the Illicit Antiquities Trade" *Archaeology* 48/2 (1995) s. 46 vd.

⁷³ ACAR/ROSE, s. 46.

⁷⁴ *Republic of Turkey v. The Metropolitan Museum of Art* 762 F. Supp. 44 1990 US Dist. LEXIS 18771 (S.D.N.Y 1990)

dığı anda Metropolitan müzesi hazineyi Türkiye'ye iade etmeyi kabul etmiştir. Dava nihai kararlarla sonuçlanmamış, dava dışı sulh yoluyla çözümlenmiştir⁷⁵. Metropolitan müzesi Türkiye'nin hazinenin Türkiye'den kaçırıldığını ispatladıktan sonra kendi kanunlarıyla mülkiyet hakkı tesis ettiğini de göstererek davayı kazanacağını öngördüğü için uzlaşma yoluna gitmiştir.

Elmalı hazinesi davasında ise Türkiye 1984 yılında Elmalı yakınlarında kaçak kazı sonucu bulunan ve kaçırılan 1800den fazla antik sikkenin iadesi için dava açmıştır⁷⁶. Bu davada sikkelerin Türkiye kaynaklı olduğu çok açık olduğu için davalı, Türk kanunlarının mülkiyet hakkı öngörmediğini ileri sürmüştür. Davalıya göre 1983 kanunu⁷⁷ devlet mülkiyeti öngörmemektedir; zira m. 5 “devlet malıdır” terimi yerine “devlet malı niteliğindedir” terimini tercih etmiştir. Bu da kanunun devlet mülkiyeti yerine, sadece ihracat yasağı koyduğu anlamına gelmektedir⁷⁸.

Amerikan mahkemesi Türk kanunlarını bütünüyle inceleyerek Türkiye'nin sikkeler üzerinde doğrudan, koşulsuz zilyetlik hakkı olduğu, bu itibarla da dava açma ehliyeti olduğu sonucuna varmıştır⁷⁹. Bu karar mahkemenin Türk hukukunun kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti öngördüğüne karar vereceğini işaret ettiği için davalı sulh yoluyla uzlaşma yolunu izlemiş ve sikkeleri Türkiye'ye iade etmiştir⁸⁰.

Türkiye'nin kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet hakkı Amerikan mahkemelelerinde tanınırken, İsviçre mahkemelerinde ısrarla reddolunmuştur.

Basel kararlarında Türkiye Cumhuriyeti Devleti antik Phrygia bölgesinden çıkarılan beş mezar taşının iadesi için İsviçre'de dava açmıştır. Mezar taşları Basel şehri Eski Eserler Müzesinde teşhir edilmektedir. Bu davada İsviçre ilk derece mahkemesi, temyiz mahkemesi ve Federal Mahkeme Türk kanunlarını yanlış yorumlayarak, kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti öngörülmediği sonucuna varmıştır⁸¹.

⁷⁵ Bkz. CHECHI, Alessandro/BANDL, Anne-Laure/RENOLD, Marc-Andre: “Case Lydian Hoard- Turkey and Metropolitan Museum of Art” Platform ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>) Art-Law Centre, University of Geneva. Ayrıca bkz. ÖZEL, Sibel: “Under the Turkish Blanket Legislation: the Recovery of Cultural Property Removed from Turkey” in 381 International Journal of Legal Information, 177 (2010).

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ACAR, Özgen/KAYLAN, Malik: “The Hoard of Century” Connoisseur (July 1998) s. 74-83. Ayrıca bkz. ÖZEL (Blanket Legislation) s. 180 vd.

⁷⁷ 2583 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu. RG.

⁷⁸ Plaintiff's Memorandum of Law in Opposition to Defendant's Motion to Dismiss, 89-3061-5.

⁷⁹ The Republic of Turkey v. OKS Partners 797 F. Supp. 64 (D. Mass. 1992)

⁸⁰ VELİOĞLU, Ece/CHECHI, Alessandro/RENOLD, Marc-Andre: “Case Elmalı Hoard-Turkey and OKS Partners” Platform ArThemis (<http://unige.ch/art-adr>) Art-Law Centre, University of Geneva.

⁸¹ Kararlarla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. ÖZEL, Sibel: “Basel Decisions: Recognition of the Blanket Legislation Vesting State Ownership over the Cultural Property Found within the Country of Origin” 9 International Journal of Cultural Property, 315 (2000).

Bu davada İsviçre mahkemeleri 1906 Asar-ı Atika Nizamnamesi⁸² ve 1973 tarihli Eski Eserler Kanununu⁸³ inceleyerek Türk kanunlarının kültür varlıkları üzerinde ipso iure mülkiyet hakkı tesis etmediği sonucuna varmıştır⁸⁴. Federal Mahkemeye göre Türk kanunları devlet mülkiyetine benzer bir hak öngörmektedir⁸⁵.

Bu kararlar İsviçre mahkemelerinin Türk kanunlarını nasıl yanlıştır ve taraflı bir şekilde yorumladıklarının örneğidir. Daha da ilginç olan husus İsviçre mahkemesinin 1926 Türk Medeni Kanunu m. 697 yerine mehzaz İsviçre Medeni Kanunu m. 724'ü İsviçre doktrinindeki azınlık görüş uyarınca yorumlaması ve maddenin devlete ipso iure mülkiyet hakkı değil, bir ihraz hakkı tanıdığı yönünde karar vermesidir. Buna göre devlet kendisine sunulan objeyi alıp almama konusunda karar verecek ve ancak bu karardan sonra mülkiyet hakkını elde edebilecektir⁸⁶.

İsviçre mahkemelerinin Türk kanunlarına ilişkin bu yorumu Amerikan mahkemelerinin yorumundan çok farklıdır ve kaynak ülkelerin hiçbir koşulda kaçak kazı sonucu bulunup kayıtlara geçmeden yurt dışına kaçırılmış kültür varlıklarının iadesini mümkün kılmamaktadır. Böylesi bir yorum kültür varlıklarının hukuka aykırı ticaretini önlemeyeceği gibi tam tersi teşvik edecektir⁸⁷.

İngiliz Yüksek Mahkemesi Barakat kararında tıpkı Amerikan mahkemeleri gibi kaynak ülke kanunlarını doğru ve o ülkede anlaşıldığı gibi yorumlamıştır. Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesinden farklı bir bakış açısıyla kaynak ülke kanunlarını ele almış, buluntular üzerinde İran devleti dışında başka bir özel kişi mülkiyet hakkı elde edebilir mi sorusunu sormuş ve bunun mümkün olmadığını tespit etmiştir. Kaynak ülke, kültür varlıklarıyla ilgili olarak mülkiyetin sağladığı bütün yetkileri devlete tanımışsa ve özel mülkiyete izin vermiyorsa kaynak ülkenin mülkiyet hakkı olduğu kabul edilmelidir. Devletin kendisini malik olarak ilan etmediği veya kullandığı bazı kelimelerin mülkiyet ile bağdaşmadığı gerekçesinin ardına saklanarak devletin kültür

⁸² 29 Sefer 1324-10 Nisan 1322 (Hazineyi Evrak no 3026).

⁸³ RG. 06.05.1973-14527.

⁸⁴ ÖZEL (Basel decisions) s. 317.

⁸⁵ Id. s. 322.

⁸⁶ Id. s. 316. Türk Medeni Kanunu ile Türk doktrin ve uygulamalarına bakmadan mehzaz kanunun ilgili maddesini uygulamak mahkemenin tarafsızlığı konusunda ciddi şüpheleri beraberinde getirmektedir.

⁸⁷ İsviçre 2000 yılından itibaren kültür varlıkları ile ilgili politika değişikliğine gitmiş ve 2003'de 1970 Unesco Konvansiyonuna taraf olmuştur. Bu amaçla uyum yasası olarak Kültür Varlıklarının Uluslararası Transferi ile ilgili Federal Kanunu yürürlüğe koymuştur. (bkz. admin.ch/kulturerbe/04371/04376/inc (erişim tarihi: 21.09.2014)). Ayrıca İsviçre MK m. 724 de değiştirilmiştir. Artık İsviçre'de bulunan kültür varlıkları ipso iure devlet mülkiyetindedir. SIEHR, Kurt: "Protection of Cultural Property Reforms and Developments in the Member States of the European Union and in Some Other Countries" in Cultural Property Protection edited by Eric C. Schneider-Rosean M Schneider, Dautsch-Türkische Rechtsstudien, Band 4 BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, s. 79.

varlıkları üzerinde mülkiyet hakkı olmadığını savunmak, hukuka aykırı ticaretin gelişmesini destekleyecek ve hatta teşvik edecektir. Yüksek Mahkemenin ilk derece mahkemesinin kaynak ülke kanunlarını yorumlayışının yanlış olduğunu açıkça belirtmesi ve amaca uygun yorum yapması bundan sonraki kararlar üzerinde de etkili olacaktır.

Yüksek Mahkeme kaçak kazı sonucu bulunan eserlerin de İran'a ait olduğunu hükme bağlamıştır. Böylelikle kaynak ülke kanunlarının doğru ve amaca uygun yorumu gerçekleşmiş; zilyetlik olmadan da kanunen kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti kurulacağı kabul edilmiştir. Kararda doğrudan uygulanma kabiliyeti olmasa da 1970 Unesco Konvansiyonuna atıf yapılması, temel prensiplerin baz alınması ve kaynak ülke kanunlarının İngiliz mahkemelerinde tanınmasının, İngiliz kamu düzeninin bir parçası olarak görülmesi takdire şayandır.

B. Kamu hukuku karakterli kuralların yabancı mahkemelerde uygulanmaması

Kaynak ülkenin kaçırılan kültür varlığının iadesi için yabancı ülkede açtığı davada bu eserler üzerindeki mülkiyet iddiası genel kabul gören *lex rei sitae* kuralı gereği malın bulunduğu yer hukukuna tâbi olacaktır⁸⁸. Kültür varlıkları kaynak ülkede bulunduktan sonra yurt dışına çıkarılıp yeni işlemlere konu olduğu için öncelikle ilk bulunduğu yer olan kaynak ülke hukukuna göre mülkiyet hakkının tespit edilmesi gerekmektedir. Kaynak ülke kendi kanunlarına göre devlet mülkiyeti iddiasında bulunduğu bu kanunların kamu hukuku karakterli olduğu şüphesizdir. Bu durumda yabancı kamu hukuku kuralları ile ilgili sınırların incelenmesi gerekmektedir.

Barakat kararında da inceleme konusu olan husus İngiliz mahkemelerine yabancı ceza, vergi ve diğer kamu hukuku kurallarının uygulanmayacağına ilişkin kuraldır⁸⁹. Bu noktada yabancı hukukun kamu hukuku karakterinin vasıflandırılması *lex fori* İngiliz hukukuna göre yapılır⁹⁰. Kuralın temel ögesi bir devletin egemenlik otoritesini bir başka ülkede kullanamayacağıdır⁹¹.

Bir devletin ceza hükmünün bir başka ülkede uygulanmasının talep edilmesi egemenlik yetkisinin ülke dışında kullanılması anlamına gelir. Bu yüzden yabancı

⁸⁸ MÖHUK m. 21/1. Kuralla ilgili bkz. TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011, s. 318 vd; NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2013, s. 293 vd; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012, s. 298 vd; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2014, s. 223 vd.

⁸⁹ DICEY/MORRIS/COLLINS: The Conflict of Laws, 14th ed. 2006, pr. 5R-019; NORTH/FAWCETT: Cheshire and North's Private International Law, 1999, s. 106 vd; BRIGGS, Adrian: The Conflict of Laws, Oxford, 2013, s. 200.

⁹⁰ BRIGGS, s. 201.

⁹¹ NORTH/FAWCETT, s. 107.

ceza hükmünün doğrudan ya da dolaylı olarak uygulanması kabul edilemez. Bu noktada yabancı hukukun cezaî niteliği, yabancı devlet tarafından kamu düzenini ihlal eden davranışlara getirilen müeyyideler ve para cezaları olarak tanımlanmıştır⁹².

Yabancı ceza hükmünün bir ceza kanunu içinde yer alması gerekmez. Önemli olan hükmün cezaî niteliğidir. Ortiz kararı⁹³ kaynak ülkenin kültür varlıklarıyla ilgili mevzuatının cezaî nitelikte görülmesi nedeniyle İngiliz mahkemelerinde uygulanmasının tipik örneğini oluşturmaktadır.

Karara konu olayda beş Maori tahta oyma pano Sotheby's'de satışa sunulmuştur. Panolar 1830 yıllarında Maoriler tarafından komşu kabile saldırılarından korunmak amacıyla Taranaki bölgesindeki bir bataklığa gömülmüştür. 1972 yılında bir kısım Maori yerlisi panoları çıkarmış ve İngiliz tacire satmıştır. İngiliz satıcı Yeni Zelanda Tarihi Eserler Kanununa göre ihracat izni almadan eserleri New York'a götürmüş ve burada koleksiyoncu Ortiz'e satmıştır. Ortiz 1977 yılında eserleri Londra'da Sotheby's'de satışa çıkarınca, Yeni Zelanda Hükümeti satışı durdurmak ve eserlerin kendisine ait olduğunu belirten bir karar almak üzere mahkemeye başvurmuştur. Yeni Zelanda kanunlarına göre izinsiz ihraç edilen kültür varlıkları elkonularak üzerinde devlet mülkiyeti tesis edilmektedir. İlk derece mahkemesi bu hükümleri mülkiyetin devlete intikali olarak yorumlarken, Temyiz Mahkemesi ve House of Lords mülkiyetin otomatik olarak devlete geçmediğini, eşyaya elkonulmasının şart olduğu sonucuna varmıştır. Maori oymalarına Yeni Zelanda sınırları içinde elkonulmadığı için mülkiyet devlete geçmemiştir ve Yeni Zelanda kanununun ülke dışında uygulanması Devletler Umumi Hukukuna aykırıdır⁹⁴.

Ortiz kararında mahkeme yasadışı ihracat halinde esere elkonulup özel mülkiyetin kaldırılması ve devlet mülkiyetinin kurulmasını yasadışı ihracatın bir müeyyidesi olarak cezaî hüküm olarak nitelemiştir. Davanın bir özel hukuk davası olarak açılması ve devletin mülkiyet iddiasının bir özel hukuk talebi olması yabancı hükmün cezaî niteliğini bertaraf etmemektedir⁹⁵. Önemli olan uygulanacak hükümlerin bir ceza kanununda yer alması cezaî hüküm olarak nitelendirilmesidir⁹⁶.

Yabancı vergi kanunlarının uygulanmaması konusu yeterince açık olmasına rağmen diğer kamu hukuku kurallarının neler olduğu bazı belirsizlikleri beraberinde getirmektedir. İthalat-ihracat yasakları, düşmanla ticaret kanunları, fiyat kontrol düzenlemeleri, anti-trust kanunları bu kategoriye örnek olarak verilebilir⁹⁷. Ancak

⁹² NORTH/FAWCETT, s. 111; BRIGGS, s. 200.

⁹³ Att.Gen. of New Zealand v. Ortiz (1984) AC 1. Kararla ilgili bkz. ÖZEL, s. 147 vd; 282.

⁹⁴ (1984) AC 1. s. 16 vd.

⁹⁵ Id. s. 32.

⁹⁶ Id. s. 33.

⁹⁷ NORTH/FAWCETT, s. 114-115.

kamu hukuku özel hukuk ayrımının çok net yapılmadığı Common Law sisteminde kamu hukuku kavramının bir tanımını bulmak oldukça zordur⁹⁸. Ortiz kararında mahkeme bu duruma işaret etmiş ve diğer kamu hukuku kurallarını ceza ve vergi kurallarıyla aynı tür kurallar olarak ele almıştır. Devletin egemenlik hakkından kaynaklanan otoritesine hizmet eden kurallar kamu hukuku kurallarıdır ve bu kurallar ancak egemen devletin kendi ülke sınırları içinde uygulanabilir. Uluslararası hukuka göre egemenlik sınırlarının ötesinde bu tip kuralların uygulanması mümkün değildir⁹⁹.

Bu noktada talebin niteliği önem kazanmaktadır. Talep yabancı bir devletin egemenlik hakkının icrası ya da iddiasıyla ilgili ise yabancı kamu hukuku İngiliz mahkemelerinde uygulanma imkânını sahip olmayacaktır¹⁰⁰.

King of Italy v. Medici davasında¹⁰¹ İtalyan devleti Medici Arşivlerinin satışını durdurmak için Medici ailesinden biri ve Christie's müzayede salonu aleyhine dava açmıştır. Mahkeme İtalyan devletine ait olan kitaplar için durdurma kararı vermiş ancak Medicilere ait olup yurt dışına çıkışı yasak olan kitaplar için satışın durdurulması talebini reddetmiştir. Zira ihracat yasakları kamu otoritesinin icrasını gerektiren kurallardır ve ancak o ülke sınırları içinde geçerli olurlar.

Yabancı kamu hukuku karakterli kuralların tanınması ya da uygulanması ile icrası arasındaki farkı İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu¹⁰² m. 13(1) açık bir şekilde ortaya koyarak, yabancı hukukun bir hükmünün kamu hukuku karakterli olarak nitelendirilmesinin onun uygulanmasına engel olmadığını hükme bağlamıştır. Böylelikle lex causae yabancı hukukun konuya ilişkin hükümleri sırf kamu hukuku kuralı diye reddedilmeyecektir. Bu kuralların bertaraf edilmesi ancak kamu düzeni engeli ile mümkün olacaktır.

Barakat kararında Yüksek Mahkeme İran kanunlarının kamu hukuku karakterli kurallar olması nedeniyle İngiliz mahkemelerinde uygulanamayacağını belirten ilk derece mahkemesi kararını bozmuş ve yapılan nitelendirmenin yanlış olduğunu açıkça vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme İran'ın talebinin ihracat yasaklarını uygulatma talebi olmadığı için altını çizmiştir. Zira İran yasadışı ihracattan önce kanunla kazandığı mülkiyet hakkına dayanarak dava açmaktadır. Kanun kamu hukuku karakterli kanun olmasına rağmen, talep kamu otoritesinin İngiltere'de icrası değildir. İran'da elde edilen mülkiyet hakkının tanınması istenmektedir.

⁹⁸ Id. s. 115.

⁹⁹ Ortiz kararı (dn. 92) s. 21.

¹⁰⁰ President of the State of Equatorial Guinea v. Royal Bank of Scotland (2006) UKPC7, pr. 57.

¹⁰¹ (1918) 34 TLR 623.

¹⁰² İngilizce metin için bkz. Swiss Federal Act on International Private Law, Swiss –American Chamber of Commerce, 1989.

Yüksek Mahkeme Barakat kararında yabancı kamu hukuku kuralının tanınması ile icrası arasındaki ayrımı çok net bir şekilde belirlemiş ve kendi kanunlarına göre kazanılmış mülkiyet hakkının İngiliz mahkemelerinde de tanınacağını garanti altına almıştır.

Bu itibarla kaynak ülkenin devlet mülkiyetini öngören kanunlarının yabancı ülkede etkisi ile kaynak ülke ihracat yasaklarının etkisini ayırmamız gerekmektedir. Zilyetlik olmaksızın ülkede bulunan bütün kültür varlıklarının kanun gereği devlete ait olacağını öngören kamu hukuku kuralları yabancı mahkemelerde de tanınacaktır. Zir *lex rei sitae* gereği mülkiyet kazanımını temin eden bu kurallar, devlete kültür varlığı üzerinde mülkiyet hakkı tesis etmektedir.

Buna karşılık ihracat yasakları kültür varlığının ülke dışına çıkışını yasaklamaktadır. Bu hüküm kamu otoritesinin bir göstergesi olarak ancak kaynak ülke sınırları içinde geçerlidir. İhracat yasaklarına rağmen yurt dışına kaçırılan bir eserin iadesi talebi kaynak ülkenin kamu otoritesi kurallarının ülke dışında icrası talebi anlamına geleceği için kabul edilmeyecektir¹⁰³. Dolayısıyla kaynak ülkenin kendi kanunuyla kazandığı mülkiyet hakkına dayanarak iade talebinde bulunması, kamu otoritesinin yabancı bir ülkede icra edilmesi anlamına gelmemektedir. Mülkiyet hakkına dayanan devlet bu hakkın gereği olarak kültür varlığının iadesini talep etmektedir. Bu mülkiyet hakkının tanınması ve buna göre kültür varlığının iadesine karar verilmesi yabancı egemenlik hakkının icrasına hizmet anlamına gelmemektedir.

Barakat kararı mülkiyet hakkı öngören kaynak ülke kanunlarının yabancı ülkelerde uygulanmasının kamu otoritesinin icrası anlamına gelmeyeceğini belirterek kaçırılan kültür varlıklarının kaynak ülkeye bu nedenle iade edilmemesinin sözde hukuki bahanesini ortadan kaldırmaktadır. Karar İngiltere dışında da etkisini gösterecek ve emsal teşkil edecektir.

¹⁰³ Bunun istisnası uluslararası sözleşmeyle tarafların birbirlerinin ihracat yasaklarını tanıma yükümlülüğü ya da ithalat ülkesinin kendi kanunuyla yasadışı ihraç edilen kültür varlıklarının kendi ülkesine ithalatının yasaklanmasıdır.

TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN'UN TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN MİRAS HUKUKUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNDE YAPTIĞI DEĞİŞİKLİKLER

(The Alterations of Amendment Law of The Soil Conservation and
Land Use Law to the Inheritance Provisions in Turkish Civil Code)

Cevdet YAVUZ*, Murat TOPUZ**

ÖZET

Toprak hukukunun temel amaçlarından biri de yeter gelir sağlayan bağımsız tarım işletmelerini korumaktır. Toprakların verimsiz işletmeler haline gelecek şekilde bölünüp parçalanmalarını önlemektir. Bu nedenle gerek TMK'nda gerekse Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda bir çok hükme yer verilmiştir. Bu kapsamda Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda değişiklikler yapılmıştır. Değişiklik yapan Kanun Türk Medeni Kanununun 659 uncu, 660 ıncı, 661 inci, 662 nci, 663 üncü, 664 üncü, 665 inci, 666 ncı, 667 nci ve 668 inci maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu hükümlerin yerine Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na bir çok yeni hüküm eklenmiştir. Böylece tarımsal işletmelerin daha verimli olarak değerlendirilmesi sağlanmaya çalışılmış ve miras kalan toprakların bölünmesine engel olacak yeni bir takım tedbirler öngörülmüştür.

Anahtar kelimeler: Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, Tarımsal işletme

Abstract

The one of the main purposes of the law of soil is to protect independent agricultural enterprises, which derive adequate revenues. This also relates to prevent broken soil becoming unfruitful enterprises. In consequence, numerous provisions are held on Turkish Civil Code and Soil Conservation and Land Use Law. In this context, Turkish Civil Code and Soil Conservation and Land Use Law made

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (E.) Medeni Hukuk ABD öğretim üyesi.

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD öğretim üyesi.

amendments. In this regard, the Article 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668 of Turkish Civil Code were abolished. Instead of these Articles, new provisions are inserted into Soil Conservation and Land Use Law. Thereby, increasing the efficiency of agricultural enterprises is provided and new measures are taken in order to prevent inherited soil being broken.

Keywords: Soil Conservation and Land Use Law, agricultural enterprises.

GİRİŞ

Toprak hukukunun temel amaçlarından biri de yeter gelir sağlayan rasyonel işletme ilkesine elverişli, bağımsız tarım işletmelerini¹ bu nitelik ve özellikleriyle korumak, bunların verimsiz işletmeler haline gelecek şekilde bölünüp parçalanmalarını önlemektir². Bu nedenle gerek TMK'nda gerekse Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda bir çok hükme yer verilmiştir. Ancak 03/07/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda değişiklik yapan 30/4/2014 tarihli ve 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 15.05.2014'de 29001 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu değişiklik ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 659 uncu, 660 ıncı, 661 inci, 662 nci, 663 üncü, 664 üncü, 665 inci, 666 ncı, 667 nci ve 668 inci maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu hükümlerin yerine Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'a bir çok yeni hüküm eklenmiştir. Böylece tarımsal işletmelerin daha verimli olarak değerlendirilmesi sağlanmaya çalışılmış ve miras kalan toprakların bölünmesine engel olacak yeni bir takım tedbirler öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemelerin ne kadar başarılı olacağını zaman içerisindeki uygulamalar gösterecektir.

¹ Tarımsal işletmeler hakkında geniş bilgi için bkz. **EREN, Fikret./BAŞPINAR, Veysel**, Toprak Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 155 vd.; **ZEVKLİLER, Aydın**, Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi, Ankara 1970, s. 1 vd.; **CİN, Halil**, Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 1979, s. 1 vd.; **CİN, Halil**, Medeni Kanun ve Toprak-Tarım Reformu Kanunu Açısından Tarım İşletmelerinin Tahsis Şartları, A.Ü.H.F. 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977, 149 vd.

² Mevut rakamlara göre, ülkemizdeki tarımsal parsel sayısı 30 milyon; tarımsal işletme parsel sayısı ise 3 milyondur. Bu duruma göre, tarımsal işletme başına parsel adedi 10'dur. Başka bir deyişle, her tarımsal işletme 10 parsel üzerinde faaliyette bulunmaktadır. Diğer taraftan, Türkiye'de tarımsal işletme malik sayısı 40 Milyondur. Bu ise 3 milyon aktif tarımsal işletmedeki 13 malikinin arazisi 1 kişi tarafından işlendiği anlamına gelmektedir. Tarımsal işletme sayısı bakımından da Ülkemizdeki durum dünya ortalamasından çok farklıdır. Gerçekten de, tarımsal işletme sayısı ülkelere göre sırasıyla, İngiltere'de 300.000, Almanya'da 371.000, Fransa'da 527.000, ABD'de ise 2.076.000'dir. Buna karşılık Türkiye'deki tarımsal işletme sayısı 3,022.000'e ulaşmıştır. Bu ise, ABD'nin 1/10'kadar yüzölçüme sahip olan ülkemizdeki tarımsal işletme sayısının, adı geçen ülkedeki tarımsal işletme sayısının 1,5 katı olduğunu gösterir. Ülkemizdeki tarımsal işletme büyüklüğü ortalama 59 dönümdür. Oysa bu miktar, Avrupa Birliği'nde ortalama 126 dönümdür. AB'nin bazı ülkelerindeki rakamlar sırasıyla İngiltere'de 538 dönüm, Almanya'da 457 dönüm, Fransa'da 521 dönüm, İspanya'da 238 dönümdür, ABD'de ortalama tarımsal işletme büyüklüğü 181 dönümdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **EREN/BAŞPINAR**, s. 155-156.

Biz bu çalışmamızda yürürlükten kaldırılan düzenlemeler ile yeni getirilen düzenlemeleri mukayeseli olarak ele alınacaktır. Söz konusu düzenlemeler ele alınırken farklılıklar ve benzerlikler değerlendirilip yeri geldikçe eleştiriler yapılacaktır. Çalışmamızda ana hatlarıyla, Türk Medeni Kanunu'nun miras hukuku hükümlerinde yapılan değişiklikler, yeni düzenlemelerle yapılan değişikliklerin amacı, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan değişiklikler ve değerlendirilmesi, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 8. maddeye eklenen yeni hükümler ve değerlendirilmesi, 5403 sayılı Kanun'da yapılan diğer değişiklikler ve TMK'ndan kaldırılan hükümler üzerinde durulacaktır.

I- Genel Olarak Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukuku Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler

03/07/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda değişiklik yapan 30/4/2014 tarihli ve 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 15.05.2014'de 29001 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir³. Kanunda genel olarak, "Tarımsal işletme" ve "Asgari tarımsal işletme büyüklüğü", "Asgari tarımsal arazi büyüklüğü" ve "Yan sınai işletme" tanımları yapılmış, Kanuna eklenen 8-A maddesi ile tarımsal faaliyetin ekonomik olarak yapılabilirdiği en küçük alana sahip ve daha fazla küçülmemesi gereken asgari tarımsal işletme büyüklüklerinin bölge farklılıkları gözönüne alınarak Bakanlıkça belirlenmesi öngörülmüştür. Bu belirleme, tarım türleri, bölgesel farklılıklar ve tarımsal varlıklar gözönüne alınarak yapıldığında ülkemizin değişik yörelerinde ekonomik olarak faaliyet yapabilecek asgari tarımsal işletme büyüklükleri yasal olarak tespit edilmiş olacaktır ki bu tespit ile ekonomik verimliliği olmayan daha küçük işletmelerin tespit edilen bu büyüklüklere ulaşması kendiliğinden sağlanarak, verimli işletmelerin oluşması sağlanacaktır⁴.

³ 6537 sayılı Kanunla , 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, aynı konuyu düzenleyen TMK. m. 659-668 hükümleri de yürürlükten kaldırılmıştır (m. 9). Ancak, 6537 sayılı Kanun m. 8 ile 5403 sayılı Kanun'a Geçici m. 5 eklenmiştir. Bu hükme göre, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar mirasçılar arasında henüz paylaşımı yapılmamış tarımsal arazilerin devir işlemlerinin, Türk Medeni Kanunu hükümlerine tabi olacağı öngörülmüştür. Aynı maddede, Kanun'un yayımı tarihinden önce mirasçılar arasında tarımsal arazilerin paylaşımına ilişkin olarak açılmış ve hâlen devam etmekte olan davalarda da, Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Söz konusu hükümler gereğince, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce maliki ölmüş olmakla birlikte, mirası paylaşılmamış tarımsal işletmelerin özgülenmesinde (tahsisinde) ve bu amaçla açılmış veya açılacak davalarda Türk Medeni Kanunu 659-668. madde hükümleri uygulanmaya devam edecektir.

⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 4, Sıra Sayısı: 564, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ve Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile Trabzon Milletvekili Mehmet Volkan Canalioglu'nun; 5578 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Ko-

Kanun ile tarım arazileri ve işletmeler ile ilgili mevcut sistem tamamen değiştirilmiştir. Bölünemez büyüklükteki tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin bir tek mirasçıya devri ve diğer mirasçıların payları oranında belli bir bedelin mirasçılar tarafından ödenmesi, mirasçıların arazileri Türk Medeni Kanunu'nda yer alan aile malları ortaklığına devri, miras payı oranında hissedarı oldukları Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları bir şirkete devri veya işletmeye ait arazilerin satışı konusunda anlaşabilmeleri öngörülmüştür. Ayrıca ödeme gücü olmayan mirasçının Bakanlar Kurulu Kararı ile ucuz ve uzun süreli kredi almak suretiyle ödeme yapabilmesi sağlanmıştır. Bunun yanında, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına Kanunun bu hükümlerinin uygulanması için mahkemeye başvuruda bulunma hakkı tanınmıştır⁵.

Türk Medeni Kanununun 659 ve devamı maddelerinde yer alan düzenlemeler yürürlükten kaldırılarak ilgili hükümler 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanuna taşınmış, miras yolu ile arazi bölünmeleri konusunda bütünlük sağlanmaya çalışılmıştır. Yapılması düşünülen söz konusu değişikliğe paralel olarak, Türk Medeni Kanununun 233 üncü maddesinde yer alan düzenlemede de değişiklik yapılması gerekmiştir. 233 üncü maddede “Özgüleme” yerine “devir”, ibaresinin kullanılmasının düzenlemenin bütünü açısından daha uygun olacağı düşünülmektedir⁶.

5488 sayılı Tarım Kanununda yer alan “Tarımsal İşletme” tanımında tarımsal faaliyete ilave olarak işletme, depolama, muhafaza ve pazarlamaya yönelik faaliyetlerde bulunan işletme tanımı yapılmıştır. Bu tanım çerçevesinde sadece çiftçi ya da üretici olarak üretim yapmak yerine işletme bazında çalışarak üretim sonunda işletme, depolama, muhafaza ve pazarlama faaliyetlerini de kapsayacak bir şekilde üretim

misyonu ile Tarım, Orman ve Köy İşleri Komisyonu Raporlar, (1/788, 2/1599), Genel Gerekçe, s. 7.

⁵ Genel Gerekçe, s. 7.

⁶ Genel Gerekçe, s. 7; TMK m. 233'e göre, “Bir eşin malik olarak bizzat işletmeye devam ettiği veya sağ kalan eş ya da altsoyundan birinin kendisine bir bütün olarak **özülemesini** istemeye haklı olduğu bir tarımsal işletme için değer artışından alacağı pay ve katılma alacağı, bunların gelir değeri göz önünde tutularak hesaplanır. -Tarımsal işletmenin maliki veya mirasçıları, diğer eşe karşı ileri sürebilecekleri değer artışı payının veya katılma alacağının, işletmenin sadece sürüm değeri üzerinden hesaplanmasını isteyebilir. - Değerlendirmeye ve işletmenin kazancından mirasçılara pay ödenmesine ilişkin miras hukuku hükümleri kıyas yoluyla uygulanır”. Ancak belirtelim ki, genel gerekçe de TMK m. 233'de geçen “özüleme” kavramının “devir” olarak değiştirilmesine ilişkin söz konusu açıklama 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 9. Maddesinde kendine yer bulmamaktadır. Bu konunun 9. Maddesine göre, “**MADDE 9** – 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 659 uncu, 660 ıncı, 661 inci, 662 nci, 663 üncü, 664 üncü, 665 inci, 666 nci ve 668 inci maddeleri ile 22/11/1984 tarihli ve 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanununun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır”. Söz konusu düzenlemede TMK m. 233'den bahsedilmemesi bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

yapma yolunda gelişme kaydedilmektedir. Bu açıklamaların ışığında tarımsal işletmelerin geliştiği, artık üretimlerin işletme bazında yapıldığı düşünüldüğünde tarımsal işletmelerin korunması ve bölünemez asgari büyüklüklerin belirlenmesi ihtiyacı doğmuştur⁷.

Sonuç olarak Türk Medeni Kanunumuzda kabul edilen “Tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin mirasçılardan birine özgülenmesi” sistemi yerine “Tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin mülkiyetinin tek bir mirasçıya devredilmesi” sisteminin kabul edilmesinin daha uygun olacağı düşünülerek bu Kanun yürürlüğe girmiştir⁸.

II. Gerçekleştirilen Değişikliklerin Amacı

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un genel gerekçesinde özetle, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) 22/11/2001 tarihinde kabul edildiği, kabul edilen Türk Medenî Kanunu'nda 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (EMK) genel yapısının ve sistematığının bozulmamasına özen gösterildiği, ancak, tarım arazilerinin parçalanmasının önlenmesi ve korunması ile ilgili yeterli düzenlemeler yeni kanunda da yer almadığı, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 3/7/2005 tarihinde yürürlüğe girdiği, bu Kanun'un Türkiye'de çok sayıda parçadan oluşan tarımsal arazilerin parçalanmasına engel olamadığı ve araziler gerek satış ve gerekse miras yolu ile küçülerek parçalanmaya devam ettiği, söz konusu durumun tarımsal üretimi ve ekonomik verimliliği olumsuz yönde etkilediği, Anayasanın “Toprak Mülkiyeti” başlıklı 44 üncü maddesinde Devletin, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla gerekli tedbirleri alacağına hükme bağlandığı, ayrıca, Anayasanın 35 inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hüküm nedeniyle de 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8 inci maddesinde değişiklik yapıldığı belirtilmiştir⁹.

Genel gerekçe de, tarım arazilerinin satış yolu ile küçülmesini engellemek için 9/2/2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5578 sayılı Kanunla 5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesinde yapılan değişiklik ile tarım arazilerinin sınıflarına göre en küçük bölünemez parsel büyüklüklerinin belirlendiği ve satış, devir, rehin yolu ile intikallerde kanunla belirlenen en küçük bölünemez parsel büyüklüklerinin altına düşülmesinin engellendiği, bu arazilerin mirasa konu olmaları durumunda dahi bölünemeyeceğine ilişkin düzenleme getirildiği, ayrıca bölünemez büyüklükteki tarım-

⁷ Genel Gerekçe, s. 7; 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanununun “Amaç” başlıklı 1 inci maddesi ile “Kapsam” başlıklı 2 nci maddesinde tarım arazilerinin sınıflandırılması, tarımsal arazi ve işletme büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi ifadeleri eklenerek bu hususların kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür.

⁸ Genel Gerekçe, s. 7.

⁹ Genel Gerekçe, s. 4-5.

sal arazilerin bölünemez eşya¹⁰ niteliğinde olduğu öngörülerek, bu hükümlerin daha uygulanabilir hale gelmesinin sağlandığı belirtilmiştir¹¹.

Genel gerekçede, 5403 sayılı Kanununun 8 inci maddesinde yapılan değişikliklerin, arazilerin miras yolu ile parçalanmasını engelleyecek yeterlilikte bulunmadığı, söz konusu sorunun köklü olarak çözülebilmesi için Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nun miras hükümlerinde değişiklikler yapılması gerektiği belirtilmiştir¹².

Avrupa ülkelerinin çoğunda tarımsal işletme ve arazilerin mülkiyetinin tek bir mirasçıya devredilmek suretiyle tarımsal arazilerin parçalanmalarının önüne geçildiği, Avrupa Birliği üyesi ülkelerle Türkiye arasında tarım hukuku bakımından ülkemiz aleyhine büyük boşlukların mevcut olduğu, ülkemizde tarımı ilgilendiren çok önemli konularda henüz yeterli mevzuatın bulunmadığı, söz konusu hususların Avrupa Birliği üyesi ülkelerle Türkiye arasındaki mesafenin daha da açılmasına yol açtığı belirtilmektedir¹³.

Söz konusu kanuni değişikliğin bir diğer nedeni ise Türk Kanunu Medenisi'nin, İsviçre'den alınmış olması ancak, İsviçre'den alınırken tarım arazilerinin parçalanmasının önlenmesi ve korunması ile ilgili bazı maddelerin alınmamış olması şeklinde açıklanmıştır¹⁴. İsviçre'de kabul edilen 12 Haziran 1951 tarihli Tarımsal Mülklerin Korunmasına İlişkin Kanun, satışın bir tarımsal birimin yaşayamayacağı sonucunu

¹⁰ Belirtelim ki böyle bir ayırım eşyanın fiziki olarak bölünüp bölünmediği ile değil, hukuken bölünüp bölünmediği bağlamında yapılan bir ayırmadır. Zira her türlü eşyanın fiziki olarak bölünmesi elbette ki mümkündür. Ancak böyle bir ayırmda temel kıstas, bölünme ile bölünen şeyin asli fonksiyonunu yitirip yitirmediği ve her bir parçanın hukuken bir eşya vasfını koruyup korumadığıdır. Şu hâlde bölünebilen eşyanın, bölünme sonucu değerinde önemli bir azalma olmaksızın ve her bir parçanın yine bağımsız olarak eşya niteliğine sahip olabildiği eşya olarak tanımlanması mümkündür. Buna karşılık bölünmekle değerini ya da asli niteliğini kaybeden eşyalar bölünmeyen eşya niteliğindedir. Bölüne bilme imkanı daima bölüm adedi göz önünde tutularak tayin edilir. Ancak nitelik olarak bölünebilir bir şeyin bölünme olanağı da sonsuz değildir. Bunun sınırı elde edilecek bölümün hukuken eşya vasfını koruma derecesidir. Bazen hukuk düzeni bölümün en az sınırını açıkça belirletebilir. Örneğin İmar Kanunu ve Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkındaki Kanun'da bu tür sınırlayıcı hükümler mevcuttur. **OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S.**, Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Basıdan 16. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2013, s. 14.

¹¹ Genel Gerekçe, s. 5.

¹² Genel Gerekçe, s. 5.

¹³ Genel Gerekçe, s. 5.

¹⁴ Kanunun alınması sırasında kantonların yetkisine bırakılan bu çok önemli konular atlandığından, bizde bu konularda boşluklar doğmuştur. Örneğin İsviçre Medeni Kanununun arazi parçalanmasını önlemek için kantonlara çeşitli kültürlerle göre tarım arazilerinin belirli bir sınırdan daha küçük parçalara bölünmesini yasaklama yetkisi veren 616 ncı maddesi Türk Kanunu Medenisine alınmamıştır. Yine konfederasyona ve kantonlara kamu yararına toprak mülkiyetine önemli sınırlamalar getirme yetkisini veren 702 nci maddesi ve devamı alınmamıştır. Genel Gerekçe, s. 5.

yarattığı durumlarda yetkili makamlara bu satış sözleşmesine itiraz hakkı tanımaktadır. Bu kural işletmelerin ortadan kalkmasına ve tarım arazilerinin küçük parçalara ayrılmasına engel olmak için kullanılmaktadır. Bu madde 6 Ekim 1972 tarihli kanunla değiştirilerek daha da sertleştirilmiş ve tarım arazilerinin satışı durumlarında yetkili makamlara genel bir itiraz hakkı tanımıştır. İsviçre hukukunda daha sonraki değişikliklerle bazı küçük işletmeler özel miras kurallarının dışında bırakılmışlardır¹⁵.

6537 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan Türk Medenî Kanununun 659 ilâ 668. maddelerinin karşılığını oluşturan İsviçre Medenî Kanununun 620 ilâ 625bis maddeleri de yürürlükten kaldırılmış ve bu hükümler, 4.10.1991 tarihli “Loi fédérale sur le droit foncier rural-Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht” (Tarımsal Taşınmaz Hukuku Hakkında Federal Kanun) da yeniden düzenlenmiştir. Bu Kanun, 96 maddeden oluşan geniş düzenlemelerin yer aldığı bir kanundur. Tarımsal işletmelere ilişkin düzenlemelerin İsviçre medeni kanunundan çıkarılmış ve söz konusu kanunda düzenlenmiş olması, sistematik bakımdan, tarımsal işletmelerin mirasçılara paylaştırılması usul ve esaslarının Medenî Kanunda düzenlenmesi gerektiğine ilişkin kanaatimizde bir değişiklik meydana getirmemektedir¹⁶. Çünkü Türk hukukunda konuya ilişkin İsviçre'deki gibi geniş kapsamlı bir kanun mevcut bulunmamaktadır. Ortaya çıkan problemleri çözmede yetersiz kalan 5403 sayılı Kanun ile birde miras hukukunun bu hususa ilişkin hükümlerinin kaldırılması çok daha büyük problem ve boşlukları beraberinde getirecektir. Kaldı ki, aşağıda da değinileceği üzere, 6537 sayılı kanun ile getirilen bazı düzenlemelerin (özellikle m.8/C), Kanunun Genel Gerekçesinde açıklanan düşünceyle çelişkili olarak, anayasal temel haklardan olan mülkiyet hakkının özünü zedeleyici nitelikte olduğu görüşü kuvvetle savunulabilir. Zira Anayasanın mülkiyet hakkı başlığını taşıyan 35.maddesinin, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.- Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.-Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” şeklindeki düzenlemesi mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını açıkça ortaya koymuştur. Anayasa mahkemesinin son zamanlarda mülkiyet hakkını sınırlayan kanun hükümleri hakkında verdiği iptal kararları da gözden kaçmamalıdır.

¹⁵ Genel Gerekçe, s. 5.

¹⁶ Kanunun Genel Gerekçesinde İsviçre'de kabul edilen 12 Haziran 1951 tarihli Tarımsal Mülklerin Korunmasına İlişkin Kanundan ve bu kanunun 6 Ekim 1972 tarihli kanunla değiştirilerek daha da sertleştirildiği ve İsviçre hukukunda daha sonraki değişikliklerle bazı küçük işletmelerin özel miras kurallarının dışında bırakıldığından söz edilmiş; ancak tarımsal işletmelerin mirasçılar arasındaki paylaşımlarına ilişkin 4.10.1991 tarihli “Loi fédérale sur le droit foncier rural-Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht” (Tarımsal Taşınmaz Hukuku Hakkında Federal Kanun)daki düzenlemelerden söz edilmemiştir. Bu kanun İsviçre'de 1991 de kabul edilerek 1994 de yürürlüğe girmiş, 1998, 2003 ve 2007 de değişikliğe uğramıştır. Kanaatimizce, Türk Medenî Kanununun tarımsal işletmelerin mirasçılar arasında nasıl paylaşılacağını düzenleyen Türk Medenî Kanununun 659 ilâ 668. maddelerini yürürlükten kaldırarak 6537 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde ve madde gerekçelerinde, İMK 620 ilâ 625bis maddelerinin yerine konulmuş olan bu özel kanunî düzenlemeden söz edilmesi ve ondan istifade edilmesi gerekirdi.

Anayasa Mahkemesinin bir kararında, mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin yaptığı şu tespitleri oldukça önemlidir: “Anayasa’nın 35. maddesinde, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” denilerek, mülkiyet ve miras hakları Anayasal bir kurum olarak güvence altına alınmıştır. Temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkı bireyin eşya üzerindeki hâkimiyetini güvence altına almaktadır. Eşya üzerindeki hâkimiyet bir yönüyle bireye devletin müdahale edemeyeceği özel bir alan yaratırken, diğer taraftan emeğinin karşılığını güvence altına almakla bireye kendi hayatını yönlendirme ve geleceğini tasarlama olanağı sunmaktadır. Bu nedenle birey özgürlüğü ile mülkiyet hakkı arasında yakın bir ilişki vardır”¹⁷. 6537 sayılı genel gerekçesinde belirtilen kamu yararı ve bu çerçevede idarenin mülkiyet ve miras hakkına müdahalesi anayasal ilkeler bakımından çeşitli problemleri birlikte getirecektir.

Genel gerekçede, Alman ve kısmen de Fransız hukuku aynı amaçlarla küçük işletmeleri bu özel miras hukuku içerisine aldığı belirtilmiş, İsviçre ve Alman Hukuku’nun, tarımsal işletmeler için özel miras hukukunun uygulanmasında belirli bir alt sınır saptanması gerektiği sonucuna vardığını, Almanya’da da tarım arazilerinin ekonomik olmayacak biçimde küçülmesi sonucunu doğuracak satışlara izin vermediğini, Fransız Hukuku’nda ise satışla tarımsal işletmenin asgari bir büyüklüğün altına düşmesi durumunda resmi bir izin belgesi istendiği ve tarım arazilerinin giderek parçalanmasının genel bir eğilim olarak görüldüğü Türkiye’de de benzer bir düzenlemeye gereksinim duyulduğu belirtilmiştir¹⁸.

Belirtelim ki, gerekçede bu örnekler “miras hukukunda eşitlik ilkesinin güvence altına alınması” amacıyla zikredilmekte ve söz konusu kanuni düzenlemelere daya-

¹⁷ R.G.: Sayı : 28003 (E. 2009/58, K. 2011/52, T.17.3.2011).

¹⁸ Genel Gerekçe, s. 5; Genel gerekçe de ayrıca söz konusu düzenlemeye gerekçe olarak bazı Avrupa ülkeleri daha örnek gösterilmiştir. Buna göre, Fransa ve Danimarka’da miras hukukunda eşitlik ilkesinin güvence altına alındığı, tarımsal işletmenin bütünlüğünün korunması amacıyla mülkiyet tek bir mirasçıya devredilmekte ve bu mirasçı diğer mirasçılara maddi tazminat veya işletmenin piyasa değerini ödemek durumunda olduğu, Fransa’da mirasçı diğer mirasçılara eşit veya eşite yakın parasal tazminat öderken Danimarka’da parasal tazminat değil, tarımsal işletmenin piyasa değerinin ödendiği, Fransa ve Danimarka’da tarımsal işletmenin mirasçılardan birine geçmesi ile tekli intikal söz konusu olduğu, İngiltere, Hollanda ve Almanya’da da tarımsal işletmenin bütünlüğünün korunması esas alınmakta ancak mirasçılar arasında eşitliğin korunamadığı, mülkiyetin tek bir mirasçıya devredildiği, diğer mirasçılar çok az maddi tazminat almakta veya hiç almamak olduğunu, tarımsal işletmenin bütünlüğü ve sürekliliği için mirasçılardan bazılarının gönüllü olarak fedakarlık ettiğini, İngiltere’de ise tarımsal işletme hiçbir karşılık alınmadan devredildiği belirtilmektedir. Genel Gerekçe, s. 6;

5403 sayılı Kanuna 8. maddeden sonra gelmek üzere eklenen 8/A ilâ 8/K maddelerinin gerekçelerinde, bu maddelerin 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 659 ilâ 668. maddelerinin hangileriyle ilişkili olduklarının ve söz konusu on maddenin yürürlükten kaldırılmak istenmesini gerektiren nedenlerin belirtilmemesi bir eksiklik. Aynı eksiklik, Genel Gerekçede, yeni hükümler hazırlanırken yararlanıldığı ifade edilen yabancı ülke hukuk kurallarının hangileri olduğunun, madde gerekçelerinde belirtilmemesinde de söz konusudur.

nak gösterilmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun "C. Paylaşmanın gerçekleşmesi / 1. Mirasçılığın eşitliği" kenar başlıklı 649 ve devamı maddeleri arasındaki 656. maddesinde, "*Taşınmazların bölünmesine ilişkin kanun hükümleri saklıdır.*" denilmektedir. Doktrinde, tarımsal arazilerin bu kadar küçülmesinin sebebi olarak TMK m. 649 daki eşitlik ilkesi gösterilmektedir. Hakeza söz konusu düzenlemenin gerekçesinde de TMK'nın bu ilkesinin tarım arazilerinin bölünüp küçülmesine engel olamadığı zımni olarak ortaya konmuştur. Söz konusu kanuna ihtiyaç duyulmasının sebebi de bu eşitliğin getirdiği olumsuzlukları bertaraf etmek olduğu belirtilmiştir. Ancak hemen belirtelim ki, *Oğuzman*'a göre, eşitlik ilkesine rağmen, kanun bazı malların özelliğini gözönünde tutarak özel taksim kuralları koymuştur bunun en önemli örneği ise tarımsal işletmelerin özgülmesidir¹⁹. Nitekim, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, mirasın paylaşılması sonucunda, tarımsal işletme olarak kullanılan taşınmazların, ekonomik verimliliği ortadan kaldıracak veya önemli ölçüde azaltacak biçimde bölünmelerini önlemek amacıyla kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. 6537 sayılı Kanun'un amacı, asla tarımsal işletmelerin mirasçılar arasında nasıl paylaşılacağını düzenleyen Türk Medenî Kanununun 659 ilâ 668. maddelerini yürürlükten kaldırmak olmamalıydı. 5403 sayılı Kanunda, miras hukuku yönünden, tarımsal taşınmazların miras yoluyla paylaşılması sırasında, bir tarımsal işletmenin ekonomiye ve onu işletecek mirasçıya katkısını ortadan kaldıracak veya azaltacak biçimde bölünmesini önleyici hükümlere yer verilmekle yetinilmelidir. Zaten, bu amaçla, 5403 sayılı Kanunun 31.1.2007 tarihli ve 5578 sayılı Kanunla değiştirilen 8. maddesinin üçüncü ve sonuncu fıkralarına hükümler konulmuştur²⁰. O halde kanaatimizce, TMK'nun bazı özellikli mallar için özel taksim kuralı öngörmesi "miras hukukunda eşitlik ilkesini" ortadan kaldırmamaktaydı. Bu nedenle miras hukuku hükümlerinin yürürlükten kaldırılması yerinde olmamıştır. Miras hukuku yönün-

¹⁹ OĞUZMAN, M. K., Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1995, s. 327.

²⁰ Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasına göre: "*Belirlenen parsel büyüklüğü; mutlak tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektar ve marjinal tarım arazilerinde 2 hektardan küçük olamaz. Tarım arazileri bu büyüklüklerin altında ifraz edilemez, bölünemez veya küçük parsellere ayırlamaz. Ancak çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak istekleri olan bitkilerin yetiştiği yerler ile seraların bulunduğu alanlarda, yörenin arazi özellikleri daha küçük parsellerin oluşmasını gerekli kıldığı takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir.*" Yine aynı maddenin, Tasarı ile yürürlükten kaldırılmak istenen son fıkrası şöyledir: "*Bakanlığın uygun görüşü ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere tarım arazileri, belirlenen büyüklükteki parsellerden daha küçük parçalara bölünemez. Bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda, bu araziler ifraz edilemez, payları üçüncü şahıslara satılamaz, devredilemez veya rehmedilemez. Bu araziler hakkında 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun özgüllemeye ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır.*" Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik m. 4/ğ'ye göre, "*Örtü altı tarım arazileri; İklim ve diğer dış etkilerin olumsuzluklarının kaldırılması veya azaltılması ve gerekli özel çevre koşullarının yaratılması için cam, naylon veya benzeri malzeme kullanılarak alçak ve yüksek sistemler içinde tarımsal üretim yapılan arazileri, ifade eder*".

den, tarımsal taşınmazların bölünmesini sınırlayan söz konusu düzenleme varken, 6537 sayılı Kanun ile, mirasın nasıl paylaşılması gerektiğine ilişkin düzenlemelerin yerinin, Türk Medenî Kanunu olması gerektiğine ilişkin temel ilkenin göz ardı edildiği ve bu sınırın aşıldığı söylenebilir.

Topluluk üyesi ülkelerin çoğu kanunlarında tarım arazilerinin el değiştirmesiyle ilgili özel kurallar öngörülmesi, bir tarım politikası çerçevesinde tarım arazilerinin el değiştirmesinin denetimi hususunda Türk hukukunda tam bir boşluk olduğu, zira İsviçre hukukundan Medeni Kanun alınırken önemli bazı hükümlerin alınmadığı gibi sonradan İsviçre'de meydana gelen değişikliklerin de takip edilmediği belirtilmiştir. Avrupa Birliği üyesi ülke hukuklarında tarım arazilerinin el değiştirmesinin devletçe denetiminin farklı amaçlara yönelik olabileceği, bu amaçlardan birinin de tarımsal işletmelerin ve tarım arazilerinin parçalanması ya da küçülmesinin önlenmesi olduğu, tarımsal özel miras hukukunun başlıca iki sistem benimsediği birincisinin işletmenin tek bir mirasçıya verilmesi olduğu ikincisinin ise, mirasçılardan birine özgülenmesi olduğu, miras yoluyla işletmenin bölünmesinin veya aşırı borçlanmasının önlenmesi ya da tarımsal mülkün uygun bir mirasçıya verilmesini sağlamanın bu iki yoldan birisiyle gerçekleştirilebileceği, Fransa ve kısmen Almanya'da işletmenin mirasçılardan birine özgülenmesi ilkesine göre miras işleri yürütüldüğü, Türk hukukunun da İsviçre hukukuna paralel olarak bu sistemi benimsediği, miras bırakanın ölümünden sonra işletmenin genel miras hukuku kurallarına uygun olarak mirasçılar topluluğuna kaldığı, bu sistemin ülkemizde tarım arazilerinin parçalanmasını önleyemediği belirtilmiştir²¹.

Yukarıda belirtildiği gibi miras işlerinin, Fransa ve kısmen Almanya'da, tarımsal işletmenin mirasçılardan birine özgülenmesi ilkesine göre yürütüldüğü; Türk hukukunun da İsviçre hukukuna koştuk olarak bu sistemi benimsediği kanunun gerekçesinde belirtilmektedir. Ancak bu görüşe katılmamaktayız. Şöyle ki, Türk Medenî Kanunu'nda özgüleme, tereke mallarının bölünemediği veya bölünmesinin istenmediği durumlarda, elbirliği mülkiyetinin sona erdirilip bireysel (ferdî) mülkiyete geçişi ifade etmek üzere kullanılmış bir terimdir. Çünkü, burada teknik anlamda bir devir söz konusu olmayıp, elbirliği mülkiyetinin veya paylaşma konusu malın bölünemediği veya bölünmesi istenmediği için, mirasçılardan birine verilmesi söz konusudur. Nitekim, bunu ifade etmek üzere, "devir" değil, önceki Medenî Kanunumuzda "tahsis", yürürlükteki Medenî Kanunumuzda ise, "özgüleme" terimleri kullanılmıştır. Bu terimler, kaynak İsviçre Medenî Kanununun Fransızca metninde "*attribution*", Almanca metninde de "*zuweisung*" şeklindedir.

Özgüleme (tahsis) demek, hangi payın veya hangi malın hangi mirasçıya verileceğini belirlemektir. Diğer bir ifadeyle paylaşmada son aşama oluşturulan payların mirasçılara özgülenmesi, yani hangi mal veya hak grubunun hangi mirasçıya

²¹ Genel Gerekçe, s. 6.

gideceğinin belirlenmesidir. Miras paylarının “tahsisi” denilmekle kastedilen budur. Miras payının oluşturulması (teşkili) ve özgülenmesi (tahsisi), mirasın paylaşılmasını tamamlayıcı işlemler değil, paylaşımını hazırlayıcı işlemlerdir. Paylaşım, oluşturulan payın veya malın alınmasıdır²². Mirasın paylaşılmasının ilk aşamasında tereke unsurları her bir mirasçının miras payına göre oluşturulacak gruplar hâlinde toplanır ve daha sonraki aşamada ise, bu gruplardaki malların hangi mirasçıya verileceği belirlenir. İlk aşamaya, “payların oluşturulması”, ikincisine “payların özgülenmesi (tahsisi)” denilir. Türk Medenî Kanununun 650. maddesindeki düzenleme de buna uygundur²³. Kanunda aranan şartlar mevcut ise tarımsal işletmenin mirasçılardan birine özgülenmesine (tahsisine) karar verilir. “tahsis (özgüleme) kararı mirasın taksimi niteliğindedir”²⁴.

Belirtelim ki, bir yandan “özgüleme” sistemi yerine, “devir sistemi”nin ikame edilmesi amacıyla yapılan değişikliklerin kaynağı ve yerindeliği, kanaatimizce tartışılabilir. Genel gerekçe de “tarımsal özel miras hukukunun başlıca iki sistemi olarak işletmenin tek bir mirasçıya verilmesi ya da mirasçılardan birine özgülenmesi biçimlerinden bahsedilebilir”²⁵ şeklindeki yaklaşım isabetli değildir. Zira TMK’da bu hususta tek bir sistem vardır o da “özgüleme sistem”dir. Ayrıca genel gerekçede belirtilen ve miras hukuku sistemimizin “tek mirasçıya geçişe” uygun olmadığı tespiti de isabetli bir yaklaşım değildir. Genel gerekçenin son paragrafındaki “...Türk Medeni Kanunumuzda kabul edilen “tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin mirasçılardan birine özgülenmesi” sistemi yerine “tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin mülkiyetinin tek bir mirasçıya devredilmesi” sisteminin kabul edilmesinin daha uygun olacağı düşünüülerek bu tasarı hazırlanmıştır.” şeklindeki ifade mevcut miras hukuku hükümleri ile bağdaşmamaktadır. Çünkü tarımsal işletme bir mirasçıya özgülenirse, o mirasçı zaten özgülenen şeyin maliki konumuna geçer. Yukarıda da belirttiğimiz gibi özgüleme kararı mirasın taksimi anlamına gelir.

Diğer yandan, Genel Gerekçede, “Tasarı ile, tarım arazileri ve işletmeler ile ilgili mevcut sistem tamamen değiştirilmiştir”²⁶ denilmişse de, bir sistem değişikliği meydana getirilememiştir. Ayrıca, Türk Medenî Kanununun 659. maddesinin son fıkrasında öngörülen yönetmelik, “Tarım İşletmelerinin Yeterli Tarımsal Varlığa Sahip Olup Olmadığının Tespitine Dair Yönetmelik”²⁷ adıyla yayımlanmış olup, hâlen de yürürlüktedir. Bakanlıkça, 5403 sayılı Kanunun 8. maddesinin üçüncü ve son fık-

²² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, B. 2, İstanbul 1978, s. 709 -710; Karş. DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, Miras Hukuku, B. 4, İstanbul 2009, s. 473-477.

²³ DURAL / ÖZ, s. 473.

²⁴ İMRE, Zahir/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 1989, s. 459.

²⁵ Genel gerekçe, s. 6.

²⁶ Genel gerekçe, s. 7.

²⁷ RG. 26.1.2003, S. 25005.

ralarında tarımsal taşınmazların bölünmesiyle ilgili olarak, söz konusu Yönetmelikte de ihtiyaç duyulan değişikliklerin yapılması yeterli olabilirdi.

Genel miras hukukundan farklı olarak bağımsız bir miras düzenlemesi sistemine dayanan tek mirasçığa geçiş hukuku, medeni hukuk çerçevesindeki mevcut miras hukukunu tamamen ortadan kaldıracı bir nitelik gösterir. Miras bırakanın ölümü ile tarımsal işletme mirasçılar topluluğuna değil, tek bir mirasçığa kalır. Bazı ülkelerde tarımsal işletme veya araziler mirastan yararlanmayan mirasçığa belli bir ödeme yapılmasını öngörürken, bazı ülkeler herhangi bir ödeme yapılmasını öngörmemektedir²⁸.

Ülkemizdeki tarım arazileri, küçük ölçekte, birbirinden uzak ve çok sayıda parçadan oluşmakta, miras veya satış yolu ile meydana gelen arazi parçalanmaları her geçen yıl artmakta ve tarım arazileri ekonomik parsel büyüklüklerinin altında kalmakta, bu durum ise tarımsal yapıyı ve üretimi olumsuz yönde etkilemektedir²⁹.

6537 sayılı Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun tarımsal işletmelerin mirasçılar arasında paylaşılması usul ve esaslarına ilişkin 659 ilâ 668. maddelerinin yürürlükten kaldırılmak istenmesi, kanaatimizce isabetli değildir. Çünkü medenî hukuk, bir kişinin doğumundan ölümüne kadar, hattâ ölümünden sonra malvarlığının âkıbetini düzenleyen kurallar bütünüdür. Bu nedenle, mirasın nasıl paylaşılması gerektiğine ilişkin düzenlemelerin yeri de, Türk Medenî Kanunu'dur. Mirasın paylaşımına ilişkin önemli bir hususun TMK'ndan çıkarılmak suretiyle özel bir Kanun'a alınması TMK'nın bütünlüğünü zedelemektedir.

III. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun amacını düzenleyen 1. maddesi yürürlükten kaldırılmadan önce, *“Bu Kanunun amacı; toprağın doğal veya yapay yollarla kaybını ve niteliklerini yitirmesini engelleyerek korunmasını, geliştirilmesini ve çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak, plânlı arazi kullanımını sağlayacak usul ve esasları belirlemektir.”* şeklindeydi. Hüküm değişiklik-

²⁸ Genel Gereğe, s. 6.

²⁹ Türkiye'de, tarım arazilerinin mirasa konu olması sebebiyle tarım arazileri sürekli parçalanmış, bölünmüş ve bugün ortalama işletme büyüklüğü 5,9 hektara kadar gerilemiştir. Avrupa Birliği ülkelerinde ve Amerika Birleşik Devletleri'nde alınan önlemler sayesinde tarım arazilerinin büyüklükleri çok daha fazladır. Örneğin, ortalama tarım işletmesi büyüklüğü İngiltere'de 53,8, Fransa'da 52,1, Almanya'da ise 45,7 hektardır. Bugünkü koşulların devam etmesi diğer bir ifade ile herhangi bir önlem alınmaması durumunda 2023 yılında ülkemizdeki ortalama işletme büyüklüğünün 5 hektara kadar düşmesi beklenmektedir. Böyle bir yapı içerisinde verimli bir ekonomik faaliyette bulunmak ve verimli bir tarımsal üretim yapmak mümkün gözükmemektedir. Genel Gereğe, s. 7.

ten sonra, “*Bu Kanunun amacı; toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlayacak usul ve esasları belirlemektir.*” şeklini almıştır.

Söz konusu değişiklik nazara alındığında, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanununda bugüne kadar asgari tarımsal arazi ve işletme büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi hususlarına yer verilmemiş olduğundan maddeye “tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal ve işletme büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi”; ibaresi eklenmiş görülmektedir.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun kapsamını düzenleyen 2. maddesi yürürlükten kaldırılmadan önce, “*Bu Kanun; arazi ve toprak kaynaklarının bilimsel esaslara uygun olarak belirlenmesi, sınıflandırılması, arazi kullanım planlarının hazırlanması, koruma ve geliştirme sürecinde toplumsal, ekonomik ve çevresel boyutlarının katılımcı yöntemlerle değerlendirilmesi, amaç dışı ve yanlış kullanımların önlenmesi, korumayı sağlayacak yöntemlerin oluşturulmasına ilişkin sorumluluk, görev ve yetkilerin tanımlanması ile ilgili usul ve esasları kapsar.*” şeklindeydi. Hüküm değişiklikten sonra, “*Bu Kanun; arazi ve toprak kaynaklarının bilimsel esaslara uygun olarak sınıflandırılması, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin asgari büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi, arazi kullanım planlarının hazırlanması, koruma ve geliştirme sürecinde toplumsal, ekonomik ve çevresel boyutlarının katılımcı yöntemlerle değerlendirilmesi, amaç dışı ve yanlış kullanımların önlenmesi, korumayı sağlayacak yöntemlerin oluşturulması ile görev, yetki ve sorumluluklara ilişkin usul ve esasları kapsar.*” şeklini almıştır.

Söz konusu değişiklik nazara alındığında, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanununda bugüne kadar asgari tarımsal arazi ve işletme büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi hususlarına yer verilmemiş olduğundan Kanunun “Kapsam” başlıklı 2 nci maddesine “asgari tarımsal arazi ve işletme büyüklüklerinin belirlenmesini ve bölünmelerinin önlenmesini” ibaresi eklenmiştir.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun “Tanımlar” başlığını taşıyan 3. maddesi yürürlükten kaldırılmadan önce, “*Bu Kanunda geçen; a) Bakanlık: Tarım ve Köyşleri Bakanlığını, b) Kurul: Toprak Koruma Kurulunu, c) Toprak: Mineral ve organik maddelerin parçalanarak ayrışması sonucu oluşan, yeryüzünü ince bir tabaka halinde kaplayan, canlı ve doğal kaynağı, ç) Arazi: Toprak, iklim, topografya, ana materyal, hidroloji ve canlıların değişik oranda etkisi altında bulunan yeryüzü parçasını, d) Tarım arazisi: Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilene arazileri, e) Mutlak tarım arazisi: Bitkisel üretimde; toprağın fiziksel, kimyasal ve biyolojik özelliklerinin*

kombinasyonu yöre ortalamasında ürün alınabilmesi için sınırlayıcı olmayan, topografik sınırlamaları yok veya çok az olan; ülkesel, bölgesel veya yerel önemi bulunan, hâlihazır tarımsal üretimde kullanılan veya bu amaçla kullanıma elverişli olan arazileri, f) Özel ürün arazisi: Mutlak tarım arazileri dışında kalan, toprak ve topografik sınırlamaları nedeniyle yöreye adapte olmuş bitki türlerinin tamamının tarımının yapılamadığı ancak özel bitkisel ürünlerin yetiştiriciliği ile su ürünleri yetiştiriciliğinin ve avcılığının yapılabildiği, ülkesel, bölgesel veya yerel önemi bulunan arazileri, g) Dikili tarım arazisi: Mutlak ve özel ürün arazileri dışında kalan ve üzerinde yöre ekolojisine uygun çok yıllık ağaç, ağaççık ve çalı formundaki bitkilerin tarımı yapılan, ülkesel, bölgesel veya yerel önemi bulunan arazileri, ğ) Marjinal tarım arazisi: Mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri ve dikili tarım arazileri dışında kalan, toprak ve topografik sınırlamalar nedeniyle üzerinde sadece geleneksel toprak işlemeli tarımın yapıldığı arazileri, h) Yeter büyüklükte tarımsal arazi parseli: Makineli tarımda toplam işlem zamanları ve alan kayıplarını optimum yapabilen, arazi nitelikleri, ürün deseni ve potansiyeline göre Bakanlık tarafından belirlenen ve daha fazla küçültülemeyecek en küçük parsel büyüklüğünü, ı) Yeter gelirli tarımsal işletme: Bir tarım işletmesinde üretim faktörlerinin rasyonel kullanımına olanak vererek işletmenin gelişmesini temin eden, ailenin ekonomik ve sosyal gelişimini temin edecek gelir ile tarımsal yapının muhafazası ve tarımın sürekliliğini sağlayan en küçük işletme büyüklüğünü, i) Tarım dışı alanlar: Üzerinde toprak bulunmayan çıplak kayalar, daimi karla kaplı alanları, ırmak yataklarını, sahil kumullarını, sazlık ve bataklıkları, askeri alanları, endüstriyel, turizm, rekreasyon, iskân, altyapı ve benzeri amaçlarla plânlanmış arazileri, j) Sulu tarım arazisi: Tarımı yapılan bitkilerin büyüme devresinde ihtiyaç duyduğu suyun, su kaynağından alınarak yeterli miktarda ve kontrollü bir şekilde karşılandığı arazileri, k) Tarımsal amaçlı yapılar: Toprak koruma ve sulamaya yönelik altyapı tesisleri, entegre nitelikte olmayan hayvancılık ve su ürünleri üretim ve muhafaza tesisleri ile zorunlu olarak tesis edilmesi gerekli olan müstemilatı, mandıra, üreticinin bitkisel üretime bağlı olarak elde ettiği ürünü için ihtiyaç duyacağı yeterli boyut ve hacimde depolar, un değirmeni, tarım alet ve makinelerinin muhafazasında kullanılan sundurma ve çiftlik atölyeleri, seralar, tarımsal işletmede üretilen ürünün özelliği itibarıyla hasattan sonra iki saat içinde işlenmediği takdirde ürünün kalite ve besin değeri kaybolması söz konusu ise bu ürünlerin işlenmesi için kurulan tesisler ile Bakanlık tarafından tarımsal amaçlı olduğu kabul edilen entegre nitelikte olmayan diğer tesisleri, l) Arazi yetenek sınıflaması: Toprak bozulmasına neden olmayacak şekilde arazinin en uygun kullanım şeklini belirlemek için kullanım ve koruma verilerini bir araya getirerek temel toprak etütlerine ve iklim koşullarına dayalı yapılan plânlamalara yönelik arazi sınıflamasını, m) Arazi kullanım plânlaması: Her ölçekte plânlamaya temel oluşturmak üzere, toprağın ve diğer çevresel kaynakların bozulmasını önlemek için ekolojik, toplumsal ve ekonomik şartlar gözetilerek sürdürülebilirlik ilkesine uygun, farklı arazi kullanım şekillerini oluşturmaya yönelik toprak ve su potansiyelinin belirlenip, sistematik olarak değerlendirilmesini ve birbirleri ile olan ilişkilerini ortaya koyan rasyonel arazi kullanım plânlarını, n) Tarımsal amaçlı arazi kullanım plân ve projeleri: Tarım alanlarında

yörenin ekolojik, ekonomik ve toplumsal özellikleri dikkate alınarak toprakların sürekli üretkenliğini sağlayacak tarım tekniklerini, toprak, su, bitki ve insan ilişkileri ile toprak korumaya yönelik diğer fiziksel, kimyasal, kültürel ve bitkisel düzenlemeleri kapsayan rasyonel tarımsal arazi kullanım plân ve projelerini, o) Toprak koruma projeleri: Toprağın doğal veya insan faaliyetleri sonucu yok olmasını, bozulmasını veya zarar görmesini önlemek ve sürekli üretken kalmasını sağlamak için yapılan fiziksel, kültürel ve bitkisel tedbirleri kapsayan projeleri, ö) Arazi toplulaştırması: Arazilerin doğal ve yapay etkilerle bozulmasını ve parçalanmasını önlemek, parçalanmış arazilerde ise doğal özellikleri, kullanım bütünlüğü ve mülkiyet hakları gözetilerek birden fazla arazi parçasının birleştirilip ekonomik, ekolojik ve toplumsal yönden daha işlevsel yeni parsellerin oluşturulmasını ve bu parsellerin arazi özellikleri ve alanı değerlendirilerek kullanım şekillerinin belirlenmesini, köy ve arazi gelişim hizmetlerinin sağlanmasını, p) Toplulaştırma proje sahası: Toplulaştırma projesinin uygulanacağı sınırlar içinde kalan alanı, r) Arazi bozulması: Arazinin doğal veya yapay etkiler sonucu özelliklerinin değişikliğe uğraması ile ekonomik ve ekolojik işlevlerinin azalması veya yok olmasını, s) Toprak veri tabanı: Arazi ve toprak kaynaklarının nitelikleri ile birlikte belirlenerek kayıt altına alındığı veri tabanını, ş) Tahsis: Bu Kanun kapsamında değerlendirilmek üzere, Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlardan, vasfi ve hâlihazır kullanım şekline bakılmaksızın toplulaştırma kapsamında değerlendirilebilecek yerlerin, Maliye Bakanlığı tarafından Bakanlığa tahsis edilmesini, İfade eder.” şeklindeydi.

Yeni düzenleme ile 5403 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) ve (i) bentleri değiştirilmiş ve fıkraya aşağıdaki bent eklenmiştir. Şöyle ki, “h) Asgari tarımsal arazi büyüklüğü: Üretim faaliyet ve girdileri rasyonel ve ekonomik olarak kullanıldığı takdirde, bir tarımsal arazide elde edilen verimliliğin, söz konusu tarımsal arazinin daha fazla küçülmesi hâlinde elde edilemeyeceği Bakanlıkça belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğünü, ı) Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü: Bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak il ve ilçelerin ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerini,” “u) Yan sınai işletme: Yeter gelirli tarımsal arazilere ait ürün depolama, koruma, işleme ve pazarlama gibi faaliyetlere yönelik tesisleri,” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Söz konusu değişiklikler nazara alındığında, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde yer alan “Yeter büyüklükte tarımsal arazi parseli” tanımı yerine “Asgari tarımsal arazi büyüklüğü” ve (ı) bendinde yer alan “Yeter gelirli tarımsal işletme” tanımı yerine “Asgari tarımsal işletme büyüklüğü” tanımı getirilmiş ve (t) bendinden sonra gelmek üzere eklenen (u) bendi ile “Tarımsal işletme” ve (ü) bendi ile “Yan sınai işletme” tanımları yapılarak, kanunun uygulanması sırasında farklı yorumlamalara yol açılmaması amaçlanmıştır³⁰.

³⁰ Madde gerekçeleri, m. 3 gerekçesi, s. 8.

Yapılan yeni düzenlemeler kapsamında 5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesi de değiştirilmiştir. Hüküm değiştirilmeden evvel, “*Tarım arazileri; doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, nitelikleri Bakanlık tarafından belirlenen mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılır. Ayrıca Bakanlık tarım arazilerinin korunması, geliştirilmesi ve kullanımı ile ilgili farklı sınıflandırmalar yapabilir. - Tarımsal faaliyetin ekonomik olarak yapılabildiği en küçük alana sahip ve daha fazla küçülmemesi gereken yeter büyüklükteki tarımsal arazi parsel büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek, Bakanlık tarafından belirlenir. - Kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere tarım arazileri, belirlenen yeter büyüklükteki tarımsal arazi parsellerinden daha küçük parçalara bölünemez. Miras yolu ile intikallerde yeter büyüklükteki parseller oluşturulamıyorsa ifraz yapılmaz; ortak kullanım, kiralama veya satış yoluna gidilir.*” şeklindeydi.

5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin başlığı “Tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi” şeklinde değiştirilmiştir. Bu maddenin, ikinci ve üçüncü fıkraları da değişikliğe uğramıştır. Hükümün dördüncü fıkrası ise yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre 8. Madde, “*Tarım arazileri; doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, nitelikleri Bakanlık tarafından belirlenen mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılır. Ayrıca Bakanlık tarım arazilerinin korunması, geliştirilmesi ve kullanımı ile ilgili farklı sınıflandırmalar yapabilir. - (Değişik: 30/4/2014-6537/4 md.) Asgari tarımsal arazi büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirlenir. Belirlenen asgari büyüklüğe erişmiş tarımsal araziler, bölünemez eşya niteliği kazanmış olur. - (Değişik: 30/4/2014-6537/4 md.) Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemez. Bakanlık asgari tarımsal arazi büyüklüklerini günün koşullarına göre artırabilir. Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez, Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılmaz. Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği alanlarda arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir.*” şeklini almıştır.

Hükümde yapılan değişiklik nazara alındığında, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanununun 8 inci maddesinin başlığı madde metni ile bütünlük sağlanması amacıyla “Tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal işletme ve arazi büyüklüklerinin belirlenmesi” şeklinde değiştirilmiştir. 8 inci maddenin üçüncü fıkrada yapılan değişikliklerde, tarım arazilerinde asgari büyüklüğün altında yeni pay ve paydaş oluşturulması engellenmiştir. Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanununun

8 inci maddesinin en küçük parsel büyüklüğünün üzerindeki tarım arazileri için bir yaptırım içermemesi nedeniyle bölünemez büyüklüğün üzerindeki tarım arazilerinde hisseli satış yolu ile fiili bölünmeler meydana gelmiştir. Örneğin, 20 dekarın üzerindeki arazilerde kişiler ifraz yapmaksızın hisseli olarak arazilerini satabilmekte. Bu durum tarım arazilerinde fiili bölünmelere neden olmaktadır. Bu nedenle, getirilen yeni düzenleme ile tarım arazilerinde asgari parsel büyüklüğünün altında yeni hisse oluşturulması engellenerek fiili bölünmelerin önlenmesi amaçlanmıştır³¹.

IV. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 8. Maddeye Eklenen Yeni Hükümler ve Değerlendirilmesi

A) Yeter Gelirli Tarımsal Arazi Büyüklüğü

5403 sayılı Kanunda daha önce yer almayan 8/A maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, “*İl ve ilçelerin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenmiştir. Tarımsal ara-*

³¹ Yine asgari arazi büyüklükleri ile ilgili istisnai durumlar içerisine tarım dışı kullanım izni verilen alanlar dahil edilmiştir. 5403 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi kapsamında verilen tarım dışı kullanım izinlerinde asgari parsel büyüklüğü nedeniyle daha fazla tarım arazisine tarım dışı kullanım izni verilmek zorunda kalınmıştır. Bu nedenle yeni düzenlemede asgari parsel büyüklüğü için tarım dışı kullanım izinlerine de muafiyet getirilmiştir. 5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “Bakanlığın uygun görüşü ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere” ifadesi madde metninden çıkarılmıştır. Bu kapsamdaki alanların tarım dışına çıkarma izin ve işlemleri bu Kanunun 13 üncü maddesi ile yerine getirilmesi ve tarım dışı kullanım izni verilen alanlarla ilgili olarak üçüncü fıkrada istisna getirilmesi nedeniyle madde metninden çıkarılması uygun görülmüştür. Yine aynı fıkrada mevcut durumda, bölünemez büyüklükte olan tarım arazilerinde oluşmuş hisselerin ifraz edilmesi, üçüncü şahıslara satılması, rehnedilmesi ve devredilmesi engellenmiştir. Ancak, bölünemez büyüklüğün üzerindeki tarım arazileri için aynı hüküm geçerli olmamaktadır. Bununla birlikte, mevcut uygulama özellikle cebri satışlarda sıkıntılara yol açmaktadır. Birlikte mülkiyetin olduğu taşınmazlarda hissedarların Medeni Kanunun ilgili hükümleri gereğince ön alım hakkına sahip olması ve bölünemez büyüklüğün üzerinde veya altında tüm tarım arazilerinde uygulama birliğinin sağlanması amacı ile bölünemez büyüklükte olan arazilerde oluşan hisselerin üçüncü şahıslara satılmasını, rehnedilmesini ve devredilmesini engelleyen hüküm kaldırılmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılan düzenleme ile tarım arazilerinin asgari büyüklüklerin altında ifraz edilemeyeceği, bölünemeyeceği ve pay ve paydaş adedinin artırılmayacağı hükmü getirilmiştir. Türk Medeni Kanununun özgülemeye ilişkin maddelerinin yürürlükten kaldırılması nedeni ile özgülemeye ilişkin maddelerin uygulanma imkanı kalmadığından madde metninden çıkarılmıştır. Madde gerekçeleri, m. 4 gerekçesi, s. 9;

Kanunun söz konusu maddesinin gerekçesinde geçen “*birlikte mülkiyetin olduğu taşınmazlarda hissedarların Medeni Kanunun ilgili hükümleri gereğince ön alım hakkına sahip olması ve bölünemez büyüklüğün üzerinde veya altında tüm tarım arazilerinde uygulama birliğinin sağlanması amacı ile bölünemez büyüklükte olan arazilerde oluşan hisselerin üçüncü şahıslara satılmasını, rehnedilmesini ve devredilmesini düzenleyen hüküm kaldırılmıştır.*” ifadeden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu düzenleme ile yasal ön alım hakkına bir istisna mı getirilmiştir anlaşılacaktır. Üstelik birlikte mülkiyet kavramı burada yanlış kullanılmış olup bu ifade olsa olsa paylı mülkiyet olarak anlaşılabilir.

ziler bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında ifraz edilemez, bölünemez. Tarımsal arazilerin bu niteliği şerh konulmak üzere Bakanlık tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazileri birlikte değerlendirilir. Yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımları Bakanlığın izni ile satılabilir. Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre bu Kanuna ekli (1) sayılı listede Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile değişiklik yapılabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Söz konusu hüküm ile bölge farklılıkları dikkate alınarak asgari tarımsal işletme büyüklüklerinin Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirleneceği hususu düzenlenmiştir. Tarımsal işletmelerin ekonomik büyüklüklerin³² altına düşmemesi amacıyla belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemeyeceği, bölünemeyeceği hususu düzenlenerek bu hususun Bakanlık tarafından tapu siciline şerh edilmesi ile doğacak ihtilafların önüne geçilmesi hedeflenmiştir³³.

Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik m. 6'da, “(1) İl ve ilçelerin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak Kanun ile belirlenmiştir. Tarımsal araziler Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında ifraz edilemez, bölünemez. Tarımsal arazilerin bu niteliği tapunun beyanlar hanesine şerh konulmak üzere Bakanlık tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. (2) Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça arala-

³² Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğin, “*Ekonomik bütünlük*” başlığını taşıyan 7. maddesinde, “(1) Aynı kişiye ait tarımsal araziler arasındaki ekonomik bütünlük olup olmadığının tespiti aşağıdaki kriterlere göre belirlenir: a) Örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın altında olan tarım arazileri ekonomik bütünlük arz etmez. b) Aynı kişiye ait sınırdış olmayan tarım arazilerinin aralarındaki mesafe on km'den az ve örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın üzerinde ise bu araziler arasında ekonomik bütünlük bulunduğu kabul edilir. c) Mülkiyeti aynı kişiye ait, sınırdış olan tarımsal arazilerin ekonomik bütünlük teşkil ettiği kabul edilir. ç) Aynı kişiye ait tarımsal arazilerden birinin veya birkaçının paylı olması durumunda kişinin tarım arazisi içindeki pay miktarı dikkate alınarak ekonomik bütünlük değerlendirilmesi yapılır. (2) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununa tabi Türkiye'de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurtdışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri, finansal holding şirketleri, 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununa tabi finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri ile tarım kredi kooperatiflerinin farklı kişilerden alacaklarına mahsuben mülkiyetine geçirdikleri tarımsal araziler arasında ekonomik bütünlük bulunmaz. Bu kuruluşların, aynı kişilerden elde ettikleri tarımsal arazilerde bu madde hükmüne göre ekonomik bütünlük değerlendirilmesi yapılır. (3) Ekonomik bütünlük değerlendirmesi yukarıdaki kriterler doğrultusunda il veya ilçe müdürlükleri tarafından yapılır. Topoğrafik koşullar ve kullanım güçlüğünden kaynaklanan diğer mücbir nedenlerden dolayı bu kararlara karşı yapılan itirazlar Bakanlıkça değerlendirilerek karara bağlanır.” şeklinde düzenleme getirilmiştir.

³³ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 9.

rında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazileri birlikte değerlendirilir. (3) Yeter gelirli arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait tarımsal arazilerin farklı sınıflarda olması halinde, her ilçe için Kanun ile farklı sınıftaki araziler için belirlenmiş yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin birbirlerine oranlaması ile elde edilen sınıflar arası dönüşürme katsayıları dikkate alınır.” şeklinde ortaya konulmuştur.

B) Mirasa Konu Tarımsal Araziler İle Yeter Gelirli Tarımsal Arazilerin Devri

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/B maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, “*Mirasa konu tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerde mülkiyetin devri esastır. Mirasçılar arasında anlaşma sağlanması hâlinde, mülkiyeti devir işlemleri mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde tamamlanır. Devir işlemlerinin bir yıl içinde tamamlanmaması ve 8/C maddesinin ikinci fıkrasına göre dava açılmaması hâlinde, bu Kanununun 8/Ç maddesi hükümleri uygulanır.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Tarımsal taşınmazlar için Türk Medeni Kanununun 657 nci maddesine göre gelir değerine göre işlem yapılarak özgülerime yapılacağı hususu düzenlemiştir. Ancak bu düzenleme ile ilgili herhangi bir uygulamaya rastlanılmadığı Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından tespit edilmiştir. Dolayısıyla tarım arazileri miras yolu genel hükümlere göre parçalanmaktadır. 8/B maddesi ile tarımsal arazilerde mirasçılar arasında anlaşma sağlanması halinde, mirasın açılmasından itibaren bir yıl içerisinde mülkiyetin devrinin esas olacağı öngörülmektedir. Söz konusu taşınmazlarda bir yıl içerisinde devir olmaması ve 8/C maddesinin ikinci fıkrasına göre dava açılmaması durumunda 8/Ç maddesi gereğince işlem yapılacağı hükme bağlanmıştır³⁴.

Eren/Başpınar'a göre, tarımsal arazilerin devri için biri objektif diğeri subjektif olarak iki koşul meydana gelmelidir. Objektif şartlar, terekede tarımsal bir arazi bulunması, tarımsal arazi ekonomik bir bütünlük arz etmesi ve tarımsal arazinin yeterli gelir getirmesi olarak üç tanedir. Subjektif şartlar ise, mirasçı olunması ve devri talep olarak iki koşulu bulunur³⁵.

³⁴ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 9; Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğin “*Tarımsal arazilerin devri*” başlığını taşıyan 8. maddesinde, “(1) *Tarımsal arazilerin her türlü mülkiyeti devir taleplerinde aşağıdaki işlemler uygulanır. a) Taşınmaz malikinin aynı ilçe sınırları içinde tarımsal nitelikli tek arazisi olması durumunda bu taşınmazın devri yapılabilir. b) Taşınmaz malikinin aynı ilçe sınırları içinde birden fazla tarımsal arazisinin bulunması durumunda, bu arazilerin tamamının mülkiyeti devir işlemine konu olması halinde, bu taşınmazların devri yapılabilir. c) Aynı kişiye ait birden fazla tarımsal arazi olması halinde, 7 nci madde hükümlerine göre yapılan ekonomik bütünlük değerlendirmesi sonrasında tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe haiz olmayan kısımlarının devrine izin verilebilir. ç) Ekonomik bütünlük arz eden tarımsal arazilerde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin üzerinde olan ve yeter gelirli arazi büyüklüklerinin altında ifraz gerektirmeyen arazilerin devrine izin verilir. d) Paylı tarım arazilerinde, payın tamamının bir veya birden fazla paydaşa devri halinde bu arazilerin devrine izin verilir.*” şeklinde düzenleme getirilmiştir.

³⁵ EREN/BAŞPINAR, s. 161 vd.

C) Devrin Yapılacağı Mirasçı

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/C maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, "Mirasçılar, terekede bulunan tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazinin mülkiyeti hakkında; a) Bir mirasçıya veya yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerini karşılama durumunda birden fazla mirasçıya devrini, b) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 373 üncü ve devamı maddelerine göre kuracakları aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devrini, c) Mirasçılardan tamamının miras payı oranında hissedarı oldukları 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları limited şirkete devrini, ç) Mülkiyetin üçüncü kişilere devrini, kararlaştırabilirler. - Mirasçılar arasında anlaşma sağlanmadığı takdirde, mirasçılardan her biri yetkili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir. Bu durumda sulh hukuk hâkimi tarımsal arazi veya yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin; a) Kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle tespit edilen ehil mirasçıya tarımsal gelir değeri üzerinden devrine, birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde, öncelikle asgari geçimini bu yeter gelirli tarımsal arazilerden sağlayan mirasçıya, bunun bulunmaması hâlinde bu mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine, ehil mirasçı olmaması hâlinde, mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine karar verir. b) Birden fazla ehil mirasçı olması ve bu mirasçılardan miras dışı tarımsal arazilere sahip olması durumunda, bu mirasçılardan mevcut arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak veya bu arazilerin ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla hâkim, tarım arazilerinin yeter gelir büyüklüğünü aramaksızın bu mirasçılara devrine karar verebilir. c) Mirasa konu yeter gelirli tarımsal arazinin kendisine devrini talep eden mirasçı bulunmadığı takdirde, hâkim satışına karar verir. Bu suretle yapılacak satış sonucu elde edilen gelir, mirasçılara payları oranında paylaşılır. - Yeter gelirli tarımsal araziler birden çok yeter geliri sağlayan tarımsal arazi büyüklüğüne bölünebiliyorsa, sulh hukuk hâkimi bunlardan her birinin mülkiyetinin, yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde mirasçılara ayrı ayrı devrine karar verebilir. - Ehil mirasçıya ait nitelikler, Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. - Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinden itibaren yirmi yıl içinde bu arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda; devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanır. Bulunan değer ile arazinin yeni değeri arasındaki fark, diğer mirasçılara payları oranında arazinin mülkiyetini devralan mirasçı tarafından ödenir." şeklinde düzenlenmiştir³⁶.

³⁶ Söz konusu yönetmelik, Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik" adı ile, 31 Aralık 2014 Tarih ve 29222 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yönetmeliğin amacı, tarımsal arazilerin devri, miras yolu ile intikali, değerlendirilmesi, yeter gelirli arazi büyüklüğü ve ekonomik bütünlüğüne ilişkin hükümler ile ehil mirasçıya ait niteliklerin tespitine ilişkin usul ve esasları belirlemek şeklinde açıklanmıştır. Ayrıca yönetmeliğin kapsamı tarımsal arazilerin devri, miras yolu ile intikali, değerlendirilmesi, yeter gelirli arazi büyüklüğü ve ekonomik bütünlüğüne ilişkin hükümler ile ehil mirasçıya ait niteliklerin tespitine ilişkin usul ve esasların

8/C maddesinin birinci fıkrasında murise ait terekede bulunan, ekonomik bütünlüğe sahip tarımsal işletme veya tarımsal arazi mülkiyeti hakkında mirasçılarını; üzerinde anlaşma sağlanan mirasçı veya mirasçılara devri, Türk Medeni Kanununda yer alan aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devri, tamamının miras payı oranında hissedarı oldukları Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları bir şirkete devri veya işletmeye ait arazilerin üçüncü kişilere devri konusunda karar verebilmeleri öngörülmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında mirasçılar arasında anlaşma sağlanamaması halî düzenlenmiştir. Bu durumunda; mirasçılardan her birinin dava açabileceği sulh hukuk hakiminin kişisel yetenek ve durumları gözönünde tutulmak suretiyle tarımsal işletmeye ait tarımsal arazilerin mülkiyetinin tarımsal değeri³⁷ üzerinden ehil mirasçıya devri hususu düzenlenmiştir³⁸. Birden çok

tespiti şeklinde ortaya konulmuştur. Söz konusu Yönetmelik 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8 ila 8/K maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

³⁷ Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik m.4/g'ye göre, "Tarımsal gelir değeri: Tarım arazilerinden elde edilecek yıllık ortalama net gelirin yirmi yıl ile çarpımı sonucu hesaplanan değeri, ifade eder". Söz konusu Yönetmeliğin, "Tarım arazilerinin değerlendirilmesi" başlığını taşıyan 5. Maddesine göre, "(1) Tarımsal arazilerin gelir değeri, değerlendirilme tarihinde, arazilerin optimum koşullarda işletilmesi halinde elde edilecek yıllık ortalama net gelirine göre hesaplanır. (2) Üretim dönemlerine ait gayrisafi üretim değerlerinin hesaplanmasında, çiftçi eline geçen ürün fiyatları ile verimler dikkate alınır. Çiftçi eline geçen ürün fiyatlarında Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verileri esas alınır. Ürün deseni ve verimlerin hesabında, değerlendirilmesi yapılacak arazinin veya bu arazilere benzer özellik arz eden yöredeki diğer arazilerin Bakanlık sistemlerindeki son beş yıllık kayıtları esas alınarak belirlenir. (3) Değerleme yapılan yıl içinde çiftçi eline geçen ürün fiyatlarıyla ürünlerin son beş yıllık verim ortalamaları çarpılarak araziden elde edilen yıllık ortalama gayrisafi üretim değeri hesaplanır. Değerleme yapılan üretim dönemi için Bakanlık İl ve İlçe Müdürlüklerince belirlenecek bölgede yetiştirilen hakim ürünler için yapılan ortalama yıllık üretim masraflarının yıllık ortalama gayrisafi üretim değerinden çıkartılması sonucu, arazinin yıllık ortalama net geliri tespit edilir. Tespit edilen yıllık ortalama net gelirin yirmi yıl ile çarpılması sonucu oluşan değer, tarımsal arazilerin gelir değeridir. (4) Tarımsal gelir değerine yapılacak itirazlar; hesaplamada kullanılan arazilerdeki ürün deseni ve verimleri, ürün maliyetleri ve çiftçi eline geçen fiyatlar üzerinden yeniden değerlendirilir. Arazilerin ürün desenine, maliyetlerine ve çiftçi eline geçen fiyatlara yapılacak itirazlarda Bakanlık ve TÜİK sistemlerindeki kayıtlar esas alınır".

³⁸ Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik m.4/ç'ye göre, "Ehil mirasçı: Kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle bu Yönetmelik hükümlerince belirlenen kriterlere uygun sulh hukuk mahkemesi tarafından belirlenen mirasçı veya mirasçuları, ifade eder". Ehil mirasçıya ait kriterleri başlığını taşıyan m. 10 ehil mirasçının kriterlerini, "(1) Ehil mirasçının belirlenmesinde aşağıdaki kriterler dikkate alınarak yapılan hesaplama sonucunda elli puan ve yukarısına sahip olan mirasçı veya mirasçılar ehil mirasçı olarak kabul edilir. -Mirasçılardan; a) Geçimini mirasa konu tarım arazilerinden sağlayanlara yirmi puan, b) Tarım dışı geliri bulunmayanlara on puan, c) Eşi fiilen tarımsal faaliyette bulunanlara on puan, ç) Tarımsal arazileri işleyebilecek mesleki bilgi ve beceriyeye sahip olanlara on puan, d) Mirasa konu arazilerin bulunduğu ilçe sınırları içinde altı yıla kadar ikamet edenlere beş puan, altı yıl ve daha uzun süre ikamet edenlere on puan, e) Herhangi bir sosyal güvencesi olmayanlara on puan, f) Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kapsamında tarım sigortası olanlara beş puan, g) Bakanlığın mevcut kayıt sistemlerine kayıtlılık süreleri altı yıla kadar olanlara beş puan, altı yıl ve daha uzun süre olanlara on puan, ğ) Tarımsal örgütlere kayıtlılık süreleri altı yıla kadar olanlara iki puan, altı yıl ve daha uzun süre olanlara beş puan, h) Tarım alet ve donanımlarına sahip olanlara beş puan, ı) Kadın olanlara beş puan verilir." şeklinde tespit edilmiştir.

ehil mirasçının bulunması halinde öncelikle geçimini bu işletmeden sağlayan mirasçıya verilmesi öngörülerek geçimini tarımdan sağlayan mirasçı korunmuştur. Ehil mirasçı olmaması durumunda diğer mirasçılar arasından en çok bedeli teklif edene, mirasçılar arasında istekli olmaması durumunda ise işletmeye ait tarımsal arazilerin sulh hukuk hakimi tarafından satışına karar verilmesi hususu düzenlenmiştir. Ehil mirasçı ile kastedilen, bilinçli tarım yapabilecek, toprağı en iyi ve verimli şekilde kullanabilecek olan kişi olup, ehil mirasçıya ait niteliklerin yönetmelik ile belirlenmesi hükme bağlanmıştır. Ayrıca, işletmeye ait arazilerde yirmi yıl içerisinde herhangi bir tarım dışı faaliyet nedeniyle değer artışı meydana gelmesi durumunda diğer mirasçıların hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmıştır³⁹.

³⁹ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 9-10; Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğin “*Mirasa konu tarımsal arazilerde devri*” başlığını taşıyan 9. Maddesinde, “(1) *Mirasa konu tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerde mülkiyetin devri esastır. (2) Mirasçılar mirasa konu tarım arazilerinin mülkiyeti devir işlemlerini mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde aşağıda belirtilen şekillerde gerçekleştirebilir. a) Asgari tarımsal arazi büyüklüğü ve yeter gelirli arazi büyüklüğü kriterleri dikkate alınarak bir veya birden fazla mirasçıya devrini kararlaştırabilir. b) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 373 ila 385 inci maddelerine göre noter senedi ile aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurabilirler. Noter senedinin bir örneği tapu müdürlüğüne ibraz edilerek, söz konusu ortaklık tapu kütüğünün beyanlar banesine işlenir. c) Mirasçıların tamamının miras payı oranında hissedarı oldukları 13/11/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre limited şirketi kurabilirler. ç) Mirasçılar, mirasa konu tarım arazilerinin üçüncü kişilere satışını gerçekleştirebilirler. (3) Mirasçılar tarafından tarımsal arazilere ilişkin mülkiyet devirlerinin bir yıl içinde tamamlanmaması ve yetkili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açılmaması durumunda, Bakanlık tarafından mirasçılara Kanun hükümlerinin uygulanması için üç aylık süre verilir. (4) Bu süre sonunda da devir işlemlerinin tamamlanmaması durumunda, Bakanlık resen veya bildirim üzerine bu yerlerin istemde bulunan ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya devri, aksi hâlde üçüncü kişilere satılması için ilgili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir. (5) Mirasçı veya Bakanlık tarafından dava açılması durumunda sulh hukuk hâkimi; a) Tarımsal arazi veya yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin; Kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle 10 uncu madde ile tespit edilen ehil mirasçıya tarımsal gelir değeri üzerinden devrine, birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde, öncelikle asgari geçimini bu yeter gelirli tarımsal arazilerden sağlayan mirasçıya, bunun bulunmaması hâlinde bu mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine, ehil mirasçı olmaması hâlinde, mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine karar verir. Tarımsal gelir değeri, davanın açılış tarihi dikkate alınarak hesaplanır. b) Birden fazla ehil mirasçı olması ve bu mirasçıların miras dışı tarımsal arazilere sahip olması durumunda, bu mirasçıların mevcut arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak veya bu arazilerin ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla hâkim, tarım arazilerinin yeter gelir büyüklüğünü aramaksızın bu mirasçılara devrine karar verebilir. Hakim, mirasçıların mevcut arazileri ile devri yapılacak mirasa konu araziler arasında ekonomik bütünlük ve yeter gelir arazi büyüklüğü kriterlerini dikkate alarak karar verir. c) Mirasa konu yeter gelirli tarımsal arazinin kendisine devrini talep eden mirasçı bulunmadığı takdirde, hâkim satışına karar verir. Bu suretle yapılacak satış sonucu elde edilen gelir, mirasçılara payları oranında paylaşılır. ç) Yeter gelirli tarımsal araziler birden çok yeter geliri sağlayan tarımsal arazi büyüklüğüne bölünebiliyorsa, sulh hukuk hâkimi bunlardan her birinin mülkiyetinin, yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde mirasçılara ayrı ayrı devrine karar verebilir. (6) Mahkeme kararı kesinleşinceye kadar, mirasçıların Kanunun öngördüğü şekilde anlaşmaya vardıklarını yazılı olarak Mahkemeye sunmaları durumunda, dava anlaşma hükümlerine göre sulh yolu ile sonlandırılır.” şeklinde düzenlemeye yer vermiştir.*

Genel Gereğesinde, mirasbırakanın ölümünden sonra, tarımsal işletmenin miras hukukunun genel kurallarına uygun olarak mirasçılar topluluğuna kaldığı belirtilmektedir. Hemen belirtelim ki, Türk Medenî Kanununun 659. maddesinin kenar başlığında “1. Paylaştırma dışında bırakma” şeklindeki ibare, bazı malların paylaşma dışı bırakılarak elbirliği mülkiyetine tâbi olarak kalmalarını ifade etmemektedir. Tarımsal işletmenin, bölünmeksizin mirasçılardan işletmeye ehil olanına bırakılması veya satılması kararı, ancak mirasçıların birlikte ve içlerinden birinin açacağı dava sonucunda, Türk Medenî Kanununun 659 ilâ 668. maddeler çerçevesinde verilebilmektedir. Oysa, Tasarının 8/C maddesinde, mirasçıları, aralarında anlaşma sağlanması hâlinde, mülkiyeti devir işlemlerini, mirasın açılmasından (yani, mirasbırakanın ölüm tarihinden) itibaren bir yıl içerisinde tamamlamamaları ve sonraki bir yıl içinde de, tarımsal işletmeyi ehil bir mirasçıya devretmemeleri durumunda, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının mirasçılara vereceği üç ay içerisinde de bu devrin gerçekleşmemesi durumunda, sulh hukuk mahkemesinde dava açmak suretiyle, yargısal bir karar ile, tarımsal işletmelerin ehil bir mirasçıya devrini veya üçüncü kişilere satışını gerçekleştirme yetkisi tanınmaktadır. Bakanlığa böyle bir yetki verilerek, özel mülkiyete müdahale etmesinin, anayasal temel bir hak olan mülkiyet hakkına kamu yararı düşüncesiyle de olsa, aşırı ve bu nedenle anayasaya aykırı olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten, anayasal güvence altındaki mülkiyet hakkı ile kamu yararı çatışma hâlinde ise, tarımsal işletmenin ehil mirasçı tarafından verimli biçimde işletilmesini sağlamak amacıyla da olsa, mirasçıların bir başvuru olmaksızın, üçüncü kişi durumundaki Bakanlığın açacağı bir dava sonucunda verilecek yargısal bir karar ile, tarımsal işletmenin, “ehil” olsa da, bir mirasçının, kendisine malî külfetler de yükleyecek biçimde bu işletmeyi sürdürme veya mirasçıların, satış yoluyla üçüncü kişilere devrini kabullenmek zorunda bırakılmasının, mülkiyet hakkının özünü zedelediği görüşü kuvvetle savunulabilir.

Kanunun 8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, mirasçıların mirasbırakanın ölümünden sonra terekede bulunan tarımsal arazi ve işletmenin mülkiyeti hakkında, “4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 373 üncü ve devamı maddelerine göre kuracakları aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devrini” kararlaştırabileceklerinin öngörülmesi de yerinde sayılamaz. Çünkü, Türk Medenî Kanununun 373 üncü ve devamı maddeleri, tarımsal işletme dışındaki mallarla oluşturulacak bir aile malları ortaklığını, buna karşılık Tasarı ile yürürlükten kaldırılması öngörülen 664-665. maddeleri ise, konusu tarımsal işletmeler olan aile malları ortaklığını düzenlemektedir. Ayrıca, Tasarının 8/C maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi olmasa da, kanaatimizce mirasçıların, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre bir sermaye şirketi kurmaları mümkündür. Diğer taraftan 8/C maddesinin ikinci fıkrasının a bendinde “öncelikle asgari geçimini bu işletmeden sağlayan mirasçıya” ifadesinden ne anlatılmak istendiği belli değildir. Bu ifade yerine “geçimini bu işletmeden sağlayan mirasçıya” ifadesi kullanılabilirdi⁴⁰.

⁴⁰ Kanunun 8/C maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde, mirasa konu tarımsal işletmenin ken-

Kanunun 8/C maddesinin son fıkrasında, yirmi yıl geçtikten sonra, tarımsal işletme kendisine “devredilen” mirasçının, yapılması öngörülen yeni bir hesaplama ve değerlendirme sonucunda, diğer mirasçılara değer artışı nedeniyle ödemede bulunmakla yükümlü tutulması, Tasarının 8/B maddesinin tarımsal işletmenin devrinde, mülkiyetin devrinin esas olduğu hükmüyle çelişmektedir. Böyle bir süre geçtikten sonra, üstelikte tarımsal işletme kendisine tahsis edilen mirasçının ilgili mal üzerinde ferdi mülkiyet hakkını elde etmesinden sonra, hangi hukuki dayanağın bu değer artışının ödenmesini meşru kılacağı hukuken izahı oldukça problemlidir⁴¹.

D) İhbar Yükümlülüğü ve Mahkeme Tarafından Devir Yapılması

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/Ç maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, “*Yeter gelirlili tarımsal arazi mülkiyetinin 8/B maddesinde belirtilen sürede dev-*

disine devrini talep eden mirasçı bulunmadığı takdirde, hâkimin tarımsal işletmenin satışına karar vereceği öngörülmekte; ancak bu satışın yapılacağı kişinin, o işletmeyi yürütebilecek durumda olup olmadığı belirtilmemekte, böylece Kanunun 1. maddesindeki amaçla çelişen bir durum ortaya çıkmaktadır.

⁴¹ Ayrıca belirtelim ki, 6537 sayılı kanun ile yapılan değişiklikler ile birlikte devir sisteminin söz konusu davaların sayısını arttırması kaçınılmaz görünmektedir. Mirasçılarının birbirlerine karşı açacakları davalara, Tasarının 8/C maddesi uyarınca, Bakanlığın açmak zorunda kalacağı davalar da eklenecektir.

Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğin “*Mirasa konu tarımsal arazilerde değer artışı*” başlığını taşıyan 11. maddesinde “(1) *Yeter gelirlili tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinden itibaren yirmi yıl içinde bu arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda; devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanır. Bulunan değer ile arazinin tarım dışı kullanım nedeni ile oluşan yeni değeri arasındaki fark, diğer mirasçılara payları oranında arazinin mülkiyetini devralan mirasçı tarafından ödenir. (2) Tarım arazilerinin Kanun hükümlerine göre mahkeme kararı ile mirasçılardan birine tarımsal gelir değeri üzerinden devri halinde, devir işleminden itibaren yirmi yıllık süre içinde tarım dışı amaçla kullanım izni sonucu oluşacak değer artışından diğer mirasçıların hak sahibi olacağı konusunda tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh konulur. (3) Şerh konulan tarım arazilerinin yirmi yıllık şerh süresi dolmadan tarımsal amaçlı kullanılmak üzere satışa konu edilmesi durumunda, diğer mirasçıların muvafakati alındığı takdirde şerh kaldırılarak; muvafakati alınmadığı takdirde şerhli olarak satış yapılabilir. Taşınmaz şerhli olarak satın alan üçüncü kişiler, aynı süre içinde tarım dışı kullanım nedeniyle oluşacak değer artışlarından diğer mirasçılara karşı sorumludur. (4) Bu madde kapsamındaki tarımsal arazilere şerh süresi içinde tarım dışı kullanım izni verilmesi durumunda, verilen izin on beş gün içinde Bakanlık tarafından diğer mirasçılara bildirilir. Mirasçıların, bildirim yapıldığı tarihten itibaren altmış günlük süre içinde değer artışına istinaden talepte bulunması zorunludur. Birinci fıkraya göre hesaplanan fark mirasçılara ödenmedikçe tarımsal arazi üzerindeki şerh kaldırılmaz. (5) Tarım dışı amaçla kullanım nedeniyle oluşan değer artışı sonrasında mirasçılar arasında anlaşma sağlanması halinde, mirasçıların onayı ile tapunun beyanlar hanesindeki şerh kaldırılır. Mirasçılar arasında anlaşma sağlanamaması durumunda, diğer mirasçılara ödenecek değer artış farkı TÜİK tarafından belirlenen Üretici Fiyatları Endeksi kullanılarak Sulh Hukuk Hakimi tarafından belirlenir. (6) Sulh Hukuk Hakimi tarafından mirasa konu tarım arazilerinin açık artırma yolu ile satılmasına karar verilmesi veya mirasçıların 9 uncu maddenin ikinci fıkrası hükümleri uyarınca anlaşması durumunda, söz konusu arazilerde tarım dışı kullanım nedeniyle oluşabilecek değer artışı konusunda yirmi yıllık şerh konulmaz. (7) Yirmi yıllık şerh süresi tamamlandıktan sonra şerh kaldırılmış sayılır.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN/BAŞPINAR, s. 188-189.*

redilmediğinin kamu kurum veya kuruluşları ile finans kurumları tarafından öğrenilmesi hâlinde, durum, bu kurum veya kuruluşlar tarafından derhâl Bakanlığa bildirilir. Bakanlık bu Kanun hükümlerinin uygulanması için mirasçılara üç ay süre verir. Verilen süre sonunda devir olmaması hâlinde, Bakanlık resen veya bildirim üzerine bu yerlerin istemde bulunan ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya devri, aksi hâlde üçüncü kişilere satılması için ilgili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir. - Sulh hukuk mahkemeleri nezdinde mirasçılar veya Bakanlıkça bu Kanun kapsamında açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır.” şeklinde düzenlenmiştir.

8/Ç maddesinde; mülkiyetin süresinde devredilmediğinin tespiti halinde, durumun kamu kurum veya kuruluşları ile finans kurumları tarafından öğrenilmesi halinde derhal Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına bildirilmesi ve Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının bu yerlerin ehil mirasçıya veya istemde bulunan mirasçıya devri, aksi halde üçüncü kişilere satılması için sulh hukuk mahkemesine başvurusu öngörülmüştür. Düzenlemenin temel amacı, ehil istekli mirasçıyı korumak, tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin bölünmeksizin ehil mirasçıya devrini sağlamaktır. Bu sebeple mülkiyetin usulüne uygun devrini gerçekleştirilmeyen mirasçılar arasında paylaşımın yapılamaması halinde, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının devreye girmesi ile miras paylaşımı sırasında meydana gelen ve uzun süren paylaşım anlaşmazlığının kısa sürede halledilerek tarım arazilerinin atıl kalmasını veya ehil olmayan kişilerin tarım yapmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır⁴².

E) Diğer Mirasçıların Paylarının Ödenmesi

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/D maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, “*Sulh hukuk hâkimi, mülkiyetin devrini uygun bulduğu mirasçıya, diğer mirasçıların miras paylarının bedelini mahkeme veznesine depo etmek üzere altı aya kadar süre verir. Mirasçı tarafından talep edilmesi hâlinde altı ay ek süre verilebilir. Belirlenen süreler içinde bedelin depo edilmemesi ve devir hususunda istekli başka mirasçı bulunmaması durumunda sulh hukuk hâkimi, tarımsal arazinin veya yeter gelirli tarımsal arazinin açık artırmayla satılmasına karar verir. - Kendisine yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyeti devredilen mirasçılardan, diğer mirasçıların paylarının karşılığını öz kaynakları ile ödeyemeyecek durumda olanların bu ödemeleri gerçekleştirmek için bankalardan kullanacakları kredilere Bakanlığın ilgili yıl bütçesine bu amaçla konulacak ödenekten karşılanmak üzere faiz desteği verilebilir. Verilecek kredi miktarı diğer mirasçıların payları karşılığı tutarın toplamından fazla olamaz. Bu fıkra uyarınca verilecek kredilere ve yapılacak faiz desteğine ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın ve Bakanlığın müşterek teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir.” şeklinde düzenlenmiştir.*

⁴² Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 10.

8/D maddesinde; kendisine tarımsal işletme veya tarımsal arazi devredilen mirasçının diğer mirasçılarının paylarının karşılığını ödemesi, bedelin mahkeme veznesine depo edilmesi ve ödemenin altı aylık süreye kadar yapılması, gerektiğinde altı aylık ek süre verilebileceği hususu düzenlenmiştir. Buradaki en önemli sorun devralacak mirasçının ödeme gücünün bulunmaması durumunda ortaya çıkacaktır. Ödeme gücü olmayan ve devri alan mirasçının, Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen usul ve esaslarda kredi kullanmak suretiyle diğer mirasçılara borcunu ödemesi kararlaştırılmıştır. Burada kredi kullandıracak kuruluş bir kamu bankası olacağı gibi, özel bankalar ve katılım bankaları ile diğer finans kurumları da olabilir. Kullandırılacak kredinin çok uzun vadeli ve düşük faizli olması gerekmektedir. Bu durumda diğer paydaşlara peşin olarak paylarının bedelinin ödenmesi ve miras hukukundan kaynaklanan haklarını almaları sağlanmış olacaktır. Ayrıca kendisine devir yapılan mirasçı tarafından kredi kullanılması durumunda, bu kredi miktarının diğer mirasçılarının alacakları miktarın toplamından fazla olamayacağı hükme bağlanmıştır⁴³.

Kanunun 8/D maddesinin birinci fıkrasında, tarımsal işletmenin hâkim kararıyla açık arttırmayla satışının, o işletmeyi yürütebilecek kişiler arasında gerçekleştirileceğinin öngörülmemiş olması da, Kanunun 1. maddesindeki amaçla çalışmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, Bakanlıkça tarımsal işletme kendisine “devredilecek” kişiye kredi yerine, faiz desteği sağlanabileceğinin belirtilmesi de yeterli bir çözüm tarzı değildir.

F) Taşınırın Devri

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/E maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, “*Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyeti kendisine devredilen kişi, bu araziler için zorunlu olan araç, gereç ve hayvanların mülkiyetinin gerçek değerleri üzerinden kendisine devredilmesini isteyebilir. -8/C maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi hükmü gere-*

⁴³ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 10; Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğin “*Diğer mirasçılarının paylarının ödenmesi*” başlıklı 12. Maddesi, “ (1) Sulh hukuk hâkimini, mülkiyetin devrini uygun bulunduğu mirasçıya, diğer mirasçılarının miras paylarının bedelini mahkeme veznesine depo etmek üzere altı aya kadar süre verir. Mirasçı tarafından talep edilmesi hâlinde altı aya kadar ek süre verilebilir. Belirlenen süreler içinde bedelin depo edilmemesi ve devir hususunda istekli başka mirasçı bulunmaması durumunda sulh hukuk hâkimini, tarımsal arazinin veya yeter gelirli tarımsal arazinin açık arttırmayla satılmasına karar verir. (2) Kendisine yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyeti devredilen mirasçılardan, diğer mirasçılarının paylarının karşılığını öz kaynakları ile ödeyemeyecek durumda olanların bu ödemeleri gerçekleştirmek için bankalardan kullanacakları kredilere Bakanlığın ilgili yıl bütçesine bu amaçla konulacak ödenekten karşılanmak üzere faiz desteği verilebilir. Verilecek kredi miktarı diğer mirasçılarının payları karşılığı tutarın toplamından fazla olamaz. Bu fıkra uyarınca verilecek kredilere ve yapılacak faiz desteğine ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın ve Bakanlığın müşterek teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir. (3) Mirasçılar arasında anlaşma sağlanması durumunda, diğer mirasçılarının paylarının karşılığını öz kaynakları ile ödeyemeyecek durumda olanlar hakkında da ikinci fıkra hükümleri uygulanır.” hükmüne yer vermiştir. Ayrıca bkz. EREN/BAŞPINAR, s. 187-188.

ğince mirasçılar arasında limited şirket kurulması hâlinde yeter gelirli tarımsal araziler için gerekli olan taşınır lar da şirket mal varlığına dâhil edilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

8/E maddesinde; mülkiyetin devri sistemi öngörüldüğünden, bu yeni sisteme uygunluk açısından, taşınır ların devrinde de mülkiyetin gerçek değer üzerinden tarımsal işletmeye ait tarımsal araziler kendisine devir yapılan mirasçıya devredilmesi veya mirasçılar arasında şirket kurulması halinde tarımsal işletme için gerekli olan taşınır ların da şirket mal varlığına dahil edilmesi öngörülmektedir⁴⁴.

Kanunun 8/E maddesinde, tarımsal işletmenin mülkiyeti kendisine devredilen kişinin, bunlar için zorunlu olan araç, gereç ve hayvanların mülkiyetinin gerçek değerleri üzerinden kendisine devredilmesini isteyebileceği öngörülmektedir. Oysa, Türk Medenî Kanunu'nun 660. maddesinde öngörüldüğü gibi, *“...işletme için taşıdığı değer üzerinden”* şeklindeki ibare, teknik bakımdan daha isabetli olabilirdi. Çünkü, 6537 sayılı Kanun'da işletmede kullanılacak bu ekonomik değerlerin, piyasa fiyatları, yani objektif değerleri göz önünde tutulmakta, buna karşılık Türk Medenî Kanunu'nun söz konusu maddesinde, hem objektif hem de tarımsal işletmeyle ilgili sübjektif değerleri dikkate alınmaktadır.

G) Ölüm e Bağlı Tasarruf İle Düzenleme

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/F maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, *“Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyen ve buna ehil tek mirasçı olduğu anlaşılan mirasçının bu konudaki istem hakkı, ölüm e bağlı tasarrufla ortadan kaldırılamaz. Mirastan çıkarma, mirastan yoksunluk ve mirastan feragat hâlleri saklıdır.- Birden çok mirasçıda devir koşullarının bulunması hâlinde, kendisine devir yapılacak mirasçı ölüm e bağlı tasarrufla belirlenebilir. Belirlenen bu mirasçıya itiraz edilmesi durumunda, ehil mirasçı sulh hukuk hâkimi tarafından belirlenir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

8/F maddesinde; mülkiyetin devri sistemi öngörüldüğünden, bu yeni sisteme uygunluk açısından, tarımsal işletme veya tarımsal arazi mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyen ve buna ehil olduğu tespit edilen mirasçının bu konudaki istem hakkının ortadan kalkmayacağı, ancak birden çok mirasçıda devir koşullarının bulunması halinde kendisine devir yapılacak mirasçının ölüm e bağlı tasarruf ile belirlenebileceği öngörülmüştür. Bu madde ile amaç, tarımı ehil mirasçının yapmasının sağlanmasıdır⁴⁵.

Kanunun 8/F maddesinin son cümlesi hariç Türk Medenî Kanununun yürürlükten kaldırılan 662. maddesinin tekrarı mahiyetindedir. Sadece özgülleme ifadesi yerine devir ifadesi kullanılmıştır.

⁴⁴ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 10.

⁴⁵ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 11.

Kanunun 8/F maddesinin son cümlesi ise, Türk Medenî Kanunu'nda yer verilmeyen, farklı bir hüküm olup, miras hukuku ilkelerine uygun değildir. Çünkü, fıkra, birden çok mirasçıda devir koşullarının bulunması hâlinde, kendisine devir yapılacak mirasçı ölümüne bağlı tasarrufla belirlenmişse, ehil mirasçının sulh hukuk hâkimi tarafından belirlenmesi öngörülmektedir. Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufunun Türk Medenî Kanunu'nun 557. maddesinde öngörülen sebeplerle iptal edilmedikçe geçerli sayılması gerektiği için, Tasarıda sulh hâkiminin, ortada iptal davası ve kararı yok iken, kendiliğinden mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufunu hükümsüz sayması, miras hukukunda geçerli olan “*mirasbırakanın son arzularına saygı gösterme ilkesi*”ne aykırı düşer.

H) Yeter Gelirli Tarımsal Arazi Yönetiminin Tedbiren Verilmesi

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/G maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, “*Ayrıt etme gücüne sahip olmayan küçük mirasçı bulunması hâlinde hâkim, yeter gelirli tarımsal arazilerin yönetimini dava sonuçlanana kadar ehil gördüğü mirasçılardan birine veya üçüncü bir kişiye tedbiren verebilir. Bu takdirde, elde edilen tarımsal gelir, işletme masrafları düşüldükten sonra mirasçılar arasında payları oranında dağıtılır.*” şeklinde düzenlenmiştir.

8/G maddesinde; mirasın paylaşımı esnasında ayrıt etme gücüne sahip olmayan küçük mirasçı bulunması durumunda, tarımsal işletme veya arazilerin yönetiminin ehil mirasçılardan birine veya üçüncü bir kişiye hakim tarafından tedbiren verilebilmesi hususu düzenlenmiştir. Bundan amaç tarımsal işletmenin zaman kaybetmeksizin faaliyetlerine devam edebilmesini sağlamak ve tarım arazilerinin atıl kalmasının önüne geçmektir⁴⁶.

Kanunun 8/G maddesinde, tarımsal işletmenin, dava süresince, hâkim tarafından, ehil gördüğü mirasçıya veya üçüncü kişiye “işletmenin tedbiren verilmesi” yerine, Türk Medenî Kanununun 427. maddesinin üçüncü bendi gereğince, tarımsal işletmeye bir yönetim kayyımı atanması öngörülmesi daha yerinde bir düzenleme olabilirdi.

I) Denkleştirme

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/Ġ maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm “*Kendisine yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyeti devredilen mirasçının, devir sebebiyle diğer mirasçılara payları karşılığı ödemesi gereken bedel ile miras bırakanın borcu dolayısıyla daha önce yeter gelirli tarımsal arazi üzerinde kurulmuş bulunan rehin konusu alacaklar birbiriyle denkleştirilir. Bakiye bir tutar kalırsa diğer mirasçılara payları oranında ödenir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁶ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 11; Ayrıca bkz. EREN/BAŞPINAR, s. 160.

8/Ė maddesinde; mirasçya devir durumunda, işletme üzerinde daha önce murisin borcu nedeniyle kurulmuş bulunan rehin konusu borçların mahsup edilmesi ve bakiye bir tutar kalırsa diğer mirasçılara payları oranında ödenmesi öngörülmektedir⁴⁷.

Kanunun 8/Ė maddesinin birinci cümlesinin sonunda kullanılan "...denkleştirilir." ifadesi, tazminat değil, mahsup anlamında kullanıldığı için, "Kendisine tarımsal işletme mülkiyeti devredilen mirasçının, devir sebebiyle diğer mirasçılara payları karşılığı ödemesi gereken bedelden, miras bırakanın borcu dolayısıyla daha önce işletme üzerinde kurulmuş bulunan rehin konusu alacaklar indirilir." Şeklinde bir ifade edilseydi yanlış anlaşılmalara önüne geçilebilirdi.

İ) Yan Sınai İşletme

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/H maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, "Yeter gelirli tarımsal arazilere sıkı şekilde bağlı bir yan sınai işletme mevcut ise yan sınai işletme ile yeter gelirli tarımsal arazilerin mülkiyeti bir bütün olarak istemde bulunan ve ehil görülen mirasçya gerçek değeri üzerinden devredilir. - Mirasçılardan birinin itiraz etmesi veya birden çok mirasçının kendilerine devir istemesi hâlinde sulh hukuk hâkimi yeter gelirli tarımsal arazi ve yan sınai işletmenin ekonomik gelir ve bütünlüğünü sürdürme imkânını ve mirasçılardan kişisel durumlarını göz önünde bulundurarak yan sınai işletmenin birlikte veya ayrı olarak devrine ya da satışına karar verir. - 8/C maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereğince mirasçılar arasında limited şirket kurulması hâlinde yeter gelirli tarımsal arazilere sıkı şekilde bağlı olan yan sınai işletme de şirketin mal varlığına dâhil edilir." şeklinde düzenlenmiştir.

8/H maddesi; tarımsal işletmeye sıkı şekilde bağlı yan sınai işletmenin varlığı halinde yan sınai işletme ile tarımsal işletmenin mülkiyetinin bir bütün halinde istemde bulunan ehil mirasçya gerçek değeri üzerinden devredileceği hükmüne bağlanmış olup, işletme ile yan sınai işletme birleştirilerek bütünlük sağlanması amaçlanmıştır. Mirasçılardan birinin itiraz etmesi veya birden çok mirasçının kendine devir istemesi halinde ise, sulh hukuk hakiminin her iki işletmenin ekonomik gelir ve bütünlüğünü dikkate alarak tarımsal işletmenin yan sınai işletmenin birlikte veya ayrı olarak devrine veya satışına karar verebilmesi düzenlenmiştir. Mirasçılar arasında şirket kurulması halinde, tarımsal işletmeye ait sıkı şekilde bağlı olan yan sınai işletmenin de şirketin mal varlığına dahil edileceği öngörülmektedir⁴⁸.

Kanunun 8/H maddesi, Türk Medenî Kanunu'nun 667. maddesini kısmen karşılamaktadır. Çünkü, yan sınai işletme ile tarımsal işletmenin mülkiyetinin bir bütün olarak devrinde "gerçek değeri" nin esas alınması öngörüldüğü hâlde, Türk Medenî

⁴⁷ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 11.

⁴⁸ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 11.

Kanunu'nun söz konusu maddesinin ikinci fıkrasında tarımsal işletmenin "gelir değeri", yan sınaî işletmenin "sürüm değeri" ile özgülmesi öngörülmektedir⁴⁹.

J) İstisnalar ve Muafiyetler

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/I maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm "8/C maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereğince kurulacak limited şirketlerin tescil işlemi tamamlanıncaya kadar yapılacak işlemler harçlardan, bu işlemlerle ilgili düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden müstesnadır. - Türk Ticaret Kanununda yer alan limited şirket kurulmasına ilişkin sermaye ve diğer şartlar, 8/C maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereğince kurulacak limited şirketler için aranmaz. - Yeter geliri tarımsal arazilerin mülkiyetinin devri konusunda anlaşmaları durumunda mirasçılar, bu taşınmazların devri ile ilgili yapılacak işlemlere ilişkin harçlardan ve bu işlemlerle ilgili düzenlenecek kâğıtlara ilişkin damga vergisinden muafıdır." şeklinde düzenlenmiştir.

8/I maddesinde; şirketleşmeyi ve mirasçılar arasında anlaşma yapılmasını özendirmek amacıyla; tescil işlemi tamamlanıncaya kadar yapılacak işlemlerin harçlardan ve bu işlemlerle ilgili düzenlenecek kâğıtların damga vergisinden muaf olduğu, Türk Ticaret Kanununda yer alan şirket kurulmasına ilişkin sermaye ve diğer özel şartların kanun uyarınca kurulacak şirketler için aranmayacağı ve mirasçılar arasında işletme veya tarım arazilerinin mülkiyetinin devri konusunda anlaşmaları durumunda, bu taşınmazların devri ile ilgili yapılacak işlemlere ilişkin harçlar ile bu işlemlerle ilgili düzenlenecek kâğıtlara ilişkin damga vergisinden muaf olması hususu düzenlenmiştir⁵⁰.

K) Önalım Hakkı

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/İ maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, "8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı

⁴⁹ Paylar oluşurken terekede yer alan malların ve hakların değerlerinin belirlenmesi şarttır. TMK m. 657, taşınmazların paylaşma sırasındaki gerçek değerlerin esas alınacağını belirtir. Ancak kanun bu duruma hemen takip eden fıkralarda istisnalar getirmiştir. 657/2 ye göre, bu değer tarımsal taşınmazlarda gelir değeri, diğer taşınmazlarda ise sürüm değerini baz almıştır. Paylaşım sırasındaki değer göz önünde bulundurulması sadece taşınmazlar için değil, terekedeki tüm unsurlar için geçerlidir. Zaten mirasçılar değer üzerinde anlaşılırsa sorun kalmaz. Anlaşma olmaz ise sulh hakimi değeri belirler. Bu düzenlemeden anlaşılın artık tarımsal araziler gelir değerine göre değil, paylaşımın yapıldığı zamandaki gerçek değerine göre özgülmesi istenmektedir. Fakat buradaki asıl sorun şudur: Özgülemenin hangi değer baz alınarak yapılırsa yapılsın, 8/H maddenin gerekçesinde belirtilen endişelere mahal bulunmamaktadır. Çünkü gerekçede bu değışikliklerin amacı, özgüleme yapılan mirasçının ölmesi halinde yine miras paylaşım konusunda uyumsuzluklar çıkacağı ve yıllar süren davaların olacağı endişesidir. Halbuki özgüleme ile birlikte yukarıda belirttiğimiz gibi bir mirasın taksimi gerçekleşir ve mal özgülmesi o şeyin maliki konumuna geçer. Onun ölümü halinde ise miras konusunda bir sorun yaşanmayacaktır. Ölenin mirası kendi mirasçısına intikal edecektir.

⁵⁰ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 11; ayrıca bkz. EREN/BAŞPINAR, s. 160.

veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortaklar önalım hakkına sahiptir. - Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir. - Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir.

8/İ maddesinde; mirasçılar arasında aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulması halinde tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin bölünmesini önlemek amacıyla diğer ortaklara önalım hakkı getirilmiştir. Türk Medenî Kanununa göre önalım hakkına sahip ortakların bu haklarını kullanmaması halinde sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkı tanınarak arazilerin büyümesi hedeflenmiştir. Önalım hakkının kullanılması sırasında uygulamada herhangi bir sorun yaşanmaması için Türk Medenî Kanun hükümlerinin uygulanacağı hususu düzenlenmiştir⁵¹.

Kanun'un 8/İ maddesinde “8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan biri payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortakların önalım hakkına sahip olur.” hükmüne yer verilmişse de, bu düzenleme de, Türk Medenî Kanunu'nun aile malları ortaklığına ilişkin olup, Kanun'da yollamada bulunulan 376. maddesinin son fıkrası yanında, 377. maddesinin birinci fıkrası ve 385. maddesinin son fıkrası hükümleriyle çelişmektedir. Gerçekten, TMK m. 376/f.son'a göre: “Ortaklar, ortaklık devam ettiği süre-ce paylarını isteyemeyecekleri gibi, bu payları üzerinde tasarruf işlemleri de yapamazlar.” Ayrıca, Türk Medenî Kanununun 377. maddesinin birinci fıkrasına göre de: “Aile malları ortaklığı, tüm ortakların elbirliği ile yönetilir.” Türk Medenî Kanunu'nun 385. maddesinin son fıkrasına göre de: “Ortakların elbirliği ile işlettikleri ortaklığa ilişkin kurallar, kazanç paylı aile malları ortaklığında da uygulanır.”. Bu hükümler karşısında, aile malları ortaklığında herhangi bir mirasçı, ortaklık payını üçüncü kişilere devredemeyeceğine göre, diğer ortaklara önalım hakkı tanınmasının bir anlamı bulunmamaktadır.

L) Sona Erme ve Tasfiye

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/J maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, “8/C maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan aile malları ortaklığının, kazanç paylı aile malları ortaklığının veya limited şirketin; herhangi bir nedenle sona ermesi ve tasfiye olması hâlinde, bu ortaklıklara veya limited şirketlere ait tarımsal araziler,

⁵¹ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 11; Bkz. EREN/BAŞPINAR, s. 189.

yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında kalacak şekilde bölünemez.” şeklinde düzenleme getirmiştir.

8/J maddesinde; mirasçılar arasında kurulan aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı veya şirketin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, bahse konu tarımsal işletme veya arazilerin bölünemeyeceği hüküm altına alınarak, sona erme hallerinde bölünmenin önüne geçilmesi hedeflenmiştir⁵².

M) Tarımsal Arazi Edindirme İş ve İşlemleri

5403 sayılı Kanun'da daha önce yer almayan 8/J maddesi eklenmiştir. Bu yeni hüküm, “Bakanlık, yeter gelirli tarımsal arazileri ekonomik, ekolojik ve sosyal açıdan azami oranda verimli kılmak ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü artırmak için gerekli tedbirleri alır. Ayrıca; tarım arazilerinin değerinin tespiti, kredi temini, ortakçılık, yarıcılık, kiracılık işlerinin düzenlenmesi, kira bedellerinin tespiti ve üretime yönlendirilmesi, arz talep listelerinin oluşturulması, alıcı, satıcı ve kiracıların anlaşmaları konusunda doğrudan aracılık yapılması, bu alanda ilgili kamu idareleri ile yürütülecek politikalar konusunda iş birliği yapılması ve kredi işlemlerine teknik destek sağlanması gibi iş ve işlemleri yapar veya yaptırır. Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak, ihtiyaç duyulması hâlinde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün altındaki tarımsal arazileri yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğüne çıkarmak veya mülkiyetten kaynaklanan ihtilafları gidermek amacıyla kamulaştırma, alım ile satım işlemleri Bakanlığın talebi üzerine Maliye Bakanlığınca ilgili mevzuatına göre yerine getirilir. Kamulaştırma ve alım işlemleri gerektiğinde Hazineye ait taşınmazların trampası suretiyle de yapılabilir.” şeklinde düzenleme getirmiştir.

8/K maddesinde; Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının; tarımsal işletmeyi ekonomik, ekolojik ve sosyal açıdan azami oranda verimli kılmak, işletmelerin arazi büyüklüğünü artırmak için gerekli tedbirleri alacağı hususu düzenlenmiştir. Ayrıca, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının; tarım arazilerinin değerinin tespiti, kredi temini, ortakçılık, yarıcılık, kiracılık işlerinin düzenlenmesi, kira bedellerinin tespiti ve üretime yönlendirilmesi, arz talep listelerinin oluşturulması, alıcı, satıcı ve kiracıların anlaşmaları konusunda doğrudan aracılık yapılması, bu alanda ilgili kamu

⁵² Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 11; Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğin “Tarımsal faaliyetin sonlandırılması” başlıklı 13. Maddesi, “(1) Tarımsal arazi malikleri sahibi oldukları arazilerinin tamamını elden çıkarmak suretiyle tarımsal faaliyetine son verebilir. Arazi maliki, bu durumda arazilerinin tamamını aynı anda olmak şartı ile yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak amacıyla talepte bulunan birden fazla arazi malikine satabilir. Arazilerin tamamının alımı için istekli olmaması durumunda, malik bu durumu Bakanlık il veya ilçe müdürlüğüne yazılı olarak bildirir. Bakanlık, bu malike ait arazilerin en az % 50 sinden az olmamak şartı ile, mevcut arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak amacıyla talepte bulunan maliklere satışına izin verebilir. Satışı yapılmayan diğer tarımsal araziler ile ilgili olarak Kanunun 8/K maddesi hükümleri uygulanır.” şeklindeki düzenleme yer vermiştir.

idareleri ile yürütülecek politikalar konusunda işbirliği yapılması ve kredi işlemlerine teknik destek sağlanması gibi iş ve işlemleri yapacağı veya yaptıracığı hususu düzenlenmiştir. Kanunun uygulanması ile ilgili olarak, ihtiyaç duyulması halinde, asgari büyüklüğün altındaki tarımsal arazi ve işletmelerin asgari büyüklüklere çıkarılması veya mülkiyetten kaynaklanan ihtilafların giderilmesi amacıyla kamulaştırma, alım ve satım işlemlerinin Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının talebi üzerine Maliye Bakanlığı tarafından ilgili mevzuata göre yerine getirileceği düzenlenmiştir. Kamulaştırma ve alım işlemlerinin gerektiğinde Hazineye ait taşınmazların mal değişim sözleşmesi suretiyle de yapılabileceği hususu da maddede düzenlenmiştir⁵³.

V. 5403 sayılı Kanun'da Yapılan Diğer Değişiklikler ve TMK'ndan Kaldırılan Hükümler

“Tarım arazilerinin amaç dışı kullanımı” başlığını taşıyan 5403 sayılı Kanun'un 13/f.son'da göre, “Tarım arazilerinin korunması ve amaç dışı kullanımına dair uygulamaların usûl ve esasları yönetmelikle düzenlenir.” hükmü yer almaktadır. 5403 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin altıncı fıkrasında ve “Tarımsal potansiyeli yüksek büyük ovaların belirlenmesi ve korunması” başlığını taşıyan 14/f.son'da “Büyük ova koruma alanlarının belirlenmesi ve korunmasına ilişkin usûl ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.” Hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükümlerde yürürlükten kalkan maddede yer alan “tüzükle” ibareleri “yönetmelikle” şeklinde değiştirilmiştir⁵⁴.

Ayrıca belirtelim ki, 5403 sayılı Kanunun “Arazi toplulaştırması ve dağıtımı” başlıklı 17 nci maddesinin altıncı ve dokuzuncu fıkraları da değişikliği uğramıştır. Söz konusu maddenin 6. fıkrası değişikliğe uğramadan önce, “*Bakanlık, yeter büyüklükte olmayan tarımsal arazi parsellerini gerektiğinde toplulaştırma ve bu Kanun kapsamında değerlendirmek üzere kamulaştırabilir. Topplulaştırma uygulamalarında, tahsisli araziler ile birlikte bu araziler kullanılarak yeter büyüklükte yeni parseller oluşturulur ve bu parseller; arazisi kamulaştırılan veya yeter büyüklükte tarım arazisi olmayan yöre çiftçilerine öncelikli olmak üzere rayiç bedeli üzerinden ve Bakanlıkça belirlenecek usûl ve esaslara göre Maliye Bakanlığı tarafından doğrudan satılır. Bu amaçla yapılan kamulaştırma ve satımlara konu olan işlemler ve düzenlenen kâğıtlar Katma Değer Vergisi hariç her türlü vergi, resim, harç ve katkı payından müstesnadır.*” şeklindeydi.

Bu hüküm değişikliğe uğradıktan sonra, “*Bakanlık, gerekli hâllerde asgari tarımsal arazi büyüklüğünün altındaki tarımsal arazileri toplulaştırabilir veya bu Kanun*

⁵³ Madde gerekçeleri, m. 5 gerekçesi, s. 12.

⁵⁴ 5403 sayılı Kanunun 13 üncü ve 14 üncü maddelerinin son fıkralarında yer alan “tüzükle” ibaresi yerine “yönetmelikle” ibaresi getirilerek tüzüklerin yürürlüğe girmesi için geçirilen sürecin uzun olması ve günün ihtiyaçlarına göre düzenleme yapılması konusunda, yönetmelik ile düzenleme yapılmasının Kanunun uygulamasında daha işlevsel olacağı düşünülmektedir. Madde gerekçeleri, 6. Madde gerekçesi, s. 12.

kapsamında değerlendirmek üzere kamulaştırabilir. Toplulaştırma uygulamalarında, tahsisli araziler asgari tarımsal arazi büyüklüğünün altındaki araziler ile birleştirilerek asgari büyüklükte yeni tarımsal araziler oluşturulabilir. Bu suretle oluşturulan araziler; öncelikle toplulaştırma veya kamulaştırma konusu olan arazi maliklerine, bu kişiler satın almadığı takdirde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünde tarım arazisi bulunmayan yöre çiftçilerine rayiç bedeli üzerinden Bakanlığın talebi üzerine Maliye Bakanlığınca ilgili mevzuatına göre doğrudan satılır. Bu amaçla yapılan kamulaştırma ve satımlara konu olan işlemler harçlardan, bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden müstesnadır.” Şeklini almıştır.

5403 sayılı Kanun'un 17. Maddesinin 9. fıkrası değiştirilmeden önce, “*Toplulaştırma çalışmaları ile ilgili usul ve esaslar tüzükle düzenlenir.*” şeklindeydi. Hüküm değişikliğe uğradıktan sonra ise, “*Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.*” şeklini almıştır.

6537 sayılı Kanun ile yapılan bu değişiklikler nazara alındığında, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanununun 3 üncü maddesinin (h) bendinde yer alan “Yeter büyüklükte tarımsal arazi parseli” tanımı yerine “Asgari tarımsal arazi büyüklüğü” tanımının getirilmesi nedeniyle Kanununun 17 nci maddesinin altıncı fıkrasındaki “yeter” ibareleri yerine “asgari” ibareleri getirilmiştir. Ayrıca; toplulaştırma uygulamalarında, küçük tarım arazileri ile tahsisli arazilerin birleştirilmesiyle oluşturulan arazilerin; öncelikle arazileri toplulaştırma veya kamulaştırma konusu olan arazi maliklerine, bu kişiler satın almadığı takdirde, asgari büyüklükte tarım arazisi bulunmayan yöre çiftçilerine rayiç bedeli üzerinden Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının talebi üzerine Maliye Bakanlığı tarafından ilgili mevzuatına göre satılması hususu düzenlenmiştir. Maddenin dokuzuncu fıkrasında, uygulamaya ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılan yönetmelik ile belirleneceği hususu düzenlenmiştir⁵⁵.

6537 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile 5403 sayılı Kanun'a geçici 5. Madde eklenmiştir. Buna göre, “Bu maddenin yayımı tarihinde mirasçılar arasında henüz paylaşımı yapılmamış tarımsal arazilerin devir işlemleri, bu maddeyi ihdas eden Kanundan önceki kanun hükümlerine göre tamamlanır. - Bu maddenin yayımı tarihinden önce tarımsal arazilerin paylaşımına ilişkin olarak açılmış ve hâlen devam etmekte olan davalarda, bu maddeyi ihdas eden Kanundan önceki kanun hükümleri uygulanır. - Bu maddenin yayımı tarihinden itibaren iki yıl içinde birinci fıkraya göre yapılacak devir işlemleri harçlardan müstesnadır. Bu süre Bakanlar Kurulu tarafından iki yıl uzatılabilir.” düzenlemesi getirilmiştir.

6537 sayılı Kanun ile yapılan bu değişiklikler nazara alındığında, ülkemizde özellikle tarım arazilerinde mirasçılar tarafından intikal işlemlerinin yapılmasına ye-

⁵⁵ Madde gerekçeleri, 7. madde gerekçesi, s. 12. Ayrıntılı bilgi için bkz. **EREN/BAŞPINAR**, s. 160.

teri kadar önem verilmemekte, bu durum sonraki nesillerde mülkiyet sorunlarına neden olmaktadır. Geçici 5 inci maddenin birinci fıkrası ile Kanunun yayımı tarihinden önce mirasçılar arasında paylaşımı yapılmamış tarımsal işletmelere ait tarımsal arazilerin intikallerinde önceki mevzuat hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrası ile Kanunun yayımı tarihinden önce tarımsal işletmelerin paylaşımına ilişkin açılmış ve halen devam etmekte olan davalarda da önceki mevzuat hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Maddenin üçüncü fıkrası ile intikal işlemlerinin hızla yapılmasının özendirilmesi amacı ile geçici 5 inci madde kapsamında yapılacak intikal işlemlerinin iki yıl içerisinde yapılması halinde harçlardan muaf olması hususu düzenlenmiştir⁵⁶.

6537 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre, "22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 659 uncu, 660 ıncı, 661 inci, 662 nci, 663 üncü, 664 üncü, 665 inci, 666 ncı, 667 nci ve 668 inci maddeleri ile 22/11/1984 tarihli ve 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanununun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır." hükmü getirilmiştir.

Buna göre, Türk Medeni Kanununun "Bölünme" başlıklı 656 ncı maddesinde yer alan "Taşınmazların bölünmelerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır" hükmünden hareketle 5403 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemelerin yürürlüğe girmesi ile 659 uncu, 660 ıncı, 661 inci, 662 nci, 663 üncü, 664 üncü, 665 inci 666 ncı, 667 nci ve 668 inci maddelerinin uygulanma imkanı kalmadığından yürürlükten kaldırılması öngörülmüştür⁵⁷.

TMK m. 657 nci maddenin birinci fıkrasında; taşınmazların paylaşmanın yapıldığı zamandaki gerçek değerleri esas alınarak mirasçılara özgüleneceği, ikinci fıkrasında da tarımsal taşınmazların gelir değerine, diğer taşınmazların sürüm değerine göre özgüleneceği hükme bağlanmıştır. 5403 sayılı Kanundaki düzenlemelerle yapılmak istenen tarımsal taşınmazlarda özgüleme değil, devir sisteminin getirilmesi ve uygulamanın bu yönde oluşmasıdır. Zira özgüleme ile tarımsal taşınmaz bir mirasçıya verilmekte, ancak kendine özgüleme yapılan mirasçının ölümü halinde, yine miras paylaşımı konusunda uyuşmazlıklar çıkmakta ve yıllar süren davalara konu

⁵⁶ Madde gerekçeleri, 8. madde gerekçesi, s. 12.

⁵⁷ 6537 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yürürlükten kaldırılan hükümler belirtilmektedir. Ancak kanunun gerekçesinde bu durum 11. Madde gerekçesi olarak açıklanmaktadır. Bu bakımdan kanun ile gerekçe arasında uyumsuzluk mevcuttur. 9. Madde gerekçesinde ise, "5403 sayılı Kanunda yapılan değişikliklere paralel olarak 4721 sayılı Kanunun 233 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "özgüleme" ibaresi "devir" şeklinde değiştirilmiştir." şeklinde bir açıklama yer almakta ancak 6537 sayılı Kanun'un Resmi Gazete'de yayımlanan metninde böyle bir değişiklikten bahsedilmemektedir. Yani kanunda olmayan bir ifade gerekçe de mevcuttu gibi verilmektedir. Bu da önemli bir çelişki ve eksiklik olarak değerlendirilebilir. Bu çelişkilerin nedeni hükümetin teklif ettiği metinlerin komisyonlardan geçerken değişikliğe uğraması fakat gerekçenin kanunun son haline uygun hale getirilmemesidir.

olmaktadır. Bir yandan yıllar süren davaların kısa sürede sonuca ulaşması, diğer yandan da tarım arazilerinin ehil kişilerin elinde değerlendirilerek tarımsal verimliliğin artırılması hedeflenmektedir⁵⁸.

Tarım arazilerinin miras yolu ile bölünmesi ülkemiz tarımındaki en büyük sorunlardan birisidir. Bu sorun bugüne kadar ağırlaşarak devam etmiş olup hazırlanan bu değişiklik ve yenilikler ile sorunun çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Ancak tarım arazilerindeki hem bugüne kadar birikmiş olan mülkiyet sorunlarının çözümü hem de bundan sonra miras yolu ile çıkabilecek mülkiyet sorunlarının çözümü Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına büyük bir iş yükü getirecektir. Bu iş yükünü karşılamak ve Kanun uygulamalarını gerçekleştirmek amacı ile Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığında yeni kadrolara ihtiyaç bulunmaktadır⁵⁹.

SONUÇ

6537 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan Türk Medenî Kanununun 659 ilâ 668. maddelerinin karşılığını oluşturan İsviçre Medenî Kanununun 620 ilâ 625bis maddeleri de yürürlükten kaldırılmış ve bu hükümler, 4.10.1991 tarihli “Loi fédérale sur le droit foncier rural-Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht” (Tarımsal Taşınmaz Hukuku Hakkında Federal Kanun” da yeniden düzenlenmiştir. Bu Kanun, 96 maddeden oluşan geniş düzenlemelerin yer aldığı bir kanundur. Türk hukukunda konuya ilişkin İsviçre’deki gibi geniş kapsamlı bir kanun mevcut bulunmamaktadır. Ortaya çıkan problemleri çözmeye yetersiz kalan 5403 sayılı Kanun ile birde miras hukukunun bu hususa ilişkin hükümlerinin kaldırılması çok daha büyük problem ve boşlukları beraberinde getirecektir.

6537 sayılı kanun ile getirilen bazı düzenlemelerin anayasal temel haklardan olan mülkiyet hakkının özünü zedeleyici niteliktedir. 6537 sayılı Kanun’un amacı, asla tarımsal işletmelerin mirasçılar arasında nasıl paylaşılacağını düzenleyen Türk Medenî Kanununun 659 ilâ 668. maddelerini yürürlükten kaldırmak olmamalıydı. 5403 sayılı Kanunda, miras hukuku yönünden, tarımsal taşınmazların miras yoluyla paylaşılması sırasında, bir tarımsal işletmenin ekonomiye ve onu işletecek mirasçıya katkısını ortadan kaldıracak veya azaltacak biçimde bölünmesini önleyici hükümlere yer verilmekle yetinilmelidir. Zaten, bu amaçla, 5403 sayılı Kanunun 31.1.2007 tarihli ve 5578 sayılı Kanunla değiştirilen 8. maddesinin üçüncü ve sonuncu fıkralarına hükümler konulmuştur. O halde kanaatimizce, TMK’nun bazı özellikli mallar için özel taksim kuralı öngörmesi “miras hukukunda eşitlik ilkesini” ortadan kaldırmamaktaydı. Bu nedenle miras hukuku hükümlerinin yürürlükten kaldırılması yerinde olmamıştır. Miras hukuku yönünden, tarımsal taşınmazların bölünmesini sınırlayan

⁵⁸ Madde gerekçeleri, 10. madde gerekçesi, s. 13.

⁵⁹ Madde gerekçeleri, 12. madde gerekçesi, s. 13.

söz konusu düzenleme varken, 6537 sayılı Kanun ile, mirasın nasıl paylaşılması gerektiğine ilişkin düzenlemelerin yerinin, Türk Medenî Kanunu olması gerektiğine ilişkin temel ilkenin göz ardı edildiği ve bu sınırın aşıldığı söylenebilir.

Türk Medenî Kanunu'nda özgüleme, tereke mallarının bölünemediği veya bölünmesinin istenmediği durumlarda, elbirliği mülkiyetinin sona erdirilip bireysel (ferdî) mülkiyete geçişi ifade etmek üzere kullanılmış bir terimdir. Çünkü, burada teknik anlamda bir devir söz konusu olmayıp, elbirliği mülkiyetinin veya paylaşma konusu malın bölünemediği veya bölünmesi istenmediği için, mirasçılardan birine verilmesi söz konusudur. Nitekim, bunu ifade etmek üzere, “devir” değil, önceki Medenî Kanunumuzda “tahsis”, yürürlükteki Medenî Kanunumuzda ise, “özüleme” terimleri kullanılmıştır. Bu terimler, kaynak İsviçre Medenî Kanununun Fransızca metninde “*attribution*”, Almanca metninde de “*zuweisung*” şeklindedir.

Özüleme (tahsis) demek, hangi payın veya hangi malın hangi mirasçıya verileceğini belirlemektir. Diğer bir ifadeyle paylaşmada son aşama oluşturulan payların mirasçılara özülenmesi, yani hangi mal veya hak grubunun hangi mirasçıya gideceğinin belirlenmesidir. Miras paylarının “tahsisi” denilmekle kastedilen budur. Miras payının oluşturulması (teşkili) ve özülenmesi (tahsisi), mirasın paylaşılmasını tamamlayıcı işlemler değil, paylaştırmayı hazırlayıcı işlemlerdir. Paylaşım, oluşturulan payın veya malın alınmasıdır⁶⁰. Mirasın paylaşılmasının ilk aşamasında tereke unsurları her bir mirasçının miras payına göre oluşturulacak gruplar hâlinde toplanır ve daha sonraki aşamada ise, bu gruplardaki malların hangi mirasçıya verileceği belirlenir. İlk aşamaya, “*payların oluşturulması*”, ikincisine “*payların özülenmesi (tahsisi)*” denilir. Türk Medenî Kanununun 650. maddesindeki düzenleme de buna uygundur. Kanunda aranan şartlar mevcut ise tarımsal işletmenin mirasçılardan birine özülenmesine (tahsisine) karar verilir. “Tahsis (özüleme) kararı mirasın taksimi niteliğindedir”.

Belirtelim ki, bir yandan “özüleme” sistemi yerine, “devir sistemi”nin ikame edilmesi amacıyla yapılan değişikliklerin kaynağı ve yerindeligi, kanaatimizce tartışılabilir. Genel gerekçe de “*tarımsal özel miras hukukunun başlıca iki sistemi olarak işletmenin tek bir mirasçıya verilmesi ya da mirasçılardan birine özülenmesi biçimlerinden bahsedilebilir*”⁶¹ şeklindeki yaklaşım isabetli değildir. Zira TMK'da bu hususta tek bir sistem vardır o da “özüleme sistem”dir. Ayrıca genel gerekçede belirtilen ve miras hukuku sistemimizin “tek mirasçıya geçişe” uygun olmadığı tespiti de isabetli bir yaklaşım değildir. Genel gerekçenin son paragrafındaki “...Türk Medeni Kanunumuzda kabul edilen “tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin mirasçılardan birine özülenmesi” sistemi yerine “tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin mülkiyetinin

⁶⁰ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, B. 2, İstanbul 1978, s. 709 -710; Karş. DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, Miras Hukuku, B. 4, İstanbul 2009, s. 473-477.

⁶¹ Genel gerekçe, s. 6.

tek bir mirasçıya devredilmesi” sisteminin kabul edilmesinin daha uygun olacağı düşünüldükçe bu tasarı hazırlanmıştır.” şeklindeki ifade mevcut miras hukuku hükümleri ile bağdaşmamaktadır. Çünkü tarımsal işletme bir mirasçıya özgülenirse, o mirasçı zaten özgülenen şeyin maliki konumuna geçer. Özgüleme kararı mirasın taksimi anlamına gelir.

KAYNAKÇA

CİN, Halil, Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 1979.

CİN, Halil, Medeni Kanun ve Toprak-Tarım Reformu Kanunu Açısından Tarım İşletmelerinin Tahsis Şartları, A.Ü.H.F. 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977.

DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, Miras Hukuku, B. 4, İstanbul 2009.

EREN, Fikret/BAŞPINAR, Veysel, Toprak Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014.

İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 1989.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, B. 2, İstanbul 1978.

OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1995, s. 327.

OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S., Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Basıdan 16. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2013.

ZEVKLİLER, Aydın, Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi, Ankara 1970.

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA DELİL SİSTEMİ

Serdar KALE*, Salih KESER**

I. Genel olarak

Medeni yargılama hukuku, uyuşmazlık çözüm yöntemlerini ve bu konuda en klasik çözüm yöntemi olan mahkemelerin işleyişi ile mahkeme ve taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuk dalıdır¹.

Medeni yargılama hukukunun amacı doktrinde tartışılmış ve farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir görüşe göre medeni yargılamanın amacı “gerçeğe ulaşmaktır”^{2,3}. Bir

* Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi

** Öğr. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Öğretim Görevlisi

¹ Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Basım, Ankara: Yetkin Basımevi, 2013, s. 56; Abdurrahim Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. Basım, İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2012, s. 59.

² Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979, s. 86 vd. ; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 58; Erdal Tercan, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı**, Ankara: Yetkin Basımevi, 2001, s. 41; Murat Yavaş, **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları**, Ankara: Türhan Kitapevi, 2009, s. 61.

Medeni yargılamanın amacı “gerçeklik temeline dayalı olarak hakkın tanınması ve tespiti” olarak da tanımlanmaktadır. Bk. Hans Friedhelm Gaul, “Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu”, Nevhis Deren-Yıldırım (çev.), **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Basım, Kamil Yıldırım (drl.), İstanbul: Beta Basım, 2012, s. 93; Kamil Yıldırım, “Kitap İncelemesi (Avrupa İspat Hukuk Tablosu)”, **Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, İstanbul: Beta Basım, 2006, s. 797; Nevhis Deren-Yıldırım, “Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler”, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI**, İzmir-Çeşme, 19–20 Ekim 2007, s. 7.

³ Ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulma amacıyla olmasına karşılık medeni yargılamanın şekli (biçimsel) gerçeği tespitle yetindiğine ilişkin bk. Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul: Beta Basım, 2013, s. 7; Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Basım, İstanbul: Beta Basım, 2010, s. 27, 28; Timuçin Muşul, **Medeni Usul Hukuku**, 3. Basım, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 321. Bu görüşün eleştirisi için bk. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 58 vd. ; Ejder Yılmaz, **Medeni Yargılama Hukukunda İslah**, 2. Basım, Ankara: Yetkin Basımevi, 2010, s. 33.

başka görüşe göre medeni yargılamanın amacı adaletli karar vermektir⁴. Daha sonraları gelişen sosyolojik ve hukuksal ihtiyaçlar sebebiyle medeni yargılamanın tek bir amacının değil, birden fazla amacının olduğu görüşü doktrinde kabul edilmeye başlanmıştır⁵. Bunu esas alan bir görüşe göre medeni yargılamanın amacı hakların korunması, tespiti ve gerçekleştirilmesine hizmet etmektir⁶. Aynı yönde olan bir başka görüşe göre medeni yargılamanın amacı hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hem de toplum içinde hukuksal barışın korunması, kişilerin hukuksal güvenliğinin sağlanmasıdır⁷. Diğer bir görüşe göre medeni yargılamanın başta gelen amacı sübjektif hakları korumak ve gerçekleştirmektir⁸. Bu aynı zamanda medeni yargılamanın amaçları arasında sayılan⁹ objektif hukukun gelişmesini de sağlar¹⁰. Yine, hukuk barışı ve hukuk güvenliği de medeni yargılama hukukunun amaçları arasında sayılmaktadır¹¹.

Medeni yargılamanın temel amacı gerçeğe ulaşmak olsa da bu amaç her zaman gerçekleşmeyebilir¹². Maddi gerçek, gerçekte var olan gerçeklik olmasına rağmen adli gerçek, yapılan yargılama faaliyeti neticesinde ulaşılan gerçekliktir¹³. Medeni yargılama hukukunda kural olarak “dava malzemesinin taraflarca getirilmesi” ilkesi kabul edilmiştir¹⁴. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin¹⁵ içeriğini iki husus oluşturur: Taraflarca ileri sürülmüş vakıalar ve tarafların sorumluluğunda olan delil

⁴ Yılmaz, Islah, s. 30. Bu görüşün eleştirisi için bk. Karşı, s. 60, 61.

⁵ Medeni yargılamanın tek bir amacı olduğunu benimsetecek güçlü nedenler bulunmadığına ilişkin bk. Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara: Yetkin Basımevi, 2009, s. 6. Ayrıca bk. Tolga Akkaya, **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Ankara: Yetkin Basımevi, 2009, s. 66.

⁶ Sema Taşpınar, “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, **Av. Dr. Faruk Erem Armağanı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1999, s. 786; Sema Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Ankara: Yetkin Basımevi, 2001, s. 105.

⁷ Cenk Akil, **İstinaf Kavramı**, Ankara: Yetkin Basımevi, 2010, s. 34.

⁸ Karşı, s. 60; Ömer Ulukapı, **Medeni Usul Hukuku**, Konya: Mimoza Yayınları, 2014, s. 6; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 57. Burada şu hususu belirtmek gerekir ki Pekcanitez/Atalay/Özekes, tüm yargılama hukuklarının amacını maddi gerçeği tespit etmek şeklinde ifade ederler ve özelde medeni yargılamanın başta gelen amacını da “sübjektif hakları korumak ve gerçekleştirmek” olarak belirtirler. Bk. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 59.

⁹ Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Basım, İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000, s. 15.

¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 58.

¹¹ Deren-Yıldırım, **Düşünceler**, s. 6; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.58; Üstündağ, s. 12 vd.

¹² Bu durum ihtimali medeni yargılamanın amacını etkilemez. Bk. Yavuz Alangoya/ Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul: Beta Basım, 2011, s. 7.

¹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 58.

¹⁴ Eğer bir davada “dava malzemelerinin toplanması yetkisi taraflara tanınmış ise taraflarca getirilme ilkesi, bu yetki hâkime tanınmışsa yani hâkim dava malzemesini teşkil eden vakıaları ve delilleri kendisi, görevinden ötürü toplayabiliyorsa araştırma ilkesi (soruşturma ilkesi) kabul edilmiş demektir”. Bk. Alangoya, İlkeler, s. 3.

¹⁵ Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin medeni yargılamanın amacı ile olan ilişkisi açısından bk. Yavaş, s. 61 dn. 283, 65 vd.

ikamesi¹⁶. Tüm bunların neticesinde de hâkim, taraflarca ileri sürülmüş olan vakıa ve delilleri esas alarak karar verecektir¹⁷. Eğer taraflar etkin bir rol oynayıp çekişmeli vakıaları ispata elverişli nitelikteki ispat aracı olan delilleri ileri sürmezlerse hâkim, ileri sürülmüş olan vakıa ve delillere (dava malzemelerine) göre karar vereceğinden adli gerçek ile maddi gerçek birbirinden farklı olabilecektir. Ancak “*dış âlemden gerçekleşen maddi gerçek dava sırasında hâkimin vicdanında oluşturulacak kanaatle adli gerçeğe dönüştürülecektir*”¹⁸. Bu sebeplerden dolayı ispat müessesesinin yargılama hukukundaki yeri çok önemlidir.

İspat, “taraflarca iddia edilen talebin dayandığı hukuk kuralının koşul vakıalarının somut olarak, iddia edildiği gibi gerçekleştiği konusunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma faaliyetidir”¹⁹. Bir başka tanıma göre ispat, “davacının talep sonucunu dayandırdığı olayı oluşturan vakıaların, bu sonucu sağlayacak hukuk normunun soyut unsur vakıalarını karşılayıp karşılamadığının tespiti”²⁰ faaliyetidir. Burada ispat olarak tanımlanan asıl ispattır. Bunun dışında karşı ispat ve aksini ispat da vardır. Tüm bunları içine alacak ispat kavramı ise şu şekilde tanımlanabilir: “İspat, bir olayın veya hukuksal durumun varlığı veya yokluğu hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için girişilen inandırma eylemidir”²¹. İspatın konusunu ise tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir. Herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz (HMK m.187). Buna göre, taraflar, ispatın konusunu oluşturan çekişmeli vakıaları ispat edecektir. İspat faaliyeti ise deliller vasıtasıyla olacaktır. Yani ispat araçları (vasıtaları) delillerdir²². Tüm bunların sonucu olarak; delillerin konusunu da çekişmeli vakıalar oluşturur²³. Delil ise, “ispat faaliyetinde kullanılan ve dava öncesi, mahkeme dışında gerçekleşmiş olan

¹⁶ Ekkehard Becker-Eberhad, “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları”, **İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Basım, Kamil Yıldırım (drl. ve çev.) İstanbul: Beta Basım, 2012, s. 23.

¹⁷ Ceza yargılamasında kabul gören şüpheden sanık yararlanır ilkesi medeni yargılamada kabul edilmiş değildir. Hâkim, elinde bulunan dava malzemelerini esas alarak karar vereceğinden ihtilaf ispatlanmamış olsa bile, en nihayetinde, ispat yükü üzerine düşen taraf aleyhinde hüküm verecektir.

¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 644.

¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 643. Benzer tanım için bk. Bilge Umar/ Ejder Yılmaz, **İspat Yükü**, İstanbul: Kazancı Yayın, 1980, s. 2; Ahmet Başözen, **Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 12.

²⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Usul, s. 293.

²¹ Bk. Umar/Ejder, s. 2 dn. 5.

²² Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK’na göre yeniden yazılmış 23. Basım, Ankara: Yetkin Basımevi, 2012, s. 358; Konuralp, Zorlanan Sınırlar, s. 8.

²³ Kuru/Arslan/Yılmaz, HMK Ders Kitabı, s. 358.

vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve çekişmeli vakıayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan inandırma araçlarıdır”^{24, 25}.

Bir hukuk sisteminde ispat aracı olan delillerin türlerini tespit açısından kabul edilen iki sistem bulunmaktadır: Katı (sıkı) delil sistemi ve serbest delil sistemi²⁶. Katı delil sisteminde kanunda belirtilmiş olan delil türleri dışında başka bir delil ispat aracı olarak kabul edilmemektedir²⁷. Serbest delil sisteminde ise, diğer şartların varlığı halinde, her delil ispat aracı olarak kabul edilebilecektir²⁸. Katı delil sisteminin kabul edildiği hukuk sistemine örnek olarak Alman Hukuku verilebilir. Alman Hukukunda beş tür delil haricinde hiçbir şey ispat aracı olarak kabul edilmemiştir. Beş tür delil ise şunlardır: Bilirkişi, keşif, isticvap, tanık ve senet²⁹. Serbest delil sisteminin geçerli olduğu hukuk sistemine örnek olarak Türk Hukuku verilebilir. Şu nokta önemlidir ki; kanunumuzda bazı delillerin sayılması, hukukumuzda katı delil sisteminin kabul edildiği anlamına gelmez. Çünkü HMK m. 192, Türk Hukukunda serbest delil sisteminin kabul edilmiş olduğunu “kanununda düzenlenmemiş deliller” başlığı ile açıkça hüküm altına almıştır³⁰.

Yukarıda yapmış olduğumuz sınıflandırma dışında hâkimin delilleri değerlendirmesi noktasında yapılan bir sınıflandırma daha mevcuttur. Bu sınıflandırmada

²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 689. Burada bir hususun altını çizmek gerekir ki; emare ispatının hukuki niteliğinin ispat türü değil de ispat aracı olarak kabul edilmesi halinde, ispat araçları sadece delillerden ibaret olmayıp karine, emare gibi başkaca unsurlar da ispat faaliyetinde kullanılan diğer (delil dışında) ispat araçları olacaktır. Karine ve emarenin delil dışında diğer ispat araçları olduğu yönünde bk. Mustafa Göksu, **Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 28; Konuralp, Zorlanan Sınırlar, s. 29.

²⁵ Delil, uyumsuzluk konusu olan dava öncesi vakia ile hâkim arasında bir ayna fonksiyonu üstlenecektir; geçmişte gerçekleşmiş bir vakianın fotoğrafı olarak canlandırılmasını, temsil edilmesini sağlayacaktır. Yani delilin temsili niteliğinden bahsedilir. Bu yaklaşım itibarıyla senet ve tanık dar anlamda delil olarak nitelendirilir. Bilirkişilikte vakianın temsil edilmesi gibi bir durum söz konusu olmayıp çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde hâkim, bilirkişiden oy ya da görüş istemektedir. Keşifte de durum farksızdır; çünkü hâkim keşif ile uyumsuzluk konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmaktadır. İkrarın ise delil olmayıp vakıaları çekişmesiz yapan bir usul işlemi olduğu kabul edilmektedir. Kesin hükmün kesin delil olarak kabulünde de temsili olma özelliği yoktur. Bu kabul ise hukuki istikrarı ve güveni sağlamaya yöneliktir. Bk. Konuralp, Zorlanan Sınırlar, s. 8–12; Oğuz Atalay, “Emare İspatı”, **Manisa Barosu Dergisi**, S. 70, Yıl 18 (Temmuz–Ekim 1999), s. 7–8.

²⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 712; Hakan Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Ankara: Yetkin Basımevi, 2013, s. 110.

²⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 712; Albayrak, s. 110.

²⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 712; Albayrak, s. 110.

²⁹ Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul: Kazancı Kitap, 1990, s. 87; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 712; Albayrak, s. 108; Yavaş, s. 37. Bu delillerin içerikleriyle beraber açıklanması için bk. Yıldırım, *İnceleme*, s. 804 vd.

³⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 712. HMK m. 192: “(1) Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir.”

ikili bir sistem ayrımı söz konusudur: Delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemi ve kanuni delil sistemi³¹. Hâkim, ileri sürülebilen delillerin gerçeği temsil edip etmediğini tespit konusunda serbestiye sahipse, delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemi mevcuttur³². Ancak hâkim, ileri sürülebilen delilleri serbestçe değerlendiremiyor ve bunların gerçeği temsil ettiğini kabule mecbur bırakılıyorsa, kanuni delil sistemi mevcuttur³³. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi sisteminin kabul edildiği hukuk sistemine örnek olarak Alman Hukuku verilebilir. Alman Hukukunda hâkim ileri sürülebilen (beş delil türünden olan) delillerin vakıyıyı ispat edip etmediği noktasında delilleri serbestçe takdir edecektir³⁴. Türk Hukukunda ise karma bir sistem benimsenmiştir. Şöyle ki; kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir (HMK m. 198). Hâkim kanuni istisna olan kesin delillerin varlığı halinde artık bu delilleri serbestçe değerlendiremeyecek ve bu delillerin gerçeği temsil ettiğini, mecburen, kabul edecektir. Kesin deliller *HMK kapsamında*, şartların varlığı halinde, senet, yemin ve kesin hükümdür³⁵.

Delil sınıflandırma ve sistemlerine ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar hem HUMK hem de HMK dönemi için geçerlidir. Ancak bundan sonraki açıklamalar iki dönem için farklılık arz edebileceğinden konuyu ayrı başlıklar halinde açıklamakta fayda vardır. Bu açıklamalara geçmeden önce “senetle ispat kuralı” ifadesine değinmek gerekir³⁶. “Senetle ispat kuralı” yerine “kesin delille ispat kuralı” ifadesinin kullanılması teknik anlamda daha doğru bir kullanım olacaktır³⁷. Ancak kuralın uygulama alanının büyük bir kısmını senedin oluşturması sebebiyle kural “senetle ispat kuralı” şeklinde adlandırılmaktadır. Bu sebepten dolayı aslında yaptığımız bütün açıklamalar da buna göre şekillenmelidir.

I. HUMK dönemi

Delillerin değerlendirilmesi noktasında kabul edilen karma sistem yönünden açıklamalar HUMK dönemi için geçerlidir. Delillerin türlerini tespit açısından kabul edilen serbest delil sistemine ilişkin açıklamalar da HUMK dönemi için geçerli olmakla beraber bu konu, HUMK m. 367 özel hüküm sebepleri maddesinden dolayı açıklanmaya muhtaçtır.

³¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 712; Albayrak, s. 110.

³² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Usul, s. 296.

³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 712.

³⁴ Albayrak, s. 111, 300–301.

³⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 713; Albayrak, s. 111, 300–301.

³⁶ Senetle ispat kuralı yerine şahadetle ispat memnuiyeti (şahitle ispat yasağı) kullanılabilir ki bu durum bir hukuki fikrin ilkinde müspet ikincisinde menfi olarak ifade edilmesi demektir. Bk. İlhan E. Postacıoğlu, **Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, 2. Basım, İstanbul: Baha Matbaası, 1964, s. 5; Karşlı, s. 575.

³⁷ Yavaş, s. 113.

Yedinci kısımda “hususî esbabı hüküm” başlığı altında düzenlenen HUMK m. 367 şöyledir: “*Tahkikat hakimi, senetsiz ispatı caiz olan davalarda re’sen veya talep üzerine bu kanunda gösterilmemiş olan diğer hüküm sebeplerinin istima ve tetkikına da karar verebilir ve bu husus hakkında iki tarafı istima ettikten sonra tebeyyün edecek hale göre iktiza eden tedbirleri ittihaz eder*”³⁸.

HUMK’ta keşif konusunu sadece taşınmazlar oluşturduğundan HUMK’un keşif hükümleri “dar anlamda keşif” olarak adlandırılmaktaydı³⁹. Taşınmaz dışındaki şeylerin keşfi ise özel hüküm sebepleri olarak değerlendirilmekte ve buna da geniş anlamda keşif adı verilmekteydi⁴⁰. Kanunda düzenlenen keşif hükümlerinin de niteliğine aykırı düşmediği sürece özel hüküm sebeplerine uygulanacağı kabul edilmekteydi⁴¹. Keşif sadece taşınmazlar hakkında kabul edilmesinin, uygulamayı ve doktrini bu şekilde yönlendirdiği kabul edilebilir⁴².

Tüm bunların yanı sıra maddeye yüklenen anlam sadece bu değildi. Esas olarak maddenin konuluş gayesi delillerin sınırlı sayıda olmadığını tespitti⁴³. Ancak maddenin iktibasında farklı bir yazım şeklinin tercih edilmesi, maddenin esas işlevinin anlaşılmasını zorlaştırmıştır.

Konuralp’in belirttiği üzere:

“... 367 inci madde, Neuchatel Usul Kanunu’ndan iktibas edilmiş olmakla birlikte, mehzadan farklıdır. Neuchatel Usul Kanunu (CPCN) m. 309’a göre, hakim re’sen veya talep üzerine doğrudan doğruya kanun tarafından öngörülmemiş (tanınmamış) delillere de başvurabilir”⁴⁴.

³⁸ Hüküm şu şekilde sadeleştirilebilir: “*Hâkim, senetsiz ispatı caiz olan davalarda kendiliğinden (re’sen) veya talep üzerine HUMK’nda gösterilmemiş olan diğer hüküm sebeplerinin dinlenmesine ve incelenmesine de karar verebilir ve bu husus hakkında iki tarafı dinledikten sonra belirecek duruma göre gereken tedbirleri alır.*” Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III**, 6. Basım, İstanbul: Demir - Demir Yayıncılık, 2001, s. 2871.

³⁹ Kuru, C. III, s. 2828.

⁴⁰ Kuru, C. III, s. 2828.

⁴¹ Kuru, C. III, s. 2827; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Usul, s. 372.

⁴² Ses alma bantlarının keşif kapsamında mı yoksa özel hüküm sebepleri kapsamında mı değerlendirileceği tartışmalıdır. Bu sorun Yıldırım’a göre HUMK m. 367’ye hukukumuzun işlerlik kazandırılmamasından kaynaklanmaktadır. Çünkü Kıta Avrupa hukuk sistemlerinden farklı olarak hukukumuzda HUMK m. 367 ile birlikte serbest delil sistemi kabul edilmiş olup yeni bir delil malzemesi çıktığında bunu delil tiplerinden birine dâhil etme ihtiyacı da hukuk sistemimizde olmayacaktır. Bu bağlamda doktrinde ses alma bantlarının kanunda düzenlenmiş bir delil kapsamına sokulması gerektiği fikri ileri sürülmüştür. Bk. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 87; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 93.

⁴³ Göksu’nun belirttiği üzere, “*uygulamada ve doktrinde teyp bantları, fotokopi gibi delillerin “özel hüküm sebebi delili” olarak kabul edileceği ifade edilse de aslında “delil” sıfatı “özel hüküm sebebi” kavramına değil, doğrudan o araca aittir.*” Bk. Göksu, Elektronik Delil, s. 145.

⁴⁴ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 27. “*Neuchatel Usul Kanunu’nun yeni 218 inci maddesinin*

Netice olarak, HUMK m. 367 hükmünün mehzadan farklı olduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca HUMK m. 367’ de “senetsiz ispatı caiz olan davalar” ibaresi yer almaktadır. Bu ibare, iktibasın temel olarak İsviçre’nin Neuchatel Kantonu Usul Kanunu’ndan yapılmakla birlikte hukuki işlemlerin ispatı için öngörülen hükümlerin (senetle ve senede karşı senetle ispat kurallarının) Fransız Hukukundan alınması sebebiyle, senetle ve senede karşı senetle ispat kurallarının işlerliğinin korunması amacıyla maddeye konmuştur. Aksi takdirde senetle ispat kurallarının işlerliğinden bahsedilmezdi⁴⁵. Sonuç olarak HUMK sisteminde m. 367, kanundaki delillerin sınırlı sayıda olmadığını gösteren bir hüküm olarak kabul edilmekteydi⁴⁶. Ancak Konuralp, delillerin sınırlı sayıda olmadığını kabulünün, her şeyin delil olabileceği anlamına gelmediğini belirterek; bir delilin ispat aracı olarak kabul edilebilmesi için onun “caiz delil” olması gerektiğini belirtmektedir. Konuralp’e göre bir delilin caiz delil sayılabilmesi için her şeyden önce akli ve mantıki olması gerekir⁴⁷. Sonrasında ise kanunun belirli bir delil ile ispatını emrettiği durumun varlığı kontrol edilmelidir (HUMK m. 287 f. 1). Çünkü böyle bir durumun varlığı halinde sadece hükümde belirtilen deliller *caiz delil* olarak kabul edilebilecektir. Örneğin HUMK’a (aynı zamanda HMK’ya) göre senetle ispat kuralının işlerlik kazandığı bir alanda, ispat açısından tek *caiz delil* senettir⁴⁸. Bu bağlamda delillerin değerlendirilmesi ve caiz delil⁴⁹ (HUMK m. 240 - m. 287 f. 1) arasındaki ilişkiye değinmek gerekir. Bu iki kurum birbirinden farklı olup aralarında kural-istisna ilişkisi bulunmamaktadır⁵⁰. Şöyle ki, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu getirdiği alanda o delil dışındaki bütün deliller ispat gücünden yoksundur⁵¹. Bir delilin caiz delil olduğunun kabulü sonrasında o delilin değerlendirilmesi gündeme gelebilecektir. Bu noktada da kanunun (geniş manada) hâkimi bağlayıcı kılıp kılmadığına; başka bir deyişle, hâkimin ileri

ikinci fıkrasında yer alan düzenleme ile, eski Kanunun 309 uncu maddesinin düzenleme alanı doldurulmuş ve aslında önceki biçimi ile de genel bir hüküm niteliğinde bulunan bu konu, yapılan değişiklikle bu kez duraksamaya yol açmayacak bir biçimde, genel hükümler arasında düzenlenmiş; ancak yeni metinde “her türlü delil (ispat aracı)” (tous les moyens de preuve) ifadesi yerine, “diğer deliller (ispat araçları)” (autres moyens de preuve) ifadesi kullanılmıştır.” Bk. Konuralp, Zorlanan Sınırlar, s. 36, 37.

⁴⁵ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 27.

⁴⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Usul, s. 372; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 27; Konuralp, Zorlanan Sınırlar, s. 36, 37; Üstündağ, s. 614. Yıldırım’a göre “bu hüküm maddi hakikatin bulunması için Kanundaki can yeleğidir, sıkı ispat istisnasıdır”. Bk. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 89.

⁴⁷ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 28.

⁴⁸ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 27; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 713.

⁴⁹ HUMK m. 287 f. 1: “Kanunun muayyen bir delil ile ispatını emrelediği hususlar başka suretle ispat olunamaz.” Bu hüküm Konuralp tarafından caiz delili düzenleyen hüküm olarak ele alınmaktadır. Nitekim HMK bu durumu kabul eden bir düzenleme yapmıştır. Bu konuya bir sonraki başlıkta değinilecektir.

⁵⁰ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 24.

⁵¹ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 24.

sürülebilir delilleri değerlendirip değerlendiremediğine ve bunların gerçeği temsil ettiğini kabule mecbur bırakılıp bırakılmadığına (delile kesin delil niteliği tanınıp tanınmadığına) bakılacaktır.

Konuralp'in ifade ettiği üzere:

“Gerçekten bir delilin caiz olup olmaması ile onun nasıl takdir edileceği ayrı konulardır. İspatın kanuni bir esasa bağlanmadığı durumlarda da delilin bağlayıcılığı söz konusu olabilir. Aslında senetle ispat zorunluluğu olmayan bir alacağın (örneğin 5000 liranın altındaki bir hukuki işlemde doğan alacağın) ispatı için bir senet düzenlenmişse, bu delil mahkemeye sunulduğunda hâkim bununla bağlı olacaktır. Çünkü Kanun senede, hâkimi bağlayıcı bir ispat gücü tanımıştır. Bu örnekte de görüldüğü gibi, olay m. 287'nin kapsamına giren hallerden olmadığı halde, 240 ncı maddede öngörülen takdir yetkisi de uygulanamamaktadır. Delil caizdir ama takdire elverişli değildir”⁵².

II. HMK dönemi

Delil sınıflandırma ve sistemlerine ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar HMK dönemi için de geçerlidir. HMK'nın delil sistemine ilişkin, konumuz bağlamında, neler getirdiğini ve HUMK'tan farklı yanlarını kısaca açıklamak gerekir. Bir önceki başlıkta belirtildiği üzere, mehzadan farklı olarak hukukumuzda HUMK m. 367 hükmü sebebiyle delil türlerinin tespiti açısından serbest delil sisteminin benimsendiği sonucunu kabul edilmekteydi. HMK m. 192 ise tereddüte mahal vermeyecek bir şekilde konuyu düzenlemiştir. Ayrıca “özel hüküm sebepleri” kavramı da terk edilerek hüküm, “kanunda düzenlenmemiş deliller” başlığı altında düzenlenmiştir. HMK m. 192: “(1) Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir”⁵³. HUMK m.

⁵² Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 26, dn. 10. Buraya şu hususu eklemek gerekir ki böyle bir durumda, bunun aksini ispat etmek isteyen karşı taraf HMK m. 201 (HUMK m. 290) gereği sadece senet delilini kullanabilecektir. Dikkat edilirse bu hüküm senedin hâkimi bağlayıcılığını değil; aksini ispat için tek caiz delilin yine senet olduğunu belirtmektedir. Senedin hâkimi bağlayıcılığı (kesin delil oluşu) HMK m. 204, 205 (HUMK m. 295, 296) hükümleri gereğidir. Bu konuya bir sonraki başlıkta değinilecektir.

⁵³ Hükümet gerekçesi: “1086 sayılı Kanunun 367 nci maddesine karşılık gelen bu maddeyle, kanunda düzenlenmemiş olan delillerin hukukî çerçevesi çizilmiştir. Bu düzenleme, 1086 sayılı Kanundaki anlayışı muhafaza etmekte ve delilleri tek tek sayarak sınırlamamaktadır. Her ne kadar tanık beyanı, bilirkişi görüşü, senet ve yemin ayrı ayrı düzenlenmişse de amaç, sadece düzenlenmiş olan bu unsurların delil olabilmesi değildir. Maddeyle, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği açıkça düzenlenmiş; böylece, senetsiz ispatı caiz olan davalarda akli, mantıkî ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği esası tereddüde yer vermeyecek bir biçimde düzenlenmiştir. Böylece, aslında 1086 sayılı Kanunun mehzasında da bulunmayan ve uygulanmasında daima tereddüte karşılaşılan özel hüküm sebepleri kavramı da terk edilmiştir.”

367'deki "senetsiz ispatı caiz olan davalar" ibaresi kaldırılıp yerine "Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâller" ibaresi getirilmiştir ki bu daha doğrudur. Çünkü başka kanunlar da caiz delil olarak bazı delilleri kabul edebilir ya da ispat faaliyetinde kullanılacak delilleri açısından sınırlandırmada bulunabilir. Senetle ispat, HMK'nın belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngördüğü bir hal olup sadece bir durumu belirtir.

HUMK'ta keşif konusunu sadece taşınmazlar oluşturduğundan dolayı HUMK'un keşif hükümleri "dar anlamda keşif" olarak adlandırılmaktaydı. Taşınmaz dışındaki şeylerin keşfi ise özel hüküm sebepleri olarak değerlendirilmekte ve buna da geniş anlamda keşif adı verilmekteydi. HMK ile birlikte artık bu ayırım da ortadan kalkmıştır. Çünkü artık keşif konusunu sadece taşınmazlar değil; her şey oluşturabilir⁵⁴. Bunun neticesinde de HMK m. 192, HUMK m. 367'ye yüklenen geniş anlamda keşif işlevinden kurtulmuş, mehaza uygun ifadelerle de düzenlenerek tam anlamıyla doğru bir düzenleme haline gelmiştir.

Caiz delil konusunu HMK kapsamında ele alırsak, kanunun bunu net bir şekilde düzenlediğini söyleyebiliriz. Daha önce belirttiğimiz üzere Konuralp, "Kanunun muayyen bir delil ile ispatını emrelediği hususlar başka suretle ispat olunamaz." (HUMK m. 287 f. 1) hükmünü caiz delili düzenleyen hüküm olarak ele almaktaydı⁵⁵. HMK da bunu kabul etmiş ve m. 189'da bunu düzenlemiştir: "(1) Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. (2) Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınmaz. (3) Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. (4) Bir vakianın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir." Nitekim kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususa örnek olarak senetle ispat kurallarının konusunu oluşturan hukuki işlemler verilebilir. HMK m. 200 uyarınca (yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçen) hukuki işlemler, *kanunun belirli delillerle (kesin delillerle) ispatını emrettiği hususlardan olup (kesin deliller haricindeki) başka delillerle ispat olunamaz; söz konusu hukuki işlemlerin ispatı açısından kesin deliller dışındaki başka deliller caiz delil değildir*⁵⁶. Ayrıca HMK m. 189 f. 3'deki *kanun* ifadesini geniş manada

⁵⁴ Karşlı, s. 653; Kuru/Arslan/Yılmaz, HMK Ders Kitabı, s. 442; Taylan Özgür Kiraz, **6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 70.

⁵⁵ Bk. dn. 68. Ayrıca, Konuralp'e göre bir delilin caiz delil sayılabilmesi için her şeyden önce akli ve mantuki olması gerekeceği yukarıda belirtilmişti. Nitekim HMK, bunu kanuni bir düzenlemeye kavuşturmasa da HMK m. 192 gerekçesinde buna yer vermiştir: "...Maddeyle, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği açıkça düzenlenmiş; böylece, senetsiz ispatı caiz olan davalarda akli, mantıki ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakiaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği esaslı tereddüde yer vermeyecek bir biçimde düzenlenmiştir...".

⁵⁶ Yine HMK m. 156, HMK m. 189 f. 3 "caiz delil" düzenlemesinin bir örneği olabilir. HMK

anlamak lazımdır⁵⁷. Örneğin; TMK m. 184 f. 2 gereği boşanma ve ayrılık davalarında, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların (hususların) varlığının ispatı açısından yemin delili caiz delil olmayıp diğer deliller, şartların varlığı halinde, caiz delil olarak kabul edilebilecektir⁵⁸. Aynı şekilde 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 14 hükmünün uygulama alanı bulduğu davalarda ispat, ancak bu maddede sayılan deliller ile gerçekleştirilebilecektir⁵⁹.

HMK m. 192'de, "Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği haller" ibaresi kullanılmış olup bu hüküm, HMK m. 189 ile bütünlük arz eder. "Genel olarak" başlığı altında belirttiğimiz üzere delillerin türlerini tespit açısından Türk Hukukunda serbest delil sistemi kabul edilmiştir⁶⁰. HMK m. 192, delillerin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığını düzenleyen bir hükümdür. Bir başka deyişle HMK m. 192, Türk Hukukunda, delillerin türlerini tespit açısından serbest delil sisteminin kabul edildiğini düzenleyen bir hükümdür. Bu sebepten dolayı da Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngördüğü hallerde sadece belirtilen delillerle ispat faaliyeti gerçekleştirilebilecek; öngörmediği hallerde ise Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilecektir. HMK m. 192 ve 189 birlikte değerlendirildiğinde; Türk Hukukunda delillerin türlerini tespit açısından serbest delil sisteminin kabul edilmekle birlikte bunun istisnalarının da olabileceği bu iki hükümle (HMK m. 189, 192) beraber düzenlenmiş ve caiz delil kavramı bir zemine oturtulmuştur. Sadece kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar değil; süre ve usule aykırılık ile delillerin hukuka aykırılığı da, caiz delil/caiz olmayan delil kavramı altında değerlendirilmiştir. Senetle ispat kurallarının da hukuki işlemlerin ispatı bakımından caiz delili düzenleyen bir hüküm niteliğinde (belirli delille -senetle- ispatı zorunlu kılma şeklinde) olması sebebiyle, senetle ispat kurallarının delil sınıflandırmalarında yeri de delillerin türlerini tespit açısından yapılan sınıflandırmada olmaktadır. Kanunun belirli delillerle ispat zorunluluğu öngördüğü hal olan senetle ispat kurallarının

m. 156 hükmü uyarınca, ön inceleme, yargılama ve tahkikat işlemleri, ancak tutanakla ispat olunabilir. Bk. Barış Toraman, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", [Elektronik versiyon] DEHFD, 2014, C. 16, Özel Sayı: **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan**, (Erişim Tarihi: 19.9.2015), s. 1515 dn 115.

⁵⁷ Bk. Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 24 dn. 6; Bilge/Önen, s. 561; Yılmaz'a göre bu hükmü "deliller konusunda kanunların açık düzenlemelerine uyulur" şeklinde anlamak gerekir. Bk. Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanun Şerhi**, Ankara: Yetkin Basımevi, 1. Basım, 2012, s. 1004.

⁵⁸ Yılmaz, Şerh, s. 1004.

⁵⁹ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 25.

⁶⁰ HMK m. 192, delillerin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığını düzenleyen bir hükümdür. Bir başka deyişle HMK m. 192, Türk Hukukunda, delillerin türlerini tespit açısından serbest delil sisteminin kabul edildiğini düzenleyen bir hükümdür. Bu sebepten dolayı da Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngördüğü hallerde sadece belirtilen delillerle ispat faaliyeti gerçekleştirilebilecek; öngörmediği hallerde ise Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilecektir.

tatbik edildiği durumlarda, ispat faaliyetinde kullanılacak delil türü (caiz delil) de sadece senet olmaktadır; bir başka deyişle, kanunun belirli bir delillerle ispat zorunluluğu getirdiği alanda kanunda öngörülen deliller dışındaki bütün deliller ispat gücünden yoksundur⁶¹. Bu bağlamda senetle ispat kurallarının istisnalarından olan delil başlangıcı da delillerin türlerini tespit açısından yapılan sınıflandırma kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü delil başlangıcı vasıtasıyla (kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngördüğü hal olan) senetle ispat kuralları bertaraf edilmekte ve kanunda düzenlenmemiş deliller (HMK m. 192) de dâhil olmak üzere tüm deliller caiz delil (HMK m. 189) haline gelmektedir.

Sonuç olarak, Kanunun (geniş manada) belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmemiş olduğu hallerde (örneğin: HMK'da hukuki işlemler dışında), kanunda düzenlenmemiş deliller dâhil her türlü delile başvurulabilir. Ancak kanunun belirli delillerle ispat zorunluluğu öngördüğü hallerde (örneğin: HMK'da hukuki işlemler için öngörülen senetle ispat kuralları, 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 14), sadece kanunda öngörülen delillere başvurulabilir (HMK m. 192, HMK m. 189 f. 3). Bir başka deyişle, kanunun (geniş manada) belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar (örneğin: senetle ispat kurallarının konusunu oluşturan hukuki işlemler) başka delillerle ispat olunamaz (HMK m. 189 f. 3, HMK m. 192). Hâkim, bir vakıa (hukuki işlemleri de içine alacak kapsamda) hakkında belirli bir delille ispat zorunluluğunun öngörülüp öngörülmediğini resen tespit ederek bir delilin caiz olup olmadığına karar verecektir. Bu bakımdan; “kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngördüğü haller, caiz delil kavramını ortaya çıkartmıştır” sonucuna da varılmalıdır⁶². Nitekim kanunun belirli delille ispat zorunluluğu öngördüğü alana örnek olarak senetle ispat zorunluluğu verilebilir. Yani HMK m. 200 (HUMK m. 288), *kanunun belirli delillerle ispat zorunluluğu öngördüğü bir alan olup* (ayrıca bk. HMK m. 189 f. 3, 192) hâkimin delilleri serbestçe değerlendiremeyeceğini düzenleyen istisna hüküm değildir. Senede kesin delil niteliğini veren hükümler HMK m. 204, 205'tir (HUMK m. 295, 296)⁶³. Sonuç olarak HMK m. 198 (HUMK m. 240) hükmü, delillerin değerlendirilmesi noktasında kanuni istisnaların olabileceğini öngörmüş ve kanuni düzenlemeler (kanuni istisnalar) sonucunda bir delille kesin delil niteliği tanınabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, *“bir delilinin kesin delil olarak kabul edilmesinin nedeni o delilinin niteliği değildir. Bir delil, kanun ona bu gücü verdiği için kesin delil sayılmaktadır”*⁶⁴. HMK m. 198'deki kanuni istisnalar deyimini geniş manada anlaşılmalıdır⁶⁵. Yani bir kanun, bazı delillerin hâkimi bağlayıcı kılabileceği şeklinde (kesin

⁶¹ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 24.

⁶² Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 713.

⁶³ Konuralp, Zorlanan Sınırlar, s. 18.

⁶⁴ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 24, dn. 2.

⁶⁵ Nitekim HUMK m. 240, “Bu Kanunun” ifadesini kullanırken; HMK m. 198, “Bu” ibaresini kullanmayıp “Kanuni istisnalar” ibaresini kullanmıştır.

delil olacağı/olmayacağı şeklinde) bir düzenleme yapabilir. Örneğin HMK kapsamında kesin delil olarak kabul edilen deliller, İİK m. 97 f. 17 c. 2 “*Dava ve müteakbil davada tarafların gösterecekleri bütün delilleri hâkim serbestçe takdir eder*” hükmü gereği bu hükmün uygulandığı davalar açısından kesin delil niteliğini yitirecektir⁶⁶. Doktrinde kabul edildiği üzere *HMK kapsamında*⁶⁷ kesin deliller senet, yemin ve kesin hükümdür⁶⁸. *Senede kesin delil niteliğini veren hükümlerin HMK m. 204 ve 205 olduğunu belirtmiştik. HMK m. 204 düzenlemesine*⁶⁹ bakıldığında, maddenin kenar başlığı “*ilamların ve resmi senetlerin ispat gücü*”dür. Madde düzenlemesi, ilamların ve resmi senetlerin ispat gücüne ilişkin olup ilamların ve resmi senetlerin kesin delil olduğu da açıkça fıkralarda düzenlenmiştir. HMK m. 205 düzenlemesine⁷⁰ bakıldığında paralel bir düzenleme olarak maddenin kenar başlığı “*adi senetlerin ispat gücü*” olarak kabul edilmiştir. Madde fıkralarında da açıkça adi senetlerin kesin delil olduğu düzenlenmiştir. Yeminin ise kesin delil olduğu hakkında HMK’da açık bir düzenleme olmayıp yemin etmemenin sonucunda yemin konusu vakıaların *ikrar* edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir (HMK m. 229). Doktrinde kabul edildiği üzere yemin kesin bir delildir⁷¹. HMK m. 204’ te hükme bağlanan ilamların kesin delil sayılacağına ilişkin düzenleme, kesin hükmün kesin delil olduğunu ortaya koymaktadır⁷². İkrarın

⁶⁶ Yılmaz, Şerh, s. 1031.

⁶⁷ Diğer kanun hükümleri saklıdır.

⁶⁸ HMK m. 311’e göre feragat ve kabul, kesin hüküm gibi sonuç doğurur. Doktrinde feragat ve kabulün kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği noktasında çeşitli görüşler ileri sürülmekteydi. Burada varılan genel sonuca göre feragat ve kabul, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği için kesin hükme bağlanan neticelere bağlı tutulmuştur. Düzenlemede bu durum, “Feragat ve kabul, kesin hüküm *gibi* sonuç doğurur” şeklinde ifade edilmiştir (HMK m. 311 c. 1). Bu noktada bütün görüşlerin detaylı olarak değerlendirilmesi için bk. İbrahim Ermenek, **Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 129 vd. ; Leyla Akyol-Aslan, **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat**, Ankara: Yetkin Basımevi, 2011, s. 396 vd.

⁶⁹ İlamların ve resmi senetlerin ispat gücü
MADDE 204- “(1) *İlamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar.*

(2) *İlgililerin beyanına dayanılarak noterlerin tasdik ettikleri senetlerle diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar.*

(3) *Mahkeme, yukarıdaki belgelerden biri hakkında şüphe uyandıran bir hâl görürse, ilgili daireden açıklama isteyebilir.”*

⁷⁰ Adi senetlerin ispat gücü

MADDE 205-“(1) *Mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemeye inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar.*

(2) *Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir.*

(3) *Hâkim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını resen inceler.”*

⁷¹ Şanal Görgün/ Mehmet Kodakoğlu, **Medeni Usul Hukuku**, 2. Basım, Ankara: Yetkin Basımevi, 2012, s. 221; Karslı, s. 570; Kuru/Arslan/Yılmaz, HMK Ders Kitabı, s. 412.

⁷² Doktrindeki bir görüşe göre, ilk dava hükmünü diğer bir dava açısından kesin delil olarak ni-

kesin delil olup olmadığı hususunu ayrıca ele almak gerekir. Çünkü doktrinde ikrarın hukuki niteliği konusunda bir fikir birliğine varılmış değildir⁷³. HUMK m. 238 f. 2'de “maruf ve meşhur olan veya *ikrar olunan hususlar münazaalı sayılmaz*” şeklinde düzenleme olmasına rağmen HUMK m. 236 f. 1 c. 2'de “*Ve mukir olan taraf aleyhine delil teşkil eder.*” ibaresi bulunmaktaydı. HUMK m. 236 f. 1 c. 2'de “*Ve mukir olan taraf aleyhine delil teşkil eder.*” ibaresi bulunmakla birlikte Umar, böyle bir ifadenin varlığının önemi olmadığını ve bu hükmün mehaz Neuchatel Kanunu m. 210 f. 2'deki aslını “*ikrar, sadır olduğu tarafın aleyhine hüküm ifade eder.*” tarzında tercüme etmenin daha yerinde olacağını ifade etmekteydi⁷⁴. Yeni düzenlemeyle (HMK m. 188) birlikte “*Ve mukir olan taraf aleyhine delil teşkil eder.*” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır⁷⁵. Ayrıca ikrar, dördüncü kısmın (ispat ve deliller) birinci bölümü olan genel hükümler başlığı altında düzenlenmiştir. Bunun neticesinde ise kanun koyucunun, ikrarın hukuki niteliğini delil olarak kabul etmediği sonucuna varılabilir. Kiraz ve Pekcanitez/Atalay/Özekes'e göre ikrarın delil olmadığı sonucuna HMK m. 187 f. 2'den de varılabilir. HMK m. 187 f. 2'ye göre ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz. Mahkeme önünde ikrar edilmiş bir vakıa çekişmeli olmaktan çıkacağı⁷⁶ için artık ikrar konusu vakıa, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları bir vakıa haline gelir⁷⁷. İspatın gerekmediği bir halde ise delilden söz edilemez; çünkü delil, çekişmeli olan hususlar için ikame olunur⁷⁸. Sonuç olarak, ikrarın ispat faaliyeti olan delil ikame gereğini ortadan kaldırması HMK m. 187 hükmünün doğal bir sonucudur⁷⁹.

telendirmek yerine onu “bağlayıcı” olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır. Bu görüşü ileri süren yazarın ifadelerini aynen aktarmakta fayda görüyoruz: “*Kanımızca, kesin hükmün kesin delil niteliği ile hâkimi bağlayıcı olmasının, aslında aynı amaca yönelik ifadeler olduğu düşünülebilir. Ancak kesin delil ve kesin hükmün bağlayıcılığı arasında şöyle bir fark ortaya çıkabilir. Eğer, kesin hükmün kesin delil olduğu kabul edilirse, taraflar diğer delillerle bunun doğru olmadığını ispat edebilirler. Buna karşılık daha farklı ve üstün bir anlam vererek, kesin hükmün bağlayıcı olduğu kabul edilirse, taraflar ve hâkim kesin hükmün gösterdiği hususu aynen kabul etmek zorundadır, sonradan ortaya çıkan vakıalar hariç, o kesin hükmü tekrar tartışamazlar*”. Bk. Mine Akkan, “Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği”, [Elektronik versiyon] *DEÜHFD*, 2009, C. 11, Özel Sayı, (Erişim Tarihi: 22.03.2014), s. 8.

⁷³ Tüm görüşlerin detaylı olarak değerlendirmesi için bk. Taylan Kiraz Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Eklenmiş 'Giriş' Bölümü Hariç 2. Tıpkı Basım, Ankara: Bilge Yayınevi, 2013, s. 64 vd. ; Bilge Umar, Muhtevası ve Hukuki Mahiyet Bakımından İkrar Kavramı, [Elektronik versiyon] *İÜHF*, 1964, S. 1-3 (Erişim Tarihi: 22.03.2014), s. 246 vd. ; Taşpınar, İspat, s. 113 vd.

⁷⁴ Umar, Şerh, s. 247.

⁷⁵ Bu değişikliğin doğru olduğuna ilişkin bk. Kiraz, Yenilikler, s. 49.

⁷⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 652; Kiraz, s. 67.

⁷⁷ Kiraz, s. 67.

⁷⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 652; Kiraz, s. 67.

⁷⁹ Kiraz, s. 67.

Doktrinde deliller, kesin deliller⁸⁰ ve takdiri deliller⁸¹ şeklinde ikili bir ayrım tabii tutularak incelenmektedir.⁸² Kanunda açık şekilde böyle bir ayrım olmamakla birlikte delillerin değerlendirilmesi noktasında kabul edilen karma sistemin böyle bir ayrımı doğurduğu kabul edilebilir. Kesin deliller, “*şartlarını, hükümlerini ve sonuçlarını kanunun belirlediği ve bu şartların mevcut olması halinde hâkimin bağlı olduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı delillerdir*”⁸³. Kesin delillerin varlığı halinde hâkim artık bu delilleri değerlendiremeyecek⁸⁴ ve kesin delillerin gerçeği temsil ettiğini kabul edecektir. Bunun neticesinde de, kesin delillere uygun şekilde karar verecektir⁸⁵. Takdiri deliller ise, “*koşullarını ve hükümlerini kanunun tayin etmediği delillerdir; bu tür deliller hâkimi bağlamaz, hâkim serbestçe takdir eder*”^{86, 87}.

⁸⁰ Kesin delil, doktrinde *kanuni delil* olarak da adlandırılmaktadır. Bk. Berkin, Usul, s. 173; Üstündağ, s. 628; Postacıoğlu, Usul, s. 568. Karşılıya göre kesin delil-takdiri delil ayrımı daha doğrudur. “*Çünkü kanuni deliller-takdiri deliller şeklinde ayrım yapılması, takdiri delillerin bir kanuni delil değilmiş gibi anlaşılmasına sebep olmaktadır. Oysaki takdiri deliller de kanuni deliller gibi Kanun’da düzenlenmiştir. Takdiri delil-kanuni delil ayrımı, delillerin kanunda düzenlenip düzenlenmediğine göre değil hâkimi bağlayıcı nitelikte olup olmadığına göre yapılan bir ayrımdır.*” Bk. Karşılı, s. 570.

⁸¹ Takdiri delil, doktrinde *değerlendirmeye elverişli kanıt* olarak da adlandırılmıştır. Bk. Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1979, s. 207.

⁸² Kesin delil kavramının ortaya çıkışının politik yönü için bk. Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 10, 11.

⁸³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 714. Benzer bir tanım: “*Kanuni delil, kabul şartları ve ispat kuvvetleri doğrudan doğruya kanun ile tayin edilen vasıtalaradır. Hâkim bu vasıtaları, kanuni şartlar tamam ise, şahsi kanaati ne olursa olsun, delil olarak kabule mecbur olup takdir hakkı yoktur.*” Bk. Belgesay, Deliller, s. 79.

⁸⁴ HMK m. 192’ye göre kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir. Buradaki kanuni istisnalardan maksat kesin delillerin varlığı halidir. Yani kesin delillerin varlığı halinde hâkim delilleri serbestçe değerlendiremez.

⁸⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 714.

⁸⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 715.

⁸⁷ Kesin delil-takdiri delil ayrımı kendisini özellikle hukuki işlemler açısından gösterir. Şöyle ki; yasal para miktarını geçen hukuki işlemler açısından ispat, sadece kesin delil olan senetle yapılabilecektir. Bu noktada tekraren vurgulamak istiyoruz ki caiz delil ile delilleri serbestçe değerlendirme farklı şeylerdir. HMK m. 192 delillerin değerlendirilmesini düzenleyen bir madde olup bu, caiz delil (HMK m. 184 f. 4) kavramından farklıdır. Nitekim yukarıda Konuralp’ten verilen örneği kısaca tekrar etmek gerekirse, senetle ispat zorunluluğunun, parasal miktarın aşılması sebebiyle, olmadığı bir alanda caiz delil olmak koşuluyla her delil ispat aracı olarak kabul edilebilecekken, delil olarak senedin ikame edilmesi halinde artık hâkim bunu değerlendiremeyecektir. Yani delil caiz olup değerlendirmeye elverişli değildir. Bu örneğe şu şekilde devam etmek faydalı olabilir. Verilen örnek caiz delil-serbestçe değerlendirme farkının ortaya koyulması içindir. Bunun dışında miktar ve değeri yasal sınırı geçen hukuki işlemlerde tek caiz delil senettir. Ayrıca tek caiz delil olan senet delili, kesin delil olması sebebiyle hâkim tarafından değerlendirilemeyecektir. Yani caiz delil ile delili değerlendirmeye yine bir aradadır. HMK hukuki işlemler dışında belirli delillerle ispat zorunluluğu öngörmemiştir (Diğer kanun hükümleri saklıdır). Şartlarını taşıyan, örneğin hukuka aykırı olmayan bir delil, caiz delil olarak hâkim tarafından kabul edilecektir ve sonrasında bu delil hâkim tarafından serbestçe değerlendirilecektir. Yani delil hem caiz hem de değerlendirmeye elverişlidir.

*Yargıtay'ın bazı kararlarında birtakım delilleri "güçlü delil" olarak kabul ettiği görülmektedir*⁸⁸. Güçlü delil kullanımı, doktrinde çokça eleştirilmiş ve bundan ne anlaşılması gerektiği yine doktrin tarafından açıklanmaya çalışılmıştır. Akcan'a göre⁸⁹, güçlü delil takdiri bir delildir. Devamında Akcan, güçlü delilin, takdiri delil olduğunu kabul etmekle birlikte bunun kanunda düzenlenmeyen bir delil olduğunu ifade ederek özel hüküm sebepleri (HUMK m.367)⁹⁰ başlığı altında ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Doktrindeki başka bir görüşe⁹¹ göre ise, deliller arasında güçlü-güçsüz ayrımı yapmak doğru değildir. Bu durum, kesin hükümle tespit edilen vakıanın, ikinci dava açısından bağlayıcı olması ile açıklanabilir. Doktrindeki bir başka görüşe⁹² göre, Yargıtay burada kesin delillerle takdiri deliller dışında yeni bir delil kategorisi yaratıyor değildir. Söz konusu bu takdiri delil varken aksi yönde karar verilmesinin iyi gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Yine başka bir görüşe⁹³ göre de güçlü delille kastedilen ayrı bir delil türü değildir. Bununla kastedilen güçlü delilin hâkimi inandırma gücüyle ilgili olmasıdır. İlk dava hükmünün, ikinci dava açısından (güçlü bir) takdiri delil olduğu durumlarda hâkim, bunu hükmüne esas alıp karar verebilir. Zaten beklenen de budur. Ancak hâkim, ilk davadan farklı bir karara hükmedecekse bunun gerekçelerini çok açık ve anlaşılır bir şekilde izah etmelidir. Başka bir görüşe⁹⁴ göre de, medeni usul hukukumuzda güçlü delil adı altında bir delil kategorisi yoktur. Taraflar için kesin hüküm teşkil eden bir karar, taraflardan biri ile üçüncü bir kişi arasında görülen başka davalarda sadece takdiri delil oluşturur; fakat bu takdiri delil, hayat tecrübelerine göre, hâkim tarafından önemle değerlendirilmesi gereken ispat gücü (delil değeri) yüksek, kuvvetli bir takdiri delildir. Tüm bunlardan farklı olarak doktrinde⁹⁵ üçüncü şahıslara karşı dava açıldığı takdirde, kesin hükme dayanan kişinin bunu başka bir delille ispat etmeye mecbur olmayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre kesin hüküm, fiili bir karine olarak kabul edilmektedir.

⁸⁸ Bu kabul kesin hüküm içindir. Kural, kesin hükmün sadece davanın taraflarını etkilemesidir. Ancak, kesin hükmün sirayetiyle bu etki genişletilmektedir. Fakat hükmün üçüncü kişilere sirayet etmesi, onlar bakımından da ilk davanın ikinci dava açısından maddi anlamda kesin hükmün etkilerini doğuracağı anlamına gelmez. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca, dava sebebi ve dava konusu aynı ancak tarafların farklı olduğu ikinci davada *bile*, ilk dava hükmü ancak *güçlü (kuvvetli)* bir takdiri delil oluşturabilir. Bk. Akkan, s. 29, Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü C. V**, 6. Basım, İstanbul: Demir - Demir Yayıncılık, 2001, s. 5084.

⁸⁹ Recep Akcan, "Yargıtay Kararlarındaki "Güçlü Delil" Kavramının Hukuki Niteliği", **SÜHFD**, C. 1-2, S. 12 (2004), s. 24.

⁹⁰ HMK ile kaldırılan bu hüküm yerine *kanunda düzenlenmemiş deliller* başlığını taşıyan HMK m.192 getirilmiştir.

⁹¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 715.

⁹² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Usul, s.351.

⁹³ Akkan, s.38 vd.

⁹⁴ Ali Cem Budak, **Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, İstanbul: Beta Basım, 2000, s.19.

⁹⁵ Burhan Gürdoğan, **Kesin Hüküm İtirazı**, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1960, s. 51; Sami Selçuk, "Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm, Şartları-Kesin Hüküm İtirazı", **Adalet Dergisi**, S. 11 (1973), s. 943.

Delil sınıflandırma ve sistemlerine ilişkin genel bir perspektif oluşturduktan sonra yeni bir kavram olan “belge”ye değinmek gerekir. Belge terimi HMK ile birlikte hukuk sistemimizde yerini bulmuştur. Aslında belge ifadesi, hukuksal bir anlam yüklemenin dışında, sözlük anlamı olarak yazılılıktan öte geniş bir anlamı zaten bünyesinde barındırmaktadır. Belge, sözlük anlamı itibariyle “bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb. vesika, doküman”⁹⁶ dır. Bu anlamda belge, daha çok bir iradenin dış dünyada vücut bulma şeklidir⁹⁷; yani “belge ile düşünceler cisimlenir ve somutlaşır”⁹⁸. Ancak her zaman için belgede bir iradenin varlığından bahsedilemez. Örneğin fotoğraf, video gibi belgelerde her zaman bir iradenin olduğundan söz edemeyiz. Belge, hukuki olarak bir delil olup delil, “ispat faaliyetinde kullanılan ve dava öncesi, mahkeme dışında gerçekleşmiş olan vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve çekişmeli vakıayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan inandırma araçlarıdır”⁹⁹. Sonuç olarak, belgeye HMK ile birlikte hukuki olarak yüklenen anlam, zaten onun sözlük anlamı itibariyle mevcudunda bulundurduğu anlamdır. Ancak belge kavramının genel olarak insanlarda karşıladığı şeklinin yazı olduğu ve bunun yakın zamana kadar kâğıdın tek kullanışlı belge olmasından kaynaklandığı, düşüncenin cisimlendiği materyalin kâğıdın bulunmasından daha önce “mağara duvarına çizilen şekiller, sonrasında taş tabletler, papirüsler, hayvan derileri” olduğu doktrinde belirtilmiştir¹⁰⁰. Nasıl ki kâğıdın bulunmasıyla bu materyaller yerini kâğıda bırakmışsa, gelişen teknolojiyle birlikte yeni belge türlerine, hukukun değer atfetmesi¹⁰¹ zorunludur¹⁰². Yeni belge türlerinin, kâğıdın yerine tamamen ikame edilmesi bulunduğumuz zaman dilimi itibariyle belki mümkün olmasa da, yeni belge türlerine kullanımının yadsınamaz şekilde arttığını kabul etmek gerekir¹⁰³.

Belge HMK m. 199’da tanımlanmıştır : “(1) Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.”¹⁰⁴.

⁹⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.535be60a45ce02.19436719 (Erişim tarihi: 26.04.2014).

⁹⁷ Kılıç, s. 1971; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 723.

⁹⁸ Erturgut, Elektronik İmzalı Belgeler, s. 30.

⁹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 689.

¹⁰⁰ Erturgut, Elektronik İmzalı Belgeler, s. 30-31; Ayşe Ece Acar, **Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 22, 23.

¹⁰¹ Buna örnek olarak elektronik imzalı belgelerin hukukumuzda yer alması verilebilir.

¹⁰² Konunun özellikle elektronik delil açısından detaylı tahlili için bk. Erturgut, Elektronik İmzalı Belgeler, s. 29 vd.

¹⁰³ Bazen bu kullanım, kanuni bir mecburiyetten de doğabilir. Elektronik Tebligat Yönetmeliği m. 7 f. 1: “Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere, elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur. Gerçek kişiler ve diğer tüzel kişiler elektronik tebligattan isteğe bağlı olarak yararlanır.”

¹⁰⁴ Maddenin gerekçesinde belgenin tanımı yapılırken, hukuk sistemimiz içinde bütünlüğün korunması ve aynı kavramın farklı şekillerde anlaşılması için, Bilgi Edinme Hakkı Kanununun

Görüleceği üzere belge kavramı hakkında gerçek anlamda bir tanımlama yapılmadan belgenin ne olduğuna ilişkin genel bir çerçeve çizilmiş olup Umar'a göre bu doğaldır; çünkü *“şimdiki maddede sayılan örneklerinde gösterdiği üzere, belge kavramı içine pek çok “benzemez” girmektedir ve maddenin sonunda, bunca benzemizin benzerlerinin de bu kanuna göre belge olduğu vurgulanmıştır”*¹⁰⁵. Belge, bir “üst kavram” olarak kabul edilmiştir ve maddedeki tanımında iki unsura sahiptir. İlk unsur belgenin bir *“bilgi taşıyıcısı”* olmasıdır. İkinci unsur ise *“uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli olma”*dır ve bu, bilgi taşıyıcısı unsurunu niteleyen bir unsurdur. Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli olma unsuru aslında bütün deliller için geçerli olup delil tanımlamasında bunu *“...çekişmeli vakıayı temsile ya da yansıtma-ya elverişli olan inandırma aracı”* şeklinde ifade etmiştik. Bu sebepten dolayı belge kavramının ne olduğu aslında doğrudan “bilgi taşıyıcısı” unsuru ile alakalıdır. Maddede belge olarak kabul görececek bilgi taşıyıcılarının bir kısmı örnek olarak sayılmış olmakla birlikte, tüm belgeler bu sayılanlardan ibaret değildir. Ancak, sayılan bilgi taşıyıcıları farklı niteliklere sahip olanlardan en tipikleridir. Örneğin, sadece yazılı ve basılı metinler değil, çizim, kroki gibi yazı dışındaki resim, plân vesaire belge olarak sayılmış, görüntüyü anlık ya da hareketli taşıma niteliğine sahip fotoğraf veya film de ayrıca belirtilmiştir. Görüntü ya da ses kayıtları bilgi taşımaya elverişli olduğu gibi, elektronik ortamdaki veriler de bilgi taşıyabilmektedir. Görüldüğü üzere, farklı bilgi taşıyıcıları belirtilmek suretiyle bu konudaki gelişmelere imkân tanıyacak bir tanımlama yapılmıştır¹⁰⁶. Gerekçede ifade edildiği üzere uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli nitelikte olma unsuru gerçekleşmediği vakit bu belge, sadece yargılama hukuku açısından geçerli değildir¹⁰⁷. Belge kavramının ne olduğunun doğrudan doğruya bilgi taşıyıcısı unsuru ile alakalı olduğunu belirtsek de bundan, ispata elverişli olma unsurunun önemli olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Doktrinde verilen delil tanımlamalarında “ispata elverişli olma” unsuru yer almasına rağmen, bir delil türü olan *belgenin* kanuni tanımında bunun zikredilmesi tekrar niteliğinde olsa da bir anlam ifade etmektedir. Çünkü hâkim, eldeki bilgi taşıyıcısının ispata elverişli olup olmadığını belki de ilk olarak değerlendirerek bir sonuca varacaktır. Yani hâkim, ispata elverişli bir nitelikte olmayan bir bilgi taşıyıcısını belge olarak kabul etmeyerek bununla irtibatlı olan talepleri/iddiaları reddedecektir. Sözgelimi delil olarak ibraz edilenin ispata elverişli olmaması, onu belge olarak nitelemeye engel olacağından bunun delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturamayacağını kabul etmek gerekir.

“Tanımlar” başlığını taşıyan 3 üncü maddesinde yer alan belge tanımından da yararlanıldığı ifade edilmiştir. Bilgi Edinme Kanunu m.3 f/d: “d) Belge: Kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve videokaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını, ifade eder.”

¹⁰⁵ Umar, Şerh, s. 580.

¹⁰⁶ Madde gerekçesi.

¹⁰⁷ Karslı/Koç/Konuralp, s. 115.

HMK m. 192 (kanunda düzenlenmemiş deliller) ile HMK m. 199 (belge) hükümleri arasındaki ilişkiye değinmek gerekirse; HMK m. 192, delillerin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığını düzenleyen bir hükümdür. Bir başka deyişle HMK m. 192, Türk Hukukunda, delillerin türlerini tespit açısından serbest delil sisteminin kabul edildiğini düzenleyen bir hükümdür. Bu sebepten dolayı da Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngördüğü hallerde sadece belirtilen delillerle ispat faaliyeti gerçekleştirilebilecek; öngörmediği hâllerde ise Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilecektir. İlk bakışta HMK m. 199'un bir tekrar hükmü olduğu, yani belgenin kapsam itibariyle her türlü delili barındırabileceği ve bunun sonucu olarak da hukukumuzda delillerin sınırlı sayıda olmadığı; zaten "belge"nin HMK m. 192 kapsamında değerlendirilebileceği sonucuna varılabilse de bu yanlış bir vargı olur. Aynı şekilde tersinden bir yaklaşımla, HMK m. 199 hükmünün varlığının delillerin sınırlı sayıda olmadığını tespit ettiği (Türk Hukukunda delillerin türlerini tespit açısından serbest delil sisteminin kabul edildiğini tespit ettiği) ve bu sebeple de HMK m. 192 hükmünün gereksiz olduğu sonucuna varmak da yanlış olacaktır. Öncelikle şu tespit yapılabilir: HMK m. 192 "genel hükümler" başlığı altında düzenlenmiş olup HMK m. 199 "belge ve senet" başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak şunu kabul etmek gerekir ki, bu iki hüküm birbiriyle uyum içerisindedir. Şöyle ki; kesin deliller dışında diğer takdiri delillerden bazıları önemine binaen kanunda düzenlenmiştir. Bununla birlikte HMK m. 192 hükmü gereği kanunda düzenlenmemiş diğer deliller de ispat aracı (takdiri delil) olabilecektir. Bu sebepten dolayı kanunda delil olarak düzenlenmeyen bir delile ad koyma ihtiyacı, onu bir delil kategorisi içine sokma çabası bizim delil sistemimizde yoktur. HMK ile birlikte bunlar geniş bir şekilde kabul edilmesi sebebiyle belge (HMK m. 199) olarak adlandırılabilir. Ancak HMK m. 199 ile belgenin bir üst kavram olarak kabul edilmesinin bundan başka önemli sonuçları vardır. Belki de belge kavramının kabul edilmesinin en büyük sonucu, delil başlangıcının maddi unsurunun yazılı bir vesaik değil; "belge" olarak kabul edilmesidir. Belge kavramının işlevi sadece bu değildir. HMK m. 215 vd. hükümleri ve madde gerekçeleri incelendiğinde, HUMK ifadeleri olan senet ya da vesaik yerine *belge* terimi kullanılmış, tüm hükümler *belgeye* göre tasarlanmıştır. Bu ise deliller kapsamında bizi çok genişletici bir sonuca götürür: Artık sadece senet ya da vesaikler değil, belge kapsamına giren her türlü delil HMK m. 215 vd. hükümlerinin uygulama alanını oluşturacaktır¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Söz gelimi, HUMK m. 299 uncu ve 304 üncü maddelerinin yeni düzenlemesi olan HMK m. 215 hükmünü ele alırsak: "(1) Bir kimşenin aleyhine delil olarak kullanılacak belgeler, o kimşenin halefleri aleyhine de delil teşkil eder." Madde gerekçesi: "1086 sayılı Kanunda sadece özel belgelerin halefleri aleyhine kullanılması düzenlenmişti. Hüküm sadece özel belgelerin halefleri bağlaması şeklinde değil, tüm belgeleri kapsayacak şekilde genelleştirilmiş; ayrıca sadeleştirilmiştir. Burada senet yerine belge terimi özellikle kullanılmıştır. Bir belge senet niteliğinde olsun olmasın haleflerini bağlayacağından ve bu Tasarıda belge terimi kanuni bir terim olarak kabul edildiğinden, senet yerine belge tercih edilmiştir."

HMK, belge kavramına ilişkin bir tanımlama yapmışken senet kavramı hakkında bir tanım vermemiştir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, “*Belge kavramının, hukukumuzda yeni yer alması sebebiyle ayrıca tanımı da yapılmıştır. Belge tanımlanmakla birlikte, senedin tanımlanmasından özel olarak kaçınılmıştır. Bunun bir sebebi, senedin öteden beri kanunda yer alması, bu konuda doktrinde ve yargı uygulamasında ciddi bir tereddüdün mevcut olmamasıdır. Ayrıca, senedin kesin delil olarak kabulü sebebiyle, yapılacak bir tanım, bazı sınırlamaları da içereceğinden, ortaya çıkacak gelişmelere engel olmamak bakımından tanımı yapılmamıştır*”. Gerekçede, doktrinde senet hakkında bir ittifak olduğu ifade edilmesine rağmen doktrinde birçok farklı tanımlamanın yapıldığı görülmektedir. Ancak biz burada tanımlama farklılıklarına ve senedin unsurlarının neler olduğuna değinmeyeceğiz. Sadece şunu belirtmek gerekir ki: Senet olarak genellikle anlaşılan tek taraflı borç ikrarı (özellikle bono) olmakla birlikte senedin var olması için gereken unsurları ihtiva eden ve bir hukuki ilişkinin varlığını ortaya koyan belgeler de (iki tarafa borç yükleyen satış sözleşmesi, kira gibi) HMK kapsamında senettir¹⁰⁹. Delil, senet için gerekli unsurları ihtiva ederse senet vasfını kazanacak; ihtiva etmezse *belge* olarak nitelendirilebilecektir. Bu bakımdan her senet bir belge olmakla birlikte her belge bir senet değildir¹¹⁰.

Son olarak, kısaca kanunun (HMK'nın) belirli delillerle ispat zorunluluğunu öngördüğü hal olan senetle ispat kurallarına ayrı olarak değinmek gerekir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki; HUMK'tan sonra hazırlanan tüm tasarılar senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kurallarını içermektedir. Maddelerin düzenlenmeleri arasında, ifade edilmiş ve parasal değer dışında bir farklılık bulunmamaktadır. Tasarılar da senetle ispat kuralları bulunduğu içindir ki istisna olan (yazılı) delil başlangıcı da tasarılar da her zaman yerini almıştır. Senetle ispat kurallarını koruyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu genel gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır:

“...*Senetlere ilişkin bazı hükümler ise 1086 sayılı Kanunda ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiş olmalarına rağmen aslında aynı hususa ilişkindir; benzer mahiyetteki hükümler mümkün olduğunca sadeleştirilerek birleştirilmiştir. Hukukî işlemlerin belli bir miktar veya değer üzerinde olması hâlinde senetle ispatı kuralı muhafaza edilmiştir. Akdeniz ülkeleri olan Fransa, İtalya ve Yunanistan hukukunda da senetle ispat kuralı korunmaktadır. Yaklaşık yüzelli yılın üzerinde bir uygulaması olan ve uygulamada herhangi bir şikâyet konusu olmayan senetle ispat kuralı, Komisyonumuz tarafından da çoğunlukla kabul edilmiştir...*”

Senetle ispat kuralları, doktrinde her zaman için tartışma konusu olmuş; kuralın kendisi birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Senetle ispat kuralına ilişkin lehte ve aleyhte iki görüş vardır diyebilmekle birlikte senetle ispat kuralının lehinde görüş bildirenler

¹⁰⁹ Kuru, C. II, s. 2076; Postacıoğlu, Usul, s. 626 dn. 25; Umar, Şerh, s. 580.

¹¹⁰ Erturgut, Elektronik İmzalı Belgeler, s. 30.

dahi bu kuralın, bazı durumlarda hak mahrumiyetlerine yol açabileceğini kabul etmektedir. Ancak buna rağmen genel bir ölçme neticesinde senetle ispat kuralının var olması gerektiğini belirtmektedirler. Senetle ispat kuralına ilişkin lehte ve aleyhteki tüm görüşler, senetle ispat kuralına istisnalar tanınması gerektiğini hususunda görüş birliği içerisindeyler. Senetle ispat kuralının aleyhinde görüş bildirenler, kanuni düzenlemenin var olması sebebiyle kurala istisnalar tanınması gerektiğini ileri sürmek durumundadırlar; çünkü bu görüşü kabul etmenin mevcut düzenleme karşısında duracağı nokta burası olacaktır. Bu istisnaların hangi boyutlara ulaşacağı ise ayrı bir sorundur. Esasen tartışmalı olan nokta burasıdır. Çünkü maddi-manevi imkânsızlık halleri ve beklenmeyen bir nedenle senedin kaybolması durumu istisnaları kanunda net bir şekilde düzenlenmiş olup bu istisnaların uygulama alanı gerçekten de dardır. Senetle ispat kuralını yumuşatma düşüncesi kendisini özellikle delil başlangıcında gösterse de, HUMK döneminde delil başlangıcının maddi unsurunu sadece yazılı belgelerin oluşturması, delil başlangıcını geniş yorumlamaya engel teşkil ediyordu. Postacıoğlu'nun belirttiği üzere, delil başlangıcı ne kadar geniş ölçüde uygulanırsa senetle ispat kuralı da o derecede yumuşatılmış olacaktır¹¹¹ ve Yavaş'ın belirttiği üzere, delil başlangıcının uygulama alanının genişletilmesi de hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebilmesini aynı oranda mümkün hale getirecektir¹¹². Nitekim HMK, delil başlangıcının uygulama alanını belge unsuruyla birlikte genişletmiştir. Belge ise HMK m. 199'da çok geniş bir biçimde tanımlanmıştır. Buradan çıkan sonuç; ispata elverişli nitelikteki bilgi taşıyıcılarının belge olması, dolayısıyla delil başlangıcının maddi unsurunu bilgi taşıyıcılarının oluşturmasıdır. Bu sebeple belgenin geniş bir şekilde tanımlanması delil başlangıcının uygulama alanını genişletecek, dolayısıyla senetle ispat kuralları da büyük ölçüde sınırlanmış olacaktır.

SONUÇ

Bir hukuk sisteminde ispat aracı olan delillerin türlerini tespit açısından kabul edilen iki sistem bulunmaktadır: Katı (sıkı) delil sistemi ve serbest delil sistemi. Katı delil sisteminin kabul edildiği hukuk sistemine örnek olarak Alman Hukuku verilebilir. Alman Hukukunda beş tür delil haricinde hiçbir şey ispat aracı olarak kabul edilmemiştir. Beş tür delil ise şunlardır: Bilirkişi, keşif, isticvap, tanık ve senet. Türk Hukukunda ise, kural olarak, serbest delil sisteminin geçerlidir. HMK m. 192, Türk Hukukunda serbest delil sisteminin kabul edilmiş olduğunu “kanununda düzenlenmemiş deliller” başlığı ile açıkça hüküm altına almıştır. HMK m. 192'de “Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği haller” ibaresi kullanılmış olup bu hüküm, HMK m. 189 ile bütünlük arz eder. HMK m. 192 ve 189 birlikte değerlendirildiğinde; Türk Hukukunda delillerin türlerini tespit açısından serbest delil sis-

¹¹¹ Postacıoğlu, Şehadetle İspat, s. 253.

¹¹² Yavaş, s. 262.

teminin kabul edilmekle birlikte bunun istisnalarının da olabileceği bu iki hükümlerle (HMK m. 189, 192) beraber düzenlenmiş ve caiz delil kavramı bir zemine oturtulmuştur. Sadece kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar değil; süre ve usule aykırılık ile delillerin hukuka aykırılığı da, caiz delil/caiz olmayan delil kavramı altında değerlendirilmiştir.

Yukarıda yapmış olduğumuz sınıflandırma dışında hâkimin delilleri değerlendirmesi noktasında yapılan bir sınıflandırma daha mevcuttur. Bu sınıflandırmada ikili bir sistem ayrımı söz konusudur: Delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemi ve kanuni delil sistemi. Türk Hukukunda karma bir sistem benimsenmiştir. Şöyle ki; kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir (HMK m. 198). Kesin deliller (kanuni istisnalar) *HMK kapsamında*, şartların varlığı halinde, senet, yemin ve kesin hükümdür.

Kanunun (geniş manada) belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmemiş olduğu hallerde (örneğin: HMK'da hukuki işlemler dışında), kanunda düzenlenmemiş deliller dâhil her türlü delile başvurulabilir. Ancak kanunun (geniş manada) belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. Hâkim, bir vakıa (hukuki işlemleri de içine alacak kapsamda) hakkında belirli bir delille ispat zorunluluğunun öngörülüp öngörülmediğini resen tespit ederek bir delilin caiz olup olmadığına karar verecektir. Kanunun belirli delille ispat zorunluluğu öngördüğü alana örnek olarak senetle ispat zorunluluğu verilebilir. Yani HMK m. 200, *kanunun belirli delillerle ispat zorunluluğu öngördüğü* bir alan olup (ayrıca bk. HMK m. 192) hâkimin delilleri serbestçe değerlendiremeyeceğini düzenleyen istisna hüküm değildir. Senede kesin delil niteliğini veren hükümler HMK m. 204, 205'tir (HUMK m. 295, 296). Sonuç olarak HMK m. 198 hükmü, delillerin değerlendirilmesi noktasında kanuni istisnaların olabileceğini öngörmüş ve kanuni düzenlemeler (kanuni istisnalar) sonucunda bir delille kesin delil niteliği tanınabileceğini belirtmiştir.

HUMK'tan sonra hazırlanan tüm tasarılar senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kurallarını içermektedir. Maddelerin düzenlenmeleri arasında, ifade ediliş ve parasal değer dışında bir farklılık bulunmamaktadır. Tasarılarda senetle ispat kuralları bulunduğu içindir ki istisna olan (yazılı) delil başlangıcı da tasarılarda her zaman yerini almıştır.

HMK'da da belirli bir parasal sınırı aşan hukuki işlemler açısından senetle ispat kurallarını korunmuştur, ancak bu kurallara ilişkin eski anlayışta önemli değişiklikler olmuştur. Çünkü HMK' da senetle ispat kurallarına tanınan istisnalardan olan delil başlangıcı çok geniş bir kapsamda düzenlenmiştir. Bu ise senetle ispat kuralları bağlamında delil sınıflandırma ve sistemleri açısından büyük bir içerik değişikliği getirmiştir. Bu yeni anlayışın tam manasıyla idrak edilmesi ve uygulanması, yeni dönem için büyük bir önem arz etmektedir. Yeni uygulamada aslında pek de farkına varılmayan bir nokta olarak senetle ispat kuralları delil başlangıcı vasıtasıyla büyük oranda yu-

muşatılmıştır ve bununla aynı oranda ise tarafların ibraz edebilecekleri delil türünde genişleme olmuştur. Tüm bunların neticesinde belki daha da önemli olarak hâkime delilleri değerlendirme noktasında geniş bir serbesti sağlanmıştır. Tüm bunlara sebebiyet veren husus ise delil başlangıcının yeni belge unsuruyla birlikte işlevsel hale getirilmiş olmasıdır. Belge unsuru çok geniş kapsamlı olup bir belge, kendisine karşı ileri sürülen taraftan kaynaklanma ve iddia konusu hukuki işlemi muhtemel gösterme olarak kanunda belirlenen diğer iki unsuru taşıması şartıyla delil başlangıcı olarak kabul edebilecektir (HMK m. 202). Delil başlangıcı, senetle ispat kurallarına istisna teşkil eder. Bunun en büyük neticesi ise artık taraflar tüm takdiri delillere başvurabilecek ve hâkim de tüm bunları serbestçe değerlendirebilecektir. Netice olarak HMK ile birlikte delil başlangıcının uygulama alanı genişleyeceğinden dolayı artık senetle ispat kurallarının uygulama alanı daralmakta ve HMK m. 192 ile birlikte delillerin türlerini tespit açısından serbest delil sistemini açıkça kabul ederek hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebildiği bir sisteme yaklaşmış bulunmaktayız.

KISALTMALAR

Age.	:	Adı geçen eser
Bk.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
c.	:	Cümle
çev.	:	Çeviren
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	:	Dipnot
drl.	:	Derleyen
f.	:	Fıkra
HMK	:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	:	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	:	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İÜHFİM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
krş.	:	Karşılaştırınız
m.	:	Madde
nu.	:	Numara
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SÜHFD	:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TMK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	:	Ve devamı

KAYNAKÇA

- Acar, Ayşe Ece. **Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Akcan, Recep. “Yargıtay Kararlarındaki “Güçlü Delil” Kavramının Hukuki Niteliği”, [Elektronik versiyon] *SÜHFD*. 2004, C. 12, S. 1–2, s. 7–24.
- Akil, Cenk. **İstinaf Kavramı**. Ankara: Yetkin Basımevi, 2010.
- Akkan, Mine. “Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği”, [Elektronik versiyon] *DEÜHFD*. 2009, C. 11, Özel Sayı, , s. 3–61 (Erişim tarihi: 22.03.2014).
- Akkaya, Tolga. **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**. Ankara: Yetkin Basımevi, 2009.
- Akyol-Aslan, Leyla. **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat**. Ankara: Yetkin Basımevi, 2011.
- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren Yıldırım, Nevhis. **Medeni Usul Hukuku Esasları**. İstanbul: Beta Basım, 2011.
- Alangoya, Yavuz. **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979.
- Albayrak, Hakan. **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**. Ankara: Yetkin Basımevi, 2013.
- Atalay, Oğuz. “Emare İspatı”. **Manisa Barosu Dergisi**. S. 70, Yıl 18, Temmuz–Ekim 1999, s. 7–22.
- Becker-Eberhad, Ekkehard. “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları”. **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**. 7. Basım, Kamil Yıldırım (drl. ve çev.), İstanbul: Beta Basım, 2012, s. 16–38.
- Belgesay, Mustafa Reşit. **Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller**. İstanbul: Güven Basımevi, 1940.
- Budak, Ali Cem. **Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**. İstanbul: Beta Basım, 2000.
- Centel, Nur / Zafer. Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**. İstanbul: Beta Basım, 2013.
- Deren-Yıldırım, Nevhis. “Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler”. **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI**. Ankara: İzmir-Çeşme, 19–20 Ekim 2007, s. 3–18.
- Ermenek, İbrahim. **Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Erturgut, Mine. “Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza”, [Elektronik versiyon] *Bankacılar Dergisi*. 2003, S. 48, , s. 66–79 (Erişim tarihi: 05.01.2014) (Atıf şekli: E-belge).
- Erturgut, Mine. **Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi**. Ankara: Yetkin Basımevi, 2004 (Atıf şekli: Elektronik İmzalı Belgeler).
- Göksu, Mustafa. **Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

- Görgün, Şanal / Kodakoğlu, Mehmet. **Medeni Usul Hukuku**. 2. Basım, Ankara: Yetkin Basımevi, 2012.
- Gürdoğan, Burhan. **Kesin Hüküm İtirazı**. Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1960.
- Gaul, Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu, Nevhis Deren-Yıldırım (çev.), **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Basım, Kamil Yıldırım (drl.), İstanbul: Beta Basım, 2012, s. 75–105.
- Karlı, Abdurrahim. **Medeni Muhakeme Hukuku**. 3. Basım, İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2012.
- Kılıç, Halil. **Açıklamalı-İçtihatlı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Cilt 2**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011,
- Kiraz, Taylan Özgür. **6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Kiraz, Taylan Özgür. **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Eklenmiş 'Giriş' Bölümü Hariç 2. Tıpkı Basım, Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.
- Konuralp, Haluk. **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**. Ankara: Yetkin Basımevi, 2009.
- Konuralp, Haluk. **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**. Ankara: Yetkin Basımevi, 2009 (Atıf şekli: Yazılı Delil Başlangıcı).
- Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**. 18. Basım, İstanbul: Beta Basım, 2010.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder. **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**. 6100 sayılı HMK'na göre yeniden yazılmış 23. Basım, Ankara: Yetkin Basımevi, 2012 (Atıf şekli: HMK Ders Kitabı).
- Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usulü C. II**. 6. Basım, İstanbul: Demir - Demir Yayıncılık, 2001 (Atıf şekli: C. II).
- Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III**. 6. Basım, İstanbul: Demir - Demir Yayıncılık, 2001 (Atıf şekli: C. III).
- Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usulü C. V**. 6. Basım, İstanbul: Demir - Demir Yayıncılık, 2001 (Atıf şekli: C. V).
- Muşul, Timuçin. **Medeni Usul Hukuku**. 3. Basım, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Önen, Ergun. **Medeni Yargılama Hukuku**. Ankara: Sevinç Matbaası, 1979.
- Özer, Tülay. **HUMK'tan HMK'ya Medeni Usul Kanun Tasarıları**. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2012.
- Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet. **Medeni Usul Hukuku**. 14. Basım, Ankara: Yetkin Basımevi, 2013.
- Postacıoğlu, İlhan E.. **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**. 2. Basım, İstanbul: Baha Matbaası, 1964.

- Selçuk, Sami. “Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm, Şartları-Kesin Hüküm İtirazı”. **Adalet Dergisi**. S. 11, 1973, s. 937–956.
- Taşpınar, Sema. “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”. **Av. Dr. Faruk Erem Armağanı**. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1999, s. 759–787 (Atıf şekli: Amaç Sorunu).
- Taşpınar, Sema. **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**. Ankara: Yetkin Basımevi, 2001.
- Tercan, Erdal. **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı**. Ankara: Yetkin Basımevi, 2001.
- Umar, Bilge / Yılmaz, Ejder. **İsbat Yükü**. İstanbul: Kazancı Yayın, 1980.
- Umar, Bilge. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**. Ankara: Yetkin Basımevi, 2011 (Atıf şekli: Şerh).
- Umar, Bilge. “Muhtevası ve Hukuki Mahiyet Bakımından İkrar Kavramı”, [Elektronik versiyon] *İÜHF*. 1964, S. 1–3, s. 244–263 (Erişim tarihi: 22.03.2014) (Atıf şekli: İkrar).
- Üstündağ, Saim. **Medeni Yargılama Hukuku**. 7. Basım, İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.
- Yavaş, Murat. **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları**. Ankara: Turhan Kitapevi, 2009.
- Yıldırım, Kamil. “Kitap İncelemesi (Avrupa İspat Hukuk Tablosu)”. **Mehmet Somer’in Anısına Armağan**. İstanbul: Beta Basım, 2006, s. 797–808 (Atıf şekli: İnceleme).
- Yıldırım, Kamil. **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**. İstanbul: Kazancı Kitap, 1990.
- Yıldırım, Kamil. **Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukunda Önemi, İlkel İşığ Altında Medeni Yargılama Hukuku**. 7. Basım, Kamil Yıldırım (drl.), İstanbul: Beta Basım, 2012, s. 106–128.
- Yılmaz, Ejder. **Hukuk Muhakemeleri Kanun Şerhi**. Ankara: Yetkin Basımevi, 1. Basım, 2012.
- Yılmaz, Ejder. **Medeni Yargılama Hukukunda İslah**. 2. Basım, Ankara: Yetkin Basımevi, 2010.

TÜRK HUKUKUNDA AVUKATIN REKLAM YAPMA YASAĞI

(The Ban on Advertising of Advocate in Turkish Law)

Murat Yavaş*

ÖZET

Rekabet ortamında her ne kadar avukatın reklam yapabilme hakkının olması gerektiği düşünülebilirse de avukatın yargılama faaliyetinin önemli bir parçası oluşu ve bu sebeple avukatın bir kamu hizmeti ifa ettiği düşünüldüğünde avukatın reklam yapabilmesinin önemli sınırlamalara tabi olması gerekir. Zira avukata sınırsız bir reklam yapma yetkisi tanınması kamu menfaatine aykırı olacaktır.

Anahtar kelimeler: Avukat, Avukatlık mesleği, reklam yapma, reklam yapma yasağı, kamu hizmeti.

Abstract

In first look it can be considered that lawyers have right to advertise in a competitive World. But lawyers as an important figure of trial who serves a public service have a limited right to advertise. To grant an unlimited right to advertise for lawyers may violate public interest.

Key words: Lawyer, Attorneyship, to advertise, ban of advertising, public service.

Serbest rekabete dayalı bir platformda mesleki faaliyetlerini icra eden avukatların tam olarak rekabetten vazgeçebilmesi mümkün değildir¹. Her meslek grubunda olduğu gibi avukatlık mesleği bakımından da müvekkil elde etmek ve sayısını artırmak gayesi tartışmasız bir gerçektir. Dolayısıyla, avukatın mesleki kazancını artırmak adına mesleki bilgisinin yanında müvekkil portföyünü genişletmesi ve daha fazla alanda tanınmış olması da önem taşımaktadır. Hiç kuşkusuz bunu yaparken de

* Doç. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Meral Sungurtekin ÖZKAN, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 3. Bası, İzmir 2012, s.556.

avukatın bazı vasıtalardan faydalanması kaçınılmazdır. Günümüzde ticari ilişkilerde sınırların ortadan kalkmaya başlaması, avukatların sayısının hızla artmaya devam etmesi ve bu bağlamda adeta daralmaya başlayan pazarda kendisine daha fazla pay çıkarmak durumunda kalan avukatlar için müvekkil arayışını etkin biçimde gerçekleştirmesini zorunlu hale getirmiştir¹. Doğal olarak bu süreçte müvekkil sayısını artırmak ve bunun için de reklam yapma ihtiyacı içinde olan avukata yönelik bu olanağın sınırlarının da doğru olarak tespit edilmesi önem taşımaktadır. Avukat elbette ticaret ve rekabet özgürlüğünün ortaya çıkardığı hakların bütününden vazgeçmiş değildir. Ancak bu noktada bazı sınırlamalara tabi olduğunu da belirtmek gerekir². Kuşkusuz reklam yasağına uymayan ve bu nedenle bir nevi haksız rekabet hali içinde olan bir avukat, diğer avukatlara nazaran müvekkiller (iş sahipleri) üzerinde gerçek anlamda emeğinin sonucu olmayan, hak etmediği bir etki sağlamaya yönelmiştir.

Avukat her şeyden önce kamu hizmeti gören bir kimsedir (Avukatlık Kanunu m.1). Avukat, yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder şeklindeki hükmün bir sınırlamasını da reklam yasağı içinde mütalaa etmek mümkün görünmektedir. Esas olarak avukatlık hizmetinin bir kamu hizmeti yönünün olması reklamı gereksiz kılmakla birlikte, bu mesleğin ayrıca serbest meslek olarak kazanç elde etmeye dönük bir yönünün de bulunması bir rekabeti de zorunlu kılmaktadır. Ancak kuşkusuz avukatlık faaliyeti de pür ticari bir faaliyet olarak karşımıza çıkmamaktadır. Yargı faaliyetine katıldığı ve bu faaliyetin ortağı olduğu için diğer meslek gruplarından farklı olarak bazı sınırlamalara katlanmak zorunda olmaları da kaçınılmazdır. Dolayısıyla avukatların sınırsız olarak bir reklam yapma imkanına sahip olduğunu düşünmek bu mesleğin kendine özgü niteliği ile bağdaşmayacaktır. Aksi halde dışarıdan bakıldığında yargının görünümünün de bundan olumsuz yönde etkilenmemesi düşünülemez. Avukatlara sınırsız bir reklam özgürlüğü tanınacak olursa, bu hal mesleğin ticarileşmesine yol açabilecek ve bundan da kamu menfaati zarar görecektir. Reklam yasağının temelindeki düşünce, avukatların hak sahiplerinin bu mesleğe duyabilecekleri güveni sağlayan vakar ve dürüstlük içinde hareket etmeleri düşüncesidir³.

Avukatlık Kanununun 55. maddesi “Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır” şeklindedir. Ayrıca, Türkiye Barolar Birliği’nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV Genel Kurul Toplantısında kabul edilen ve Türkiye Barolar Birliği Bülteni’nin 26.01.1971 tarihli sayısında yayınlanarak yürürlüğe giren meslek kurallarınının 7. maddesinde avukatın kendisine ün kazandırmaya yönelik davranışlarda bulunmak-

¹ **Selçuk ÖZTEK**, Türk Hukukunda Avukatların Tabi Olduğu Reklam Yasağı, Doç. Dr. Mehmet SOMER’e Armağan, İstanbul 2006, s. 673.

² **Meral Sungurtekin ÖZKAN**, a.g.e, s.557.

³ **Selçuk ÖZTEK**, a.g.m, s. 674; Meral Sungurtekin ÖZKAN, s.557-558, **Nejat ADAY**, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994, s.77.

tan kaçınmakla yükümlü olduğu, adres değişikliğinin reklam niteliği taşımayacak şekilde ilan yolu ile duyurulabileceği, başlıklı kağıtlar, kartvizitler, büro levhalarının reklam niteliğini taşıyabilecek aşırılıkta olamayacağı, telefon rehberinde meslekler kısmında adres yazdırabileceği ve fakat onun dışında farklı büyüklükte ya da ilan niteliğinde yazılara yer verilemeyeceği, ortak büro kuran avukatların büronun reklam aracı olmamasına, hukuk bürosu niteliğini yitirmemesine dikkat etmeleri gerektiğine işaret edilmiştir. Bu bağlamda, mesela, TBB Dis. Kurulu 14.06.2002 tarihli bir kararında bilirkişilik yapan bir avukatın bilirkişi raporunda antetli kağıdını kullanması iş elde etme ve ün kazanmaya yönelik bir davranış olarak değerlendirerek kınama cezası ile cezalandırılması gereğine işaret edilmiştir. Ayrıca TBB Dis. Kurulunun 1975 tarihli bir kararında avukatın ilanının avukatın yazıhanesinin mevcut adresinden yeni adrese naklinden başka, kendisinin Yargıtay Daire Başkanlığından isteği ile ayrılarak avukatlığa başlamış olduğunun da yazılı olmasını Av. Kan. m.55 ile Meslek kurallarının 7/a maddesine aykırı olduğunu belirtilmiştir. Aynı şekilde iş elde etmek için broşür yazıp dağıtan avukatın tutumu reklam niteliğinde olduğundan, yasaya ve meslek kurallarına aykırı sayılmıştır⁴. Danıştay ayrıca, 1976 yılında verdiği bir kararda, avukatın müvekkilleriyle yapmış olduğu ücret sözleşmesinde davayı kazanacağını taahhüt etmesi ve davayı kaybetmesi halinde masraf ve vekalet ücreti almayacağını bildirmesini reklam mahiyetinde değerlendirmiştir⁵.

Avukatlar da diğer meslek gruplarında faaliyet gösterenler gibi doğal olarak kazanç sağlama amacı ile çalışırlar. Bu bakımdan mali menfaatlerini de tamamen göz ardı edemezler. Ancak diğer meslek gruplarından en önemli farklılıkları kar amacı gütmemeleridir. O halde, bir avukat için belki de en önemli sermaye bilgisidir ve bu bilgiye dayalı kazanç elde edip müvekkil sayısının artırmaktır. Yoksa salt reklam odaklı müvekkil sayısının artırılmasının hedeflenmesi, avukatın da müvekkiline bağlılığını artıracaktır⁶.

Tüm bu açıklamalardan sonra, TBB Reklam Yapma Yasağına İlişkin Yönetmelikte 1. madde ile Yönetmeliğin amacının; bu Yönetmelik kapsamında olanların, iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmalarının önlenmesi olduğunu, avukatların mesleklerini özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmelerini, avukatlık sıfatının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır şekilde hareket etmelerini, yargılama faaliyetindeki yerlerini ve işlevlerini olumsuzlaştıracak ve yargının görünümünü bozacak davranışlardan kaçınılmasını sağlamak olduğuna işaret edilmiştir. Yani, esas olarak Yönetmelik, reklam ile meslek onuru arasında doğrudan bir bağlantı kurmaktadır⁷.

⁴ Danıştay 8. Dairesi, 17.5.1971, 1436/1315 sayılı karar (Danıştay Dergisi, 1972/5, s.242).

⁵ Danıştay 8. Dairesi, 7.1.1976, 4395/26 sayılı karar (Yasa Dergisi, 1978/1, s. 150vd).

⁶ **Selçuk ÖZTEK**, a.g.m, s.674; **Meral Sungurtekin ÖZKAN**, a.g.e., s.558 vd.

⁷ **Selçuk ÖZTEK**, a.g.m, s.675.

Avukat için reklam yasağından söz edildiği zaman bu yasağın kapsamının ne olması gerektiğine de ayrıca değinmek gerekir. Nitekim, Yönetmeliğin 11. maddesi “Yükümlülükler” başlığı altında bu mesele ele alınmıştır. Bu bağlamda, avukat, salt ün kazanmaya yönelik her tür girişim ve eylemlerden kaçınmak, iş elde etmek için reklam sayılabilecek herhangi bir girişim ve eylemde bulunmamak, üçüncü kişilerin kendileri için reklam sayılabilecek bu tür eylem ve davranışlarına izin vermemek, veya onların bu tür davranışlarına engel olmak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler.

Avukatın reklam yasağından söz ettiğimize göre reklam kavramı ile neyin kastedildiğinin de açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Genel olarak reklam, kamunun tümünün veya bir kısmının ilgisini çekerek yarar sağlamak amacıyla herhangi bir şekilde yapılan tanıtma faaliyeti olarak tanımlanmaktadır⁸. Bu tanımda öne çıkan unsurlar, “yarar sağlama amacı” ile “ilgi çekici tanıtımdır”. Avukatın reklam yasağı çerçevesinde söz konusu unsurları uygulamak istediğimizde, yarar sağlama amacına ilişkin unsur, “iş verilmesini teşvik amacı” ve ilgi çekici tanıtım unsurunu ise “iş sahiplerinin dikkatini çekici tanıtım” olarak belirleyebilmek mümkündür⁹. Bu tanımdan, tanımın unsurlarından ve bu unsurların reklam yasağı bakımından değerlendirilmesinden iş verilmesini teşvik amacını gütmeyen davranışların reklam olarak değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Demek ki burada önemli olan, yapılanın bir tanıtım boyutunda kalması ve asla iş verilmesini özendirme boyutuna ulaşmamasıdır. Nitekim TBB Disiplin Kurulu 6.6.2003 tarihli kararı ile, web sayfasında büroda çalışan avukatların faaliyet konularının bildirilmiş olmasını ve soru cevap formu ile ücretsiz danışmanlık yapılmasının tanıtım boyutunun aşılması olacağına işaret edilmiştir¹⁰. Dolayısıyla, avukatın sadece bilgi verme ve tanıtma amaçlı her tür kamuya yönelik mesajı reklam yasağı kapsamının dışında kalacaktır. Zira, bu tür amaçla yapılacak bildirimlerle kamunun bilgilendirilmesi yasak kapsamında değildir. Aksi halde avukatın hareket alanı son derece kısıtlanmış olacak ve en basit bir kartviziti veya avukatlık bürosuna ilişkin tabela asma girişimini dahi reklam olarak nitelendirmek gerekecektir.

Yukarıda yapılan tanımda, reklamı, herhangi bir şekilde yapılan tanıtma faaliyeti olarak belirtmiştik. Hal böyle olunca bilgi verme ya da tanıtma eyleminin gazete, dergi veya internet vasıtası ile gerçekleştirilmiş olmasının bir önemi olmaması gerekir. Nitekim TBB Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 9. maddesini de bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Nitekim bu hükme göre, avukatlar, internet dahil, teknolojinin

⁸ **Selçuk ÖZTEK**, a.g.m, s.675; **Yüksel ERSOY**, Avukatlıkta Reklam Yasağı ve Uzmanlık, Avukatlık Mesleği, İstanbul 2000, s.182; **Yüksel ERSOY**, Avukatlıkta Reklam Yasağı ve Uzmanlık, Demokratikleşme ve İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Sempozyumu, Antalya 1995, s.217.

⁹ **Selçuk ÖZTEK**, a.g.m, s.675.

¹⁰ **Meral Sungurtekin Özkan**, a.g.e, s. 558vd..

ve bilimin olanak tanıdığı her tür ortamda avukatlık mesleğinin onur ve kurallarına, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene, Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenen “Avukatlık Meslek Kuralları”na aykırı olmayacak şekilde kendisini ifade etme hakkına sahiptir.

Bilgi vermenin de belli ölçütler dahilinde yapılması, bilginin doğru ve gerçek olması, verilmesinde gerekli olanlar ile sınırlı olması, objektif sınırlar içinde verilmesi ve meslek ilkelerini de ihlal etmiş olmaması gerekir.

Esas olarak reklam yapma yasağının varlığından söz edilmekle birlikte, hangi hallerde reklam yasağına aykırı hareket edilmiş olacağı net bir şekilde düzenlenmiş değildir. Gerçi meslek kuralları bazı örnekler ile bu meseleye çözüm getirmeye çalışmaktadır, ancak bu yeterli değildir. TBB Disiplin Kurulu, 16.2.2002 tarihli kararında, iş elde etmek için ad, soyad ve büro adresini içeren masa takvimi bastırıp dağıtan avukatın reklam yasağına aykırı hareket ettiğini kabul etmiştir¹¹. Başka bir örnekte Danıştay 8. Dairesi 1973 tarihli bir kararında hak sahiplerine mektup yazıp, sahip oldukları hakları belirtip kendisine vekalet verilmesi halinde üç ay içinde haklarına kavuşturacağını duyuran avukata disiplin cezası verilmesini uygun bulmuştur¹².

Reklam yasağının avukatın aydınlatma yükümünü gereğini gibi yerine getirmediği hallerde de ortaya çıkacağı kabulü mümkün görünmektedir. Gerçekten de avukatın mesleğine özgü aydınlatma yükümünün kapsamı içine müvekkiline bazı sorular sorarak hukuki değerlendirme yapmasına imkan verecek hususları açığa çıkarması ve müvekkilin yargılamanın devamı sırasında hangi hukuki ihtimallerle karşılaşabileceğine ilişkin tespitleri müvekkili ile paylaşması da önemlidir. Avukat bu gereğe uygun hareket etmeden örneğin yürüteceği bir davaya ilişkin müvekkilinin sıfatı haiz olmamasına rağmen bu hususlardan söz etmeyip, kendisinin bu tür davalarda çok başarılı olduğunu beyan ederek hareket etmiş olmasının da kabulü mümkün değildir. Bu bağlamda örneğin müvekkilinin inançlı temlik yolu ile mülkiyeti şeklen elinde bulundurduğu ve avukat tarafından da bu durumun bilindiği bir taşınmazla ilgili olarak vekalet alan avukatın sıfat meselesinin usuli anlamda yaratacağı sorunlara hiç temas etmeden hareket etmiş olmasını ve bu bağlamda söz konusu davadan elde etmiş olduğu vekalet ücreti alacağına ilişkin girişeceği dava ya da takip prosedürünü bu çerçevede ele almak gerekir.

Avukatın en temel görevlerinden bir tanesi de müvekkilin aydınlatma görevidir. Avukat bu gereğe uygun hareket etmeyip kendisinin bu tür davalarda çok başarılı olduğundan söz ederek davayı almış olması da reklam yasağına aykırı bir durum

¹¹ TBB Disiplin Kurulu, 16.2.2002 tarih, 2001/210 E, 2002/40 K sayılı karar, ABD 2002/2, s. 270.

¹² Danıştay 8. Dairesi, 2.4.1973 tarih, 1135 E, 1429 K sayılı karar. Ayrıca bkz. sayılı 16.2.2002 tarih, 2001/210 E, 2002/40 K sayılı karar, ABD 2002/2, s. 270.

içinde mütalaa edilmek gerekecektir. Dolayısıyla bu kavramın avukatın yükümlülükleri ile de birlikte değerlendirilmesi meselenin daha geniş açıdan irdelenmesi imkanı verecektir.

Yönetmeliğin 5. maddesine göre, avukatların tabelasında; avukatlık unvanı ile ad ve soyadı, varsa akademik unvanı¹³, büronun bulunduğu kat ve büro/daire numarası telefon numarası, internet adresi ile e-posta adresi yer alabilir¹⁴. Tabelada bunların dışında unvan, deyim, şekil, amblem ile Türkçe dışında yabancı dillerde ifade ve sair şekiller, işaret, resim, fotoğraf ve benzerlerine yer verilemez. Baro ve TBB amblemi bu mesleği ifa etmekte olanlar için ortak manevi bir değer taşımaktadır. Yönetmelikte baro amblemini kullanmak için izin alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Amblemi kullanan avukatların basılı evrak ve yayınlarında çalışmanın Baro veya TBB çalışma-

¹³ Yönetmelik ile tabela ve basılı kağıtlarda avukatlık unvanı ile akademik unvandan başkasının kullanılması yasaklanmış olduğundan, Emekli Yargıtay Üyesi, Emekli Hakim, Emekli Cumhuriyet Savcısı, Ticaret Mahkemesi Emekli Başkanı gibi unvanları avukatlık unvanlarının önlerinde veya arkasında yer vererek kullanma disiplin suçu sayılmaktadır.

¹⁴ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı 2008/324E, 2008/461K sayılı kararda “Baro Disiplin Kurulu kararına şikâyetli tarafından “disiplin soruşturmasında ön incelemenin yapılmaması olduğu, eksik bilgiye dayalı bulunduğu, bürosunun fotoğrafının çekilmesinden başkaca büroda hiçbir incelemenin yapılmaması olduğunu, büroda kullandığı “uzman” sözcüğünün birden çok avukatla çalıştığı için kullanılmış olduğunu, birçok meslektaşın benzer isimleri kullandığını, cezanın kaldırılmasını istemiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, disiplin soruşturması aşamasında Baro Bölge Temsilcisi avukatın görevlendirildiği, bu avukat tarafından şikâyetlinin bürosuna gidilerek tespitler yapıldığı, büronun camında “Uzman hukuk bürosu” ibaresinin yazılı olduğu ve büronun avukatlık yapan meslektaşlar ile birlikte bir arzuhalci ile aynı büronun paylaşıldığı, büronun camında büyük puntolarla “Dilekçe, icra takibi, fotokopi, veraset, tapu intikali” yazılarının mevcut olduğu, büroyu paylaşan avukatlarca arzuhalcinin isminin söylenmeyerek saklandığı, tespit edilerek, 29.01.2007 tarihli raporun tanzim edilmiş olduğu anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasasının 34.maddesi “Avukatlar, yüklendikleri görevlerini bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdür.”

Avukatlık Yasasının 44/A-2.maddesinde “Birlikte çalışan avukatlardan biri ya da birkaçının ad ve/veya soyadının yanında “Avukatlık bürosu” ibaresinin kullanılması z orunludur.” Avukatlık Yasasının 55.maddesine göre; “Avukatların iş elde etmek için reklâm sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır. “Türkiye Barolar Birliği Reklâm Yasağı Yönetmeliğinin 5.maddesine göre de, “Bu yönetmelik kapsamında olanlar (Avukatlar) kullanacakları tabelada: avukatlık unvanı ile ad soyadı, varsa akademik unvanı, büronun bulunduğu kat ve büro/daire numarası, telefon numarası, internet adresi ile e-posta adresi yer alabilir. Tabelada bu Yönetmelikte belirlenenlerin dışında unvan, deyim, şekil, amblem ile Türkçe dışında yabancı dillerde ifade ve sair şekiller, resim, fotoğraf ve benzerlerine yer verilemez. Aynı büroda birlikte çalışma halinde, avukatlardan birinin veya bir kaçının adı soyadı veya sadece soyadı yanında ‘avukatlık bürosu’ ibaresinin... yer alması zorunludur.”

Şikâyetli avukatın eylemi, Avukatlık Yasasının 34, 44/A-2, 55 ve Reklâm Yönetmeliğinin 5.maddesine açıkça aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır” ifadelerine yer verilmiştir (http://www.turkukuksitesi.com/serh.php?did=704 E.T. 29.7.2015).

sı olduğu yolunda izlenim yaratıcı davranışlardan uzak durmaları gerekmektedir¹⁵. Bu bağlamda, “avukat” kelimesinin yabancı dildeki karşılığının avukatlık tabelasında ve basılı kağıtlarında kullanılamayacağını söylemek mümkündür. Öztekin’e göre, bu yasağın sadece tabela için geçerli sayılması gerekir. Zira, yönetmeliğin basılı evraka ilişkin 7. maddesinde basılı kağıdın yabancı dilde olmasını yasaklayan herhangi bir düzenleme mevcut değildir¹⁶. Gerçekten de, basılı evraklar için de yabancı kelimelerin kullanılamayacağı sonucuna varacak olursak, bir avukatın yabancı bir kimseye vereceği kartvizitin de pek anlamı olmayacaktır.

Tek bir kimsenin avukatlığı söz konusu ise tabelasında “Avukatlık Bürosu” ifadesini kullanabilmesi mümkün değildir. Ayrıca bu noktada Avukatlık Kanununun 44. maddesinin de zikredilmesi gerekir. Birlikte çalışan avukatlardan biri ya da birkaçının ad ve/veya soyadının yanında (Avukatlık Bürosu) ibaresinin kullanılması zorunludur. Danıştay bu halde “Hukuk Bürosu” ifadesinin değil sadece avukatlık bürosu ifadesinin kullanılması gerektiğine karar vermiştir. Zira, söz konusu niteleme, müvekkillerin bir tür şirket ile karşı karşıya bulduklarını düşünmelerine sebep olabilmektedir¹⁷. Ancak, TBB Disiplin Kurulu Meslek Kurallarının 7/ç maddesi nedeniyle hukuk bürosu ibaresinin de kullanılabileceğini kabul etmiştir¹⁸. Nitekim anılan maddede hukuk bürosu ifadesine yer verilmiştir.

Genel olarak reklam yasağına ilişkin sınırlamaları farklı açılardan ele almak mümkündür. Avukatlara reklam yasağı konusunda getirilen ilk sınırlama, gazete ilanları konusundadır. Bu bağlamda, bir avukatı meslektaşları arasında daha üstün konuma getirebilen gazete ilanı yasak kapsamında kabul edilmekle birlikte, eğer bu ilan, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 8/a maddesi uyarınca ve orada öngörülen şartlar ve durumlar çerçevesinde yapılmakta ise kabul edilmektedir. Buna göre, avukat, adres değişikliğini, büro açılışını ve altı ayı aşan ara vermeden sonra yeniden mesleğe dönüşünü; avukatlık ortaklığına girişini ve çıkışını, reklam niteliğini taşımayacak şekilde, gazete ve sair yazılı basın yolu ile bir kez duyurabilirler. Avukatlık ortaklığının tescil ya da sona ermesi ya da ortaklardan birinin ayrılması ilan yolu ile duyurulabilir. Dolayısıyla ancak bu maddede sayılan haller için ve bir defaya mahsus olmak üzere gazete ve sair yollarla ilanda bulunmaları mümkündür. Eğer bu maksadı aşar şekilde ilanda bulunulacak olunursa, Yönetmeliğin 8/a maddesi ve Meslek Kurallarının 7/a maddesine aykırılık gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla, avukat, yukarıda sayılan hallerden birini duyurmak maksadıyla ilanda bulunmakla birlikte, kendisine iş imkanı da sağlar biçimde hareket etmişse, reklam yapma yasağına aykırı hareket etmiş olacaktır.

¹⁵ TBB Disiplin Kurulu, 25.6.2005 tarih ve 136 E, 213 K sayılı karar.

¹⁶ **Selçuk ÖZTEK**, a.g.m, s.676.

¹⁷ 8. Danıştay Dairesi 7.1.1976 tarih, 4395 E, 26 K sayılı karar.

¹⁸ **Selçuk ÖZTEK**, a.g.m, s.676’da anılan 13.9.1997 tarih ve 1997/97 E, 1997/81 K sayılı karar.

Reklam yanıltıcı olmamalı ve abartılı bir üslup kullanılmamalıdır. TBB Dis. Kurulu 2002 yılında yayımlanmamış bir kararında “İstanbul hukuk bürosu” başlıklı tanıtma broşüründe büronun çalışma alanlarının belirtildiği, referans olarak çeşitli şirketlerin gösterildiği, ve stajyer avukatların isimlerine bölüm sorumluları olarak yer verildiği, kamuya bilgi verme hakkının kullanıldığı kabul edilebilmesi için ölçülülük, objektif sınırlar içinde kalınması ve meslek ilkelerine aykırı olmaması gerektiğine işaret edilmiştir.

Yönetmeliğin 10. Maddesi, “Bu Yönetmelik kapsamında olanlar, ülke içinde ve dışında işbirliği yaptıkları ve başka kentlerdeki avukatları, ortak avukat bürolarını ve avukatlık ortaklıklarını; “İrtibat Bürosu” ve benzeri tanımlarla, işbirliğini genelleştirecek ve süreklilik kazandıracak biçimde açıklayamazlar, duyuramazlar” şeklindedir. Konuya ilişkin Danıştay bir kararında “1136 sayılı Avukatlık Yasasının, ‘Reklam Yasağı’ başlıklı 55. maddesinde: ‘Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır. Bu yasa, ortak avukatlık bürosu ve avukatlık ortaklığı hakkında da uygulanır. Yukarıdaki yasaklara ilişkin esaslar Türkiye Barolar Birliğince düzenlenecek yönetmelikle belirlenir’ hükmünü içermektedir. -Yukarıda anılan yasaya dayanılarak hazırlanan Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 10. maddesinde de: “Bu Yönetmelik kapsamında olanlar, ülke içinde ve dışında işbirliği yaptıkları ve başka kentlerdeki avukatları, ortak avukat bürolarını ve avukatlık ortaklıklarını; “İrtibat Bürosu” ve benzeri tanımlarla, işbirliğini genelleştirecek ve süreklilik kazandıracak biçimde açıklayamazlar, duyuramazlar” kuralına yer verilmiştir. -Avukatlık mesleğini yürütenlerin mesleği gereği daha fazla iş almak amacıyla haksız rekabete yol açacak eylem ve işlem yapmaları, 1136 sayılı Yasanın yukarıda yer alan 55. maddesiyle yasaklanmıştır- Yönetmeliğin 10. maddesi ile de, avukatların, aynı mesleği yapan ve işbirliği içinde buldukları kişi ya da ortaklıklarla olan ilişkilerinde, sürekliliği vurgulayacak ifadelerle açıklama yapmalarının, kendilerine iş sağlamaya yönelik reklam niteliğinde olduğundan bu tür davranışların reklam yasağı kapsamına alınmasında, Yasanın amacına aykırılık görülmemiştir” ifadelerine yer verilmiştir¹⁹.

Meslek Kurallarının 7/a maddesine uygun olarak ilanın abartılı, göze batan ve reklam niteliği taşıy özelliğinin bulunmaması gerekir. İlandan ticari bir beklentinin bulunduğu anlaşılmaması da gereklidir. Avukat bir yargılama faaliyetinin önemli bir unsurunu oluşturduğundan ve bir kamu hizmeti gördüğünden söz konusu yasaklara uygun hareket etmek zorundadır. Meslek kurallarının 7. maddesine göre, avukat salt ün kazandırmaya yönelik her tür gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır. Dolayısıyla bir avukat basına yapmış olduğu açıklamalar ile kendisine ün kazandırmaya çalışmakta ise meselenin bu hüküm bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹⁹ Danıştay 8. Dairesi E. 2007/9224 K. 2008/1793 T. 11.3.2008 kararı (kazancı içtihat bankası).

Yönetmeliğin 8. maddesi çerçevesinde avukatlar, yaşamları, kazançları, mesleki faaliyeti hakkında “reklam niteliğinde” yayınlarda bulunamaz, halen ya da eskiden takip ettiği, devam eden veya sonuçlanmış bir dava hakkında; dava ile özdeşleşip tarafların sözcüsü gibi hareket edemez, davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına ve internete görüntü, bilgi, demec veremez, açıklama yapamazlar.

TBB Disiplin Kurulu, 13.12.2002 tarihli kararına konu olan olayda, şikayet olunan avukatın internette web sayfası açarak ofisinde yurt içi hukuk hizmetlerinin yanı sıra Avrupa Birliği ülkelerinin önde gelen hukuk firmaları ile birlikte yurt dışı yatırımlarda Yatırım Hukuku, Avrupa Birliğinde Bankacılık Sistemi Hukuku ve Şirketler Hukuku alanında yüksek nitelikli hukuki hizmetler sunduklarını belirttikleri uzmanlık alanları olarak da İcra iflas hukuku, Ticaret hukuku, Uluslararası Ticaret hukuku gibi alanları göstermiş olduğu ve disiplin cezasını gerektirir eylemlerde bulunduğu belirtilmiştir.

Avukat bu unvanını kullanarak, yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarında ve internette yönetmen, düzenleyici, süreli ya da sürekli programlar hazırlayamaz, sunamaz ve yönetemezler. Herhangi bir görsel işitsel medya vasıtası ile süreklilik arzedecek ve reklamını yapacak biçimde programlarda yer almak da bu kapsam içinde değerlendirilmelidir. Bu bakımdan eğer bir avukat herhangi bir programda herhangi bir hukuki konu ile ilgili süreklilik arzedecek şekilde bilgi vermekte ise avukatın reklam yasağına aykırı hareket etmiş olduğu kabul edilebilir. Zira, her ne kadar avukatın salt bilgi vermesi yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi reklam kapsamında değerlendirilemeyecek ise de söz konusu bilgi verme girişimi bir televizyon programında gerçekleşmişse ve bu hal süreklilik kazanmışsa, bilgi verme görüntüsü içinde kamunun söz konusu isimden rahatlıkla etkilenmesi mümkün olabilir. O halde her olayın özelliğine göre reklam yasağına aykırı hareket edilmiş olup olmadığının tespit edilmesinde yarar bulunmaktadır.

Avukatın bir olayı kullanarak kamuoyunda reklam yapmak amacıyla olması kabul edilemez. Avukatın bilgi verme görüntüsü içinde dolaylı olarak reklam yapmasına da müsaade etmemek gerekir. Bu sınırları tespit edilmesi son derece güç bir faaliyettir. Zira, somut olayda kamunun bilgilendirilmesi mi söz konusudur yoksa reklam yasağına aykırı bir davranış mı bulunmaktadır bunun tespiti hayati önem taşımaktadır. Biraz önce de ifade ettiğimiz gibi, televizyon programlarında süreklilik oluşturacak şekilde hukuki konularda görüş beyan etmenin bu anlamda reklam olarak nitelendirilmesi, söz konusu avukatın herhangi bir güncel konu ile ilgili olarak bir medya vasıtasıyla görüşünü bildirmesine nazaran daha kolay olabilecektir. Her ne kadar kamunun bilgilendirme konusundaki menfaati önemli ise de, eğer avukatın kamuyu bilgilendirmek amacıyla yaptığı açıklamalar ya da kullanmış olduğu üslup reklam özelliğini daha ön plana çıkarmakta ise reklam yasağından söz edebilmek bu halde mümkün olabilir.

TBB Disiplin Kurulunun 2005 tarihli bir kararında avukatın daha önce benzer olaylar için dava açtığını, bu davaları kısa sürede sonuçlandırarak hak sahiplerine paraları ödediğini belirterek, benzer durumda olan mağdurların kendisine ulaşabilmesi için bir adres ve telefon numarası vererek yerel gazetede haber yapılmasını sağlaması, iş elde etmek için yapılan bir reklam olarak kabul edilmektedir.

Avukatlarla ilgili olarak yazılı ve görsel basında haber türü yayınlar yapılmaktadır. Bu haber ve magazin türü yayın, avukatın beyanına dayalı olarak reklam amacı ile yapılmış ise, Avukatlık Kanununun 55. maddesi ile Meslek kurallarının 7. ve 8. maddelerinin ihlali olarak kabul edilmektedir²⁰.

Bir görüşe göre, avukat reklamı istememiş olmakla birlikte böylesi bir etki ortaya çıkmışsa, objektif bakımdan haklılık bulunmak şartıyla, basında yer almış haber dolayısıyla mesleğiyle bağlantılı olarak adının geçmesini önlemek yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilebilir.

Yönetmeliğin 5. maddesine göre, bina cephelerine, büronun balkonu ve pencelerine birden fazla tabela asılamaz; tabela yerine ışıklı pano kullanılamaz, tabela ışık verici donanım ile süslenemez. Tabelada en çok iki renk kullanılabilir.

Yönetmelik tabelanın boyutlarını dahi tespit etmiştir. Buna göre, tabela (70 cm x 100 cm) boyutunu geçemez. Ancak birden fazla avukata ya da avukatlık ortaklığına ait tabelalar ile yüksek katlarda kullanılacak tabelalarda bu boyut (100 cm x 150 cm) ye kadar arttırılabilir.

TBB Disiplin Kurulu²¹ 1996 tarih ve 85 E, 111 K sayılı kararında büro levhalarının reklam niteliği taşıyabilecek aşırılıkta olamayacağına, büronun bütün ön cephesini kaplayacak büyüklükteki bir levhanın aşırı olduğuna ve reklam niteliği taşıdığına karar vermiştir.

Yönetmelik m.6/1 hükmü bakımından 5. madde hükmünün geçerli olmaya devam edeceğini söylemek mümkündür. Nitekim m.6/1'e göre, başlıklı kağıtlar, kartvizitler ve diğer basılı evrak, reklam niteliği taşıyacak aşırılıkta olamayacaktır. Dolayısıyla, tabela bakımından 5. maddede düzenlenmiş olan esasların basılı kağıtlar bakımından da muhafaza edilmesi gerekir. Buna göre, basılı kağıtta özellikle başlıklı kağıtlar ile kartvizitlerde avukatlık unvanı ile avukatın ad ve soyadı, varsa akademik unvanı, büronun bulunduğu kat ve büro/daire numarası telefon ve faks numarası, internet adresi ile e-posta adresi gibi bilgiler yer alabilir. Ayrıca 5. maddede zikredilmemekle birlikte bu sayılanların dışında avukatın baro sicil numarası, vergi dairesi

²⁰ “Kovuşturma konusu yapılan ... isimli derginin ... sayılı nüshasında yer alan yazılarda, şikayetli avukatın ünlü kişilerin avukatı olduğundan ve genç yaşında elde ettiği başarılarından söz edilmektedir. Bu yazılar şikayetlinin beyanları esas alınarak ve magazin haberi şeklinde yayımlanmış olup, reklam amacının ön plana çıkarıldığı...” (TBBD 2002/2, s. 68).

²¹ Selçuk ÖZTEK, a.g.m, s. 677.

ve vergi sicil numarası da eklenebilir. Birlikte çalışma halinde; “avukatlık bürosu” ibaresi, avukatlık ortaklığı halinde “avukatlık ortaklığı” ibaresi ve ortaklıkta yer alan avukatların ad ve soyadlarının basılı kağıtlarda yer alması zorunludur (Yönetmelik m.6/3). Ortaklığa mensup avukatların, başlıklı kağıtlarında, kartvizitlerinde ve diğer basılı kağıtlarında; büro ya da ortaklığın adı yanında, kendi ad ve soyadlarını da kullanmaları zorunludur (Yönetmelik m.6/4).

Yönetmeliğin 7. maddesine göre, avukat, telefon rehberinin “meslekler” kısmına alfabetik sırada dizilmiş olmak ve diğer avukatlardan, avukat bürolarından ve avukatlık ortaklıklarından ayırt edici her hangi bir ifade, sembol, işaret ve saire kullanmamak koşulu ile; adı, soyadı, büro adresi, telefon ve faks numaraları, internet adresi ve e-posta adresini yayınlatabilir. Ancak yazımın alfabetik sırada olması gerekir. Ayrıca diğer avukatlardan da belirgin biçimde ayrılmasını sağlayacak şekilde ifade, sembol veya işaret kullanılmamış olması da gerekir.

Yönetmeliğin 8. maddesi, avukatın medya ile olan ilişkilerini düzenlemektedir. Bu madde çerçevesinde avukat gazete ve sair surette yazılı basın yolu ile duyurularını istisnai olarak yapabilecektir. O halde, bu noktada kural, kamu üzerinde daha fazla tesirli olan bu imkanın kullanılmamasıdır. Bu istisnai halleri Yönetmelik, avukatın adres değişikliği, büro açılışı ve altı ayı aşan ara vermeden sonra yeniden mesleğe dönüşü; avukatın avukatlık ortaklığına giriş ve çıkışı, halleri ile sınırlı olarak sayılmaktadır. Söz konusu duyurunun da reklam niteliğini taşıması gerekmektedir. Mesela, büro açılışına ilişkin veya adres değişikliğine yönelik bir ilanın bir gazetede tam sayfa olarak yer bulmaması gerekir. Bu hallerde ilan kamu üzerinde olması gerekenden daha fazla tesirli olabilecek ve böylece maksadı aşar vaziyette dikkat çekici olacaktır²². TBB Disiplin Kurulu bir kararında, gazeteyle ilan vererek mevcut adresinden yeni bir adrese taşındığını ve ayrıca Yargıtay Daire Başkanlığından kendi isteği ile ayrılarak avukatlığa başladığını belirten avukatın bu ilanının, sadece adres değişikliğinin duyurulmasına yönelik bir ilan niteliğinde görülemeyeceğine ve reklam yasağına aykırı olduğuna karar vermiştir²³. TBB Disiplin Kurulu 1973 tarihli başka bir kararında yapılacak duyurunun sadece nakil olayı ile sınırlı olması gerekirken naklin “...yöresinin tüm işçi ve işveren kardeşlere duyurulur” biçiminde yapılmış olmasını reklam yasağına aykırı bir duyuru biçimi olarak kabul etmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, ticari ilişkilerin gelişmesi ve avukat sayısının artmış olması avukatların ayakta kalabilmesini gittikçe zorlaştırmaktadır²⁴. Dolayısıyla bazı barolar veya kanun koyucular avukatlara yönelik reklam yasağı konusunda biraz daha liberal sayılabilecek düzenlemeler sevk etmek durumunda kalmışlardır.

²² Selçuk ÖZTEK, a.g.m, s. 681.

²³ Selçuk ÖZTEK, a.g.m, s. 681, dn. 21’de anılan 27.9.1975 tarih ve 36 E, 22 K sayılı karar.

²⁴ ANNE CADİOT-FEİDT, Publicité personnelle des avocats, Gazette du Palais, Janvier 2000, no.7-8, s.2-13. Konuya ilişkin olarak a.g.m., bkz. s. 2.

Nitekim Fransız hukukunda, özellikle 27 Kasım 1991 tarihli kararnameyi bu bağlamda değerlendirmek gerekir. Anılan kararnamenin 161. maddesine göre, avukat, kamu için gerekli bilgiyi sağlamaya yönelik olarak reklam yapabilir. Madde açıkça reklamı kamunu menfaatinin varlığı halinde mümkün görmektedir. Ancak kararname, avukatın bu çerçevede reklam yaparken kullanacağı araçların mesleğin onuru ile bağdaşır nitelikte olması gereğine vurgu yapmaktadır.

Kararnamenin 161. maddesinin 2. fıkrası son derece ilgi çekicidir. Kararname ile avukatın avukatlık mesleğinin onuru ile bağdaşmayacak şekilde ve kendisine iş verilmesini teşvik edere mahiyette reklam yapamayacağı ifade edilmektedir. Yasal düzenleme bu hali “demarchage” olarak ifade etmektedir. Yani avukat adeta kapı kapı dolaşarak müvekkil arama faaliyetine girişmemeli ya da bu sonucu ortaya çıkaracak nitelikte reklam yapamayacaktır. Konu ile ilgili olarak 31.12.1990 tarihli 90-1259 numaralı Kanunun 66-4.maddesinin de zikredilmesi gerekir. Buna göre, her kim, hukuk alanında sözleşmeler veya belgeler tanzim etmek veya hukuki konularda bilgi aktarımı sağlamak için “demarchage” şeklinde bir faaliyet içinde bulunuyor ise bu kimsenin aynı kanununun 72. maddesine göre müeyyidelendirilmesi söz konusu olacaktır. 27 Kasım 1991 tarihli kararnamenin 2. maddesi, hukuki alanda yardım önermek veya sözleşmeler yazmak veya bilgi vermek amacıyla yapılacak olan reklamın el bildirisi, mektup, afiş, sinema filmi, radyo veya televizyon programları ile olamayacağını hükme bağlamıştır. Anılan 2. maddeye uygun olarak yapılacak olan reklamda kanuna aykırı hiçbir ifadeye veya unsura yer verilmemesi gereği de 4. maddede zikredilmiştir. Ayrıca yapılacak olan reklam, reklamı yapanın özel veya mesleki yaşamına yönelik bilinmeyen ve bilinmemesi gereken hususları da içermemelidir. Örneğin, bir avukatın müvekkil bulabilmek için hukuki bakımdan işlerini takip etmiş olduğu ve toplumca saygın olarak kabul edilen iş sahiplerinin isimlerini reklamında kullanmış olması bu açıdan kararname tarafından yasaklanmaktadır. Nitekim hemen aşağıda ifade edeceğimiz meslek kurallarının 4. maddesi bu meseleyi de düzenler mahiyettedir.

Fransız hukukunda avukatlık meslek kuralları ile ilgili olarak 12 Temmuz 2005 tarihli kararname bazı kurallar sevk etmektedir. Bu kararnamenin 2. maddesi, ifa şekli nasıl olursa olsun avukatlık mesleğinin özgür ve bağımsız olduğunun altını çizmektedir. Ancak bununla birlikte, avukatlık mesleğini ifa ederken onurlu, bilinçli, bağımsız ve yeminine sadık kalarak hareket etmesi gereğine de vurgu yapılmıştır (m.3). Anılan bu maddenin hemen 2. fıkrasında rekabet kurallarına da uygun hareket etmesi gereği üzerinde durulmuştur. 4. maddeye göre, avukat kanun tarafından izin verilen veya öngörülen durumlardaki açıklamaları veya bildirimleri istisna olmak üzere, meslek sırrına riayetsizlik olarak değerlendirilebilecek hiçbir açıklama ya da bildirimde bulunamayacaktır.

Meslek kurallarının 15. maddesi doğrudan avukatın reklam yapması konusuna yönelik olarak tanzim edilmiştir. Anılan maddenin 1. fıkrasına göre, avukat, mesleğin

zorunlu ilkelerine saygı göstermek kaydı ile kamuya bilgi sağlamak maksadı ile reklam yapabilecektir. Görüldüğü gibi söz konusu düzenleme reklam imkanını mesleğin zorunlu ilkeleri ile sınırlamıştır. Potansiyel müvekkile yönelik kişiselleşmiş bir hizmet avukat için yasaklanmıştır.

KAYNAKÇA

ADAY, Nejat: Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994.

ALANGOYA, Yavuz: Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1969/5.

CADIOT-FEİDT, Anne: Publicité personnelle des avocats, Gazette du Palais, Janvier 2000

DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996.

ERİŞİR, Evrim: Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.

ERSOY, Yüksel: Avukatlıkta Reklam Yasağı ve Uzmanlık, Avukatlık Mesleği, İstanbul 2000.

ERSOY, Yüksel: Avukatlıkta Reklam Yasağı ve Uzmanlık, Demokratikleşme ve İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Sempozyumu, Antalya 1995.

ESENER, Turhan: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, 1956.

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / Arpacı, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, İstanbul 2001.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul, 2012.

ÖZSUNAY, Ergun: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul, 1968.

ÖZTEK, Selçuk: Türk Hukukunda Avukatların Tabi Olduğu Reklam Yasağı, Doç. Dr. Mehmet SOMER'e Armağan, İstanbul 2006.

SUNAR, Gülcan: Şekli Anlamda Taraf Kavramını Kabul Etmenin İcra ve İflas Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 3. Bası, İzmir 2012.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt: I-II, 7. Bası, İstanbul 2000.

MEDENİ YARGILAMANIN AMACI BAĞLAMINDA İSPAT YÜKÜ KAVRAMI

(The Purpose of Civil Procedure and Concept of Burden of Proof)

Murat YAVAŞ*

ÖZET

Hakim HMK m. 33 gereği hukuk re'sen uygulamakla yükümlüdür. Ancak dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi gereği dava malzemesini teşkil eden vakıalar ve delilleri taraflar getirmekle yükümlüdür. İspat yüküyse HMK m. 190 gereği bir vakıanın hukuki sonucundan hak çıkaracak kişinin o vakıayı ispatla yükümlü tutulması ve bu vakıanın ispat edilmemesi sonucu ortaya çıkan ispat-sızlık riskinin ispat yükü kendisinde olan tarafın aleyhine sonuçlanmasını ifade eder.

Anahtar kelimeler: Hukukun re'sen uygulanması, delil ikamesi, ispat yükü, ispat-sızlık riski.

Abstract

According to HMK Art. 33 judge has to reinforce law ex officio. But considering the principal of introducing trail pieces by parties , parties have to introduce facts and evidences by themselves. Burden of proof belongs to party who acquires a right by proving the existence of the fact. The party who has burden of proof also faces to the danger of losing the trial.

Key Words: Enforcement of law ex officio, introducing of evidence, burden of proof, risk of not proving.

I. Medeni Yargılamanın Amacı ve İspat Yükü Kavramları Arasındaki İlişki

Bilindiği üzere bir bir davada hakim HMK m.33 gereğince hukuku re'sen uygulama imkanına sahiptir¹. Bu yönüyle dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ 2 HD 16.2.2015 T, 2015/801 E, 2015/1909 K sayılı karar (kazancı içtihat). Benzer yöndeki karar için bkz. 10 HD 16.10.2014 T, 2014/18817 E, 2014/19581 K sayılı karar (kazancı içtihat).

çerçevesinde tarafların getirdiği vakıalara uygulanacak en doğru hukuk normunun ne olacağı hakkında hakimin bir belirleme yapma hakkından söz etmek mümkündür (sürpriz karar verme yasağına aykırı olmamak kaydıyla). Ancak bu hukuk normunun olayın niteliğine uygun düşmesi önemlidir. Dolayısıyla hakimin tespit ettiği hukuk normunun doğru olması, bu normun unsurlarının tarafların getirdiği ve ispat ettiği vakıalar ile örtüşüp örtüşmediğine yönelik faaliyetinin yerindeliği kararın sıhhatini, dolayısıyla medeni yargılamanın amacını da doğrudan etkilemektedir. Durum böyle olunca ispat yükünün de doğru tayin edilmesi, ispatsızlık halinde ortaya çıkacak karar verme zorunluluğunun sağlıklı olarak aşılmasına ve verilecek olan kararın da maddi gerçeklik temeline dayanmasına imkan vereceği açıktır. Aksi durumda ispat yükünün yanlış tayin edilmesi ile ispatsızlık ihtimalinde reddi gereken davanın kabul edilmesine ya da kabul edilmesi gereken davanın da reddedilmesine sebebiyet verilmesi gündeme gelecektir. Dolayısıyla ispat yükünün bir davada doğru tayin edilmesinin hayati bir önemi bulunmaktadır. Bu çalışmada ispat yükünün derdest bir davada sadece maddi gerçeklik temeline nasıl etkide bulunabileceği değerlendirilecektir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dikkate alındığında dört olan yargılama safhası 6100 sayılı HMK ile birlikte beş safhaya ulaşmıştır. Gerçekten de HUMK döneminde dilekçeler, tahkikat, uygulamada çok da fazla dikkate alınmayan sözlü yargılama ve nihayet hüküm safhası biçiminde kendini gösteren yargılama safhaları 6100 sayılı kanun ile getirilen ve dilekçeler safhası ile tahkikat safhası arasına monte edilen ön inceleme safhası ile beşinci yargılama safhası olarak karşımıza çıkmış bulunmaktadır. Bu safhalar içinde belki de en önemli aşama dilekçeler ile tahkikat aşamasıdır. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin bir görünümü olarak taraflar iddialarını haklı gösterecek olan vakıalarına dilekçelerinde yer verirler. Dilekçede yer verilen vakıaların hukuki işleme ya da hukuki fiile yönelik olmasının HMK m.119/e hükmünün yerine getirilmesi açısından bir önemi olmamakla birlikte, bunların ispatı noktasında önemli bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Buna göre, ispata konu vakıa bir hukuki işleme dayanıyor ve değeri ispat sınırını aşıyor ise bu vakıanın ispatı sadece kesin deliller ile (bu arada senetle) olabilecektir. Oysa dilekçelerde yer verilen ve ispata muhtaç vakıa bir hukuki fiile yönelik ise bu vakıanın her tür delille ispatı mümkündür. Türk ispat hukuku alanında bu ayırımı kanun koyucu tarafından önem verilmiştir. Nitekim HMK m.200 ile ispata muhtaç vakıanın bir hukuki işlem olması faraziyesinde ispat gereğinin kanun tarafından önceden tespit edilmiş bazı ispat vasıtaları ile yerine getirilebileceği açık olarak düzenlenmiştir¹.

Medeni yargılamanın amacı meselesi Usul Hukukunun ve Hukukçularının üzerinde fazla değerlendirme yaptığı meselelerden bir tanesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda sorun, taraflar arasındaki ihtilafın onlar arasında bir daha ihtilaf

¹ İlhan E. Postacıoğlu, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964, s. 106 vd. Murat Yavaş, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Turan Yayınevi, Ankara 2009, s.65.

konusu olmayacak biçimde sonsuza kadar ve daha da önemlisi tarafları da tatmin eder biçimde sonlandırılması noktasında yatmaktadır. Eğer taraflar arasında ortaya çıkan ihtilaf onları da tatmin eder biçimde sonlandırılacak kaygısı ve düşüncesi öne çıkacak ise bu anlamda medeni yargılamanın amacının maddi gerçekliğe ulaşmak olduğu sonucuna varmak gerekir. Bunun karşısında eğer sadece maddi ve usul hukukuna ait kuralların tatbik edilmesini yeterli görmek, tarafları da tatmin eden bir kararı devre dışı bırakmak düşüncesi öne çıkmakta ise bu halde şekli gerçeklikten söz etmek mümkün olabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, maddi hukuk kurallarının unsurlarını karşılayacak maddi vakiaları ve bunların gerçekten meydana gelip gelmediğini tespit ederek doğru hüküm verebilmek amaçtır. Dolayısıyla bu noktada temel kaygının mahkemenin bir uyuşmazlığa ilişkin salt bir karar verip, dava açılmasının bir sonucu olan hüküm verme zorunluluğunu yerine getirmesinden ziyade verilen hükmün taraflar arasındaki ihtilafın doğumu anındaki maddi hakkı tespit eder biçimde ve onları da bu anlamda tatmin eder biçimde verilmesini temin etmektir. Özellikle 19. yüzyıl hukukçuları, sonuca varmayı yeterli sayar nitelikte görüşler ortaya koymaktaydı. Bu açıdan ele alındığında, şekli hakikatin ön plana çıkarıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak, bu yüzyıldan itibaren şekli hakikate ulaşmanın yeterli sayılması anlayışı terk edilmeye başlanmıştır². Bu anlayışa göre, usul hukukunun amacı sadece subjektif hakların korunması olmayıp aynı zamanda hukuki sulhun ve kesinliğin tesis edilmesinde ve korunmasında bulunan kamu menfaatinin sağlanmasıdır. Bunun dışında, hukuki barışın sağlanması ve taraflar arasındaki ihtilafın maddi gerçeğe uygun bir şekilde sonuçlandırılması usul hukukunun amacı bakımından önem taşımaktadır. Günümüzde Medeni Usul Hukukunun bireysel hukuki korunmaya hizmet ettiğinin de unutulmaması gerekir³.

Türk hukuk sisteminde yargı kararlarının incelenmesinden, usul hukukunun amacı bağlamında kararlılık gösteren bir sürecin yaşanmadığını tespit edebilmek mümkündür⁴. Yargıtay bir kararında, davada asıl olanın sağlam bir soruşturmaya dayanan hukuki gerekçeler üzerinde tüm sentezleri oturmuş, üzerinde hiçbir kuş-

² **Saim Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2000 s.8; **Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009 , s.3vd; **M. Kamil Yıldırım**, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul 2001, s.140; **Murat Yavaş**, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999, s.2; **Ejder Yılmaz**, Medeni Yargılama Hukukunda İslah, 4. Bası, Ankara 2013, s. 25 vd.

³ Yıldırım'a göre Medeni Usul Hukuku, subjektif hakların korunmasını ve somut olay adaletini aynı anda sağlamalıdır (**M. Kamil Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 33).

⁴ Ayırımı için bkz. **Murat Yavaş**, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Turan Yayınevi, Ankara 2009, s.65.

ku gölgesi taşımayan özgün hükmün kurulabilmesi olduğuna işaret etmiştir. Aynı kararda, usul hukukunda amacın bu olması gerektiği, uyuşmazlığın özüne inmeden şekil kurallarına sınımsız bağlı kalınması ve yüzeysel soruşturmalar ile yetinilmesi durumunda, adalete giden yollar üzerindeki engellerin aşılması imkanının olmadığına da değinilmiştir⁵.

Yılmaz'a göre⁶ mahkemenin, medeni usul hukukuna ilişkin kuralları uygulayarak dava konusu yapılan hukuki işlem veya hukuki fiillerden doğan hakların sahibini belirlemesi devletin en önemli görevlerindedir. Bu görev yerine getirildiğinde bir yandan objektif kuralların geçerli kılınması sağlanırken, diğer yandan medeni usul hukukunun sübjektif hakların tespit edilmesi ve gerçekleştirilmesi amacına ulaşılır. Bu sayede, medeni usulün bir diğer amacını oluşturan hukuksal güvenliğinin ve barışın kurulması ve devam ettirilmesi sağlanmış olur. Yine yazara göre, hukuk yargılama-sının amacını adaletli karar vermek olarak anlamak gerekir. Kararın adaletli olmasından ise anlaşılması gereken kararın taraflar arasındaki uyuşmazlığı sonsuza kadar ortadan kaldıracak, toplumsal barışı tesis etmeye yönelecek nitelikte olmasıdır.

Kanaatimizce medeni yargılamanın amacı bağlamında çok fazla şey söylenebilecek ise de üzerinde tereddüt edilmeyecek tek şey mahkemenin bir ihtilafı ilgili varacağı sonucun adaletli olması gereğidir. İşte kararın adaletli olması medeni yargılamanın amacıdır. Mahkemenin vereceği karar adaleti temsil edecek nitelikte olursa bu kararlar birlikte tarafların kararı kolay kabullenebilmesi, ihtilafın onlar arasında bir daha ortaya çıkmayacak biçimde sonlandırılması, toplumsal barışın sağlanması söz konusu olabilecektir. Ancak adaletli kararın ne zaman ortaya çıkmış, başka bir ifadeyle ne zaman medeni yargılamanın maddi gerçekliği tesis eden bir karara ne zaman ulaşmış sayılabileceği de net değildir.

Belirtmek gerekir ki her ne kadar gelinen noktada medeni yargılamanın amacı maddi gerçekliğe ulaşmak, bu bağlamda taraflar arasındaki ihtilafın onları da tatmin eder biçimde ve ihtilafın ortaya çıktığı andaki maddi hakkı tespit eder biçimde sonlandırılması ise de bazen bu amaca hizmet etmeyen kararlar da şekli gerçekliğe hizmet eder biçimde karşımıza çıkabilir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu halde mahkeme şekli gerçekliğe hizmet eden bir karar vermiştir denilerek bu kararın her zaman yanlış olduğundan, adaletli olamayacağından ve toplumsal barışa hizmet edemeyeceğinden de söz edilemez. Örneğin taraflar arasında sözlü olarak yapılan bir hukuki işlemde bir ihtilaf meydana geldiğinde, o hukuki işlemde kendisine bir menfaat elde etmek

⁵ Y.1.HD.2.4.1987 T, 1244 E, 2923 K sayılı karar (YKD1988/5, s. 609-611). Ancak Yargıtay, 1983 tarihli kararında, maddi gerçeğin önemli olmadığına, kesin hüküm çerçevesinde saptanan adli gerçeğin öne çıkarılması gereğine işaret etmiştir. Adli gerçek eğer maddi hataya dayanıyorsa ve böyle bir hatanın bulunmaması halinde adli ve maddi gerçek arasındaki uyumun varlığı kabul edilebilecekse, artık istisnaen maddi gerçeğe üstünlük tanınmalıdır (Y.10.HD.22.12.1983 T, 5619 E, 6570 K sayılı karar, YKD 1984/5, s. 749).

⁶ **Ramazan Arslan**, a.g.e., s. 30 vd.

isteyen kimsenin hukuki işlemi ispat edememesi sebebiyle davasının reddedilmesinde kararın yanlış olduğundan söz edilemez (HMUK m.200). Ancak bu kararın taraflar arasındaki maddi hakkı tespit eden bir karar olduğu da ifade edilemez. Zira bu örnekte işlem her ne kadar senede bağlanmamış ise de böylesi bir sözlü yapılan hukuki işlemde davacı yan gerçekten de alacaklı durumda olabilir. Bu noktada sorun usul hukukunun şekli bir hukuk olması ile de yakından ilgilidir. HMK m.189/1 hükmü Usul Hukukunun şekli bir hukuk olduğu gerçeğini bir yönü ile ifade etmektedir. Bu bağlamda ispat hakkı hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru ise de (HMK m.27), HMK m.189/1 hükmünde de ifade edildiği gibi, taraflar kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak bu ispat hakkını kullanabileceklerinden bazen var olan bir maddi hakkın sadece kanunda öngörüldüğü biçimi ile ispat edilememesinden dolayı tespit edilememiş olması söz konusu olabilir. Bu halde verilen karar şekli gerçekliğe hizmet etmiş olur. Ancak verilen bu kararın hukuken yanlış bir karar olduğundan söz edilemez.

Medeni yargılamanın amacı maddi gerçekliğe ulaşmak, bu bağlamda taraflar arasındaki ihtilafın onları da tatmin eder biçimde ve ihtilafın ortaya çıktığı andaki maddi hakkı tespit eder biçimde sonlandırılması olunca bu amaca sahip bir kararın bazı özellikleri üzerinde taşınması kaçınılmazdır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, maddi hukuk kurallarının unsurlarını karşılayacak maddi vakıaları ve bunların gerçekten meydana gelip gelmediğini tespit ederek doğru hüküm verebilmek amaçtır. Bu amaca ulaşabilmek bakımından bazı temel yargılama hukuku prensiplerini doğru inşa etmek gerekmektedir.

Maddi gerçekliğe ve dolayısıyla adaleti temsil eden bir karara ulaşabilmek için bir dava malzemesine ihtiyaç duyulacağı açıktır. Zira yargılamayı hükmün verilmesi aşamasına kadar devam etmesi gereken bir inşaat faaliyetine benzetecek olursak bu sürecin başarıya ulaşması için çok farklı unsurun eksiksiz olarak bir arada olması ve bunların da birbiri ile uyumlu olarak işlenmesi gerekeceği açıktır. Bu noktada ilk olarak dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinden söz etmek gerekir.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinden esas olarak yargılamaya getirilmesi gereken vakıa ve delilleri anlamak gerekir. Taraflar olayı en iyi bilen kişiler olduğundan, iddiaya ya da savunmaya dayanak oluşturacak vakıaları ve delilleri taraflar getirecektir. Nitekim HMK m.119/e,f ile HMK m.129/d, e hükümlerini bu bağlamda değerlendirmek gerekir. Dilekçeler safhası ile dava dosyasına getirilen bu malzemelere karşılık olarak bu defa hakim olaya uygulanacak olan hukuk normunu bulmak durumunda olacaktır (HMK m.33)⁷. Böylece taraflar ile hakim arasında bir

⁷ Jacques Flour/Jean Luc Aubert/Eric Savaux, Droit Civil 3. Le Rapport d'obligations, Paris 2004, s.6 Yazarlar, klasik anlamda iki tür yargılamanın olduğunu, bunlardan birincisinin Sorgulayıcı/Tahkik edici yargılama, bu yargılama türünde hakim in amacının maddi gerçeğe ulaşmak, ikinci yargılama şeklinin itham edici/talep edici yargılama türü, bu yargılama türünde davanın

işbirliği ilkesinden söz edilebilecektir. Yani taraflar dosyaya delil ve vakıa ile malzeme yönünden katkı yaparken hakim de bu malzemelere uygun hukuk normunu bulmak durumunda olacaktır.

HMK m.33'te düzenlenmiş bulunan ve usul hukukunda hakim'in hukuku re'sen uygulaması ilkesi olarak anılan kurumun iki boyutunun bulunduğu belirtilmesi gerekir.

Anılan ilkenin ilk görünümüne göre, hakim olaya uygulanacak olan hukuk normunu kendisi belirler. Buna göre hakim dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi çerçevesinde taraflarca getirilen vakıalarla oluşan hayat olayına en uygun hukuk normunu bulup, bulduğu bu hukuk normunun unsurlarının tarafların getirdiği ve ispat etmiş olduğu vakıalarla karşılanıp karşılanmadığını belirleyecektir. Şimdi bu noktada hakim olaya uygulanacak olan hukuk normunu yanlış tespit ederse vereceği hüküm HUMK m.428/1 bağlamında bozulabilecektir. Zira bu halde hakim kanunu yanlış tatbik etmiş sayılabilecektir. Dolayısıyla vereceği kararın da maddi hakikati ve adaleti temsil ettiğinden söz etmek mümkün olmayacaktır. İlkenin ikinci görünümüne göre ise, taraflar arasındaki hukuki ihtilafı nitelemek görevinin ve yetkisinin de hakimde bulunmasını ifade eder. Buna göre tarafların ortaya koymuş olduğu malzemedeki hareketle hakim olayı niteleme hakkına sahip olabilecektir. Tarafların anılan hususlar hakkında herhangi bir surette belirleyici bir role sahip olduğunu söyleme mümkün değildir. Onların, dilekçelerde ortaya koymuş olduğu hukuk normları ya da olayı nitelemeye yönelik açıklamaları ile hakim bağlı değildir.

Hakim dilekçeler safhası sona erip, tahkikat safhasına geçene kadar öncelikle olaya uygulanacak doğru hukuk normunu tespit edecektir. Ancak bu tespit etmiş olduğu hukuk normunu taraflarla paylaşması kural olarak gerekli değildir (HMK m.33). Fakat HMK m.33'teki bu yetkiyi keyfilik olarak da anlamamak gerekir. Zira, hakim tarafından tespit edilen hukuk normu eğer, tarafların dilekçeleri ile şekillendirdiği anlaşılacak hukuk normundan kesinlikle farklı nitelikte ise hakim'in bu tespit etmiş olduğu hukuk normunu sürpriz karar verme yasağına aykırılık oluşmaması için taraflarla müzakere etmelidir (HMK m.31). Bunu hakim'in aydınlatma görevi içinde mütalaa etmek gerekir. Fakat tespit edilen hukuk normunun taraflarla müzakere edilmesi taraflardan izin alınması anlamında değerlendirilmemesi gerekir. Aksi halin kabulü HMK m.33'e aykırılık teşkil edecektir.

hakiminin taraflar olduğunu, bu yargılama biçiminde hakim'in yalnızca bir hakem rolü üstleneceğini, birinci yargılama türünün esasen ceza yargılaması, ikinci yargılamanın ise hukuk yargılaması olduğunu, hukuk yargılamasının bu itham edici karakterinin hakim'in tarafsızlığına dayanacağını, bu temel kuraldan iki sonucun ortaya çıkacağını, birincisinin hakim'in hiçbir zaman yargılamada taraflarca ikame edilmemiş delillere dayanarak (NCPC art. 7) ve yargılama dışında öğrendiği kişisel bilgisini kullanarak hüküm kuramayacağını, hakimle taraflar arasında bu anlamda bir görev dağılımı/ayrımını olacağını, vakıaları tarafların getireceğini, hakim'in ise hukuku re'sen uygulayacağını ifade etmektedir.

Olaya uygulanacak doğru hukuk normunun tespiti maddi gerçekliğe uygun karar verilmesinde ve medeni yargılama hukukunun amacının gerçekleştirilmesinde ilk basamaktır. Bunun doğru yapılmış olması, medeni yargılama hukukunun amacının gerçekleştirilmesinde olumlu bir adımdır ancak kesinlikle yeterli değildir.

Doğru hukuk normunun tespitinden başka hakim “altlama faaliyetini” de isabetli yapmalıdır. Altlama faaliyetini, tarafların getirdiği ve ispat ettiği dava malzemesi ile hakimin tespit edip bulduğu hukuk normunun soyut unsurlarının karşılanıp karşılanmadığının tespitine yönelen bir yargısal faaliyet olarak nitelendirmek mümkündür. Her hukuk normunun kendi içinde öngördüğü sonucun meydana gelebilmesi için o hukuk normunun yine kendi içindeki unsurlarının tarafın getirdiği ve ispat ettiği malzeme ile karşılanması gerekir. Bunun karşılanıp karşılanmadığını niteleyecek ya da takdir edecek olan da hakimdir. Örneğin davacının haksız fiilden kaynaklanan tazminat isteminin kabul edilebilmesi için salt olaya uygulanacak haksız fiil hükümlerinin isabetli olarak tespiti yeterli olmayıp, somut olayda davacı tarafından getirilen ve ispat edilen dava malzemesi ile tespit edilen haksız fiille ilişkin hükmün alt unsurlarının (kusur, zarar, hukuka aykırı fiil, illiyet bağı) karşılanıp karşılanmadığının da hakim tarafından doğru belirlenmiş olması gerekir. Eğer hakim bu faaliyeti yanlış yaparsa vereceği kararın da maddi gerçekliği temsil eden bir karar olmaktan uzaklaşacağı açıktır. Bu bağlamda örneğin, olaya uygulanacak olan hukuk normu doğru tespit edilmiş olmakla birlikte eğer davacı kusuru ya da zararı ispat edememiş olmasına rağmen hakim sanki kusur ya da zararın davacı tarafından ispat edilmiş gibi hareket edip aslında reddedilmesi gereken davayı kabul edecek olur ise altlama faaliyetini gereği gibi yapmamış olacak ve verilen karar da maddi gerçekliği temsil etmekten uzak olacaktır.

Dolayısıyla HMK m.33'teki kural kısa bir cümleden ibaret gibi görünse de maddi gereğe uygun karar verilmesi ve bu bağlamda adaletin tesisi bakımından hayati önemi haizdir.

Görüldüğü üzere HMK m.33'teki kural, sadece hukuk normunun tespiti işi ile sınırlı değildir. Bu, kuralın sadece bir görünümüdür. Bu kuralın diğer bir görünümü de yukarıda ifade edildiği üzere, maddi hukuk kurallarının unsurlarını karşılayacak maddi vakaların ve bunların gerçekten meydana gelip gelmediğinin (altlama) tespit edilmesidir. Burada yapılacak olan hata da verilen kararın maddi gerçekliği temsil etmesi ihtimalini ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla bu kararın da HUMK m.428/1 çerçevesinde bozulması mümkün olabilecektir.

HMK m.33'teki kuralın diğer bir görünümü de delillerin değerlendirilmesi noktasında kendisini göstermektedir. En azından Yargıtay uygulamasının bu yönde olduğuna işaret etmek gerekir. Bu bağlamda, hakim altlama faaliyetini yaparken delilleri yanlış değerlendirecek olur ise bu da verilecek kararın maddi gerçekliği temsil etmesi ihtimalini ortadan kaldıracaktır. Delillerin doğru değerlendirilmesi somut

olay adaletinin sağlanması bakımından hayati derecede önem taşımaktadır. Deliller doğru değerlendirilmemişse hakimın altlama faaliyetini başarı ile yerine getirmiş olmayacak ve dolayısıyla HMK m.33'ü başarı ile yerine getirmiş olduğunda da söz edilemeyecektir.

Bu noktada HUMK m. 428/b.5 hükmünden de kısaca söz etmek gerekir. HUMK m.428/b.5 “Mesele-i maddiyenin takdirinde hata edilmesi” kavramını bir temyiz sebebi olarak değerlendirmektedir. Maddenin lafzı ele alındığında sanki hakim maddi vakıaların değerlendirilmesinde yapmış olduğu hatayı bir temyiz sebebi olarak gördüğü sonucuna varmak mümkün gözükmemektedir. Oysa Yargıtay kararları meseleye anılan hükmün lafzından ziyade daha geniş perspektiften yaklaşmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, HUMK m.428/b. 5 hükmü tamamen bir altlama faaliyetinin denetimine ilişkindir. Zira aşağıda izah edileceği üzere anılan hükmü madde nin lafzında olduğu gibi vakıaların (olayların) değerlendirilmesinde yapılan hataların denetiminde esas alınacağını ya da delillerin değerlendirilmesinde yapılan hataların da bu madde çerçevesinde inceleneceğini kabul etsek de, sorun hep bir altlama faaliyetine ilişkin olarak kalmaktadır. Başka bir ifadeyle hakim maddi olayı yanlış değerlendirmiş ya da maddi olayları doğru değerlendirmiş olsa bile delillerin değerlendirilmesinde hataya düşmüşse her durumda altlama faaliyetini yanlış yapmış olacaktır. Dolayısıyla her iki durumda da HUMK m428/b.1 çerçevesinde “Kanunu yanlış tatbik etmiş” olacaktır. Delillerin değerlendirilmesinde yapılan hata da varılacak olan hükmün sıhhatini olumsuz etkileyeceğinden bu halde de esas olarak hakim yanlış karar vermiş olacağından, bu ihtimalde de “Kanun yanlış tatbik edilmiş” olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce HUMK m.428/b.1 hükmünün bulunduğu bir noktada HUMK m.428/b.5 hükmüne ihtiyaç yoktur. Nitekim 6100 sayılı HMK’da HUMK m.428/b.1 ve b.5’i birlikte karşılayacak şekilde ve isabetli olarak “hukuka aykırılık” bir temyiz sebebi sayılmaktadır.

Hakimin delillerin değerlendirilmesindeki hatalarının Yargıtay tarafından HUMK m.428/b.5 çerçevesinde denetlenebilir denetlenemeyeceği konusu doktrinde de tartışılmıştır. Ancak şimdiden belirtmek gerekir ki buradaki tartışmanın özellikle bir davanın serbest delil prensibine göre karar bağlanmasının söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkabileceğini söylemek yanlış olmaz. Zira bir dava kesin delille ispat edilecek türden bir ihtilafı içinde barındırıyorsa ispatın ancak kanunda önceden tayin edilen delillerle yapılabilecek olması ve hakimın de bu ispat vasıtası ile ilgili olarak takdir hakkına sahip olmaması karşısında burada tartışmakta olduğumuz sorunla karşılaşılması ihtimali son derece zayıflamaktadır. Dolayısıyla HUMK m.428/b.5 hükmü çerçevesinde yapılan tartışmalar her tür delille ispatının caiz olduğu davalar için önemini sürdürmeye devam etmektedir. Zira hakim bu tür davalarda HMK m.198 gereğince delilleri serbestçe değerlendirme imkanına sahiptir. Ancak bu tür davalarda deliller serbestçe değerlendirilebilirken esasen bir keyflikten de söz etmek

mümkün değildir. Söz konusu hüküm gerekçeli olarak verileceğinden bir delilin diğer delile nazaran neden öne çıkarılmış olduğu hususuna hakim gerekçesinde ayrıntılı olarak yer vermelidir. Bu yönüyle serbest delil prensibine tabi davalarda verilen kararların kanuni ispat modelinin geçerli olduğu davalarda verilen kararlara nazaran taraflarca daha zor kabullenilmesi söz konusu olabilmektedir.

HUMK'nun 428/b.5 hükmünü lafzı ile yorumlarsak, hakimın somut olayı yanlış değerlendirmesine bağlı bir temyiz sebebi olarak bu hükmü anlamak mümkün görünmektedir. Zira bu hükümden sadece hükmün lafzı ele alındığında delillerin değerlendirilmesinde yapılan hataların bir temyiz sebebi oluşturacağı sonucuna varmak neredeyse mümkün değildir. Fakat Yargıtay bu hükmün anlamını oldukça genişleterek delillerin değerlendirilmesi sırasında yapılan hataların denetlenebileceğini ifade ederek Anayasa'nın 154. maddesinin Yargıtay'a adliye mahkemelerince verilen kararları inceleme yetkisi tanınması sebebiyle bu denetim hakkının Yargıtay tarafından kullanılmasının Anayasa'nın 138. maddesi ile çelişkili bir durum yaratmayacağına işaret etmektedir⁸. Maddi vakıalar ile çelişir biçimde fahiş hatalarla delillerin değerlendirilmesi halinde Yargıtay'ın bu denetimi yapması kaçınılmazdır⁹.

Ancak doktrinde esas olarak Yargıtay'ın ilk derece hakiminin delilleri değerlendirmesi noktasında dikkate aldığı kriterleri HUMK m.428/b.5'e göre denetleyememesi gerektiği savunulmaktadır. Bu bağlamda Üstündağ'a göre, delillerin değerlendirilmesindeki hataların denetiminin istisnai olması gerekir. Bu görüşe göre, ancak sınırlı olarak ve açık hatalarda Yargıtay'ın delillerin değerlendirilmesindeki hataları inceleyebilmesini mümkün görmek lazım gelecektir. Ayrıca bu konuda yasal düzenleme şarttır¹⁰. Hemen belirtmek gerekir ki aşağıda da kanaatimizi ifade edeceğimiz üzere bu konuda bir yasal düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Nitekim Sivrihisarlı'ya göre de bu konuda yasal bir düzenlemenin bulunmasına gerek yoktur¹¹. Sivrihisarlı'ya göre, hakimın kararını gerekçelendirmesi tek başına yeterlidir¹². Kanaatimizce Sivrihisarlı'nın hakimın kararını gerekçelendirmesinin tek başına yeterli olacağı fikri zaten her kararın gerekçelendirilmesinin Anayasal ve HMK çerçevesinde bir zorunluluk olması karşısında gerçekçi ve sorunu çözüme pratiğinden uzaktır. Nitekim Yıldırım da haklı olarak bütün hükümlerin gerekçelendirilmesinin pozitif hukukun bir gereği ve önemli olanın bu gerekçelendirmeye rağmen yine de Yargıtay'ın bir denetim faaliyetini gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği hususu olduğuna vurgu yap-

⁸ HGK 15.10.1986 T, 2/39 E, 871 K sayılı karar (Yasa HD 1987/2, s.288-289). Ayrıntı için bkz. **M. Kamil Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 275 vd. **Murat Yavaş**, Senetle İspat, s. 281 vd.

⁹ **Murat Yavaş**, Senetle İspat, 282.

¹⁰ **Saim Üstündağ**, a.g.e., s. 837-838 .

¹¹ **Ömer Sivrihisarlı**, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978, s. 123.

¹² **Ömer Sivrihisarlı**, a.g.e., s.123.

maktadır¹³. Gerçekten de serbest delil prensibine tabi davalarda verilen kararların gerekçesi kanuni ispat modeline tabi bir davada verilen kararın gerekçesine nazaran tartışılmaya daha açıktır. Bu sonuç, bu tür davaların doğası gereğidir.

Kanaatimizce Türk hukukunda şu anda faaliyet göstermekte olan bir İstinaf Mahkemesi yapılanması ve dolayısıyla yeniden yargılama yapılarak bu arada delillerin değerlendirilmesinde gerçekleştirildiği iddia edilen hataların gözden geçirilmesi söz konusu olmadığından, Yargıtay'ın anılan hükme dayalı olarak delillerin takdirdindeki hatalarını inceleyebilmesini mümkün görmek gerekir. Zira kanun yolunun amaçlarından bir tanesi de somut olay adaletinin sağlanmasıdır. Aksi halin kabulü, delilin yanlış değerlendirilmesi sonucunda hükmün yanlış tesis edilmesine seyirci kalmak anlamına gelir. Eğer, delil doğru bir şekilde takdir edilmiş olsaydı farklı bir neticeye varılacaktı idiye, hakim böyle bir yargılamada vermiş olduğu karar HUMK m.428/b.1 anlamında "Kanunun ... yanlış tatbik edilmiş olması" sonucunu ortaya çıkaracaktır. Tüm bu nedenlerle hakim eğer yazılı delil başlangıcındaki inandırıcılık unsurunu fahiş bir şekilde yanlış değerlendirmişse, Yargıtay'ın bunu denetleyebilme imkanına sahip olduğunu kabul etmek gerekir¹⁴.

¹³ **M. Kamil Yıldırım**, *Delilerin Değerlendirilmesi*, s. 277.

¹⁴ 1086 sayılı HUMK m.292'de yazılı delil başlangıcı ifadesine yer verilmişken, 6100 sayılı HMK'da ise "delil başlangıcı kavramı ihdas edilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, her iki kurum senetle ispat ile serbest delil prensipleri arasında köprü vazifesi görmesi açısından aynıyet arz etmekle birlikte "delil başlangıcı" kavramı sayesinde ve özellikle HMK m.199 hükmü ile birlikte ele alındığında hakim keskin delikle ispatı gereken davalarda artık daha fazla ispat vasıtasını değerlendirebilmesi mümkün hale gelebilmiştir. Kanaatimizce, HMK m.199 kapsamında belge ile senet ayırımının yapılmış olması ileride yaşanabilecek olan teknolojik gelişmelere karşı kanun koyucunun şimdiden hazır olması bakımından önemli ve olumludur. "Delil başlangıcı" kavramı ile senetle ispat kuralı sebebiyle maddi hakikate ulaşmanın güç olabileceği hallerden mümkün olduğunca uzaklaşmaya çalışıldığı görülmektedir. HMK'nın söz konusu düzenlemesi ile (m.199) daha önce yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında ciddi tartışmalar bulunan teknolojik veriler de (faks, mikrofilm) bu kapsamda değerlendirilebilecek ve böylece senetle ispatı gereken davalarda bu unsurlar –delil başlangıcına ait diğer şartları taşıması halinde- delil başlangıcı olarak kabul edilebilecektir. Böylece ispat yükü altında olan taraf kesin delille ispat etmesi gereken vakia hakkında takdiri delile müracaat edebilecektir. 1086 sayılı HUMK'da yer alan "yazı" kelimesinin 6100 sayılı HMK ile kaldırılmış olması, serbest delil sistemine geçiş olanağını önemli ölçüde artıracaktır. Nitekim, HMK'nın bu düzenlemesine yansıyan tercih, mukayeseli hukukta ve özellikle Fransız Medeni Kanunu'nun 1347. maddesine yönelik doktriner tartışmalar ve mahkeme içtihatları neticesinde serbest delil sistemine geçiş tarzında ortaya çıkan eğilime uygun düştüğünü söyleyebilmek mümkündür. Fransız Hukuku'nda yaşanan gelişmelere paralel olarak "yazı" ifadesinin kaldırılması ve bunun yerine "delil başlangıcı" şeklinde genel bir ifadenin kullanılması olumlu olmuştur. HMK m.202 maddesindeki bu düzenleme ile Fransız Hukuku'nun güncel düzenlemesinden ileri bir adım atılmış olmaktadır (Karş. Fransız Medeni Kanunu'nun 1347. maddesi). Bu sayede, kanuni ispat modelinden serbest delil sistemine geçebilmek için imkan biraz daha artmış olacaktır. Fransız Hukuku'nda, kanun koyucunun senetle ispat kuralını muhafazakar biçimde koruma gayretleri (örn. Fransız Medeni Kanunu'nun 1342. 1345. ve 1346. maddeleri) doktrin ve yargı kararlarına aynı şekilde yansımamaktadır. Dolayısıyla eski düzenlemede olduğu gibi yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmemesi gereken bir unsur hakim tarafından bu niteliği haiz olarak kabul edilerek senetle ispatı gereken bir vakia hakkında takdiri

HMK m.33 açık olarak hakimin hukuku re'sen tatbik edeceğinden söz etmektedir. Dolayısıyla olaya uygulanacak olan hukuk normunun bulunması sorunu evleviyetle bu madde çerçevesinde hakimin hak ve ödevi kapsamına girdiğinden şüphe duyulamaz. Burada sözü edilen hukuk normundan ise sadece maddi hukuk kurallarının anlaşılabilmesi yaklaşımını haklı kılan hiçbir düzenleme söz konusu değildir. Dolayısıyla hakimin usul kurallarının ve prensiplerinin tatbikinde yapacağı hatanın da HUMK m.428/b.1 çerçevesinde bir temyiz sebebi ortaya çıkarması mümkün olabilecektir. Nitekim ispat yükünün tayini meselesini de bu bağlamda değerlendirmek gerekir. Zira HUMK m.428/b.1, Kanunun yanlış tatbik edilmesi kavramını geniş perspektiften değerlendirmektedir.

Bilindiği üzere davanın açılmasının sonuçlarından bir tanesi de hakimin davayı sonuçlandırması zorunluluğudur. Bu noktada tarafların ispat faaliyetlerinin neticesinden bağımsız olarak bu zorunluluk hakim üzerinde kalmaya devam etmektedir.

Davanın açılması ile usuli ilişki ortaya çıkar. Bu andan itibaren silahların eşitliği prensibi çerçevesinde her iki taraf da kanunun imkan verdiği sınırlar ve süreler dahilinde ispat faaliyetine girişirler. Ancak bu faaliyetin her zaman beklenen neticeyi ortaya çıkarması da söz konusu olmayabilir. Başka bir ifadeyle, ispat faaliyeti ile amaçlanan hakimde kanaat uyandırma sağlanamamış ya da ispatsızlık durumu meydana gelmiş olabilir. Bu halde hakimin, herhangi bir kanaate sahip olmaması ya da bizatihi her iki tarafın da iddiasını ispat edememiş olması, hakimin yukarıda sözü edilen davayı sonuçlandırma yükünü ortadan kaldırmayacaktır. İşte bu halde meselelerin ispat yükü kurallarına göre çözümlenmesi gerekecektir. Dolayısıyla bir davada ispat gereği yerine gelmiş ve hakimde bir kanaat oluşmuş ise ispat yükünün kimin üzerinde kalmış olduğu hususunun bir önemi kalmayacaktır. Gerçekten de, Fransız Hukukunda bazı yazarlara göre, şayet maddi gerçek biliniyorsa, vakianın ispatını kimin gerçekleştirmek zorunda olduğunun bir önemi yoktur¹⁵.

İspatsızlık durumunda hakim, ispat yüküne göre hüküm kurmak durumunda olduğundan, hakim ispat yükü kendisine düştüğü halde bunu yerine getiremeyen taraf aleyhine olarak hüküm kuracaktır. Nitekim Mouralis, şayet dermeyan edilen vakıalar ve ikame edilen delillerle hâkim yeterince aydınlatılmışsa bu hâlde de taraflardan birinin hâkimde oluşan bu kanaati sarıması gerekeceği, ancak şayet durum bu kadar net değil de; gerçeklik yeterince açıklığa kavuşturulamamışsa bu hâlde ispat yükünün kimin üzerinde olduğu meselesinin önem kazanacağını, modern hukuk-

delile müracaat edilmesi yolunun açılması delillerin yanlış değerlendirilmesi anlamına geleceğinden, aynı sonuç delil başlangıcı için de geçerli olacaktır (Ayrıntı için bkz. **Murat Yavaş**, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin (m.203-242) Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 531-555).

15 **Xavier Lagarde**, *Réflexion Critique Sur Le Droit de la Preuve*, Paris 1994, s.206, dn.500'de anılan J.Ghestin et G.Goubeaux, *Introduction générale*, in *Traité de droit civil*, sous la dir. De J.Ghestin no 581 s. 537.

larda hâkimin karar vermektan kaçınamayacağı kuralı da gözetildiğinde ve gerçeğin yeterince aydınlatılmadığı hallerde de hâkimin karar verme zorunluluğu devam ettiği düşünöldüğünde hâkimin bir karar vermek zorunda kalacağını, ispat yükü altında bulunan kişinin ispatta yetersiz kalması durumunun davanın hasmı lehine sonuçlanmasına yeteceğini ifade etmektedir. Bu hususu yazar, “ispat riski” olarak ifade etmektedir¹⁶. Fransız Temyiz Mahkemesi, bir kararında “Delil ikamesinin sonucunda belirsizlik ve şüphenin hasıl olması durumunda bu husus ispat yükü kendisine olan kişinin aleyhine yorumlanır” ifadelerine yer vermiştir (Cass. Soc. 31 Janv. 1962, Bull. Civ. IV, n 105).

Dilekçeler safhasının ve ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra hakim, en geç tahkikat safhasına girerken ispat yükünün kimin üzerinde kalmış olduğunu da tespit etmesi gerekir. Bu tespit kuşkusuz keyfi olarak değil, bazı usul ve maddi hukuk prensiplerine göre gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla hakim bir davada ispat yükünün kimin üzerinde kalmış olacağını belirlemeye çalışırken yine maddi ve usul hukuku kuralları ve ilkeleri ile sınırlı olacaktır. Burada yapacağı hatanın verilecek olan kararın sıhhatini olumsuz etkileyeceği açıktır. Bu bakımdan ispat yükünün tayini noktasında hakim tarafından yapılacak olan fikri faaliyetin HMK m.33 çerçevesinde mütalaa edilmesi gerektiği söylenebilir. Hakimin ispat yükünün kimin üzerinde kalmış olduğu noktasındaki hatasının da HUMK m.428/b.1 çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Ancak bu noktada hatırlatmak gerekir ki, bir davada ispat gereği yerine gelmiş ve hakimde bir kanaat oluşmuş ise ispat yükünün kimin üzerinde kalmış olduğu hususu ile bu konuda hakim tarafından yapılması muhtemel bir hatanın da önemi kalmayacaktır. Zira ispata muhtaç vakia ya da bu vakianın aksi taraflardan birisince ispat edilmiş olduğundan, ispatsızlık durumundan söz etmek mümkün değildir. Nitekim Mouralis'nin de haklı olarak ifade etmiş olduğu gibi hakim uyuşmazlığın esası ve iddialar hakkında bir kanaate varmışsa artık ispat yükünün paylaşılmasından bahsetmenin bir önemi bulunmamaktadır. Burada tartışılması gereken nokta hakimin hangi delillere dayalı olarak bir kanaate ulaştığı veya ikna edildiğidir. Başka bir deyişle hâkimin delilleri değerlendirmesi önemli bir rol oynamaktadır¹⁷.

Yukarıda ifade edildiği üzere hakim, en geç tahkikat safhasına girerken ispat yükünün kimin üzerinde kalmış olduğunu tespit etikten sonra bu tespitini taraflarla paylaşmaması gerekir. Zira, yargılama eşitler arasında bir mücadele ve sağlıklı bir hükmün temelinin de dava malzemesinin yoğun olarak dosyaya girmesine bağlı olduğundan hakim bu konuda taraf davranışlarına etki etmemesi gerekir. İspat yükü hakkında hakimin yapmış olduğu tespitin taraflarla paylaşılması, ispat yükü üzerinde olmayan tarafın davada pasif kalmasına sebebiyet vereceği açıktır. Bu yönüyle hakim,

¹⁶ Jean Louis Mouralis, Preuve, Rep. de procédure civile, Tome VIII, Avril 2005, s.109.

¹⁷ Jean Louis Mouralis, a.g.m., s.110.

ileride ortaya çıkabilecek ispatsızlık ihtimali için şimdiden ispat yükünün kimde kaldığını belirlemesi, ancak dosyaya delil niteliğindeki malzeme akışına etki etmemek için de bu tespitini taraflarla paylaşmaması gerekir.

Flour/Aubert/Savoux'ya göre, ispat yükünü taşımayan taraf çoğu hâlde pasif bir durumda kalmamakta hakimi ikna edebilmek için çaba sarf etmektedir. Dolayısıyla ispat yükünü üzerinde taşımayan taraf da hareket halindedir. Diğer yandan her ne kadar bu taraf (ispat yükünü taşımayan) kendi isteğiyle maddi gerçeğin ortaya çıkması için çaba sarf etmezse bu halde hâkim taraftan bu yönde çaba göstermesini talep edebilecektir. Nitekim C.C (Code Civil= Fransız Medeni Kanun) Art. 10'a göre taraflar yargılamada maddi gerçeğin ortaya çıkması amacıyla işbirliği yapmak zorundadırlar¹⁸. Kuşkusuz Türk Hukuku yönünden de taraf davranışlarının delil olarak değerlendirilmesi mümkündür (HMK m.192). Bu bağlamda örneğin tarafın hakimın istediği bir davranışı makbul mazereti olmaksızın yerine getirmemiş olması hakimın aleyhteki kanaati ile karşılaşması sonucunu doğurabilecek ya da örneğin bir iflasın ertelenmesine ilişkin talepten önce davacı şirketin, merkezini taşıması ve bundan sonra erteleme talebinde bulunması halinde davacının bu yargılama sürecinde hakimın aleyhteki kanaati ile karşılaşmasını mümkün kılacaktır. Bu sayılan örneklerin dışında, tarafın getirdiği malzemenin gerçeğe aykırı olması halinde taraf hakimın aleyhteki kanaati ile karşılaşabilecektir.

Ancak Fransız doktrininde Lagarde farklı bir sonuca ulaşmaktadır. Yazar, maddi hukuk kurallarının yetersizliğinin incelenmesinin bizleri şüphesiz hileli delillerin (*les preuves diaboliques*) varlığını öngörmeye götüreceğini, bununla beraber günümüz doktrininde ispat yükünün dağılımı meselesinin uyuşmazlık konusu hakkında bir şüpheye düşüldüğünde davanın kimin aleyhine sonuçlanacağı şeklinde ifade edilmeye çalışıldığını, ispat yükü meselesinin bu şekilde ele alınışının yetersiz olduğunu, ispat yükü sorununa hukuk düzenin mutlak olarak cevap vermesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁹. Kanaatimizce bu yaklaşımın isabetli olmadığı söylenebilir. Zira ispat bir tarafın her durumda yerine getirmesi gereken bir mükellefiyet değildir. Davanın aydınlatılması ve bu bağlamda maddi gerçekliğe ulaşmak noktasında arzu edilen bir olgudur. Dolayısıyla ispatsızlık her zaman bir davada karşımıza çıkabilecek risklerden bir tanesidir. Bu sebeple ispat yükü meselesinin yargılama hukuku bünyesinde tartışılması ve çözüme kavuşturulması noktasındaki teorik tartışmaların önemi yok sayılamaz.

Hakimin, ispat yükünün kimin üzerinde kaldığı hususunda yapmış olduğu faaliyetlerdeki bir hatası, reddedilmesi gereken bir davanın kabul edilmesi, kabul edilmesi gereken bir davanın da reddedilmesi sonucunu ortaya çıkaracağı, bunun da medeni yargılamanın amacı ile örtüşmeyeceği açıktır. Görüldüğü üzere burada yapılacak olan hata direkt olarak HUMK m.428/b.1 çerçevesinde “kanunun yanlış tatbik edilmesi”

¹⁸ Jacques Flour/Jean Luc Aubert/Eric Savaux, a.g.e., s.9.

¹⁹ Xavier Lagarde, *Réflexion Critique Sur Le Droit de la Preuve*, Paris 1994, s.203.

sebebine dayalı temyizın ortaya çıkmasına zemin hazırlayacaktır. Dolayısıyla ispat yükünün belirlenmesinde yapılacak olan hatalar yönünden yukarıda detaylı olarak izah edilen HUMK m.428/b.1 ve b.5 hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Zira ispat yükünün tayini meselesi de bir atlama faaliyeti olup, HMK m.33'ün görünüm biçimlerinden bir tanesidir.

II. İspat Yükü Kavramı

Bir davanın kazanılması ya da kaybedilmesinde en belirleyici unsur, iddia ya da savunmaya ilişkin vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğinin hakimi de ikna edecek biçimde ortaya konmasıdır. Kuşkusuz hakimin bu noktada iddia ya da savunmaya ait bu vakıaların meydana gelip gelmediğini re'sen inceleyebilmesi mümkün değildir²⁰. Bu, her şeyden önce dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ile de uyumlu olmayacaktır. Anılan ilke çerçevesinde taraflar vakıa ve delillerini dosyaya sunmuşlarsa bu aşamada ispat yükünün kimin üzerinde kalmış olduğunun da bir önemi olmayacaktır. Zira hakim bu halde, tarafların getirdiği delilleri incelemek durumunda olacaktır. Getirilen deliller dava hakkında bir kanaatin oluşmasına yardımcı olmamışsa ispat yükünün hangi tarafın üzerinde kalmış olduğunun tayini esaslı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda sorun, ispatsızlık durumunda kendini gösterir. İşte bu noktada sorulması gereken temel soru bu vakıanın meydana gelip gelmediğinin ortaya konması yükü kimin üzerindedir noktasında yoğunlaşmaktadır. Pekcanitez/Atalay/Özekes'e göre, ispat yükü, belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usuli bir yüküdür²¹. Kuru'ya göre ihtilafı vakıaların kim tarafından ispat edilmesi gerektiği meselesi ispat yükü olarak anlaşılmalıdır²². Postacıoğlu'na göre ispat yükü belirli bir vakıanın taraflardan birisince ispat edilmesi mecburiyetini ifade etmektedir. Bu mecburiyet altında olan kimse, bu ispat gereğini yerine getiremezse o vakıa ispat edilememiş sayılacak ve hukuki sonuçlar buna göre ortaya çıkabilecektir²³. Umar/Yılmaz'a göre, ispat yükü, belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın ispatsız kalması yüzünden hakimin aleyhte bir kararı ile karşılaşmak tehlikesidir²⁴. Topuz'a göre, ispat yükü kavramı olarak, belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının ispatlanamaması halinde hakimin aleyhte kararı ile karşılaşması tehlikesidir²⁵. Esas olarak Umar/Yılmaz'ın haklı olarak işaret ettiği gibi, ispat yükü meselesini sadece

²⁰ **Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s. 560 vd.

²¹ **Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes**, a.g.e., s. 561.

²² **Baki Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C.II, s. İstanbul 2001, s. 1972.

²³ **İlhan E Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 533.

²⁴ **Bilge Umar/Ejder Yılmaz**, İspat Yükü, İstanbul 1980, s. 2. Ayrıca bkz. **Sema Taşpınar**, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 160.

²⁵ **Gökçen Topuz**, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012, s. 36.

davanın sonucunu ya da başka bir ifade ile bir davanın kazanılmasını ya da kaybedilmesini etkileyen bir kavram olarak görmemek gerekir. Zira davanın devamı sırasında ortaya çıkan ve halledilmeksizin davaya ait başkaca usul işlemlerinin yapılması ihtimalini devre dışı bırakan hukuki sorunlar yönünden dahi ispat yükü meselesi karşımıza çıkabilecektir. Dolayısıyla bu tür ara ihtilaflar (ön sorunlar) yönünden de hakim bir sonuca varabilmesi bakımından ispat yükü kavramından istifade edilmesi söz konusu olabilecektir²⁶.

Mouralis'e göre, ispat yükü esasen tarafların arasındaki zorluklar taşıyan ispat yükünün paylaşılmasını ifade eder. Motulsky'e göre ispat yükünü tarafların davayı kaybedecekleri korkusuyla kanun tarafından tesis edilmiş yollar aracılığıyla davacı tarafından varlığı iddia edilen, hasım tarafındansa inkâr edilen hakkı doğuran vakıaların doğruluğunun ispatlanması ihtiyacı olarak tanımlamak mümkündür²⁷.

Borçların ispatıyla ilişkili olan C.C art. 1315 genel bir kuralı düzenlemektedir. "Bir borcun ifasını talep eden kişi öncelikle o borcun varlığını ispatla mükelleftir." Buna benzer bir hüküm ve uygulama Türk Hukukunda da mevcuttur. Nitekim Yargıtay bir kararında "Türk Medeni Kanunu'nun 6.maddesi hükmü uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Gerek doktrinde, gerek Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Öte yandan ileri sürdüğü bir olaydan kendi yararına haklar çıkarmak isteyen kimse iddia ettiği olayı kanıtlaması gerekir" ifadelerine yer vermiştir²⁸. Buna karşın borcun sona erdiğini iddia eden kişi de ödemenin veya borcu sona erdiren vakıanın varlığını ispatla mükelleftir. O halde bu madde ispat yükünün paylaşılması bakımından kronolojik bir sıra öngörmektedir²⁹. Fransız Hukukunda, C.C art. 1315, bir davada birçok ispat aşamasını öngörmektedir. İlk olarak davacının talep sonucunun dayanağını oluşturan bir vakıaya karşı davalı sadece basit bir inkârda bulursa, *actori incumbit probatio* kuralı gereği davacı vakıayı ispatla yükümlü hâle gelecektir. Ancak davalının muhalefeti basit bir inkârdan farklıysa durum farklılaşır. Bu bağlamda, davacı ispat yükü gereği yeteri derecede delili ikame etmesine karşılık davalı bir def'i ileri sürebilir. Bu şekilde birden çok kere ispat yükü davada yer değiştirebilir³⁰.

²⁶ **Bilge Umar/Ejder Yılmaz**, a.g.e., s. 2. "Davanın geçerli delillerle ispat edilmesi gerekir. İspat yükü davacıya ait olduğuna ve dava geçerli delillerle ispat edilememiş bulunduğu göre, ispat olunamayan davanın reddi gerekir" (13 HD 23.10.1974 T, 2807 E, 2575 K sayılı karar, AD 1975/1-2, s.29).

²⁷ **Jean Louis Mouralis**, a.g.e., s.112'de anılan, MOTULSKY, Principes de réalisation méthodique de droit privé, these, Lyon, 1947.

²⁸ HGK 22.5.2013 T, 2012/6-1575 E, 2013/732 K sayılı karar (kazancı içtihat).

²⁹ **Jean Louis Mouralis**, a.g.e., s.109.

³⁰ **Jacques Flour/Jean Luc Aubert/Éric Savaux**, a.g.e., s.8. Ayrıca bkz. **Sema Taşpınar**, a.g.e., s. 159 vd.

Ancak bu genel kural çoğu zaman kanuni karineler aracılığıyla değiştirilmektedir³¹. Bu kanuni karinelerin bazıları kesin olmasa da bu tür kanuni karineler de ispat yükünü belirlemede ve bazı hâllerde ispat yükünün gerçek bir yer değiştirmesi hâlini teşekkül ettirmektedirler. Gerçekten de, hakim'in iddia edilen vakıanın inandırıcı şekilde ispat edilip edilmediği noktasındaki vicdani kanaati, her zaman tam olarak meydana gelmemiş olabilir. Fransız hukukunda, bazı ispat vasıtalarının kabul edilebilirliğini sınırlayan Medeni Kanun hükümleri, kanuni karineler ile hakim'in delili değerlendirme imkanını ortadan kaldırmaktadır. Karineler, ispattan tamamen bir koruma sağlamamaktadır. Ancak daha ziyade ispat konusunun yer değiştirmesi söz konusu olmaktadır³².

Kanuni karine, öyle bir sonuçtur ki, kanun bunu bilinen bir vakıadan çıkarıp bilinmeyen bir vakıaya uygulamaktadır. Karinenin varlığı hâlinde karineye dayanan kişi bakımından ispatlanacak vakıanın değişmesi onun lehine bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bilinen vakıanın ispatı daha kolay olacaktır. Kanuni karine, ispat yükü kendisinde olan kişinin delil ikamesini de kolaylaştırmaktadır. Örneğin babasıyla soy bağıını kurmaya çalışan çocuk babalık karinesi söz konusu edebilecek vakıaları (karine temelini) ispatla mükellef olacak örneğin kendi doğumunun evlilik içinde gerçekleştiğini ispat etmek zorunda kalacaktır. Şayet bir kesin kanuni karine söz konusuysa buradan çıkan ispat da artık kesin olacaktır. Zira karinenin aksini ispat edebilmek mümkün olmayacaktır. Buna karşılık şayet kesin olamayan bir kanuni karine söz konusuysa bu hâlde karşı taraf karinenin aksini ispat edebilecektir.

Bu noktada “ispat yükünün paylaşılması” kavramında da kısaca söz etmek gerekir.

İspat yükünün ağırlıklı noktasını hangi vakıanın kim tarafından ispat edileceği meselesi oluşturmaktadır. İşte bu tespit eden kurallara ispat yükünün paylaşılması kuralları denilmektedir³³. Fransız Hukukunda, taraflar arasında ispat yükünün paylaşılması meselesi ciddi bir doktriner tartışmaları da beraberinde getirmektedir³⁴. Lagarde'a göre, ispat yükünün dağılımının belirlenmesine ilişkin tartışmalar, ispat kurallarının yetersizliği çerçevesinde incelenmesi doktrindeki yeni akımın bir sonucudur³⁵.

Fransız Hukukunda, C.C art. 1315 ile “*actori incumbit probatio*” kuralını kabul edilmiştir. Yani HMK m.190'da olduğu gibi iddia sahibi iddiasını ispat edecektir. Bu

³¹ Sema Taşpınar, a.g.e., s. 151 vd. Ayrıntı için bkz. Gökçen Topuz, a.g.e., s. 59 vd.

³² Jean Devèze, Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, Grenoble 1980, s.469; Frédérique Ferrand, “Preuve”, Répertoire de procédure civile, Dalloz, Janvier 2006, s.1-184, (s. 153).

³³ Bilge Umar/ Ejder Yılmaz, a.g.e., s. 5

³⁴ İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, s. 536.

³⁵ Xavier Lagarde, a.g.e., 204.

ispat hukuku açısından genel bir kuraldır. Bu genel kavramdan hareket ederek ispat yükü meselesini sağlıklı tespit edebilmek mümkün değildir³⁶.

Aubry ve Rau'ya göre, davacı veya davalı tüm taraflar talep sonucunun dayanağını oluşturacak, onların davayı kazanmalarını sağlayacak tüm vakıaları dermeyer etmek zorundadırlar. Ancak ispat zorunluluğu bunun ötesine geçemez. Buna göre söz konusu taraf varlıkları hakkının elde edilmesine engel olacak³⁷ hususların var olmadığını ispatla yükümlü tutulamaz³⁸. İspat yükü dağılımında menfi vakıa ispatından kaçınma meselesi de önem taşımaktadır³⁹. İspat yükü dağılımının bir hukuk politikası ile ilgili olduğu da ifade edilmektedir⁴⁰.

Lagarde'a göre⁴¹, ispat yükü kavramı, iki kavram üzerine kuruludur. İlki delil ikamesi kavramı (*l'administration de la preuve*); ikincisiyse ikame edilen delillerin değerlendirilmesi kavramıdır (*l'etablissement du fond des propositions de preuve*). İspat yükünü kimin taşıdığı sorunu ispat yükü meselesinin esas sorunudur. O halde "ispat etmek" fiili hem delil ikamesini hem delilin içeriğinin tesis edilmesini çağrıştırabilir. Buna göre "ispat etmek" fiilini bu iki kavrama göre bir ayrıma tabi tutmak gerekmektedir⁴².

1) İspat Yükü ve Delil İkamesi

Lagarde'a göre, doktrinde şayet ispat yükü kavramı, delil ikamesi kavramıyla karıştırılırsa ispat yükü kavramının yanlış olarak kullanıldığı sonucuna varmak gerekecektir. Bu iki kavram karıştırılırsa yargılamada tüm tarafların hatta ve hatta hâkimin bile ispat yükünü taşıması gibi çok yanlış bir sonuç ortaya çıkar. Bu mülahazanın kuvveti kendini "delil ikamesi" kavramının pozitif hukukta ortaya çıkmasında bulur. Delil ikamesi hâkimin huzuruna delil getirmek/ikame etmektir. Öyle ki eskiden böyle bir faaliyetin tarafların yararına olduğu sonucuna varmak gerekirdi; ancak bu çözümleme NCP' (Nouveau code de procedure civil= Fransız Yeni Medeni Yargılama Kanunu) nin yürürlüğe girmesiyle önemli bir darbe aldı. 5 Temmuz 1972' de yürürlüğe giren kanunla C.C'in 10. Maddesi değiştirilmiş ve kesin bir ifadeyle "nemo tenetur edere contrase" kuralına paralel olarak "(Maddi) gereceğin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla tarafların tüm iddia ve vakıalarını mahkeme önünde dermeyer

³⁶ Jean Louis Mouralis, a.g.e., s.112; Jacques Flour/Jean Luc Aubert/Eric Savaux, a.g.e., s.8

³⁷ Yazarlar bundan kasıt olarak teknik anlamda def'ileri ve itirazları ifade etmektedirler. *Qui fait obstacle au droit ou consitutue une déchéance...* Hakkı engelleme tabiriyle def'i, hakkı sukut ettirme tabiriyle de itirazın anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

³⁸ Jean Louis Mouralis, a.g.e., s.112'de anılan görüş.

³⁹ Oğuz Atalay, Medeni usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 102 vd.

⁴⁰ Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren- Yıldırım, a.g.e., s. 310.

⁴¹ Xavier Lagarde, a.g.e., s.203.

⁴² Xavier Lagarde, a.g.e., s.204.

etmeleri” gerektiği düzenlenmiştir. Bu teorik kural uygulamasını NCPC art. 11, 138 ile 142 arasındaki hükümlerde bulmaktadır⁴³.

Delil ikamesi (sübjektif ispat yükü) taraflardaki deliller bakımından mümkün olabileceği gibi; üçüncü kişideki deliller bakımından da mümkün olabilecektir. O halde delil ikame zorunluluğu yargılamanın başında belirlenip de yalnızca taraflardan birine yüklenmemektedir. Hatta bazı zamanlarda hakimin dahi delil toplanmasında gerekli önlemleri ve işlemleri yapma zorunluluğu doğmaktadır. Öyle ki delil ikame yükünü, ispat yükü olarak algılamak hâkimin ispat yükünü taşıdığı gibi kabul edilmesi mümkün olmayan bir sonuca varılmasına yol açacaktır. Bu yön objektif ispat yükü ile (ispat yükü) sübjektif ispat yükü (delil ikame yükü) arasındaki bir farkı ortaya koymaktadır.

2) İspat Yükü ve Delillerin Değerlendirilmesi

İspat yükü kavramının delillerin değerlendirilmesi kavramının içinde yer almadığı açıktır. Bu bağlamda derhal, delillerin değerlendirilmesi kavramının ispat yükü kurumunu karşılamadığı söylenmelidir. Delillerin değerlendirilmesi, ikame edilmiş delilin uyumsuzluğun içeriğiyle ne kadar ilişkili olduğunu çözümlenmekten ibarettir. Bu, münhasıran uyumsuzluğu çözmekle ve görmekle görevli olan hakime verilmiş bir görevdir. Elbette tarafların talep sonucunu haklı göstermek için ikame ettikleri delillerle hâkimi ikna etmeye çabaladıkları açıktır. Lagarde, tarafların bu faaliyetine hukuki bir kavram ihdas etmenin gereği olmadığını düşünmektedir⁴⁴. Hâkim tarafların talebini veya davacının davasını kabul etmediğinde bu sonuç her halükarda tarafın ispat yükünü yerine getirememesiyle ilgili değildir. Burada hâkim maddi hukuk normunu talep sonucuyla birlikte değerlendirmektedir. Örneğin: Hâkim bir tazminat davasında davalının kusurunun olmadığını saptarsa davayı reddedecektir. Bu maddi hukuk normunun olaya uygulanmasından ibarettir; ayrıca davacının kendisine düşen ispat yükünü yerine getirip getirmediğinin araştırılmasına lüzum olmayacaktır.

Yukarıda ifade edildiği ve Fransız Hukukunda da kabul edildiği üzere, ispat yükü kavramı ispatsızlık (belirsizlik) halinde önem taşır. Aynı yazarlara göre ispat yükü kurumunun önemi kendini uyumsuzluğun esası bakımından bir belirsizlik olduğu durumlarda ortaya çıkar⁴⁵. Kanaatimizce de Fransız Hukukunda doktrindeki

⁴³ **Xavier Lagarde**, a.g.e., s.205. Türk Hukukunda da ispatsızlık durumunda hakimin ispat yükü kendisine düştüğü halde bunu yerine getirememiş olan taraf aleyhine hükmün verilmesi “objektif ispat yükü” olarak anılmaktadır. Bunun karşısında ise delil ikame yükü sübjektif ispat yükü olarak ifade edilmektedir (**Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren- Yıldırım**, a.g.e., s. 309).

⁴⁴ **Xavier Lagarde**, a.g.e., s.205.

⁴⁵ **Xavier Lagarde**, a.g.e., s.206, dn.500’de anılan J.GHESTİN ET G.GOUBEUX, Introduction générale, in *Traité de droit civil, sous la dir. De J.GHESTİN* no 581 s. 537.

bu görüş tutarlılığını kabul etmek gerekir. İspat yükü kavramı delil ikamesi kavramına yabancıysa ve zaten hâkimin delilleri rahatlıkla değerlendirebildiği hâllerde ispat yükünün bir önemi kalmıyorsa, ispat yükü kurumunun esas ilişkili olduğu hususun hâkim için delillerin değerlendirilmesinin imkansız olduğu hâller olarak ortaya çıkmasını öngörmek mümkün gibi durmaktadır⁴⁶. Doktrinin önemli bir kısmı ispat yükü meselesini; delillerin değerlendirilmesinin imkansız olması hâliyle birlikte incelemektedir.⁴⁷ İspat yükünün taraflara ait olduğunu ifade etmekte büyük yarar vardır. Zira maddi hukuk kurallarının uygulanması delillerin yetersiz olduğu hallerde başlı başına mümkün olmaz. Bu haldeyse artık ispat riskinden⁴⁸ söz etmek gerekir.

Varlık sebebi ispat riski problemini çözmek olan ispat yükü kuralları kural olarak kamu hukukuna ilişkin olarak kabul edilemez. Zira bunlar kişilerin menfaatleri için düzenlenmektedirler. O hâlde tarafların bu kurallara aykırı prensipler belirlemede de bir sakınca bulunmamaktadır. Burada esas olarak ispat yükü kendisine ait olmayan kişi anlaşmayla ispat riskini taşımaktadır. Fransız Hukukunda tereddüt halinde içtihat ispat yükü sözleşmesi yapılmadığı şeklinde bir değerlendirme yapmaktadır. Zira hukukta feragat iradesi açık değilse, haktan feragatin var olmadığı şeklinde bir yorum yapmak gerekir⁴⁹.

Esas olarak bu noktada, HMK'da belirlenmiş olan usuli sözleşmelerin dışında başkaca usuli sözleşmelerin yapılıp yapılamayacağı tartışılması söz konusu olabilir. Bu anlamda, HMK'da sayılanlar dışında başkaca usuli sözleşmelerin yapılamayacağı, zira usul kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğundan hareket edilebilir. Ancak usul kurallarının her tür ihtiyacı önceden tespit edemeyeceği dikkate alındığında, taraflardan birinin usuli haklarını diğeri aleyhine ya da lehine olarak etkileyecek nitelikte bulunmamak kaydıyla bu tür sözleşmelerin yapılabilmesine imkan vermek gerekir.

Sonuç:

HMK m.33 çerçevesinde hakim hukuku re'sen uygular prensibinin altlama faaliyeti ile yakından ilişkisi olduğu açıktır. Bu faaliyet çerçevesinde, hakim olaya uygun hukuk normunu doğru tespit edememesi, tespit etmiş olsa bile bu hukuk

⁴⁶ Fransız Temyiz Mahkemesi bir kararında: "Senedin altındaki imza inkar edildiğine veya tarafça tanınmadığına göre; hukuki işlemin geçerli olup olmadığını araştırma görevi hâkime düşmektedir. Şayet hâkim tarafından yapılan araştırma işlemin geçerliliğinden şüphe etmesi sonucunu doğuruyorsa; işlemle talep sonucunun dayanağını oluşturan kişinin talebinin haklılığından şüphe etmek gerekecektir" ifadelerine yer vermiştir (Civ. 1re 13 octobre 1992, B. I n 253 s. 167).

⁴⁷ **Xavier Lagarde**, a.g.e., s.206, dn. 502'de gösterilen yazarlar.

⁴⁸ İspat riski kavramı, talep sonucunun dayandığı vakıyı ispatla mükellef olan kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı hakim vakıyanın doğruluğu/gerçekliği hakkında şüpheye düşmesiyle beraber bu kişinin davayı kaybetmesini ifade etmektedir (Jacques Flour/Jean Luc Aubert/Eric Savaux, a.g.e., s.8) .

⁴⁹ **Jacques Flour/Jean Luc Aubert/Eric Savaux**, a.g.e, s.8.

normunun unsurlarının taraflarca getirilen ve ispat edilen vakıalar ile örtüşüp örtüşmediği noktasında yapacağı yargısal faaliyetin yerinde olmaması, delillerin değerlendirilmesinde yapabileceği hataların tümü esas olarak atlatma faaliyetinin yanlış yapılmasına ve dolayısıyla hükmün de maddi hakikati temsil etmekten uzak olmasına sebebiyet vereceği görülmektedir. İşte ispat yükünü de tayin etmesi gereken hakimin, bu yükün tayin edilmesi sırasında kullanması gereken usul kural ve prensiplerine aykırı hareket etmesi faraziyesinde özellikle ispatsızlık riski ortaya çıktığında vereceği kararın yanlış olması tehlikesi ortaya çıkacak olup, bu durum, medeni yargılamanın amacı olan maddi gerçeklik kavramıyla bağdaşmayacaktır. Hakimin ispat yükünün tayin edilmesinde kullanacağı usul kural ve prensipler de atlatma faaliyeti içinde mütalaa edildiğinde, bu noktada yapılacak olan hatalar yönünden HUMK m.428/1, 5 hükümleri dairesinde bir temyiz sebebi düşünülebilecektir.

KAYNAKÇA

Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009.

Atalay, Oğuz: Medeni usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001

Devèze, Jean: Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, Grenoble 1980.

Yılmaz, Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. Bası, Ankara 2013.

Ferrand, Frédérique "Preuve", Répertoire de procédure civile, Dalloz, Janvier 2006, s.1-184.

Flour, Jacques / Aubert, Jean Luc / Savaux, Eric: Droit Civil 3. Le Rapport d'obligations, Paris 2004.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C.II, s. İstanbul 2001

Lagarde, Xavier: Réflexion Critique Sur Le Droit de la Preuve, Paris 1994.

Mouralis, Jean Louis: Preuve, Rep. de procédure civile, Tome VIII, Avril 2005.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012.

Postacıoğlu, İlhan E.: Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964 (Kısaltılmışı: İspat Memnuiyeti).

Postacıoğlu, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975 (Kısaltılmışı: Medeni Usul Hukuku Dersleri)

Sivrihisarlı, Ömer: Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978.

Taşpınar, Sema: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Topuz, Gökçen: Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012.

Umar, Bilge / Yılmaz, Ejder: İsbat Yükü, İstanbul 1980.

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2000.

Yavaş, Murat: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999.

Yavaş, Murat: Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Turan Yayınevi, Ankara 2009.

Yıldırım, M. Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

Yıldırım, M. Kamil: Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul 2001.

TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI GÖZETİM KURULUŞLARININ YENİ REJİMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Some Assessments About the New Regime of
Turkish International Inspection Agencies)

Oğuz CANER*

ÖZET

Son dönemde uluslararası ticarete özel veya resmi kuruluşlar aracılığı ile yapılan gözetim uygulamaları yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Türk hukuku bakımından dış ticarete konu malların kalitesinin ve miktarının kontrolü; depolama, yükleme, boşaltma ve nakil esnasındaki durumunun tespiti ile döviz kuru ve mali şartlar da dâhil olmak üzere fiyatının ve gümrük sınıflandırmasının doğruluğunun saptanması konusundaki uluslararası gözetim faaliyetlerini yürüterek gözetim raporu tanzim etme yetkisine sahip olan kuruluşlar, uluslararası gözetim kuruluşu olarak tanımlanmaktadır.

Bu makalede Türkiye'deki uluslararası gözetim kuruluşları değerlendirilerek, uygulamaya faydalı olabileceği umut edilen öneriler yapılmıştır. Ayrıca bu kuruluşların sorumlulukları çeşitli açılardan değerlendirilerek incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Gözetim, Uluslararası Gözetim Kuruluşları, Sevk Öncesi Denetim, Gözetim Uygulaması, Gözetim Raporu.

Abstract

In the last decades, inspection agencies and inspection agreements have gained wide acceptance in international trade that made through private or public institutions. In Turkish system, international inspection agencies authorized about quality and quantity control of the goods that subject foreign trade; storage, loading, unloading and exchange rate determined by the during transport and including the price and financial conditions to determine the accuracy of the customs classification, control of the quality and quantity of goods subject to foreign trade. As a result of performed inspection activities, a report issued to organizations that have the inspection power, called the international inspection agency.

* Yrd. Doç. Dr. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.
oguzcaner@gmail.com

In this article, the international inspection agencies in Turkey reviewed, and some suggestions that expected to practice may be useful. In addition, the responsibilities of these agencies has been examined from different angles evaluated.

Keywords: International Inspection, International Inspection Agencies, Pre-Shipment Inspection, Inspection, Inspection Certificate (Report).

I. Genel Olarak

İletişimin ve ulaşımın kolaylaşması, sermaye transferinin pratikleşmesi gibi sebepler uluslararası ticari faaliyetlerin gelişimini de olumlu etkilemiş, uluslararası ticari faaliyetler son derece kolay hale gelmiştir. Uluslararası nitelik arz eden sözleşmelerde tarafların birbirlerinden uzak olmaları, sözleşmenin hazır olmayanlar arasında yapılıyor olması, sözleşmede belirlenen malların teslim edilmemesi riskinin bulunması ve akreditife uygun olup olmadığının tespiti gibi sebeplerle uluslararası gözetim kuruluşları tarafından denetim yapılması uygulamasına gidilebilmektedir.

Dış ticarete ihtilafların önemli kısmı gönderilen malların sözleşme şartlarına uyup uymadığı noktasında toplanmaktadır. Sözleşmelerdeki ayrıntılı düzenlemeler her zaman ihtilafları önlemeye yetmemektedir. Uluslararası ticarete, sözleşme konusu malların evsafa uygun olup olmadığının tarafsız ve uzman kişi ve kuruluşlarca denetlenmesi uygulaması, uygulamadaki bu ihtilafa çözüm olma amacındadır. Gözetim kuruluşları olarak adlandırılan bu kuruluşlar yurtdışına mal sevkiyatını konu edinen sözleşmelerde malların sözleşme koşullarına uygunluğunu denetlemek maksadıyla gözetim uygulaması icra etmektedirler¹.

Türk hukuku bakımından dış ticarete konu malların kalitesinin ve miktarının kontrolü; depolama, yükleme, boşaltma ve nakil esnasındaki durumunun tespiti ile döviz kuru ve mali şartlar da dâhil olmak üzere fiyatının ve gümrük sınıflandırmasının doğruluğunun saptanması konusundaki uluslararası gözetim faaliyetlerini [Tebliğ m. 4/1(e)] yürüterek gözetim raporu tanzim etme yetkisine sahip olan kuruluşlar, uluslararası gözetim kuruluşu olarak tanımlanmaktadır.

Dünyadaki uygulamaya bakıldığında bazı devletlerde gözetim raporu alınması zorunluluğu bulunmaktadır; hatta bütün ithalat işlemlerinde gözetim raporu talep eden devletlerin varlığı burada ifade edilmelidir².

¹ Şanlı C.: Uluslararası Ticari Aktillerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beşinci Bası İstanbul 2013, s. 28-29. Ayrıca konu ile ilgili olarak bkz. *Biton E.*: Uluslararası Gözetim Şirketleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2000.

² Hâlihazırda, Angola, Bangladeş, Benin, Burkina Faso, Burundi, Kamboçya, Kamerun, Orta Afrika Cumhuriyeti, Komorlar, Kongo Cumhuriyeti, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Fildişi Sahili, Ekvator Etiyopya, Gine, Hindistan, Endonezya, İran, Kenya, Kuveyt, Liberya, Madagaskar, Malavi, Mali, Moritanya, Meksika, Mozambik, Nijer, Senegal, Sierra Leone, Togo ve Özbekistan'da dış ticarete kısmen veya tamamen zorunlu gözetim uygulaması bulunmaktadır. Örneğin Kuveyt'te 3000 Amerikan dolarının üzerindeki işlemlerde gözetim zorunluluğu bulunmaktadır.

II. Uluslararası Gözetim Faaliyetlerinin Kapsamı

Tebliğ'in kapsamını belirleyen 2'inci maddesi incelendiğinde uluslararası gözetim uygulamasının Tebliğ kapsamında yapılan ve Tebliğ kapsamı dışında kalan gözetim uygulamaları olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir.

İlk olarak, 2015/24 sayılı Tebliğ'in uygulanma alanı, işbu Tebliğ'e göre uluslararası gözetim şirketi statüsü verilen kuruluşlarla sınırlıdır. Ekonomi Bakanlığı'ndan uluslararası gözetim yetkilendirmesi alan kuruluşlar bu çerçevede Ekonomi Bakanlığı'na karşı sorumludurlar. Buna ek olarak, bazı uluslararası gözetim kuruluşlarının başka kamu kurumları tarafından da yetkilendirilmeleri mümkündür; bu takdirde yetkilendirme dolayısıyla sorumluluk yetkilendiren kuruluşa karşıdır.

İkinci olarak; Tebliğ'in 2/2'inci maddesinde Ekonomi Bakanlığı tarafından gözetim şirketi statüsü verilen şirketlerden, diğer kamu kuruluşları tarafından ilgili mevzuata göre görevlendirilmeleri veya başka devlet³ makamları tarafından sevk öncesi inceleme (*preshipment inspection*) için görevlendirilmeleri ihtimalleri Tebliğ'in kapsamı dışında tutulmuştur. Bu düzenleme dolayısıyla, uluslararası gözetim şirketi statüsüne sahip olmak kaydıyla, bir uluslararası gözetim kuruluşunun yabancı bir devlet tarafından görevlendirilmesi hali ile Türk idari makamlarının kendi özel mevzuatlarına göre yaptıkları görevlendirmelerin Tebliğ'in kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır. Kanımca bu düzenleme tartışmaya açıktır. Uluslararası gözetim faaliyetlerinin tamamen Tebliğ'in kapsamı dışına çıkarılması yerinde bir düzenleme olmayıp; gözetim raporu gibi hususlarda Tebliğ'deki usulün bütün gözetim faaliyetlerine uygulanması gerekir.

Bu noktada yabancı gözetim kuruluşlarının Türkiye'deki faaliyetlerinin de değerlendirilmesi gerekir. Bu konuda özel bir kısıtlayıcı düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, uluslararası gözetim kuruluşları ile ilgili şartları sağlamak kaydıyla, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'ndaki genel esaslara tabi olarak, gözetim alanında faaliyet gösterebilirler⁴. Bunun dışında Tebliğ'in 2/2 hükmündeki istisnalardan birinin söz konusu olması halinde yabancı gözetim kuruluşları genel hükümlere göre Türkiye'de faaliyet gösterebilirler⁵.

Türk hukuku bakımından uluslararası gözetim kuruluşları, dış ticarete konu

Meksika'da bazı mallar için gözetim zorunluluğu getirilmiştir. Bkz. http://www.export.gov/logistics/eg_main_018120.asp (ET. 14.09.2015).

³ Tebliğ'in 2/2 fıkrasındaki "... diğer ülke makamlarınca..." ifadesinden bu anlamın çıkarılması gerekir.

⁴ Kanun Numarası: 4875, Kabul Tarihi: 05.06.2003, RG. 17.06.2003/25141.

⁵ *Erten R.*: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara, 2005, s. 109-110; *Kayıhan Ş./Eski M.*: Uluslararası Ekonomi Hukuku C. 1, Genişletilmiş İkinci Bası, Kocaeli 2015, s. 207-210.

mallar üzerinde gözetim faaliyeti imtiyazına⁶ sahip olan kuruluşlardır. Gözetim faaliyeti Tebliğ'de, *dış ticarete⁷ konu malların⁸ kalitesinin ve miktarının kontrolü; depolama, yükleme, boşaltma ve nakil esnasındaki durumunun tespiti ile döviz kuru ve mali şartlar da dâhil olmak üzere fiyatının ve gümrük sınıflandırmasının doğruluğunun saptanması konusundaki uluslararası gözetim faaliyetleri* olarak tanımlanmıştır [Tebliğ 4/1(e)].

Tebliğ'de gözetim faaliyetlerinin birtakım kısıtlamalara tabi tutulduğu görülmektedir. Öncelikle radyasyon kontrolü ve ölçümüne yönelik gözetim faaliyetinde bulunabilmek için A tipi gözetim kuruluşu olma zorunluluğu getirilmiştir (Tebliğ 5/6). İkinci olarak, uluslararası gözetim kuruluşları, Türk Gümrük Tarife Cetveli fasılları itibarıyla yetkilendirildikleri alan ile sınırlı olarak gözetim faaliyetinde bulunabilirler (Tebliğ 8/2).

Uluslararası gözetim kuruluşlarının, kendileri tarafından gerçekleştirilen ithalat ve ihracat için gözetim faaliyetinde bulunamayacakları hükme bağlanmıştır (Tebliğ 13/2). Bu düzenlemenin geniş yorumlanarak bu hükmün getiriliş amacının, uluslararası gözetim kuruluşunun bağımsızlığını ve tarafsızlığını (Tebliğ 13/1) sağlamak olması gerektiğinin düşünülmesi sebebiyle uluslararası gözetim kuruluşlarının menfaat ilişkisi içerisinde bulunduğu her türlü ithalat ve ihracat ilişkisinde uygulanması gerektiği kanaatindeyim. Buna ek olarak, gözetim faaliyeti gibi objektif ve tarafsız olunmasını zorunlu kılan bir faaliyet dalında ticari faaliyette bulunan kuruluşların bu ve buna benzer faaliyetler dışında faaliyet göstermemesi gerektiği belirtilmelidir.

III. Konunun Türk Hukukundaki Gelişimi

1961 yılında yapılan düzenleme ile [Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 14 Sayılı Karara Müteallik Tebliğ (No: 72), RG. 16.10.1961/5390] ile milletlerarası sorveyans (*surveillance*) şirketleriyle kontrol firmaları ve laboratuvarların Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği tarafından belirlenmesi usulü kabul edilmiştir (m. 30).

1975 yılında, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 17 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Seri: II, No: 138; RG. 19.02.1975/15154) ile uluslararası gözetme şirketleri ile kontrol firmaları ve laboratuvarların tayin ve tespiti görevi Ticaret Bakanlığına verilmiştir.

⁶ Tebliğ 4/1(g): *Uluslararası gözetim şirketi belgesi: Başvuru üzerine, 6'ncı madde çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda Genel Müdürlüğe uygun görülen şirket ve kuruluşlara verilen, uluslararası gözetim şirketi statüsüne sahip olduğunu gösteren Ek-1 ve Ek-2'de yer alan belgeleri* ifade eder.

⁷ Sadece ihracat değil ithalat da bu ifade dolayısıyla Türk hukukunda uluslararası gözetim şirketlerinin faaliyetlerinin kapsamına girmektedir.

⁸ Tebliğ'de kullanılan "mal" tabiri dolayısıyla, lafzi yorum esas alındığında hizmet alımlarının uluslararası gözetim kuruluşlarının faaliyet alanlarına dâhil olmadığı söylenebilir.

1980 yılında 25.10.1980/17142 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İhracat Yönetmeliği’nin 83’üncü maddesi ve aynı yaklaşımı benimseyen 29.12.1984 Tarih ve 18620 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İhracat Yönetmeliği’nin 95’inci maddesinde kabul edilen düzenleme ile gözetme ve kontrol firmaları ile laboratuvarların Müsteşarlık tarafından belirlenmesi sistemine geçilmiştir.

1989 yılında Tebliğler ile düzenlenmeye başlayan gözetim kuruluşlarına ilişkin kronolojik liste aşağıda yer almaktadır:

- 30.01.1989 tarih ve 20065 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “İhracat 89/7 Sayılı Tebliğ”,
- 14.11.1990 tarih ve 20695 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Uluslararası Gözetim Şirketlerine İlişkin Tebliğ” (İhracat 90/13),
- 14.2.1992 tarih ve 21142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Uluslararası Gözetim Şirketlerine İlişkin Tebliğ” (İhracat 92/10),
- 6.1.1996 tarih ve 22515 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Uluslararası Gözetim Şirketleri Statüsüne İlişkin Tebliğ” (İhracat 96/6),
- 24.12.1997 tarihli ve 23210 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Uluslararası Gözetim Şirketleri Statüsüne İlişkin Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği” (97/17),
- 18.6.2000 tarihli ve 24083 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Uluslararası Gözetim Şirketleri Statüsüne İlişkin Tebliğ” (2000/10),
- 1.12.2004 tarihli ve 25657 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Uluslararası Gözetim Şirketi Statüsüne İlişkin Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği” (2004/35),
- 25.03.2006/26119 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Uluslararası Gözetim Şirketi Statüsüne İlişkin “Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği” (2006/21).

Hâlihazırda uluslararası gözetim kuruluşları için geçerli olan temel düzenleme 31.12.2014 ve 29222 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “Uluslararası Gözetim Şirketi Statüsüne İlişkin Tebliğ” dir (No: 2015/24).

IV. Gözetim Kuruluşu Kavramı

1. Genel Olarak

Dış ticarete gözetim uygulamasını yapabilecek kuruluşların hangileri olduğu ile ilgili açıklamalar Tebliğ’de net olmayan bir şekilde yer almaktadır. Tebliğ’e göre uluslararası gözetim şirketi statüsü için kamu kuruluşları, şirketler veya iktisadi işletmeler başvuruda bulunabilirler. Tebliğ’de “Uluslararası Gözetim Şirketi” ifadesi

kullanılmakla birlikte bu statünün kamu kurumları, şirketler ve iktisadi işletmeler tarafından temin edilebilecek mahiyette görülmesi sebebiyle kullanılan terimin isabetli olmadığı, gözetim işini yapabilecekler sayılırken hukuki terminolojiden ziyade pratik ihtiyaçların ön planda tutulduğu görülmektedir. Gözetim işini yapacakların sınırlayıcı olmayan bir şekilde düzenlemeye tutulması sebebiyle tacir sıfatını haiz olan herkesin gözetim şirketi statüsü için müracaat edebileceğini kabul etmek gerekir.

Hangi kamu kuruluşlarının uluslararası gözetim şirketi statüsü edinebileceğine ilişkin açıklık yoktur, uygulama bakımından dış ticaretle ilintili ya da denetim görevi bulunan kamu kurumlarının bu statüye başvurabileceğini ifade etmek mümkündür.

Şirket kavramı kullanılmakla beraber, tip belirtilmemesi sebebiyle bütün şirket tiplerinin statü almak amacıyla başvuru yapabilmesi mümkündür, mer'i Türk Ticaret Kanunu'nda benimsenen yaklaşım (TTK m. 124/1 ve 1531) dolayısıyla kooperatifler de bu açıklamaya dâhil edilmelidir. Hukuki anlamda muğlaklık taşıması sebebiyle *iktisadi işletme* tabirinin yerine *ticari işletme* tabirinin kullanılması daha isabetli olacaktır. Terminoloji bakımından gözetim şirketi statüsünü iktisap edebilecek bütün organizasyonları ifade etmek üzere "*Uluslararası Gözetim Kuruluşu*" ifadesinin tercih edilmesi önermekteyim.

Bugün⁹ için Türkiye uygulamasında toplam 146 Uluslararası Gözetim Kuruluşu faaliyet göstermektedir. Bunların 110 tanesi limitet şirket, 30 tanesi anonim şirket şeklindedir. Kalanların 2 tanesi kamu kurumu¹⁰ niteliğinde olup kalan 4 tanesi ise iktisadi işletme şeklinde faaliyet göstermektedir.

2. Türleri

A. "A Tipi" Uluslararası Gözetim Kuruluşları

Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği'nin¹¹ 4'üncü maddesinin yedinci fıkrası çerçevesinde akreditasyon sertifikasına¹²

⁹ İllere göre dağılım ise şu şekildedir: İstanbul 70; İzmir 25; Kocaeli 12; Mersin 12; Hatay 8; Ankara 7; Bursa 2; Balıkesir 2; Antalya 2; Trabzon, Çanakkale, Tekirdağ, Mardin, Gaziantep ve Zonguldak'ta birer tane. 146 Gözetim Kuruluşunun 40 tanesi A tipi gözetim kuruluşu statüsüne sahiptir. Bkz. <http://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/uuid/dDocName:EK-209073> (ET. 07.08.2015).

¹⁰ TÜBİTAK Bursa Test ve Analiz Laboratuvarı (BUTAL) ve Türk Standartları Enstitüsü.

¹¹ RG. 23.02.2012/28213. 16.12.2011 tarihli ve 2011/2621 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konmuştur.

¹² Türk Akreditasyon Kurumu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun (Kanun Numarası: 4457, Kabul Tarihi: 27.10.1999 RG. 04.11.1999/23866) Akreditasyon: *Kurum tarafından; laboratuvarların, muayene ve belgelendirme kuruluşlarının ulusal ve uluslararası kabul görmüş teknik kriterlere göre değerlendirilmesi, yeterliğinin onaylanması ve düzenli aralıklarla denetlenmesini*, Akredite etmek: *İlgili mevzuat çerçevesinde ihtiyari veya zorunlu alanlarda, özel veya kamu laboratuvarlarının, muayene ve belgelendirme kuruluşlarının ulusal ve uluslararası kabul görmüş teknik kriterlere*

sahip olan uluslararası gözetim kuruluşları, “A Tipi Uluslararası Gözetim Kuruluşu” grubuna girmektedirler.

A tipi Gözetim Kuruluşlarının faaliyet alanını akreditasyon sertifikasında yetkilendirilmiş olduğu alanlar göstermektedir. Kuralın bu olmasına karşın, idareye yapılan müracaatın uygun görülmesi halinde A tipi gözetim kuruluşları akreditasyonun dışında kalan gözetim faaliyetlerini tıpkı B tipi gözetim kuruluşlarının tabi oldukları esaslar dâhilinde yapma imkânına sahiptirler (Tebliğ 8/1).

A tipi gözetim kuruluşu olabilmek için akreditasyon sertifikasının başvuru esnasında idareye verilmiş olması zorunludur (Tebliğ 5/3). B tipi gözetim kuruluşu başvurularından farklı olarak, A tipi uluslararası gözetim kuruluşu başvuruları, başvuru dönemine bağlı kalınmaksızın her zaman yapılabilir (Tebliğ 5/7). A tipi uluslararası gözetim kuruluşu belgesi, akreditasyon sertifikasının süresi dolana kadar geçerlidir. Akreditasyon sertifikasının yenilenmesi halinde, yenilemeyi takip eden bir ay içinde A tipi uluslararası gözetim kuruluşu belgesinin de yenilenmesi başvurusunda bulunulabilir (Tebliğ 7/1). A tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının, akreditasyon belgelerinde meydana gelen değişiklikleri en geç bir ay içinde, şirket veya kuruluşun merkezinin yerleşik olduğu ilin bağlı olduğu Bölge Müdürlüğüne ibraz etmeleri zorunludur (Tebliğ 13/3).

A tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının, gözetim faaliyetinde bulunacak yeni şubelere ilişkin bildirim, şubenin açıldığı tarihten itibaren bir ay içerisinde merkezin ve şubenin bağlı olduğu Bölge Müdürlüklerine yapmaları zorunludur (Tebliğ 13/5).

A tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının merkez ve şubeleri bu denetimden muaf olmakla birlikte, gerekli görüldüğünde Genel Müdürlükçe verilecek talimat çerçevesinde denetlenebilir (Tebliğ 14/1).

göre faaliyet gösterdiğinin Kurum tarafından onaylanmasını ifade eder. Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları Ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği'ne (RG. 23.02.2012/ 28213, Bakanlar Kurulu Karar Sayısı: 2011/2621) göre akreditasyon; *bir ulusal akreditasyon kurumu tarafından bir uygunluk değerlendirme kuruluşunun (Conformity Assessment Body) belirli bir uygunluk değerlendirme faaliyetini yerine getirmek üzere ilgili ulusal veya uluslararası standartların belirlediği gerekleri ve uygulanabildiği yerlerde ilgili sektörel düzenlemelerde öngörülen ek gerekleri karşıladığının resmi kabulünü* ifade eder [Yönetmelik m. 3/1(a)]. Aynı Yönetmeliğin 4/7 fıkrası hükmü gereğince Türkiye'de yerleşik uygunluk değerlendirme kuruluşlarının akreditasyonunu yapma yetkisi Türk Akreditasyon Kurumu'na (TÜRKAK) aittir. Uygunluk Değerlendirme Kuruluşlarının Akreditasyonu Hakkında Yönetmelik'te (RG. 11.02.2012/ 28201) ise akreditasyon; *TÜRKAK tarafından; laboratuvarların, muayene ve belgelendirme kuruluşlarının ulusal ve uluslararası kabul görmüş teknik kriterlere göre değerlendirilmesi, yeterliliğinin onaylanması ve düzenli aralıklarla denetlenmesi (4/1a)* olarak ifade edilmiştir. Uygunluk değerlendirme kuruluşları, TÜRKAK'ın akreditasyon hizmeti vermediği alanlarda veya TÜRKAK'ın tâbi olduğu eşdeğerlik incelemesinin, akreditasyon talep edilen uygunluk değerlendirme işlemi için olumlu sonuçlanmadığı durumlarda, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin eşdeğerlik incelemesini olumlu bir şekilde tamamlamış ulusal akreditasyon kuruluşlarına başvurabilme hakkına sahiptirler.

A tipi gözetim kuruluşları ile ilgili olarak radyasyon ölçümü hususu özel önem arz etmektedir. Tebliğ'de, radyasyon kontrolü ve ölçümüne yönelik gözetim faaliyetinde bulunabilmek için A tipi gözetim kuruluşu olma zorunluluğu getirilmiştir (Tebliğ 5/6). Bu hususta, mevcut akreditasyon ile yetinilmeyip Türkiye Atom Enerjisi Kurumu'ndan temin edilen yeterlilik belgesinin varlığı da zorunlu tutulmuştur. Tebliğ'de yer alan düzenlemeye göre A tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının radyasyon ölçümü de yapabilmeleri için, sahip oldukları donanım, eğitim, tehlike durum planı ve diğer donanımın radyasyon güvenliği açısından uygun olduğunun Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından belge ile tespit edilmiş olması gerekir (Tebliğ 12/2).

Tebliğ'e göre, A tipi gözetim şirketi statüsü sadece yetkilendirildiği fasılda geçerlidir. Tebliğ'deki ifadeden Türk Gümrük Tarife Cetvellerinden herhangi bir faslından akredite olmuş gözetim kuruluşlarının radyasyon ölçümü için başvuru şartını sağladığına dair bir anlam çıkmaktadır. Ancak, Tebliğ'deki bu açıklamaya rağmen; Türkiye Atom Enerjisi Kurumu'nun konuya ilişkin çıkarmış olduğu idari düzenlemede¹³ personel ve cihaz yeterliliğinin sıkı şartlara bağlanmış olması karşısında, herhangi bir alanda akredite olarak A tipi gözetim kuruluşu olma hakkını elde etmiş olmak yerine, sadece radyoaktif maddelerle ilintili gümrük tarife fasıllarında akredite olmuş gözetim kuruluşlarının radyasyon ölçümü başvurusunun kabul edilebileceği yönünde bir düzenleme daha yerinde olurdu.

B. "B Tipi" Uluslararası Gözetim Kuruluşları

Tebliğ'de, Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin yedinci fıkrası çerçevesinde akreditasyon sertifikasına sahip olmayan uluslararası gözetim kuruluşları B tipi uluslararası gözetim kuruluşu olarak ayrıma tabi tutulmuştur.

B tipi uluslararası gözetim kuruluşu belgesi, verildiği tarihten itibaren üç yıl süreyle geçerlidir. Belge aldıktan itibaren üç yıl boyunca uluslararası gözetim faaliyetinde bulunmayan B tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının uluslararası gözetim kuruluşu belgesi yenilenmez (Tebliğ 7/8)¹⁴.

Tebliğ'de, A tipi uluslararası gözetim kuruluşlarına, akreditasyon kapsamı dışında kalan hallerde B tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının tabi oldukları şartlara uygun olarak gözetim faaliyetlerinde bulunma imkânı tanınmıştır.

¹³ *Uluslararası Gözetim Şirketi Statüsüne Sahip Kuruluşların Radyasyon Ölçümü de Yapabilmeleri- ne İlişkin Usul ve Esaslar*. Bkz. <http://www.taek.gov.tr/belgeler-formlar/rsgd-formlari/uygunluk-belgesi-islemleri/radyasyon-olcum-sistemleri/Radyasyon-%C3%961%C3%A7%C3%BCm-Sistemi-Uygunluk-Belgesi-Verilmesine-%C4%B0li%C5%9Fkin-Usul-ve-Esaslar/> (ET. 21.09.2015)

¹⁴ Tebliğ'deki bu hükmü "*henüz gözetim faaliyetine başlamamış olmak*" şeklinde anlamak gerekir.

Uzman personel kullanımını açısından B tipi uluslararası gözetim kuruluşları için kolaylaştırıcı bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; B tipi uluslararası gözetim kuruluşları tarafından gerçekleştirilen gözetim faaliyetlerinin, yetkilendirme listesinde belirtilen uzmanlıklardan birine sahip olan uzman personel tarafından yürütülmesi esas olmakla birlikte; gözetim faaliyetini yürütecek B tipi uluslararası gözetim kuruluşu personelinin, yetkilendirme listesinde belirtilen uzmanlığa sahip olmamakla birlikte, yürütülecek gözetim faaliyetinin gerektirdiği uzmanlık bilgisi ve deneyime sahip olduğunun kuruluşu temsile ve ilzama yetkili kişi tarafından onaylanması halinde, gözetim faaliyetinin bu personel tarafından yürütülebileceği şeklinde bir düzenleme yer almaktadır (Tebliğ 8/3). Bu düzenlemenin gözetim kuruluşlarına duyulan güveni sarsabilecek nitelikte olmasına rağmen uygulamada yeterli uzman personel bulamama ihtimaline karşı Tebliğ'e alındığı düşünülmektedir. Tebliğ'deki bu kolaylığın suiistimal edilmesi halinde Tebliğ'in 15/2(a) hükmündeki yaptırımların uygulanması gündeme gelebilecektir.

B tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının radyasyon ölçümü yapamayacağı Tebliğ'de özel olarak düzenlenmiştir (Tebliğ 12/1).

B tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının, gözetim şirketi statüsüne başvuru ile ilgili koşullarda meydana gelecek değişiklikleri en geç bir ay içinde şirket veya kuruluşun merkezinin yerleşik olduğu ilin bağlı olduğu Bölge Müdürlüğüne ibraz etmeleri zorunludur (Tebliğ 13/4).

B tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının, gözetim faaliyetinde bulunacak yeni şubelere ilişkin bildirim, şubenin açıldığı tarihten itibaren bir ay içerisinde merkezin ve şubenin bağlı olduğu Bölge Müdürlüklerine yapmaları zorunludur (Tebliğ 13/5).

B tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının merkez ve şubeleri, bu Tebliğ'de belirtilen esaslar dâhilinde yıl içinde en az bir kez denetleneceği öngörülmüştür (Tebliğ 14/1).

V. Sorumluluk Rejimi

1. Genel Olarak

Uluslararası gözetim kuruluşlarının faaliyetlerinin sınırını Türk Gümrük Tarife Cetveli teşkil etmektedir [Tebliğ 4/1(ı)]. Uluslararası gözetim kuruluşlarının bu Cetvel'de yer alan fasıllarından yetkili oldukları dışındaki alanlarda gözetim faaliyetlerinde bulunmaları yasaklanmıştır; ayrıca düzenledikleri bütün belge ve raporlardan sorumludurlar (Tebliğ 8/2). Bunun tek istisnası Tebliğ'in 8/1 hükmünde yer alan düzenlemedir. Buna göre, A tipi gözetim kuruluşları, taleplerinin kabul edilmesi halinde akreditasyon kapsamına girmeyen hallerde B tipi gözetim kuruluşlarının tabi oldukları esaslara uygun olarak faaliyet gösterebilirler. Ancak, bu yasağa rağmen akredite edilmediği alanda düzenlenmiş raporun geçerli olup olmadığı Tebliğ'den anla-

şılamamaktadır. Buna ek olarak, ruhsatnamesiz olarak rapor düzenlemenin yaptırımını da belli değildir, bu hususta da düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Uluslararası gözetim kuruluşlarının sorumluluklarının temel dayanağının gözetim faaliyetleri olduğu muhakkaktır. Bu noktada, bu sorumluluğu beş gruba ayırmak suretiyle inceleme yoluna gidilmiştir. Aşağıda; akreditasyon ilişkisi dolayısıyla sorumluluk, teknik düzenlemeler rejiminden doğan sorumluluk, gözetim sözleşmesi sebebiyle sorumluluk, tanzim edilmiş olan gözetim raporuna ilişkin sorumluluk ve yardımcı kişilerden sorumluluk olmak üzere beş ana kısımda ele alınmıştır.

2. Akreditasyon İlişkisi Sebebiyle Sorumluluk

A. Genel Olarak

Türk hukukunda, laboratuvarların, muayene ve belgelendirme kuruluşlarının ulusal ve uluslararası kabul görmüş kriterlere göre akreditasyonunun sağlanması görevi Türk Akreditasyon Kurumu'na (TÜRKAK) verilmiştir. TÜRKAK, akreditasyon maksadıyla başvuruların değerlendirilmesi, yeterliliğin onaylanması ve düzenli aralıklarla denetlenmesi ile yetkilendirilmiştir¹⁵.

TÜRKAK'ın özel kanun ile kurulmuş bir kamu kurumu olmasının bir sonucu da yapmış olduğu akreditasyon sözleşmelerinin idarenin taraf olduğu bir idari sözleşme niteliğinde olmasıdır. Başvuru sahibi, akreditasyon sözleşmesinin kurulması ile bu sözleşmenin sağladığı imtiyazlardan yararlanma hakkını elde etmektedir. Türk hukukunda kanun veya yetkili makam tarafından verilen izinle yürütülen faaliyetlerin Türk Borçlar Kanunu'nun 115/3'üncü fıkrasında hükme bağlanan esasa uygun olarak sorumsuzluk sözleşmelerine ilişkin kısıtlamalara konu olabileceği bu noktada belirtilmelidir.

TÜRKAK tarafından akredite edilme işlemi kural olarak ihtiyari olmakla birlikte bunun istisnalarından birini bir kısım gözetim kuruluşları ve/veya bunların bünyelerinde yer alan laboratuvarlar teşkil etmektedir. A tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının, akreditasyon sertifikasına sahip uluslararası gözetim kuruluşları¹⁶ olarak tanımlanması [Tebliğ 4/1(a)] sebebiyle, akreditasyon kurumu ile A tipi gözetim kuruluşlarının ilişkisinin önemi ortaya çıkmaktadır. A tipi gözetim kuruluşu başvurusunda bulunabilmek için akreditasyon belgesinin varlığı gereklidir (Tebliğ 5/3).

¹⁵ Avrupa Akreditasyon İşbirliği Programı'na (EA) üye bir akreditasyon kuruluşu tarafından akredite edilen kuruluşlar ile EA'nın ikili anlaşma yaptığı bir bölgesel akreditasyon kuruluşundan akredite kuruluşlar da bu kapsamda değerlendirilir. Bkz. <http://www.turkak.org.tr/TURKAKSITE/SSorulanSorular.aspx> (ET. 14.10.2015).

¹⁶ 16.12.2011 tarihli ve 2011/2621 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği m. 4/7. (RG. 23.02.2012/28213).

Buna ek olarak A tipi gözetim kuruluşu statüsü, akreditasyon belgesinin süresi ile sınırlıdır (Tebliğ 7/1). Gözetim Kuruluşlarının faaliyet alanı, akreditasyonun kapsamı ile sınırlandırılmıştır. Buna karşılık akredite gözetim kuruluşlarının taleplerinin uygun görülmesi halinde B tipi gözetim kuruluşlarının tabi oldukları esaslara uygun olarak gözetim faaliyetlerinde bulunmaları mümkündür (Tebliğ 8/1).

Gözetim faaliyetlerinin gerektirdiği laboratuvar analizlerinin üçüncü bir laboratuvar¹⁷ yapılması halinde de (Tebliğ 10/1) akreditasyon ilişkisi sebebiyle sorumluluk gündeme gelecektir. Bu halde sorumluluğun dayanağı, yardımcı gerçek veya tüzel kişinin eylem ve işlemlerinden sorumluluk olacaktır. Bu durumda gözetim kuruluşu akredite laboratuvarın eylem ve işlemlerinden de sorumludur.

Akreditasyon sınırlarına uyulup uyulmadığı ile ilgili denetimin akreditasyon kuruluşu tarafından yapılması gerekir. Akredite gözetim kuruluşları TÜRKAK'a karşı olan yükümlülüklerini de yerine getirmelidirler¹⁸.

B. Akreditasyon Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

Akreditasyona tabi gözetim kuruluşlarının tabi oldukları yükümlülükler esas itibarıyla ilgili Yönetmeliğin¹⁹ 7'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında akredite gözetim kuruluşunun temel sorumluluğunun TÜRKAK ile arasındaki akreditasyon sözleşmesinden²⁰ ortaya çıktığı görülmektedir. Akredite edilen gözetim kuruluşu, akreditasyon sözleşmesindeki şartlara uygun olarak gözetim faaliyeti yürütmekle yükümlüdür.

Akreditasyon sözleşmesi, gözetim faaliyetlerinden doğabilecek sorumluluğun akreditasyon kuruluşuna devri sonucunu doğurmaz. Akreditasyon belgesine sahip olmak, gözetim sözleşmesine istinaden gözetim raporu talep eden tarafa karşı olan sorumlulukların akreditasyon kuruluşuna (TÜRKAK gibi) devri anlamına gelmeyeceği hükme bağlanmıştır²¹. Buna mukabil, gözetim faaliyetlerinin konusu olan ürünleri denetlemekle yetkili olan kamu kuruluşlarına karşı sorumlulukları vardır²².

¹⁷ Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin yedinci fıkrası çerçevesinde bir akreditasyon belgesine sahip olması koşuluyla ihtiyaç duyulan analizi kendi laboratuvarlarında veya aynı koşullardaki özel laboratuvarlarda veya kamu kuruluşları tarafından yetkilendirilmiş laboratuvarlarda yaptırılmaları zorunludur.

¹⁸ Uygunluk Değerlendirme Kuruluşlarının Akreditasyonu Hakkında Yönetmelik m. 9-10.

¹⁹ Uygunluk Değerlendirme Kuruluşlarının Akreditasyonu Hakkında Yönetmelik (RG. 11.02.2012/28201).

²⁰ TÜRKAK'ın kullandığı Akreditasyon Sözleşmesi için bkz. www.turkak.org.tr/online/show_doc.asp?file_code=F701-039 (ET. 28.07.2015).

²¹ Uygunluk Değerlendirme Kuruluşlarının Akreditasyonu Hakkında Yönetmelik m. 8.

²² Ürünleri İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun (No: 4703) m. 6/2; Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği m. 4/2.

Akredite edilen kuruluş, müşterilerine akreditasyon sözleşmesindeki esaslara uygun olarak gözetim faaliyetinde bulunmakla yükümlüdür; akreditasyon sözleşmesine ve uluslararası standartlara aykırı davranılması durumunda gözetim kuruluşunun hukuki ve idari sorumluluğu doğacaktır²³.

Bu hususta öne çıkan bir husus, akreditasyon ile ilgili olarak kamuyu aydınlatma yükümlülüğüdür. Gözetim kuruluşu, sadece akreditasyon belgesinde sayılan çalışma konularında yetkilidir. Gözetim sözleşmesinin kuruluş ve ifası aşamalarında akredite edilen işler ile akreditasyon dışında kalan işler hususunda belirsizliğe sebep olmayacak şekilde işlem yapma yükümlülüğü getirilmiştir [Yön. 7/2(c)]. İkinci olarak, akredite gözetim kuruluşları TÜRKAK markası kullanmak zorundadırlar²⁴. Akreditasyon belgesini ve logosunu yanıltıcı veya belirlenen kurallara aykırı şekilde kullanım yasaktır [Yön. 7/2(d)]. Üçüncü olarak, akreditasyonun askıya alınması veya geri çekilmesi halinde akreditasyon evrakının kullanımı durdurulur [Yön. 7/2(e)]. TÜRKAK, reklam, promosyon ve kamuyu bilgilendirme faaliyetlerinde düzeltme ve ikaz hakkında sahiptir [Yön. 7/2(f)].

Akreditasyon sözleşmesinden doğan ücret yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir [Yön. 7/2(ç)].

Akreditasyon sözleşmesi yapmış olmanın bir sonucu da mesleki sorumluluk sigortası yapma yükümlülüğü getirmesidir [Yön. 7/2(g)].

Akredite kuruluş, akreditasyon şartlarını etkileyen değişiklikleri TÜRKAK'a bildirmekle yükümlüdür (Yön. 7/3).

C. TÜRKAK Logosunun Kullanımından Doğan Sorumluluk

Bu noktada dikkati çeken bir başka konu ise TÜRKAK logosunun kullanımından doğabilecek sorumluluk hususudur. TÜRKAK'ın akreditasyon sözleşmesinin kurulmasını müteakip kullanımına izin verdiği logonun garanti markası²⁵ olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunun tartışılması gereklidir. Türk hukukunda garanti markası terimi ile işletmelerin ürettiği mal ve hizmetlerin ortak özellikleri, üretim usulleri, coğrafi kaynakları ve kalitesini garanti etme kastedilmektedir. Markanın garanti etme işlevi işletmenin bizzat kendisine değil, işletme tarafından üretilen mal ve hizmetlere yöneliktir. Ferdi ve ortak markalardan farklı olarak, garanti markalarında ayırt etme fonksiyonu yerine kalite seviyesini belgelendirme amacı ön plandadır²⁶.

²³ Uygunluk Değerlendirme Kuruluşlarının Akreditasyonu Hakkında Yönetmelik m. 7.

²⁴ Uygunluk Değerlendirme Kuruluşlarının Akreditasyonu Hakkında Yönetmelik m. 9.

²⁵ Karahan S.: Garanti Markası. Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt I, 2010 s. 1203-1204; Şahin Caner, A.: Garanti Markaları Nedeniyle Sorumluluk, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, 2013, s. 356 vd; Bozgeyik, H.: Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 2 2013, s. 91vd.

²⁶ Karahan s. 1205; Şahin Caner s. 361-363; Bozgeyik s. 94-95.

Bu sebeple TÜRKAK markasının marka hukuku anlamında marka ve garanti markası teşkil etmediği kanaatindeyim. Zira TÜRKAK logosunun kullanımındaki kalite vurgusu üretilen mal ve hizmetlerden ziyade o işletmenin bizzatı kendisine yöneliktir. Bu sebeple TÜRKAK logosunun usulsüz kullanımının Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabet hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekir.

3. Teknik Düzenlemeler Rejiminden Doğan Sorumluluk

A tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının dış ticaretle ilgili teknik düzenlemeler kapsamındaki faaliyetlerinden dolayı bu teknik düzenlemeyi yürüten kuruluşlara karşı sorumlulukları gündeme gelebilir²⁷. Bu düzenlemenin yanı sıra, Ürünleri İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun'da yer alan uygunluk değerlendirme kuruluşları ile onaylanmış kuruluşların sorumluluklarına ilişkin esaslara uluslararası gözetim kuruluşlarının da tabi olduğunu kabul etmek mümkündür. Bu maddede, bağımsız ve tarafsız şekilde hizmet verme yükümlülüğü düzenlenmiştir (4703 Sayılı Kanun m. 9/1).

İkinci olarak, saklama yükümlülüğünden bahsetmek gerekir. Kanun'un 9/4 hükmüne göre saklama yükümlülüğü *uygunluk değerlendirme kuruluşları ile onaylanmış kuruluşlar, faaliyetleri ile ilgili her türlü bilgi, kayıt ve belgeleri, ilgili teknik düzenlemede belirtilen süre, bu sürenin belirtilmemesi halinde yetkili kuruluşça belirlenecek süre boyunca muhafaza etmek ve talep edilmesi halinde yetkili kuruluşlara ibraz etmekle yükümlüdürler. Faaliyetine son verilen veya kendi isteği ile faaliyetine son veren uygunluk değerlendirme kuruluşları ile onaylanmış kuruluşlar, faaliyette buldukları dönemde yapmış oldukları uygunluk değerlendirme faaliyetleri ile ilgili bilgi, kayıt ve belgeleri, aynı konuda faaliyette bulunan uygunluk değerlendirme kuruluşu veya onaylanmış kuruluşça devredilmek üzere yetkili kuruluşça teslim eder. Ancak, uygunluk değerlendirme kuruluşu ile onaylanmış kuruluşların söz konusu bilgi, kayıt ve belgelere ilişkin sorumlulukları ilgili teknik düzenlemede belirtilen süre, bu sürenin belirtilmemesi halinde yetkili kuruluşça belirlenecek süre boyunca devam eder* şeklinde hükme bağlanmıştır.

4. Gözetim Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

A. Genel Olarak

Gözetim Kuruluşları, kuruluş amaçları gereği tarafsız ve bağımsız şekilde gözetim faaliyetinde bulunmakla yükümlüdürler. Tebliğ'de gözetim kuruluşlarının ve bunların personelinin *dürüstlük, bağımsızlık, tarafsızlık, şeffaflık, ayrımcılık yapmama ve ticari sırları koruma koşullarını sağlayacak ve müşterilerini gereksiz külfete sokmayacak şekilde faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları* ifade edilmiştir (Tebliğ 13/1).

²⁷ Ürünleri İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun (No: 4703, RG. 11.07.2001/24459) m. 6/2 ve 9.

Buna ek olarak Tebliğ'de *Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelik, Dünya Ticaret Örgütü Sevk Öncesi İnceleme Antlaşması*²⁸ ve ilgili teknik düzenlemeler ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan usul ve esaslara uygun faaliyet gösterme yükümlülüğü de getirilmiştir.

Uluslararası gözetim kuruluşları gözetim faaliyetlerini kural olarak "bizzat" yapmakla yükümlüdürler. Bizzat yapma yükümlülüğü gözetim faaliyetinin gerektirdiği laboratuvar incelemeleri ve personel yeterliliği bakımından önem arz etmektedir. Tebliğ'e göre, aksi kararlaştırılmadıkça gözetim kuruluşu laboratuvar analizini akreditasyon belgesine²⁹ sahip olması kaydıyla kendi laboratuvarlarının yanı sıra, aynı belgeye sahip başka laboratuvarlarda ya da kamu kuruluşları tarafından yetkilendirilmiş laboratuvarlarda yaptırmakla yükümlüdür. Bununla beraber, gözetim kuruluşunun üçüncü bir laboratuvarında yaptırmaması, laboratuvar tetkiklerine ilişkin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (Tebliğ 10/2). Gözetim faaliyetini bizzat yerine getirmenin ikinci istisnası alt yüklenici (taşeron) uygulamasıdır. Tebliğ'de personele ilişkin şartların sağlanması koşuluyla A ve B tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının başka bir uluslararası gözetim kuruluşunu veya kişileri alt yüklenici³⁰ olarak kullanabilecekleri kurala bağlanmıştır (Tebliğ 11/1).

B. Sorumluluk

Gözetim sözleşmesi, idare tarafından yetkilendirilen gözetim kuruluşu ile yapılan ve gözetim kuruluşunun ücret karşılığında dış ticarete konu mallar üzerinde gözetim faaliyetinde bulunmak suretiyle rapor hazırlamayı taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Gözetim sözleşmesinin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde gözetim kuruluşunun sözleşmeden doğan sorumluluğu gündeme gelecektir.

Gözetim sözleşmesi dolayısıyla gözetim kuruluşunun temel edimi, almış olduğu ücret karşılığında gözetim faaliyetinde³¹ bulunmaktır. Gözetim faaliyetinin dış ticaret sözleşmesine konu olan malların tesliminden önce tamamlanması gereklidir³². Gö-

²⁸ *Agreement on Preshipment Inspection (PSI Agreement)*. Türkiye bu Antlaşmaya taraf değildir.

²⁹ Söz konusu laboratuvarın Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği'nin 4/7'inci fıkrasına uygun olarak TÜRKAK tarafından akredite edilmiş olması gerekir. TÜRKAK'ın akreditasyon hizmeti vermediği alanlarda veya Avrupa Birliği üye devletlerinin eşdeğerlik incelemesini olumlu tamamlamış ulusal akreditasyon kuruluşlarından akredite olmak gerekir.

³⁰ Tebliğ'de (m. 11/2), alt yüklenici (taşeron) olarak kullanılan uluslararası gözetim şirketleri ile kişilerin Türk Gümrük Tarife Cetveli fasılları itibarıyla yetkili oldukları alanları gösteren belgelerin 5 yıl süreyle saklanması zorunluluğu getirilmiştir.

³¹ Uluslararası gözetim sözleşmesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. *Caner, O.: Uluslararası Gözetim Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22/1 2016, ss. 1-31.*

³² EC Directive 3287/94 m. 4/a; PSI Agreement 2/15.

zetim faaliyetlerinin içerisinde gerekli testlerin ve laboratuvar işlemlerinin yapılması, yapılan incelemeler sonucunda Gözetim Raporu (*Clean Report of Findings*) tanzim edilmesi gereklidir. Eğer bu belge tanzim edilemiyor ise neden tanzim edilemediğine dair detaylı bir rapor tanzim edilmelidir³³. Raporun gerçeğe uygun ve tarafsız şekilde hazırlanmaması halinde gözetim kuruluşunun sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Gözetim kuruluşunun gözetim faaliyetlerini bizzat icra etmesi esas olmakla birlikte Tebliğ'de alt yüklenici/yardımcı kişi (taşeron) ve kendi laboratuvarlar dışında üçüncü laboratuvarlardan da yararlanılabilmemesinin yolu açık tutulmuştur³⁴. Laboratuvarların ve yardımcı kişilerin yeterliliğinden dolayı gözetim kuruluşu sorumlu olacaktır; yardımcı kişilerden yararlanmak gözetim kuruluşunun gözetim sözleşmesinden doğan sorumluluklarını kaldırmaz.

Gözetim sözleşmesinden doğan sorumluluğa, aynı zamanda bu vesile ile öğrenilen ticari sırların saklanması yükümlülüğü de dâhildir.

5. Gözetim Kuruluşunun Düzenlenen Belgelerden Sorumluluğu

A. Genel Olarak

Uluslararası gözetim kuruluşlarının varlık sebebini teşkil eden gözetim raporu tanzimi, dış ticaret işlemlerinin seyrinde önemli etkilere sahiptir. Bilgi verme maksadına yönelik olarak tanzimi talep ettirilen gözetim raporu, gözetim sözleşmesinin asli edimlerinden birini teşkil etmektedir.

Gözetim raporu tanziminde amaç, dış ticaret konusu malların durumunun objektif ve tarafsız olarak tespitinin sağlanmasıdır. Gözetim raporu sayesinde dış ticaret konusu mallar hakkında değer yargısı edinmek mümkün olur. Gözetim Kuruluşunun gözetim faaliyetleri kapsamına girecek eylem ve işlemler sonucunda hazırladığı raporun bilgi vermeden doğan sorumluluk kavramına girdiği doktrinde kabul edilmektedir³⁵. Buradaki sorumluluğun sebebi yanlış bilgi verilmesidir.

Gözetim kuruluşları, düzenledikleri tüm rapor ve belgelerden sorumludurlar (Tebliğ 8/2). Uluslararası gözetim kuruluşlarının tanzim ettikleri belgelerin doğru olması, gerçeği yansıtması zorunludur. Uygulamada, gözetim kuruluşlarının raporları taklit edilmeyi zorlaştırmak, güvenliği arttırmak amacıyla özel kâğıda basılmaktadır.

Gözetim kuruluşlarının belge tanzimine ilişkin bazı özel haller Tebliğ'de düzenlemeye tabi tutulmuştur. Tebliğ'in 9'uncu maddesine göre uluslararası gözetim kuru-

³³ EC Directive 3287/94 m. 4/a; PSI Agreement 2/16.

³⁴ Alt yüklenici/yardımcı kişi (taşeron) ve üçüncü laboratuvarlardan da yararlanmadan doğan sorumluluk ile ilgili olarak bkz. aşağıda "Yardımcı Kişilerden Sorumluluk/Çalıştırmanın Sorumluluğu" kısmına bakınız.

³⁵ Bkz. Karca Ç.: Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk. Ankara 2004, s. 5-7.

luşları, gözetim faaliyetlerine ilişkin olarak tanzim edecekleri tüm belgelere müteselsil sıra numarası ve tarih vermek suretiyle kayıt altına alacakları hükme bağlanmıştır³⁶.

Gözetim raporu tanzimi dolayısıyla sorumluluk çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. İlk olarak, rapor talep eden taraf ile gözetim kuruluşu arasında ortaya çıkabilecek ihtilaflar bakımından konuya bakmak gerekir. Gözetim kuruluşu ile gözetim sözleşmesi yapmış olan taraf arasındaki ihtilaflarda esas itibariyle bu sözleşmenin hükümleri esas alınmalıdır. Ek olarak bir dış ticaret sözleşmesinde³⁷ bilgi verme (rapor düzenleme) yan yüküm olarak yer alabilir, bu halde de sorumluluğun kaynağı taraflar arasında tanzim edilmiş bulunan sözleşmedir³⁸. İkinci ihtimal, bir dış ticaret işlemine temel teşkil eden sözleşmenin kuruluş aşamasında istenen gözetim raporundaki yanlışlıklardan mütevellit sorumluluğun dayanağının ne olacağı sorunudur. Bu durumda, bu belgeye itimat ederek ticari faaliyette bulunan tarafa karşı, sözleşme öncesi görüşmelerde bilgi verme yükümlülüğünün ihlali sebebiyle *culpa in contrahendo* sorumluluğundan bahsedilmesi mümkündür³⁹. Üçüncü ihtimalde ise, gözetim kuruluşu sözleşme ilişkisi dolayısıyla rapor tanzim etmekte, sözleşmenin karşı tarafı bu raporu bir üçüncü kişiye sözleşme yapmak amacıyla aktarmakta, buna mukabil üçüncü kişi bilgilerin doğru olmaması sebebiyle zarar görmektedir. Bu ihtimalde bilgi vermeden mütevellit sorumluluk gündeme gelmektedir⁴⁰. Gözetim kuruluşları bu şekilde düzenledikleri bütün belge ve raporların sebep olduğu zararlardan, yanlış veya eksik raporu esas alarak işlem yapan kişilerin vermiş oldukları zararlardan sorumludurlar.

B. Gözetim Raporuna İlişkin Genel Esaslar

Dış ticaret uygulamasında ihtilafların önemli bir kısmı ihracat konusu malın sözleşme şartlarına uygun olup olmadığı hususunda ortaya çıkmakta; sözleşmede kararlaştırılan mal ile ihracatçı tarafından sevk edilen malın evsafının tam olarak uyumlu olup olmadığı hususu ihtilafa konu olabilmektedir. Bu gibi ihtilafları ortadan kaldırmak için uygulamada ihracatçının tanzim ettiği kalite belgesi, analiz belgesi gibi belgelerin tanzim edildiği görülmektedir. Bu belgeler, malların sözleşme

³⁶ Bu Kurala uymamanın yaptırımları ile ilgili olarak bkz. Tebliğ 15/2.

³⁷ Dış ticaret işleminin borçlar hukuku bakımından çoğu zaman satım sözleşmesi olması mümkün olmakla birlikte bazı hallerde bunun istisna (eser) sözleşmesi gibi bir sözleşme olabilmesi de mümkündür. Akreditif şartları içerisinde de gözetim raporu tanzimi yer alabilir.

³⁸ *Kırca* s. 6-7.

³⁹ *Kırca* s. 6; *Gezder Ü.: Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul 2009, s. 10 vd; *Culpa in Contrahendo sorumluluğuna ilişkin olarak bkz. Demircioğlu H. R.: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)* Ankara 2009, s. 77 vd; *Gürpınar D.: Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*, İzmir 2006, s. 54 vd.

⁴⁰ *Kırca* s. 7; *Gürpınar* s. 66 vd.

şartlarına uygun olduğunu garanti etme amacına yöneliktir⁴¹. Ancak, farklı devletlerde yer alan taraflar için ihracatçı tarafından tek taraflı olarak düzenlenen bu tarz belgelerin yeterli güveni sağlamayacağı muhakkaktır⁴². Bu güvensizlik, uluslararası ticaret işlemlerinde sözleşme konusu olan malın tarafların belirledikleri evsafa uygun olarak yüklenip yüklenmediğinin yeterli uzmanlığa sahip, resmi makamlardan ruhsat almış, tarafsız nitelikteki kuruluşlardan yararlanılması sonucunu ortaya çıkarmıştır⁴³. Günümüzde, uluslararası ticaret sözleşmesinin tarafı olmayan, üçüncü kişi niteliğindeki gözetim kuruluşlarının sözleşme konusu malın miktar, kalite, cins ve özellik itibariyle evsafa uygunluğunun tespit edilmesi amacıyla düzenlenen belgelere Gözetim Raporu (*Certificate of Inspection*) adı verilmektedir.

Uluslararası satım sözleşmelerinde akreditifte veya sözleşmede mal bedelinin tahsil edilebilmesi için ödeme bankasına ibrazı gereken belgeler arasında gözetim raporunun bulunması da kararlaştırılabilmektedir⁴⁴.

Gözetim raporunun garanti fonksiyonunun olduğu doktrinde savunulmaktadır⁴⁵. Bu belge ile sözleşme konusu malın sözleşme şartlarını haiz olduğuna dair karine oluşmaktadır. Buna ek olarak gözetim raporunun sözleşmeye veya akreditif işlemine dâhil olmasının alıcı ve satıcı arasında bir dolaylı temsil ilişkisi olduğu savunulmaktadır. Gözetim raporu alınması ihracatçı tarafından kendi adına fakat ithalatçı hesabına yapılmaktadır. İhracatçı, gözetim kuruluşu ile sözleşmenin tarafı olup kendi adına bu belge için ödeme yapmakta; ancak ithalatçı ile arasındaki dolaylı temsil ilişkisine istinaden *-bir maliyet unsuru olarak-* gözetim raporu masraflarını ithalatçının ödeyeceği bedele yansıtmaktadır⁴⁶.

C. Gözetim Raporuna İlişkin Yükümlülükler

Uluslararası gözetim kuruluşlarının en temel yükümlülüğü, gözetim sözleşmesine istinaden gerçekleştirilen *gözetim faaliyeti* sonucunda eksiksiz, ayrıntılı, gerçeğe uygun gözetim raporu düzenlemektir (Tebliğ, 9/2).

Gözetim Raporunun çerçevesini tayin ederken taraflar arasındaki gözetim sözleşmesinin ve dış ticaret işlemlerinin tabi olduğu gereklilikler karşılanmalıdır.

Gözetim raporlarının asılları ile firma dosyasındaki surette gözetim faaliyetini gerçekleştiren uzman personelin ad ve soyadı ile unvanının bulunması zorunludur.

⁴¹ Şanlı, s. 50.

⁴² Şanlı, s. 50.

⁴³ Şanlı, s. 50.

⁴⁴ Şanlı, s. 51.

⁴⁵ Şanlı, s. 51; Gözetim Raporunun hukuki niteliği için bkz. *Caner, O.: Türk Hukukunda Uluslararası Gözetim Sözleşmesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, 22/1, ss.1-31.

⁴⁶ ŞANLI, s. 51.

Uzman personelin kurum içerisinde veya dışından olması önem arz etmez. Buna ek olarak, gözetim raporlarında ıslak imza zorunluluğu getirilmiştir. Tebliğ'deki düzenlemeye göre "gözetim raporlarının aslı ve firma dosyasındaki nüshasında, gözetim faaliyetini yürüten uzman personelin veya şirketi temsil ve ilzama yetkili bir kişinin ıslak imzasının bulunması" gereklidir (Tebliğ 9/4). Uluslararası ticaretin büyük ölçüde elektronik iletişim araçlarıyla yürüdüğü dönemde ıslak imzanın zorunlu tutulması uluslararası ticaretin gerekleri ile bağdaşır nitelikte değildir.

Gözetim raporlarının imzalı nüshalarının beş yıl süreyle saklanması zorunludur (Tebliğ 9/4).

Türk hukukunda gözetim şirketi statüsüne sahip olmak münhasıran gözetim faaliyeti ile iştigali gerektirmemektedir. Gözetim kuruluşları başkaca kazanç getirici işleri de yapabilirler. Bu hususta Tebliğ'in getirdiği kısıtlama, gözetim kuruluşlarının kendilerinin gerçekleştirmiş oldukları dış ticaret işlemlerinde kullanılmak üzere gözetim raporu tanzim etmelerinin yasaklanmış bulunmasıdır (Tebliğ 13/2). Gözetim raporlarının temel özelliği olan objektif, bağımsız üçüncü kişi denetimi yaklaşımının gerekli olması Tebliğ'deki bu düzenlemenin gerekçesini oluşturmaktadır. Gözetim kuruluşlarının kendi eylem ve işlemlerinde tarafsız olamayacağı gerekçesi ile bu düzenleme tarzı kabul edilmiştir.

Akreditasyona tabi olan A tipi gözetim kuruluşları Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği (RG. 23.02.2012/28213) ile Uygunluk Değerlendirme Kuruluşlarının Akreditasyonu Hakkında Yönetmelik'teki (RG. 11.02.2012/28201) esaslara da riayet etmeleri gereklidir (Tebliğ 13). Buna göre A tipi gözetim kuruluşları müşterilerine akredite edildiği konularda belirlenmiş akreditasyon esaslarına ve akreditasyon sözleşmesindeki şartlara uygun olarak hizmet vermekle yükümlüdürler.

6. Yardımcı Kişilerden Sorumluluk

A. Personel Yeterlilikleri

Tebliğ'de yer alan başvuru ve değerlendirmeye ilişkin maddeler (m. 5 ve 6) incelendiğinde personel yeterliliğinin gözetim şirketi statüsü verilmesinde belirleyici bir unsur olduğu görülmektedir. Tebliğ'de, gözetim faaliyetlerini fiilen yürütecek personelin nitelikleri özel düzenlemeye tabi tutulmuştur. Tebliğ'e göre uzman personel tabiri; *gözetim faaliyetinin gerektirdiği uzmanlığa sahip, Türk Gümrük Tarife Cetveli Fasıllarına uygun hazırlanmış uzmanlık listesine uygun şekilde yetkilendirilmiş, gözetim faaliyetini yürüten ve ad, soyad ve unvanı gözetim raporunda belirtilen personel* anlamında kullanılmaktadır [Tebliğ 4/1(ğ)].

Gözetim şirketi statüsü başvurusu için personel yeterliliğinin ispatlanması gerekmektedir. Bu amaçla gözetim faaliyetini yürütecek uzman personelin istihdam

edildiğini kanıtlayan hizmet sözleşmesi veya işe giriş bildirgesi, Türk Gümrük Tarife Cetveli fasılları itibarıyla yetkili oldukları alanları da gösteren liste ve eğitim durumlarını gösteren belgelerin yanı sıra uzman personelin imza beyannamesinin de başvuruya eklenmesi gerekmektedir. Yardımcı kişi seçimi ve denetimindeki özel ihtimam yükümlülüğü radyasyon ölçümü konusunda daha da artmaktadır. Radyasyon ölçümü yapmaya yetkili A tipi gözetim kuruluşlarında personel yeterliliği daha sıkı koşullara bağlanmıştır⁴⁷.

Uzman personel çalıştırma zorunluluğu, B tipi uluslararası gözetim kuruluşları bakımından kısmen yumuşatılmıştır. A ve B tipleri bakımından gerçekleştirilen gözetim faaliyetlerinin uzman personel ile yürütülmesi kural olmakla birlikte B tipi uluslararası gözetim kuruluşlarında *yetkilendirme listesinde belirtilen uzmanlığa sahip olmamakla birlikte, yürütülecek gözetim faaliyetinin gerektirdiği uzmanlık bilgisi ve deneyime sahip olduğunun şirketi temsile ve ilzama yetkili kişi tarafından onaylanması halinde, gözetim faaliyeti bu personel tarafından yürütülebileceği* kabul edilmiştir (Tebliğ 8/3). Tebliğ'de öngörülen bu istisnanın ihlal edilmesi halinde ihlal eden gözetim kuruluşu hakkında, faaliyetin süreli-süresiz olarak men edilmesi veya gözetim şirketi statüsünün geri alınması yaptırımlarından biri uygulanabilecektir.

Kural, gözetim faaliyetinin ruhsat verilen kuruluş tarafından bizzat yapılması olmakla birlikte, ihtiyaç duyulduğunda başka kişilerden de yararlanılabilmesine imkân sağlanmıştır. Tebliğ'de taşıeron olarak ifade edilen alt yüklenici (yardımcı kişi) gerçek veya tüzel kişi⁴⁸ olabilir; her halükarda Tebliğ'de uzman personel için aranan niteliklerin taşıeron olarak çalıştırılan kişilerde de bulunması gerekir. Bu hükmün istisnai nitelikte olması karşısında Tebliğ'in 8/3 hükmünde yer alan B tipi gözetim kuruluşları için kabul edilen kolaylaştırıcı düzenlemenin taşıeron işletmeler için geçerli olmaması gerekir. Aksi yorum, getirilen istisnanın genişletilerek Tebliğ'de yer alan pek çok düzenlemenin etkisiz hale gelmesine yol açabilecektir.

Laboratuvarın gözetim kuruluşunun bünyesinde olması halindeki sorumluluk ile üçüncü bir kuruluşa ait laboratuvarın kullanılması halindeki sorumluluğun da ayırt edilmesi gerekir. Üçüncü kuruluşların bünyelerindeki laboratuvarların işlemlerinden sorumluluk da yardımcı kişiden sorumluluğun tabi olduğu esaslara tabi olmalıdır.

Gözetim Raporunda gözetim faaliyetini yürüten uzman personelin kimlik bilgilerinin ve unvanının bulunması gerekir. Gözetim Raporu uzman personel veya

⁴⁷ *Uluslararası Gözetim Şirketi Statüsüne Sahip Kuruluşların Radyasyon Ölçümü de Yapabilmelerine İlişkin Usul ve Esaslar, m. 3/1(d), 4/1(ç) ve 6/1(a)*. Bkz. <http://www.taek.gov.tr/belgeler-formlar/rsgd-formlari/uygunluk-belgesi-islemleri/radyasyon-olcüm-sistemleri/Radyasyon-%C3%96l%C3%A7%C3%BCm-Sistemi-Uygunluk-Belgesi-Verilmesine-%C4%B0l%C5%9Fkin-Usul-ve-Esaslar/> (ET. 21.09.2015)

⁴⁸ Tebliğ'de alt yüklenici (taşıeron) olarak başka bir uluslararası gözetim kuruluşu veya bunlara muadil kişilerin taşıeron olarak kullanılabileceği ifade edilmiştir (Tebliğ 11/1).

kuruluşu temsil ve ilzam ile yetkili kişi tarafından imzalanmalıdır. Tebliğ'de, gözetim raporundaki imzaların ıslak imza olarak atılması gerektiği belirtilmiştir. Mevcut düzenlemeye göre, *gözetim raporlarının aslı ve firma dosyasındaki nüshasında, gözetim faaliyetini yürüten uzman personelin veya şirketi temsil ve ilzama yetkili bir kişinin ıslak imzasının bulunması ve belgelerin imzalı nüshalarının beş yıl süreyle saklanması* zorunluluğu bulunmaktadır. Bu husus eleştiriye açıktır. Günümüzde teknolojinin geldiği nokta dikkate alındığında dış ticaret işlemleri gibi sıklıkla hazır olmayanlar arasında cereyan eden uluslararası sözleşme ilişkilerinde güvenli elektronik imza sistemlerine imkân tanınması isabetli olurdu.

B tipi uluslararası gözetim kuruluşları tarafından düzenlenen gözetim raporlarında uzman personelin kimliğinin veya unvanının belirtilmemesi veya ıslak imza eksikliği halinde bir ay süre ile faaliyetten men müeyyidesi uygulanacağı hükme bağlanmıştır [Tebliğ 15/2(b)]. Düzenlemede sadece B tipi gözetim kuruluşlarından bahsedilmesi sebebi ile A tipi gözetim kuruluşları için Teknik Düzenlemeler Rejimi Kararı'nın 14'üncü maddesinin uygulanması gerekir.

Bu konuda son olarak yabancı gerçek kişilerin Türkiye Cumhuriyeti'nde uluslararası gözetim işlerinde faaliyetlerinde tabi oldukları esasların tespitidir. Bir ülkede bulunma ya da ikamet hakkı elde etme hakkının alınmış olması aynı zamanda çalışma hakkının da elde edilmiş olduğu anlamına gelmemektedir. Bu kategorideki yabancı kişiler 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun⁴⁹ hükümlerine uygun olarak önceden izin almak suretiyle (m. 4/1) Türkiye'de çalışabilirler. Bununla beraber; Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na tabi olarak faaliyet gösteren gözetim kuruluşları ise bu husustaki özel rejime tabidirler⁵⁰. Buna göre gözetim faaliyetlerinde kilit personel niteliğindeki kişiler, ilgili yönetmeliğin⁵¹ 4'üncü maddesindeki şartları sağlamak şartıyla nispeten daha kolay bir rejime tabi tutulmuşlardır. Doğrudan yabancı yatırımlardaki yabancı personelden kilit personel sayılmayanlar ise yabancıların Türkiye'de çalışabilmeleri için aranan genel rejime tabidirler.

B. Sorumluluk Rejimi

Günümüzde ticaret hayatında işletmelerin başka kişilerden veya kuruluşlardan destek alarak ticari faaliyetlerini yürütmeleri yaygın bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk hukukunda gözetim kuruluşlarının tüzel kişi olarak varlık göstermesi asıldır. Yardımcı kişilerin davranışlarından sorumluluk konusu irdelenirken, Türk huku-

⁴⁹ RG. 06.03.2003/25040.

⁵⁰ Bkz. *Çelikel A./Gelgel (Öztekin) G.:* Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 21'inci Baskı, İstanbul 2015, s. 177 vd.

⁵¹ Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik. RG. 17.06.2003/25141.

kunda tüzel kişinin organlarını teşkil eden kişilerin yardımcı kişi olarak kabul edilmediği⁵² görüşünün baskın olduğu vurgulanmalıdır. Özel hukuk tüzel kişileri gibi kamu tüzel kişileri de bu hukuki ilişkiye taraf olabilirler. Ancak kamu tüzel kişilerinin ifa yardımcıları ile olan ilişkilerinin esas itibarıyla kamu hukukuna tabi olduğu belirtilmelidir. Ancak kamu kurumu⁵³ ile ifa yardımcıları arasındaki ilişkinin özel hukuk ilişkisi olduğu hallerde Borçlar Kanunu'na göre sorumluluk gündeme gelir⁵⁴. Tüzel kişi, organlarının eylem ve işlemlerinden dolayı Türk Medeni Kanunu 50 ve Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddeleri dolayısıyla doğrudan doğruya sorumludur. Buna mukabil, gözetim kuruluşu bünyesinde çalışıp da organ sıfatını haiz olmayan çalışanların Türk Borçlar Kanunu 66 veya 116'ncı maddelerine göre sorumlu olabilmeleri mümkündür. Sorumluluğa sebep olan ilişki kural olarak hizmet sözleşmesi olmakla birlikte başka sözleşme türleri veya fiili durumdan da doğabilir⁵⁵.

Bu açıklamalar çerçevesinde uluslararası gözetim kuruluşlarının bünyelerinde bulunan personel veya hizmetlerinden yararlandıkları kişilerin/kurumların eylem ve işlemlerinden doğabilecek zararlardan sorumlu tutulmaları mümkün olduğunu söylemek Türk Hukukuna hâkim ilkelere uygun düşmektedir. Tebliğ açısından önem arz eden husus, Tebliğ'de ifade olunan uzman personelin (çalışanın) seçiminde gerekli özenin gösterilip gösterilmediği meselesidir. Gözetim faaliyetinin, ihtisas gerektiren, tarafların ve kamunun güveninin korunmasını gerektiren bir uğraş olması sebepleriyle personel yeterliliği özel önem arz etmektedir. Tebliğ'de (8/3) yer alan, B tipi gözetim kuruluşlarının gözetim faaliyetlerinin uzman personel tarafından yürütülmesi esası kabul edilmekle birlikte personelin uzmanlığının takdiri ile ilgili olarak şirketi temsile ve ilzama yetkili olan kişilere yetki verilmesine ilişkin düzenlemeye dikkat çekmek gerekir. Bu durumda şirketi temsil ve ilzama yetkili olan kişinin, yardımcı kişinin seçimi ve denetimine ilişkin sorumluluğunun, keyfiligi önleme maksadıyla daha dikkatli ele alınması gündeme gelebilecektir. Her ne kadar Tebliğ'de esnek bir rejim getirilmiş ise de Türk Borçlar Hukukuna hâkim esaslar dolayısıyla ilgili gözetim kuruluşunun personel seçiminde her türlü özeni göstermiş olması gereklidir. Personelin gözetim kuruluşu bünyesinde icra edilen gözetim faaliyetlerinin mahiyetine uygun fiziki, fikri, mesleki, ahlaki standartlarda olması gereklidir⁵⁶. Tebliğ'de bu husus, uluslararası

⁵² Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17'inci Bası, Ankara 2014, s. 624, 1074-1075; Oğuzman, K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012, s. 569; İnan A. N./Yücel Ö.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4'üncü Bası, Ankara 2014, s. 416; Kılıçoğlu A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 18'inci Bası, Ankara 2014, s. 330.

⁵³ Gözetim Şirketi Statüsüne sahip resmi kurumları, TÜBİTAK Bursa Test ve Analiz Laboratuvarı (BUTAL) ve Türk Standartları Enstitüsü (TSE) olmak üzere iki tanedir.

⁵⁴ Eren s. 623; Oğuzman/Öz, s. 565; Reisoğlu S.: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25'inci Bası, İstanbul 2014, s. 184-185; Antalya O. G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 1, İstanbul 2012, s. 549, 554.

⁵⁵ Eren s. 625; Kılıçoğlu s. 329; Reisoğlu s. 184; Antalya s. 555; İnan/Yücel s. 416.

⁵⁶ Eren s. 628; Kılıçoğlu s. 332; Reisoğlu s. 187; Antalya s. 558; İnan/Yücel s. 417, 418.

gözetim kuruluşlarının personelinin gözetim faaliyetinin gerektirdiği bilgi, deneyim ve eğitime sahip olmalarından dolayı sorumlu oldukları hükmü (Tebliğ 8/4) ile teyit edilmiştir. Burada açıkladığımız hukuki sorumluluğa ek olarak, Tebliğ'in 15'inci maddesinde getirilen idari yaptırımların da bu noktada dikkate alınması gerekir.

Tebliğ'in 13'üncü maddesinde düzenlenen gözetim kuruluşlarının yükümlülüklerine ilişkin esasların bu kuruluşların personeli için de geçerli olduğu düzenlenmiştir.

Bir diğer önemli husus ise personelin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumsuzluk sözleşmeleri ile ilgilidir. Türk Borçlar Kanunu'nun getirmiş olduğu sisteme göre gözetim kuruluşunun gözetim hizmeti alanlar ile kendi personelinin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu olmayacağına dair sözleşmelere kayıt konulması halinde bu kayıtların Türk Borçlar Kanunu'nun 116/3 fıkrasındaki düzenleme sebebiyle, kesin olarak hükümsüz olduğu söylenmelidir.

Kural, gözetim faaliyetinin ruhsat verilen kuruluş tarafından yapılması olmakla birlikte, ihtiyaç duyulduğunda başka kişilerden de yararlanılabilmesine –istisnai hallerde- imkân sağlanmıştır. Gözetim faaliyetinde alt yüklenici (taşeron) kullanılması, gözetim kuruluşlarının bu alandaki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Taşeronlar tarafından düzenlenen rapor ve belgelerden de uluslararası gözetim kuruluşları sorumludur (Tebliğ 11/3). Tebliğ'de taşeron olarak ifade edilen yardımcı kişinin gerçek veya tüzel kişi olabilmesi mümkündür; her halükarda Tebliğ'de uzman personel için aranan niteliklerin taşeron olarak çalıştırılan kişilerde de bulunması gerekir. Alt yükleniciden yararlanmaya ilişkin hükmün istisnai nitelikte uygulanması gerekmesi karşısında Tebliğ'in 8/3'üncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan B tipi uluslararası gözetim kuruluşları için kabul edilen kolaylaştırıcı düzenlemenin taşeron işletmeler için geçerli olmaması gerekir. Aksi yorum Tebliğ'de getirilen istisnanın genişletilerek Tebliğ'de yer alan pek çok düzenlemenin etkisiz hale gelmesine yol açabilecektir.

Bu noktada önem arz eden bir diğer husus da gözetim kuruluşunun kendi bünyesi dışındaki laboratuvarlardan yararlanması konusudur. Ancak istisnaen, Tebliğ (m. 10), taraflar arasında aksine düzenleme olmadıkça akreditasyon belgesine⁵⁷ sahip olması koşuluyla laboratuvar analizlerinin gözetim kuruluşu dışındaki laboratuvarlarda da yaptırılabilmesine imkân vermesi sebebiyle bu gibi laboratuvarlardan yararlanma halinde bunların da Tebliğ ve Türk Borçlar Kanunu anlamında yardımcı kişi sayılacakları muhakkaktır. Bu husus, Tebliğ'de de üstü kapalı şekilde teyit edilmiştir (Tebliğ 10/2).

Gözetim işi yapan uzman personelin birden çok kuruluşun emrinde çalışması mümkündür. Çalışan kişi, birden çok kuruluşun işini görürken zarara sebep olmuş ise bu kuruluşların hepsi müteselsil sorumluluk esaslarına göre sorumlu olurlar⁵⁸.

⁵⁷ Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği m. 4.

⁵⁸ Eren s. 625; Antalya s. 549.

VI. İdari Nitelikteki Yükümlülükler

2015/24 numaralı Tebliğ'de yer alan düzenlemelerin önemli bir kısmı gözetim kuruluşlarının yükümlülüklerine ilişkindir.

Dış ticarete konu olan ürünlerle ilgili gözetim faaliyetlerinde bulunacak uluslararası gözetim kuruluşlarının tabi olacakları şartları tespit etmeye Ekonomi Bakanlığı yetkili kılınmıştır⁵⁹.

Uluslararası gözetim kuruluşları gözetim faaliyeti için yeterli bilgi, deneyim ve eğitime sahip personel bulundurma yükümlülüğü altındadırlar (Tebliğ 8/4). Ancak bu kurala B tipi bakımından bir istisna getirilmiştir⁶⁰.

Gözetim raporlarında ıslak imza zorunluluğu bulunmaktadır. Tebliğ'deki düzenlemeye göre gözetim raporlarının aslı ve firma dosyasındaki nüshasında, gözetim faaliyetini yürüten uzman personelin veya kuruluşu temsil ve ilzama yetkili bir kişinin ıslak imzasının bulunması gerekmektedir (Tebliğ 9/4).

Gözetim raporlarının ilgili gözetim kuruluşu tarafından imzalı nüshalarının beş yıl süreyle saklanması zorunludur (Tebliğ 9/4).

Gözetim Kuruluşları, akreditasyon veya kuruluş şartlarındaki değişiklikleri, yeni şube açma beyanlarını ve mesleki sorumluluk sigortasına ilişkin hususları Bölge Müdürlüklerine bildirmekle yükümlüdürler (Tebliğ 13/3, 4, 5, 6).

Uluslararası Gözetim Kuruluşları ile ilgili olarak özel önem arz eden hususlardan biri de mesleki sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğudur. Tebliğ'de gözetim şirketi statüsü koşulları sıralanırken iktisadi işletmeler için asgari 100.000 TL teminatlı mesleki sorumluluk sigortası poliçesi ibraz etme şartı getirilmiştir [Tebliğ 5/4(e)]. Buna ek olarak, mesleki sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğuna tabi gözetim şirketlerinin süresi biten sigorta sözleşmelerini yenileyerek Bölge Müdürlüklerine bildirimde bulunma yükümlülükleri⁶¹ de bulunmaktadır. Sorumluluk sigortası zorunluluğu konusunda neden iktisadi işletmeler ile sınırlı olarak daraltıcı bir uygulamaya gidildiğinin hukuksal ve taraf menfaatleri açısından makul bir açıklama

⁵⁹ Teknik Düzenlemeler Rejimi Kararı m. 5 (RG. 22.02.2013/28567).

⁶⁰ Tebliğ'e göre (8/3), *gözetim faaliyetini yürütecek B tipi uluslararası gözetim şirketi personelinin, yetkilendirme listesinde belirtilen uzmanlığa sahip olmamakla birlikte, yürütülecek gözetim faaliyetinin gerektirdiği uzmanlık bilgisi ve deneyime sahip olduğunun şirkete temsile ve ilzama yetkili kişi tarafından onaylanması halinde, gözetim faaliyeti bu personel tarafından yürütülebilir. Aksi durumun ispatı halinde 15 inci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendi uygulanır.* Bu düzenleme gözetim faaliyetinin gerektirdiği profesyonel yaklaşım ile bağdaşmamaktadır. Fıkranın yazılış tarzının maksadı tam olarak karşılamadığı düşünülmektedir. Personel yeterliliğinin sağlanmadığı bir gözetim uygulamasının yeterlilik derecesi her zaman tartışmaya açık olacaktır.

⁶¹ Mesleki Sorumluluk Sigorta poliçelerini yenilememe halinde Tebliğ'in 15/2 e, f ve g bentlerinde yer alan yaptırımlar sırasıyla uygulanarak uyardıktan gözetim şirketi statüsünün geri alınmasına kadar süren aşamalı idari yaptırımların uygulanması gündeme gelecektir.

masını yapmak güçtür. A tipi uluslararası gözetim kuruluşları bakımından Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları Ve Onaylanmış Kuruluşlara ilişkin mevzuatta⁶² yer alan akredite kuruluşların mecburi mesleki sorumluluk sigortasına ilişkin hükümlerin A tipi uluslararası gözetim kuruluşlarına da uygulanması gerektiği düşünülebilirse de B tipi gözetim kuruluşları hakkındaki boşluğun doldurulmasında fayda mülhaza edilmektedir; uluslararası gözetim kuruluşlarının sınıraşan uluslararası faaliyet arz eden ticari hayata ilişkin faaliyetlerinde yeterli güvenin sağlanabilmesi maksadıyla -*özellikle sözleşmenin yabancı tarafını korumak maksadına yönelik olarak*- SDR (*Special Drawing Right-Özel Çekme Hakkı*) esas alınarak teminatı belirlenmiş sorumluluk sigortası zorunluluğunun getirilmesinde fayda mülhaza edilmektedir⁶³.

VII. Uluslararası Gözetim Kuruluşlarının Denetimi

Uluslararası gözetim kuruluşlarının kamu kurumu niteliğinde olanlar, iktisadi işletme niteliğinde olanlar ve Türk şirketi statüsüne haiz olanları için ayrı ayrı değerlendirme yapılması gereklidir. Tebliğ'de bahsedilen denetim, sadece uluslararası gözetim şirketi statüsü dolayısıyla yapılan denetimdir. Şirketler, işletmeler ve kamu kurumu niteliğindeki uluslararası gözetim kuruluşları için kendi tabi oldukları mevzuatlarındaki diğer denetim türleri de uygulanmaya devam edecektir. Dolayısıyla Tebliğ'de düzenlenmiş olan denetimin uluslararası gözetim kuruluşlarının olağan denetimlerine ek denetim usulü olduğunu ifade etmek mümkündür.

Tebliğ, B tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının bu Tebliğ'de yer alan esaslara uygunluk bakımından her yıl en az bir defa denetleneceğini öngörmüştür (Tebliğ 14/1). Tebliğ'de A tipi uluslararası gözetim kuruluşlarının yılda en az bir denetim zorunluluğundan hariç tutulmasına karşın bu gruba giren uluslararası gözetim kuruluşların da gerek görüldüğünde denetlenmesi mümkündür (Tebliğ 14/2). Denetimlerde uluslararası gözetim kuruluşları tarafından gözetim faaliyetleriyle ilgili olarak düzenlenmiş tüm belge, rapor ve faturalar incelenebilir (Tebliğ 14/5).

VIII. Yaptırımlar

1. Hükümetin Dış Ticaret Siyasetinden Doğan Yaptırımlar

Dış ticaretin gözetim ve denetiminin bir unsuru olarak uluslararası gözetim kuruluşlarının faaliyetleri ile ilgili Ekonomi Bakanlığı'na geniş yetkiler verilmiştir. Bu düzenleme Türkiye Cumhuriyeti'nin dış ticaret işlemlerine ilişkin siyasetinin göze-

⁶² Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları Ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği m. 7/4g; Uygunluk Değerlendirme Kuruluşlarının Akreditasyonu Hakkında Yönetmelik M. 7/2g.

⁶³ Nihai sonuç olarak 4457 Sayılı Türk Akreditasyon Kurumu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun'a ekleme yapılmak suretiyle akredite olan her kuruluşun mecburi mesleki sorumluluk sigortası yaptırımının sağlanması gerekir.

tim faaliyetleri bakımından ortaya çıkan tezahürünü yansıtmaktadır (Tebliğ 15/1). Bu fıkroda yer alan düzenlemeye göre Ekonomi Bakanlığı aşağıda sıralanan hallerde uluslararası gözetim kuruluşlarının faaliyetlerine kısıtlama getirmeye, önlem almaya ve gözetim şirketi statüsünün geri alınmasında yetkili kılınmıştır:

- Türkiye Cumhuriyeti'nin ikili, çok taraflı veya bölgesel ticari ilişkilerine zarar verebilecek uygulama ve faaliyetlerin belirlenmesi;
- Uluslararası ticaret kuralları ile teamüllerine aykırı şekilde başka bir devletin ön bildirimde bulunmaksızın Türkiye Cumhuriyeti'nde yapılan dış ticaret işlemlerine karşı sevk öncesi denetim uygulamasına başlaması;
- Bir devletin ayrımcı muamele kastıyla Türkiye Cumhuriyeti'nde yapılan dış ticaret işlemlerine karşı gözetim uygulamasının ortaya çıkması;
- İthalatçı devlette, resmi makamların gözetim faaliyetinde bulunan kuruluşlar arasında haksız rekabete yol açabilecek uygulamalarının tespit edilmesi.

2. Teknik Düzenlemeler Rejiminden Doğan Yaptırımlar

Uluslararası gözetim kuruluşlarının faaliyet konuları ile ilgili mevzuata aykırılık hallerinde Teknik Düzenlemeler Rejimi Kararı'nın⁶⁴ 14'üncü maddesinde yer alan yaptırımlar⁶⁵ uygulanacaktır. Kararda yer alan, aşağıda sıralanmış yaptırımların Tebliğ'in 15/2 ve 3'üncü fıkralarında yer alan hallerde uygulanması gerekir.

- Yazılı uyarı;
- Kuruluşun kendisine tanınan muafiyetlerden süreli veya süresiz olarak men edilmesi;
- Kuruluşun ithalat veya ihracatının süreli veya süresiz durdurulması. Bu halde uygulanacak yaptırım resmi gazetede yayınlanır.
- Gözetim kuruluşunun faaliyetten süreli veya süresiz olarak men edilmesi veya gözetim şirketi statüsünün geri alınması. Bu halde uygulanacak yaptırım Resmi Gazetede yayınlanır.

SONUÇ

Dış ticarete konu malların kalitesinin ve miktarının kontrolü; depolama, yükleme, boşaltma ve nakil esnasındaki durumunun tespiti ile döviz kuru ve mali şartlar da dâhil olmak üzere fiyatının ve gümrük sınıflandırmasının doğruluğunun saptan-

⁶⁴ RG. 22.02.2013/28567.

⁶⁵ Tebliğ'in 15/2 fıkrasında yer alan Teknik Düzenlemeler Rejimi Kararı'nın 14/1 (a) veya (ç) bentlerine yapılan atıfta yazım hatası bulunduğu düşünülmektedir; doğru atfın 14/1 olması gerekir.

ması konusundaki uluslararası gözetim faaliyetlerini [Tebliğ m. 4/1(e)] yürüterek gözetim raporu tanzim etme yetkisine sahip olan kuruluşlar olarak tanımlanan gözetim kuruluşlarının Türkiye'deki uygulamasının değerlendirildiği bu makalede aşağıdaki sonuçlara dikkat çekmek gerekmiştir:

Tebliğ'de, gözetim raporlarında ıslak imza zorunluluğu getirilmiştir (Tebliğ 9/4). Uluslararası ticaretin büyük ölçüde elektronik iletişim araçlarıyla yürüdüğü dönemde ıslak imzanın zorunlu tutulması uluslararası ticaretin gerekleri ile bağdaşır nitelikte değildir. Bu hususta Türk hukukundaki gelişmelere uygun olarak⁶⁶; günümüzde teknolojinin geldiği nokta dikkate alınarak dış ticaret işlemleri gibi sıklıkla hazır olmayanlar arasında cereyan eden uluslararası sözleşme ilişkilerinde, ıslak imza uygulamasına ek olarak, giderek yaygınlaşmakta olan güvenli elektronik imza uygulamasına da imkân tanınması isabetli olurdu.

Tebliğ'de iktisadi işletmelerle sınırlı olarak mesleki sorumluluk sigortası yapma zorunluluğu kabul edilmiştir. Bu sınırlamanın gerekçesinin yeterli olmadığı, gözetim ilişkisinin taraflarının menfaatlerine tam olarak uygun olmadığı düşünülmektedir. Mesleki sorumluluk sigortasının, gözetim faaliyetleri dolayısıyla ortaya çıkabilecek zararları tazmine yönelik olması hasebiyle bütün ilgililerin menfaatlerinin korunmasına yönelik olduğu kabul edilmelidir. Uluslararası gözetim kuruluşlarının sınıraşan uluslararası faaliyet özelliği arz eden ticari hayata ilişkin faaliyetlerinde yeterli güvenin sağlanabilmesi maksadıyla *-özellikle sözleşmenin yabancı tarafını korumak maksadına yönelik olarak-* SDR (*Special Drawing Right-Özel Çekme Hakkı*) esas alınarak teminatı belirlenmiş mesleki sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğunun Türkiye Cumhuriyeti'nde faaliyet gösteren bütün gözetim kuruluşları için getirilmesinde fayda bulunduğu mülahaza edilmektedir.

Mesleki sorumluluk sigortası uygulamasına ek olarak kamu kuruluşu niteliğinde olmayan uluslararası gözetim kuruluşlarının asgari sermaye yeterlilikleri konusunda düzenleme yapılması uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların karşısında bu kuruluşların itibarını olumlu yönde etkileyecektir.

Konu ile ilgili bir diğer önemli bir husus ise terminolojiye ilişkindir. Tebliğ, gözetim şirketi ifadesini kullanmakla birlikte, gözetim faaliyetinin kamu kurumları, iktisadi işletmeler, şirketler ve hatta gerçek kişi tacirler tarafından icra edilebilmesi

⁶⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18/3 hükmü dolayısıyla tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetme, sözleşmeden dönmeyle ilişkin ihbarlar veya ihtarların güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılabilmesinin önü açılmıştır. Ayrıca; aynı Kanun'un 1526'ncı maddesinin 3 ve 4'üncü fıkralarındaki düzenlemeler dolayısıyla şirketler ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirlere ilişkin olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun zorunlu tuttuğu bütün işlemler elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile de yapılabileceği; bu işlemlerin dayanağı olan belgeler de aynı usulle elektronik ortamda düzenlenebileceği (f. 3); şirket adına imza yetkisini haiz kişilerin şirket namına kendi adlarına üretilen güvenli elektronik imzayla imza atabilirlecekleri kabul edilmiştir (f. 4).

sebebiyle daha müsait olması dolayısıyla “uluslararası gözetim kuruluşu” tabirinin kullanılmasının, isabetli olacağı kanaatindeyim.

Uygulamada uluslararası gözetim kuruluşlarının ayırt edilmelerini kolaylaştırmak için ticaret unvanlarında “uluslararası gözetim faaliyetleri” hususunu belirten bir ek kullanma zorunluluğu getirilmesi yerinde olacaktır⁶⁷.

Hâlihazırda uluslararası gözetim kuruluşlarının mevcut sınıflandırması yanlış anlamalara yol verebilecek bir yapıdadır. A veya B tipi yerine, “Uluslararası Gözetim Kuruluşu-Akredite Uluslararası Gözetim Kuruluşu” (akredite olan-akredite olmayan) şeklinde bir ayrıma gidilmelidir. Uygulamada gözetim kuruluşlarının Türk Gümrük Tarife Cetveli Fasıllarından sadece birinden akreditasyon belgesi alması, Tebliğ’e göre A tipi gözetim kuruluşu olması için yeterli olmaktadır. Mevcut haliyle genel anlamda akreditasyon belgesinin kullanımının, çoğunluğu ticari işletme niteliğinde olan uluslararası gözetim kuruluşları arasında haksız rekabete yol açabilecek mahiyette olduğuna dikkat çekilmelidir. Zira bir fasıldan akredite olmak A tipi gözetim kuruluşu olabilmek için yeterli olmaktadır. Bu gerekçe ile, haksız rekabete yol açmayacak şekilde gözetim kuruluşları arasında daha anlaşılır sınıflama yapılması yoluna gidilmelidir. Bu haliyle sadece bir fasıldan akredite olan gözetim kuruluşu, uygulamada A tipi olarak reklam ve ticari faaliyet yürüterek haksız rekabete sebep olabilecektir. Bu açıklamalara bağlı olarak, uluslararası gözetim kuruluşu ve akreditasyon belgelerinde ilgili kuruluşun yetki alanı net olarak sınırlanmalı ve uygun iletişim araçlarıyla kamuoyuna duyurulması sağlanmalıdır. Olması gereken durum açısından bütün uluslararası gözetim kuruluşlarının akreditasyon uygulamasına tabi olmasının bu kuruluşlarının verdikleri hizmetlerin yeterliliğini ve kalitesini olumlu yönde etkileyeceğini savunmak mümkündür.

Uluslararası gözetim kuruluşları ile ilgili olarak dikkat çeken bir husus da özel teşebbüs olarak görev ifa eden uluslararası gözetim kuruluşlarının ticari faaliyet alanlarında herhangi bir sınırlamanın bulunmamasıdır. Bu husus dolayısıyla olağan ticari faaliyet yürüten pek çok işletme aynı zamanda gözetim faaliyeti de yürütebilmektedir. Bu durum, uygulamada ihtisas gerektiren ve özel önem arz eden gözetim faaliyetlerinin işleyişine duyulan güveni sarsabilecek niteliktedir. Bu sebeple, uluslararası gözetim kuruluşlarının faaliyet gösterebilecekleri alanlar, denetim/gözetim ve benzeri

⁶⁷ Uygulamada bu yaklaşım ile ilgili pek çok örnek bulunmaktadır. Örneğin, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Geçici m. 3/3’de katılım bankaları için “katılım bankası” ibaresi kullanma zorunluluğu; 4632 Sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu (RG. 7.4.2001/24366) m. 8/3’e göre şirket unvanında “emeklilik” ibaresinin bulunması zorunluluğu; 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu (RG. 13.12.2012/28496) m. 5/1(c) hükmünde Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri için ticaret unvanında “Finansal Kiralama Şirketi”, “Faktoring Şirketi” veya “Finansman Şirketi” ibarelerinden birinin bulunması zorunluluğu; Yatırım ortaklıklarının unvanında yatırım ortaklığı ibaresi kullanma zorunluluğu [6362 Numaralı Sermaye Piyasası Kanunu m. 49/1(ç), RG. 30.12.2012/28513] örnek olarak verilebilir.

faaliyetler ile sınırlandırılmalıdır. Uluslararası gözetim şirketi statüsü kazanmış olan işletmeler her türlü ticari işi yapamamalıdır.

Tebliğ kapsamına (Tebliğ 2/2) giren gözetim faaliyetleri arttırılmalıdır. İstisnaların fazlalığı sebebiyle bu hususta idare tarafından verilen ruhsatların (imtiyaz) sağlıklı bir sisteme sahip olmadığı düşünülmektedir. Konunun Tebliğ ile düzenlenmesi çok yerinde bir uygulama değildir; uluslararası gözetim kuruluşu sayısı ve verilen gözetim faaliyetlerinin artmasına uygun olarak en azından yönetmelik seviyesinde bir mevzuata tabi tutulmalıdır.

Tebliğ ile uluslararası uygulamanın uyumunu sağlamak maksadıyla Sevk Öncesi İnceleme Anlaşması (*Agreement on Preshipment Inspection*) ve konu ile ilgili Avrupa Birliği düzenlemelerine uyum sağlanmalıdır. Bu hususa ek olarak, gözetim ve denetim sektörünün ülkemizdeki gelişmesinin de dikkate alınarak, uluslararası gözetim kuruluşlarının Türkiye içi ticarete de gözetim faaliyetlerinde kullanılabilmesi düşünülmelidir.

Hâlihazırda, radyasyon ölçümü ile ilgili Uluslararası Gözetim Şirketi Statüsüne Sahip Kuruluşların Radyasyon Ölçümü de Yapabilmelerine İlişkin Usul ve Esaslar'da iki yıllık süre kısıtlaması mevcuttur; ancak bunun dışında akreditasyonda da süre bulunmamaktadır. Akreditasyon sertifikasının süreye tabi tutulması uygulamasına paralel olarak, verilen hizmetin kalitesini koruyucu bir önlem olarak uluslararası gözetim kuruluşu belgesinde de süre uygulanması yoluna gidilmelidir.

Tebliğ'de şeffaflık yükümlülüğü getirilmiş olmasına rağmen bu hususa ilişkin somut düzenlemeler metinde yer almamaktadır. Gözetim faaliyetlerine ilişkin şeffaflık uygulamaları hususunda gerekli düzenleme yapılmalıdır. Uluslararası gözetim kuruluşları ticari sırlar ve mevzuattaki kısıtlamalara riayet ederek yaptıkları faaliyetlerin şeffaflığını sağlamalıdır.

KAYNAKLAR

Antalya O. G.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 1*, İstanbul 2012.

Biton E.: *Uluslararası Gözetim Şirketleri* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2000.

Bozgeyik, H.: *Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 2 2013, s. 91vd.

Caner, O.: *Uluslararası Gözetim Sözleşmesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22/1 2016, s. 1 vd.

Çelikel A./Gelgel (Öztekin) G.: *Yabancılar Hukuku*, Yenilenmiş 21'inci Bası, İstanbul, 2015.

- Demircioğlu H. R.:** *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)* Ankara 2009.
- Eren, F.:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17'inci Bası, Ankara, 2014.
- Erten R.:** *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Ankara, 2005.
- Gezder Ü.:** *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul 2009.
- Gürpınar D.:** *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*, İzmir 2006.
- İnan A. N./Yücel Ö.:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4'üncü Bası, Ankara 2014.
- Kayhan Ş./Eski M.:** *Uluslararası Ekonomi Hukuku C. 1*, Genişletilmiş İkinci Bası, Kocaeli 2015.
- Karahan S.:** *Garanti Markası*. Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt I, 2010 s. 1201 vd.
- Kılıçoğlu A. M.:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 18'inci Bası, Ankara 2014.
- Kırca Ç.:** *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*. Ankara, 2004.
- Oğuzman, K./Öz, T.:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, İstanbul 2012.
- Reisoğlu S.:** *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25'inci Bası, İstanbul 2014.
- Şahin Caner, A.:** *Garanti Markaları Nedeniyle Sorumluluk*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, 2013, s. 356 vd.
- Şanlı C.:** *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 5'inci Bası, İstanbul, 2013.

HEKİMİN VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEYEN DOĞAN SORUMLULUĞU

(Physician's Liability Owing to Acting Without Authority)

Sera REYHANI YÜKSEL*

ÖZET

Hekim görevini özenle ifa etmek zorundadır. Aksi takdirde hekimin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Bu sorumluluğun çeşitli kaynakları bulunmaktadır; ancak birincil kaynağını sözleşme, diğer bir deyişle hasta ile hekim arasındaki hekimlik sözleşmesi oluşturmaktadır. Bunun dışında sorumluluk haksız fiile ya da vekâletsiz iş görmeye de dayanabilmektedir. Bu çalışma kapsamında hekimin tüm bu sorumluluk türlerinden sorumluluğunu irdelemek yerine vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluğuna ve bu sorumluluğun şartlarına yer verilecektir.

Anahtar kelimeler: Hekimlik Sözleşmesi, Hukuki Sorumluluk, Vekâletsiz İş Görme

Abstract

Physicians are obliged to perform their task carefully. Otherwise it can also be considered the responsibility of the physician. There are several reasons of this responsibility. But contract, in other words, physician agreement (*Arztvertrag*) which signed between the patient and the physician is the primary source. Apart from that, responsibility may depend on tort or acting without authority. Instead of examining all this type responsibility of physician, in this study the acting without authority and in the clauses of this responsibility is examined.

Keywords: Physician Agreement (*Arztvertrag*), Civil Liability, Acting Without Authority

GİRİŞ

Hekimlik mesleği uzun bir bilimsel ve akli geçmişe, geleneğe dayanan; aynı anda doğayı bilmek, insanı tanımak ve el becerisine sahip olmak gibi yetenekleri gerek-

* Yrd. Doç. Dr., Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

tiren kendine özgü bir meslektir¹. İlkel toplumlarda bile hastalık karşısında tedavi arayışının olduğu, zamanla kabile şeklindeki küçük toplulukların ortaya çıkışı ile büyücü-hekim adı verilen kişilerin ortaya çıktığı görülmektedir². Ancak hangi ad altında olursa olsun ilkel toplumlardan bu yana hekimlik kavramının var olduğu bilinmektedir. Hekimlik mesleğinin insan yaşamını ilgilendiren hatta daha doğru bir ifadeyle bizzat yaşamın emanet edildiği bir meslek olması nedeniyle taşıdığı önem ilkel kavimlerden itibaren tedavide başarısızlığa uğrayan hekimin sorumluluğunu doğurmuştur³.

Hekimin sorumluluğunun kaynağını büyük oranda sözleşme oluşturmaktadır. Buna karşılık hekimin sözleşme öncesi görüşmeler sırasındaki kusurlu davranışlarından sorumluluğu (culpa in contrahendo) da söz konusu olabilmektedir⁴. Hekimin sorumluluğunun dayanağı, şartlarının gerçekleşmesi halinde haksız fiil de olabilecektir. Ayrıca hekimin sorumluluğu gerçek vekâletsiz iş görme ya da gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre gerçekleşebilir.

Bu çalışma kapsamında hekimin sorumluluğunu doğuran tüm bu durumların irdelenmesi yerine hekimin vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluğu ele alınacaktır. Özellikle acil durumlarda hastanın izni olmaksızın tedavi edilmesi durumunda hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmadığından vekâletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulur. Hekimin vekâleti olmaksızın iş gördüğü durumların neler olduğu ve bu durumlardan doğan sorumluluğu açıklanmaya çalışılacaktır.

¹ **HAKERİ**, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2010, s. 205.

² **ÖZSUNAR**, Erdal, Roma Hukukunda Hekim ve Hekimin Sorumluluğu, Adana 2014, s. 3 vd.

³ **ÖZSUNAR**, s. 5; Tıpta yasal sorumlulukların belirlenmesiyle ilgili en eski tarihsel belge Hammurabi yasalarıdır. Söz konusu yasalarda cerrahların yaptıkları müdahaleler karşısındaki yasal sorumlulukları ve alacakları cezalar yer alır. “Kısasa kısas” yönteminin cezalandırma yöntemi olarak seçildiği görülmektedir. Mesela, “Şayet hekim birisine bronz neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürürse veya gözünü harap ederse iki eli kesilir” şeklinde düzenlemelere rastlanmaktadır. (**YILMAZ**, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 2)

⁴ Tıbbi müdahaleler açısından değerlendirildiğinde hastanın acil olarak geldiği bir hastanede ifa yardımcılılarıyla (hekimin yardımcıları) yaptığı görüşme neticesinde hekimin kendisine tıbbi müdahalede bulunacağı inancıyla oyalatılarak bu süre zarfında şikâyetlerinin artmasına neden olunması culpa in contrahendo sorumluluğunu doğurur. (**AYDIN**, Öztürk, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2014, s. 134; **İPEKYÜZ YAVUZ**, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 129); Ayrıca tanıdık bir hekimi gören kişinin o an şikâyetlerini sıralayıp ne yapması gerektiğini sorduğu durumda arada sözleşme ilişkisi kurulmamış olsa bile danışan kişinin karşı tarafa duyduğu güvenin korunması gerekliliği yanlış bilgi veren hekimin temelini TMK m. 2’de bulan güven sorumluluğu çerçevesinde sorumluluğunu doğurur. Bu konu hakkında bkz. **BAŞPINAR**, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 229.

1. Genel Olarak Hukuki Sorumluluk ve Vekâletsiz İş Görme Kavramları

a. Hukuki Sorumluluk Kavramı

Sorumluluk kavramı, bir kişinin zarar veren bir olgu nedeniyle bu zararı gidermekle yükümlü olduğu ve başkasının zarar görmesini gerektiren bir şeyden (hayvan bulunduranın sorumluluğu, TBK m. 67) veya bir kimseden (adam çalıştıranın sorumluluğu, TBK m. 66) dolayı gerçekleşen sonucu üstlenmek zorunda kaldığı durumu ifade eder⁵. Bu bakımdan, başkasına verdiği zararı giderme yükümlülüğü anlamına geldiği için hukuki sorumluluk zarara uğrayanın zararını giderme amacını taşır⁶. Sorumlu olmak, bir kimsenin belli bir davranışta bulunma ya da bulunmama yükümlülüğü altında olması, edimi ifaya zorlanabilmesi ve sorumlu olduğu şeyi yerine getirebilmek için gerekirse bütün malvarlığından vazgeçmesi demektir. Diğer bir deyişle sorumlu olan kişiye yerine getirmediği edim ya da işlediği haksız fiil nedeniyle yaptırım uygulanması, sorumlu olduğu şeyden dolayı dava ya da icra yoluna başvurulması ve bu kişinin gerekirse alacaklıyı şahsı⁷ ya da malvarlığı ile tatmin etmesi söz konusu olacaktır⁸.

Hukukumuzda da geçerli olan “casum sentit dominus” ilkesine göre, “*mala gelecek zararlar ya da malın tesadüfen ortadan kalkması gibi tehlikelerden doğacak zararların sorumluluğunu her bir malik kendisi bizzat taşır*”⁹. Bu ilkenin katı bir şekilde uygulanması ise bazı haksızlıklara sebep olabileceğinden bazı sebeplerin varlığı durumunda zarar görenin uğradığı zararı başka bir kişiye aktarması imkânı bulunmaktadır¹⁰. “Casum sentit dominus” ilkesine bu şekilde istisna getirilmesinin nedeni hiç kimsenin, bir başkasına haksız bir biçimde zarar vermemesi gerekliliğinden ve bunun sonucu olarak kimsenin haksız biçimde uğradığı zarara katlanmak zorunda olmamasından kaynaklanmaktadır¹¹. Kural herkesin hukukça korunan mal ve şahıs varlıklarında meydana gelen zararlara bizzat katlanması yönünde olsa da zararın kusurlu bir

⁵ KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 2003, s. 60.

⁶ ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 48; ÖZPINAR, Berna, “Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s. 39.

⁷ Bugün için artık borç için hapis ya da şahıs ile sorumluluk esas geçerli değildir ve sadece çok istisnai olarak İcra Hukukunda “tazyik hapsi” gündeme gelebilir. (KAPLAN, İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri, Ankara 2012, s. 43).

⁸ ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s. 28; RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s. 22.

⁹ ÖZDEMİR AYDIN, Elif, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, Ankara 2013, s. 2; “Zarara, uğrayan katlanır”, “Ateş düştüğü yeri yakar”, “Başa gelen çekilir” gibi atasözleri de bu fikrin ürünü olan sözlerdir. Bunun için bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 491, dpn. 9.

¹⁰ EREN, s. 492.

¹¹ ÖZEL, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFHD 2001, Cilt 50, Sayı 4, s. 81.

davranış sonucunda meydana gelmesi, söz konusu zarara, zarar görenin katlanması beklenemeyeceğinden, hukuk düzenine aykırı bir davranışla zarar verenin katlanması sonucunu doğurmaktadır¹². Mesela hekimin ya da diğer bir sağlık personelinin, hukuka aykırı kusurlu bir eylem sonucunda zarara neden olması ve mesleki bakımdan kusurlu bulunması durumu tıbbi tazminatla yükümlü olmasına neden olmaktadır¹³.

Hukuki sorumluluk, “kusur sorumluluğu” ve “kusursuz sorumluluk” olmak üzere iki ana başlık altında incelenir. Sorumluluğun gerçekleşmesi, borçlunun kusurlu olmasına bağlıdır; ancak zarar verenin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusur aranmadığı durumlar da vardır. Sorumluluğun bağlandığı olgular ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının olması kusursuz sorumluluğun doğması bakımından yeterlidir¹⁴. Hekimin tıbbi faaliyetlerinden doğan sorumluluğu kural olarak kusur sorumluluğuna dayanır¹⁵.

Hastaya yapılan tıbbi müdahalenin amaçlanan sonucu vermemesi, hekimin yürüttüğü tıbbi işlemde başka hastanın kendi riziko alanından kaynaklanan faktörlere de bağlıdır. Bu sebeple ancak tıbbi yükümlülüklerle aykırı ve hukuki açıdan özensiz bir davranış söz konusu ise ve meydana gelen zarar bu özensiz davranışla, tıbbi yükümlülüklerle aykırılıkla uygun illiyet bağı içerisinde bulunuyorsa hekimin hukuki sorumluluğu gündeme gelebilir¹⁶. Hekimin hukuksal sorumluluğuna dayanak oluşturan borç ilişkileri arasında, hasta ile hekim arasındaki sözleşmesel borç ilişkisi yani hekimlik sözleşmesi ilk sırada yer almaktadır¹⁷. Hekimlik sözleşmesi hekimin teşhis,

¹² **YILMAZ**, Battal, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 2010, s. 13; **SOMER**, Pervin, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*”, Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 44.

¹³ **DEMİR**, Mehmet, “*Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*”, AÜHFED, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 229.

¹⁴ **EREN**, s. 495; **İPEKYÜZ YAVUZ**, s. 122.

¹⁵ **YILMAZ**, s. 13.

¹⁶ **ŞENOCAK**, Zarife, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat*”, Ankara Barosu – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 241.

¹⁷ **DEMİR**, Mehmet, “*Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayırımı*”, Ali Naim İnân’a Armağan, Ankara 2009, s. 264; Bu sözleşmenin hukuki niteliği vekalet sözleşmesidir. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir: Yarg. 13. HD., E. 2013/30822, K. 2014/10772 T. 9.4.2014 Karar için bakınız <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>; Aynı yönde Yarg. 13. HD., E. 2011/7697, K. 2011/10489, T. 30.6.2011, “*Uyuşmazlık, ameliyatı gerçekleştiren davalı doktorların ve hastanenin ameliyat sırasında ve sonrasında herhangi bir kusurlarının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre davanın temelini vekalet sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalı doktorların vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK:386, 390 md) Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK:390/11) vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur*”, karar için bakınız <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

tedavi ve müdahale edimini üstlendiği, buna karşılık hastanın bu edime karşılık gelen ücreti ödemekle yükümlü olduğu, açık ya da zımni¹⁸ irade açıklamalarıyla kurulan, tam iki tarafa borç yükleyen, ani edimli, rızai bir sözleşmedir¹⁹.

Hekimi tazminat yükümlüsü kılan hukuksal sorumluluğunun kaynağını, hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi dışında, hekimin tıbbi müdahaleleri sırasında gerçekleşen haksız eylem kusuru veya vekâletsiz iş görme biçimindeki davranışları da oluşturabilir²⁰.

b. Vekaletsiz İş Görme Kavramı

Vekâletsiz iş görmeyi, işi görenin vekâlete sahip olmamasına rağmen iş sahibinin menfaat alanına girerek iş görmesi olarak tanımlamak mümkündür²¹. Vekâletsiz iş görmenin, iş görme, işin başkasına ait olması ve işi yapanın vekâletinin olmaması gibi üç objektif ögesi; iş görenin belli bir amaca yönelmiş iradesinin olması gibi bir subjektif ögesi bulunmaktadır²². Bu kurumun konusu bir iş görme olduğu için Türk Borçlar Kanunu'nda iş görme sözleşmeleri arasında ve vekâlet sözleşmesinden sonra düzenlenmiştir²³. Nitekim böyle bir davranış çoğunlukla vekâletin verdiği yetkilerin aşılması şeklinde ortaya çıkar²⁴.

¹⁸ Hekimlik sözleşmesinin de diğer sözleşmeler gibi zımni olarak kurulması mümkündür. Mesela hekimin hastaya “şuraya uzanın” ya da “sırtınızı açın” dediği bir durumda hasta da buna uygun bir davranışta bulunursa sözleşme zımni olarak kurulmuş olacaktır. (KURT, Ekrem, “Hekimlik Sözleşmeleri”, Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 60).

¹⁹ **ÖZAY**, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 29.

²⁰ **DEMİR**, Armağan, s. 264.

²¹ **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012, s. 217.

²² **ÖZDEMİR**, H. Gökçe, Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme, Ankara 2001, s. 94; **TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, İstanbul 2010, s. 678 vd; **TANDOĞAN**, Haluk, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957, s. 74; **YAVUZ**, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, s. 721 vd; **ÖZKAYA**, Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2013, s. 1086 vd; **ÖZAY**, s. 104.

²³ **GÜMÜŞ**, vekâletsiz iş görmenin bir sözleşme olmamasına rağmen kanun koyucu tarafından vekâlet sözleşmesi, kredi emri ve kredi mektubu, simsarlık ve komisyon gibi vekâlet temelli sözleşme ilişkileriyle birlikte düzenlenmiş olduğunu; ancak bu türlü bir düzenlenme şekli yerine sözleşme niteliği taşımayan bir borç kaynağı, yasal borç ilişkisi olarak Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri içinde düzenlenmesinin daha uygun olacağı görüşündedir. Bkz. **GÜMÜŞ**, s. 217; Aynı yönde Akıncı da vekâletsiz iş görmenin bir sözleşme olmadığını ve Roma Hukukunda sözleşme benzeri bir ilişki olarak nitelendirildiğini belirtmiştir. Bu yönde **AKINCI**, Şahin, Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Konya 2004, s. 313. Vekâletsiz iş görme Roma hukukunda akit benzeri ilişkinin en açık örneği olarak kabul edilmektedir. Roma hukukunda vekâletsiz iş görme için bkz. **TAHİROĞLU**, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2012, s. 286 vd.

²⁴ **ÖZDEMİR**, G., s. 78; **ÖZKAYA**, s. 1084.

Taraflar arasında öncelikle sözleşme ilişkisinin varlığı arandığından vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulama alanı diğer sözleşmelere nazaran daha dardır²⁵. İş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görüldüğü durumlarda bunun hukuki niteliğinin ne olduğu oldukça tartışmalıdır²⁶. Bir görüşe göre²⁷, hekimin iş sahibinin menfaatine uygun olarak bir iş gördüğü durumda sözleşme benzeri ilişki söz konusudur. Lehine iş görülen kişinin durumdan haberdar olsaydı yapılan işe rıza göstereceği varsayılarak vekâletsiz iş görmeye, sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır. Bu durumda sözleşme, taraflar sözleşme yapmak istiyorlarmış gibi yorumlanır²⁸. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş uyarınca²⁹ iş sahibinin menfaatine vekâletsiz iş görmenin hukuka uygun olan çeşidi hukuki işlem benzeri fiil olarak kabul edilmelidir ve hukuki işlemlere ilişkin ehliyet, irade fesadı, butlan, temsil, izin ve icazet gibi kuralların vekâletsiz iş görmeye kıyasen uygulanması mümkündür. İş görenin kanunun kendisine yüklediği borçları yerine getirmediği durumda sözleşmesel sorumluluğa ait hükümleri kıyas yoluyla uygulama imkânı doğduğu için³⁰ vekâletsiz iş görmeyi hukuki işlem benzeri fiil olarak kabul etmek bizce de daha uygun düşmektedir.

Vekâletsiz iş görme, caiz olan ve olmayan olarak ikiye ayrılır. Caiz olan vekâletsiz iş görmede, işi gören, iş sahibinin menfaatine uygun olarak ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmaksızın işe girişmektedir; buna karşılık caiz olmayan vekâletsiz iş görmede vekâletsiz iş gören, ya iş sahibinin çıkarına olduğunu zannetse de aslında iş sahibinin çıkarına uygun olmayan bir işe girişmektedir ya da iş gören, iş sahibinin açıkça yasaklamasına aykırı olan veya kendi menfaatine uygun olan ve görülen işin başkasına ait olduğunu bilerek ya da bilmeyerek bir işe girişmektedir yahut da iş sahibinin yetkili kılmadığı bir kişinin kendisine verdiği vekâlete dayanarak iş sahibine ait olan bir işi görmektedir³¹.

Bu durumda aralarında herhangi bir sözleşme olmayan hekim ile hasta ilişkilerinde vekâletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulabilecektir³². Hekimin bu şekildeki sorumluluğu gerçek- caiz olan veya gerçek olmayan- caiz olmayan vekâletsiz iş görmesine dayanır³³. Hekimin hastanın tedavi için rızasını alamadığı ve hastaya acil

²⁵ **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa, “Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu”, EÜHFD 2011, Cilt 15, Sayı 1-2, s. 223.

²⁶ Bu konudaki tartışmalar hakkında bkz. **ÖZDEMİR**, G., s. 82 vd.

²⁷ CANBOLAT, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, TBB Dergisi 2009, Sayı 80, s. 169.

²⁸ **ÖZDEMİR**, H., s. 223.

²⁹ **TANDOĞAN**, Vekâletsiz İş Görme, s. 54; **ÖZDEMİR**, G., s. 88-89.

³⁰ **TANDOĞAN**, Vekâletsiz İş Görme, s. 55.

³¹ **ZEVLİLER**, Aydın/ **GÖKYAYLA**, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 630; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 726.

³² **AYDIN**, s. 131.

³³ **DEMİR**, Mehmet, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, Ankara Barosu – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 153.

müdahale etmesi gereken durumlarda hekim caiz olan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Ancak hekimin hastanın rızasını almaksızın hastaya acilen müdahale etmesi gereken bir ameliyat sırasında hastanın bilmesine rağmen tedaviyi daha önceden açıkça reddettiği ve hekimin bunu bildiği ya da bilmesi gerektiği bir rahatsızlığı tedavi etmesi durumunda hekim açısından caiz olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olur³⁴.

2. Hekimin Vekâletsiz Olarak İş Gördüğü Durumlar

a. Acil Durumlar

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 3'üncü maddesinde, “*Tabip, vazîfesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur./Diş tabibi de, kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir.*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca hekimin acil durumlarda tıbbi yardımda bulunması zorunluluktur; ancak acil durumda tıbbi müdahalede bulunan hekim vekâletsiz iş görmüş olarak kabul edilir. Burada acil durum kavramı tartışmaya yol açabilecek niteliktedir; çünkü hekimin ne dereceye kadar hastanın muhtemel iradesine dayanarak tıbbi müdahalede bulunabileceği iyi tespit edilmelidir. Somut olayda tıbbi zorunluluğun takdiri tıbbi ihtisas konusu olmakla beraber, hastanın ölüm tehlikesi içinde bulunduğu veya ağır bir zarara uğrama ihtimalinin olduğu durumda hekim, hastanın muhtemel iradesine dayanarak zorunlu tıbbi tedbirleri alabilmelidir³⁵.

b. Tıbbi Müdahalenin Genişletilmesi

Hekimin, ameliyat gibi bir tıbbi müdahale esnasında daha önceden hastayla kararlaştırılmış müdahalenin dışına çıkmak zorunda kalması durumunda vekâletsiz iş görmesi söz konusu olur. Mesela basit bir apandisit ameliyatı yapmak için hastanın karnını açan hekimin safra kesesinin ciddi ölçüde iltihaplandığını görerek gerekli müdahaleyi yapmasında durum böyledir³⁶.

Hekimin hastayla arasındaki sözleşmenin dışına çıkarak müdahalede bulunabilmesi birtakım koşulların varlığına bağlıdır. Bu bağlamda zorunlu olarak genişletilen tıbbi müdahalenin hastanın daha önce rıza gösterdiği müdahaleden daha ağır riskler taşımaması, hastanın rızasının alınmasının gecikmenin doğuracağı riskler nedeniyle mümkün olmaması ve ölüm tehlikesi nedeniyle zorunlu olmadıkça önemli, hayati organların alınmaması gerekmektedir³⁷. Bu koşulların varlığı halinde hekim hastay-

³⁴ AYDIN, s. 131.

³⁵ ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 104.

³⁶ ÖZAY, s. 106, dnp. 230.

³⁷ ÖZAY, s. 106; YILMAZ, s. 123-124; SOMER, s. 52; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin

la yaptığı sözleşmenin dışında müdahalede bulunabilecektir. Bu şartlar Yargıtay'ın 1971 tarihli (Yarg. 4. HD. 5.3.1971, E. 1970/10853, K. 2096) kararıyla onanan bir mahkeme kararında da ifade edilmiştir. Söz konusu karar şu şekildedir: "...Davacı, davalı doktor Necati Güvenç'e böbrekteki taşı ameliyatla almak üzere izin vermesine rağmen, yaptığı ameliyat sırasında rızası olmadan böbreğini tamamen almak suretiyle kendisini bu uzvundan haksız yere mahrum etmesinden dolayı duyduğu elem ve teessüre karşılık 1.000.000 lira manevi tazminat talep etmiştir. Gerekçe: 1. Davacının böbreğindeki taşı almak için yapılan ameliyata, böbreğin arz ettiği iltihabi durum karşısında; ameliyata tevessülün (taşın alınması) **davacının sağlığını tehlikeye koyacağı, böbreğin alınmasının tıbbi bir zaruret neticesi olduğu, normal ve gerekli olanın yapılmış bulunduğu**, 2. Böbrek alma keyfiyetinde davalıya, atfı kabil bir kusur bulunmadığı gibi, böbreğin alınmasının **kesin bir zararı ifade etmediği**, yaranın kapatılıp izin istihsalıyla, **ikinci bir ameliyata geçilmesinin sağlık bakımından sakıncalı görüldüğü** ve bu durumda tıbbin gerektirdiği şekilde hareket edilmiş bulunulmasına göre; davalı doktorun sorumlu olmadığına ve açılan bu manevi tazminat talebinin red-dine karar verilmiştir"³⁸.

3. Hekimin Sorumluluğu

a. Gerçek Vekaletsiz İş Görme Durumunda Hekimin Sorumluluğu

Gerçek vekâletsiz iş görmede iş gören, iş sahibine karşı her türlü kusurdan sorumludur. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 527'nci maddesinin ilk fıkrasında vekâletsiz iş görenin her türlü ihmalden sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Vekâletsiz iş gören kural olarak, işin kendisi için bir yarar sağlamadığını ileri sürerek sorumluluğunun hafifletilmesini isteyemez; ancak iş sahibinin ya da yakınlarının şahsi veya malvarlığı değerlerini tehdit eden bir tehlikeyi ortadan kaldırmak için acilen hareket edilmesi gerektiği durumda iş görenin sorumluluğu daha hafif değerlendirilir³⁹. Bu konuda düzenleme getiren Türk Borçlar Kanunu'nun 527'nci maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre de, "iş gören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir." Ancak söz konusu bu hükmün vekâletsiz olarak iş gören hekimin sorumluluğunda uygulanması tartışmalı bir durumdur. Bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Bir gö-

Sorumluluğu, s. 105; **ÖZTÜRKLER**, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006, s. 192.

³⁸ İstanbul Asliye 2'nci Hukuk Mahkemesi 6.3.1970, E. 968/8, K. 105 (Karar için bkz. **ŞENOCAK**, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 105, dpn. 287; **ÖZTÜRKLER**, s. 192-193; Öztürkler, hekimin kusuru olmadığı değerlendirmesine bir eleştiri getirmemekle beraber böbreğin alınmasının kesin bir zararı ifade etmediği değerlendirmesine katılmamaktadır; çünkü hastanın böbrek noksanlığı nedeniyle sakat kaldığı ve bu şekilde cismani zarara uğradığının açık olduğunu söylemiştir).

³⁹ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 725.

rüş uyarınca hekimin vekâletsiz iş gören sıfatıyla tıbbi faaliyette bulunduğu acil haller ve ameliyatın genişletilmesi hallerinde hastanın sağlığı gibi önemli bir kişisel değerın maruz kalacağı büyük bir zarar bertaraf edildiğinden hekimin sorumluluğu daha az takdir edilmelidir. Aksi takdirde hastanın sağlığının büyük tehlikede olduğu durumlarda hekim tıbbi müdahaleyi yapma konusunda çekingen davranabilir⁴⁰. Diğer bir görüşe göre ister ameliyatın genişletilmesi halinde isterse acil durum içinde bulunsun hekim bakımından Borçlar Kanunundaki sorumluluğun hafifletilmesi kuralı uygulanamaz; çünkü bir olayın ivedi olması aynı tip olaylarda gösterilmesi gereken özenin hafifletilmesi için haklı bir sebep oluşturamaz ve insan hayatı ve sağlığını ilgilendiren faaliyetlerde bulunan hekimin her hal ve şart altında özenli hareket etmesi asıldır⁴¹. Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüş uyarınca ameliyatın genişletilmesi ve acil durumları ayrı ele almak gerekir. Hekimin sorumluluğunu, tedavi yükümlülüğü ile bağlantılı ameliyat gibi bir tıbbi müdahalenin genişletilmesi esnasında TBK m. 527/f. 1, 2'nci cümle uyarınca daha hafif takdir etmek hekim ile hasta arasındaki akdin dayandığı güven esasını zedeleyeceği için kabul edilemez. Buna karşılık, hekim acil durumlarda Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3'üncü maddesi uyarınca tıbbi yardımda bulunmak zorunda olduğundan ve hasta ile arasında daha öncesinde tesis edilmiş bir güven ilişkisi bulunmadığından hekimin göstereceği özenin ölçüsü daha hafif takdir edilebilir; ancak acil durum bile olsa hekimin kendisinden beklenen özenin her zaman en üst seviyede olduğu ve insan sağlığını ilgilendiren bir durumun söz konusu olduğu akıldan çıkarılmamalıdır⁴². Ancak hekimin sorumluluğunun ifa ettiği görev nedeniyle hafifletilemeyeceğini savunanlar bile ağırlaştırıcı dış etkenlerin özen ölçüsünü değiştirebileceğini kabul etmektedir. Mesela cadde üzerinde kazaya uğrayan yaralıya müdahale eden hekimden, özel koşullarda çalışan hekim gibi aynı sonucun beklenemeyeceği ifade edilmiştir⁴³. Şüphesiz böyle bir durumda bile hekimin özensiz olarak hastaya yaptığı müdahaleler onun sorumluluğunu gerektirecektir.

b. Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Durumunda Hekimin Sorumluluğu

Türk Borçlar Kanunu'nun 527'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca iş görenin, iş sahibinin açıkça ya da örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bir işi yapması halinde, iş sahibinin yasaklaması da hukuka ya da ahlaka aykırı değilse, beklenmedik halden de sorumluluğu gündeme gelir. İş gören kendi müdahalesi olmasa yani o işi yapmamış olsa bile bu zararın beklenmedik hal nedeniyle gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

⁴⁰ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 106.

⁴¹ AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 114; ÖZAY, s. 108; İPEKYÜZ YAVUZ, s. 128; YILMAZ, s. 124.

⁴² AYDIN, s. 132.

⁴³ İPEKYÜZ YAVUZ, s. 128.

Hastanın tedaviyi reddetme yönündeki iradesi hukuka ve ahlaka aykırı ise hekim yaptığı tedavinin objektif olarak yararlı ve ret iradesinin mantıksız olduğunu ileri sürerek beklenmedik halden sorumlu olmaktan kurtulabilir⁴⁴. Ancak hastanın tedaviyi reddetme yönündeki iradesinin hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı bir durumda hekimin hastanın reddettiği bir tedaviyi sadece faydalı bulduğu gerekçesiyle uygulaması beklenmedik halden sorumlu olmaktan kaçınması sonucunu doğurmamalıdır. Bu sebeple hekim, iradesi aydınlatılmış bir hastanın bilinçli olarak bir tedaviyi açıkça reddettiğini bilmesine veya bilmesinin gerekli olmasına rağmen tıbbi müdahalede bulunması neticesinde hastanın uğradığı tüm zararlardan ve hatta meydana gelen kazadan bile sorumlu olacaktır⁴⁵.

SONUÇ

Hekimlik mesleğinin insan sağlığı bakımından taşıdığı önem hekimin işini büyük bir özenle yerine getirmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Hekimin özen borcuna aykırı davranması onun sorumluluğuna yol açmaktadır. Bu sorumluluğunun kaynağını ise büyük oranda sözleşmenin oluşturduğu görülmektedir. Ancak sözleşme dışında, sözleşme öncesi görüşmeler sırasındaki kusurlu davranışlardan sorumluluk (culpa in contrahendo), haksız fiil ve gerçek vekâletsiz iş görme ya da gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre de sorumluluk gerçekleşebilmektedir.

Vekâletsiz iş görmeyi, işi görenin vekâlete sahip olmamasına rağmen iş sahibinin menfaat alanına girerek iş görmesi olarak tanımlamak mümkündür. Bu durumda aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmayan hekim ile hasta ilişkilerinde vekâletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Hekimin vekâletsiz iş görmeye dayanan sorumluluğu gerçek- caiz olan vekâletsiz iş görmeye dayanabileceği gibi gerçek olmayan- caiz olmayan vekâletsiz iş görmeye de dayanabilecektir. Hekimin hastanın tedavi için rızasını alamadığı ve hastaya acil müdahale etmesi gereken durumlarda hekim caiz olan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacaktır; buna karşılık hekimin hastanın rızasını almaksızın hastaya acilen müdahale etmesi gereken bir ameliyat sırasında gerçek olmayan-caiz olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre de sorumluluğu gerçekleşebilecektir. Hastanın kendisinde var olan bir rahatsızlığı bilmesine rağmen tedaviyi daha önceden açıkça reddettiği ve hekimin bunu bildiği ya da bilmesi gerektiği bir durumda gerçekleştirilen tedavi hekim açısından gerçek olmayan-caiz olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmasına neden olacaktır.

Gerçek vekâletsiz iş görmeye iş gören, iş sahibine karşı her türlü kusurdan sorumludur. Ancak hekimin acil durumlarda Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin

⁴⁴ AYDIN, s. 133, AYAN, s. 115 (Ayan, böyle bir durumda müdahalede bulunmasaydı bile hekimin, yine de kazanın meydana geleceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmesi görüşündedir. Bkz. AYAN, s. 115).

⁴⁵ DEMİR, Armağan, s. 270; AYDIN, s. 133; ÖZAY, s. 108; YILMAZ, s. 125; SOMER, s. 52.

3'üncü maddesi uyarınca tıbbi yardımda bulunmak zorunluluğu göstereceği özenin ölçüsünü daha hafif takdir etmeye neden olabilir. Ne var ki acil durum bile olsa hekimin kendisinden beklenen özenin her zaman en üst seviyede olduğu ve insan sağlığını ilgilendiren bir durumun söz konusu olduğu da göz ardı edilmemelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 527'nci maddesinin 2'nci fıkrası nedeniyle gerçek olmayan-caiz olmayan vekâletsiz iş görmeye işi görenin beklenmedik halden de sorumluluğu gündeme gelir. Bu sebeple hekim, iradesi aydınlatılmış bir hastanın bilinçli olarak bir tedaviyi açıkça reddettiğini biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa ve buna rağmen tıbbi müdahalede bulunmuşsa, müdahale neticesinde hastanın uğradığı tüm zararlardan ve hatta meydana gelen kazadan bile sorumlu olur.

KAYNAKLAR

- AKINCI**, Şahin, Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Konya 2004.
- ANTALYA**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- AYAN**, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
- AYDIN**, Öztürk, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2014.
- BAŞPINAR**, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.
- CANBOLAT**, Ferhat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", TBB Dergisi 2009, Sayı 80, s. 169.
- DEMİR**, Mehmet, "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları", Ankara Barosu – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 153-161.
- DEMİR**, Mehmet, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", AÜHFD, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 225-252.
- DEMİR**, Mehmet, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayırımı", Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 263-283.
- ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2012.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012.
- HAKERİ**, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2010.
- İPEKYÜZ YAVUZ**, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- KAPLAN**, İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri, Ankara 2012.
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 2003.
- KURT**, Ekrem, "Hekimlik Sözleşmeleri", Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 59-77.

- ÖZAY**, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.
- ÖZEL**, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFHD 2001, Cilt 50, Sayı 4, s. 81-106.
- ÖZDEMİR AYDIN**, Elif, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, Ankara 2013.
- ÖZDEMİR**, H. Gökçe, Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme, Ankara 2001.
- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa, “Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu”, EÜHFHD 2011, Cilt 15, Sayı 1-2, s. 177-229.
- ÖZKAYA**, Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2013.
- ÖZPINAR**, Berna, “Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s. 33-57.
- ÖZSUNAR**, Erdal, Roma Hukukunda Hekim ve Hekimin Sorumluluğu, Adana 2014.
- ÖZTÜRKLER**, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006.
- RADO**, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2011.
- SOMER**, Pervin, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 41-59.
- ŞENOCAK**, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.
- ŞENOCAK**, Zarife, “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat”, Ankara Barosu – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 241-254.
- TAHİROĞLU**, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2012.
- TANDOĞAN**, Haluk, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957.
- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, İstanbul 2010.
- YAVUZ**, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2013.
- YILMAZ**, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2010.
- ZEVKLİLER**, Aydın/ **GÖKYAYLA**, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN'UN HAKSIZ ŞARTLARLA İLGİLİ GETİRDİĞİ YENİLİKLER

(The Revelations of the Law on Consumer Protection Numbered
6502 regarding Unjustified Terms)

Osman AÇIKGÖZ*

ÖZET

Tüketici Hukuku'nda haksız şartların denetimi ve tespiti konusu, gerek 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5'de gerekse 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 6'da bağımsız bir başlık altında düzenlenmiştir. Konuyla ilgili her iki kanunda düzenlenen hükümler ve bu hükümler esas alınarak yayımlanan "*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik*"ler karşılaştırıldığında, bazı hususlarda bir takım önemli farklılıkların olduğu anlaşılmaktadır. Bu farklılıkların tespiti amacıyla çalışmamızda, yeni TKHK m. 5 ve eski TKHK m. 6' da yer alan düzenlemeler karşılaştırılmak suretiyle konu incelenecektir. Böylece TKHK ve ilgili Yönetmeliğin, haksız şartların denetimi ve tespitiyle ilgili getirdiği yenilikler ortaya konulacaktır.

Anahtar kelimeler: Tüketici Hukuku, haksız şartların denetimi ve tespiti

Abstract

Inspection and identification of unfair terms in Consumer Law is regulated under peculiar headings both in the current Consumer Protection Law No 6502 and the previous Consumer Protection Law No 4077, respectively as article 5 and article 6. When articles in both laws and Regulations on Unfair Terms in Consumer Contracts issued by resting upon such articles are compared, we see that there are a number of significant differences in some areas. In order to find out such differences, we analyze the subject in this work by comparing the content of the article 5 in the current CPL and article 6 of the previous CPL. In this way, innovations brought by the new CPL and the relevant Regulation about inspection and identification of unfair terms will be explored.

Keywords: Consumer Law, inspection and identification of unfair terms.

* Dr., İstanbul Barosu Avukatı.

GİRİŞ

Tüketici Hukukunda haksız şartların denetimi ve tespiti konusu, gerek 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹ m. 5'de gerekse 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun² m. 6'da bağımsız bir başlık altında düzenlenmiştir³. Konuyla ilgili her iki kanunda düzenlenen hükümler ve bu hükümler esas alınarak yayımlanan “*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik*”⁴ ler karşılaştırıldığında, bazı hususlarda bir takım önemli farklılıkların olduğu anlaşılmaktadır⁵. Bu farklılıkların tespiti amacıyla yTKHK m. 5 ve eTKHK m. 6' da yer alan düzenlemeler karşılaştırılmak suretiyle çalışmamızda konu incelenecektir⁶. Böylece TKHK ve ilgili Yönetmeliğin, haksız şartların denetimi ve tespitiyle ilgili getirdiği yenilikler ortaya konulacaktır.

¹ RG. T. 28. 11. 2013, K. T. 07. 11. 2013, Y. T. 28. 05. 2014, S. 28835; 6502 sayılı TKHK, Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi'nin 2008/48/EC sayılı Yönergesi'ne çeşitli alanlarda uyum sağlamak üzere çıkartılan bir kanundur, **İNAL, H. Tamer**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku (Tüketici Hukuku) , 3. Baskı, Ankara, s. 66; Söz konusu kanun, bundan sonraki kullanımlarda genellikle “yTKHK” şeklinde kısaltılarak ifade edilecektir.

² RG. T .08. 03. 1995, S. 22221; Bu Kanun, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 86 hükmü gereği yürürlükten kaldırılmıştır, **İNAL, H. Tamer**, “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar” (Haksız Şartlar), Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, Ocak 2014, s. 32; Söz konusu kanun, bundan sonraki kullanımlarda “eTKHK” şeklinde kısaltılarak ifade edilecektir.

³ Gerek eTKHK'da gerekse yTKHK'da düzenlenen haksız şartlara ilişkin hükümlerin mehazı, Avrupa Birliği'nin 5. 4. 1993 tarihli ve 93/13 No'lu “*Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Koşulları Hakkındaki Yönetmelik*” tir. Haksız şartlar konusunu düzenleyen eTKHK m. 6 ve yTKHK m. 5, söz konusu Yönerge'nin 3. maddesinin hemen hemen aynısıdır, **AYDOĞDU, Murat**, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi (Gik ve Haksız Şart Denetimi), Ankara 2104, s. 31, 173-174; **DERYAL, Yahya**, “Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, Ocak 2014, s. 58.

⁴ Eski ve yeni TKHK'ya dayanılarak yayımlanan “*Tüketici sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik*” ler, bundan sonraki kullanımlarda “*ilgili Yönetmelik*” şeklinde ifade edilecektir.

⁵ yTKHK m. 5 hükmü, eTKHK m. 6'daki düzenlemeden daha kapsamlı olup önemli farklılıklar içermektedir, **KILIÇOĞLU, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 18. Bası, Ankara 2014, s. 119; Kanaatimizce söz konusu farklılıklar, özellikle tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların denetimi ve tespiti bakımından önem arz etmektedir. Bu farklılıklar esas alınarak tüketici sözleşmelerinde haksız şartların denetimi ve tespiti konusunun sistematik bir bütünlük içerisinde ortaya konulması ayrı ve kapsamlı bir çalışmanın konusunu oluşturduğundan, çalışmamızda esas itibarıyla haksız şartların denetimi konusunda her iki kanun düzenlemeleri arasındaki farklılıkların belirlenmesi ve bu bağlamda yTKHK'nın konuyla ilgili getirdiği yeniliklerin ortaya konulmasına çalışılmaktadır.

⁶ Karşılaştırma yapılırken her iki kanuna dayanılarak yayımlanan “*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*” lerin ilgili konulardaki hükümleri de dikkate alınmaktadır.

I. HAKSIZ ŞART KAVRAMI ve HER İKİ KANUNDA DÜZENLENEN HAKSIZ ŞART TANIMLARI ARASINDAKİ FARKLAR

Haksız şart kavramı olarak, “*adil olmayan*” ya da “*kötüye kullanılabilir sözleşme şartı veya hükümleri*” anlamına gelmektedir⁷.

TKHK m. 5'e göre haksız şart: “*Tüketicikle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*”⁸.

⁷ **ANTALYA, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 289; **ATAMER, Yeşim M.**, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar” (Yeni Açılımlar), Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 304; **ENGİN, Baki İlkay**, “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 86 dn. 13; **ULUSAN, İlhan**, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, (http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/GunceHukuk_Yeni_Sayilar/HukukC3_Sayi1_2/HukukC3Sayi12_27.pdf), (Erişim Tarihi: 04. 07. 2014), s. 35; **ÇABRİ, Sezer**, Konut Finansman Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 133; **ÇINAR, Ömer**, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 5, 22; **AÇIKGÖZ, Osman**, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 15; Buna karşılık öğretilde KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'na göre, 93/13 sayılı AB Direktifi'nde bu konuda farklı bir deyim kullanılmaktadır. Yönerge'nin Fransızca metninde “*clauses abusives*”, Almanca metninde ise “*missbräuchliche Klauseln*” kavramlarının kullanıldığını, bazı yazarların Almanca deyimden yola çıkarak bu kavramları, “*kötüye kullanılabilir şartlar*” şeklinde çevirmelerinin isabetsiz olduğu, gerçekte bunun “*karşı tarafta sözleşme içeriğini belirleme yetkisinin kötüye kullanılarak sözleşmeye konulmuş şartlar*” anlamına geldiğini, Türk Hukuku'nda kullanılan “*haksız şart*” kavramının sözkonusu yabancı deyimlere tam uyan bir kısa karşılık bulma düşüncesinin sonucu olarak ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/(HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir)**, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, İstanbul 2014, s. 241-242 dn. 58.

⁸ **OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, C. 1, İstanbul 2014, s. 172; **REİSOĞLU, Sefa**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmibeşinci Bası, İstanbul 2014, s. 74; **NOMER, Haluk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Onüçüncü Bası, İstanbul 2013, s. 60; **KILIÇOĞLU**, s. 118; **İNAL**, Haksız Şartlar, s. 33, 35; **ASLAN, İ. Yılmaz**, Tüketici Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 5. Baskı, 2014, s. 162; **ASLAN, İ. Yılmaz**, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2014, s. 315; **AYDOĞDU, Murat**, Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi Soru ve Cevaplarla Tüketici Haklarımız- Hak Arama Yollarımız- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında (Yeni) Kanun ile İlgili Soru ve Cevaplar- Genel Açıklama- Örnek Belgeler- Kanun Metni (Tüketici Kılavuzu), 1.Baskı-İstanbul Eylül 2014, s. 33; **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 191; **DERYAL**, s. 58-59; **BAŞÖZ, Lütfü/ÇAKMAKCI, Ramazan**, Gerekçeleri, Komisyon Raporları ve TBMM Tutanakları ile Birlikte Yeni, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Kasım 2013, s. 24; **ŞAHİN, Turan/ KİZİR, Mahmut**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esasları, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler”, Terazi Aykırı Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, Ocak 2014, s. 71; **KARADAĞ, Özgür**, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara-2014, s. 135, 140; **TOPRAK, Serap**, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerine Yansıması Olarak Haksız Sözleşme Şartları Üzerine Bir İnceleme, Uzmanlık Tezi, Ankara 2009, s. 11-12; (<http://tuketici.gov>).

eTKHK m. 6'da ise haksız şart: “*Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.*” şeklinde düzenlenmişti⁹.

Her iki kanundaki tanımlar karşılaştırıldığında, bazı farklılıkların olduğu görülmektedir. Buna göre, eTKHK'daki tanımda tüketici ile müzakere edecek taraflar “*satıcı*” veya “*sağlayıcı*” olarak düzenlenmişken yTKHK'da bu kavramlara yer verilmemiştir. Kanaatimizce, eTKHK'daki tanımında düzenlenen “*satıcı*” ve “*sağlayıcı*” şeklindeki kısıtlamaya TKHK'da yer verilmemesi, kanunun uygulama alanını genişletmesi bakımından yerinde olmuştur¹⁰. Zira eTKHK'da satıcı ve sağlayıcı kavramlarına yer verilmesi, haksız şart hükümlerinin sadece bu kişilerce yapılan tüketici sözleşmelerinde uygulanacağı gibi yanlış bir anlamaya neden oluyordu¹¹. TKHK'da bu şekildeki düzenlemeyle Konsey Direktifi'ndeki haksız şart tanımıyla uyum sağlanmıştır¹².

tr//source.cms.docs/etuketici.gov.tr/ce/docs/yayinlar/SERAP_TOPRAK.pdf), s. 143, (Erişim Tarihi: 07. 12. 2014).

- ⁹ **KOCAYUSUFAŞAOĞLU**, s. 242; **İNAL**, Haksız Şartlar, s. 33; **AKİPEK ÖCAL**, **Şebnem**, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları ile Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi”, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu (Ses Çözümleri ve Makaleleri), 29-30 Kasım 2012, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 333; **ÜNAL**, **Rahmi/İLGÜN**, **Candaş**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara-2013, s. 158-159; **BAŞ**, **Ece**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 289; **AYDOĞDU**, Gök ve Haksız Şart Denetimi, s. 182; **ÇINAR**, s. 23; **ŞAHİN/KİZİR**, s. 71; Yarg. 13. HD, E. 2012/12577 K. 2012/16238. Kararın tam metni için bkz. **ÜNAL/İLGÜN**, s. 165 vd.
- ¹⁰ Aynı doğrultuda görüş için bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 119; **ŞAHİN/KİZİR**, s. 72; Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, TKHK'da tüketicinin karşısında yer alan tarafların esas olarak “*satıcı*” ve “*sağlayıcı*” şeklinde düzenlendiği, kredi veren ve konut finansman kuruluşlarının da tüketici ile doğrudan sözleşme yapabileceği ancak bu kuruluşların sattıkları şeyin de “*hizmet*” olarak görülebileceği bu nedenle “*sağlayıcı*” olarak değerlendirilecekleri ifade edilmiştir. Ancak m. 5/f. 1 ve 2'de sözleşmenin taraflarından birisinin açıkça tüketici olması gerektiği anlaşılmakta, sözleşmenin diğer tarafına yönelik ise bir açıklık bulunmadığı ve buna yönelik bir kısıtlama da olmadığı bu nedenle tüketici kredisi sözleşmelerine ve kredi kartı sözleşmelerindeki haksız şartlara da kanunun bu hükmünün uygulanacağı ileri sürülmüştür, **ASLAN**, 4. Baskı, s. 313.
- ¹¹ **UYUMAZ**, **Alper/AKÇAAL**, **Mehmet**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2013, s. 252.
- ¹² **UYUMAZ /AKÇAAL**, s. 252.

II. HAKSIZ ŞARTLAR HAKKINDAKİ HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI BULACAĞI TÜKETİCİ İŞLEMLERİ ÖZELLİKLE TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ İLE SÖZLEŞME TARAFLARININ HER İKİ KANUN BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Tüketici İşlemleri Özellikle Tüketici Sözleşmesi

Tüketici Hukuku'nda haksız şartlarla ilgili kurallar, TKHK kapsamına giren tüm tüketici işlemlerinde uygulama alanı bulacaktır. Tüketici işlemleri ise tek taraflı ve iki taraflı işlemleri kapsamaktadır. Tüketici işlemi kavramı, iki taraflı bir işlemi ifade eden tüketici sözleşmesi kavramından daha geniş bir kavramdır¹³. Ancak haksız şartlarla ilgili düzenlemeler, bir tüketici işlemi olan tüketici sözleşmelerinde uygulama alanı bulacaktır¹⁴. Zira müzakere edilmemiş sözleşme hükümleri girişimciler tarafından kullanıldığından, tüketiciler ile girişimciler arasında “sözleşme” şeklinde bir hukuki işlemin varlığını zorunlu kılmaktadır¹⁵.

TKHK m. 2'de düzenlenen “tanımlar” kısmında “tüketici sözleşmesi” ayrıca bir tanım içerisinde düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, m. 3/ (I) de tanımlanan “tüketici işlemi”nin içerisinde tüketici sözleşmesinin tanımına da yer verilmiştir. Diğer bir ifadeyle tüketici sözleşmesinin tanımı, tüketici işleminin tanımı içerisinde gizlidir. Buna göre tüketici işlemi: “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, sim-sarılık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*”dir¹⁶.

¹³ **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 178; **AYDOĞDU**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 58.

¹⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 173; **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 294; **ÇINAR**, s. 32-33, 35; Öğretide **ASLAN**, tüketici işlemi ve sözleşme ayırımına gitmeksizin TKHK'da düzenlenen haksız koşulların tüketici işlemlerinde uygulanacağını ifade etmektedir. Bkz. **ASLAN**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 161.

¹⁵ **ÇINAR**, s. 35; Öğretide bir görüşe göre, “İşlem” kavramı tek taraflı hukuki işlemleri de ifade ettiği için iki taraflı hukuki işlemleri ifade eden “tüketici sözleşmeleri” kavramının kanun metninde kullanılmasının daha doğru bir yaklaşım olacağı, tüketici sözleşmelerinde sadece iki taraf olduğu için bu sözleşmeler aracılığıyla tüketimle ilgili bir sözleşmenin kurulduğu bu nedenle kanunda ifade edilen “tüketici işlemi” kavramının, “tüketici sözleşmesi” olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **ZEVKLİLER**, **Aydın/AYDOĞDU**, **Murat**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 72; TKHK m. 5 hükmü, 5.4.1993 tarihli (93/13/EEC) Direktifi m. 2/b,c hükmüne paralel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün lafzından doğrudan anlaşılmasa da ilgili hüküm kısaca “girişimci” olarak nitelendirilen “satıcı” ya da “sağlayıcılar” ile tüketiciler arasında akad edilen tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar da uygulama alanı bulacaktır, **GÜMÜŞ**, **Mustafa Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde:1-46), İstanbul 2014, s. 61.

¹⁶ **GÜMÜŞ**, s. 9; **AYDOĞDU**, Tüketici Kılavuzu, s. 21; **ASLAN**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 6; **ASLAN**, 4. Baskı, s. 9-10.

Aynı kavram eTKHK m. 3/f. 1 (h)'de: “*Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁷.

Gerek eski gerekse yeni TKHK'da düzenlenen tanımlardan anlaşılacağı üzere tüketici; mal ve hizmet piyasasında edineceği, kullanacağı, yararlanacağı mal ya da hizmeti bir hukuki işlemle gerçekleştirmektedir. Tüketicinin bu anlamda yaptığı her türlü hukuki işlem, “*tüketici işlemi*” olarak kabul edilmektedir¹⁸. Tüketici işlemi ise genellikle “*sözleşme*” şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹⁹. Bu nedenle tüketici sözleşmeleri, temelde girişimciler ile tüketiciler arasındaki hukuksal işlemleri ifade etmektedir²⁰.

Her iki kanunda düzenlenen tanımlar karşılaştırıldığında, kanaatimizce yTKHK'da daha kapsamlı bir tanıma yer verilmiştir²¹. Söz konusu tanımda, tüketici ile işlem yapan taraflar eTKHK'da olduğu gibi sadece “*satıcı*” veya “*sağlayıcı*” olarak düzenlenmemiş, “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla²² hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler...*” şeklinde daha geniş bir tanıma yer verilmiştir. Böylece “*girişimci*” kavramı, tüketici işlemi içerisinde bir alt tanım olarak düzenlenmiştir. Nite-

¹⁷ eTKHK'da da “*tüketici sözleşmeleri*” kavramının tanımı yapılmamıştır. Bunun yerine m. 3 (h)'de “*tüketici işlemi*”nin tanımı yapılmıştır, **OZANOĞLU, Hasan Seçkin**, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)”, AÜHFĐ, C. 50, S. 1, Ankara 2001, s. 77; Öğretimde ve mahkeme kararlarında eTKHK m. 2'de ifade edilen “*tüketicinin taraflardan biri olması*” ve m. 3/(h)'de ifade edilen “*tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasındaki işlem*” ibareleriyle özellikle tüketici sözleşmelerinin kastedildiği ifade edilmiştir, **ÖZEL, Çağlar**, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, s. 32-33; Yani, TKHK'nun metninde her ne kadar hukuki işlem kavramına yer verilmişse de söz konusu düzenlemeyle tüketici sözleşmelerinin kastedildiği ifade edilmiştir. 4077 sayılı eTKHK esas alınarak yapılan değerlendirmeler için bkz. **OZANOĞLU**, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, s. 77.

¹⁸ **ASLAN**, 4. Baskı, s. 10; Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu (*Study Group on a European Civil Code*) bünyesindeki Tüketiciler ve Profesyonellere İlişkin Görev Birimi (*Task Force on Consumers and Professionals*)'nin tüketici işlemi kavramıyla ilgili aynı doğrultudaki yaklaşımı için bkz. **AÇIKGÖZ**, s. 44 dn. 77.

¹⁹ **GÜMÜŞ**, s. 9.

²⁰ **OZANOĞLU, Hasan Seçkin**, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 12.

²¹ Öğretimde bir görüşe göre, eTKHK'da sadece satın alma ve hizmet sunmanın kanun kapsamında düzenlendiği, buna karşılık yTKHK'da satış sözleşmesinin yanında eser, taşıma, simsarlık, komisyonculuk, tellallık, sigorta, vekalet, bankacılık vb. sözleşmelerin de dahil olduğu, -taraflardan birini tüketici diğer tarafı ise girişimci sıfatıyla satıcı, sağlayıcı ve kredi verenin oluşturduğu- her türlü sözleşmenin de kanun kapsamında sayılacağı bu nedenle kanunda geniş şekilde yapılan bu yorumun olumlu olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **AYDOĞDU**, Tüketici Kılavuzu, s. 21; Öğretimdeki bu görüşe biz de katılıyoruz.

²² TKHK da düzenlenen tüketici işlemi tanımında yer alan “*ticari veya mesleki amaçlarla*” ifadesinin eleştirisi ve bu ifadenin eTKHK'da düzenlenen “*ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında...*” şeklinde anlaşılması gerektiği hususunda bkz. **GÜMÜŞ**, s. 14-15.

kim bir sözleşmenin tüketici işlemi niteliği taşıyabilmesi için taraflarının “girişimci”²³ ve “tüketici” sıfatına sahip olması gerekmektedir.²⁴

Her iki kanun düzenlemeleri arasındaki diğer bir fark da eTKHK'dan farklı olarak yTKHK'da: “...eser²⁵, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler²⁶ de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme...” şeklindeki ifadeye tüketici işleminin tanımı içerisinde yer verilmesidir.²⁷ Bu ifade ile Kanun Koyucu, tüketici işlemi niteliği taşıyabilecek sözleşme türlerini sınırlı olmayacak şekilde saymıştır.²⁸ Böylece, uygulamada tüketici sözleşmelerinin kapsamını daraltan yorumların önüne geçilmiştir.²⁹ Ayrıca, tanımda yer alan “de” ekinden anlaşılacağı üzere, sayılan sözleşmeler tüketici işlemi kapsamında kabul edilmiştir. Bu şekilde bir sayma yöntemi tercih edilerek Yargıtay'ın uygulamada yaşadığı bir takım tereddütlerin önüne geçilmektedir.³⁰ Dolayısıyla bir işlemin Tüketici Hukuku kapsamında değerlendirile-

²³ “Girişimci”, TKHK kapsamında “satıcı”ya da “sağlayıcı” olarak iki ayrı şekilde düzenlenmektedir, **GÜMÜŞ**, s. 13 vd.

²⁴ **GÜMÜŞ**, s. 13.

²⁵ Yargıtay, eTKHK döneminde verdiği kararlarda, tüketici ve girişimcinin taraf olduğu eser (*istisna*) sözleşmelerini tüketici işlemi olarak kabul etmiyordu. yTKHK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte avukatlık, tedavi, tiyatro ve konser izleme sözleşmeleri, boyacı, oto tamirci, berberle yapılan sözleşmeler, ev taşıma şirketleri ve taksicilerle yapılan taşıma sözleşmeleri, tellallık sözleşmeleri, bankalar ve diğer girişimci sıfatına sahip kişiler ile yapılan kefalet sözleşmeleri başta olmak üzere teminat sözleşmelerinin tarafları tüketici ile satıcı ya da sağlayıcının oluşturduğu girişimci ise yTKHK'nın hükümleri bu sözleşmelere de uygulanacaktır, **GÜMÜŞ**, s. 9-10; “...Eser sözleşmesinden doğan ilişkilerde 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanması hukuken olanaklı değildir...”, Yarg. 3. HD, E. 2012/9872, K. 2012/16701. Kararın tam metni için bkz. **ÜNAL/İLGÜN**, s. 425 vd., Ayrıca YGHK, E. 2003/15-127, K. 2003/102, T. 26.02.2003, **ASLAN**, Tüketici Hukuku Dersleri, s.17.

²⁶ Öğretide, hükümda yer alan “...benzeri sözleşmeler” ifadesinden, başta satış sözleşmesi olmak üzere kira sözleşmesi ve TKHK'da isim zikredilerek değinilen “Paket tur sözleşmeleri” ile tüketici işlemi sayılabilecek isimsiz sözleşmelerin anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **GÜMÜŞ**, s. 9; Dolayısıyla kanunda belirtilen “...ve benzeri” ifadesi, tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasındaki her türlü işlemin kanun kapsamına gireceği anlamına gelmektedir, **ASLAN**, 4. Baskı, s. 20; Bu ifadenin, kanunda sayılan örneklerin sınırlandırıcı olmadığını belirtmesi bakımından yerinde olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **UYUMAZ/AKÇAAL**, s. 247.

²⁷ **ASLAN**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 6; **UYUMAZ/AKÇAAL**, s. 247; Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, Kanun Koyucu TKHK'da düzenlenen tüketici işlemi tanımında eser sözleşmesi ile vekalet temelli vekalet ve taşıma sözleşmelerini ismen saymak suretiyle bir tüketici krallığına neden olacak şekilde “tüketici işlemi” kavramının kapsamını olması gerekenin ötesinde genişletmiştir. Bkz. **GÜMÜŞ**, s. 9; Buna karşılık ileri sürülen bir diğer görüşe göre bu tür örneklerin TKHK'da düzenlenmesi, uygulamada ortaya çıkan ve tüketici işlemlerinin kapsamını daraltan uygulamaların önüne geçilmesi bakımından yerinde olmuştur, **UYUMAZ/AKÇAAL**, s. 247.

²⁸ **GÜMÜŞ**, s. 9.

²⁹ **İNAL**, Tüketici Hukuku, s. 80; eTKHK döneminde Yargıtay, hukuki işlem kavramını dar yorumlamaktaydı. Dolayısıyla sadece mal ve hizmet satışına ilişkin sözleşmeleri kanun kapsamında değerlendirmiyordu, **KARADAĞ**, s. 93.

³⁰ **ASLAN**, 4. Baskı, s. 10; **ASLAN**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 6; eTKHK'nın uygulanma döneminde de kanunun tek tek saydığı bu sözleşmeler Kanun'un kapsamındaydı, **ASLAN**, 4. Baskı, s. 10.

bilmesi için taraflardan birisinin, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” yani tüketici, diğer tarafın ise “*kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi olması*” gerekir. Bu iki taraf arasında yapılan “*eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık vb. sözleşmeler de dahil olmak üzere kurulan her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” ler tüketici işlemi olarak kabul edilip yTKHK'nın kapsamına alınmış ve bu işlemlerden doğacak ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılacağı düzenlenmiştir³¹.

Kanaatimizce, söz konusu tanımda “*sözleşme*” kavramı ile “*hukuki işlem*” kavramının yanyana düzenlenmesi yerine sadece hukuki işlem kavramına yer verilmesi yeterli olurdu. Zira OZANOĞLU'nun da haklı olarak belirttiği gibi hukuki işlem kavramı, kapsam itibariyle sözleşme kavramından daha geniştir. Sözleşme kavramı, hukuki işlemin sadece bir türünü yani iki taraflı hukuki işlemin karşılığını oluşturmaktadır. Bu nedenle TKHK'nın uygulanma alanı, taraflardan birinin sadece tüketici olduğu sözleşme niteliğindeki hukuki işlemlerle sınırlı değildir³². Bu husus, eTKHK'da isabetli bir şekilde “*...her türlü hukuki işlem*”³³ şeklinde düzenlenmişti.

Her iki kanun bakımından bir diğer fark da eTKHK'dan farklı olarak yTKHK m. 5/f. 5'te: “*Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.*” şeklindeki düzenlemedir. Bu düzenlemeyle, imtiyaz ya da izin gibi kamusal bir yetki ile faaliyetlerini yürüten kişi ya da kuruluşların tüketici ile yaptıkları sözleşmelerde de haksız şartlarla ilgili hükümlerin uygulama alanı bulacağı hüküm altına alınmıştır³⁴.

2. Tüketici Sözleşmesinin Tarafları

a. Tüketici

yTKHK m. 3/ (k)'ya göre tüketici: “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” dir³⁵. Bu tanıma göre: a) Tüketicinin işlem yaparken

³¹ İNAL, Tüketici Hukuku, s. 80; eTKHK döneminde sözkonusu sözleşmelerin TKHK kapsamında kabul edilmediği, bu sözleşmelerden doğan uyumsuzlukların tüketici mahkemelerinde değil de genel mahkemelerde görüldüğü hakkında bkz. ÜNAL/İLGÜN, s. 19.

³² OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, s. 77 dn. 73; Aynı doğrultuda açıklamalar için bkz. GÜMÜŞ, s. 9; AYDOĞDU, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 58, 178; UYUMAZ/AKÇAAL, s. 248.

³³ Bkz. eTKHK m. 3/f. 1(h).

³⁴ ASLAN, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 161.

³⁵ İNAL, Tüketici Hukuku, s. 66; İNAL, Haksız Şartlar, s. 33; ASLAN, 4. Baskı, s. 3; ASLAN, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 2; AYDOĞDU, Tüketici Kılavuzu, s. 20; AYDOĞDU, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 59; AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 181.

ticari ve mesleki amaç taşımaması³⁶, b) Tüketicinin hareket etmesi, c) Tüketicinin gerçek veya tüzel kişi olması, tüketici kavramının unsurlarını oluşturmaktadır³⁷.

eTKHK m. 3/(e)'ye göre ise tüketici: “Bir mal veya hizmeti, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişi” dir³⁸. Bu tanımına göre: a) Tüketicinin gerçek veya tüzel bir kişi olması, b) Tüketicinin bir mal veya hizmeti mesleki ve ticari olmayan amaçlarla (özel amaçlarla) edinmesi, kullanması veya yararlanması tüketici kavramının unsurlarını oluşturmaktadır³⁹.

Her iki kanunda düzenlenen tanımlar karşılaştırıldığında TKHK'da düzenlenen tüketici tanımının, eTKHK'da düzenlenen tüketici tanımından farklı olduğu anlaşılmaktadır. Zira yTKHK'daki tanım, 1999/44/EC Direktifi⁴⁰ kapsamındaki “tüketici” tanımının Türk Hukuku'na aktarılması niteliğindedir. Söz konusu Direktif'te yer alan tanıma göre tüketici: “Sözleşmelerde ticareti, işi (işletmesi) ya da mesleği ile ilgili olmayan amaçlarla hareket eden her gerçek kişi”⁴¹ dir. Yeni TKHK, tüzel kişileri de

³⁶ TKHK, tüketici tanımında amaç sistemini benimseyen ülkeleri takip ederek kişinin bir başkasına satma amacı olmadan sözleşme yapma esasını benimsemiştir. Girişimci sıfatıyla “satıcı” ya da “sağlayıcı”, “ticari ve mesleki amaçlarla” hareket etmelidir. Buna karşılık, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan tüketici “kazanç elde etme” amacı taşımamalıdır, **AYDOĞDU**, Tüketici Kılavuzu, s. 20-21; **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 181; **AYDOĞDU**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 59-60.

³⁷ **ASLAN**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 3-6; **ASLAN**, 4. Baskı, s. 3; Tüketici kavramının dar ve geniş tanımları için bkz. **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 180.

³⁸ **ÜNAL/İLGÜN**, s. 18; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara-2013 Öğretide, tüketici kavramının dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanıldığı ifade edilmektedir. Buna göre geniş ve hukuki anlamda tüketici, ticari veya mesleki faaliyeti ya da şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan gerçek ya da tüzel kişileri kapsamaktadır. Buna karşılık dar ve hukuki anlamda tüketici ise ticari veya mesleki faaliyeti dışında ya da şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan gerçek ya da tüzel kişileri ifade etmektedir. 4077 sayılı eski Kanun'daki tüketici tanımında Kanun Koyucu'nun dar anlamda tüketici tanımını esas aldığı ileri sürülmüştür. Yine aynı kanunda m. 3/f' de düzenlenen “satıcı” ya da “sağlayıcı” tanımları esas alındığında tüketici kavramının tanımlanmasında sübjektif sistemden hareket edildiği ileri sürülmüştür. Bu esasların, 6502 sayılı Kanun'da düzenlenen tüketici tanımı ile satıcı ve sağlayıcı tanımlarında da aynı şekilde korunduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **AYDOĞDU**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 59.

³⁹ **ZEVKLİLER/AYDOĞDU**, s. 80-85; **ASLAN, İ. Yılmaz**, Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2006, s. 3; **OZANOĞLU**, Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım, s. 663-692; **TOPRAK, Serap**, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerine Yansımaları Olarak Haksız Sözleşme Şartları Üzerine Bir İnceleme, Uzmanlık Tezi, Ankara 2009, s. 11-12; (http://tuketici.gov.tr//source.cms.docs/etuketici.gov.tr.ce/docs/yayinlar/SERAP_TOPRAK.pdf), (Erişim Tarihi: 07. 12. 2014); eTKHK bağlamında yapılan tüketici kavramının tanımı ve unsurları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **AÇIKGÖZ**, s. 24 vd.; Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, yTKHK'daki tüketici kavramının tanımında düzenlenen tek yenilik, satın alınan mal ya da hizmetin “edinilmesinin”, “kullanılmasının” ya da “yararlanılmasının” şeklindeki ifadelerle, yani eTKHK'da tasrihen belirtilen hususlara yTKHK'da yer verilmemesidir, **İNAL**, Tüketici Hukuku, s. 80.

⁴⁰ “Tüketici Mallarının Satımı ve Bunlara Ait Garantilerin Belirli Görünümlerine İlişkin 25 Mayıs 1999 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (1999/44/EC)”.

⁴¹ Directive 1999/44/EC of the Parliament and of the Council m. 2/a: ‘Consumer’: “Shall mean any

bu tanım kapsamına eklemek suretiyle tüketici tanımını Direktif'teki tanıma uygun şekilde düzenlemiştir⁴². Dolayısıyla hukukumuzda tüketici kavramı, gerçek ve tüzel kişileri⁴³ kapsamaktadır⁴⁴.

Tüketici kavramı bakımından önemli olan husus, tüketici sıfatına sahip kişinin başka birine satma amacı taşımaksızın sözleşme yapmasıdır. Çünkü tüketici sözleşmelerinde iki taraf birbirine aykırı amaçlar içerisindedir. TKHK m. 3/(1) ve (i) bentlerinde düzenlenen ve girişimciyi ifade eden satıcı/sağlayıcı tanımları dikkate alındığında, bunların yaptıkları işlemlerde “*ticari veya mesleki amaçlarla*” hareket etmesi gerekir. Buna karşılık sözleşmenin karşı tarafını oluşturan tüketicinin ise “*kazanç elde etme amacı*” taşımadan ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi gerekir⁴⁵.

natural person who, in the contracts covered by this directive, is acting purposes which are not related to his trade, business or profession.” Bkz. eur-lex.europa.eu/LexUri Serv/LexUriServ.do?uri=O-J:L:1999:171:0012:0016:EN:PDF (Erişim Tarihi: 01.07.2014); Bu tanım aynı şekilde Avrupa Birliği Konseyi'nin 93/13 Sayılı Haksız Koşullara İlişkin Yönergesi m. 2/ (b)'de : ‘*consumer*’ means any natural person who, in contrats covered by this Diective, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession” şeklinde ifade edilmektedir. Buna göre tüketici: Yönerge kapsamındaki sözleşmelere ticari, mesleki ve işleri dışında taraf olan gerçek kişidir, **ASLAN**, 4. Baskı, s. 312 dn. 19; Avrupa Birliği Konseyi'nin haksız koşullara ilişkin 93/13/CEE-5/4/1993 ve değişilik yönergesi 12/12/2011 tarihli 2011/83/UE Direktifi'nde de sadece “*gerçek kişiler*” tüketici olarak kabul edilmektedir, **İNAL**, Tüketici Hukuku, s. 609; **İNAL**, Haksız Şartlar, s. 33; Bu kuralın tek istisnası “*paket tur sözleşmeleri*” ile ilgilidir. Paket tur sözleşmelerini yapan gerçek ya da tüzel kişi, Yönerge kapsamında tüketici sayılmaktadır, **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 182.

⁴² **GÜMÜŞ**, s. 30; Yeni TKHK'da düzenlenen tüketici kavramı ile kamu tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişilerinin tüketici sıfatını kazanabilmeleri hakkındaki açıklamalar için bkz. **GÜMÜŞ**, s. 30-31; Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre yTKHK, Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi'nin 2008/48/EC sayılı Yönergesi'ne uyum sağlamak üzere çıkarılmasına rağmen “tüzel kişileri” de tüketici olarak düzenlemekle Yönerge'ye uyumsuzluk göstermiştir. Zira Yönerge'de tüzel kişiler, tüketici olarak düzenlenmemiştir. Sadece gerçek kişiler düzenlenmiştir. Fransız ve İsviçre hukuklarında da aynı durum sözkonusudur. Yazara göre, tüzel kişilerin yeterince teşkilatlandığı göz önünde bulundurularak TKHK korumasından yararlanmalarına gerek yoktur. Bkz. **İNAL**, Tüketici Hukuku, s. 66, 72, 79-80; **İNAL**, Haksız Şartlar, s. 33; Buna karşılık öğretide bir başka görüşe göre, eTKHK'da olduğu gibi yTKHK'da da gerçek veya tüzel kişilerin tüketici olarak düzenlenmesi yerindedir. Bu bağlamda AB Hukuku'nda tüzel kişilerin genellikle tüketici olarak kabul edilmemesi eleştirilmektedir. Yazara göre, tüzel kişilerin genellikle ticari amaçla hareket ettikleri doğru olsa da eğitim, tedavi vb. amaçlarla hareket eden dernek veya vakıf vb. gibi tüzel kişiler de olduğu göz önünde bulundurularak tüketici tanımına dahil edilmelidir. Bkz. **AYDOĞDU**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 61; Öğretide ileri sürülen bu son görüşe biz de katılıyoruz; karma amaçlı işlemlerde tüketici sıfatının ne şekilde belirleneceği konusunda bkz. **AYDOĞDU**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 62-63; **GÜMÜŞ**, s. 17.

⁴³ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, tüzel kişilerin tüketici sıfatına sahip olmasının istisnai olması gerektiği göz önünde bulundurularak kamu tüzel kişileri tüketici sıfatına sahip olmamalıdır. Dernekler ve vakıflar gibi özel hukuk tüzel kişileri ise ideal amaçlarla hareket ettikleri ölçüde tüketici sıfatına sahip olmalıdır, **GÜMÜŞ**, s. 17.

⁴⁴ **ASLAN**, 4. Baskı, s. 7; **ASLAN**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 5; **GÜMÜŞ**, s. 16-17; **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 181.

⁴⁵ **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 181; **AYDOĞDU**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 59-60; Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, tüketicinin ticari veya mesleki olmayan bir amaçla

Her iki kanundaki tüketici tanımları arasında bir diğer farklılık ise eTKHK'daki tanımda düzenlenen “mal veya hizmet”, “edinen, kullanan veya yararlanan” şeklindeki ifadelerle yTKHK'da yer verilmemiş olmasıdır. Bunların yerine, tüketicinin sadece bir sözleşmenin tarafı olarak değil sözleşme yapılmadan önce ve sözleşme yapıldıktan sonra da korunma ihtiyacı gözönünde bulundurularak “hareket eden” ifadesi eklenmiştir. Dolayısıyla “hareket etme” kavramı; bir mal veya hizmeti edinme, kullanma veya yararlanmanın yanında tüketicinin sözleşme yapmasından önce ve sonra haklı olarak bekleyeceği çeşitli uygulama ve hizmetleri alma gibi unsurları bünyesinde barındırmaktadır. Bu değişikliklerle neyin hedeflendiği kanun gerekçesinde yer almaktadır. Ancak Kanun'un kapsamını belirleyen m. 2'ye “uygulamalar” ifadesi de dahil edilerek⁴⁶ tanım ile kapsam arasında bir uyum sağlama düşüncesinin olabileceği öğretide ileri sürülmüştür⁴⁷ Dolayısıyla sadece bir sözleşmenin tarafı olarak değil aynı zamanda sözleşme yapılmadan önce veya yapıldıktan sonra da tüketicinin korunma ihtiyacının ortaya çıkması, tanımdaki bu değişikliğin nedenini oluşturmaktadır⁴⁸.

b. Satıcı, Sağlayıcı

Bir hukuki işlemde tüketicinin karşısındaki taraf, “satıcı” veya “sağlayıcı”dır⁴⁹. yTKHK'da “satıcı” ve “sağlayıcı” kavramları “tanımlar” üst başlığını taşıyan m. 3/ (i) ve (ii)'de düzenlenmiştir. Buna göre satıcı: “Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder. Sağlayıcı ise: “Kamu tüzel kişileri

hareket edip etmediği hususunun belirlenmesinde, TTK m. 19 hükmü kıyas alınarak sorunun çözülebilecektir. Böylece, alıcının ticari ya da ticari olmayan bir amaçla borç altına girip girmediği ve bu bağlamda yapılan işlemin TKHK m. 1 vd. hükümlerinin kapsamından yararlanıp yararlanamayacağı hususunun belirlenebileceği ifade edilmiştir. Buna göre, yTKHK m. 83'e göre Tüketicici Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerden yararlanılacaktır. Bir mal ya da hizmeti alan alıcı eğer tacir ise TTK m. 19/f.1, c.1 gereği, gerçek kişi tacirlerin borçlarının ticari olması esas olduğu göz önünde bulundurularak sözkonusu kişi TKHK m. 1 vd. hükümlerinin korumasından yararlanamayacaktır. Buna karşılık gerçek veya tüzel kişiler dışındaki tacir, işlem yaptığı sırada işlemin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını TTK m. 19/f.1, c.2 gereği satıcıya eğer açıkça bildirmişse ya da dürüstlük kuralı esas alınarak yapılan değerlendirme sonucunda sözkonusu işlem ticari bir işlem olarak değerlendirilemiyorsa bu durumda alıcı tüketici sıfatıyla hareket ettiği için TKHK m. 1 vd. hükümlerinin korumasından yararlanabilecektir. Zira böyle bir durumda ilgili işlem, ticari olmayan olağan (adi) bir işlem niteliğindedir, AYDOĞDU, Tüketicici Hukuku Dersleri, s. 62; Öğretideki bu görüşe biz de katılıyoruz.

⁴⁶ TKHK m. 2'de kanunun uygulama alanı; “tüketici işlemi” ve “tüketici uygulamaları” olarak belirlenmiştir, GÜMÜŞ, s. 8.

⁴⁷ ASLAN, 4. Baskı, s. 3, 9.

⁴⁸ ASLAN, Tüketicici Hukuku Dersleri, s. 5-6.

⁴⁹ ASLAN, 4. Baskı, s. 12; ASLAN, Tüketicici Hukuku Dersleri, s. 6-7; Kredi veren ile konut finansman kuruluşları da tüketici ile doğrudan sözleşme yapabilecek durumdadır. Ancak bunlarla yapılan sözleşmenin konusu bir hizmeti oluşturduğundan bu kuruluşlar da “sağlayıcı” kavramı altında mütalaa edilmelidir, ASLAN, 4. Baskı, s. 12; ASLAN, Tüketicici Hukuku Dersleri, s. 6-7.

de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade etmektedir.

eTKHK'ya göre Satıcı: "*Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri*" ifade etmekteydi. Sağlayıcı ise: "*Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder*" şeklinde düzenlemişti⁵⁰.

Her iki kanundaki düzenlemelerde farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; eTKHK'da mal ve hizmet sunan kişiler nitelendirilirken "*ticari ve mesleki faaliyetleri kapsamında...*" şeklinde düzenlenmişti. Oysa yTKHK'da bu nitelendirme "*ticari veya mesleki amaçlarla...*" şeklinde düzenlenmiştir⁵¹. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, her iki kanun arasındaki bu farklılık önemlidir. Zira yTKHK'daki düzenleme lafzıyla yorumlandığında girişimci kavramının kapsamının son derece genişleyeceği, bunun da tüketici hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmayacağı, bu nedenle sözkonusu düzenlemenin eTKHK'daki "*ticari ve mesleki faaliyetleri kapsamında (hareket eden)*" şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁵².

Her iki düzenleme arasındaki bir diğer fark da girişimci sıfatına sahip "*satıcı*" ve "*sağlayıcı*" adına ve hesabına (yani doğrudan temsilci olarak) ya da kendi adına ve bu tür girişimciler hesabına (yani dolaylı temsilci olarak) gerçek kişi veya kamu tüzel kişileri de dahil tüzel kişilerin tüketicilerle yaptığı işlemler de tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir. Böylece, eTKHK döneminde dolaylı temsilci ile tüketiciler arasındaki sözleşmeleri tüketici sözleşmesi olarak kabul etmeyen Yargıtay uygulaması ortadan kaldırılmıştır⁵³.

III. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE HAKSIZ ŞARTLARIN TESPİTİNE YÖNELİK DENETİM MEKANİZMALARININ HER İKİ KANUNUN BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. İdari Denetim Mekanizmasının Her İki Kanun Bakımından Değerlendirilmesi

Müzakere edilmemiş hükümlerin denetiminde amaç, sözleşme çıkarlarını hakkaniyete aykırı şekilde ihlal eden hükümlerin geçersiz kılınarak tüketicinin bu

⁵⁰ ÜNAL/İLGÜN, s. 18.

⁵¹ TKHK'da bu şekilde düzenlemenin nedeni, Avrupa Parlamentosu ve Komisyonu'nun 25 Mayıs 1999 Tarihli Direktifi (1999/44/EC)'nde düzenlenen "*satıcı*" tanımının yTKHK'ya eksik alınmasından ve dilbilgisel yanlış nitelermelerden kaynaklandığı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. GÜMÜŞ, s. 14-15.

⁵² GÜMÜŞ, s. 14; ASLAN, 4. Baskı, s. 12; yTKHK'daki bu düzenlemenin, eTKHK'da düzenlenen şekilde anlaşılması gerektiğinin nedenleri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. GÜMÜŞ, s. 14-15.

⁵³ GÜMÜŞ, s. 15.

hükümlerle bağlanması önlenmesidir. Bu amaca değişik yöntemlerle ulaşılması mümkündür. Bu yöntemlerden birisi⁵⁴ de müzakere edilmemiş hükümlerin kullanımına idari makamlarca izin verilmesi ve hakkaniyete aykırı koşulların yasaklanması için bu makamlara içerik denetimi izninin verilmesidir⁵⁵. İdari makamlarca bu şekilde gerçekleştirilen önleyici denetiminde amaç, müzakere edilmemiş hükümlerin hazırlanmalarından sonra fakat sözleşmeye konulmalarından önce (*sözleşmenin kuruluş safhasında*) denetlenmesi ve idari makamın onayı sonucunda ancak sözkonusu hükümlerin kullanılabilmesinin sağlanmasıdır⁵⁶. Dolayısıyla idari denetim, sözleşme henüz karşı tarafça imzalanmadan önce gerçekleşmektedir. Bu nedenle önleyici bir denetim mahiyetindedir⁵⁷. Bu denetim sonucunda, resmi makamlarca onaylanan hükümler sözleşmede kullanılabilir⁵⁸. Denetimi yapan idari makamca uygun görülmeyen hükümler sözleşmelerde kullanılamamaktadır. Böylece karşılaşılması muhtemel risklerin önüne baştan itibaren geçilerek müzakere edilmemiş hükümleri kullanan tarafın karşısında yer alan tüketicinin korunması sağlanmaktadır⁵⁹.

Hukukumuzda genel anlamda bir idari denetim müessesesi düzenlenmemiştir⁶⁰. TKHK yürürlüğe girinceye kadar sözleşme hükümlerinin idari denetimi konusunda

⁵⁴ Diğer yöntemler için bkz. **AKİPEK, Şebnem**, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, s. 235-236; **HAVUTÇU, Ayşe**, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 41; **AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi**, s. 69; **TOPRAK**, s. 78 vd., **AÇIKGÖZ**, s. 225 dn. 184.

⁵⁵ **SİRMEN, Lale**, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), Ankara 2011, s. 112; **GÜMÜŞ**, s. 57; **HAVUTÇU**, s. 41.

⁵⁶ **AKİPEK**, s. 232; **TOPRAK**, s. 79; **KARADAĞ**, s. 138; **KARTAL, Doğan**, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Konya 2008, s. 102.

⁵⁷ **ATAMER, Yeşim M.**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (Giş Denetimi), İstanbul 1999, s. 50; **AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi**, s. 69; **TOPRAK**, s. 185.

⁵⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 239; **ATAMER**, Giş Denetimi, s. 50.

⁵⁹ **HAVUTÇU**, s. 49; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 239; **TOPRAK**, s. 78.

⁶⁰ **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 68; **TOPRAK**, s. 79; Hukukumuzda genel anlamda bir idari denetim müessesesi yoktur. Eski TTK m. 1266'da sigorta genel koşullarının idare (Bakanlık) tarafından denetimini öngören özel bir düzenleme sadece vardı. Ancak bu düzenleme, genel bir idari denetim anlamına gelmemektedir. Nitekim yeni TTK m. 1425'te Bakanlığın bu konudaki yetkisi de kaldırılmıştır. Buna karşılık, 7397 Sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu m. 11/I hükmüne göre sigortacılık sözleşmelerinin idari denetimi Hazine Müsteşarlığı'na bırakılmıştır. Aynı şekilde 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m. 76/II'ye göre, bankalar ve bireysel müşteriler arasında yapılacak sözleşmelerin şekil ve içeriğinde yer alacak asgari hususlar, Kurul'un uygun görüşü alınarak kuruluş birlikleri tarafından belirleneceği yönünde idari denetimi öngören düzenleme yer almaktadır, **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 68; “*Prensip olarak Türk Hukukunda genel işlem koşullarının (veya ihtihaki sözleşmeyi) önceden idari kontrolü veya sonradan yargı kontrolünün yapılmasını öngören bir yasal düzenleme mevcut değildir*”, Yargıtay 3. HD. T. 02.06.1998, E. 1998/4263; K. 1998/6098.; **HAVUTÇU**, s. 13 dn. 22; Kararın tam metni için bkz. **TOPRAK**, s. 24 dn. 51.

bir düzenleme olmadığı için sözkonusu denetimin ne şekilde gerçekleşeceği konusunda öğretide ileri sürülen görüşlerden yararlanılmıştı⁶¹. Ancak TKHK'ya dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelik m. 8'de⁶², "Haksız Şartların Denetimi" üst başlığı altında konuyla ilgili ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır⁶³.

Bu düzenleme ile Kanun Koyucu, Bakanlığa⁶⁴ idari denetim yetkisi vermektedir⁶⁵. Ancak bu yetki, tüketici sözleşmeleri hakkında Bakanlığa yapılması muhtemel bir şikayet ya da Bakanlığın şikayet konusu bir durumdan re'sen haberdar olması halinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla müzakere edilmemiş hükümleri içeren tüm sözleşmelerin Bakanlık onayından geçmesi ve bu bağlamda Bakanlığın onayının alınması sözkonusu değildir. Bakanlık, genel olarak kullanılmak amacıyla hazırlanan sözleşmelerde yer alan haksız şartların sözleşme metninden çıkartılması ya da kullanılmasının önlenmesi şeklinde tedbirler almakla yükümlü kılınmıştır. Bu tedbirlerin neler olduğu hükümde açıkça belirtilmemiş, bunun yerine haksız şartların sözleşme metninden çıkartılması için Bakanlığın gerekli girişimlerde bulunacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla Bakanlık, re'sen ya da şikayet üzerine tüketici sözleşmelerinde haksız şartların kullanıldığından haberdar olduğunda, bu şartların sözleşme metninden çıkartılması ya da kullanılmasının önlenmesi tedbiri için TSHŞHY m. m. 8'de düzenlenen prosedürü izlemek suretiyle idari denetim görevini yerine getirecektir⁶⁶. eTKHK'dan farklı olarak yTKHK'da idari denetim mekanizmasının düzenlenmiş olması ve bu konuda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın yetkili kurum olarak tayin edilmesi kanaatimizce yerinde olmuştur⁶⁷.

⁶¹ **YAVUZ, Selçuk**, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2007, s. 48; **TOPRAK**, İdari denetim hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **AÇIKGÖZ**, s. 224 vd.

⁶² TSHŞHY m. 8: "(1) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır. (2) Genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış tüketici sözleşmelerinde haksız şartların yer alması durumunda, bu şartların sözleşme metninden çıkarılması için sözleşmeyi düzenleyene Bakanlıkça otuz gün süre verilir. Bakanlık gerekli gördüğü hallerde bu süreyi doksan güne kadar uzatabilir. (3) Haksız şart olarak tespit edilen sözleşme şartlarının, tüketiciler açısından kesin olarak hükümsüz olduğunun sözleşmeyi düzenleyen tarafından tüketicilere açık ve anlaşılır biçimde yazılı veya elektronik ortamda bildirilmesi durumunda, tespit tarihinden önce tüketicilerle kurulan ve hâlen geçerli olan sözleşme metinlerinden bu şartların çıkarıldığı kabul edilir. (4) Bakanlıkça verilen sürenin bitimine kadar, sözleşmeyi düzenleyen tarafından haksız şartların sözleşme metninden çıkarılmaması halinde, aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için Kanununun 77 nci maddesi uyarınca idari para cezası uygulanır."

⁶³ **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 193; **KARADAĞ**, s. 139.

⁶⁴ TKHK m. 3/1(a)'ya göre Bakanlık, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nı ifade etmektedir.

⁶⁵ **İNAL**, Haksız Şartlar, s. 36; **AYDOĞDU**, Tüketici Klavuzu, s. 40-41; **KARADAĞ**, s. 138.

⁶⁶ **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 193-194; **ASLAN**, 4. Baskı, s. 329; **KARADAĞ**, s. 139.

⁶⁷ Hak arama noktasında çekingen davranan tüketicilerin yerine idarenin gerekli denetimi yapması ve açılan davaların da kısa sürede sonuçlanmadığı göz önünde bulundurulduğunda idari denetim önemlidir, **KARADAĞ**, s. 139.

2. Yargısal Denetim Mekanizmasının Her İki Kanun Bakımından Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

Tüketici sözleşmelerinde yer alan müzakere edilmemiş hükümlerin haksız şart niteliğinde olup olmadığı yargısal denetim sonucunda ortaya çıkmaktadır⁶⁸. Bu nedenle, hukukumuzda temel ilke haksız şart denetiminin yargı yoluyla yapılmasıdır⁶⁹. Yargısal denetim sürecinde, tüketiciyle müzakere edilmeksizin sözleşmeye dâhil edilen ancak dürüstlük kuralına aykırılık taşıyan hükümler haksız şart olarak nitelendirilip yargı mercileri tarafından geçersiz kılınmaktadır. Bu şekilde gerçekleştirilen yargılama süreci, “*haksız şart denetimi*” olarak adlandırılmaktadır⁷⁰. Böylece, TKHK’da düzenlenen haksız şart hükümleriyle müzakere edilmeden tek yanlı olarak sözleşmeye konulan hükümlere karşı girişimci karşısında pazarlık gücüne sahip olmayan tüketicinin korunması sağlanmaktadır⁷¹. Bu nedenle yargısal denetim yolu, haksız sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunmasında giderici bir fonksiyon icra etmektedir⁷².

b. Yargısal Denetimde Dava Açma Hakkı ve Açılabilir Dava Türleri Bakımından Her İki Kanun Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi

Müzakere edilmemiş hükümler hakkında yargısal denetim süreci, bireysel an-

⁶⁸ **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s.194; Hukukumuzda, müzakere edilmemiş hükümlerin önceden idari veya sonradan yargısal kontrolünü sağlayan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hükümlerin denetimi ancak dava açılmasıyla mümkündür. Dava açılması durumunda müzakere edilmemiş bir hükmün yorumu, değiştirilmesi, tamamlanması ya da geçersiz kınması hakimnin görevleri kapsamında olacaktır. Dolayısıyla sözleşmede yer alan müzakere edilmemiş bir hükmün haksız şart niteliğinde olup olmadığı hususu münhasıran hakimnin takdirindedir, **İNAL**, Haksız Şartlar, s. 38, 48.

⁶⁹ **AYDOĞDU**, Tüketici Klavuzu, s. 39; Öğretide, yargı denetimini diğer denetim türlerinden ayırtmak için “*yargısal içerik denetimi*” ya da “*açık içerik denetimi*” kavramları kullanılmaktadır. Bkz. **EREN, Fikret**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bastı, Ankara 2014, s. 222; **HAVUTÇU**, s. 42; Buna Karşılık **ATAMER**, “*içerik denetimi*” yerine “*geçerlik denetimi*” kavramını kullanılmaktadır. Bkz. **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 292.

⁷⁰ **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 190.

⁷¹ **ENGİN**, s. 79; **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 172; **BAŞÖZ/ÇAKMAKCI**, s. 21; TKHK bu yönüyle TBK da düzenlenen genel genel işlem koşullarından ayrılmaktadır. TKHK m. 5’te düzenlenen “*haksız şart*” tanımı, TBK m. 20/f. 1’de düzenlenen “*genel işlem koşulları*” tanımı ile karşılaştırıldığında, sözleşmede yer alan bir şartın haksız şart olarak değerlendirilebilmesi için “*tüketicinin müzakere edilmeden sözleşmeye konulması*” yeterli bir ön şart olarak kabul edilmekte, sözkonusu şartın “*üzerinde yapılması düşünülen çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması*” şeklindeki genel işlem koşullarında aranan bir unsuru taşıma zorunluluğu bulunmamaktadır. Yani ilgili şartın, genel işlem koşullarındaki gibi hazırlanan sözleşme metninin birden fazla kullanım amacı gözetilerek hazırlanması gerekli değildir, **GÜMÜŞ**, s. 61.

⁷² **TOPRAK**, s. 71.

lamda başta tüketiciler olmak üzere üyelerinin haklarını korumak amacıyla dernek, vakıf gibi tüketici örgütlerinin⁷³ dava açmasıyla gerçekleşebilmektedir⁷⁴.

Konuyla ilgili TKHK m. 73/f. 2 ve f. 6'da: “Tüketici örgütleri, ilgili kamu kuruluşları ile Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde⁷⁵ yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya haksız şartın tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir.”⁷⁶ şeklinde düzenleme yapılmıştır.

⁷³ TKHK m. 3/1 (m)'de tüketici örgütleri; tüketicinin korunması amacıyla kurulan dernek, vakıf ve bunların üst kuruluşlar olarak tanımlanmıştır, **ERİŞİR, Evrim**, “Yürürlükteki ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Tüketici Örgütlerinin Açabilecekleri Topluluk Davaları”, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu-Doğuş Üniversitesi (Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Eski (4077) ve Yeni (6502) Kanun Karşılaştırmalı), 1. Baskı Nisan 2014, s. 344; **AYDOĞDU**, Tüketici Kılavuzu, s. 24; Topluluk davası açabilmenin şartlarından biri, tüzel kişiye ait tüzüğün ilgili kesimin menfaatlerini korumaya yönelik dava açabileceği yönünde tüzel kişiye izin vermesidir. TKHK m. 3/1 (m)'de tüketici örgütleri, tüketicinin korunması amacıyla kurulan vakıf, dernek ve üst kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. Aynı kanun m. 76/3'de ise tüketici örgütlerinin topluluk davası açabilecekleri açık bir şekilde düzenlendiğinden, tüketici örgütünün statüsünde açık bir şekilde dava açabileceği yer almasa bile kanunun bu hükmü gereği dava açabilecekleri ifade edilmiştir. Bkz. **ERİŞİR**, s. 343-344.

⁷⁴ **ZEVKLİLER/AYDOĞDU**, s. 444-445; **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 138; **BAYKAN, Renan**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri İle Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri, İstanbul 2008, s. 97; **TOPRAK**, s. 128, 149.

⁷⁵ Hükümde düzenlenen; “standart sözleşmede yer alan haksız şartların tespit edilmesi...” ifadesi yanlış anlaşılmaya mahal vermemelidir. Sözkonusu ifadeden, taraflar arasında henüz somut hukuki bir ilişkide kullanılmamış “standart sözleşme metinleri”, daha doğru bir ifadeyle “genel işlem koşullarının” anlaşılması gerekir. Dolayısıyla genel işlem koşullarından oluşan standart sözleşme eğer somut bir olayda kullanılmışsa bu durumda sadece TKHK'da düzenlenen haksız şart hükümleri uygulama alanı bulacaktır, **KOCAYUSUFPAŞAĞLU**, s. 253.

⁷⁶ Bu hususla ilgili olarak aynı yönde 93/13 sayılı Konsey Yönergesi'nde üye devletlere satıcı ya da sağlayıcıların tüketici sözleşmelerinde kullandıkları haksız şartların kullanılmasının önlenmesine yönelik tedbir almaları amacıyla düzenleme yer almaktadır, **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 320; Nitekim bu husus m. 7'de: “(1) Member states shall ensure that, in the interests of consumers and of competitors, adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by seller or suppliers.”, şeklinde düzenlenmiştir. Bkz. www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX: 31993L0013:en:HTML (Erişim tarihi: 09.07.2014); Söz konusu tedbirler arasında, meşru menfaati olan kişilere ve tüketici örgütlerine genel olarak hazırlanmış tüketici sözleşmelerinde yer alan koşulların haksız nitelikte olup olmadıkları ile ilgili kendi milli hukuklarına dayanarak mahkemelere veya idari makamlara başvurma hakkı tanınmıştır. Ayrıca satıcı veya sağlayıcıların kullandıkları sözleşme koşullarının haksız olduğunun tespiti amacıyla tüketici örgütlerine dava açma hakkı tanınmaktadır. Nitekim bu husus m. 7/f.2'de: “The means referred to in paragraph 1 shall include provisions whereby persons or organizations, having a legitimate interest under national law in protecting consumers, may take action according to the national law concerned before the courts or before competent administrative bodies for a decision as to whether contractual terms drawn up for general use are unfair, so that they can apply appropriate and effective means to prevent the continued use of such terms.”, şeklinde düzenlenmektedir. Bkz. www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX: 31993L0013:en:HTML (Erişim tarihi: 09.07.2014); Yönerge'de, TKHK ve ilgili Yönetmelikte yer almayan bir hükümle, yukarıda f. 2'de belirtilen yaptırımların müştereken ya da ayrı ayrı üye devletler tarafından milli hukuklarına bağlı kalınarak aynı ekonomik sektörde faaliyet gösteren ve aynı veya benzer sözleşme koşullarını kullanan birkaç satıcı ya da sağlayıcılar veya bunların

Bu hüküm gereği, topluluk davası niteliğinde olan dava hakkı⁷⁷ haksız şart niteliğindeki müzakere edilmemiş hükümler bakımından da sözkonusu olabilecektir⁷⁸. Böylece müzakere edilmemiş hükümlerin yargısal denetimi konusunda Bakanlık, tüketici örgütleri, kamu kurum ve kuruluşlarına dava açma açma hakkı tanınmaktadır⁷⁹.

Aynı konuda eTKHK'ya dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelik m. 8' de⁸⁰ "yargısal denetim"⁸¹ kenar başlığı altında, "Meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilirler. Bu hallerde mahkeme, önleme için gerekli tedbirlere hükmeder."⁸² şeklinde düzenleme yapılmıştır⁸³. Yine aynı

birliklerine karşı yöneltebileceği hususu m.7/f. 3'te şu şekilde düzenlenmiştir: "With due regard for national laws, the legal remedies referred to in paragraph 2 may be directed separately or jointly against a number of sellers or suppliers from same economic sector or their associations which use or recommend the use of same general contractual terms or similar terms.", Bkz. www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX: 31993L0013:en:HTML (Erişim tarihi: 09. 07. 2014).

- ⁷⁷ Topluluk davası açabilmenin koşulları şunlardır: 1) Kanun'da kendisine sıfat tanınmış olmak, 2) Kollektif menfaatin ihlal edilmiş olması veya ihlal edilme tehlikesi, 3) İlgili tüzel kişinin statüsünün elverişli olması gerekir. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **ERİŞİR**, s. 342-344; Topluluk davası açma zarureti hakkında bkz. **BAŞ**, s. 303; Haksız şartlara karşı topluluk davası açılması hakkında kapsamlı değerlendirmeler için bkz. **KARADAĞ**, s. 161-162.
- ⁷⁸ Türk Hukuku'nda men talebi, topluluk davasının asıl konusunu oluşturmaktadır. Men davası, hukuki niteliği itibarıyla bir eda davasıdır. Bir işin yapılmamasının konusunu oluşturduğu topluluk davasının açılabilirliği tipik durum, haksız genel işlem koşullarına karşı açılan topluluk davalarıdır. Genel işlem koşullarının haksız olması hukuka aykırı bir durum oluşturduğundan dolayı hukuka aykırılığın önlenmesi ve durdurulması amacıyla topluluk davası açılabilir, **ERİŞİR**, s. 345.
- ⁷⁹ **ASLAN**, 4. Baskı, s. 327; **ASLAN**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 172; **TOPRAK**, s. 128; **KARADAĞ**, s. 161.
- ⁸⁰ Yönetmeliğin bu hükmü ile eTKHK m. 6/VII de düzenlenen: "Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasına ilişkin usul ve esasları belirler." şeklindeki hüküm, 93/13 Sayılı AB Yönergesi m. 7 ve özel kanun niteliğindeki Alman Önleme Davaları Kanunu'nda olduğu gibi genel işlem koşullarında yer alan haksız şartların, söz konusu haksızlık belirli bir olay münasebetiyle tespit edilmiş olsun ya da olmasın başka tüketicilere karşı kullanılmasını önlemek amacıyla önleme davası açma hakkına cevaz vermektedir, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 253.
- ⁸¹ Yargısal denetimin asıl anlamı, haksız şartın tüketiciyi bağlamaması halinde bu hususun her zaman hakim tarafından re'sen göz önünde tutulması ve tüketici tarafından da her zaman ileri sürülebilmesidir, **ULUSAN**, s. 43.
- ⁸² **İNAL**, Haksız Şartlar, s. 56; **DERYAL**, s. 59-60; Yönetmelik'teki bu düzenleme ile dürüstlük kurallarına aykırı hükümler içeren genel işlem koşullarının kullanılmasının önlenmesi için tüketicilerin korunmasında menfaati olan gerçek ve tüzel kişilere dava açma hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla, haksız şartların geçersizliği amacıyla tüketicinin bilgisi, duyarlılığı ve becerisine dayanan bireysel bir dava yerine tüm tüketicileri etkileyebilecek bir dava çeşidi düzenlenmiştir, **SİRMEN**, s. 131; Açılacak bu davanın "önleme davası" olduğu hakkında bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 253; **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 320; Buna karşılık doktrinindeki bir görüşe göre önleme davasının konusu, henüz sözleşme içeriği olmamış genel işlem koşullarıyla sınırlı tutulmalıdır, **SİRMEN**, s. 132-133; 93/13 Sayılı AB Direktifi m. 7'de üye devletler için aynı doğrultuda öngörülen yükümlülükler için bkz. **ATAMER**, **Yeşim M.**, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu-Acquis Communautaire'in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, (AB Hukuku'na Uyum), İstanbul 2001, s. 421; **AÇIKGÖZ**, s. 366 dn. 648.
- ⁸³ **ENGİN**, s. 99; **KARTAL**, s. 103, 112; **YAVUZ**, S., s. 97.

doğrultuda m. 23/ f. 4'te ise: “Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu Kanununun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler.” şeklinde düzenleme yapılmıştı⁸⁴. Yönetmeliğin bu hükmüyle, tüketicilerin korunmasında menfaati olan gerçek ve tüzel kişilerin müzakere edilmemiş hükümlerin içerisinde yer alan haksız hükümlerin kullanılmasının önlenmesi için dava açabilecekleri düzenlenmişti⁸⁵.

Konuyla ilgili sözkonusu hükümler her iki kanun bakımından karşılaştırıldığında, TKHK m. 73/f. 2 ve f. 6'da haksız şartlara karşı hem dava açabilecek kişiler açıkça belirtilmiş hem de açılacak dava türleri de tek tek düzenlenmiştir. Haksız şartlarla ilgili açılacak davalar, eTKHK ve ilgili Yönetmelik'te ifade edildiği şekliyle sadece haksız şartların kullanılmasının önlenmesi davası değil bu şartların kullanılmasının önlenmesi ve durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir kararı alınması ile haksız şartların tespiti, önlenmesi veya durdurulması davaları şeklinde farklı seçeneklerin sunulduğu kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır⁸⁶. Bu bağlamda haksız şartlara karşı dava açabilecek kişilerle ilgili eTKHK m. 6 ya dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelik m. 8'de yer alan “Meşru menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler...” ifadesi yerine yTKHK m. 73/f. 2 ve f. 6'da “Tüketici örgütleri, ilgili kamu kuruluşları ile Bakanlık...” şeklinde düzenleme yapılmış olması kanaatimizce yerinde olmuştur. Çünkü eTKHK'daki düzenleme öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Buna göre, ilgili Yönetmelik'te geçen “tüzel kişiler” kavramından tüketici örgütlerinin anlaşılması gerektiği⁸⁷, tüzel kişiliği olmamasına rağmen tüzel kişiliğe sahip devlet adına hareket edecek “Bakanlığın” da bu kapsama dahil edilmesi gerektiği, bunun dışında kalan gerçek ve tüzel kişilere önleme davası açma hakkının tanınmasının isabetsiz olduğu ileri sürülmüştür⁸⁸. Kanaatimizce, yTKHK m. 73/f. 2 ve f. 6'daki “Tüketici örgütleri, ilgili kamu kuruluşları ile Bakanlık...” şeklindeki düzenlemeyle eTKHK'daki düzenlemeye yönelik öğretideki eleştiriler ortadan kaldırılmıştır.

⁸⁴ ENGİN, s. 99; ASLAN, 3. Baskı, s. 638.

⁸⁵ ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 320-321; İNAL, Haksız Şartlar, s. 40; ASLAN, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 172; eTKHK kapsamında açılacak önleme davaları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 319 vd.; Önleme davasının hangi durumlarda açılacağı konusunda öğretideki tartışmalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 253-254.

⁸⁶ eTKHK m. 23'te genel bir ifade kullanılarak “kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması” amacıyla dava açılacağı ifade edilmişken, yTKHK m. 73/6'da topluluk davasının talep sonucunun: a) Hukuka aykırı durumun tespiti, b) Hukuka aykırı durumun önlenmesi, c) Hukuka aykırı durumun durdurulması şeklinde olabileceği hüküm altına alınmıştır, ERİŞİR, s. 344; Tüketici örgütünün açabileceği topluluk davasının konusu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. ERİŞİR, s. 344.

⁸⁷ ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 321; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 253.

⁸⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 253.

c. Haksız Şartların Yargısal Denetim Süreçlerini Oluşturan Kapsam (Yürürlük), Yorum ve İçerik Denetimi Aşamalarının Her İki Kanun Bakımından Değerlendirilmesi

aa. Genel Olarak

Tüketici sözleşmelerinde yer alan müzakere edilmemiş hükümlerden kaynaklanabilecek muhtemel olumsuzluklar üç aşamalı bir denetim süreciyle giderilmektedir⁸⁹. Buna göre, müzakere edilmemiş hükümlerin sözleşme içeriği olup olmadığına ilişkin aşama “*Kapsam (yürürlük) denetimi*”, sözleşme içeriği olduğuna kanaat getirilen hükümlerin yoruma tabi tutulduğu aşama “*yorum denetimi*” ve müzakere edilmemiş hükümlerin geçerliliğinin kontrol edildiği aşama ise “*içerik denetimi*” olarak adlandırılmaktadır⁹⁰.

ab. Kapsam (Yürürlük) Denetimi

Tüketici sözleşmelerinde yer alan müzakere edilmemiş hükümlerin sözleşme içeriği haline gelip gelmediği “*kapsam (yürürlük) denetimi*” aşamasında incelenmektedir⁹¹. Tüketici sözleşmelerinde yürürlük denetimi, ne yeni ne de eTKHK’da

⁸⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 232; EREN, s. 220; ENGİN, s. 79; SİRMEN, s. 112-113; AKİPEK ÖCAL, s. 336; Üç aşamalı sistemin İsviçre Hukuku’nda da benimsendiği hakkında detaylı açıklamalar için bkz. UZUNALLI, Sevilay, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHF M. C. LXXI, S. 2, Y. 2013, s. 589; Öğretide, denetim süreçlerini iki aşamada inceleyen yazarlar da vardır. Bkz. HAVUTÇU, s. 40, 105, 154 vd.; REİSOĞLU, s. 77; ALTOP, Atilla, “Genel İşlem Koşulları”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 35; NOMER, s. 59; ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe/ AYDOĞDU, Murat/ CUMALIOĞLU Emre, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku-Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, 2. Baskı, İzmir 2013, s. 134; DOĞAN, Gül, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 461; Denetim aşamalarını Alman Hukuku’nda olduğu gibi biri ön kontrol olmak üzere dört aşamalı şekildeki inceleme için bkz. ANTALYA, s. 302.

⁹⁰ EREN, s. 220; NOMER, s. 59; ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 292; HAVUTÇU, s. 11; AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 71-72, 99; UZUNALLI, s. 38; Üç denetim aşaması hakkındaki açıklamalar için bkz. GÜMÜŞ, s. 53 vd.; AÇIKGÖZ, s. 249 vd.

⁹¹ ANTALYA, s. 306-307; ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 292; Öğretide, “*kapsam denetimi*” yerine genellikle “*yürürlük denetimi*” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 232; NOMER, s. 59; EREN, s. 220; SİRMEN, s. 113; ATAMER, Gış Denetimi, s.81; GÜMÜŞ, s. 53; AKİPEK ÖCAL, s. 336; ÇINAR, s. 67; UZUNALLI, s. 403; DOĞAN, s. 461; Öğretide, yürürlük denetimi yerine “*bağlayıcılık denetimi*”, “*örtülü içerik denetimi*”, “*geçerlik denetimi*” “*ilişkileendirme kontrolü ya da denetimi*” ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz. ULUSAN, s. 30; REİSOĞLU, s. 77; HAVUTÇU, s. 41; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s. 134-135; AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 195; ÇINAR, s. 66; TOPRAK, s. 83; Çalışmamızda yürürlük denetimi yerine, TBK m. 21’e uygun şekilde “*kapsam denetimi*” kavramı kullanılacaktır. Aynı şekilde inceleme için bkz. ANTALYA, s. 306 vd.; Genel işlem koşullarının kapsam denetimi konusunda detaylı açıklamalar için bkz. AÇIKGÖZ, s. 251 vd.; TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Ko-

düzenlenmiştir⁹². Her iki kanunda sadece yorum ve içerik denetimi düzenlenmiştir⁹³.

Kanaatimizce, eTKHK döneminde kapsam denetiminin düzenlenmemesi büyük bir eksiklikti. Zira bir bütün olarak sözleşmeye alınan müzakere edilmemiş hükümlerin, dürüstlük kuralı esas alınarak yapılacak değerlendirme sonucunda sözleşmenin bir unsuru haline gelip gelmediği, sözleşmenin bir unsuru haline gelse bile sözleşme konusu koşulların hangi kapsamda bağlayıcılık kazandığı belirlenmeden bu hükümlerle ilgili doğrudan yorum ya da içerik denetimine geçilmesi bir takım yanlışlara mahal verebilecektir. Çünkü sözkonusu hükümler, tek yanlı olarak hazırlansa bile tarafların iradesi olmaksızın tek başına sözleşme hükmü haline gelip yürürlük kazanmamaktadır⁹⁴. İlgili hükümlerin sözleşmede bağlayıcılık kazanabilmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarına bağlıdır⁹⁵. İşte kapsam denetiminin konusu, müzakere edilmemiş hükümleri içeren metnin sözleşme içeriği olup olmadığı konusunda hakim tarafından objektif bir inceleme yapılmasıdır⁹⁶. Böylece, sözkonusu hükümlerin tamamının veya bir kısmının sözleşme içeriği haline gelip gelmediği, bu koşulların sözleşmeye alınmasına müşterinin muvafakatinin olup olmadığı, sözleşmeye alınmasına yönelik anlaşmanın geçerli bir şekilde meydana gelip gelmediği hususları bu aşamada araştırılmaktadır⁹⁷. Bu denetim sonucunda, mü-

sullarının Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1143 vd.

⁹² TKHK’da sadece “içerik denetimi” öngörülmekle beraber TKHK’ya dayanılarak yayımlanan “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Yönetmeliği”nde “Yorum” metodu da öngörülmüştür. Buna karşılık ne TKHK’da ne de buna dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelikte “Yürürlük Denetimi” öngörülmemiştir. eTKHK bağlamında yapılan bu açıklamalar için bkz. **SİRMEN**, s. 113; **ANTALYA**, s. 297; **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 293; **AKİPEK ÖCAL**, s. 339; **ÇINAR**, s. 70; **KARADAĞ**, s. 151.

⁹³ **ANTALYA**, s. 293; **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 293, 328-329; **ÇINAR**, s. 20; Müzakere edilmeyen hükümlerin içerik denetimi ve bu bağlamda haksız şartların tespitiyle ilgili detaylı açıklamalar için bkz. **AÇIKGÖZ**, s. 284 vd.

⁹⁴ **HAVUTÇU**, s. 105; **SİRMEN**, s. 113.

⁹⁵ **TEKİNALP, Ünal**, “Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları”, Ernst Hirsch’e Armağan, İstanbul 1986, s. 135; **SOYER, Polat**, Genel İş Koşulları, İzmir 1987, s. 70-71; **OĞUZ, Cemal**, Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 1993, s. 45; **KAPLAN, İbrahim**, Hakim’in Sözleşmeye Müdahalesi, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2007, s. 54; **AKİPEK**, s. 228 ; Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce eski Borçlar Kanunu m. 1 hükmü gereği genel işlem koşullarının sözleşme metni olabilmesi için taraf iradelerinin uyum şartı aranıyordu. Bu konuda TKHK’da hüküm olmadığı için TBK’nın yürürlüğe girmesinden sonra TBK. m. 1 hükmünün yanında m. 21 hükmünün de dikkate alınması gerekir. Zira TBK’nın hükümleri genel nitelikte olduğundan dolayı TKHK’da hüküm olmayan hallerde TBK’nın hükümleri uygulama alanı bulacaktır, **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 173.

⁹⁶ **ATAMER**, Giş Sempozyumu, s. 28.

⁹⁷ **KOCAYUSUPFAŞAOĞLU**, s. 232; **ULUSAN**, s. 30; **ENGİN**, s. 79; **SİRMEN**, s. 113; **ANTALYA**, s. 302; **ATAMER, Yeşim M.**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel

zakere edilmemiş hükümlerin sözleşme içeriği haline geldiği kanaatine varıldığında, sözkonusu hükümler tüketici bakımından sözleşmede bağlayıcı hale gelmektedir⁹⁸.

Müzakere edilmeyen bir hükmün kapsam denetimi konusunda yTKHK m. 5 ve ilgili Yönetmelikte de herhangi bir düzenleme yapılmamıştır⁹⁹. Ancak yTKHK m. 83 gereği kanunda düzenlenmeyen konularda genel hükümler uygulama alanı bulacağından, genel kanun niteliğindeki TBK'nın kapsam denetimine ilişkin m. 21 ve m. 22 hükümleri kanaatimizce müzakere edilmemiş hükümlerin kapsam denetiminde de uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁰. Dolayısıyla kapsam denetimiyle ilgili her ne kadar yTKHK'da bir düzenleme yapılmamışsa da yTKHK'dan önce yürürlüğe giren TBK'nın kapsam denetimiyle ilgili hükümleri tüketici sözleşmelerindeki müzakere edilmemiş hükümlerin kapsam denetiminde de uygulama alanı bulacaktır.

ac. Yorum Denetimi

Yorum denetimi aşamasında, açık ya da zımni bir şekilde sözleşmeye dahil edilen ancak açık¹⁰¹ ve anlaşılır bir dille yazılmayan¹⁰² müzakere edilmemiş hükümlerin hangi anlamıyla sözleşmede bağlayıcılık kazandıkları açıklığa kavuşturulmaktadır¹⁰³.

İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), (Giş Sempozyumu) Ankara 2011, s. 26.

⁹⁸ **YAVUZ S.**, s. 51; **TOPRAK**, s. 84.

⁹⁹ Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, 6502 sayılı TKHK m. 4/f. 4'te yürürlük denetimi olarak değerlendirilebilecek bir hükme Kanun Koyucu tarafından yer verilmiştir. Buna göre: “*Bu Kanunda düzenlenen sözleşmelere istinaden tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafı ilişkin bilgilerin, sözleşmenin eki olarak kâğıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye verilmesi zorunludur. Uzaktan iletişim aracıyla kurulan sözleşmelerde ise bu bilgiler kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde verilir. Bu bilgilerin tüketiciye verildiğinin ispatı sözleşmeyi düzenleyene aittir...*”. Bu hüküm her ne kadar şekli olarak şeffaflık ilkesine işaret etse de bir nevi yürürlük denetimi olarak da değerlendirilebilecektir. Çünkü ücret ve masraflarla ilgili bilgiler hakkındaki yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde, sözkonusu ücret ve masrafların sözleşmede yazılı olsa bile tüketiciden talep edilemeyeceği hüküm altına alınmaktadır, **KARADAĞ**, s. 150-151.

¹⁰⁰ **SİRMEN**, s. 113; **İNAN, Ali Naim/ YÜCEL, Özge**, İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 308; TBK'da yer alan bu düzenlemede, yürürlük denetimi ile içerik denetimi safhalarının birbirine karıştırıldığı yönünde eleştiri için bkz. **ATAMER**, Giş Sempozyumu, s. 27-28; **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 85; Genel işlem koşullarıyla ilgili TBK m. 20-25 hükümleri, Tüketici Kanunu'nda düzenlenen Haksız şartlarla ilgili hükümlere nazaran genel nitelikte olduğundan dolayı haksız şartlarla ilgili TKHK'da bir boşluk olduğu takdirde sözkonusu hükümler uygulama alanı bulacaktır, **ANTALYA**, s. 297; **DOĞAN**, s. 460; **UZUNALLI**, s. 402.

¹⁰¹ “Açık”lıktan kastedilen sözleşme hükmünün anlamının net bir şekilde kavranabilmesidir, **ÇI-NAR**, s. 138; **KARADAĞ**, s. 151.

¹⁰² Bir sözleşme hükmünün “*dilinin anlaşılabilir*” olmasının iki anlamı vardır. Bunlardan birincisi, sözkonusu hükmün o konuda sözleşme yapan ortalama bir tüketici tarafından anlaşılabilmesidir. İkincisi ise, sözleşmenin düzenlendiği dilin tüketici tarafından bilinmesidir, **KARADAĞ**, s. 152.

¹⁰³ **ATAMER**, Giş Denetimi, s. 124; **HAVUTÇU**, s. 148; **TOPRAK**, s. 82.

Hükümün açık ve anlaşılabilir olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılırken orta, makul bir seviyedeki bir tüketici modeli esas alınmaktadır¹⁰⁴. Söz konusu hükümler, somut olaya ilişkin tüm hal ve şartlar gözönünde bulundurularak “dürüstlük kuralı”¹⁰⁵na göre yorumlanmaktadır. Yorum sonucunda belirsizlik giderilmediği takdirde, bu hükümler genellikle kullanan aleyhine tüketici lehine yorumlanmaktadır¹⁰⁶.

Yorum denetimi ile ilgili olarak eTKHK’ya dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelik m. 6/f. 1 ve f. 4’teki düzenlemeler, yTKHK m. 5/f. 4’te düzenlendiği gibi kanun hükmü olarak açıkça düzenlenmemiştir¹⁰⁷. Diğer bir ifadeyle, eTKHK’da yorum denetimiyle ilgili hüküm doğrudan kanun metninde düzenlenmemiş, bu kanuna dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelik’te düzenlenmiştir. Buna karşılık yTKHK’da konu doğrudan kanun metninde düzenlenmiştir. Buna göre: “Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.”¹⁰⁸.

Bu düzenlemeyle, müzakere edilmemiş hükümleri içeren sözleşmelerde tüketicinin bir işlevinin olamayacağı bu nedenle sorumlu da tutulamayacağı göz önünde bulundurularak birden fazla anlam taşıyan hükümlerde tüketici lehine yoruma üstünlük tanınmaktadır¹⁰⁹.

Kanaatimizce, yorum denetimiyle ilgili her iki kanunun düzenlemeleri arasında önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Her iki düzenlemede de “tüketici lehine yorum” ilkesi benimsemiştir¹¹⁰. eTKHK’dan farklı olarak yTKHK’da, açık ve anlaşılabilir sevi-

¹⁰⁴ KARADAĞ, s. 152; ÇINAR, s. 132;

¹⁰⁵ Güven ilkesi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. ANTALYA, s. 127 vd.

¹⁰⁶ AKYOL, Şener, Sözleşmenin Yorumu, İstanbul 2010, s. 21-22; OĞUZMAN /ÖZ, s. 171; EREN, s. 222; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 239; ANTALYA, s. 316; ASLAN, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 168; AKİPEK ÖCAL, s. 336; GÜMÜŞ, s. 56; AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 116; DERYAL, s. 60; TOPRAK, s. 82; Tüketici sözleşmelerindeki hükümlerin yorumu konusunda detaylı açıklamalar için bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 300-303; TOPRAK, s. 54; AÇIKGÖZ, s. 274 vd.

¹⁰⁷ KILIÇOĞLU, s. 120; AKÇAAL/UYUMAZ, s. 254; Yönetmelik bu hükmüyle, AB Yönergesini takip etmiş ve “belirsizlik ilkesi” olarak adlandırılan ilkeyi düzenlemiştir. Buna göre, sözleşme hükmünün yorumunda tereddüt yaşanması halinde düzenleyenin aleyhine olan yorum tercih edilecektir. Yazar, belirsizlik ilkesinin bir yorum kuralı olmadığını, birden fazla yorumun olması halinde hangisinin tercih edileceği konusunda hakime yol gösterici nitelikte bir ilke olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 293, 300-301.

¹⁰⁸ Aynı hüküm, genel işlem koşullarının denetimiyle ilgili TBK m. 23’te de düzenlenmiştir.

¹⁰⁹ ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 301; Müzakere edilmiş sözleşmelerde yorumun ne şekilde yapılacağı konusunda bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 301; 6502 sayılı TKHK’da yorum denetimi düzenlenmişse de şaşırtıcı kayıtlar hakkında herhangi bir düzenleme yoktur. Bu konuda TBK m. 21/II hükmü kıyasen uygulama alanı bulacaktır, AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 200.

¹¹⁰ TBK m. 23’te düzenlenen yorum denetimiyle ilgili aynı doğrultuda görüş için bkz. DOĞAN, s. 472-473; GÖRGEÇ, Başak, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlen-

yesi ile ilgili hukuku yorumlayacak hakimın anlama standartı yerine ortalama bir tüketicinin anlama standartı esas alınmıştır¹¹¹. Dolayısıyla yTKHK'daki ifade biçimi ve anlam bütünlüğü kanaatimizce daha yerindedir. Zira sözkonusu düzenlemede, hangi hallerde tüketici lehine yorum yapılacağı açık ve anlaşılır bir şekilde ifade edilmiştir. Oysa aynı husus, eTKHK'ya dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelikte hukukun yorum yöntemleri ile belirlenmeme gibi soyut bir ilkeye bağlanmıştı.

ad. İçerik Denetimi

İçerik denetiminde, müzakere edilmemiş sözleşme hükümlerinin özellikle tüketicinin menfaatlerini hakkaniyete uygun olarak adil bir şekilde dengeleyip dengelemediği inceleme konusu yapılmaktadır¹¹². Böylece, sözleşme içeriği haline gelmiş, yorum yoluyla da kullanan aleyhine yorumlanmayan ancak haksız şart niteliğindeki hükümler hakim tarafından içerik denetimine tabi tutularak tüketicinin korunması sağlanmaktadır¹¹³.

Hakim, tüketici sözleşmelerinde içerik denetimi yoluyla haksız şart denetimi yapmak için öncelikle ilgili hükmün müzakere edilip edilmediğine bakacaktır¹¹⁴. Bundan dolayı bir sözleşme kaydının tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşme konulması, ilgili kaydın "haksız" olarak nitelendirilebilmesinin ön şartını oluşturmaktadır¹¹⁵.

Her iki kanunda müzakere edilmeme kriterini düzenleyen hükümlerde iki hususta farklılık göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi, eTKHK m. 6/f. 3'te: "... eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle..." şeklindeki düzenlemede yer alan "özellikle" ifadesine yTKHK'da yer verilmemesidir. Kanaatimizce, yTKHK'nın bu şekildeki düzenlemesi yerindedir. Zira stan-

dirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 19, S. 1, s. **GÖRGEÇ**, s. 424 vd.; Müzakere edilmemiş hükümlerin düzenlenmesinde tüketiciye atfedilecek bir sorumluluk olmadığı için sözkonusu hükümlerin anlaşılabilir şekilde kaleme alınmamasından tüketici sorumlu tutulamayacaktır. Bu nedenle şüphe halinde sözkonusu hükümler girişimci aleyhine tüketici lehine yorumlanmalıdır, **TOPRAK**, s. 61-62; Tüketici lehine yorum kuralı, Roma Hukuku'ndan beri kabul edilen "şüphe halinde sözleşmeyi kaleme alan aleyhine (*Interpretatio contra stipulatorem*) yorum" ilkesine dayanmaktadır. Buna göre, sözleşme hükmünü düzenleyen taraf, bu hükümlerin anlaşılabilir olma sorumluluğunu da taşımaktadır. Bu ilke, Alman Hukuku'nda da açıkça öngörülmektedir, **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 200; **AKÇAAL/UYUMAZ**, s. 254.

¹¹¹ **AKÇAAL/UYUMAZ**, s.254; Müzakere edilmemiş hükümlerle ilgili zayıf taraf lehine yorum hakkındaki açıklamalar için bkz. **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, s. 59-60.

¹¹² **TEKİNALP**, s. 131; **ULUSAN**, s. 32; **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 196; **TOPRAK**, s. 141; **ANTALYA**, s. 312; **SOYER**, s. 141; **KARAGÖZ**, s. 598; **TOPRAK**, s. 82, 141.

¹¹³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 232; **EREN**, s. 222; **REİSOĞLU**, s. 78; **SİRMEN**, s. 113; **NOMER**, s. 59; **ANTALYA**, s. 316; **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 292; **HAVUTÇU**, s. 154-155; **AKİPEK ÖCAL**, s. 336; **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 173; **ÇINAR**, s. 66; **TOPRAK**, s. 141; İçerik denetiminde uyulacak ilkeler hakkında bkz. **ANTALYA**, s. 317.

¹¹⁴ **ATAMER**, Giş Denetimi, s. 304; **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 190.

¹¹⁵ **GÜMÜŞ**, s. 61; **ASLAN**, 4. Baskı, s. 318-319.

dart sözleşme, tüketici ile müzakere edilmeden tek yanlı olarak önceden hazırlanan, kısmen ya da tamamen genel işlem koşullarından oluşan sözleşmeye denilmektedir¹¹⁶. Dolayısıyla müzakere edilmeme, standart sözleşmenin hükümlerini oluşturan genel işlem koşullarının unsurlarından birisidir¹¹⁷. Bu bağlamda yTKHK'da, standart sözleşmeyi nitelikle için "özellikle" kavramına yer verilmemesi kanaatimizce yerinde olmuştur.

Konuyla bağlantılı olarak öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre, kavram itibariyle standart sözleşme önceden hazırlanmış sözleşme anlamına geldiği için eTKHK'da "önceden hazırlanmış standart sözleşme" şeklindeki bir ifadenin de yerinde olmadığı ileri sürülmüştür¹¹⁸. Öğretilerdeki bu görüşe biz de katılıyoruz.

Her iki kanun düzenlemeleri arasındaki ikinci farklılık ise eTKHK m. 6/f. 5'te düzenlenen, "Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir." şeklindeki hükümde yer alan "bir satıcı veya sağlayıcı" ifadesinin yTKHK'da "...sözleşmeyi düzenleyen..."¹¹⁹ şeklinde ifade edilmesidir.

Kanaatimizce, yTKHK'daki bu düzenleme biçimi Kanun'un haksız şart tanımıyla paralellik gösterdiği için yerinde olmuştur. Zira müzakere edilmemiş hükümler, bir satıcı veya sağlayıcı tarafından tek yanlı olarak önceden hazırlanabileceği gibi üçüncü kişilerce de hazırlanabilir¹²⁰. Nitekim üçüncü kişilerce hazırlanan hükümlerden oluşan standart sözleşmeler, sözleşmeyi düzenleyen sıfatıyla farklı sektörlerdeki girişimciler tarafından ticari hayatta sıklıkla kullanılmaktadır. Bu nedenle TKHK'daki "sözleşmeyi düzenleyen..." ifadesi konunun amacına daha uygundur.

Tüketici sözleşmelerinde yer alan bir hükmün haksız şart niteliğinde olup olmadığını muhasıran hakim takdir edecektir¹²¹. Bunun için hükmün müzakere edilip edilmediğini öncelikle belirledikten sonra sözkonusu hükmün tüketici aleyhine sözleşmede bir dengesizliğe neden olup olmadığını ise bir sonraki aşamada inceleyecektir¹²². Hakim, tarafların sözleşmedeki hak ve yükümlülükleri arasında dengesizliği tespit etmeye çalışırken dürüstlük kuralından yararlanacaktır¹²³. Bu bağlamda

¹¹⁶ Standart sözleşme hakkında detaylı açıklamalar için bkz. AÇIKGÖZ, s. 169 vd.

¹¹⁷ Genel işlem koşullarının unsurlarından birini oluşturan, "Tek Yanlı Olarak Sözleşme Kurulmadan Önce Hazırlanmaları" hakkında geniş bilgi için bkz. AÇIKGÖZ, s. 195 vd.

¹¹⁸ GÜMÜŞ, s. 62.

¹¹⁹ Bkz. 6502 Sayılı Kanun m. 5/f. 3.

¹²⁰ ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 298-299; HAVUTÇU, s. 16; AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 54-55; TOPRAK, s. 145.

¹²¹ İNAL, Tüketici Hukuku, s. 639.

¹²² ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 304; GÜMÜŞ, s. 63; ASLAN, 4. Baskı, s. 320; ASLAN, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 162.

¹²³ HAVUTÇU, s. 172; GÜMÜŞ, s. 57; UZUNALLI, s. 403-404; ÇINAR, s. 31; BAŞ, s. 291; ÜNAL/İLGÜN, s. 158.

dürüstlük kuralı, tüketici sözleşmelerindeki müzakere edilmemiş hükümlerin tüketici aleyhine bir dengesizliğe neden olup olmadığının belirlenmesinde ana denetim kriteridir. Dolayısıyla dengesizlik kavramı ile dürüstlük kuralı arasında bir ilişki söz konusudur¹²⁴. Bu nedenle “*dengesizlik*” ya da sözleşmede “*denge durumunun belirlenmesi*” ile denetim kriteri “*dürüstlük kuralı*”nı her iki kanun düzenlemeleri bakımından ayrıca değerlendirmek gerekir.

Konuyla ilgili gerek eTKHK m. 6’da gerekse yTKHK m. 5’te, bir sözleşme hükümünün haksız şart olarak değerlendirilebilmesi için bu hükmün tarafların sözleşmedeki hak ve yükümlülükleri arasında “*önemli ve haksız orantısızlık*” ya da “*önemli dengesizlik*” oluşturması hususu düzenlenmemiştir¹²⁵. Bunun yerine “...*Tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe...*” neden olma şeklinde düzenleme yapılmıştır¹²⁶. Oysa hem mukayeseli hukukta hem de haksız şartlarla ilgili 93/13 sayılı AB Direktifi’nde¹²⁷, sözkonusu dengesizliğin “*açık ve aşırı dengesizlik*” ya da “*önemli bir dengesizlik oluşturması*” gerektiği düzenlenmiştir¹²⁸.

Haksız şartların tespiti amacıyla müzakere edilmemiş hükümlerin içerik denetimi, tarafların sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerinin karşılaştırılması suretiyle yapılmaktadır. Dürüstlük kuralı esas alınarak yapılan karşılaştırma neticesinde tüketici aleyhine sözleşmede açık ve aşırı bir dengesizlik tespit edildiği takdirde, sözkonusu hüküm haksız şart olarak değerlendirilip hukuki yaptırıma tabi tutulmalıdır. Bu bağlamda tarafların sözleşmede düzenlenen hak ve yükümlülükleri arasında meydana gelebilecek ve sözleşme amacının tüketici bakımından gerçekleşmesinin önüne geçmeyecek her türlü dengesizliğin, haksız şart olarak değerlendirilme riskine mahal verilmemesi gerekir. Dolayısıyla yTKHK’deki haksız şart tanımında “*açık ve aşırı derecede dengesizlik*” şeklinde bir ifadeye yer verilmesi kanaatimizce bu tür risklerin

¹²⁴ ÇINAR, s. 31.

¹²⁵ AKÇAAL/UYUMAZ, s. 253.

¹²⁶ TOPRAK, s. 143-144.

¹²⁷ 93/13 sayılı AB Direktifi’ne göre, bir sözleşme hükümünün haksız olarak nitelendirilebilmesi için sözkonusu hükmün meydana getirdiği dengesizliğin belirgin, dikkat çekici, tüketiciyi uygunsuz bir şekilde zarara uğratması gerekir. Dolayısıyla sözkonusu dengesizliğin belirli bir düzeyde olması gerekir, KARADAĞ, s. 144.

¹²⁸ Yargıtay da bir kararında aynı yönde karar vermiştir. Buna göre: “...Her ne kadar mahkemece, kredi sözleşmesi kapsamında yapılan hayat sigortasına ilişkin hükümlerin ve bu kapsamda alınan sigorta piriminin davacıdan tahsil edilmesinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu gerekçeyle davanın kısmen kabulüne karar verildiği anlaşılmakta ise de bir sözleşme hükümünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksızlık oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır, zira sözleşmenin bir hükmünün, tüketicinin bir menfaatinin ihlal etmekle birlikte ona önemli avantajlar da sağladığı anlaşılıyor ise artık bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir.”, Yarg. 13. HD, E. 2013/924, K. 2013/4474. Kararın tam metni için bkz. ÜNAL/İLGÜN, s. 406 vd.

ortadan kaldırılmasına hizmet ederdi. Aksi takdirde tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulan ve dürüstlük kuralına aykırı olan her türlü dengesizliğin haksız şart olarak değerlendirilebilme ihtimali sözkonusu olabilecektir ki bu durum haksız şart denetiminin amacına uygun olmayacaktır¹²⁹.

Müzakere edilmemiş bir hükmün içerik denetimi sonucunda tespit edilen dengesizliğin (sapmanın) derecesi¹³⁰, dürüstlük kuralı¹³¹ esas alınarak değerlendirilecektir. Yapılan değerlendirme sonucunda belirlenen sapma, tarafların sözleşmedeki hak ve yükümlülükleri arasında eğer önemli bir dengesizliğe¹³² neden oluyorsa sözkonusu hükmün dürüstlük kuralına aykırılığına hükmedilecektir¹³³. eTKHK m. 6 ve ilgili Yönetmelik'te dürüstlük kuralı bu açıklıkta düzenlenmemiştir. Ancak söz konusu düzenlemedeki “*iyiniyet (dürüstlük) kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizlik*” ifadesi bu kanaate varılmasına olanak sağlamaktaydı¹³⁴. Aynı husus, TKHK m. 5'te doğru bir ifadeyle “*dürüstlük kuralına aykırılık*” şeklinde dü-

¹²⁹ Aynı doğrultuda görüş için bkz. **GÜMÜŞ**, s. 63-64; **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 303, 309; **ÇINAR**, s. 24; **BAŞ**, s. 297; **YAVUZ, S.**, s. 91.

¹³⁰ Genel işlem koşullarının içerik denetiminde sadece denetim ölçütünden sapmak yeterli değildir. Söz konusu sapmanın derecesi de önemlidir. İşte bu sapmanın önemli olup olmadığını belirlemede dürüstlük kuralı esas alınacaktır. Alman Medeni Kanunu'nda karşı tarafın “*ölçüsüz derecede*” mağdur edilmesinden, İsviçre Hukuku'nda sözleşmenin doğasına “*önemli ölçüde aykırılık*” tan, AB Yönergesi'nde ise tarafların hak ve borçları arasında “*önemli ve haksız orantısızlık*” tan bahsedilmektedir. Türk Hukuku'nda ise dengesizlik, TKK m. 55/ f. 1 (f) bendinde ifade edildiği gibi hem “*kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan*” hem de “*sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde bak ve borçlar dağılımı*” şeklinde anlaşılmalıdır, **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 309; **ATAMER**, Giş Sempozyumu, s. 50;

¹³¹ Dürüstlük kuralı, toplumdaki değer yargıları ve ahlaki ölçülere göre kişinin dürüst bir insan olarak davranması anlamına gelmektedir, **AKYOL, Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 45 vd.; Müzakere edilmemiş hükümlerin içerik denetiminde hakimin denetim kriteri olarak yararlanacağı bu dürüstlük kuralı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **AÇIKGÖZ**, s. 348 vd.

¹³² ATAMER'e göre içerik denetimin amacı, sözleşmede taraflar arasında meydana gelen her türlü dengesizliği ortadan kaldırmak değildir. İrade özerkliğinin işlevsiz kalmaması ve hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla belirli bir dereceye kadar sözleşmede meydana gelen dengesizlikleri kabul etmek gerekir. Dolayısıyla önemli bir dengesizlik sözkonusuysa dürüstlük kuralına aykırılıktan bahsedilecektir, **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 309; **ASLAN**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 163; Buna karşılık öğretileri sürülen bir görüşe göre, TKHK'da düzenlenen “*dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde*” ifadesinden “*önemli dengesizlik*” sonucuna ulaşılabilecektir. Yazara göre, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde bir dengesizlik, önemsiz bir dengesizlik olarak değerlendirilmemelidir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 247; Bir diğer görüşe göre ise hukukumuzda “*önemli oransızlık*” aranmamasının isabetli olduğu, zira önemli oransızlığın sınırını tayin etmenin zor olduğu, dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinden sonra önemli oransızlığı aramanın tüketici aleyhine bir durum oluşturabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 125, 192; Konuyla ilgili detaylı açıklamalar içeren “Oransızlık Kriteri”yle ilgili bkz. **KARADAĞ**, s. 145 vd.

¹³³ **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 309; **ASLAN**, 4. Baskı, s. 320-321.

¹³⁴ Aynı doğrultuda görüş için **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 309; **ATAMER**, Giş Sempozyumu, s. 50; **KARADAĞ**, s. 141. **ASLAN**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 163.

zenlenmiştir. Kanaatimizce, sözkonusu düzenleme “dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde önemli bir dengesizlik”¹³⁵ şeklinde ifade edileseydi daha yerinde olurdu¹³⁶. Zira, müzakere edilmemiş bir hükmün karşı tarafın durumunu sözleşmede belirli bir ölçüde ağırlaştırması normal kabul edildiği için karşı sözleşenin durumunu ağırlaştırılan her müzakere edilmemiş hükmün haksız şart olarak değerlendirilip geçersizliğine hükmedilmemelidir¹³⁷.

d. Haksız Şart Denetimine Tabi Tutulmayacak Sözleşme Unsurlarının Her İki Kanundaki Düzenlemeler Bakımından Değerlendirilmesi

Tüketici sözleşmelerinde edim-karşı edim dengesiyle ilgili hükümler haksız şart denetimine tabi tutulamayacaktır¹³⁸. Çünkü içerik denetiminin asıl amacı, edim-karşı edim arasındaki dengeyi sağlamak değil sözleşmeden doğan dengesizliği ortadan kaldırmaktır¹³⁹. Ancak edim-karşı edimle ilgili sözleşme hükmü saydamlık ilkesine aykırı şekilde eğer kaleme alınmışsa bu hükümler de denetlenebilecektir. Böyle bir denetim, gerçek anlamda bir denetim değildir. Sadece müşterinin edim ve karşı edimi anlamasına yönelik bir faaliyettir¹⁴⁰.

Edim-karşı edim yükümlülüklerinin denetim dışında kalacağı hususu eTKHK'dan¹⁴¹ farklı olarak yTKHK m. 5/f. 7'de¹⁴² doğrudan kanun metnindedüzen-

¹³⁵ BAŞ, s. 297; 93/13 sayılı Avrupa Konsey Direktifindeki düzenleme için bkz. AÇIKGÖZ, s. 351 dn. 605.

¹³⁶ Aynı doğrultuda görüş için bkz. HAVUTÇU, s. 172; ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 309.

¹³⁷ Bu bağlamda öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre, her sözleşmede taraflardan birinin diğer tarafa göre avantajlı olması mümkündür. Bu noktada önemli olan husus, ortaya çıkan dengesizliğin dürüstlük kuralına göre değerlendirildiğinde makul olup olmadığıdır. Bkz. ASLAN, 4. Baskı, s. 291.

¹³⁸ ANTALYA, s. 294; İNAL, Haksız Şartlar, s. 36; ASLAN, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 162; ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 313; AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 50-51; BAŞ, s. 299; KARADAĞ, s. 145; Konuyla ilgili 91/13 sayılı AB Direktifi bakımından ayrıca bkz. AÇIKGÖZ, s. 361, dn. 633.

¹³⁹ KARADAĞ, s. 154.

¹⁴⁰ ATAMER, Yeni Açılımlar, 316-317; AKÇAAL/UYUMAZ, s. 255; KARADAĞ, s. 153; Edimler arasındaki dengeye müdahale edilmeyeceğinin tek bir istinası vardır. Alınan mal ya da hizmetin karşılığı olarak belirlenen fiyata ilişkin tüm unsurlar eğer açıkça tüketiciye sunulmamışsa saydamlık ilkesine aykırılık nedeniyle sözkonusu hükümler de içerik denetimine tabi tutulacak ve haksız şart olarak değerlendirilecektir, AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 203.

¹⁴¹ Aynı konuda eTKHK m. 6'ya dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelik m. 6/f. 3'te : “Şartların haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.” şeklinde düzenleme yer almaktaydı.

¹⁴² TKHK m. 5/f. 7: “Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.”

lenmiştir. Bu metinde, eTKHK'ya dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelik'ten farklı olarak "...*piyasa değeri*..." ifadesi kullanılmıştır. Zira bu husus eski Yönetmelik'te "...*gerçek değeri*..." şeklinde ifade edilmişti. Kanaatimizce, yTKHK'daki ifade biçimi daha yerindedir. Zira sözleşmedeki asli edimlerden birini oluşturan ve haksız şart denetimi dışında kalan bir mal ya da hizmetin gerçek değerini uygulamada piyasa koşulları belirlemektedir¹⁴³.

e. Haksız Şartların İçerik Denetimi sonucunda Hükmedilecek Yaptırım Türünün Her İki Kanun Bakımından Değerlendirilmesi

Tüketici sözleşmelerinde müzakere edilmemiş bir hüküm haksız şartın unsurlarını taşıdığına tespit edilmesinden sonra sözkonusu hükmün hukuki durumunun ne olacağı yTKHK m. 5/f. 2'de, "*Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.*" şeklinde düzenlenmiştir¹⁴⁴. Aynı husus ilgili Yönetmelik m. 7'de "*Haksız Şartların Sözleşmeye Etkisi*" alt başlığı altında düzenlenmiştir¹⁴⁵. Buna göre, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların yaptırımı "*kesin hükümsüzlük*"¹⁴⁶tür.

Konuyla ilgili eTKHK' m. 6/f. 2'de: "... *Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir...*" şeklinde düzenleme yer alıyordu. Aynı kanuna dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelik m. 7'de ise: "*Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır. Yok sayılan bu hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin geri kalanı varlığını korur.*" şeklindeki düzenleme yapılmıştı. Bu düzenleme biçimi, kanun hükmü ile Yönetmelik hükmünün çeliştiği bir duruma neden olmuştu. Nitekim her iki düzenlemedeki yaptırım türleri TBK'nın yaptırım türlerine de uygun değildi¹⁴⁷. Zira söz konusu yaptırım türü eTKHK m. 6/ f.

¹⁴³ Aynı doğrultuda **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 315; **KARADAĞ**, s. 153.

¹⁴⁴ **TOPRAK**, s. 149.

¹⁴⁵ TSHŞHY m. 7: "*Tüketiciyle kurulan sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Ancak sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.*"

¹⁴⁶ **OĞUZMAN İÖZ**, s. 172; **SİRMEN**, s. 128; **KILIÇOĞLU**, s. 119; **REİSOĞLU**, s. 78; **NOMER**, s. 59; **ANTALYA**, s. 296; **İNAL**, Haksız Şartlar, s. 35; **ASLAN**, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 169; **ASLAN**, 4. Baskı, s. 324; **ATAMER**, Yeni Açılımlar, s. 318; **AKİPEK ÖCAL**, s. 334; **GÜMÜŞ**, s. 59, 73; **ASLAN**, 4. Baskı, s. 324; **AYDOĞDU**, Tüketici Klavuzu, s. 38; **AYDOĞDU**, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 196; **BAŞ**, s. 302; **ŞAHİN/KİZİR**, s. 72; Aynı yaptırım türü, genel işlem koşulları bakımından TBK m. 27'nin gerekçe kısmında da düzenlenmektedir.

¹⁴⁷ Aynı doğrultuda eleştiriler için bkz. **SEROZAN**, **Rona**, "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", İÜHFMC, C. LXI, S. 1-2, s. 342; **KOCAYUSUFAŞAOĞLU**, s. 251.

II'de, haksız şart niteliğindeki hükümlerin tüketici bakımından “bağlayıcı olmayacağı” şeklinde düzenlenmişti¹⁴⁸. Bu ifade tarzı, yaptırım türünün “tek taraflı bağlamazlık” mı yoksa “kesin hükümsüzlük” mü olduğu konusunda karşılığa neden oluyordu¹⁴⁹. Buna karşılık eski Yönetmelik m. 7'de ise daha doğru bir ifade kullanılmış, söz konusu şartların “batıl”¹⁵⁰ olacağı düzenlenmişti. Ancak, aynı düzenlemenin devamında: “...yok sayılan hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa, sözleşmenin geri kalan kısmı varlığını korur.” hükmü ile hem “butlan” hem de “yokluk” şeklindeki iki yaptırım türü çelişkili bir şekilde aynı hükümde düzenlenmişti¹⁵¹. Kanaatimizce bu çelişkili durum, yTKHK ve bu kanuna dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelik'te ortadan kaldırılmış, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların yaptırımının “kesin hükümsüzlük” olacağı ihtilafa yer vermeyecek şekilde açıkça düzenlenmiştir¹⁵². Öğretilerde bizim de katıldığımız görüşe göre, haksız şart niteliğindeki sözleşme hükümlerinin yaptırımının “esnek hükümsüzlük”¹⁵³ olacağı bu hükümsüzlüğe sadece tüketicinin dayanabileceği, mahkemelerin de sadece tüketiciyi gözönünde bulundurarak kesin hükümsüzlüğü re'sen dikkate alması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵⁴.

Buna ilaveten Kanun Koyucu, eTKHK'dan farklı olarak yTKHK m. 5/f. 2'de: “Sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” hükmünü düzenlemiştir. Bu hükümle, bir sözleşme hükmünün kesin hükümsüzlüğü durumunda, hükümsüz sayılan kısım olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağı yönündeki düzenleyenin ileri sürebileceği iradesi ortadan kaldırılmış böylece sözleşmenin tümünün hükümsüz kılınması engellenmiştir¹⁵⁵.

SONUÇ

1- yTKHK'da düzenlenen haksız şart tanımında, eTKHK'dan farklı olarak müzakere edilmemiş hükümleri tüketici sözleşmelerinde kullanabilecek kişilerle ilgili

¹⁴⁸ SİRMEN, s. 128; ENGİN, s. 97; AKİPEK ÖCAL, s. 334; BAŞ, s. 302; AKÇAAL/UYUMAZ, s. 253; KARADAĞ, s. 156.

¹⁴⁹ KILIÇOĞLU, s. 119.

¹⁵⁰ ENGİN, s. 97.

¹⁵¹ Bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 317-318; AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 172 dn. 10.

¹⁵² Aynı doğrultuda görüş için bkz. AKÇAAL/UYUMAZ, s. 253; KARADAĞ, s. 156.

¹⁵³ Esnek hükümsüzlük hakkında detaylı açıklamalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 589 vd.; Öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre, bu husus “esnek hükümsüzlüğe benzeyen tek taraflı hükümsüzlük” tür. Bkz. AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 136, 198.

¹⁵⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 251; ENGİN, s. 97; NOMER, s. 59; AYDOĞDU, Gik ve Haksız Şart Denetimi, s. 198; Buna karşılık öğretilerde ATAMER, sözkonusu yaptırımı “kesin hükümsüzlük” olarak nitelendirmektedir. Bkz. ATAMER, Yeni Açılımlar, 318, SİRMEN, s. 128.

¹⁵⁵ ASLAN, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 170; ASLAN, 4. Baskı, s. 324; KARADAĞ, s. 157.

taraf sınırlaması kaldırılarak bu konuda daha kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır. Böylece, Konsey Direktifi'ndeki haksız şart tanımıyla uyum sağlanmıştır.

2- yTKHK'da düzenlenen tüketici ile satıcı ve sağlayıcı kavramları, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (1999/44/EC)'nin kapsamındaki tanımların Türk Hukuku'na aktarılması niteliğindedir. Bu nedenle eTKHK'daki tanımlardan farklıdır. TKHK, tüzel kişileri de tüketici tanımı kapsamına eklemek suretiyle tüketici tanımını düzenlemiştir.

3- TKHK'da daha kapsamlı bir "*tüketici işlemi*" tanımına yer verilmiştir. Tüketici sözleşmesinin tanımı ise kanaatimizce tüketici işleminin kapsamında düzenlenmiştir. Ayrıca eTKHK'dan farklı olarak yTKHK'da, tüketici işlemi niteliği taşıyabilecek sözleşme türleri sınırlı sayıda olmayacak şekilde sayılmış böylece uygulamada tüketici sözleşmelerinin kapsamını daraltan yorumların önüne geçilmiştir.

4- eTKHK'dan farklı olarak yTKHK'ya dayanılarak yayımlanan ilgili Yönetmelik m. 8'de, haksız şartlarla ilgili "*İdari Denetim*" mekanizması düzenlenmiş ve bununla ilgili olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na idari denetim yetkisi tanınmıştır.

4- Hukukumuzda haksız şart dnetimi konusunda temel ilke, sözkonusu denetimin dava açılmak suretiyle yargı yoluyla yapılmasıdır. yTKHK'da, eTKHK'dan farklı olarak haksız şartlara karşı dava açabilecek kişiler açıkça belirtilmiş, açılacak dava türleri de tek tek düzenlenmiştir.

5- Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların tespiti amacıyla yargısal denetimin ilk aşamasını oluşturan kapsam (yürürlük) denetimi, ne yeni ne de eTKHK'da düzenlenmiştir. Her iki kanunda sadece yorum ve içerik denetimi düzenlenmiştir. TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte kapsam denetimine ilişkin m. 21 ve m. 22 hükümleri, tüketici sözleşmelerindeki müzakere edilmemiş hükümlerin kapsam denetiminde de uygulama alanı bulacağından bu konudaki boşluk giderilmiştir.

6- Hem eski hem de yeni TKHK'da bir sözleşme hükümünün tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşme konulması (*müzakere edilmeme kriteri*), ilgili hükmün "*haksız*" olarak nitelendirilebilmesinin ön şartını oluşturmaktadır. Ancak yTKHK'daki düzenleme, bir takım noktalarda eTKHK'dan ayrılarak kanundaki haksız şart tanımıyla uyumlu olacak şekilde düzenlenmiştir.

7- a) Müzakere edilmemiş hükümlerin içerik denetiminde hakim, hükmün müzakere edilmediğini öncelikle belirledikten sonra bu hükmün sözleşmede tüketici aleyhine bir dengesizliğe neden olup olmadığını dürüstlük kuralını esas alarak bir sonraki aşamada araştıracaktır. Dolayısıyla dengesizlik kavramı ile dürüstlük kuralı arasında bir ilişki söz konusudur. Gerek eski gerekse yeni TKHK'da "*dengesizlik*" kavramı, 91/13 Sayılı AB Direktifi'nden farklı olarak "*önemli ve haksız orantısızlık*" ya da "*açık ve aşırı bir dengesizlik*" şeklinde düzenlenmemiştir. Bunun yerine "...*Ta-*

rafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olma..." şeklinde düzenleme yapılmıştır.

b) Müzakere edilmemiş hükmün içerik denetimi sonucunda tespit edilen sapmanın derecesi (dengesizlik) dürüstlük kuralı esas alınarak belirlenecektir. Dürüstlük kuralına göre yapılan değerlendirme sonucunda sözkonusu sapma ya da dengesizlik, tarafların sözleşmedeki hak ve yükümlülükleri arasında önemli bir dengesizliğe eğer neden oluyorsa müzakere edilmemiş hüküm dürüstlük kuralına aykırı kabul edilecektir. Dürüstlük kuralı, eTKHK m. 6 ve ilgili Yönetmelik'te bu açıklıkta düzenlenmemiştir. Ancak eTKHK'da yer alan, "iyiniyet (dürüstlük) kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizlik" ifadesi bu kanaate varılmasına olanak sağlamaktaydı. Aynı husus, yTKHK m. 5'te doğru bir ifadeyle "dürüstlük kuralına aykırılık" şeklinde düzenlenmiştir.

8- Müzakere edilmemiş hükümlerin içerik denetimi sonucundaki yaptırım, eTKHK'dan farklı olarak yTKHK da açıkça "kesin hükümsüzlük" olarak düzenlenmiştir. Ayrıca eTKHK'dan farklı olarak yTKHK m. 5/f. 2'de: "Sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez." hükmü düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, 1. Baskı, İstanbul 2013.

AKİPEK, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları ile Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu (Ses Çözümleri ve Makaleleri), 29-30 Kasım 2012, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 331-340.

AKYOL, ŞENER, Sözleşmenin Yorumu, İstanbul 2010.

AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995.

ALTOP, Atilla, "Genel İşlem Koşulları" Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 30-44.

ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013.

ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2006.

ASLAN, İ. Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2014.

ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 5. Baskı, 2014.

ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, (Giş Denetimi).

- ATAMER, Yeşim M.**, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 291-331, (Yeni Açılımlar).
- ATAMER, Yeşim M.**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), Ankara 2011, s. 9-73, (Giş Sempozyumu).
- ATAMER, Yeşim M.**, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu-Acquis Communautaire’in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul 2001, s. 419-432, (AB Hukuku’na Uyum).
- AYDOĞDU, Murat**, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2104, (Gik ve Haksız Şart Denetimi).
- BAŞ, Ece**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 276-307.
- BAŞÖZ, Lütfü/ÇAKMAKCI, Ramazan**, Gerekçeleri, Komisyon Raporları ve TBMM Tutanakları ile Birlikte Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Kasım 2013.
- BAYKAN, Renan**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri İle Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri, İstanbul 2008.
- ÇABRİ, Sezer**, Konut Finansman Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul 2010.
- ÇINAR, Ömer**, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- DERYAL, Yahya**, “Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, Ocak 2014, s. 58-68.
- DOĞAN, Gül**, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 459-474.
- ENGİN, Baki İlkay**, “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 75-100.
- EREN, Fikret**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2014.
- ERİŞİR, Evrim**, “Yürürlükteki ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Tüketici Örgütlerinin Açabilecekleri Topluluk Davaları”, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu-Doğuş Üniversitesi (Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Eski (4077) ve Yeni (6502) Kanun Karşılaştırmalı), 1. Baskı Nisan 2014, s. 340-354.
- GÖRGEÇ, Başak**, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 19, S. 1, s. 403-440.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde:1-46), İstanbul 2014.

- HAVUTÇU, Ayşe**, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- HUGUENİN, Claire/HERMANN Mathias, BENHAMOU, Yaniv (lic.iur), (Çeviren: Doruk Gönen)**, “Tüketici Sözleşmeleri Hukukunun Modern Mevzuattaki Yeri”, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 19-33.
- İNAL, H. Tamer**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku , 3. Baskı, Ankara, (Tüketici Hukuku).
- İNAL, H. Tamer**, “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar” (Haksız Şartlar), Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, Ocak 2014, s. 32-57.
- İNAN, Ali Naim/ YÜCEL, Özge**, İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014.
- KAPLAN, İbrahim**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2007.
- KARADAĞ, Özgür**, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara-2014.
- KARTAL, Doğan**, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Kon-ya 2008.
- KILIÇOĞLU, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na göre Genişletilmiş 18. Bası, Ankara 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/(HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir)**, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, İstanbul 2014.
- NOMER, Haluk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Onüçüncü Bası, İstanbul 2013.
- OĞUZ, Cemal**, Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 1993.
- OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Cilt 1, İstanbul 2014.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin**, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı), AÜHFİD, C. 50, S. 1, Ankara 2001, s. 55-90.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin**, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.
- ÖZEL, Çağlar**, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999.
- REİSOĞLU, Sefa**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmibeşinci Bası, İstanbul 2014.

- SEROZAN, Rona**, “Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri”, İÜ-HFM, C. LXI, S. 1-2, s. 339-356.
- SİRMEN, Lale**, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), Ankara 2011, s. 109-133.
- SOYER, Polat**, Genel İş Koşulları, İzmir 1987.
- ŞAHİN, Turan/KİZİR, Mahmut**,” 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 9, Sayı, 89, Ocak 2014, s. 69-78.
- TEKİNALP, Ünal**, “Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları”, Ernst Hirsch’e Armağan, İstanbul 1986, s. 123-160.
- TOPRAK, Serap**, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerine Yansımaları Olarak Haksız Sözleşme Şartları Üzerine Bir İnceleme, (Uzmanlık Tezi), Ankara 2009.
- TOPUZ, Murat**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1138-1174.
- ULUSAN, İlhan**, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, (http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/GunceHukuk_Yeni_Sayilar/HukukC3_Sayi1_2/HukukC3Sayi12_27.pdf), Erişim Tarihi: (04. 07. 2014).
- UYUMAZ, Alper/AKÇAAL, Mehmet**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2013, s. 241-276.
- UZUNALLI, Sevilay**, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHFM C. LXXI, S. 2, Y. 2013, s. 383-420.
- ÜNAL, Rahmi/İLGÜN, Candaş**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara-2013.
- ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004.
- ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe/ AYDOĞDU, Murat/ CUMALIOĞLU Emre**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku-Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, 2. Baskı, İzmir 2013.

BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARI VE TAHKİM

A. Buğra AYDIN*

GİRİŞ

Türkiye’de adaletin tesisinin önündeki en büyük engellerden birisi, şüphesiz uzun yargılama süreleridir. Gerek Anayasa Mahkemesinin, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında sıklıkla ifade edilen bu husus, son otuz seneye ait kalkınma planlarının tamamında, sürekli olarak yer almıştır. Yürütme erki tarafından gösterilen bu ilgiye rağmen, istatistiki veriler bu çabaların başarısız olduğu gösterir niteliktedir. Son dönemde yayınlanan yargı istatistiklerine bakıldığında, uzun yargılama sürelerinin en önemli sebebinin mahkemeler ve hakimlerin iş yükü olduğu kolaylıkla gözlemlenebilmektedir.

Söz konusu istatistiki verilerden örnek vermek gerekirse, hukuk mahkemelerinde yıl içinde açılan toplam dava sayısı 2004 senesinde 1.391.095 iken, bu rakam 2014 senesine gelindiğinde 2.024.456 olarak kaydedilmiştir. Toplam açılan dava sayısındaki artışın mahkemeler üzerindeki etkisini göstermek bakımından, belki de en çarpıcı rakam bir önceki yıldan devreden dava sayısındaki artıştır. Hukuk mahkemelerine 2004 senesine 2003 senesinden toplam 679.501 dava devrederken, 2014 senesine 2013 senesinden devreden dava sayısı 1.165.621’e ulaşmıştır. Devreden dava sayısındaki artışa söz konusu yıl içinde açılan dava sayısındaki artış da eklenmiş; 2004 senesinde 177 gün olan ortalama dava süresi, 2014 senesinde 207 gün olarak kaydedilmiştir¹.

Kanun koyucunun, süratli bir şekilde çözüme kavuşması için, basit yargılama usulüne tabi kıldığı iş hukuku yargılaması hakkındaki istatistiki veriler de dikkat çekicidir. 2004 senesinde 102.386 yeni iş hukuku davası açılırken, on sene içerisinde bu rakam %70’den fazla bir artışla 177.267 adet olarak ölçülmüş; bir önceki seneden

* Av., İstanbul Barosu

¹ Söz konusu istatistik çalışması için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü internet sayfası: http://adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/134.pdf (Erişim Tarihi: 22.08.2015)

devreden dava sayısı ise 2004 senesinde 78.469 iken on yılda oldukça ciddi bir artış göstererek 2014 senesine gelindiğinde 217.340'ı bulmuştur².

Bu veriler, ivedilikle, yargıda, reform düzeyinde değişiklikler yapılmasının gerekli olduğunu göstermektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bu bakımdan reform seçeneklerinden birisi olarak kabul edilebilecektir. Nitekim T.C. Kalkınma Bakanlığının 2014-2018 Onuncu Kalkınma Planı'nda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yer vererek, hukukun tüm dallarında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ağırlık verilmesi gerektiğini ifade etmiştir³. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla gelecek taze kana en çok hangi hukuk dalı ihtiyaç duymaktadır? İstatistiki verilere bakıldığında, bir önceki yıldan devreden dava sayısındaki artış oranında ikinci sırada⁴ gelen İş mahkemelerinde ciddi bir reform gerekliliği olduğu açıktır. Basit yargılama usulüne tabi kılınmasına rağmen, uygulamada ilk derece iş hukuku uyuşmazlıklarının, özellikle istihdamın ve mahkeme yoğunluğunun yüksek olduğu büyük şehirlerde, bir ila bir buçuk yıldan önce çözülmesi oldukça az görülen bir vakadır.

İş hukukunda işçi ile işveren arası ilişkilerin yoğun kişisel nitelik taşıması, devamlılık göstermesi ve açılacak davaların bu ilişkilere zarar vererek ilişkilerin tamamen yıkılmasına yol açması nedeniyle, iş uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının benimsenmesinde büyük faydalar bulunmaktadır⁵. Tarafların birbirlerinin karşısına hasım olarak çıktığı ve karşılıklı yıpratmalarla geçen dava süreci sonunda eski münasebetlerin tekrar kurulabilmesi imkânsız olduğu gibi, tarafların bu süreç zarfında önemli maddi zararlara uğramaları da kuvvetle muhtemeldir⁶.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında, ülkemiz iş hukuku mevzuatında da düzenlenmiş olması hasebiyle, tahkim yargılaması öne çıkmaktadır. Tahkimin, mahkeme yargılamasına tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden birisi hiç

² Söz konusu istatistik çalışması için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü internet sayfası: http://adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/135.pdf (Erişim Tarihi: 22.08.2015)

³ "Hukukun tüm dallarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ağırlık verilecektir." T.C. Kalkınma Bakanlığı 2014-2018 Onuncu Kalkınma Planı, md.194.

⁴ Tüketici Mahkemeleri bu konuda birinci sıradadır.

⁵ Güney Afrika'da yapılan ampirik bir araştırmanın sonuçlarına göre mahkemeye düşen iş hukuku ihtilafları ile işsizlik oranı arasında bir bağlantı olduğu, işçileri koruyucu hükümlerin işverenlerin istihdam dürtüsünü azalttığı gözlemlenmiştir. Çalışma, daha etkin uyuşmazlık çözüm yollarının işsizlik oranını azaltmada faydalı olabileceği sonucuna varmıştır. Söz konusu çalışma için bkz. BHORAT, Haroon, JACOBS, Elne ve VAN DER WESTHUIZEN, Carlene; "Do Industrial Disputes Reduce Employment? Evidence from South Africa", Africa Growth Initiative Working Paper 6 | Şubat 2013, <http://www.brookings.edu/~media/Research/Files/Papers/2013/02/industrial-employment-south-africa/02-industrial-employment-south-africa.pdf?la=en> (Erişim Tarihi: 01.10.2015)

⁶ ÖZBEK, Mustafa Serdar; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınları, 2013, sf. 758, 759.

şüphesiz yargılama faaliyetinin hızıdır. Devlet otoritesinin altında şekillenmiş mahkeme yapıları, iş yükü, bürokratik teamüller ve yasal zorunluluklar gibi nedenlerle önlerine gelen uyuşmazlığın çözümünde yeteri kadar hızlı davranmamaktadırlar. Tahkim yargılama sürecini sağladığı sürat, bu anlamda özellikle hızlı ticari hayat baskısı altındaki tacirler için cazip gelmektedir. Benzer şekilde, gerek bireysel, gerekse toplumsal anlamda ciddi hak kayıplarına yol açabilecek iş hukuku uyuşmazlıkları da süratle çözülmeye muhtaçtır. Zira, bir ülkenin iktisadi gelişimi iş ve işveren arasındaki ilişkilerin en iyi şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır⁷. Bu bakımdan iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim, iş mahkemelerine ciddi bir alternatif niteliğindedir⁸.

İş hukukunun kendine has bir takım özellikleri, iş uyuşmazlıklarında uygulanacak tahkim hükümlerini ticari tahkim hükümlerinden ayırmaktadır. İş ilişkisinin tarafları arasındaki eşitsizlik, tahkimin kuruluş şartlarının sürekli olarak işçi lehine yorumlanmasını da beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte, iş ilişkisindeki zayıf taraf olan işçiyi korumak için benimsenen “işçi lehine yorum” ilkesi, Yargıtay tarafından benimsenen ilke kararlar neticesinde adeta tahkim yargılama sürecini işlevsiz kılmaktadır. Hukuk sistemimiz tarafından benimsenen diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm metodu olan arabuluculuk ve sözleşme içi bir sulh kabul olarak edilebilecek ikâle anlaşması ile kıyaslandığında, Yargıtayın tahkime dair bu tutumunun, iş hukukunda bir takım tutarsızlıklar ortaya çıkardığı söylenebilecektir.

İşbu çalışma kapsamında öncelikle iş hukuku uyuşmazlık çeşitlerine tanımsal bir giriş yapılacak, daha sonrasında ise bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümü için uygulanabilecek tahkim esasları hakkında bilgi verildikten sonra arabuluculuk ve ikâle hükümleriyle bir kıyaslama yapılmaya çalışılacaktır. Toplu iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümü ve tahkimin bu denklemdaki yeri kendi başına detaylı bir çalışmayı gerektirdiğinden işbu çalışma sadece bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarında tahkimin yerini incelemeyi hedeflemektedir.

I. İŞ HUKUKU UYUŞMAZLIKLARI

Eşyanın tabiatı gereği, iş ilişkilerindeki taraflar arasında zaman zaman bir takım uyuşmazlıkların olması olağandır. Söz konusu uyuşmazlıklar işçi ve işveren arasında

⁷ ESENER, Turhan; *İş Hukukunda Uyuşmazlıkların Barış Yoluyla Çözümü*, İstanbul Matbaası, 1970, sf. 1.

⁸ Bu durum Türkiye dışındaki ülkelerin de dikkatini çekmiştir. Sırasıyla 2004 yılında Japonya, 2007 yılında Çin Halk Cumhuriyeti ve 2009 yılında Amerika Birleşik Devletleri bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuk ve tahkim yoluyla çözümlenmesinin önünü açmışlardır. Bu üç ülke arasında Amerika Birleşik Devletleri uyuşmazlık çözümünde devletin müdahalesini göreceli olarak en az tuttuğu söylenebilecekken yine de bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarının büyük bir kısmı mahkemeler eliyle çözülmektedir. Bkz. BROWN, Ronald C.; “Comperative Alternative Dispute Resolution for Individual Labor Disputes in Japan, China and the United States: Lessons from Asia?”, *St. John's Law Review* 86 *St. John's L. Rev.* (2012), sf. 543, 547, Heinonline elektronik veritabanı (Erişim Tarihi: 01.10.2015).

olabileceği gibi, işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikası arasında da görülebilir. Bu bağlamda iş uyuşmazlığı genel olarak, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkileri konusundaki ortaya çıkan anlaşmazlıktır. İş hukuku uyuşmazlıkları ayrıca uyuşmazlığın niteliğine ve konusuna göre de hak ve menfaat uyuşmazlığı olarak ayrılabilir⁹.

A. Bireysel İş Uyuşmazlıkları

Bireysel iş hukuku uyuşmazlığı en genel tanımıyla, işçi ve işveren arasında kurulan hizmet sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklardır¹⁰. Bir başka tanıma göre ise bireysel (ferdi) iş uyuşmazlıkları, “bir işçi topluluğunu ilgilendirmeyen, işveren ile bir veya birkaç işçiyi ilgilendiren uyuşmazlıklara”¹¹ denir. Uyuşmazlığın işçi tarafı, sendika üyesi ise durum farklılaşacaktır. Bu halde, işçinin mensubu olduğu sendika duruma müdahil olup aradaki bireysel uyuşmazlığı toplu iş uyuşmazlığı seviyesine çıkartmışsa, bunun artık bir toplu iş uyuşmazlığı olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda bireysel uyuşmazlık ile toplu uyuşmazlık adeta birleşmekte ve sendikaya toplu iş uyuşmazlıklarında kullanılan çözümlenme araçlarına başvurma hakkı tanınmaktadır¹².

B. Toplu İş Uyuşmazlıkları

Esener, toplu iş uyuşmazlığını, “tüzel kişiliği haiz bir işçi topluluğunun müşterek menfaat veya hakları ile ilgili olarak işverenle veya işveren teşekkülü ile çıkardığı uyuşmazlıklar”¹³ olarak tanımlamaktadır. Yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, toplu iş uyuşmazlığından bahsedebilmek için iki unsurun bir arada olması gerekmektedir: işçi tarafın ve uyuşmazlığın toplu niteliği. Toplu iş uyuşmazlığının söz konusu olabilmesi için uyuşmazlığın bir grup işçi tarafından çıkartılan uyuşmazlık tek başına yeterli değildir. Bu uyuşmazlık neticesinde sendika ve federasyon gibi tüzel kişiliği haiz kurumların toplu görüşme yapma yetkisine sahip kılınması da gerekmektedir¹⁴. Bir başka deyişle, uyuşmazlık tarafı işçi veya işçilerin, sendika veya federasyon üyeliklerinin bulunmaması gerekmektedir. Söz konusu uyuşmazlık tek bir işçiden kaynaklansa dahi, yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesinin ihlal edildiği durumlarda toplu iş uyuşmazlığı söz konusudur¹⁵. Toplu iş uyuşmazlıkları genelde bu şekilde

⁹ KOÇ, Muzaffer ve ÇUKUR, Mürsel; “Ülkemizde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Özel Hakem” Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2010 Sayı: 5 Cilt: 24, s:7, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale145.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.2014).

¹⁰ TUNÇOMAĞ, Kenan; *İş Hukuku - Cilt II*, Sermet Matbaası, 1980, sf. 179 .

¹¹ ESENER, *a.g.e.*, sf. 3.

¹² ESENER, *a.g.e.*, sf. 3, dn.1.

¹³ ESENER, *a.g.e.*, sf. 1.

¹⁴ 3008 sayılı İş Kanunu bu şekilde bir ayırım yapmamış belli bir işçi sayısını aşan ihtilafları “toplulukla iş ihtilafı” olarak tanımlamıştır. (3008 Sayılı İş Kanunu md.77).

¹⁵ ESENER, *a.g.e.*, sf. 2.

çıkma ile birlikte, işçi sendikalarının “işkolu toplu sözleşmesi” (birden çok işyeri ile müzakere yapmak için yetki alınması hali) yapması halinde uyuşmazlığın her iki tarafı da tüzel kişi olabilmektedir. Bu durumda bir tarafta işçi sendikası diğer tarafta işveren sendikası veya federasyonu bulunmaktadır¹⁶.

Toplu iş uyuşmazlığının ikinci unsuru ise müşterek menfaatin sağlanması için bir uyuşmazlığın çıkarılmış olmasıdır. Böyle bir halde ya toplu görüşmeler sırasında çalışma şartları üzerinde bir anlaşmaya varılamamakta, ya da toplu iş sözleşmesinin bir hükmünün uygulanmasından veya yorumlanmasından bir uyuşmazlık çıkmaktadır¹⁷.

Tahkim hususu hem toplu iş uyuşmazlıklarını hem de bireysel iş uyuşmazlıklarını alakadar etmektedir. Toplu iş uyuşmazlıklarının da bir yanı işçi sendikası, diğer tarafı işçi sendikası veya işveren olan taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesi ile çözümlenebilir. (6356 sayılı Kanun md.52/1). Ayrıca toplu iş sözleşmesine konan tahkim şartı da geçerlidir. Taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık hakem tarafından çözülebilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bunun sadece toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikasını bağlayacak olmasıdır. Özel tahkim şartı, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinde, bu koşul sadece sözleşmenin tarafları arasında hüküm doğuracaktır¹⁸. Çalışmamızın odak noktası, tahkim müessesesi ile bireysel iş hukuku uyuşmazlıkları arasındaki ilişki olduğundan, toplu iş uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla bertaraf edilmesi işbu çalışmanın kapsamı dışında yer almaktadır¹⁹.

II. BİREYSEL İŞ HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ

Bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi, tahkim yargılamasının sağladığı avantajları da beraberinde getirmektedir. Doğru şekilde uygulandığında tahkim kurumunun iş hukukuna ciddi katkıları bulunmaktadır²⁰. Tahkim yargılamasına başvurulması işverenin olduğu kadar işçinin de lehine olabilir. Taraflar daha kısa sürede uyuşmazlıklarını çözerek çözümün getireceği mali kazançlara ulaşabilecektir. Ekonomik olarak işverene göre daha zayıf olan işçinin, uyuşmazlığın daha kısa

¹⁶ TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, sf. 182-183.

¹⁷ ESENER, *a.g.e.*, sf. 2.

¹⁸ GÜNAY, Cevdet İlhan; *İş Hukuku: Yeni İş Yasaları*, Yetkin Yayınları, 2013, sf. 1180.

¹⁹ Toplu iş uyuşmazlıklarında mevcut olan zorunlu tahkim müessesesi ile bireysel uyuşmazlıklarda bulunan ihtiyari tahkim müessesesi hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZEKES, Muhammed ve BİRBEN, Erhan; “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karşılaştırılması”, *Prof.Dr. Turhan Tüfhan YÜCE’ye Armağan*, İzmir 2001, sf.149-176.

²⁰ SHULMAN, Harry, “Reason, Contract, and Law in Labor Relations”, 1955, . Faculty Scholarship Series Paper 4617. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4617 (Erişim Tarihi: 28.12.2014).

sürede çözülmesi sonucu, çözümün getireceği ödemelere süratle sahip olması ve iş uyuşmazlıklarının hızlı bir şekilde çözümlenerek işçinin üretim faaliyetine kısa süre içinde devam etmesi de mümkün olacaktır²¹.

Hiç şüphesiz mahkemeye oranla tahkim, işçi açısından, çok daha pahalı bir çözümdür. Bununla birlikte bu durumun olumlu bir yanı da vardır. Tahkim kaydının bulunduğu bir sözleşmede işçi, hakeme başvurmadan önce daha dikkatlice düşünmek zorunda kalacak; olur olmaz açılacak iş hukuku davaların önüne geçilebilecektir. Tahkim yargılamasının yaygınlaşması, mahkemeler önündeki feshin geçersizliğinin tespiti davalarının uygulamadaki sayısını azaltabilecektir²².

Tüm bu avantajlarla birlikte, iş sözleşmesi tarafları arasındaki asimetrik ilişki de dikkate alınmalıdır. Ülkemizde iş sözleşmelerine konulan hükümler, çoğu zaman güçsüz durumdaki işçiler tarafından bilinmeden veya karşı konulamadan imzalanmaktadır. Özellikle yüksek işsizlik oranlarının söz konusu olduğu zamanlarda ve/veya sektörlerde bu durum, kendisini daha belirgin olarak göstermektedir. Bu nedenle, eşit olmayan iki taraf arasındaki anlaşmalara ilişkin uyuşmazlıklarda çözüm yolu olarak tahkim seçilecekse, bu tercihin tacirler arasındaki anlaşmalara uygulanacak geçerlilik şartlarından daha farklı olması gerekmektedir.

İşçi ile işveren arasındaki sözleşme, diğer sözleşmelerden temel bakımından ayrılmaktadır. Bu sözleşmenin konusu, bir insanın fiziksel ve/veya düşünsel gücünü sarf ederek, sözleşmedeki karşı tarafın işini yapmasıdır. İşçinin öz varlığının sözleşmeye konu olması sebebiyle iş sözleşmesini düzenleyen kural ve kurumların amacı temel hak ve özgürlüklerin en geniş anlamı ile korunmasıdır²³.

A. İş Kanunundaki Düzenleme ve Anayasa Mahkemesinin Kararı

Bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümü hususu, İş Kanunu md. 20'de düzenlenmektedir. 2007 yılında değişiklik geçirmeden önce bu madde aşağıdaki şekilde hükümler içermektedir:

“İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimünün tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür²⁴.

²¹ KOÇ ve ÇUKUR, *a.g.e.*, s:16-17.

²² CENTEL, Tankut; *İş Güvencesi*, Legal Yayınevi, 2013, sf. 158.

²³ ŞİŞLİ, Zeynep; “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, Ankara Barosu Dergisi, 2012, Sayı: 2, sf. 47-48 <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/02.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.2014).

²⁴ Mülga İş Kanunu ise benzer bir hüküm içermektedir. Mülga İş Kanunu md. 13/C: Hizmet akdi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir.”

Mülga İş Kanunu ile benzer nitelikte düzenlemeler içeren bu madde ile bireysel iş hukuku uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözülebilecektir.²⁵ Yukarıda yer alan düzenlemede “*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya...*” ve “*Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir*” ifadeleri, Anayasa Mahkemesinin 24.11.2007 tarih ve 26710 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 19.10.2005 tarihli ve 2003/66 Esas, 2005/72 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu iptal neticesinde maddenin uygulanma alanı daralsa bile, bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarında tahkim kabul edilmektedir²⁶.

iddiası ile fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.

²⁵ Uluslararası İş Örgütü'nün 158 Sayılı Sözleşmesi'nin 8. Maddesi de benzer bir düzenleme getirmektedir: “*A worker who considers that his employment has been unjustifiably terminated shall be entitled to appeal against that termination to an impartial body, such as a court, labour tribunal, arbitration committee or arbitrator.*”

²⁶ Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararının ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

a) “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya...” Bölümü

20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesi uyarınca, toplu iş sözleşmesine özel hakeme gitme hükmü konulmuşsa, bu hüküm normatif niteliktedir ve sendika üyesi olan işçiyi bağlar. Çünkü, 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinde emredici nitelikte bir ifadeyle, “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa ... özel hakeme götürülür” denilmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanmak hakkına sahiptir.

İptali istenilen kuralın, “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” bölümüyle, toplu iş sözleşmesinin bu konudaki hükümlerine yasa hükmü gibi bağlayıcılık kazandırılmaktadır.

Özel hakem kararları ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinde yer alan ve esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle temyiz edilebiliyor ise de, iptali istenilen kuralda yargı önünde davacı olarak esas yönünden iddiada bulunulmasına olanak verilmemiş olması hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır.

Bu nedenle kuralın “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

b) “...taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.” Bölümü

İşçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından Anayasa'nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez.

Anayasa Mahkemesi iki husus yönünden İş Kanunu md. 20 düzenlemesini hukuka aykırı bulmuştur. Birinci husus, toplu iş sözleşmelerine getirilen bir hükümlerle kişinin Anayasa ile korunan hak arama özgürlüğünün kısıtlanamayacak olmasıdır. İkinci ihlal unsuru ise, tahkim yargılamasının usulüne ilişkin yapılan düzenlemeler HUMK'ta düzenlenirken, iş hukuku uyumsuzluklarına ilişkin tahkim usullerinin yönetmelikle düzenlenmesinin adil yargılama hakkını ihlal etmesidir. HMK'da da, HUMK'a benzer şekilde, tahkim yargılamasının usul ve esaslarına ilişkin düzenlemeler yer aldığı için, Anayasa Mahkemesinin tahkim yargılamasının kanunla düzenlenmesi gerektiğine ilişkin değerlendirmeleri bugün de geçerliliğini sürdürmektedir. Ancak ilk ihlal unsurunun daha detaylı olarak incelenmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kararı incelendiğinde, tahkim yargılamasına başvurma kararının ancak işçinin kendisi tarafından ileri sürülen bir irade beyanı ile olabileceği, toplu iş sözleşmesine bu yönde bir hüküm koyulmasının söz konusu iradeyi ortaya koyamayacağı ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, İş Kanunu'nun 20'inci maddesini Anayasa md. 36 hükmü çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu maddeye göre: *"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."* Görüldüğü gibi, İş Kanunu md. 20 ile getirilen düzenleme kişilerin hak arama hürriyetlerine getirilen

Bu nedenlerle, kuralın "... taraflar anlaşılırsa uyumsuzluk aynı sürede özel hakeme götürülür" bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

...

2) Dördüncü Fıkra

...

20. maddenin dördüncü fıkrasında özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usullerinin çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesi öngörülmektedir.

HUMK'nun 516 ila 536. maddeleri arasında, özel tahkim kurulunun oluşumuna ve görevlerine ilişkin kurallar yer almaktadır.

HUMK'nun 527. maddesinde hakemlerin hangi hallerde sulh mahkemesine başvurabilecekleri, 528. maddesinde tahkikat esnasında ceza takibatına esas teşkil eden bir sahtelik söz konusu olursa, ceza mahkemesince bir karar verilmeye kadar tahkim incelemesinin erteleneceği, 529. maddesinde hakemlerin ilk oluşumundan itibaren altı ay içinde hüküm vermek zorunda oldukları, aksine yapılan sözleşmelerin batıl olduğu ve bu konudaki uyumsuzlukların yetkili mahkemece çözümleneceği, 530. maddesinde hakem kararlarında nelerin olması gerektiği, 531. maddesinde hakemlerin çoğunlukla karar verebilecekleri, 533. maddesinde hakemlerin kararlarının hangi hallerde temyiz edilebileceğinin kurallara bağlandığı görülmektedir.

Hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için zorunludur.

Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Anayasa Mahkeme'nin ilgili kararına <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ead9efda-3b24-455f-96a8-812aa4700a6d?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 27.12.2014) internet adresinden ulaşılabilir.

bir sınırlama olarak nitelendirilmektedir. Şüphesiz tüm tahkim anlaşmaları bu bakımdan kişilerin hak arama hürriyetlerini sınırlar nitelikte değerlendirilebilir. Ancak iş sözleşmelerine ilişkin tahkim anlaşmaları, taraflar arasındaki ekonomik eşitsizliklerden dolayı farklı bir konumdadır.

Tunç Yücel'e göre; İş Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesini, Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla birlikte yorumladığımızda, kanun koyucunun, iş mahkemelerini, işçinin korunması ilkesi çerçevesinde özel mahkemeler olarak öngördüğü ve bu mahkemelerdeki uyuşmazlıkların yalnızca iş ve sosyal güvenlik hukukunda uzman hakimlerce çözülmesini amaçladığı sonucuna varılabilmektedir. İş hukukunda tahkimin sınırları da bu amaçları aşmayacak şekilde çizilmelidir. Dolayısıyla 20. Maddede dayanak bulan hakem yargılamasının kapsamını iş mahkemeleri aleyhine genişletmek Anayasanın güvence altına aldığı "yargı yetkisinin bağımsız mahkemelere ait olması" ilkesine ve İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. Maddesine aykırılık teşkil edecektir²⁷.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı neticesinde artık, iş uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesine yönelik olarak toplu iş sözleşmelerine getirilen hükümler geçersizdir. İşçi ve işveren arasında bu yönde yapılacak bir anlaşma işçiyi bağlamayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1965 tarihinde verdiği karar da bu bakımdan Anayasa Mahkemesi hükmünü destekler niteliktedir:

*"Yukarıda anılan kanun hükümleriyle bilim alanındaki görüşlerin karşılaştırılmasında: İşçi Sendikasının işverenle yaptığı Toplu İş Sözleşmesindeki (tahkim şartının) sendika ile işverenin karşılıklı hak ve borçları sebebiyle kendilerini ilgilendireceği, sendika üyesi olan işçinin, sözleşmede tarafların yükümlülüklerini düzenleyen hükümlere göre çalışma karşılığı olan hak ve alacaklardan yararlanacağı, sözleşmedeki tahkim şartının işçiyi bağlamayacağı, bunun da işçi haklarında gözetilen kamu düzeni düşüncesinden ileri geldiği, toplu sözleşmedeki özel hakeme başvurma hükmününün teşmil edilmeyeceği kuralının da bu yönü doğruladığı sonucuna varılmıştır. Özet olarak denilebilir ki, Toplu İş Sözleşmesindeki tahkim şartı, çalışması karşılığı bulunan Kişisel Hakkını işverenden isteyen işçiyi bağlamaz."*²⁸

Anayasa Mahkemesinin ilgili kararında, Anayasa'ya aykırılık unsurunun işçinin tercihini kısıtlama noktasında kendisini gösterdiği görülebilmektedir. Gerçekten de ilgili kararda, İş Kanunu md. 20'de yer alan "taraflar anlaşılırsa" ifadesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği ifade edilmektedir. Bu kapsamda yapılacak değer-

²⁷ TUNÇ YÜCEL, Müjgan; "Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakem Kararının Kapsamı, İşe Başlatmama Halinde Tazminata Miktar Belirtilmeden Karar Verilmesi" başlıklı ve 22.3.2004 tarih ve E.2004/5846, K.2004/5621 sayılı Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Karar İncelemesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:14, Sayı 3, sf. 275-287, sf. 282.

²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.11.1965 tarihli ve 1964/9-634 E, 1965/405 K sayılı kararı.

lendirmenin işçinin tercih hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı üzerinde yoğunlaşması gerekmektedir. İşçi, pekala toplu iş uyuşmazlıklarını tahkim yargılamasına götürmeyi tercih edebilecektir. İşçinin bu hakkının tamamen ortadan kaldırılmaması, tahkim yargılamasının getirdiği avantajlar da dikkate alındığında, hakkaniyet gereğidir. Nitekim, toplu iş sözleşmesi neticesinde yaşanan uyuşmazlığın toplu iş uyuşmazlığına dönüşmeme ihtimali de bulunmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, sadece bir işçiyi ilgilendiren bir uyuşmazlıkta işçi sendikasının uyuşmazlıkla ilgili müdahale yetkisini kullanmaması, söz konusu uyuşmazlığa bireysel bir nitelik kazandırmaktadır.

B. Tahkim Anlaşmasının Zamanı

Tahkim şartının iş sözleşmelerinde yer almaması hususu sadece toplu sözleşmelerle sınırlı değildir. Bireysel iş sözleşmelerinde yer alan tahkim şartlarının da geçersiz olacağı Yargıtayın aşağıda ayrıntıları paylaşılan içtihatları tarafından da kabul edilmektedir. Sözleşme tarafları arasındaki ekonomik eşitsizlikten kaynaklanan bu kabule göre, sözleşme yapma sırasında gelir endişesiyle hareket eden işçinin tahkim şartına karar verirken sağlıklı düşünmesi zordur. Bu nedenle, iş sözleşmelerine konulan tahkim şartları geçersiz olacaktır. Tahkim tercihinin iş ilişkisine son verildikten sonra yapılması gerekmektedir.

“...fesihden önce sözleşmelere konulan veya ayrıca düzenlenen tahkim şartı içeren hükümler geçersizdir.”²⁹

“Görev kamu düzenine ilişkindir ve yargılamanın her aşamasında dikkate alınır....İş sözleşmesinin kurulması veya devamı sırasında yapılan özel hakem sözleşmesi, veya iş sözleşmesindeki hakem kaydı işçinin serbest iradesini yansıtmaması nedeniyle geçersiz olduğundan, uyuşmazlığın özel hakemce görülme olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle iş mahkemesi görevlidir.”³⁰

“İşe iade davalarının özel hakeme götürülmesi anlaşması, ancak fesihden sonra yapılması halinde geçerli olur. Ekonomik açıdan zayıf olan işçinin sözleşme sırasında kararlaştırılan özel hakem anlaşmasını özgür iradesiyle imzaladığı kabul edilemez. Özel hakem anlaşması 21.07.2005 tarihinde yapılmış ve fesih 03.10.2007 tarihinde yapıldığına göre, verilen görevsizlik kararı ve özel hakem anlaşması geçersiz olduğundan...”³¹

İş sözleşmesinin imza tarihinden sonraki bir tarihte çıkacak bir uyuşmazlığa ilişkin tahkim anlaşmasının yapılamayacak olması HMK md.412/4 hükmüne açık bir ayrılık teşkil etmektedir. Nitekim HMK md. 412/4 uyarınca, tahkim sözleşmesi-

²⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 26.05.2008 tarihli ve 2008/10997 E. 2008/12660 K. sayılı kararı.

³⁰ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2011 tarihli ve 2011/215 E., 2011/955 K. sayılı kararı.

³¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 03.11.2008 tarihli ve 2008/5830 E., 2008/29774 K. sayılı kararı.

ne karşı tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz. Ancak iş hukuku uygulamasında açıkça görüleceği üzere, durum bunun tam tersi niteliktedir. İş hukuku uyuşmazlıklarında tahkim anlaşması sadece halihazırda doğmuş uyuşmazlıklar için geçerli olacaktır. Yargıtayın yerleşik içtihadı bu yönde olmakla birlikte, 9. Hukuk Dairesinin aksi yönde kararlarına da rastlamak mümkündür. Yargıtay, 2007 tarihli bir kararında, özel hakem anlaşmasının, sırf iş ilişkisinin devamı sırasında imzalanmasının irade sakatlığını tek başına göstermeyeceğine karar vermiştir.

“Dairemiz uygulamasına göre, sözleşmenin yapılması veya devamı sırasında yapılan hakem kaydına ilişkin anlaşma iradeyi sakatlayan bir hal ileri sürülüp ispatlanmadığı sürece geçerli kabul edilmektedir. Özel hakem anlaşmasının iş sözleşmesinin devamı sırasında yapılmış olması tek başına serbest irade ile kabul edilmediğini göstermez, iradenin sakatlandığı ayrıca kanıtlanmalıdır. Somut olayda, hakem kaydına ilişkin anlaşmada iradesinin sakatlandığını davacı işçi kanıtlamış değildir. Böyle olunca, özel hakem anlaşması uyarınca dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”³²

Yerleşik içtihatlara aykırı yukarıda belirtilen karara rağmen Yargıtayın, fesihden önce yapılan özel hakem sözleşmelerinin geçersizliği konusundaki kabulünün genel olarak tutarlı olduğu söylenebilecektir. Yargıtay, 2013 tarihli bir kararında, md. 20 hükümlerinden bir kısmının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin, bu kabule bir gerekçe oluşturduğunu ifade etmiştir³³. İş ilişkisinin kurulmasının öncesinde veya devamı sırasında imzalanan tahkim anlaşmaları veya tahkim şartları geçersizdir. Yargıtay, işçinin işverenin tahakkümü altında kalıp kalmadığı hususunu sözleşme süresinin ötesine de taşımaktadır. Yargıtay yukarıda anılan kararında, fesih günü ile aynı gün kabul edilen tahkim anlaşmasını dahi geçersiz saymıştır³⁴.

³² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 26.11.2007 tarihli ve 2007/37878 E., 2007/35335 K. sayılı kararı.

³³ “Gerek metodoloji gerek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, işe iade davalarının özel hakeme götürülmesinin ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra anlaşma - sözleşme ile mümkün olacağı sonucuna götürür. Aksi halde işçinin iradesi dışında kendisinin yabancı olduğu bir yargılama sürecine zorlanması söz konusu olur. Yasanın amacı dışında bir sonuç doğar. Hükmün bu fıkrasının önceki düzenlemesindeki “Toplu İş Sözleşmesinde hüküm varsa veya ...” tümcesinin Anayasa Mahkemesinin 9.10.2005, 2003/66 E 2005/72 Sayılı Kararı ile iptal edilerek işçinin iradesine üstünlük tanınması yukarıdaki gerekçeyi doğrulamaktadır. Fesihden önce yapılan özel hakem sözleşmesi geçersizdir.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.2.2013 tarihli ve 2013/1773 E., 2013/6664 K. sayılı kararı.

³⁴ “Somut uyuşmazlıkta, öncelikle tahkim şartını içeren belge, fesih bildirim belgesi ile aynı tarihte düzenlenmiştir. İşçi, halen bu tarihte işverenin denetimi altındadır. Bu nedenle tahkim şartını içeren bu belgenin fesihden sonra düzenlendiğinden söz edilemez.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.2.2013 tarihli ve 2013/1773 E., 2013/6664 K. sayılı kararı. Karara ilişkin kaleme alınan kararın oyu gerekçesindeki şu ifadeler de dikkate değerdir: “Özel hakem anlaşmasının geçerli olması için aranan fesihden sonraya ait olması şartı fesihden sonraki başka bir tarih anlamında değildir. Fesihden sonra olmak şartıyla fesihle aynı tarihli de olabilir.”

Tahkim şartının ne zaman konulabileceği konusundan tartışılması gereken husus uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesinin kararlaştırılması durumunda işçinin mahkemeye gidip gidemeyeceğidir. Eğer özel hakem hakkının, iş mahkemelerinin yargı yetkisini kaldırmadığı, işçiye verilen bir imkan olduğu kabul edilirse; özel hakem anlaşmasının her zaman (işe girerken, işin devamı sırasında veya son bulduktan sonra) yapılabilmesi mümkündür³⁵. Çünkü bu kabulde, işçinin mahkemeye başvurma hakkının önü kesilmemektedir. İşçi, uyuşmazlık çıktığı durumda ister mahkemeye isterse hakeme başvurabilecektir.

Buna karşılık, özel hakem kaydının mahkemenin yargı yetkisini bertaraf ettiğinin benimsendiği halde, henüz feshedilmemiş iş akdinin öncesinde ve iş akdi sırasında imzalanan tahkim anlaşmalarının hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelecektir. İş Kanunu'nun 4'üncü madde metninde yer alan "...*uyuşmazlık aynı sürede özel Hakeme götürülür*" ifadesinin mahkemeye başvuru hakkını bertaraf ettiği söylenebilecektir³⁶. Bu nedenle işçinin bu anda sağlıklı karar veremeyeceği düşünülmeli ve iş mahkemelerinin kuruluş amacı da dikkate alınarak, işçinin ileriki bir tarihte hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak anlaşmaların hükümsüz olması gereklidir. Ancak bu durumda bile, işçiye tahkime başvurabilme hakkı tanıyan hükümleri sözleşmeye koyma yetkisinin tamamen ortadan kaldırılmaması gerektiği kanaatindeyim. Aksi halde, işçinin hakeme başvurmaya işverenin itirazda bulunmaması dışında, tahkimi olanaklı kılacak başka bir yol da görülmemektedir³⁷.

Özcan'a göre de, işçilerin tahkime başvurma hakkının sözleşme ile önceden düzenlenmesinin önü tamamen kapatılmamalıdır. Sözleşmedeki özel hakeme gitme şartının, iş mahkemesine başvuru hakkının yanında alternatif bir imkân olarak tanımak gerekir. İş mahkemesine başvuru yolunu tıkamak, hakkın özüne ve iş güvencesi ilkelere aykırılık teşkil eder. Böyle bir şarttan dolayı mahkemede hak arama özgürlüğü kısıtlanamaz. Bir hak verip başka bir hakkı ortadan kaldırmak, kanun koyucunun amacına da aykırı olacaktır³⁸.

Tahkim kaydının zamanı bakımından benimsenen kriterler ibranamelere konulan tahkim kayıtları için de geçerli olacaktır. Bilindiği üzere, iş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra sözleşmeleri geçersizdir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak veya bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşmak için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılabilir³⁹. İbramenin geçerliliğinden bahsedebil-

³⁵ EKONOMİ, Münir; "Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler", Çimento Endüstrisi İşverenleri Dergisi, 2003 Mart, Özel Ek 2, sf. 25.

³⁶ AKYİĞİT, Ercan; *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, 2008, sf. 850 vd.

³⁷ CENTEL, a.g.e., sf.158-159.

³⁸ ÖZCAN, Durmuş; *İş Kanunları Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2014, sf. 395-396.

³⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 10.10.2011 tarihli ve 2011/21843 E., 2011/36476 K. sayılı kararı (yayınlanmamıştır). Karar için bkz. ÖZBEK, a.g.e., sf. 771.

memiz için ibranamenin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu koşulları taşıyan bir ibranamede yer alan tahkim şartı geçerlidir⁴⁰.

Ancak ibra sözleşmesine konulan tahkimin geçerli olması bütünüyle ibraname-nin geçerliliğine bağlanmamalıdır. Zira süre bakımından TBK hükümlerine göre geçerli olan bir ibranamenin işe iade hükümlerinin uygulanabilmesi için mevcut olan hak düşürücü süre ile çakışması söz konusu olabilecektir. Yargıtay yerinde bir değerlendirme ile bir aylık süre dolmadan yapılan ibra sözleşmelerindeki tahkim şartını geçerli kabul etmiştir⁴¹.

Görüldüğü gibi, hukukumuzda iş ilişkisi süresince adeta her iki tarafı da bağ-layıcı bir “tahkim anlaşması yasağı” uygulanmaktadır. Bu yasağı iki tarafa birden uygulamak ne Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarıyla, ne de yerleşik Yargıtay içtihatlarıyla ruhen örtüşmektedir. Her iki tarafı da bağlayan bir anlaşma yerine, hakkaniyete ilişkin çekinceler dikkate alınarak, sadece işverene böyle bir anlaşma yapma yasağı getirilmesi makul olacaktır. Bu durumda iş ilişkisi başlamadan veya bu ilişki kurulduktan sonra imzalanacak bir tahkim anlaşması, sadece işçiye mahkemeye veya tahkime başvurmak konusunda seçimlik bir hak verecek, işverenin ise böyle bir hakkı olmayacaktır. Tahkim hakkının taraflardan sadece bir tanesine tanınırken diğer tarafa böyle bir hakkın verilmediği, dolayısıyla tahkim hakkına baş-vuru bakımından taraflar arası bir asimetrinin bulunduğu bir tahkim uygulamasında, işçi dilerse tahkime başvurma hakkına sahip olurken, işveren yaşanacak olası bir ihtilafta sadece mahkemelere başvurabilecektir.

Esen'e göre asimetrik tahkim anlaşmalarında genel kural, işçi yahut tüketici gibi zayıf taraflar söz konusu olmadıkça ve yargı yollarına başvurmalarından feragati teşkil etmedikçe, taraflardan yalnızca birine tahkime müracaat hakkı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmalarının sözleşme serbestisi prensibi çerçevesinde değerlendirilmesi ve geçerli kabul edilmesidir. Buna karşın, taraflardan yalnızca birine tahkime müracaat imkanı tanıyan asimetrik tahkim anlaşmasının tarafları arasında tüketici yahut işçi gibi zayıf akit tarafı bulunuyorsa, asimetrik tahkim anlaşması güçlü akit tarafın zayıf akit tarafa dayatması olarak görülmeli ve geçersiz kabul edilmelidir⁴².

Asimetrik tahkim şartları konusunda Esen'in görüşlerine katılmadığımı belir-

⁴⁰ ÖZBEK, *a.g.e.*, sf. 771-772.

⁴¹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 23.03.2012 tarihli ve 2012/12705 E., 2012/5291 K. sayılı kararı. Karar için bkz. ÖZBEK, *a.g.e.*, sf. 773.

⁴² ESEN, Emre; *Kurtarma Yardım Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği*, sf. 154, (EKŞİ, Nuray; *Hukuk Muhakemeleri Kanunda Tahkim*, Beta Yayınları, 2013, sf. 87'den iktibas edilmiştir).

terek, tahkim hakkının sadece işçiye veya tüketiciye verilmiş olması halinde, tahkim şartının ekonomik olarak güçlü olan tarafın zayıf olan tarafa dayatması şeklinde görünmeyeceğini düşünmekteyim. Aksine, işçi lehine asimetric olarak tesis edilen tahkim hakkı, ekonomik olarak güçlü olan işveren tarafında olmayan bir çözüm yoludur. Özellikle işçi sendikaları gibi topluluklar tarafından hazırlanan ve daha çok işçiyi koruyacak hükümlere yer verilen standart bireysel iş sözleşmelerinde tahkim veya mahkeme yollarından birini tercih etme hakkı sadece işçiye verilebilecektir. Bu nedenle taraflarına bakılmaksızın asimetric tahkim sözleşmelerinin geçerli olup olmadığı her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir⁴³.

Kanımcı, işçi lehine asimetric taşıdığı ve sadece zorunluluk teşkil etmeyen bir "tahkim hakkını" düzenlediği müddetçe tahkim anlaşmaları, bireysel iş sözleşmelerin kurulmasından önce, kurulmasından sonra ve hatta bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile dahi kabul edilebilmelidir. Son olarak belirtilmelidir ki, tarafların tahkim anlaşması yapabilmesi için İş Kanunu md. 20'de belirtilen bir aylık süre içinde kullanılması gerekmektedir⁴⁴.

C. Tahkim İradesini Sakatlayan Unsurlar

Tahkim sözleşmesinin tek başına fesihden sonra imzalanması yeterli değildir. Tahkim sözleşmesi fesihden sonra düzenlense bile, tahkim iradesini sakatlayıcı unsurlardan arındırılmış olmalıdır. Tahkim sözleşmesi veya şartı, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenler tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan göz önünde tutulmalıdır. TBK md. 27 kapsamında ahlaka aykırı olarak yapılan sözleşmeler veya sözleşme şartları kesin olarak hükümsüz kabul edilmektedir. Tahkim sözleşmesinin de ahlaka aykırı düzenlenmemiş olması gerekmektedir. İş hukuku bakımından bu ahlaka aykırılık, tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarısından fazlasını veya tamamının seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi TBK'nın 27'inci maddesi gereğince batıl olacaktır⁴⁵. Yargıtayın 2008 tarihli bir kararında tahkim iradesinin bu özelliği, fesih sırasında dikkate alınmıştır⁴⁶.

⁴³ EKŞİ, *a.g.e.*, sf. 87.

⁴⁴ Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 20.09.2011 tarihli ve 2011/215 E., 2011/955 K. sayılı kararı, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 04.06.2012 tarihli ve 2012/14231 E., 2012/12386 K. sayılı kararı.

⁴⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 12.5.2008 tarihli ve 2007/35895 E., 2008/11994 K. sayılı kararı.

⁴⁶ "Ekonomik ve sosyal üstünlüğü olan davalı işveren ile işçi arasında düzenlenen 12.06.2006 tarihli iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokolün 6 ve aynı tarihli sulh ve

Bunun yanında tahkim anlaşmasının geçerliliği, tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık olması ile doğru orantılı olmak durumundadır. Açık ve kesin irade açıklaması, tahkim anlaşması ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde, isterse tahkim şartı şeklinde yapılsın, akdin geçerliliği için aranan esaslı şartlardandır. Tahkim sözleşmesi veya şartının, uyumsuzluğun tahkim yolu ile çözümlenmesi yolundaki taraf iradesini tereddüde yol açmayacak şekilde içermesi gerekmektedir⁴⁷.

D. Şekil ve Usul

İşveren ile işçi arasındaki tahkim anlaşmasının yazılı mı sözlü mü olacağı konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen dördüncü fıkra kapsamında bunun gibi usul ve esasları düzenleyecek bir yönetmeliğin çıkarılması öngörülmekteydi. Anayasa Mahkemesinin kararından önce, toplu iş sözleşmeleriyle getirilen tahkim şartları yazılı olmak durumunda olduğu kabul edilebilecektir⁴⁸. İş Kanunu md. 8'e göre iş sözleşmeleri, kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir. Bununla birlikte, belirli süreli iş sözleşmeleri gibi bazı iş sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmalıdır. İş sözleşmesinin kendisi herhangi bir şekil şartına bağlı değilse, özel hakem anlaşmasının da herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı ileri sürülebilir⁴⁹. Ancak konu hakkında ikinci bir düzenleme yapılana kadar HMK hükümlerinin, iş hukukunu ilgilendiren tahkim anlaşmalarında da uygulanması gerekmektedir. HMK md. 412/3 kapsamında tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunludur.

Özel hakemin verdiği karar kesin olup, temyiz yolu kapalıdır. Sadece HMK'da sayılan sınırlı hallerde iptal davasına tabidir. İş mahkemesinin kararlarına karşı tem-

ibra sözleşmesinin 7.maddelerinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesine dayalı uyumsuzluk çıkması halinde uyumsuzluğu hakem yolu ile karar bağlanacağı şartına yer verilmiştir. Özellikle davacı tanıkları, işverenin hazırladığı bu belgeleri imzalama zorunluluğu getirdiğini, imzalanmadığı takdirde referans vermeyeceklerini ve aynı sektörde davacının iş bulamayacağını beyan etmişlerdir. Davalı tanıkları da, davalı işverenin davacı işçinin performansından memnun olmadığını, davacının bu durumu düzeltmediğini, tazminat verildiğinde davacı işçinin ayrılacağını kabul ettiğini belirtmişlerdir. Diğer taraftan iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokol ve aynı tarihli sulh ve ibra sözleşmelerinin fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdiği, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu sözleşmelerin imzalanmasına bağlanıldığı, davacının imzalamak zorunda bırakıldığı, davalı şirketin davacı işçi üzerinde, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiği anlaşılmaktadır. Tüm açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre sözleşmelerdeki tahkim şartının Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca mutlak butlanla geçersiz olduğunun kabulü zorunludur. Taraflar arasında hukuken geçerli bir tahkim şartının varlığından söz edilemeyeceğinden, geçersiz tahkim şartına dayanılarak mahkemece görevsizlik kararı verilemez." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 12.5.2008 tarihli ve 2007/35895 E., 2008/11994 K. sayılı kararı.

⁴⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.2.2013 tarihli ve 2013/1773 E., 2013/6664 K. sayılı kararı.

⁴⁸ AKYİĞİT, *a.g.e.*, sf. 852.

⁴⁹ ÖZCAN, *a.g.e.*, sf. 395-396.

yiz yolu açık iken, özel hakemin kararlarına karşı yargı yolunun kapalı oluşu, bir çelişki ve önemli bir eksiklik olarak görülmektedir⁵⁰. Aşağıdaki bölümde açıklanacağı üzere, Yargıtay bir takım bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkim yargılamasına konu olamayacağını belirtmiştir. Bazı bireysel iş hukuku uyuşmazlıkları temyiz incelemesine tabi olabilecekken, bazılarının bu incelemenin dışında kalması bir çelişkiyi ortaya çıkarmaktadır.

Hakemlerin seçimi hususu da, diğer usul hukuku sorunları gibi açıktır. HMK hükümlerinin bu konu bakımından da kıyas yoluyla uygulanması gerekmektedir. Çelik, emek ve sermayeyi temsil eden işçi ile işveren arasındaki ilişkide gerçek eşitlikten söz edilemeyeceğinden, HMK'da düzenlenen farklı bir uygulamayı tavsiye etmektedir. Buna göre, iş sözleşmesi taraflarınca kararlaştırılan özel hakemin üç kişiden oluşmasının uygun olacak, ancak hakem anlaşmasının geçerliliği için, bunların uyuşmazlığın çıkması üzerine seçilmeleri ve üçüncü hakemin mutlaka mahkemece belirlenmesi koşullarının aranması gerekecektir. Böylece, işverenin hakem seçiminde kendisine yakın kişileri işçiye dayatma olasılığı ortadan kalkacaktır⁵¹.

Taraflar arasında eşitliğin olmadığı iş hukuku ilişkilerinde, Çelik'in belirttiği gibi bir seçim usulünün kabul edilmesi hakkaniyete hizmet edebilecektir. Dahası, çoğu zaman yasal hakları konusunda yeterli bilgiye sahip olmayan işçilerin, hakem seçiminde korunması gerekmektedir. Sendikalar veya federasyonlar tarafından sağlanan hakem listelerinden seçim yapılması, avukata dahi erişmekte zorlanan işçiler bakımından faydalı olabilecektir.

E. Tahkim Yargılamasının Konusu

İş Kanunu'nda özel hakem yolu ile çözümlenebilecek uyuşmazlıklar feshin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağı olarak belirlenmiş olup Yargıtayca kabul edilmiş olduğu üzere⁵² diğer uyuşmazlıkların İş Mahkemeleri Kanunu md. 1 uyarınca iş mahkemelerinde çözümlenmesi gerekmektedir. Gerçekten de iş güvencesi kapsamı dışındaki hususlar hakkında hakeme değil mahkemeye başvurmak gereklidir. Yıllık ücretli izin, fazla mesai gibi alacaklar iş mahkemesinde görülmelidir⁵³. İş mahkemelerinin yargı yetkisi bu konu kapsamında tartışılmamaktadır. Nitekim iş hukuku uyuşmazlıklarının, hak ve adaletin sağlanması amacıyla oluşturulmuş, kaynağı objektif kurallar olan, kural koyan ve uygulayan devlet erklerinden bağımsız ve hatta bu erkleri de hukuk kuralları çerçevesinde denet-

⁵⁰ ÖZCAN, *a.g.e.*, sf. 395-396.

⁵¹ ÇELİK, Nuri; "Karar İncelemesi İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanamadıkça Geçerli Sayılması", <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9ozel/ncelik.pdf> (Erişim Tarihi: 28.12.2014).

⁵² Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.11.1964 tarihli, 1964/251 E., 1964/506 K. sayılı kararı.

⁵³ ÇELİK, *a.g.e.*, s. 17-30.

leyen, herhangi bir kişi veya kurum tarafından etkilenmeyecek şekilde objektif kurallara dayalı kurulmuş ve çalışan, meslek güvencesi ile donatılmış yargıçların görev yaptığı mahkemeler eliyle çözümü esastır⁵⁴.

Yargıtay da 2010 tarihinde verdiği bir kararda, tahkim yargılamasının konusunu teşkil edemeyecek bir olaya ilişkin tahkim sözleşmesinin, iş mahkemelerinin görevini ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir:

*“İş güvencesi hükümleri dışında, İş Kanunu’nda işçilik alacakları ile ilgili tahkim şartı öngörülmediğinden, antrenör veya teknik direktör ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için, açık yasa düzenlemesi dışında bağlı bulunduğu federasyonun yönetmelik veya genelge ile özel hukuk kurulu ve tahkim kurulu öngörmesi, iş mahkemesinin görevini ortadan kaldırmayacaktır.”*⁵⁵

Yargıtay daha eski tarihli bir kararında yine benzer bir hükme varmıştır:

*“...4857 sayılı kanunlar ile feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boştaki geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları dışında kalan diğer iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenebileceğine dair bir kural bulunmamaktadır. İş ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceği 5521 sayılı Kanununun 1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.”*⁵⁶

Bu ikilik eleştiriye açıktır. İş mahkemelerinin bu konudaki yetkisi, çoğu zaman iş hukuku konusunda uzmanlaşmış yargılama mercilerine ve hakimlere olan ihtiyaç ile açıklanmaktadır⁵⁷. Ancak bu gerekçe oldukça zayıf bir gerekçedir. Tarafların veya mahkemenin seçeceği hakemler de pekala iş hukuku konusunda uzman kişiler olabilecektir. Hatta, tahkim yargılamasının mahkeme yargılamasına kıyasla tercih edilmesinin sebeplerinden birisi de hakemlerin spesifik uyuşmazlıklar hakkında hakimlere oranla daha derinlikli bilgi sahibi olabilmeleridir. Uygulamada iş mahkemesi önüne giden hususların büyük bir bölümü de zaten bilirkişiler eliyle çözüme kavuşmaktadır. Bu bakımdan Yargıtay tarafından iş mahkemelerine sürekli olarak yargı yetkisi

⁵⁴ ŞİŞLİ, a.g.e., sf. 47-48.

⁵⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 02.12.2010 tarihli ve 2010/45651 E., 2010/35814 K. sayılı kararı.

⁵⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 22.03.2004 tarihli, 2004/5846 E., 2004/5621 K. sayılı kararı.

⁵⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Mustafa Kılıçoğlu'nun bu konudaki görüşü yargı erkinin iş ihtilaflarına bakışını sergilemek bakımından önemlidir: “Yargıtay işçinin toplu iş sözleşmesi haricinde ancak feshikten sonra özel hakeme gidebileceğini içtihatlandırmıştır. Kanımızca isabetli olan bu görüşle, işçinin iş sözleşmesinin daha başında konulacak görev kaydıyla uyuşmazlığı temelde çözecek uzman mahkemenin güvenilir kanatları altından uzaklaştırma tehlikesini önlemiştir.” Bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Uyarlı - İş Yargılamaları Usulü, Legal Yayınevi, 2011, sf. 49.

sağlanmaya çalışması anlamsızdır. Tahkim yargılaması da birçok durumda sağlıklı iş ilişkilerinin kurularak işletilmesine hizmet etmektedir⁵⁸. Tahkim yargılamasının bireysel iş uyuşmazlıklarının her konusunda karar vermeye yetkili kılınması gerekmektedir⁵⁹. Burada amaçlanan iş mahkemelerinin yetkisini aşan imkânların ve hakların hakemlere verilmesi değildir. Zira, netice itibariyle iş hukukunda tahkimin sınırlarında da, kanun koyucunun iş mahkemeleri için belirlediği amaç çizmektir⁶⁰.

Tahkim yargılamasını sadece iş güvencesi hükümlerine hapsedmek, onu aynı zamanda iş güvencesinin talep edilebileceği hususlarla sınırlandırmak anlamına gelmektedir. Bu kapsamda tahkim yargılaması, sadece belirsiz süreli sözleşme ile en az 30 kişinin çalıştığı bir işyerinde üst düzey işveren vekili niteliğinde olmayan kişiler bakımından uygulanacaktır⁶¹. İş Kanunu md.18/son hükmü⁶² durumu daha da karmaşıktırmaktadır. Bu hükme göre örneğin üst düzey bir işveren vekili konumundaki genel müdür, mahkeme veya hakeme başvurarak haksız fesih karşısında bir karar alılabilmekte, ancak geçersiz feshin sonuçlarından ve iş güvencesi hükümlerinden faydalanamamaktadır. Bir başka ifadeyle, bu konu hakkında önüne bir uyuşmazlık gelen hakem, sadece feshin geçersiz olduğuna karar verebilecek, geçersiz feshe dayalı herhangi bir hak konusunda karar veremeyecektir⁶³. Tahkim yargılamasının bu alanlarda görev sahasının daha fazla genişleyerek ikili uygulamalara bir son verilmesi gerekmektedir.

⁵⁸ Zira Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında tahkim yargılaması Savaş İş Kurulu tarafından özellikle 2. Dünya Savaşı sırasında işyerlerindeki uyuşmazlıkların grevle sonuçlanmaması için ciddi şekilde desteklenmiştir. Bkz. COLVIN, J.S.; "American Workplace Dispute Resolution in the Individual Rights Era", The International Journal of Human Resource Management, Cilt: 23, Sayı :3, 2012, sf. 459-475 (Taylor & Francis Online <http://dx.doi.org/10.1080/09585192.2012.641079> (Erişim Tarihi: 28.12.2014).

⁵⁹ Amerika Birleşik Devletleri bakımından da özellikle toplu iş uyuşmazlıklarında tahkim yargılaması sanayi barışını sağlamak adına hızlı ve efektif bir çare sağladığı için, tahkim yargılaması uğruna anayasal haklardan feragat edilebileceği tartışılmıştır. KLARE, Karl E.; "Labor Law as Ideology: Toward a New Historiography of Collective Bargaining Law", 1981, School of Law Faculty Publications. Paper 237. sf.463, <http://hdl.handle.net/2047/d20002656> (Erişim Tarihi: 28.12.2014).

⁶⁰ TUNÇ YÜCEL, Müjgan; "İş Güvencesi Kapsamında Özel Hakem Şartı", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 4/2004, sf.1352.

⁶¹ AKYİĞİT, Ercan; "İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi", Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi, Ağustos-Kasım 2004 sayısı, sf. 111 vd. <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348752551.pdf> (Erişim Tarihi: 28.12.2014).

⁶² İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.

⁶³ AKYİĞİT, İş Güvencesi, sf. 116 vd.

III. TAHKİMİN ARABULUCULUK VE İKÂLE İLE MUKAYESESİ

A. Tahkim ile İkâle Sözleşmesi

İşçi ve işveren iradelerinin iş sözleşmesinin feshi konusunda birleşmesi olarak adlandırılabilir ikâle (bozma) sözleşmeleri, iş sözleşmesinin tek taraflı feshi niteliğinde değildir. İş Kanunu'nda bu sona erme türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren açıklamasının ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile ikâle sözleşmesi kurulmuş olacaktır⁶⁴. Bir başka ifadeyle, ikâle sözleşmesi, işçi ile işveren arasındaki hizmet sözleşmesinin İş Kanunu hükümleri yerine TBK hükümleriyle sona erdirilmesidir.

İşçi lehine yorum ilkesinin tahkim yargılamasına yukarıdaki şekilde sirayet etmesi Yargıtayın genel tutumu ile paralellik göstermektedir. Her ne kadar bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasa da, işçi ile işveren arasındaki hizmet akdini ortadan kaldıran bir sözleşme olan ikâle, uygulamada genellikle iş hukuku ihtilaflarını ortadan kaldıran bir yöntem olarak kullanılmaktadır. İş güvencesi hükümlerinden yararlanmayı ortadan kaldırması söz konusu olduğundan, işverenler tarafından özellikle yasal haklar bakımından risk taşıyan iş ilişkileri bu şekilde sonlandırılmaktadır. Öyle ki, ikâle sözleşmeleri, işe iade hükümlerinin 2003 yılında hukukumuzda girmesiyle birlikte bir anda büyük önem kazanmıştır⁶⁵.

İkâle sözleşmesi ile karşılıklı olarak iş ilişkisine son verilmesi halinde ortada işverence tek taraflı gerçekleştirilen bir fesih olmadığı için, işçi bu durumda iş güvencesi hükümlerinden faydalanamamakta ve kural olarak feshine bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatına da hak kazanamamaktadır. İşçi, benzer şekilde, işsizlik sigortasından da yararlanamamaktadır. Bütün bu hususlar, iş hukukunda hakim olan ibranemenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikâle sözleşmelerinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır⁶⁶.

TBK'da düzenlenmiş irade fesadı hallerinin, bozma sözleşmeleri yönünden tizlikle ele alınması gerekmektedir⁶⁷. Bu bakımdan işçinin ikâle sözleşmesi ile feragat ettiği yasal hakları işçiye izah edilmelidir. Gerek'e göre, ikâle sözleşmesinin geçerliliği değerlendirilirken, çıkar dengesinde tereddütlü hallerde işçi lehine yorum ilkesi uygulanmalı ve işverenin iyi niyetli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme esnasında, işverenin işçiyi koruma-gözetme borcuna uygun olarak bu konuda

⁶⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 20.2.2012 tarihli, 2012/5869 E., 2012/4685 K. sayılı kararı.

⁶⁵ GÜZEL, Ali ve UGAN ÇATALKAYA, Deniz; *İş Hukukunda Güncel Sorunlar – 4*, Seçkin Yayınevi, 2014, sf. 69.

⁶⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 08.07.2014 tarihli ve 2014/8355 E., 2014/23741 K. sayılı kararı., Karar için bkz. ÇİL, Şahin; *İş Hukukunda Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 yılları)*, Yetkin Yayınları, 2015, sf. 1399.

⁶⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.06.2014 tarihli ve 2014/7063 E., 2014/21902 K. sayılı kararı., Karar için bkz. ÇİL, a.g.e., sf. 1402.

özenli davranıp-davranmadığı, işçiyi yeteri kadar aydınlatıp-yeterli bilgi verip vermediği, işçiyi yanıltıp-yanıltmadığı dikkate alınmalıdır⁶⁸. İrade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir⁶⁹.

Yargıtay birçok kararında⁷⁰ sağlıklı bir ikâle sözleşmesinin kurulabilmesi için işçinin ikâle sözleşmesi kapsamında makul bir yararının olduğunun tespit edilmesinin gerekli olduğunu ifade etmiştir. Gerçekten de işçi, iş mahkemesine başvuru hakkından mahrum bırakılması hususu karşılığında makul bir yarar elde etmelidir. Makul yarardan kastedilen işçiyeye yasal hakları (ör. kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai alacağı, vs.) dışında yapılan bir ikâle tazminatı ödemesidir. Makul yarar sağlanıp sağlanmaması, işçinin ikâle sözleşmesini manevi baskı altında imzalayıp imzalamadığı bakımından önemli bir gösterge olarak kabul edilmektedir. Özellikle işçi tarafının ikâle sözleşmesindeki imzasının işveren tarafında yapılan hile veya zorlama ile alınmış olması iddiasına sıkça rastlanılmaktadır. İşçinin işe girerken kendisinden boş kağıda imza alınması yolundaki iddiası yanında, ortadan kaldırma sözleşmesini işveren tarafından yanıtılarak hatayla imzalandığını iddia edebilmektedir. Bu durumun genel hükümlere göre ispatı işçiyeye ait olacaktır. İş hukukunun koruyucu düzenlemeleri ve işçi lehine yorum ilkesi çerçevesinde irade sakatlığı iddialarının ciddiye alınması gerekir⁷¹.

Görüldüğü üzere, sözleşmelere konulan tahkim kayıtlarının geçerliliğinde olduğu gibi, Yargıtay ve doktrin, ikâle sözleşmelerinin de işverenin manevi baskısı altında yapılmış olabilme ihtimaline karşı bir takım önlemler getirmekte, işçiyeye yasal hakları dışında kalan bir ödemenin (makul yarar) yapılmamasını, işçi üzerindeki manevi bir baskı olarak yorumlamaktadır. Ancak, aşağıda görüleceği üzere, işçiyi koruyucu benzer refleksler arabuluculuk müessesinde yer almamaktadır.

B. Tahkim ile Arabuluculuk

22 Haziran 2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazete ile hayatımıza giren 6325 sayılı Kanun, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ülkemizdeki çeşitliliğinin art-

⁶⁸ GEREK, Hasan Nüvit; "İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 2011/4, sf:48. Makale için Bkz. <http://calismatoplum.org/sayi31/gerek.pdf> (Erişim Tarihi: 16.08.2015)

⁶⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2008 tarihli ve 2007/40352 E., 2008/15723 K. sayılı kararı., Karar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 16.08.2015).

⁷⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2008 tarihli ve 2007/40352 E., 2008/15723 K. sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 16.06.2008 tarihli ve 2007/40352 E., 2008/15723 K. sayılı kararı. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 11.03.2014 tarihli ve 2013/34057 E., 2014/5502 K. sayılı kararı. Kararlar için bkz. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 16.08.2015).

⁷¹ GÜNAY, Cevdet İlhan; "İkale Sözleşmesi", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, Eylül 2009 sayısı, sf. 17, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale139.pdf> (Erişim Tarihi: 18.08.2015).

ması bakımından önemli bir gelişmedir. Mahkemeler üzerindeki yükü ciddi şekilde azaltması beklenen bu müessese, henüz hukuk dünyasında yaygın olarak kullanılmakla birlikte, arabuluculuk kararlarının içeriğine bakıldığında, bir hukuk dalının tartışmasız sayısal hakimiyete sahip olduğu görülmektedir. Kasım 2013 ile Ağustos 2015 tarihleri arasında başarıya ulaşan toplam 719 arabuluculuk görüşmesinin %77'si (553 adet) işçi-işveren uyuşmazlıklarına ilişkindir. Sıralama da ikinci gelen ihtilaf çeşidi ise %7'lik bir pay ile (50 adet) maddi manevi tazminat istemleridir. Arabuluculuk müessesinin iş hukuku uyuşmazlıkları bakımından diğer hukuk dallarına kıyasla bu kadar kolay benimsenmesi akıllara bazı ihtimalleri getirmektedir.

Bilindiği üzere, 6325 sayılı Kanun'un 11'inci maddesi gereği, arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür. Ancak arabulucu bu bilgilendirme faaliyetlerini gerçekleştirirken tarafları sadece tarafların sahip oldukları haklar, güvenceler, arabuluculuğun usulü ve sonucuna ilişkin bilgilendirmeli, çelişkili ve açık olmayan hususları onlara açıklattırmalıdır. Yoksa bu aydınlatma, hiçbir zaman dava sürecinin geleceği veya uyuşmazlık konuları hakkında taraflara hukuki danışmanlık verme anlamına gelmemektedir⁷². Her ne kadar taraflar arabuluculuk görüşmeleri sırasında avukat bulundurabilseler de, bu bir zorunluluk değildir. Yani avukatla temsil edilmeyen bir işçiye, arabuluculuk görüşmeleri öncesinde hukuki hakları konusunda bilgilendirme yapılması düzenlenmediği gibi, arabulucunun da bu konuda işçiyi bilgilendirmesi yasaklanmıştır⁷³.

Dahası, usulüne göre tutulmuş arabuluculuk tutanaklarına mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması sırasında mahkemenin yapacağı inceleme, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa ve yapılan anlaşmanın cebri icraya elverişli olup olmadığı ile sınırlıdır. Başka bir deyişle, mahkeme incelemesi yalnızca anlaşmanın konusunun tarafların serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve bunun belli bir edimin ifasına yönelik olup olmadığı noktasında olacaktır⁷⁴. İcra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin yapılan mahkeme başvurusunun reddi halinde ise 6325 sayılı Kanun'da kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Taşpolat Tuğsavul'a göre, belirtilen durum dışında arabuluculuk sonunda varılan anlaşmaya ilişkin kanun yollarına başvurulamayacaktır. Zira arabuluculuk bir yargılama değildir ve arabulucular da adliye mahkemeleri veya hakem mahkemeleri gibi bir uyuşmazlığı hükümle sonuçlandırmak için yargı faaliyetinde bulunamazlar ve arabuluculuk sonunda varılan anlaşma bir mahkeme hükmü değildir⁷⁵.

⁷² TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis; *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, 2012, sf. 153-154.

⁷³ Kanımca bu husus, arabulucuların hukuk fakültesi mezunu olması gerektiğine ilişkin ileri sürülen argümanları geçersiz kılmaktadır.

⁷⁴ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, *a.g.e.*, sf. 195-196.

⁷⁵ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, *a.g.e.*, sf. 195-197.

Görüldüğü üzere işçi, arabuluculuk sözleşmesi öncesi yasal hakları konusunda bilgilendirilmediği gibi, usulüne uygun tutulmuş arabuluculuk zaptını imzalaması halinde başvurabileceği hukuki yollar da oldukça sınırlıdır. İşçi burada da, aynen ikâle sözleşmesinde olduğu gibi, iş mahkemelerine başvurma hakkından bir bakıma feragat etmektedir. Arabuluculuk müessesesinin iş hukuku uyumsuzlukları bakımından bu kadar hızlı bir şekilde benimsenmesinin arkasında, arabuluculuğun bu özelliğinin olduğu kanısındayım. Tahkim şartı ve ikâle sözleşmesi için kanun koyucu ve Yargıtayın getirdiği sınırlamaların arkasından arabuluculuk müessesesi ile dolanmak mümkün olabilecektir. Bu da “işçi lehine yorum” ilkesinden beklenen faydanın sağlanamaması anlamına gelebilecektir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İş hukukunun kendine has dinamikleri sebebiyle, iş hukukundaki tahkimin ticari tahkimden ayrılması, eşyanın tabiatı gereğidir. Gerçekten de işverene karşı oldukça güçsüz durumda bulunan işçinin, iş ilişkisinin öncesinde, iş ilişkisi sırasında ve iş ilişkisinin bitiminde mümkün mertebe korunması gerekmektedir. Bireysel iş uyumsuzluklarına uygulanacak tahkim hükümleri de hep bu gereklilik kapsamında şekillenmiştir. Anayasal hakların kullanılması veya iş hukukuna özgü dinamikler nedeniyle tahkim yargılamasının görev alanı daraltılırken, tahkimin mahkemelerin iş yükünü azaltan, hızlı, verimli ve adil bir yargılama yöntemi olduğu unutulmamalıdır.

Yukarıda tahkim anlaşmasının zamanına ilişkin açıklamalarda da belirtildiği üzere, işçi lehine asimetri taşıdığı ve sadece zorunluluk teşkil etmeyen bir “tahkim hakkını” düzenlediği müddetçe, tahkim anlaşmaları, bireysel iş sözleşmelerin kurulmasından önce, kurulmasından sonra ve hatta bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile dahi kabul edilebilmelidir. Tahkim anlaşmalarını, iş sözleşmelerinin sona ermesinden sonraki döneme hapsedmek, uygulama bakımında gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Zira, iş sözleşmesi sona erdikten sonra, tarafların bir araya gelip hakeme gitmeyi kararlaştırmaları, fiilen gerçekleşebilmesi çok da mümkün olmayan bir durumdur.

Tahkim anlaşmaları ve ikâle anlaşmaları için gözetilen, işçi üzerindeki manevi baskı unsurunun, arabuluculuk bakımından dikkate alınmaması, iş hukuku uygulaması bakımından ciddi bir tutarsızlıktır. İşçi üzerinde, işveren tarafından kurulabilecek manevi baskı, ki bu baskının büyük bir kısmı işçinin bilgisizliğinden kaynaklanmaktadır, avukatla temsilin olmadığı bir arabuluculuk görüşmesi sırasında da pekala söz konusu olabilecektir. Kaldı ki hakemlerin yargılama süreci içerisindeki işlevi, arabuluculara oranla oldukça geniş olup, hakemler konunun uzmanları arasından seçilmektedir. Bu da hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşabilmek için tahkimin arabuluculuğa kıyasla sahip olduğu avantajlardan birisidir.

Tahkim yargılamasının çerçevesi çizilirken, geleneksel devletçi zihniyetle iş mahkemelerine suni bir takım görev alanları yaratılmamalıdır. Tahkim yargılamasının, iş

hukuku uyuşmazlıklarında devletin yargı erkini zayıflattığı ve yargılama sorumluluğunu bir başka kuruma devrettiği düşünülse dahi, doğru şekilde uygulandığında tahkim kurumunun iş hukukuna ciddi katkıları bulunmaktadır. Bu bakımdan, aynı daire içindeki çelişik kararlardan oluşan içtihat hukukuyla şekillenmiş ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında yasal boşluklar içeren bireysel iş hukukundaki tahkim yargılamasının, yeniden ele alınarak, bir kanun yoluyla düzenlenmesinin uygun olduğunu düşünmekteyim.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- AKYİĞİT, Ercan; *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, 2008,
- CENTEL, Tankut; *İş Güvencesi*, Legal Yayınevi, 2013,
- ÇİL, Şahin; *İş Hukukunda Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 yılları)*, Yetkin Yayınları, 2015,
- EKŞİ, Nuray; *Hukuk Muhakemeleri Kanunda Tahkim*, Beta Yayınları, 2013,
- ESENER, Turhan; *İş Hukukunda Uyuşmazlıkların Barış Yoluyla Çözümü*, İstanbul Matbaası, 1970,
- GÜNAY, Cevdet İlhan; *İş Hukuku: Yeni İş Yasaları*, Yetkin Yayınları, 2013,
- GÜZEL, Ali ve UGAN ÇATALKAYA; Deniz, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar – 4*, Seçkin Yayınevi, 2014,
- KILIÇOĞLU, Mustafa; *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Uyarlı - İş Yargılamaları Usulü*, Legal Yayınevi, 2011,
- ÖZBEK, Mustafa Serdar; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınları, 2013,
- ÖZCAN, Durmuş; *İş Kanunları Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2014,
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis; *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, 2012,
- TUNÇOMAĞ, Kenan; *İş Hukuku - Cilt II*, Sermet Matbaası, 1980,

MAKALELER ve ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, Ercan; “İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi”, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi, Ağustos-Kasım 2004 sayısı, <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348752551.pdf> (Erişim Tarihi: 28.12.2014),
- BHORAT, Haroon, JACOBS, Elna ve VAN DER WESTHUIZEN, Carlene; “Do Industrial Disputes Reduce Employment? Evidence from South Africa”, Africa Growth Initiative Working Paper 6, Şubat 2013, <http://www.brookings.edu/-/media/Research/Files/Papers/2013/02/industrial-employment-south-africa/02-industrial-employment-south-africa.pdf?la=en> (Erişim Tarihi: 01.10.2015),

- BROWN, Ronald C.; “Comperative Alternative Dispute Resolution for Individual Labor Disputes in Japan, China and the United States: Lessons from Asia?”, St. John’s Law Review 86 St. John’s L. Rev. (2012), Heinonline elektronik veritabanı (Erişim Tarihi: 01.10.2015),
- COLVIN, J.S.; “American Workplace Dispute Resolution in the Individual Rights Era”, The International Journal of Human Resource Management, Cilt: 23, Sayı :3, 2012, sf. 459-475, Taylor & Francis Online: <http://dx.doi.org/10.1080/09585192.2012.641079> (Erişim Tarihi: 28.12.2014),
- ÇELİK, Nuri; “Karar İncelemesi İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanamadıkça Geçerli Sayılması”, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9ozel/ncelik.pdf> (Erişim Tarihi: 28.12.2014),
- EKONOMİ, Münir; “Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler”, Çimento Endüstrisi İşverenleri Dergisi, 2003 Mart, Özel Ek 2,
- GEREK, Hasan Nüvit; “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 2011/4, <http://calismatoplum.org/sayi31/gerek.pdf> (Erişim Tarihi: 16.08.2015),
- GÜNAY, Cevdet İlhan; “İkale Sözleşmesi”, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, Eylül 2009 sayısı, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale139.pdf> (Erişim Tarihi: 18.08.2015),
- KLARE, Karl E.; “Labor Law as Ideology: Toward a New Historiography of Collective Bargaining Law”, 1981, School of Law Faculty Publications. Paper 237. <http://hdl.handle.net/2047/d20002656> (Erişim Tarihi: 28.12.2014),
- KOÇ, Muzaffer ve ÇUKUR, Mürsel; “Ülkemizde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Özel Hakem” Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2010 Sayı: 5 Cilt: 24, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale145.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.2014),
- ÖZEKES, Muhammed ve BİRBEN, Erhan; “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karşılaştırılması”, Prof.Dr. Turhan Tüfan YÜCE’ye Armağan, İzmir 2001, sf. 149-176,
- SHULMAN, Harry; “Reason, Contract, and Law in Labor Relations”, 1955, . Faculty Scholarship Series Paper 4617. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4617 (Erişim Tarihi: 28.12.2014),
- ŞİŞLİ, Zeynep; “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, Ankara Barosu Dergisi, 2012, Sayı: 2, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/02.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.2014),
- TUNÇ YÜCEL, Müjgan; “Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakemin Kararlarının Kapsamı, İşe Başlatmama Halinde Tazminata Miktar Belirtmeden Karar Verilmesine İlişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:14, Sayı 3, sf. 275-287,

TUNÇ YÜCEL, Müjgan; “İş Güvencesi Kapsamında Özel Hakem Şartı”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 4/2004, sf. 1346-1365.

