

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW



Cilt (Volume): 26

Sayı (Number): 2

Yıl (Year): 2018

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW

Cilt (Volume): 26 • Sayı (Number): 2 • Yıl (Year): 2018

ISSN: 1306 - 8075

E-ISSN: 2548 - 1177

Sahibi (Owner):

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Mustafa ŞAHİN (Dekan V.)

Editörler (Editors) :

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ARAT
Dr. Öğr. Üyesi Alper UYUMAZ

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Berrin AKBULUT
Prof. Dr. Faruk BİLİR
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Paulo de Tarso Pires de Lara

Doç. Dr. N. Binnur TULUKÇU
Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Doç. Dr. Erdal YERDELEN
Dr. Öğr. Üyesi S. Sami AKKURT
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN
Dr. Öğr. Üyesi Nurşen AYAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Aydın GÜLAN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Arslan KAYA (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İ. Kültür Ü.)
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Gazi Ü.)

Baskı – Cilt: Selçuk Üniversitesi Basımevi / 0 332 241 18 47 / Eylül 2018

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

KAPSAM

Dergimiz Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan hukuk alanında makale kabul eden hakemli bir dergidir. Kamu hukuku, özel hukuk ve malî hukuk alanlardaki makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

KISALTIMA

Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

HABERLEŞME ADRESİ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel : 0332 241 00 45

Fax : 0332 241 01 05

İnternet : <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr> • <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

E-posta : hukukdergi@selcuk.edu.tr • dergisuhfd@gmail.com

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı

Dergimiz ULAKBİM'in 16.06.2010 tarih ve 1799 sayılı yazısıyla TÜBİTAK ULAKBİM HUKUK VERİ TABANINA alınmıştır.



ASOS INDEX (Asos Academia Social Science Index)

Dergimiz 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranan dergiler arasındadır.



SOBIAD (Sosyal Bilimler Atf Dizini)

Dergimiz 2017 yılından itibaren SOBIAD tarafından taranan dergiler arasındadır.



HeinOnline

Dergimiz 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranan dergiler arasındadır.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

OSMANLI HUKUKUNDA LİVATANIN CEZASI 15

Prof. Dr. Mustafa AVCI

OSMANLI DEVLETİ'NDE ESNAF GEDİKLERİNİN HUKUKİ ESASLARI, GELİŞİMİ
VE İLGASI 47

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU

OSMANLI'NIN SON YÜZYILINDA HUKUK DÜŞÜNCESİNİN DÖNÜŞÜMÜ VE
DÖNEMİN BAŞLICA TARTIŞMA KONULARI* 77

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU

Arş. Gör. Yasin YILMAZ

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNA HÂKİM OLAN İLKELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ 111

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Arş. Gör. Hande Sena ÇALIŞ

İDARE VE VERGİ MAHKEMELERİ ARASINDA ÇIKAN GÖREV UYUŞMAZLIKLARI VE ÇÖZÜMÜNDE ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER 149

Dr. Yunus ERASLAN

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

ESKİ VAKIFLAR HUKUKU BAĞLAMINDA VAKIF MÜESSESESİ VE GÜNÜMÜZDEKİ ETKİLERİ 189

Dr. Öğr. Üy. Ahmet AKMAN

İSLAM HUKUKU AÇISINDAN KRİPTO PARALAR VE BLOCKCHAIN ŞİFRELEME TEKNOLOJİSİ 225

Dr. Hasan DOĞAN

SİVİL İTAATSİZLİK KAVRAMI VE “VERGİ İTAATSİZLİĞİ” 255

Arş. Gör. Muhammet DURDU

15’İNCİ VE 17’NCİ YÜZYILLAR ARASI OSMANLI CEZA HUKUKUNDA PARA CEZALARI BAKIMINDAN KANUNÎLİK İLKESİNİN GEÇERLİLİĞİ 291

Arş. Gör. Aslıhan NESLİ

ÖZEL HUKUK

MÜTESELSİL BORÇLARDA ALACAKLI İLE BORÇLULAR ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI 325

Dr. Öğr. Üy. Ayşe ARAT

20.07.2017 TARİHLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİDEN TAPUDA PAY DEVRALAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DURUMUNA ETKİSİ 367

Dr. Öğr. Üy. Ayşe ARAT

Dr. Öğr. Üy. Mehmet AKÇAAL

TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİNİN SONA ERMESİ 397

Dr. Öğr. Üy. Murat Can ATAKAN

ÇOCUĞUN SERBEST MALLARI 443

Arş. Gör. Süleyman ALBAYRAK

SİVİL HAVAYOLU İLE YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE YOLCU HAKLARI 473

Arş. Gör. Zehra AVCI

ARDI ARDINA TESLİMLİ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATICININ AYIPTAN VE ZAPTTAN SORUMLULUĞU 503

Arş. Gör. Hakkı Mert DOĞU

ROMA HUKUKUNDA REHİN SÖZLEŞMESİ VE LEX COMMISSORIA YASAĞI
..... 533

Arş. Gör. Nurtaç ENDES

SELÇUK LAW REVIEW

Volume: 26 • Number: 2 • Year: 2018

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

PENALTY FOR SODOMY IN OTTOMAN LAW 15

Prof. Dr. Mustafa AVCI

LEGAL BASIS, DEVELOPMENT AND REPEAL OF CRAFTSMEN GEDİK IN THE
OTTOMAN EMPIRE 47

Assoc. Prof. Nuran KOYUNCU

TRANSFORMATION OF THE THOUGHT OF LAW IN THE LAST CENTURY OF
THE OTTOMAN AND THE MAJOR DISCUSSION TOPICS 77

Assoc. Prof. Nuran KOYUNCU

Asst. Yasin YILMAZ

ASSESSMENT OF THE RULING PRINCIPLES OF PUBLIC PROCUREMENT LAW
NO 4734..... 111

Assoc. Prof. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Asst. Hande Sena ÇALIŞ

THE DUTY DISPUTES BETWEEN THE ADMINISTRATIVE AND TAX COURTS
AND THE CRITERIAS FOR THE SOLUTION 149

Dr. Yunus ERASLAN

Assoc. Prof. Ümit Süleyman ÜSTÜN

FOUNDATION ORGANIZATION IN THE CONTEXT OF OLD FOUNDATIONS
LAW AND TODAY'S EFFECTS 189

Asst. Prof. Ahmet AKMAN

CRYPTOCURRENCIES AND BLOCKCHAIN CODING TECHNOLOGY FROM THE
PERSPECTIVE OF ISLAMIC LAW 225

Dr. Hasan DOĞAN

TAX AND CIVIL DISOBEDIENCE 255

Asst. Muhammet DURDU

VALIDITY OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN TERMS OF FINES IN
OTTOMAN CRIMINAL LAW BETWEEN 15TH AND 17TH CENTURIES 291

Asst. Aslıhan NESLİ

PRIVATE LAW

PROVISIONS AND RESULTS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN CREDITOR AND SOLIDARY OBLIGATOR IN SOLIDARY OBLIGATION 325

Asst. Prof. Ayşe ARAT

LEGAL EFFECTS OF DECISION OF CONSTITUTIONAL COURT DATED 20.07.2017 TO THE THIRD PARTIES OWNERS OF THE REGISTERED LAND SHARE IN ACCORDANCE WITH THE CONSTRUCTION CONTRACT FOR LAND SHARE 367

Asst. Prof. Ayşe ARAT

Asst. Prof. Mehmet AKÇAAL

TERMINATION OF MOVABLE PLEDGE IN COMMERCIAL TRANSACTIONS 397

Asst. Prof. Murat Can ATAKAN

FREELY DISPOSABLE PROPERTY OF CHILD 443

Asst. Süleyman ALBAYRAK

RIGHTS OF PASSENGERS IN THE CONTRACT OF CIVIL TRANSPORTATION WITH AIRLINE 473

Asst. Zehra AVCI

DEFECT AND LEGAL HOLD LIABILITY OF SELLER'S IN THE CONSECUTIVE
SALE CONTRACT 503

Asst. Hakki Mert DOĞU

PIGNUS AND LEX COMMISSORIA PROHIBITION IN THE ROMAN LAW . 533

Asst. Nurtaç ENDES

Makaleler

Kamu Hukuku

OSMANLI HUKUKUNDA LİVATANIN CEZASI*

Prof. Dr. Mustafa AVCI**

PENALTY FOR SODOMY IN OTTOMAN LAW

ÖZ

İslâm, sahih nikahla meşru cinsel ilişki dışındaki her türlü cinsel ilişkiyi – livata dahil- yasaklamış, bu fiilleri suç saymış ve caydırıcı cezalar öngörmüştür.

Osmanlı hukukunda da livata suç sayılmış, bu suça Ebu Hanife'nin görüşüne uygun tazir cezaları önerilmiş ve uygulanmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: *İslam Hukuku, Osmanlı hukuku, Livata, Suç, Ceza.*

ABSTRACT

Islam forbids all kinds of extramarital sexual intercourse except for those based on legitimate marriage – including sodomy –, considers such illegitimate acts as sinful, and imposes deterrent penalties.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24.07.2018

Kabul Edildiği Tarih: 06.08.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.447248](https://doi.org/10.15337/suhfd.447248)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: avcim@selcuk.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-7453-8431](https://orcid.org/0000-0002-7453-8431)

Sodomy was also regarded as an offense in Ottoman law, which prescribed and administered tazir punishment for such offenses in accordance with the views of Abu Hanifa.

KEY WORDS: *Islamic Law, Ottoman Law, Sodomy, Crime, Penalty.*

I. GENEL OLARAK

Allah insanları kadın ve erkek olarak çift çift yaratmıştır (Fâtır 35/11; Şûra 42/11), insanların ve diğer canlıların ayrı cinsler halinde yaratılmasında düşünenler için ibretler vardır (Taha 20/53-54; Yasin 36/36). Nisâ 4/1 ve Hucurât 49/13. ayeti insanların bir erkekle bir kadından türeyerek kavimler ve kabileler halinde çoğaldıklarını ifade etmektedir. Bu şekilde insanın kendi fâniliğini fark etmesiyle içinde uyanan ölümsüzlük arzusu, gerçekleşme imkânını erkek ve kadının cinsî münasebetiyle sağlanacak olan neslin devamında bulmuştur. Kur'an'da kadın ile erkeğin birbirine karşı duydukları arzu ve ilgi gerçekçi bir şekilde dile getirilmiş, insanın bu duyguya sahip olarak yaratıldığına (Âlü İmrân 3/14), cinsî arzunun dayanılmaz olduğu ve ancak Allah'ın yardımıyla kontrol edilebileceğine işaret edilmiştir (Yusuf 12/23-24, 30, 53).

Kur'an kadını, erkeğin kendisinde huzur ve tatmin bulduğu, dolayısıyla cinsî bakımdan muhtaç olduğu bir varlık olarak görür. İki cins arasındaki duygu bağı, "Allah aranızda sevgi ve merhamet bağı kurdu" diyerek ifade eder ve bu durumu, düşünenler için bir ibret örneği olarak gösterir (A'râf 7/189; Rum 30/21).

İffetin korunması esastır ve cinselliğin tek meşru yolu nikahtır. Bu sebeple nikâh akdinin dışındaki birleşmeler kesinlikle yasaklanmış, evlenemeyenlerin de iffetlerini korumaları emredilmiştir (Nur 24/32-33).

Normal cinsî birleşme dışındaki yollarla cinsî tatmin arayışı haram kılınmıştır. Nitekim Kur'an'da eşcinselliğe düşkün olan ve peygamberleri Lût'un ikazlarına rağmen bu sapıklıktan vazgeçmeyen Lût kavminin Allah tarafından helâk edildiği bildirilmektedir (A'râf 7/80-84;¹ Hûd 11/77-83; Şuarâ 26/161-175; Ankebût 29/28-35). Lût kavminin "çirkin işler"inin (Enbiyâ

¹ Fahişe kelimesi Lut Kavminin yaptığı çirkin fiil (eşcinsellik) anlamında da kullanılmıştır: "Sizden hiç kimsenin yapmadığı hayasızlığı mı yapıyorsunuz? Çünkü siz, kadınları bırakıp şehvetle erkeklere yaklaşıyorsunuz. Hayır, siz haddi aşan bir kavimsiniz." (A'râf, 7/80-81, ayrıca bk. Ankebût 31/28).

21/74)² on ayrı surede tekrar tekrar anlatılması ve bunun toplumu büyük bir felâkete sürüklediği belirtilerek şiddetle kınanması, İslâm ahlâkında eşcinselliğin fitrata aykırılığını ve ortaya çıkaracağı zararların boyutlarını göstermesi bakımından büyük önem taşır.

II. TARİHÇE

Erkekler arası eşcinsel ilişki hemen her dönemde ve her toplumda cinsî bir sapkınlık olarak görülmüş ve kınanmış, dinlerin de ortaklaşa mücadele ettiği çirkin bir davranış olmuştur. Tevrat'ta Sodom halkının rabbe karşı günahkâr olduğu ve orada her türlü ahlâksızlığın, özellikle cinsî sapıklığın yaygınlaştığı ifade edilir (Tekvîn, 13/13; 18/20). Yahudilikte çirkin bir davranış olarak kabul edilen erkekler arası eşcinsel ilişkiler yasaklanmış ve bu tür ilişkide bulunanların cezalarının ölüm olduğu belirtilmiştir (Levililer, 18/22; 20/13). Yeni Ahid'de de eşcinsel ilişkide bulunanlar şiddetle kınanan kimseler arasında zikredilir (Romalılara Mektup, 1/27; Korintoslulara Birinci Mektup, 6/9).³

Tevrat'ta bildirildiğine göre Ölüdeniz kıyısındaki Sodom ve Gomore'de (Ammûre) Hz. Lut, peygamber olarak görevlendirilmiştir. Buralarda oturan halk, inkarcılık yanında, livâtayı da normalleştirmişlerdi. Hz. Lût, erkeğin erkeğe yaklaşması (eşcinsellik) şeklindeki bu fuhuş çeşidini, daha önce hiçbir millette görülmemiş ölçüde yaygınlaştırmaları sebebiyle onları eleştirdi; kendisinin güvenilir bir peygamber olduğunu, Allah'tan korkup davetine icabet etmeleri, hallerini düzeltmeleri gerektiğini söyledi ve bu yaptıkları sebebiyle onları “müsrifler” şeklinde niteledi. “Makul ve meşru ölçüleri aşan” anlamına gelen müsrif kelimesinin burada cinsel sapıklığı ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Lût ve ailesi diğer inananlarla birlikte ülkeden ayrıldıktan sonra geride kalanlar başlarına taş yağdırılmak suretiyle helak edildiler. Böylece Lût kavmi

² Ayette geçen habis kelimesi, pis, iğrenç veya zararlı olduğu için insan tabiatının hoşlanmadığı, aklın ve dinin benimsemediği şeyler demektir. DUMAN, Zeki, “Habis” *DİA*, C:14, s.379.

Habis, bozuşmuşluk, kokuşmuşluk ve değersizlik nedeniyle kendisinden iğrenilen şey; Kur'anî anlamıyla ise, itikadî bâtil, sözde yalan ve davranışlarda çirkinlik demektir... Zinâ ve livata gibi fiiller “habîs” amellerdir ve habislere yakışır... habis kadınlar, habis erkekler içindir (Nur 24/26).

Edepsizlik yapan, edepsizliği tabiileştirecek davranışlarda bulunan kimseler "pislerdir, ahlâksızlardır, kötülerdir"; onlarla düşüp kalkanlar da giderek onlara benzerler. KARAMAN-ÇAĞRICI-DÖNMEZ-GÜMÜŞ, Kur'an Yolu, Ank.2003, IV/90-91.

³ YAŞAROĞLU, Kamil, “Livata” *DİA*, C:27, s.198.

inançsızlık ve ahlâksızlığının cezasını çekerek tarih sahnesinden silinip gittiler. Hud, 11/83. ayetin son cümlesi Lût kavminin yaşadığı inançsızlık ve ahlâksızlığı yaşayan kimselerin başına bu tür felâketlerin gelebileceğine işaret etmektedir.⁴

Kitap ve Sünnet'te zinanın cezası belirlenmekle beraber, sapıklık ve çirkinlik sayılarak yasaklanan eşcinselliğin cezası tayin edilmemiş; bu yüzden müslüman âlimler bu suçun cezası hakkında taşlama (recm), yakma, üstüne duvar yıkma, yüksek bir yerden atmak suretiyle öldürme gibi farklı idam usulleri önermişlerdir. İmam Ebu Hanife ve diğer bazı âlimler ise ta'zîri (hâkimin uygun göreceği öldürme dışındaki bir cezayı) yeterli bulmuşlardır.⁵

III. TANIM VE KORUNAN HUKUKİ YARAR

A. Tanım

Livata kelimesi anlamını erkekler arası eşcinsel ilişkinin yaygın olduğu Lût kavminden almaktadır.⁶ Livatada anal ilişki söz konusudur, ilişkide haşefenin (yoksa erkeklik organından o kadar miktarın) anüste kaybolması (vat'), suçun maddi unsurudur.⁷

Gönüllü eşcinsel ilişki livata olarak adlandırılabilir. Dolayısıyla livata çok failli bir suçtur. Maddi veya mefruz cebir varsa ırza geçme (ağır cinsel saldırı) olacağı için eşcinsel (anal) ilişki şeklinde olsa bile livata olarak adlandıramayız.

“Livata, iki tarafın muvafakatiyle vaki olduğu takdirde (faillerin) her ikisi hakkında da şiddetli ta'zir cezasını gerektirir. Hatta bu gibi cinsel birleşmelerden dolayı verilecek ceza, darb suretiyle olan ta'zirlerin son haddine kadar tatbik edilmesiyle olur. Cebir bulunduğu takdirde yalnız zorlayan hakkında bu veçhile ta'zir cezası verilir. Böyle bir hareketi itiyad eden bir şahsın siyaseten (taziren) katli de caizdir.”⁸

⁴ Kur'an Yolu, III/183-184.

⁵ Kur'an Yolu, II/434.

⁶ YAŞAROĞLU, “Livata” s.198.

⁷ BİLMEN, Ö. Nasuhi (1971): Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, İst.1975, III, No:536.

⁸ BİLMEN, III, No:887.

Hadislerde, kadının kadına mahrem yerlerini açamayacaklarından⁹ ve kadının kadına yönelik cinsel talebinin lanetlediğinden¹⁰ yola çıkılarak lezbiyenler için daha çok tazir cezası üzerinde durulmuştur.

B. Korunan hukuki yarar

Genel ahlak ile kamu düzeni arasında kopmaz bağlar olduğu için İslâm ceza hukukunun amaçlarından biri de genel ahlakı korumaktır. Suç sayılan fiillerin çoğu aynı zamanda ahlaka da aykırıdır. Cinsel ahlakı bozan fiillerin cezasının ağırlığı, örneğin livatayı alışkanlık haline getirenlere ölüm cezası verilmesi, İslâm hukukunun bu konudaki hassasiyetini gösterir.¹¹

IV. LİVATAYLA İLGİLİ NASLAR

A. Ayetler

“İçinizden eşcinsel ilişkide bulunan erkeklere gelince onların her ikisini de (kınamak, azarlamak ve hatta dövmek suretiyle) cezalandırın...” Nisa, 4/16.

İsfahanlı müfessir Ebû Müslim (ö.323/935)'e göre, livata suçunun cezası, bunu yapanlara söz ve fiille eziyet çektirmek, onlara maddî ve manevî olarak acı vererek canlarını yakmak, böylece bu iğrenç fiili işlemekten vazgeçmelerini sağlamaktır. Ceza olarak ne söyleneceği, ne yapılacağı ayette açıklanmamış, içtihat ve uygulamaya bırakılmıştır.¹²

“Kadınlar sizin ekeneğinizdir; ekeneğinize hangi taraftan isterseniz oradan varın.” Bakara, 2/223.¹³

⁹ Müslim, *Hayız*, 74

¹⁰ Ebubekir Ahmed b. el-Hüseyin b. Ali el-Beyhaki, *Kitabu's-Sünenü'l-Kübra*, Beyrut, 1992, VIII/233.

¹¹ AKŞİT, M. Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, İst.1976, s.34, 58.

¹² Kur'an Yolu, II/20-24. Nisa 15. ve 16. ayetlere dayanarak söylenebilir ki; toplum içinde açıkça eşcinsel ilişki görülmeye başlandığı zaman, bu davranışın insanın fitratına aykırılığına yönelik toplumsal tepkiyi korumak ve doğru bir ahlaki tavır olmadığını göstermek adına kınanması; bu davranış şeklinin doğal davranış şekline dönüşmemesi için de kişinin eşcinsel talebinden vazgeçinceye kadar evde kapatılması, toplumdaki uzaklaştırılması gibi yetkililer tarafından verilecek cezalarla bu fiilin yaygınlaşmasının önlenmesi, toplumun genel faydası adına alınabilecek tedbirlerdendir. ŞAHİN, Nurten Zeliha, “İslam Hukuku ve İnsan Hakları Bağlamında Eşcinsellik Sorunu”, *EKEV Akademi Dergisi*, Yıl: 19 Sayı: 62 (Bahar 2015), s.525.

¹³ İslâm'a göre meşru cinsel ilişki, birbiriyle evli bulunan bir kadınla bir erkek arasında olan (kadın kadına ve erkek erkeğe olamaz); birleşme kadının üreme organından yapılandır; sapık cinsel ilişki (arkadan, anal seks) caiz değildir. Kur'an Yolu, I/242-243.

“Lut, kavmine şöyle dedi: “Siz nasıl insanlarsınız?! Dünyada sizden önce hiçbir toplumun yapmadığı iğrenç bir işi nasıl yapıyorsunuz?! Kadınları bırakıp şehvetinizi tatmin için erkeklerle ilişkiye giriyorsunuz... siz gerçekten azıp yoldan çıkmış bir topluluksunuz!” Araf, 7/80-81.

“Emrimiz gelince oranın altını üstüne getirdik ve üzerlerine sağanak halinde, rabbın katında işaretlenmiş taşlar yağdırdık. Böyle cezalar zalimlerin başından hiç eksik olmaz.” Hud, 11/82-82.

“Böylece [bu günahkar şehirlerin] altını üstüne getirdik; belirlenmiş cezanın infazı için üzerlerine püskürtü halinde sert taşlar yağdırdık.” Hicr, 15/74.¹⁴

B. Hadisler

Livata Cahiliye Arapları arasında bilinen bir fuhuş türü değildi.¹⁵ Hz. Peygamber zamanında da livata suçu işleyen olmamış, Hz. Peygamber hiç kimse hakkında bu suçtan dolayı hüküm vermemiştir.¹⁶

Hz. Peygamber, Hz. Lut’un (Hud, 11/80) ayetinde geçen temennisini ve Hud, 11/83. ayetini okuyunca livata yapanların melun olduklarını bildirmiş,¹⁷ *“Bir erkek bir erkeğe cinsel yönden yaklaşırsa ikisi de zanidir.”¹⁸* “Ümmetim

¹⁴ Allah’a âsi olup peygamberin ikazlarını ciddiye almadan, hiçbir değer yargısı tanımadan, yüz kızartıcı ahlâksızlıkları bile hayasızca ve fütursuzca işlemekte ısrar eden bir toplumun akıbeti ortaya konulmuştur. Krş. A’râf 7/80-84; Hûd 11/69-83; Şuarâ 26/160-173; Neml 27/54-58, Kur’an Yolu, III/324.

¹⁵ EBU ZEHRA, Muhammed, el-Cerime, Kahire, Ty. No:271. Livata kelimesi, Araplar arasında Kur’an’da Lût kavminden bahsedilmesinden sonra kullanılmaya başlanmıştır. YAŞAROĞLU, s.198.

¹⁶ ŞEVKANİ, Muhammed b. Ali b. Muhammed (1250/1834): Neylü’l-Evtâr Şerhu Münteka’l-Ahbâr, Beyrut, T.y. VII/131, YAŞAROĞLU, s.198-199.

¹⁷ Ahmed b. Hanbel, I/217, Tirmizi, *Hudud*, 24. Bu hadislerin hadis tekniği açısından değerlendirilmesi için bkz. KESKİN, Yusuf Ziya, Recm Cezası, İst.2000, s.303-305.

¹⁸ HİNDÎ, Kenzû’l-Ummal, C:V, Hadis No:13103, MERĞİNÂNÎ, Burhaneddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebubekir (593), el-Hidaye Şerhu Bidayeti’l-Mübtedi, İst.1986, II/102; KASANİ, Alaeddin Ebubekir b. Mes’ud (ö.1191), Bedâiu’s-Sanâi fi Tertibi’ş-Şerai’, Mısır, 1327, VII/34; SERAHSÎ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (483/1090), el-Mebcut, Beyrut, 1986, IX/77; İBN HÜMAM, Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvâhid (861/1456): Fethu’l-Kadîr, Mısır, 1970, V/43; ŞİRBİNİ, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (ö.1570), Muğni’l-Muhtâc ilâ Ma’rifeti Meânî Elfâzi’l-Minhâc, Mısır, 1958, IV/144; İBN KUDAME, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed (620/1223): el-Muğni, Beyrut, 1984, X/155-6; Anılan hadisi Beyhâkî, Taberânî, Tayâlisî, ve Ebu’l-Feth el-Ezdî rivayet etmiştir; ancak hadis

hakkında en çok korktuğum şey, livata suçunu işlemeleridir. Livata faillerini bulursanız, üsttekini ve alttakini birlikte recmediniz.” buyurmuştur.¹⁹

Yine livata ve lezbiyen ilişki faillerinin Lut Kavmine verilen ceza ile cezalandırılmalarını emretmiş²⁰ ve şöyle buyurmuştur: “*Livata yapanları bulduğunuzda üsttekini de, alttakini de ölüm cezasına çarptırınız.*”²¹

Hz. Peygamber bu konuda yine: “*Ahir zamanda ümmetimden bir topluluk erkekleri erkeklerle, kadınları kadınlarla (eşcinsel ilişki ile) yetinecek, böyle olunca Allah’ın Lut kavmine taş yağdırdığı gibi azabını bekleyin!*”

Başka bir rivayette de: “*Bu ümmet tarafından kadınlarla nikahlı cinsel birleşmenin helal sayıldığı gibi erkekle erkeğin cinsel birleşmesi helal sayılıncaya kadar kıyamet kopmayacaktır. Bu durum zuhur edince de Allah onları taşla helak edecektir.*” buyurmuştur.²²

Şevkani, livatanın cezasına yönelik hadislerden bahsettikten sonra, livata fiilini işleyenler için Hz. Peygamber’den gelen rivayetler yönü ile recm cezasının sabit olmadığını ve bu rivayetlerden yola çıkılarak kesin olarak bu cezanın verilemeyeceğini belirtir. Peygamberimiz hayatındayken bu fiilden dolayı kimseyi recmetmemiş ve buna dair bir hüküm de vermemiştir. Bu nedenle Sahabe, livata fiilinin ceza yaptırımını için içtihatla hüküm vermiştir.²³

C. Sahabe Görüşü

Cahiliye dönemi ve Hz. Peygamber’in sağlığında Araplarda bilinmeyen livata, Şam’ın Fethi sırasında o bölgede yaygın olduğu görülünce Halid b. Velid bu suçun cezasını öğrenmek üzere Medine’ye birini göndermiştir.²⁴ Hz Ebubekir’e bir kadınla nikâhlanır gibi bir erkek ile bir erkek nikâhlandı haberi

zayıftır; bkz. BEYHAKÎ, Ebubekir Ahmed b. el-Huseyn (ö.1066): es-Sünenü’l-Kübrâ, Beyrut, T.y. VIII/233; ŞEVKÂNÎ, VII/116.

¹⁹ İbn Mace, *Hudud*, 12/2562; Tirmizi, *Hudûd*, No: 1456; Ebû Davud, *Hudûd*, No: 4462. Hadis sahih olarak nitelendirilmiştir. HARMAN, Ö. Faruk, “Lut” *DİA*, C:27, s.229.

²⁰ KURTUBÎ, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî (671/1273): el-Câmi’ li-Ahkâmî’l-Kur’an, Beyrut, 1988, IX/55-56.

²¹ İbn Mace, *Hudud*, 12; Tirmizi, *Hudud*, 25/1456, Ebu Davud, *Hudud*, 29/4462, RUDANÎ, Muhammed b. Süleyman, Cem’u’l-Fevâid (Büyük Hadis Ansiklopedisi) (Çev: Naim Erdoğan), İst. Ty. III/74, AKŞİT, s.73.

²² KURTUBÎ, IX/56.

²³ ŞEVKANİ, VII/131.

²⁴ EBU ZEHRÂ, el-Cerime, No:271.

gelince, Ebubekir sahabeyi toplar. Hz. Ali, Lut kavmine verilen cezayı hatırlatarak, bu fiil konusunda çok şiddetli davranılması görüşünden hareketle bu fiili yapanların yakılması fikrini söyler. Toplantıda bulunan sahabiler aynı fikirde icma edince, Hz. Ebubekir yakılması yönünde mektubunu yazar.²⁵

Bu sebeple Hz. Ebubekir'in Ashap ile istişare ettiği ve livatanın cezasının ölüm olduğu konusunda ittifak ettikleri belirtilmiştir.²⁶ Sahabe, livatanın ölüm cezası gerektirdiği konusunda ittifak etmişler, ancak ölüm cezasının infaz tarzı konusunda farklı fikirler beyan etmişlerdir.²⁷ Hz. Ebubekir'in livata suçuna ateşte yakmak suretiyle ölüm cezası verileceği görüşü nakledilir.²⁸ Sahabe livatanın cezasını maslahat ilkesine dayanarak tespit etmiş, failin ateşte yakılacağını söylemişlerdir.²⁹

Hz. Ali'ye göre livataya zina cezası uygulanır, yani fail / failer muhsan ise recm, muhsan değilse 100 celde ve sürgün.³⁰

²⁵ BEYHAKİ, VIII/23; ŞEVKANİ, VII/132.

²⁶ ÇİVİZADE, Şeyhülislâm Muhyiddin Muhammed b. İlyas (ö.954/1547): "Risale Mûteallika bi't-Tezir" Tahkik: Abdullah Özer, *İslâm Hukuk Literatüründe Tazir Risaleleri ve Şeyhülislâm Muhyiddin Muhammed b. İlyas Çivizade'nin Risale Mûteallika bi't-Tezir Adlı Risalesi*, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst. 2000, s.30, EBU ZEHRA, Muhammed, el-Ukûbe, Kahire, Ty. No:134, CANAN, İbrahim: Hadis Ansiklopedisi Kütüb-i Sitte, Ank. Ty. V/203.

Failer muhsan olsun olmasın livatanın cezasının Sahabe ittifakına göre recm olduğuna dair görüş için bkz. İBN AŞUR, M. Tahir, *İslâm Hukuk Felsefesi* (Çev: V. Akyüz-M. Erdoğan), İst.1988, s.143.

²⁷ İBN TEYMİYE, Takıyyuddin Ahmed (728/1327): *es-Siyasetü's-Şer'iyye fi İslâh'r-Râî ve'r-Raiyye*, Beyrut, 1993, s.127. Sahabîler, livatanın cezası konusunda farklı görüşlere sahiptir. Sahabîlerin bu konuda değişik görüşlere sahip olmaları livatanın Arapça'da zina anlamına gelmediği, hukuken aynı yaptırımla karşılanamayacağını gösterir. Eğer Arapça'da veya Hz. Peygamber'in sünnetinde livata fiiline zina hükmünü vermeyi gerektiren güçlü bir delil olsaydı sahabîler bu konuda farklı görüşlere sahip olmazlardı. Sahabenin bu görüşleri için bkz. MERĞİNANİ, II/102; İBN HÜMÂM, V/43vd. MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz (885/1480), *Dürrü'l-Hukkâm fi Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, İst. 1978, II/66.

²⁸ MEVSİLİ, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd (683/1284), *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, Beyrut, 1975, IV/91, ÇALIŞKAN, İbrahim, "İslâm Hukukunda Zina Suçunun Mahiyeti ve Cezası" AÜİFD, C:XXXIII, Ank.1992, s.84-85.

²⁹ EBU ZEHRA, el-Cerime, No:247.

³⁰ MEVSİLİ, IV/91.

Abdullah b. Abbas'a göre livata failleri dağın tepesinden uçuruma atılır, ölmezse taşlanarak öldürülür.³¹

Abdullah b. Zübeyr'e yedi adet livata faili getirilmiş, bunlardan dördünün muhsan olduğu tespit edilerek recmedilmiş; üçü ise yüz celde cezasına çarptırılmıştır. Sahabeden Ata b. Rabah, İbn Abbas, İbn Ömer, Tabiundan Hasan Basri, Said b. Müseyyeb, Nehai, Katade ile İmam Şafii ve Ebu Yusuf bu görüştedir.³²

D. Mezheplerin Görüşleri

1- Hanefiler: Ebu Hanife'ye göre anal ilişki zina sayılmaz, yani livata zinaya kıyaslanamaz. Çünkü zinada gebelik ve evlilik dışı çocuk olma riski de vardır. Ebû Hanîfe, üreme organının dışındaki bir yolla kadın ya da erkekle cinsel ilişkide bulunmanın zina olarak kabul edilemeyeceğini ve livâta yoluyla nesebin karışma ihtimalinin bulunmadığını ifade ederek bu suçu işleyene ta'zîr cezası verilmesi gerektiğini söyler.³³ Bu sebeple zina genel ahlak ve aile düzeni yanında neslin korunmasını da sağlayan bir suç tipidir. Ayrıca zinaya meyil yaygın; livataya meyil ise istisnadır. Yani livatayı engelleyen cibilli faktörler vardır, bu sebeple çok yaygın olarak işlenen suç tipi değildir.³⁴ Elbette bu gibi suçlara bir ceza tertip edilir.³⁵ Ancak bu ceza şiddetli tazirdir, faillere dayak cezası verilebilir, failer ölünceye kadar hapsedilebilir,³⁶ itiyadi livatanın cezası

³¹ SERAHSİ, IX/79, İBN KUDAME, XII/349, MEVSİLİ, IV/91.

³² ÇALIŞKAN, s.86.

³³ YAŞAROĞLU, s.198.

³⁴ EBU ZEHRRA, el-Cerime, No:287, UDEH, Abdülkadir, et-Teşrû'l-Cinâiyyî'l-İslâmi Mukarinen bi'l-Kanunî'l-Vad'i, Beyrut, Ty. II, No: 486. Bu durum konjonktürel, son yıllarda Batıda bu fiilin yaygınlaştığı görülmektedir. ŞEKERCİ, Osman, İslam Ceza Hukukunda Tazir Suçları ve Cezaları, İst.1996, s.40.

³⁵ Anal ilişki, kişinin kendi eşi, kölesi veya cariyesiyle bile olsa itiyat haline getirilmişse taziren katl cezası verilir. ŞURUNBİLALİ, Hasan b. Ahmed b. Ali el-Vefai (1069), Haşiye (Dürerü'l-Hukam Şerh-i Ğureri'l-Ahkam ile birlikte) İst.1979, II/66.

³⁶ MEVSİLİ, IV/91, İBN HÜMAM, V/262, İBN NÜCEYM, Zeynüddîn b. İbrâhim el-Mısırî (970), Fetava, Bulak, Ty. (Şeyhzade b. Yusuf el-Hatib, Fetava'l-Ğiyasiyye Kenarında), s.78.

siyaseten katildir.³⁷ Ebu Hanife'ye göre erkek çocuğun ırzına geçme suçuna müebbet hapis cezası verilir.³⁸

Serahsi, livata failleri yaptıklarını helal sayarak yapıyorlarsa bu durumda mürted olacakları için recmedileceğini söylemiştir.³⁹ Ancak hadiste bu hususta bir sarahat mevcut olmadığı için bu yoruma katılma imkanı yoktur.⁴⁰ Ebu Hanife, ölüm cezasının zina haddi olan recm değil, siyaseten katil olabileceğini söylemiştir.⁴¹

Hanefî mezhebinde tercih edilen, bir kısım Şafiî ve Hanbelî hukukçusunun benimsediği, Zahirî, Caferî ve İbazi'lerin de katıldığı bu görüşün delilleri şu şekilde özetlenebilir:

Arapça'da erkek ve kadın arasında gayri meşru cinsi ilişkiye zina,⁴² erkekler arasındaki ilişkiye ise livata denir. Bu iki kavram birbirinin yerine

³⁷ RAZİ, Fahreddîn Muhammed b. Ömer, Mefâtihu'l-Ğayb (Tefsir-i Kebir), Beyrut, T.y. XVI/484-485, ZEYLAÎ, Fahreddin Osman b. Ali (743/1343), Tebynü'l-Hakaik Şerhu Kenzi'd-Dekaik, Bulak, 1315, III/180-181; İBN HÜMÂM, V/43, İBN ABİDİN, Muhammed Emin (1252/1836): Hâşiyetü Reddi'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr, İst.1984, IV/27, 117-118, AMİR, Abdülazîz, et-Ta'zîr fi's-Şerâti'l-İslâmiyye, Mısır, 1969, s.317-319, Vezâratü'l-Evkâf ve's-Şüûni'l-İslâmiyye, el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, "Tazir", Kuveyt, 1992, XII/263-264, BİLMEN, III/320, EBU ZEHRA, Muhammed, İslâm Hukuk Metodolojisi Fıkıh Usulü (Çev: A. Şener) Ank.1981, s.223, EBU ZEHRA, el-Cerime, No: 287, 303, BEHNESİ, A. Fethi, el-Mevsuatü'l-Cinaiyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, Beyrut, 1991, IV/279, ÇALIŞKAN, s.86.

³⁸ ÂMİR, No: 322.

³⁹ SERAHSİ, IX/77, AKŞİT, s.73.

⁴⁰ KESKİN, s.308.

⁴¹ MERĞİNANİ, II/102.

⁴² Zina kavramı en geniş anlamıyla cinsel yasağı ifade eder. Bu yaklaşım bir hadiste geçen gözün ve dilin zinası tabirlerinden kaynaklanır (Buhârî, *İstizân*, 12, *Kader*, 9; Müslim, *Kader*, 20). Hadis, göz ve dille işlenen cinsel günahın söz ederken zina kelimesinin mecazi anlamda kullanımına da örnek teşkil eder. Zina suçunu teknik anlamda tanımlamaya çalışan Hanefîlere göre suçun oluşması için fâilin mükellef olması, rızasının bulunması, fiilin İslâm ülkesinde işlenmesi, evlilik bağı veya şüphesi bulunmayan bir kadınla ve önden yapılması şartları da aranır. Böylece cebir ve tehdit altında, tecavüzle, İslâm ülkesi dışında, nikâhlı eşi zannettiği biriyle, ters ilişki (livâta) tarzında ve hemcinsiyle olan münasebet teknik anlamda zina suçunu değil; farklı cezaları gerektiren suçları oluşturur. Malikiler buna müslüman olma şartını eklemiş, Şafiiler ve Hanbelîler ters ilişkiyi de zina kapsamında saymıştır. Tarafardan birinin veya her ikisinin fiilin işlendiği sırada evli ya da bekâr olması eylemi suç olmaktan

kullanılmaz. Dolayısıyla Kur'an ve Sünnette belirtilen zina suçunun kapsamına livatayı dahil etmek dil açısından yanlıştır.⁴³ Livâtanın haram olması, zinanın haram olmasından daha şiddetlidir, çünkü livâta akla, şer'a ve insan doğasına aykırıdır. Zina ise doğal bir ilişki türüdür. Zinanın haram olması evlenme ve milk-i rekabe ile (satın alma) zail olur. Eşcinselliğin haram olması ise ebedidir; bu ilişkiyi helal yoldan yapma imkanı yoktur.⁴⁴

Kur'an ve Sünnette livatanın zina hükmünde olduğuna dair kabul edilebilir bir açıklama bulunmamaktadır. Kur'an'da hem zinanın hem de livatanın "fahişe" kelimesiyle nitelendirilmesi bu iki fiilin aynı suçu oluşturduklarını göstermez; çünkü fahişe kelimesi Arapça'da genel olarak bütün çirkin davranışlar anlamında kullanılmaktadır.⁴⁵ Kur'an'da fahişe

çıkarmamakta, fakat cezanın farklı şekilde belirlenmesine yol açmaktadır. Livâta erkek erkeğe ilişkiyi (eşcinsellik), sihâk da kadın kadına ilişkiyi (lezbiyenlik) ifade için kullanılan terimler olup ağırlıklı kanaat bu fiillerin zina kapsamına girmeyen farklı cinsel suçlar teşkil ettiği yönündedir. ESEN, Hüseyin, "Zina" *DİA*, C:44, s.440.

⁴³ ŞAFAK, Ali, *Mezhepler Arası Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, Erzurum, 1977, s.140-141.

⁴⁴ BÂBERTÎ, Ekmeleddin Muhammed b. Mahmud (ö.1384): *Şerhu'l-Înâye ale'l-Hidâye*, Mısır, 1970, V/263. Ebu Hanife'ye göre göre livataya had cezası verilmemesi, bu fiilin hafif bir suç telakki edilmesinden değil; aksine pek büyük günah olduğu içindir. Çünkü bir kavle göre "had cezaları" günahları temizler (İBN NÜCEYM, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısırî Hanefî (ö.970/1563), *el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, Kâhire (t.y.), V/63*); livatanın günahını verilen ceza da temizlemez.

Anal ilişki neslin korunması hukuki yararını ihlal etmiyorsa da (ZUHAYLİ, Vehbe, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletüh, Dâru'l-Fikr, Dimaşk, 1989, VII/364, UDEH, II/352*), sağlık açısından zinadan daha tehlikelidir. ŞEKERCİ, s.41.

⁴⁵ Fahişe kelimesinin genel olarak kötülük (utanç verici, iğrenç ve çirkin iş) anlamında kullanıldığı ayetler: Bakara, 2/169; Alü İmran, 3/135; En'am, 6/151; A'raf, 7/33; Nahl, 16/90; Ankebut, 29/45; Şura, 42/37; Necm, 53/32.

Fahişe kelimesinin edepsiz (çirkin) söz anlamında kullanıldığı ayetler: Nur, 24/19, 37, Ahzab, 33/30.

Fahişe kelimesinin zina anlamında kullanıldığı ayetler: Nisa, 4/15, 19, 25; Yusuf, 12/24; İsra, 17/32; Ahzab, 33/30; Talak, 65/1.

Fuhuş kelimesinin ensest ilişki anlamında kullanıldığı Nisa, 4/22.

Fahişe kelimesinin livata anlamında kullanıldığı ayetler: Nisa, 4/16, A'raf, 7/80; Neml, 27/54; Ankebut, 29/28.

kelimesi ve türevleri 20 yerde geçmektedir. En'âm 6/151 ayetinin anlamları arasında zina cezasını gerektiren bir anlamın olduğunu söyleyen yoktur.⁴⁶

Livâtayı zina olarak nitelendiren hadis ise zayıftır. Bunun yanında Hz. Peygamber'in, lûtîlik yapanların öldürülmesini emrettiği rivayet edilmiştir. Bu hadis livatanın ayrı bir suç olduğunu göstermektedir.⁴⁷

Hanefîlerden Ebû Yûsuf ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'ye göre livâta yapan kişiye zina suçunda olduğu gibi had cezası uygulanır; fail muhsan ise recmedilir, muhsan değilse 100 celde ile cezalandırılır.⁴⁸ Bu iki hukukçunun gerekçelerini şu şekilde özetlemek mümkündür: Kur'an, hem zinayı hem de livatayı fahişe (çok çirkin fiil) olarak nitelemiş, böylece bu iki fiil birbirine denk tutulmuştur (A'raf, 7/80; İsrâ, 17/32).

Erkeğin erkek veya kadınla ilişkisinin birbirinden farkı yoktur. Her iki fiilde de kesin olarak haram kılınan bir cinsel birleşme gerçekleşmekte ve amaçlanan aynı cinsel zevk duyulmaktadır. Bu hüküm kıyasa değil nassın delaletine dayanmaktadır.⁴⁹ Çünkü Hanefî usûlüne göre, had cezalarında kıyas yapılamaz. Had cezalarında kıyasın kabul edildiği mezheplerde ise, livata zinaya kıyas edilmiştir.⁵⁰

Dolayısıyla yabancı ile anal ilişkiye had cezası gerekir (yani muhsan ise recmedilir, muhsan değilse celde cezasına çarptırılır). Ancak kendi eşi, cariyesi ve kölesi ile anal ilişkiye girene fiili itiyat halinde ise hapis, dayak veya siyaseten katle varabilecek ceza takdiri ülûlemre aittir.⁵¹

Hukukçuların livatayı zina saymak için benzer yönlerini vurgulamalarına rağmen zinanın yasaklanması illetinin livatada mevcudiyetini kabul ettirememişlerdir.⁵²

⁴⁶ Fahişe kelimesi Nisa, 4/15 ayetinde lezbiyen ilişki, Nisa, 4/16 ayetinde ise eşcinsel ilişki için kullanılmıştır. Kur'an Yolu, I/500.

⁴⁷ Tirmizi, *Hudûd*, 24; İbn Mâce, *Hudûd*, 12. Bu hadisin sıhhat derecesi tartışmalıdır. İBN HÜMAM, V/43.

⁴⁸ YAŞAROĞLU, s.198-199.

⁴⁹ HUSARİ, Ahmet: es-Siyasetü'l-Cezaiyye fi'l-Fıkhî'l-Ukubatî'l-İslâmî'l-Mukaran, Beyrut, 1993, II/15.

⁵⁰ RÂZÎ, Fahreddîn Muhammed b. Ömer, *Mahsûl fi'l-İlmi Usûli'l-Fıkh*, Riyad, 1979, V/471.

⁵¹ BİLMEN, III/207-208.

⁵² SAN'ANİ, Muhammed b. İsmail, *Sübülû's-Selam Şerhu Bülûğu'l-Merâm*, el-Mektebetü't-Ticâriyyeti'l-Kübrâ, Mısır, T.y. IV/13.

2- Malikiler: Malikîler, failin hür, müslüman veya muhsan olup olmadığına bakılmadan livata faillerinin recmedileceği görüşündedirler.⁵³ Kurtubî tefsirinde yukarıdaki rivâyetle beraber İmam Mâlik'ten Atâ bin Ebi Rebâh, İbrahim en-Nehaî ve Said İbn el-Müseyyib'e isnâd edilen başka bir rivâyeti de zikreder. Şöyle ki: "Eğer muhsan ise recmedilir; değilse, hapsolunur ve te'dip edilir."⁵⁴

Malikîlerden Eşheb'e göre livata suçunu işleyen gayrimüslime zinada olduğu gibi tazir cezası verilir, köleye elli celde vurulur.⁵⁵

3-Şafiiler: Şafiilerin bir görüşüne göre livata zina haddi gerektirir yani fail muhsan ise recmedilir, muhsan değilse celde ve sürgün cezalarına çarptırılır.⁵⁶ Kendisine livata yapılan, muhsan olsa bile celde ve sürgün cezası verilir.⁵⁷

Şafiilerden nakledilen ikinci görüşe göre, livata failleri muhsan olsun olmasın recmedilir.⁵⁸ Bazı Şafîî kaynaklarında livata suçlusuna ölüm cezası verileceği ifade edilir.⁵⁹ Yani her halükârda livatanın cezası idamdır. Caferî mezhebinde bu görüş tercih edilmiştir.⁶⁰

⁵³ SAHNUN (240/854), el-Müdevvenetü'l-Kübra, Beyrut, Ty. VI/203, BİLMEN, III/201, BEHNEŞİ, IV/280, YAŞAROĞLU, s.198. İmam Mâlik ve Ahmed b. Hanbel ise Hz. Peygamber'den nakledilen ve livâta yapan kişilerin öldürülmesi ya da recmedilmesi gerektiğini ifade eden hadisleri (İbn Mâce, *Hudûd*, 24; Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 29; Tirmizî, *Hudûd*, 24) esas alarak muhsan olsun ya da olmasın livâta fiilinin failine recm cezası verileceği görüşündedir. YAŞAROĞLU, s.198.

⁵⁴ KURTUBÎ, VII/243.

⁵⁵ BÂCÎ, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef (ö.1102), el-Müntekâ Şerhu'l-Muvatta, Beyrut, 1332, VII/141; DESÛKÎ, Hâşiye, IV/320.

⁵⁶ AMİR, s.184, BEHNEŞİ, IV/279. İslâm hukukçularının çoğunluğu, bir kimse aleyhine yapılan livâta ithamı ispat edilemezse kazf suçunu oluşturur. Ebu Hanife ve Zahirîlere göre livata ithamı hakaret suçu olup ta'zîr cezası gerektirir. ZERKA, Mustafa Ahmed, Fetava, Dimaşk, 1999, s.397, YAŞAROĞLU, s.199.

⁵⁷ MÂVERDÎ, XII/213.

⁵⁸ Şafiiler livatayı zinaya kıyaslayarak faillerin zina haddine tabi olduklarını söylemişlerdir. EBU ZEHRA, İslâm Hukuku Metodolojisi, s.223, EBU ZEHRA, el-Cerime, No: 287, 303.

⁵⁹ ŞİRBİNİ, IV/144; NEVEVÎ, Ebu Zekeriya, Muhyiddin b. Şeref, el-Mecmû Şerhu'l-Mühezzeb, Mektebetü'l-İrşâd, Cidde, T.y. XXII/60.

⁶⁰ ŞİRBİNİ, IV/144; NECEFÎ, Muhammed Hasen, Cevâhiru'l-Kelâm fî şerhi Şerâii'l-İslâm, Beyrut, T.y. XLI/378, 380.

Şafî mezhebine göre pasif olan fail muhsan olsa da olmasa da sopa ve sürgün cezasıyla cezalandırılır. Bazı Şafî hukukçulara göre pasif fail muhsan bir kadın ise recmedilir.⁶¹

4- Hanbeliler: Ahmed b. Hanbel'e göre, livata yapan ve yaptırmanın öldürülmesi had cezasıdır. Ahmed b. Hanbel ve İshak b. Rahuye'nin görüşüne göre livata faileri recmedilir. "*Livatanın haddi (cezası) recmdir.*"⁶²

5- Zahiriler: Zahiriler de livatayı had suçu saymazlar.⁶³ Lut kavmine verilen üzerlerine taş yağdırılması cezasının sebebi İbn Hazm'a göre bu kötü fiil değil onların küfürleridir. Çünkü Lut'un karısı da, bu kötü fiili yapmadığı halde aynı cezaya maruz kalmıştır.⁶⁴ Bu mezhebin hukukçularına göre livata suçuna tazir cezası verilmelidir. İbn Hazm, livata fiilini işleyene verilen ölüm cezasının Kur'an'dan ve Sünnetten kaynaklanmadığına değindikten sonra, livata fiiline verilecek cezanın, bu fiilin topluma vereceği zararı örtmek ve yaygınlaşmasını önlemek amacı ile tazir cezası olabileceğini belirtir.⁶⁵

6- İmamiye: İmâmiyye mezhebine mensup hukukçular livâtayı zinadan ayrı bir fiil olarak değerlendirmekte, livâtanın zinaya kıyas edilemeyeceğini ve zina olarak adlandırılmayacağını söylemektedirler. Dolayısıyla livata, zinadan farklı bir suçtur ve hükümleri farklıdır.⁶⁶ İmamiyye mezhebi hukukçularından bazıları da, isnat yeteneği olan livata failinin ölüm cezasına çarptırılacağını söyler.⁶⁷

7- Caferiler: Caferîler, suçların tekerrüründe taziren katli cezası verilmesini ilke olarak benimsemişlerdir. Büyük günahları dördüncü kez işleyenlerin öldürülmesi kuraldır. Buna göre cinsel saldırı, hayvanla ve lezbiyen

⁶¹ ŞİRBİNİ, IV/144.

⁶² İBN FERHUN, Burhâneddîn Ebü'l-Vefâ İbrâhîm İbnü'l-İmâm Şemseddîn Ebî Abdillâh Muhammed (799/1397): Tabsiratü'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdiye ve Menâhici'l-Ahkâm, Kahire, 1986, II/197, ÂMİR, s.306-307, HUSARİ, II/58.

⁶³ İBN HAZM, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (456/1064) el-Muhalla bi'l-Âsâr fi Şerhi'l-Mücellâ bi'l-İktisâr, Beyrut, 1988, XI/380, YAŞAROĞLU, s.198.

⁶⁴ İBN HAZM, XI/384.

⁶⁵ KASANİ, VII/34; İBN HÜMAM, V/43vd.; İBN ÂBİDİN, IV/29-30; ŞİRBİNİ, IV/144.

⁶⁶ YAŞAROĞLU, s.198.

⁶⁷ AMİR, s.185, 320.

ilişkilere girenler bu fiilleri dördüncü kez tekerrür ederse üçüncü tekerrürdeki tazirin infazından sonra öldürülürler. Livatanın cezası her halükârda idamdır.⁶⁸

7- Zeydiler: Livata faili muhsan ise recmedilir; değilse celde cezası uygulanır.⁶⁹

8- Çağdaş İslâm Hukukçuları: Abdülaziz Amir, zinanın karşı cinsler arasındaki normal yoldan cinsel ilişki olduğunu; livata ve lezbiyen ilişkinin ise zina sayılamayacağını, dolayısıyla tazir cezası gerektirdiğini söyler.⁷⁰

M. Selim Avvâ, tazir görüşünü tercih ederken burada ölüm cezasına karşı çıkararak; yapılan araştırmaların homoseksüel ilişkilerin genellikle (isnat yeteneğini azaltan) organik veya psikolojik bir hastalığın neticesi olarak ortaya çıktığını gösterdiğini, faile ceza verirken bu hususun göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamıştır.⁷¹

Özetle, Kur'an ve Sünnet'te zina suçunun cezası belirlenmiş olmakla birlikte sapıklık ve çirkinlik sayılmasına rağmen eşcinselliğin cezası tayin edilmemiş, bu yüzden alimler arasında bu suçun cezasının: recm (taşlama), yakma, üstüne duvar yıkarak veya yüksek bir yerden atarak öldürme gibi farklı idam usulleri önerilmiştir. Ebu Hanife ise tazir cezasını yeterli bulmuştur.⁷²

Görüldüğü üzere Hanefî ve Zahirîlerin dışındaki mezheplerin livata için öngördüğü ölüm cezasının had yönü ağırlık kazanmaktadır. Ayrıca ölüm cezası verileceğini emreden hadisler her ne kadar zayıf olsalar da, bu uygulamanın "ta'ziren" şeklinde isimlendirilmesine engel teşkil etmektedirler. Zira bu rivayetler cezaı tayin etmektedir.

E. Osmanlı Uygulaması:

Osmanlıda resmi mezhep olarak kabul edilen Hanefî mezhebinin kurucusu Ebu Hanife, eşcinsellik ve livata fiilini zina suçunun dışında ayrı bir suç olarak telakki ettiği için Osmanlı kanun koyucusu da zina ile benzer diğer cinsel suçların cezalarını birbirinden ayırmıştır.

⁶⁸ NECEFÎ, XLI/378, 380.

⁶⁹ HUSARİ, II/63.

⁷⁰ AMİR, s.184.

⁷¹ AVVÂ, M. Selim, Fî Usûlî'n-Nizâmî'l-Cinâiyyî'l-İslâmî, Kahire, 1983, s.217, 230, 231.

⁷² Kur'an Yolu, II/434.

1. Doktrin

“Muteber fıkıh kitaplarından Şerhu’l-Vikaye ve Hidaye adlı kitapların hudud bahsinde amel-i kavm-i Lut olan fiil-i münker hakkında İmam Şafii’nin rivayet ettiği “uktülü’l-faile ve’l-mef’ul” hadis-i şerifi siyasete (tazir cezasına) mahmumdür.”⁷³

2. Fetva kitapları

Fetva kitaplarında itiyadi livataya siyaseten katli cezası önerilmiştir. “Zeyd’in oğlu Amr-ı emrede Bekir -neuzubillahi teala- amel-i kavmi lut ettiğini ispat eylese Bekir’e ne lâzım olur? Cevap: Mu’tadı ise izn-i imam ile katlolunmak meşrudur, zina gibi ihsan dahi lâzım değildir.”⁷⁴

Osmanlı uygulamasını yansıtan bir fetvada, genç erkeğin ırzına geçme suçuna idam, yardım edenlere ise şiddetli tazir ve hapis cezası önerilmiştir. “Alaybeyi olan Zeyd, Amr ile Bekir’i, Beşir-i emrede “getiriverin” diye gönderip mezburlar dahi Beşir’i kaçırıp saklandığı komşusu Halid’in evinden güçle çıkarıp Zeyd’e iletiverip Zeyd Beşir-i emredi dağa alıp gidip –haşa- güçle livata eylese Şer’an ne lazım olur? Cevap: Zeyd katlolunmak meşrudur, müteehhil (muhsan) değilse dahi. Katlolunmazsa darb-ı şedid ve habs-i medid ve azledilmesi lazımdır. Bu emirde müsahele eden erbab-ı hükmün indallah özürleri yoktur, cevapları yoktur. Amr ile Bekir’e tazir-i şedid ve habs-i medid lazımdır.”⁷⁵

3. Kanunlar

Alaüddeve ve Bozok Kanunlarınının 15. maddesine göre: “Ve oğlan çekseler arıdalar ve illa ki 24 altın alına. Ve eğer muhannes⁷⁶ ise iki tarafa zina haddi vuralar, eğer vurulmazsa zina cürmü gibi her birinden alınır.”⁷⁷

⁷³ DEDE CÖNGİ, Minkarizade İbrahim Kemaleddin (ö.973/1565): Siyasetname Tercümesi, (Çev: Mehmed Arif Efendi ö.1275/1858) in: AKGÜNDÜZ, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Şer’i Tahlilleri, C: IV. İst.1992, s.134.

⁷⁴ Ebussuûd, Veli-1, vr. 69b.

⁷⁵ Ebussuud Efendi Fetvaları, akt. DÜZDAĞ, M. Ertuğrul, Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İst.1983, s.159.

⁷⁶ “Muhannes kadınlaşan, kadınların ziynetleriyle bezenen, söz ve fiilde kadınlara benzeyen erkektir.” BİLMEN, VIII/168. Asım Molla’nın Kamus Tercümesi’ndeki tarifine göre de, zen-haslet olan namert yadigâr, puşt, kahpe, lutilere belini büktüren kişidir. MİRAS Kamil-Ahmed Naim: Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi, Ank.1974, XII/109.

⁷⁷ Akt. BARKAN Ö. Lütfi, XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları-I Kanunlar, İst.1943, s.121, 125. Bu madde Akgündüz’ün

I. Selim Kanunnamesi m.6: “Eğer bir kişinin oğlu genezlik eylese baliğ ise oğlan tazir edilip ağaç başına bir akçe cürm alına. Eğer baliğ değilse babası zapt etmediği için tazir edilip cürm alınmaz.”⁷⁸

Kanuni Kanunnamesi m.27: “Ve dahi bir kişinin oğlu genezlik eylese (s... işse) baliğ ise oğlanı muhkem tazir edip ağaç başına bir akçe cürm alına, ve dahi baliğ olmadıysa babası hıfz etmediği için babasını tazir edeler, lakin cürm alınmaz.”⁷⁹

m.32: *Ve eğer akil ve baliğ bir kişi (bir kimsenin oğluna veyahut kuluna) livata kılsa evli olup⁸⁰ gani olsa 300 akçe, orta halliden 200 akçe, fakirden 100 akçe ve dahi aşığı halliden 50 veya 40 akçe cürm alınır.*

m.33: *Ve eğer livata eden ergen olsa ganisinden 100, vasatından 50, fakirden 30 akçe cürm alına.*⁸¹

Livata suçu faillerinin medenî halleri ve maddî imkanlarına göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Evli olup da bu suçu işleyenlerden zengin olanlar 300 akçe, orta halli olanlar 200 akçe, fakir olanlar 100 akçe ve çok fakir olanlar da 50 akçe para cezası vermeleri gerektiği belirtilmiştir. Bu suçu işleyenlerin bekar olması halinde, zengininden 100, orta hallisinden 50 ve fakirinden de 30 akçe para cezası tahsil edileceği bildirilmiştir.

m.34: *“Bir kimse avretini dübüründen tasarruf etse (karısıyla anal ilişki yapsa) muhkem tazir edip ağaç başına bir akçe cürm alınır.”*

m.35: *“Eğer şehirde Türk oğlancıkları döşek (zina) etseler (oynaşsalar) (kadı) tazir (tedib) edip her birinden 30 akçe cürm alınır.”*⁸²

yayımladığı kanunnamede Bozok Kanunu 1. madde olarak yer almıştır. Bkz. AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri, VI/227.

⁷⁸ Kanun metni için bkz. AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri, III/89.

⁷⁹ Bu madde Akgündüz’ün yayımladığı Kanunnamede 11. madde olarak yer almıştır. Bkz. AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri, IV/298.

⁸⁰ “Ve eğer livata eylese heman zina gibidir, evli, evli cürmü vere; ergen, ergen cürmü vere.” ifadesi de vardır. HEYD, Uriel, Studies in Old Otoman Criminal Law, Oxford, 1973, s.64.

⁸¹ “Eğer evlidir, eğer ergendir, siyaset için zekeri kesilir, cürm alınmaz” ifadesi vardır. HEYD, s.64.

⁸² Bu hüküm Bosna Sancağı Kanunnamesinin 94. maddesinde aynen yer almıştır. Bkz. AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri, VI/466.

Tanzimat Devri ceza kanunlarında (1840, 1851 ve 1858) livata ile ilgili bir düzenleme yoktur.

F. İspat:

Livatanın objektif delillerle ispatlanması gerekir. Sadece mağdur beyanı suçun ispatına yetmez. *“Zeyd-i emred –haşa- Amr bana livata etti diye dava ettikte Amr evvelden o fiil ile maruf olmayıp Amr’dan bu makule iş gelmez derlerken Amr’ın yeminiyle tasdik olunur mu? Cevap: Olunur, zahir-i hali müsait ise.”*⁸³

1. Zina gibi dört tanık gereklidir diyenler

İmam Mâlik ve Ahmed b. Hanbel, livâta yapan kişilerin öldürülmesi ya da recmedilmesi gerektiğini ifade eden hadisleri⁸⁴ esas alarak muhsan olsun ya da olmasın, livâta yapana recm cezası verileceği görüşündedir. Bu hukukçulara göre livâta suçunun ispatı için zina suçunda olduğu gibi dört şahit gereklidir.⁸⁵ İmam Şafîî’ye göre livatanın ispatı için dört erkeğin şahitlik etmeleri gerekir.⁸⁶

2. İki tanık yeterlidir diyenler

Ebu Hanife livatayı tazir suçu saydığı için ispatı için iki şahidi yeterli görmüştür.⁸⁷

*“Livata için nisab-ı şahadet kaçtır? Cevap: İkidir.”*⁸⁸

“Zinada ve livatada “bir mil yerden gördüm” diye şahadet istimâ’ olunur mu? Cevap: Had ikame olunmaz... O miktar şahadetle tazir olunmak meşrudur.”⁸⁹

“Hâni bt. Hasan mahkemede Memi adlı çingene muvacehesinde takrîr-i kelâm edip mezkûr Memi tahminen altı yaşında işbu Sefer nâm sagirimi tutup bir bahçede güç eylemiş lüzum(unu) talep ederim dedikde gıbbe’s-suâl merkûm Memi inkâr ile mukabele edip akîbü’l-istişhâd Devran b. Dâvud ve Pazarlı b. Musa nâm kıbtîler hâzırân olup bir feryat işitip vardığımızda merkûm

⁸³ Ebussuûd, Veli-1, vr. 69b.

⁸⁴ İbn Mâce, *Hudûd*, 24; Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 29; Tirmizî, *Hudûd*, 24.

⁸⁵ BİLMEN, III, No:580, YAŞAROĞLU, s.199.

⁸⁶ ŞAFİÎ, VII/59, ŞİRÂZÎ, III/451.

⁸⁷ BİLMEN, III, No:580.

⁸⁸ Ebussuûd, Veli-1, vr. 69b.

⁸⁹ Ebussuûd, Veli-1, vr. 69b.

Memi mezbûr Sefer'in üzerinden kalkıp kaçtı oğlanı alıp anasına götürdük diye şahadet eyledikleri bi't-taleb kayd-ı sicil olundu.”⁹⁰

“Mahmud b. Osman nâm kimesne ile mârrü'z-zikr Defterdâr iskelesini bekleyen Osman Beşe b. Ahmed nâm râcil li eclî'ş-şehâde makâm-ı kazâyâ hâzîrân olup istişhâd olunduklarında, filvâki' târih-i mezbûrda ve vakt-i merkûmda mersûm Ogas sagîr-i merkûmu mârrü'z-zikr Tokmaktepe bir ağaç dibinde yatırıp fiil-i şenî' ederken biz rast gelip merkûm Ogas'ı sagîr-i mezbûrun üzerinden kaldırıp zâbit-i merkûma teslîm eylemişizdir, biz bu hususa bu vech üzre şahitleriz, şahâdet dahi ederiz diye her biri edâ-yi şahâdet-i şer'iyye eylediklerinde gibbe't-ta'dîl ve't-tezkiye şahâdetleri makbûle olmağın yemîn billâh [etmeğın kayd şüd]. Fî 2 min Zilka'de 1072.”⁹¹

İki şahit beyanının mağdur beyanıla desteklendiğine dair mahkeme kararı şöyledir: “Mahalle-i Ma'mûre'den Fâtıma bt. Abdullah mahfil-i kazaya hâzire olup Rıdvan b. Abdullah'ı ihzar ve muvacehesinde takrîr-i kelâm edip mezkûr Rıdvan bu beş yaşındaki oğlum Ahmed'i tutup sahrada bir tenha köşeye iletip cebren ve kahren güç eylemiş[tir] lüzumunu talep ederim dedikde gibbe's-suâl mezkûr Rıdvan inkâr ile mukabele edip zikrolunan oğlanı görmedim ve bilmem dedikde akîbü'l-istişhâd Mahmud b. Mentеше ve Sâdık b. Pazarlı hazır olup mezkûr Rıdvan merkum Ahmed'i eline yapışıp sahraya götürdüğünü **gördük** dediklerinde masûm-ı mezbûr (çocuk) dahi birçok insan arasında Rıdvan'ı **teşhis edip** bana güç eden budur dediği mâ hüve'l-vâki' bi't-taleb kayd-ı sicil olundu.”⁹²

G. Cezalar

Karısı, cariyesi veya kölesi ile anal ilişkide bulunanlar şiddetli tazire müstahik olur.⁹³

“Zeyd Amr-ı emrede –haşa- livata eylese hükmi şer'i nedir, tafsilen beyan? Cevap: O fiili münkeri edenle edilen melunun hakkında Ashab-ı Rasulullah (s.a.) ihtilaf etmişlerdir. Bazılar ihrak olunmak (yakılmak) lazımdır demişler, bazıları yüce (yüksek) yerden baş aşağı atmak lazımdır demişler, bazıları haşa hela gibi rayiha-i (kerihe) yerde ikisi bile fevt oluncaya (ölünceye) değin haps olunmak lazımdır demişler. İmam Azam katında darb-ı şedid ile

⁹⁰ Üsküdar Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, Hüküm No:372.

⁹¹ Eyüp Mahkemesi 74 Numaralı Sicil, Hüküm No:291.

⁹² Üsküdar Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, Hüküm No:306.

⁹³ BİLMEN, III, No:554.

darb olunduktan sonra zindanda hapsolunup tamam tevbe ve salahı zâhir oluncaya (yahut ölünceye) değin çıkarılmak yoktur. İmameyn katında evli ise cümle katl lazımdır. Evli değilse yüz değnek vurulmak lazımdır. Amma ahabdan naklolunan vecihlerin her biri ile katl meşrudur."⁹⁴

Osmanlıda livataya siyaseten katl, hapis ve dayak gibi ta'zîr cezaları uygulanmıştır.

1. Siyaseten Katl

Fetva kitaplarında cebren livata suçunu alışkanlık haline getirenlere idam cezası önerilmiştir.

*"Zeyd, -haşa- Amr-ı sağîre livata eylese ve mak'addan çak eylese meclis-i kazada ikrar eylese şer'an Zeyd'e ne lâzım olur? Cevap: Katli meşrudur, mu'tadı olmayan böyle eylemez."*⁹⁵ Fetvaya göre livata küçük çocuğun cinsel istismarı şeklinde gerçekleşmiş, yaralanmayla sonuçlanmış (neticesi sebebiyle ağırlaşmış) ve olayın ağırlığına göre failin itiyadi suçlu olduğu karinesi dikkate alınmıştır.

*"Zeyd, Amr, Bekir ve Beşir, Halid-i sağîre cebren livata edip mezburların o fiil-i şenilerinden nâşi Halid fevt olsa (neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç) Zeyd, Amr, Bekir ve Beşir'e şer'an ne lazım olur? Cevap: Diyet ve ta'zîr-i şedîd (dayak) ve habs-i medîd, mutâdları ise cümlesi **siyaseten katlolunur.**"*⁹⁶

Uygulamada da livata suçunu alışkanlık haline getirenlere siyaseten katl cezası verilmiştir. Örneğin 1739 tarihli Konya mahkemesi kadı defterindeki bir kayıta Mustafa isimli şahsa, Aziz İmamoğlu Mustafa'nın gece vakti evine girerek livata yapması, mahkemeye çıkarıldığına zanlının kendi itirafı neticesi ve şahitlerin de bu tür ırza saldırı adet-i müstemirresi olduğuna şahitlik yapmalarından dolayı, fetva alınarak siyaseten katline hükmedilmiştir.⁹⁷

⁹⁴ Ebussuud, Veli-1, vr. 69b-70a.

⁹⁵ Ebussuud, Veli-1, vr. 69b.

⁹⁶ Behcetü'l-fetâvâ, s.165; *"Zeyd Amr-ı sağîre cebren livata edip Zeyd'in mutadı olduğu şeran sabit olsa Zeyd'in katli meşrudur."* Fetâvâ-yı Ali Efendi, I/111.

⁹⁷ *"Konya'da Şeyh Ali mahallesinde oturan Aziz İmamoğlu Mustafa b. Hacı Abdülkadir mahkemede yine aynı mahallede oturan Dal Ahmedoğlu Mustafa adlı kimse üzerine dava ve takrir-i kelam edip tarih-i kitabdan dört gün önce mezbur Mustafa yanında beş arkadaşı ile mahalle-i mezburede vaki evime geceleyin girip **uyuduğum oda içinde üzerime hücum ve boğazımı sıkıp bana livata ve tasarruf etmeleriyle o anda kesemde olan yetmiş kuruşluk akçemi dahi almışlardı mezbur Mustafa daima **insanların ehil ve iyallerine taarruz ve sûî kasd adet-i müstemirresi** (itiyadı) **olup...** Aziz İmamoğlu***

1742 tarihli Kayseri mahkemesi kadı defterindeki bir kayıta, Kayseri’de meydana gelen olayda, Ahmet isimli şahıs, genç bir erkek çocuğa cebren livata yapmak suçundan dolayı yargılanmış, konuyla ilgili fetvada “bu tür suçları alışkanlık haline getirenlerin katledileceği” beyan edilerek, alınan fetva mahkeme sicil defterine de yazılarak şahitlerin şahadetinden sonra hüküm kaydedilmiştir.⁹⁸

Cebren livata (ağır cinsel saldırı) suçuna ölüm (siyaseten katli) cezası verileceği belirtilmiştir.⁹⁹

*Mustafa’dan müddeâsına mübeyyin beyyine talep olundukta udûl-i müsliminden İsa Beşe b. Hasan Beşe ve Veli Beşe b. Süleyman şahitlik için mahkemede hazır olup “filvaki mezbur Dal Ahmedoğlu Mustafa yanında beş nefer refiki ile merkurum Aziz İmamoğlu Mustafa’nın mahalle-i mezburede vaki **menziline gece ile girip... biz şahidiz şahadet dahi ederiz**” diye her biri şahitlik ettikten sonra... medine-i mezburede iftaya mezun olan İbrahim Efendi’den husus-i mezkur için fetva istenmiş, müşarünileyh dahi “vech-i meşruh üzere şakaveti ve sâî bi’l-fesâd ve mükabir olduğu şer’ân zahir ve mütehakkak olan zîde **şakinin emr-i veliyyülemr ile katli meşrudur**” diye fetva vermeleriyle mezbur Dal Ahmedoğlu Mustafa’nın **siyaseten katli** meşruiyetine bade’l-hüküm mâ-vakaa bi’t-talep ketb olundu. 1151/1739.” KOŞS, d.no. 54, h.no. 158/2. akt. SEVİCİ, Hatice, 54 Numaralı Konya Şer’iyye Sicilinin (1-190) Değerlendirme ve Transkripsiyonu (1150-1152/1738-1740) SÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2011, s.522.*

⁹⁸ “Kayseri’de Kürdler mahallesinde oturan el-Hac Ali b. Abdullah nam kimesne mahkemede takrir-i kelim edip tarih-i kitabdan iki gün önce sulbî oğlum Mehmed nam şâbb-i emredi gaib ani’l-meclis İsmail b. el-Hac Ali ve Mehmed b. Ahmed nam kimesneler cebren ve kahren fil-i şeni’ olan livata edip halen firar etmeleriyle merkurunun **livata etmek adet-i müstemirreleri** olmakla medine-i mezburede iftaya mezun el-Hac Ahmed Efendi dahi yedime işbu fetvayı vermekle merkurunun ahvalleri işbu mecliste hazır mahalle ahalisinden istihbar ve haberleri tahir ve sureti yedime itâ olunmak matlubumdur dedikte elinde olan fetvada: Zeyd Amr-ı emred’e cebren livata eylese Zeyd’e şer’ân ne lazım olur? Cevap: Ta’zîr-i şedîd ve tevbe ve salahı zahir olunca ahbes mevâzî’de habsolunur. Bu surette Zeyd’in **livata etmek mutadî olduğu şer’ân sabit olsa Zeyd’in katli meşrudur**” diye buyurulmağın mahalle ahalisinden (on isim) ihbar için mahkemeye hazır olup istihbar olundukta merkuruman İsmail b. Hacı Ali ve Mehmed b. Ahmed nam kimesnelerin **livata adet-i müstemirreleri olup...** 1154/1742.” KŞS, d.no. 133/1, h.no. 220. akt. ÖCAL, Süleyman, 133/1 Numaralı Kayseri Şer’iyye Sicili (1155/1742) Transkripsiyon ve Değerlendirme, EÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2010, s.250.

⁹⁹ Zenbilli Ali Efendi Fetvalarından akt. YARSUVAT, Duygun, “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri”, *İHFM*, C:XXX/1-2, s.118, DEDE CÖNGİ, s.134.

Ankara ve Beypazarı kadısına yazılan bir buyruhduda ise, cebren bir gencin ırzına geçen üç levend hakkında siyaset cezası verildiği yazılıdır.¹⁰⁰

2. Dayak Cezası

Fetva mecmualarında livata kast eden suçlulara ta'zîr ve hapis cezası verileceği ifade edilmektedir. *"Zeyd ve Amr Bekir'i emredi (yüzü tûylenmemiş çocuk) cebren menzilinden çıkarıp fiil-i şeni' kastıyla bir mahalle götürüp Bekir bir tarikle halas olsa Zeyd'e ve Amr'a ne lazım olur? Cevap: Ta'zîr ve habs."*¹⁰¹ 1806 tarihli Tokat mahkemesi kadı defterindeki bir kayıta, Feyzullah isimli şahsa, küçük çocuğa karşı fiil-i şeni'ye kastettiği için ta'zîr cezası verilmiştir.¹⁰²

Fetva mecmualarında yabancı bir kadına cebren livata yapan kişiye ta'zîr-i şedid cezası verileceği ifade edilmektedir. *"Zeyd Hind'i ecnebiyeyi menziline götürüp cebren livata eylese Zeyd'e ne lazım olur? Cevap: Ta'zîr-i şedîd."*¹⁰³

*"Osman adlı şabb-ı emredi (genci) ayartıp mahall-i merkuma getirip suikast olduklarında feryad edip istimdat ve istihlas eyledikte... mezbur Yusuf iki elim, sağ omuzum ve başımdan, Mehmed dahi sol omuzundan alet-i harb ile darb ve cerh eylediler... şabb-ı mezkur Osman'a suikastları için her birine tazir-i şedid iktiza eylediği... 16 Z 1178"*¹⁰⁴

3. Hapis Cezası

Kaynaklarda livata yapanın ölünceye kadar hapsedileceğinden söz edilir. Livatada kamu düzeninin ve genel ahlâkın ihlâli söz konusu olduğundan, öngörülen müebbet hapislerde hem suçlunun cezalandırılması hem de kamu

Cebren livata suçuna tazir-i şedid ve tövbesi zahir oluncaya kadar zindanda hapis cezası gerektiği, itiyadi livata suçuna ise ölüm cezası verileceğine dair bkz. Ali Efendi, Fetâvâ, s.135-136.

¹⁰⁰ 3 nolu Mühime Defteri, 6 Şevvâl 967 tarihli buyruldu.

¹⁰¹ Fetâvâ-yı Ali Efendi, I/117.

¹⁰² *"Tokat Sofiyun mahallesi sakinlerinden Deli Bekiroğlu Feyzullah nam kimesne Hasan nam sağîre fiil-i şeni' kâsd eylediği ikrar ile sabit olmağla... mezburu zabiti marifetiyle ta'zîr ettiresiz... 1221/1806."* TŞS, d.no. 10, h.no. 4/2. akt. DEMİR, Şaban, 10 Numaralı Tokat Şer'îye Sicili'nin Transkripsiyonlu Metni ve Değerlendirmesi, GOPÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Tokat, 2010, s. 89.

¹⁰³ Fetâvâ-yı Ali Efendi, I/110; diğer fetva örneği için bk. Fetâvâ-yı Yahya Efendi, s.103.

¹⁰⁴ Eyüp Mahkemesi, 211, v.31/a, akt. TEKİN, Yaşar, Şer'îye Sicilleri Işığında Osmanlı Devletinde Ta'zir Suç ve Cezaları, MÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst.1995, s.97.

düzeninin ve genel ahlâkın korunması amaçları gözetilmiştir. Ancak ta'zîr grubunda yer alan cezalarda suçlunun eğitim ve ıslahı da temel hedef olduğu için suçlunun uslanmasının müebbet hapse kural olarak tesir etmesi gerekir. Esasen suçlunun ölünceye kadar hapsedileceği şeklindeki görüşlerin hemen hemen tamamı onun tövbe etmesi, iyi halinin görülmesi, buna yanaşmazsa ölünceye kadar hapiste tutulması şeklinde kayıtlı olarak ifade edilir.¹⁰⁵

Osmanlı uygulamasında livataya müddetsiz hüküm şeklinde hapis cezası verilmiştir. Örneğin 1691 tarihli mühimme defterindeki bir kayıta, Karahisar-ı Sahip kazasında meydana gelen olayda, İsmail ve Hasan isimli şahıslara, Ali isimli şahsa sövme, dövme ve fiil-i şeniye kastettikleri için ıslah oluncaya kadar hapis cezası verilmiştir.¹⁰⁶

4. Kürek

Osmanlı uygulamasını gösteren mahkeme kayıtlarında livata suçuna kürek cezası verildiği görülmektedir. “*Mezbur Remmal, mezkur Tatar’ı dükkânı önünden geçerken kendisine livata ettirmek kastına içeri çağırıp fiil-i kabih*

¹⁰⁵ EBÛ YÛSUF, Yakub b. İbrahim (ö.798): Kitabu'l-Harâc (Çev. A. Özek) İst.1973, s.191; İBN HÛMÂM, V/43; İBN ÂBİDÎN, IV/67, 76, 81; ÂMİR, s.373, BARDAKOĞLU, Ali, “Hapis” *DİA*, C.16, s.61.

Livataya müddetsiz hüküm şeklinde hapis cezası verileceğine dair görüş için bkz. Fetava-yı Hindiyye (Fetava-yı Âlemgiriyye) (Çev: Mustafa Efe) Ank. Ty. Akçağ Yayınları, IV/28, DAMAD, Şeyhzade Abdurrahman (1078/1667): Mecmau'l-Enhür fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur, İst.1289, I/466, İBN ŞIHNE, Ebu'l-Velid İbrahim b. Ebi'l-Yümn Muhammed b. Ebi'l-Fadl: Lisânu'l-Hukkâm fi Marifeti'l-Ahkâm, Mısır, 1973, s.398, EBU GUDDE, Hasan: Ahkâmu's-Sic ve Muâmeleti's-Sücenâ fi'l-İslâm, Kuveyt, 1987, s.165.

“İmam-ı müslimin muhayyerdır, dilerse **katl ve idam** eder, eğerçi o münker fiili **itiyat** etmiş ise; ya dilerse **darb-ı veci'** ile tedip ve **tövbesi zahir oluncaya dek habs-i zindan** ile tenkib eder.” DEDE CÖNGİ, s.134.

¹⁰⁶ “Anadolu Beylerbeyine hüküm: Karahisar-ı Sahib sakinlerinden kırk dokuz bölük beyi Sipahoğlu Hasan nam kimesne Hacı Mahmud mahallesinden Ali b. Mehmed nam **kimesneyi fiil-i şeni' (?) ile yatırıp ahali-i sûk ellerinden halas eyledikleri... mezbur Sipahoğlu Hasan'ın salahı zahir olunca (ya kadar) sicnde tahlîd (süresiz hapis) eyleyesin diye yazılmıştır.** 1102/1691.” BOA.MD, d.no. 101, h.no. 15. akt. KARACAN, Tuba Meryem, 101 No'lu Mühimme Defteri'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi, AÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2010, s.131.

üzerinde gördük diye... şahadet ettikleri için sicil olunup küreğe buyruldu. 970"¹⁰⁷

1631 tarihli Manisa mahkemesi kadı defterindeki bir kayıтта, Mehmet isimli şahsa, küçük bir çocuğa fiil-i şeni' yapması ve sokak ortasında alenen hayasızca davranması dolayısıyla kürek cezası verilmiştir.¹⁰⁸

5. Sürgün Cezası

Uygulamada ispatlanamayan livata suçuna sürgün cezası verilmiştir. Örneğin 1580 tarihli mühimme defterindeki bir kayıтта, Alanya kale kethudası Hasan'a, Tur Ali isimli emrede içki içirmek ve fiil-i şeni' yapmaktan dolayı

¹⁰⁷ Akt. İPŞİRLİ, Mehmet, "XVI. Asrın İkinci Yarısında Kürek Cezası ile İlgili Hükümler", İÜEF Tarih Enstitüsü Dergisi, S:12, 1982, s.218.

¹⁰⁸ "Manisa'da Ali Efendi b. Mustafa mahkemeye eşkiyadan Mehmed b. Osman nam şakiyi ihzar ve mahzarında üzerinde takrir-i dava edip "tarih-i kitabdan üç gün önce **kubeyl-i ğurubda** (akşama yakın) **merkur Mehmed üç yaşında küçük oğlumu sokakta ahz edip civarımızda oturduğu evin içine koyup fiil-i şeni' ederken sağır-i mezbur feryadla ağlayıp sadasından müslümanlar varıp gördüklerinde şaki-yi merkur donunun uçkurunu bağlayarak iç evlerine firar eyleyip sağır-i mezburu halas etmişler sorulup icra-yı şer' olunmak talep ederim" dedikde gibbe's-sual ve'l-inkar müşarünileyh Efendi'den davasını mübeyyin beyyine talep olundukta udul-i müsliminden Mehmed b. Hüseyin ve Arslan b. İbrahim ve Mehmed b. Ebu Bekir şahitlik için mahkemeye hazır olup "sağır-i mezburun feryatla sadasını işitip içeriye girdiğimizde **mezbur Mehmed sağır-i mezburun üzerinden kalkıp donunun uçkurunu bağlayarak iç evlerine firar eyledi merkur Mehmed'i bu halde gördük bu hususa şahitleriz şahadet dahi ederiz**" diye şahitlik ettiklerinde gibbe't-ta'dil ve't-tezkîye şahadetleri makbule olunduktan sonra mahmiye-i mezbure ahalisinden merkur Mehmed'in keyfiyet-i hali vukufu olan müslümanlardan istihbar olundukta el-Hac Zâti Beşe b. Ahmed ve Seyyid Mahmud Çelebi b. Seyyid Mustafa ve Durmuş Beşe b. Abdullah ve Yusuf b. Mustafa ve sairî mahkemeye gelip "filhakika merkur **Mehmed şaki ve bed-fiil olup daima bu makule fesad ve şenaetten hâli değildir** cümle fesadından gayri dahi mahmiyye-i mezbure de filan mahallede üç yolu müştemil olan mevzide oturup **keşf-i avret edip zekerini beyne'n-nâs eline alıp melanet** (alenen hayasızca hareket) **fiili ile amel ederken** görüp def' eyledik ve bilcümle fesad ve şenaeti mürtekib bir fasiddir müslümanların üzerinden şenaetinin def'i lazımdır" diye haber verdiklerinde **es-sefîne ehabbü ileyh mazmunu ile amel olunup mîrî gemiye teslim olunmak üzere...** 1040/1631." MŞS, d.no. 64, h.no.12/1. akt. ÇETİN, Selman, 64 No'lu Manisa Şer'îye Sicili, CBÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Manisa, 2013, s.28.**

Kıbrıs'a sürgün edilmiştir.¹⁰⁹ Bu örnekte livata suçu ispatlanmadığı için sürgün cezası uygulanmıştır.

Osmanlıda livata suçuna Ebu Hanife'nin görüşlerine uygun cezalar verilmiştir. Suçu alışkanlık haline getirenlere siyaseten katli, suçun teşebbüs halinde kalmasında dayak ve hapis cezaları ve ilk defa gerçekleşmesi halinde kürek ve sürgün cezası uygulanmıştır.

6. Tazminat

*“Zeyd, zevcesi Hind'e livata etmekle Hind'in sebîleyini bir olicak bana yaramazsın diye Hind'i boşasa Hind dahî mehrini alabilir mi? Cevap: Alır. Eğer bevlini tutamazsa tamam diyetini; eğer tutarsa sülüs (1/3) diyetini alır.”*¹¹⁰

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kur'an'da eşcinsellikle ilgili olarak “şehvetle yöneliyorlar” ifadesi geçmektedir. Dolayısıyla eşcinsellik Kur'an'a göre doğuştan gelen bir duygu değil, bir duygu sapmasıdır.¹¹¹

Kur'an'da livata için fahişe, habis ve seyyie kelimeleri kullanılmıştır. Fahişe dinin yasakladığı çirkin iş, yüz kızartıcı söz veya davranış, açık hayasızlık; habis, pis; seyyie ise hoşlanılmayan iş yapmak demektir.

Hz. Peygamber, kendi döneminde yaşadığı çevrede livata filine rastlanmamış olmakla birlikte, Kur'an'daki Lut Kavminin kıssalarından etkilenerek bu fiili işleyenlere rastlarsa, gönüllü olarak eşcinsel ilişki kuranlara ölüm cezası verilmesini tavsiye etmiştir.

İslam hukukçularının çoğu livatayı cinsel ilişki olması yönünü ele alarak zina saymış ve failin durumuna göre zina yaptırımı ile karşılanması gerektiğini söylemişlerdir. Yani Ebu Yusuf, İmam Muhammed, Şafii, Hanbelî ve Malikilere göre ise livata zinadır ve zina haddi gerektirir.

¹⁰⁹ *“Alanya beyine ve kadısına hüküm: Alanya Kalesi kethudası olan Hasan, kale-i mezbure sakinlerinden Tur Ali nam emred oğlanı haber edip şürb-i hamr ettirip fiil-i şeni' eylediği ilam olunmağın Burdur kadısı teftiş eyledikten cebriyle hamr meclisine getirtip hamr ettirdiğini ikrar eylediği sabit olduğunu bildirmeğın mezkur ele getirilip Kıbrıs'a sürülmek... 1580.”* BOA.MD, d.no. 43, h.no. 29. akt. SAKARYA, Sevilay, 43 Numaralı Mühimme Defteri (H.988/M.1580) Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi, EÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2014, s.142.

¹¹⁰ Ebussuud, Veli-1, vr. 69b.

¹¹¹ ŞAHİN, s.525.

Ebu Hanife'ye göre erkek veya kadına arkadan temasta bulunmak (livâta) zina olarak nitelendirilmez; zina haddi uygulanamaz; ancak tazir cezası verilebilir.

Osmanlıda livata suç olarak kabul edilmiş, Ebu Hanife'nin görüşüne uygun doktrin oluşmuş, fetva bu yönde verilmiş ve mahkeme kayıtları bu görüşlere uygun tatbikat örnekleriyle bezenmiştir.

KAYNAKLAR

- AKŞİT, M. Cevat, İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, İst.1976.
- AMİR, Abdülazîz, et-Ta'zîr fi'ş-Şerâti'l-İslâmiyye, Mısır, 1969.
- AVVÂ, M. Selim, Fî Usûli'n-Nizâmî'l-Cinâiyyi'l-İslâmî, Kahire, 1983.
- BÂBERTÎ, Ekmeleddin Muhammed b. Mahmud (ö.1384): Şerhu'l-Înâye ale'l-Hidâye, Mısır, 1970.
- BÂCÎ, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef (ö.1102), el-Müntekâ Şerhu'l-Muvatta, Beyrut, 1332.
- BARDAKOĞLU, Ali, "Hapis" *DİA*, C:16, s.61.
- BARKAN Ö. Lütfi, XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları-I Kanunlar, İst.1943.
- BEHNESİ, A. Fethi, el-Mevsuatü'l-Cinaiyye fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, Beyrut, 1991.
- BEYHAKÎ, Ebubekir Ahmed b. el-Huseyn (ö.1066): es-Sünenü'l-Kübrâ, Beyrut, T.y. VIII/233;
- BİLMEN, Ö. Nasuhi (1971): Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, İst.1975.
- CANAN, İbrahim: Hadis Ansiklopedisi Kütüb-i Sitte, Ank. Ty.
- ÇALIŞKAN, İbrahim, "İslâm Hukukunda Zina Suçunun Mahiyeti ve Cezası" *AÜİFD*, C:XXXIII, Ank.1992, s.84-85.
- ÇETİN, Selman, 64 No'lu Manisa Şer'îye Sicili, CBÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Manisa, 2013.
- ÇİVİZEDE, Şeyhülsîlâm Muhyiddin Muhammed b. İlyas (ö.954/1547): "Risale Müteallika bi't-Teazir" Tahkik: Abdullah Özer, *İslâm Hukuk Literatüründe Tazir Risaleleri ve Şeyhülsîlâm Muhyiddin Muhammed b. İlyas Çivizade'nin Risale Müteallika bi't-Teazir Adlı Risalesi*, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst.2000.
- DAMAD, Şeyhzade Abdurrahman (1078/1667): Mecmau'l-Enhür fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur, İst.1289, I/466,
- DEDE CÖNGİ, Minkarizade İbrahim Kemaleddin (ö.973/1565): Siyasetname Tercümesi, (Çev: Mehmed Arif Efendi ö.1275/1858) in: *AKGÜNDÜZ, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Şer'î Tahlilleri*, C: IV. İst.1992, s.134.

- DEMİR, Şaban, 10 Numaralı Tokat Şer'iyeye Sicili'nin Transkripsiyonlu Metni ve Değerlendirmesi, GOPÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Tokat, 2010.
- DUMAN, Zeki, "Habis" *DİA*, C:14, s.379.
- DÜZDAĞ, M. Ertuğrul, Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İst.1983.
- EBU GUDDE, Hasan: Ahkâmu's-Sicn ve Muâmeleti's-Sücenâ fi'l-İslâm, Kuveyt, 1987.
- EBÛ YÛSUF, Yakub b. İbrahim (ö.798): Kitabü'l-Harâc (Çev. A. Özek) İst.1973.
- EBU ZEHRA, Muhammed, el-Cerime, Kahire, Ty.
- EBU ZEHRA, Muhammed, el-Ukube, Kahire, Ty.
- EBU ZEHRA, Muhammed, İslâm Hukuk Metodolojisi Fıkıh Usulü (Çev: A. Şener) Ank.1981.
- ESEN, Hüseyin, "Zina" *DİA*, C:44, s.440.
- Fetava-yı Hindiyeye (Fetava-yı Âlemgiriyye) (Çev: Mustafa Efe) Ank. Ty. Akçağ Yayınları
- HARMAN, Ö. Faruk, "Lut" *DİA*, C:27, s.229.
- HEYD, Uriel, Studies in Old Otoman Criminal Law, Oxford, 1973.
- HUSARİ, Ahmet: es-Siyasetü'l-Cezaiyye fi'l-Fıkhî'l-Ukubati'l-İslâmî'l-Mukaran, Beyrut, 1993.
- İBN ABİDİN, Muhammed Emin (1252/1836): Hâşiyetü Reddi'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr, İst.1984.
- İBN AŞUR, M. Tahir, İslâm Hukuk Felsefesi (Çev: V. Akyüz-M. Erdoğan), İst.1988
- İBN FERHUN, Burhâneddîn Ebü'l-Vefâ İbrâhîm İbnü'l-İmâm Şemseddîn Ebî Abdillâh Muhammed (799/1397): Tabsıratü'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdiye ve Menâhici'l-Ahkâm, Kahire, 1986.
- İBN HAZM, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (456/1064) el-Muhalla bi'l-Âsâr fi Şerhi'l-Mücellâ bi'l-İktisâr, Beyrut, 1988.
- İBN HÛMAM, Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvâhid (861/1456): Fethu'l-Kadîr, Mısır, 1970.
- İBN KUDAME, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed (620/1223): el-Muğnî, Beyrut, 1984.

- İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrâhim el-Mısırî (970), Fetava, Bulak, Ty. (Şeyhzade b. Yusuf el-Hatib, Fetava'l-Ğıyasiyye Kenarında).
- İBN NÜCEYM, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısırî Hanefî (ö.970/1563), el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, Kâhire, T.y.
- İBN ŞIHNE, Ebu'l-Velid İbrahim b. Ebi'l-Yümn Muhammed b. Ebi'l-Fadl: Lisânu'l-Hukkâm fi Marifeti'l-Ahkâm, Mısır, 1973.
- İBN TEYMİYE, Takıyyuddin Ahmed (728/1327): es-Siyasetü'ş-Şer'iyye fi Islâhî'r-Râi ve'r-Raiyye, Beyrut, 1993.
- İPŞİRLİ, Mehmet, "XVI. Asrın İkinci Yarısında Kürek Cezası ile İlgili Hükümler", *İÜEF Tarih Enstitüsü Dergisi*, S:12, 1982, s.218.
- KARACAN, Tuba Meryem, 101 No'lu Mühimme Defteri'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi, AÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2010.
- KARAMAN-ÇAĞRICI-DÖNMEZ-GÜMÜŞ, Kur'an Yolu, Ank.2003.
- KASANİ, Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud (ö.1191), Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi'ş-Şerai', Mısır, 1327.
- KESKİN, Yusuf Ziya, Recm Cezası, İst.2000.
- KURTUBİ, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî (671/1273): el-Câmi' li-Ahkâmî'l-Kur'an, Beyrut, 1988.
- MERĞİNÂNÎ, Burhaneddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebubekir (593), el-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi, İst.1986.
- MEVSİLİ, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd (683/1284), el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr, Beyrut, 1975.
- MİRAS Kamil-Ahmed Naim: Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi, Ank.1974.
- MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz (885/1480), Düreru'l-Hukkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm, İst.1978.
- NECEFÎ, Muhammed Hasen, Cevâhiru'l-Kelâm fî şerhi Şerâii'l-İslâm, Beyrut, T.y.
- NEVEVÎ, Ebu Zekeriya, Muhyiddin b. Şeref, el-Mecmû Şerhu'l-Mühezzeb, Mektebetü'l-İrşâd, Cidde, T.y.

- ÖCAL, Süleyman, 133/1 Numaralı Kayseri Şer'iyye Sicili (1155/1742) Transkripsiyon ve Değerlendirme, EÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2010.
- RÂZÎ, Fahreddîn Muhammed b. Ömer, Mahsûl fi İlmi Usûli'l-Fıkh, Riyad, 1979.
- RAZÎ, Fahreddîn Muhammed b. Ömer, Mefâtihu'l-Ğayb (Tefsir-i Kebir), Beyrut, T.y.
- RUDANÎ, Muhammed b. Süleyman, Cem'u'l-Fevâid (Büyük Hadis Ansiklopedisi) (Çev: Naim Erdoğan), İst.Ty.
- SAHNUN (240/854), el-Müdevvenetü'l-Kübra, Beyrut, Ty.
- SAKARYA, Sevilay, 43 Numaralı Mühimme Defteri (H.988/M.1580) Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi, EÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2014.
- SAN'ANÎ, Muhammed b. İsmail, Sübülü's-Selam Şerhu Bülûğu'l-Merâm, el-Mektebetü't-Ticâriyyeti'l-Kübrâ, Mısır, T.y.
- SERAHSÎ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed (483/1090), el-Mebcut, Beyrut, 1986.
- SEVİCİ, Hatice, 54 Numaralı Konya Şer'iyye Sicilinin (1-190) Değerlendirme ve Transkripsiyonu (1150-1152/1738-1740) SÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2011.
- ŞAFAK, Ali, Mezhepler Arası Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku, Erzurum, 1977.
- ŞAHİN, Nurten Zeliha, "İslam Hukuku ve İnsan Hakları Bağlamında Eşcinsellik Sorunu", *EKEV Akademi Dergisi*, Yıl: 19 Sayı: 62 (Bahar 2015).
- ŞEKERCİ, Osman, İslam Ceza Hukukunda Tazir Suçları ve Cezaları, İst.1996.
- ŞEVKANÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed (1250/1834): Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr, Beyrut, T.y.
- ŞİRBİNİ, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (ö.1570), Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc, Mısır, 1958.
- ŞURUNBİLALİ, Hasan b. Ahmed b. Ali el-Vefai (1069), Haşiye (Dürerü'l-Hukkam Şerh-i Ğureri'l-Ahkam ile birlikte) İst.1979.
- TEKİN, Yaşar, Şer'iye Sicilleri Işığında Osmanlı Devletinde Ta'zir Suç ve Cezaları, MÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst.1995.
- UDEH, Abdülkadir, et-Teşrû'l-Cinâiyyi'l-İslâmi Mukarinen bi'l-Kanuni'l-Vad'i, Beyrut, Ty.

- Vezâratü'l-Evkâf ve's-Şüûni'l-İslâmiyye, el-Mevsûatü'l-Fıkhıyye, "Tazir",
Kuveyt, 1992, XII/263-264,
YARSUVAT, Duygun, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri",
İHFM, C:XXX/1-2, s.118,
YAŞAROĞLU, Kamil, "Livata" *DİA*, C:27, s.198.
ZERKA, Mustafa Ahmed, Fetava, Dımaşk, 1999.
ZEYLAÎ, Fahreddin Osman b. Ali (743/1343), Tebyînü'l-Hakaik Şerhu Kenzi'd-
Dekaik, Bulak, 1315.
ZUHAYLÎ, Vehbe, el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletüh, Dâru'l-Fıkr, Dımaşk, 1989.

OSMANLI DEVLETİ'NDE ESNAF GEDİKLERİNİN HUKUKİ ESASLARI, GELİŞİMİ VE İLGASI*

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU**

LEGAL BASIS, DEVELOPMENT AND REPEAL OF CRAFTSMEN GEDİK IN THE OTTOMAN EMPIRE

ÖZ

Osmanlı Devleti'nde gedik askeri, idari, iktisadi ve hukuki alanlarda farklı anlamlarda kullanılan bir terim olarak karşımıza çıkar. Aynı zamanda bir İslam hukuku terimi olan gedik kaynaklarda bir tasarruf hakkı veya sınırlı aynı bir hak olarak düzenlenir. Osmanlı uygulamasına bakıldığında gedik özellikle on sekizinci yüzyıldan sonra İslam hukukundaki tasarruf hakkı anlamının dışına çıkarak esnaf kesiminde sahip olunan bir imtiyaz veya ayrıcalığı ifade etmiştir.

* Bu makale, 2. Uluslararası Hukuk Tarihi Sempozyumunda sunulmuş olan bildirinin üzerinde çalışılarak düzenlenmiş halidir.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.06.2018

Kabul Edildiği Tarih: 16.08.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.431651](https://doi.org/10.15337/suhfd.431651)

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: nkoyuncu@konya.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-6696-9733](https://orcid.org/0000-0002-6696-9733)

Dolayısıyla hukuki bir terim olarak gedik, Osmanlı Devleti'ndeki inhisarilik anlamını kazanıncaya kadar bilinen ve uygulanan bir kurumdu. Makalede gedik'in Osmanlı Devleti'nde esnaf arasında yaygın olarak kullanıldığı hukuki veya iktisadi anlamı ile gelişimi ve ilgası üzerinde durulacaktır.

ANAHTAR KELİMELEER: Gedik, Esnaf Gediği, İslam Hukuku, Osmanlı hukuku, Esnaf hakları.

ABSTRACT

In the Ottoman Empire, the gedik is a term used in military, administrative, economic and legal fields in different meanings. Gedik, at the same time which is Islamic law concept, regulated as a right of disposal or a limited right in legal resources. In Ottoman practice, gedik expressed a privilege or prerogative, which is held in the trades section, especially after the 18th century, out of the meaning of the right of disposal in Islamic law. In this article development, repeal and legal or economic meaning, as commonly used by tradesman in the Ottoman Empire, of gedik will be discussed.

KEY WORDS: Gedik, Gedik of craftsmen, Islamic law, Ottoman law, Rights of craftsmen.

GİRİŞ

İslam hukukunda gedik, bir tasarruf hakkını, sınırlı aynı bir hakkı ifade eder. Osmanlı uygulamasında ise gedik on sekizinci yüzyıldan itibaren esnaf kesiminde "inhisar usulü"nü kabulüyle İslam hukukundaki tasarruf hakkı anlamının dışına çıkararak esnafa verilen imtiyaz veya ayrıcalık için kullanılmıştır. Dolayısıyla hukuki bir terim olarak gedik, Osmanlı Devleti'ndeki inhisarilik anlamını kazanıncaya kadar bilinen ve uygulanan bir kurumdu.

Osmanlı Devleti'nde gediklerin esnaf sisteminin gelişimine uygun olarak iktisadî ve hukukî haklar içeren önemli bir müessese olarak ihdas edildiği görülmektedir. İktisadi açıdan gedik bir esnaf ya da zanaatkârlığın belirli bir yerde, belli sayıda dükkân tarafından icra edilebilmesi anlamını taşır. Esnaf elindeki gediği, rehin edebilmekte ve tüccardan veresiye aldığı mala karşılık gösterilebilmekteydi. Dolayısıyla gedikler esnaf için bir tür kredi vasıtası oluşturmuş durumdaydı. Loncanın verdiği ruhsat ile dükkân açabilme yetkisi kazanan esnafın dükkân için yapacağı kira akdi kiralayanın kiracıyı seçme hakkının bulunmayışı, uzun süreli oluşu ve varislere geçebilmesi gibi özellikleriyle normal kira akitlerinden ayrılmaktaydı. Diğer yandan oluşturulan

gedik hukuku çerçevesinde gediklerin, mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilere benzer şekilde alınıp satılabilmesi veya terekeye dâhil edilebilmesinin mümkün olması bu kurumu daha da geliştirdi¹.

Osmanlı hukukunda istisnai olarak meşruiyeti kabul edilen gedik usulü, ticarete inhisar usulünün 1853 yılında kaldırılmasıyla imtiyaz ve ruhsat anlamını kaybetti. Bu tarihten sonra eskiden olduğu gibi tasarruf hakkı olarak kabul edildi. 1861 tarihli Gedik Nizamnamesi ile de bazı sınırlamalara tabi tutulan gedik hakkı, 1913 yılında “gediklerin ilgasına ilişkin kanun-u muvakkat” ile tasfiye sürecine girmiştir².

Bu çalışmada gedikğin Osmanlı uygulamasındaki farklı anlamları üzerinde kısaca durulduktan sonra İslam-Osmanlı hukuk tarihindeki anlamı, gelişimi ve özellikle de Osmanlı hukukunda ve uygulamasında yaygın olarak kullanıldığı esnaf sistemindeki inhisarilik veya imtiyaz anlamı üzerinde durulması hedeflenmektedir.

I. OSMANLI DEVLETİ'NDE GEDİĞİN FARKLI KULLANIM ALANLARI

Sözlükte eksik kusur, yıkık yer, çatlak veya aralık anlamlarına gelen gedik³, Osmanlı Devleti'nin askeri, idari, mali ve hukuki alanlarında farklı anlamlarda kullanılan bir terimdi⁴.

Bunlardan birincisi gedikğin Osmanlı Devleti'nde askeri alanda tanınan bir ayrıcalığı veya rütbeyi ifade etmesidir. Askeri alanda hususi gedik defterlerinin tutulup, gedik tevcihlerinin yapıldığı görülmektedir⁵. Yeniçeri veya yayabaşı gedikği şeklinde de isimlendirilen bu tür gedikler belirli bir bölgede görevlendirilen veya belirli bir hizmet için istihdam edilen askerlere

¹ KAL'A Ahmet, “Osmanlı Esnafı ve Sanayisi Üzerine Yapılan Çalışmalarla ilgili Genel Bir Değerlendirme”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C.1, Sy. 1, İstanbul, 2003, s. 250.

² AKGÜNDÜZ Ahmet, “Gedik”, TDVİA, C. 13, 1996, s. 542.

³ BERKİ Ali Himmet, “Hukuk Esaslarına Uymayan Müesseseler Gedik”, Adalet Dergisi, Yılı: 54, 1963, s. 1159; TDK, Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr, erişim 10.01.2016.

⁴ BULUŞ Abdülkadir, “Gedik”, Ahilik Ansiklopedisi, C. I, Ankara, 2014, s. 423; AKGÜNDÜZ, Gedik, s. 542.

⁵ AKGÜNDÜZ Ahmet, “Osmanlı Hukukunda Gedik Hakkının Menşei ve Gedik Hakkıyla İlgili Ebüssuud'un Bir Risalesi”, Türk Dünyası Araştırmaları, Şubat 1987, s. 150.

tevcih edilirdi⁶. Askeri alanda kullanılan bu gediklerin hisar gediği⁷, kale mustahfiz gediği ve topçu gediği gibi çeşitleri bulunmaktaydı⁸. Zamanla mahlûl hale gelen gedikler yerli tebaaya verilerek sivil halka geçiş süreci başlatıldı⁹. Tımar gediklerinin en önemli özelliği gedik sahiplerinin asker beslemekle (cebelü) mükellef olmamalarıydı¹⁰. Ayrıca her padişah değişikliğinde beratlarının yenilenmesi zorunluluğu bulunuyordu¹¹. Gedikli tımarlar, normal tımarlardan farklı olarak ancak hizmeti bulunanlara ya da yarar sağlayanlara kısaca hak edenlere tevcih edilebilirdi¹². Topçu gediklerinin imtihan ile dağıtılması¹³ ve yarar göstermeyenlerin ya da savaşmaya gücü olmayanların gediklerinin ellerinden alınabilmesi, askerlik hizmetinden muaf olmaları sebebiyle yaşı küçüklere ya da gayrimüslimlere gedik tevcih

⁶ http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/12_nolu_muhimme_2.pdf, madde 915, 918.923.

⁷ http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/12_nolu_muhimme_2.pdf, madde, 1014.

⁸ http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/12_nolu_muhimme_2.pdf, madde, 1012.

⁹ http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/12_nolu_muhimme_2.pdf, madde 1008.

¹⁰ SERTOĞLU Midhat, Osmanlı Tarih Lûgatı, İstanbul, Enderun Kitabevi, 1986, s. 121.

¹¹ ÇAKIR Baki, Osmanlı Mukataa Sistemi (XVI-XVIII. Yüzyıl), İstanbul, Kitapevi, 2003, s. 167.

¹² "...İmdi; gedük tîmâr gibi olmayup yarar olanlara arz olunmak lâzîm olmağın buyurdum ki: Vusûl buldukda, bu makûle mahlûl gedük vâkı' oldukda gedükleri bozmayup yarar Rûm yiğitlerine arzleyesin." Erişim:http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/12_nolu_muhimme_2.pdf, madde 1055; düklerin hıdmete kâdir âhar kimesneye virüp istihdâm eylesin,http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/7_nolu_muhimme_3.pdf, madde 2016.

¹³ http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/12_nolu_muhimme_2.pdf, madde 1098, 1127.

edilmemesi¹⁴ gibi kriterler bu hususu doğrulamaktadır¹⁵. Bu şekilde devletin gediğin kimlere tevcih edileceği konusunda çeşitli müdahalelerde bulunabildiği görülmektedir.

Örneğin *kul gediklerinin Araplara ve yerlilere verilmesi istenmeyip sadece işe yarar Türkistan ve Kürdistan yiğitleriyle Rum ademlerine verilmesi konusunda Beylerbeyi'ne uyarılar yapılmıştır*¹⁶. Bağdat beylerbeyine yapılan bir başka uyarıda ise *boşalan gediklerin verileceği kimselerin, askeri kesimden olmasa da harbe ve kılıca yarar yiğitler olması istenmiş, hizmete gücü yetmeyecekler ve Kürd taifesine verilmemesi emredilmiştir*¹⁷. Şam beylerbeyine yazılan hükümde ise *mazul beylerbeyi döneminde kazanılmış olan gedik haklarının görmezden gelinmemesi ve korunması istenmiştir*¹⁸. Gedik verilirken aranan niteliklerin dönemsel şartlara göre değiştiği görülmektedir.

Gedik tımarlarının tevcihinde söz sahibi olan beylerbeyi, merkezin bu konudaki denetiminin önemli bir aracı konumundaydı. Zaman zaman bu tür gediklerin tevcih ve geri alınmasında beylerbeyi yanında sancakbeyleri de yetkili kılınmıştır. Merkezin sıkı kontrolü yanında gedik tevcihinde esas olarak bu iki yerel birimin etkili olduğu görülmektedir¹⁹. Belgelerden anlaşıldığı kadarıyla zaman zaman gedik tevcihiyle ilgili sahte mühür ve evraklarla yapılan usulsüzlükler ile karşılaşmış ve bu tür olumsuzluklar merkez birimlerinin

¹⁴ "Göresin; vâkı' ise ol asıl İslâm'ı nâ-ma'lûm kimesnelere ve sekiz-tokuz yaşında oğlanlara bilâ-emr gedük virilmiş ise anun gibilerün gedüğü kal'a-i mezbûrede irişmiş kul-oğullarına ve sâyir ma'zûl olan müstehiklara tevcih idüp lâzîmü'l-arz olanı yazup bildüresin." www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/7_nolu_muhimme_3.pdf madde 2149.

¹⁵ http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/12_nolu_muhimme_2.pdf, madde 1177.

¹⁶ http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/5_nolu_muhimme/, madde 65

<http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/6%20NUMARALI%20M%C3%9CH%C4%B0MME.pdf>, madde 63.

¹⁸ www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/6_NUMARALI_MÜHİMME.pdf, madde 128.

¹⁹ www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/6_NUMARALI_MÜHİMME.pdf, madde 184.

uyaruları ile düzeltilmeye çalışılmıştır²⁰. Yine konuyla ilgili halkın şikâyetleri bölge kadıları vasıtasıyla soruşturularak gerekli tedbirler geciktirmeden alınmıştır²¹.

Gedik adının yoğun olarak kullanıldığı ikinci alan ise Osmanlı sarayıydı ve saray görevlileri arasındaki önemli bir rütbeyi veya kıdemi ifade ederdi. Sarayda idari memur ve hizmetlilerin reisine gedikli denilmekteydi²². Enderun katmanlarında belirli kişilere verilen bu rütbe ayrıca saray hizmetlileri arasında müteferrika ünvanlı hizmetlilerin önemli bir kısmını oluştururdu. Aynı şekilde padişahın koruma görevinde bulunan solaklar gedikli statüsündeydi. Haremdeki kıdemli cariyelere gedikli cariyeye deniliyordu²³. Saray görevlileri dışında gedığın önemli bir rütbeyi işaret ettiği alanlar da bulunmaktaydı. Örneğin Divan-ı hümayun çavuşlarının kıdemlileri “gedikli divan çavuşu” ünvanını taşırdı. Kısacası bu terim Osmanlı Devleti'nde genel olarak kadrolu olan görevlileri veya bir makam veya mevkii uzun süre dolduran kıdemli kişileri karşılamaktaydı²⁴. Son olarak gedik daha yaygın olarak hukuki ve iktisadi bir terim olarak kullanılmıştır.

²⁰ http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/5_nolu_muhimme_ozet_indeks.pdf.

²¹ “Dergâh-ı Mu'allâm çavuşlarından (...) zîde kadruhûvarıcak, bu husûsı onat vechile dikkat ü ihtimâm ile hak üzere teftîşü tefahhus kılup göresiz; fi'l-vâkı' arzolunduğı üzere mezkûrlarun gedüklerin ağalarınun haberi yoğiken ve hıdemât-ı lâzımelerin edâ iderler iken bilâ-sebeb âhara ve kendü âdemlerine ve akçasın aldığı kimesnelere virmişmidür, niçedür, yohsa gedükleri alınanlarun her birinün bir sebebi olup müstehikk-ı azl iken âhara virilmekle mi şirret iderler; tamâm vâkıf u muttali' olup gavrine irişüp dahı sıhhati ve vukû'ı üzere hakikat-i hâli ale't-tafsîl yazup bildüresiz. Ammâ; bir cânibe meyl ü muhâbâdan ve hilâf-ı vâkı' kazıyye arz olunmakdan ziyâde hazer idüp tamâm hak üzere olasız.”
http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/6_NUMARALI_Muhimme.pdf, madde 119.

²² AKGÜNDÜZ, Ebüssuud'un Bir Risalesi, s. 150; BULUŞ, Gedik, s. 423.

²³ SERTOĞLU, Lûgat, s. 121.

²⁴ ÖZCAN Abdülkadir, “Gedikli”, TDVİA, C. 13, s. 548; KARAMURSAL Ziya, Osmanlı Mali Tarihi Hakkında Tetkikler, Ankara, TTK, 1989, s. 132; SERTOĞLU, Lûgat, s. 121.

II. İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA GEDİK

İslam hukukunda gediğin temelini "sükna", "girdar" veya "hulüv" denilen tasarruf hakları teşkil eder²⁵. Bu başlıkta gediğin İslam ve Osmanlı hukukundaki tarifi ve hukuki zemini üzerinde durulacaktır.

Osmanlı hukukunda gediğin intifa hakkı olarak kabulü ile ilgili hukuki zeminin Ebussuud'un önce Rumeli kazaskeri iken verdiği fetvalara dayandırıldığı daha sonra da ilgili fetvaların şeyhülislamlığı döneminde padişaha arz edilip onaylanmasıyla oluşturulduğu görülmektedir²⁶.

Girdar, *"mukâtaalı vakıf arazi yahut mîrî arazi üzerinde bu arazinin mutasarrıfı tarafından meydana getirilen ve sahibine 'hakk-ı karâr' veren mülk bina, ağaç ve benzeri şeylere"* denir. Ebussuud girdarın sükna ile aynı anlama geldiğini ifade etmiştir. Hulüv ise daha çok Mısır'da görülen bir uygulamadır ve gediğe benzeyen bir tasarruf şeklidir ve *"bir gayri menkulün rakabesi üzerinde, o akar lehine tamir veya başka bir maksatla verilen belli bir meblağ para karşılığında mâlik olunan mücerret menfaat yani intifa hakkı"* şeklinde tanımlanmıştır²⁷.

Gediğin esnaflar arasında kullanımından önceki evrede Osmanlı uygulamasında görülen gedik hakkı, İslam hukukçularınca sükna olarak adlandırılmaktaydı. Nasıl ki arazi üzerindeki hakkı kararı tanınan bina ağaç gibi mülk aksama girdar adı verilmekteyse aynı şekilde bina ve dükkânların içerisine yerleştirilen bir sanata mahsus gerekli alet ve edevata da sükna denilmekteydi. Hukukçular bunun *"esnafın vakıf dükkânlarda mütevellinin izni"*

²⁵ "Oturma hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun 823-825. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir binanın tamamında veya bir bölümünde, bir kişiye oturma hakkı veren, konut olarak ondan yararlanma hakkı veren bir irtifak hakkıdır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 823. Maddesi; Oturma hakkı, şahsın kişiliği ve kişisel ihtiyaçları nazara alınarak sadece o kişinin ihtiyaçlarını gidermek amacı ile onun lehine kurulabilen bir irtifak hakkıdır. Bu sebeple eşyaya bağlı olarak kurulamamaktadır." AKİPEK J. G., Türk Eşya Hukuku (Sınırlı Ayni Haklar), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Yayın No: 350, 1974, s. 116; AYBAY A / HATEMİ H., Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, İUSBF Yay, 1981, s. 173; AKGÜNDÜZ, Gedik, s. 542.

²⁶ Ebussuud ayrıntılı fetvasından sonra şöyle bir talepte bulunmuştur. "zikrolunan ahkâmın mesâilü yerli yerinde tahrir olundu. Ümiddür ki, nazar-ı şerifleri müteallik olub ona göre fetva-yı şerife sadaka oluna ki, memalik-i Osmaniye'de amme-i reâyânın sükna (gedik) hususunda fetvây-ı şerife kemâl-i ihtiyaçları vardır". AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, 1. Kitap, İstanbul 1990, s.

²⁷ AKGÜNDÜZ, Gedik, s. 541.

ile ve karar şartıyla bina ettikleri raf, sandık, dolap gibi alet ve edevat" olduğunu belirtirler²⁸. Sözlük anlamı "oturma" olan süknâ, Hanefilere göre bir tür bağıştır ve mülkiyet, sahibine ait olup mesken, bağışlananın elinde âriyet olarak kalmaktadır. Malikilere göre de süknâ, bağışlanan şahsın ölümüne veya neslinin tükenmesine kadar tahsis edilmişse, bunlar ölünce süknâ hakkı bağışlayan veya onun en yakın mirasçısına geri döner²⁹. Süknâ terimi sözlük anlamıyla daha çok İslam aile hukukunda kullanılmış ve kadının boşanması durumunda elde ettiği nafaka ve oturma hakkı bahsinde geçmiştir³⁰. Bu terim gedik adıyla esnaf ve sanatkârlar için kullanıldığında ise farklı bir anlam kazanmıştır³¹.

Gedik mutasarrıfı, gediğin bulunduğu gayrimenkulde hakkı kararı bulunan müstecirdir³². Mutasarrıf, ecrimisil ödediği müddetçe bina ve dükkânlar üzerinde sınırlı aynı bir hakkı mevcuttur³³. Gedik denilen aletlerin bulunduğu yere gediğin mülkü, mülk sahibine verilen kiraya ise mülk kirası denilirdi. Mülk kirası iki ayrı ödemeden oluşmaktaydı. Birincisi gediğin talibine ihale ve tefvizinde, üzerinde bulunduğu gayrimenkulün malikine ödenen ve o yerin kıymetine yakın miktarda peşin alınan "gedik muaccesesi"dir. İkincisi ise "gedik müeccesesi" denilen ve yine gedik mülkünün sahibine her ay veya her sene ödenen miktardır³⁴.

İslam hukukçuları süknâ girdar veya hülûve bağladıkları gediğin, hukuki temelini hakkı karar olduğunu ifade ederler. Buna göre bu hak, vucüb-u karar denilen ve bir akar üzerindeki bina ve ağaç gibi menkullerin sahibinin akar üzerinde sahip olduğu tasarruf hakkıdır. Öyle ki gayrimenkul üzerindeki bu tasarruf hakkının menkul sahibi dışında başka birine devredilmesi mümkün değildir³⁵.

²⁸ AKGÜNDÜZ, Ebüssuud'un Bir Risalesi, s. 153.

²⁹ ŞENER Abdülkadir, İslam Hukukunda Hibe, Ankara, AÜİFY, 1984, s. 65.

³⁰ Bkz. Hacı Mehmet GÜNAY, " Süknâ", TDVİA, C. 38, 2010, s. 48.

³¹ AKGÜNDÜZ, Ebüssuud'un Bir Risalesi, s. 153.

³² ERDOĞAN Mehmet, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul, Ensar Neşriyat, 2010, s. 157.

³³ AKGÜNDÜZ, Ebüssuud'un Bir Risalesi, s. 153.

³⁴ ERDOĞAN, s. 157.

³⁵ AKGÜNDÜZ, Ebüssuud'un Bir Risalesi, s. 151.

Yukarıda izah ettiğimiz şekliyle öncelikle vakıf mülklerinde uygulanmaya başlanılan gedik hakkı ifade edildiği üzere 1555 yılında Ebussuud'un Kanuni Sultan Süleyman'a sunduğu risalesiyle resmiyet kazanmıştır. Ayrıca Ebussuud'un risalesinde daha önce gediğin mülkiyet konusu mal sayılamayacağı ve dolayısıyla mirasçılara intikal edemeyeceği yönündeki uygulama ilga edilerek gedik denilen alet ve edevatın gayrimenkul hükmünde menkul mal kabul edilmesini ve hakkı karar sebebiyle mülkiyet hükümlerinin bunlar için de geçerli olacağı müdafaa edilmiştir. Dolayısıyla gedik hakkının Osmanlı uygulamasındaki temeli esasen bu risale ile atılmış ve resmi hale getirilmiştir³⁶.

III. ESNAF GEDİĞİ

Osmanlı uygulamasında gedik, esnaf arasında inhisar usulünün kabulü ile İslam hukukundaki temel anlamının dışına çıkmış ve esnaf kesiminde sahip olunan bir "inhisarı" veya bir imtiyazı ifade etmiştir.

Gedik konusunda tarihi kaynaklarda iki tanım ön plana çıkmaktadır. Birincisi Süleyman Sudi'nin "*gedik denilen şey adeta bir inhisar veya bir imtiyaz demekten ibarettir ki sahiplerinin işleyeceği işi başkaları işlemek ve satacağı şeyi başkaları satmamak şartıyla taraf-ı hükümetden virilen senedin icray-ı ahkâmıdır*"³⁷. Diğer tanım Sıdkı'ya aittir. Buna göre "*evâilde usta çıkmaklığa ve âlât-ı sanâiye gedik nâmı verilmiş ise de gediği böyle ustalık hakkı veya âlât-ı sanâi diye ta'rif etmekden icray-ı sanat ve ticaret idebilmek selâhiyeti diye ta'rif eylemek daha münasip olur*"³⁸.

Anlaşılabileceği üzere bu tanımlar gediğin daha ziyade inhisar anlamına vurgu yapmaktadır. Bu anlamdaki gedik, Osmanlı esnaf düzeninde meydana gelen bazı gelişmelere paralel olarak şekillenmiş ve bir zaruret neticesinde ve bazı iktisadi nedenlerle oluşturulmuştur³⁹.

³⁶ AKGÜNDÜZ, Ebussuud'un Bir Risalesi, s. 154.

³⁷ ERGİN Osman Nuri, Mecelle-i Umûr-ı Belediye, İstanbul, İ.Büyük Şehir Yay,1995, C. 2, s. 652; Süleyman SUDİ, Defter-i Muktesid, İstanbul, 1307, C. 1, s. 96. (KAL'A, İstanbul Esnaf Birlikleri, s. 56'dan naklen)

³⁸ SIDKI, Gedikler, İstanbul, 1325, s. 20. (KAL'A, İstanbul Esnaf Birlikleri, s. 56'dan naklen); ERGİN, Umûr-ı Belediye, s.641.

³⁹ KAL'A, Osmanlı Esnafı Değerlendirme, s. 250; SERTOĞLU, Lûgat, s. 120.

A. Esnaf Gediğinin Gelişimi

Esnaf gediği günümüzde artık yer almasa da geçmişte henüz liberal iktisat anlayışının yerleşmediği bir dönemi temsil etmesi bakımından dikkat çekmektedir. Zira devletin bu dönemde herkesi kendi sınıfı içerisinde tutmak ve sınıflar arası geçişi önleme çabaları incelenmeye değer görünmektedir⁴⁰.

Osmanlı uygulamasında özellikle belirli bir dönemden sonra ticaret inhisara tabi tutulmuş ve ticaret yapacakların sayıları sınırlanmıştı. Bu noktada gediğin klasik dönemdeki alet ve edevat ve üzerinde sahip olunan hakkı karar anlamı, esnafın sanat ve ticaret yapabilme salahiyetine dönüştürüldü. Zira esnaf, hakkı karara sahip olduğu alet ve edevatı devir veya ferağ ettiğinde, sanat ve ticaret yapabilme yetkisini de devretmiş oluyordu⁴¹.

Osmanlı Devleti'nde esnaf ve zanaatkârlar lonca adı verilen bir teşkilatlanmaya sahipti⁴². Bu kurum ahilik kurumuna dayanmakla birlikte ondan oldukça farklı özelliklere sahipti⁴³. Osmanlı egemenliğindeki Müslüman olmayan kesimin çoğalması, sanat dallarının çeşitlenmesi esnaf arasındaki müslim-müslim olmayan ayrımını kaldırmış 17. Yüzyıldan itibaren gedik şeklindeki ortak çalışma alanlarını doğurmuştur⁴⁴. Her loncanın başında asil sorumlu ve otoritelerin muhatabı durumundaki kethüda, onun yardımcı olan

⁴⁰ İNALCIK Halil, Devlet-i Aliye, İstanbul, T.İ.B Kültür Yay, 2009, s. 256.

⁴¹ BERKİ, Uymayan Müesseseler, s. 1159.

⁴² "Ahiler Anadolu'nun iktisadi hayatını teşkilatlandıran gruplardır.", TABAKOĞLU Ahmet, "Osmanlı İctimaî Yapısının Hatları", Osmanlı 4 Toplum, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1999, s. 20; "Ahi teşkilatının Osmanlı Devleti esnaf ve zanaatkârları üzerindeki etkileri XV. yüzyılın ortalarından sonra azalmıştır." ŞEN Murat, "Osmanlı Devleti'nde Sosyal Güvenlik: Ahi Birlikleri, Loncalar, Vakıflar", Çimento İşveren Dergisi, C. 16, Sy. 6, Kasım 2002, s. 27.

⁴³ Kazıcı, "özellikle Fatih devrinden itibaren Ahilik siyasi bir güç olmaktan çıkarak esnaf birliklerinin idari işlerini düzenleyen bir teşkilat halini aldı. XVIII. yüzyıldan XX. yüzyıl başlarına kadar teşkilatın gedik(lonca) adını aldığı söyleniyorsa da 1824 tarihli Selanik ile ilgili bir arşiv belgesinde (BA, Cevdet-Zabtiye, nr. 266) ve Ahi Evran Zaviyesi'nden bahseden bir taktirde (BA, Cevdet-Belediye, nr. 5 I 50).ahi baba, ahilik, yiğitbaşı, üstatlık, kethüdalık gibi Ahiliğe ait terimlerin kullanılması bu ismin uzun süre devam ettiğini göstermektedir" demektedir. KAZICI Ziya, "Ahilik", TDVİA, C. 1, 1988, s. 540 vd.

⁴⁴ ÇAĞATAY Neşet, "Fütüvvetnameler nedir, niçin düzenlenmişlerdir?", Makaleler ve İncelemeler, Konya, Selçuk Üniversitesi Yay, 1983, s. 127 vd; bkz. ÇAĞATAY Neşet, "Fütüvvet –Ahi Müessesesinin Menşei Meselesi", AÜHFD, C. I, 1952, s. 59-84; ŞEN, Sosyal Güvenlik, s. 27.

ve iç işleriyle ilgilenen yiğitbaşı ve daha çok dinsel otorite olan şeyh bulunmaktaydı⁴⁵. Osmanlı Devleti'nde ticaret ve zanaatla uğraşmak belirli kurallara tabiydi. Kişiler istedikleri ticaret ve zanaat alanıyla uğraşamazlar ve istedikleri yerde veya biçimde çalışamazlardı. Her esnaf ve zanaat alanı belirli bir nizama sahip olarak kendi içinde örgütlenmiş durumdaydı. Bu şekilde teşkilatlanan bir grubun, üretim faaliyetinde bulunabilmesi, faaliyet gösterdiği alanda aynı üretimi yapan veya aynı tekel haklarını daha önce elde etmiş başka bir esnaf birliğinin bulunmamasına bağlıydı. Uygulamada çıkabilecek karışıklıklar ise kadının müdahalesi ya da Divan-ı hümayuna yapılacak itirazlarla gideriliyordu⁴⁶. Yeni esnaf gruplarının kuruluşunda belirli bir nizama sahip olma gerekliliği genellikle eski nizamların devam ettirilmesi şeklinde aşıyor, hiyerarşik yapılanması ise otoriteyi elinde tutacak kethüdanın seçimi veya merkez tarafından tayini yoluyla sağlanıyordu⁴⁷.

Lonca denilen bu yapılanmanın da kendine özgü gelenek ve kuralları bulunuyordu. Örneğin loncaya girmek için iş hayatına ilk olarak çıraklık ile başlanır, belirli bir tecrübe ve eğitimden sonra dükkân sahibi veya usta olunabilirdi⁴⁸. Dolayısıyla çeşitli meslekleri içine alan loncaların üyeleri usta, kalfa ve çırak olarak üç dereceye bölünmüşlerdi⁴⁹. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz gibi dükkân sahibi veya usta olabilmek için sadece loncaya girmek belirli bir eğitimden geçmek de yeterli değildi. Belirli meslek mensuplarının o işle uğraşabilmesi gediğe sahip olmasına bağlıydı⁵⁰. Zaten esnaflar arasında tekel ve imtiyazı ifade eden gedik, bu hak sahiplerinin işleyeceği ya da satacağı

⁴⁵ MANTRAN Robert, Osmanlı İmparatorluğu Tarihi I, (çev. Server Tanilli), İstanbul, Say Yay, 1991, s. 265.

⁴⁶ BAYRAM Selahattin, "Osmanlı Devleti'nde Ekonomik Hayatın Yerel Unsurları: Ahilik Teşkilatı ve Esnaf Loncaları", İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sy. 21, 2012, s. 107.

⁴⁷ ÖZKAYA Yücel, XVIII. yüzyılda Osmanlı Kurumları ve Osmanlı Toplum Yaşantısı, Ankara, Aslımlar Matbaası, 1985, s. 209 vd.

⁴⁸ TABAKOĞLU Ahmet, "Türk Çalışma Hayatında Fütüvvet ve Ahilik Geleneği", İktisat Tarihi Toplu Makaleler I, İstanbul, Kitabevi, 2005, s. 344.

⁴⁹ MANTRAN, Osmanlı İmparatorluğu, s. 265.

⁵⁰ ÜÇÖK Coşkun - MUMCU Ahmet - BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 283; ARABACI Caner, "Kefil", Ahilik Ansiklopedisi, C. II, Ankara, 2014, s. 59.

işi başkasının yapamaması anlamına geliyordu⁵¹. Dolayısıyla gedik sahibi olmayanlar ehil olsa bile o işi icra etmeleri mümkün değildi⁵². Ancak zorunlu durumlarda kendiliğinden açılan dükkânlar kapatılmaz ihtiyaç olması halinde onlar da kayda geçirilirdi⁵³. Esasen gedik inhisar anlamını tam olarak kazanmadan önce de esnaflar gelişigüzel dükkân açamazlardı. Ancak zaman zaman nizamların çiğnenmesine engel olunamadığından ve belirli alanlarda fazla açılan dükkânlar kapatılıp⁵⁴, ihtiyaç duyulan alanlara kaydırmalar yapılabilirdi⁵⁵

İfade ettiğimiz üzere ticaret veya sanat dükkân veya mağaza gibi belirli yerlerde icra edilebilirdi⁵⁶. Gedik sahibi de sanat veya ticaretini ancak buralarda yapabildiği için başka bir yerde yapması mümkün değildi⁵⁷. Hatta zaman zaman dükkân dışına çıkararak satış yapmaya kalkışan esnaf sert bir

⁵¹ BAYRAM, Ekonomik Hayat, s. 110; ARABACI, Kefil, s. 59.

⁵² “ehl-i hibreleri ma’rifetiyle bu husûsda oligeldüğü üzere amel idüp min-ba’d ligelene muhâlif ayak berberlerin bunların dükkânları yanında İş işletdurmeyüp oligelene muhâlif birbirlerinin şâgirdlerin ayartmayalar ve bi'l-cümle kadîmden oligelene muhâlif i olduğına rızâ-yı erifüm yokdur. Ana göre mukayyed olup emrüne ve kadîmden oligelene muhâlif bir ferde iş itdürmeysin. Memnû’ olmayanları yazup arzyleysin.” http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/82_NOLU%20M%C3%9CH%C4%B0MME.pdf madde 154.

⁵³ TABAKOĞLU Ahmet, “Osmanlı Ekonomisinde Fiyat Denetimi”, İktisat Tarihi Toplu Makaleler I, İstanbul, Kitabevi, 2005, s. 138.

⁵⁴ “İstanbul kadısına hüküm ki istanbul muhtesibi mektub gönderüb istanbul’da çiçekçi dükkânı beş bab dükkân iken hâliyâ ikiyüzden ziyade dükkân olub dükkân sahipleri üç dört akçeye vakiyye sin satın aldıkları meyve sepetlere koyub sepedin yirmi beş ve otuzar akçeye satılub meyvenin muzayekasına baidir deyu üslûbu sabık üzere beş bab dükkân ibka olunub maadası cümleten ref’olunmak recasına arz etmeğin vechi meşruh üzere olmak emir idüb büyüdüm ki... vardukda emrim üzere beş bab çiçekçi dükkânın ibka idüb maadasın cümleten ref idüb minbaad meyve ve çiçek satdırmıyasın. Fi 6 za 1003 (Ba hattı Pir Efendi)”, AHMET Refik, Hicri On Birinci Asırda İstanbul Hayatı (1000-1100), İstanbul, 1931, s. 18-19.

⁵⁵ KÜTÜKOĞLU Mübahat, “Sanayi”, Osmanlı Devleti Tarihi, İstanbul, Zaman Yay, 1999, C. 2, s. 610.

⁵⁶ Havai gedikler her yerde aynı neviden olmak üzere icra edilebilirdi. BERKİ, Uymayan Müesseseler, s. 12.

⁵⁷ BERKİ, Uymayan Müesseseler, 1159.

şekilde uyarılırdı⁵⁸. Dolayısıyla bu konuda sıkı bir uygulamanın var olduğu söylenebilir. Ancak uygulamada resmi izin alınarak veya senede bağlanarak bazı esnekliklerin yapıldığı da görülmektedir. Örneğin gediğin belirli bir mekâna bağlılığı söz konusu olsa da gerektiğinde işin başka bir yere nakline izin verilebilirdi⁵⁹. Bu nakil, aynı işin sürdürülmesi ve resmi şekilde ve senedi değiştirilmesi şartıyla yapılabilirdi. Gediğin başka bir sanat veya ticarete tebdili ise resmi olarak gediğin türünün değiştirilmesi ile mümkündür⁶⁰ ve bu durumda tahvil olunan gedik üstüne yeni gedik senedi verilirdi. Diğer taraftan işleri iyi gitmeyen alanlarda gedik sayısı azaltılabilirdi. Buna karşılık revaç gören ve gediğin mahallin ihtiyaçlarına yetiyecek miktarda olmadığı hallerde dışardan söz konusu sanata yönelenler olursa gedik senedi verilerek onların da o alanda sanat ve ticaret icra etmesine izin verilirdi⁶¹.

İktisadi açıdan esnaf ya da zanaatkârlığın belirli bir yerde belli sayıda dükkân tarafından icra edilebilmesi anlamına gelen gedik uygulamasının ortaya çıkışında farklı görüşler olmakla birlikte temel olarak bazı iktisadi nedenlerin etkili olduğu ileri sürülmektedir⁶². Her şeyden önce gediklerin bulunduğu yerde karar hakkı olması ticari bir itibar kazandırıyor. Gedik sahipleri gediğin sahip olduğu bu itibarla mal alabildikleri gibi gediklerini rehn göstererek eytam paralarından veya başka bir yerden borç para da

⁵⁸ Esnafın sokaklarda dolaşmayıp satacakları şeyi dükkânlarında satmalarına dair. "İstanbul kadısına hüküm ki Mahrusei istanbulda şehir içinde gezen tablakârlar ve ağdaclar ve ketan ve sair zahair satanlar noksan üzere satub ve niceleri dahi dükkânları variken dükkânlarında beyi itmeyüb dermahzen eyledikleri ilâm olunmağın minbaad tablakârlar ve sair bu makule şehir içinde gezüb beyü şira edenler men'olunmak emir idüb büyürdüm ki... vardukda bu babda unat veçhile mukayyed olub bu makulelere bilkülliyye dükkânlarda nerhi ruzî üzere satdırub min baad emri şerifime muhalefet idenleri muhkem te'dib eyliyesin Fi 8 r 1002 (Ba hattı hümayun Haklarından geline deyu ferman olunmuşdur)", AHMET Refik, s. 16-17.

⁵⁹ ERGİN, Umûr-ı Belediyye, 642.

⁶⁰ BERKİ, Uymayan Müesseseler, s. 1159.

⁶¹ ERGİN, Umûr-ı Belediyye, s. 642.

⁶² Gabriel Bear bu uygulamanın yukarıdan yani Devlet tarafından uygulamaya sokulduğunu iddia etmektedir. Böylece belirli alanda uzmanlaşmış ustaların hakları güvence altına alınacaktı. Faroghi ise birbirinden farklı nedenler üzerinde durmaktadır: Birincisi sabit kurallara duyulan ihtiyaç ikincisi ise kalfa sayılarının artması ve baskıları üçüncüsü ise iktisadi nedenlerdir. YILDIRIM, Uyum ve Dönüşüm, s. 163-164.

alabiliyorlardı⁶³. Özellikle gediğin rehn edilebilmesi ve tüccardan esnafın veresiye aldığı mala karşılık gösterilebilmesi esnaf kesimi için önemli bir kaynak oluşturuyordu. Bu durum aynı zamanda alacaklılar için de güvence sağlıyordu⁶⁴. Zira borçlarını ödemedен ölen veya iflas eden esnafın gedikleri esnaf kâhyası marifetiyle satılabiliyordu⁶⁵. Merkez birimler de alacaklarını gedik haczi yoluyla yapabiliyorlardı⁶⁶. Esnafın borçlu olması durumunda gediği bir nevi ipotekli mal statüsüne geçiyor, gerektiğinde satılıp paraya çevrilebilmesi mümkün olabiliyordu⁶⁷. Diğer yandan gedik sisteminin, gediklerin alınması, satılması, miras olarak bırakılabilmesi gibi hususları içermesi, rekabet açısından da olumlu katkılar sağlamıştır⁶⁸.

B. Esnaf Gediği ve Vakıflar

Vakıflar ile esnaf arasında hukuki ilişkinin, vakıfların amacı şehrin ihtiyaçlarını karşılamak üzere mal ve hizmet üretmek olan dükkânlarını esnaf kesimine kiralamasıyla ortaya çıktığı görülmektedir. Zira Osmanlı şehirlerinde, esnaf veya zanaatkârların atölye ve dükkânlarının mülkiyeti büyük oranda vakıfların elinde bulunuyordu⁶⁹. Bu ilişki daha sonra esnaf kesimi lehine gelişti. Öyle ki tasarruf haklarının en geniş olan mülkiyete yaklaştı. Zaman içerisinde harap olan dükkânları kiralamak istemeyenler, mal sahibinin izniyle ve kendi paralarıyla dükkânı tamir ettirmeye başladılar. Ayrıca dükkânın içine icra edecekleri meslekle ilgili gedik adı verilen dolap, alet ve edevatını yerleştirerek bu haklarını daha da sağlamlaştırdılar. Bu şekilde esnaf, düşük bir kira bedeli⁷⁰

⁶³ BERKİ, Uymayan Müesseseler, s. 1160; KÜTÜKOĞLU, Osmanlı Devleti, s. 611.

⁶⁴ KALA, Osmanlı Esnafı Değerlendirme, s. 250.

⁶⁵ BERKİ, Uymayan Müesseseler, s. 1161; KÜTÜKOĞLU, Osmanlı Devleti, s. 611.

⁶⁶ BOA, Maliyeden Müdevver Defterler, (MAD.d), Nu. 10136.

⁶⁷ BOA, Cevdet Adliye, (C.ADL), Nu. 15-917, 25 Ocak 1840 (20/Za/1255 Hicrî) .

⁶⁸ KALA, Osmanlı Esnafı Değerlendirme, s. 250.

⁶⁹ YILDIRIM Onur, "Osmanlı Esnafında Uyum ve Dönüşüm: 1650-1826", Toplum ve Bilim, Sy. 83, 1999, s. 146.

⁷⁰ Burada kullanılan düşük ifadesi bizi yanıltmamalıdır. Zira bilindiği üzere vakıf mallarının kiralanması ile ilgili noksan-ı fahiş olmaması, mütevellinin yakınlarına kiralanamaması gibi uyulması zorunlu bazı kriterler bulunmaktadır. İfade edilmek istenen, bir esnaf için normal kira akdinin süreli olmasından kaynaklı uğrayabileceği zararlardan da kurtulması bakımından avantajlı olduğunu vurgulamaktır. ÇİN Halil-AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2011, S. 343.

ödeyerek vakfa ait bir dükkânı süresiz olarak kiralamış oluyordu⁷¹. İlk aşaması icare-i tavile ile başlayan sonrasında icareteynli vakıf usulü ile devam eden kiracılık uygulamaları esnaflığın gelişiminde olumlu katkıları oldu⁷². 17. Yüzyılın ortalarından itibaren esnaf gedikleri daha da gelişti ve esnaf birliklerince bir iş veya mesleğin bağımsız olarak icra edilebilmesi ve bu yetkinin kimlere verileceğine ilişkin düzenlemeler yapılmaya başlandı⁷³. Ebussuud'un risalesinde⁷⁴ hukuki temelleri ortaya koyulan süknâ hakkı ve yine Kanuni döneminde ortaya çıkan icareteyn adı verilen uzun süreli kiraya verme usulü esnaf tekellerinin gelişimini sağlayarak gedik hukukunun esaslarını şekillendirdi. Zira esnafın icareteynli vakıflarda dükkânları ömür boyu tasarruf edilebilmesiyle süknadan gelen alet ve edevatına ilişkin tasarruf imtiyazları birleştiğinde gedik kurumunun ilkeleri büyük ölçüde belirlenmiş oldu⁷⁵.

18. Yüzyılda ticarete inhisar usulü kabul edilince, sanat ve esnaflık ruhsatı, öncelikle bu san'atları eskiden beri icra eden ve halen birçoğunun vakıf dükkânlarında kiracı olduğu gedik sahiplerine verildi. Gedik hakkı sahipleri esnaf defterlerine resmî bir şekilde yazılarak sanat ve ticaret ruhsatları gedik hakkı ile birlikte devredildi. Böylece belli bir sanatın imtiyaz hakkını elde etmiş olan gedik sahibi, elindeki malzeme sayesinde gediğin bulunduğu gayrimenkulün de devamlı kiracısı sıfatı ile tasarruf hakkını elde etti. Zira inhisar usulünün kabulünden sonra gedik haklarının çoğunluğu vakfedilmiş veya icâreteyne bağlanmıştı⁷⁶. Anlaşılacağı üzere gedik sahibinin tek imtiyazı araç ve malzemede değildi, kiraladığı taşınmaz üzerinde de inhisar hakkına sahip olmaktadır.

Evkaf-ı Hümayun Nezareti'nin kuruluşu ile birlikte vakıflara ait gedik kayıtları bu nezaret nezdinde tutulan defterlere kaydedilmiştir⁷⁷. Aynı

⁷¹ ÖZTÜRK Nazif, Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi, Ankara, TDV Yay, 1995, s. 263.

⁷² İcareteynli vakıflar için bkz. AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Beta Yay, 2014, s. 254 vd.

⁷³ KAL'A Ahmet, İstanbul Esnaf Birlikleri ve Nizamları I, İstanbul Külliyyatı VII, İstanbul, İA Merkezi Yay, 1998, s. 50-51.

⁷⁴ KAL'A, İstanbul Esnaf Birlikleri, s. 93-94.

⁷⁵ KAL'A, İstanbul Esnaf Birlikleri, s. 101-103.

⁷⁶ AKGÜNDÜZ, Gedik, s. 542

⁷⁷ Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), Evkaf Defterleri (EV.d.), Nu. 9455; BOA, EV.d., Nu. 10178; Nezaretin kuruluşundan kısa bir süre sonra iş hacminin genişlemesi sebebiyle

zamanda “temessük” şeklinde esnafa verilen gediklerin kontrolü de bu nezaret tarafından yürütülmüştür⁷⁸. Nezaret zaman zaman muhtelif esnaf gediklerinde esas alınmak üzere muaccele ve müeccele icare miktarlarını belirleyici düzenlemeler yaparak bu konudaki kontrol ve düzenleme görevlerini devam ettirmiştir⁷⁹.

C. Gedğin Tevcihi

Esnaf gedği nâzıralar, kethüdalar, ihtiyar ustalarından oluşan bir heyet tarafından veriliyordu⁸⁰. Aynı zamanda marifet-i şer ile gerçekleşen bu tayinlerin kadılar vasıtasıyla merkeze gerekli bildirimleri yapıldı⁸¹. Gedik ile ilgili kayıtların tutulması ve merkeze bildiriyle ilgili kadılar tarafından üstlenilen bu rolün uzun süre devam ettirildiği anlaşılmaktadır⁸². Ayrıca gedğin satımının veya ferağının dolayısıyla el değiştirmesinin mümkün olması sebebiyle mevcut düzenin bozulması ihtimaline karşı dükkân gediklerinin ihtisap defterlerine kaydedilerek belirli bir miktar harç alınması ve ellerine tezkire verilmesi uygulamasına geçildi⁸³. Gedik tevcihi ile ilgili hukuki esasların tam olarak yerleşmesine kadar tevcih yetkisinin kime ait olduğu konusunda kethüda ile ilgili esnaf biriminin başındaki diğer kişiler arasında yetki çatışmaları yaşandığı görülmektedir⁸⁴. Gedik tevcihi daha sonra Maliye Nezareti'nin Baş muhasebe birimlerinde beraat ve nişan tevdi usulüyle yapılmaya başlandı⁸⁵.

Nihayet ustalık hakkı verme yetkisinin esnaf birliklerine tanınmasıyla birlikte gedik hakkı, esnaf birliklerinin uygulamalarının bir nizama bağlanması ve devletin de bu nizamı onaylamasıyla belirli bir düzene kavuşmuş oldu. Buna

eklenen daireler arasında Mülhakât gedikleri kâtipliği de bulunmaktadır. İbn'ül Emin Mahmut Kemal- Hüsametdin Hüseyin, “Efka-ı Hümayun Nezareti'nin Kuruluş Tarihi ve Nazırların Hal Tercümelere 2”, (sad: ÖZTÜRK Nazif), Vakıflar Dergisi, Sy. 16, Ankara, 1982, s. 32.

⁷⁸ BOA, EV.d, Nu. 37943; BOA, Hatt-ı Hümayun (HAT) , Nu. 544-26935, 9 Mayıs 1834, (29/Z /1249 Hicrî).

⁷⁹ BOA, EV.d., Nu. 39896.

⁸⁰ KAL'A, İstanbul Esnaf Birlikleri, s. 50, AKGÜNDÜZ, Gedik, s. 542.

⁸¹ BOA, MAD.d., Nu. 9980.

⁸² BOA, MAD.d., Nu. 16196.

⁸³ BOA, Cevdet Maliye, (C.ML), Nu. 102-4530, 20 Ekim 1827 (29/Ra/1243 Hicrî).

⁸⁴ BOA, Cevdet Belediye, (C.BLD), Nu. 121-6033, 26 Eylül 1742 (26/B /1155 Hicrî).

⁸⁵ BOA MAD.d., Nu. 10110.

göre örneğin bir kasap ustası öldüğünde tasarrufundaki dükkân gediği nazırlar olan yeniçeri ağası, kethüdarları ve ihtiyar ustaları tarafından ölen ustanın erkek evladına verileceği⁸⁶ şayet erkek evladı yoksa yine bu kişiler tarafından birlik içinde yer alan hak edene verileceği devlet tarafından da onaylanmış bir nizam haline geldi⁸⁷. Dolayısıyla gedik imtiyazlarını sürdürmek her şeyden önce esnafın evlatlarına mahsus kılındı⁸⁸. Erkek evlat için aranan tek şart ise o meslekte çırak olarak çalışmış olmasıdır⁸⁹. Evladı olmayan esnafın bu imtiyazları marifet-i şer ile müzayede usulü ile satılarak bedelinin mirasçılara geçeceği kabul edildi⁹⁰. Gedik sahibinin evladı olmaması durumunda gedik mülzime devredilirken kayıtlardaki eski sahiplerinin isimleri silinmesi ve ilgili esnaf emininin bildiri ile darphane-i amireden arz ile suret verilmesi gerekirdi⁹¹. Gedikler başlangıçta kefil gösterilerek verilmekteydi. Özellikle bakkal gedikleri pazarbaşları marifetiyle ortaya çıkabilecek zararları karşılamayı üstlenirlerdi. Daha sonra bu usulün terkedilmesi alacaklıların zarara uğramasına yol açmıştır⁹².

Gedik ile ilgili arşiv belgelerinden devletin tasdik ettiği gedikler yanında esnafın kendi arasında yine gedik olarak kullanılan ancak devlete tasdik ettirilmediği için resmiyet kazanmamış gediklerin bulunduğu görülmektedir⁹³. Dolayısıyla gediklerin senede bağlanma usulünün öncelikle zaruretten kaynaklandığı daha sonra ise bu durumun yaygınlaştığı anlaşılmaktadır⁹⁴.

Uygulamada esnafın arasında bir işin icrasının sabit dükkânda gedik tevcihi yapılan esnafa mahsus olduğu kuralının çiğnenmesi ile ilgili karşılaşılan uyumsuzlukların çözümlenmesi, ilgili yerin kadısına emredilmiştir. Bir örnekte Galata'da, ayak berberi denilen bazı şahısların berber dükkânları yanında

⁸⁶ BOA, Cevdet Darphane, (C.DRB), Nu. 9-403, 28 Mayıs 1799 (23/Z /1213 Hicrî); BOA, C.DRB., Nu. 51-2527, 20 Eylül 1799 (19/R /1214 Hicrî).

⁸⁷ KAL'A, İstanbul Esnaf Birlikleri, s. 52; BULUŞ, Gedik, s. 423.

⁸⁸ Belgelerde erkek evlat ifadesi geçmekle birlikte evlat şeklinde de yoğun bir biçimde kullanılmıştır. Bila veled yani evladı olmaması durumunda mülzime verileceği ifade edilmiştir. BOA, C.İKTS, Nu. 4-194, 7 Ocak 1801 (21/Ş /1215 Hicrî).

⁸⁹ YILDIRIM, Uyum ve Dönüşüm, s. 164.

⁹⁰ BOA, C.BLD., Nu. 17-810, 24 Ağustos 1797 (01/Ra/1212 Hicrî).

⁹¹ BOA, Cevdet İktisat, (C.İKTS), Nu. 4-194, 7 Ocak 1801 (21/Ş /1215 Hicrî).

⁹² BOA, C.BLD., Nu. 123-6124, 2 Mart 1802 (27/L /1216 Hicrî).

⁹³ KAL'A, İstanbul Esnaf Birlikleri, s. 69.

⁹⁴ BOA, EV.d., Nu. 38603.

berberlik yapıp işlerine engel oldukları ve hiçbir tekâlif vermedikleri, ayrıca bazı berberlerin de birbirlerinin çıraklarını ayarttıkları bildirildiğinden, ayak berberlerine berber dükkânlarının yanında çalışmamaları, berberlere de birbirlerinin çıraklarını ayartmamaları hususunda tembihte bulunulmuştur⁹⁵.

D. Gedik Çeşitleri

Gedik hakkının da zamanla bazı çeşitleri ortaya çıkmıştır. Bir kısmı, şer'î hükümlere aykırı olan bu gedikler ilk etapta üç kısma ayrılmıştır:

a) Müstakar gedikler: Bunlara muttasıl gedik de denilir. Belirli bir gayrimenkulde sahibine tasarruf hakkı doğuran ve sadece bulunduğu yerde icrâ olunabilen gediklerdir⁹⁶. Dolayısıyla bu tür gedikler dükkân, mağaza ve han gibi yerlerde karar hakkı bulunan gediklerdir. Müstekar gediklerin üzerinde bulunduğu akar mülk ya da vakıf olabilir⁹⁷.

b) Havai gedikler: Bunlara munfasıl gedikler de denir. Belli bir gayrimenkulle ilgisi bulunmayan ve sahibine istediği yerde san'atını icra yetkisi veren gediklerdir. Dolayısıyla havai gedik sahibi her yerde sanat ve ticaretini yapabileme yetkisine sahiptir⁹⁸. Simitçi gediği gibi.

c) Müstahlas gedikler: Bunlar, binası yanmış gediklere veya esnaf ıstılahı olarak bir yerden başka bir yere nakledilen gediklere denir⁹⁹.

II. Mahmut devrinde yapılan bir başka düzenleme ile de, gedikler, nizamlı ve âdi gedikler şeklinde ikiye ayrılmışlardır: Nizamlı gedikler, II. Mahmud veya Haremeyn vakıflarına bağlanan ve sahiplerinin ellerine yeniden sened verilen vakıf gediklere denir¹⁰⁰. Mazbut vakıflarda hizmetkârların maaşı vakfedenler tarafından belirlendiği için zamanla bu miktarlar yetmez hale gelince çözüm olarak gedik ihdası yoluna gidilmiştir. Bazı mülk gedikler vakfa dönüştürülmüş, tebdilen senet verilerek müeccele ve muaccele karşılığında sahiplerine bırakılmıştır. Bu gediklerin daha öncekilerden farkı ise çocuğu olmadan vefat edenlerin gedikleri intikal etmediği halde bunların intikal

⁹⁵ Bkz. http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/82_NOLU%20M%C3%9CH%C4%B0MME.pdf madde 154.

⁹⁶ AKGÜNDÜZ, Gedik, s. 542.

⁹⁷ BERKİ, Uymayan Müesseseler, s. 1160; ERGİN, Umûr-ı Belediye, s. 641.

⁹⁸ KÜTÜKOĞLU, Osmanlı Devleti, s. 611; AKGÜNDÜZ, Gedik, s. 542.

⁹⁹ AKGÜNDÜZ, Gedik, s. 542

¹⁰⁰ AKGÜNDÜZ, Gedik, s. 542

edebilmesi olmuştur¹⁰¹. Âdî gedikler ise, bunların dışında kalan ve bu özellikleri taşımayan gediklere ad olarak verilmiştir¹⁰².

E. Gedik Hakkı Sahibi İle Taşınmaz Sahibi Arasındaki Hukuki İlişki

Gedik hakkı sahibi işini ifa edeceği arsa veya dükkânın sahibi ile anlaşarak uzun süreli bir kira akdi yapardı. Normal kira akdinden farklı hukuki özelliklere sahip olan bu akitle gedik hakkı, sahibi ölünce çocuklarına geçebiliyordu. Gedik hakkı sahibinin yaşamı boyunca devam eden öldüğünde varislerine de geçebilen bu imtiyazı, eski hukukumuzdaki benzeri tasarruf haklarının intikalini örneklemektedir¹⁰³.

Söz konusu kiralama işleminin normal kira akdinden ayrılan önemli bazı özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Her şeyden önce normal kira akdinde mülkiyet sahibi kiracısını serbest irade ile seçme hakkına sahiptir. Gedikte ise kiralamanın bu seçim hakkının dolaylı olarak ortadan kalktığı görülmektedir¹⁰⁴.

2. Normal kira akdi belirli sürelerle yapılır ve gerektiğinde yenilenir. Gedikte ise uzun süreli hatta intikal etmesi özelliği ile de süre kısıtı olmayan bir kiralama söz konusudur¹⁰⁵.

3. Kiracı mülkiyet sahibine icareteynli vakıflarda olduğu gibi biri peşin diğeri yıllık olmak üzere çift kira ödemesi yapar¹⁰⁶. Ancak bu bedel bir kez belirlendiğinde sonradan değiştirilmesi kural olarak mümkün değildir.

4. Normal kira akdinde kiracının ölümü kira ilişkisini sona erdiren bir sebeptir¹⁰⁷. Gedikte ise kiracının ölümü ile kiralanan mülk sahibine dönmez, kiracının varislerine intikal eder.

¹⁰¹ BERKİ, Uymayan Müesseseler, s. 1160.

¹⁰² AKGÜNDÜZ, Gedik, s. 542

¹⁰³ <http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/85%20NOLUM>, madde 168.

¹⁰⁴ 4\Nisa 29. Ayetinde: "Ey İman edenler! Birbirinizin mallarını kendi aranızda batıl yollarla yemeyin, meğerki aranızda karşılıklı bir anlaşma ile yapılan ticaret ola" buyrulur. Buna göre kira akdinde karşılıklı rıza aranmalıdır. KAYAR Mehmet Sedik, İslam Hukukunda İcare Akdi, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2011, s. 19.

¹⁰⁵ KAYAR, İcare, s. 20.

¹⁰⁶ KAZGAN Haydar, "Gedikler", Yakın Tarihimizin İktisadi Panoraması, Ankara, TTK Yay, 2011, s. 75.

¹⁰⁷ İcare akdini yapanlardan birinin ölmesi, akdin feshini gerekli kılar. KAYAR, İcare, s. 44.

5. Gedik hakkı sahibi ile mülkiyet sahibi arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdiren durumlar ise şunlardır: Birincisi kiracının gediği borca batık hale getirmesidir¹⁰⁸. Bu durumda imtiyaz sahibi gedikten ihraç edilir, alet ve edevatı satılıp, yerleri kefaletle ehline verilirdi. Benzer şekilde gedik kurallarına uymayan esnafın gedik imtiyazının kaldırılması mümkündür¹⁰⁹. Örneğin yasak olmasına rağmen gedikli zindancı Şükrü'nün koltuk halkası yaptığı anlaşıldığından gediğinin refi ile büyük oğlu İbrahim'e tevcihi uygun görülmüştür¹¹⁰. Bir diğer ihtimal esnafın gediği terk etmesiydi. Gediği terk eden esnaf, gedik üzerindeki tüm haklarını yitirirdi¹¹¹. Mahlûl ya da terkedilen vakıf gediklerinin vakfa geri döneceği kuralı gereğince esnaf tarafından usulsüz el koyma teşebbüsleri yasaklanmıştır¹¹². Yeni tevcih yapılacak kişiye yasaklara riayet etmesi, şirket haline getirmemesi gibi şartlar ileri sürülerek berat verilirdi¹¹³. Aynı zamanda gedik, doğal olarak ferağ da edilebilirdi¹¹⁴. Ferağ muamelesinde zamanla uyulması zorunlu birtakım şartlar oluşturulmuştur¹¹⁵. Bunlardan en önemlisi gediğin ferağının ilgili esnaf ustası, yiğitbaşı, kethüdaları huzuruyla mahkemede yapılmasıydı¹¹⁶. Bu şekil şartı sonraki hak iddialarını önleyerek, ispatta kolaylık sağlamaktaydı¹¹⁷. Ferağ yerine zaman zaman satım ifadesinin kullanılması ferağın belirli bir bedel mukabilinde gerçekleştiğini göstermektedir¹¹⁸.

¹⁰⁸ BOA, C.ML., Nu. 605-24972, 30 Mayıs 1764 (29/Za/1177 Hicrî).

¹⁰⁹ BOA, C.BLD., Nu.47-2305, 9 Ağustos 1792 (20/Z /1206 Hicrî).

¹¹⁰ BOA, C.DRB., Nu. 33-1649, 1 Nisan 1810 (25/S /1225 Hicrî).

¹¹¹ BOA, MAD.d., Nu. 9926.

¹¹² BOA, Hattı Hümayun, (İE.HAT) . , Nu. 5-493, 30 Eylül 1788 (29/Z /1202 Hicrî) .

¹¹³ BOA, C.BLD., Nu. 68-3398, 9 Mart 1792 (15/B /1206 Hicrî) .

¹¹⁴ Gediğin esnaf tarafından kendi isteğiyle ferağ edilmesi durumunda bu işlem de yiğitbaşı ve kethüda huzurunda gerçekleştirilirdi. BOA, C.BLD., Nu. 89-4440, 30 Eylül 1769 (29/Ca/1183 Hicrî) ; ferağ işlemi gerçekleşikten sonra yeni sahibine tevcihin yapıldığına dair suret verilmekteydi. BOA, C.DRB, Nu. 41-2035, 19 Ocak 1775 (17/Za/1188 Hicrî).

¹¹⁵ BOA, C.BLD, Nu. 141-7037, 9 Eylül 1784 (23/L /1198 Hicrî) .

¹¹⁶ BOA, C.BLD, Nu. 80- 3996, 22 Eylül 1836 (10/C /1252 Hicrî) .

¹¹⁷ BERKİ, Uymayan Müesseseler, s. 1161.

¹¹⁸ BOA, C.BLD, Nu. 72-3558, 21 Temmuz 1811 (29/C /1226 Hicrî); "Ferâğ zaman zaman gayrimenkullerin hibe, temlik ve satımı anlamında da geçmekle birlikte hibe, temlik ve satımda mülk olan menkul veya gayrimenkul malın aynı üzerindeki mülkiyet hakkının bir başkasına devri, ferâğda ise çıplak mülkiyeti bir başkasına ait olan belirli

6. Normal kira akdinde kiracının söz konusu mülkü bir başkasına kiralaması mümkündür¹¹⁹. Gedik sahibinin de bu yetkisi olmakla birlikte özellikle vakıf gediklerinde belirli bir dönemden sonra müteveli izni olmaksızın gediğin bir başkasına kiraya verilmesi veya gedik namıyla satılması yasaklanmıştır¹²⁰.

7. Gediğin mevcut dükkândan başka bir yere nakli, esnafın huzurunda mahkeme siciline kaydedilerek yapılabilir¹²¹.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere esnaf nizamlarıyla belirlenen gedik hukuku çerçevesinde esnafa tanınan haklar ve buna ilişkin düzenlemeler doğal olarak mülk sahiplerini de bağlamış oluyordu. Nitekim mülk sahipleri hukuken kiracısını seçme veya kiraya vermeme gibi hakları bulunurken esnaf birliklerinin boşalan dükkânın kimlere ve nasıl kiraya verileceğine dair esnaf nizamlarıyla bu hakları ortadan kaldırılmış veya sınırlandırılmıştı. Şüphesiz bu durum bir çelişkiydi ve zaman zaman mahkemelere intikal eden anlaşmazlıklara yol açıyordu. Devlet bu soruna gedik hakkının esaslarını yeniden belirleyerek bir çözüm yolu bulmalıydı. Nihayet esnaf lehine getirilen düzenlemelerle bu çelişkiye son verildi. Zaten gedik, sükna ve icareteyn usulünün genel esasları üzerine inşa edilmişti. Ancak gedik hukuku zamanla bu usullerle de çelişen farklı özellikler kazandı¹²².

Dolayısıyla esnaf gediğindeki kira işlemi fasid kira'dır. Normal kira akidlerinden farklı özellikler taşımaktadır. Gedikler dükkân mağaza gibi mülklerin ve hatta işyerlerinde bulunan bazı evleri sadece kendilerinin kiralama hakkına sahip olduğunu iddia etmişlerdir. Zamanla mülk sahipleri kiracılarını seçme hakkını tamamen yitirdiler. Esnaf kendi isteği ile terk etmediği sürece mülkün bir başkasına kiraya verilmesi de mümkün değildi¹²³. Diğer taraftan normalde mülk sahibinin taşınmazın değerinin artmasından yararlanması gerekirken bu artışlardan mülklerin kiracısı olan gedik sahipleri

gayrimenkuller üzerindeki tasarruf hakkının (menfaat mülkiyeti) nakledilmesi söz konusu olduğundan aralarında fark vardır". Bkz. BARDAKOĞLU Ali, "Ferağ", TDVİA, C. 12, 1995, s. 351.

¹¹⁹ AVCI Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Konya, Atlas Akademi, 2018, s. 569.

¹²⁰ BOA, C.EV, Nu. 128-6368, 14 Mart 1782 (29/Ra/1196 Hicrî).

¹²¹ BOA, C.BLD, Nu. 32-1572, 20 Nisan 1831 (08/Za/1246 Hicrî); ERGİN, s. 642; BERKİ, Uymayan Müesseseler, s. 1159.

¹²² KAL'A, İstanbul Esnaf Birlikleri, s. 55.

¹²³ BOA, MAD.d., Nu. 9926.

yararlanmışlardır. Zira kira sözleşmesi bir kere imzalandı mı mülk sahibinin artık bir değişiklik istemeye hakkı da yoktu. Başlangıçta ne kira belirlenmişse tarafların rızası olmadıkça eksiltip azaltılması mümkün değildi. Gedik nizamı bunu öngörüyordu. Ancak bu durum mülk sahiplerinin zararınaydı ve esasen tasarruf hukukunun esaslarına da aykırıydı¹²⁴. Ayrıca ifade ettiğimiz üzere gedik sistemi kiracının söz konusu taşınmazı ömür boyunca kullanmasına imkân tanırken öldükten sonra da ilk kira sözleşmesinde yazılı şartlar çerçevesinde kiracılık haklarının varislerine devrini mümkün kılmaktaydı¹²⁵.

F. Gediklerin Ortadan Kalkması

Osmanlı Devleti on sekizinci yüzyıl sonu on dokuzuncu yüzyıl başlarında yeni gedik ihdas edilmeli mi ya da ilga mı edilmeli konusunda bir tereddüt yaşamıştır. Bunda gediğin kendi yapısından kaynaklanan aksaklıklar ve Osmanlı Devleti'nin sanayi devrimiyle birlikte batının gerisinde kalmaya başlaması etkili olmuştur.

Gedik ile ilgili önemli araştırmalar yapan Kazgan, gediğin bozulma sebepleri arasında; Osmanlı imalat sanayisinin Avrupa sanayi devriminin henüz başlangıç emareleri gösterdiği bir devirde dahi rekabet gücünü yitirmiş olmasını, iç üretim yapısının zayıflamasıyla eskiden içerde imal edilen birçok malın Avrupa'dan ithal edilmesinin gelir kaybına yol açmasını, Avrupa'da matbaacılığın yaygınlaşması ile eğitim seviyesinin yükselmesine karşılık Osmanlı Devleti'nde matbaanın aynı etkiyi gösterememesi ve bunun üretim sanayisini de olumsuz etkilemesini, gedik esnafının mali durumunun bozulmasını, paranın ayarının sürekli düşürülmesini, Avrupa mallarıyla rekabet edemez hale gelmelerini, yeniçerilerin rızıklarını esnaftan çıkarma çaresizliklerini ve gerek deniz gerekse karayolları taşımacılığının yetersiz olmasını saymaktadır¹²⁶.

Osmanlı imalat sanayinin batıyla rekabet gücünün olmayışının ötesinde gedik uygulamasının kendi içinde zamanla piyasayı bozan ve bazı kesimlerin mağduriyetine yol açan zararları görülmüştü. Ürünler üzerindeki enflasyonist etkisi ilk kez III. Selim zamanında fark edilen gedik kurumuna, özellikle esnaf kesimindeki tekelci yapısı ve mülk sahiplerinin haklarına tecavüz eden

¹²⁴ BERKİ, Uymayan Müesseseler, s. 1162; ÖZTÜRK, s. 266.

¹²⁵ KAZGAN, Gedikler, s. 77; Hanefilere göre normal kira akdinin taraflardan birisinin ölümüyle sona ermesi gerekir. Şafi, Hanbeli ve Malikiler ise kira akdinin ölümle sona ermeyeceğini kabul ederler. AVCI, Türk Hukuk Tarihi, s. 569.

¹²⁶ KAZGAN, "Gedikler", s. 72-74.

özellikleri göz önünde bulundurularak bazı sınırlamalar getirilmiştir. Gediklerin mülk ile mirasında yaşanan sıkıntılar nedeniyle yalnızca alet ve edevatın mirasa dâhil olacağı kabul edilmiştir. II. Mahmut döneminde ise tüm gedikler vakıflar çatısı altında toplanarak gediklere belirli bir nizam verme çabaları sürmüştür. Diğer taraftan modern ürünlerin üretimi için yeni gedikler ihdas edilmeye devam edilmiştir¹²⁷. Ancak vakıf gelirlerini artıracığı düşünüldüğü için meydana getirilen yeni dükkân gedikleri, eski inhisar ve imtiyaz sahiplerini rahatsız etmiştir¹²⁸.

Nihayet Tanzimat'la birlikte artık önemini yitirmeye başlamış olan gedik ve inhisar usulleri kaldırılarak ticaret ve sanayinin serbestliği usulüne geçilmiştir. Osmanlı hukukunda istisnai olarak meşruiyeti kabul edilen gedik usulü, ticarete inhisar usulünün 1853 yılında kaldırılmasıyla imtiyaz ve ruhsat manasını kaybetmiş ve tekrar eski anlamıyla tasarruf hakkı olarak kabul edilmiştir. 1861 tarihli Gedik Nizamnamesi ile de gedik hakkı bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur¹²⁹. Nizamname ile inhisar usulünün terkedilerek lağv edildiği duyurulmuştur¹³⁰. Bu nizamname, 1859 tarihli mülk gediklerle ilgili olan, yeni gedik kurulmasını yasaklayan bir irade-i seniyyeye dayanıyordu. Nizamnamede ise kısmen mülk kısmen vakıf olan gediklerin istenildiği zaman mülk kısmının vakfa çevrilmesini yasaklıyordu. İrade-i seniyyenin ilanından önceki gedikler geçerli olmakla birlikte bu tarihten itibaren mahkemeler ve evkaf nezareti yeni gedikler tescil etmeyecekti¹³¹. Söz konusu nizamnamede:

“Gedik ta’bir olunan şey aksâm-ı adîdiye münkasım ve her biri bir tarafa merbut u âid olarak bunlardan bazıları inhisarlı ve bazıları hevâi olup buldukları idarenin pek de yolunda ve taht-ı râbîta ve hakkaniyette olmadığı gibi aid olduğuvakıflarınca dahi temettuati pek cüz’i şey olduğundan ve serbesti-i ticaret icabınca inhisarın lağvı ve sâirlerinin dahi ta’dili lâzimedan olub ancak lâğv-i inhisarda gedik bulunduğu kıymet muhafaza edilmemiş

¹²⁷ KOYUNCU KAYA Miyase, “The Dilemma Of The Ottoman State: Establishing New Gediks Or Abolishing Them”, Turkish Studies-International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Volume 8/5, Spring, 2013, s. 441 vd.

¹²⁸ ULUÇAY M. Çağatay, “İstanbul Saraçhanesi Ve Saraçlarına Dair Bir Araştırma”, İÜEF Tarih Dergisi, Sy. 3, İstanbul, 1953, s. 147 vd.

¹²⁹ KAZGAN, Gedikler, s. 80; KÜTÜKOĞLU, Osmanlı Devleti, s. 612.

¹³⁰ ERGİN, Umûr-ı Belediye, s. 644.

¹³¹ KAZGAN, Gedikler, s. 80.

olacağından ve külliyyen lağvı suretinde dahi gedik tâbiriyle halkın bir hayli para vererek almış oldukları itibar sâkıt bu sebeple bir hayli zararı mü'eddi ve bilâhare bazı mertebe müsted'ayât u sudâ u dâi olacağından patent usulünün icrâsında derununde inhisarlı veyahut hevâ'i gedik bulunan dükkânlardan sülüs veya nisfi resm alınmak gibi imtiyazlı gediklerinin muhafaza-i kıymetlerine bir hal ve çare bulunmasına lüzumuna mebni bunun bi'l etraf mülâhazası.... fimâ-bâ'd gerek Maliye ve Evkaf hazineleri ve Darbhâne ve Mekteb-i Tıbbiye taraflarından ve gerekse müstesnâ vakıflar canibinden müceddeden gedik i'tâ olunmamak ve hevâ'i gedikler mahlûlâtı satılmamak üzere iktizasının ifâsına..."¹³² hükümleri düzenlendi.

İrade ve nizamnamenin temel amacı tekelcilikten arınmış serbest ekonomi sistemini hâkim kılmaktı. Avrupalı devletlerle imzalanan ticaret antlaşmaları bu düzenlemeleri zaten gerekli kılıyordu. Zira 1838 yılında Balta Limanı Muâhedesindeki "her türlü ticaret" ibaresi durumu daha da içinden çıkılmaz hale getirmişti¹³³. Diğer taraftan 1839 Tanzimat Fermanı ve sonrasında ilan edilen Islahat Fermanıyla da tüm yabancılara ve Osmanlı tebaasına her türlü ekonomik faaliyet özgürlüğü verilmişti. Yeniçerilerin desteğiyle bir süre daha verilen direnme mücadelesi de işe yaramadı. Gedik dışarıdan gelen rekabete daha fazla dayanamadı¹³⁴. Oluşan boşluğun giderilmesi ve yeni bir düzen inşası amacıyla Tanzimat kadroları tarafından yarı resmi mahiyette bir teşkilat olan Islah-ı Sanayi Komisyonu'nun kurulması kararlaştırıldı¹³⁵. 1913 yılında gediklerin ilgasına ilişkin kanun-u muvakkat ile gedik hakları tamamen tasfiye edildi. 1924'te ise esnaf birlikleri resmen tarihe karıştı¹³⁶.

¹³² ERGİN, Umûr-ı Belediye, s. 644.

¹³³ KÜTÜKOĞLU, Osmanlı Devleti, s. 612.

¹³⁴ Buna karşılık ekmekçi, berber, Türk hamamı gibi küçük ticaretlerle uğraşan gedikler yabancı rekabetinden zarar görmemişti hatta eskisinden bile daha fazla kazanıyordu. KAZGAN, Gedikler, s. 80 vd.

¹³⁵ ÖNSOY Rifat, Tanzimat Dönemi Osmanlı Sanayi ve Sanayileşme Politikası, Ankara, Türkiye İş Bankası Yay, 1988, s. 95.

¹³⁶ TABAKOĞLU Ahmet, Türk İktisat Tarihi, İstanbul, Dergah Yayınları, 1994, s. 299; TABAKOĞLU Ahmet, "Türkiye' de İş Ahlakı Geleneği", İşletmelerde İş Etiği, İstanbul, İTO Yay, s. 264.

SONUÇ

Osmanlı Devlet'inde esnaflar bağlamında uygulanan bir usul olarak gedik, İslam hukukunda bir tasarruf hakkını, sınırlı aynı bir hakkı ifade etmektedir. Osmanlı tatbikatına bakıldığında on sekizinci yüzyıldan itibaren esnaf kesiminde "inhisar usulü"nü kabulüyle İslam hukukundaki tasarruf hakkı anlamının dışına çıkarak esnaflara verilen imtiyaz veya ayrıcalık için kullanılmıştır. Böylece gedik kendine has bir nizamı ve tatbikatı oluşturulmuştur.

Osmanlı klasik dönem hukukunda uygulanan gedik usulü Tanzimat'la birlikte artık önemini yitirmeye başlamış ve inhisar usulleri kaldırılarak ticaret ve sanayinin serbestliği usulüne geçilmiştir. 1913 yılında gediklerin ilgasına ilişkin kanun-u muvakkat ile gedik hakları tamamen tasfiye edilmiştir.

KAYNAKLAR

- AHMET REFİK, *Hicri On Birinci Asırda İstanbul Hayatı (1000-1100)*, İstanbul, 1931.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, "Gedik", *TDVİA*, C. 13, 1996.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, "Osmanlı Hukukunda Gedik Hakkının Menşei ve Gedik Hakkıyla İlgili Ebüssuud'un Bir Risalesi", *Türk Dünyası Araştırmaları*, Şubat 1987.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, 1. Kitap, İstanbul 1990.
- AKİPEK, J. G. *Türk Eşya Hukuku (Sınırlı Ayni Haklar)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Yayın No: 350, 1974.
- ARABACI, Caner, "Kefil", *Ahilik Ansiklopedisi*, C. II, Ankara, 2014.
- AVCI, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, Atlas Akademi, 2018.
- AYBAY A. - HATEMİ H., *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul, İUSBF Yay, 1981.
- AYDIN, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, Beta Yay, 2014.
- BARDAKOĞLU, Ali, "Ferağ", *TDVİA*, C. 12, 1995.
- BAYRAM, Selahattin, "Osmanlı Devleti'nde Ekonomik Hayatın Yerel Unsurları: Ahilik Teşkilatı ve Esnaf Loncaları", *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sy. 21, 2012.
- BERKİ, Ali Himmet, "Hukuk Esaslarına Uymayan Müesseseler Gedik", *Adalet Dergisi*, Yıl: 54, 1963, s. 1159; TDK, *Türkçe Sözlük*, www.tdk.gov.tr, erişim 10.01.2016.
- Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), Evkaf Defterleri (EV.d.), Nu. 9455.
- BOA MAD.d., Nu. 10110.
- BOA, C.İKTS, Nu. 4-194, 7 Ocak 1801 (21/Ş /1215 Hicrî).
- BOA, C.BLD, Nu. 141-7037, 9 Eylül 1784 (23/L /1198 Hicrî) .
- BOA, C.BLD, Nu. 32-1572, 20 Nisan 1831 (08/Za/1246 Hicrî
- BOA, C.BLD, Nu. 72-3558, 21 Temmuz 1811 (29/C /1226 Hicrî);
- BOA, C.BLD, Nu. 80- 3996, 22 Eylül 1836 (10/C /1252 Hicrî) .
- BOA, C.BLD., Nu. 123-6124, 2 Mart 1802 (27/L /1216 Hicrî) .
- BOA, C.BLD., Nu. 17-810, 24 Ağustos 1797 (01/Ra/1212 Hicrî) .
- BOA, C.BLD., Nu. 68-3398, 9 Mart 1792 (15/B /1206 Hicrî) .
- BOA, C.BLD., Nu.47-2305, 9 Ağustos 1792 (20/Z /1206 Hicrî).

- BOA, C.DRB, Nu. 41-2035, 19 Ocak 1775 (17/Za/1188 Hicrî).
- BOA, C.DRB., Nu. 51-2527, 20 Eylül 1799 (19/R /1214 Hicrî) .
- BOA, C.DRB., Nu. 33-1649, 1 Nisan 1810 (25/S /1225 Hicrî).
- BOA, C.EV, Nu. 128-6368, 14 Mart 1782 (29/Ra/1196 Hicrî).
- BOA, C.ML., Nu. 605-24972, 30 Mayıs 1764 (29/Za/1177 Hicrî).
- BOA, Cevdet Adliye, (C.ADL), Nu. 15-917, 25 Ocak 1840 (20/Za/1255 Hicrî) .
- BOA, Cevdet Belediye, (C.BLD), Nu. 121-6033, 26 Eylül 1742 (26/B /1155 Hicrî).
- BOA, Cevdet Darphane, (C.DRB), Nu. 9-403, 28 Mayıs 1799 (23/Z /1213 Hicrî);
- BOA, Cevdet İktisat, (C.İKTS), Nu. 4-194, 7 Ocak 1801 (21/Ş /1215 Hicrî).
- BOA, Cevdet Maliye, (C.ML), Nu. 102-4530, 20 Ekim 1827 (29/Ra/1243 Hicrî).
- BOA, EV.d, Nu. 37943; BOA, Hatt-ı Hümayun (HAT) , Nu. 544-26935, 9 Mayıs 1834, (29/Z /1249 Hicrî).
- BOA, EV.d., Nu. 10178;
- BOA, EV.d., Nu. 38603.
- BOA, EV.d., Nu. 39896.
- BOA, Hattı Hümayun, (İE.HAT). , Nu. 5-493, 30 Eylül 1788 (29/Z /1202 Hicrî) .
- BOA, MAD.d.. , Nu. 16196.
- BOA, MAD.d.. , Nu. 9980.
- BOA, MAD.d., Nu. 9926.
- BOA, MAD.d., Nu. 9926.
- BOA, Maliyeden Müdevver Defterler, (MAD.d), Nu. 10136.
- BULUŞ, Abdülkadir, “GEDİK”, **Ahilik Ansiklopedisi**, C. I, Ankara, 2014.
- CİN Halil - AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2011.
- ÇAĞATAY, Neşet, “Fütüvvet –Ahi Müessesesinin Menşei Meselesi”, **AÜHFD**, C. I, 1952.
- ÇAĞATAY, Neşet, “Fütüvvetnameler nedir, niçin düzenlenmişlerdir?”, **Makaleler ve İncelemeler**, Konya, Selçuk Üniversitesi Yay, 1983.
- ÇAKIR, Baki, **Osmanlı Mukataa Sistemi (XVI-XVIII. Yüzyıl)**, İstanbul, Kitapevi, 2003.
- ERDOĞAN Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, İstanbul, Ensar Neşriyat, 2010.

- ERĞİN, Osman Nuri, **Mecelle-i Umûr-ı Belediye**, İstanbul, İ.Büyük Şehir Yay,1995, C. 2.
- GÜNAY, Hacı Mehmet “ Sükna”, **TDVİA**, C. 38, 2010.
- İNAL, İbn'ül Emin Mahmut Kemal- Hüsameddin Hüseyin, “Efkaf-ı Hümayun Nezareti'nin Kuruluş Tarihi ve Nazırların Hal Tercümeleri 2”, (sad: Nazif ÖZTÜRK), **Vakıflar Dergisi**, Sy. 16, Ankara, 1982.
- İNALCIK, Halil, **Devlet-i Aliye**, İstanbul, T.İ.B Kültür Yay, 2009.
- KAL'A, Ahmet, “Osmanlı Esnafı ve Sanayisi Üzerine Yapılan Çalışmalarla ilgili Genel Bir Değerlendirme”, **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, C.1, Sy. 1, İstanbul, 2003.
- KAL'A, Ahmet, **İstanbul Esnaf Birlikleri ve Nizamları I, İstanbul Külliyyatı VII**, İstanbul, İA Merkezi Yay, 1998.
- KARAMURSAL, Ziya, **Osmanlı Mali Tarihi Hakkında Tetkikler**, Ankara, TTK, 1989.
- KAYAR Mehmet Sedik, İslam Hukukunda İcare Akdi, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2011.
- KAZGAN, Haydar, “Gedikler”, **Yakın Tarihimizin İktisadi Panoraması**, Ankara, TTK Yay, 2011.
- KAZICI, Ziya “Ahilik”, **TDVİA**, C. 1, 1988.
- KOYUNCU KAYA, Miyase, “The Dilemma Of The Ottoman State: Establishing New Gediks Or Abolishing Them”, **Turkish Studies-International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic**, Volume 8/5, Spring, 2013.
- MANTRAN, Robert, **Osmanlı İmparatorluğu Tarihi I**, (çev. Server Tanilli), İstanbul, Say Yay, 1991.
- ÖNSOY, Rıfat, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Sanayi ve Sanayileşme Politikası**, Ankara, Türkiye İş Bankası Yay, 1988.
- ÖZCAN, Abdülkadir, “Gedikli”, **TDVİA**, C. 13.
- ÖZKAYA, Yücel, **XVIII. yüzyılda Osmanlı Kurumları ve Osmanlı Toplum Yaşantısı**, Ankara, Aslımlar Matbaası, 1985.
- ÖZTÜRK, Nazif, **Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi**, Ankara, TDV Yay, 1995.
- SERTOĞLU, Midhat, **Osmanlı Tarih Lûgatı**, İstanbul, Enderun Kitabevi, 1986.
- ŞEN, Murat, “Osmanlı Devleti'nde Sosyal Güvenlik: Ahi Birlikleri, Loncalar, Vakıflar”, **Çimento İşveren Dergisi**, C. 16, Sy. 6, Kasım 2002.

- ŞENER, Abdülkadir, **İslam Hukukunda Hibe**, Ankara, AÜİFY, 1984.
- TABAKOĞLU, Ahmet, "Türkiye' de İş Ahlaki Geleneği", **İşletmelerde İş Etiği**, İstanbul, İTO Yay.
- TABAKOĞLU, Ahmet, "Osmanlı Ekonomisinde Fiyat Denetimi", **İktisat Tarihi Toplu Makaleler I**, İstanbul, Kitabevi, 2005.
- TABAKOĞLU, Ahmet, "Türk Çalışma Hayatında Fütüvvet ve Ahilik Geleneği", **İktisat Tarihi Toplu Makaleler I**, İstanbul, Kitabevi, 2005.
- TABAKOĞLU, Ahmet, **Türk İktisat Tarihi**, İstanbul, Dergah Yayınları, 1994, s. 299;
- ULUÇAY, M. Çağatay, "İstanbul Saraçhanesi Ve Saraçlarına Dair Bir Araştırma", **İÜEF Tarih Dergisi**, Sy. 3, İstanbul, 1953.
- ÜÇÖK, Coşkun - Ahmet MUMCU - Gülnihal BOZKURT, **Türk Hukuk Tarihi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 283.
- YILDIRIM, Onur, "Osmanlı Esnafında Uyum ve Dönüşüm: 1650-1826", **Toplum ve Bilim**, Sy. 83, 1999.
- http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/12_nolu_muhimme_2.pdf, madde 915, 918.923.
- http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/12_nolu_muhimme_2.pdf, madde 1008.
- http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/12_nolu_muhimme_2.pdf, madde, 1014.
- http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/12_nolu_muhimme_2.pdf, madde, 1012.
- http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/5_nolu_muhimme/, madde 65
- <http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/6%20NUMARALI%20M%C3%9CH%C4%B0MME.pdf>, madde 63.
- http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/82_NOLU%20M%C3%9CH%C4%B0MME.pdf madde 154.
- http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/82_NOLU%20M%C3%9CH%C4%B0MME.pdf madde 154.
- <http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/85%20NOLUM>, madde 168.

http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/7_nolu_muhimme_3.pdf madde 2149.

http://www.devletarsivleri.gov.tr/assets/content/Yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/6_NUMARALI_MUHİMME.pdf, madde 128.

OSMANLI'NIN SON YÜZYILINDA HUKUK DÜŞÜNCESİNİN DÖNÜŞÜMÜ VE DÖNEMİN BAŞLICA TARTIŞMA KONULARI*

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU**

Arş. Gör. Yasin YILMAZ***

TRANSFORMATION OF THE THOUGHT OF LAW IN THE LAST CENTURY OF THE OTTOMAN AND THE MAJOR DISCUSSION TOPICS

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 29.05.2018

Kabul Edildiği Tarih: 14.09.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.428157](https://doi.org/10.15337/suhfd.428157)

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: nkoyuncu@konya.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-6696-9733](https://orcid.org/0000-0002-6696-9733)

*** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: yasinyilmaz@konya.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-3742-8743](https://orcid.org/0000-0002-3742-8743)

ÖZ

Osmanlı hukuk düşüncesi araştırmalarında hukukta batılılaşma, kanunlaştırma, yeni bir fıkıh usulü, hukuk ve din ilişkisi, laiklik gibi halen tartışılan konuların ilk defa ciddi biçimde ele alındığı Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerini kapsayan son yüzyıllık kesitin, klasik döneme ve Cumhuriyet dönemine nazaran daha önemli bir birikimi ifade ettiğini düşünüyoruz. Ancak bu dönemdeki hukuk düşüncesi, siyasetin ve siyasi düşüncesinin gölgesinde kalmış, farklı fikir akımları arasında yapılan bereketli tartışmaların semerelerinden yeterince istifade edilememiştir. Hukuk düşüncesini bu tartışmalar üzerinden oluşturan bürokrat ve aydınlar Osmanlı devlet geleneğinin getirdiği uzun bir tarihi tecrübeye sahip ve aydınlanma felsefesi etkisinde gelişen Batılı hukuk teorilerine hakimlerdi. Ayrıca bu dönem İslam ve Türk hukuk tarihinde en önemli dönüm noktalarından biridir. İslam hukuk tarihi için ilk tedvin asrından sonra ilk ciddi tedvin hareketlerinin ortaya çıkması ve Türk hukuk tarihi için ise İslam dininin ve dolayısıyla hukuk sisteminin kabulünün getirdiği değişime denk bir değişim yaşanmış olması açısından böyledir.

ANAHTAR KELİMELELER: Hukuk, Hukuk Düşüncesi, Batılılaşma, Tanzimat, Meşrutiyet.

ABSTRACT

In Ottoman legal thought researches; we think that the last centuries of the Tanzimat and Constitutional eras in which the issues discussed in the past such as westernization in the law, legalization, a new fiqh way, law and religion relation, secularism are seriously addressed for the first time are more important than the classical turbulence and the republican period. However, the law in this period remained in the shadow of politics and political thought, and it could not be fully utilized from the fringe of the fancy debates between different ideas. The bureaucrats and intellectuals who created legal thought through these discussions dominated Western theories of law that had a long historical experience of Ottoman state tradition and developed under the influence of philosophy of enlightenment. In addition, this period is one of the most important turning points in Islamic and Turkish law history. This is in terms of the fact that the first serious revival movements after the first period of the Islamic legal history have emerged and that there has been an equivalent change in the history of Turkish law due to the acceptance of the Islamic religion and therefore the legal system.

KEY WORDS: *Law, Legal Thought, Westernization, Tanzimat, Constitutional Monarchy.*

Giriş

Hukuk tarihi, hukuk kurallarının ve müesseselerinin temelinde yatan, oluşum ve gelişimlerini sağlayan ekonomik, sosyal, siyasi, dini ve düşünsel faktörleri inceler. Başka bir ifadeyle hukuk tarihi, hukuk müesseselerinin ve hukuk düşüncesinin nasıl geliştiğini göstermeye çalışır. Hukuk tarihinin bir zahiri olduğu gibi bir de batını vardır. Tarih boyunca pozitif hukuku değiştiren de işte bu görünmeyen batın yön yani hukuk düşüncesi olmuştur. Pozitif hukuk gibi hukuk düşüncesinin de bağımsızlığından ve özgünlüğünden söz etmek mümkündür.

Hukukun ve dolayısıyla yargının bağımsızlığından söz etmek için hukuk kendi içinde istikrar ve sürekliliğini sağlamış olmalı, devletin organları arasında kendisini hem idareye hem de idare edilenlere kabul ettirecek kadar yüksek bir otoriteye sahip olmalıdır¹. Günümüzde hukukun bağımsız bir epistemolojiye sahip olduğu kabul edilmekte, hukukun üstünlüğü kavramının ise farklı yöntemler olsa da genellikle anayasalarda yazılı hale getirilerek sağlamaştırma yoluna gidildiği görülmektedir².

İslam hukukuna ve bilhassa konumuzu ilgilendirdiği için Osmanlı uygulamasına baktığımızda hukuki yorum farklarının uygulamada karmaşaya yol açmasının önüne geçerek istikrarı sağlayan icma doktrini ve örfi hukukun kanunnameler aracılığıyla düzenlenmesiyle hukukun üstünlüğünün temin edildiği söylenebilir. Osmanlı Devleti'nin kuruluşuyla sıfırdan bir hukuk sistemi oluşturulmuş değildir. Daha önce kurulmuş Türk-İslam devletlerinden o zamana kadar önemli bir birikim elde edilmiş, böylece Osmanlı Devleti de büyük ölçüde birlik arz eden bu hukuki yapıyı devralmıştır.

İslam'ın gerek kamu hayatını gerek fertler arası ilişkileri düzenleyen ve dini emirlere dayanan değişmez sabit kuralları bulunmaktadır. Dolayısıyla İslam'ın ayrıntılı hüküm vaz ettiği alanlarda bir yönetici ister halife olsun

¹ SCHACHT, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Mehmet Dağ & Abdülkadir Şener, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 214.

² Hukukun üstünlüğü kavramı Türk Hukukuna 1982 Anayasası ile girmiştir. KARAYALÇIN Yaşar, "Hukukun Üstünlüğü", AÜSBFD, C. 47, S. 3, Yıl 1992, s. 194.

isterse sultan olsun, kanun koyucu sıfatını takınamaz³. Hukukçulara düşen görev ise ilahi ahkâmın bulunduğu kaynaklardan yine ilahi iradeye uygun olarak yeni meselelere ve gelişmelere uygun hükümler ortaya koymaktır. Ayrıca İslam hukuku uygulamasında gerek mezhep ayrılığına gerekse sosyal, siyasal ve kültürel farklılıklara bağlı olarak bir takım içtihat ve yorum farklılıklarının ve özellikle de İslam hukukun ayrıntılı olarak düzenlemediği veya düzenlemesini devlet başkanlarına bıraktığı alanlarda farklı uygulamaların olabileceği de bir gerçektir. Zira Osmanlı Devleti'nde de zamanın gerektirdiği ölçüde hukukun değişebilen alanlarında gerekli düzenlemeler ve ilaveler yapılmış, ya da padişah boşluk olan alanlarda kendi iradesine dayanan yeni kurallar koyabilmiş, sonuç olarak kendine özgü bir hukuki yapı ortaya çıkmıştır⁴. İşte çalışmamızda Osmanlı'nın kendine özgü bu hukuk sisteminin batı hukuku ile karşılaşılmasıyla nasıl bir dönüşüme girdiği hususları incelenmeye çalışılacaktır.

Osmanlı Devleti son yüzyıllık döneminde modern ulus devlet olgusuyla tanışmış, hatta Tanzimat'la beraber bu yapıya adapte olma çabasında olmuştur. Modern devlet ile İslam hukukunun bu karşılaşmasında birçok mesele gündeme gelmiş ve tartışılmıştır. Bahsedilen temel soru(n) ile ilk karşılaşan da Osmanlı devlet adamlarıdır. Batı ile Osmanlı hukuk düşünceleri arasındaki ilişkiyi anlamak için Batı'daki düşüncelerin kaynakları, bu kaynaklardan hareketle düşünceleri benimseyip yayan aktörler, fikirlerin yayılmasını sağlayan yayın araçları ve düşüncelerin muhataplarının içinde bulunduğu sosyal ve siyasi şartların bilinmesi gerekir. Batılı hukuki düşünceler, Osmanlı devlet adamları ve aydınları arasında din ve hukuk arasındaki ilişki, hukukun diğer bilimlerdeki konumu, bir hukuku güncelleme aracı olarak içtihadın imkân ve sınırları gibi konuların tartışılmasını tetiklemiştir. Fıkhi tefekkür sancılarının yaşandığı bu dönemdeki tartışmaların fikri yönlerini kavrayarak öğretici sonuçlar çıkarmak gerekmektedir.

Çalışmamızda öncelikle Osmanlı'nın son yüzyılındaki hukuk düşüncesinin bağlamı, aktörleri ve bu aktörler arasında yapılan tartışmaların

³ AYDIN M. Akif, "Osmanlı Hukuku'nun Genel Yapısı ve İşleyişi", Türkler, (Editör: Kemal Çiçek-Salim Koca), C. 10, Ankara 2002, s.15; İNALCIK Halil, "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultani Hukuk Ve Fatih'in Kanunları", AÜSBFD, C. 13, Sy. 2, 1958, s. 102 vd; ÖZBİLGEN Erol, Osmanlı Hukuku'nun Yapısı, İstanbul 1985 s. 89/43.

⁴ Tartışmalar için bkz. KÖPRÜLÜ M. Fuad, "Fıkıh, MEB İA, C. IV, İstanbul, 1970, s. 614-615; BARKAN Ömer Lütfü, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi", İÜHF, C. XI, S. 3-4, İstanbul, 1945, s. 203.

genel bir manzarası çizilmeye çalışılacaktır. Hukuk düşüncesine yön veren bağlam konusunda Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinde yaşanan temel tarihi olaylar hatırlatılmakla yetinilecek; hukuk düşüncesini oluşturan süjeler olarak bürokrasi ve aydınlar arasından belli başlı isimler zikredilecek ve hukuk düşüncesinin temelleri bu isimler arasındaki görüş ayrılıklarının muhtevasında aranacaktır.

1. Osmanlı Son Yüzyılında Hukuk Düşüncesinin Bağlamı

Osmanlılar, 14. yüzyıldan itibaren Avrupa ile savaş, ticaret ve anlaşmalar yoluyla ilişkiler kurmaya başlamıştır. Bu ilişkiler Avrupa'da ortaya çıkan yeniliklerin Osmanlı Devleti'ni ilk elden etkilenmesine yol açmıştır. Aydınlanma düşünürlerinin fikirleri, Osmanlı toplumunda devlet adamları ve aydınlar arasında yayılmıştır. 18. yüzyılın başlarındaki Lale devrinden itibaren reform taraftarı Osmanlı padişahlarının orduda ve idarede Avrupa'yı örnek alarak düzenlemeler yapma çabaları görülmeye başlanmıştır⁵.

Avrupa'da başlayan sanayi devrimi toplumun her alanında olduğu gibi hukuk sisteminde de değişiklikler yapmıştır. Avrupa toplumunun ekonomik ve siyasal yapıları değiştikçe, hukuk sistemi ve düşüncesi de değişmiştir. "Akıl Çağı"nın hukuksal yasama çağı haline gelmesiyle toplumun rasyonel yasalara ihtiyacı belirmiştir⁶. Dolayısıyla Osmanlı hukuk sisteminin de bir "yasağ-ı sultani"⁷ olmaktan "toplumsal sözleşme" şekline dönüşmesi kaçınılmazdır.

II. Viyana kuşatmasının başarısızlıkla sonuçlanması ve sonraki yüzyıllarda sonu çoğunlukla yenilgi ile biten uzun savaşlar, ekonomik, askeri, idari, siyasi, sosyal ve düşünsel alanda büyük bir devinim ve dönüşüme yol açtı. Bu süreçte ortaya çıkan islahat ve değişim talepleri çoğunlukla batılılaşma, çağdaşlaşma veya modernleşme gibi kavramlar üzerinden

⁵ Osmanlı dönemi çözülme ve islahat literatürünün genel bir değerlendirilmesi ve tartışmaları için bkz. BEYDİLLİ, Kemal, "Küçük Kaynarca'dan Tanzimât'a Islâhât Düşünceleri", İlmî Araştırmalar, sayı 8, 1999, s. 25-64; ÖZ, Mehmet, Osmanlı'da "Çözülme" ve Gelenekçi Yorumları, Dergah Yayınları, İstanbul, 1997, s. 124; YILMAZ, Coşkun, "Osmanlı Siyaset Düşüncesi Kaynakları ile İlgili Yeni Bir Kavramsallaştırma: Islahatnâmeler", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, cilt 1, sayı 2, 2003, s. 299-338.

⁶ AKÇA, G. & HÜLÜR H., "Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri", Türkiyat Araştırmaları Dergisi, 2006, S. 19, s. 295-321.

⁷ İfade Fatih Sultan Mehmet zamanının tarihçisi Tursun Bey'e aittir. Bkz. Tarih-i Ebu'l Feth, haz. A. Mertol Tulum, Baha Matbaası, İstanbul, 1977, s. 12.

okunmaktadır. 1699 yılına kadar üstün güce sahip olması nedeniyle karşılıksız diploması⁸ izleyen Osmanlı Devleti, bu tarihlerde Avrupa devletler sisteminden soyutlanmış konumundan vazgeçerek tavizler vermeye başlamıştır.

1793 tarihi ise önemli bir dönüm noktasını işaret etmektedir. Yüzyıllardır izlenen karşılıksız diploması terkedilerek Yusuf Ağâh Efendi'nin Londra'ya daimi büyükelçi olarak tayin edilmesiyle karşılıklı diploması dönemine geçilmiştir⁹. III. Selimin önemli reformlarından biri olarak görülebilecek bu değişiklik yalnızca diploması alanındaki bir yeniliğe işaret etmemekte aynı zamanda hukukun değişim sürecinde rol oynayacak batı ile ilişki ağının önemli bir aşamaya gelmesi anlamına gelmekteydi¹⁰.

III. Selim dönemindeki batılılaşma hareketleri içerisinde modern hukuk düşüncesi; farklı amaçlarla Avrupa'da bulunan Osmanlı vatandaşlarının aktardığı bilgiler, Avrupa devletlerinde kurulan elçilikler yoluyla aktarılanlar ve ıslahat layihalarının kanunlar konusundaki eleştiri ve önerileri aracılığıyla Osmanlı hukuk düşüncesini etkilemeye başlamıştır. Batının üstünlüğü karşısında Osmanlı Devleti'nin giderek gücünü kaybetmesi üzerine bu kötü gidişe dur demenin çareleri aranmaya başlandı. İlk savunulan fikir Kanuni dönemi sistem ve müesseselerine (*kanun-ı kadim*) dönmek merkezindeydi¹¹.

Yapılan batılılaşma hareketleri ve reformlar önce Askeri reformlar şeklinde başlamış sonrasında merkezi idareye yönelik reformlar, taşraya yönelik reformlar ve vergi reformlarının da eklenmesiyle dört alana yayılmıştır¹². Ancak yapılan reform hareketlerinde eskiden tamamen kopulamadan her iki sistemin yan yana yaşatılmaya çalışılması ve halk

⁸ Karşılıksız diploması: Osmanlı Devleti'nin kendisini Avrupa devletler sisteminden soyutlayarak yabancı ülkelere daimi diplomatik misyon göndermemek, buna karşılık onların gönderdiği diplomatik misyonları kabul etmek anlamına gelmektedir. AKYILMAZ, Gül, Siyasi Tarih, Seçkin Yay. Ankara, 2015, s. 106.

⁹ AKYILMAZ, s. 105 vd.

¹⁰ Bkz. YALÇINKAYA, M. Alaaddin, "Osmanlı Zihniyetindeki Değişimin Göstergesi Olarak Sefaretnamelerin Kaynak Değeri", Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Ankara, OTAM, 1997.

¹¹ Bkz. ÖZ, Mehmet, Kanun-ı Kadim'in Peşinde Osmanlı'da Çözülme ve Gelenekçi Yorumcuları, Dergah Yay. İstanbul, 2015, s. 60 vd.

¹² KIRAY, E. 1993. Osmanlı'da Ekonomik Yapı ve Dış Borçlar, İstanbul: İletişim Yayınevi, s. 73-79.

tabanında yeterli desteğin sağlanamaması gibi nedenlerle başarı gösterilemedi¹³. Daha sonra II. Mahmut döneminde şer'i devlet-akıl devleti ayrımı gündeme gelip tartışılmıştır. İzzet Molla'nın "*bu devlet şer'i devlet midir yoksa akıl devleti mi? Gah şer'i devlet, gah akıl devleti olmak tenakuzdur*" sözü¹⁴ dikkat çekicidir. II. Mahmut'un tahta çıktığı tarihlerde Sultanın otoritesini belli ölçülerde sınırlamak gayesini güden ve bazı kaynaklarda modern Türk devletinin oluşum sürecinde ilk amme hukuku kaidesi sayılabileceği ifade edilen Sened-i ittifak imzalanmıştır¹⁵.

Sultan II. Mahmut'un padişahlığı dönemindeki esas yenilikler ise reformların önündeki en büyük engellerden birisi olarak görülen yeniçeriliğin 1826'da ortadan kaldırılmasıyla başlamıştır¹⁶. Sultan, aynı yıl içerisinde daha önce bağımsız olan ve mütevellilerin elinde bulunan vakıfların idaresini merkezileştirerek bir diğer alternatif güç olan ulema sınıfını etkisizleştirmeyi düşünmüştür¹⁷. 1789 Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi ve bu bildirgenin ruhunu teşkil eden siyasi liberalizm akımının Osmanlı hukuk sisteminde önemli etkilerinin olacağı kuşkusuzdur. Sened-i İttifak'ın ilan edildiği 1808 yılından Tanzimat'ın ilanına kadar eşitlik ve anayasa gibi pek çok yeni kavram ülkeye girdi. Özellikle II. Mahmut kendisinden önceki padişahlardan ve onların uygulamaya çalıştığı programlardan daha farklı daha cesur adımlar atsa da reformlar, devleti biraz daha yaşatmak için yapılan yüzeysel denemeler olarak kaldı. Reform girişimleri eski sistem içindi, eski sisteme karşı değildi¹⁸, bu da Tanzimat'ın ilanından sonra yapılan reformlarla bir yandan laik esaslı Batı hukuku kabul edilirken, diğer yandan şer'i hukukun devam etmesine, yani hukuk alanında ikili\düalist bir yapının oluşmasına yol

¹³ AKYILMAZ, s. 123.

¹⁴ SUNGU, İhsan, "Mahmut II'nin İzzet Molla ve Asakir-i Mansure Hakkında Bir Hattı", Tarih Vesikaları, 1941, S.1, s. 1-76.

¹⁵ İNALCIK, Halil, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu", Belleten, C. 28, S. 112, 1964, s. 603-622.

¹⁶ 16 Haziran'da kurulan Meclis-i Meşverette Yeniçeri Ocağının ilgasına karar verildi. Bunun üzerine II. Mahmud tarafından ilan edilen ferman, Sultan Ahmed Camii'nde Vakanüvis Esad Efendi tarafından okunarak ilgili yerlere suretleri gönderildi.

¹⁷ LEWIS, Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, çev. Metin Kıratlı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1993, s. 75 vd.

¹⁸ BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2010, s. 3.

açtı.

Tanzimat Fermanındaki dikkat çeken hükümlerinden birisi fermanla vurgulanan ilkeler doğrultusunda yeni kanunların çıkarılacağı ile ilgilidir. Bu hüküm hukukta önemli değişikliklerin sinyalini vermekte, değişikliğin sadece fermanla sayılan ilkelerle teoride kalmayacağını, yeni yapılacak kanunlarla değişikliklerin sağlanacağını ilan etmektedir¹⁹. Üstelik söz konusu kanunlar son merhalede padişahın onayına tabi olsa da her zamanki usulden farklı olarak, kurullar tarafından ve kolektif usule dayalı olarak hazırlanacaktı. Böylelikle padişahın yasama ve yargı yetkisini kullanırken kurullardan faydalanması ve yetkilerini kanunlarla ile sınırlaması yoluyla modern hukuk devleti kavramına önemli adımlar atılıyordu²⁰.

Tanzimat ve Islahat Fermanları ile hukuk sisteminin batılılaşmasında gayri-müslimlerin Müslümanlarla eşitliği meselesi merkezi bir konumdur.²¹ Tanzimat'la birlikte herkes için geçerli din-dışı bir hukuk alanının oluşmaya başlamasının temelinde bu eşitlik meselesi yatar. *Millet-i saire*nin İslam milletiyle bir tutulması düşüncesi, beraberinde beşeri ve laik hukuki alanların oluşumunu getirmiştir²². Tanzimat ilkeleriyle ülkede yaşayan her bireye ayırım yapmaksızın aynı hukuk kurallarına tabi tutulacağını ilan edilmesi, aynı zamanda şer'i hukukun zimmet hükümlerine de aykırı düşüyordu. Osmanlı Devleti çok-uluslu merkezi yapısını korumak adına hukuk ve yargı sisteminin²³ dualizmine göz yummuştur. Diğer taraftan 19. yüzyıldaki modernleşme ve batılılaşma süreci Osmanlı kültüründe de ciddi hasarlara sebep olmuş, bazı temel kavramlar birdenbire değiştirilmiş bu da arkası gelmez karışıklıklar ve muğlaklıklar beraberinde getirmiştir. Söz konusu belirsizliklerin Osmanlı'da yaşanıp esasında benzer bir modernleşme sürecine giren çağdaş Avrupa'da yaşanmamasının temel sebepleri Avrupa'nın Roma İmparatorluğundan

¹⁹ CİN Halil - AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2011, s. 549; BOZKURT, s. 48.

²⁰ CİN-AKYILMAZ, s. 550; BOZKURT, s. 49.

²¹ AYDIN, M. Akif, "Batılılaşma (Hukuk)" md. DİA, 1992, c. 5, s. 162-167.

²² OKUMUŞ, Ejder, Türkiye'nin Laikleşme Serüveninde Tanzimat, İnsan Yayınları, İstanbul, 2017, s. 249.

²³ Yargı teşkilatındaki gelişmeler için bkz. EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası, Arı Sanat Yay. İstanbul, 2017; AKMAN, Ahmet, "Osmanlı Devletinde Hukuki Yapı ve Adli Teşkilatta Tanzimat Sonrası Gelişmeler", Yeni Türkiye 96\10, ss. 1002-1018.

tevarüs eden legalist bir geleneğe sahip oluşu, erken dönemlerden itibaren yazılı kodifikasyona verilen önem ve Osmanlı'ya göre daha homojen bir yapıya sahip olmaları şeklinde söylenebilir. Osmanlı Devleti'nde Avrupa'dan farklı olarak bu süreç kadim gelenekten bir kopuş niteliğinde olduğu için daha meşakkatli olmuştur²⁴.

Tanzimat Fermanı gereğince öncelikle gayrimüslimlerin de yer aldığı yerel meclisler ihdas edilmiş bir yandan da fermanla belirtilen yeni kanunların çıkarılması için kollar sıvanmıştır²⁵. Bu şekilde Tanzimat'ın ilanından Devlet'in fiilen sona erdiği tarihe kadar İslam ve Batı hukuku yandaşlarını karşı karşıya getirecek hukuk reformuna başlanılmış oldu²⁶. En önemli beklentilerden birisi de düvel-i ecnebiyenin müdahalelerine set çekmekti²⁷.

2. Hukuk Düşüncesini Oluşturan Aktörler

Osmanlı toplumu ve devletine bakıldığı zaman “insanlar yöneticilerinin dini üzeredir”, “baş düzgün olursa beden de düzgün olur” ve “yönetici iyi olursa yönetilen de iyi olur” gibi sözlerin bir yansıması olarak devlet merkezli bir anlayış ve yapılanmanın var olduğu, siyasi, hukuki, sosyal ve kültürel değişimin devlet ve yönetici elit öncülüğünde seyrettiği görülür²⁸. Naima'dan Ziya Gökalp'e Osmanlı tarihçi ve düşünürleri de büyük adam anlayışına sahiptir²⁹. Tanzimat'la başlayan hukuki değişimin öncüsü ve belirleyicisi de devlet adamları olmuştur. Tanzimat ve sonrasında Osmanlı devlet adamları imparatorluğun gerçekleriyle, dış devlet adamlarının yorumlarını ve kendi görüşlerini tartarak hareket etmişler³⁰, batılılaşma hareketleri ile Osmanlı Devleti'ni Batılı bir devlet haline getirmek suretiyle yabancı devletlerin iç

²⁴ ELDEM Edhem, “Osmanlı İmparatorluğu'ndan Günümüze Adalet, Eşitlik, Hukuk ve Siyaset Üzerine”, *Toplumsal Tarih*, 288, Aralık 2017, s. 25-26.

²⁵ BOA, C..ADL., Nu. 4/275, H-04-05-1256.

²⁶ BOZKURT, s. 49-51.

²⁷ BOA, HR.MKT., Nu. 37/67, H. 1266

²⁸ ÜLGENER, Fehmi Sabri, *Zihniyet, Aydınlar ve İzm'ler*, Derin Yayınları, İstanbul, 2006, s. 109.

²⁹ FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri, *İçtimaiyat*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1947, s. 99-100.

³⁰ ORTAYLI, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 186.

işlerine müdahalelerine son vereceklerini sanmışlardır³¹.

Tanzimat Fermanı'nın mimarları olan Mustafa Reşit Paşa ve Sadık Rifat Paşa, Islahat Fermanı'nı ilan eden Mehmet Emin Ali Paşa ve Mehmet Fuat Paşa, Mecelle'nin hazırlanmasına öncülük eden Ahmet Cevdet Paşa ve ilk anayasamız olan Kanun-ı Esasi için çalışan Ahmet Mithat Paşa bu dönemin etkili devlet adamları olarak öne çıkar.

Mustafa Reşit Paşa (1800-1858) tabiri caizse geleneksel devlet sistemini değiştirerek modern ulus devletinin temelini atmıştır. Paşa getirdiği yeni fikirleri herkesin anlayacağı sade bir dille halka yaymak istemiştir. Ayrıca Osmanlı İmparatorluğu'nu reformlar yoluyla modernleştirmede ve kuvvetlendirmede Avrupa'nın tasvip ve yardımını sağlamayı son derece önemsemekteydi. Zira ona göre Avrupa medeniyetini almadan, ne iç ve ne de dış meselelerin çözülebilmesi mümkün değildi³².

Sadık Rifat Paşa (1807-1858) Viyana sefirliği sırasında Prens Metternich ile sık sık görüşmüş ve Batı dünyasındaki gelişmelerin yakından takipçisi olmuştur. Prensle sürdürdüğü resmi temas ve sohbetler ona Osmanlı Devleti'nin mevcut konumunu, iç ve dış politik dengelerini inşası zaruretini, vatandaş hukukunun tesisi ve korunmasını, halkın refahının temini ve yükseltilmesi gibi konularda derin bir bakış açısı kazandırmıştır³³. Bu özelliği ile Mustafa Reşit Paşa'nın hazırladığı Tanzimat Fermanı'nın teorisyeni olarak kabul edilmiştir.

Reşit Paşa'nın yetiştirdiği Mehmet Emin Ali Paşa (1815-1871) ve Mehmet Fuat Paşa (1814-1868) ondan sonra yönetimi ellerine aldılar. Onların döneminde Hıristiyanlara siyasi haklar ve yabancılara toprak sahibi olma hakkı veren Islahat Fermanı'nın (1856) ilan edilmesi Reşit Paşa tarafından şiddetle

³¹ OKUMUŞ, s. 273.

³² ATA, Ramazan, "Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat", Mütefekkir, Yıl 1, Sy. 1, 2014, s. 164. Yine bkz. KAYNAR, Reşat, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1985.

³³ SAYAR, Ahmet Güner, Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2013, s. 210. Yine bkz. GÜNAY, Bekir, Mehmed Sâdık Rifat Paşa'nın Hayatı, Eserleri ve Görüşleri Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1992; KURAN,ERCÜMENT, "Osmanlı İmparatorluğu'nda İnsan Hakları ve Sadık Rifat Paşa (1807-1857)", TTK Bildiriler, VIII (1981), II, 1449-1453, AKYILDIZ, Ali, "Sadık Rifat Paşa" md. DİA, c. 35, ss. 400-401.

eleştirilmiştir³⁴.

Genç yaşta ulema sınıfı tarafından Reşit Paşa'nın yanına gönderilen Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895), Tanzimat döneminin belki en büyük devlet adamı olduğu kadar o rejimin ikiliğinin de gerçek sembolüdür. İslam hukukunu bir teknisyen olarak değil, onu kavramış, özünü ve kapsamını bilen, çağdaşlaşma yürüyüşünü de anlamış olan bu açık fikirli adam şeriatçılara kıyasla ilerici, sınırsız batılılaşma yanlılarına kıyasla gelenekçi olarak görünür³⁵. Cevdet Paşa, laik kabul edilen Nizamiye Mahkemelerinin temelini atmış, 1858 tarihli Fransa'dan tercüme edilen Ceza Kanunu'nun komisyonu içinde bulunmuştur. Ali Paşa, Fransız Medeni Kanununun tercüme edilerek kabul edilmesini isterken Cevdet Paşa milli bir kanun üzerinde ısrar etmiştir³⁶. Nihayet Ali Paşa'ya karşı Cevdet Paşa'nın görüşü kabul edilmiş ve Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, 1869 yılında hazırlanmaya başlamıştır.

Ahmet Mithat Paşa (1822-1884), II. Abdülhamid'i ikna ederek ilk anayasa olarak kabul edilen Kanun-ı Esasî'yi hazırlamaya koyulmuştu. Cevdet Paşa ise anayasa komisyonunda: "*İktidara akıl sahibi bir padişah geldi. Anayasanın ilanına lüzum kalmadı*" demiştir³⁷. Şinasi'den sonra Avrupa'ya yerleşen Yeni Osmanlılar hareketi ile birlikte Mithat Paşa anayasanın

³⁴ "Mustafa Reşit Paşa'nın 1856 Islahat Fermanı'nın Paris Antlaşması'nda zikredilmesine yaptığı eleştiriler Ali Paşa'ya duyduğu şahsi rekabet hissiyle abartılmıştır. Esasında böyle bir fermanın ilanına kendisi de olumlu bakmaktaydı. Ancak onun fermanın içeriğiyle ilgili tenkitleri vardı ve yersiz değildi. Ona göre gayri müslim tebaaya tanınan hakların beklenenin ve gerekenin çok üstündedir ve o Müslümanlarla olan dengenin aniden bozulmasını sakıncalı görür ve tepkilere yol açacağı hususunda uyarılarda bulunur. Bu bağlamda Hristiyanlara tanınan "müsavat-ı kâmile" ve "azad-ı tam" üzerinde özellikle durmuştur. Paris Antlaşması metninde yer alan müsavat-ı kâmile ifadesini siyasi haklar cümlesinden görür ve Müslümanlarla Hristiyanlar arasında her hususta eşitlik bulunmasının devletin geleceğini tehlikeye sokacağını ifade eder". BEYDİLLİ Kemal, "Mustafa Reşit Paşa", TDVİA, C. 31, s. 350.

³⁵ BERKES, Niyazi, Türkiye'de Çağdaşlaşma, çev. Ahmet Kuyaş, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 225. Ahmet Cevdet Paşa'nın hukuk anlayışıyla ilgili bkz. MARDİN, Ebu'l Ula, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yay. Ankara, 2009; ŞİMŞİRGİL-EKİNCİ, Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle, KTB Yay. İstanbul, 2008.

³⁶ ORTAYLI, s. 95; OTACI, Cengiz, Hukukun Laikleşme Serüveni, Birey Yayınları, İstanbul, 2004, s. 197.

³⁷ KAYNAR, Reşat, Türkiye'de Hukuk Devleti Kurma Yolundaki Hareketler, Tan Matbaası, İstanbul, 1960, s. 121.

kabulünde direktmiş ve kısa süre yürürlükte kalacak olan Kanun-ı Esasi, 1876 yılında ilan edilmiştir.

Aydınlar; Ali ve Fuat Paşa'ların baskıcı yönetimi karşısında örgütlenen Yeni Osmanlılar, Meşrutiyet'in tekrar getirilmesi için çalışan Jön Türkler ve II. Meşrutiyet'in ilanından sonraki fikir akımları olarak bir dönemlendirmeye tabi tutulabilir. Yeni Osmanlılar ile Osmanlı tarihinde ilk defa vatandaş, iktidar karşısına çıkarılmış, ferdi hürriyet rejiminin hukuki garantilere bağlanması, bu yönden çağdaş devlet formülüne varılması tezi savunulmuştur³⁸. Türk devletinin temellerine İslam'ı yeniden enjekte etmeye yönelik bugün görülen her ciddi teşebbüs, geriye, onların zamanına da bakmak zorundadır. Çünkü Yeni Osmanlılar aynı zamanda hem Türkçe okuyan halkın entellektüel aydınlanmacı kısmının fikirlerini hazırlayan ve hem de bu fikirlerle İslam arasında bir sentez meydana getirmeye çalışan ilk düşünürlerdi³⁹.

Yeni Osmanlılarda Namık Kemal (1840-1888), Ziya Paşa (1825-1880) ve Ali Suavi (1838-1878) öne çıkar. Namık Kemal, Paris'te meşhur hukuk alimi Emil Accolas'tan hukuk dersleri, Fanton'dan özel hukuk ve iktisat dersleri almıştır. Bu dersler sonucu Namık Kemal Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu gibi düşünürleri tanımıştır⁴⁰. Kemal, 1863 yılında Montesquieu'nun "*Kanunların Ruhunu*" adlı eserini tercüme etmeye başlamış, onun fikirlerinin, özellikle anayasa ve parlamenter yönetim biçiminin dini hukukla uyumluluğunu belirterek, İslam hukuku ile bu ilkeleri bağdaştırmaya çalışmıştır⁴¹.

II. Abdülhamit'in Meclisi feshedip anayasayı askıya alması üzerine 1889 yılında İttihadi Osmani Cemiyeti adıyla ortaya çıkan sonrasında İttihat ve Terakki Cemiyeti'ne dönüşen ikinci dalga Jön Türk hareketinin oluşumu Yeni Osmanlılara oldukça benzemektedir. Zira "bu ülke nasıl kurtulur, bu gidiş nasıl durdurulur?" soruları bu oluşumun da önceliğini teşkil etmiştir. Aynı şekilde Jön Türkler daha çok II. Abdülhamid'e karşı meşrutiyeti savunmaları, baskı rejimine karşı çıkmaları ve Osmanlı vatandaşları için adalet istemeleri

³⁸ TUNAYA, Tarık Zafer, Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri, Yedigün Matbaası, İstanbul, 1960, s. 34.

³⁹ MARDİN, Şerif, Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu, çev. M. Türköne & F. Unan & İ. Erdoğan, İletişim Yayınları, İstanbul, 1996, s. 10.

⁴⁰ SAYAR, s. 327.

⁴¹ TANPINAR, Ahmet Hamdi, XIX. Asır Türk Edebiyatı Tarihi, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 223.

gibi noktalarda birleşmeler de fikirlerinde ideolojik bir bütünlük gösterememişler ve tutarlı bir doktrin ortaya koyamamışlardır. Pozitivist Ahmet Rıza, Meşvereti savunan Mizancı Murat, Adem-i Merkezileştirilmiş bir Osmanlı fikrini savunan Prens Sabahaddin, modernleşmeyi Batının düşünce sistemini hazmetmek olarak gören Abdullah Cevdet ve Türkçülük akımının önde gelen temsilcilerinden olan Yusuf Akçura bu dönemde etkili olan düşünürlerdi. Çıkarıdıkları dergi ve gazetelere bakıldığında akılcılık, laiklik, kadın haklarının savunulması gibi pek çok çağdaş düşünceyi savunanlar olduğu gibi İslamcı, muhafazakâr veya gelenekçi düşüncelerin izlerini de görmek mümkün olabilmektedir. Diğer taraftan batı uygarlığının bir bütün olarak alınmasını savunan Jön Türkler de bulunmaktaydı⁴². Kısacası bu kadar farklı bir yelpazeye sahip bir oluşumun hukuk hakkında sistemli bir düşünce ortaya koyamaması şartıcı değildir.

Meşrutiyet tekrar ilan edildiği 1908 yılında Osmanlı basın hayatındaki gazete ve dergiler büyük bir artış göstermiştir. Bu yayın faaliyeti ile birlikte düşünce hayatında görülmemiş bir canlılık ve buna bağlı olarak farklı fikir akımları ortaya çıkmıştır. Bu yeni akımlar İnalçık'a göre; devlet idaresinde şeriata öncelik verme taraftarı olan "Hilafet Hareketi" veya "Şeriatçılık", imparatorluk tebaasını Avrupalı idare ve siyaset yenilikleriyle bir ideoloji altında toplamak isteyen "Osmanlıcılık", daha çok Fransız fikir hayatının hakim olduğu geleceği büyük ölçüde şekillendiren fikir hareketi olarak "Batıcılık" ve Dünya Türklüğü'nün birliği ideolojisini benimseyen "Türkçülük" akımlarıdır⁴³.

Ülken, bu fikir akımlarının geçmişlerini Tanzimat'tan başlatarak, toplumun bütün alanlarında eski ile yeniyi karşı karşıya koyan bir ikilik devri yaşandığını, bu ikiliğin çatışmalı manzarasının en çok hukuk probleminde kendini gösterdiğini belirterek, "*bir yandan Avrupalılar (batıcılar), öte yandan İslamcılar (doğucular); bir yanda terakkiciler, öte yanda muhafazacılar, buna bir de Abdülaziz'in son zamanlarında yeni bir fikir, Türkçüler karıştı*" demektedir⁴⁴. Tunaya, bu dönemde yapılan çalışmaların Osmanlı İmparatorluğunu yaşatmaktan ziyade yeni bir Devletin kurulması için yapılmış

⁴² AKYILMAZ, Siyasi, 427-428.

⁴³ İNALCIK, Halil, Devleti Aliyye (c.4), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, s. 307-310).

⁴⁴ ÜLKEN, Hilmi Ziya, Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi, Ülken Yayınları, İstanbul, 1992, s. 76.

olan “laboratuar tecrübeleri” olarak görmektedir⁴⁵.

Fındıkoğlu'na göre bu fikir akımlarından her birinin kendine mahsus şairi ve düşünürü bulunduğu gibi bir yayın organı, hatta bir de hukukçusu vardı. İslamcıların hukukçusu Mansurizade Said Beyi, Türkçülerin hukukçusu olarak Ziya Gökalp'i, Batıcıların hukuk meselelerinden bahseden düşünürü Celal Nuri'yi gösterir⁴⁶.

II. Meşrutiyet sonrası ortaya çıkan fikir akımlarından Batıcılar, Abdullah Cevdet'in “İctihad Dergisi” etrafında toplanan Celal Nuri, Kılıçzade Hakkı gibi aydınlardan oluşuyordu. Abdullah Cevdet (1869-1932), hukuki konulara pek girmemiş, daha çok edebiyatla, batılı felsefi eserlerin tercümelemleri ile ilgilenmiştir. Celal Nuri (1881-1938), hukuk eğitimi görmüş olması itibariyle hukuki konularda yazılar yazan en önemli batıcı isimdir. Kılıçzade Hakkı'nın (1872-1960) ise “*Pek Uyanık Bir Uyku*” adlı makalesiyle Cumhuriyet dönemi inkılaplarının bir programını yaptığı kabul edilmektedir⁴⁷.

Türkçüler, “İslam Mecmuası” etrafında toplanan Ziya Gökalp, Halim Sabit, Mansurizade Said ve Mustafa Şeref gibi aydınlardan oluşuyordu. Ziya Gökalp (1876-1924) ülkemizde sosyolojinin kurucusu ve milliyetçiliğin teorisyeni olarak kabul edilir. Hukuk alanında ortaya attığı “*ictimai usul-ı fikh*” görüşü dönemin çok tartışılan konuları arasındadır. Mustafa Şeref (1884-1938), bu teoriyi savunan yazılar yazmıştır. Halim Sabit (1883-1946), İslamcıların dergisinde yayın faaliyetine başlamış olmakla birlikte esas etkisi “İslam Mecmuası”nda görülür. Mansurizade Said (1864-1923), özellikle çok eşlilik ve faiz meselelerinde klasik fıkıh âlimlerini eleştirmiştir⁴⁸.

İslamcılık, “Sıratı Mustakim” dergisinde yazan Seydişehirli Mahmud Esad (1856-1918), Babanzade Ahmed Naim (1872-1934), İzmirli İsmail Hakkı (1869-1946), Muhammed Seyyid Bey (1873-1925) gibi simalarla temsil ediliyordu. İslamcılar bu dönemde görüşlerini bir reaksiyon olarak ortaya

⁴⁵ TUNAYA, s. 99.

⁴⁶ FINDIKOĞLU, s. 277; Fındıkoğlu'ndan farklı olarak biz Mansurizade Said'in İslamcı olarak değil Türkçülerin dergisinde yazdığı için bu akımdan sayılması gerektiğini düşünüyoruz.

⁴⁷ KILIÇZADE HAKKI, “Pek Uyanık Bir Uyku”, İctihad, Şubat 1328. İctihad, c. 4, S. 55, ss. 1226-1228.

⁴⁸ MANSURİZADE SAİD, “İslâm Kadını: Taaddüd-i Zevcat İslâmiyyet'te Men' Olunabilir”, İslâm Mecmuası, c. I, S. 8, s. 233-238; a.mlf. “İctihad Hataları”, İslam Mecmuası, c. II (1330), sy. 28, s. 649.

koymuşlardır. Batıcıların ve Türkçülerin İslam dinine ve hukukuna aykırı gördükleri görüşlerini reddetmeyi vazife edinmişlerdir. Bu hususta İzmirli İsmail Hakkı'nın Ziya Gökalp'in görüşlerine karşı çıkması, Babanzade Ahmed Naim'in Mansurizade'nin çok evlilik hakkındaki görüşlerine karşı çıkması iki önemli örnektir⁴⁹. Bu isimlerin yanında farklı dergilerde yazıları yayınlanan Hüseyin Kazım Kadri'nin (1870-1934) İslamcılara yakın fikirleri olduğu söylenebilir⁵⁰.

Son olarak “Beyanul Hak”, “Volkan”, “Hayrul Kelam” gibi yayın organlarında yazan Mustafa Sabri Efendi (1869-1954), Sadreddin Efendi (1855-1931), Elmalılı Hamdi Efendi (1878-1942) gibi ulema, muhafazakar bir tutum içindeydiler. İslamcılar gibi bu görüşü benimseyenler de daha çok diğer akımları eleştiri üzerinden fikirlerini ifade etmeyi tercih etmişlerdir⁵¹. Bu yüzden hukuk düşüncesine katkıları sadece klasik fikirlerin tekrarından ve hatırlatılmasından ibaret kalmıştır.

3. Hukuk Düşüncesini Oluşturan Tartışmalar

Hiç şüphesiz bu dönemde birçok konu farklı fikir akımları arasında tartışılmıştır. Bu tartışmalar arasında günümüzde de bir şekilde devam eden konular bulmak zor değildir. Bu çalışmanın dar çerçevesi içinde aktüel değerinin olduğunu düşündüğümüz konu başlıkları üzerinde duracağız. Hukuk ve din arasındaki ilişki, hukuk felsefesi ve fıkıh usulü etrafında şekillenen teorik tartışmalar, İslam hukukunda ictehad ve ahkâmın değişmesi meseleleri, meşrutiyet hareketi ile ortaya çıkan anayasal düşünceler, aile hukukuna dair gelişmelerin uyandırdığı akisler ve son olarak ticaret hukuku faiz konuları hakkında bu dönem düşünürlerinin fikirlerinden kısa kesitler sunmaya çalışacağız.

3.1. Hukuk ve Din İlişkisi

Osmanlı son döneminde kendini gösteren hukuki değişimin işaretlerini hukuk kavramının ortaya çıkarak devlet düzleminde kullanılmaya başlamasında görebiliriz. Tanzimat'tan önce fıkıh kavramı geçerli iken

⁴⁹ AYDIN, M. Akif, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1985, s. 174.

⁵⁰ Bkz. ALBAYRAK, Nurettin, “Hüseyin Kazım Kadri” md, DİA, c. 18, s. 554-555.

⁵¹ Bkz. MUSTAFA SABRİ, “Din-i İslam'da Hedef-i Münakaşa Olan Mesailden Taaddüd-i Zevcan”, Beyanülhak, 1324, c. I, S. 11, ss. 226-231; SADREDDİN, “Hukuk-ı Aile ve Usul-i Muhakemat-ı Şeriyeye Kararnameleri Hakkında (I)”, Sebülü'r-Reşad [Sırat-ı Müstakim], 1334, c. XV, S. 382, ss. 321-323.

Tanzimat'tan sonra yarı-pozitivist Tanzimatçıların zihniyet yapısına uygun olarak modern-rasyonel hukuk kavramı yerleşmeye başlamıştır⁵². Bu değişiklikte fıkıh gibi dini ve bir geleneği ifade eden kavramın yapılacak yeniliklere uygun olmaması ve hukuk kavramının “haklar” anlamında Batıdaki insan hakları düşüncesini temsil eder görünmesi etkili olmuş olabilir.

Din ve devlet bileşimindeki yönetim düzeyindeki ilk çatlamanın II. Mahmut döneminde gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Zira II. Mahmut döneminde din ve adaletin birbirinden ayrılmasıyla hukuka dayalı idare ve din ve mezhep ayrımı olmadan herkese eşit olunduğunun ifade edilmesi bunun zuhurudur⁵³. Ancak hukuk alanının Tanzimat bürokrasisi tarafından dinden tamamen ayrıştırılmaya çalışıldığını söylemek zordur⁵⁴. Sadık Rifat Paşa, Batıların mürtede idam cezasının kaldırılmasını talep etmeleri üzerine; “*din bizim kanunlarımızın esas-ı hükümetimizin medar-ı istinadıdır*” demiştir⁵⁵. Mustafa Reşit Paşa da Rifat Paşa gibi Osmanlı Devleti'nin mürtede idam cezasından vazgeçmeyeceğini, çünkü mürtedin idamının şer'an farz olduğunu ifade etmiştir⁵⁶. Hatta Reşid Paşa, bu hususu Fransa Kralı ile görüşmüş ve şöyle demiştir: “*Emr-i ilahiyenin sebep ve hikmetini araştırmak ve cihet-i akliyyesini düşünmek bizlere göre memnudur*”⁵⁷.

Bürokrasi içerisinde belki en radikal sayılabilecek fikir Mithat Paşa'ya aittir. O, Kanun-ı Esasi'nin hazırlanma aşamasında kendi tasarısına “*devletin*

⁵² FINDIKOĞLU, s. 44.

⁵³ II. Mahmut'un “ben tebaanın Müslümanını camide, hıristiyanını kilisede, musevisini de havrada fark ederim. Aralarında başka güne fark yoktur. Cümlesi hakkındaki muhabbet ve adaletim kavidir ve hepsi hakiki evladımdır”. KAYNAR, s. 100; CİN- AKYILMAZ, s. 216; BERKES, s.169.

⁵⁴ “Tanzimat Fermanı'nın girişinde şu ifadeler dikkat çekicidir: Yüce devletimizde kuruluşundan beri Kur'an ve şeriat hükümlerine uyulduğundan saltanat güçlü halk da mutlu olmuştur. 150 yıldan beri ise bunun tam tersi yapıldığından zayıflık, yoksulluk ve çöküş baş göstermiştir. Oysa şeriat kurallarına uymayan devlet payidar olamaz. Tahta çıktığımızdan beri ülke ve halkın kalkınması için yollar aradık. Bu anlayışla daha iyi bir yönetimi sağlayacak “*kavanin-i cedide*” konmasını uygun görürüz.” AKYILMAZ, s. 186.

⁵⁵ ENGELHARDT, E. P., Tanzimat ve Türkiye, çev. Ali Reşad, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 1999, s. 116.

⁵⁶ OKUMUŞ, s. 329.

⁵⁷ KAYNAR, s. 558.

devlet olmak itibariyle dini yoktur" kuralını yazmıştır⁵⁸. Ancak bu kuralın çok-uluslu yapısı itibariyle Osmanlı halklarını devlete daha iyi bağlamak amacıyla yazılmış olduğunu kestirmek kolaydır. Dolayısıyla dinin hukuki kurallara etkisini tamamen kaldırma düşüncesinin Mithat Paşa'da olduğunu söyleyemeyiz.

Mithat Paşa ile birlikte Kanun-ı Esasi'yi hazırlamak üzere toplanan komisyonda bulunan Yeni Osmanlıların etkili ismi Namık Kemal, bizatihi hukukun "ruhu" olarak şeriatın en güvenilir kılavuz olduğuna inanmaktaydı⁵⁹. Yine Ali Suavi'nin bütün fikir geliştirmelerinde yerli veya İslami kaldığı zikredilmelidir. Hatta fıkıh hükümlerine göre değil, coğrafyaya, ekonomik şartlara göre ülkenin idaresini istediği zaman bile Hanefi fıkıh ekolüne dayanarak İslam fikriyatının çerçevesi içinde kalma gayretinde olmuştur⁶⁰.

II. Meşrutiyet sonrası Batıcılık akımının hukuk alanında en önemli temsilcisi Celal Nuri, İslam'ın yalnız vicdana ait bir dinden ibaret olmadığını, aynı zamanda bir hükümet şekli olduğunu, toplumu idare etmek için kurallar koyduğunu⁶¹ ancak İslam'ın da değişime açık olmayan manevi hükümleri ve Hz. Peygamber devrindeki ilişkiler dikkate alınarak konulmuş, zamanımızı ilgilendirmeyen hükümleri olduğunu düşünmektedir⁶².

Celal Nuri İslamiyet'i inanç ve ibadet sahalarıyla sınırlandırmamakta, beşeri hayatın meselelerini dine dahil saymakta, fakat birinci grup hükümlere değişmezlik vasfı tanıdığı halde, ikincilerin değişen şartlara göre değişme ve gelişmeye açık olduğunu ileri sürmektedir. Ona göre ancak bu sayede İslamiyet evrensel vasfını koruyacak, sosyal bir müessese olmakta devam edecektir⁶³.

Osmanlı son dönemi devlet adamı ve aydınlarımız bir din olarak İslam'ı gündemde tutmakta birleşmekte, fakat bunun mahiyetinde ayrılarak başlıca üç görüşe ayrılmaktadırlar. İlk görüşe göre İslam, nasslara dayalı hükümleriyle toplum hayatını kıyamete kadar düzenlemeye muktedirdir, değişmeye ihtiyacı

⁵⁸ ENGELHARDT, s. 353.

⁵⁹ MARDİN, s. 347.

⁶⁰ TANPINAR, s. 225-226.

⁶¹ CELAL NURİ, *Havaic-i Kanuniyemiz*, Matbaa-i İctihad, İstanbul, 1331, s. 58.

⁶² CELAL NURİ, s. 4-7.

⁶³ HATİBOĞLU, M. Said, *İslam'ın Aktüel Değeri Üzerine*, Otto Yayınları, Ankara, 2012, s. 63.

yoktur. İkinci görüş İslam'ın, hukuki gelişmelere uygun hale getirilmek şartıyla dünyevi ve evrensel özellik taşıdığını ileri sürmektedir. Üçüncü görüş ise İslam, sadece iman ve ahlaktır, hukuk sahasında yaptırım gücü olmadığı düşüncesindedir⁶⁴. Din ile hukuku tamamen birbirinden ayırma fikri cumhuriyete kadar gündemde olmamıştı, batıcılar bile halkın batılı hukuk normlarını benimsemesi için şeklen de olsa dini hukuka dayanmanın gerekliliğini ifade ediyordu⁶⁵.

3.2. Yeni Fıkıh Usulü Arayışları ve Hukuk Felsefesi

Fıkıh veya daha dar anlamıyla İslam hukuku, İslam medeniyetinin; sosyal bilimler de Batı medeniyetinin toplumsal bilimidir, çünkü insanın toplumsal davranışı İslam medeniyetinde fıkıhın, Batı medeniyetinde sosyal bilimlerin konusudur. Toplum problemleri İslam toplumunda fıkıhla, Batı toplumlarında sosyal bilimlerle çözülür⁶⁶. Batı kaynaklı sosyal bilim, fıkıhın sahip olduğu alanı fethederek, geleneksel olarak fıkıhtan beklenen fonksiyonları üstlenmeye çalışmaktadır. Fıkıh ise kendi kendini yenileyerek (*tecdid*) varlığını sürdürmeye çalışmaktadır. Son dönem İslam ve Türk sosyal düşünce tarihi bu çatışmanın veya etkileşimin tarihidir⁶⁷.

Türkçüler arasında saydığımız Ziya Gökalp bu çatışmayı fark etmiş ve “*ictimai usul-ı fıkıh*” makalelerinde fıkıh ve sosyolojiyi sentez etme çabası içine girmiştir.⁶⁸ Bu çaba Halim Sabit, Mustafa Şeref gibi aynı dergideki yazarlardan destek görürken, İslamcı yazar İzmirli İsmail Hakkı, Gökalp'i şiddetle eleştirmiş ve işin erbabına bırakılmasını istemiştir. Ziya Gökalp'in bu çabası daha sonra akim kalmış olsa da değerli ve üzerinde durulması gereken bir projedir.

⁶⁴ HATİBOĞLU, s. 93.

⁶⁵ Hatta Otacı, Cumhuriyet sonrası hukukun göklerle olan bağıni kopardığını, ancak Lozan dayatmaları olmamış olsa Atatürk'ün yeni bir İslam yorumu arayışı içinde olduğunu, Türk milletinin bu bağıni muhafaza etmesi taraftarı olduğunu iddia etmektedir (OTACI, s. 395).

⁶⁶ ŞENTÜRK, Recep, İslam Dünyasında Modernleşme ve Toplumbilim, İz Yayınları, İstanbul, 2016, s. 11.

⁶⁷ ŞENTÜRK, s. 12.

⁶⁸ GÖKALP, Ziya, “Fıkıh ve İctimaiyyat”, İslam Mecmuası, 1/2, 1329; “İctimâi Usûl-i Fıkıh”, İslam Mecmuası, 1/3, 1329; İZMİRLİ İSMAİL HAKKI, “İctimâi Usûl-ü Fıkıha İhtiyaç Var mı?”, Sebülür-Reşâd, XII, İstanbul 1330; OKUR, Kaşif Hamdi, İslam Hukuku Alanında Yenileşme Manifestolarından Bir Kesit: Hakikat-i İslâm ve Usûl-i İctihad, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi (Konya), sayı:3; ŞENER, Abdulkadir, İctimâi Usul-i Fıkıh Tartışmaları, A.Ü. İslam İlimleri Enstitüsü (V), Ankara 1982.

Fıkıh usulü ve hukuk felsefesinin ihmal edildiği hususunda hemen her fikir akımı ittifak halindedir. Seyyid Bey, alimlerimizin Endülüslü usul alimi Şatibi'nin tuttuğu yolu takip etmediğini, bilakis işi lafız ve polemik kavgasına dökmüş olduklarından onun açtığı çığıı devam ettirecek kimsenin ortaya çıkmadığından yakınmaktadır⁶⁹.

Elmalılı Hamdi Efendi, mekteb ve medreselerimizde karşılaştırmalı hukuk, hukuk felsefesi ve fıkıh usulü eğitiminin önemi üzerinde durmaktadır:

“Bundan sonra da mekteb ve medreselerimizde büyük bir mukayese-i kavanin fenni, daha şümüllü bir hikmet-i hukuk ve ilm-i usul-i fikh tedrisine yol açmış oluruz. Bilahare mehakimimizi de şer'an her ikisi caiz olduğu vechile ya hakim-i münferid veya hakim-i müşterek usullerinden birini bi'l-kabul tevhid ve tensik ve islah ederek ehalimizi iki cami arasında kalmış bi-namaza çevirmeyiz.”⁷⁰

Osmanlı'daki ilk hukuk felsefesi kitabının yazarı olan Münif Paşa da, kanunların değiştirilmesinin kaçınılmaz oluşundan, bunun için de hukuk felsefesine ihtiyacın zaruretinden bahseder⁷¹. Hukuk felsefesi kanunların konulmasının ve uygulanmasının arkasındaki nedenleri açıklar. Var olan kanunların doğru yorumlanması ve daha iyi kanunlar yapılabilmesi için hukuk felsefesi öğretilmelidir⁷².

3.3. Mecelle Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Sorunu

Yeni Osmanlılar hareketinden Ziya Paşa'ya göre şeriat, donmuş, katı bir “kitap ve sünnet” değildir. Çağın gereklerine uygun hukuk kurallarının konulması gerekmektedir. Konulacak yeni kurallar, ülkede geleneği olan bir hukuk düşüncesinden, şeriattan mülhem olmalıdır⁷³. Namık Kemal ve Ali Suavi de yaklaşık olarak bu düşünce üzerinde mutabıktırlar. Ancak İslam hukukunda icthad ve hükümlerin değişmesi konularında açık ve örnekler veren açıklamalar bu dönemde göremeyiz.

Hukuk tarihimizde önemli bir yeri olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye birçok

⁶⁹ MUHAMMED SEYYİD, Fıkıh Usulü -Medhal-, haz. Hasan Karayığit, Düşün Yayınları, İstanbul, 2010, S. 54.

⁷⁰ YAZIR, M. Hamdi, Meşrutiyetten Cumhuriyete Makaleler, haz. A. Cüneyd Köksal & Murat Kaya, Klasik Yayınları, İstanbul, 2011, s. 81.

⁷¹ MÜNİF PAŞA, Hikmet-i Hukuk, haz. Gökhan Doğan, Çizgi Yayınları, Konya, 2016, s. 208.

⁷² MÜNİF PAŞA, s. 21.

⁷³ OTACI, s. 175.

tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Ali Paşa'nın önderliğini yaptığı bir grup devlet adamının Fransız Medeni Kanununun iktibas edilmesi görüşü ve bu konudaki Fransa tarafından yapılan baskıların o tarihte ne kadar ironik olduğunu anlamak için çok fazla beklemek gerekmeyecektir. Zira sosyal ve iktisadi hayatta ortaya çıkan değişikliklerin hukuki değişiklikleri de beraberinde getirdiği meselesinin yeni bir medeni kanun ile aşılabileceği bir fikir olarak savunulsa da hakim görüş yeni ihtiyaçlara veya sorunlara İslam hukuku içinde kalınarak çözümler üretilmesi şeklinde olmuştur. Komisyonun hazırladığı metnin, her kitabın bitiminde şeyhülislamlığın onayına sunulması ve mecellede yalnızca Hanefi mezhebinin görüşlerine yer verilmesi hatta Hanefi mezhebi içerisinde tartışmalı olan konuların bile belirli şimşekleri üzerlerine çekmemek adına en tanınmış hukukçuların görüşlerinden faydalanılarak giderilmesi söz konusu katılığın hangi boyutlarda olduğunu göstermeye yeterlidir⁷⁴. Mecelle Cemiyetinin Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerden yararlanmasını önlediği ve böylece cemiyetin elindeki imkânları büyük ölçüde kısıtladığı belirtilmektedir⁷⁵. Bu kısıtlayıcı usulün benimsenmesi Halim Sabit gibi Türkçüler, Celal Nuri gibi Batıcılar, Seyyid Bey gibi İslamcılardan şiddetli eleştiriler almıştır.

Mecelle Tadil Komisyonu'nda yer alacak kişilerin özellikleriyle ilgili yazısında bu kimselerin içinde yaşanan zamanın şartlarını bilmeleri meselesini gündeme getiren Halim Sabit, eski fıkıh kitaplarından alınacak hükümlerin bir kısmının dönemin ihtiyaçlarına göre değişmesinin gerekli olduğunu belirtir⁷⁶. Mansurizade'nin de bu düşüncenin etkisi altında kaldığı "*Usul-i İctihad*" ve "*Hakikat-ı İslam*" adıyla yazdığı makalelerden açıkça anlaşılmaktadır. Ona göre, kanunların en iyisi zamanın koşullarına ve tabiat kanununa uygun olandır. Bu anlamda şer'i hükümler tabii hukuktan başka bir şey değildir. Zira onlar tabii kanunlar mesabesinde olan bir takım genel kurallardan elde edilmişlerdir⁷⁷.

Celal Nuri, Mecelle'yi tenkit ettiği bir yazısında Cevdet Paşa'nın muamelattaki değişmeyi dikkate almayarak Hanefi fıkının yaklaşık on asır

⁷⁴ CİN HALİL-AKYIMAZ GÜL, s. 567-569.

⁷⁵ AYDIN, M. AKİF, İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İz Yayınları, İstanbul, 1996, s. 72.

⁷⁶ HALİM SABİT, "Mecelle Cemiyeti Hakkında Bir Muhtıra-i Acizane", Sırat-ı Mustakim, 1325, 2\33, ss. 102-106.

⁷⁷ MANSURİZADE SAİD, Hakikat-i İslam, Vilayet Matbaası, Aydın, 1329, s. 3-6.

önceki hükümlerini bir kanun haline koymasını “irtica” olarak isimlendirir. Geçmiş müctehidlerin büyük görülerek onların görüşlerinden farklı olarak değişen yeni durum ve ihtiyaçlara uygun yeni çözümler ortaya koyma hususunda gösterilen çekingenliği ağır bir dille eleştirir⁷⁸.

Celal Nuri'ye göre İslam'ın ruhu yenilenmeyi emrettiği içindir ki seksen bin türlü kolaylık göstermiş ve hatta hadis ile ayetin neshi derecesinde ruhsatlar vermiştir. Dolayısıyla hükümlerin değişmesini cüz'i hükümlerle kısıtlamak şeriata aykırıdır⁷⁹. Değişimin kaçınılmaz olduğunu ve bu değişimi pergelin sabit noktasını kaybetmeden yapmak gerektiğini düşünür:

“Nokta-i nazarım şudur ve değişmez: İslam ölüyor, mahv oluyor. Bu inhitatin da sebebi kaide ve kanunların müebbeden devam edeceği hakkında ulema-yı istibdadın hasil ettikleri zan ve zehab-ı batıldır. Bu dertlere deva bulmak ve İslam'ı kurtarmak için yeni ictihadlar, yeni fıkıh, yeni akaid, yeni bir gaye-i emel lazımdır. Bunlar olursa febiha; olmazsa inna lillah ve inna ileyhi raci'un”⁸⁰.

Bir diğer batıcı Mustafa Şeref, hukukla hayat arasındaki ilişkide “*hayat-ı ameliyi*” öne çıkarır. Dolayısıyla hukuku oluşturacak ya da belirleyecek olan hukukçu veya fakihin yapacağı şey, yaşanan hayatın gerekleriyle hukuk kuralı arasında akli ve mantıki çıkarımlara hapsedilemeyecek bir ilişki kurmaktır. Bunun iki aşaması vardır: ilk olarak istikra metoduyla hukuki hayata tatbik etmek üzere külli kaideler tespit etmek; ikinci olarak da istikra yoluyla ulaşılan bu külli kaideleri kıyas usulünü kullanarak cüz'i hadiselerle tatbik etmek. Böylece hukukun, hayatı düzenleme bakımından ön planda olduğu bir tasavvur yerine, hayatın getirdiği ihtiyaçlara ve gelişmelere tabi bir hukuk anlayışı hakim olacaktır⁸¹. Mustafa Şeref, bir hukukçunun dayanak olarak kabul edeceği hususları şöyle açıklar:

“Fakih yani hukukçu; akla, muhayyileye müracaatla kaide çıkarmayacak, olaylara bir hukukşinas için pek çok kıymetli olan vesikalara, kitaplara, kanunlara, alimlerin ve mahkemelerin ictihadlarına müracaat ile vicdanlarda paydar ve berkarar olan canlı

⁷⁸ CELAL NURİ, s. 110-111.

⁷⁹ CELAL NURİ, s. 115.

⁸⁰ CELAL NURİ, s. 118.

⁸¹ MUSTAFA ŞEREF, “İctimai Usul-i Fıkıh Nasıl Teessüs Eder”, İslam Mecmuası, 1330, 1\6, ss. 162-166.

örf-i ictimai kaidelerini istinbat edecektir.”⁸²

İslamcılardan olan Muhammed Seyyid Bey Mecelle’yi eleştirerek şunları söyler:

“Eğer 1284 tarihinde teşekkül etmiş olan Mecelle Cemiyeti mezhep taassubunu terk ederek muhtelif fıkhi mezheplerden zamanın ihtiyaçlarına uygun olan hükümleri iktibas metodunu takip etmiş olsaydı, bugünkü mecelleden bütün yönleriyle daha mükemmel bir kanun vücuda getirmiş olurdu. (...) Evet bilirim, memleketimizde alim geçinen bir takım cahil ve şer'i hakikatlerden külliye gafil taassup ehli vardır ki, taassup onların iliklerine işlemiş ve kalplerinin en derin köşelerine kadar kök salmış olduğundan onlar bizim bu sözlerimizi kabul etmezler. Zaten bizim de sözlerimiz onlara değil insaf sahibi ve irfan nuru ile aydınlanmış olan izan sahiplerinedir. O gibiler sabit hakikatleri deliller ile değil vakalar ve zamanla tasdik ederler. Lakin korkarım ki, onlar takdir ve tasdik edinceye kadar hükümet zaruretin zorlamasıyla Avrupa kanunlarını tercüme ederek tatbik mecbur olacaktır. İşte o zaman gözler açılacak ve pek acı pişmanlıklar hissedilecek ama iş işten geçmiş olacaktır.”⁸³

Mahmud Esad, öncelikle Hz. Peygamber döneminden itibaren ictihad faaliyetlerinin başladığını ve onun irtihalinden sonra devam ettiğini; hatta bu faaliyetin daha da genişlediğini belirtmektedir. Mezhep imamı dönemine kadar kesintisiz devam eden bu faaliyet; daha sonra duraklamıştır. Ona göre duraklamanın sebebi Çin hukukunda yer alan “ictihad kapısının kapanması” fikrinin İslam’a geçmesidir⁸⁴.

“Daha bundan birkaç sene evvel, bir terekede zuhur eden bir köleyi bilmüayedede sattığı anlaşılan kaza hakimini Bab-ı Meşihat derhal azil ve kadılıktan uzaklaştırarak vazife-i şer'iyyesini ifa etmiştir. Çünkü bugün Şeriat-ı İslamiyye'nin tarif ettiği yolda kölelik mevcut olmadığını takdir edemeyecek derecede irfandan mahrum bir zata kadılık yaptırtmak şeriata ihanettir. Ve keza bugün sirkat hakkında örf-i kadimin tebeddül etmediği bazı mahaller müstesna olmak üzere, bir hırsızın elini kesmeye kalkışan bir Osmanlı kadısı, Hükümet-i

⁸² MUSTAFA ŞEREF, s. 164.

⁸³ MUHAMMED SEYYİD, s. 315.

⁸⁴ MAHMUD ESAD, Tarih-i İlm-i Hukuk, Amire Matbaası, İstanbul, 1331, s. 232.

İslamiyye'nin can damarlarını kesmiş olur."⁸⁵

Hüseyin Kazım Kadri değişim fikrini bazı kaidelere dayandırır. İslam fikhinin, "adet muhakkemdir" ve "adete bina kılınan hükümler zamanın ihtilafıyla muhtelif olabilir" kaidelerinin, adetlerin değişmesiyle bazı hükümlerin de değişebileceğini bildirdiğini söyler. Arap adetine göre oluşan hükümlerin başka herhangi bir İslam ülkesinde uygulanmayabileceğini söyler; tesettürün, yani kadınların örtünmesinin yerel bir hüküm olduğunu, kadınları örtünmeyi adet edinmemiş olan bir İslam milletinin adetini muhafaza etmekle dinden çıkmış olmayacağını iddia eder⁸⁶. Miras ve hırsızlık cezası ile ilgili de örnekler verir:

"İslam şeriatında erkeğin miras hissesi kadına nispetle bir misli fazladır. Ailenin hayatını temin erkeğe düştüğü suretle böyle bir hüküm geçerli olabilir. Fakat hal ve vaziyet değişir ve herhangi bir sebeple kadının da iştirakine ihtiyaç hasıl olursa, onun da mirastan aynı hisse almasına ne engel kalır? Bununla din mi inkar edilmiş veya imanin hükümleri mi bozulmuş olur? Bilakis İslam şeriatının ahkâmı, zamanın ve mekanın değişmesiyle ahenkli olmuş olur ve dinin mevzuatıyla toplumsal dönüşümler telif edilerek din ve şeriat daima mütevazın bulunur."⁸⁷

3.4. Anayasa Tartışmaları Bağlamında Yönetim Şekli

Anayasacılık hareketleri batıda, güçlenen burjuvanın ve toplumda oluşan sivil güçlerin, kendi çıkarları karşısında devletten hukuki güvence istemeleri temeline dayanıyordu. Dolayısıyla batıda bu tür hareketler tabi haklar nazariyesine göre açıklanmakta ve buna göre insanların sırf insan olmaları sebebiyle verilen ve feragat edemeyeceği temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu kabulüne dayanmaktaydı. Osmanlı'da anayasal hareketlerin başlangıcı olarak gösterilen Sened-i İttifak, Tanzimat Fermanı ve İslahat Fermanı'nda ise batıdaki anayasal gelişmelerden oldukça farklı bir zihniyet söz konusudur. Zira hiçbirinin arkasında halktan gelen talep veya bir halk hareketi bulunmamaktadır. Aksine her biri padişah tarafından tebaasına bir lütf

⁸⁵ MAHMUD ESAD, s. 234.

⁸⁶ KADRİ, Hüseyin Kazım, İnsan Hakları Beyannamesi'nin İslam Hukukuna Göre İzahı, haz. Osman Ergin, İstanbul, 1949, s. 55-56.

⁸⁷ KADRİ, s. 57.

şeklinde bahşedilmiştir⁸⁸.

Tanzimat Fermanı'nın teorisyeni Sadık Rifat Paşa, kanunlarla devlet arasında önemli ilişkilerin varlığından söz ederek devletin sağlık ve devamlılığını yönetimde şahıslar-üstülüğü getiren kanunlara riayet edilmesine bağlamaktadır⁸⁹. Böylelikle modern anlamda hukuk devleti fikrinin ilk savunucusu olarak Sadık Rifat Paşa gösterilebilir.

Tanzimat, şer'i esaslara bağlı olmayan ve ilmiye zümresi mensuplarının kontrolü dışında daha çok Batı modellerine dayanan yasama girişimlerinin temeli olmuştur. Padişahın yetkileri klasik dönemde de mutlak değildi. Bir takım şer'i ve örfi esaslara sınırlandırılmış, İslam hukuku temelinde Divan-ı Hümayun, İlmiyye-Seyfiyye-Kalemiyye sınıfları ve tarikatlar gibi güç odakları ile kontrol altına alınmıştır. Ancak Tanzimat hareketinin getirdiği sınırlama sekülerdir. Önceki dönemde din merkezli bir sınırlama, son dönemde ise insan merkezli, pozitivist-seküler hukuk temelinde bir sınırlama söz konusudur⁹⁰.

Osmanlı'da bir anayasa tesis etmenin siyasi zeminini hazırlamada en etkili grup, bir anayasa yapmayı varlığının başlıca amaçları arasında sayabileceğimiz Yeni Osmanlılar hareketidir. İlk olarak, Namık Kemal, Osmanlı siyasi düşüncesine "*halk hakimiyeti*" kavramını sokmaya yönelik azimli bir çaba göstermiş ve düşündüğü anayasa planına "*kuvvetler ayrılığı*" ilkesini yerleştirmeye çalışmıştır⁹¹.

Ali Suavi, Londra'da bulunduğu sıralarda İngiliz parlamentosunun çalışmalarını merak etmişti. Onun çalışmalarında kendini hissettiren sivil toplum anlayışı, muhtemelen bir dinleyici olarak İngiliz parlamentosu oturumlarına katılmasına ve orada bulunan fikir adamlarıyla yaptığı görüşmeler sonunda benimsediği parlamentarizme bağlanabilir⁹². Ali Suavi, İslami bir "*doğrudan demokrasi*" biçiminin, şeriat'ın titiz biçimde uygulanmasının sonucu olacağına inanmaktaydı. Ona göre, gerçek "*demokrasi*", kurallar hazırlanırken, bunların bu gaye için toplanan insanlar tarafından yapılmasını sağlayan bir hükümet biçimi idi. Tıpkı hilafet günlerinde

⁸⁸ AKYILMAZ, Siyasi, s. 188; Otacı, 2004, s. 200.

⁸⁹ MARDİN, s. 303-304.

⁹⁰ OKUMUŞ, s. 311-317.

⁹¹ MARDİN, s. 406.

⁹² SAYAR, s. 299.

olduğu gibi, camilerde toplanılabildi⁹³.

Yeni Osmanlıların başarısı olarak görülebilecek Kanun-ı Esasi'nin ilanından kısa bir süre sonra II. Abdülhamid anayasayı yürürlükten kaldırdı. Anayasanın tekrar ilanını isteyen Jön Türk hareketi bu süreçte muhalif aydınların toplanma yeri oldu. Bu aydınların hepsi belli ölçüde batılılaşmanın gerekli olduğunda hemfikirdiler; ancak bu gerekliliğin boyutları konusundaki görüşleri farklılık göstermiştir. Anayasal bir konu olarak merkezîyetçilik ve ademi merkezîyetçilik konusunda da anlaşmazlıkları vardı. Ahmet Rıza, merkezîyetçi bir devlet yapısına taraftar iken bir diğer Jön Türk Prens Sabahaddin, kendi programına ademi merkezîyet kelimesini koymuştu⁹⁴.

3.5. Aile Hukuku Kanunlaştırması, Çok Eşlilik Tartışması ve Kadının Tefrik Hakkının Genişletilmesi Meselesi

1917 Hukuk-u Aile Kararnamesinin yapılmasında hukuk ve yargı birliğini sağlama düşüncesi oldukça baskın görünmektedir. Kararnamenin Esbab-ı Mucibe Lahiyasında “Müslüman ve gayrimüslim tebaanın ayrı kanun hükümlerine tabi olmalarının sakıncaları anlatılarak her iki gruba da hitap edilecek bir kanun hazırlanmasının uygun görüldüğü” belirtilmiştir⁹⁵. Ancak aile hukukundaki diğer problemler yadsınamayacak dereceye ulaşmış durumdaydı. Özellikle II. Meşrutiyetten sonra özellikle Batıcılar ve Türkçüler sosyal hayatta ve kadın anlayışındaki değişikliklere paralel olarak aile hukuku alanında yeni düzenlemeler yapılması gereğini ısrarla dile getirmekteydiler. Savaş ortamı nedeniyle erkeklerin cephede olması nedeniyle iktisadi hayatta ortaya çıkan boşluğu kadınlar doldurmuştu. Diğer taraftan savaşa giden eşlerinden haber alamayan kadınların durumu önemli sosyal ve hukuki problemler doğurmaya devam ediyordu. Kadınlara yönelik eğitim kurumlarının artmasıyla birlikte hem toplumsal hem kamusal alanda daha görünür olmuşlar, hem de toplumdaki rollerini sorgular hale gelmişlerdir. Tüm bunlar aile hukukunun yüzyıllardır değişmeyen içtihat yapısının en azından konuyla ilgili daha makul çözümler sunan diğer mezheplerin görüşlerinden yararlanılarak çözülebileceği fikrini uyandırmıştır. Aile hukuku alanındaki ihtiyaçların tespiti hususunda benzer ifadeler dönemin hukukçuları tarafından da dile getirilmiştir. Celal Nuri, Mansurizade Said de bu hukukçular

⁹³ MARDİN, s. 422.

⁹⁴ AKYILMAZ, s. 434.

⁹⁵ BOZKURT, s. 172.

arasındadır⁹⁶. Batıcılar içerisinde yer alan Celal Nuri nikâh ve boşama ile ilgili köklü değişiklikler yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Türkçüler içerisinde yer alan Ziya Gökalp de aile hukukunun laikleşmesini savunmuş bunun da önce İslam hukuku içerisinde kalınarak ancak örf âdetin ön plana çıkarılmasıyla yapılabileceğini ifade etmiştir⁹⁷. Bu fikir akımlarının ısrarlı gayretleri olmasa savaşlarla bunalmış devlet içinde bu kanunun çıkması belki de mümkün olmayacaktı⁹⁸. Komisyon çalışmalarının sonucunda 1917 yılında Hukuk-ı Aile Kararnamesi yayınlandı. Bu kararname aile hukuku alanında İslam ve Osmanlı hukuk tarihinde bir ilk olarak kabul edilir. Mecelle'ye yapılan eleştiriler dikkate alınarak farklı mezheplerden de yararlanılarak hazırlanan bu kanun dönemin fikirlerini yansıtmaları bakımından önemlidir.

Bahsi geçen düşünürlerin görüşleri ve bu görüşlerin kararnameye yansımalarının önemli örneklerinden birisi çok eşlilik meselesidir. Hukuk-ı Aile Kararnamesini hazırlayan komisyonda bulunan ve kanunun hazırlanmasında etkin rol oynayan Mansurizade Said, çok eşliliğin devrin hukuku çerçevesinde kalınarak yasaklanabileceği ve yasaklanması gerektiği kanaatindeydi⁹⁹. Çok eşle evliliğe şiddetle karşı çıkan Celal Nuri'ye göre, esasen İslam çok eşliliğe pek taraftar değildir. Dolayısıyla çok eşle evlilik halife tarafından tamamen yasaklanabilir ya da bir geçiş devresi için kısmen buna izin verilebilir¹⁰⁰. Kararname heyeti de çok eşliliğe karşı olan bu talepleri kısmen de olsa karşılamak amacıyla Hanefi mezhebinde olmayan ama Hanbelilerde mevcut bulunan "*kadının evlenirken kocasının evlilik boyunca tek eşi olması şartını koşabileceği*" (m. 38) hükmünü getirmişlerdir.

Hukuk-ı Aile Kararnamesinde getirilen bir diğer önemli yenilik kadının tefrik hakkının genişletilmesi ile ilgilidir. Aslında bu konuda değişimin ilk adımları kararnameden bir yıl önce çıkarılan iki irade-i seniyye ile atılmış durumdaydı. Fetva odası önce Hanbeli mezhebinin görüşünü esas alarak kocaları nafaka bırakmadan kaybolan kadınların mahkeme kararı ile boşanabileceği fetvasını vermiş ve bu husus 5 Mart 1916 tarihli irade-i seniyye ile yürürlüğe girmiştir. Hemen ardından fetva odasının bu seferde İmam Muhammed'in görüşünü esas alarak verdiği bir diğer fetvaya dayanan bir

⁹⁶ AYDIN, Aile Hukuku, s. 154–155; CELAL NURİ, s. 51.

⁹⁷ CİN-AKYILMAZ, s. 364.

⁹⁸ AYDIN, Aile Hukuku, s. 169.

⁹⁹ AYDIN, Aile Hukuku, s. 172.

¹⁰⁰ CELAL NURİ, s. 91-92.

başka irade-i seniyye ile de kocanın akıl hastalığı, cüzzam, baras ve bu derecedeki hastalıkları da tefrik sebebi olarak kabul görmüştür¹⁰¹.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hıyar-ı tefrik başlığı altında düzenlenenler ise şöyledir: bir yıl önce irade-i seniyye ile getirilen *“kocanın nafaka bırakmadan gaipliği ile cüzzam, baras gibi zührevi hastalıklar”* sebepleri tekrarlandıktan sonra kocanın gaipliği ile fena muamele ve geçimsizlik hükümleri de tefrik sebebi olarak eklenmiştir. Kocanın gaipliği meselesi kararnamenin 127. Maddesinde *“kaybolan ve kendisinden ölü mü diri mi haber alınamayan kocanın eşinin mahkemeye başvurarak kocadan haber alınmasından ümit kesildiği tarihten itibaren 4 yıl tecil edildikten sonra hakim kararıyla boşanmaya karar verilmesi”* şeklinde düzenlenmiş ve Hanefi mezhebinin yüzyıllar boyunca sıkı bir şekilde uygulanan *“kadının kocasını 90 yaşına gelene kadar beklemesi”* şeklindeki içtihadından ayrılıncak Maliki görüşü kanunlaştırılmıştır. Fena muamele ve geçimsizlik ise sadece Maliki ve Hanbeli mezheplerinde kabul görmüş boşanma sebepleri olarak bilinmekteydi. Kararnamenin getirdiği belki de en önemli yenilik fena muamele ve geçimsizliği bu şekilde genel bir boşanma sebebi olarak kabul etmesi olmuştur¹⁰².

Kararnamenin söz konusu yenilikleri, ancak iki yıl süreyle yürürlükte kalabilmiş ve lağv edilir edilmez de derhal eski hükümlere geri dönmüştür¹⁰³. Dolayısıyla bu kararnamenin yüzyıllar boyunca resmi mezhep uygulamasından bir adım bile taviz verilmeyen bir bağlamda Osmanlı Devleti'ndeki aile hukuku konusundaki görüşlerin ulaştığı veya ulaşabileceği son merhale olduğunu söyleyebiliriz.

3.6. Ticaret Hukuku ve Faiz Meselesi

Tanzimat Fermanı'nda vaat edilen yeni kanunların hazırlanmasına ilk olarak ticaret hukuku alanında başlandı. Bunun sebebi batıdan yapılan ithalat ve ticari faaliyetlerin önemli ölçüde artması ve bu artışın hukuki işlemler, şirketler, çek-poliçe, kredi, faiz, kambiyo gibi alanlarda yeni hukuki düzenlemeleri gerekli kılmasıdır¹⁰⁴. Bu sebeplerle ticaret alanının öncelikli olduğunun farkında olan Mustafa Reşit Paşa, hariciye nazırı iken Fransız

¹⁰¹ CİN-AKYILMAZ, s. 438.

¹⁰² CİN-AKYILMAZ, s. 441-443.

¹⁰³ BOA, MV, Nu. 251/24, H-19-09-1337.

¹⁰⁴ BOZKURT, s. 151.

Ticaret Kanunu'nun iktibas için girişimde bulunmuş ve konuyu Meclis-i Vala'nın gündemine getirmiştir. Bunun şeriatla uygun olup olmadığı sorulduğunda, Reşit Paşa "*şeriatın bu konuda diyecek bir şeyi yoktur*" cevabını verince ulema tarafından küfürle itham edilmiş, görevinden azledilmiştir¹⁰⁵. Reşit Paşa'nın cevabı ticaret hukukunun şer'i değil örfi hukukla düzenleneceği kanaatinde olduğunu göstermektedir.

Reşit Paşa'nın teklifinden yaklaşık on yıl sonra Fransız Ticaret Kanunu'ndan iktibas edilen Ticaret Kanunnamesi'nin 1849'da kabul edilmesi ile şeriat çerçevesi dışındaki konulara bakan ulemeden bağımsız bir hukuk ve yargı sistemi oluşuyordu. Ticaret Kanunnamesi'nin kabulünden sonra da tartışmalar bitmemiş, İslam hukukuna tamamen yabancı olan bu sistem sorgulanmaya devam etmiştir. Özellikle faiz meselesi bu bağlamda örnek olarak verilebilir.

Yeni Osmanlılardan Ali Suavi, faiz meselesine eğilişi ile çağdaşlarından ayrılır. Mevcut iktisadi hayatın köklerini İslami kaynaklara bağlamak istemesi üzerinde durulması gereken bir noktadır. Yalnız Ali Suavi bu noktayı yeterince işlemeden ham ve ilkel haliyle bırakmıştır¹⁰⁶. Onun, İslam'da faizin caiz olduğu hakkındaki yazısı şiddetli hücumla uğramıştır. Ona göre haram olarak gösterilen özel kayıt, fahiş faiz içindir, onun haram olduğunda şüphe yoktur. Bir memlekette adi faiz ile fahiş faizi ayırmak için ölçü o memleketin servet ve zenginlik derecesidir¹⁰⁷.

Ali Suavi, İslam hukukunun, anonim şirketler ve fabrikalar gibi modern dünyada gelişen yeni ekonomik ve sosyal müesseselerin her çeşidiyle başa çıkmaya çok elverişli olduğunu ifade eder. Gereken bütün şey, zamanın değişmesiyle hükümlerin değişeceği şeklindeki İslami düsturdan istifade etmektir. Suavi'ye göre, atılması gereken yegâne adım, modern sosyal ve ekonomik hayatın gidişinden geri kalmamak için herkesin anlayabileceği "mükemmel bir fıkıh kitabı" hazırlamaktır¹⁰⁸.

II. Meşrutiyet döneminde faiz meselesiyle daha çok Mansurizade Said ilgilenmiştir. Onun görüşüne göre riba, paranın fazla paraya karşı satılmasıdır.

¹⁰⁵ LEWIS, s. 110.

¹⁰⁶ SAYAR, s. 244.

¹⁰⁷ ÜLKEN, s. 86-87.

¹⁰⁸ MARDİN, s. 410.

Paranın kiralması ise satma olmadığından riba değildir¹⁰⁹. Bu dönemde Batıcılar ve Türkçüler faiz konusunda daha esnek düşüncelere sahipken diğer fikir akımları tavizsiz bir tutum içindeydiler.

Sonuç

Osmanlı Devleti'ndeki hukuki yenileşmeler önemli düzeyde Batıdaki ekonomik ve teknolojik gelişmeler, Fransız Devrimi ve aydınlanma düşüncesinin etkisinde ortaya konulmuştur. Diğer taraftan Osmanlı hukukunun kaynaklarından biri olan İslam hukukunda baştan beri birbiriyle uzlaşmayan farklı yaklaşımların olması, özellikle kamu hukuku alanında belirgin yasaların bulunmayışı, devlet yönetimi tarafından oluşturulan örfi hukukun alanını oldukça genişletmiştir. Bu durum da devlete hukuki yeniliklerin önünü tıkamayan bir ortam sağlamıştır.

Tanzimat devri bürokratları batıdan ilhamla akli yasaları, mutlak iktidarı temsil eden padişaha\saraya karşı bir sınırlandırma aracı olarak kullanmak istemişler, fakat bu çaba iktidarın padişahı Bab-ı Ali'ye geçerek el değiştirmesi ile sonuçlanmıştır. Hukuk düşüncesindeki dönüşüm de öncelikle bürokrat kesimle başlamış daha sonra aydınlar bu hususta rol oynamaya başlamışlardır.

Osmanlı'nın son yüzyılında bu makalede ta'dad ettiğimiz konuların haricinde pek çok hukuki mesele tartışılmıştır. Bu tartışmalar arasında halen güncelliğini koruyan konular da mevcuttur. Sözün özü Osmanlı son dönemini geçici ve sadece o dönemle alakalı olan tartışmaların yanında kalıcı ve geleceğe de hitap eden fikirlerin ortaya çıktığı bir devir olarak görüyor ve milli bir hukuk kültürü ve geleneği inşa etme yolunda önemli uğrak yerlerinden olduğunu düşünüyoruz.

¹⁰⁹ MANSURİZEDE, s. 650.

KAYNAKLAR

- AKÇA, G. & HÜLÜR, H. (2006). Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri. *Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, 19, 295-321.
- AKMAN, Ahmet, "Osmanlı Devletinde Hukuki Yapı ve Adli Teşkilatta Tanzimat Sonrası Gelişmeler", *Yeni Türkiye* 96\10, ss. 1002-1018.
- AKYILMAZ, Gül, *Siyasi Tarih*, Seçkin Yay. Ankara, 2015, s. 106.
- ATA Ramazan, "Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat", *Mütefekkir*, Yıl 1, Sy. 1, 2014, s. 164
- AYDIN, M. Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı yay. No: 11, İstanbul, 1985.
- _____, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yay. İstanbul, 1996.
- _____, "Osmanlı Hukuku'nun Genel Yapısı ve İşleyişi", *Türkler*, (Editör: Kemal Çiçek-Salim Koca), C. 10, Ankara 2002, s.15.
- _____, "Batılılaşma (Hukuk)" md. *DİA*, 1992, c. 5, s. 162-167.
- BARKAN Ömer Lütfü, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi", *İÜHFM*, C. XI, S. 3-4, İstanbul 1945, s. 203
- BERKES, Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, haz. Ahmet Kuyaş, Yapı Kredi yay. İstanbul, 2012.
- BEYDİLLİ Kemal, "Mustafa Reşit Paşa", *TDVİA*, C. 31, s. 350
- BOA, C..ADL., Nu. 4/275, H-04-05-1256.
- BOA, HR.MKT., Nu. 37/67, H. 1266
- BOA, MV, Nu. 251/24, H-19-09-1337.
- BOZKURT, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi -Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)-*, Ankara: T.T.K. Yay. 2010.
- CELAL NURİ, *Havaic-i Kanuniyemiz*, Matbaa-i İctihad, İstanbul, 1331.
- CİN Halil - AKYILMAZ Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, 2011.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası*, Arı Sanat Yay. İstanbul, 2017.
- ELDEM Edhem, "Osmanlı İmparatorluğu'ndan Günümüze Adalet, Eşitlik, Hukuk ve Siyaset Üzerine", *Toplumsal Tarih*, 288, Aralık 2017, s. 25-26.

- ENGELHARDT, E. P., Tanzimat ve Türkiye, çev. Ali Reşad, Kaknüs Yay. İstanbul, 1999.
- FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri, İçtimaiyat, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947.
- HALLAQ, Wael, İslam Hukukuna Giriş, çev. Necmettin Kızılkaya, Pınar Yay. İstanbul, 2017.
- HALİM SABİT, “Mecelle Cemiyeti Hakkında Bir Muhtıra-i Acizane”, Sırat-ı Mustakim, 1325, 2\33, 102-106.
- HATİBOĞLU, Mehmed Said, İslam’ın Aktüel Değeri Üzerine (1-2), Otto yay. Ankara, 2012.
- İNALCIK, Halil, Devleti Aliyye (C.4), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016.
- _____, “Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultani Hukuk Ve Fatih’in Kanunları”, AÜSBFD, C. 13, Sy. 2, 1958, s. 102
- KADRİ, Hüseyin Kazım, İnsan Hakları Beyannamesi'nin İslam Hukukuna Göre İzahı, haz. Osman Ergin, İstanbul, 1949.
- KARAYALÇIN Yaşar, “Hukukun Üstünlüğü”, AÜSBFD, C. 47, Sy. 3, Yıl 1992, s. 194.
- KAYNAR, Reşat, Türkiye’de Hukuk Devleti Kurma Yolundaki Hareketler, Tan Matbaası, İstanbul, 1960.
- _____, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1985.
- KIRAY, E., Osmanlı’da Ekonomik Yapı ve Dış Borçlar, İletişim Yayınevi, İstanbul, 1993.
- KÖPRÜLÜ M. Fuad, “Fıkıh, MEB İA, C. IV, İstanbul, 1970, s. 614-615.
- LEWIS, Bernard, Modern Türkiye’nin Doğuşu, çev. Metin Kıratlı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1993.
- MAHMUD ESAD, Tarih-i İlm-i Hukuk, Amire Matbaası, İstanbul, 1331.
- MANSURİZADE SAİD, Hakikat-i İslam, Vilayet Matbaası, Aydın, 1329.
- _____, “İctihad Hataları”, İslam Mecmuası, 1330, c. II, sy. 28, s. 649
- MARDİN, Ebu’l Ula, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yay. Ankara, 2009
- MARDİN, Şerif, Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu, çev. Mümtazer Türköne &

- Fahri Unan & İrfan Erdoğan, İletişim Yay. İstanbul, 1996.
- MEZGHANİ, Ali, Tamamlanmamış Devlet -Arap Ülkelerinde Hukuk Sorunu-, çev. Ahmet Arslan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay. İstanbul, 2015.
- MUHAMMED SEYYİD, Fıkıh Usulü -Medhal-, haz. Hasan Karayığit, Düşün Yayınları, İstanbul, 2010.
- MUSTAFA ŞEREF, "İctimai Usul-i Fıkıh Nasıl Teessüs Eder", İslam Mecmuası, 1\6, 162-166
- MÜNİF PAŞA, Hikmet-i Hukuk, haz. Gökhan Doğan, Çizgi yay. Konya, 2016.
- OKUMUŞ, Ejder, Türkiye'nin Laikleşme Serüveninde Tanzimat, İnsan yay. İstanbul, 2017.
- ORTAYLI, İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, Hil Yay., İstanbul 1983.
- OTACI, Cengiz, Hukukun Laikleşme Serüveni, Birey yay. İstanbul, 2004.
- ÖZ, Mehmet, Kanun-ı Kadim'in Peşinde Osmanlı'da Çözülme ve Gelenekçi Yorumcuları, Dergah Yay. İstanbul, 2015
- ÖZBİLGİN Erol, Osmanlı Hukuku'nun Yapısı, İstanbul, 1985.
- SAYAR, Ahmet Güner, Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması, Ötüken Yay. İstanbul, 2013.
- SCHACHT, Joseph, İslam Hukukuna Giriş, çev. Mehmet Dağ & Abdülkadir Şener, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yay, Ankara, 1986.
- SUNGU, İhsan, "Mahmud II'nin izzet Molla ve Asakir-i Mansure Hakkında Bir Hattı", 1941, Tarih Vesikaları, 1, 1-76.
- ŞENTÜRK, Recep, İslam Dünyasında Modernleşme ve Toplum Bilim, İz Yay. İstanbul, 2016.
- TANPINAR, Ahmet Hamdi, XIX. Asır Türk Edebiyatı Tarihi, Yapı Kredi yay. İstanbul, 2006.
- TUNAYA, Tarık Zafer, Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri, Yedigün Matbaası, İstanbul, 1960.
- TURSUN BEY, Tarih-i Ebu'l Feth, haz. A. Mertol Tulum, Baha Matbaası, İstanbul, 1977.
- ÜLGİN, F. Sabri, Zihniyet, Aydınlar ve İzm'ler, Derin Yayınları, İstanbul, 2006.
- ÜLKEN, Hilmi Ziya, Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi, Ülken Yayınları, İstanbul, 1992.
- YALÇINKAYA, M. Alaaddin, "Osmanlı Zihniyetindeki Değişimin Göstergesi

Olarak Sefaretnamelerin Kaynak Değeri”, Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Ankara, OTAM, 1997.

YAZIR, M. Hamdi, Meşrutiyetten Cumhuriyete Makaleler, haz. A. Cüneyd Köksal & Murat Kaya, Klasik Yayınları, İstanbul, 2011.

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNA HÂKİM OLAN İLKELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN**

Arş. Gör. Hande Sena ÇALIŞ***

ASSESSMENT OF THE RULING PRINCIPLES OF PUBLIC PROCUREMENT LAW NO 4734

ÖZ

Kamu hukuku tüzel kişilerinin gelir elde etme ve harcama yapmasında ihale hukuku kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Kamu harcamalarının yapılma süreci ise kural olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında gerçekleştirilmektedir.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.07.2018

Kabul Edildiği Tarih: 07.09.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.445839](https://doi.org/10.15337/suhfd.445839)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malî Hukuk Anabilim Dalı.

E-mail Adresi: sustun@selcuk.edu.tr

ORCID ID: [0000-0003-0710-3312](https://orcid.org/0000-0003-0710-3312)

*** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

E-mail Adresi: handecalis@selcuk.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-8915-6276](https://orcid.org/0000-0002-8915-6276)

İhale sürecinin tamamında bulunması gereken temel ilkeler ve temel ilkeler arasında sayılan yasaklar Kamu İhale Kanununda sayılmaktadır. İhaleye hakim olan temel ilkeler, ihale sürecinin hukuka uygun olarak yürütülmesini ve kamu kaynaklarının verimli kullanılmasını sağlamak üzere belirlenmiş olup Kamu İhale Kanununa tabi idareler açısından bağlayıcıdır.

Çalışma kapsamında, Kamu İhale Kanununda yer alan temel ilkeler ve idarenin bu ilkelere uygun faaliyet yürütmesi için dikkate alması gereken hususlar ele alınacak, uygulamadaki sorunlarla ilgili olarak yargı kararları ışığında yorumlar ve önerilere yer verilmeye çalışılacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: *Kamu İhalesi, Kamu İhale Kanunu, Kamu Harcaması, İhale İlkeleri, Kamu İhale Kurumu.*

ABSTRACT

Public procurement law rules are needed in the case of public law legal entities' obtaining public revenues and making public expenditures.

The basic principles and the bans counted among the basic principles that the procurement process must have in its entirety are regulated in the Public Procurement Law. The basic principles that dominate the procurement are determined in order to ensure that the procurement process is carried out in accordance with the law and the efficient use of public resources. These principles are binding on the administrations.

The scope of the study will cover the basic principles that are regulated in the Public Procurement Law and the matters to be taken into consideration for the administration to carry out the activities in accordance with these principles. Also interpretations and suggestions will be tried to be included in the light of judicial decisions regarding the problems in implementation.

KEY WORDS: *Public Procurement, Public Procurement Law, Public Revenue, Principles of Procurement, Public Procurement Institution.*

GİRİŞ

Kamu hukuku tüzel kişilerinin gelir elde etme ve harcama yapmasında ihale hukuku kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Devletin malvarlığına dayanarak gelir elde etmesi Devlet İhale Kanununa göre olmaktadır. Çalışmamızın konusunu teşkil eden kamu harcamalarının yapılma süreci ise kural olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) kapsamında

gerçekleştirilmektedir. KİK, istisnalar dışında tüm mal, hizmet ve yapım işi alımlarına uygulanmaktadır. Kamu ihale süreci akabinde sözleşme yapılması ve uygulanması aşamaları ise, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenmektedir¹.

Kamu ihale sözleşmeleri, kamu kaynaklarını kullanılarak yapılmaktadır. Bu nedenle mal veya hizmet alımı veya yapım işleri söz konusu olduğunda idarenin sözleşmenin tarafı olan gerçek veya tüzel kişiyi Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak belirlemesi gerekmektedir.

İhale sürecinin tamamında bulunması gereken temel ilkeler ve temel ilkeler arasında sayılan yasaklar KİK’de sayılmaktadır. İhaleye hakim olan temel ilkeler, ihale sürecinin hukuka uygun olarak yürütülmesini ve kamu kaynaklarının verimli kullanılmasını sağlamak üzere belirlenmiş olup KİK’e tabi idareler açısından bağlayıcıdır.

Çalışmamızda, kamu ihalelerine hakim olan temel ilkeler Danıştay içtihatları ve Kamu İhale Kurulu kararları ışığında ele alınacak ve bu ilkelerin spesifik amaçları, kamu ihale hukukunun ekonomik kamu düzenini sağlamadaki etkisi ve ihale sürecine hakim olan temel ilkelerin birbirleri ile ilişkileri irdelenecektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, ihale sürecinin tamamına hakim olması gereken ilkeler olan yorum ilkeleri ve bu ilkelerin ihale sürecine katkıları hakkında bilgi verilecektir.

İkinci bölümde ise, ihale sürecinin hukuka uygun olarak yürütülmesi amacıyla idarenin uymakla yükümlü olduğu yasaklar açıklanacak ve bunların hukukî dayanakları açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın bütününde, KİK’de yer alan temel ilkeler ve idarenin bu ilkelere uygun faaliyet yürütmesi için dikkate alması gereken hususlarla ilgili ulaşılabilecek sonuçlar, yorumlar ve öneriler yer alacaktır.

I. İHALE SÜRECİNE HÂKİM OLAN TEMEL İLKELER

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun temel amacı, kamunun ihtiyaçlarının en uygun zamanda ve uygun şekilde karşılanmasını sağlamak üzere ihale sürecine ilişkin usul ve esasları belirlemektir². Nitekim Kanununun 1. maddesinde kanunun amacı şu şekilde belirtilmektedir: “*Bu Kanunun amacı, kamu*

¹ TAŞDELEN Aziz, *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, Ankara 2004, s. 7-8, 27.

² ABACIOĞLU Muhittin/ABACIOĞLU Ali, *Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, Ankara 2013, s. 56.

hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir". Kamu ihalelerinin amacına ve hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi için Kanunun 5. maddesinde idarelerin ihalelerde uymakla yükümlü olduğu temel ilkeler düzenlenmiştir³. Bu düzenlemeyle ihale sürecinin hukuka uygun olarak yürütülebilmesine yönelik ana kurallar belirlenmekte olup idarenin bu ilkelere bağlı kalarak ihale sürecini tamamlaması halinde, sözleşme konusu işi üstlenecek en uygun özel kişinin belirlenmesi ve kaynakların verimli şekilde kullanılması sağlanmış olmaktadır. Bu ilkelerin ihlâli, ihale sürecinde tesis edilen işlemlerin hukuka aykırılığına yol açmaktadır⁴. Bu itibarla Kanunda yer verilen temel ilkeler, ihale sürecine ilişkin olarak mevzuatta belirlenen diğer hükümlerin hukuka uygun olarak uygulanmasını desteklemektedir⁵.

Kamu ihalelerine hâkim olan ilkelere bir kısmı ihale sürecinin tümüne hâkim olması gereken ve "*yorum ilkeleri*" olarak adlandırılan ilkelere⁶. Bunlardan saydamlık, rekabet ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri öne çıkmakta; Kanunun 5. maddesinde sayılan diğer ilkeler ise bu yorum ilkelerinin gerçekleşmesine katkı sağlamaktadır⁷.

³ Kamu ihalelerine hakim olan temel ilkeler, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde, Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinde ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde de 4734 sayılı Kanuna uygun şekilde düzenlenmektedir.

⁴ **ÖZDEMİR** Eyüp, "Kamu İhale Kanunu'na Göre İhale Usulü", *İdare Hukuku*, C. 2, **YILDIRIM** Turan/**YASİN** Melikşah/**ÜSTÜN** Gül/**OKAY** Özge, İstanbul 2010, s. 245; "*İhale kavramı; idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin alınmasına veya işin, mevzuatta öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan maliyet ve kalite bakımından en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecindeki idarenin yaptığı bir dizi işlemleri ifade eder*". D13D, 10.02.2007, E. 2007/6240, K. 2007/1169, <http://www.hukukturk.com> (e.t. 09.03.2018).

⁵ **GÖK** Yaşar, "Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler", *Dış Denetim Dergisi*, S. 2, 2010, s. 12.

⁶ **YALAZAY** Sait, *Eşitlik İlkesi Çerçevesinde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerde Tekliflerin Hazırlanması, Sunulması ve Değerlendirilmesi Usulü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 21.

⁷ **GİRİTLİ** İsmet/**BİLGİN** Pertev/**AKGÜNER** Tayfun/**BERK** Kahraman, *İdare Hukuku*, İstanbul 2015, s. 1322.

Kanunun 5. maddesine göre esas ihale usulleri, açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulüdür. Bu sebeple, pazarlık ve doğrudan temin usulünün yalnızca Kanunda gösterilen özel hallerde uygulanması gerekmektedir⁸. Açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usullerinin esas ihale usulü olarak belirlenmiş olmasını, bu usullerde izlenmesi gereken ilan prosedürü ve ihalenin etkinliğini sağlayabilecek sayıda isteklinin katılımına uygunluğu sağlaması sebebiyle saydamlık, eşit muamele ve rekabet ilkesi ile ilişkilendirmek mümkündür.

KİK'e göre, açık ihale "bütün isteklilerin teklif verebildiği usulü"; belli istekliler arasında ihale usulü ise, "ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usulü" ifade etmektedir. Kanunun 20. maddesine göre, belli istekliler arasında ihale usulü "işin özelliğinin uzmanlık veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanmadığı mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde"⁹ ve yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi ihalelerinde uygulanacaktır. Belli istekliler arasında ihale usulünün uygulandığı ihalelerde, ön yeterlik aşamasında yeterliliği belirlenen isteklilere davet mektubu gönderilmektedir. Böylece teknik bilgi, yüksek teknoloji, uzmanlık ve yüksek maliyet gerektiren işlerin "uzman ve maliyetleri karşılayabilecek firmalara verilmesinin amaçlandığı" Danıştay içtihadında da belirtilmektedir¹⁰.

İhale sürecine hakim olan ilkelerin uygulanması ile ilgili istisnaî bir hal Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenen İdarelerin Yabancı Ülkelerdeki Kuruluşlarının Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Esasların¹¹ 5. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, gizliliği olan veya güvenliği gerektiren hallerde ilgili bakanın onayı ile ihale sürecine hâkim olan ilkelere uyulmayabilmektedir.

⁸ GİRİTLİ/ BİLGEN/ AKGÜNER/ BERK, s. 1322; ODYAKMAZ Zehra,/ KAYMAK Ümit/ ERCAN İsmail, *İdare Hukuku*, İstanbul 2015, s. 98.

⁹ D13D, 03.12.2010, E. 2009/4101, K. 2010/8217, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> (e.t. 21.02.2018).

¹⁰ D13D, 06.07.2011, E. 2009/1854, K. 2011/3367, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> (e.t. 21.02.2018).

¹¹ Karar Sayısı: 2004/8030, RG. 04.11.2004, S. 25633.

Kamu ihale hukukunda, millî mevzuatımızın hazırlanmasında ve değiştirilmesinde Avrupa Birliği ihale mevzuatı dikkate alınmıştır¹². Yapım işleri ile mal ve hizmet alım ihaleleri için geçerli olan 31 Mart 2004 tarihli ve 2004/18/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinde, rekabet, şeffaflık, eşitlik ilkeleri vurgulanmaktadır¹³. Avrupa Birliği, kamu ihale hukuku açısından şeffaflık ilkesi, ihale sürecinin önceden hukukî düzenlemelerle belirlenmesi ve bu kurallara riayet edilmesini ifade etmektedir¹⁴. Ayrımcılık yapma yasağı veya eşit muamele ilkesi olarak da belirtilen eşitlik ilkesi de ihale aşamalarında, tekliflerin alınmasında ve değerlendirilmesinde objektifliği güvence altına almaktadır¹⁵. Rekabet ilkesi ise, ihaleye, yüksek sayıda isteklinin katılmasını sağlamak üzere idarenin ve isteklilerin rekabeti önleyici işlemlerden kaçınmasını gerektirmektedir¹⁶.

KİK'de yer alan ilkeler saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleridir. Bu ilkeler sırasıyla şu şekilde incelenebilir:

A. SAYDAMLIK İLKESİ

Bu ilke esas itibarıyla, idare hukukuna egemen olan “*idarenin açıklığı ve şeffaflığı*” ilkesinin ihale sürecindeki görünüş biçimi olarak da ifade edilebilir¹⁷. İhalede açıklık ilkesi olarak da adlandırılan saydamlık ilkesiyle, ihale öncesinde

¹² <http://www.kamuihalekurulu.com/kamuihalekanunu-gerekcesi.html> (e.t. 16.02.2018); **AKDOĞAN** Muzaffer, “Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 72, S. 2, 2014, s. 684.

¹³ **ALYANAK** Servet, *Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009, s. 30; **YILDIRIM GÜVEN** Ülfer, *Avrupa Birliği Kamu İhale Politikası ve Türk İhale Sisteminin Avrupa Birliği Sistemine Uyumunu*, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Ankara 2007, s. 10; http://www2.ihale.gov.tr/duyurular2012/31_Mart_2004_tarihli_ve_200418AT_sayili_AVRUPA_PARLAMENTOSU_VE_KONSEY_DIREKTIFI.pdf; e.t. 16.02.2018; <https://www.ab.gov.tr/70.html> (e.t. 16.02.2018).

¹⁴ **ALYANAK**, s. 113; **SIGMA**, “AB’de Kamu Alımları: Yasal Çerçeve, Temel Kavramlar ve Kurumlar”, s. 4, <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Brief-1-2016-Turkish.pdf> (e.t. 20.02.2018).

¹⁵ **ALYANAK**, s. 99.

¹⁶ **TAŞDELEN**, *Kamu İhale*, s. 56; **ALYANAK**, s. 136.

¹⁷ **ATAY** Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Ankara 2014, s. 561.

ve sonrasında KİK kapsamındaki ihaleler üzerinde kamuoyu denetiminin ve şeffaflığın sağlanmasını amaçlanmaktadır¹⁸. Saydamlık ilkesi gereğince, idarenin kamu ihalelerini “günüşiğinde” gerçekleştirmesi zorunludur¹⁹.

Kamu ihale hukukuna hâkim olan saydamlık ilkesi ihale sürecinde aleniyetin sağlanmasını ve ihale sürecinde alınan kararların ilan edilmesi, gerekçelerinin ilgililere bildirilmesi aracılığıyla ilgililerin haberdar edilmesini belirtmektedir²⁰. İhale sürecinin isteklilere ve kamuoyuna açık olarak yürütülmesi, ihale sürecine ilişkin işlemlerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesine katkı sağlamakta ve bu suretle ihalelerle ilgili yolsuzluk şüphelerinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır²¹. Elektronik ihaleler de ihale sürecinde saydamlığın sağlanmasında ve usulsüzlüklerin ortadan kaldırılmasında etkili olmaktadır²².

Saydamlık ilkesine uygunluğun, ihalenin her aşamasında ve hatta ihale yapıldıktan sonra da sağlanması gerekmektedir²³. Bu sebeple KİK’de ihale öncesi ve sonrası için ilan yükümlülüğü düzenlenmekte ve bu yükümlülük doğrultusunda ihale sürecinde alınan kararlar Kamu İhale Bülteninde yayımlanmaktadır²⁴.

¹⁸ AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara 2017, s. 553.

¹⁹ GİRİTLİ/ BİLGEN/ AKGÜNER/ BERK, s. 1321.

²⁰ ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. 3, İstanbul 1966, s. 1617; GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2011, s. 199, GİRİTLİ/ BİLGEN/ AKGÜNER/ BERK, s. 1321; İSBİR Begüm, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Ankara 2011, s. 22.

²¹ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 54; İNAN Atilla, *İhale Hukuku Ders Notları*, Ankara 2011, s. 54; GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, C. 2, Bursa 2009, s. 113.

²² BOZ Selman Sacit, “Elektronik İhale”, *Kamu Hukuku Arşivi*, C. 13, S. 1, 2013, s. 13.

²³ SEZER Yasin, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 35, S. 4, 2002, s. 62.

²⁴ ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 592; ÖZDEMİR, s. 246; 4734 sayılı Kanun madde 47: “Bu Kanun kapsamında yer alan idarelerin yapım işleri ile mal ve hizmet alımlarının sonuçları, 42 nci maddeye göre gönderilenler hariç, en geç onbeş gün içinde Kuruma bildirilir. Bu sonuçlardan Kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin olanlar Kurum tarafından Kamu İhale Bülteninde yayımlanır”.

KİK'e göre tekliflerin açılması aşamasında da saydamlık ilkesinin gereği olarak, teklifler isteklilere ek olarak hazırda bulunan ilgililer önünde açılmakta ve bu husus tutanakla kayıt altına alınmaktadır²⁵.

Danıştay içtihadında idarenin ve isteklilerin yükümlülüklerinin sözleşmenin akdedilmesinden önce açık ve net olarak belirlenmesinin saydamlık ilkesinin gereği olduğu "... temel ihale ilkelerinden olan açıklık ve saydamlık ilkeleri gereği ihale konusunun ve yüklenicinin sorumluluklarının ihale şartnamelerinde belirli şekilde yer alması gerekmektedir. ... yüklenicinin idare tarafından belirlenen araç adetleri ve zaman tarifelerine göre çalışacağı, hatların değişimi ya da hatların çoğaltılmasının ve azaltılmasının idarenin yetkinde bulunduğu belirtilmiş olup, hangi hatlarda veya güzergahlarda kaç araçla çalışılacağına tespiti hususunun ihale sonrasına bırakılması da açıklık ilkesine aykırıdır" şeklinde ifade edilmektedir²⁶.

KİK'de yer alan ihale usullerinden, pazarlık usulü ve doğrudan temin usulü saydamlık ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır²⁷. Kanununun 21. maddesinde ise, pazarlık usulünün uygulanacağı haller sayılmaktadır. Bu hallerden bir kısmı için ihalenin ilan edilmesi zorunludur. Ancak, ilan zorunluluğunun bulunmadığı haller de mevcuttur. Doğrudan temin usulünde ise, Kanununun 22. maddesinde belirtilen hallerde ihale komisyonu kurma ve ilan yapma zorunluluğu bulunmaksızın piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilmektedir²⁸. Dolayısıyla saydamlık ilkesi esas itibarıyla uygulama alanını, yukarıda da vurgulandığı üzere, açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulü bakımından bulmaktadır.

B. REKABET İLKESİ

İhale sürecinin hukuka uygunluğunun gereklerinden biri, ihale sürecinin idarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılamasıdır. Bu sebeple istekliler arasında rekabetin bulunması ve ihale sürecinin tarafsızlığı için elverişli

²⁵ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 55; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 553; 4734 sayılı Kanun madde 52: "Teknik tekliflere ait zarflar isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılarak, istenilen belgelerin tam olarak verilmiş olup olmadığı kontrol edilir ve durum bir tutanakla tespit olunur... Teklifler ihale komisyonunca hemen değerlendirilmek üzere oturma kapatılır".

²⁶ D13D, 06.04.2010, E. 2009/7074, K. 2010/2940, <http://www.kazanci.com> (e.t. 05.12.2017).

²⁷ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 55; ATAY, s. 561; İSBİR, s.22.

²⁸ GÖZLER, s. 114; GÜNDAY, s. 200.

şartların sağlanması mecburidir²⁹. Kamu ihalelerinde rekabetin sağlanması bakımından isteklilerin fazlalığı kamu yararı ile ilişkilendirilmektedir. Çünkü bu sayede en uygun (avantajlı) teklif elde edilebilecektir³⁰. Bu yüzden katılımın en üst seviyede sağlanması hedeflenmektedir³¹. Nitekim, kamu ihalelerinde en avantajlı teklifin alınması, ihalenin hukuka uygun olarak ilgililere duyurulması ve ihaleye katılımın artırılmasıyla yani rekabetin sağlanmasıyla mümkündür³². Rekabet ilkesinin ihale belgelerinin açık bir şekilde hazırlanmasıyla da yakın ilgisi bulunmaktadır. Nitekim Danıştay'ın bir kararına göre, ihale dokümanının net olarak anlaşılır biçimde hazırlanmaması ve tereddüde yer bırakması hali isteklilerin hatalı teklif vermesine ve değerlendirme dışında kalmasına yol açma ve dolayısıyla rekabeti engelleme sonucunu doğurmaktadır³³.

İhale sürecinde rekabetin ortadan kalkmasını önlemek amacıyla KİK'in 17. maddesinde ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlar düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde, *“ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek”* yasak fiiller arasında sayılmaktadır. Belirtilen hükmün amacı, ihale katılımcılarının kendi aralarında anlaşma yaparak teklif bedellerini etkilemesinin önüne geçmektir. İhale sürecinde katılımcıların kendi iradeleri ile piyasa şartlarına uygun ve gerçekçi teklifler vermesini sağlamak açısından, katılımcılar arasındaki rekabetin gözetilmesi gerekmektedir³⁴. Danıştay içtihadına göre *“ihalelerde rekabetin sağlanmasının koşullarından biri de*

²⁹ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 554; ÇAĞLAYAN, s. 593; GÜNDAY, s. 200; ATAY, s. 561; SANCAKDAR Oğuz/ US Eser/ KASAPOĞLU TURHAN Mine/ ÖNÜT Lale Burcu/ SEYHAN Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara 2017, s. 562.

³⁰ “Devletin ve idarenin menfaati idare mukavelelerine çok taliplerin iştirak etmesini icap ettirir”, ONAR, s. 1618; TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 56; ABACIOĞLU/ ABACIOĞLU, s. 60; “Kaynakların verimli kullanılması ve rekabetin sağlanması bakımından kamu yararına uygun olmadığı gerekçesiyle itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu kararının iptaline karar verildiği”, D13D, 20.09.2011, E. 2011/2603, K. 2011/3886, <http://www.hukukturk.com> (e.t. 01.12.2017).

³¹ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 55.

³² ÖZAY İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul 1996, s. 431; DİDDK, 21.04.2011, E. 2007/1024, K. 2011/260, <http://www.kazanci.com> (e.t. 05.12.2017).

³³ D13D, 26.04.2010, E. 2009/5621, K. 2010/3534, <http://www.hukukturk.com> (e.t. 01.12.2017). Aynı yönde Sayıştay kararı için bkz. Sayıştay Daireler Kurulu, 08.10.2003, K. 1127/3, <http://www.hukukturk.com> (e.t. 20.01.2018).

³⁴ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 56.

*katılımcıların aralarında organik bağ ya da temsil ilişkisinin olmamasıdır. İhaleye katılan her isteklinin özgür iradesiyle verdiği teklif sonucunda gerçekçi ve piyasa koşullarına uygun, kamu açısından da en avantajlı teklifin elde edilmesi amaçlanmaktadır.*³⁵

KİK'in konusunu oluşturan mal veya hizmet alımlarında ve yapım işlerinde ihale sürecinden etkin bir sonuç alınması, ihaleye katılanlar arasında rekabetin varlığı sayesinde en uygun ve avantajlı teklifin piyasa şartları göz önünde bulundurularak alınıp değerlendirilmesi ile mümkündür³⁶. İhale sürecinde rekabetin sağlanmasının taşıdığı önem sebebiyle Kanunun 17. maddesi ihalede doğrudan veya dolaylı olarak birden fazla teklif verme fiilini gerçekleştirenler hakkında ihale dışı bırakılma yaptırımını yeterli görmemiş ve Kanunun 58. maddesinde bu kişiler için *"bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar"* ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımı öngörülmüştür³⁷.

³⁵ *"İhalelerde rekabetin sağlanmasının koşullarından biri de katılımcıların aralarında organik bağ ya da temsil ilişkisinin olmamasıdır."*, D13D, 14.12.2010, E. 2009/6170, K. 2010/8505, <http://www.kazanci.com> (e.t. 05.12.2017); *"uyuşmazlık konusu ihaleye ait ihale dokümanının bir parçası olan nakliyelere ait teklif birim fiyat hesap cetvelindeki düzenlemenin açık, net ve herkes tarafından anlaşılabilir olarak hazırlanmadığı, dokümanda yer alan tereddüde açık düzenleme nedeniyle ihaleye katılan yirmi altı istekliden on dört tanesinin, diğer bir ifadeyle yarısından fazlasının hatalı teklif verdiği, bu isteklilerden on üç tanesinin değerlendirme dışı kaldığı hususları göz önüne alındığında, idarece hazırlanan ihale dokümanının ihalede katılımın ve rekabetin artmasını sağlayacak nitelikte olmadığı"*, D13D, 28.06.2012, E. 2009/774, K. 2012/1947, <http://www.kazanci.com> (e.t. 05.12.2017); **GÜNDAY**, s. 201.

³⁶ **TAŞDELEN**, *Kamu İhale*, s. 56; *"İhale, mal veya hizmetlerin tahsisinin, önceden belirlenen kurallar çerçevesinde alıcılar veya satıcılar arasındaki fiyat rekabetine göre yapıldığı bir sistemi ifade etmekte olup, kamu ihale uygulamalarında rekabetin sağlanmasının Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu, rekabetin korunmasının ise 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olduğu; bu Kanunların birbirlerine paralel ve tamamlayıcı hükümler içerdiği; kamu alımlarında rekabetin sağlanmasının, ürün ve pazar koşullarının sağlıklı bir şekilde değerlendirilerek ihalenin var olan koşullara göre tasarlanmasına bağlı bulunduğu; ihale sürecinde etkin bir sonuç alınmasının, ihale süreçlerinde rakiplerin birbirleri ile rekabet karşısı anlaşmalar yapmasının önüne geçilmesine de bağlı olduğu açıktır."*, D13D, 30.05.2013, E. 2009/3218, K. 2013/1632, <http://www.hukukturk.com> (e.t. 01.06.2018).

³⁷ *"Bu nedenle Kanun'un 17/d maddesinde sayılan durumlar sadece ihale dışı bırakılma sebebi olarak öngörülmemiş, konunun önemi nedeniyle bu fiillerin tespiti halinde yasaklama yaptırımı uygulanacağına da yer verilmiştir."*, D13D, 14.12.2010, E.

İhalede geçerli tek bir teklifin bulunuyor olması da salt bu sebeple rekabet ilkesinin ihlâli anlamına gelmeyebilecektir. Nitekim Kamu İhale Kurulu kararlarına göre, ihalede en avantajlı teklifi sunan tek bir isteklinin bulunması durumu, ihalenin bu istekli üzerine bırakılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı sürece, ihalede rekabetin oluşmadığı anlamı taşımayacaktır³⁸. Yine işin niteliği gereği ihalede ÇED raporu sunulmasının gerekmesi rekabeti ortadan kaldırmamaktadır³⁹.

Rekabete aykırılığın/haksız rekabetin önlenmesi amacıyla Kamu İhale Kanununda bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bağlamda Kanunun 11. maddesinde hiçbir şekilde ihaleye katılmayacak kişiler sayılmaktadır. Bu hükümde sayılanlar arasında ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilileri ve bu yetkiye sahip kurullarda görevliler, bu kişilerin eşleri, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ve evlatlıkları, ortakları ve şirketleri bulunmaktadır. İhale sürecinde görevli bulunan kişiler ve bunların ilişkili olduğu kişilerle ilgili söz konusu yasak, ihaleye hakim olan ilkelerden rekabetin korunması ilkesi ile ilişkilendirilmektedir⁴⁰.

Kanunun 12. maddesine göre teknik kriterler, mal veya hizmet alımları ve yapım işlerinde hazırlanacak teknik şartnamelerde belirlenir. Söz konusu hükme göre teknik şartnamelerde “Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve

2009/6170, K. 2010/8505, <http://www.hukukturk.com> (e.t. 01.12.2017); 4734 sayılı Kanunda ihale sürecindeki hukuka aykırılıklara karşı öngörülen idari yaptırımlar, teminatın gelir olarak kaydedilmesi, ihale dışı bırakılma, ihaleye katılmaktan yasaklanma ve idari para cezası ve ihale yetkililerine uygulanan disiplin cezalarıdır. **İSBİR**, s. 30.

³⁸ “ihalede yeterliği sağlayan isteklinin ihale komisyonunca ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlendiği, ihale komisyonunun değerlendirmeleri sonucunda ihalede tek geçerli teklif bulunmakla birlikte ihalenin tek geçerli teklifi sunan isteklinin uhdesinde bırakılmasının mevzuata herhangi bir aykırılık taşımadığı, tek geçerli teklif bulunmasının tek başına ihalede rekabetin oluşmadığı anlamına da gelemeyeceği”, Kamu İhale Kurumu, 01.11.2017, TN. 2017/055, KN. 2017/UH.II-2941, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 01.12.2017); Danıştay içtihadına göre, tüm isteklilerin tekliflerinin yaklaşık maliyetinin altında bulunan ihaleye katılan isteklilerden biri dışındakilerin tekliflerinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılması, rekabeti ortadan kaldırmamaktadır. DİDDK, 21.04.2011, E. 2007/1024, K. 2011/260, <http://www.kazanci.com> (e.t. 05.12.2017).

³⁹ Kamu İhale Kurumu, 04.10.2017, TN. 2017/050, KN. 2017/UY.II-2704, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 01.12.2017).

⁴⁰ GİRİTLİ/ BİLGEN/ AKGÜNER/ BERK, s. 1321; GÖZLER, s. 115.

fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır"⁴¹. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin⁴² 14. maddesine göre, teknik şartnamenin düzenlenmesinde "Teknik kriterlerin ve özelliklerin, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olması, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve fırsat eşitliğini sağlaması zorunludur". Bu hüküm ihale sürecinde rekabetin sağlanmasına yönelik bir düzenlemedir⁴³. Ayrıca teknik şartnamenin oluşturulmasında kullanılan kriterler, yapılacak işin niteliği dikkate alınarak objektif şekilde belirlendiğinden, istekliler arasında eşitlik sağlanmaktadır. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 60. maddesine göre ihale konusu malın kalitesi ve teknik değeri gibi fiyat dışı unsurların belirlenmesi mümkündür. Ancak anılan hükme göre "Fiyat dışı unsurlar, bir marka veya model esas alınarak rekabeti sınırlayıcı şekilde belirlenemez." Bu hüküm ihaleye katılanlar açısından fırsat eşitliğini sağlamayı ve rekabet ihlâlinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır⁴⁴.

C. EŞİT MUAMELE İLKESİ

Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen, devletin tüm organları ve idare açısından bağlayıcı bir temel ilke niteliği taşıyan eşitlik ilkesi, Kanunda ihaleye hakim olan ilkeler arasında eşit muamele ilkesi şeklinde yer bulmaktadır. Bu ilke idarenin, ihale sürecinde yürüttüğü işlemlerde tarafsızlığını temin etmektedir. Eşit muamele ilkesi, ihaleye katılanlar arasında

⁴¹ "Kamu İhale Kanunu'nun 12'nci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verileceği, belirlenecek teknik kriterlerin, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olması, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlaması gerektiği ayrıca teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemelerin de yapılacağı, bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verileceği, belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemeyeceği ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyeceği hükme bağlanmıştır". Kamu İhale Kurumu, 25.10.2017, TN. 2017/054, KN. 2017/UM.II-2877, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 01.12.2017).

⁴² RG. 04.03.2009, S. 27159 Mükerrer.

⁴³ Kamu İhale Kurumu, 05.09.2012, TN. 2012/053, KN. 2012/UM.II-3465, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 01.12.2017).

⁴⁴ Kamu İhale Kurumu, 31.05.2017, TN. 2017/026, KN. 2017/UM.I-1505, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 01.12.2017).

eşitliği ve idarenin bunlara eşit mesafede bulunmasını ifade etmektedir. İdare, eşit muamele ilkesine uygun olarak tekliflerin sunulması, tekliflerin alınması, açılması ve tekliflerin değerlendirilmesi aşamalarında katılımcılar arasında eşitliği sağlamakla yükümlüdür⁴⁵. İdarelerin ihalelerde takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda, bu yetkilerini takdir yetkisine hâkim olan ilkeler doğrultusunda kullanmaları gerekecektir. Aksi yöndeki hareket eşit muamele ilkesine ve bununla alâkalı diğer ilkelere de aykırılık oluşturacaktır⁴⁶.

İhalenin aday veya isteklilere eşit muamele ile yapılması, hem bir anayasa kuralıdır, hem de rekabet ilkesinin bir gereğidir⁴⁷. İdarenin ihale sürecinde eşit muamele ilkesine aykırı olarak, bazı kişiler lehine, isteklilerin tümünü kapsamayan imkânlar sağlaması veya istekli olmasına engel bulunmayan kişilerin ihaleye katılmasını engellemesi, eşitlik ilkesinin yanı sıra ihaleye hâkim olan temel ilkelerden rekabet ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır⁴⁸. Ancak Kanununun 63. maddesine göre ihalenin sadece yerli

⁴⁵ SANCAKDAR/ US / KASAPOĞLU TURHAN / ÖNÜT / SEYHAN, s. 563; İNAN, s. 119.

⁴⁶ ÜSTÜN Ümit Süleyman, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Ankara 2007, s. 53 vd.; "...pazarlık usulüyle yapılan ihalelerin 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen temel ilkelere uygun olması gerektiği, davet edilecekleri belirleme hususunda idarelerin sınırsız bir takdir yetkisinin olmadığı, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda kullanılması gerektiği, dava konusu uyuşmazlıkta, davacının ihaleye davet mektubu ve ihale dökümanlarının verilmesi talebini içerir başvurusunun "başvurucunun ihaleye daveti gerektirir şartları taşıyıp taşımadığı ve ihalede rekabeti artırıp artıramayacağı hususları değerlendirilmeksizin" davacı şirket ihaleye davet edilmeyerek dava konusu ihalenin gerçekleştirilmesi ihale mevzuatının temel ilkelerinden olan "eşit muamele" ve "rekabet" ilkeleri ile bağdaşmadığı"; D13D, 16.09.2015, E. 2015/2762, K. 2015/3166, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> (e.t. 07.03.2018).

⁴⁷ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 57.

⁴⁸ "...davacı şirketin ihaleye çıkılmadan önce dava konusu ihaleye ilişkin bilgileri haiz olduğu, bu durumun da davacı şirket lehine avantaj sağladığı ve ihaleye katılan istekliler arasındaki eşitlik ve rekabeti ortadan kaldırdığı", D13D, 23.12.2016, E. 2016/3493, K. 2016/4367, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> (e.t. 04.03.2018); "söz konusu ihalede ... teslim edilen ve sözleşme ve eklerine uygun olmayan malların ... teslim süresi geçtikten sonra, ... teslim ettiği sekiz kalem maldan ikisini, uygun görülmemesi üzerine yenileri ile değiştirmeye çalışan davacıya, sadece teslim tarihinden önce mal teslim eden yüklenicilere tanınan mal değiştirme hakkının tanınmasının mevzuata aykırı olduğu, ihaledeki eşitlik ve rekabet ilkelerinin ihlâlüne yol açacağı açıktır.", D13D, 19.01.2011, E. 2010/2812, K. 2011/130, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> (e.t. 07.03.2018).

isteklilere açık olması ve yerli istekliler lehine fiyat avantajlı uygulanması mümkündür. Bu düzenleme, eşit muamele ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır⁴⁹.

Kanunun 5. maddesinde yer alan temel ilkeler arasında düzenlenen eşit muamele ilkesi, Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikayet başvurularında da değerlendirilmektedir. Bu husus, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 18. maddesinde düzenlenmektedir⁵⁰.

Kamu İhale Kurulu, itirazın şikayet başvurularında eşit muamele ilkesine uygunluğu değerlendirdiği bir kararında düzeltici işlem yapılmasına karar vermiştir⁵¹. İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 21.

⁴⁹ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 57; GÜNDAY, s. 202; İNAN, s. 56; GÖZLER, s. 116; ÇAĞLAYAN, s. 593.

⁵⁰ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik, RG. 03.01.2009, S. 27099; madde 18: “...İhale veya ön yeterlik dokümanının verilmesi, başvuruların veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak ise, başvuru sahibinin iddiaları ve idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar ile itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği yönünden incelenir. Eşit muamele ilkesi yönünden yapılacak incelemede; dayanağı bakımından, itiraz edilen işlemin diğer aday veya isteklilere ilişkin olarak da Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılır.”

⁵¹ “İdare tarafından, ihalede geçerli teklif sunan üç istekliden birinci en avantajlı teklif sahibi Medikoset Tıbbi Ürün. San. Tic. Ltd. Şti. ve ikinci en avantajlı teklif sahibi Universal Tıbbi Malz. Ltd. Şti.den demo istendiği, Medikoset Tıbbi Ürün. San. Tic. Ltd. Şti.nin teklifinin uygun bulunmaması neticesinde ikinci en avantajlı teklif sahibi konumuna gelen Biodpc Teşhis Sistemler San. ve Tic. A.Ş.den demo talep edilmediği, bu durumun 4734 sayılı Kanun’un “Temel ilkeler” başlıklı 5’inci maddesinde yer alan eşit muamele ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmış olup, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlenen Biodpc Teşhis Sistemler San. ve Tic. A.Ş. tarafından teklif edilen cihazların ihale dokümanında belirtilen teknik kriterleri karşılayıp karşılamadığının da demo çalışması sonucunda değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır”. Kamu İhale Kurumu, 02.10.2013, TN. 2013/063, KN. 2013/UM.I-3768, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 01.12.2017).

Kamu İhale Kurumu itirazın şikayet başvurusu yapılan ihaleyle ilgili bir kararında “İhale komisyonunca teklifte önemli görülen ve açıklama istenilen teklif bileşenlerinin istekliler bakımından farklı şekilde belirlenmesinin isteklilerin eşit muamele ilkesine aykırı olarak farklı bileşenler üzerinden açıklama yapması sonucunu doğuracağı, bu durumda aynı bileşenler üzerinden yapılmayan açıklamaların birbiri ile mukayese edilmesi ve dolayısıyla tekliflerin eşit koşullarda değerlendirilebilmesinin mümkün olmadığı, bununla 4734 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinde yer alan temel ilkelerden

maddesine göre düzeltici işlemle giderilemeyecek bir hukuka aykırılığın tespiti halinde ihalenin iptaline karar verilmektedir.

Sayıştay kararına göre de, ihaleye katılan isteklilerden birinin hukuka aykırı olarak ihale dışı bırakılması, rekabet ve eşit muamele ilkeleriyle bağdaşmamaktadır⁵².

D. GÜVENİLİRLİK İLKESİ

Hukuk devleti ve kanunî idare ilkelerinin gereği olarak idarenin ihale sürecinde hukuka uygun hareket etmesi şarttır. Aksi takdirde, ihaleye katılan ilgililerin idareye ve ihale sürecine duyduğu güven zedeleneyecektir⁵³. Bu itibarla güvenilirlik, ihaleye katılanların idarenin ihale sürecinde hukuka uygun hareket edeceğine inanmasını ifade etmektedir. İhaleye katılanlarda oluşan bu inanç, ihale sürecinin hukuki güvenlik ve istikrar ilkesine uygunluğunu sağlamaktadır⁵⁴. İhaleye katılanların, idarenin tutumları sebebiyle isteklilerden birinin avantajlı veya dezavantajlı konumda olduğu kanaatinde olmaları güvenilirlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

İdarenin, ihale sürecinde güvenilirlik ilkesine uygun işlemler tesis etmesi gerekmektedir. İlgililerin güveninin sağlanması için, ihale yetkililerinin de bu amaca uygun tutumlar sergilemesi, “*yasak fiil ve davranışlarda*” bulunmaması gerekmektedir⁵⁵. Nitekim ihaleye katılanların ihale aşamalarında hukuka aykırılık bulunduğu dair şüphesi hem idarenin ve hem de ihaleye katılan diğer isteklilerin fiil ve davranışlarından kaynaklanabilmektedir. İdare, ihalelerde güvenilirliği ortadan kaldıran durumlara karşı önlem almalı ve

saydamlık ve eşit muamele ilkesine aykırı olacağı sonucuna varılmıştır”. Kamu İhale Kurumu, 26.02.2014, TN. 2014/016, KN. 2014/UH.III-1139, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 01.12.2017).

⁵² “İhaleye katılan üç firma arasında en düşük fiyatı teklif eden ... A.Ş. A.H.L. Serbest Bölge şubesinin, idarece eksik olduğu tespit edilerek tamamlanması istenen belgelerini kendilerine tanınan süre içerisinde idareye sunmuş olmasına rağmen, ihale dışı bırakılması...”. Sayıştay Daireler Kurulu, 1.12.2004, K. 1159/1, <http://www.kazanci.com> (e.t. 05.12.2017); Söz konusu Sayıştay kararı, 5018 sayılı Kanunun kabul edilmesinden önce Sayıştay’ın idarenin sözleşmelerinin tescili ile ilgili vermiş olduğu bir karardır.

⁵³ İNAN, s. 59.

⁵⁴ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 58; İSBİR, s. 26.

⁵⁵ İSBİR, s. 26.

güveni temin etmelidir⁵⁶. Nitekim hukuka aykırılıklar karşısında şikayet yollarının öngörülmesi ve suç kabul edilen fiillerin cezalandırılmasına yönelik hükümler konulması; ihalelerde güvenilirliğin sağlanmasındaki somut kuralları teşkil etmektedir⁵⁷.

Kamu ihale hukuku, ekonomik hayata ve kamu yararına ilişkin bir konuda düzenlemeler içermekte ve ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacıyla KİK’de ihale sürecinde ortaya çıkan hukuka aykırılıklara karşı yaptırım uygulanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ekonomik kamu düzeninin amacı, sosyal ve toplumsal hayatın ayrılmaz bir parçası olan ekonomik hayat ile ilgili ihtiyaca uygun düzenlemelerin yapılması ve koruyucu önlemlerin alınmasıdır⁵⁸. Ekonomik hayatta ortaya çıkacak sorunlar toplumsal hayatı doğrudan veya dolaylı olarak etkileyebilecek türdendir⁵⁹. Bu sebeple hukukun ekonomik gelişmelere uygun olarak yenilenmesi, ekonomik hayatta karşılaşılan sorunların tespit edilmesi, ekonomik hayatın bireyi doğrudan etkileyen alanlarında koruyucu düzenlemeler yapılması büyük önem taşımaktadır. Ekonomik kamu düzenini korumak ve ihalenin etkinliğini sağlamak için Kanunun 58. maddesinde ihalelere katılmaktan yasaklanma yaptırımının uygulanması öngörülmüştür⁶⁰.

E. GİZLİLİK İLKESİ

İdarenin ihale sürecinde dikkate alması gereken temel ilke saydamlıktır. İhale sürecine hakim olan bir ilke olarak gizlilik ilkesi ise, saydamlık ilkesinin gerekliliklerinin sağlanmasına engel teşkil etmeyecek şekilde uygulanmaktadır. İhalenin ilanı, tekliflerin herkesin önünde ve açık olarak açılması gibi hususlar gizlilik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır⁶¹. Nitekim ihale sürecinde gizliliğin sağlanması, ihaleye hakim olan diğer ilkelerin gerçekleşmesi için gerekmektedir.

Saydamlık ilkesi, ihale sürecinin hukuka uygunluğunu sağlamak amacıyla alenîliği sağlamayı amaçlamaktadır. Gizlilik ilkesi de, ihale sürecinde

⁵⁶ GÖZLER, s. 117; ÇAĞLAYAN, s. 593; ÖZDEMİR, s. 245.

⁵⁷ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 59.

⁵⁸ AKINCI Müslüm, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, *Rekabet Dergisi*, S. 5, 2001, s. 4.

⁵⁹ TAN Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku*, Ankara 1984, s. 4.

⁶⁰ İSBİR, s. 40.

⁶¹ GÖZLER, s. 117; GÖK, s. 14.

yalnızca idare tarafından bilinmesi gereken, katılımcılarla ve diğer gerçek ve tüzel kişilere açıklanmayan ticarî ve malî hususların ifşa edilmesi yasağına ilişkindir. Bu yönüyle her iki ilke de ihale sürecine hâkim olan gereken temel ilkeler arasında bulunmakta ve idareler tarafından dikkate alınmaktadır⁶².

KİK kapsamında gerçekleştirilen mal veya hizmet alımı veya yapım işleri için ihale yapılmadan önce idare tarafından yaklaşık maliyet belirlenmektedir⁶³. Gizlilik ilkesinin gereği olarak, idare tarafından belirlenen yaklaşık maliyetin gizli tutulması ve herhangi bir şekilde isteklilerle paylaşılması zorunludur. KİK, yaklaşık maliyetin, ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilerle paylaşılmasını da yasaklamaktadır. İstekliler, piyasa şartlarına uygun olarak teklif vermekte ve yaklaşık maliyeti bu aşamada bilmemektedir. İhale ilanında, ihale konusu işin yaklaşık maliyeti açıklanmamaktadır⁶⁴. İhale sonucunun, isteklilere açıklanması ile yaklaşık maliyet üzerindeki gizlilik de kalkmaktadır⁶⁵. Kanunun 61. maddesinde “*Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır*” hükmü yer almaktadır⁶⁶. Söz konusu hükümlerle, yaklaşık maliyetin ifşası ve yaklaşık maliyete ilişkin bilgi sahibi olan görevlilerin bu bilgidan menfaat sağlanması yasaklanmaktadır.

⁶² ÇAĞLAYAN, s. 594; “4734 sayılı Kanun’un temel ilkelerine bakıldığında, idarelerin ihalelerde saydamlığı sağlamakla yükümlü olduğu gibi, aynı şekilde gizlilik ilkesinin gereklerini de yerine getirmekle yükümlü olduğu görülmektedir.”, Kamu İhale Kurumu, 07.12.2016, TN. 2016/066, KN. 2016/UH.III-3016, <https://ekap.kik.gov.tr/>; (e.t. 04.12.2017).

⁶³ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 59; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 554.

⁶⁴ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 59; ALTUN Muhsin, *Yeni Kamu İhale Düzeni Uygulama Esaslarının Açıklanması*, Ankara 2004, s. 98; ÖZDEMİR, s. 246.

⁶⁵ ALTUN, s. 99; GÜNDAY, s. 202.

⁶⁶ İhale sürecinde katılımcılardan alınan bilgi ve belgeler, gizli kalması kaydıyla verilen ticarî ve malî bilgiler kapsamına girmektedir. Dolayısıyla bu bilgi ve belgeler, 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu kapsamı dışında yer almaktadır, Kamu İhale Kurumu, 26.03.2012, TN. 2012/020, KN. 2012/UH.II-1467, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 04.12.2017); GÖZLER, s. 117.

Yaklaşık maliyetin gizli tutulması, ihale sürecinde eşitliği ve rekabeti sağlamaktadır.

Kamu İhale Kurulu kararlarında gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi eşit muamele ilkesi ile ilişkilendirilmektedir⁶⁷. Nitekim, gizlilik ilkesinin ihlalinin, ihale katılımcıları arasında belli gerçek veya tüzel kişiler lehine avantaj sağlanması sonucunu doğurması muhtemeldir.

F. KAMUOYU DENETİMİ İLKESİ

İhale sürecinde alınan kararlar saydamlık ilkesine uygun olarak kamuoyuna ilan edilmekte ve bu sayede kamuoyunun ihale sürecinden haberdar olması sağlanarak ihalelerdeki hukuka aykırılıkların önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Kamuoyu denetiminin sağlanması, hem idarenin ve hem de ihaleye katılan isteklilerin yol açacağı hukuka aykırılıkları önlemek bakımından önem taşımaktadır⁶⁸. Bu sebeple, idarenin gizlilik ilkesine uygun olmak şartıyla ihale sürecine ilişkin bilgi ve belgeleri kamuoyu ile paylaşması gerekmektedir⁶⁹. İdare tarafından basın, internet gibi yollarla yapılan ilanlarla kamu harcamalarının hem rekabet ortamında gerçekleşmesi ve hem de kamuoyu tarafından izlenebilmesi sağlanmaktadır⁷⁰.

Kanunun uygulama yönetmeliklerinde, ihaleye katılan isteklilerin kendileri ve diğer isteklilerin idareye sunduğu belgelerin ve geçici teminatlarının durumunu öğrenmelerine ilişkin yapılan değişiklikler kamuoyu denetimi ilkesiyle ilişkilidir⁷¹. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 56. maddesinde “*Zarf Açma ve Belge Kontrol Tutanağı, başvuru veya teklif zarfı içinde sunulması istenilen belgeler ve bu belgelere ilgili mevzuat gereğince eklenmesi zorunlu olan belgelerin her biri için ayrı sütun içerecek şekilde düzenlenir... İhale usulüne göre ilgili oturumda istekliler ve teklif ettikleri fiyatlar duyurularak tutanak düzenlenir. Bu tutanakların komisyon başkanınca onaylanmış suretleri, isteyenlere imza karşılığı verilmeden oturum kapatılamaz*” hükmü yer almaktadır. Aynı yönde bir hüküm, Mal Alımı İhaleleri Yönetmeliğinin 55. maddesinde ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama

⁶⁷ Kamu İhale Kurumu, 11.05.2010, TN. 2010/033, KN. 2010/UH.III-1335, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 04.12.2017).

⁶⁸ İSBİR, s. 29; SEZER, s. 66.

⁶⁹ GÖZLER, s. 117; ÇAĞLAYAN, s. 594; GÜNDAY, s. 203.

⁷⁰ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 60; GÜNDAY, s. 203.

⁷¹ Kamu İhale Kurumu, 31.03.2008, TN. 2008/019, KN. 2008/UH.Z-1426, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 05.12.2017).

Yönetmeliğinin 57. maddesinde düzenlenmektedir. Zarf Açma ve Belge Kontrol Tutanağında, ihaleye katılan isteklilerden istenilen her bir belge için ayrı bir sütun açılması gerekmekte ve her bir belgenin varlığı ayrı ayrı değerlendirilerek tutanağa işlenmektedir. Söz konusu hükme göre, ihale komisyonu tarafından hazırlanan tutanakların isteyenlere verilmesi gerekmektedir⁷².

İhale sürecinde sözleşmenin imzalanmasından önce ortaya çıkan hukuka aykırılıkların çözümü için Kanunda yer alan şikayet ve itirazın şikayet yolları da güvenilirlik ilkesinin yanı sıra kamuoyu denetiminin gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Nitekim şikayet ve itirazın şikayet başvurusu, ihale sürecindeki hukuka aykırılık nedeniyle hak kaybına veya zarara uğradığını iddia edenler tarafından yapılan ve dava açmadan önce tüketilmesi gereken idarî başvuru yollarıdır. Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, hak kaybına veya zarara uğrayan veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından yapılabilir. Bir başka deyişle, teklif veren istekliler ve ön yeterlik için başvuran adayların şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunması mümkündür⁷³.

İhale sürecinin sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamaları, kamu hukukuna tabidir. Dolayısıyla bu aşamada ortaya çıkan hukuka aykırılıklarla ilgili uyuşmazlıklar idari yargıda görülmektedir⁷⁴. Kanunda öngörülen şikayet

⁷² Kamu İhale Kurumu, 28.04.2008, TN. 2008/023, KN. 2008/UM.Z-1714, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 05.12.2017).

⁷³ 4734 sayılı Kanunun 54. maddesine göre, “İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilirler.”; Kamu İhale Kurumu, 28.04.2008, TN. 2008/023, KN. 2008/UM.Z-1714, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 05.12.2017); 4734 sayılı Kanunun 34. maddesine göre Maliye Bakanlığı ile ilişkili olan Kamu İhale Kurumunun karar organı, Kamu İhale Kuruludur. 4734 sayılı Kanuna hakim olan temel ilkelerin belirlenmesinde, temel kaynak bu kanun ve uygulama yönetmelikleri ile birlikte, Kamu İhale Kurulu kararları da “ikincil kaynak” niteliği taşımaktadır. İSBİR, s. 10.

⁷⁴ ONAR, s. 1621; ÖZAY, s. 428; ODYAKMAZ/KAYMAK/ERCAN, s. 103; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 519; ATAY, s. 557; GÖZLER, s. 139; “Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ile, ihale sürecinde sözleşme öncesi işlemlerin ihale işlemi, dolayısıyla idari işlem olmaları nedeniyle idari yargının görev alanına girdiği kabul edilmiş ve bu yöndeki kararlar istikrar kazanmış bulunmaktadır.”, D13D,

ve itirazın şikayet başvurularını tüketmiş olmak şartıyla, ihale sürecinde sözleşme öncesinde tesis edilen idari işlemler hakkında, menfaati ihlal edilen ilgililerce iptal davası açılması mümkündür.

G. İHTİYAÇLARIN UYGUN ŞARTLARLA ZAMANINDA KARŞILANMASI İLKESİ

KİK'e tabi ihalelerin amacı, mal veya hizmet alımı veya yapım işleriyle ilgili olarak kamunun ihtiyaçlarını karşılamaktır. Kamu yararının gerçekleşebilmesi, söz konusu ihtiyaçların uygun şartlarla ve gereken zamanda karşılanmasına bağlıdır⁷⁵.

İdarenin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetini, gereği gibi sunma ve kamu yararını sağlama amacı bulunmaktadır. Bu amacı gerçekleştirmek üzere üstlendiği kamu hizmetini yerine getirmek için ne tür mal veya hizmete veya yapım işine ihtiyaç duyduğunu tespit etmek idarenin yetkisidir. İdarenin, ihtiyaçlarını belirlemek ve ihtiyacına uygun ve zamanında ihale yapmak konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. İhalenin teknik şartnamesi idare tarafından hazırlandığından ihale konusu işin ihtiyacı karşılamak açısından yerindeliği ve zaman bakımından uygunluğu hususu da idare tarafından belirlenmektedir. Başka bir ifadeyle, idarenin ihtiyaçlarını karşılama konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır⁷⁶. Danıştay içtihadına göre idarenin ihale sürecinde takdir yetkisini kamu yararı ve hizmetin gerekleri doğrultusunda kullanması gerekmektedir⁷⁷. Bu ilke, ihtiyaçların en kaliteli

02.03.2017, E. 2017/364, K. 2017/525, emsal.danistay.uyap.gov.tr (e.t. 07.03.2018); D13D, 20.01.2017, E. 2016/4974, K. 2017/280, emsal.danistay.uyap.gov.tr (e.t. 07.03.2018); *"...idarelerce mal veya hizmet alımı için ihaleye çıkılması safhasında ihalenin sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen aşamada tesis edilen işlemlerin idari nitelikte olduğu kabul edilmekte ve bu aşamada ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünün idari yargı yerlerine, ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin akdedilmesinden sonraki aşamada idare ile yüklenici arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün ise özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerine ait olduğunda kuşku bulunmamaktadır"*. UMK, 30.11.2015, E. 2015/707, K. 2015/762, emsal.danistay.uyap.gov.tr (e.t. 07.03.2018).

⁷⁵ GÖZLER, s. 118; ÇAĞLAYAN, s. 594; GÖK, s. 18.

⁷⁶ İdarenin ihtiyaçlarını belirleme konusunda takdir yetkisini kullanarak ihale konusu edeceği malın teknik özelliklerini belirlemesi, başka katılımcıların teklif vermesini engellemediğinden rekabetin sağlanması ilkesine aykırı değildir. Kamu İhale Kurumu, 23.11.2016, TN. 2016/063, KN. 2016/UH.II-2860, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 04.12.2017).

⁷⁷ *"İhale komisyonu kararlarının ihale yetkilisince onaylanması aşamasında kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda takdir yetkisinin kullanılması gerektiği açıktır."*

şekilde ve en uygun fiyatla karşılanmasını ifade etmektedir. İhtiyaçların en uygun şartlarda karşılanması, ihtiyacı karşılayacak en kaliteli ürünün daha ucuza alınmasıyla mümkün olabilecektir⁷⁸.

Kanunun 5. maddesinde düzenlenen ödeneği ayrılmayan iş için ihaleye çıkma yasağı, ihtiyaçların uygun zamanda karşılanmasını zorlaştıran durumları önlemeyi amaçlamaktadır⁷⁹.

Kamu ihale hukukuna ilişkin çeşitli hükümlerde⁸⁰, belli istekliler arasında ihaleye katılacak olan isteklilerin malî açıdan güçlü olması asgarî yeterlik şartları arasında düzenlenmektedir. Belli istekliler arasında ihale usulünün

İdarece takdir yetkisi kullanılırken hukuken geçerli seçenekler arasından uygun olanın tercih edilmesi veya işlemin yapıp yapılmaması noktasında makul ve meşru sebepler dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir. Kamu yararının ve hizmet gereklerinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetimi ise yargı yerlerince yapılabilecektir. İhale işlemleri bakımından takdir yetkisinin denetiminde, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki temel ihale ilkelerinin gözetilmesi gerektiği gibi idare hukukuna hakim olan hukukî güvenilirlik, idari istikrar gibi ilkelerin de dikkate alınması gerekmektedir.”, D13D, 13.09.2011, E. 2008/678, K. 2011/3674, <http://www.kazanci.com> (e.t. 05.12.2017); ÜSTÜN, s. 54 vd.

⁷⁸ **BULUTOĞLU Kenan/KURTULUŞ Erciş**, *Bütçe ve Kamu Harcamaları*, İstanbul 1988, s. 335'ten nakleden: **TAŞDELEN**, *Kamu İhale*, s. 61

⁷⁹ **GÖZLER**, s. 118.

⁸⁰ 4734 sayılı Kanun md. 10: “İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir...” Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 36: “İş hacmini gösteren belgeler, aday veya isteklinin ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait; a) Toplam cirosunu gösteren gelir tablosu, b) Taahhüdü altında devam eden yapım işlerinin gerçekleştirilen kısmının veya bitirilen yapım işlerinin parasal tutarını gösteren faturalardır”. Aynı yönde hükümler Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 36. maddesinde ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 36. maddesinde yer almaktadır. 4734 Sayılı Kanunun 10. maddesinde ihale dışı bırakılacak istekliler arasında, kesinleşmiş vergi borcu veya kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunanlar yer almaktadır. Hangi tür ve miktarda vergi borcu bulunan kişilerin ihale dışı bırakıldığı, Gelir İdaresi Başkanlığının görüşü alınarak Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenmektedir. Söz konusu hüküm, işi zamanında ve gerektiği gibi tamamlayacağı belirsiz olan isteklileri ihale dışında bırakmak suretiyle, ihtiyaçların uygun zamanda karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleriyle örtüşmektedir.

uygulandığı yüksek teknoloji ve meslekî birikim⁸¹ gerektiren büyük çaplı işlerde, yüklenicinin işi tamamlamasını garanti etmeye yönelik bu hükümler, ihtiyaçların uygun şartlarla zamanında karşılanması ilkesiyle kaynakların verimli kullanılması ilkesini somutlaştırmaktadır.

KİK'e tabi olarak yapılan sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin hususları düzenleyen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunda yer alan yüklenicinin işi süresinde bitirememesi durumunda idarenin sözleşmeyi feshetme ve ihale dokümanında belirlenen gecikme cezasını uygulamasına ilişkin hüküm⁸² de ihale edilen işin zamanında tamamlanmasını garanti etmeye yöneliktir. Bu nedenle söz konusu hüküm, ihale hukukuna hakim olan ihtiyaçların zamanında karşılanması ilkesiyle ilişkilendirmek mümkündür.

H. KAYNAKLARIN VERİMLİ KULLANILMASI İLKESİ

İhalelerin hukuka uygunluğu, idarenin ekonomik açıdan zarara uğramaması ve kaynakların verimli kullanılması ve ihale edilen işin uygun

⁸¹ Belli istekliler arasında ihale usulünde, yeterlik şartı olarak tecrübe gösteren belgelerin aranması ile ilgili hükümler şu şekildedir. 4734 sayılı Kanun md. 10: “İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak; a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler,... d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler...”. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 39: “Aday veya isteklilerden, yurt içinde veya yurt dışında kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt ettikleri, ihale konusu iş veya benzer işlerdeki deneyimlerini tevsik etmeleri için iş deneyim belgesi istenilmesi zorunludur”. Aynı yönde hükümler Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 37. maddesinde ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 39. maddesinde yer almaktadır.

⁸² 4735 sayılı Kanun “Madde 20- Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder: a)Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi, b)Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi, Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir”.

şartlarda ve gerektiği gibi yapılması açısından önem taşımaktadır⁸³. Başka bir deyişle kaynakların verimli kullanılması ilkesi, kamu kaynaklarının israf edilmesini önlemeye yönelik fonksiyon ifa etmektedir⁸⁴.

İhalelerde, idarenin en avantajlı teklifi veren istekliyi seçmesi, kaynakların verimli kullanılması ilkesine etkinlik kazandırmaktadır. İhale sürecinde ortaya çıkan usulsüzlükler, rekabeti ve eşit muamele ilkesini engelleyici durumlar ve “siyasî himayecilik”, ihalenin amacıyla bağdaşmamakta ve ihale sürecinin etkinliğini ortadan kaldırmaktadır⁸⁵.

KİK esas itibarıyla, kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan idarelerin yapacağı ihalelerde geçerli olan usul ve esasları belirlemektedir. Kamu kaynağı kullanan idareler açısından kaynakların verimli kullanılması, ekonomik açıdan en uygun teklifin belirlenmesini gerektirmektedir. Ekonomik açıdan en uygun teklif ise, ihale komisyonu tarafından belirlenmektedir. Ancak, bu şekildeki teklif her zaman en ucuz teklifi ifade etmemektedir. İhale konusu işin nitelikleri değerlendirilerek, fiyat dışında değerlendirme unsurlarının kullanılması gerekir⁸⁶. Kamu İhale Kurulu kararına göre, “*Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir*”⁸⁷. Dolayısıyla idarenin, kamu kaynağını en uygun şekilde kullanması, her şartta “*en ucuz*” olanı alması anlamına gelmemekte, hizmetin gerektirdiği nitelikleri de taşıyan en doğru olanı belirlemesi gerekmektedir⁸⁸.

⁸³ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 62; TAŞDELEN Aziz, “Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 1, 2006, s. 294.

⁸⁴ İSBİR, s. 29; GÖK, s. 22.

⁸⁵ EMEK Uğur, “*Kamu İhalelerinde Etkinlik Arayışında Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun İşlevi*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2002, s. 312; Verimlilik ve etkinlik kavramları için bkz. ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Kamu Harcamalarında Verimlilik ve Etkinlik”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 10, Haziran 2005, s. 106 vd.

⁸⁶ TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 62; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1321.

⁸⁷ Kamu İhale Kurumu, 23.11.2017, TN. 2017/059, KN. 2017/UH.II-3167, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 04.12.2017).

⁸⁸ DEMİR Metin, “Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik”, *1. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu*, Mayıs 2004, s. 194.

II. KAMU İHALE KANUNUNDA TEMEL İLKELER ARASINDA BELİRTİLEN YASAKLAR

Kamu ihaleleri, idarenin kamu kaynaklarını kullanmak suretiyle yürüttüğü hizmetleri düzenli olarak ve değişen kamusal ihtiyaçlara uygun bir şekilde sunması için yapılmaktadır⁸⁹. Kanunun amacı, kamu kaynağını kullanan ve kamu hukukuna tabi olan kamu kurum ve kuruluşlarının kamu ihalelerini, denetime açık, saydam, güvenilir ve hukuka uygun olarak yapmasını sağlamaktır⁹⁰. İhale sürecine hâkim olan ilkeler arasında belirtilen yasaklar, ihalelerin hukuka ve kamu yararına uygun olarak gerçekleştirilmesine yönelik hükümlerdir. Kanunun 5. maddesinde kamu ihalelerinde geçerli olan temel ilkeler arasında sayılan yasaklar, ihale sürecinin her aşamasında olmasa dahi, ihalenin belli aşamalarında varlığı aranan ilkelerdir⁹¹.

A. ARALARINDA BAĞLANTI OLMAYAN ALIM VE YAPIM İŞLERİNİN BİRLİTE İHALE EDİLMESİ YASAĞI

Kanuna göre ihaleler, mal alımı, hizmet alımı veya yapım işi ihalesi olarak gerçekleştirilmektedir⁹². İdare tarafından yapılacak bir ihalenin hangi

⁸⁹ GÜNAL Canan, *İdarenin Mal ve Hizmet Edinme Usullerinden Biri Olarak Kamu İhaleleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 7.

⁹⁰ GÜNAL, s. 32.

⁹¹ YALAZAY, s. 28.

⁹² 4734 sayılı Kanunun 4. maddesine göre, "**Mal**: Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları, **Hizmet**: Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri, **Yapım**: Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisleri, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisleri, sulama tesisleri, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini" ifade etmektedir. Kamu İhale Genel Tebliğinin 63. maddesinde "4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde, büyük onarım yapım tanımı içinde, bakım ve onarım ise hizmet tanımı içinde sayılmıştır. Bu çerçevede, bütçe tertiplerine bakılmaksızın makine ve ekipmanın bakım ve onarımının hizmet alımı olarak ihale edilmesi gerekmektedir. Küçük onarımlar da dâhil olmak üzere yapıma ilişkin onarımların ise hizmet alımı olarak ihale edilmesi mümkün değildir" hükmü yer

ihale türüne dahil olduğunun ve buna bağlı olarak uygulanacak ihale mevzuatının tespitinin yapılması gerekmektedir. Nitekim, mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinde ihalenin konusu ve buna bağlı olarak mevzuatta yer alan hükümlerin uygulanması farklılık göstermektedir⁹³.

Öte yandan, mal alımı, hizmet alımı veya yapım işlerinin bir arada ihale edilmesi, bu işlerden yalnız biri hakkında teknik imkâna sahip isteklilerin ihaleye katılımını engellemektedir⁹⁴. Bu nedenle, aralarında kabul edilebilir bir bağlantı olmadıkça mal alımı, hizmet alımı ve yapım işi ihaleleri bir arada yapılamaz. Aralarında doğal bir bağlantı bulunmayan hallerde idare yalnız mal alımı, yalnız hizmet alımı veya yalnız yapım işi ihalesi yapabilmektedir. Kanun aralarında doğal bir bağlantı bulunması durumunda ise mal alımı, hizmet alımı veya yapım işi ihalesinin bir arada yapılmasına imkân tanımaktadır⁹⁵. Aralarında doğal bağlantı bulunan ve birlikte ihale edilen işlerle ilgili ihale usulünün belirlenmesi açısından, Kamu İhale Kurulunun öncelikli yaklaşımı, yaklaşık maliyeti yüksek olan işe uygulanacak ihale usulünün aralarında doğal bağlantı olan işe de uygulanması yönündedir⁹⁶.

Aralarında doğal bir bağlantı bulunmayan işlerin bir arada ihale edilmesi yasağının amacının, isteklilerin teklifleri bakımından idarenin zarara

almaktadır. Bu hususta bir karar için bkz. Kamu İhale Kurumu, 18.12.2013, TN. 2013/080, KN. 2013/UY.II-4822, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 01.12.2017); 4734 sayılı Kanunun mal tanımında yer alan "hak" kavramı, alım sözleşmesine konu edilebilen hakları bir başka deyişle aynı hakları ifade etmektedir. **İSBİR**, s. 13.

⁹³ **GÜNDAY**, s. 203; **ÖZDEMİR**, s. 246;

⁹⁴ **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 564.

⁹⁵ **TAŞDELEN**, *Kamu İhale*, s. 63; **ABACIOĞLU/ ABACIOĞLU**, s. 62; **GÖZLER**, s. 118.

⁹⁶ **ABACIOĞLU/ABACIOĞLU**, s. 62; "ihalenin konusunun, aralarında doğal bağlantı olan mal alımı, hizmet alımı veya yapım işlerinin en az ikisinden oluştuğu durumlarda, ihalede esas alınacak alım yönteminin belirlenmesinde ilk yaklaşım ihale konusu işin yaklaşık maliyeti içerisinde bedel yönünden büyük paya sahip olup işin esasını teşkil eden kısmı hangi yönetime göre ihale edilecekse aralarında doğal bağlantı olan işin diğer kısımlarının bir arada bu yöntemle ihale edilmesidir." açıklaması yer almaktadır. Diğer bir yaklaşım ise, ihale edilecek alım konularının proje bütünlüğü içerisindeki önemi ve temini öngörülen esas işin (mal, yapım, hizmet) ne olduğunun tespit edilerek, alım yönteminin belirlenmesidir.", Kamu İhale Kurumu, 27.10.2008, TN. 2008/069, KN. 2008/UM.I-4419, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 04.12.2017), Kamu İhale Kurumu, 11.09.2013, TN. 2013/058, KN. 2013/UH.II-3582, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 04.12.2017).

uğramasının önüne geçmek ve hukuka aykırı bir rekabetin oluşmasını önlemek olduğu söylenebilir⁹⁷. Ayrıca ihale konusu işlerin niteliğinin değişmesi idarenin de zararına yol açabilecek bir husus olduğundan kamu kaynaklarının doğru kullanılması sağlanmaktadır.

Kamu İhale Kurulu kararına göre, ihalelerin, aralarında doğal bir bağlantı bulunmasına ek olarak, ihaleye hâkim olan diğer ilkelere uygunluk bakımından değerlendirme yapılması, bu ilkelere uygunluğun varlığı ortaya konduktan sonra bir arada ihale edilmesi gerekmektedir⁹⁸. Örneğin, Kamu İhale Kurulu çevre temizliği konulu hizmet alımı ve çöp konteyner alımı işinin bir arada ihale edilmesini, aralarında doğal bir bağlantı bulunmaması sebebiyle hukuka aykırı bulmuş ve bu durumun ayrıca ihaleye katılanlar açısından rekabeti engelleyici bir nitelik taşıdığına karar vererek ihaleyi iptal etmiştir⁹⁹.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantının bulunduğu mal veya hizmet alımı veya yapım işi ihalelerinin bir arada yapılması durumunda, katılımcılar tarafından kısmî teklif verilmesine izin verilmemesi ve konsorsiyuma açık olarak gerçekleştirilmediği durumlarda, ihaleye hakim olan

⁹⁷ İNAN, s. 64; TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 63.

⁹⁸ “Ancak, aralarında doğal bağlantı bulunmasının yanında, söz konusu alımların bir arada ihale edilmesinde, 4734 sayılı Kanun’un diğer ilkeleri yönünden de değerlendirme yapması gerekmekte ve bu husus kuşkuyla mahal vermeyecek bir biçimde ortaya konduktan sonra alımların bir arada ihale edilmesi gerekmektedir.”, Kamu İhale Kurumu, 20.09.2017, TN. 2017/046, KN. 2017/UH.I-2533, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 01.12.2017).

⁹⁹ “İhale konusu işin çevre temizliği işi yanında 600 adet çöp konteyneri temin edilmesi işlerini de kapsadığı, ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Temel ilkeler” başlıklı 5’inci maddesi uyarınca aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemeyeceği, dolayısıyla şikâyete konu hizmet ihalesi kapsamında mal alımı niteliğinde olan çöp konteyneri alımının yapılmasının Kanun’un 5’inci maddesine aykırı olduğu... Söz konusu ihalede alıma konu mal ve hizmet arasında doğal bir bağlantının bulunmadığı, kamu kaynaklarının verimli kullanılmasını ve ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını teminen söz konusu konteyner alımının ayrı bir ihaleye konu edilmesi mümkünken itirazın şikâyete konu hizmet alımı ihalesi kapsamında temin edilmesinin rekabeti engelleyici nitelikte olduğu... Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihalenin iptali gerekmektedir”. Kamu İhale Kurumu, 27.09.2017, TN. 2017/048, KN. 2017/UH.I-2631, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 04.12.2017); Benzer bir karar için bkz. Kamu İhale Kurumu, 20.09.2017, TN. 2017/046, KN. 2017/UH.I-2533, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 04.12.2017).

ilkelerden ihaleye katılımın artırılması ve rekabetin sağlanması ilkelerine aykırılık bulunmaktadır¹⁰⁰.

B. ÖDENEĞİ BULUNMAYAN İŞ İÇİN İHALE YASAĞI

Kamu ihale hukukunun karakteristik özelliklerinden biri ekonomiyle doğrudan bağlantısının bulunmasıdır. Bu sebeple idarenin ihale sürecini başlatabilmesi için öncelikle ihale konusu işin ödeneğini ayırmış olması şarttır¹⁰¹. Danıştay içtihadına göre, yeterli ödeneği bulunmayan iş için ihale yapılması yasağı; idare bütçesinde oluşan değişimlerin ihale sürecini etkilememesini, bu durumun kamu hizmetini aksatmamasını ve böylece idarî istikrarın sağlanmasını amaçlamaktadır¹⁰².

Geniş anlamda kamu harcaması, devlet bütçesi ile yapılan harcamalara ilaveten bütçe sistemi dışında yer alan diğer kamu kurum ve kuruluşların yaptığı harcamaları kapsar. Ayrıca vergi muafiyet ve istisnaları dolayısıyla devletin vazgeçtiği vergi gelirleri de bu kapsamda yer alır. Bu bağlamda, kamu kurum ve kuruluşlarının kamu hizmeti görebilmek için yaptığı harcamalar kamu harcaması kapsamına girmektedir. Bu itibarla, kamu ihaleleri söz konusu olduğunda, 4734 sayılı Kanuna tabi olan kamu kurum ve kuruluşlarının kamu harcaması yaptığını söylemek mümkündür¹⁰³.

Kamu ihalelerinde, ihale konusu işin tamamlanması için gerekli ödeneğin bulunmaması halinde, kamu kaynaklarının gereksiz yere harcanmasının önüne geçmek amacıyla ödeneği bulunmayan iş için ihale

¹⁰⁰ Kamu İhale Kurumu, 11.09.2013, TN. 2013/058, KN. 2013/UH.II-3582, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 04.12.2017).

¹⁰¹ İSBİR, s. 5.

¹⁰² “İhale süreci devam ederken idare bütçesinde meydana gelebilecek değişimlerden etkilenmemek amacıyla ayrılan ödenek, yaklaşık maliyet dikkate alınarak ayrılmalıdır. Yeterli ödeneği bulunan bir işin ihalesinde idarenin alacak-borç dengesine yönelik değişimlerin ise ihalenin iptali için geçerli sebep oluşturmaması gerekir. Aksi halde idari istikrar ilkesine aykırılık oluşacağı gibi, kamu hizmetinin yürütümünde de aksaklıklar ortaya çıkması riski doğar”. D13D, 13.09.2011, E. 2008/678, K. 2011/3674, <http://www.kazanci.com> (e.t. 05.12.2017).

¹⁰³ PEHLİVAN Osman, *Kamu Maliyesi*, Trabzon 2017, s. 69; BİLİCİ Nurettin/BİLİCİ Adem, *Kamu Maliyesi*, Ankara 2016, s. 67 vd.; TAŞDELEN, *Kamu İhale*, s. 5; AKDOĞAN Abdurrahman, *Kamu Maliyesi*, Ankara 2014, s. 79 vd.; AKSOY Şerafettin, *Kamu Maliyesi*, İstanbul 1994, s. 103 vd. 126vd.; ULUATAM Özhan, *Kamu Maliyesi*, Ankara 1997, s. 212; Ayrıca bkz. NADAROĞLU Halil, *Kamu Maliyesi Teorisi*, Kırklareli 2000, s. 134.

yasası getirilmiştir¹⁰⁴. Söz konusu ilke ile ihale konusu için kaynak yetersizliği nedeniyle tamamlanamaması ihtimali bertaraf edilmekte ve böylece kamu yararı korunmuş olmaktadır¹⁰⁵.

Yapım işlerini konu alan ihaleler açısından, ihaleye çıkılması yeterli ödeneğin teminine ek olarak arsanın temin edilmiş veya gereken hallerde kamulaştırma yapılmış olması, imar işlemlerinin tamamlanması halinde mümkündür¹⁰⁶.

Kamu kaynaklarının etkili ve verimli kullanılmasını, hesap verilebilirliği ve mali saydamlığı sağlamak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun amaçları arasında sayılmaktadır. Ayrıca 5018 sayılı Kanunda mali saydamlık ve hesap verme zorunluluğu “Kamu Kaynağının Kullanılmasının Genel Esasları” başlığı altında düzenlenmektedir. Böylece 5018 sayılı Kanun kamu kaynaklarının kullanılmasına ilişkin tüm malî işlemlerin hazırlanması ve yürütülmesi ile ilgilenmekte ve kamu kurumlarının bütçelerine ve yapılan harcamalara ilişkin genel esaslar belirlemektedir. Burada dikkat çeken husus, 5018 sayılı Kanunda ve 4734 sayılı Kanunda benzer düzenlemelerin yer almasıdır. Kamu kaynaklarının kullanılmasında geçerli olan malî saydamlık ve hesap verme zorunluluğu; ihale hukukuna hâkim olan temel ilkelerden olan kamuoyu denetimi ve saydamlık ilkelerinin bir bakıma yansıması niteliğindedir.

5018 sayılı Kanununun 26. maddesi bütçede yeterli ödeneği bulunmayan işler için yüklenmeye girişilmesini yasaklamaktadır. Söz konusu hükümden yer alan yüklenme ifadesi “*taahhüt*” anlamı taşımaktadır¹⁰⁷. KİK’in 62. maddesi, bir yıldan fazla sürecek işler için ödenek ayrılmasıyla ilgili bir hükümdür. Söz konusu hükme göre, ihale edilen işin tamamlanabilmesi için, idarenin işin süresine uygun olarak yıl bazında ödeneğin bütçede bulunmasını sağlayacak şekilde planlama yapması gerekmektedir. Ayrıca idarenin bütçesindeki ödeneği planlı olarak kullanması amacıyla, ihalelerin yılın ilk dokuz ayında

¹⁰⁴ ATAY, s. 563; GÖZLER, s. 120.

¹⁰⁵ ATAY, s. 563; ALTUN, s. 128; GÜNDAY, s. 202; ÖZDEMİR, s. 247.

¹⁰⁶ ÇAĞLAYAN, s. 594; “...kamu ihale mevzuatı gereği de imar işlemlerinin tamamlanması koşulunun bir yapım işinde olmazsa olmaz şartlar arasında yer aldığı...”. Kamu İhale Kurumu, 10.02.2011, TN. 2011/013, KN. 2011/UY.I-659, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 14.12.2017).

¹⁰⁷ ALTUN, s. 128.

bitirilmesi gerekmektedir¹⁰⁸. İdare tarafından ihale konusu iş için ayrılan kullanılabilir ödeneğin yaklaşık maliyetin ve isteklilerce verilen tekliflerin üzerinde olması gerekmektedir. İdarî şartnamede isteklilerin ödeme şeklinin, vadeli ödeme olarak belirlenmesinin ödenek konusuyla ilgisi bulunmamaktadır¹⁰⁹.

C. EŞİK DEĞERİN ALTINDA KALMAK AMACIYLA İŞİN KISIMLARA BÖLÜNMESİ YASAĞI

Eşik değer, KİK'in 13. maddesinde düzenlenen ilan ve davet ile ihalelere sadece yerli isteklilerin katılmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasında kullanılmak üzere; mal ve hizmet alımları ve yapım işleri için Kanunun 8. maddesinde belirlenen (ve aynı Kanunun 67. maddesi uyarınca güncellenen) parasal limitleri ifade etmektedir¹¹⁰. KİK'de ihale konusu işin yaklaşık maliyetinin eşik değerinin altında veya üstüne oluşuna göre, ihalenin ilan sürecinde uygulanacak kurallar, ihale usulü ve yerli istekliler lehine avantaj sağlama hususunda farklı düzenlemeler yer almaktadır¹¹¹.

İhale sürecinde idareler açısından geçerli olan eşik değerler, ihaleyi düzenleyen idarenin dahil olduğu bütçeye göre ikiye ayrılmaktadır. Kanunun 8. maddesinde, genel bütçeye dahil idarelerin tabi olduğu eşik değer ve diğer idarelerin tabi olduğu eşik değer düzenlenmektedir¹¹². Söz konusu hükümde, mal ve hizmet alımları ve yapım işleri için farklı eşik değerler belirtilmekte, ayrıca hükme göre ihaleyi yapan idarenin bütçesi de eşik değerinin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Yaklaşık maliyeti, eşik değerinin altında

¹⁰⁸ ALTUN, s. 132.

¹⁰⁹ Kamu İhale Kurumu, 08.10.2007, TN. 2007/057, KN. 2007/UM.Z-3274, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 14.12.2017).

¹¹⁰ Eşik değer, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 3. maddesinde, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 3. maddesinde ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 3. maddesinde tanımlanmaktadır.

¹¹¹ YALAZAY, s. 30; "İdarece yeterlik kriteri olarak öngörülecek anahtar teknik personelin sayısı, yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında olan ihalede en fazla iki, yaklaşık maliyeti eşik değere eşit ve eşik değerinin üzerinde olan ihalede ise en fazla dört olarak istenir.", D13D, 24.05.2017, E. 2017/584, K. 2017/1627, <http://www.hukukturk.com> (e.t. 18.12.2017).

¹¹² 2017 yılında geçerli olan eşik değerler, 2017/1 sayılı Kamu İhale Tebliği ile güncellenmiştir, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170121-19.htm>; e.t. 05.12.2017; Eşik değerler, Kamu İhale Kurumu tarafından güncellenmektedir.

kalan ihaleler ile eşik değere eşit veya üstünde olan ihaleler ilan ve ön yeterlik ilanı aşamalarında farklı prosedürlere tabi tutulmaktadır¹¹³. Kanunun 13. maddesinde yaklaşık değeri eşik değerin altında olan ihaleler için ilan süreleri kısa tutulmuş ve ilanın duyurulacağı yayının işin yapılacağı yerde çıkan bir gazete olması yeterli sayılmıştır. Yaklaşık maliyeti eşik değerin altında olup Kanunda belirlenen parasal sınırın altında olan ihalelerin Kamu İhale Bülteninde ilan edilmesi gerekmeyip, parasal sınırın üzerinde olan ihalelerde Kamu İhale Bülteninde ilan edilerek duyurulması şarttır¹¹⁴. Yaklaşık maliyeti eşik değere eşit veya üstünde olan ihalelerde ise, ilan süresi daha uzun olup ihale ilanının Kamu İhale Bülteninde yayınlanması zorunludur.

Yaklaşık maliyetin eşik değerin altında oluşu veya eşik değeri aşması, ihale usulünü de etkileyebilmektedir. Kanunun 20. maddesi, yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan ihalelerde, belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanmasını mümkün kılmaktadır. Bununla birlikte 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinde, pazarlık usulü ile ihale yapılabilen haller arasında “*idarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları*” yer almaktadır. Söz konusu hüküm ile ihale sürecine hâkim olan eşik değerin altında kalmamak amacıyla işin kısımlara bölünmesi yasağı arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. İdare, ihale mevzuatında öngörülen kuralları aşmak ve kanunu dolanmak amacıyla işi parçalara bölerek eşik değerin altında kalmasını sağlamamalıdır¹¹⁵. Çünkü yaklaşık maliyeti eşik değerin altında olduğu gerekçesiyle pazarlık usulünün uygulandığı ihalelerde ilan yapılması zorunlu değildir¹¹⁶. Bu durum, yaklaşık maliyeti eşik değerin altında olan ihaleler açısından dikkate değerdir.

Yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işlerinin, açık ihale usulü yerine belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılması mümkündür. Bu nedenle, yapım işi ihalelerinde, ihale usulünün belirlenmesinde dikkate alınmalıdır¹¹⁷.

¹¹³ TETİK Kübra, *Kamu İhale İşlemlerinde İdarenin Takdir Yetkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2012, s. 32.

¹¹⁴ YALAZAY, s. 29; SEZER, s. 64.

¹¹⁵ TETİK, s. 64; ÇAĞLAYAN, s. 595; GÜNDAY, s. 203.

¹¹⁶ ABACIOĞLU/ ABACIOĞLU, s. 408.

¹¹⁷ TETİK, s. 56; 4734 sayılı Kanunun 20. maddesine göre, “*Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık*

Yaklaşık maliyeti eşik değerin altında olan ihaleler için idarenin, ihale dokümanını, sadece yerli isteklilerin katılmasını sağlayacak şekilde hazırlaması mümkündür. Kanununun 63. maddesi bu hususu ihaleyi yapan idarenin takdirine bırakmıştır. Ancak yaklaşık maliyeti eşik değere eşit veya üzerinde olan ihalelerde, idarenin ihalenin yalnızca yerli isteklilerin katılımını sağlayacak hüküm koyma konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır¹¹⁸. Aynı hükme göre yaklaşık maliyeti eşik değerin altında olan hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine fiyat avantajı yapılması mümkündür¹¹⁹.

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 27. maddesinde, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 29. maddesinde ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 30. maddesinde aday ve isteklilerden istenecek belgeler düzenlenmekte, yaklaşık maliyetin eşik değere eşit veya eşit değerin üstünde olması halinde istenecek belgelerin daha kapsamlı olduğu görülmektedir¹²⁰.

İhale sürecinde yaklaşık maliyetin belirlenmesi, ihalenin eşik değere bağlı olarak tabi olacağı hükümleri belirleme konusunda önem taşımaktadır. Bu itibarla, ihale konusu işin yaklaşık maliyetinin doğru şekilde belirlenmesi, ihale konusu işle ilgili ihtiyacın uygun şartlarla karşılanmasına da hizmet etmektedir¹²¹. Kamu ihale hukuku mevzuatı, yaklaşık maliyeti eşik değeri aşan

ihale usulünün uygulanmadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir”.

¹¹⁸ **TETİK**, s. 78; **YALAZAY**, s. 30; “4734 sayılı Yasa'nın 63. maddesi hükmü uyarınca, idarelerce, yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelerde, ihaleye sadece yerli isteklilerin katılması hususunda ihale dokümanlarına hüküm konulabilmesine imkan tanınmıştır. Yaklaşık maliyeti eşik değerin üzerinde olan ihalelerde ise, ihale dokümanlarına aynı şekilde hüküm koymak suretiyle, ihalenin sadece yerli isteklilerin katılımına açılması mümkün değildir”. D13D, 30.11.2005, E. 2005/906, K. 2005/5713, <http://www.hukukturk.com> (e.t. 18.12.2017).

¹¹⁹ “...yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması konusunda idarelere takdir yetkisi verilmiş ve ortak girişimlerin yerli istekli sayılabilmesi için bütün ortaklarının yerli istekli olmasının gerekli olduğu belirtilmiştir.”, Kamu İhale Kurumu, 19.08.2013, TN. 2013/054, KN. 2013/UY.I-3285, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 20.12.2017).

¹²⁰ Kamu İhale Kurumu, 09.12.2015, TN. 2015/071, KN. 2015/UH.III-3315, <https://ekap.kik.gov.tr> (e.t. 20.12.2017).

¹²¹ **TETİK**, s. 22; Sayıştay 2. Dairesi, 31.01.2008, K. 33986, <http://kazanci.com> (e.t. 20.12.2017).

işler için sıkı ve detaylı düzenlemeler içermektedir. İdarenin, eşik değerinin altında kalmak ve böylece söz konusu hükümlerin uygulanmasından kaçmak amacıyla işi kısımlara bölmemesi ve kanunu dolanmaması büyük önem taşımaktadır.

D. MEVZUATIN GEREKTİRDİĞİ HALLERDE ÇEVRESEL ETKİ DEĞERLENDİRME RAPORU ALINMADAN İHALEYE ÇIKMA YASAĞI

KİK'in 5. maddesine göre, Çevresel Etki Değerlendirme Raporunun alınması gereken işler için ihaleye çıkılması, bu raporun alınmasına bağlıdır¹²². Aynı yönde bir düzenleme, 2872 sayılı Çevre Kanununun 10. maddesinde ve Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin 6. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğine tabi projeler, “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” veya “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir” kararı alınmadan ihale edilemez.

Kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere, mevzuat gereğince Çevresel Etki Değerlendirme raporu alınması gereken işlerde, rapor alınmadan önce ihale açılması yasağıyla işleme alınmayacak ve gereksiz harcamalara neden olacak yatırımlara girilmemesi amaçlanmaktadır. Çevresel Etki Değerlendirme Raporu, ihale konusu işin çevre üzerinde ortaya çıkaracağı olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenip değerlendirilmesi ve işin olumsuz etkilerinin önlenmesi için işletilen çevresel etki değerlendirme süreci neticesinde hazırlanmaktadır¹²³. Danıştay içtihadına göre, Çevresel Etki Değerlendirme Raporu alınması gereken bir işlerde, projeye izin veya onay verilmemesi ve inşaatın yapılması veya işin ihale edilmesi için raporun beklenmesi gerekmektedir¹²⁴.

¹²² ÇAĞLAYAN, s. 596; ATAY, s. 563; ÖZDEMİR, s. 247.

¹²³ GÜNDAY, s. 203; Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin 4. maddesine göre “Çevresel etki değerlendirme (ÇED): Gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları” ifade etmektedir. D10D, 25.01.2010, E. 2004/9540, K. 2006/60, <http://www.hukukturk.com> (e.t. 07.12.2017).

¹²⁴ D14D, 04.10.2011, E. 2011/12413, K. 2011/1052, <http://www.hukukturk.com> (e.t. 07.12.2017).

SONUÇ

Kamu ihale hukukuna hâkim olan temel ilkeler arasında saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılması ilkesi ve ihale sürecinin hukuka uygunluğunu sağlamak üzere öngörülen yasaklar bulunmaktadır.

İlkeler çoğu zaman iç içe geçmiş vaziyettedir. Örneğin eşit muamele ilkesinin ihlâli aynı zamanda rekabet ve saydamlık ilkelerine de aykırılık oluşturabilmektedir. Yine gizlilik ilkesinin de eşit muamele ve rekabet ilkesiyle ilgili olduğu rahatlıkla söylenebilir.

İhale sürecine hakim olan saydamlık ve rekabet ilkeleri, ihalelerin mevzuatta öngörülen şekilde ilan edilmesi ve ihaleye mümkün olduğunca çok sayıda isteklinin katılmasının sağlanması açısından önem taşımaktadır. Kamu ihalelerinde ilan sürecinin hukuka uygunluğu, ihaleye hakim olan kamuoyu denetimi ilkesiyle de ilişkilidir.

İhale sürecine hakim olan en önemli ilkelerden biri gizlilik ilkesidir. İdarenin ve ihale yetkililerinin yaklaşık maliyeti gizli tutması gerekmektedir. Yaklaşık maliyetin, isteklilerle paylaşılması güvenilirlik ilkesine ve rekabet ilkesine aykırıdır. Bu nedenle, yaklaşık maliyeti ifşa edenler hakkında mevzuatta düzenlenen yaptırımların uygulanması gerekir.

İdare tarafından belirlenen yaklaşık maliyetin eşik değerinin altında kalmak amacıyla işin kısımlara bölünmesi, ihalenin ilanına ilişkin prosedürü ve ihale usulünü etkilemektedir. Kamu zararının ortaya çıkmaması için idarenin kanunu dolaşarak eşik değerinin altında kalmak amacıyla ihaleyi parçalara bölmemesi, aksi halde ortaya çıkan zararın sorumlulara ödettilmesi büyük önem arz etmektedir.

Aralarında doğal bir bağlantı bulunmayan mal veya hizmet alımları ve yapım işleri için ayrı ayrı ihale yapılması gerekmektedir. İhale sürecine hakim olan bu ilkenin amacı, ihale konusuna göre uygulanacak mevzuat hükümlerinin farklılık göstermesidir. İhale sürecinin hukuka uygunluğunu sağlamak üzere idare, ihale sürecinde bu ilkeyi dikkate almalıdır.

Kamu ihalelerinde uygulanan ihale usulü, ihale sürecine hakim olan temel ilkelerin gerçekleşmesinde rol oynamaktadır. Bu nedenle idare, esas ihale usullerini uygulamalı ve 4734 sayılı Kanunda belirtilen haller gerçekleşmedikçe doğrudan temin ve pazarlık usulünü kullanmamalıdır. İş deneyimi, mesleki, ekonomik ve mali yeterlik gerektiren işlerde belli istekliler

arasında ihale usulünün kullanılmasında kamu yararının gerçekleşmesi ve kamu ihalelerinde etkinliğin sağlanması açısından isabet bulunmaktadır.

Kamu ihale hukuku, idarenin ihtiyaçlarının en uygun zamanda ve kaynakların en verimli şekilde kullanılmasını sağlamak üzere düzenlenen ihalelerde hukuka uygunluğu hedeflemektedir. Kamu ihalelerinin hukuka uygunluğu, ekonomik kamu düzeninin korunmasına hizmet etmektedir. Bu nedenle, kamu ihalelerinde hukuka uygunluğun sağlanmasına ilişkin hukuki düzenlemelerin zamanında ve tam olarak yapılması ve denetim mekanizmalarının etkin olarak işletilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- ABACIOĞLU** Muhittin/**ABACIOĞLU** Ali, *Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, 9. Baskı, Ankara 2013.
- AKDOĞAN** Abdurrahman, *Kamu Maliyesi*, 16. Baskı, Ankara 2014.
- AKDOĞAN** Muzaffer, “Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 72, S. 2, 2014, s. 683- 702.
- AKINCI** Müslüm, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, *Rekabet Dergisi*, S.5, 2001, s. 2-16.
- AKSOY** Şerafettin, *Kamu Maliyesi*, 2. Baskı, İstanbul 1994.
- AKYILMAZ** Bahtiyar/**SEZGİNER** Murat/**KAYA** Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2017.
- ALTUN** Muhsin, *Yeni Kamu İhale Düzeni Uygulama Esaslarının Açıklanması*, Ankara 2004.
- ALYANAK** Servet, *Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009.
- ATAY** Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2014.
- BİLİCİ** Nurettin/**BİLİCİ** Adem, *Kamu Maliyesi*, 7. Baskı, Ankara 2016.
- BOZ** Selman Sacit, “Elektronik İhale”, *Kamu Hukuku Arşivi*, C. 13, S. 1, 2013, s. 9- 26.
- BULUTOĞLU** Kenan/**KURTULUŞ** Erciş, *Bütçe ve Kamu Harcamaları*, İstanbul 1988.
- ÇAĞLAYAN** Ramazan, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2016.
- DEMİR** Metin, “Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik”, *1. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu*, Mayıs 2004, s. 190-195, <http://www.ihale.gov.tr/>; e.t. 28.12.2017.
- EMEK** Uğur, “Kamu İhalelerinde Etkinlik Arayışında Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İşlevi”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, 2002, s. 310-365.
- GİRİTLİ** İsmet/**BİLGİN** Pertev/**AKGÜNER** Tayfun/**BERK** Kahraman, *İdare Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2015.
- GÖK** Yaşar, “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, *Dış Denetim Dergisi*, S. 2, 2010, s. 12-23.

- GÖZLER** Kemal, *İdare Hukuku*, C. 2, 2. Baskı, Bursa 2009.
- GÜNAL** Canan, *İdarenin Mal ve Hizmet Edinme Usullerinden Biri Olarak Kamu İhaleleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.
- GÜNDAY** Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2011.
- İNAN** Atilla, *İhale Hukuku Ders Notları*, Ankara 2011.
- İSBİR** Begüm, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Ankara 2011.
- NADAROĞLU** Halil, *Kamu Maliyesi Teorisi*, 11. Baskı, Kırklareli 2000.
- ODYAKMAZ** Zehra,/**KAYMAK** Ümit/**ERCAN** İsmail, *İdare Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul 2015.
- ONAR** Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. 3, 3. Baskı, İstanbul 1966.
- ÖZAY** İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul 1996.
- ÖZDEMİR** Eyüp, “Kamu İhale Kanunu’na Göre İhale Usulü”, *İdare Hukuku*, C. 2, **YILDIRIM** Turan/**YASİN** Melikşah/**ÜSTÜN** Gül/**OKAY** Özge, İstanbul 2010.
- PEHLİVAN** Osman, *Kamu Maliyesi*, Trabzon 2017.
- SANCAKDAR** Oğuz/**US** Eser/**KASAPOĞLU** **TURHAN** Mine/**ÖNÜT** Lale Burcu/**SEYHAN** Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 6. Baskı, Ankara 2017.
- SEZER** Yasin, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 35, S. 4, 2002, s. 57-82.
- SIGMA**, “AB’de Kamu Alımları: Yasal Çerçeve, Temel Kavramlar ve Kurumlar”, <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Brief-1-2016-Turkish.pdf>
- TAN** Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku*, Ankara 1984.
- TAŞDELEN** Aziz, *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, Ankara 2004. (*Kamu İhale*)
- TAŞDELEN** Aziz, “Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 1, 2006, s. 293-320.
- TETİK** Kübra, *Kamu İhale İşlemlerinde İdarenin Takdir Yetkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2012.
- ULUATAM** Özhan, *Kamu Maliyesi*, 5. Baskı, Ankara 1997.

- ÜSTÜN** Ümit Süleyman, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Ankara 2007.
- ÜSTÜN** Ümit Süleyman, “Kamu Harcamalarında Verimlilik ve Etkinlik”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 10, Haziran 2005, s. 106-116.
- YALAZAY** Sait, *Eşitlik İlkesi Çerçevesinde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerde Tekliflerin Hazırlanması, Sunulması ve Değerlendirilmesi Usulü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- YILDIRIM GÜVEN** Ülfer, *Avrupa Birliği Kamu İhale Politikası ve Türk İhale Sisteminin Avrupa Birliği Sistemine Uyumu, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu*, Ankara 2007.
(<https://www.bumko.gov.tr/Eklenti/5488,ulferyildirimguvenpdf.pdf>; e.t. 16.02.2018)

İNTERNET KAYNAKLARI

- <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170121-19.htm>
- <http://www.kamuihalekurulu.com/kamuihalekanunu-gerekcesi.html>
- <http://www.hukukturk.com/>
- <https://ekap.kik.gov.tr/>
- <http://www.kazanci.com/>
- <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>
- [http://www2.ihale.gov.tr/duyurular2012/31_Mart_2004_tarihli_ve_200418
AT_sayili_AVRUPA_PARLAMENTOSU_VE_KONSEY_DIREKTIFI.pdf](http://www2.ihale.gov.tr/duyurular2012/31_Mart_2004_tarihli_ve_200418_AT_sayili_AVRUPA_PARLAMENTOSU_VE_KONSEY_DIREKTIFI.pdf)
- <https://www.ab.gov.tr/70.html>

**İDARE VE VERGİ MAHKEMELERİ ARASINDA ÇIKAN GÖREV
UYUŞMAZLIKLARI VE ÇÖZÜMÜNDE ESAS ALINAN
ÖLÇÜTLER***

Dr. Yunus ERASLAN**

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN***

**THE DUTY DISPUTES BETWEEN THE ADMINISTRATIVE
AND TAX COURTS AND THE CRITERIAS FOR THE SOLUTION**

ÖZ

Türk idarî yargı sisteminde idare ve vergi mahkemeleri ilk derece mahkemeleridir. Danıştay ise, kanunda belirtilen bazı davalarda ilk derece mahkemesi olarak da görev yapmaktadır. İdarî yargıda genel görevli

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22.07.2018

Kabul Edildiği Tarih: 07.09.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.446687](https://doi.org/10.15337/suhfd.446687)

** Konya Bölge İdare Mahkemesi Üyesi

E-mail Adresi: ab97707@adalet.gov.tr

ORCID ID: [0000-0001-2345-6789](https://orcid.org/0000-0001-2345-6789)

*** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malî Hukuk Anabilim Dalı

E-mail Adresi: sustun@selcuk.edu.tr

ORCID ID: [0000-0003-0710-3312](https://orcid.org/0000-0003-0710-3312)

mahkeme idare mahkemeleridir. Vergi mahkemeleri genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları çözmeye yetkilidir. Benzeri mali yükümler ifadesinin net bir tanımı yapılmamış olması nedeniyle, idare ve vergi mahkemeleri arasında çok sayıda görev uyuşmazlığı çıkmaktadır. İdare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlığı bölge idare mahkemeleri ve Danıştay tarafından çözümlenmektedir. İdare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlığının hangi konularda çıktığının belirlenmesi ve görev uyuşmazlıklarının çözümünde esas alınan bir ölçütün bulup bulunmadığının tespiti önem arz etmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: *Görev Uyuşmazlığı, İdare Mahkemesi, Vergi Mahkemesi, Danıştay, Bölge İdare Mahkemesi.*

ABSTRACT

Administrative and tax courts in the Turkish administrative jurisdiction are first instance courts. On the other hand, the Council of State is also acting as a first-instance court in some cases. General administrative court is administrative courts in administrative jurisdiction. The tax courts are authorized to resolve cases related to taxes, duties and charges and similar financial obligations, fees and penalties and tariffs of the general budget, special provincial administrations, municipalities and villages. Since there is no clear definition of similar financial obligations, a number of disputes arise between the administration and tax courts. The duty dispute between the administrative and tax courts is resolved by the district administrative courts and the Council of State. It is important to determine the outcome of the dispute between the administration and the tax courts and to determine whether there is a measure based on the solution of the disputes.

KEY WORDS: *The Duty Dispute, Administrative Court, Tax Court, The Council Of State, District Administrative Court.*

GİRİŞ

Türk idarî yargısında ilk derece mahkemeleri idare ve vergi mahkemeleridir. Danıştay ise, kanunda belirtilen bazı davalarda ilk derece mahkemesi olarak da görev yapmaktadır. İdarî yargıda genel görevli mahkeme idare mahkemeleridir. Bu itibarla vergi mahkemelerinin veya Danıştay'ın görevine girmeyen davalar idare mahkemelerince çözümlenmektedir.

Vergi mahkemeleri özel yetkili mahkemedir. Vergi mahkemeleri genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları çözmeye yetkilidir. Anayasa ve kanunlarda “benzeri mali yükümler” ifadesinin tanımı yapılmamıştır. İdarî yargıda açılan davalarda, uyuşmazlık konusunun “benzeri malî yükümler” kapsamında olup olmadığı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu nedenle, idare ve vergi mahkemeleri arasında çok sayıda görev uyuşmazlığı çıkmaktadır.

İdare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlığında görevsizlik kararını veren mahkemeler aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde ise, uyuşmazlık bölge idare mahkemesince; aksi halde Danıştayca çözümlenir.

Türk idarî yargısında yedi bölge idare mahkemesi görev yapmaktadır. İdare ve vergi mahkemesi arasında benzer konularda çıkan görev uyuşmazlıklarında, gerek bölge idare mahkemelerince gerekse de Danıştayca farklı kararlar verilebilmektedir. İdare ve vergi mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığı konularının çözümünde, bir ölçüte ihtiyaç olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

I. İlk Derece Mahkemeleri Olan İdare ve Vergi Mahkemeleri Arasında Çıkan Görev Uyuşmazlığı

20.01.1982 tarihinden evvel idarî yargıda uyuşmazlıkları çözmeye yetkili mahkeme olarak Danıştay görev yapıyordu. Bu dönemde idarî yargı mercileri arasında görev ve yetki uyuşmazlığı çıkması hukuken mümkün değildi. 06.01.1982 tarihinde 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu kabul edilmiş ve bu kanunlar 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Adalet Bakanlığının 14.07.1982 tarih ve 17758 sayılı Resmi Gazetede duyurusu ile idare, vergi ve bölge idare mahkemeleri faaliyete geçirilmiştir. Faaliyete geçen bu mahkemeler 20.07.1982 tarihinden itibaren dava kabul etmeye başlamıştır¹. Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin, ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaya başlamasıyla, idari yargıda görev uyuşmazlıkları da çıkmaya başlamıştır.

¹ YILDIRIM Ramazan “Türk İdari Yargısında Görev ve Yetki”, **Amme İdaresi Dergisi**, 1996, Cilt 29, S. 3, s. 89.

Türk idari yargı sisteminde ilk derece mahkemeleri idare ve vergi mahkemeleridir. İstinaf merci bölge idare mahkemesi ve temyiz merci ise Danıştay'dır. Danıştay, kanunda öngörülen bazı davalarda ilk derece mahkemesi olarak da görev yapmaktadır.

A. İdare Mahkemelerinin Görevleri

İdare Mahkemelerinin hangi konularda uyuşmazlık çözmeye görevli ve yetkili olduğu hususu 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunu 5. maddesine göre idare mahkemeleri, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derecede Danıştay'da çözümlenecek olanlar dışındaki:

a) İptal davalarını, b) Tam yargı davalarını, c) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardan hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idarî sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları, d) Diğer kanunlarla verilen işleri çözümler.

Bu itibarla idarî yargıda görülen bir davada, idare mahkemesinin görevli olması için, öncelikle uyuşmazlığın vergi mahkemesinin veya Danıştay'ın görevine girmemesi gerekmektedir².

² Danıştay 2575 sayılı Kanunda yazılı idari davaları ilk ve son derece mahkemesi olarak karara bağlar. Buna göre: 1. İlk derece mahkemesi olarak Danıştay

a) Bakanlar Kurulu kararlarına,

b) Başbakanlık, bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının müsteşarlarıyla ilgili müşterek kararnamelere,

c) Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere,

d) Danıştay İdari Dairesince veya İdari İşler Kurulunca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere,

e) Birden çok idare veya vergi mahkemesinin yetki alanına giren işlere,

f) Danıştay Yüksek Disiplin Kurulu kararları ile bu Kurulun görev alanı ile ilgili Danıştay Başkanlığı işlemlerine karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.

2. Danıştay, belediyeler ile il özel idarelerinin seçimle gelen organlarının organlık sıfatlarını kaybetmeleri hakkındaki istemleri inceler ve karara bağlar(DK m.24).

B. Vergi Mahkemelerinin Görevleri

Vergi mahkemelerinin hangi uyuşmazlıkları çözmeye görevli olduğu 2576 sayılı Kanunun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kanun hükmüne göre “vergi mahkemeleri; a) Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları, b)(a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları, c)Diğer kanunlarla verilen işleri çözümler” (2576 SK m. 6).

İlk derece mahkemesi olarak vergi mahkemesi özel yetkili idarî yargı merciidir. Vergi mahkemesinin çözmeye görevli olduğu uyuşmazlık konuları Danıştay’da olduğu gibi tek tek sayılmamış ise de, kanun koyucu tarafından sınırları çizilmiştir.

C. İdare ve Vergi Mahkemeleri Arasında Çıkan Görev Uyuşmazlığı

Genel manasıyla görev, bir yargı merciinin, uyuşmazlığın konusu açısından yetkili olması durumunu ifade eder³. Aynı yargı kolu bakımından görev ise, davaya ilk derece mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağı anlamında kullanılır⁴. İdarî yargı açısından görev meselesi, idarî davaların konusu bakımından idarî yargıdaki mahkemeler arasında dağılımı ile ilgilidir⁵.

Aynı yargı düzeni veya aynı yargı düzeni içinde bulunan yargı mercileri birbirlerinin görev alanına giren işlerde her birinin kendisini görevli görmesine ya da biri diğerini karşılıklı olarak görevli görerek kendisinin görevsiz olduğuna karar vermesine, görev uyuşmazlığı denilmektedir⁶. Bu itibarla, görev uyuşmazlığı olumlu ve olumsuz görev uyuşmazlığı⁷ olarak ortaya çıkabilmektedir.

³ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetsel Yargı**, Turhan Kitabevi, 35. Baskı, Ankara 2016, s. 68, ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 176.

⁴ KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Sayram Yayınları, 10. Baskı, Nisan 2016, s. 244.

⁵ GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, CII, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 838.

⁶ GÖZÜBÜYÜK, Yönetsel Yargı, s. 69; Ayrıca bkz. DİLŞAT Yılmaz “İdari Yargıda Görev İş Dağılımı Paradoksu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 4, s. 263-267.

⁷ Olumsuz görev uyuşmazlığı hakkında geniş bilgi için bkz. AVCI Mustafa “Türkiye’de Olumsuz Görev Uyuşmazlığı’nın Çözümü”, **Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016, s.175-201; HONDU Selçuk, “Danıştay,

İdarî yargıda ilk derece mahkemeleri olan idare ve/veya vergi arasında görev uyuşmazlığı çıkabilmektedir. Üst derece yargı yerleri arasında da görev uyuşmazlıkları çıkabilmektedir. Danıştay Dava Daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlıkları, üst derece yargı yerleri arasında çıkabilecek görev uyuşmazlıkları, Danıştay ile Bölge idare mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıkları ile bölge idare mahkemelerinin daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlıklarıdır. Çalışmamızda sadece idarî yargı mercileri olan ilk derece idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıkları konusu ele alınacaktır.

İdarî yargının görevli olduğu bir idarî davada mahkeme kendisinin görevli olmadığı sonucuna ulaşırsa davayı görev yönünden reddeder ve dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesine karar verir (2577 SK. m.15/1-a). Bu kararlara karşı istinaf veya temyiz yoluna başvurulamaz (m.15/4). Dosyanın gönderildiği mahkeme de kendisini görevli görmez ise olumsuz görev uyuşmazlığı çıkmış olur.

Olumsuz görev uyuşmazlıklarının nasıl ve hangi makam tarafından çözümleneceği 2577 sayılı Kanununun 43. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, görevsizlik veya yetkisizlik sebebiyle dosyanın gönderildiği mahkeme kendisini görevsiz veya yetkisiz gördüğü takdirde, söz konusu mahkeme ile ilk görevsizlik veya yetkisizlik kararını veren mahkeme aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde ise, uyuşmazlık bölge idare mahkemesince; aksi halde Danıştayca çözümlenir (m. 43/1-b). Aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemesi arasında çıkan olumsuz görev uyuşmazlığının Danıştayca çözümleneceği açık ise de, bu uyuşmazlığı çözmekle görevli Danıştay organının hangisi olduğu hususu 2577 sayılı Kanunda yer almamıştır. 2575 sayılı Danıştay Kanununun 8. maddesine göre, ayrı yargı çevrelerinde bulunan idare ve vergi mahkemeleri arasında görev ve yetkiye ilişkin uyuşmazlıklarda ve bağlantılı davalarda merci tayinini yapmak görevi Danıştay Başkanlar Kuruluna verilmiştir.

Görev ve yetki uyuşmazlıklarında Danıştay ve bölge idare mahkemesince verilen kararlar ilgili mahkemelere bildirilir ve bu husus taraflara tebliğ olunur (m. 43/2).

İdare Mahkemesi ve Vergi Mahkemesi Arasında Çıkan Görev Uyuşmazlıkları” **Adalet Dergisi**, (Mart-Nisan 1986), S. 2, s. 107.

Danıştay veya bölge idare mahkemesince görev uyuşmazlıklarına ilişkin olarak verilen kararlar, davanın tarafları arasındaki uyuşmazlığı esastan çözen bir karar değildir⁸.

Bölge idare mahkemelerinin olumsuz görev uyuşmazlığını çözme durumuna da şu şekilde değinilebilir:

6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra bölge idare mahkemeleri, başkanlık, başkanlar kurulu, daireler, bölge idare mahkemesi adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşmaktadır (m.3/1). Bölge idare mahkemeleri 6545 sayılı Kanun değişikliğiyle kurul sisteminden daire sistemine geçmiştir⁹. Bölge idare mahkemesinin en önemli görevi istinaf başvurularını¹⁰ inceleyip karara bağlamaktır. Bu haliyle bölge idare mahkemesi ihtisaslaşmış ve kısmen içtihat oluşturabilecek bir yapıya kavuşmuştur. 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra bölge idare mahkemesinin yapısının Danıştay'a benzediği söylenebilir.

2576 sayılı Kanunun 3/A maddesinde, “*yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev ve yetki uyuşmazlıklarını kesin karara bağlamak*”, bölge idare mahkemesinin görevleri arasında sayılmıştır. Kanunun 3/C-4-a maddesinde ise, bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun, “*Daireler arasında çıkan iş bölümü uyuşmazlıklarını karara bağlamak*”la görevli olduğu düzenlenmiştir.

Bölge idare mahkemeleri başkanlar kurulunca, dairelerin hangi davalarda istinaf incelemesi yapacağı konusunda karar almış ve aynı zamanda görev uyuşmazlıklarının da hangi daire tarafından çözümleneceği konusunda karar almışlardır. Bölge idare mahkemelerinde yargı çevresinde bulunan idare

⁸ ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdari Yargıda Kanun Yolları*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 144.

⁹ 6545 sayılı Kanunla idari yargılama usulünde getirilen değişiklikler hakkında geniş bilgi için bkz. BİLGİN Hüseyin “Beşinci Yargı Paketiyle İdari Yargıdaki Son Değişiklikler Hakkında Bir İnceleme”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C I, S. 2, s. 121-148. , AVCI Mustafa “6545 ve 6552 sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarda Değişikler Üzerine Bir İnceleme”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 13, S.152, s. 35-106.

¹⁰ İdari yargıda istinaf konusunda geniş bilgi için bkz. BİLGİN Hüseyin, *99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016; HASBUTÇU Sebahattin Taha, *İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016; AVCI Mustafa “İdari Yargıda İstinaf”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 96, s. 179-204; KESKİN Züleyha “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 126, s. 235-262.

ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıklarını çözmek görevinin 2576 sayılı Kanunla, Bölge idare mahkemesindeki bir daireye verilmesi, uyuşmazlığın niteliğine uygun düşmemiştir. Merci tayini özelliği taşıyan bu uyuşmazlığın çözümünde, sadece idari daireyi veya sadece vergi dairesini yetkili kılmak hukuka uygun bir sonucun elde edilmesi açısından amaca hizmet etmeyecektir. Bölge idare mahkemesince, idare ve vergi mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığının idari dava dairesi tarafından çözülmeye çalışılması, uyuşmazlığın özel yetkili vergi mahkemesinin görevine girip girmediği konusunda tartışma ortamı sağlamaktan uzak olacaktır. İdare ve vergi mahkemesi arasında çıkan olumsuz görev uyuşmazlıklarının, hem idari davalarda uzman yargı mensuplarından hem de vergi davalarında uzmanlaşmış yargı mensuplarından oluşan bir kurul olan Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu tarafından çözümlenmesi uyuşmazlığın niteliğine daha uygun düşecektir¹¹.

İdari yargıda olumlu görev uyuşmazlığı çıkması da hukuken mümkündür. Tarafları konusu ve sebebi aynı olan davalar, farklı mahkemelerde açılmışsa ve her iki mahkemenin kendisini görevli görmesi durumunda olumlu görev uyuşmazlığından bahsedilir. 2577 sayılı Kanunda olumsuz görev uyuşmazlığı ve çözüm mercileri düzenlenmiş iken ilk derece mahkemeleri arasında çıkan bu tür olumlu görev uyuşmazlığı konusunda Kanunda boşluk bulunmaktadır. İlk derece mahkemeleri arasında olumlu görev uyuşmazlığı çıkması hukuken mümkün olduğundan çözüm merciinin de kanunda gösterilmesi gerekir¹².

II. İdare ve Vergi Mahkemeleri Arasında Çıkan Görev Uyuşmazlığı Konuları

İdare ve vergi mahkemeleri arasında görev uyuşmazlıkları çeşitli konularda çıkabilmektedir. Görev uyuşmazlıkları belirli konularla sınırlı değildir. Yargı kararları ışığında idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıkları, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun (AATUHK) kapsamında tesis edilen işlemlere ilişkin olarak çıkabilmektedir. AATUHK kapsamında tesis edilen işlemler idare mahkemesinin görev alanına girebileceği gibi, vergi mahkemesinin görev alanına da girebilir.

¹¹ ERASLAN Yunus/BİLGİN Hüseyin, "İdari Yargıda Görev Uyuşmazlığı", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2017, S. 8, s. 174.

¹² ERASLAN/BİLGİN, s. 167.

AATUHK kapsamında tesis edilen işlem genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin ise uyuşmazlık vergi mahkemesinin görev alanına girmektedir. Bu konular dışında ise ve diğer kanunlarda özel olarak vergi mahkemesinin görev alanında konulara ilişkin AATUHK kapsamındaki tahsil işlemleri idare mahkemesinin görev alanına girmektedir.

İdare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan diğer görev uyuşmazlığı konuları, çalışma ruhsatı vize ücreti, otopark harcı, hesap ücreti, tadilat ve iskan ücreti, iş sonu tazminatından yapılan kesintiler, işgal bedeli, terminal çıkışı ücreti, TRT bondrol ücreti, takip masrafı, usulsüzlük cezası, devlet hakkı, toplu konut fonu ve cezası, gelir vergisi indiriminden yararlandırılması istemi, yol tahrip bedeli, yurtdışı çıkış yasağı, ihbar ikramiyesi, hal rüsumu, haciz uygulamasından kaynaklı tam yargı davası, esenlik kurum hasılatı, altyapı bilgilendirme ücreti, teknik alt yapı bedeliyle ilgili olabilmektedir.

İdare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlığı konuları, yargı kararlarına yansidikça tespit edilebilmektedir. Çalışmamızda yargı kararlarına yansımış idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlığı konuları irdelenecek, bu uyuşmazlıkların çözümünde esas alınan kıstaslar belirlenecek, uyuşmazlığının çözümünde görevli merciinin değişmesi gerekip gerekmediğine ilişkin öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

İdare ve vergi mahkemesi arasında aynı konuda çıkan görev uyuşmazlıklarında bölge idare mahkemelerince birbirinden farklı kararlar verilebilmektedir. Bu sebeple idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıkları; görev uyuşmazlığını çözmeye yetkili merci tarafından (yargı kararıyla) **a)** çözümü idare mahkemesine bırakılan görev uyuşmazlığı, **b)** çözümü vergi mahkemesine bırakılan görev uyuşmazlığı, **c)** çözümü hem idare mahkemesine hem de vergi mahkemesine bırakılan görev uyuşmazlığı başlıkları altında incelenebilir.

A. Çözümü İdare Mahkemesine Bırakılan Görev Uyuşmazlıkları

İdare ve vergi mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığı konularını sınırlandırmak hukuken mümkün değildir. Bu sebeple idare ve vergi mahkemeleri arasında görev uyuşmazlığı çeşitli konularda çıkabilmektedir.

Diyarbakır İdare Mahkemesi ile Diyarbakır Vergi Mahkemesi arasında ödeme emrine ilişkin olarak çıkan bir görev uyuşmazlığında, bölge idare mahkemesince yapılan ara karara verilen cevap dilekçesi kapsamında olayın

incelenmesinden; dava konusu edilen amme alacağı'nın 'doğrudan gelir desteği ödemesi'nden kaynaklandığı, bu nedenle uyuşmazlığın; vergi, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları ve bu konularda AATUHK'un uygulanmasına ilişkin davalar kapsamında olmadığı ve uyuşmazlığın çözümünün 2576 sayılı Yasanın 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca genel görevli mahkeme olan idare mahkemesinin görevine girdiği sonucuna varılmıştır¹³.

Ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada Malatya Vergi Mahkemesi ile Elazığ 1. İdare Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; dava konusu ödeme emri içeriğinin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 450. maddesi ile yürürlükten kaldırılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 442. maddesi uyarınca verilen adli para cezasına ilişkin olduğu; adlî para cezasının vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük niteliğinde olmadığı anlaşıldığından, uyuşmazlığın çözümü idare mahkemesinin görevine girdiğine karar verilmiştir¹⁴.

Serbest dolaşıma giriş beyannamesiyle ithal edilen aracın trafik kaydına Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının talimatıyla konulan "satılamaz" serhi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zarara karşılık tazminat ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, Kocaeli 2. İdare Mahkemesi ile Kocaeli 1. Vergi Mahkemesi arasında ortaya çıkan görev uyuşmazlığında; davacı tarafından 2014 yılında satın alınan araç hakkında, İthalat Rejimi Kararının 7. maddesine aykırı olarak izin alınmaksızın ithal edildiğinden bahisle 5607 sayılı Kanunun 9/1. maddesinin yollamasıyla 5271 sayılı Kanunun 127/1. maddesi uyarınca yapılan ceza soruşturma sırasında trafik kaydına satılamaz serhi konması üzerine, aracın eksik ve yanlış belgeye ithalinin yapılmasında gerekli dikkat ve özeni göstermeyen Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile bu aracın tescil işlemlerini yapan İçişleri Bakanlığının olayda hizmet kurusu bulunduğundan bahisle araç bedelinin tazmini istemiyle açılan tam bir yargı davası olduğu, bu niteliğiyle davacının davasını hizmet kusuru esaslarına göre açmış olması

¹³ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD 24/10/2017, E. 2017/1384, K. 2017/1567 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

¹⁴ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD 10/10/2017, E. 2017/3191, K. 2017/1698 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

karşısında, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde görevli mahkemenin idare mahkemesi olduğu sonucuna varılmıştır¹⁵.

Yurtiçinde yerleşik müşterilere yapılan hizmet teslimlerine ilişkin kesilen faturalar üzerinden hesaplanan 73.003,11 TL tutarındaki hesap ücreti kesinti işlemine yapılan itirazın reddine ilişkin Ekonomi Bakanlığı Tübitak-MAM Teknoloji Serbest Bölge Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılan davada; Kocaeli 2. İdare Mahkemesi ile Kocaeli 2. Vergi Mahkemesi arasında ortaya çıkan görev uyuşmazlığında, dava konusu hesap ücretinin, davalı idarece 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu ile Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği uyarınca davacı firmanın yurt içine yaptığı teslim ve hizmet bedellerinden %0,9 oranında alınmasına yönelik işlem olduğu, dava konusu işleme ilişkin ihtilafın çözümünde, dayanağı özel kanunda vergi mahkemelerinin görevli olduğu yolunda açık bir hükmün de bulunmaması ve benzer uyuşmazlıkların Danıştay 10. Dairesince karara bağlanması karşısında, idare mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir¹⁶.

Ticarî tanımlı cep telefonu eşyanın ithalatında beyan edilen kıymetin, eşyanın gerçek kıymetinden düşük olduğundan bahisle ek özel tüketim vergisi ve ek katma değer vergisinin yanı sıra matrahının artması sonucu tahakkuk ettirilen ek TRT bandrol ücretinin iptali ile ödenmiş tutarın tazmini istemiyle açılan davada İstanbul 6. İdare Mahkemesi ile İstanbul 9. İdare Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; ithale konu eşyanın 3093 sayılı Kanun gereğince bandrol ücretine tabi olduğu, uyuşmazlığın vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümler ile bunların zam ve cezaları ile tarifelerinden ve eşyanın beyan edildiği GTİP'den kaynaklanmadığı, matrahının artması nedeniyle ayrıca ek vergi tahakkuku işlemlerinin tesis edilmiş olması ve bu işlemlerin yargısal denetiminde vergi yargısının görevli olmasının TRT bandrol ücretinin hukuki niteliğini ve bu ücretin belirlenmesi işlemine karşı açılan davada görevli idarî

¹⁵ Kapanan Sakarya Bölge İdare Mahkemesi 22/06/2016, E. 2016/20131, K. 2016/1492 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018); Aynı yönde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. DD 04/07/2017, E. 2017/1581, K. 2017/1813 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018); Danıştay Başkanları Kurulunun 31.03.2017, E. 2017/1,K. 2017/70 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

¹⁶ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD 14/02/2017, E. 2017/238, K. 2017/217 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

mahkemeyi değiştirmeyeceğinden, davanın görüm ve çözümünde idare mahkemelerinin görevli ve yetkili olduğuna karar verilmiştir¹⁷.

Altyapı bilgilendirme ücretinin iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptaline istemiyle açılan davada; Antalya 4. İdare Mahkemesi ile Antalya 2. Vergi Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; altyapı bilgilendirme belgesinin tarafına verilmesi talebine karşılık davalı idarenin belirlemiş olduğu tarifeye göre aldığı bir ücret olduğu, vergi, resim ve harçlar ile benzeri bir malî yüküm ve bunların zam ve cezalarına ait olmadığı, bu nedenle, vergi mahkemelerince çözüme kavuşturulamayacağı anlaşıldığından, davanın görüm ve çözümünde idare mahkemelerinin görevli olduğu yönünde karar verilmiştir¹⁸.

Bursa 1. İdare Mahkemesi ile Bursa Vergi Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında, uyuşmazlığın esasını oluşturan “Esenlik Kurumları Hasılatı” adı altında davacı adına tahakkuk ettirilen amme alacağının, Zeytinbağı Belediye Başkanlığı ile Öz Zeytinbağı Küçük Otobüs Minibüs ve Kamyonetçiler Taşıyıcılar Kooperatifi arasında imzalanan Protokolün 17. maddesine istinaden tahakkuk ettirildiği, anılan hükümle belirlenen Esenlik Kurumları Hasılatının 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97. maddesine istinaden alındığına ilişkin Protokolde herhangi bir hüküm olmadığı gibi, Belediye Meclisi tarafından aynı Kanunun 97. maddesi uyarınca Esenlik Kurumları Hasılatı adı altında ücret belirlendiğine ilişkin herhangi bir kararın da alınmadığı görülmüş olup, uyuşmazlığın çözümünde bu yönüyle idare mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir¹⁹.

3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca tahsil edilen “stabilize yol teknik altyapı katılım bedelinin” iadesi istemiyle davalı idareye yapılan başvurunun reddine ilişkin sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada Ankara 3. Vergi Mahkemesi ile Ankara 6. İdare Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 23. maddesine dayanılarak ruhsat verilmesi aşamasında "stabilize teknik alt yapı bedeline" ilişkin alacağın

¹⁷ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD 07/09/2017, E. 2017/1572, K. 2017/1471 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

¹⁸ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD 23/12/2016, E. 2016/476, K. 2016/241 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

¹⁹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD 17/01/2017, E. 2017/67, K. 2017/63 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

vergi, resim, harç ve benzeri malî yüküm niteliğinde olmadığı, uyuşmazlığın çözümü idare mahkemesinin görevine girdiğine karar verilmiştir²⁰.

B. Çözümü Vergi Mahkemeleri Üzerine Bırakılan Görev Uyuşmazlıkları

Burada, yetkili mercii tarafından uyuşmazlığın niteliği dikkate alınarak, uyuşmazlığın vergi mahkemesi tarafından çözümlenmesi gerektiğine karar verilmektedir. Bununla ilgi kararlar şu şekilde belirtilebilir:

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/C maddesi kapsamında çalışmakta iken emekliye ayrılan davacıya ödenen iş sonu tazminatından gelir vergisi kesilmesine ilişkin işleme yapılan itirazın reddine dair işlemin iptali ile iş sonu tazminatından kesilen gelir vergisinin kanunî faizi ile birlikte iadesi istemiyle açılan davada, İstanbul 2. Vergi Mahkemesi ile İstanbul 9. İdare Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; iş sonu tazminatının Gelir Vergisi Kanunu'nda sayılan gelir unsurları arasında kalıp kalmadığı, keza davacının bu verginin mükellefi olup olamayacağı yönlerinden incelenmesi gerekeceğinden, uyuşmazlığın Vergi Mahkemeleri'nin görevine girdiğine karar verilmiştir²¹.

Terminal çıkış ücretinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada, Kayseri Vergi Mahkemesi ile Kayseri 1. İdare Mahkemesi çıkan görev uyuşmazlığında; ödeme emrinin, 2464 sayılı Kanun kapsamında belediye meclisinin belirlediği tarife uyarınca davacıdan ödemesi talep edilen alacağın tahsiline ilişkin olduğu, 2576 sayılı Kanun'un 6. maddesinde vergi mahkemelerinin görevleri arasında sayılan, belediyeye ait tarifelere ilişkin davalar kapsamında olduğunun kabulü gerektiği, bu itibarla da 2009 yılına ilişkin genel tahakkuk adı altında terminal çıkış ücretinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün vergi mahkemesinin görev alanına girdiğine karar verilmiştir²².

Domates ticaretini hal kayıt sistemine bildirmediğinden bahisle 5957 sayılı Kanun uyarınca kesilen cezalı hal rüsümünün tahsili amacıyla

²⁰ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD 22/06/2017, E. 2017/932, K. 2017/916 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018); Aynı yönde İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD 07/02/2017, E. 2017/63, K. 2017/102 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

²¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD 14/12/2016, E. 2016/779, K. 2016/716 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

²² Kapanan Kayseri Bölge İdare Mahkemesi 05/05/2016, E. 2016/864, K. 2016/868 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada, Muğla Vergi Mahkemesi ile Muğla İdare Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; 5957 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca istenilen ve cezalı rüsumdan kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümü 2576 sayılı Yasa'nın 6. maddesi uyarınca Vergi Mahkemesinin görevine girdiğine karar verilmiştir²³.

Gelir Vergisi Kanununun 31. maddesinde öngörülen gelir vergisi indiriminden yararlanmak amacıyla yapılan başvurunun reddine ilişkin Gelir İdaresi Başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davada, Mersin 2. Vergi Mahkemesi ile Mersin 1. İdare Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; Gelir Vergisi Kanununda öngörülen oranda çalışma gücünü kaybetmediğinden bahisle ücretinin vergilendirilmesinde sakatlık indiriminden yararlandırılmaması hususundan kaynaklandığından, genel bütçeye ait vergi, resim ve harçlara ilişkin uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün vergi mahkemelerinin görevinde bulunduğuna karar verilmiştir²⁴.

Acıbadem Mahallesi'nde gerçekleştirilen projeler için idarece tahsil olunan ilan tadilat ücreti ile İBB iskan ücretinin iadesi talebiyle yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin işlem ile bu ücretleri belirleyen tarifenin iptali istemiyle açılan davada, İstanbul 7. Vergi Mahkemesi ile İstanbul 12. İdare Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; borcun kaynağının belediye gelirlerine dolayısıyla, vergi mahkemesinin görev alanına giren vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlere ilişkin olduğu, davacı tarafından dayanak tarifenin de iptali istendiğine göre, bu husus da göz önüne alındığında 2576 sayılı Kanuna göre idare mahkemelerinin görevine girmeyen dava konusu işleme ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözümünün Vergi Mahkemesinin görev alanına girdiğine karar verildiği görülmektedir²⁵.

Şereflikoçhisar İlçesinde bazı cadde ve sokaklarda ruhsat başvurusu yapmadan ruhsatsız kazı yapıldığından bahisle zemin tahrip ücreti tahakkuk ettirilmesi üzerine ihtirazî kayıtla yapılan ödemenin tahsili ile teminat mektubunun iadesi istemiyle açılan davada; Ankara 12. İdare Mahkemesi ile Ankara 3. Vergi Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; davanın

²³ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD 28/03/2017, E. 2017/362, K. 2017/386 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

²⁴ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD 31/01/2017, E. 2017/108, K. 2017/46 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

²⁵ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD 23/11/2016, E. 2016/670, K. 2016/617 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

çözümü, yol tahrip bedeline ilişkin alacağın, 486 sayılı Kanunda belediye rüsumu gibi tahsil olunacağına belirtilmiş olması nedeniyle, yol tahrip bedeline ilişkin alacağın davacı şirketten tahsiline ilişkin belediye encümen kararının iptaline ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözümü 2576 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca vergi mahkemesinin görevine girdiğine karar verilmiştir²⁶.

Diyarbakır Büyükşehir Belediyesinin yetki ve tasarrufu altındaki yerlerde bulunan bölge regülatörleri ile vana rögarları nedeniyle tahakkuk ettirilen işgal bedeline yapılan itirazın reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Diyarbakır Vergi Mahkemesi ile Diyarbakır 3. İdare Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; Belediye Gelirleri Kanunu'nun 52. maddesinde, belediye sınırları içinde bulunan 52. maddede sayılan yerlerden herhangi birinin satış yapmak maksadıyla veya sair maksatlarla ve yetkili mercilerden usulüne uygun izin alınarak geçici olarak işgal edilmesinin işgal harcına tabi olduğu belirtilerek, harca tabi yerler sayılmış, bu yerlerin izinsiz işgalinin mükellefiyeti kaldırmayacağı kurala bağlanmış, aynı bölümün 53., 54., 55. ve 56. maddelerinde de işgal harcının mükellefine, istisnalarına, matrahına ve tarifesine ilişkin hükümlere yer verilmiş olduğu, dava konusu işgal bedelinin 2464 sayılı Kanun uyarınca tahakkuk ettirildiği, 2464 sayılı Kanun'a göre Belediyeye ait bir "harç" (işgal harcı) olduğu anlaşılan işgal bedeli istenilmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünün, 2576 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca vergi mahkemelerinin görevinde bulunduğuna karar verilmiştir²⁷.

4458 sayılı Kanunun 241/4. maddesi uyarınca kesilen usulsüzlük cezasının iptali istemiyle açılan davada, İzmir 2. Vergi Mahkemesi ile İzmir 2. İdare Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında, uyuşmazlığa konu işleme dayanak oluşturan 241.madde, "Usulsüzlüklere İlişkin Cezalar" başlığıyla düzenlenen Gümrük Kanununun üçüncü bölümünde yer aldığı, vergi kanunlarında düzenlenen vergilendirmeye ilişkin ödevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen vergi kaybından dolayı kesilen cezaların yanında, vergi kanunlarının şekline ve usulüne uygun olmayan

²⁶ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. VDD 22/08/2017, E. 2017/1935, K. 2017/1860 sayılı yayımlanmamış karar, uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018); Aynı yönde İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD 17/07/2017, E. 2017/895, K. 2017/802 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

²⁷ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD 19/09/2017, E. 2017/10931, K. 2017/5639 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

eylemler nedeniyle usulsüzlük cezasının da verildiği kuşkusuz olup, her iki cezanın da vergi kanunlarının uygulanmasından kaynaklandığı dikkate alındığında, Gümrük Kanununda öngörülen şartın yerine getirilmemesi sebebiyle verilen para cezasına yönelik uyuşmazlığın çözümünün vergi mahkemesinin görev alanı içerisinde bulunduğuna karar verilmiştir²⁸.

Davacı adına düzenlenen ödeme emrinin takip masrafına ilişkin kısmının iptali istemiyle Adana Büyükşehir Belediye Başkanlığına karşı açılan davada, Adana 1. Vergi Mahkemesi ile Adana 2. İdare Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; asıl alacağa bağlı takip masrafının başlı başına bir alacak olmadığı, asıl alacağa bağlı olarak davalı idarece istenilen bu alacağın da içinde bulunduğu ödeme emirlerine karşı açılan davalarda görevli mahkemenin, asıl alacağı incelemekle görevli olan mahkeme olduğu anlaşıldığından işgal harcının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emri içerisinde yer alan takip masrafına ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözümünde vergi mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır²⁹.

Bir vergiye bağlı olarak hesaplanan fonlarla ilgili davaların; vergiye ilişkin uyuşmazlık sonucu ortaya çıkacak hukukî duruma bağlılığı, ayrıca bu tür uyuşmazlıkların, gerek usul ekonomisi, gerekse davaların farklı mahkemelerde görülmesinin uygulamada ortaya çıkaracağı sakıncalar sebebiyle vergi mahkemelerince çözümlenmesine karar verilmiştir³⁰.

C. Çözümü Hem İdare ve Hem de Vergi Mahkemelerine Bırakılan Görev Uyuşmazlıkları

Türk yargı sisteminde yedi bölge idare mahkemesi faaliyet göstermektedir. İdare ve vergi mahkemesi arasında aynı konuda çıkan görev uyuşmazlıklarında bölge idare mahkemelerince birbirinden farklı kararlar verilebilmektedir. Bu nedenle idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan bazı görev uyuşmazlıklarının çözümü hem idare mahkemesine, hem de vergi mahkemesine bırakılabilmektedir. Yargı kararlarına yansıyan esas itibarıyla üç

²⁸ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD 07/03/2017, E. 2017/296, K. 2017/284 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

²⁹ Kapanan Adana Bölge İdare Mahkemesi 14/07/2016, E. 2016/1682, K. 2016/1433 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

³⁰ Danıştay Başkanlık Kurulunun 23.6.1999, E. 1999/41; K. 1999/42 sayılı; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 5.2.1999, E.1998/639; K. 1999/187 sayılı; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 10.12.1999, E. 1999/244; K. 1999/572 sayılı yayımlanmamış kararları, www.uyap.gov.tr, (e.t. 10.06.2018).

konuda, hem idare mahkemeleri ve hem de vergi mahkemeleri görevli kılınmıştır. Bu uyuşmazlıklar, 1-ihbar ikramiyesine; 2- devlet hakkına ve 3- tarifeye bağlı alınan ücretlere ilişkin uyuşmazlıklar olarak belirtilebilir.

1. İhbar ikramiyesi

Konuyla ilgili iki farklı karardan birinde idare mahkemesinin, diğerinde ise vergi mahkemesinin görevli olduğuna dair karar verilmiştir:

Sahipsiz taşınmazın 1905 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca ihbarı nedeniyle tarafına ihbar tazminatı ödenmesi gerektiğinden bahisle yapılan başvurunun zimnen reddi işleminin iptali istemiyle açılan davada, İstanbul 5. İdare Mahkemesi ile İstanbul 1. Vergi Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; davacının yaptığı ihbar üzerine gerçekleştirilmesi gereken işlemin, vergi mahkemelerinin görev alanına giren vergi, resim, harç ve benzeri mali bir yükümlülük ile bunların zam ve cezaları ile ilgili bir uyuşmazlık doğurmayacağı açık olup vergi mahkemelerinin görev alanına girmeyen dava konusu idarî işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde idare mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir³¹.

Vergi ihbar dilekçesiyle ihbar edilen mükellefin, bazı alacakların yeniden yapılandırılmasına dair 6736 sayılı Kanun kapsamında matrah artırımında bulunduğu bahisle vergi incelemesinin yapılamadığına ve görevlendirmenin kapatıldığına dair işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle ödenmeyen vergi ihbar ikramiyesinin 1905 sayılı Kanun uyarınca tespit edilerek ödenmesi istemiyle açılan davada, Trabzon İdare Mahkemesi ile Trabzon Vergi Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; 1905 sayılı Kanun kapsamında tahakkuk ettirilen vergi ve vergi cezasının belirli bir oranı uygulanarak bulunan ihbar ikramiyesine ilişkin olduğundan, vergi hukuku kurallarının değerlendirilmesi suretiyle karara bağlanması gerektiği, uyuşmazlığın görüm ve çözümünün 2576 sayılı Kanun'un 6.maddesi uyarınca Trabzon Vergi Mahkemesinde olduğuna karar verilmiştir³².

2. Devlet Hakkı

2007 yılına ilişkin madenlerden alınan Devlet hakkından %50 İl Özel İdare Payı ile %30 Orman Genel Müdürlüğü payının tahsili amacıyla

³¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD 26/09/2017, E. 2017/1857, K. 2017/1662 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 14.06.2018).

³² Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD 09/05/2017, E. 2017/705, K. 2017/482 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 12.06.2018).

düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada, Ankara 4.Vergi Mahkemesi ile Ankara 3. İdare Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; madenlerden alınan Devlet hakkından %50 İl Özel İdare Payı ile %30 Orman Genel Müdürlüğü payı, mevzuat hükümleri gereğince devletin madenlerden zorunlu bir şekilde aldığı mali bir yükümlülük niteliğinde olduğu sonucuna ulaşıldığından, dava konusu edilen devlet hakkına ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözümü; 2576 sayılı Kanunun 6. maddesinde belirtilen genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlere ve bu konularda AATUHK'un uygulanmasına ilişkin davalar niteliğinde bulunduğundan vergi mahkemesinin görevine girdiğine karar verilmiştir³³.

Satış bilgi formlarında beyan edilen ocak başı satış fiyatlarının heyet tespitleri doğrultusunda örnek satış bilgi formlarına göre revize edilip yatırılan miktarlar düşüldükten sonra oluşan Devlet Hakkı farklarının gecikme faizi ile birlikte yatırılmasına karar verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Ankara 18. İdare Mahkemesi Ankara 3. Vergi Mahkemesince arasında çıkan görev uyuşmazlığında; Maden Kanunu uyarınca madenlerin girişimciler tarafından işletilmesi nedeniyle tahsil edilen, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca denetlenerek tamamı Hazineye gelir olarak kaydedilmeyen ve bir kısmı belirli hizmetlere öngülenen kamu alacağı niteliğinde olması karşısında, anılan alacağın vergi, resim, harç ve benzeri malî yüküm niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşıldığından, söz konusu uyuşmazlığın çözümü idare mahkemesinin görevine girdiğine karar verilmiştir³⁴.

Maden sahasına ilişkin olarak "2015 Yılı Devlet Hakkı Ödeme Listesi" başlıklı idarî işlemin iptali ile ihtirazi kayıt ile yapılan ödemenin fahiş olduğu ileri sürülerek, sözü edilen maden sahası için haksız ödemenin kanunî faiziyle birlikte iadesi talebiyle açılan davada, Manisa 2. İdare Mahkemesi ile Manisa Vergi Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından ocaktan çıkarılan madenin ocak başındaki fiyatından alınan Devlet hakkını konu alan uyuşmazlığın vergi mahkemelerinin görevine giren vergi, resim ve harç ile benzeri mali yükümlülük olmadığı,

³³ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 04/11/2011, E. 2011/3456, K. 2011/9296, sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 19.06.2018); Aynı yönde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 12/06/2013, E. 2013/11128, K. 2013/10146, sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 12.06.2018).

³⁴ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD 03/10/2016, E. 2016/253, K. 2016/99 sayılı yayımlanmamış karar, [uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr), (e.t. 12.06.2018).

kanunla konulmuş olmasının devlet hakkına vergi niteliği kazandırmadığı, malî yükümlülük içeren tüm idarî tasarrufların vergi mahkemelerinde görülmesinin yargılama hukukunun genel kurallarıyla bağdaşmadığı, bu bakımdan dava konusu işlemin idare mahkemelerinin görev alanına girdiği sonucuna ulaşılmıştır³⁵.

3. Tarifeye Bağlı Alınan Ücretler

Kooperatif üyelerinden çalışma izni başvurularında Tekirdağ Büyükşehir Belediye Başkanlığı Minibüs Araçları (M plaka) Hizmet Yönetmeliği uyarınca alınan çalışma izin belgesi ücreti, araç uygunluk belgesi ücreti, şoför tanıtım kartı ücreti ve sair ücretlerin alınmaması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada Tekirdağ İdare Mahkemesi ile Tekirdağ Vergi Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; idare mahkemesinin ara kararı üzerine söz konusu ücretlerin kanunî dayanağının Belediye Gelirleri Kanununun 97. maddesi olduğunun davalı idarece bildirildiği görülmekle 2576 sayılı Kanunun 6/a maddesi hükmü kapsamında belediyeye ait vergi benzeri malî yüküm ve tarifelerine ilişkin dava niteliğini haiz bulunduğu anlaşılan uyuşmazlığın görüm ve çözüm yerinin vergi mahkemesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır³⁶.

Çalışma ruhsatı vize ücreti alınması yönünde tesis edilen işlemin iptali ile yapılan ödemelerin faizi ile birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılan davada, Mersin 1. İdare Mahkemesi ile Mersin 1. Vergi Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında; özel sektörde taşımacılık yapan araç sahiplerinin Yönetmelik gereği belediyeden aldıkları çalışma ruhsatlarını her yıl vize işlemi yaptırmanın karşılığında tahsil edilen bedelin; 2576 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında yer alan belediyeye ait bir gelir kalemi oluşturması, yapılan bir hukukî işlemin (vize işleminin) ve izin vermenin (taşımacılık izni) karşılığında belirli bir tarifeye bağlı olarak alınması nedeniyle harç ve resim benzeri malî yüküm niteliğinde olduğu sonucuna varıldığından, uyuşmazlığın çözümünde vergi mahkemelerinin görevli bulunduğu sonucuna varılmıştır³⁷.

³⁵ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD 05/01/2017, E. 2017/718, K. 2017/9 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 12.06.2018).

³⁶ Kapanan Edirne Bölge İdare Mahkemesi 03/06/2016, E. 2016/32, K. 2016/1275 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 20.06.2018).

³⁷ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD 06/06/2017, E. 2017/1685, K. 2017/1205 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 20.06.2018).

Davalı idareye ait limana müvekkilinin teknesinin bağlandığının ve teknenin anılan limanda yükleme ve boşaltma yaptığının tespiti üzerine, tekne bağlama ücreti tahakkuk ettirilmesine ilişkin işlemin ve yapılan tahakkukun dayanağı ücret tarifesinin tekne bağlama ücretine ilişkin kısmının iptali istemiyle açılan davada, Muğla 2. İdare Mahkemesi ile Muğla Vergi Mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığında, belediye meclisinin belirlemiş olduğu tekne bağlama ücreti tarifesine ilişkin uyuşmazlığın vergi mahkemelerinin görevine giren vergi, resim ve harç ile benzeri malî yükümlülük olmadığı, mali yükümlülük içeren tüm idarî tasarrufların vergi mahkemelerinde görülmesinin yargılama hukukunun genel kurallarıyla bağdaşmadığı, bu bakımdan dava konusu işlemin idare mahkemelerinin görev alanına girdiği sonucuna ulaşılmıştır³⁸.

III. İdare ve Vergi Mahkemeleri Arasında Çıkan Görev Uyuşmazlığının Giderilmesinde Esas Alınan Ölçütler

2576 sayılı Kanunun 6. madde hükmüne göre vergi mahkemeleri; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları çözmekle görevlidir.

İdare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan olumsuz görev uyuşmazlıklarını, genel olarak iki başlık altında toplamak mümkündür. İlk olarak idare ve vergi mahkemeleri arasındaki görev uyuşmazlığı konusunun, “benzeri malî yükümler” kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin olduğu, bu kavram çerçevesinde ölçütler geliştirilmeye çalışıldığı görülmektedir.

İkinci olarak, idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlığı konusunun, 2576 sayılı Kanunun 6. maddesinde ifade edilen “tarifeler” kapsamında olup olmadığı hususundadır.

A. Benzeri Malî Yükümler Ölçütü

1. Genel Olarak

İdarî yargıda en çok görev uyuşmazlığı, uyuşmazlık konusunun 2576 sayılı Kanunda tanımı yapılan benzeri mali yükümler kapsamında kalıp kalmadığı hususundadır. İdarî yargı mercileri, uyuşmazlık konusunun benzeri malî yükümler kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin temel belirlemeler yapmaya çalıştığı görülmektedir. Ancak görev uyuşmazlığını çözmeye yetkili

³⁸ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD 10/10/2017, E. 2017/969, K. 2017/911 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 20.06.2018).

idarî yargı mercileri, gerekse de temyiz aşamasında kanun yolu incelemesi yapan Danıştay, idare ve vergi mahkemeleri arasındaki görev paylaşımı açısından, benzeri malî yükümleri ifadesinin tespit ve tanımı konusunda uygulama birliği içinde değildir³⁹.

Benzeri malî yükümler ifadesinin tam olarak kanunî bir tanımı yapılmamıştır. Anayasada vergi resim harç ve benzeri malî yükümlülükler ifadesine yer verilmiştir. Bu haliyle benzeri mali yükümler ifadesi Anayasada yer bulan bir ifadedir. Benzeri malî yükümlülük kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması için, vergi, resim ve harç kavramlarının ele alınması gerekmektedir.

Vergi, kanunlarla gerçek ve tüzel kişilerden malî güçleri ile orantılı bir şekilde kamu giderlerini karşılamak amacıyla; karşılıksız ve cebren alınan paralar (malî yüküm) şeklinde tanımlanabilir. Vergi, sadece belirli bir hizmetten yararlanma karşılığı değil, bütün kamu hizmetleri için yapılan giderlerin genel bir karşılığını ifade eder⁴⁰.

Bireylerin özel menfaatlerine ilişkin olarak, kamu kurumları ve hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında Harçlar Kanununa göre yaptıkları ödemeye harç denilmektedir⁴¹.

³⁹ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD 03/10/2016, E. 2016/253, K. 2016/99 sayılı yayımlanmamış karar, uyp.gov.tr, (e.t. 12.06.2018); İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD 05/01/2017, E. 2017/718, K. 2017/9 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyp.gov.tr, (e.t. 12.06.2018).

⁴⁰ ÜSTÜN Ümit Süleyman, **Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı**, İstanbul 2013, s. 31-32; AKDOĞAN Abdurrahman, **Kamu Maliyesi**, Ankara 2009, s. 133-139; OKTAR S. Ateş, **Vergi Hukuku**, İstanbul 2006, s. 5; TURHAN Salih, **Vergi Teorisi ve Politikası**, İstanbul 1998, s. 20-24; Anayasa Mahkemesi 14.02.1991, E. 1990/18, K. 1991/4 sayılı kararı, RG, 08.05.1991, S. 20865; Anayasa Mahkemesi 29.01.2014, E. 2013/66, K. 2014/19 sayılı kararı, RG, 10.01.2015, S. 29232; Anayasa Mahkemesi 11.10.2012, E. 2011/109, K. 2012/145 sayılı kararı, RG, 28.03.2013, S. 28601.

⁴¹ YILMAZ Güneş/BİYAN Özgür, "Vergi Hukukunda Bir Belirsizlik: "Benzeri Mali Yükümlülük" Kavramı ve Bu Kavram Açısından Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkilerin Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C. 38, S. 2, 2016, s. 337.

Resim, kamusal harcamaların karşılanması amacıyla, belirli bir hizmet ya da işin görülmesi için yetkili mercilerce verilen izin karşılığında alınan para olarak tanımlanmaktadır⁴².

Resimler, bir iş yahut faaliyetin yapılmasına yetkili kuruluşlar tarafından izin verilmesi karşılığında alınan ödeme niteliğindedir⁴³. Anayasa Mahkemesine göre resim; bir iş ya da faaliyetin yapılmasına yetkili kuruluşlar tarafından izin verilmesi dolayısıyla yapılan bir ödeme şeklinde tanımlandığı gibi harca benzer biçimde kamu kuruluşlarında görülen hizmetin ve yapılan giderlerin karşılığı olarak yalnız o işle ilgili gerçek ve tüzelkişilerden sağlanan gelirler şeklinde de açıklanmaktadır⁴⁴. Anayasa Mahkemesi, kamu idarelerince tahsil edilen paraların adıyla değil hukukî içerik ve niteliğine göre değerlendirme yapmaktadır⁴⁵.

1982 Anayasasının 73/3. maddesinde, *“vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir ve kaldırılır”* ifadesine yer verilmiştir. Vergi, resim ve harç kavramlarının ne anlama geldiği ve içeriği konusunda genel anlamda görüş birliği bulunmasına karşın benzeri malî yükümlülük kavramının ne anlama geldiği hususu çok açık değildir⁴⁶. *“Yapılan kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın, yasada belirtilen amaca uygun olarak, ilgili kurum ya da kuruluşun giderlerini karşılamak üzere, kamu gücüne dayanılarak tahsil edilen ve genel bütçe gelirleri arasında yer almayan ve yasayla konulması gereken; vergi, harç ve resmin belirli bir ya da birkaç özelliğini bünyesinde taşıyan mali yükümlülüktür”* şeklinde tanımlama yapıldığı görülmektedir⁴⁷. Benzeri mali yükümlülük kavramı, vergi, resim veya harca benzeyen yönleri bulursa da,

⁴² KANETİ Selim, **Vergi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 698, Özdem Kardeşler Matbaası, 1986/1987, s. 5.

⁴³ ÜSTÜN, s. 33; KANETİ, s. 6; AKDOĞAN, 106.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi 31.10.2013, E. 2013/41, K. 2013/124 sayılı kararı, RG, 28.12.2013, S. 28865.

⁴⁵ GEREK Şahnaz/AYDIN Ali Rıza, **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2005, Ankara, s. 30.

⁴⁶ YILMAZ/BİYAN, s. 336.

⁴⁷ YILMAZ/BİYAN, s. 348.

torba bir kavram olmayıp belli unsurları bulunan, kendine özgü bir kavramdır⁴⁸.

Anayasada ifade edilen benzeri malî yükümlülük kavramı, vergi, resim, harç kavramlarının devamı olarak kullanılmış olduğundan, vergi, resim, harç kavramlarının bazı özelliklerini taşıyabilmektedir⁴⁹. Vergi, resim, harç benzeri malî yükümlülük ise kişilerden, yapılan kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın kamu gücüne dayanılarak alınan paralardır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin ortak özellikleri, kanunla konulmaları ve kamu gücüne dayanılarak gerektiğinde zorla alınmalarıdır. Vergiler dışındaki mali yükümlülüklerde kısmen de olsa karşılık ve yararlanma ilkesi geçerli olur. Çünkü bu yükümlülüklerle konu olan hizmetlerden kişilerin yararlandırılması, bu bağlamda mali bir karşılığa dayandırılabilmesi olanağı vardır⁵⁰. Benzeri malî yükümlülüğü, vergiden ayırt etmek kolay iken, harç ve resimden ayırt etmek çok daha güçtür. Vergi, resim veya harç olmayıp da bunların benzeri olan bütün malî yükümlülükler, benzeri malî yükümlülük değildir⁵¹.

2. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Benzeri malî yükümlülük kavramı, Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş bir kavramdır.

Anayasa Mahkemesi, ziraat odalarına giriş ücretleri ve yıllık aidatları, ticaret borsalarına tescil ücretlerini, Ticaret Borsaları ve Ticaret ve Sanayi Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanunu gereği alınan belge harçları, munzam aidatları, baro giriş kesenekleri ve yıllık kesenekleri, bekçi ücretlerini⁵², katılma paylarını ve yol, kanalizasyon ve su hizmetlerinden

⁴⁸ BAŞARAN Funda, "Anayasa Temelinde "Benzeri Mali Yükümlülük" Kavramı", **Vergi Sorunları**, S.118, Temmuz 1998, s. 116; ÜSTÜN Ümit Süleyman, **Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**, Ankara 2007, s. 61-62; ÜSTÜN, s. 26-31.

⁴⁹ YILMAZ/BİYAN, s. 337.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi 31.10.2013, E. 2013/41, K. 2013/124 sayılı kararı, 28.12.2013 tarih ve 28865 sayılı Resmi Gazete.

⁵¹ Hatta bu yüzden, anayasada yer alan ifadenin isabetli olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. YILMAZ/BİYAN, s. 339.

⁵² Anayasa Mahkemesi 20.10.1965, E. 1965/25, K. 1965/57 sayılı kararı, RG, 08.12.1965, S. 12171.

yararlananlardan alınan harcamalara katılma payını⁵³, yeraltı sularının kullanımı karşılığı talep edilen ücretleri⁵⁴, jeotermal kaynaklardan elde edilen su, gaz ve buharı doğrudan ve/veya dolaylı olarak kullanan tesislerden alınan idare payını⁵⁵, yükseköğrenim harçlarını⁵⁶, 8 yıllık eğitime katkı payını⁵⁷, benzeri malî yükümlülük olarak kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetleri katılım payları⁵⁸, adlî sicil kaydı karşılığı alınan paralar⁵⁹, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunundaki sağlık primleri⁶⁰, ticaret borsalarından Ziraat Odaları Birliğine ödenen kanunî paylar, yurtdışında görevli personelin aylığından kesilen kira bedelleri, boğaz köprüsü ve benzeri kamu mallarının kullanımı karşılığı alınan paraları⁶¹, ilgililerin isteğine bağlı olarak, ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere alınacak ücretleri⁶² benzeri malî yükümlülük kapsamında görmemiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, benzeri malî yükümlülük kavramını açıklarken ölçütler getirmeye çalışılmış ise de, içerik olarak tam bir ölçüt

⁵³ Anayasa Mahkemesi 28.03.2002, E. 2001/5, K. 2002/42 sayılı kararı, RG, 05.09.2002, S. 24867.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi 31.03.1987, E. 1986/20, K. 1987/9 sayılı kararı, RG, 28.05.1987, S. 19473.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi 31.10.2013, E. 2013/41, K. 2013/124, RG, 28.12.2013, S. 28865.

⁵⁶ Yükseköğrenim harç ve ücretlerin hem benzeri mali yükümlülük kapsamına girdiği, hem de kanunilik ilkesine göre alınması gerektiği vurgulanmıştır. Kararın tam metni için bkz. RG, 21.06.1974, S. 14922.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi 20.09.2012, E. 2012/65, K. 2012/128 sayılı kararı, RG, 18.04.2013, S. 28622.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi 15.12.2006, E. 2006/111, K. 2006/112 sayılı kararı, RG, 30.12.2006, S. 26392.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi 08.09.1989, E. 1988/37, K. 1989/36 sayılı kararı, RG, 18.01.1990, S. 20406.

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi 19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8 sayılı kararı, RG, 23.08.1988, S. 19908.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi 18.02.1985, E. 1984/9, K. 1985/4 sayılı kararı, RG, 26.06.1985, S. 18793.

⁶² Anayasa Mahkemesi 26.01.2011, E. 2009/42, K. 2011/26 sayılı kararı, RG, 14.05.2011, S. 27934.

getirilemediği, tutarsız yorumlar yapıldığı, bir karşılaştırma sıkıntısı yaşandığı hususu doktrinde ifade edilmektedir⁶³.

Anayasa Mahkemesi benzeri malî yükümlülük kavramını açıklarken temel olarak, kanunla konulmaları ve kamu gücüne dayanılarak gerektiğinde zorla alınmalarını ön plana çıkardığı görülmektedir. İdarî yargıda benzeri malî yükümlülük kapsamında en çok uyuşmazlığın, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu 97. maddesi kapsamında tarifelere bağlı olarak alınan ücretlere ilişkin olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi Belediye Gelirleri Kanunu 97. maddesi kapsamındaki gelirlerin benzeri malî yükümlülük olup olmadığını incelemiştir. Anayasa Mahkemesine göre, Belediye Gelirleri Kanunu'nun, 97. maddesiyle belediyelere, aynı kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmamış olan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edilecek olan hizmetler için, belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret alma yetkisi verildiği, belediye meclislerine verilen, "ücret" adı altında vergi, resim, harç veya benzeri malî yüküm tarifesi belirleme yetkisi değil, ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri hizmetlerin karşılığı olarak ücret tarifesi belirleme yetkisi olduğu, belediyelere tekel olarak verilmemiş, kişilerin isteği üzerine sunulan hizmetler için bir tarifeye dayalı olarak istenilen "ücret" in vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir⁶⁴. Anayasa Mahkemesi kararında benzeri mali yükümlülük için zorunluluk şartının varlığını vurgulamakta ve isteğe bağlı olarak sunulan kamu hizmeti karşılığında katılan külfetin vergi benzeri malî yükümlülük olarak kabul edilemeyeceğini başka kararlarında da belirtmektedir⁶⁵.

Anayasa Mahkemesinin bu kararları, idarî yargıda idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıkları için idarî yargıya ışık tutan bir kararlardır.

3. Danıştay'ın Yaklaşımı

Bir uyuşmazlığın idare mahkemesinin mi yoksa vergi mahkemesinin mi görevine girdiği hususunda Danıştay iki yoldan inceleme yapabilmektedir.

⁶³ SABAN Nihal, **Vergi Hukuku**, Beta Yayınları, 4.Baskı, İstanbul 2006, s. 10.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi 26.01.2011, E. 2009/42, K. 2011/26 sayılı kararı, RG, 14.05.2011, S. 27934.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi 12.04.1990, E. 1990/4, K. 1990/6 sayılı kararı, RG, 18.06.1990, S. 20551.

İlk olarak, farklı Bölge idare mahkemelerinin yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlığında çözüm merci olarak Danıştay görev yapar. İkinci olarak ise Danıştay, temyiz kanun yolu aşamasında, uyuşmazlığın vergi mahkemesinin mi, yoksa idare mahkemesinin mi görev alanına girdiği hususunda usulden inceleme yapar.

Farklı bölge idare mahkemeleri yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlığı sınırlı sayıdadır. Çünkü 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun yetkiye ilişkin kuralları gereğince idarî ve vergi davalarında yetkili mahkeme, işlemin tesis edildiği yer mahkemesi olduğu için; görev uyuşmazlıkları genellikle aynı bölge idare mahkemesi yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkmaktadır. Danıştay ise çoğunlukla kanun yolu aşamasında, uyuşmazlığın idare mahkemesinin mi yoksa vergi mahkemesinin mi görev alanına girdiği konusunda inceleme yapmakta, davaya görevli mahkeme tarafından bakılmamışsa, ilk derece mahkeme kararı görev yönünden bozulmaktadır.

Benzeri malî yükümler açısından Danıştay kararlarında da uygulama birliği bulunmamaktadır. Bunun temel sebebinin Danıştay'ın birden çok daireden oluşması ve benzer konularda dairelerin farklı yorum yapması olduğu söylenebilir. Ancak Danıştayın göreve ve görev uyuşmazlığına ilişkin kararlarında, uyuşmazlık konusunun benzeri malî yükümler kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin bir ölçüt geliştirmediği görülmektedir. Danıştay genel olarak bu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusunun vergi mahkemesinin görevine girdiği genel gerekçesini kullanmakta; bunun dışında, vergi mahkemesinin görevine girme sebebini ayrıntılı olarak açıklamamaktadır⁶⁶. İdarî yargıda benzeri malî yükümlülük kapsamında en çok uyuşmazlığın, Belediye Gelirleri Kanunu 97. maddesi kapsamında tarifelere bağlı olarak alınan ücretlere ilişkin olduğuna yukarıda değinilmişti. Danıştay kararları da, Belediye Gelirleri Kanununun 97. maddesi kapsamında tarifelere bağlı olarak alınan ücretlerin, vergi benzeri malî yükümlülük olup olmadığına ilişkin bir belirlemeye yer verilmediği gibi; benzeri mali yükümlülük olarak kabul edilmeleri halinde de bunun hangi ölçütlere göre belirlendiğine ilişkin bir açıklama da yapılmamaktadır.

⁶⁶ D6D, 18.10.2010 gün ve E. 2008/11281, K. 2010/9468 sayılı yayımlanmamış kararı; D8D, 30.09.2002, E. 2002/4110, K. 2003/4716 sayılı yayımlanmamış kararı; D6D, 14.06.2010, E. 2008/7147, K. 2010/6127 sayılı yayımlanmamış kararı, www.uyap.gov.tr, (e.t. 23.06.2018).

Danıştay son yıllarda verdiği bazı kararlarında ise, uyuşmazlığın vergi mahkemelerinin görevine giren vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî bir yükümlülük olmadığı, malî yükümün kanunla konulmuş olmasının uyuşmazlık konusuna vergi niteliği kazandırmadığı, malî yükümlülük içeren tüm idarî tasarrufların vergi mahkemelerinde görülmesinin yargılama hukukunun genel kurallarıyla bağdaşmadığı, bu bakımdan dava konusu işlemlerin bir iptal davası olarak idare mahkemelerinde görülmesi gerektiği yorumuna yer verildiği görülmektedir⁶⁷. Buradan da anlaşılacağı üzere Danıştay, benzeri malî yükümlerinin hangi sebeple vergi mahkemesinin görevine girdiği konusunda bir ölçüt geliştirmemiştir ve geliştirmemektedir de. Danıştay kararlarında benzeri malî yükümlülüklerin tespiti hususunda, bu yükümlülüklerin kanunla konulması gerektiği ölçütüne dahi yer verilmemektedir. Malî yükümlülük içeren tüm idarî tasarrufların vergi mahkemelerinde görülmesinin yargılama hukukunun genel kurallarıyla bağdaşmadığına ilişkin bir ölçüt getirilmeye çalışılmış ise de, bu belirlemenin somut bir dayanağı da bulunmamaktadır. Çünkü malî yükümlülük içeren bir idarî tasarrufun vergi mahkemelerinde görülmesinin yargılama hukukunun genel kurallarıyla bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin getirilecek bir ölçütün, yargı mercilerince her uyuşmazlıkta farklı uygulamalara yol açacak şekilde yorumlanması mümkündür. Bu sebeple, Danıştay'ca getirilmeye çalışılan bu belirlemenin bir ölçüt olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

4. Bölge İdare Mahkemelerinin Yaklaşımı

İdarî yargıda idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıkları, çoğunlukla aynı bölge idare mahkemesi yargı çevresindeki mahkemeler arasında çıktığından, bu uyuşmazlıklar bölge idare mahkemeleri tarafından çözümlenmektedir.

Danıştay gibi, Bölge idare mahkemelerinin de; görev uyuşmazlığı kararlarında, uyuşmazlık konusunun benzeri malî yükümler kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin bir ölçüt geliştirmedeği görülmektedir. Bölge idare mahkemeleri de, uyuşmazlık konusunun vergi mahkemesinin görevine girdiği gerekçesini ve genel ifadesini kullanmakta, ancak vergi mahkemesinin görevine girme sebebini ayrıntılı olarak açıklamamaktadır. Yine bölge idare

⁶⁷ Danıştay Başkanlar Kurulu, 24.06.2016, E. 2015/252, K. 2016/305 sayılı yayımlanmamış kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. (23.01.2018); D17D, 09.06.2016, E. 2015/6691, K. 2016/4504 sayılı yayımlanmamış kararı, www.uyap.gov.tr, (e.t. 23.01.2018)

mahkemeleri, görev uyuşmazlığının çözümünde benzer konularda farklı kararlar da vermektedir. Örneğin ihbar ikramiyesi ve devlet hakkına ilişkin görev uyuşmazlıklarında, hem idare⁶⁸ hem de vergi mahkemesinin⁶⁹ görevli olduğuna ilişkin kararlar verilmiştir.

Belediye Gelirleri Kanununun 97. maddesi kapsamında kabul edilen tarifelere ilişkin görev uyuşmazlıklarında da, hem idare⁷⁰ hem de vergi mahkemesinin görevli olduğuna⁷¹ ilişkin kararlar verilmiştir. Bölge idare mahkemelerince benzer konuda çıkan görev uyuşmazlıklarında farklı kararlar verilmesinin sebebi olarak, idarî yargıda birden fazla bölge idare mahkemesinin olduğu belirtilebilir. Ancak bu durumun asıl sebebi, benzeri malî yükümlerin içeriğinin ve sınırının ne olduğu konusunda bir ölçüt geliştirilmemesi olduğunu söylemek daha yerinde olacaktır. Çünkü aynı bölge idare mahkemesi, aynı konudaki değişik tarihlerde baktığı görev uyuşmazlığı dosyalarında da birbirinden farklı kararlar verebilmektedir⁷². Aynı konuda bölge idare mahkemesinin görüş değiştirdiği düşünülse dahi, gerek Danıştay'ın gerekse de bölge idare mahkemelerinin benzeri malî yükümlere ilişkin bir ölçüt geliştirmediği, görev uyuşmazlıklarını bu ölçüte göre çözmediği hususunun gözden kaçırılmaması gerekir.

⁶⁸ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD 26/09/2017, E. 2017/1857, K. 2017/1662 sayılı yayımlanmamış karar; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 12/06/2013, E. 2013/11128, K. 2013/10146 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 22.06.2018).

⁶⁹ Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD 09/05/2017, E. 2017/705, K. 2017/482 sayılı yayımlanmamış karar; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD 03/10/2016, E. 2016/253, K. 2016/99 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 22.06.2018).

⁷⁰ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD 10/10/2017, E. 2017/969, K. 2017/911 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 22.06.2018).

⁷¹ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD 06/06/2017, E. 2017/1685, K. 2017/1205 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 22.06.2018).

⁷² Örneğin devlet hakkına ilişkin uyuşmazlığın vergi mahkemesinde görülmesi gerektiği hakkında Ankara Bölge İdare Mahkemesi 04/11/2011 gün ve E. 2011/3456, K. 2011/9296; Devlet hakkına ilişkin uyuşmazlığın idare mahkemesinde görülmesi gerektiği hakkında Ankara Bölge İdare Mahkemesi 6. İDD 03/10/2016, E. 2016/253, K. 2016/99 sayılı yayımlanmamış kararlar, uyap.gov.tr, (e.t. 24.06.2018).

B. Tarifeler Ölçütü

1. Genel Olarak

2576 sayılı Kanunun 6. maddesine göre “*vergi mahkemeleri; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları*” çözmekle yükümlüdür. Kanunda belirtilen tarifelere ilişkin davalardan ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir. Çünkü idarî yargıda görülen bir dava tarifelere ilişkin ise vergi mahkemesinde görülecektir.

Türk Dil Kurumuna göre tarife, “fiyat gösteren çizelge” olarak tanımlanmıştır⁷³. Vergi tarifeleri, ödenecek vergi miktarını belirlemek için matraha uygulanan ölçüler olarak tanımlanabilir⁷⁴. Vergi, resim ve harçlara ilişkin tarifeler Kanunla konulmaktadır. İdarî tasarruflarla kabul edilen vergi resim ve harç ve benzeri mali yükümlere ilişkin tarifeler de bulunmaktadır⁷⁵. Kanunda öngörülen tarifelerin yeniden değerlendirilmesinde belirlenmesine ilişkin genel tebliğler yayımlanmaktadır. Hatta idarî yargının görev alanı dışında olduğu kabul edilen birçok tarife de bulunmaktadır.

Öncelikle hangi tarifelere ilişkin davaların vergi mahkemesinde görüleceği sorusuna cevap aranması gerekmektedir. İdarî yargının görev alanına girmeyen tarifeye ilişkin bir dava vergi mahkemesinde mi görülecektir. Bu sebeple Kanunda ifade edilen “tarifelere ilişkin davalar”ın kapsam ve sınırı belirlenmelidir. Kanun koyucunun “tarifelere ilişkin davalar” ifadesinden, vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlere ilişkin tarifelere ilişkin davaları mı kastettiği, yoksa vergi, resim, harç ve benzerî mali yükümlerden bağımsız olarak tüm tarifelere ilişkin davaları mı kastettiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

⁷³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a6ca94ecdac9.46747498, (e.t. 27.01.2018).

⁷⁴ AKDOĞAN, s. 236; PEHLİVAN Osman, **Kamu Maliyesi**, Trabzon 2013, s. 106.

⁷⁵ Örneğin Anayasa Mahkemesince benzeri mali yükümler olduğu kabul edilen ziraat odalarına giriş ücretleri ve yıllık aidatlarına ilişkin olarak Türkiye Ziraat Odaları Birliği Nizamnamesinin 34. maddesine göre, “*Giriş ücreti ve yıllık aidat tarifeleri yukarıdaki maddelerde yazılı esaslar dairesinde oda idare heyetlerince hazırlanır ve oda meclislerinin tasdiki üzerine yürürlüğe girer*”.

Ayrıca, idarî yargı yerlerinin “tarifelere ilişkin davalar” ifadesini nasıl yorumladığı, bu ifadeyi görev uyuşmazlıklarında ölçüt olarak kullanıp kullanmadığı hususunun da ortaya konulması lâzımdır.

2576 sayılı Kanunun 6. maddesinin lafzına ve yazım şekline bakıldığında, tüm tarifelere ilişkin davaların vergi mahkemesinde görülmesi gerektiği gibi bir sonuca ulaşmak mümkündür. Kanunda yer alan “vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere” ibaresinden anlaşılacağı üzere, “vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümler” ifadesi ile “bunların zam ve cezaları” ifadesi arasında tamlama ilişkisi kurulduğu halde; “tarifelere” ifadesi ile “vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümler” ifadesi arasında tamlama ilişkisinin kurulmadığı görülmektedir. Bu haliyle “tarifelere ilişkin davalar” ifadesinin vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümler ifadesinden bağımsız anlam kazandığı, tüm tarifelere ilişkin davaların vergi mahkemesinde görülmesi gerektiği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Vergi mahkemesinin idarî yargıda özel yetkili bir mahkeme olduğu da dikkate alındığında, “tarifelere ilişkin davalar” ifadesiyle kanun koyucunun kastettiği amacın; vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümlere ilişkin tarifelerden kaynaklanan davaların vergi mahkemesinde görülmesi gerektiği söylenebilir. Bu durumun açıklığa kavuşturulması için 2576 sayılı Kanunun 6. maddesinin kanunlaşmasına ilişkin yasama sürecine bakmak faydalı olacaktır.

2576 sayılı Kanunun 6. maddesinin 3410 sayılı Kanunun 2. maddesiyle değiştirilmesinden **önceki şekli**, “a)Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunlara ilişkin zam ve cezalar ile tarife uyuşmazlıklarını, b)6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkları, c)Diğer kanunlarla verilen işleri” vergi mahkemesinin çözümleneceği şekilde idi.

2576 sayılı Kanunun 6. maddesi 3410 sayılı Kanunun 2. maddesiyle “Vergi mahkemeleri: a)Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları, b)(a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları, c)Diğer kanunlarla verilen işleri çözümler” **şeklinde değiştirilmiştir**.

3410 sayılı Kanun Tasarısının 2. maddesinin gerekçesinde, “Kanunun 5 inci maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, 6 ncı maddedeki «uyuşmazlık» terimleri «dava» olarak değiştirilmiştir. Bunun yanında,

maddenin (b) bendinde yapılan değişiklikle, Âmme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların tamamının vergi mahkemelerince çözümlenmesi önlenmekte ve 2575 sayılı Danıştay Kanununun 35 inci maddesiyle paralellik sağlanmaktadır” açıklamasına yer verilmiştir.

Değişiklikten önce 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan tüm uyuşmazlıklar vergi mahkemesinde görüldüğünden, 3410 sayılı Kanunun 2. maddesiyle yapılan değişiklikle sadece vergi, resim harç ve benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaların vergi mahkemesinde görülmesi amaçlanmıştır. 3410 sayılı Kanunun 2. maddesiyle 2576 sayılı Kanunun 6.maddesinin b bendinde değişiklik yapılması amaçlanmakta iken, 6. maddenin a bendinde yer alan “tarife” ifadesinin “tarifelere” olarak değiştirildiği görülmektedir. Bu değişikliğe ilişkin olarak, ne tasarı gerekçesinde ne de meclis tutanaklarında bir açıklamaya yer verilmiştir.

2576 sayılı Kanunun 6. maddesinin 3410 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki a bendinde yer alan “tarife” ifadesiyle; vergi resim, harç ve resim ve harçlar ile benzeri malî yükümler” ifadesi arasında tamlama ilişkisi vardı. Diğer bir deyişle, tarife uyuşmazlığından maksadın vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin tarife uyuşmazlıkları olduğu lafzen dahi anlaşılıyordu. 2576 sayılı Kanunun 6.maddesinin a bendinde yer alan “uyuşmazlık” ifadesi 3410 sayılı Kanunla “dava” olarak değiştirilirken, bir amaç olmadan “tarife” ifadesi de “tarifelere” ifadesi olarak değiştirilmiştir. Amaçsız olarak “tarife” ifadesinin “tarifelere” ifadesi olarak değiştirilmesi, madde içindeki anlam bütünlüğünü ve tamlama ilişkisini olumsuz etkilemiştir. Bu değişiklik sonrasında, tarifelere ilişkin davalardan maksadın; vergi, resim ve harç ile benzeri mali yükümlerin tarifelerine ilişkin davalar olduğunun anlaşılması gerektiği sonucuna lafzi bir yorumla ulaşılması engellenmiştir. Ancak Kanun koyucunun amacının değiştiğine ilişkin bir durum söz konusu değildir.

Netice olarak, 2576 sayılı Kanunun 6. maddesinin a bendinde yer alan “tarife” ifadesi “tarifelere” ifadesi olarak değiştirilmiş ise de; bu değişikliğin belli bir amaca yönelik yapılmadığı, değişiklikten önce de değişiklikten sonra da “tarifelere ilişkin davalar” ifadesinden kanun koyucunun amacının vergi, resim ve harç ile benzeri malî yükümlerin tarifelerine ilişkin davalar olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

Açıklanan sebeplerle, bir idarî uyuşmazlığın sadece tarifelere ilişkin olması vergi mahkemesinde görülmesi için yeterli olmadığı; tarifenin de vergi, resim ve harç ile benzeri malî yükümleri ilişkin olması gerektiği söylenebilir. Kanun koyucu da bunu amaçlamıştır. Şayet tarife uyuşmazlığı; vergi, resim ve harç ile benzeri malî yükümlere ilişkin değilse dava idare mahkemesinde görülecektir.

Vergi mahkemesi ile idare mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıklarında, tek başına tarife ölçütünün kullanılması mümkün değildir. Tarife uyuşmazlıklarında da, dava konusunun vergi, resim ve harç ile benzeri mali yükümleri ilişkin olup olmadığına ortaya konulması gerekir. Dava konusu vergi, resim ve harç ile benzeri mali yükümlere ilişkin değilse, davada görevli mahkeme idare mahkemesidir.

2. Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin Konuya Yaklaşımı

İdare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan ve konusu tarifeye ilişkin olan görev uyuşmazlıklarının çözümünde, bölge idare mahkemelerince 2576 sayılı Kanunun 6. maddesinin a bendinde yer alan “tarifelere ilişkin dava” ifadesinin bir ölçüt olarak kullanıldığı görülmektedir.

Örneğin Kapatılan Kayseri Bölge İdare Mahkemesinin bir kararında, davanın 2576 sayılı Kanun'un 6. maddesinde vergi mahkemelerinin görevleri arasında sayılan, belediyeye ait tarifelere ilişkin davalar kapsamında olduğunun kabulü gerektiği, terminal çıkış ücretinin takip ve tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün vergi mahkemesinin görev alanına girdiği sonucuna ulaşılmıştır⁷⁶.

Konya Bölge İdare Mahkemesinin bir kararında, özel sektörde taşımacılık yapan araç sahiplerinin Yönetmelik gereği belediyeden aldıkları çalışma ruhsatlarını her yıl vize işlemi yaptırmanın karşılığında tahsil edilen bedelin; 2576 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında yer alan belediyeye ait bir gelir kalemi oluşturması, yapılan bir hukukî işlemin (vize işleminin) ve izin vermenin (taşımacılık izni) karşılığında belirli bir tarifeye bağlı olarak alınması nedeniyle “harç ve resim benzeri malî yüküm” niteliğinde olduğu sonucuna

⁷⁶ Kapanan Kayseri Bölge İdare Mahkemesi 05/05/2016, E. 2016/864, K. 2016/868 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 20.06.2018).

varıldığından, uyuşmazlığın çözümünde vergi mahkemelerinin görevli bulunduğu karar vermiştir⁷⁷.

IV. Görev Uyuşmazlığının Çözümünde Yetkili Merciin Değiştirilmesinin Gerekip Gerekemediği Sorunu

2577 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, görevsizlik veya yetkisizlik sebebiyle dosyanın gönderildiği mahkeme kendisini görevsiz veya yetkisiz gördüğü takdirde, söz konusu mahkeme ile ilk görevsizlik veya yetkisizlik kararını veren mahkeme aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde ise, uyuşmazlık bölge idare mahkemesince; aksi hâlde Danıştay'ca çözümlenir (m. 43/1-b).

İdare ve vergi mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığı niteliği itibariyle, konusu bakımından özellik arz eden bir uyuşmazlıktır. Çünkü bu uyuşmazlıklar usule ilişkin uyuşmazlıklardır.

2577 sayılı Kanununun 43. maddesi kapsamında bölge idare mahkemesinin görev uyuşmazlıkları ile ilgili olarak verdiği kararların kesin olduğu belirtilmiş ise de, bu kesinlik davanın bulunduğu o safhadaki kesinliği ifade eder. Bu kesinliğin amacı, davanın daha başlangıçta mercisiz kalmamasını sağlamak, tarafların da mahkemelerin de görev ve yetki sorununu uzatarak işin sürüncemede kalmasını önlemektir. Bölge idare mahkemesinin görev uyuşmazlıkları ile ilgili olarak karar verdiği bir dosyanın temyiz aşamasında Danıştay, "görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması" sebebiyle bölge idare mahkemesinin görev uyuşmazlığıyla ilgili verdiği kararın aksine karar verebilir⁷⁸. Bu kararlar, bölge idare mahkemesinin görev uyuşmazlığıyla ilgili verdiği karar etkisiz hale gelmiş olur. Bozma kararı üzerine davaya görevli mahkeme tarafından yeniden bakılacağından, yargılama da uzayacaktır. Bölge idare mahkemesinin görev uyuşmazlığıyla verdiği karar kanun yolu aşamasında Danıştay'ı bağlamadığından, görev uyuşmazlıklarının bölge idare mahkemelerince çözümlenmesinde pratik bir fayda bulunmamaktadır. Bu bakımdan tüm görev uyuşmazlıklarının en üst idari yargı merci olan Danıştayca çözümlenmesi usul ekonomisine katkı sağlayacaktır

⁷⁷ Kararda kısmen de olsa tarifeler ölçütünün kullanıldığı görülmektedir. Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD 06/06/2017, E. 2017/1685, K. 2017/1205 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 25.06.2018).

⁷⁸ Aynı yönde D9D, 30/6/2005, E. 2004/366, K. 2005/1703 sayılı yayımlanmamış karar.

İdarî yargıda tüm görev uyuşmazlıklarının Danıştayca çözümlenmesine ilişkin yasal bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Bu durum, idari yargıda görev uyuşmazlığı kararlarında uygulama birliği sağlayacaktır. Tüm görev uyuşmazlıklarının Danıştayca çözümlenmesi, idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlığının çözümünde esas alınan ölçütlerin geliştirilmesine de imkân sağlayacaktır. Tüm görev uyuşmazlıklarının Danıştayca çözümlenmesi, Danıştay'ın iş yüküne olumsuz bir etkide bulunmaz. Çünkü istinaf kanun yoluyla Danıştay'ın iş yükü önemli ölçüde azalmaktadır.

V. Anayasa Mahkemesi Tarafından Geliştirilen Ölçütlerin İdarî Yargıyı Bağlayıcılığı Sorunu

İdarî yargıda idare ve vergi mahkemeleri arasındaki görev uyuşmazlıkları genel itibarıyla “benzeri malî yükümler” e ilişkindir. Benzeri malî yükümler ifadesinin tam olarak kanuni bir tanımı yapılmadığından ve kendine özgü bir kavram olduğundan, hangi malî yükümlerin anayasal anlamda benzeri malî yüküm olduğu veya olmadığı konusunda Anayasa Mahkemesi tarafından belli ölçütler getirilmeye çalışıldığı ve bazı malî yükümlerin “benzeri malî yüküm” olarak kabul edildiği görülmektedir.

Kanunların Anayasaya uygunluk denetiminde, bir malî yüküm Anayasa Mahkemesi tarafından benzeri malî yüküm olarak kabul edildiğinde, bu durumun idarî yargı için bağlayıcı olup olmadığı da önem arz eder. Çünkü bir malî yüküm Anayasa Mahkemesi tarafından malî yüküm olarak kabul edilmişse, idarî yargıda bu yüküme ilişkin davalar vergi mahkemesince çözülecektir.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında; “*Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar*” hükmü bulunmaktadır.

Anayasa'nın 153. maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında, sadece iptal kararlarının açıklanması, yayımı konuları ve genel olarak iptal kararları ile ilgili hükümler bulunurken; son fıkrada, yayım ve bağlayıcılık konusunda, kararın türü ile ilgili bir ayrıma gidilmemiş ve Mahkemenin tüm kararlarını içerir bir şekilde düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle ret kararlarının da yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı açıktır.

Uygulamada ise idarî yargı organları, Anayasa Mahkemesince benzeri malî yüküm olduğu kabul edilen veya edilmeyen konularda Anayasa Mahkemesi gerekçesine aykırı kararlar verebilmektedir. Örneğin Anayasa

Mahkemesince jeotermal kaynaklardan elde edilen su, gaz ve buharı doğrudan ve/veya dolaylı olarak kullanan tesislerden alınan idare payı benzeri malî yüküm olarak kabul edilmişken⁷⁹, aynı konuda çıkan görev uyuşmazlığında İzmir Bölge İdare Mahkemesi idare mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir⁸⁰.

Yine Belediye Gelirleri Kanununun 97. maddesi kapsamında ilgililerin isteğine bağlı olarak, ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere alınacak ücretleri Anayasa Mahkemesince benzeri malî yüküm olarak kabul edilmediği halde, idarî yargı yerlerinde ise bu ücretlerin hem benzeri malî yüküm olduğuna⁸¹ hem de benzeri malî yüküm olmadığına⁸² ilişkin kararlar verilmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından bir konu vergi, resim, harç ve benzeri malî yüküm olarak nitelendirilmişse veya nitelendirilmemişse, bu gerekçe Anayasa gereği idarî yargı organlarını da bağlayacaktır. İdarî yargı organları Anayasa Mahkemesinin vergi, resim, harç ve benzeri malî yüküm olarak nitelendirdiği bir uyuşmazlığı vergi mahkemesinde, nitelendirmediği bir uyuşmazlığı ise idare mahkemesinde görmesi hukuka uygun olacaktır.

SONUÇ

İdarî yargıda, idare ve vergi mahkemeleri arasında ortaya çıkan görev uyuşmazlıklarının önemli bir bölümü, benzeri malî yükümlülük kavramıyla

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi 31.10.2013, E. 2013/41, K. 2013/124 sayılı kararı, RG, 28.12.2013, S. 28865.

⁸⁰ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD 29/05/2017, E. 2017/677, K. 2017/671 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 20.06.2018); Aynı konuda Danıştay 8. İdari Dava Dairesi de, tetkik hâkimin Anayasa Mahkemesi kararını ve bu karara uyulması gerektiği görüşünü ortaya koymasına karşın; jeotermal kaynaklardan elde edilen su, gaz ve buharı doğrudan ve/veya dolaylı olarak kullanan tesislerden alınan idare payına ilişkin uyuşmazlıkta davayı görevinde görmek suretiyle karar vermiştir, Danıştay 8.İDD, 09.05.2016, E.2011/8406, K. 2016/4595 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 20.06.2018).

⁸¹ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD 06/06/2017, E. 2017/1685, K. 2017/1205 sayılı yayımlanmamış karar; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD 23/11/2016, E. 2016/670, K. 2016/617 sayılı yayımlanmamış karar, D9VDD, 01.10.2012, E. 2009/1635, K. 2012/4913 sayılı yayımlanmamış karar www.uyap.gov.tr, (e.t. 24.06.2018).

⁸² İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD 10/10/2017, E. 2017/969, K. 2017/911 sayılı yayımlanmamış karar, www.uyap.gov.tr, (e.t. 24.06.2018).

alâkalıdır. Anayasal bir kavram olan benzeri malî yükümlülükler/yükümler kavramının kanunî bir tanımının yapılmamış olması sebebiyle, uyuşmazlığa konu olan bir malî yükümün, vergi, resim ve harç benzeri malî yüküm olup olmadığı konusunda ihtilaf ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple benzeri malî yükümler ifadesinin ne anlama geldiği çok büyük bir önem arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarıyla, benzeri malî yükümlerinin hangi konuları kapsayacağı, açıklanması, sınırlarının çizilmesi konusunda yapılan belirlemelerle, bu kavram hakkında somut bir ölçüt getirmeye çalıştığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıklarda, konu itibarıyla bazı malî yükümleri vergi, resim ve harç “benzeri malî yüküm” olarak kabul ettiği halde, bazılarını ise kabul etmemiştir. Anayasa Mahkemesi benzeri malî yükümlülük kavramını açıklarken temel olarak, bunların kanunla konulmaları ve kamu gücüne dayanılarak gerektiğinde zorla alınmaları ölçütünü ön plana çıkarmıştır.

Danıştay ve bölge idare mahkemeleri ise, idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıklarının çözümünde, uyuşmazlık konusunun benzeri mali yükümler kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin bir ölçüt geliştirmedeği görülmektedir. Genel ifadelerle uyuşmazlığın idare veya vergi mahkemesinin görevine girdiğine karar verilmektedir.

Danıştay ve bölge idare mahkemeleri, benzeri malî yükümlerinin ne olduğu konusunda bir ölçüt geliştirmedeği gibi, Anayasa Mahkemesince geliştirilen ölçütlerden de yararlanmamaktadır. Hatta Anayasa Mahkemesince benzeri malî yüküm olarak kabul edilen bir konu, benzeri malî yüküm olarak görülmeyerek uyuşmazlığın idare mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar verilebilmektedir. Anayasa Mahkemesince benzeri malî yüküm olarak kabul edilmeyen bir konu ise, benzeri malî yüküm olarak görülerek uyuşmazlığın vergi mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar verilebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından bir konu vergi, resim, harç ve benzeri malî yüküm olarak nitelendirilmişse veya nitelendirilmemişse, Anayasa gereği bu gerekçe idarî yargı organlarını da bağlayacaktır. İdarî yargı organlarının Anayasa Mahkemesinin vergi, resim, harç ve benzeri malî yüküm olarak nitelendirdiği bir uyuşmazlığı vergi mahkemesinde, nitelendirmediği bir uyuşmazlık konusunu ise idare mahkemesinde görmesi gerekmektedir.

Vergi ve idare mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıklarının çözümünde, tarife ölçütünün kullanılıp kullanılmayacağı hususu da önem arz etmektedir. Tarifinin de vergi, resim ve harç ile benzeri malî yükümlere ilişkin olması gerekir. Şayet tarife uyuşmazlığı; vergi, resim ve harç ile benzeri malî

yükümlere ilişkin değilse dava idare mahkemesinde görülecektir. Uygulamada aksi kararlara rastlanılmakla birlikte, vergi mahkemesi ile idare mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıklarında, tek başına tarife ölçütünün kullanılması mümkün değildir. Tarife uyuşmazlıklarında da, dava konusunun vergi, resim ve harç ile benzeri malî yükümleri ilişkin olup olmadığının ortaya konulması gerekir.

İdarî yargı kararları incelendiğinde; doğrudan gelir desteği; adlî para cezası; konulan satılamaz rehni dolayısıyla uğranılan zarar; Serbest Bölgeler Kanununa göre yapılan hesap ücreti kesintisi; eşyanın ithalinde beyan edilen kıymetin gerçek kıymetten düşük olması dolayısıyla alınan ek ötv, ek kdv, ek TRT bandrol ücreti; alt yapı bilgilendirme ücreti; belediye ile kooperatif arasında imzalanan protokol gereğince tahakkuk ettirilen esenlik kurumları hasılatı adlı ücret; İmar Kanunu uyarınca tahsil edilen stabilize yol teknik altyapı katılım bedeli gibi bedellerin kesilmesine ve/veya iadesine ilişkin davalar AATUK kapsamında görülmemekte ve bu tür davalarda doğrudan idare mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmektedir.

Buna karşın; iş sonu tazminatından yapılan gelir vergisi kesintisi; terminal çıkış ücreti; cezalı hal rüsumu; GVK'nın 31. maddesi kapsamında sakatlık indiriminden yararlanma amacıyla yapılan başvurunun reddi; belediyece tahsil olunan tadilat ve iskan ücreti; ruhsatsız kazı dolayısıyla tahsil olunan yol tahrip ücreti; Gümrük Kanunu uyarınca öngörülen şartın yerine getirilmemesi sebebiyle kesilen para cezası; ödeme emrinin takip masrafı; bir vergiye bağlı olarak hesaplanan fonlar ise *“genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları, ile bu konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davalar”* kapsamında görülmekte ve bu tür davalarda vergi mahkemelerinin görevli olduğuna karar verilmektedir.

İdare ve vergi mahkemesi arasında çıkan görev uyuşmazlığı, niteliği itibariyle ve konusu bakımından özellik arz eden bir uyuşmazlıktır. Bu bakımdan idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlıklarının bölge idare mahkemelerince çözümlenmesinde pratik bir fayda bulunmamaktadır. İdarî yargıdaki tüm görev uyuşmazlıklarının Danıştay'ca çözümlenmesine ilişkin kanunî bir düzenleme yapılması, idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev uyuşmazlığının çözümünde esas alınan ölçütlerin geliştirilmesine ve uygulamada birliği temin etmeye katkı sağlayacaktır.

KAYNAKLAR

- AKDOĞAN Abdurrahman, **Kamu Maliyesi**, Ankara 2009.
- AVCI Mustafa, “6545 ve 6552 sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarda Değişikler Üzerine Bir İnceleme”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 13, S.152, s. 35-106.
- AVCI Mustafa, “İdari Yargıda İstinaf”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 96, s. 179-204.
- AVCI Mustafa, “Türkiye’de Olumsuz Görev Uyuşmazlığı’nın Çözümü”, **Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016, s.175-201.
- BAŞARAN Funda, “Anayasa Temelinde “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı”, **Vergi Sorunları**, S. 118, Temmuz 1998.
- BİLGİN Hüseyin, “Beşinci Yargı Paketiyle İdari Yargıdaki Son Değişiklikler Hakkında Bir İnceleme”, **KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C I, S. 2, s. 121-148.
- BİLGİN Hüseyin, **99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargıda Kanun Yolları**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2008.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2016.
- DİLŞAT Yılmaz, “İdari Yargıda Görev İş Dağılımı Paradoksu” , **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 4, s. 263-267.
- ERASLAN Yunus/BİLGİN Hüseyin, “İdari Yargıda Görev Uyuşmazlığı”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2017, S. 8, s.151-187.
- GEREK Şahnaz/AYDIN Ali Rıza, **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2005, Ankara.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetmelik Yargısı**, Turhan Kitabevi, 35. Baskı, Ankara 2016.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, CII, 8. Baskı, Ankara 2016., s.838.
- HASBUTÇU Sebahattin Taha, **İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- HONDU Selçuk, “Danıştay, İdare Mahkemesi ve Vergi Mahkemesi Arasında Çıkan Görev Uyuşmazlıkları” **Adalet Dergisi**, (Mart-Nisan 1986), S. 2.

- KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Sayram Yayınları, 10. Baskı, Nisan 2016.
- KANETİ Selim, **Vergi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 698, Özdem Kardeşler Matbaası, 1986/1987.
- KESKİN Züleyha, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 126, s. 235-262.
- OKTAR S. Ateş, **Vergi Hukuku**, İstanbul 2006.
- PEHLİVAN Osman, **Kamu Maliyesi**, Trabzon 2013.
- SABAN Nihal, **Vergi Hukuku**, Beta Yayınları, 4.Baskı, İstanbul 2006.
- TURHAN Salih, **Vergi Teorisi ve Politikası**, İstanbul 1998.
- ÜSTÜN Ümit Süleyman, **Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı**, İstanbul 2013.
- ÜSTÜN Ümit Süleyman, **Türk Vergi Hukukunda İdarenin Taktir Yetkisi**, Ankara 2007.
- YILDIRIM Ramazan, “Türk İdari Yargısında Görev ve Yetki”, **Amme İdaresi Dergisi**, 1996, Cilt 29, S. 3.
- YILMAZ Güneş/BİYAN Özgür, “Vergi Hukukunda Bir Belirsizlik: “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı ve Bu Kavram Açısından Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkilerin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C. 38, S. 2, 2016, s. 335-360.
- Danıştay Kararları; Bölge İdare Mahkemesi Kararları.

ESKİ VAKIFLAR HUKUKU BAĞLAMINDA VAKIF MÜESSESESİ VE GÜNÜMÜZDEKİ ETKİLERİ*

Dr. Öğr. Üy. Ahmet AKMAN**

FOUNDATION ORGANIZATION IN THE CONTEXT OF OLD FOUNDATIONS LAW AND TODAY'S EFFECTS

ÖZ

Vakıflar İslam tarihinde derin kökleri bulunan, İslam hukukçu ve tarihçilerinin yoğun ilgisine muhatap olmuş önemli bir kurumdur. Farklı din ve medeniyete ait birçok toplumda farklı görünümde varlığı müşahede edilen, ancak birçok yeni boyutuyla müslümanlarca geliştirilen kurumların başında gelmektedir. Başlangıçtan itibaren hayatın içinde var olan ve toplumsal dayanışmaya yaptığı katkılarla ön plana çıkan vakıf anlayışı hakkında en erken dönemlerden itibaren vakıf hukuku tarihimizde birçok referans bulmak mümkündür. Hayırlı eserler yaparak insanlara ve topluma faydalı olma duygusu insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. Ancak hayrın

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 18.07.2018

Kabul Edildiği Tarih: 23.07.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.445238](https://doi.org/10.15337/suhfd.445238)

** Necmeddin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: aakman@konya.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-8697-1662](https://orcid.org/0000-0002-8697-1662)

sürekli oluşu ve giderek kurumsallaşması Müslümanlar sayesinde vakıf kurumu ile sağlanmıştır. Bu sebeple Ali Himmet Berki, “Vakıf müesseseleri, insanların düşünebildikleri hukuki müesseselerin en hayırlısıdır.” ifadesini kullanmıştır.

Bu çalışmamızda vakıf kurumunun hukuki ve sosyal boyutları itibariyle, İslam kültür ve sosyal hayatına katkısı çeşitli şekillerde ele alınmıştır. Temelde sivil toplum kuruluşu olan vakıflar, toplum ve kültür tarihimiz süresince birçok kamu hizmetinin de yerine getirildiği kuruluşlar olarak İslam tarihinde önemli yer işgal etmişlerdir. Toplumdaki gelir dağılımı dengesizliğini gidermekten, bayındırlık, sağlık ve eğitim sistemine kadar neredeyse her alanda vakıfları görmek mümkündür. Geçmişte yapmış oldukları hizmetlerden bugüne örnek olacak nice uygulamalar vardır. Bunlarla alakalı olarak güncellenmiş yeni bir bakış açısına ihtiyaç olduğunu ortaya koymaya çalıştık.

ANAHTAR KELİMELER: Vakıf, Vakıf Hukuku, Medeniyet, Sosyal Hizmet, Sosyal Dayanışma.

ABSTRACT

Foundations are an important institution that has deep roots in the history of İslam and has been intimately interested in İslamic jurists and historians. The presence of different religions and civilizations in different views of which have been observed in many societies, but is one of many new dimension with the Muslims developed institutions. It is possible to find many references in our legal history since the earliest periods about the understanding of the foundations that existed in the life from the beginning with the contributions made to the social solidarity. Feeling that to be beneficial to people and society by producing good work is as old as history of humanity. However continuity and institutionalization of charity were enabled with foundations by means of İslamic civilization. Thus Ali Himmet Berki said that “Foundations are the most beneficent in legal institutions which people can think.

In this paper, the contributions to İslamic culture and social life have been dealt with in various forms in terms of the legal and social dimensions of the foundation institution. Foundations, which are basically non-governmental organizations, have occupied an important place in the history of İslam as institutions in which many public services are fulfilled during the society and cultural history. It is possible that foundations are seen in almost every area. For example; prosperity, health, education and ironing out the

inequality in income distribution etc. There are many practices which are model from past to present. In this paper, we tried to reveal that we need a new perspective about these.

KEY WORDS: *Foundation, Foundation Law, Civilization, Social Service, Solidarism.*

I. GENEL OLARAK

İslam tarihinde yüzyıllar boyunca sosyo-ekonomik açıdan önemli görevler icra etmiş, toplumun yapı taşlarından olmuş vakıfların, geçmişte yürüttüğü fonksiyonlar zamanımıza da yenilenmiş bir anlayışla ışık tutabilir. Çağımızın ekonomik anlayışının küresel ölçekte sosyal problemlerle fazla da ilgilenmemesi sonucu oluşan gelir dağılımı bozukluğu ve bunun meydana getirdiği yoksulluğun yol açtığı birçok zorlukların üstesinden gelmede hâlâ vakıfların rolü büyüktür. Adaletli olmayan gelir ve servet dağılımının ortaya çıkardığı sorunlarla baş edebilmek için, bir toplumda olması gereken kurumlardan en önemlisi vakıftır. Aynı zamanda toplumun bu mücadeleye gereken desteği vermesi için gerekli olan toplumsal temeli sağlamlaştıracak bir müessesedir. Vakıf kurumu toplum içerisinde gelir ve servet dengesini oluşturan, gelir dağılımındaki farklılığı dengeleyen bir özellik arz etmektedir.¹

Geçmişten günümüze İslam toplumlarının kültür değerleri sisteminde vakıflar ve diğer bazı kurumlar arasında birbirini tamamlayan, rol paylaşım esaslı bir ilişki vardır. Bu kurumlar arasında; zekat, sadaka, hayır, sevilen mallardan infak, komşuluk ve akrabalık (sıla-i rahim), sadaka-i cariyeye ve benzeri kavram ve uygulamalar sayılabilir. Müslümanlarca geliştirilen kurumlardan vakıfların, zikredilen diğer birçok kurumla yakından ilişkili olduğu görülür.

II. KONUNUN SINIRI VE TANIMLANMASI

İslam hukuku açısından vakıf, bir malı hayır gayesiyle vakfedenin mülkiyetinden ebediyen çıkararak, menfaatinin kamuya ve topluma mal edilmesidir. Vakfa ait tanımlarda mülkiyetin Allah'a ait kılınmasından bahsedilmesi, onu kamuya ait, ancak o vakıfla ilişkili olan tüm kişileri Allah'a karşı sorumlu kılan bir mahiyete mecbur kılar. O mal artık kuru mülkiyet (*malın aynını*) itibarıyla temlik ve temellükten alıkonularak, bir daha alım-satıma

¹ Genç, Mehmet, "Klâsik Osmanlı Sosyal-İktisadî Sistemi ve Vakıflar", Vakıflar Dergisi, Aralık 2014, sy.42, s.15.

konu olmamaktadır.² Vakfiyelerde bu husus, “Allah’ın mülkü” hükmünde olmak üzere özel mülkiyetten çıkarıldığı şeklinde ifade edilir. Bu mülk devlete ait olmayıp, topluma, kamuya ve giderek gelişen tüzel kişilik nazariyesi çerçevesinde vakıf tüzel kişiliğine ait olmuştur.³ Devlete ait olacak olsa, bazı hallerde müsadere den bağışık olma maksadıyla yapılan vakıfların durumu izah edilemezdi. Üstelik sadece vakfın mülkiyeti Allah’a zafe edilmekle kalmayıp, vakfedenin şartları da “Şari’in nassı”na benzetilmiş ve vakfiyedeki şartlara kimse el sürememiştir.⁴

Vakıf kurucusuna “vâkıf”, vakfedilen mala da “mevkûf” denir.⁵ Vakfın gayesini gerçekleştirmek üzere, vakıf hizmet ve gelirlerinden istifade eden kimselere de “mekûfun aleyh” veya “meşrûtu leh” denir.⁶

Vakıfta ebedilik önemli unsur olarak karşımıza çıkar. Bu sebeple vakfın konusunun gayrimenkul oluşu hakim olan görüştür.⁷ Böylece gayrimenkulün zamanla yok olması söz konusu olmamaktadır.⁸ Vakıflardaki *ebedilik* kavramı üzerinde, İslam hukukçuları arasında farklı görüşler olmakla birlikte, eski vakıf

² Eren, Fikret, “Osmanlı Dönemi Vakıfları”, V. Vakıf Haftası. Kitabı, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 1988, s.196.

³ Ali Haydar Efendi, Tertîb’ü’s-Sünûf fi Ahkâm’l-Vukûf, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul 1337/1340, md. 2; Hatemi, Tüzelkişiler I, İst.1979, s.53-56; Sungurbey, İsmet, Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul 1978, s. 54; Pakalın, M. Zeki, Osmanlı Tarihi Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1993, III, 576-577.

⁴ Kozak, İ. Erol, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf, İstanbul 1985, s.89; Arsebük, Esat, Medeni Hukuk I Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Tan Matbaası, İstanbul 1938, s.305,306; Öztürk, Nazif, Türk Yenileşme Tarihi Çevrevesinde Vakıf Müessesesi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1995, s.21vd.; Özkaya, Eraslan, Eski Vakıf Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2012, s.64,85.

⁵ Akgündüz, Ahmed, Vakıf Müessesesi, 3. Baskı, İstanbul 2013, s.178,190; Arsebük, Medeni Hukuk, s.304; Berki, A.H., Vakfa Dair Yazılan Eserlerle Vakfiye ve Benzeri Vesikalarda Geçen İstilah ve Tabirler, Vakıflar Genel Müdürlüğü Neşriyatı, Ankara 1966, s.37,41.; Öztürk, Nazif, Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar (Ahkâm’l-Evkaf), Ankara 1995, s.97; Schacht, Joseph, Early Doctrines on Waqf, Fuad Köprülü Armağanı, Türk Tarih Kurumu, s.447.

⁶ Arsebük, Medeni Hukuk, s.304; Berki, A. Himmet, Berki, A.H., Vakfa D1air Yazılan Eserlerle Vakfiye ve Benzeri Vesikalarda Geçen İstilah ve Tabirler, Vakıflar Genel Müdürlüğü Neşriyatı, Ankara 1966, s.37,41; Öztürk, N., Elmalılı Gözüyle Vakıflar, s.100.

⁷ Öztürk, N., Elmalılı Gözüyle Vakıflar, s.57,74.

⁸ Ömer Hilmi Efendi, İthafü’l-Ahlah fi Ahkami’l-Evkaf, Matbaa-ı Amire, İstanbul 1307, mes.44, 50, 70; Ali Haydar, Tertîb, md.2,70.

hukukumuzda genel kabul görmüştür. Doktrinde vakıflarda daimiliği şart koşmayan görüşlerden yola çıkarak,⁹ muvakkat vakıflara son dönem farklı İslam ülkeleri kanunlaştırmalarında yer verilmiştir. 1946 tarihli Mısır Vakıflar Kanunu buna örnektir.¹⁰ Menkul vakfı gayrimenkullere bağlı ve onunla irtibatlı olarak ve para vakıfları sonraki dönemlerde ihtiyaca binaen ortaya çıkmış, tartışmalı olmakla birlikte kendisine meşru uygulama alanı bulmuş hususlardandır.¹¹ Kurumsal anlamda sosyal realite halini aldıktan sonradır ki, hukuki anlamda sistematize edilme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu noktada özellikle fıkıh kitaplarındaki vakıf bahis ve bölümleri yanında zaman içerisinde *Ahkamü'l-Evkâf* adı altında müstakil, monografik çalışmalarla birlikte, konuyla ilgili diğer tedvin faaliyetlerini görüyoruz.¹²

Çalışmada ele almak istediğimiz konu, vakıfların geçmişte yapmış olduğu hizmetleri irdeleyerek, güçlü bir sivil toplum kuruluşu olarak günümüzde hangi rolleri üstlenebileceğidir. Bu sebeple ağırlıklı olarak eski vakıflar ve faaliyetleri üzerinde durulacak, günümüze ışık tutabilecek hususlara ve bazı güncel uygulamalara temas edilecektir.

III. VAKFEDENİN ŞARTLARI VE VAKFİYE

Vakfeden kurmuş olduğu vakıf ile, vakfın gayesini gerçekleştirmek maksadıyla birçok hususu kuruluş esnasında şart koşabilir. Gelirlerin nasıl toplanacağı, kimlere ve nerelere harcama yapılacağı, harcamaların nasıl yapılacağı ve bu görevleri kim veya kimlerin ne şekilde yerine getireceği, kısaca vakfın idare esasları konusunda ortaya konan bu şartlar ile “*vakıfnâme*” veya “*vakfiye*” dediğimiz belge meydana getirilmiş olur.¹³ Vakıflar ağırlıklı olarak

⁹ Malikilerde muvakkat vakıflar caizdir. el-Kübeysî, *Ahkamü'l-Vakf*, I, 78 vd.; Schacht, Joseph, *Early Doctrines on Waqf*, s.444, 448; Bedir, Murteza, *Buhara Hukuk Okulu*, İstanbul 2014, s.157.

¹⁰ Çizakça, Murat, *İslam Dünyasında Vakıflar*, çev. Elif Süreyya Genç, Konya 2017, s.127-128; Akgündüz, *Vakıf Müessesesi*, s.90.

¹¹ Kozak, *Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf*, s.84; Kazıcı, Ziya, *Osmanlıda Vakıf Medeniyeti*, Kayıhan Yay., İstanbul 2014, s.118-119; Öztürk, N., *Elmalılı Gözüyle Vakıflar*, s.77.

¹² Bkz. Köprülü, F., “*Vakıf Müessesesinin Hukuki Mahiyeti ve Tarihi Tekamülü*”, VD, Ankara 1942, sy.2. s.2-4; Özcan, Tahsin, “*Osmanlı Vakıf Hukuku Çalışmaları*”, TALİD, 2005, c.3, sy.5, s.515 vd.

¹³ Şeker, Mehmet, *İslâm'da Sosyal Dayanışma Müesseseleri*, DİB Yay., Ankara 1991, s.140,141.

sosyal bir kurum olmakla beraber, başlangıçtan itibaren hukukun ilgi alanına girmiş ve İslam hukuk tarihi boyunca nicelik ve nitelik açısından çok zengin bir literatür oluşmuştur.¹⁴ Fatih Vakfıyesi'nin giriş bölümünde "Biz insanı **en güzel** biçimde yarattık."¹⁵ ayetine vurgu yapılarak, herhangi bir ırk, cins, millet ayırımı yapılmadan insana yönelik hayır yapma duygusu ön plana çıkarılıyor. İnsan "malı ile hayrat yapmalı"; "beden gücüyle Allah'ın emirlerini yerine getirmeli (ibadet ve taat)"; "aklı ile kainatı ve insanı incelemeli", ve "ruhunu hakka yöneltmelidir." vurguları yapılıyor.¹⁶ Müslümanların hakim olduğu bütün coğrafyalarda insanları vakıf kurmaya yönelten en önemli saik, sürekliliği olan hayır yapma düşüncesi olmuştur.¹⁷

IV. İSLAM HUKUKUNDA VAKIF KURUMUNUN TEMELLERİ

Vakıfla ilgili ilk uygulama örnekleri İslam tarihi itibarıyla Hz. Peygamber'le başlar. Ancak Hz. Peygamber'in uygulamalarını destekleyen ve vakıf anlayışına mesnet olabilecek ayet-i kerimeleri olduğunu belirtelim. Bu ayetlerden bazı örnekler verilebilir:

Cenab-ı Hak; " İyilik ve takva (Allah'a karşı gelmekten sakınma) üzere yardımlaşın. Ama günah ve düşmanlık üzere yardımlaşmayın. Allah'a karşı gelmekten sakının. Çünkü Allah'ın cezası çok şiddetlidir" buyuruyor.¹⁸

"Sevdiğiniz şeylerden Allah yolunda harcamadıkça iyiliğe asla erişemezsiniz. Her ne harcarsanız Allah onu bilir."¹⁹

"Herkesin yöneldiği bir yön vardır. Haydi, hep hayırlara koşun, yarışın! Nerede olsanız Allah hepinizi bir araya getirir. Şüphesiz, Allah'ın gücü her şeye hakkıyla yeter."²⁰

¹⁴ Yediyıldız, B., XVIII. Yüzyılda Türkiye'de Vakıf Müessesesi, TTK Yay., Ankara 2003, s.4.

¹⁵ Tîn (95), 4.

¹⁶ Yediyıldız, B., "Vakıflar ve Sivil Toplum Üzerine Bazı Düşünceler", Vakıf ve Sivil Toplum, Haz. Fahmeddin Başar, Ankara 2017, s.17.

¹⁷ Ghazaleh, Pascale, "Introduction Pious Foundations: From Here to Eternity?", Held in Trust-Waqf in The Islamic World, Edited by Pascale Ghazaleh, The American University in Cairo Press Cairo New York 2011, s.2,3.

¹⁸ Maide 5/2.

¹⁹ Âli İmran, 3/92.

²⁰ Bakara 2/148.

Başka ayetlerde de “*hayırda yarışmak*”²¹ buyurulmaktadır. “...Onlardan bir kısmı da hayırda yarışır. Bu büyük bir lütuftur.”²² mealindeki ayet-i kerime ise hayır yarışına katılan müslümanların ne kadar büyük bir ilâhî lütufa ereceklerini haber vermektedir.

“*Sadaka-i cariye*” İslam vakıf hukuku ve tarihinde vakfın dayandığı sürekli hayır anlayışını temsil eden bir kavramdır. “*Sadaka-i cariye*”, sürekli ecir getiren sadaka anlamına gelir. İnsanların yararlandığı eserler bırakan, faydalı bir ilim ortaya koyan, kurumlar oluşturan, hayır ve hasenat yapan kimse kendisinin ölümünden sonra dahi, insanlar o şeyden faydalandıkları müddetçe sevabını almaya devam eder. Sadaka-i cariye, yol, köprü, mescit, çeşme, hastane, yoksullar için aş evi ve okul gibi hayır kuruluşlarını da kapsar. İnsanlar bu gibi yerlerden yararlandığı sürece, bunları yaptıranlar, sebep olanlar ve destek olanlar sağlıklarında ve vefatlarından sonra sevap kazanmaya devam ederler.²³

Hz. Peygamber’den vakıfla ilgili mesnet olarak gösterilen en önemli hadislerden birisi meşhur sadaka-i cariye hadisidir. “Âdemoğlu öldüğü zaman, amel defteri kapanır. Üç kimse bundan müstesnadır. Kesintisiz sadaka (sadaka-i cariye) meydana getirenler, topluma yararlı bir ilim (talebe/eser) bırakanlar ve kendisine hayır dua eden hayırlı çocuk yetiştirenler.”²⁴

Vakıf ve bu anlamda hayır yapılmasını destekleyen birçok ayet ve hadisle birlikte ayrıca Hz. Peygamberin fiilî örneklığı de söz konusudur.

Sevgili Peygamberimiz, daha Mekke'den Medine'ye gelir gelmez, Neccaroğulları'ndan bir arsa satın almış, bu arsayı vakfederek üzerine mescit yapılmasını sağlamıştır. Hicretin 3. yılında kendisine ait yedi parça hurma bahçesini vakfedip, gelirini, İslam’ı muhafaza sadedinde yapılacak faaliyetlerdeki ihtiyaçların giderilmesine tahsis etmiştir. Fedek'deki hurmalığını erzak ve parası tükenen yolculara, Hayber'deki hurma bahçesinin

²¹ Maide, 5/48; Müminûn 23/61.

²² Fâtır, 35/32.

²³ Bilmen, Ö.N., İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu, İstanbul 1969, IV,301; Köprülü, Fuad, İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi, Akçağ Yay., Ankara 2005, s.299; Ömer Hilmi, İthâfû’Ahlâf, s.10; Öztürk, N., Elmalılı Gözüyle Vakıflar, s.119.

²⁴ Müslim, Vasiyye,14; Ebû Dâvud, “Vesâyâ”, 14; Tirmizî, “Ahkâm”, 36.

gelirini de İslam'a hizmet için vakfetmiştir. Yine bir arazinin Hz. Peygamber tarafından menfaati yolculara olmak üzere vakfedildiği rivayet edilmektedir.²⁵

Sahabe-i kiramin ileri gelenleri de birçok vakıf yapmışlardır. Hz. Ömer "Semg" denilen değerli hurmalığını vakfetmek istediğinde, Hz. Peygamber (s.a.v), " malın aslını habsset, menfaat ve semerelerini sadaka ver" buyurmuştur. Bunun üzerine Hz. Ömer'de bu şekilde söz konusu yeri vakfetmiştir.²⁶ Hz. Ömer oluşturduğu vakfiyede kendisinden sonra kızı Hz. Hafsa'nın, sonrasında da dirayetli oğul ve torunların vakfı yönetmesini istemiştir.²⁷

Vakıf uygulamaları tarihi süreçte müslüman toplumlarda kesintisiz hayır işleme bilincini geliştirmiş ve bunun bir sonucu olarak özel ve kurumsal ölçekte büyük vakıflar oluşmuş ve ortaya bir vakıf toplumu çıkmıştır. Öyle ki bu anlayış, Müslümanlar arasında "İnsanların en hayırlısı, insanlara faydalı olan; malın en hayırlısı, Allah yolunda harcanan, Allah yolunda harcananın en hayırlısı da insanların en çok ihtiyaç duydukları şeyleri karşılayandır" şeklinde bir ilkenin yerleşmesini sağlamıştır.²⁸

Müslüman toplumların en önemli simgelerinden olan vakıflar, Hz. Peygamber'den itibaren tarih boyunca İslam toplumların sosyal yapılarını sağlamlaştırma, sosyal dengeyi sağlama ve yaraları sarmada etkin bir rol üstlenmişlerdir. Bunun bir sonucu olarak, fakir ve kimsesizlerin yiyecek, giyecek ve kalacakları yerlerinin temin edilmesi, hastaların tedavisi, fakir öğrencilerin desteklenmesi, hayvanların ve çevrenin korunması, ibadethanelerin ve toplumun ihtiyacı olan tesislerin yapılması, bakım ve

²⁵ İbnü'l- Hümmam, Kemâlüddin Muhammed (v.861/ 1456), Fethu'l-Kadir, c.I-X, Darü'l-Fikr, ty.,yy.,VI, 204 vd.; Hassâf, Ebû Bekr Ahmed b. Ömer (Amr) eş-Şeybânî (ö. 261/875), Ahkâmü'l-Evkaf, I. Baskı, Mısır 1322/1904, s.5 vd.

²⁶ Buhari, Vesaya, 29; Şeker, İslâm'da Sosyal Dayanışma Müesseseleri, s.143,144.

²⁷ Buhari, Vesaya, 29; Buhari, Şurut (Şurutu'l-Vakf), 19; Şafî, Ebu Abdillâh Muhammed b. İdris (v.204 h.), el-Ümm, Dârü'l-Marife, c.I-VIII, Beyrut 1410/1990, IV, 54; Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, el-İhtiyar li Ta'lîlî'l- Muhtar, I-V (Tek cilt) , Çağrı Yay., İstanbul 1980, III,41; Kubeysi, Muhammed Ubeyd Abdullah, Ahkamü'l-Vakf fi'ş-Şeriatü'l- İslamiyye, Bağdat 1397/1977, I, 96; Öztürk, N., Elmalılı Gözüyle Vakıflar, s.122 vd.

²⁸ Ömer Hilmi, İthâfü'Ahlâf, s.11.

onarımı gibi toplum yararına olarak nitelendirilebilecek hemen her alanda vakıflar büyük hizmetler görmüşlerdir.²⁹

İnsanın içinde yaşadığı topluma faydalı olma konusunda sürdürülebilir bir hayır yolu olmuştur. Hatta İslam toplumları içerisinde vakıfların geldiği gelişmişlik çizgisi itibariyle, içinde yaşanılan toplumda günlük dini, sosyal ve toplumsal hayatta vakıflara temas etmeyen bir günü dahi geçmez hale gelmiştir. Bu durum “Osmanlı İmparatorluğu devrinde pek büyük bir inkişafa mazhar olan ...vakıflar sayesinde bir adam vakıf bir yerde doğar, vakıf beşikte uyur, vakıf mallardan yer ve içer, vakıf kitaplardan okur, vakıf bir medresede hocalık eder, vakıf idaresinden ücretini alır ve öldüğü zaman kendisi vakıf bir tabuta konur, vakıf bir mezarlığa gömülürdü” şeklinde tezahür etmiştir.³⁰

Gelinen noktada içinde bulunduğumuz kültür hayatının oluşumu ve gelişmesinde vakıflar çok büyük etkiye sahip olarak, toplumsal hayatımıza en önemli katkıyı vermişlerdir.

V. BAZI MÜSLÜMAN TOPLUMLARDA VAKIF KÜLTÜRÜ

İslam tarihinde fetihlerden itibaren refah ve servetin oluşmaya başlamasında vakıfların büyük etkisinin olduğu anlaşılmaktadır. Bu servetin oluşumu ve buna sahip olanların toplum ve devletteki statülerinin sağlamaştırılması, kamu hizmetlerinin arkasındaki itici güç olmuştur. İlişkilerin karşılıklı birbirini beslediği ve güçlendirdiği görülmektedir.³¹

Vakıflar tarihi gelişim itibariyle Endülü’s’ten Orta Asya ve Güney Afrika’ya kadar uzanan İslam coğrafyasında Hz. Peygamber’den sonra özellikle

²⁹ Hassâf, Ahkâmü’l-Evkâf, s.5-18; Bkz. Muhammed, Ebu Zehra, Muhadarât fi’l-Vakf, Matbaatu Ahmed Ali Muhaymir, Camiatü’t-Devle el Arabiyye, 1959, s.7 vd. Vakıf Müessesesi İnsanlık tarihi içerisinde yer alan müesseselerin en önemlisidir. Berki, A., H., Vakıflar, İkinci tab’ı, İstanbul 1946, s.9; Hoexter, Miriam, “Yirminci Yüzyılda Vakıf Çalışmaları: Durum Tespiti”, Çev. Hatice Güzel, Belleten, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 2002, c.LXV, s.1117.

³⁰ Arsebük, Medeni Hukuk, s.297,298; Berki Şakir, “İmparatorluk ve Cumhuriyet Hukukunda Vakıf Şartları”, VD, (2006), sy.X, s.72; Yedi yıldız, B., “Vakıf”, DİA, c.42, s.79; Muhammed Ebu Zehra, Muhadarat fi’l-Vakf, s. 92 vd.; Muhammed Muhammed Emin, el-Evkaf ve’l-Hayatü’l-İctimaiyye fi Mısır (647-963h./1517-1650), Dirase Tarihiyye Vesaikiyye, Darü’n-Nahda el-Arabiyye bi’l-Kahire, I. Baskı, Kahire 1980, s.21 vd.

³¹ Demirakin, Işık N. A Study Of Ottoman Modernisation On The City: The Sixth Municipal District of İstanbul (1858-1877), Ankara 2006, s.17; Hoexter, M., “Yirminci Yüzyılda Vakıf Çalışmaları: Durum Tespiti”, Çev. Hatice Güzel, Belleten, c. LXV, s.1118,1121.

hicri III. asırdan itibaren büyük ve önemli sosyal ve ekonomik roller üstlenmiş ve takip dönemlerde de etkisinin giderek artırmıştır. Çeşitli dönemler itibariyle vakıfların ekonomik potansiyelleri devlet bütçesi içerisinde önemli yerler işgal etmiştir. Birçok müellif vakıfları İslam tarihinde oluşturulmuş en önemli müessese olduğunu ifade etmektedir. Ali Himmet Berki, “Vakıf müesseseleri insanların düşünebildikleri hukuki müesseselerin en hayırlısıdır.” İfadesini kullanmıştır.³²

Endülüs'te vakıf gelirleri sosyal amaçlı olarak genel hazineden ayrı, ancak hakim gözetiminde takip edilen ve işleri yürütülen bir müessesedir. Oluşan ve biriken vakıf gelirlerinden zaman zaman devlet hazinesine katkı dâhi yapmıştır. Endülüs'te vakıf hastanelerinden herkesin ücretsiz faydalanması sağlanmıştır. Ayrıca hasta taburcu edilirken bir kat elbise ile bir aylık iâşe masraflarını karşılayacak para veriliyordu.

Vakıfların İslam toplumlarında gelişimi ile birlikte önemli miktarda sermaye birikimi de meydana gelmiştir. Mısır başta olmak üzere birçok bölgede bu durum ilim öğrenmeye teveccühü artırmıştır. Hoca ve talebelerin sayısında artışın meydana gelmesi, bölgeleri cazibe alanına çevirmiş ve buralara beyin gücü çekilmesine sebep olmuştur. Bilimsel seviyesi, medrese ve üniversitesi gelişmiş İslam beldeleri hep bu tarihi serüveni yaşamışlardır.³³

İslam öncesi de vakıf müessesesinin varlığı görülmekle birlikte, Türk-İslam tarihi bakımından vakıf eserlerin ilk görüldüğü dönem Karahanlılardır. Selçuklu veziri Nizamülmülk (v.1092) Bağdat'ta aynı zamanda bir vakıf medrese olan Bağdat Nizamiye medresesini 1067'de hayata geçirmiştir. Vakıf yoluyla topluma hizmet anlayışında Selçukluların bu müesseseyi kısa sürede benimseyerek, geliştirdiklerini görüyoruz. Şîî-Fatîmi devletine karşı mücadelede vakıflar topluma dönük kamu hizmeti alanlarını geliştirmişlerdir. Bu dönemde birçok tekke, zaviye, medrese ve cami gibi dini, toplumsal ve eğitim alanındaki hizmetler vakıflar yoluyla gerçekleştirilmiştir.³⁴

Selçuklularda yine Endülüs'te olduğu gibi tıp alanında vakıf yoluyla birçok gelişme yaşanmış ve bunun sonucunda her şehir ve kasabadaki

³² Berki, Vakıflar, 1946, s.3 vd.; Yedi yıldız, XVIII. Yüzyılda Türkiye'de Vakıf Müessesesi, s.146.

³³ Çizakça, İslam Dünyasında Vakıflar, s.117-124; Yüksel, Hasan, “Vakıf Müsadere İlişkisi”, Osmanlı Araştırmaları XII, İstanbul 1992, s.410, 424.

³⁴ Yüksel, Ahmet Turan, “Türk-İslâm Medeniyetinde Vakıfların Yeri Ve Önemi”, XVII. Vakıf Haftası 8 Aralık 1999, s.48.

hastanelerde tedavi ücretsiz yapılmış ve her bir hastanenin gelir getiren büyük vakıfları olmuştur.³⁵ Selçuklularda tıp alanı dışında özellikle bayındırlık, sanat ve mimarinin ilerlemesinde vakıf anlayışın büyük payı vardır. Anadolu Selçuklu Devletinde topluma hizmet veren hayır maksatlı vakıflara *imaret vakıfları* denilmiştir. Bunlar cami, medrese, darüşşifa, darüzziyafe, hamam ve benzeri şekillerde ortaya çıkmışlardır. Gelirleri de düşünülerek *irad vakıfları* ile ilişkilendirilmişlerdir. Bunlar kira getirisi olan çeşitli hanlar ve işyerlerinden oluşmaktadır. İmaret vakıfları belediyeceliğe ait temel görevleri ücretsiz sağlamak için gelir kaynaklarına önem verdikleri görülür.³⁶

Vakıf sayısının artması bunların yönetimi konusunu gündeme getirmiş ve bu sebeple Osmanlı'da olduğu gibi "Evkaf Nezareti" kurulması yoluna gidilmiştir.³⁷ Selçuklular döneminde vakıfların bazı toplum hizmetleri bakımından oldukça önemli roller yüklediklerini görüyoruz. Bu noktada Anadolu Selçuklu Devletinin önemli devlet adamlarından Celalettin Karatay (v.652/1254)³⁸ tarafından yaptırılan kervansarayın h.645/1247 tarihli vakfiyesinden ilgili kısmını zikretmek, bu dönemdeki vakıfların sosyal kamu hizmeti sağlayıcılığı konusunda fikir vermesi bakımından güzel bir örnek olacaktır: "Yolcuların kervansarayda, hayvanlarıyla birlikte, üç gün meccanen kalma imkânı vardır. Kervansaraya gelen, müslüman-hıristiyan, zengin-fakir, hür-köle bütün misafirlere aynı yemek verilmesi şartı vardır. Yolcuların çeşitli ihtiyaçları için kayıtlar yer alır. Yolcuların ayakkabılarını tamir veya ayakkabısı olmayana yeni ayakkabı verileceği hususundaki vakıf şartları çok dikkate şayandır. Bunun gibi hana gelen hayvanların nallanması için nal ve çivi tahsis edilmektedir. Handa hastalanan hayvanlara bakmak için orada devamlı bir baytar vardır ki ona vakfiyede 100 dirhem para ile 24 müd (bir hacim ölçü birimi) zahire (tahıl) ayrılmıştır. Kervansarayın aydınlatılması için gerektiği kadar yağ (zeyt), mescid için mum ve yolcuların ısınması için gerekli odunun

³⁵ Yüksel, Ahmet Turan, Türk-İslâm Medeniyetinde Vakıfların Yeri Ve Önemi, s.52.

³⁶ Demir, Mustafa, "Anadolu'da ilk Türk Şehirleşmesinde Vakıfların Rolü", Sosyal Bilimler Dergisi: Celal Bayar Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Celal Bayar University of the Faculty of Arts and Science Sayı: 1, Yıl: 1997, s. 65.

³⁷ Akgündüz, Vakıf Müessesesi, s.366; Kahraman, Seyit Ali, Evkâf-ı Hümâyûn Nezâreti, İstanbul 2006, s.6 vd.

³⁸ Bkz. Taneri Aydın, "Celâleddin Karatay", DİA, VII, 251; Odabaşı, Zehra, Selçuklu Devleti'nde Mühtedi Vakıfları: Celâleddin Karatay Vakıfları Örneği, Basılmamış Doktora Tezi, Konya 2012, s.71 vd.

miktarının tespiti idarecilere bırakılmıştır. Ayrıca Celaledin Karatay, Kervansarayaya inen yolcuların yıkanma ihtiyaçlarını unutmamıştır. Handa hasta olanlar için de ilaç ve meşrubat tahsisi vardır.”³⁹

Selçuklulardan sonraki Türk-İslam Devletlerinde bu mirasın geliştirilerek devam ettirilmiş olduğunu görüyoruz. Harzemşahlar, Atabekler, Eyyubiler, Memluklar, Anadolu Selçukluları ve sonrasında beylikler dönemi ve Osmanlılarda giderek bu müessese hizmet alanlarını daha da artırmıştır. Sonrasında müslüman olan Moğolların da özellikle yıkılan şehirlerin imarı için büyük vakıflar kurdukları ve bunların yaşaması için gelir getirmeye elverişli geniş arazileri bunlara tahsis ettikleri görülmektedir. Bu dönemi takiben Celâyirler, Timûrîler, Akkoyunlular, Safevîler, Şeybânîler gibi Türk ve Moğol hükümlerinin vakıflara aynı önemi verdiğini görüyoruz.⁴⁰

Vakıflar konusunda tarihi süreç içerisinde en önemli gelişmenin Osmanlı Devleti’nde yaşandığı söylenebilir. Osmanlıda eğitim, sağlık, bayındırlık, sosyal güvenlik gibi temel konular dışında, en ince ayrıntılı alanlarda dahi vakıfların var olmuştur. Öyle ki, toplumun bütün ihtiyaçlarına cevap vermeye çalışan en önemli yaygın bir kuruluş olarak vakıfları görüyoruz. Hatta Osmanlı için batıda sosyal politika alanında çalışanlar “vakıf cenneti” ifadesini kullanmışlardır. Devletin iç ve dış güvenlik alanı dışında, eğitim, sağlık, bayındırlık gibi alanlarda vergi teşvikleriyle vakıf oluşumlarını desteklenmiştir. Hatta bu dönemde de özellikle 19. Yüzyılda, önceki dönemlerde zaman zaman görüldüğü gibi gittikçe artan vakıf gelirlerinden devlete çeşitli yollarla kaynak aktarılmıştır.⁴¹ Devletin ileri gelenleri vakıf kurmakta adeta yarışmış ve vakıfları kamu hizmetlerinin bir gerçekleştirme aracı olarak görülmüştür.⁴²

VI. OSMANLI DEVLETİNDE VAKIF HİZMETLERİ

Osmanlı genişlediği her toprak parçasına, özellikle vakıflar yoluyla hizmetlerini götürmüş, Balkanlar, Kuzey Afrika ve Hicaz bölgesi de bundan nasibini almıştır. Bugün yıkılmış ve yok olmuşlar dışında dahi sayısız vakıf eserlere rastlamak mümkündür. Kalanlar başta olma üzere arşiv tespitleri

³⁹ Kayaoğlu, İ., “Selçuklu Vakıflarına Genel Bakış”, Vakıflar Haftası Dergisi (1985), sy. II, s.25.

⁴⁰ Köprülü, İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi, s.313.

⁴¹ Yedi yıldız, XVIII. Yüzyılda Türkiye’de Vakıf Müessesesi, s.160-161.

⁴² Hatemi, H., “Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış”, İÜHFMD, C: LV, S-4, 1997, s.114vd.

yapılıp, sonrasında imkanlar ölçüsünde ihya ve restore edilmesi bugünkü neslin tarihe bir borcu olarak durmaktadır.

Bu tarihi süreç içerisinde vakıflarla hizmet yürütülen alanların sayısı oldukça fazladır. İslam hukuk tarihimizin bu en önemli kurumunun⁴³ cami, mescit, tekke, zâviye, medrese, dâru'l-hadis, dâru'ş-şifa, kütüphane, imâret, kervansaray, han, bedesten, çeşme, su bendleri, ok meydanları, ribat⁴⁴ gibi alanlarda Türk-İslâm kültürüne damgasını vurduğunu görüyoruz.⁴⁵ Bu hizmetleri aşağıdaki şekilde sınıflandırabiliriz:

1. Eğitim ve öğretim hizmetleri.
2. Kültür hizmetleri.
3. Yapım, bakım ve restorasyon hizmetleri.
4. Dini hizmetler.
5. Sağlık hizmetleri.
6. Hayri ve sosyal yardım hizmetleri.
7. Güvenlik hizmetleri.
8. Ulaşım hizmetleri.
9. Temizlik hizmetleri.
10. Turizmi teşvik mahiyetindeki hizmetler.
11. Ekonomik hizmetler.
12. Şehircilik hizmetleri.⁴⁶

⁴³ Berki, Ş., "Vakıfların Devlete ve Devletin Vakıflara Hizmeti", Vakıflar Dergisi (VD), (1968), sy.VII, s.45.

⁴⁴ Sınır boylarında ve stratejik mevkilerde askerî amaçlı müstahkem yapılara verilen ad. Bkz. Yiğit, İsmail, "Ribat", DİA, c.35, s.76.

⁴⁵ Hoexter, M., "Yirminci Yüzyılda Vakıf Çalışmaları: Durum Tespiti", Çev. Hatice Güzel, Belleten, c. LXV, s.1117.

⁴⁶ Yedi yıldız, XVIII. Yüzyılda Türkiye'de Vakıf Müessesesi, s.241; Öztürk, Vakıf Müessesesi, s.175 vd.; Berki, Ş., "Vakıfların Gördüğü Çeşitli Hizmetler", VD (1965), sy, VI, s.85-91; Ateş, İbrahim, "Hayrî ve Sosyal Hizmetler Açısından Vakıflar", VD, (1982), sy, XV, s.55; Gerber, Haim, "The Waqf Institution in Early Ottoman Edirne", Asian and African Studies, 1983, sy.17, s. 44.

VII. EĞİTİM VE ÖĞRETİM HİZMETLERİNDE VAKIFLARIN ROLÜ

Vakıf hizmetlerinde eğitim ve öğretim kurumları oldukça büyük önemi haizdir. cami, mescit, tekke, zâviye, medrese, dâru'l-hadis, kütüphane gerek örgün ve gerekse yaygın eğitim bakımından içinde buldukları topluma büyük hizmet etmişlerdir. Buradaki görevlilerin çeşitli sosyal fonksiyonlar icra ettikleri de müşahade edilen hususlardandır. Kamusal ve sivil alanda toplumu iyiliğe yönlendirmek, irşad etmek, örnek olmak, kötü işlerin oluşması ve devamına engel olmak ve bu amaçla ahlaki ve toplum terbiyesi ile meşgul olmak bunlar arasında sayılabilir.⁴⁷ En önemli eğitim kurumlarından olan medreseler çoğunlukla padişahlar, sultanlar, bunların hanımları, çocukları, sadrazam, şeyhülislam ve diğer büyük devlet adamları tarafından kurulmuşlardır.

Osmanlılarda özellikle eğitim hizmetleri hemen hemen tamamen vakıflar tarafından yürütülmüştür. Büyük vakıf külliyyelerde merkezde cami ve etrafını değişik türdeki mektep ve medreseler, misafirhane, kütüphane, hastane, han-kervansaray, aşevi, çarşı ve hamamlar oluşturmuştur. Vakıfların eğitim konusuna ağırlık vermesi eğitim imkanı bulamayan toplum kesimleri bakımından fırsat eşitliği de oluşturduğu görülür. Bu çerçevede yetim çocukları toplumda ihmal edilmemiş, bu konuda özel hassasiyet gösterilmiştir.⁴⁸

Vakıf eğitim kurumlarında öğrencilerin iâşe, ibate ve her türlü ihtiyaçları karşılanmış, öğrencilerin kitap ve harçlık ihtiyaçları dahi düşünülmüştür. Eğitim kurumları içerisinde veya müstakil vakıf kütüphaneler İslam beldelerinin manevi imarında önemli roller üstlenmişlerdir.⁴⁹

VIII. SAĞLIK HİZMETLERİNDE VAKIFLAR

Sağlık alanında da şifahane, darüşşifa, bîmaristan gibi hastanelerle vakıflarda hem ücretsiz sağlık hizmetleri verilmiş ve hem de medreselerin bünyesindeki dârüttıp adı verilen kurumlarla tıp eğitimi yapılmıştır. Hatta hastanelerin çoğunluğu tıp medreselerinin uygulama yeri durumunda olmuştur. Hastanelerin Selçuklu ve Osmanlı'da devlet tarafından değil, vakıflar tarafından yaptırıldığı ve zengin sayılabilecek akarlara sahip oldukları

⁴⁷ Kazıcı, Osmanlıda Vakıf Medeniyeti, s.180-184.

⁴⁸ Köprülü, İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi, s. 335.

⁴⁹ Geniş bilgi için bkz. Erünsal, E. İsmail, Osmanlı Vakıf Kütüphaneleri, TTK Yay., Ankara 2008, s.91 vd.

görölmektedir. Bu vakıf hastanelerden İstanbul'daki Haseki, Gurabâ, Şişli Etfal hastaneleri halen hizmet vermeye devam etmektedir. Ayrıca birçok hastanenin "tâbhâne" denilen, taburcu sonrası ihtiyaç duyulan hastalar için nekahet dönemini atlatmaya yönelik hafif bakım misafirhaneleri vardı. Bu hastanelerde çiçek kokuları ve musiki ile hasta tedavi edilen, özellikle ruh hastaları için dizayn edilmiş bîmaristanların olduğu bilinmektedir.⁵⁰

Vakıf hastanelerin vakfiyelerinde vakıf kurucularının ortaya koyduğu şartları detaylı olarak görmek mümkündür. Doktorların sahip olmaları gereken özelliklerden, hastalara bakım şartları, ücret alınmayacağı gibi hususlar vakfiye şartları olarak ortaya konmuştur. Vakfiyelerde yer alan şartlar konusunda İslam vakıf hukukunun hassasiyeti son derece bilinen hususlardandır. Şartlara uyulmaması halinde yapılan birçok işlemin geçerli olmayacağı, hukuken geçersiz olacağı ifade edilmekte ve ayrıca manevi bir yaptırım olarak ta vakfiyeler beddua içermektedir.⁵¹

IX. BAYINDIRLIK VE BELEDİYE HİZMETLERİNDE VAKIFLAR

Askeri amaçlar dışındaki bayındırlık ve belediye altyapılarının ve bunlara bağlı hizmetlerin hayır sahibi kişiler tarafından kurulmuş vakıflar tarafından yürütüldüğü müşahade edilir. Bunlar; yol, kaldırım, köprü, kanal, kemer, bent, çeşme, sebil, sığınaklar, konaklamaya uygun evler, sokak aydınlatmaları, çeşitli evsafıta parklardır.⁵² Vakıflar yoluyla geniş sulama tesisleri kurulmuş ve işletilmiştir. Böylece kırsal kalkınma adına vakıflar önemli görevler üstlenmiş olmaktadır. Bugün bile benzer yöntemlerle çeşitlik birliklerin, o dönem vakıflarının yaptıkları hizmetleri çeşitli devlet katkıları ile beraber yürüttükleri görölmektedir. Bu konularda oldukça geniş bir alanda hizmet yürüten vakıflar, dini kaynaklı bir kurum olmaktan ziyade beledi ve sosyal bir kurum olarak görölmüştür. 1750'li yıllarda İstanbul'un nüfusu 1.4 milyon iken Viyana, Napoli ve Moskova'nın nüfusları sırasıyla 160 bin, 310 bin ve 120 bin olduğu göz önüne alındığında, vakıflar tarafından yürütülen bu hizmetlerin boyutları mukayeseli olarak daha iyi anlaşılacaktır.⁵³

⁵⁰ Bkz. Terzioğlu, Arslan, "Bîmaristân" DiA, c.VI, 163-178; Eren, Fikret, "Osmanlı Dönemi Vakıfları", s.97.

⁵¹ Kazıcı, Osmanlıda Vakıf Medeniyeti, s.196.

⁵² Yedi yıldız, XVIII. Yüzyılda Türkiye'de Vakıf Müessesesi, s.245.

⁵³ Kuban, Doğan. "Anadolu - Türk Şehri: Tarihî Gelişmesi, Sosyal ve Fizikî Özellikleri Üzerinde Bazı Gelişmeler." Vakıflar Dergisi,(1968), c.VII, s.63-67; Öztürk, N., Elmalılı Gözüyle Vakıflar, s.31 vd.

Bu grupta özellikle su vakıfları çok özel bir yer tutar. İçme suyu konusunda çok sayıda vakıf ve bunların nasıl işletildiğine dair vakfiyeler bulmak mümkündür. Örneğin Kıbrıs'ta Larnaka'daki büyük su tesisatı Antalyalı Ebubekir Paşa, Magosa suyu Pertev Paşa, Lefkoşe suları da Silahtar ve Arap Ahmed Paşa vakıflarıdır.⁵⁴

Su vakıfları da vakıf hizmetleri bakımından son derece bilinmesi gereken kurumlarımızdandır. Su bentlerinden başlayarak, sebil, çeşme ve şadırvan gibi toplum hayatının temizliği konusunda bariz faydaları olan su vakıfları, bugün bile bazı vakıflarımızın yurtiçinde ve yurt dışında özellikle üzerinde durduğu hizmetlerdendir. Genellikle şehir merkezlerindeki vakıf hamamların da müslüman bir toplumun olmazsa olmaz temizlik (taharet) şartı için son derece faydalıdır.⁵⁵

Avarız vakıfları önceden tahmin edilemeyen deprem, sel ve hatta vergi gibi olağan dışı bazı hallerin yol açtığı ihtiyaç ve tahribatı gidermeye yönelik bir vakıf türüdür. Bu duruma önceden hazır olunmasını sağlayan ve avarız sandığı denen bir nevi fon şeklinde kurulup, işletilmektedir. Burada toplanan fonlar genellikle avarız sandığı çevresindeki zenginlerden veya o yörenin sakinlerinden sağlanmaktaydı. Günümüzde devlet afet konusunda daha etkili ve donanımlı bir teşkilata sahip, ancak devlet desteklerinin öngörmediği daha detay ve özgün durumlar söz konusu olduğunda devreye girebilecek bir yapı avarız vakıflarından mülhem kurulabilir.⁵⁶

Kervansaraylar yolcuların emniyetli bir şekilde konakladıkları ve ihtiyaçlarının karşılandığı mekanlardır. Yatakhaneleri, aşevleri, erzak ambarları, depoları, mescitleri, hamamları, şadırvanları, hastane ve eczaneleri, ayakkabıcıları ve hayvanlar için ahır ve samanlıkları ile nalbantlar da bulunan vakıf kervansaraylarda ihtiyaçlar sınıf ve din farkı gözetilmeksizin ücretsiz olarak karşılanmaktaydı. Tüccarların daha çok istifade ettiği bu vakıf yapılar ticaretin geliştiği güzergahların oluşumunda son derece etkili

⁵⁴ Kuban, Anadolu - Türk Şehri, s.60,61,64.

⁵⁵ Kazıcı, Osmanlıda Vakıf Medeniyeti, s.218 vd.; Şeker, İslâm'da Sosyal Dayanışma Müesseseleri, s.168 vd.

⁵⁶ Kozak, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf, s.33; Kazıcı, Osmanlıda Vakıf Medeniyeti, s.122-124; Döndüren, Hamdi, İslam Hukukuna Göre Günümüzde Vakıf Müesseseleri, İstanbul 2016, s.84,85; Şeker, İslâm'da Sosyal Dayanışma Müesseseleri, s.181,185; Tabakoğlu, Ahmet, "Klasik Dönem Osmanlı Vakıf Sistemi", Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu, 15-17 Aralık 2003, VGM Yay., Ankara 2004, s.31-32.

olmuşlardır. İpekyolu tabir edilen, bilinen ticaret yolunun üzerinde çok sayıda, güvenli noktalar bu şekilde oluşturulmuştur. Ticaretin güven esaslı bir yapısı vardır. Anadolu'da özellikle bir günlük seyahat karşılığı, takriben 40 km aralıklı olarak inşa edilen han ve kervansaraylara bolca rastlanır.⁵⁷

İmaretlerin de yoksullara, ihtiyaç sahibi öğrencilere, yolda kalmışlara hizmet ederek aç açıkta kimsenin kalmamasına gayret etmişlerdir. Bu maksatla kurulan vakıflar, yetimlere, dullara, sakat ve cüzzamlılara, ihtiyarlık acizliği içindeki muhtaç kimselere yardımın ötesinde teçhiz ve tekfinlerini de sağlamıştır. Öldükten sonra diğer insanlar kadar dini vecibelerinin yerine getirilmesi hakkına sahip olan bu türden ihtiyaç içerisindeki kimselere, cenazeleri ortada kalmayarak, bu kamu hizmeti en güzel şekilde verilmiştir.⁵⁸

Vakfın İslam toplumlarında ve çok yaygınlaştığı Osmanlı döneminde ifa ettiği önemli görevler itibarıyla, bireysel oluşumlardan ziyade, devletin yapması gereken birçok konuda ilk elden veya kamu hizmetlerini tamamlayıcı ve geliştirici fonksiyonlar icra ettiği; böylece idari yapıda kurumsallaşma sürecinin hızla geliştiği söylenebilir. "Vakfın Osmanlı icadı olmadığı, muhtemelen İslamın da icadı olmadığı..." görüşünü dile getirerek, Osmanlının önceki dönemden kalma vakıf eserlerini bularak, geliştirdiği ve onlara daha derin bir boyut eklediği ve böylece vakıfları sosyal ve iktisadi her alanda yaygınlaştırmış olan Osmanlının vakıf sistemine iki önemli katkıda bulunduğunu Mehmet Genç ifade eder. Bunlardan ilki, para vakıfları yoluyla halkın mütevazı tasarrufları ile cihanşümül bir kurum oluşturmayı başarmışlar ve diğeri de, *icâreteyn* olarak bilinen uzun vadeli kiralama sistemini 16. Yüzyıldan itibaren giderek yaygınlaştırmalarıdır.⁵⁹

⁵⁷ Kazıcı, Osmanlıda Vakıf Medeniyeti, s. 185 vd.; Berkol, Feramuz. "Türk Vakıf Kervansarayları ve Bugün Turizm Hizmetinde Kullanılmaları." Vakıflar Dergisi, 10 (2006), s.346.

⁵⁸ Kayaoğlu, İsmet. "Rahatoğlu ve Vakfiyesi." Vakıflar Dergisi (1981), sy.XIII, s.6; Şeker, İslâm'da Sosyal Dayanışma Müesseseleri, s.157; Ganim, İbrahim el-Beyyûmi, el-Evkâf ve's-Siyâse fi Mısır, Dârü's-Şürûk, I. Baskı, Kahire 1419/1998, s. 324 vd.

⁵⁹ Genç, Mehmet, Klasik Osmanlı Sistemi ve Vakıflar, s.9; Bkz. İnalçık, H., "Vakıf Medeniyeti", VGM Vakıf Medeniyeti Yılı 2006, VD Özel Sayısı, s.6-7; 16; Dindaroğlu (Ustaoğlu), Zehra Betül, Cash Waqf Debates in The Ottoman Empire, SOAS University of London, MA Islamic Law, London 2013, s.15,19; İcareteynli vakıf: Vakıf gayrimenkulün bedeline yakın bir meblağın peşin alınmak ve her sene de cüz'i miktarda ödeme yapılmak üzere oluşturulmuş vakıftır. bkz. Berki, İstilah ve Tabirler, s.25.

Türk-İslâm vakıf kültüründe yukarıda ele alındığı şekliyle birçok amaca hizmet veren vakıflar, kültür ve sosyal varlıklarımızın en önemli unsurlarından birisini teşkil etmiştir. Vakıfların toplumda güveni besleyici çok temel bir işlevi vardır. Aç ve açıkta kimsenin kalmaması için varlıklı insanların ve devletin gayret içerisinde olması, o toplumun fertlerindeki güven duygusunu besler ve geliştirir. Toplum içerisinde aile dahil, toplumun diğer kesimleri arasında var olan problemlerin çözümünde de var olan vakıflar, böylece dayanışmayı kuvvetlendirmektedir. Gelir dağılımında adaletin sağlanmasında ve bunun eksikliği halinde çıkabilecek sorunların önüne geçmede de geçmişte önemli roller üstlenmiş olan vakıflar, bugün de bu konularda önemli görevlere talip olmaktadır. Osmanlıda Ebussuud Efendi ile gelişen bir uygulama olarak para vakıflarından bugün de mikro finans anlamında istifade edilerek, toplumsal kalkınmada istifade edilecek bir araç meydana getirilebilir.⁶⁰ Hayvanlara, kuşlara yönelik vakıflara bile rastlamak geçmişte mümkün olmuştur. Çevre bilincinin oluşması ve çevrenin korunmasına vakıfların katkısı dünyamızın geleceği için hayati bir rol oynayabilir.

X. VAKIF MÜESSESESİNİN SOSYAL POLİTİKA İŞLEVLERİ

Vakıflar ile geçmişte devlet tarafından yürütülen birçok kamu hizmeti ihtiyacı giderilmiştir. Bunlar arasında yukarıda da belirtildiği gibi münhasıran devlet tarafından yürütülmüş iç ve dış güvenliğe dair olanlar dışında, diğer kamu hizmetlerinin vakıflar tarafında yürütülmesine stratejik bakılmıştır. Askerlik konularında da yardımcı ve destekleyici bazı faaliyetler yine vakıflar tarafından yerine getirilmiştir. Bunlar arasında dökümhane, saraçhane, baruthane vakıfları ile top çekmede kullanılan atların satın alınması ve yetiştirilmesine yönelik vakıflar önemlidir. Ayrıca okçuluk, binicilik, ciritçilik, pehlivan tekkeleri, ok meydanları da zikredilmeye değerdir. Bunlar Devletin güvenlik ve savunma giderlerinin azaltılmasına yardımcı olmaktadır.⁶¹

Sosyal politika konuları birkaç alt başlıkta ele alınabilir:

1.Sosyal Yardım ve Dayanışma:

Vakıfların tarihi olarak yerine getirdiği hizmetlerin başında bu husus gelmektedir. Mahalle ve belli yerleşim yerlerinde her zaman için bu türden çeşitli ihtiyaç konuları zaman zaman ortaya çıkabilmektedir. Toplumdaki her

⁶⁰ Çizakça, İslam Dünyasında Vakıflar, s. 40.

⁶¹ Kunter, Halim Baki. "Türk Vakıfları ve Vakfiyeleri Üzerine Mücmel Bir Etüd." Vakıflar Dergisi (1938), sy.I, s.104,107; Yılmaz, Mustafa, Eski Vakıfların ve Taşınmazların Günümüzdeki Hukuki Rejimi, Ankara 2013, s.80 vd.

bir vakfın kendisinin doğrudan ilgi alanında olanların veya onlarla irtibatlı olanların gözlem yapma, haber verme ve müdahale işlevleri olmuştur. İnsan kendisinin dara düştüğünde ve kendisine yardım edecek kimsenin bulunmadığında içinde yaşadığı toplumun ona bir çözüm arayıp bulacağını geçmiş tecrübeler ışığında bilmek, kişinin kendisine büyük bir güven duygusu vermektedir. Vakıf külliyeler bu konuda sosyal dayanışma merkezi gibi hizmetler vererek, bir nevi sosyal katalizör görevi icra etmektedirler.⁶² Günümüzde İngiltere’de 9 milyona yakın insanın yalnızlık çekmesinden ötürü “Yalnızlık Bakanlığı” kurulmasının gündeme geldiği noktada, bunun ne önemli bir toplumsal destek unsuru olduğu yadsınamaz bir gerçektir.

2.Sosyal Güvenlik Hizmetleri:

Vakıflar bazı türleri itibariyle kişilerin karşılaşabileceği olağan dışı fiziki ve sosyal risklere karşı geliştirdikleri bir vakıf hizmet türüdür. Bunlar; kimsesiz çocuklar, öksüz ve yetimler, fakir ve kimsesizlerin cenazelerinin kaldırılması, kör ve dilsizler ile akıl hastaları, ağır ve yıpratıcı işlerde çalışanlar, harp malülleri ve gaziler, ticaret ve sanatta işleri bozulanlar, öksüz kızların çehizleri, hac yolunda parasız kalanlara yardım, tohumluk temin edemeyen fakir çiftçilere ödünç tohumluk verilmesi, iflas ederek hapse düşmüş olanlar gibi kişi ve durumlardır. Bu duruma düşenlerin kendileri ve duruma göre bakımlarına muhtaç yakınları vakıfların ilgi alanına sürekli girmişlerdir. Avarız sandıkları da mahallede ve loncalardaki sandıklarda sosyal hayatın ortaya çıkardığı riskli durumlara karşı önemli sosyal güvenlik hizmeti vermiştir.⁶³

3. Gelir ve Servet Dağılımı:

Toplum içerisinde mutlak anlamda eşitliğin söz konusu olamayacağı gerçeğinden hareketle, dinsel anlamda sosyal emir ve tavsiyelerin de uyarılmasıyla varlıkların malları üzerinde fakir ve çeşitli nedenlerle yoksunluk içerisinde olanların hakları olduğunu kabul etmek gerekir. Gelir ve servet arasındaki dengesizliklerin artmasının toplum adına hiçbir anlamlı yönü bulunmamaktadır. Bu dengesizliğin mümkün olduğunca giderilmeye çalışılması için vakıf dışındaki çareler çoğu zaman kısa sürelidir. Vakıflar yoluyla yapılan hayır maksatlı girişimlerin ise, hem sürekliliği ve hem de kalıcı etkileri söz konusudur. Bu sebeple vakıflar yoluyla yapılan katkının diğer hayır ve

⁶² Kuban, Anadolu - Türk Şehri, s.71; Şeker, İslâm’da Sosyal Dayanışma Müesseseleri, s.156.

⁶³ Kazıcı, Osmanlıda Vakıf Medeniyeti, s.123; Şeker, İslâm’da Sosyal Dayanışma Müesseseleri, s.181.

yardım müesseseleriyle aynı değerlendirmesi mümkün değildir.⁶⁴ Öncelikle vakıflar diğer yardım mecralarıyla kıyaslanmayacak derecede büyük meblağ ve boyutlara ulaşmışlardır. Vakıf kuranların kimler olduğu da belirleyici olmuştur. Osmanlı ve öncesinde vakıf kuran insanların çoğunlukla hükümdar, valide sultan, şehzade, vezir, zeamet ve has sahipleri, diğer devlet adamları, ulemadan ve diğer üst sınıflardan ileri gelen varlıklı kişiler olduğu göze çarpar.⁶⁵ 18. Asırla ilgili yapılan bir araştırmada vakıfların % 81'i devlet görevlilerine, kalanı da diğer halk kesimlerine ait görülmektedir.⁶⁶ Bu durum gelir servet dağılımındaki olumsuz sonuçları hafifletici hizmet yaptığı şeklinde de değerlendirilmektedir.⁶⁷

Vakıf müessesesi servet dağılımındaki oynadığı rolü tamamlar nitelikte olmak üzere, azımsanmayacak bir serveti özel mülkiyetten çıkararak sosyal mülkiyete aktarmıştır. Burada mülkiyet kamuya, gelir ve menfaat ise vakfedenin şartları doğrultusunda fakirlere veya an azından son tahlilde fakirlere yönelik olmaktadır. Aile vakıflarında genellikle karma bir yöntemle fakirler ve aile fertleri birlikte yaralanan olmuşlar, yaralanan aile ferdi son erince de (munkarîz olunca) fakirlere yönelik hale gelmiştir. Servet aktarımı önce sosyal alana, sonrasında ise gelir ve menfaat transferiyle fakirlere yönelik olmaktadır. Burada doğrudan değil, kademeli bir aktarımdan bahsedilebilir. Vakıflar bu işlevlerinin bir sonucu olarak az gelişmişlikten kurtulmada son derece önemli bir yere sahip olmuşlardır.⁶⁸

Gelir ve servet aktarımının bir göstergesi de eğitimin desteklenmesi yöntemiyle olmaktadır. Vakıfların konu ve tema itibarıyla en önemli alanlarından birisi de eğitim olmuştur. Eğitimin vakıf kuruluşlarda ücretsiz oluşu, fakir ailelerin birincil sayılabilecek bir harcama türü olan eğitimin desteklenmesi yoluyla, gelir bozukluğu işlevi yerine getirilmiş olmaktadır.⁶⁹

Osmanlıda gayrimenkul servetinin önemli bir kısmı vakıflara aittir. Hatta özel mülkiyet içerisinde vakıflar ¼ oranına ulaşmış durumdaydılar. 16. Yüzyıl

⁶⁴ Hatemi, Hüseyin, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, Fakülteler Mat., İstanbul 1969, s.120-121.

⁶⁵ Ülken H. Ziya, "Vakıf Sistemi ve Türk Şehirciliği", Vakıflar Dergisi (2006), sy. IX, s.32; 17.

⁶⁶ Yedi yıldız, XVIII. Yüzyılda Türkiye'de Vakıf Müessesesi, s.160.

⁶⁷ Kuban, Anadolu - Türk Şehri, s.67; Kozak, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf, s.85 vd.

⁶⁸ Kozak, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf, s.95 vd.

⁶⁹ Kozak, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf, s.86.

başlarında Osmanlı topraklarının beşte birini vakıf topraklar oluşturmaktaydı. Devlet bütçesinin % 12'si vakıf topraklardan sağlanan gelirlerden meydana gelmiştir. Bu rakam devlet bütçesine dahil olmayan diğer vakıf gelirlerini kapsamamaktadır. 18 yüzyılın son çeyreğinde bu oran daha da artmış ve ¼ ile ½ arasına yerleşmiştir.⁷⁰ Değişik coğrafyalarda farklılıklar arz etse de oranlar % 50'den biraz fazla veya az olmak üzere bir hayli yüksektir. Vakıf mülkleri Osmanlı sonrası ciddi erozyona uğramış olmalarına rağmen 1964 yılında İstanbul'da şehir merkezi vakıf gayrimenkulleri ¼ oranındadır. 18. Yüzyılda yapılmış gözlem ve araştırmalar kapsamında vakıf gelirlerinin, devlet gelirlerinin hemen hemen üçte biri ile yarısı nispetinde olduğu anlaşılmaktadır.⁷¹ Yüzyılın ikinci yarısında İstanbul'da vakıf imarethanelerden iki öğün yemek yiyenlerin sayısı 30 bin civarındadır. Fatih Camii ve İmaretine gelir olmak üzere vakfedilmiş 1130 ev, 2466 dükkan, 3 han, 54 değirmen, 57 oda, 26 mahzen, 14 hamam ve 9 bahçeden elde edilen yıllık gelir 1985 yılı fiyatlarıyla takriben 7 milyon TL'nı bulmaktaydı. Günümüzde sosyal politikalar gelir ve servet dağılımında denge adına küçük kazanımlar için ne denli çabalar sarf edildiği göz önünde bulundurulduğunda, Osmanlı ve diğer önceki İslam toplumlarında gönüllülük esaslı bu geçekleşmenin ne kadar kayda değer olduğu anlaşılır.⁷²

Osmanlı servetin adil paylaşılmasını hedefleyerek ayırım yapmadan tebaasının müşterek huzur ve mutluluğunu sağlamıştır. Osmanlıda vakıfların ekonomik gücünü anlamak için ortalamada genel toplam ekonomik faaliyetlerin yaklaşık beşte birine sahip olduklarını ifade etmek yerinde olur. Kamu ve özel sektör faaliyetleri yanında üçüncü sektör şeklinde nitelenecek kadar önemlidir.⁷³ Diğer İslam beldelerinde de oranlar ve etkiler hemen hemen birbirine benzemektedir. Bu noktadan hareketle vakıf müessesesinin

⁷⁰ Yediıldız, XVIII. Yüzyılda Türkiye'de Vakıf Müessesesi, s.159,160.

⁷¹ Yediıldız, B., "XVIII. Asır Türk Vakıflarını İktisadi Boyutu", VD, Ankara 1984, sy.18, s.18,26.

⁷² Yediıldız, XVIII. Yüzyılda Türkiye'de Vakıf Müessesesi, s.243 vd.

⁷³ Dafterdar, M. Hisham, Legal Issues Related To Endowment Avqaf Institutions, Dünya Vakıflar Konferansı, World Foundations Conference, (23-24 Eylül/September 2013), s.300.

toplam etki itibariyle İslam dünyası içerisinde oynadığı önemli rol açıkça ortaya çıkmaktadır.⁷⁴

XI. VAKIF KÜLTÜRÜNÜN GÜNÜMÜZDEKİ ETKİLERİ

1.Sivil Toplum Kuruluşu Olarak Vakıflar

Cumhuriyetin kuruluşu sonrasında 1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile ilk defa vakıflar, 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemeler dışında müstakil olarak düzenlenmiştir. Bu kanunla Cumhuriyet öncesi eski vakıflar hakkında hükümler ortaya konularak belirsizlik giderilmeye çalışılmıştır. Eski dönemdeki icareteyn ve mukataa usulüne son verilmiştir. Getirilen yeni sistemde temelde mütevellileri eliyle yönetilen *mülhak* vakıflar ile, yeni vakıflar idaresinin hükmi şahsiyeti altında temsil edilen *mazbut* vakıflar olarak eski vakıfların devamı sağlanmıştır.⁷⁵ 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu (md.73-81) ile *tesis* olarak adlandırılmış ve kuruluş, denetimi, gayesi ve diğer bazı hususlar itibariyle düzenlenmiştir. 1935 tarihli Vakıflar Kanunu ile kullanılmaya başlanan tesis kavramından 1967 yılında 903 sayılı Kanunla tekrar vakıf kavramına dönmüştür. 22.11.2001 tarihinde kabul edilen 4721 sayılı yeni Medeni Kanunda da vakıf terimi kullanılmaya devam edilmiştir.⁷⁶ Bu dönemde kurulan vakıf sayısının oldukça az olduğu göze çarpmaktadır. Bu konuda muhtelif sayılar söz konusu olup, 94, 100 ve 185, 202 sayıları verilir.⁷⁷ 1967 tarihinden sonraki dönemde yeni vakıflara ilişkin tescilli sayı 5083 olmuştur.⁷⁸ Vakıflar Kanunu 2008 yılında 5737 sayılı Kanunla değişikliğe uğramış ve yeni durumda eski vakıflardan mazbut olanların özellikle tüzel

⁷⁴ Köprülü, İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi, s. 295; Kozak, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf, s.39-42; Fratcher F. William, "The İslamic Waqf", Missouri Law Review, vol.36, İss. 2, Art. 1, Spring 1971, s.155.

⁷⁵ Yeni dönemde devam eden eski vakıf çeşitleri hakkında geniş bilgi için bkz. Ertem, Adnan, "Osmanlı'dan Günümüze Vakıflar", Vakıflar Dergisi, 2011, sy. 36, s.29, 54; Alkan, Mustafa, Azınlık Vakıfları (Tarihî Arkaplanı, Hukukî Yapısı Ve İç Analizi), Akademik Bakış, Cilt 2, Sayı 4, Yaz 2009, s.95.

⁷⁶ Korkusuz, Refik M./Ergün, Ömer, "Hukuksal Boyutları İle Eski Ve Yeni Vakıflar", DÜHFD, c.12-13, sy.16-19, s.76,113; Yılmaz, M., Eski Vakıfların ve Taşınmazların Günümüzdeki Hukuki Rejimi, s.135, 140 vd.

⁷⁷ Yılmaz, M., Eski Vakıfların ve Taşınmazların Günümüzdeki Hukuki Rejimi, s.137; Şenel, Şennur/Tuyan, Zehra, 1926-1967 Yılları Arasında Türkiye Cumhuriyeti'nde Kurulan Tesisler (Vakıflar), Akademik Bakış, Cilt 3, Sayı 5, Kış 2009, s.128.

⁷⁸ Bkz. <https://www.vgm.gov.tr/vak%C4%B1f-i%C5%9Flemleri/vak%C4%B1f-istatistikleri/yeni-vak%C4%B1flar> (et.13.06.2018)

kişilikleri ile alakalı durum netleştirilmiş ve bunları tüzel kişiliklerinin toplu olarak Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temsil edileceği ile yönetimlerinin VGM tarafından yapılacağı hususları açıklığa kavuşturulmuştur. (md.6)

2001 tarihli yeni Medeni Kanun hükümlerince yasaklanmamış olan, belirli ve sürekli bir amaca yeterli mal ve hakların özgülenmesi ile vakıflar kurulabilmektedir. (md.101) Yeni vakıflar döneminde de özellikle eğitim, sosyal ve kültürel alanlarda birçok vakıf faal durumdadır. Bunlardan 1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşmayı ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları önem arz etmektedir. Özel kanunla kurulan il ve ilçelerin tamamında şube teşkilatları olan bu vakıfların, kuruluş kanunundaki amaçları bakımından fakir vatandaşlara yardım etmek, sosyal adalet ve gelir dağılımı dengesi sağlamak ön plana alınmıştır. Bu amaçların gerçekleşmesi bakımından kendisi için bir de fon oluşturulan bu vakıflar, yoksul kesimler için gıda, yakacak, sağlık, barınma, eğitim, özürülü yardımları yapmaktadırlar. Ayrıca gelir getirici proje destekleri, kırsal alanda sosyal destek projesi, istihdam eğitimi projeleri ile yoksulluktan kurtulup kendi hayatını kazanacak donanımlara sahip olmayı önceleyen proje desteklerinin olduğunu görüyoruz.⁷⁹

Geçmiş olumlu vakıf uygulamalarımız ve kültürümüzde yaşanmış tecrübeler ile günümüzde vakıflarının benzer rollerinin yeniden güncelle uygun tarzda belirlenerek toplumsal hizmetlerde yenilenmiş bir anlayış oluşturulabilecektir.

Bunlardan en önemlisi yoksulluk ve gelir dağılımı adaletsizliği ile mücadeledir. Günümüzde yoksulluk ülke ortalamasının TÜİK kayıtlarında % 20-25 arası bir oranda olduğunu, bunun da oldukça yüksek bir oran olduğunu ifade etmek gerekir.⁸⁰ Bu konu vakıflarımızın gündemlerinde zaten olan ancak farklı araçlarla yeniden odaklanılacak en önemli konulardandır.

Bazı eski uygulamalarda mikro ölçekte ele alınabilecek güzel örnekler bulunur. Bu bağlamda eski uygulamalardan özellikle bir vakıf örneği olarak sadaka taşları, bu kültürün ortaya çıkardığı nezih uygulama örneklerindedir. Yardım edenin ve yardım alanın birbirlerini görmeden, bir anlamda “sağ elin verdiğini sol elin bilmemesi” hadisinde belirtilen tavsiyenin örneklerinden

⁷⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Bozkuş, Ahsen Ariöz, Genel Esaslarıyla Türk Hukuku’nda Vakıf Müessesesi ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, Basılmamış Sosyal Yardım Uzmanlık Tezi, Ankara 2009, s.102 vd.

⁸⁰ Bkz. <http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist> (et. 01.02.2018)

birisidir.⁸¹ Alanın ihtiyacından fazlasını almadığı, diğer ihtiyaç sahibini düşünerek, kardeşlik hukuku üstün bir ahlak anlayışıyla uygulanmıştır. Elektronik imkanlar kullanılarak, veri tabanları oluşturularak, belki sadece bu işi koordine edenlerin mahremiyetinde günümüze uyarlanmaları mümkün olabilir.

Yoksul kızların çeyizlerinin temin edilmesi, borçluların borçlarının ödenmesi, hastaların tedavisi ile sonrasında memleketlerine dönmeleri, fakirlerin cenazelerinin kaldırılması, öksüz ve yetim yurtları ve bunların parasız eğitimleri, yoksul ve kimsesiz yetimlerin Osmanlı örneklerinde olduğu şekliyle varsa mallarının muhafaza ve işletilmesi, yoksa bakım ve yetiştirilmeleri⁸² ve daha pek çok konuda günümüzde de belki yapılan, ancak daha da geliştirilerek yeni uygulama alanları ile zenginleştirilebilecek konulardandır. Bu yardım hizmetleri yerine getirilirken özellikle nezaket ve inceliklere de uyulması konusunda tarihi uygulamalarımızda güzel örnekler bulmak mümkündür. Örneğin 1451 tarihli padişahın kurduğu bir hastane vakfiyesindeki vakıf şartlarında, hastanede görev alacak doktorların ilim ve eğitim dahil, hasta ile ilişkiler ve temizlik konularında sahip olunması gereken özellikler ve uyulması gereken hususlara detaylı bir şekilde yer verilmiştir. Hastanın devamlı yanında olması gereken hasta bakıcılar ile hastanın her türlü şahsi temizliğinden sorumlu olanlar ve bunların nasıl yerine getirileceği hep öngörülmüş ve şart olarak vakfiyede yer verilmiştir.⁸³

2.Vakıfların Kamu Hizmetlerinin Görülmesindeki Rolü

İnsanların içinde yaşadığı toplumun imkanlarından istifade hakları vardır. Bu hakların elde edilmesi ve dağıtılmasında özellikle sosyal konularda nasıl bir yol takip edileceği sosyal politikalar bakımından oldukça önemlidir. Sosyal politikalar önceki dönemlerde olduğu kadar günümüz devlet ve toplum hayatında da önem arz etmektedir. Bu konuda devletin hüküm ve tasarrufu altında olan beytülmal ve hazine denilen ekonomik değerden ihtiyaç sahibi insanların hakları olduğu kabul edilmekle birlikte, bunun nasıl dağıtılacağı konusunda her devlet ve toplumun farklı çözümleri söz konusu

⁸¹ Buhari, Zekat, 16; Müslim, Zekat, 91.

⁸² Bkz. Özcan, Tahsin, "Osmanlı Toplumunda Yetimlerin Himayesi ve Eytam Sandıkları", İÜİFD, yıl, 2006, sy.14, s.107 vd.

⁸³ Bkz. Dinç, Süleyman, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, s.136; Berki, A. H., "Hukuki ve İctimai Bakımdan Vakıf", VD (1962), sy. V, s.11-12.

olabilmektedir. Devlet öncelikle bu türden ihtiyaç içerisinde olan insanların hayatını devam ettirme ve yaşama hakkını temin etme yükümlülüğü altındadır. Bu konuda güncel anayasalarda hükümler olduğu gibi, ülkemiz için de anayasal temeli olan bir husustur.⁸⁴ Vakıfların rolü tamamlayıcı olarak esasen bundan sonra başlamaktadır. Ancak burada devletin rasyonel olarak temel ihtiyaçlar itibarıyla bilgi envanteri bakımından iyi noktada olduğunu düşünmek gerekir. Durum bu şekilde değilse, vakıfların bir kısım kaynakları bu alanda harcanabilir. Fakat burada devletten destek alınması başarı şansını artıracaktır. Bu desteğin altyapı veya bir kısım ekonomik karşılığı olan destek olması mümkündür. Çünkü burada devletin yükünün alınması söz konusudur. Vakıfların yurtdışı çalışmalarında ortaya çıkan gerçek, dünya ölçeğinde de genel olarak temel ihtiyaçlar alanında ihtiyaçların yoğunlaştığı ortaya çıkmıştır. Özellikle Afrika ve Asya'nın bazı bölgelerinde çeşitli uluslararası organizasyonlarda vakıflarımız bu alanda önemli çalışmalar yapmaktadır.

Normal şartlarda vakıfların bu noktanın bir seviye üstünde, refah payı dediğimiz alanda hizmet etmeleri, kapsayıcı, bütünleşik ve entegre kalkınma politikalarına yardım edecek bir husustur. Vakıflar, bunlar düşünülerek yeniden tanımlandığında; kamu kaynaklarının çeşitli sebeplerle yetersiz kaldığı veya ihmal edilen bazı alanlarda, özel ve tüzel kişilerin kendi ekonomik varlıklarından ayırdıkları bir kısım ile, toplumun tüm kesimlerini ırk, cinsiyet, din ayırımı yapmadan, gelecek nesilleri de düşünerek, bütün insan, canlı ve bitkileri, çevre ve ekoloji de dahil, oluşturulan amaçların gerçekleştirilmesine yönelik katkı ve destek sağlayan kuruluşlar olarak ortaya konabilir.⁸⁵ Sivil toplumun bu bakımdan öne alacağı düşünce şekli herkesin ya doğrudan veya dolaylı bu türden sadaka-i cariyeye kapsamında hayır yapma konusunda yarışması ve hayır yapma bilincinin yerleşmesi için küçük yaşlardan itibaren aile ve okul ortamında, hayrın küçük ve büyüğünün olmayacağı, toplum yararına her iyiliğin makbul davranışlardan olduğu üzerinde durulmalıdır.⁸⁶

Tarihimizdeki “*Evkaf*” anlayışının bugün üzerinde durduğumuz güncel hayır konularını karşılamakta olup olmadığı sorusuna olumlu yaklaşmak

⁸⁴ Bkz. Anayasa, md.41-65.

⁸⁵ Çizakça, M., “Awqaf in History And its Implications For Modern Islamic Economies”, *Islamic Economic Studies*, vol. 6, No. 1, November 1998, s.47 vd.

⁸⁶ Öztürk, Nazif, *Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006)*, VGM Yay., Ankara 2007, s.137-138; Kozak, Erol, *Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf*, s.83.

gerekir. Gelenek ve geçmiş kültürlerine bağlı Japonya gibi özellikle bazı gelişmiş toplumlarda, eski ile yeniyi yeni bir anlayış çerçevesinde buluşturmak mümkün olmaktadır. Kültürümüzün kadim bir müessesesi olarak Cumhuriyet dönemi tecrübesinden de istifade ile vakıflarda bunu ortaya koymak mümkündür.⁸⁷

Vakfın en hayırlısı insanların en çok ihtiyaç duyduğu bir eksikliği karşılama amacına yönelik olan vakıftır. Her dönemin kendine özgü amaç/lar değişikliği, hayır kavramının içinin yeni anlayışlarla doldurulması, sosyal gerçeklik ve kültürle bağlantılı bir konudur. Ömer Hilmi Efendi bu hususu veciz bir şekilde ortaya koymuştur: “Vakfın efdalı (en faydalısı) nâsın (insanların) kendine eşed (en şiddetli) ihtiyaç ile muhtaç olduğu bir şeyi vakfetmektir. Mesela ahalisinin ihtiyacını def’a kafi çeşmesi olan bir mahallenin mektebi olmasa, orada vakıf olarak mekteb yapmak, çeşme yapmaktan afdal ve daha hayırlıdır.”⁸⁸ Günümüz şartlarında temel ihtiyaçlar sonrasında ekolojik çevrenin korunması gibi yeni hususların düşünülmesi de söz konusu olabilecektir. Bu anlamda günümüze ışık tutabilecek vakıf konuları arasında ihtiyaç sahiplerinin doğrudan ihtiyaçlarının giderilmesi kadar ve hatta bundan daha da önemlisi söz konusu ihtiyacın üretilip ekonomiye kazandırılması olmalıdır. İhtiyaç varsa altyapı kurulması, işletme sermayesi ihtiyacı için mikro kredi denilen faizsiz küçük çaplı kredilerden sağlanması, günümüze yönelik düşünülebilecek para vakfının küçük ölçekli ve kırsal kalkınma alanındaki önemli konularındandır. Bu bağlamda kendi işini kurmak üzere yoksul kimseye sermaye verilecek yahut meslek eğitimi sağlanabilecektir.⁸⁹

Ayrıca emekli ve ev hanımlarının vakıfların desteği ile üretime katkı vermesi, atıl durumda olan insan kaynağını harekete geçirmeye vesile olacaktır. Bunlara öğrencileri ve gençleri de dahil etmek mümkündür. Sağlık vakıfları da kendi alanında önleyici, eğitici faaliyetlerde bulunabilir.

Dünyada çok sayıda şeker ve yüksek tansiyon hastası var. Burada bir bilinçlenme ihtiyacı söz konusu olduğu açıktır. Dünyadaki ölümlerin % 13’ü hiper tansiyon sebebiyle olmaktadır. Türkiye’de 18.5 milyon hipertansiyon hastası var ve bunların % 70’i tedavi almamaktadır.⁹⁰ Bireyin bu sebeple iş kaybı ve ayrıca hastalığı için paraya ihtiyacı olduğunda bunun milli gelire iki

⁸⁷ Kozak, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf, s.112-114.

⁸⁸ Ömer Hilmi, İthâf-ül-Ahlâf, mes. 53.

⁸⁹ Çizakça, İslam Dünyasında Vakıflar, s. 56 vd.

⁹⁰ <http://www.turkhipertansiyon.org/pdf/insidans.pdf> (et.01.02.2018)

yönlü olumsuz katkısı olacaktır. Günümüzde önleyici eğitici-sağlık hizmeti konusunda vakıfların rolleri bu bakımdan son derece önemli olmaktadır. Kişilerin seçilmiş sağlık konularında bilinçlendirilmesi, hastalık risklerinin belirlenerek erken teşhis için proje ve faaliyetler geliştirilmesi, bu amaca hizmet eden kaynak ve fırsat sunan sistem ve organizasyonlarla bu kesimleri buluşturmak, eğitim faaliyetleri yürütmek ve tüm bunları gerçekleştirecek sosyal sağlık politikalarını da devletin vakıfları tamamlayıcı ile tasarlayarak, yürütmesi gerekmektedir.⁹¹ Devamlı sağlık desteği alınması gereken hastalıkların arasında diyaliz hastalığı da söz konusudur. Bütün bu sayılan hastalıklarla ilgili olarak genel anlamda toplumun bilinçlenmesi yanında, bu hastalıklarla uğraşan kişilerin yoksul kesimden olduğunda, sorunlar daha karmaşık hale gelebilmektedir. İstihdam kaybı ve ailenin diğer fertlerinin de bakımdan yoksun kalması söz konusu olmaktadır. Bir diyaliz hastasının yıllık harcamasının yüksekliği düşünüldüğünde, eski dönemdeki "vakıf guraba" ve farklı sağlık kuruluşu örneklerinde olduğu gibi, günümüzde de aktif bir şekilde bu konseptten istifade edilebilmelidir.⁹²

Vakıfların günümüz sorunlarına çözüm bulabilmesi için üzerinde durulması gereken konulardan birisi de "gönüllülük" bilinçlenmesinin toplumda oluşturulması ve yaygınlaştırılmasıdır. Gönüllülük karşılık beklemeden katkı vermeye talip olma anlamına gelmektedir. Sahip olduğu iş gücünü, maddi ve manevi yeterliliği başkalarının yararına kullanabilme yeteneği gönüllülükte ön plandadır. Toplumda bu türde olan insanlara vakıf insan yakıştıması da yapılır. Bunlar vakıf ruhu ile genellikle hareket eden, hep topluma ve diğer insanlara yardım ve hayır amacı güden, vakıf işlerine kendisini adanmış insanlardır. Bu vakıf ruhunu yaşatmak ve yaygınlaşmasını sağlamak gerekir. Toplumumuzun geçmiş kültüründe "imece" kavramı bulunmasından da destek alarak, bugün bu anlayışın yeniden üzerinde durulması ve bu konuda bilinç seviyesinin buna uygun geliştirilmesi gerekir. Günümüz bireyciliğin toplumsal kodlarındaki katılımcılığı kültürel erozyona uğrattığı zaman zaman gözlemlenebilmektedir. Demokrasisi gelişmiş olduğu düşünülen ülkelerde, eşitlikçi yaklaşımlara itibar edildiği kadar, istikrarlı, sürdürülebilir gönüllülük taraftarlığının da son derece yaygın olduğu görülür.

⁹¹ Bkz. Türk Hipertansiyon ve Böbrek Hastalıkları Derneği (2012). Türk Hipertansiyon Prevalans Çalışması.

⁹² Özdemir, Nurhan, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, s.142.

Hatta STK'lara üye olan insanlar buralara olan üyelik aidatı ve diğer yükümlülüklerini, diğer yükümlülükleri kadar önemsediklerini ve hatta öncelikliklerini görüyoruz. Ülkemizde sivil toplum endeks projesi (step) halkın % 8'inin bir sivil topluma üye olduğunu söylemektedir.⁹³ Oranın düşük olmasından ziyade katılanların nitelikli katkı verme vasıfları daha çok önem arz etmektedir. Demokrasi ve ekonomik kalkınma için önemli olan bir diğer husus, bireylerin toplumsal alanda da görev alabilme kabiliyetidir. Bunun söz konusu toplum için önemli bir sosyal sermaye olduğu ortadadır. Buna yeterince sahip devletler ekonomik ve sosyal kalkınmada hızla mesafe almaktadırlar. Yapıcı toplumsal işbirliğini sağlamada bu sosyal sermayenin birlikte hareket etmesi son derece önemlidir.⁹⁴

Vakıflar konusunda ele alınması gereken bir önemli konu da, boş zamanı yeterince olduğu düşünülen emekli ve ev hanımlarının bu alana yönlendirilmesidir. Öğrenci ve gençler de bu gruba eklenebilir. Atıl durumda olan bu insan kaynağını harekete geçirmek, sivil toplum çalışmalarındaki insan kaynağı açığının kapatılmasına yardımcı olacaktır. Bu kesimler doğrudan sorun alanlarını oluşturan kesimin de içinde yer aldıkları için, sahadan önemli bir katkı anlamına gelmektedir. Bunlardan emeklilerin geçmiş tecrübeleri dikkate alındığında saha çalışmaları ve vakıf projelerine nitelikli katkı sağlayacaktır.⁹⁵

Engelli ve özürllüer konusunda farkındalık uyandırmak, halkı bilinçlendirmek, altyapı hususunda kamu ve özel sektör arasında koordinasyon, bunlar üzerinde baskı grubu oluşturma noktasında vakıfların yapmaları gereken birçok işlev söz konusudur. Özürllüerle ilgili yapılan araştırmalara göre ülkemizde % 12 civarında özürllü olduğu da göz önüne alındığında,⁹⁶ bu kesimdeki ağır ve birden fazla özre sahip kişilerden yardım ve desteğe muhtaç olmalarındaki yoğunlaşma ile bireysel ve toplumsal bazda, kişisel ihtiyaçlardan istihdama kadar birçok husus bu alanı ilgilendirmektedir. Yoksulluktan en fazla etkilenen ve vakıfların daha çok ilgi alanına giren kesim bunlar olmaktadır. Bu gruptaki ağır engellilerin kendi haklarını savunabilmeleri

⁹³ Bkz. <http://www.step.org.tr/default.asp?c=5&s=16> (et.01.02.2018)

⁹⁴ Nurluoğlu, Ebru, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, s.140-141.

⁹⁵ Nurluoğlu, E., Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, s.141.

⁹⁶ http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1017 (et.01.02.2018)

imkansız veya buna yakın olmakta, ayrıca kendisiyle yakın ilgilenecek kimseler için kariyer ve meslek idamesi bakımından önemli dezavantajlar oluşturmaktadır. Bunların bakımıyla alakalı devletten de destek alabilecek olan vakıfların, istihdam, katma değer ve milli gelire önemli katkıları olacaktır. Ülkemizde bu kesimin rehabilitasyonu ile alakalı ve ihtiyaç duyulan araç gereçleri üreten vakıflar bulunmaktadır. Buradaki toplumsal yükün çok büyük bir kısmı bu kişilerin kendi ailelerine düşmekte; nitelikli, yetişmiş, profesyonel insan kaynağı desteği ihtiyacı ayrıca yoğun bir şekilde hissedilmektedir.⁹⁷

Sokak çocukları konusu da vakıfların ilgi alanına giren ve toplumun çok önemli bir problemidir. Sokakta yaşamak zorunda kalan çocuk ve diğer yetişkin evsizlerin maruz kaldıkları zorluklar, sadece kendi zorunlu ihtiyaçlarıyla sınırlı değildir. Sokakta suç çeteleriyle karşılaşmalarının yol açacağı, madde kullanımından, suç işlemeye yatkın hale gelmeleri riskine karşı, hem bu evsizleri ve hem de toplumun diğer fertlerini korumak gerekmektedir. Bu insanları sokaktan kurtarmak, toplum ve varsa ailesiyle bütünleştirmek temel bir hedef olmalıdır. Bu arada bu çocukların sokağa gidişi hususunda önleyici bazı politikaların geliştirilmesi ihtiyacı da önem arz etmektedir. Kamu kurumları ve mahalli idarelerin bu konuda güçlendirilmesi ve daha aktif hale getirilmeleri devletin önemli görevlerinden olmakla birlikte, vakıfların ihmal edilen boşlukları bütünleyici bir şekilde doldurmalarına imkan sağlayacak yönlendirici çalışmalar yapılması ve devletle, özellikle adli, idari ve kolluk kuvvetleri ile entegre çalışmalarının önünün açılması gerekir. Bu konuda sokağa çıkma nedenleri üzerinde de durmaya gerek vardır. Bu sebepler genellikle, aile içi şiddet ve ailenin parçalanmışlığında yoğunlaşmaktadır. Bu sebeple ailenin güçlendirilmesi ve aileyi destekleyici politikalara önem vermek gerekmektedir. Aileye sosyal yardımın hem önleyici ve koruyucu olarak ve hem de sonrasında sorun çözücü olarak sunulması gereklidir. Vakıfların ve hatta devletin bu sosyal politikaları tespit ve uygulamalarında desteğin ve yardımın “inayet ve lütuf” temelli olmaktan ziyade, “hak” temelli kurgulanması, insan haklarına ve İslam’ın yardımlaşmanın nezahet ve inceliğine de uygun olacaktır.⁹⁸

⁹⁷ Kandır, Adalet, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, s.143.

⁹⁸ Eraslan, Emin, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, s.144-145.

Osmanlı toplum ve kültür hayatını oluşturan en önemli etken vakıf ruhu ve anlayışıdır. Batıdaki günümüz vakıf sisteminin gelişmesinde de Osmanlı vakıf kültürünün etkisi büyük olmuştur. Osmanlı Devletinde içişleri, dışişleri, adalet ve emniyet dışındaki kamu hizmetleri, genel anlamda yaklaşık günümüz anlamında bakanlıkların yürüttüğü hizmetler vakıflara bırakılmıştı. Bu durumun batıda genel hatlarıyla bir yansıması olmuştur. Kamu ile sivil toplum arasında koordineli, birbirini tamamlayan faaliyetler, görev ve iş dağılımı söz konusu olmuştur. Vakıf kültürü sivil toplumu ön plana çıkardığı ve toplumdan kopuk olmayan ferdiyetçiliği önemsediği için demokratik bir anlama da sahip olduğunun altı çizilmelidir. Bir toplum vakıflara, sivil topluma önem veriyorsa, insanına güven anlamında iddialı bir duruş sergiliyor demektir.⁹⁹

SONUÇ

Toplum halinde yaşamaya teşvik edilmiş olan insanların, yaşadığı toplumla olan ilişkilerinde birlik, beraberlik, dayanışma eksenlerinde kendinde olanı diğer insanlarla paylaşması dinde övülmüş bir davranıştır. Yetimi örseleyen, yoksulu doyurmada teşvik edici olmayan kişiler yerilmiştir.¹⁰⁰ Bu güzel davranışlar aynı zamanda fitridir de. Toplum hayatının bir sonucu olarak mutlak eşitlik söz konusu olamamaktadır. Dolayısıyla toplum hayatı içerisinde sosyal ve ekonomik anlamda sürekli veya geçici olumsuzluk yaşayan kişileri, içinde yaşadığı toplum geliştirdiği bir dayanışma mekanizması ile gözetir, kollar ve onun toplumun diğer fertleriyle yakınsamasını sağlar. Birçok toplum ve medeniyette farklı tezahürde görülen bu yapılar, İslam toplumlarında vakıf adı altında son derece geliştirilmiş bir dayanışma kurumuna dönüştürülmüştür. Ali Himmet Berki, vakıfları; insanların düşünebildikleri hukuki müesseselerin en mükemmeli olarak nitelemiştir. Bu müessese tarihi süreç içerisinde çeşitli gelişim merhaleleri içerisinde çok önemli toplumsal görevler ifa etmişlerdir. Konu bakımından çeşitlilik ve bazı alanlarda meydana getirdiği derinlik ile sosyal dayanışma ve hatta kalkınma örnekleri sunan tarihi tecrübenin, günümüze ışık tutacak da birçok yönü mevcuttur. Bu konularda günümüz ve geleceğe ışık tutacak yönlerine de temas ederek, yeni bir farkındalık oluşturmaya çalıştık. Geçmişten devralınan bu mirası geliştirerek sonraki nesillere aktarma sorumluluğumuzu yerine getirmeliyiz.

⁹⁹ Fendoğlu, Hasan Tahsin, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, s.155.

¹⁰⁰ Maun,107/1-3.

KAYNAKLAR

- Akgündüz, Ahmed, Vakıf Müessesesi, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- Ali Haydar Efendi, Tertibü's-Sünûf fi Ahkâmi'l-Vukûf, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul 1337/1340. (Tertîb)
- Alkan, Mustafa, Azınlık Vakıfları (Tarihî Arkaplanı, Hukukî Yapısı Ve İç Analizi), Akademik Bakış, Cilt 2, Sayı 4, Yaz 2009. s.93-111.
- Arsebük, Esat, Medeni Hukuk I Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Tan Matbaası, İstanbul 1938.
- Ateş, İbrahim, "Hayrî ve Sosyal Hizmetler Açısından Vakıflar", VD, (1982), sy, XV, s. 55-88.
- Bedir, Murteza, Buhara Hukuk Okulu, İsam Yay., Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2014.
- Berki, A.,H., Vakıflar, İkinci tab'ı, İstanbul 1946.
- Berki, Ali Himmet, "Hukuki ve İctimai Bakımdan Vakıf", VD (1962), sy. V, s.9-13.
- Berki, A.H., Vakfa Dair Yazılan Eserlerle Vakfiye ve Benzeri Vesikalarda Geçen İstılah ve Tabirler, Vakıflar Genel Müdürlüğü Neşriyatı, Ankara 1966, (İstılah ve Tabirler)
- Berki Şakir, "İmparatorluk ve Cumhuriyet Hukukunda Vakıf Şartları", VD, (2006), sy.X, s.71-78.
- Berki, Ş., "Vakıfların Devlete ve Devletin Vakıflara Hizmeti", Vakıflar Dergisi (VD), (1968), sy.VII, s. 45-52.
- Berki, Ş., "Vakıfların Gördüğü Çeşitli Hizmetler", VD (1965), sy, VI, s. 85-91.
- Berkol, Feramuz. "Türk Vakıf Kervansarayları ve Bugün Turizm Hizmetinde Kullanılmaları." Vakıflar Dergisi, 10 (2006): 345-365.
- Bozkuş, Ahsen Arıöz, Genel Esaslarıyla Türk Hukuku'nda Vakıf Müessesesi ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, Basılmamış Sosyal Yardım Uzmanlık Tezi, Ankara 2009,
- Ganim, İbrahim el-Beyyûmi, el-Evkâf ve's-Siyse Fi Mısır, Dârü'ş-Şürûk, I. Baskı, Kahire 1419/1998.
- Bilmen, Ö.N., İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, c.I-VIII, İstanbul 1969.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail (ö. 256/869), Sahîhu'l-Buhârî, Matbaa el-Amire, c.I-VIII, Darü'l-Hilafeti'l-İlmiyye, Mısır 1315.
- Çizakça, Murat, İslam Dünyasında Vakıflar, çev. Elif Süreyya Genç, Konya 2017.

- Çizakça, M., "Awqaf in History And its Implications For Modern Islamic Economies", Islamic Economic Studies, vol. 6, No. 1, November 1998, s.43-70.
- Dafterdar, M. Hisham, Legal Issues Related To Endowment Avqaf Institutions, Dünya Vakıflar Konferansı, World Foundations Conference, (23-24 Eylül/September 2013), s. 299-328.
- Demir, Mustafa, "Anadolu'da ilk Türk Şehirleşmesinde Vakıfların Rolü", Sosyal Bilimler Dergisi: Celal Bayar Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Celal Bayar University of the Faculty of Arts and Science, Sayı: 1, Yıl: 1997.
- Demirakin, Işık N. A Study Of Ottoman Modernisation On The City: The Sixth Municipal District Of Istanbul (1858-1877), Ankara 2006 (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Dinç, Süleyman, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, (s.133-159), s.136.
- Dindaroğlu (Ustaoglu), Zehra Betül, Cash Waqf Debates in The Ottoman Empire, SOAS University of London, MA Islamic Law, London 2013.
- Döndüren, Hamdi, İslam Hukukuna Göre Günümüzde Vakıf Müesseseleri, İstanbul 2016.
- Ebû Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî (ö. 275/888), Sünenü Ebî Davud, thk. Muhammed Muhyeddin Abdülhamid, nşr. Darü İhyai's-Sünneti'n-Nebeviyye, c. I-IV (ikişer cilt), Beyrut ty.
- Eraslan, Emin, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, (s.133-159).
- Eren, Fikret, "Osmanlı Dönemi Vakıfları", V. Vakıf Haftası. Kitabı, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 1988, s.195-201.
- Ertem, Adnan, "Osmanlı'dan Günümüze Vakıflar", Vakıflar Dergisi, 2011, sy. 36. s.25-65.
- Erünsal, E. İsmail, Osmanlı Vakıf Kütüphaneleri, TTK Yay., Ankara 2008.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, (s.133-159).
- Fratsher F. William, "The Islamic Waqf", Missouri Law Review, vol.36, Iss. 2, Art. 1, Spring 1971, s.153-166

- Ghazaleh, Pascale, "Introduction Pious Foundations: From Here to Eternity?", Held in Trust-Waqf in The İslamic World, Edited by Pascale Ghazaleh, The American Üniversity in Cairo Press Cairo New York 2011.
- Genç, Mehmet, "Klâsik Osmanlı Sosyal-İktisadî Sistemi ve Vakıflar", Vakıflar Dergisi, Aralık 2014, sy.42, s.9-18.
- Gerber, Haim, "The Waqf Institution in Early Ottoman Edirne", Asian and African Studies, 1983, sy.17, s.29-45.
- Hassâf, Ebû Bekr Ahmed b. Ömer (Amr) eş-Şeybânî (ö. 261/875), Ahkâmü'l-Evkaf, I. Baskı, Mısır 1322/1904.
- Hatemi, H., "Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış", İÜHFİM, C: LV, S-4, 1997, (s.111-128).
- Hatemi, Hüseyin, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, Fakülteler Mat., İstanbul 1969.
- Hatemi, Tüzelkişiler I, İst.1979.
- Hoexter, Miriam, "Yirminci Yüzyılda Vakıf Çalışmaları: Durum Tespiti", Çev. Hatice Güzel, Belleten, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 2002, c. LXV, s.1117.
- İbnü'l- Hümmam, Kemâlüddin Muhammed (v.861/ 1456), Fethu'l-Kadir, c.I-X, Darü'l-Fikr, ty.,yy.,
- İnalçık, H., "Vakıf Medeniyeti", VGM Vakıf Medeniyeti Yılı 2006, VD Özel Sayısı, s.6-7.
- Kahraman, Seyit Ali, Evkâf-ı Hümmâyûn Nezâreti, Kitabevi, İstanbul 2006.
- Kandır, Adalet, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, (s.133-159).
- Kayaoğlu, İsmet. "Rahatoğlu ve Vakfiyesi." Vakıflar Dergisi (1981), sy.XIII, s.1-29.
- Kayaoğlu, İ., "Selçuklu Vakıflarına Genel Bakış", Vakıflar Haftası Dergisi (1985), sy II, s.22-25.
- Kazıcı, Ziya, Osmanlıda Vakıf Medeniyeti, Kayihan Yay., İstanbul 2014.
- Korkusuz, Refik M./Ergün, Ömer, "Hukuksal Boyutları İle Eski Ve Yeni Vakıflar", DÜHFD, c.12-13, sy.16-19, s.69-138.
- Kozak, İ. Erol, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf, İstanbul 1985.
- Köprülü, Fuad, İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi, Akçağ Yay., Ankara 2005.

- Köprülü, F., "Vakıf Müessesesinin Hukuki Mahiyeti ve Tarihi Tekamülü", VD, Ankara 1942, sy.2. s.1-36.
- Kuban, Doğan. "Anadolu - Türk Şehri: Tarihî Gelişmesi, Sosyal ve Fizikî Özellikleri Üzerinde Bazı Gelişmeler." Vakıflar Dergisi,(1968), c.VII, (s.53-73).
- Kunter, Halim Baki. "Türk Vakıfları ve Vakfiyeleri Üzerine Mücmel Bir Etüd." Vakıflar Dergisi, 1 (1938): 103-129.
- Kübeysi, Muhammed Ubeyd Abdullah, Ahkamü'l-Vakf fi's-Şeriatü'l- İslamiyye, c.I-II, Bağdat 1397/1977. (Ahkamü'l-Vakf)
- Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar, I-V (Tek cilt) , Çağrı Yay., İstanbul 1980.
- Muhammed, Ebu Zehra, Muhadarâtü'l-Vakf, Matbaatu Ahmed Ali Muhaymir, Camiatü't-Devle el Arabiyye, 1959.
- Muhammed Muhammed Emin, el-Evkaf ve'l-Hayatü'l-İctimaiyye Fi Mısır (647-963h./1517-1650), Dirase Tarihiyye Vesaiikiyye, Darü'n-Nahda el-Arabiyye bi'l-Kahire, I. Baskı, Kahire 1980.
- Müslim, Ebû'l-Huseyin b. Haccâc el-Kuşeyrî (ö. 261/874), Sahîh-u Müslim, thk. M. Fuad Abdulbaki, Darü İhyai't-Türasi'l-Arabi, I. Baskı, c.I-V, Beyrut 1375/1975.
- Nurluoğlu, Ebru, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, (s.133-159).
- Odabaşı, Zehra, Selçuklu Devleti'nde Mühtedi Vakıfları: Celâleddin Karatay Vakıfları Örneği, Basılmamış Doktora Tezi, Konya 2012.
- Ömer Hilmi Efendi, İthafü'l-Ahlaf fi Ahkami'l-Evkaf, Matbaa-ı Amire, İstanbul 1307.
- Özcan, Tahsin, "Osmanlı Toplumunda Yetimlerin Himayesi ve Eytam Sandıkları", İÜİFD, yıl, 2006, sy.14, s.103-121.
- Özcan, T., "Osmanlı Vakıf Hukuku Çalışmaları", TALİD, 2005, c.3, sy.5, s.513-552.
- Özdemir, Nurhan, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, (s.133-159).
- Özkaya, Eraslan, Eski Vakıf Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2012.
- Öztürk, Nazif, Çağın Sorunlarında Vakıfların Rolü Çalışma Grubu Toplantısı, Vakıf Medeniyeti Yılı (2006), VGM Yay., Ankara 2007, (s.133-159).

- Öztürk, Nazif, Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar (Ahkâmü'l-Evkaf), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1995. (Elmalılı Gözüyle Vakıflar)
- Öztürk, Nazif, Türk Yenileşme Tarihi Çevreğinde Vakıf Müessesesi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1995.
- Pakalın, M. Zeki, Osmanlı Tarihi Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, Milli Eğitim Basımevi, c.I-III, Ankara 1993.
- Schacht, Joseph, Early Doctrines on Waqf, Fuad Köprülü Armağanı, Türk Tarih Kurumu, s.443-452.
- Sungurbey, İsmet-Karinabadizade Ömer Hilmi, Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.
- Şafî, Ebu Abdillah Muhammed b. İdris (v.204 h.), el-Ümm, Dârü'l-Marife, c.I-VIII, Beyrut 1410/1990.
- Şeker, Mehmet, İslâm'da Sosyal Dayanışma Müesseseleri, DİB Yay., Ankara 1991.
- Şenel, Şennur/Tuyan, Zehra, "1926-1967 Yılları Arasında Türkiye Cumhuriyeti'nde Kurulan Tesisler (Vakıflar)", Akademik Bakış Cilt 3, Sayı 5, Kış 2009, s.123-141.
- Tabakoğlu, Ahmet, "Klasik Dönem Osmanlı Vakıf Sistemi", Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu, 15-17 Aralık 2003, VGM Yay., Ankara 2004, s.25-33.
- Taneri Aydın, "Celâleddin Karatay", DİA, c.VII, s.251-252.
- Terzioğlu, Arslan, "Bîmaristân" DİA, c.VI, 163-178.
- Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ (ö. 279/892), Sünenü't-Tirmizi el-Camiu'Sahih, thk. Abdurrahman Muhammed Osman, nşr. Muhammed Abdülmuhsin el-Küteba, Matbaa-i Medeni, c. I-V, Kahire 1964
- Türk Hipertansiyon ve Böbrek Hastalıkları Derneği, 2012. Türk Hipertansiyon Prevalans Çalışması PatenT2. http://www.turkhipertansiyon.org/prevelans_calismasi_2.php. (et. 01.02.2018)
- Ülken H. Ziya, "Vakıf Sistemi ve Türk Şehirciliği", Vakıflar Dergisi (2006), sy. IX, (s.13-38).
- Yediyıldız, B., "Vakıflar ve Sivil Toplum Üzerine Bazı Düşünceler", Vakıf ve Sivil Toplum, Haz. Fahmeddin Başar, Ankara 2017.

- Yediyıldız, B., XVIII. Yüzyılda Türkiye’de Vakıf Müessesesi, TTK Yay., Ankara 2003.
- Yediyıldız, B., “XVIII. Asır Türk Vakıflarının İktisadi Boyutu”, VD, Ankara 1984, sy.18, s.5-42.
- Yediyıldız, B., “Vakıf”, DİA, c.42, s.479-486.
- Yılmaz, Mustafa, Eski Vakıfların ve Taşınmazların Günümüzdeki Hukuki Rejimi, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- Yiğit, İsmail, “Ribat”, DİA, c.35, s.76-79.
- Yüksel, Ahmet Turan, “Türk-İslâm Medeniyetinde Vakıfların Yeri Ve Önemi”, XVII. Vakıf Haftası münasebetiyle 8 Aralık 1999’da düzenlenen “Türk İslam Medeniyetinde Vakıfların Yeri ve Önemi” konulu panelde sunulan bildiri, (s.47-54).
- Yüksel, Hasan, “Vakıf Müsadere İlişkisi”, Osmanlı Araştırmaları XII, İstanbul 1992, s.410, 424.
- <http://www.step.org.tr/default.asp?c=5&s=16> (et. 01.02.2018)
- http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1017 (01.02.2018)
- <http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist> (01.02.2018)
- <http://www.turkhipertansiyon.org/pdf/insidans.pdf> (01.02.2018)
- http://www.turkhipertansiyon.org/prevelans_calismasi_2.php. (01.02.2018)
- <https://www.vgm.gov.tr/vak%C4%B1f-i%C5%9Flemleri/vak%C4%B1f-istatistikleri/yenivak%C4%B1flar> (13.06.2018)

İSLAM HUKUKU AÇISINDAN KRİPTO PARALAR VE BLOCKCHAIN ŞİFRELEME TEKNOLOJİSİ*

Dr. Hasan DOĞAN**

CRYPTOCURRENCIES AND BLOCKCHAIN CODING TECHNOLOGY FROM THE PERSPECTIVE OF ISLAMIC LAW

ÖZ

Para kavramı ihtiyaçlara ve teknolojiadaki gelişmelere bağlı olarak tarih boyunca değişim göstermiştir. Elektronik para kavramından sonra şimdi de kripto para kavramı küçük tasarruf sahiplerinden büyük devletlere varıncaya kadar hepimizin gündemine girmiş durumda. Kripto para kavram ve sistemi, bilişim ve ekonominin yanı sıra din ve hukuk tarafından da irdelenmeye muhtaçtır. Kripto para sistemine peşinen taraftar veya karşı olmak yerine, borsa, bankacılık, kredi gibi kavram ve sistemlerin geçirdiği dönüşümü dikkate alarak konuya dair çok boyutlu değerlendirmeler yapılması zaruret arz etmektedir. Bu çalışmada farklı yaklaşımlar arasında karşılaştırmalarda

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.05.2018

Kabul Edildiği Tarih: 23.07.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.428561](https://doi.org/10.15337/suhfd.428561)

** T.C. Cumhurbaşkanlığı Özel Kalem Müdürü Büyükelçi

E-mail Adresi: hasandogan1@gmail.com

ORCID ID: [0000-0001-7810-0966](https://orcid.org/0000-0001-7810-0966)

bulunarak İslam hukuku cephesinden konuya temas etmeye gayret göstereceğiz.

ANAHTAR KELİMELER: İslam hukuku, Para, Elektronik para, Dijital para, Kripto para, Blockchain, Bitcoin.

ABSTRACT

Money as a concept has changed throughout history, depending on needs and advances in technology. After electronic money, currently the concept of crypto currency has come to dominate the agenda of all, be it small savers or states. The concept and the system of crypto currency needs to be studied on the basis of not only informatics and economics, but also religion and law. Instead of supporting or opposing the crypto currency system a priori, a multidimensional assessment of the subject is needed by taking into account the evolution of concepts and systems such as stock exchange, banking and credit. This article will try to address the subject from an Islamic law perspective by comparing different approaches.

KEY WORDS: Islamic law, Money, Electronic money, Digital money, Crypto currency, Blockchain, Bitcoin.

GİRİŞ

Aslında geçmişi daha da eski olmakla beraber son dönemde yoğun biçimde bahse konu olan kripto para kavramının anlaşılması, ilgili bazı terim, tanım ve yaklaşımların bilinmesi ile mümkün olabilecektir. Bilhassa para kavramı ve paranın geçirdiği serüven, kripto para kavramına bakış açımızın olgunlaşmasında büyük öneme sahiptir. Çalışmamızda para, kripto para, blockchain teknolojisi kavramlarını ana hatlarıyla ele aldıktan sonra İslam hukuku ve iktisadi açıdan mevcut şartlar altında kripto paraların müspet ve menfi yönlerini vurgulamaktayız.

I. Para Kavramı

Para, mal ve hizmetlerin değişiminde (mübadelede) kullanılan, duruma göre saklanabilen (biriktirilebilen) ve üretilen malların, hizmetlerin kıymetini tespit eden ödeme vasıtası olarak tanımlanabilir¹ Benzer biçimde devletin

¹ Ludwig Von Mises, The Theory of Money and Credit, İngilizceye Çev. H. E. Batson, Yale University Press, y.y. 1953, s. 29-38; Sabri Orman, "Modern İktisat Literatüründe Para Kredi ve Faiz", Para Faiz ve İslam, Çınar Matbaası, İstanbul 2015, s. 17; Ali Acar, "İslami

para kavramıyla ilişkisine atıf yapan tanımlarda devletçe bastırılan, ödeme aracı olarak kullanılan, üstünde değeri yazılı kağıt ya da metal nesneye para denildiği vurgulanmaktadır.² Bununla beraber paranın benimsenmesi hususunda bir devlet otoritesinin varlığının şart olmadığı ileri sürülmektedir.³ Bazı iktisatçılar parayı borç ödemede umumun kabul ettiği herhangi bir şey olarak tarif etmişlerdir.⁴ İslam tarihinde sikke, nakd (nakit), tibr (basılı, madrub olmayan para), para anlamında kullanılmıştır.⁵

Tanımların içinde dört unsur/ fonksiyon dikkat çekmektedir: kıymet ölçüsü, değişim vasıtası, kıymet nakli vasıtası ve ödeme vasıtası olmak.⁶ Buna zaman bakımından geleceği ön görme, tasarruf ve hâkimiyet aracı olma

İktisadın Esasları isimli Kitabın Para ve Faiz İle İlgili Kısımların İncelenmesi”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı XVI, s. 115; Philipp Bagus, “The Quality of Money”, The Quarterly Journal of Austrian Economics 12, No 4 (2009), s. 27; Stephanie Lo-Christina Wang, “Bitcoin is a Money”, Current Policy Perspectives, Federal Reserve Bank of Boston, 14-4, s. 3; Amaresh Das, “Money as a Medium of Exchange: Then and Now: Can Technology be a Facilitator of Exchange?”, Global Journal of Management and Business Research: B Economics and Commerce Volume 15, Issue 11, Version 1.0, Year 2015, s. 39.

- ² Mehmet Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2010, s. 467; Rifat Uslu, “İslam Hukukunda Para Birimleri”, İslami Araştırmalar Dergisi, 2014, XXV-I, s. 29.
- ³ Orman, s. 12; Leyla Ateş, “Bitcoin: Sanal Para ve Vergileme”, Vergi Sorunları Dergisi, Yıl 37, Sayı 308, Mayıs 2014, s. 132.
- ⁴ Ahmed el-Hasenî, İslam’da Para, Çeviren Adem Esen, İz Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 24; Charles W. Evans, “Bitcoin in Islamic Banking and Finance”, Journal of Islamic Banking and Finance, June 2015, Volum 3, No 1, s. 5.
- ⁵ el-Hasenî, s. 22.
- ⁶ el-Hasenî, s. 24-32; Evans, s. 5; Acar, 115-116; Mikail Altan, “Faizsiz Bankacılığın Temelleri”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı XVI, 2010, s. 126. Bu fonksiyonlar mübadele ve ödeme aracı, değer ölçüsü olma şeklinde üç başlık olarak da karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Bill Maurer, The Anthropology of Money, <http://www.anthro.uci.edu/~wmmaurer/bio/Maurer-AR.pdf> E.T. 20 Nisan 2018; Daniel L. Thornton, Money in a Theory of Exchange, <https://files.stlouisfed.org/files/htdocs/publications/review/00/01/0001dt.pdf> E.T. 20 Nisan 2018; Ali Özgüven, İktisat Bilimine Giriş, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 330-331. Malın malla mübadelesi, trampa; malın parayla mübadelesi, satım akdi; paranın malla mübadelesi, selem; paranın parayla mübadelesi ise sarf olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Ali Keleş, İslam’a Göre Para Kavramı, Doktora Tezi (Uludağ Üniversitesi), Bursa 1998, s. 85-86.

fonksiyonlarının da eklenebildiği görülmektedir.⁷ Klasik para teorisinde paranın sahip olması gereken beş niteliğe vurguda bulunmaktadır: taşınabilirlik, dayanıklılık, bölünebilirlik, homojenlik, taklit edilememek.⁸

İslam iktisat sisteminde paranın sadece üretilmiş mal ve hizmetler karşılığında ters yönde akan bir ölçme birimi olduğu belirtilmektedir.⁹

İslam hukukunda mal kavramı da para ile yakın ilişki içerisindedir. Malın, insanın para, eşya, hayvan ve benzeri mülk edinebildiği her şey olduğuna dair tanımı, malın parayı da kapsadığı kabulünü ortaya koymaktadır.¹⁰ Bununla beraber İslam hukuku eserlerinde mal, emek ve paranın farklı bölümlerin başat unsuru olduğu dikkatten kaçmamalıdır. Mal, büyû' (alım-satım); emek, icâre (hizmet ve kira); para ise sarf (para değişimi, kambiyo) bahislerinde daha çok ele alınmıştır.¹¹

II. Paranın Ortaya Çıkışı

İnsanların ilk dönemlerde alış veriş münasebetleri için trampa (takas) usulünü uyguladıkları, paranın daha sonra icat edildiği bilinmektedir.¹² Takas edilecek mallar arasında cins ve miktar açısından uyumsuzlukların olması, malların değer tespitinde ortaya çıkan sıkıntılar, mübadeleye konu edilmeyen ve saklanmayan belirli bir malın hesap parası olarak tayin edilmesi sonucunu

⁷ Özgüven, s. 330-331.

⁸ Osman Orhan- Seyfettin Erdoğan, Para Politikası, Avcı Ofset, İstanbul 2002, s. 5-6.

⁹ Sam Adian, İslam İktisat Teorisi ve Toplumsal Mekanizmalar, Hongkong 2016, s. 527.

¹⁰ Şemsüddîn es-Serahsî, el-Mebsût, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut t.y., XIV, 2; Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed Muhammed b. Kudâme el-Makdisî (620), el-Mukni' fi Fıkhî'l-İmâm Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî, Mektebetü's-Sevâdey, Cidde 1421/ 2000, s. 151; Muhammed Emin İbn Âbidîn, Reddül-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003, VII, 10.

Bir sözleşmede bedel yahut da satım konusu olmaları bakımından mallar üç kısımda değerlendirilmiştir.

- Alışverişte satış bedeli her halde semen olan mallar: gümüş (dirhem) ve altın (dinar) paralar.

- Alışverişte yalnız satılan (mebî') haldeki mallar: ticaret malları / uruz (misli olmayan hayvan, kumaş vs)

- Satılan (mebî') de satış bedeli (semen) de olabilen mallar: ölçü- tartı ile alınıp satılabilen mallar. Bkz. es-Serahsî, XIV, 2.

¹¹ Eskicioğlu, s. 43.

¹² Feridun Ergin, Para Siyaseti, Hamle Mat., İstanbul 1966, s. 21-24.

doğurmuştur. (Çin’de bıçak, Roma’da öküz, Amerika yerlilerinde hayvan derisi ve tütün gibi).¹³ Ancak bu malların standart niteliğe, bölünebilirlik özelliğine sahip olmaması, neveleri arasında kalite farkları bulunması, bölünme kabiliyetinin sınırlı olması, taşınma ve korunma konusunda bazı güçlükler getirmesi, insanları bir mübadele aracı olarak madenleri kullanmaya sevk etmiştir.¹⁴ Böylece bronz, demir, bakır, gümüş ve altın gibi madenler para olarak kullanılmaya başlanmıştır. Nakil, bölünme, dayanıklılık ve standart değer ifade etme bakımından ortaya koyduğu kolaylıklar, madeni paralara rağbeti artırmıştır. Başlangıçta tartı ile mübadelesi gerçekleştirilen madeni paralar, bilahare kullanımını daha kolay hale getirmek için sikke formuna sokulmuştur.¹⁵ İlk paranın Anadolu veya Çin ya da Hindistan’da (Mohenjodaro kazılarında MÖ 2900 yıllarında) kullanıldığına dair farklı görüşler mevcutsa da Anadolu’da para kullanımının yaygınlığı ve Lidya Kralı Gyne’sin milattan önce yedinci yüzyılda para bastırıldığı tarihi bir gerçektir.¹⁶

Hiz. Peygamber (SAV) döneminde madeni para sisteminin geçerli olduğu; para basılmadığı, o dönemde tedavülde bulunan dirhem ve dinarların metal değerleri ve ticari değerlerinin eşit olduğu, bu nedenle bunların mal-para sınıfına girdiği görülmektedir. Anılan dönemde Hiz. Peygamber (SAV)’in yaşadığı coğrafyada Rûmî adlı tek ağırlığa sahip Bizans dinarları (altın para) ve çeşitli ağırlık ölçülerine tabi, Beğâlî, (Vâfî, büyük ebatta), Taberî (küçük ebatta) adlı dirhemler (gümüş paralar) kullanılıyordu.¹⁷

Hiz. Osman ve Hiz. Ali dönemlerinde üzerlerinde lafza-i celâl (Allah ismi, Lâ ilâhe illallahu Vahdehû Lâ Şerîke Leh, Bismillahi Rabbî gibi) ve benzeri ifadeler bulunan mahalli para basımları olmuşsa da ilk İslam parasının Abdülmelik b. Mervan tarafından bastırılmıştır. Abdülmelik b. Mervan döneminin paralarının halis altın ve gümüşten basıldığı; ağırlıklarının Hiz. Ömer

¹³ Ergin, Para Siyaseti, s. 22.

¹⁴ Abdullah Durmuş, “Fikhî Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri” (Basılmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s. 15.

¹⁵ Zehra Vildan Serin, Para Politikası, Marmara Üniversitesi Yay., İstanbul 1987, s. 27.

¹⁶ Ergin, Para Siyaseti, s. 40; Serin, s. 27.

¹⁷ Beşir Gözübenli, “İslam Hukuk Literatüründe Para”, Para Faiz ve İslam, Çınar Matbaası, İstanbul 2015, s. 90 ve 93; Uslu, s. 30; Mehmet Erkal, İslam’ın Erken Döneminde Vergi Hukuku Uygulamaları, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., Ankara 2009, s. 64.

Bu ayırım yerine, dirhem-i beğâlî, dirhem-i taberî, dirhem-i mağribî ve dirhem-i yemeni şeklinde dördlü bir tasnife de yer verilmektedir. Bkz. Uslu, s. 30.

döneminde belirlenen miktarları esas aldığı, bir yüzlerinde (La İlahe İllallahu Vahdehû Lâ Şerîke Leh), öteki tarafında İhlas Suresinin ilk iki ayetinin yazılı olduğu bilinmektedir. Yine bu paraların bir kenarında “Muhammed Allah’ın Elçisidir” ibaresi ile Tevbe Suresi 33. ayetinin, diğer kenarında ise paraların basılış tarihlerinin kaydedildiği aktarılmaktadır.¹⁸

Madeni paralardan sonra insanlar, paraların güvenle muhafazası zaruretinden dolayı banknot olarak isimlendirilen temsili paraya yönelmişlerdir. Sarraflar, kendilerine emanet edilen madenler karşılığında, mal satın alımında kullanılamayan ancak sahibine emniyet, muhafaza ve nakil kolaylığı sağlayan, önceleri nâma, sonra ise hamiline yazılı bir belge veriyorlardı.¹⁹ Bu şekilde yürüyen banknot sistemi, bir süre sonra yerini tedavül kanunen mecbur olan ve devletin karşılık olarak altın ödeme güvencesi vermediği kağıt para sistemine bırakmıştır.²⁰

Eski İslam ülkelerinde görüldüğü gibi Osmanlı Devleti de ilk devirlerinden itibaren kendisine ait sikke basımına başlamış, istikrarlı bir para sistemi inşa etmeye gayret göstermiş; bir finansman vasıtası olarak paradan istifade etmeye çalışmış; kendisinden evvelki İslam ülkelerinde olduğu üzere madeni paraların eşya ve yastık altı nakdi tasarruf (iddihar) olmasını arzulamamış; kıymetli madenlerin ülkeye girişini desteklemiştir.²¹

Paranın darbı gibi tedavülü de sınırları oldukça geniş bir ülke olan Osmanlı Devleti için zorluklar taşıdığı için devletin resmî parası (akçe) yanında, ayarlarının düşük olmaması kaydıyla, başka ülkelerin paralarının serbest dolaşımı benimsenmiştir. 1479’a kadar Osmanlı Devleti’nin altın parası olmadığı için (ilk altın para Fatih döneminde bastırılmıştır) hacmi büyük işlemlerde Venedik Dukası kullanıldığı dikkat çekmektedir. Yine aynı durumun bir tezahürü olarak ülkede var olan yabancı paraların ayar, vezin ve akçe karşısındaki kıymetleri fermanlarla halka duyurulmuştur. Ancak devletin resmî işlemlerinde resmî para olan akçe, kuruş veya kendisinin bastırdığı şahî, kızıl

¹⁸ Bilal Aybakan, “Nakit”, DİA, 2006, XXXII, 324; Uslu, s. 31.

¹⁹ Mükremin Hiç, Para, Kredi ve Fiyatlar, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1971, s. 9;

²⁰ Hiç, s. 11-13.

²¹ Ekrem Erdem “Osmanlı Para Sistemi ve Tağış Politikası: Dönemsel Bir Analiz”, Bankacılar Dergisi, Sayı 56, 2006, s. 10.

kuruş kullanılagelmiştir.²² Döneminde 36 çeşit gümüş para çeşidinin tedavüle olduğu rivayet edilen II. Mahmut'un 1808 yılında İstanbul Altını, 1815 yılında Mahmudiye ve 1816'da Rumi adıyla muhasebe sikkesi olarak tedavüle para süren üç önemli teşebbüsü, para birliğini sağlayamamıştır.²³ 1824 yılında bastırılan Adlî isimli altın da, devletin muhasebe sikkesi haline getirilmiş, bu da yeterli olmamış, darphane ve para birliğinin temini, ancak paranın değerinin Sterlin'e bağlandığı, 1844 Para Operasyonu ile gerçekleştirilebilmiştir.²⁴

Osmanlı'da uzunca bir dönem akçenin esas para birimi olduğu, sonra yerini kuruşa bıraktığı ve 1879'dan sonra ise lira-kuruş dönemine girildiği görülmektedir.²⁵ Ayrıca Osmanlı Devleti, altın ve gümüş daralması yaşadığı dönemlerde ekonomik daralma ve deflasyonla yüz yüze gelmiştir. Değerli maden arzında görülen darlık, tağşiş uygulamalarını²⁶ ve akçedeki gümüş oranının artırılmasını (kızıl akçe) beraberinde getirmiştir.²⁷

Öte yandan Tanzimat ile birlikte ortaya çıkan düzenlemelerden biri olarak 1840 yılında kaimeler tedavüle girmişse de, bunların banknottan ziyade faizli hazine belgesini andırdığı düşünülmektedir. Nitekim çıkarılan ilk kaimeler % 12.5 faizli "el yazması" belgeler olarak 8 sene sonra itfa edilmek (ödemesi yapılmak) üzere planlanmıştır. Önceleri elle yazılan kaimelerle ilgili sahtecilik de yaygın bir durum halini almış ve kısa zamanda büyük değer kaybı yaşanmıştır.²⁸ 1843 yılından itibaren basılı kaimeler çıkarılmış, ancak halkın da güvenini yitiren kaimeler konusunda Osmanlı Devleti umduğunu elde

²² Mustafa Öztürk, "Genel Hatlarıyla Osmanlı Para Tarihi", Türkler, Yeni Türkiye Yay., Ankara, 2002, X, 804-805.

²³ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti'nde Saray Teşkilatı, Türk Tarih Kurumu Basımevi Yayınları, Ankara 1945, s. 473-474.

²⁴ Mustafa Öztürk, X, 805-806.

²⁵ Mustafa Öztürk, X, 810; M. Özgür Yanardağ, "19. Yüzyıl Osmanlı Devleti Para Düzeni: Kâğıt Para Düzenine Geçiş Aşamalarının İktisadi Analizi", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 8, Sayı 36, 2015, s. 918-919.

²⁶ Sikkelerin ayarlarında değişik yapılması, tashih-i sikke siyaseti; altın ve gümüş sikkelerin bakır oranının artırılması veya sikkelerin hacminin küçültülmesi uygulaması ise tağşiş siyaseti anlamına gelmektedir. Bkz. Erdem, s. 11.

²⁷ Erdem, s. 11.

²⁸ Yanardağ, s. 924.

edememiş; Avrupa ülkelerinin paralarının ayarına denk gümüş mecdiyeler piyasaya sürülmüştür.²⁹

Devlet, faizli olmalarına rağmen sürekli değersizleşen Kaime'yi piyasadan toplarken, halkın mağdur olmaması için ona en yüksek nominal değeri biçmiştir. Osmanlı Devleti'nin 22 yıllık kâğıt para serüveni de, insanları aldatan bankerler ve spekülâtif kazançlarla ekonomiyi düzeltmekten çok devletin güvenine zarar veren bir hatırıya dönüşmüştür.³⁰

III. Para Çeşitleri ve Sistemleri

A. Para Çeşitleri

1. Mal yahut Metal Paralar
2. Metal Parayı Tam Temsil Eden Kâğıt Paralar
3. Krediyeye Dayalı Paralar

Krediyeye dayalı paralar devlet veya bankalar tarafından çıkarılan paralar biçiminde iki ana başlık halinde ele alınmaktadır. Ufaklı para veya bunun yerine kullanılan kâğıt paralar, kâğıt paralar ve tedavül eden borç senetleri devlet tarafından; merkez bankaları veya özel bankaların banknotları ve bankalardaki vadesiz mevduatlar bankalar tarafından çıkarılmaktadır.³¹

B. Para Sistemleri

1. Altın Standardı (Altın Tek Metal Sistemi)

Altın dünya ekonomisinde her zaman güvenilir kıymet olarak benimsenmiştir.³² Altını esas alan bu sisteme göre (altın standardı) para arzında altın stoğu esas alınmaktadır.³³ Altın tek metal sistemi geçirdiği evreler dikkate alınarak, altın sikke, altın külçe ve altın kambiyo sistemleri olarak ele alınmaktadır.³⁴

Para biriminin belirli ayar ve ağırlıkta altından sikkeler olarak basıldığı altın sikke sistemidir.

²⁹ Yanardağ, s. 925-926.

³⁰ Yanardağ, s. 928-929.

³¹ el-Hasenî, s. 41-54; Sadun Aren, İstihdam, Para ve İktisadi Politika, Bilgi Yayınevi, Ankara 1968, s. 116-120; Orman, s. 20-23.

³² Feridun Ergin, Para ve Faiz Teorileri, Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 1983, s. 20.

³³ el-Hasenî, s. 44.

³⁴ Orman, s. 28-29.

Altın külçe sistemi, ilk kez 1925'te İngiltere'de ortaya çıkıp 1931'de Amerika'da sona ermiştir. Altın tedavülünü mecbur olmaktan çıkarma amacına hizmet eden, mübadelelerde kıymet ölçüsünü altın biçiminde sürdüren, ancak banknotu (temsili kağıt para) mübadele vasıtası haline getiren altın külçe sisteminde para birimi belirli ayar ve ağırlıktaki altına bağlı kabul edilmiştir.

Altın kambiyo sisteminde ise bir ülkedeki para birimi doğrudan altına değil, altına dönüştürülebilen başka bir ülkenin parasına bağlı kabul edilmektedir. (Bağlanan para, anahtar para, bağlı para, tâbi para olarak isimlendirilmektedir.)³⁵

2. Gümüş Standartı (Gümüş Tek Metal Sistemi)

Altının yaygınlaşmasına kadar paranın arzında gümüş madeni büyük ölçüde belirleyici olmuştur. Bu sistemde gümüş sikkelerinin ağırlığı ve ayarı devlet tarafından tespit edilirken, zamanla reel ve nominal değer arasında ciddi farklılıklar meydana gelmiştir.³⁶

3. Bimetalizm (Çift Metal Sistemi)

Para standardının hem altın hem de gümüş olarak benimsendiği, diğer para birimlerinin altın ve gümüşe dönüşmesine imkan tanıyan sistemdir.³⁷ Darphane anlayışında sınırsızlık esastır ve altın ve gümüşün değer oranı devlet tarafından belirlenmektedir.³⁸

Gerek ayet-i kerimeler gerekse hadis-i şeriflerde nisab, alım- satım, mehir ve benzeri hususların fıkhi durum ve ölçüleri dönemin Hicaz'da kullanılan paraları ile beyan edilmiştir.³⁹ Bu noktadan hareketle Hz. Peygamber (S)'in, döneminde var olduğu görülen çift para sistemini benimsediği, ayrıca altın ve gümüşün birbiriyle konvertibilitesine dair bir sınırlamaya gitmediği söylenebilir. Zekatta da diyette de borcun istenilen parayla ödenebilmesine imkan verilmesi bu konuda örnek gösterilmektedir.⁴⁰

³⁵ Ergin, s. 20-52; Keleş, s. 12-17.

³⁶ el-Hasenî, s. 44; Orman, s. 33; Keleş, s. 11-12.

³⁷ el-Hasenî, s. 45; Orman, s. 33.

³⁸ Ergin, s. 21; Keleş, s. 20-21.

³⁹ Gözübenli, "İslam Hukuk Literatüründe Para", s. 89; Uslu, s. 33.

⁴⁰ Gözübenli, "İslam Hukuk Literatüründe Para", s. 95.

4. Kağıt Para Sistemi

Kağıt para sisteminde para, mal olma özelliğinden sıyrılarak devletin ona yüklemiş olduğu kıymet ile paralık sıfatını taşımaktadır. Buna göre altın ve gümüş miktarı dikkate alınmaksızın devletin inisyatifi ile para çıkarılıp tedavüle sokulmaktadır.⁴¹

Kağıt paranın ilk kullanımı için milattan önceki ikinci yüzyılda Çin gösterilmektedir. Bununla beraber tarihte kağıt ve benzeri materyallerin paralar olarak kullanıldığına sık sık rastlanmaktadır. Uygurların “çav” adını verdikleri kağıt parayı kullanmaları bu konuda örnek olarak gösterilebilir.⁴² Özellikle yirminci yüzyılda kıymetli madenlerle değiştirilebilen eski formunun yerini nominal değere sahip kağıt paralar almıştır.⁴³ Kağıt para sisteminde aslî (kağıt) para ve banka parası (kaydî para) şeklinde ikili bir yapı söz konusudur.⁴⁴

Günümüzde altın standardı terk edilerek ülkelerin mal ve hizmet üretimlerine göre kıymetleri tespit edilen ve kanunun kendisine satın alma gücü tanıdığı kağıt paralar kullanılmaktadır.⁴⁵

Genel olarak mal paraların, adından da anlaşıldığı gibi mal gibi tedavül ettiğini; temsili paraların bizatihi bir değerleri olmasa da altın ve gümüş karşılığında bir kıymet taşıdığını; kağıt paraların ise üstünde yazan kıymetin ötesinde maddi bir karşılıkları olmadığını, gerektiğinde başka bir yerde değiştirilebilecek karşılığı bulunmadığını, sadece itibari değer ifade ettiğini; kaydî paranın ise kişiler arasında elle tutulur biçimde dolaşmayan para olduğunu söyleyebiliriz.⁴⁶

C. Elektronik (Dijital) Para Kavramı

Elektronik para banka hesaplamalarına muhtaç olmadan işlemlerde paranın kıymetinin elektronik biçimde teknik bir cihaza depo edilmesi, ödemelerde ise “hamiline yazılı bir senet” gibi kullanılmasıdır. Ödeme veya

⁴¹ Orman, s. 37.

⁴² Melek Özyetgin, “Eski Türklerde Ödeme Araçları, Kağıt Para Çav’ın Kullanımı”, Modern Türklük Araştırmaları Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Ankara 2004, s. 100-101.

⁴³ el-Hasenî, s. 46-50; Namık Zeki Aral, Para Meselesi ve Bretton Woods Konferansı, Alaattin Kral Matbaacılık, Ankara (t.y.), s. 7-11.

⁴⁴ el-Hasenî, s. 46-47 ve 50-51; Ergin, s. 25-26.

⁴⁵ Nur Keyder, Para: Teori, Politika, Uygulama, Bizim Büro Yay., Ankara 1993, s. 19.

⁴⁶ el-Hasenî, s. 52; Keleş, s. 30; Osman Eskicioğlu, “İslam’da Ekonomik Sistem”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 16, 2010, s. 40.

fon transferi bankalar arası ödeme sistemlerinde elektronik şekilde gerçekleştirilmektedir.⁴⁷ Elektronik para, kâğıt paranın varlığının yanında gelişen, elektronik biçimde muhafazası ve transferi esas kabul edilen, itibari kâğıt paraların temsili görünümündedir.⁴⁸ Elektronik paranın uygulama biçimleri, debit kartlar, değeri depolanmış kartlar ve elektronik nakittir. Debit kart, mevduat hesabına bağlı banka kartları, para çekilebilmesine, internette veya POS cihazlarında kredi kartı olarak ödeme yapılabilmesine imkân sağlamaktadır. Değeri depolanmış kartlarda daha önce yüklenmiş değer ile işlem yapılabilmektedir. Elektronik nakitin çok sayıda örnekleri bulunmaktadır: E-cash, CyberCash, Netcash, Mondex, GeldKarte, Proton, CASH, Netchex, Mini-Pay, Millicent gibi.⁴⁹

IV. Kripto (Sanal) Para Kavramı ve Blockchain Şifreleme Teknolojisi

A. Kripto (Sanal) Para Nedir?

Kripto para ya da sanal para, Avrupa Merkez Bankası (ECB) tarafından “Bir merkez bankası, kredi kuruluşu ya da e-para kuruluşunca ihraç edilmemiş, bazı durumlarda paraya alternatif olarak kullanılabilen bir değer dijital temsili” şeklinde tanımlanmıştır.⁵⁰ Bu tanım kripto paraların arkasında

⁴⁷ Nurettin Öztürk-Asuman Koç, “Elektronik Para, Diğer Para Türleriyle Karşılaştırılması ve Olası Etkileri”, SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, XI, 2013, s. 212-213.

⁴⁸ Çarkacıoğlu, Abdurrahman (2016), Kripto-Para Bitcoin, s. 4-5. <http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1130> E.T. 25 Mayıs 2018.

⁴⁹ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 73, Sayı 2, İstanbul 2015, s. 190.

⁵⁰ European Central Bank, Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, Frankfurt 2015, s. 6. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf> adresinden 20 Mayıs 2018’de erişildi.

Türkiye’de elektronik paranın tanımı: “elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, bu Kanun’da tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değer” şeklindedir. Bkz. 6493 Sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun, Madde 3.

herhangi bir devlet ya da resmi otorite bulunmasına dair bir zaruretin ön görülmediğine işaret etmektedir.

Sanal para ve elektronik para sık sık karıştırılan, ancak anlamları farklı kavramlardır. Elektronik para, bilgisayar veya bir başka veri depolama vasıtasında kişilerin adına ve bilhassa internet üzerinden yapılan işlemlerde kullanılan ödeme vasıtasıdır. Sanal paraysa fiziki bir varlığından söz edemeyeceğimiz, somut biçimde elimize alamayacağımız, elektronik ticari işlemlerde kullanılabilen, ancak kendisine mahsus hesap birimine dayanan ödeme vasıtasıdır. Elektronik para, piyasada bilinen Euro, Dolar, Türk Lirası gibi para birimleri iken, Bitcoin’de olduğu gibi sanal paranın para birimleri böyle değildir. Zira sanal paranın üreticisi, sanal paranın birimini de tespit etmektedir.

Sanal para birimleri, herkesçe kabul edilen elektronik para birimlerinden farklı olarak sanal bir topluluk içinde benimsenmektedir. Elektronik ve sanal paralar, yasal düzenleme açısından da farklılık arz etmektedir. Elektronik parayı elektronik para kuruluşları tedavüle sokarken, sanal para özel kişiler tarafından da piyasaya sürülebilmektedir. Elektronik paranın arzı sanal paradan farklı olarak sabittir. Denetim, itibari değerinin garanti altında olması bakımından da sanal para ve elektronik parada farklı zeminler söz konusudur. Bu farklılıklara rağmen dijitallik ortak paydası altında sanal paranın bir çeşit elektronik para olduğunu söyleyebiliriz.⁵¹

B. Blockchain Teknolojisi

Para ve finans sistemleri dışında merkezi kaydı gerektiren pek çok alanda kullanımı mümkün olan, bir varlığı ıslak imzasız ve elden ele geçirmeden güvenli şekilde muhafaza ve transfer etmeyi sağlayan, kendi kendini denetleyebilen bir dijital değer ekosistemidir.

Kimileri bu sistemi dijital defteri kebir olarak isimlendirmekteyse de defteri kebirdeki gibi tek bir merkezi kayıt (server vs) değil, sistemi kullanan tüm üyelere kayıtların tamamı blok zincirler halinde mevcuttur ve bu da tahrifata karşı önemli bir güvence olarak görülmektedir.

Blockchain (blok zincir), işlemlerin şifrelenmiş olarak izlendiği dağıtık bir veri tabanıdır. Blockchain teknolojisi, her bir kullanıcıya atanmış (şifre gibi gizli tutulan) özel bir anahtar ve diğer tüm kullanıcılarla paylaşılan genel bir

⁵¹ Yüksel, s. 198.

anahtar kullanılmak suretiyle herkese açık bir anahtar şifreleme tekniği yardımıyla iki kez harcama sorununu ortadan kaldırmaktadır.

İşlem, sanal parayı alacak olanın kendi genel anahtarını paranın mevcut sahibine göndermesiyle başlar. Para bir algoritmanın dijital imzasıyla transfer edilir. Genel anahtarlar, blok zincirde saklanan şifrelenerek üretilmiş adreslerdir. Her para bir adres ile ilişkilendirilir ve şifreli ekonomide her bir işlem, basitçe sanal paranın bir adresten diğerine değiş-tokuşudur. İşlemler izlenebilir olmasına rağmen, işlemi yapan kişilerin kimliğinin bilinmemesi sağlanmaktadır.⁵²

C. Kripto Para Çeşitleri

“Blockchain” şifreleme teknolojisi ile üretilmiş çok sayıda para birimi bulunmakla beraber, ilk olması ve yaygınlığı ile “Bitcoin” ön plana çıkmıştır. Bitcoin dışında Ethereum, Ripple, Bitcoin Cash, Cardano, Litecoin, Nem, Neo, Stellar, IOTA, EOS, Monero gibi farklı adlar altında ve sayısı her gün değişen, makalemizin son güncellendiği tarih itibarıyla 1348 farklı kripto para işlem görmektedir.

30 Haziran 2018 tarihi itibarıyla kripto paraların toplam piyasa değeri 257,78 milyar ABD doları ve günlük işlem hacmi 10 milyar ABD doları civarındadır. Bitcoin bu piyasanın yaklaşık %43’ünü oluşturmakta olup, yaklaşık 109 milyar ABD doları piyasa değerine ve günlük 5 milyar ABD doları işlem hacmine sahiptir.⁵³

D. Bitcoin

Bitcoin, bir kullanıcıdan diğerine doğrudan iletilmesi mümkün olan (peer to peer, eşlerarası) bir sanal paradır.⁵⁴ Şifre para kavramı ise paranın yapım ve iletiminin kriptoloji (cryptography, şifre bilimi) ile ve merkezi bir otoriteye ihtiyaç duymaksızın gerçekleştirilebileceğine dayanan sistemi ifade etmektedir. Bu çerçevede bitcoinin de içinde bulunduğu kripto paraların, elektronik ve dijital para kavramlarıyla birebir örtüşmediğini söyleyebiliriz.⁵⁵

⁵² Marc Pilkington, Blockchain Technology: Principles and Applications, Research Handbook on Digital Transformations, 2016, s. 5; Burçin Bozdoğanoglu, “Sanal Para Birimi Bitcoin’in Kayıtdışı Ekonomi ile Karapara Faaliyetlerine Etkisi ve Vergilendirilmesi”, Mali Hukuk Dergisi, Cilt 10, Sayı 111, Mart 2014, s. 8.

⁵³ <https://coinmarketcap.com/> (E.T. 30 Haziran 2018)

⁵⁴ Ateş, s. 133; Bozdoğanoglu, s. 4.

⁵⁵ Ateş, s. 133 ve 134.

İtibari para sistemine alternatif olarak geliştirilen yeni bir dijital para sistemi olan⁵⁶ Bitcoin'in ilk temellerine dair çok sayıda iddia bulunmakla beraber⁵⁷ 2009 yılında gerçek kimliği bilinmeyen Satoshi Nakamoto adını kullanan bir kişi ya da grup tarafından internette yayımlanan bir çalışma "Bitcoin: Eşler Arası Elektronik Nakit Sistem, Kasım 2008" ile Bitcoin ilk kez tanıtılmış ve kullanıma açılmıştır.⁵⁸ Bitcoin, belki en şöhretlisi olabilir ama ilk sanal para değildir. David Chaum tarafından üretilen ilk sanal paralardan DigiCash 1990'lı yıllarda ekonomi dünyasında boy göstermiş, 1998 yılında bir iflas hikayesiyle de ortadan kalkmıştır. Bitcoin, sanal paranın bir alttürü olarak şifre paranın (crypto currency) ilk örneği olarak nitelenebilir.⁵⁹

İlk bitcoin bloku Nakamoto tarafından üretilmiştir. Toplam Bitcoin sayısı 21 milyon adet ile sınırlı olarak belirlenmiş olup, halen 17,1 milyon adedi kullanımdadır.⁶⁰ Kalan miktardan her bir Bitcoin'in kullanıma girebilmesi için yapılan işlemlerin doğrulamasını sağlayan bir matematiksel problemin bilgisayarların işlemci gücünden yararlanarak çözülmesi gerekmektedir. Bu şifreyi çözen kişiler sisteme katkı sağlamakta ve 12,5 Bitcoin ile ödüllendirilmektedir. Bu işleme "Bitcoin madenciliği" denilmektedir. Bu yöntem Bitcoin arzının kontrolsüz gerçeklememesi için kurgulanmıştır. Bu şifreyi çözmek oldukça profesyonel bilgi ve çok güçlü teknik sistemsel donanım gerektirdiğinden sıradan bir kişinin yapabileceği bir iş değildir. Bu nedenle, Bitcoin kullanmak isteyen kişiler, internette kripto para satışı yapan sitelerden geleneksel para birimleri karşılığında sanal para satın alabilmektedir. İnternet üzerindeki bu kripto para borsalarında oluşan talebe bağlı olarak Bitcoin'in ulusal para birimleri karşısındaki fiyatı anlık olarak oluşmaktadır.

Bitcoin almak veya işlem yapmak için Bitcoin Protokolü adı verilen istemcinin (bitcoin client) bilgisayarda çalıştırılması veya bu istemciyi çalıştıran bir web sitesinde hesap açılması gerekmektedir.⁶¹

⁵⁶ Çarkacıoğlu, s. 11-14.

⁵⁷ Örneğin 9 Ocak 1988 Sayılı The Economist Dergisi. Ayrıca 1998 yılında Wei Dai tarafından ortaya atılan fikrin bir mahsulü olduğu savunulmaktadır. (Bkz. Ateş, s. 133)

⁵⁸ Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, <http://www.bitcoin.org/bitcoin.pdf>

⁵⁹ Ateş, s. 132 ve 133.

⁶⁰ <https://coinmarketcap.com/currencies/bitcoin/> E.T. 30 Haziran 2018

⁶¹ Ateş, s. 134.

V. Kripto Paraların Meşruiyeti Sorunu

A. Aleyhte İleri Sürülen Görüşler

Kripto paraların meşruiyeti hususunda olumsuz kanaate sahip olanların değerlendirmelerini şöyle sıralayabiliriz. Öncelikle kripto paralar, devlet veya genel otorite güvencesi yoksunluğu nedeniyle ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu iddiaya göre kripto paralar, para politikası aracı olarak da kullanılmamaktadır.⁶²

Erişim tahdidi de, bu paranın dezavantajlı yönlerinden biridir. İnternete erişim olmayan bir noktadan veya mevcut internet imkanının bir şekilde ortadan kalkması halinde kullanıcı ile hesabı/ kripto parası arasındaki ilişki kopmaktadır. Kripto hesaptan gerçekleştirilen işlemlerin geri alınamaması, hesabın kaybolma riskleri kripto paralar hakkında ciddi itimat sorunlarıdır. Bu çerçevede kripto paraların saklandığı ana bilgisayarların sabit disklerinin beklenmedik biçimde bozulması ve veri kaybı yaşaması; virüs ve benzeri saldırılara maruz kalması da hukuki ve teknik problemler olarak karşımızda durmaktadır.⁶³

Kripto paralarla ilgili olarak suç gelirlerinin, kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanı gibi konularda düzenleme gerektiren geniş bir tartışma alanı bulunmaktadır. Özellikle de işlemlerin gerçek kimliklerle değil dijital sanal kimliklerle yapılıyor olması, büyük bir tehdit oluşturmaktadır.⁶⁴ Bu çerçevede dünyada ve ülkemizde kripto paralara artan rağbet karşısında ilgili otoriteler çeşitli çalışmalar yürütmektedir. Bunların yasal zemine oturtulması, denetlenmesi, ülkelerin tek başına kontrol mekanizmaları oluşturması ya da yasaklamalar şu an için zor görünmektedir. Gelinek noktada birçok ülkede denetleyici ve düzenleyici kurumlar, kripto paraların barındırdığı risklere yönelik uyarı yayımlamıştır.⁶⁵ Kripto para sistemi merkeziliği peşinen reddettiği için el koymaya veya taraflar arasında transferi engellemeye müsait

⁶² Bozdoğanolu, s. 6; Mufti Faraz Adam (2017), Bitcoin: Shariah Compliant? s. 45-46. <https://afinanceorg.files.wordpress.com/2017/08/research-paper-on-bitcoin-mufti-faraz-adam.pdf> E.T. 25 Mayıs 2018

⁶³ Ege, s. 26.

⁶⁴ Bozdoğanolu, s. 5 ve 8.

⁶⁵ Bozdoğanolu, s. 5.

değildir.⁶⁶ Bu durum ilk bakışta cazip gibi görünse de kamu düzen ve güvenliği, ayrıca uluslararası suçla mücadelede büyük bir boşluğa neden olmaktadır.

Güçlü bir şifreleme teknolojisi ile oluşturulan, internet ortamında kullanılan sanal paraların değeri, bir değişim aracı olarak yaygın kabul görmesinden ya da bir emtia gibi algılanmasından kaynaklanmaktadır. Kripto paraların değeri de geleneksel para birimleri ve emtia gibi arz ve talebe göre işlem gördüğü piyasalarda oluşmaktadır. Bugün geline nokta da kripto para birimleri, değişim aracı olarak kullanılmanın ötesinde spekülâtif yatırım amaçlı talep görmektedir. Bu nedenle bu paraların fiyatları yüksek düzeyde oynaklık göstermektedir. Anılan durum da özellikle kullanıcıların (tüketicilerin) korunması problemini ortaya çıkarmaktadır.

Kripto paraların meşruiyeti İslam hukukçuları tarafından da sorgulanmaktadır. Esasen bu konuda kullanıcılar arasında mübadele ve bir değer tespit aracı olarak güven veren paraların kullanımının caiz olduğu açıktır.⁶⁷ Ancak İslam hukukçularının bir kısmı kripto paraları (ki bilhassa bahsi geçen Bitcon'i) bir mal olarak görmeyip, alınıp satılabilen bir şey kabul etmemekte ve İslam hukukunun meşru görmediği kurgusal bir yatırım olduğunu ileri sürmektedir.⁶⁸ Her şeyden önce kripto paraların maddi anlamda alınıp satılmaması, mülkiyete konu olması bakımından büyük problem teşkil etmektedir. Kripto paraların somut bir servete veya mülkiyete dayanmamasından hareketle fonksiyonu ve yararı baştan tartışmalı görülmektedir.⁶⁹ Bu görüşteki İslam hukukçuları, bir mübadele aracı olarak kripto paraların üretim biçimi, tedavüle çıkış aşaması ve muhataplık niteliğinde garar⁷⁰ ve bir aldatma aracı olarak kullanılabilmesine imkan tanıyan

⁶⁶ Ateş, s. 134.

⁶⁷ Din İşleri Yüksek Kurulu Kararı, <https://kurul.diyinet.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/38212/dijital-kripto-paralarin-kullaniminin-dini-hukmu-nedir->

⁶⁸ Adam, s. 40.

⁶⁹ Adam, s. 41.

⁷⁰ Garar, ciddi anlamda belirsizlik ifade etmektedir. Bkz. İbn Rüşd, II, 142.

Ebu Hureyre, Hz. Peygamber (SAV)'in garar ve hasâ alışverişinden nehyettiğini haber vermektedir. Bkz. Süleymân b. Eş'âs Ebû Dâvûd, Sunen, Dâru Sahnûn-Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, (Kitâbu'l-Buyû' ve'l-İcârât), III, 672; Ebû İsmâ Muhammed b. İsmâ b. Sevra et-Tirmizî, Sunen, Dâru Sahnûn-Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, (Kitâbu'l-Buyû'), III, 532; Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd b. Mâce, Sunen, Dâru Sahnûn-Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, (Kitâbu't-Ticârât), II, 739.

yapısının altını çizmektedir. Bununla beraber kripto paraların haksız ve sebepsiz zenginleşmeye alet olabileceğine dikkat çekilmektedir.⁷¹

İslam hukukçuları, spekülasyonlara açık kripto paralardaki ani yükseliş ve düşüşlerin meydana getirdiği güvensizlik ve mağduriyeti de gündeme getirmektedir. Tedavüle süreni, kurucusu, sorumlusu, merkezi, hatta sistemin kendisi belli olmayan, denetimsiz kripto paraların kontrolsüz biçimde suçlara alet olabileceği, uyuşturucu, silah vs. tüccarlarına imkanlar sağlayabileceği savunulmaktadır.⁷²

İslam hukukunda verginin esas sebebi üretimdir ve vergilendirme sistemi hassastır.⁷³ Bu çerçevede kripto paraların vergilendirilmesi büyük güçlükler taşımaktadır.⁷⁴ Kripto paralar, vergi cenneti ibaresinin altında yatan iki vasfı, vergiye tabi olmama ve anonimliği ihtiva etmektedir. Belli bir cüzdan ve anahtar çiftinin kontrolü altındaki kripto paraların kime ait olduğunun tespiti imkansızdır.⁷⁵ Bu da devletler için büyük bir vergi kaybı sorununu ortaya çıkarmaktadır.

Döviz alım satımı gibi yöntemlerle para kazanmak meşru ise de stokçuluk (kenz) kapsamında değerlendirilebilecek biriktirmenin burada da geçerli olduğu; üretime katılmayan paranın topluma yarar sağlamayacağı ve takva sahibi Müslümanların tercih etmemeleri gereken bir kazanç yolu olduğu dile getirilmektedir.⁷⁶

Kripto paralarla ilgili olarak, piyasa dengesi ve emek anlayışına zarar vermesi, kripto para kullanıcılarının hukuki korumadan yoksun bulunması, ilgili

⁷¹ Din İşleri Yüksek Kurulu'nun konuya ilişkin fetvası için bkz. <https://kurul.diyinet.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/38212/dijital-kripto-paralarin-kullaniminin-dini-hukmu-nedir- E.T. 23 Mayıs 2018>

⁷² Karaman, "Sanal para (bitcoin, bitpara)" <https://www.yenisafak.com/yazarlar/hayrettinkaraman/sanal-para-bitcoin-bitpara-2041314 E.T. 15 Mayıs 2018>.

⁷³ Eskicioğlu, s. 44

⁷⁴ Hayrettin Karaman'ın konuya dair değerlendirmesi için bkz. Hayrettin Karaman, "Sanal para (bitcoin, bitpara)" <https://www.yenisafak.com/yazarlar/hayrettinkaraman/sanal-para-bitcoin-bitpara-2041314 E.T. 15 Mayıs 2018>

⁷⁵ Ateş, s. 138.

⁷⁶ Karaman, <https://www.yenisafak.com/yazarlar/hayrettinkaraman/sanal-para-bitcoin-bitpara-2041314>

mercilerin etkisiz bırakılması; ölçü, değer ve bozma işlemlerinde hile, kandırma ve aldatmaya açık olması gibi nedenler de ayrıca zikredilmekte, bu hususta da “Bizi aldatan bizden değildir”⁷⁷ hadis-i şerifine atıfta bulunmaktadır.⁷⁸ Kripto paraların kullanımının gerek bireyler gerekse devletlere yönelik büyük tehlikeler taşıdığı; bunun da “zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek caiz değildir”⁷⁹ hadis-i şerifi/hukuk ilkesine de aykırı bir durum oluşturduğu ifade edilmektedir.⁸⁰

Kripto paraların kanuni değer taşımadığı, para olduğuna dair ciddi şüpheler bulunduğu; içerdiği risklerin, sebep ve amaçlarını çürüttüğü; varlığı gözetmeye dair makâsıd-ı şerîaya uygun düşmediği savunulmaktadır. Aynı görüş mensuplarına göre ayrıca kripto paraların bir mübadele aracı olarak kullanılmasına meşruiyet ışığı yakacak bir örf de bulunmamaktadır.⁸¹

Kripto paralar ciddi riskler taşımaktadır: güvenlik, teknolojik, kara para, kaybolma, data ve işlem, arabulucu, mevzuat, yapısal deflasyon, rekabet, ölçülebilirlik, tekel ve likidite riskleri gibi. Bu da kripto paraların tedavülde, şeffaflıkta, malın korunması ve adalet sisteminde makasıd-ı şerîa’ya uyumlu olduğuna dair bir görüntü arz etmemektedir.⁸² Bütün bu gerekçe ve tespitlerden hareketle İslami finansın hedeflerine uymayan, reel ekonomiye, mal-hizmet üretimi ve istihdama katkıda bulunmayan,⁸³ saadet zinciri gibi bir manzaranın ortaya çıkmasına sebebiyet veren, bazı insanların mağduriyetlerine, bazı insanların haksız ve sebepsiz zenginleşmesine yol açan dijital kripto (sanal) paraların kullanımına, alınıp satılmasından kazanç sağlamaya cevaz verilmemekte, meşruiyet tanınmamaktadır.⁸⁴

⁷⁷ Ebû'l-Huseyn b. el-Haccâc Müslim, el-Câmiu's-Sahîh, Dâru Sahnûn-Çağrı Yay., İstanbul 1992, (Kitâbu'l-Îmân) I, 99.

⁷⁸ Mısır Başmüftüsü Şevki İbrahim Allâm'ın fetvası için bkz. <http://www.dar-alifta.org/ar/ViewFatwa.aspx?sec=fatwa&ID=14139> E.T. 25 Mayıs 2018

⁷⁹ Ebû Abdullah M3alik b. Enes el-Asbahî el-Himyereî, *el-Muvatta'*, Dâru Sahnûn-Çağrı Yayınları, İstanbul 1413/1992. (Kitâbu'l-Akdiye), II, 745. Ayrıca Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Madde 19.

⁸⁰ Allâm, <http://www.dar-alifta.org/ar/ViewFatwa.aspx?sec=fatwa&ID=14139>

⁸¹ Adam, s. 42-43.

⁸² Adam, s. 49.

⁸³ Adam, s. 44.

⁸⁴ Din İşleri Yüksek Kurulu, <https://kurul.diyinet.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/38212/dijital-kripto-paralarin-kullaniminin-dini-hukmu-nedir-> ; Karaman,

B. Lehte Ortaya Konan Fikirler

Kripto paraya dair lehte yaklaşım sergileyenlerin görüşlerini şöyle özetleyebiliriz. Kripto para sisteminde kullanıcılar, sistemin idamesinden yararlanarak aksaklıklardan ortak biçimde etkilenmektedir. Buna göre fayda-risk paylaşımı söz konusudur ve kullanıcılar arasında gevşek yapılı bir ortaklık sistemi olduğu belirtilebilir.⁸⁵

Kripto paralar, zaman (günün herhangi bir saatinde, tatillerden bağımsız) ve mekâna bağlı olmaksızın, çok yüksek hızda, anlık biçimde işlem ve transferlere imkân tanınması; mevcut bankacılık sisteminden daha karmaşık, güvenli ve taklit edilemez bir altyapı vadedmesi; kullanıcılarını internetin bulunduğu her noktadan erişim imkanı sağlaması, kişisel ve özel bilgilerin verilmesine ihtiyaç duymaması, işlemlerde herhangi bir alt ve üst sınır getirmemesi ve ekstra masraf ve ödeme gerektirmemesi gibi vasıflarıyla önemli avantajlar sunmaktadır. Devletlerin kontrolündeki para ve hesaplara göre el konulması daha güç, hatta mümkün olmayan bir statü ortaya koymaktadır.⁸⁶

Döviz, altın ve benzerlerine para yatırmak ve fiyatları arttığında bunları satmak ve böylece para kazanmak zaten caiz görülmüştür.⁸⁷ Kripto paralar da döviz, altın ve benzeri helal yatırım araçlarının tümü gibi spekülasyona açıktır ve bu durum da anılan sistemi haram olarak nitelemek hususunda temel ölçü biçiminde değerlendirilemez.

Kripto paraların devlet gibi muteber bir otorite tarafından tedavüle sokulmamasından dolayı meşru olmadığı iddiasına karşı, bir nesnenin para olarak kabulünde devletçe basılma zorunluluğunun bulunmadığı, önemli olanın halkın kabul ve kullanımı olduğu günümüz iktisatçılarınca vurgulanmaktadır.⁸⁸ Bununla beraber kripto paraların bazılarının doğrudan

<https://www.yenisafak.com/yazarlar/hayrettinkaraman/sanal-para-bitcoin-bitpara-2041314> ; Allâm, <http://www.daralifta.org/ar/ViewFatwa.aspx?sec=fatwa&ID=14139>

⁸⁵ Evans, s. 8.

⁸⁶ Ateş, s. 134; Börteçin Ege, "Sanal Dünyanın Gerçek Parası: Bitcoin", Bilim ve Teknik, Kasım 2013 Sayısı, s.25.

⁸⁷ Karaman, <https://www.yenisafak.com/yazarlar/hayrettinkaraman/sanal-para-bitcoin-bitpara-2041314>

⁸⁸ Ateş, s. 132.

devletler tarafından tedavüle sokulduğu da bilinmektedir.⁸⁹ Dolayısıyla üzerinde belirsizlik bulunduğu ileri sürülemeyen, hem de bir devlet veya bir muteber otoritenin teminatını tekeffül ettiği kripto bir paranın kullanımı, tabii olarak meşruiyet zemini yakalayacaktır.

Kripto paraların karşılığının olmamasına dayalı gayri meşruluk iddiaları da bu paraların kullanımının haram olduğu iddiası için geçerli bir delil görüntüsü sunmamaktadır. Nitekim kâğıt paralar, itibari değer ifade eder ve dünyadaki para birimlerinin kaçının ne kadar karşılığının olduğu, hatta bazılarının karşılığının olup olmadığı da bilinmemektedir. Ayrıca bugün merkez bankalarının para basmalarının limitinin olmadığı, bu durumun pek çok ülkede hiper enflasyona neden olduğu görülmektedir.⁹⁰

Kabzin bulunmaması, kripto paraların caiz olmadığı konusunda ortaya atılan bir başka meşruiyet sorunu olarak dikkat çekmektedir. Ancak İslam hukukunda kabz, hakiki ve hükmi olarak iki kısımda değerlendirilmektedir. Buna göre menkullerin teslimi için mutlak surette yerlerinin değiştirilmesinin bir zaruret olmadığı, satıcı için tahliyenin de kâfi olduğu belirtilmektedir.⁹¹ Bu durumla paralellik arz eden, zilyetliğin hükmen teslimi esas olan ve özellikle günümüzde tüm aşamalarının sanal ortamda, kendine ait usullerle gerçekleştiği, garar riski bulunmayan hususlarda (havale gibi) kabz şartı aranmamaktadır.⁹² Anılan çerçevede bu neden de kripto paraların aleyhine bir delil olarak ileri sürülemez.

Vergilendirme konusundaki belirsizliklerin bulunması kripto paralar için dile getirilen bir başka gayri meşruluk sebebidir. Şu kadarı var ki, her tasarruf enstrümanında vergi kaçırılması teorik olarak mümkündür. İyi niyet ölçüsünün varlığı nispetinde vergi de hakkaniyetle tahakkuk edecektir. Şeffaflık, kayıt sistemi ve denetim noktasında avantajları bulunmakla beraber kripto paraların, diğer paralara oranla vergi kaçırmaya daha müsait olduğu da kabul edilmelidir. Ancak vergi kaçırma riskinin yüksek olması, bu para sisteminin haram olarak nitelendirilmesi hususunda yeterli sebep değildir. Bu riskin ortadan kaldırılmasının yolu da konuya dair hukuki düzenlemelerin

⁸⁹ Ethrium, Rusya ve son olarak Petro, Venezuela tarafından tedavüle sokulmuş kripto paralardır.

⁹⁰ Evans, s. 7.

⁹¹ Mustafa Kisbet, "İslam Hukukuna Göre Satılan Malın Kabzı ve Hükümleri", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı XVI, 2010, s. 483.

⁹² Kisbet, s. 484 ve 490.

yapılmasından geçmektedir. Nitekim Çin ve Brezilya gibi ülkeler bu konuda ciddi adımlar atmış ülkeler olarak karşımızda durmaktadır⁹³ ve kripto para konusunda çok sayıda ülkede yasal düzenleme yapıldığı bilinmektedir.⁹⁴

Kripto paranın lehinde görüş beyanında bulunan bazı İslam hukukçuları, kripto paranın temelinde yer alan madencilik işlemi ile cuâle (ciâle veya ceâle) akdi arasında benzerlik ileri sürmektedir.⁹⁵ Cuâle gerçekleştirilecek bir işe karşı ücret, ödül taahhüdü ve vaadini ifade etmektedir. Cuâle akdi konusunda Hanefiler ve Zâhirîler dışındaki mezheplerin müspet yaklaşımı söz konusudur.⁹⁶ Cuâle akdine istisnai durumlar dışında sıcak bakmayan, cuâlenin var ile yok arasında bir şey için yapılması nedeniyle riske dayanan bir edinme durumu söz konusu olduğunu; baştan somut bir mal veya emek bulunmadığını ve akit taraflarından birinin belirsizliğini gerekçe gösteren Hanefiler ve Zâhirîlere karşı diğer mezhepler cuâleyi meşru bir akit olarak ele almaktadır.⁹⁷ Madencilik de, aslında yapanın karşılığında mükâfat elde ettiği belirli bir eylemdir ve bu da süren mali işlemlerin elektronik para ağına çok kısa süre içinde kaydedilmesidir. Bahsi geçen işlem bu açıdan bir tür cuâle akdi gibi kabul edilebilir.⁹⁸ Nitekim cuâle, mubah olmak kaydıyla işverenin istediği bir işin, meçhul (her özelliği net olmayan) olsa dahi yapılması veya ona bir süreliğine hizmet edilmesi karşılığında işverenin belirlediği ücrettir. Bu tanım ile madencilik işlemi bir yakınlık görmek mümkündür. Örneğin elektronik para

⁹³ Ateş, s. 133.

⁹⁴ Bozdoğanoglu, s. 7-8.

⁹⁵ Abdullah b. Muhammed b. Abdülvehhab el-Akîl, el-Ahkâmu'l-Fikhiyyetü'l-Muteallika bi'l-Amelâti'l-Elektruniyye, el-Memleketu'l-Arabiyyetü's-Suûdiyye Vezâretü't-Ta'lîm el-Câmiatü'l-İslâmiyye bi'l-Medîneti'l-Münevvere, s. 41 <http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2018/01/Bitcoin4.pdf> E.T. 25 Mayıs 2018

⁹⁶ İbn Kudâme, s. 232; Şemsüddîn eş-Şeyh Muhammed Arafe ed-Dessûkî, Hâşiyetü'd-Dessûkî alâ Şerhi'l-Kebîr, İsâ el-Bâbî el-Halebî ve Şurakâuh, t.y. y.y., IV, 60-61; Ebû İshâk İbrâhim b. Ali b. Yûsuf eş-Şîrâzî, el-Mühezzeb fî Fikhi'l-İmam eş-Şâfiî, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut 2003, II, 437; Ebû Ca'fer Muhammed b. el-Hasen b. Ali et-Tûsî, el-Mebsût fî Fikhi'l-İmâmîyye, el-Mektebetü'l-Murtadaviyye, Tahran t.y., II, 367; Hocaefendizade Ali Haydar Efendi, Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Dâru Alemi'l-Kütüb, Beyrut 2003, I, 502.

⁹⁷ el-Akîl, s. 42-43; Şevki Ahmed Dünya, el-Cuâle ve'l-Istisnâ', el-Benku'l-İslâmî li't-Tenmiye el-Ma'hedü'l-İslâmî li'l-Buhûs ve't-Tedrib, t.y. y.y., s. 7-8; Mehmet Âkif Aydın, "Cuâle" Maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, VIII, 77-78.

⁹⁸ el-Akîl, s. 41.

ağı “Bitcoin”in madencilik yapana belirlediği 50 Coin, ortaya konulan belli bir ücrettir ve her dört yılda bir % 50 oranında düşmektedir. Buna göre câil (işveren) işi ilk önce yapana belli miktarda coin veren Elektronik Para Ağı Bitcoin iken; tanımında konu edilen mubah iş, işlemlerin çok kısa süre içinde elektronik para ile belgelenmesi durumudur. Bu da mahiyeti de süresi de belli bir iştir.⁹⁹ Mudarebe benzeri insanların ihtiyacına binaen başvurdukları bir yoldur.¹⁰⁰ Buna göre işverenin belirleme yapmadığı bir tür cuâle akdi olarak görülebilecek madencilik ve bu süreçte gerçekleştirilen ortaklık, caizdir ve madencinin işi tamamladıktan sonra belirlenen bedeli alma hakkı vardır.¹⁰¹

Kripto paralar piyasalardaki tekel paraların hâkimiyetini tehdit etmekte; -eğer bu alanda da bir tekelleşme yaşanmazsa- para işlem ve transferlerinde yeni bir alternatif sistemi haber vermektedir. Kripto para sistemi, bankacılık sistemini zamanla kısıtlayacak ve belki kısmen de olsa tasfiye etme cüretini gösterebilecek bir gelecek beklentisi ortaya çıkarmaktadır. Kripto para sisteminde bankacılığın standart aracılığı ortadan kalkmaktadır.¹⁰²

Bütün bunların dışında belki de en önemlisi kripto para sisteminde -en azından şu anki koşullarda- faiz uygulaması bulunmamaktadır.¹⁰³ Faizin İslam ekonomik sisteminin en önemli kırmızı çizgisi olduğu dikkate alındığında, bu durum, kripto paraların meşruiyeti için en önemli belirleyici özelliği haline gelmektedir.

İslam hukukçularının kripto paralara dair lehte yaklaşımı iki farklı biçimde tezahür etmektedir. Bazı İslam hukukçuları kripto paraların (özellikle bitcoin’i kastederek) bir dijital sermaye olduğunu kabul edip para vasıflarını taşımadığını savunmaktadır. Diğer bazıları ise kripto paraların dijital bir sermaye olması yanında para olarak da meşruiyetini tanımaktadır.¹⁰⁴

Kripto paraları mal olarak benimseyen İslam hukukçuları, bu yatırımı ekonomik değerinden kaynaklanan ve aynı zamanda depolanabilir, geri alınabilir bir varlık olarak değerlendirmekte ve dijital sermaye nitelemesinde

⁹⁹ el-Akîl, s. 42.

¹⁰⁰ Mudârabe, sermaye – emek ortaklığını ifade etmektedir ki zarar sermayeye ait iken karda ortaklık esastır. Bkz. Fahri Demir, İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Medikomat, Ankara 1993, s.197.

¹⁰¹ el-Akîl, s. 42-44.

¹⁰² Evans, s. 4.

¹⁰³ Evans, s. 7.

¹⁰⁴ Adam, s. 40-41.

bulunmaktadır. Kripto paraları bir mal olarak görmeyenlere karşı kripto paraların transfer edilebilir ve dijital anlamda da olsa temsil kabiliyetini haiz bir nitelik arz ettiğini ileri sürmektedirler. Kripto paralar ticarete kullanılabilir. Bununla beraber kripto paraların para birimi olarak kabul edilebilmesi için değerinin bağımsız bir standarda ve hesap birimine sahip olması gerekmektedir. Kripto paraların bağımsız bir ölçülebilir değeri olmadığından aksine fiyatın kripto paraya değer biçtiğinden, böylece ortaya çıkan belirsizlikten ötürü istikrar vasfını yitiren kripto paralar para birimi olarak değerlendirilmemektedir.¹⁰⁵ Bu düşünceye göre paraların bir mal ve takavvuma (kanuni kıymet) sahip olduğu, dolayısıyla yatırıma müsait bir enstrüman şeklinde nitelenebileceği düşünülse de, bir para birimi olarak vasıflandırılması mümkün görünmemektedir. Kripto paraları İslam iktisadına uygun bulmayanlar bile gelecekte kripto paraların yaygınlaşması ve genel kabul görme ihtimalini dikkate alarak düzenleme, istikrar ve makul bir çerçeveye oturtulması halinde farklı yaklaşılabilirliğini ifade etmektedir.¹⁰⁶

SONUÇ

İslam dininin ve hukuk sisteminin temel kaynakları Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnet-i Nebî, hukuk sistemine benzer biçimde, İslam'ın iktisada yaklaşımına zemin teşkil etmektedir. Ayet-i kerime ve hadis-i şeriflerde para-iktisat teorilerine ilişkin sistematik hukuk normları -tabii olarak- bulunmamakta; borçlanma ayeti gibi istisnai bazı konuları ayrı tutacak olursak, başta faiz, garar yasağı ve diğer haksız kazanç yollarının engellenmesi gibi iktisadi- ticari hayata dair ve adaletin tesisine yönelik genel düzenlemelere gidildiği görülmektedir.¹⁰⁷ Bu meyanda anılan temel kaynakların bir şeyin para olarak kabul edilebilmesine dair somut, tafsilatlı bir değerlendirmesi görülmemektedir. Zaten bu husus naslarla sabit olması beklenecek bir konu da değildir. Buna göre şekil, madde, isimden ziyade paranın asıl fonksiyonlarını gerçekleştiren ve İslam'ın meşruiyet anlayışına uygun her şeyin para olduğunu belirtmek mümkündür.¹⁰⁸ Dolayısıyla tarihte insanoğlunun madeni para sistemini aşip kağıt para sistemine geçtiği gibi, para fonksiyonlarını icra eden yeni sistemleri de eskilerinin yerine ikame etmeye devam etmesi

¹⁰⁵ Adam, s. 41 ve 49.

¹⁰⁶ Adam, s. 43 ve 45.

¹⁰⁷ Örneğin faiz yasağı ve alışveriş serbestisi için bkz. Bakara Suresi, 2: 275; haksız kazanç ve aldatma yasağı için bkz. Nisâ Suresi, 4: 29.

¹⁰⁸ Gözübenli, "İslam Hukuk Literatüründe Para", s. 95-96 ve 85-86; Altan, s. 126.

mukadderdir. Nitekim her geçen gün teknolojik gelişmeler ve ihtiyaçlara bağlı olarak ekonomik hayatımıza yeni para veya ödeme, transfer, tasarruf enstrümanları girmektedir. Örneğin yakın geçmişte kredi kartı kullanma konusunda derin, yoğun tartışmaların yapıldığını hatırlamaktayız. Bu açıdan ekonomiyle ilgili kavram tartışmalarının herhangi bir biçimde noktalanacağını ön görmek mümkün değildir.

Kanaatimizce kripto para sistemine dair yapılan yorumların çoğunda "bitcoin" merkezli değerlendirmelerde bulunulması büyük bir eksikliklerdir. Yukarıda da vurguladığımız gibi bitcoin belki en popüleridir ama bin dört yüze yakın kripto para çeşidinden sadece biridir. Dolayısıyla pek çok avantajı da bulunması dışında bitcoinin İslam hukuku bağlamında menfi niteliklerinin, kripto paraların tümünü ve sistemini haram saymak için genel bir yargıya zemin teşkil ettiğini düşünmek doğru değildir. Özellikle de kripto paraların bir devlet ya da otoritenin güvencesi altında olmadığı iddiası temelinde yükselen gayri meşruluk yargısı bu nedenle çok sayıda kripto para çeşidinde karşılık bulmamaktadır. Rusya'nın Ethriumu, Venezuela'nın Petro'su bu konuda örnek olarak karşımıza durmaktadır. Faraza bir gün Türkiye'nin bor gibi bir madene endekli devlet kripto parasını (mesela borcoin/borpara) tedavüle sokmayı düşünmesi tümüyle ihtimal dışı bırakılmamalıdır.

Kripto paraların bilhassa küçük tasarruf sahiplerinin dolandırılmasına fırsat veren, çeşitli mağduriyetlere sebebiyet verme riski bulunan ve güvenilirlik açığı içeren bir yönü bulunmaktadır. Bu ve benzeri nedenlere bağlı olarak verilen haram fetvalarının gerçeklik ve doğruluk değeri elbette göz ardı edilemez. Ancak bu para sisteminin, aslında bertarafı veya ıslah edilebilecek menfi yönlerinden dolayı yok farz edilmesi veya değişmez bir gayri meşruluğa mahkum edilmesi, adeta akıntıya karşı kürek çeken bir yaklaşımdır. Mevcut sistemlere nazaran İslam hukukunun ruhuna daha uygun vasıf veya vaatlerinin de bulunduğu dikkate alınarak kripto para sisteminin meşruiyet zemininde nasıl geliştirileceğine dair çalışmalara hızla ağırlık verilmesi elzemdir. Sistemin genel kabul gördüğü, maalesef yine uluslararası tekellerin eline düştüğü; faiz, garar gibi İslam iktisat teorisinin kırmızı çizgilerinin içine bulaştırıldığı bir geleceği yaşamak zorunda kalmadan, yani iş işten geçmeden, İslam'ın bu sisteme dair gerçekçi bakış açısının tespiti ve bunun ışığında İslam'ın ruhuna uygun, özgün bir sistemin/sistemlerin inşasına yönelmenin büyük önem taşıdığına inanmaktayız.

KAYNAKLAR

- ACAR Ali, “İslami İktisadın Esasları İsimli Kitabın Para ve Faiz İle İlgili Kısımların İncelenmesi”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı XVI.
- ADAM Mufti Faraz (2017), Bitcoin: Shariah Compliant? <https://afinanceorg.files.wordpress.com/2017/08/research-paper-on-bitcoin-mufti-faraz-adam.pdf> adresinden 25 Mayıs 2018 tarihinde erişildi.
- ADIAN Sam, İslam İktisat Teorisi ve Toplumsal Mekanizmalar, Hongkong 2016.
- el-AKÎL Abdullah b. Muhammed b. Abdülvehhab (2018), el-Ahkâmu'l-Fıkhiyyetü'l-Muteallika bi'l-Amelâti'l-Elektruniyye, el-Memleketü'l-Arabîyyetü's-Suûdiyye Vezâretü't-Ta'lim el-Câmiatü'l-İslâmiyye bi'l-Medîneti'l-Münevvere <http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2018/01/Bitcoin4.pdf> adresinden 25 Mayıs 2018 tarihinde erişildi.
- AKGÜNDÜZ Ahmed, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Mecelle Ta'dilleri ve Gereçeleri İle Birlikte), Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2013.
- ALİ HAYDAR Hocaefendizade, Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Dâru Alemi'l-Kütüb, Beyrut 2003.
- ARAZ Yunus, “İslam Hukuku Açısından Menfaat ve Menfaat İçerikli Bazı Tasarruflar”, İLTED, Erzurum 2016/2, Sayı 46.
- AREN Sadun Aren, İstihdam, Para ve İktisadi Politika, Bilgi Yayınevi, Ankara 1968.
- ALLÂM Şevki İbrahim (2017), “Tedâvül Umleti'l-Bitkoin ve Teâmül bihâ” <http://www.dar-alifta.org/ar/ViewFatwa.aspx?sec=fatwa&ID=14139> adresinden 25 Mayıs 2018 tarihinde erişildi.
- ALTAN Mikail, “Faizsiz Bankacılığın Temelleri”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı XVI, 2010.
- ARAL Namık Zeki, Para Meselesi ve Bretton Woods Konferansı, Alaattin Kral Matbaacılık, Ankara (t.y.).
- ATEŞ Ateş, “Bitcoin: Sanal Para ve Vergileme”, Vergi Sorunları Dergisi, Yıl 37, Sayı 308, Mayıs 2014.
- AYBAKAN Bilal, “Nakit”, DİA, 2006.
- AYDIN Mehmet Âkif, “Cuâle” Maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt VIII.

- BAGUS Philipp, "The Quality of Money", The Quarterly Journal of Austrian Economics 12, No 4 (2009).
- BOZDOĞANOĞLU Burçin, "Sanal Para Birimi Bitcoin'in Kayıtdışı Ekonomi ile Karapara Faaliyetlerine Etkisi ve Vergilendirilmesi", Mali Hukuk Dergisi, Cilt 10, Sayı 111, Mart 2014.
- ÇARKACIOĞLU Abdurrahman (2016), Kripto-Para Bitcoin, s.4-5 <http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1130> 25 Mayıs 2018 tarihinde erişildi.
- DAS Amaresh, "Money as a Medium of Exchange: Then and Now: Can Technology be a Facilitator of Exchange?", Global Journal of Management and Business Research: B Economics and Commerce Volume 15, Issue 11, Version 1.0, Year 2015.
- DEMİR Fahri, İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Medikomat, Ankara 1993.
- ed-DESSÛKÎ Şemsüddîn eş-Şeyh Muhammed Arafe, Hâşiyetü'd-Dessûkî alâ Şerhi'l-Kebîr, Îsâ el-Bâbî el-Halebî ve Şurakâuh, t.y. y.y.,
- DİB DİN İŞLERİ YÜKSEK KURULU KARARI
<https://kurul.diyagnet.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/38212/dijital-kripto-paralarin-kullaniminin-dini-hukmu-nedir-> adresinden 23 Mayıs 2018 tarihinde erişildi.
- DURMUŞ Abdullah, "Fikhî Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri" (Basılmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.
- DÜNYA Şevki Ahmed, el-Cuâle ve'l-Istisnâ', el-Benku'l-İslâmî li't-Tenmiye el-Ma'hedü'l-İslâmî li'l-Buhûs ve't-Tedrib, t.y. y.y.
- EBÛ DÂVÛD Süleymân b. Eş'âs, Sunen, Dâru Sahnûn-Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- ECB European Central Bank, Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, Frankfurt 2015.
https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyscheme_sen.pdf adresinden 20 Mayıs 2018'de erişildi.
- EGE Börteçin, "Sanal Dünyanın Gerçek Parası: Bitcoin", Bilim ve Teknik, Kasım 2013.
- ERKAL Mehmet, İslam'ın Erken Döneminde Vergi Hukuku Uygulamaları, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., Ankara 2009.

- ERDEM Ekrem, “Osmanlı Para Sistemi ve Tağşiş Politikası: Dönemsel Bir Analiz”, Bankacılar Dergisi, Sayı 56, 2006.
- ERDOĞAN Mehmet, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2010.
- ERGİN Feridun, Para ve Faiz Teorileri, Beta Yayım Dağıtım, İstanbul 1983.
- _____ Para Siyaseti, Hamle Mat., İstanbul 1966.
- ESKİCİOĞLU Osman, “İslam’da Ekonomik Sistem”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 16, 2010.
- EVANS Charles W., “Bitcoin in Islamic Banking and Finance”, Journal of Islamic Banking and Finance, June 2015, Volum 3, No 1.
- GÖZÜBENLİ Beşir, “İslam Hukuk Literatüründe Para”, Para Faiz ve İslam, Çınar Matbaası, İstanbul 2015.
- _____ “Semen” Maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, XXXVI.
- el-HASENÎ Ahmed, İslam’da Para, Çeviren Adem Esen, İz Yayıncılık, İstanbul 1996.
- HİÇ Mükremin, Para, Kredi ve Fiyatlar, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1971.
- İBN KUDÂME Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed Muhammed el-Makdisî, el-Mukni’ fî Fikhi’l-İmâm Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî, Mektebetü’s-Sevâdey, Cidde 1421/ 2000.
- İBN ÂBİDÎN Muhammed Emin, Reddü’l-Muhtâr ale’d-Dürri’l-Muhtâr, Dâru Âlemi’l-Kütüb, Riyad 2003.
- İBN MÂCE Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd, Sunen, Dâru Sahnûn-Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- KARAMAN Hayrettin (2017), “Sanal para (bitcoin, bitpara)” <https://www.yenisafak.com/yazarlar/hayrettinkaraman/sanal-para-bitcoin-bitpara-2041314> 15 Mayıs 2018 tarihinde erişildi.
- KELEŞ Ali, İslam’a Göre Para Kavramı, Doktora Tezi (Uludağ Üniversitesi), Bursa 1998.
- KEYDER Nur, Para: Teori, Politika, Uygulama, Bizim Büro Yay., Ankara 1993.
- KİSBET Mustafa, “İslam Hukukuna Göre Satılan Malın Kabzı ve Hükümleri”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı XVI, 2010.
- LO Stephanie- Christina Wang, “Bitcoin is a Money”, Current Policy Perspectives, Federal Reserve Bank of Boston, 14-4
- MÂLİK Muvatta’, (Kitâbu’l-Akdiye, Bâbu’l-Kadâ), Hadis No 1461.

- MAURER Bill (2006), "The Anthropology of Money"
<http://www.anthro.uci.edu/~wmmaurer/bio/Maurer-AR.pdf> 20 Nisan 2018 tarihinde erişildi.
- MÜSLİM Ebû'l-Huseyn b. el-Haccâc, el-Câmiu's-Sahîh, Dâru Sahnûn-Çağrı Yay., İstanbul 1992.
- ORHAN Osman- Seyfettin Erdoğan, Para Politikası, Avcı Ofset, İstanbul 2002.
- ORMAN Sabri, "Modern İktisat Literatüründe Para Kredi ve Faiz", Para Faiz ve İslam, Çınar Matbaası, İstanbul 2015.
- ÖZGÜVEN Ali, İktisat Bilimine Giriş, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- ÖZTÜRK Mustafa, "Genel Hatlarıyla Osmanlı Para Tarihi", Türkler, Yeni Türkiye Yay., Ankara, 2002.
- ÖZTÜRK Nurettin- Asuman Koç, "Elektronik Para, Diğer Para Türleriyle Karşılaştırılması ve Olası Etkileri", SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, XI, 2013.
- ÖZYETGİN Melek, "Eski Türklerde Ödeme Araçları, Kağıt para Çav'ın Kullanımı", Modern Türklük Araştırmaları Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Ankara 2004.
- PILKINGTON Marc, Blockchain Technology: Principles and Applications, Research Handbook on Digital Transformations, 2016.
- NAKAMOTO Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System"
<http://www.bitcoin.org/bitcoin.pdf> adresinden 20 Nisan 2018 tarihinde erişildi.
- es-SERAHSÎ Şemsüddîn, el-Mebsût, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut t.y.
- SERİN Zehra Vildan, Para Politikası, Marmara Üniversitesi Yay., İstanbul 1987.
- eş-ŞİRÂZÎ Ebû İshâk İbrâhim b. Ali b. Yûsuf, el-Mühezzeb fî Fıkhî'l-İmam eş-Şâfî, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 2003.
- THORNTON Daniel L. (2000) "Money in a Theory of Exchange"
<https://files.stlouisfed.org/files/htdocs/publications/review/00/01/0001dt.pdf> adresinden 20 Nisan 2018 tarihinde erişildi.
- et-TİRMİZÎ Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevra, Sunen, Dâru Sahnûn-Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- et-TÛSÎ Ebû Ca'fer Muhammed b. el-Hasen b. Ali, el-Mebsût fî Fıkhî'l-İmâmîyye, el-Mektebetü'l-Murtadaviyye, Tahran t.y.

- USLU Rifat, “İslam Hukukunda Para Birimleri”, İslami Araştırmalar Dergisi, XXV-I, 2014.
- VON MISES Ludwig, The Theory of Money and Credit, İngilizceye Çev. H. E. Batson, Yale University Press, y.y. 1953.
- UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti’nde Saray Teşkilatı, Türk Tarih Kurumu Basımevi Yayınları, Ankara 1945
- YANARDAĞ M. Özgür, “19. Yüzyıl Osmanlı Devleti Para Düzeni: Kâğıt Para Düzenine Geçiş Aşamalarının İktisadi Analizi”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 8, Sayı 36, 2015
- YÜKSEL Armağan - Ebru Bozkurt, “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 73, Sayı 2, İstanbul 2015.

SİVİL İTAATSİZLİK KAVRAMI VE “VERGİ İTAATSİZLİĞİ”*

Arş. Gör. Muhammet DURDU**

TAX AND CIVIL DISOBEDIENCE

ÖZ

Sivil itaatsizlik, hukuk devletinin içerdği üstün değerler uğruna, aleni ve mevzuata aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin üstün hukuki değerlerine zarar vermeyen barışçıl bir protesto fiilidir. Mali hukukta sivil itaatsizlik ile alakalı çeşitli teorik temeller bulunmaktadır. Bunlar; vergi grevi, verginin reddi, vergi kaçırma ve vergi isyanı başlıkları altında toplanabilir. Bu kavramlar, “vergi itaatsizliği” başlığı altında birleştirilebilir. Vergi itaatsizliği, vergi sisteminde adaleti sağlamak amacıyla, mükelleflerin, bireysel veya toplu olarak vergi kanunlarını ihlal etmesi olarak tanımlanabilir. Sivil itaatsizliğin tarihine bakıldığı zaman çeşitli vergi itaatsizliği vakalarına rastlamak mümkündür. Günümüzde mali hukukta, vergi itaatsizliği, mükellef ile devlet arasında önemli bir iletişim aracı olabilir. Bu anlamda vergi itaatsizliği, mali problemlerin anarşiye kaçmadan diyalogla çözümlenmesinde önemli bir araçtır.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 04.05.2017

Kabul Edildiği Tarih: 11.09.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.310514](https://doi.org/10.15337/suhfd.310514)

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: mdurdu@konya.edu.tr

ORCID ID: [0000-0003-4912-4410](https://orcid.org/0000-0003-4912-4410)

ANAHTAR KELİMELEER: Sivil İtaatsizlik, Vergi, Vergi Grevi, Verginin Reddi, Vergi İtaatsizliği.

ABSTRACT

Civil disobedience is a peaceful protest act that is carried out publicly and unconstitutionally for the sake of the superior values contained in the rule of law, while at the same time not harming the superior legal values of the third persons. There are various theoretical bases related to civil disobedience in financial law. These; It is possible to collect under the titles of taxation, tax strike, tax refusal, tax evasion and tax rebellion. It is possible to collect these concepts under the heading of "tax disobedience". Tax disobedience can be defined as the violation of tax laws individually or collectively by the taxpayers in order to provide justice in the tax system. It is possible to encounter various tax disobedience cases when the historical case is examined. In today's financial law, tax disobedience can be an important communication tool between the taxpayer and the state. In this sense, tax disobedience is an important tool in solving financial problems through dialogue without escaping anarchism.

KEY WORDS: Civil Disobedience, Tax, Tax Strike, Tax Refund, Tax Disobedience.

GİRİŞ

Günümüzde, toplum içerisinde en müessir güç konumunda devlet bulunmaktadır. Devlet karşısında savunmasız durumda bulunan sivil vatandaşların her zaman devlet tarafından mağdur edilmesi muhtemeldir. Böylesine güçlenmiş bir devletin en önemli yetkisinin vergilendirme yetkisi olduğunu söylemek mümkündür. Devletin vergilendirme yetkisini kullanmak suretiyle, sivil vatandaşların mülkiyet haklarını ihlal etmesi söz konusu olabilir. Demokratik hukuk devleti anlayışında, sivil vatandaşın devlet karşısında hukuki koruma altında olduğu kabul edilmesine rağmen devletin bu kuralları kendi rızasıyla kabul etmesi bu korumaya karşı güveni azaltmaktadır. Devletin hukuk kurallarını ihlal etmesi durumunda, onu engelleyecek herhangi bir kuvvet bulunmamaktadır. İlk düşüncede akla uluslararası örgütler gelse bile, genellikle bunların devletler üzerinde yeterli yetkisinin olmaması, sınırlı bir şekilde bulunan yetkinin "hukuki" amaçlardan ziyade "siyasi" amaçlarla kullanılmakta olması, hukuki güvenceyi sağlama konusunda bu kurumları

yetersiz hale getirmektedir. Sonuç olarak, vatandaşların haklarını adaletle aykırı olarak ihlal eden devlet faaliyetlerine karşı, kendi haklarını koruması tarih boyunca her daim bir seçenek olmuştur ve bundan sonra da öyle olacak gibi görünmektedir.

Demokratik devletlerde, kendi menfaatlerini koruma adına, ülke vatandaşlarının devlet siyasetini belirlemede önemli etkilerde buldukları görülmektedir. Vatandaşların devlet siyasetinde söz sahibi olmalarının iki temel aracı bulunmaktadır. Bunlardan biri siyasi partiler diğeri ise sivil toplumdur. Siyasi partiler mecliste faaliyet göstererek demokratik usullerin kullanılmasıyla ülke siyasetine ilişkin temel belirleyici kararları almaktadır. Sivil toplum ise çeşitli yollarla, üretilmesi gereken politikaları karar alıcılara ulaştırarak ülke siyasetinde müessir olmaktadır. Bu bağlamda, sivil toplum, istemediği tasarruflara karşı dava açarak, karar alıcı siyasilerle doğrudan temas kurarak veya çeşitli protesto gösterileri düzenleyerek ülke siyasetine etki ederler. Bu protesto gösterileri ve eylemleri çeşitli görünüm arz etmektedir. İşte sivil itaatsizlik de, kural olarak şiddet içermeyen, barışçıl ve sistemin bütününe yönelik olmayan bir tür sivil protesto eylemidir¹.

Tarih boyunca devletin sınırsız iktidarını sınırlandırmaya dönük mücadeleler ilk olarak mali konularda başlamış ve rızasız vergileme olmaz ilkesinin kabulü, halkın devlete karşı kazandığı ilk haklardan olmuştur. Buna rağmen günümüzde bile, bireyler kendi mali menfaatlerini devlet karşısında emin görmemekte, hukuk devletinin korumasına tamamen güvenememektedirler. Bireylerin maliye ve maliye personelleri hakkındaki görüşlerinin olumlu olduğu söylenememektedir. İşte bu sebeplerden ötürü mali konularda “vergi itaatsizliği” vakaları görülmekte ve bu konu incelemeye muhtaç bulunmaktadır².

Gerek başka amaçlarla gerek mali amaçlarla yapılan sivil itaatsizlik eylemlerinin, tarih boyunca sivillerin haklarını korumada önemli bir araç konumunda buldukları görülmektedir. Gerçekten kavramsal ifadesini ilk olarak 19. yüzyılda yaşayan Henry David Thoreau’da bulan sivil itaatsizlik eylemlerinin fiili olarak Sokrates’e kadar uzandığı görülmektedir. İçtimai hayatta anlaşmaya varmada çok önemli bir araç olan sivil itaatsizlik, hem sivil

¹ CANDAN Kadir / BİLGİN Murat, “Sivil İtaatsizlik”, *Yasama Dergisi*, S. 19, 2011, s. 57, 58.

² BULUTOĞLU Kenan, “Vergiye Karşı Tipik Bir Reaksiyon Poujade Hareketi”, *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, S. 4, 1958, s. 189.

toplum hem de devlet tarafından derinlemesine incelenmesi gereken bir mefhumdur. Zira barışçıl yöntemler kullanması ve erdemli amaçlar gütmesi sebebiyle bu eylemler, anarşi ortamına girilmeden farklı ve meşru taleplerin cevaplanmasına imkân sağlamaktadır. Bu durum ise hem devletlerin hem de sivilin faydasıdır.

Çalışmada, ilk olarak sivil itaatsizlik kavramı ve tarihi temelleri üzerinde kısaca durulacaktır. Daha sonra mali hukuktaki sivil itaatsizlik ile ilgili kavramlar incelenecek, bunların sebepleri araştırılacak ve tarih boyunca öne çıkan mali amaçlı sivil itaatsizlik vakaları değerlendirilecektir. Son bölümde ise mali sivil itaatsizlik vakalarının hukuki yaptırım rejimi incelenmeye çalışılacaktır.

I. SİVİL İTAATSİZLİK KAVRAMI VE TARİHİ TEMELLERİ

Vergi hukukunda sivil itaatsizlik kavramını incelemeyen evvel sivil itaatsizlik kavramına genel bir giriş yapmak ve bu kavramın tarihi temellerini incelemek, vergi hukukundaki sivil itaatsizlik kavramlarının anlaşılmasında faydalı olacaktır.

A. Sivil İtaatsizlik Kavramı

Sivil itaatsizlik, hukuk devletinin içerdiği üstün değerler uğruna, aleni ve mevzuata aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin üstün hukuki değerlerine zarar vermeyen barışçıl bir protesto fiilidir³. Bir başka açıdan verilen tanıma göre ise sivil itaatsizlik, kanunları kasten çiğneyerek idareyi adalete ve hukuk devleti idesine çağırarak siyasi bir eylemdir⁴. Sivil İtaatsizlik kavramı ile ilgili bunlardan başka, birçok tanıma daha rastlanmaktadır⁵. Genel olarak bu tanımları, sivil itaatsizlik kavramına dâhil olacak fiilleri belirleme bakımından; dar tanım, geniş tanım ve baskın tanım olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür⁶. Dar tanımda, sivil itaatsizlik mefhumunun şartları fazla tutularak, sivil itaatsizliğin çoğu şartını taşıyan fiiller sivil itaatsizliğin

³ ÖKÇESİZ Hayrettin, *Sivil İtaatsizlik*, Afa Yayınları, İstanbul 1994, s. 130.

⁴ MACİT M.Hanifi, “Şiddet İçermeyen Bir Eylem: John Rawls’da Sivil İtaatsizlik”, *Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi*, S. 16, 2007, s. 135.

⁵ Bu tanımların için bkz: ANBARLI Şeniz, “Baskıya Karşı Direnme Hakkı ve Sivil İtaatsizlik”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, 2006, s. 70-73; ÖKÇESİZ, s. 49.

⁶ GÜNER Orhan Seyfi, “Sivil İtaatsizlik”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birlikleri* 1, İstanbul, 2003, s. 345; CANDAN/BİLGİN, s. 60.

kapsamı dışında bırakılmaktadır. Geniş tanımda şartlar az tutularak sivil itaatsizlik içerisinde giren fiiller artış göstermektedir⁷.

Geniş tanımın unsurları; mevzuat hükmünün bilinçli olarak ihlal edilmesi, özel ve ahlaki bir amacın bulunması, alenilik, protestonun devrimsel değil sadece bir haksızlığa yönelik olmasıdır (son şart bütün geniş tanımlar içerisinde yer almamaktadır)⁸. Baskın tanım, bu şartlara, şiddetsizlik unsurunun eklenmesiyle oluşmaktadır⁹. Baskın tanıma, ihlal edilen mevzuat hükmünün müeyyidelerine katlanma yükümlülüğü şartı da eklenince dar tanım ortaya çıkmaktadır¹⁰. Görüldüğü üzere sivil itaatsizlik mefhumunun kesin sınırları bulunmamaktadır.

Sivil itaatsizlik fiillerinin, demokratik idarelerde, uzlaşmaya varmada önemli bir araç olduğu düşünülürse, şartlarını mümkün olduğu kadar az tutmak, içtimai uzlaşmaya varma konusunda faydalı olacaktır. Aksi durumda, mesela sivil itaatsizlik olarak kabul edilip daha hafif bir tepkiyle karşılanması gereken olayların sert bir devlet tepkisiyle karşılanması, bu olayların daha büyüyerek anarşi doğurmasına sebebiyet verecektir. Sivil itaatsizlik eylemlerinin, yapılan haksızlıkların şiddete dönüşümünü engelleyen bir tampon işlevi gördüğü belirtilmektedir¹¹.

Sivil itaatsizliğe sebep olan haksızlığın nev'i ve derecesinin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Zira her bir menfaat ihlalinde sivil itaatsizliğe başvurmak hem amaca uygun olmayacak hem de sivil itaatsizin samimiyetinin sorgulanmasına sebebiyet verecektir¹². İlk olarak söz konusu haksızlığın üçüncü kişiler tarafından da görülebilir olması gerektiği

⁷ GÜNER, s. 346; ÖKÇESİZ, s. 108; ÖZBEY Tuğba Nur, “Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Bediüzzaman Said Nursi’de Müspet Hareket Metodu”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kültürel İncelemeler Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s. 36-52.

⁸ CANDAN/BİLGİN, s. 62.

⁹ GÜNER, s. 346.

¹⁰ ÖKÇESİZ, s. 109, 110.

¹¹ YILMAZ Sibel, “Demokratik Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik Olgusu”, http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_7f00a7a3930545f98cf0232160ad68ac.pdf (E.T. 28.02.2017). s. 6.

¹² GÜNER, s. 350.

belirtilmektedir¹³. Bir başka görüşe göre haksızlık, eşit şans ve eşit özgürlük ilkelerine aykırı olmanın yanında siyasi muhalefete rağmen devam ediyor olmalıdır¹⁴. Sivil itaatsizliğe başvurmayı icap ettiren haksızlıkların her ülkede farklılık arz edebileceği belirtilmektedir¹⁵.

Sivil itaatsizliğin unsurları arasında üzerinde en az tartışılan husus aleniliktir. Buna göre, sivil itaatsiz, işlemiş olduğu fiili gizli değil umuma açık olarak gerçekleştirir. Alenilik, sivil itaatsizlik için o kadar önemlidir ki, bu şartın sivil itaatsizliğin, diğer kanun ihlallerinden ayırıcı şartı olduğu belirtilmektedir¹⁶.

Sivil itaatsizliğin şiddetsiz bir eylem olması sayesinde aktif direnme olmaktan çıktığı ve pasif direnme statüsünde bulunduğu belirtilmektedir¹⁷. Gandi'ye göre fiziksel şiddetin yanında sözlü şiddetten dahi kaçınmak gerekir¹⁸. Bununla birlikte sivil itaatsizliğin şiddetsiz olması mutlak değildir. Bazı durumlarda amaçla orantılı şiddet kabul edilebilmektedir. Önemli olan şiddetin bir başka kişinin üstün hukuki yararını çiğnememesidir. Mesela haksız bir savaşta görev alan generalin üzerine kan sıçratma fiilinde ciddi bir şiddet içeriği gözlenmektedir¹⁹. Ancak bu şiddetin sivil itaatsizin amacına ulaşmasında gerekli ve ulaşılmak istenen amaç karşısında zararsız olduğu söylenebilir. Zaten esas önemli olan, sivil itaatsizin, uyguladığı bu şiddetin sonucundaki müeyyideyi de kabul etmesidir. Bu sayede sivil itaatsiz, şiddetini

¹³ GÜNER, s. 345, 346.

¹⁴ MACİT, s. 137; CANDAN / BİLGİN, s. 67.

¹⁵ GÜNER, s. 352.

¹⁶ ANBARLI Şeniz, "Baskıya Karşı Direnme Biçimi Olarak Sivil İtaatsizlik ve Meşruluğu Sorunu", *Yönetim Bilimleri Dergisi*, C. 5, S. 2, 2007, s.78. Bir görüşe göre aleniliği sivil itaatsizliğe mal etmek doğru değildir. Alenilik, diğer kanuni eylemlerde de bulunduğu için sivil itaatsizliğe mal edilmemelidir. Bkz. ÖZLEM Doğan, *Sivil İtaatsizlik Üzerine Bir Felsefi İnceleme Denemesi*, Hayrettin Ökçesiz(Ed.), *Sivil İtaatsizlik* içinde, s. 86. Ancak sivil itaatsizliğin kanuni eylemlerle kıyaslanmaması gerekir. Bilindiği üzere sivil itaatsizlik, kanunlara aykırı bir eylemdir ve alenilik unsuru sivil itaatsizliği diğer kanuna aykırı eylemlerden ayırmaktadır.

¹⁷ ANBARLI Şeniz, "Bir Pasif Direnme Modeli Olarak Sivil İtaatsizlik", *C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Doç. Dr. Feramuz Aydoğan'ın Anısına*, C. 2, S. 1, 2001, s. 321.

¹⁸ CANDAN / BİLGİN, s. 64.

¹⁹ ÖKÇESİZ, s. 82, 122.

yönelttiği kişinin hakkına saygı duyduğunu da ispatlamış olur²⁰. Ancak şurasını da unutmamak gerekir ki, bu şiddet, sivil itaatsizliği asla militan eylemlere benzer bir hale getirmemelidir²¹.

Sivil itaatsizin işlemiş olduğu hukuka aykırılık karşılığında uygulanacak olan müeyyideye katlanması şartının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bu şart, sivil itaatsizin samimiyetini kanıtlaması açısından oldukça müessirdir. Ayrıca sivil itaatsiz, öngörülen müeyyideye katlanarak sistem için tehlike oluşturmadığını, devrimsel amaçlarının bulunmadığını, sadece belirli bir haksızlığa karşı çıktığını ispatlamaktadır²². Ancak işlenen itaatsizliğin doğal hukuka ve vicdanlara uygun olması münasebetiyle, yaptırıma katlanılmasına gerek olmadığını savunanlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre, bu unsur, psikolojik ve önemli bir faktör olmakla birlikte sivil itaatsizliğin temel şartlarından kabul edilmemelidir²³.

Sivil itaatsizliğin devrimsel olmayıp sistem içerisinde vuku bulan bir haksızlığa yönelik olması, farklı çevrelerden ve farklı görüşlerden kişilerin katılımıyla bu gösterilerin gerçekleştirilmesine fırsat vermektedir. Zira sivil itaatsizlikte ideolojik çatışmalara gidilmemekte, insanın doğasına bulunan adalet ve vicdan mefhumlarına hitap edilmektedir. Söz konusu haksızlık giderildiği zaman, sivil itaatsizlik eylemleri için bir araya gelen topluluk dağılmaktadır²⁴. Bu anlamda sivil itaatsizlik grupları, baskı gruplarıyla benzerlik göstermektedir. Bununla beraber sivil itaatsizliğin devrimsel olmaması şartının geniş tanımda tam bir mutabakat ile kabul edilmediği görülmektedir²⁵. Buna göre bazı devrimsel sivil protestolarının da, geniş tanım kriter olarak ele alındığında, sivil itaatsizlik kategorisinde yer alması mümkün olabilmektedir.

²⁰ ANBARLI, *Baskıya Karşı*, s. 84.

²¹ ANBARLI, *Baskıya Karşı*, s. 89.

²² CANDAN / BİLGİN, s. 64; ÖKÇESİZ, s. 127, 128.

²³ SCHLEISINGER Steven R., “Civil Disobedience: The Problem of Selective Obedience to Law”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, C. 3, S. 4, 1976, s. 957; GÜNER, s. 351.

²⁴ UYANIK Mevlüt, *Sivil İtaatsizlik Eylemleri ve Dini Değerler*, Elis Yayınları, Ankara 2010, s. 97; ANBARLI, *Baskıya Karşı*, s. 86.

²⁵ ÖKÇESİZ, s.108, 109.

Sivil itaatsizlik eylemleri, ideolojisi açısından aşağı yukarı her tür devlette vuku bulmakla birlikte²⁶ daha çok insan haklarının geliştiği demokratik devletlerde görülmektedir. Sivil itaatsizlik olaylarına katılanların da, daha çok demokrasiyi özümsemiş ve insan haklarına saygılı kişiler olduğu gözlenmektedir²⁷.

Sivil itaatsizlik eylemlerinde çiğnenen mevzuat hükmü doğrudan değiştirilmesi istenen hüküm olabileceği gibi, bir başka hükmün çiğnenmesi suretiyle asıl haksızlığa dikkat çekilmek de istenebilir²⁸. Nitekim farklı amaçlara ulaşabilmek için vergi grevlerinin birçok kez uygulandığı müşahede edilmiştir.

Bu şartlardan da anlaşılacağı üzere, sivil itaatsizlik kendine özgü bir demokratik ve içtimai iletişim aracıdır. Buna göre sivil itaatsizliği, diğer içtimai iletişim araçlarından ayıran yönlerin tespitinde fayda bulunmaktadır. Sivil itaatsizlik:

- Bir mevzuat hükmünü çiğnediği için kanuni protesto biçimlerinden,
 - Saygıdeğer bir ahlaki motivasyonla işlendiği için sıradan ve bireysel mevzuat ihlallerinden²⁹,
 - Aleni olduğu için gizli işlenen ceza hukuku müeyyidesine tabi fiillerden,
 - Şiddetsiz, kamuya açık ve sistem içerisinde bir muhalefet olduğu için darbe, ihtilal gibi anti demokratik teşebbüslerden,
 - Bütün toplumun ortak ahlak anlayışı çerçevesinde kabul gören bir motivasyonla işlendiği için siyasi terör ve sınıf fanatizmlerinden³⁰,
 - İhlalin sonuçlarına katlanıldığı için samimiyetsiz ve menfaatperest kişilerin yaptığı fiillerden,
- Farklıdır³¹.

²⁶ Bu konuda daha katı bir görüş de vardır. Buna göre bir eyleme sivil itaatsizlik diyebilmek için bu eylemin demokratik bir idare altında gerçekleşmiş olması şarttır. Bkz. MACİT, s. 138, 139; RAWLS John, Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı, Yakup Coşar(Çev., Ed.), *Kamu Vicdanına Çağrı: Sivil İtaatsizlik* içinde, İstanbul 2013, s. 56.

²⁷ ÖKÇESİZ, s. 82.

²⁸ CANDAN/BİLGİN, s. 63, 64; ÖKÇESİZ, s. 83.

²⁹ ANBARLI, *Baskıya Karşı*, s. 74.

³⁰ ALTUNEL Mesude, "Sivil İtaatsizlik Ve Mohandas K. Gandhi", *TBB Dergisi*, S. 93, 2011, s. 446

³¹ UYANIK, *Sivil İtaatsizlik Eylemleri*, s. 96-98; ÖKÇESİZ; s. 113.

Sivil itaatsizliğin meşruluğu sorunu öğretilerde tartışılan meseleler arasındadır. Evveliyatla şunu belirtmek gerekir ki, meşruluk ile kanunilik aynı şey değildir. Kanuna uygun olan bir şey toplum nazarında kabul görmezse, kanuni olmasına rağmen meşru sayılamaz. Sivil itaatsizliğin meşruluğu bu düşünceyle incelenmezse, ona hiçbir meşruluk kaynağı bulunamaz. Zira sivil itaatsizlik eylemi temelden kanunlara aykırıdır³².

Sivil itaatsizliğin meşruluğunu savunan görüşlerden ilki doğal hukuk görüşüdür. Buna göre hukukun özü itibariyle, haksız bir mevzuat hükmüne karşı gelmek gerekmektedir. Zira pozitif hukuk her zaman adaleti sağlayamaz³³. Sivil itaatsizliğin meşruluğunu savunan ikinci görüş sözleşme kuramıdır³⁴. Buna göre kişi, devletle yaptığı en baştaki sözleşmeye uymak amacıyla, bu sözleşme çerçevesinde ve bireysel olarak bir haksızlığa karşı gelmektedir. Son olarak yararcılık görüşünden söz edilmektedir. Bu görüşe göre ise, eğer sivil itaatsizlik insanlar için fayda sağlayacaksa uygulanmalıdır. Getireceği faydalar zararlarından az olursa bu yol meşruluğunu kaybedecektir³⁵. Temel olarak söylenebilir ki, bir mevzuat hükmünün adalete aykırı olması onu hukuka aykırı yapacak, aynı zamanda ona riayet etmemeyi de hukuka uygun hale getirecektir³⁶. Bu sebeplerle sivil itaatsizlik eylemlerinin cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir³⁷. Bu şekilde sivil itaatsizlik olduğu tespit edilen kanun ihlallerinin daha az cezalandırılması vicdanen daha uygun görünmektedir³⁸. Hiç ceza verilmemesi ise kötü niyetli kullanımlara açık olacaktır. Vatandaşlar karşılaştıkları her problemde sivil itaatsizlik yoluna başvurarak, herhangi bir müeyyideye tabi olmadan kanun hükümlerini ihlal etmek isteyebileceklerdir.

³² Sivil itaatsizlik kanunlara aykırı olmasına rağmen, ona kanuni meşruiyet atfeden bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre, sivil itaatsiz, her ne kadar kanunları ihlal etse de, müeyyidesine katıldığı için işlediği fiilin kanunen de meşru sayılması gerekir. Bkz: MACİT, s. 141.

³³ GÜNER, s. 349; ÖKÇESİZ, s. 141.

³⁴ ANBARLI, *Baskıya Karşı Direnme*, s. 38; ÖKÇESİZ, s. 144; GÜNER, s. 358.

³⁵ ÖKÇESİZ, s. 151.

³⁶ ÖKÇESİZ, s. 132.

³⁷ GÜNER, s. 365.

³⁸ YILMAZ Sibel, “Demokratik Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik Olgusu”, http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_7f00a7a3930545f98cf0232160ad68ac.pdf (E.T. 28.02.2017). s. 11.

B. Sivil İtaatsizliğin Tarihi Temelleri

Tarih boyunca sivil itaatsizlik davranışını ilk gösteren kişi olarak Sokrates bilinmektedir. Sokrates, yönetenlerin her bir icraatının adil olup olmadığının kontrol edilmesinden sonra uyulması gerektiğini düşünmektedir. Eğer yapılan icraat adil değilse gereği yerine getirilmemeli, bununla beraber bundan doğan müeyyideye katlanılmalıdır. Müeyyideye katlanılmasının sebebi, siteyle en başta yapılan sözleşmedir³⁹. Bu sözleşmeye riayetle sitenin temel kurumlarına karşı gelinmediği, sadece mevcut adaletsizliğe karşı çıkıldığı ispatlanmış olmaktadır. Burada Sokrates'in sivil itaatsizliğin meşruluk kaynağını, günümüzdeki ifadesiyle "sözleşme kuramı"nda bulduğunu müşahede ediyoruz.

Henry David Thoreau 19. yüzyılda yaşamış Amerikalı bir bilim adamıdır. "Civil disobedience" tabiriyle sivil itaatsizlik terimini ilk kullanan kişi olarak dikkat çekmektedir⁴⁰. Thoreau'nun sivil itaatsizlik anlayışına göre, bir kişinin kendi devletinin kanunlarından daha üstün kanunlar vardır. Bu üstün kanunlar ile devlet kanunları çatışırsa kişinin görevi üstün kanuna uymaktır. Kişi devletinin kanununa bilerek karşı geliyorsa, hapse girmek dahi olsa, bunun sonuçlarına katlanılmalıdır. Zaten hapse girmek sanıldığı kadar kötü bir şey değildir. Bu sayede başka insanların söz konusu haksızlığın farkına varması sağlanmış olacaktır⁴¹. Bu görüşleriyle Thoreau, sivil itaatsizliğin meşruluk kaynağını doğal hukuk görüşünde bulmaktadır.

Mahatma Gandhi ise "satyagraha" tabirini kullanmaktadır. Gandhi aksini iddia etse de, satyagrahası'nın sivil itaatsizlikten pek bir farkı yoktur. Aksine sivil itaatsizlik mefhumunun oluşumunda önemli yapı taşlarından biridir⁴². Zira Gandhi'nin faaliyetleri, sivil itaatsizliğin içtimai bir hal almasını sağlamıştır⁴³. Batı tarihi açısından son olarak Martin Luther King'in de, ırkçılık karşıtı eylemleriyle, sivil itaatsizlik eylemlerinin öncülerinden olduğu söylenebilir⁴⁴.

İslam tarihine bakıldığında, Ebu Hanife'nin sivil itaatsizlik tanımının içerisine girebilecek eylemlerde bulunduğu görülmektedir. Nitekim dönemin

³⁹ ÖKÇESİZ, s. 16, 24.

⁴⁰ ALTUNEL, s. 448; ÖKÇESİZ, s. 29.

⁴¹ CANDAN/BİLGİN, s. 71; GÜNER, s. 351; ALTUNEL, s. 447.

⁴² ÖKÇESİZ, s. 48.

⁴³ GÜNER, s. 357.

⁴⁴ CANDAN/BİLGİN, s. 78; GÜNER, s. 354.

halifesi tarafından kendisine başkadılık görevi verilmiş fakat Ebu Hanife bunu reddetmiştir. Bunun üzerine kadıların zor meselelerde kendisine danışmasını istemiş, Ebu Hanife bu teklifi de reddetmiştir. Zira Ebu Hanife, mevcut halifenin adalete aykırı davrandığını düşünüyor ve kendi fiilleriyle onu meşrulaştırmak istemiyordu. Ebu Hanife, bu kararından hapse girmek ve işkence görmek pahasına dönmemiştir⁴⁵.

Bütün bu tarihi şahsiyetler, günümüzdeki sivil itaatsizlik düşüncesi ve faaliyetlerinin temelini oluşturmuşlardır. Bunlar esasında hukuk devleti ilkesine ulaşmak için çaba göstermişler, fakat yaptıkları faaliyetler, günümüzdeki hukuk devletlerinin hukuk devleti olarak kalmaya zorlayan sivil itaatsizlik mefhumunun oluşumuna değerli hizmetler vermiştir⁴⁶.

II. MALİ SİVİL İTAATSİZLİK KAVRAMLARI, SEBEPLERİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Sivil itaatsizlik vakalarının tarihi geçmişine bakıldığı zaman, mali amaçlı olanlarının ciddi sayıda olduğu görülmektedir. Mali hukuktaki bazı kavramların sivil itaatsizliğin şartlarına haiz olduğu tespit edilmiştir. Bu kavramların ne derece sivil itaatsizlikle bağdaştığı ve Türkiye’deki mevcut kanunlar çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

A. Mali Hukukta Sivil İtaatsizlik ile Bağlantılı Kavramlar

Mali hukukta sivil itaatsizlik ile alakalı çeşitli teorik temeller bulunmaktadır. Bunları; vergi baskısı, vergi inzivası, vergi grevi ve verginin reddi, vergi isyanı, vergiden kaçınma ve vergi kaçırma başlıkları altında toplamak mümkündür. Bu kavramların sivil itaatsizlik olarak kabul edilip edilemeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir.

1. Vergi Baskısı

Vergi baskısı, bir ülke içerisindeki vergi oranlarının mükellefler üzerine yüklemiş olduğu mali ağırlığı ifade eder. Bu anlamda vergi baskısı ile vergi yükü yakın anlamlıdır. Vergi yükü, kişisel anlamıyla, objektif vergi yükü ve sübjektif vergi yükü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Objektif vergi yükü, elde edilen gelirden ne derecede vergi ödenmesi gerektiğini ortaya koyan bir nicelik

⁴⁵ UYANIK, *Sivil İtaatsizlik Eylemleri*, s. 129, 130; İslam tarihinde önemli bir sivil itaatsizlik örneği olarak Hasan el-Basri için bkz: UYANIK Mevlüt, *İslam Siyaset Felsefesinde Sivil İtaatsizlik*, Kaknüs Yayınları, İstanbul 2001.

⁴⁶ ÖKÇESİZ, s. 48.

analizidir. Sübjektif vergi yükü ise vergi baskısını ifade etmektedir⁴⁷. Sübjektif vergi yükünü hesaplamak son derece zordur. Sübjektif vergi yükü, sadece vergi oranları ile alakalı değildir. Vergilemenin şekli maliyetleri, mükelleflerin psikolojik durumu ve ülke iktisadının genel durumu sübjektif vergi yüküne etki edebilmektedir⁴⁸. Yapılan anket çalışmalarına göre, Türkiye’de vergi baskısı yüksek seviyelerdedir⁴⁹.

Mükellef üzerindeki vergi baskısı, mükellefin devlete karşı menfi tutumlarını temelden etkilemektedir. Üzerindeki vergi baskısını çok fazla hisseden mükellef, aşağıda incelenen tepkisel hareketlere kolayca yönelebilecektir. Üzerinde vergi baskısı olmayan veya çok az olan mükellef ise vergisel konularda devletle barışık ve sakin bir süreç yaşayacaktır.

Üzerlerindeki vergi baskısına bağlı olarak, mükelleflerin vergiye karşı tepkilerinin değişebileceği belirtilmektedir. Bu düşünceye göre, vergi oranları çok düşükken mükellefler vergiye olumsuz bakmayacak, vergiyi, kendilerinin toplumun bir parçası olmalarının bir aracı olarak kabul edeceklerdir. Vergi oranları bir miktar arttığı zaman mükelleflerin aklında soru işaretleri oluşmaya başlayacaktır. Vergi oranları yüksek sayılabilecek bir seviyeye çıktığında, mükellefler fırsat buldukça gizli olarak vergi kaçırarak ve vergiden kaynaklanan hoşnutsuzluklar sözlü olarak dışa vurulacaktır. Çok yüksek vergilerin olduğu yerlerde ise “vergi alerjisi” denen durum ortaya çıkacak, mükellefler alenen ve içtimai olarak vergiye tepki vereceklerdir⁵⁰. İşte bu son aşamada, sivil itaatsizlik türü de dâhil olmak üzere, çeşitli sivil toplum gösterileri ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak söylenebilir ki, vergi baskısı ile

⁴⁷ YORULDU Mutlu & YORULDU Nilüfer Zeybek, “Türkiye’de Vergi Kayıp ve Kaçaklarının Önlenmesinde Vergi Denetimi ve Muhasebe Meslek Mensuplarının Rolü Üzerine Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, C. 1, S. 1, 2016, s. 54, 55.

⁴⁸ AKTAN Coşkun Can & ÇOBAN Hilmi, Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi Perspektiflerinden Vergiye Karşı Tutum ve Davranışları Belirleyen Faktörler, Coşkun Can Aktan & Dilek Dileyici & İstiklal Y. Vural(Ed.), *Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi* içinde, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 141

⁴⁹ ÇİÇEK, s. 158.

⁵⁰ AKTAN Coşkun Can & DİLEYİCİ Dilek & SARAÇ Özgür, Vergilere Karşı Tepkilerin Anatomisi, <http://docplayer.biz.tr/10476891-Vergilere-karsi-tepkilerin-anatomisi.html> (E.T. 06.03.2017); TUNÇER Mehmet, “Hükümet-Birey İlişkilerinin Vergi uyumuna Etkisi ve Türkiye”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 57, S. 3, 2002, s. 117, 118.

vergi itaatsizliğinin meydana gelme ihtimali arasında doğru orantılı bir ilişki vardır.

2. Vergi Uyum

Vergi uyumu, mükelleflerin vergi ile ilgili ödevlerini mevzuata ve mahkeme kararlarına uygun olarak yerine getirmelerini ifade etmektedir⁵¹. Vergi uyumu ile vergi baskısının ters yönlü bir ilişkiye sahip olduğu belirtilmelidir. Buna göre vergi baskısı azaldıkça mükelleflerin vergiye gönüllü uyumu artacaktır. Türkiye’de vergiye gönüllü uyumun düşük seviyelerde olduğu dile getirilmektedir⁵².

Mükelleflerin vergiye gönüllü uyumunu, vergi sisteminin mükellef tarafından adaletli bulunup bulunmaması, sosyal/demografik faktörler, kültürel faktörler, psikolojik faktörler ve siyasi faktörler etkilemektedir⁵³. Bu etkenler içerisinde vergi sisteminin adaletinin mükellef tarafından nasıl algılandığı ön plana çıkmaktadır. Zira adaletsiz bir vergi sistemi içerisinde, diğer şartlar tam olarak sağlansa bile, mükelleflerin rıza ile vergi ödemesi ihtimal dâhilinde değildir. Bu sebeple bu unsurun daha ayrıntılı incelenmesi faydalı olacaktır. Mükellefin vergi sistemindeki adalete olan inancını etkileyen birçok husus bulunmaktadır;

- Vergi gelirlerinin verimli kullanılmaması sebebiyle mükelleflerin yeterince kamu hizmeti alamayışı⁵⁴;

⁵¹ KAHRİMAN Hamza, “Vergiye Gönüllü Uyum Çerçevesinde Türkiye’de Gelir İdaresinin Organizasyon Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 12, S. 1, 2016, s. 230; BİBEROĞLU Elif, Türkiye’de Gönüllü Vergi Uyum, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi*, İzmir 2006, s. 1.

⁵² TUNÇER, s. 108; BİBEROĞLU, s. 1.

⁵³ KAHRİMAN, s. 230; BİBEROĞLU, s. 30; TUNÇER, s. 112.

⁵⁴ TUNÇER, s. 111; BİBEROĞLU, s. 59; İPEK Selçuk/KAYNAR İlnur, ““Vergiye Gönüllü Uyum” Konusunda Çanakkale İline Yönelik Ampirik Bir Çalışma”, *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, C. 16, S. 1, 2009, s. 189; SERİM Nilgün, “Gönüllü Vergi Uyumunu Artırmada Kamu Otoritesinin Düzenleyici Rolünün ve Mükellef Çevresinin Önemi: Sıralı Probit Model Yaklaşımı” *AKÜ İİBF Dergisi*, C. 17, S. 1, 2015, s. 144; ŞENTÜRK Suat Hayri, “Vergiye Gönüllü Uyumun Sağlanmasında Fayda İlkesinin Rolü”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 9, S. 3, 2014, s. 137.

- Vergi toplanırken ödeme gücü ilkesine riayet edilmemesi⁵⁵;
- Vergi idaresinin mükellef odaklı çalışmayıp mükellefin taleplerini görmezden gelmesi⁵⁶;
- Vergi aflarının çok sık çıkması⁵⁷.

Bu tür hususlar mükelleflerin vergi sisteminin adaletli olmadığını düşünmesine vesile olacak, bu durum ise vergiye gönüllü uyuma menfi etkide bulunacaktır. Vergiye gönüllü uyumun azalması ise mükelleflerin çeşitli yollarla vergisel itaatsizliklere başvurmalarına sebep olacaktır. Bu konuda hükümetlere düşen, vergi uyumunu artırmaya yönelik politikalar geliştirmektir⁵⁸.

3. Vergi Grevi ve Verginin Reddi

Vergi grevi, vergiyi ödememe konusunda içtimai bir direnişi ifade eder. Başlangıçta bireysel olarak ortaya çıkabilmesine rağmen olayın içtimai bir hal almasıyla vergi greviden söz etmek mümkün olmaktadır⁵⁹. Yürürlüğe konan verginin adalete aykırı olduğunu düşünen mükellefler, kanun hükümlerine riayet etmeyerek haksız olduğunu düşündükleri vergiyi ödemek yerine kanuni müeyyidelerine katlanarak ödememeyi tercih etmektedirler. Bu durum içtimai bir hâl almasıyla devletin müeyyide uygulama kabiliyeti düşecektir. Bunun yerine mükelleflerle uzlaşmaya gitmeyi deneyerek, imkânlarını zorlamak suretiyle taleplerini yerine getirmek mecburiyetinde kalacaktır. Bu duruma gelen bir sosyal vaka, teorik olarak verginin reddi olarak adlandırılmaktadır.

⁵⁵ BİBEROĞLU, s. 67; SERİM, s. 153; Ödeme gücü ilkesine ulaşmak için başvurulabilecek yolları şu şekilde sıralamak mümkündür; artan oranlı vergi tarifeleri, en az geçim indirimi, emek gelirlerinin sermaye gelirlerine göre daha az vergilendirilmesi, vergi muafiyet ve istisnaları, lüks tüketimin ağır vergilendirilmesi. Bkz: ÜSTÜN Ümit Süleyman, "Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1-2 (S.Ü. Hukuk Fakültesi 20. Yıl Armağanı), 2003, s. 260, 261.

⁵⁶ TUNÇER, s. 111; BİBEROĞLU, s. 72; KAHRİMAN, s. 230; İPEK/KAYNAR, s. 176.

⁵⁷ BİBEROĞLU, s. 78; YUSUFOĞLU Arkan, "Türkiye'de 2002-2015 Dönemi Özelinde Mali Uyumun Kalitesinin Değerlendirilmesi", SARAÇOĞLU Fatih/ÇAKIR Muharrem(Ed.), *Yrd. Doç. Dr. Yaşar METHİBAY'a Armağan* içinde, Gazi Kitabevi, Ankara 2017, s. 471.

⁵⁸ Bu konuda Onuncu Kalkınma Planı'nda hedefler öngörüldüğü müşahede edilmiştir. Bkz: GİB, *Onuncu Kalkınma Planı(2014-2018)*, Ankara 2015.

⁵⁹ PÜRSÜNERLİ ÇAKAR Elif, "Vergiye Karşı Direnme Şekilleri ve Vergi İnzivası", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1295, 1309, 1310.

Verginin reddi, vergi grevinin başarıya ulaşarak, istenmeyen verginin kaldırılmasına denmektedir⁶⁰. Toplumsal bir tepki olarak karşımıza çıkan verginin reddi, devlet iradesine riayet edilmeyerek, adaletsiz olduğu düşünülen vergiye gösterilen tepkinin başarıya ulaşmasını ifade eder. Verginin reddi devlet gücü karşısında sivil içtimai gücün önemini göstermesi açısından önemlidir.

Vergi grevi ve verginin reddi, mali hukukta sivil itaatsizliğin şartlarını karşılmasıyla dikkat çekmektedir. Gerçekten; mükellefler adaletsiz olduğunu düşündükleri bir vergi kanununu ihlal etmekte, bu ihlali aleni olarak gerçekleştirmekte, ihlal sonucunda uygulanacak müeyyideye katlanmayı göze almakta ve başka kişilerin üstün hukuki yararını zedelememektedir. Bu yönleriyle vergi grevi ve verginin reddi, sivil itaatsizliğin özelliklerini yansıtmaktadır. Bu özellikleri sayesinde, mali hukukta, mükellef ile vergi idaresi arasında önemli bir içtimai iletişim aracı olma işlevi görmektedir.

4. Vergi İsyanı

Vergi isyanı, verginin reddi ve vergi grevi ile birçok konuda benzer özelliklere sahiptir. Verginin reddi ve vergi grevinde olduğu gibi vergi isyanında da; adaletsiz ve yüksek vergi oranları bulunmakta, mükellefler kanunlara açıkça aykırı hareket ederek vergi ödemeyi reddetmekte, verginin kaldırılmasına yönelik hareket edilmekte, eyleme katılanlar her türlü müeyyideye ve sonuca razı olmaktadır. Vergi isyanını diğer kavramlardan ayıran nokta, vergi isyanının şiddet içerikli olmasıdır⁶¹. Vergi isyanı olduğu zaman, geniş halk kitleleri şiddet içerikli gösteriler düzenlemekte, olaylar sonucu ciddi can ve mal kaybı olabilmektedir. Vergi isyanında mükellefler adaletsiz vergilerin kaldırılmasını istemenin yanında, idarelerinde değişmesini talep etmektedir.

Vergi isyanlarının da birer sivil itaatsizlik türü olarak kabul edilmesi gerektiği, hukuk devleti ilkesine uygun ve meşru bir eylem olduğu belirtilmektedir⁶². Vergi isyanlarını, meşruluk ile bağdaştırmak mümkün olsa

⁶⁰ PEHLİVAN Osman, *Kamu Maliyesi*, Celepler Matbaacılık, Trabzon 2015, s. 164.

⁶¹ AKTAN Coşkun Can / DİLEYİCİ Dilek / SARAÇ Özgür, *Vergilere Karşı Tepkiler ve Vergilerin Ahlaki ve Sosyo-Politik Sınırları*, Coşkun Can Aktan / Dilek Dileyici / İstiklal Y. Vural, *Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi* içinde, Ankara 2006, s. 170.

⁶² AKTAN Coşkun Can / DİLEYİCİ Dilek / SARAÇ Özgür, *Vergi Zulüm ve İsyân*, Ankara 2002, s. 147-149.

da, hukuk devleti ilkesi ve sivil itaatsizlik kavramı ile uyum içerisinde olduğunu söylemek zor görünmektedir. Zira sivil itaatsizliğin en temel özelliklerinden biri şiddetsizliktir. Her ne kadar sivil itaatsizlikte şiddetsizlik mutlak olmasa da, başvuru şiddetini amaçla orantılı olması ve haddi aşmaması gerekir. Sivil itaatsizlik eylemleri ile aktif direnişleri birbirinden ayıran temel nokta şiddetsizliktir. Temel yapı taşlarından birisi şiddet olan bir eylemi sivil itaatsizlik ile bağdaştırmak doğru değildir. Aynı şekilde, vergi isyanı kavramını hukuk devleti ilkesine uygun kabul etmek de söz konusu olmamalıdır. Zira hukuk devletinin alt ilkelerinden birisi de “ihkakı hak yasağı”dır. Bu yasağa göre, kimse kendi hakkını kendi eliyle elde etmeye kalkamaz. Hukuk devletinde herkes hakkını hukuka ve mahkeme ilamlarına dayanarak devletin icra organları aracılığıyla talep eder. Kişinin karşısında devlet olsa da durum böyledir. Kişi devlete karşı hukuki yolları kullanarak haklılığını ispat edip hakkını aramalıdır. Eğer devlet hakkaniyete aykırı olarak kişinin hakkını vermiyorsa ortada zaten hukuk devleti yoktur. Bu durumda vergi isyanı meşru olabilir. Ancak ortada zaten hukuk devleti olmadığı için vergi isyanının hukuk devletinde meşru sayılacağı düşünülmemelidir. Bununla beraber vergi isyanının, idarecilerin hukuk devletine döndürülmesinde müessir ve meşru bir araç olabileceği düşünülebilir. Hatta hukuka riayet etmeyen devletlere karşı vergi isyanı, başvuru şiddetini oransız olmaması kaydıyla, sivil itaatsizlik kapsamında değerlendirilebilir.

5. Vergi İnzivası

Kişilerin vergi yükünden kurtulmak amacıyla mali ikametgâhlarını terk edip başka yerlere yerleşmesine vergi inzivası denmektedir. Günümüzde vergi inzivasından bahsedebilmek için kanuni ikametgâh yerine mali ikametgâh tabiri kullanılmaktadır. Mali ikametgâhı terk hem kişilerde hem de kurumlarda vergi inzivasına sebep olmaktadır. Tarihte birçok misali bulunan vergi inzivası, günümüzde, bir dönem serbest meslek erbabının yüksek vergiler sonucu göç etmesi olaylarında müşahade edilmiştir. Bunun yanında günümüzde çoğunlukla şirketlerin vergi cennetlerine göç etmesi, vergi inzivasına misal oluşturmaktadır⁶³.

Vergi inzivası adaletsiz olduğu düşünülen bir kanuna fiilen karşı koyma eylemi değil, söz konusu kanunun uygulanmadığı yerlere kaçma eylemidir. Bu sebeple sivil itaatsizlik olarak kabul edilmesi söz konusu değildir.

⁶³ PÜRSÜNERLİ ÇAKAR, s. 1309.

6. Vergi Kaçakçılığı ve Vergiden Kaçınma

Vergi kaçakçılığı, kişilerin bireysel ve gizli olarak, vergi kanunlarına aykırı bir şekilde, vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesine rağmen vergi ödememesine denmektedir. Mükellef vergiye tabi kazancını beyanlarını tahrife uğratarak veya asılsız giderler oluşturmak suretiyle kazancını düşürerek kanuna aykırı bir surette vergi ödememektedir. Vergi kaçakçılığı birçok kişi tarafından yapılabilir. Ancak bu onun içtimai bir olay olduğunu göstermez. Zira vergi kaçakçılığı içtimai amaçlarla değil bireysel amaçlarla yapılmaktadır. Ayrıca vergi kaçakçılığı devlete karşı gizlilik içerisinde yürütülmektedir. Yine vergi kaçakçısının, işlediği fiilin müeyyidesine katlanmak gibi bir iradesi bulunmamaktadır.

Vergi kaçırmanın sivil itaatsizlikle bu derece farkları olmasına rağmen bazı şartlar altında, mükellefin vergi kaçırması sivil itaatsizlik olarak nitelendirilebilir. Bu şartlar yaklaşık olarak şu şekilde belirlenebilir;

- Mükellefler üzerinde vergi baskısı çok yüksek seviyededir;
- Alenen vergi ödememenin müeyyidesi katlanılamayacak seviyede yüksektir;
- Toplum içerisinde vergi kaçırarak doğru bir davranış olarak algılanmaktadır.

Söz konusu şartlar altında bir mükellefin vergi kaçırması sivil itaatsizlik şartlarını taşımaktadır. Nitekim mükellef adalete aykırı olan kanunlara riayet etmeme niyeti taşımakta, şiddete başvurmamakta, doğrudan siyasal sistemi değiştirmeyi hedeflememektedir. Alenilik konusunda tereddütler oluşabilir. Zira mükellef vergi kaçırıldığını maliye personelinden gizlemektedir. Ancak iş ve aile çevresinde bu durum bilinmekte ve mükellefin vergi kaçırması ahlaki bulunmaktadır⁶⁴. Geriye sadece “işlenen fiilin müeyyidesine katlanma” şartı kalmaktadır ki, sivil itaatsizliğin kapsam itibarıyla geniş yorumlanması durumunda bu şart vazgeçilmez görülmebilir. Bu şartlar altında mükellefin vergi kaçırmasını sivil itaatsizlik kapsamına almak söz konusu olabilir.

Vergiden kaçınma ise kanuna aykırılık noktasından sivil itaatsizlikle örtüşmemektedir. Zira vergiden kaçınma yürürlükteki kanunlara uygun olarak

⁶⁴ Vergi aflarının sürekli bir hal alması vergi kaçırıcılardaki suçluluk psikolojisini azaltacak, toplum içerisindeki ahlakiliğini artıracaktır. Bkz: ÖZ Ersan/BUYRUKOĞLU Selçuk, “Cumhuriyet Tarihinde Vergi Afları: Maddi ve Manevi Erozyonlar”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Mayıs 2011, s. 2.

ifa edilmektedir. Mükellef kanunlara uygun olarak vergiyi doğuran olayı gerçekleştirilmekte veya doğan vergiyi azaltmak için kanunlara uygun olarak çeşitli araçlar kullanmaktadır. Sonuç olarak vergiden kaçınmanın sivil itaatsizlik olarak değerlendirilebilmesi ihtimal dâhilinde görülmemektedir.

7. Mali Hukukta Sivil İtaatsizlik Kavramı ve “Vergi İtaatsizliği”

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, mali hukukta sivil itaatsizlikle ilgili kavramlar bulunmaktadır. Buna göre, verginin reddi ve vergi grevi, sivil itaatsizliğin şartlarını taşıyan kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Vergi isyanı ve vergi kaçırma olayları ise belli bazı şartların yerine getirilmesiyle sivil itaatsizlik olarak kabul görebilir. Tüm bu kavramları karşılamak üzere “vergi itaatsizliği” kavramının kullanılması, mali hukuk-sivil itaatsizlik çalışmalarında ifade kolaylığı sağlayacak ve kavram olarak hukuk bilimine katkı sağlayacaktır⁶⁵. Vergi itaatsizliği, vergi sisteminde adaleti sağlamak amacıyla, mükelleflerin, bireysel veya toplu olarak vergi kanunlarını ihlal etmesi olarak tanımlanabilir. Çalışmanın bundan sonraki kısımlarında mali hukuktaki tüm sivil itaatsizlik kavramlarını kapsamak üzere “vergi itaatsizliği” kavramı kullanılacaktır.

B. Vergi İtaatsizliği Misalleri

Dünya üzerinde çeşitli zamanlarda sivil vatandaşların, sivil itaatsizliği bir yöntem olarak kullanarak, tasvip etmedikleri hükümet politikalarını engellemeye çalıştıkları müşahade edilmiştir. Bu fiiller, sivil itaatsizliği bir araç olarak kullanmaktan ziyade, sivil itaatsizliğin ortaya çıkmasını ve böyle bir mücadele yönteminin farkına varılmasını sağlayan fiillerdir. Burada verilecek örneklerin bir kısmında siviller, vergi grevi ve verginin reddi yollarına başvurmak suretiyle devletin vergileme yetkisini baltalamakta, genellikle savaş karşıtı amaçlara ulaşmaya çalışmaktadır. Mesela;

- 1983 ve 1985 yılları arasında Almanya’da atom silahlanmasını engelleyebilmek için motorlu taşıtlar vergisinin kısmen ödenmemesi⁶⁶.

⁶⁵ “Tax disobedience” tabirinin nadiren de olsa kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Bkz: MODESTO P. Sao-noy, “Tax Disobedience”, 19.02.2015, The Daily Guardian, <https://theguardian.net/option/tax-disobedience/> (E.T. 24.03.2017); SNİGGLE, “Golden Rule Tax Disobedience” Campaign Starts in U.K., <https://sniggle.net/TPL/index5.php?entry=22Apr16> (E.T. 24.03.2017).

⁶⁶ ÖKÇESİZ, s. 59.

- 1958’de ABD’de Teolog Maurice Crakkin’in atom silahlarını protesto etmek için vergi ödememesi ve altı ay hapis cezasına mahkûm edilmesi⁶⁷.
- 1966’da Fransa’da atom bombası testini protesto amacıyla vergi grevine gidilmesi⁶⁸.
- 1971’de İngiltere’de kuşku bulunanların gözaltına alınmasını engelleyebilmek için vergi ve kira ödemekten kaçınılması⁶⁹.
- 1986’da İtalya’da silahlanma harcamalarının düşürülmesi amacıyla vergi boykotuna gidilmesi. Bu boykotu kilise de desteklemiştir⁷⁰.
- 1974’de Japonya’da askeri bütçe oranınca vergi ödemekten kaçınılması⁷¹.

Siviller, günümüz devletlerinin, mali açıdan vergiye bağlı bir şekilde ayakta durduklarını bilmekte ve bunu amaçlarına ulaşmada önemli bir araç olarak kullanmaktadırlar. Gerçekten, vergi tahsilatlarının yapılamaması büyük oranlara ulaşırsa günümüzdeki devletlerin günlük faaliyetlerini dahi yürütemeyecekleri açıktır. Bu sebeple, sivil vatandaşlar için demokratik ve insan haklarına saygılı bir devlette çeşitli vergi boykotları farklı ahlaki amaçlara ulaşmada önemli bir araç olabilmektedir.

Sivil vatandaşların verginin bizzat kendisine yönelik bir amaç taşımadan yaptıkları bu tip vergi boykotları yanında, doğrudan verginin bizzat kendi adaletsizliğine karşı vergi boykotları yaptıkları da görülmüştür. Çalışmanın bu bölümünde bu tür vergi itaatsizliklerinin en önemlileri arasında sayılabilecek; Poujade hareketi, Celali İsyanları ve Patrona Halil İsyanı incelenecektir. Son olarak yakın tarihte Türkiye’de yaşanan “yazarkasa eylemi” incelenecektir.

1. Poujade Hareketi

Poujade hareketi, vergi itaatsizliği olarak tanımlanabilecek vakalar arasında en mühimlerindedir. O dönemde Fransa’da, fakir bir halde bulunan ve birçoğu iflas etme eşiğinde olan esnaflar üzerine, Devlet’in bazı mali yükümlülükler yüklemesi sivil itaatsizlik olarak değerlendirilebilecek olayların vuku bulmasına sebebiyet vermiştir. Söz konusu mali yükümlülükler; Devlet’in gerekli altyapıya sahip olmayan esnafa dolaylı vergileri tahsil ödevi yüklemesi,

⁶⁷ CANDAN / BİLGİN, s. 80; ÖKÇESİZ, s. 62.

⁶⁸ CANDAN / BİLGİN, s. 81; ÖKÇESİZ; s. 68.

⁶⁹ ÖKÇESİZ, s. 71.

⁷⁰ GÜNER, s. 360; ÖKÇESİZ, s. 74.

⁷¹ GÜNER, s. 361; ÖKÇESİZ; s. 74.

deflasyonist politikalar sebebiyle esnafın masraflarını müşteriye yansıtamaması ve mali kontrollerin sıklaştırılması olarak sayılabilir. Bütün bu sebeplerle esnaf kesiminin üzerindeki vergi baskısı artmış, kontrollerin sıkı olması vergi kaçırmayı da zorlaştırmıştır. Sonuç olarak Pierre Poujade adlı bir esnaf, kasabaya gelen vergi kontrol görevlilerine direnilmesinde öncülük etmiş, görevliler görevlerini yerine getiremeden dönmek mecburiyetinde kalmıştır. Daha sonra bu hareket Poujade önderliğinde büyüyerek Devletten esnafın durumunun iyileştirilmesini ve diğer kesimlere tanınan hakların esnaflara da tanınmasını talep etmeye başlamıştır. Zamanla bu hareket bir siyasi parti haline almıştır. Siyasi parti olana kadar, Poujade hareketinin Devlete karşı sivil itaatsizlik olarak kabul edilebilecek iki tür eylem yaptığı görülmektedir; maliye memurlarına direnerek maddi ve şekli ödevleri yerine getirmemek, hükümet üzerinde baskı kurarak gasp edildiğini düşündüğü haklarını geri almak. Zaman zaman, bu hareketin mensuplarının vergi grevine gittikleri de görülmüştür. Bütün bu mücadele sonucunda, Devlet, esnaf üzerindeki bazı mali yükleri kaldırmak mecburiyetinde kalmıştır⁷².

Poujade hareketi gerek kullandığı yöntemler gerekse de ulaştığı sonuçlar bakımından başarılı bir vergi itaatsizliği örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletin uygulamış olduğu yanlış maliye politikaları sonucu esnaf kesimi üzerindeki vergi tazyiki artmış, bir noktadan sonra aynı sıkıntıyı çeken bütün esnaflar bir kıvılcımı bekler olmuştur. Bu kıvılcım tıpkı diğerleri gibi bir esnaftan gelmiş ve çok büyük bir destek sağlamıştır. Yapılan eylemler kamuya açık yapılmış, çok büyük destek gördüğü için Devlet'in müeyyide uygulama imkânı kalmamıştır. Gerçekten Poujade hareketi sivil itaatsizliğin mali hukuktaki çok önemli bir görünümü olarak öne çıkmaktadır. Poujade hareketi vergi itaatsizliğiyle bağlantılı kavramlardan verginin reddine önemli bir misaldir.

2. Celali İsyanları

Türk-Osmanlı tarihinde vergi itaatsizliği örneği olarak Celali İsyanları ön plana çıkmaktadır. Anadolu'da yaşanan bu isyanların, vergi yükü altında ezilen halk, toprakları elinden alınmış eski sipahiler, topraksız köylüler ve geçim

⁷² BULUTOĞLU Kenan, "Vergiye Karşı Tipik Bir Reaksiyon Poujade Hareketi", *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, S. 4, 1958.

sıkıntısı çekenler tarafından çıkarıldığı belirtilmektedir⁷³. İsyanı çıkaran kesimlere bakıldığı zaman, isyanın temel sebebinin mali ve iktisadi sebepler olduğu görülmektedir. Taşrada yaşayan halkın vergi sistemindeki adaletsizliklere ve vergi baskısına karşı daha fazla dayanamayarak eski siphahilerle birlikte sivil bir direnişe geçtikleri görülmektedir. Celali isyanları ilk olarak Yavuz Sultan Selim döneminde, Celal adlı bir kişinin ayaklanmasıyla başlamıştır. Bu isyanlar uzun soluklu olmuş ve IV.Mehmed dönemine kadar devam etmiştir. Bu isyanlara hem halktan kişiler katılmış hem de idareciler desteklemiştir. Bu ayaklanmalar devrimsel amaçlar taşımamakta ve dış güçlerden yardım almamaktadır⁷⁴. Zaten Osmanlı Devleti’nde çıkan iç ayaklanmaların hiçbiri padişahlık düzenini kaldırmayı hedeflememiş, ya padişah ya da diğer üst düzey devlet görevlilerinin değişmesini hedeflemiş ve böyle de sonuçlanmıştır⁷⁵.

Celali isyanlarına geniş halk kitlelerinin katılmasının temelinde devletin aşırı vergi yüklemesi değil, vergi toplamakla görevli olanların devletin verdiği vergi toplama sınırını aşarak halka zulmetmesi yatmaktaydı. Vergi toplamakla görevli olanlar padişah huzuruna çeşitli bahanelerle çıkıp topladıkları verginin artırılmasını talep ediyorlar ve daima reddediliyorlardı. Bunun üzerine kendileri gayri resmi olarak fazla vergi toplama yolunu tutmaktaydılar. Fatih döneminden itibaren bunların düzene sokulması için çeşitli düzenlemeler yapılmış ancak müspet netice elde edilememiştir. III.Murad döneminde bu isyanlar ve fazla vergi toplayan idarecilerden şikayetler artmıştır. Bunun üzerine III.Murad, halka, bu kişilere silahla direnme yetkisi vermiştir. Bu noktada devletin de zalim idarecilere karşı halkın sivil itaatsizliğini desteklediği ve kendi memurlarını denetimden acze düştüğü ortaya çıkmaktadır⁷⁶.

Celali isyanlarının, temelde, doğrudan devlete karşı değil fakat vergi toplayanlara karşı başlaması onların vergi itaatsizliği görünümüne gölge düşürmektedir. İsyanın güçlenmesiyle isyancıların yerli halka zulmetmesi ise,

⁷³ GÖKBUNAR Ali Rıza, “Celali Ayaklanmalarının Maliye Tarihi Açısından Değerlendirilmesi”, *Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2014, s. 9.

⁷⁴ ANBARLI, *Baskıya Karşı Direnme*, s. 176, 177.

⁷⁵ AKTAN Coşkun Can / DİLEYİCİ Dilek / SARAÇ Özgür, “Osmanlı Tarihinde Vergi İsyanları –I-“ *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2002, s. 6.

⁷⁶ AKTAN / DİLEYİCİ / SARAÇ, *Osmanlı*, s. 9, 10.

söz konusu olayların bir süre sonra erdemli bir sivil hareketi olmaktan çıktığını göstermektedir. Elllerinden dirlikleri alınan eski sipahilerin, eski görevlerine dönecekleri vaat edilince isyanın liderleri olan bu kişiler isyanı durdurmuş, arkasından halk kitleleri de isyanı bitirmiştir⁷⁷. Ancak başlangıç itibariyle, celali isyanlarının vergi isyanı ile verginin reddi kavramlarının özelliklerini barındıran bir vergi itaatsizliği misali olduğu söylenebilir.

3. Patrona Halil İsyanı

Osmanlı'da yaşanan bir diğer vergi itaatsizliği olan Patrona Halil İsyanı, Patrona adlı bir gemide çalışan Halil adlı kişinin başlatmış olduğu bir esnaf isyanıdır. İsyanın birçok içtimai, siyasi ve ekonomik sebepleri olduğu belirtilmektedir⁷⁸. İktisadi sebeplerin ciddi bir tetikleyici olması sebebiyle bu olayın bir tür vergi itaatsizliği olduğu düşünülebilir. O dönemde yaşanan ekonomik krizin zor duruma soktuğu esnaftan, İran Savaşı sebebiyle "bid'at" adlı vergi alınmaya başlanmıştır. Bunun yanında sefer hazırlığı yapan ordunun bir türlü sefere çıkmaması, savaş hazırlığı yapan esnafları ve yeniçerileri büyük zararlara sokmuştur. Bu sebeplerle başlayan isyan büyük boyutlara ulaşmıştır. Devlet yetkilileri isyancılara karşı halkı seferberliğe çağırılmış ve büyük paralar vadetmiştir. Ancak kimse bu çağrıya kulak vermemiştir. Sonuçta isyancılar hiçbir mukavemet görmeden padişah III.Ahmed'i indirip yerine I.Mahmud'u getirmiş ve Sadrazam İbrahim Paşa'yı da katledip bütün malvarlığını devlet hazinesine aktarmışlardır. I.Mahmud, Patrona Halil'i çağırıp isteklerini sormuş, Patrona Halil ise halkın üzerindeki ağır vergilerin kaldırılmasını talep etmiştir. Kendisine verilecek yüklü miktarda para karşılığı İstanbul'u terk etmesi teklifini ise reddetmiştir. Padişah ise talepleri kabul etmekten başka bir yol bulamamıştır ve böylece Lale Devri kapanmıştır⁷⁹.

Patrona Halil İsyanı, Osmanlı'da sivil toplum yapılanmasının gücünü kanıtlaması açısından önemlidir. Nitekim isyanın başlangıcında Devlet, isyancılara karşı halkı seferberliğe çağırarak büyük vaatlerde bulunmasına rağmen kimse buna itibar etmeyerek itaatsizleri desteklemiştir. İbrahim Paşa'nın malvarlığı itaatsizler arasında taksim edilmemiş, devlet hazinesine aktarılmıştır. Yeni padişah ile görüşen Patrona Halil kişisel menfaatini değil, ağır vergiler altında ezilen esnafı ve halkı düşünmüştür. Rejim değişikliğine

⁷⁷ GÖKBUNAR, s. 18.

⁷⁸ ERAVCI H. Mustafa / KİREMİT İlker, "Lale Dönemi ve Patrona Halil İsyanı Üzerine Yeni Değerlendirmeler", *Tarih Okulu*, S. 8, 2010, s. 82-86.

⁷⁹ AKTAN / DİLEYİCİ / SARAÇ, *Osmanlı*, s. 15-17; GÖK, s. 158

yönelik herhangi bir teşebbüste bulunulmamış sadece idareciler değiştirilmiştir. Bu olayda sivil itaatsizliğin ruhuna aykırı olan tek husus, Sadrazam İbrahim Paşa'nın idam edilmesidir. Olayın sadece ekonomik sebeplere dayanmadığı ve sivil itaatsizlikte şiddetsizliğin mutlak olmadığı düşünüldüğünde, bu durum bu olayın erdemli bir vergi itaatsizliği vakası sayılmasına engel teşkil etmemelidir.

4. Yazarkasa Eylemi

2001 yılının Nisan ayında Türkiye’de dönemin Başbakan’ı Bülent Ecevit’e karşı ilginç bir protesto eylemi gerçekleştirilmiştir. O dönemde dalgalı kur uygulamasına geçilmiş, dolar kuru hızlı bir yükseliş göstermiş, bunun sonucu olarak ekonomik dengeler alt üst olmuştu. Dolar ile borçlanan birçok iş sahibi iflas etmiş, bu esnaflardan biri, Başbakanlık’tan ayrılırken Bülent Ecevit’e doğru yazarkasasını fırlatmış, bu sırada “Sayın Başbakanım al, ben bir esnafım” diye bağırdığı işitilmişti. Daha sonra derhal koruma polisleri tarafından götürülmüştü⁸⁰.

Bu olay sivil itaatsizliğin şartları açısından değerlendirildiğinde, sivil itaatsizlik eylemlerine örnek oluşturduğu kolayca söylenemez. Bir kere doğrudan bir kanun hükmünün ihlal edildiğini tespit etmek zor görünmektedir. Başbakan’a karşı bir tür hakaret suçunun oluştuğunu düşünmek zorlama bir yorum olacaktır. Bu eylemin hakareten ziyade eleştiri sınırları içerisinde kaldığını belirtmek yerinde olacaktır.

Yine de eylemin oluştuğu ortam ve temsil ettiği kesim açısından bakılacak olursa, Fransa’da 1950’li yıllarda yaşanan Poujade hareketinin başlangıcı ile benzeştiği görülür. Yukarıda bahsedildiği üzere Poujade hareketinde de ülkenin ekonomik durumu kötüye gitmekte, uygulanan bazı mali veya parasal politikalar esnaf üzerindeki kötü ekonomi sebebiyle oluşan yükü artırmaktaydı. Bu gelişmeler üzerine Pierre Poujade adlı esnaf ilk eylemini gerçekleştirmekte ve esnaflar tarafından ciddi bir destek görerek Poujade hareketini başlatmaktaydı. Yazarkasa eyleminde de ülkenin içerisinde bulunduğu ekonomik durum iç açıcı görünmemekte, bu durumdan menfi etkilenen esnaf kesimi, uygulanan maliye ve para politikaları sebebiyle hızlı bir artış gösteren dolar kuru sebebiyle iyice zor duruma düşmektedir. Daha sonra, iflas eden esnaflardan biri eylemini gerçekleştirmektedir. Bu olayda ülke

⁸⁰ HÜRRİYET, Ecevit’e Yazarkasa Attılar, 05.04.2001, <http://www.hurriyet.com.tr/eceвите-yazarkasa-attilar-39235859> (E.T. 23.03.2017).

gündeminde çok geniş yer bulmasına rağmen Poujade hareketinde olduğu gibi eylemlerin devamı gelmemiştir.

Sonuç olarak yazarkasa eyleminin sivil itaatsizlik için gerekli şartları taşımadığını belirtmekle birlikte, ülke tarihi açısından da öneminin yadsınmaması gerektiği vurgulanmalıdır. Sivil itaatsizlik kapsamına alınmayacağı için vergi itaatsizliği olarak düşünülmesi de mümkün değildir. Bu eylemi devletin maliye politikalarına karşı bir tür sivil ve bireysel protesto tepkisi olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Bu olay, maliye politikalarının belirlenmesinde mükellef psikolojisinin analiz edilmesi gerektiğinin önemli bir kanıtıdır.

C. Vergi İtaatsizliğinin Müeyyidesi

Sivil itaatsizlik kavramı içerisinde kalan bir vakanın cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususunda tartışmalar bulunduğu yukarıda belirtilmişti. Bu tartışmaları ayrıntılı olarak incelemek, vergi itaatsizliği vakalarının cezalandırılması hususundaki düşüncelere katkı sağlayacaktır.

1. Genel Olarak Sivil İtaatsizliğin Cezalandırılabilirliği

Sorunun kaynağında, sivil itaatsizliğin bütün şartlarını sağlayan bir kişinin, erdemli amaçları olması sebebiyle, cezalandırılmasının doğru olmadığı düşünceleri bulunmaktadır. Hâlbuki sivil itaatsiz, suçu oluşturan tipik eylemi gerçekleştirmiş, suç teorisi ışığında bakıldığı zaman suç oluşmuştur. Buna rağmen bir sivil itaatsizin sıradan bir suçlu gibi görülmemesi gerekir. Zira failin amacı saygı duyulması gereken bir amaçtır. Aynı zamanda fail fiilini sıradan suçluların aksine alenen işlemekte, şiddete başvurmamayı ilke edinmekte ve başkalarının haklarını ihlal etmemeyi şiar edinmektedir⁸¹. Bunun yanında sivil itaatsizlik eylemlerinde farklı eylemler yapılarak medyanın dikkatini çekmek önemli bir ilke olması nedeniyle, bu eylemlerin hukuken cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusundaki kafa karışıklığı artmaktadır. Zira hâkimler her daim aynı sivil itaatsizlik vakaları ile karşılaşmamaktadır⁸². Bütün bu

⁸¹ KÜÇÜKTAŞDEMİR Özgür, “Ceza Hukuku Bağlamında Sivil İtaatsizlik Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, s. 4, 2016, s. 2213, 2214.

⁸² SMITH Delbert D., “The Legitimacy of Civil Disobedience As a Legal Concept”, *Fordham Law Review*, C. 36, S. 4, 1968, s. 728; Bu problemi çözmek için ilginç bir görüş dikkat çekmektedir. Bu görüşe göre sivil itaatsizlik kanunen tanımlanmalı ve diğer suçlardan farklı bir rejime tabi tutulmalıdır. Bkz. LOESCH Martin C., “Motive

göstergelere göre, bir sivil itaatsizi tamamen temize çıkarmak veya tamamen suçlamak mümkün değildir. Tartışmasız olarak söylenebilecek olan şey, yürürlükteki kanunlar ışığında suçlu kabul edilmesi gerektiğidir⁸³.

Sıradan suçlulardan birçok farklı veçhesi bulunmasına rağmen sivil itaatsizin yargılanması ve cezalandırılması gerektiğini ifade eden görüşler bulunmaktadır. ABD'nin 35. Başkanı John F. Kennedy'nin “Amerikalılar kanunlarla aynı fikirde olmak mecburiyetinde değildir fakat onlara uymak mecburiyetindedir” sözü bu yönde formüle edilmiş kısa ve öz bir ifadedir⁸⁴. Bir başka görüşe göre, toplum içerisinde kanunların bulunması ve bu kanunlara itaat edilmesi modern toplumda erdemli bir iştir. Çok nadiren bu kanunlar adalete uygun olmayabilir. O zaman bu kanunlara adalet uğruna itaat etmemek daha büyük bir erdemi ifade etmektedir. Böyle durumlara “iyi insanların kötü işler yapması” denmektedir. Bazen toplum bir kişiyi cezalandırırken, onun erdemini ve onurunu teslim eder. İşte bu duruma sivil itaatsizlik denir⁸⁵. Bir diğer düşünceye göre, demokratik toplumlarda kişiler her zaman kendisini bazı konularda azınlık içerisinde bulabilir. Çoğunluğun kabul ettiği bir kural azınlıkta kalanlar için haksızlık oluşturabilir. Her bir haksızlık karşısında, azınlıkta kalanlar sivil itaatsizlik yoluna giderek kuralları çiğnemeyi bir hak olarak telakki ederlerse, içtimai hayatta kanun diye bir şey

Testimony and a Civil Disobedience Justification”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics&Public Policy*, C. 5, S. 4 Symposium on Civil Disobedience, 2014, s. 1119.

⁸³ COHEN Carl, “Civil Disobedience and The Law”, *Rutgers Law Review*, C. 21, S. 1, 1966, s. 16.

⁸⁴ MACGUIGAN Mark R., “Civil Disobedience and Natural Law”, *The Catholic Lawyer*, C. 11, S. 2, 2016, s. 119; Aynı yönde diğer bir görüşe göre, toplum sivil itaatsizliği kabul etmeli fakat kanunların üstünlüğünü korumak için onu cezalandırmalıdır. Bkz. HALL Matthew R., “Guilty But Civil Disobedient: Reconciling Civil Disobedience and The Rule of Law”, *Cardozo Law Review*, C. 28, S. 5, 2007, s. 2128.

⁸⁵ COHEN, s. 17; Bu yönde diğer bir görüşe göre; ceza hukuku suçluların amaçlarıyla ilgilenmez. Suçlunun suçu hangi amaçla işlediği (erdemli amaçla işlese bile) kural olarak cezasını etkilemez. İstisnai olarak bazen failin amacına da değer atfedilir. Mesela intikam saikiyle adam öldürmek normal adam öldürmekten daha ağır cezaya tabidir. Bu tür istisnalar dışında ceza hukukunda amacın/niyetin/saikin önemi yoktur. Failin niyeti belki hakimın takdir alanı içinde etkili olabilir. Bkz: SELÇUK Sami, Ceza Hukuku Bilimi Açısından Bakış, Hayrettin Ökçesiz(Ed.), *Sivil İtaatsizlik* içinde, İstanbul 1998, s. 216, 217.

kalmayacaktır⁸⁶. Daha marjinal bir görüşe göre, sivil itaatsizlerin, müeyyidelerine katlanmayı göze almalarına rağmen her suçu işlemelerine müsaade edilmemelidir. Toplumsal düzeni zedeleyen sivil itaatsizlik fiillerinde devlet, gerekirse zor kullanarak, sivil itaatsizliği engellemelidir. Daha basit ihlallerde ise birey, müeyyidesine katlanmayı kabul ediyorsa, suç işleyip işlememekte serbest bırakılmalıdır⁸⁷.

Sivil itaatsizlik eylemiyle ihlal edilen kanuni düzenleme temel hak ve hürriyetlere aykırı ise ihlalin kendisi hukuka uygun hale gelir⁸⁸. Kişi adil olmadığını düşündüğü kanunlara itaat etmemeli, adil olduğunu düşündüğü kanunlara ise itaat etmelidir. Ancak bu noktada önemli bir problemle karşılaşmaktayız. Neyin adil olduğunu tespit görecelidir. Hâkimin adil olduğunu düşündüğü bir kanunu bir sivil vatandaş adaletsiz bulabilir. Bu çıkmaza rağmen özgür bir toplumda bireylerin adil olmadığını düşündükleri bir kanuna karşı sivil itaatsizlik haklarının her zaman mevcut olduğu belirtilmektedir. Ancak bireyler, adaletsiz kanunlara karşı aktif direniş haklarını oldukça kısıtlı olarak görmelidir. Yalnızca zorunlu durumlarda aktif direniş söz konusu olmalıdır⁸⁹.

Kişinin işlediği sivil itaatsizlik fiili sebebiyle cezalandırılması konusunda farklı bir ayırım dikkat çekmektedir. Buna göre kişi, ihlal ettiği kanun maddesini protesto ediyorsa yargılanmalıdır. Hâkim söz konusu maddeyi hukuka aykırı görüyorsa zaten maddeyi iptal için gerekli işlemleri yapacak, sivil itaatsiz ise cezadan kurtulacaktır. Kişi ihlal ettiği kanun maddesini değil de bir başka hukuksuzluğu protesto ediyorsa, iki farklı ihtimale göre değerlendirme yapmak gerekir. Eğer kişinin ihlal ettiği norm ile dikkat çekmek istediği norm arasında makul bir bağlantı varsa, söz konusu sivil itaatsizlik, hakkın kullanımı kapsamında değerlendirilip cezalandırılmayabilir. Ancak kişinin ihlal ettiği

⁸⁶ SCHLEISINGER, s. 953; Aynı yönde diğer bir görüşe göre, hukuk kuralları düzeni sağlamak için vardır. Eğer herkes anayasal normlara aykırı gördüğü kanunlara uymama yolunu seçerse, hukukun var olma sebebi olan düzeni sağlama amacı ortadan kalkmaktadır. Bkz: SELÇUK, s. 225.

⁸⁷ HAKSAR Vinit, "The Right to Civil Disobedience", *Osgoode Hall Law Journal*, C. 41, S. 2/3, 2003, s. 416, 417.

⁸⁸ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 2218; Sivil itaatsizlik eylemlerinin hukuka uygun hale gelmesi için ek şartlar sunan bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre sivil itaatsizlik; adalete aykırı bir kanuna karşı, son çare olarak, başkalarının üstün hakkını çiğnemenin şiddetsiz bir şekilde oluşmuşsa hukuka uygun kabul edilmelidir. Bkz: GÜNER, s. 361.

⁸⁹ MACGUIGAN, s. 120, 129.

norm ile dikkat çekmek istediği hukuksuzluk arasında rabıta yoksa veya ihlal ettiği norm sebebiyle, korumak istediği değerden daha ağır bir haksızlığa sebebiyet veriyorsa, sivil itaatsiz için ceza hâkiminin yapacağı tek şey takdiri indirim sebeplerini kullanabilmektir⁹⁰.

2. Vergi İtaatsizliğinin Cezalandırılabilirliği

Vergi itaatsizliği vakalarının kendine özgü bazı özellikleri sebebiyle alacakları tepkiler ve cezalandırılmaları hususunda bazı farklılıklar oluşabilir. Yukarıda belirtildiği üzere sivil itaatsizliğin mali hukuktaki en uygun görünümü olan vergi grevi, verginin reddi ve diğer bireysel şiddet içermeyen vergi itaatsizliklerinde, sadece adil olmadığı düşünülen vergiyi toplu veya bireysel olarak ödememe durumu bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle devlet ve vatandaş arasında bir tür “alacak-verecek davası” olduğu söylenebilir. Bunun için devletlerin, vergi grevlerine karşı müeyyide uygulamak yerine diyalog yolunu tercih etmesi önem arz etmektedir. Diyalog sürecinden sonra, konulan verginin halen adaletli olduğu düşünülüyorsa gerekli yaptırımlar safhasına geçilir. Ancak insan haklarına saygılı bir demokraside diyalog aşamasında problemin çözülmesi kuvvetle muhtemeldir. Zira bu tür ortamlarda devlet, vatandaşının mülkiyet hakkına saygı göstermekte, vatandaş ise, devletin verdiği vergiler sayesinde ayakta durduğunu ve temel toplumsal ihtiyaçların bu sayede karşılandığının farkındadır.

Vergi isyanı içeren vergi itaatsizliği vakalarında ise, şiddet eylemin unsurları arasında bulunduğu için diyalog kanalları kapalı olacaktır. Bu tür durumlarda siyasi irade, isyanı bastırmak için sert tedbirler alacaktır. Vergi isyanına katılan bireyler ise her türlü sonuca hazırlanmış olarak yönetimin değişmesini talep etmektedirler. İsyana başarısız olursa isyana katılanlar ciddi müeyyidelerle karşı karşıya kalacaktır. İsyanın başarıya ulaşması durumunda ise, idarecilerin değişmesi ve isyan edilen vergilerin kaldırılması gündeme gelecektir.

3. Yürürlükteki Vergi Ceza Hukuku Açısından Vergi İtaatsizliklerinin İncelenmesi

Vergi ceza hukukunda yaptırımlar genel olarak hürriyeti bağlayıcı yaptırımlar ve para cezaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Sivil itaatsizlik vakalarında para cezalarının uygulanabilirliği sorgulanabilir. Bireyler adaletsiz buldukları vergiyi ödememektedir. Bunun üzerine kesilen para cezasını

⁹⁰ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 2224-2226.

ödemeleri ise daha zor görünmektedir. Bu noktadan sonra vergi icra hukuku araçları harekete geçirilerek vergilerin ve para cezalarının tahsiline geçilecektir. Ancak vergi itaatsizliğinin boyutunun büyük olması durumunda icra yoluyla tahsil zorlaşacaktır. Bunun yanında vergisini ödemekte zorlanan ve vergi grevine giden bir bireylerin çoğunluğunun son derece sınırlı malvarlığının olduğu söylenebilir. Bu sebeple vergi icra hukukunun vergi itaatsizliği vakalarına karşı müspet netice alması zor görünmektedir. Sonuç olarak vergi itaatsizliğine gitmiş bir topluluğa karşı para cezalarının etkisiz kalacağı belirtilmelidir.

Vergi ceza hukukunda, vergi itaatsizliği uygulayan bir bireyin hürriyeti bağlayıcı ceza alabileceği suç, kaçakçılık suçudur. Bu suç dışında mali hukukta öne çıkan diğer suçlar; vergi mahremiyetini ihlal suçu, mükelleflerin özel işlerini yapma suçu, haysiyet ve şerefe tecavüz suçu ve ekim sayım beyanını denetlememe suçudur. Haysiyet ve şerefe tecavüz dışında kalan diğer suçlar siviller tarafından değil devlet memurları tarafından işlenebilen suçlardır. Haysiyet ve şerefe tecavüz suçunun siviller tarafından işlenmesi mümkün olsa da, diğerleri gibi bir sivil itaatsizlik vakasına konu olması ihtimal dışıdır.

Kaçakçılık suçu açısından bakıldığında, öncelikle, vergisini ödemeyen her sivil itaatsizin kaçakçılık suçunu işlediği iddia edilmemelidir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde kaçakçılık suçunun unsurları belirlenmiştir. Burada yazılı suçları işlemeden vergi grevi yaparak vergi ödememek mümkündür. Söz konusu maddedeki suç tipleri şunlardır:

- Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

- 1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

- 2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar;

- Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar

hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir;

- Bu Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar.

Görüldüğü üzere kaçakçılık suçunda daha ziyade defterleri usulüne uygun tutmayanlar, tahrif edenler, fiziki olarak zarar verenler, sahte belge kullananlar ve yetkili olmadığı defterleri basanlar cezalandırılmaktadır. Mükellef tüm şekli ödevlerini usulüne uygun yerine getirerek veya burada yazılı fillerden birini işlemeyerek vergisini ödemekten imtina edebilir. Bu durumda hapis cezası ile karşı karşıya kalması mümkün değildir. Ancak vergi ziyayı ve/veya usulsüzlük sebebiyle idari para cezaları kesilebilir.

İnceleme oranlarının düşüklüğü; defter, belgeleri hiç tutmayan birisinin vergi kaçakçısı sayılmayacak olması gibi gerek kaçakçılık suçunu teşkil eden fiillerin belirlenmesinin dengeli olmaması ve gerekse bu fiillerin karşılığını oluşturan cezaların dengeli bir şekilde belirlenmemiş olması gibi sebepler vergi cezalarının meşruluğunu tartışmalı hale getirebilmektedir⁹¹. Mükellefler, buradaki filleri işleyerek, yani kaçakçılık suçunu işleyerek sivil itaatsizlik yoluna gitmeyi düşünse nasıl bir tablo ortaya çıkar? İlk başta şunu belirtmek gerekir. Kaçakçılık suçunu işlemek için yapılması gereken fiiller erdemli bir amacın aracı olmaktan uzaktır. Bir mükellefin ticari defterlerini yırtarak, muhasebe hileleri yaparak, naylon fatura düzenleyerek erdemli bir amaç güttüğünü iddia etmesi zor görünmektedir. Bu tür fiillerin arkasına erdemli amaçları gizlemek iyiniyetli bir davranış olmayacaktır. Yani kaçakçılık suçunu işlediği sabit olan bir kişinin sivil itaatsizlikte bulunduğunu iddia etmesi samimi karşılanmayacaktır.

Ancak yukarıda açıklandığı üzere bazı durumlarda⁹² vergi kaçakçılığının da vergi itaatsizliği olarak kabul edilmesi mümkün olabilir. Bu durumda mevcut vergi ceza hukukuna göre mükellefin hapis cezası alması gerekmektedir. Yürürlükteki kanunlar açısından ceza hâkiminin vergi kaçakçılığını araç olarak kullanan vergi itaatsizliğine yapabileceği tek şey takdiri indirim sebeplerinden faydalandırmak olabilir. Öte yandan uygulama

⁹¹ ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Bir Özel Ceza Kanunu Olarak Vergi Usul Kanunu (Vergi Suç ve Kabahâtlilerinin Kanunilik, Hukukî Güvenlik ve Meşruluk Bakımından Değerlendirilmesi)”, *Yrd. Doç. Dr. Nilgün AKÇA’ya Armağan*, Editör: Doç. Dr. Fatih SARAÇOĞLU, Gazi Kitabevi, Ankara 2014, s. 422-424, 437.

⁹² Söz konusu durumlar için Bkz: II/A/6 numaralı başlık.

açısından bakıldığında, vergi kaçırın bir mükellefin hâkim karşısında, erdemli amaçları bulunduğunu, adalet idesi uğruna vergi kaçırdığını, üçüncü kişilerin üstün hukuki yararlarını ihlal etmediğini ileri sürmesi kabul edilebilir olmayacaktır. Başka bir anlatımla, vergi kaçırdığı iddia edilen bir sanığın sivil itaatsizlik kavramına sığınarak müeyyidelerden kurtulması muhtemel görünmemektedir.

Vergi itaatsizliğinde bulunan bir mükellefin, vergi ceza hukuku dışında başka müeyyidelerle karşılaşması da söz konusu olabilir. Zira 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 217. maddesine göre "halkı kanunlara uymamaya alenen tahrik eden kişi, tahrikin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır". Sivil itaatsizin de protestosunu aleni yaptığı ve başka insanları da davet ettiği düşünülürse, bu madde kapsamında sorumlu olması düşünülebilir. Zira sivil itaatsiz vergisini ödememektedir. Vergi ödememek ise, suç olmadığı durumlarda bile, kanunlarla cezalandırılan bir kabahattir. Ancak sivil itaatsizin ahlaki amaçları bulunması sebebiyle tahrikinin kamu barışını bozmaya elverişli olmadığı düşünülüp bu maddeden sorumlu tutulmaması adalete uygun olmalıdır.

SONUÇ

Kavramsallaştırılması son birkaç yüzyıl içinde vuku bulsa da, sivil itaatsizlik Sokrates'ten beri görülen bir tür içtimai iletişim aracıdır. Sivil itaatsizliğin tarih boyunca erdemli amaçların tahakkukunda önemli vazifeler üstlendiği müşahede edilmiştir. İçtimai hayatta vuku bulan sivil itaatsizlik vakalarına karşı, devletlerin sert tedbirlerle karşılık vermek yerine diyalog yolunu tercih etmesi, problemlerin çözümünde önemli bir aşama kaydedilmesini sağlayacaktır. Vatandaşların ise sivil itaatsizlik mefhumunu, yozlaştırmadan, haksızlıkların giderilmesinde önemli bir araç olarak kullanması içtimai uyumun sağlanmasında önemli görülmektedir.

Sivil itaatsizliğin mali hukukta kavramsal olarak karşılıyan terimler vergi grevi ve verginin reddidir. Vergi isyanı ve vergi kaçırma vakaları da bazı şartlar altında sivil itaatsizlik olarak kabul edilebilir. Mali hukukta bu kavramların hepsini karşılamak üzere "vergi itaatsizliği" kavramının kullanılması uygun görülmektedir. Vergi itaatsizliği, vergi sisteminde adaleti sağlamak amacıyla, mükelleflerin, bireysel veya toplu olarak vergi kanunlarını ihlal etmesi olarak tanımlanabilir.

Vergi itaatsizliği tarih boyunca önemli değişikliklere amil olan vakalarda araç olarak kullanılmıştır. Bunların en önemlileri olarak Fransa'da yaşanan Pujade hareketi, Osmanlı'daki Celali İsyanları ile Patrona Halil İsyanı misal

verilebilir. Bu vakaların tetkikinden çıkan sonuca göre, devletler vergi politikalarını belirlerken, vergi toplayacakları vatandaşların vergiye karşı tutumlarını iyi analiz etmeli, onların vergiye karşı davranışlarını etkileyen dışsal ve içsel faktörleri müspet anlamda kullanmalıdır. Bu sayede bireylerin vergiyi rıza ile ödemeleri sağlanmalı, mülkiyet hakkına tecavüz edildiği düşüncesine kapılmamaları temin edilmelidir.

Mali hukukta mükelleflerin haksız vergilere karşı seslerini duyurabilmek için başvurdukları içtimai araçlardan vergi grevi ve verginin reddi, sivil itaatsizliğin şartlarını sağlamaktadır. Mükellefler adaletsiz olduğunu düşündükleri vergileri ödemeyi alenen ve toplu olarak reddetmekte, bununla ilgili olarak şiddete başvurmamakta ve müeyyidelerine katlanmayı göze almaktadırlar. Ayrıca mükellefler bu eylemi icra ederken başkalarının üstün hukuki yararına zarar vermemektedirler. Mükelleflerin bu yola başvurmaları sonucu hapis cezasına maruz kalmaları, mevcut vergi ceza hukuku açısından zor görünmektedir. İşledikleri vergi hukuku kabahatleri sebebiyle idari para cezasına muhatap olmaları ise bir anlam ifade etmemektedir. Zira devlete vergisini ödeyemeyen bir mükellefin vergi cezasını ödemesi zor görünmektedir. Bu sebeple devletin, bu tür olaylara karşı diyalogla yaklaşması her iki taraf için faydalı görünmektedir. Ancak mükelleflerin haksız yere vergi grevine gitmeleri veya mecbur kalmadıkları halde vergi isyanına başvurmaları durumunda, devletin kamu düzeni uğruna gerekli tedbirleri alması da kaçınılmazdır.

KAYNAKLAR

- AKTAN Coşkun Can / DİLEYİCİ Dilek / SARAÇ Özgür: “Osmanlı Tarihinde Vergi İsyanları –I-(Osmanlı)” *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, 2002, s. 1-20.
- AKTAN Coşkun Can / DİLEYİCİ Dilek / SARAÇ Özgür: Vergilere Karşı Tepkilerin Anatomisi, <http://docplayer.biz.tr/10476891-Vergilere-karsi-tepkilerin-anatomisi.html> (E.T. 06.03.2017).
- AKTAN Coşkun Can / ÇOBAN Hilmi: Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi Perspektiflerinden Vergiye Karşı Tutum ve Davranışları Belirleyen Faktörler, Coşkun Can Aktan / Dilek Dileyici / İstiklal Y. Vural(Ed.), *Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi* içinde, Ankara 2006, s. 137-157.
- AKTAN Coşkun Can / DİLEYİCİ Dilek / SARAÇ Özgür: Vergilere Karşı Tepkiler ve Vergilerin Ahlaki ve Sosyo-Politik Sınırları, Coşkun Can Aktan / Dilek Dileyici / İstiklal Y. Vural(Ed.), *Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi* içinde, Ankara 2006, s. 159-171.
- AKTAN Coşkun Can / DİLEYİCİ Dilek / SARAÇ Özgür: *Vergi Zulüm ve İsyan*, Phoenix Yayınları, Ankara 2002.
- ALTUNEL Mesude: “Sivil İtaatsizlik ve Mohandas K. Gandhi”, *TBB Dergisi*, S. 93, 2011, s. 443-458.
- ANBARLI Şeniz: “Baskıya Karşı Direnme Biçimi Olarak Sivil İtaatsizlik ve Meşruluğu Sorunu (Baskıya Karşı)”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, C. 5, S. 2, 2007, s.71-99.
- ANBARLI Şeniz: “Baskıya Karşı Direnme Hakkı ve Sivil İtaatsizlik (Baskıya Karşı Direnme)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İzmir 2006.
- ANBARLI Şeniz: “Bir Pasif Direnme Modeli Olarak Sivil İtaatsizlik (Bir Pasif Direnme)”, *C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Doç. Dr. Feramuz Aydoğan’ın Anısına*, C. 2, S. 1, 2001, s. 317-327.
- BİBEROĞLU Elif: Türkiye’de Gönüllü Vergi Uyumunu, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi*, İzmir 2006.
- BİLİCİ Nurettin: *Kamu Maliyesi*, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.
- BULUTOĞLU Kenan: “Vergiye Karşı Tipik Bir Reaksiyon Poujade Hareketi”, *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, S. 4, 1958, s.173-197.

- CANDAN Kadir / BİLGİN Murat: “Sivil İtaatsizlik”, *Yasama Dergisi*, S. 19, 2011, s. 57-93.
- COHEN Carl: “Civil Disobedience and The Law”, *Rutgers Law Review*, C. 21, S. 1, 1966, s. 1-17.
- ÇATALOLUK Cuma: “Vergi Karşısında Mükelleflerin Tutum ve Davranışları”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 20, 2008, s. 213-228.
- ÇİÇEK Halit: *Psikolojik ve Sosyal Yönden Yükümlülerin Vergiye Karşı Tutum ve Tepkileri (İstanbul İli Anket Çalışması)*, İSMMMO Yayınları, İstanbul, 2006.
- ERAVCI H. Mustafa / KİREMİT İlker: “Lale Dönemi ve Patrona Halil İsyanı Üzerine Yeni Değerlendirmeler”, *Tarih Okulu*, S. 8, 2010, s. 79-93.
- GİB: *Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018)*, Ankara 2015.
- GÖK, A. Kerim: “Vergi Direncinin Gelişimi”, *Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 22, S. 1, 2007, s. 143-163.
- GÖKBUNAR Ali Rıza: “Celali Ayaklanmalarının Maliye Tarihi Açısından Değerlendirilmesi”, *Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2014, s. 1-24.
- GÜNER Orhan Seyfi: “Sivil İtaatsizlik”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler 1*, İstanbul 2003, s. 345-370.
- HAKSAR Vinit: “The Right to Civil Disobedience”, *Osgoode Hall Law Journal*, C. 41, S. 2/3, 2003, s. 407, 426.
- HALL Matthew R.: “Guilty But Civil Disobedient: Reconciling Civil Disobedience and The Rule of Law”, *Cardozo Law Review*, C. 28, S. 5, 2007, s. 2083-2132.
- HÜRRİYET: Ecevit’e Yazarkasa Attılar, 05.04.2001, <http://www.hurriyet.com.tr/ecevite-yazarkasa-attilar-39235859> (E.T. 23.03.2017).
- İPEK Selçuk/KAYNAR İlknur: “Vergiye Gönüllü Uyum” Konusunda Çanakkale İline Yönelik Ampirik Bir Çalışma”, *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, C. 16, S. 1, 2009, s. 173-190.
- KAHRİMAN Hamza: “Vergiye Gönüllü Uyum Çerçevesinde Türkiye’de Gelir İdaresinin Organizasyon Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme”,

- Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 12, S. 1, 2016, s. 229-250.
- KÜÇÜKTAŞDEMİR Özgür: “Ceza Hukuku Bağlamında Sivil İtaatsizlik Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2195-2239.
- LOESCH Martin C.: “Motive Testimony and a Civil Disobedience Justification”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics&Public Policy*, C. 5, S. 4 Symposium on Civil Disobedience, 2014, s. 1070-1119.
- MACGUIGAN Mark R.: “Civil Disobedience and Natural Law”, *The Catholic Lawyer*, C. 11, S. 2, 2016, s. 118-129.
- MACİT M. Hanifi: “Şiddet İçermeyen Bir Eylem: John Rawls’da Sivil İtaatsizlik”, *Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi*, S. 16, 2007, s. 134-146.
- MODESTO P. Sao-noy: “Tax Disobedience”, 19.02.2015, *The Daily Guardian*, <https://thedailyguardian.net/option/tax-disobedience/> (E.T. 24.03.2017).
- NAR Mehmet: “The Effects of Behavioral Economics on Tax Amnesty”, *International Journal of Economics and Financial Issues*, C. 5, S. 2, 2015, s. 580-589.
- ÖKÇESİZ Hayrettin: *Sivil İtaatsizlik*, AFA Yayınları, İstanbul 1994.
- ÖZ Eran/BUYRUKOĞLU Selçuk: “Cumhuriyet Tarihinde Vergi Afları: Maddi ve Manevi Erozyonlar”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Mayıs 2011, s. 1-17.
- ÖZBEY Tuğba Nur: “Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Bediüzzaman Said Nursi’de Müspet Hareket Metodu”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kültürel İncelemeler Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016.
- ÖZLEM Doğan: Sivil İtaatsizlik Üzerine Bir Felsefi İnceleme Denemesi, Hayrettin Ökçesiz(Ed.), *Sivil İtaatsizlik* içinde, s. 83-100.
- PEHLİVAN Osman: *Kamu Maliyesi*, Celepler Matbaacılık, Trabzon 2015.
- PÜRSÜNERLİ ÇAKAR Elif: “Vergiye Karşı Direnme Şekilleri ve Vergi İnzivasi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1293-1313.
- RAWLS John: Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı, Yakup Coşar (Çev., Ed.), *Kamu Vicdanına Çağrı: Sivil İtaatsizlik* içinde, İstanbul 2013, s. 55-78.

- SCHLEISINGER Steven R.: “Civil Disobedience: The Problem of Selective Obedience to Law”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, C. 3, S. 4, 1976, s. 953.
- SELÇUK Sami: Ceza Hukuku Bilimi Açısından Bakış, Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *Sivil İtaatsizlik* içinde, İstanbul 1998, s. 214-228.
- SERİM Nilgün: “Gönüllü Vergi Uyumunu Artırmada Kamu Otoritesinin Düzenleyici Rolünün ve Mükellef Çevresinin Önemi: Sıralı Probit Model Yaklaşımı” *AKÜ İİBF Dergisi*, C. 17, S. 1, 2015, s. 141-156.
- SMITH Delbert D.: “The Legitimacy of Civil Disobedience As a Legal Concept”, *Fordham Law Review*, C. 36, S. 4, 1968, s. 707-730.
- SNIGGLE: “Golden Rule Tax Disobedience” Campaign Starts in U.K., <https://sniggle.net/TPL/index5.php?entry=22Apr16> (E.T. 24.03.2017).
- ŞENTÜRK Suat Hayri: “Vergiye Gönüllü Uyumun Sağlanmasında Fayda İlkesinin Rolü”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 9, S. 3, 2014, s. 129-143.
- TUNÇER Mehmet: “Hükümet-Birey İlişkilerinin Vergi Uyumuna Etkisi ve Türkiye”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 57, S. 3, 2002, s. 107-128.
- UYANIK Mevlüt: *İslam Siyaset Felsefesinde Sivil İtaatsizlik*, Kaknüs Yayınları, İstanbul 2001.
- UYANIK Mevlüt: *Sivil İtaatsizlik Eylemleri ve Dini Değerler (Sivil İtaatsizlik Eylemleri)*, Elis Yayınları Ankara 2010.
- ÜSTÜN Ümit Süleyman: “Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1-2 (S.Ü. Hukuk Fakültesi 20. Yıl Armağanı), 2003, s. 251-271.
- ÜSTÜN Ümit Süleyman: “Bir Özel Ceza Kanunu Olarak Vergi Usul Kanunu (Vergi Suç ve Kabahâtlерinin Kanunîlik, Hukukî Güvenlik ve Meşruluk Bakımından Değerlendirilmesi)”, *Yrd. Doç. Dr. Nilgün AKÇA’ya Armağan*, Editör: Doç. Dr. Fatih SARAÇOĞLU, Gazi Kitabevi, Ankara 2014, s. 415-440.
- YILMAZ Sibel: “Demokratik Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik Olgusu”, http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_7f00a7a3930545f98cf0232160ad68ac.pdf (E.T. 28.02.2017).

- YORULDU Mutlu / YORULDU Nilüfer Zeybek: “Türkiye’de Vergi Kayıp ve Kaçaklarının Önlenmesinde Vergi Denetimi ve Muhasebe Meslek Mensuplarının Rolü Üzerine Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, C. 1, S. 1, 2016, s. 51-70.
- YUSUFOĞLU Arkan: “Türkiye’de 2002-2015 Dönemi Özelinde Mali Uyumun Kalitesinin Değerlendirilmesi”, SARAÇOĞLU Fatih/ÇAKIR Muharrem(Ed.), Yrd. Doç. Dr. Yaşar METHİBAY’a Armağan içinde, Gazi Kitabevi, Ankara 2017, s. 449-474.
- YÜCEL Mehmet: “Fazla ve Yersiz Ödenen Vergilerde Faiz Uygulaması ve Anayasa Mahkemesi Kararı”, *Mali Çözüm Dergisi*, S. 107, 2011, s. 183-190.

15'İNCİ VE 17'NCİ YÜZYILLAR ARASI OSMANLI CEZA HUKUKUNDA PARA CEZALARI BAKIMINDAN KANUNÎLİK İLKESİNİN GEÇERLİLİĞİ*

Arş. Gör. Aslıhan NESLİ**

VALIDITY OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN TERMS OF FINES IN OTTOMAN CRIMINAL LAW BETWEEN 15TH AND 17TH CENTURIES

ÖZ

Kanunîlik ilkesi, hukuk kurallarının açıkça ve kesin bir şekilde belirlenmesini ifade etmektedir. İlke, bireyler bakımından hukukî güvenliğin bir teminatıdır. Ceza hukuku alanında kanunîlik, suç ve karşılığında öngörülen yaptırımın belirli olmasıdır. Çalışmada kanunîlik ilkesinin, Osmanlı hukuk

* Bu makale, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans programı kapsamında tarafımızca hazırlanan "Uygulamalar Işığında Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunîlik İlkesi (XV.-XVII. Yüzyılları Arasında)" başlıklı yüksek lisans tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22.06.2018

Kabul Edildiği Tarih: 23.07.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.435769](https://doi.org/10.15337/suhfd.435769)

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı

E-mail Adresi: aslihanes@gmail.com

ORCID ID: [0000-0002-2342-635X](https://orcid.org/0000-0002-2342-635X)

sisteminde kabul edilmiş olan para cezaları bakımından geçerli olup olmadığı hususu inceleme konusu yapılmaktadır. Konu, 15'inci ve 17'inci yüzyılları arası ile sınırlı olarak ele alınmıştır. Çalışmada ilk olarak kanunîlik ilkesi hakkında bilgi verilmekte, ardından İslâm-Osmanlı hukukunda kanunîlik ilkesinin temelini olup olmadığı değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Para cezalarının ta'zir türü yaptırımlar arasında yer alması, kanunîlik ilkesinin ta'zirler bakımından da incelenmesini gerektirmektedir. Para cezalarının İslâm hukukunda temelini olup olmadığı; örfî hukuk kapsamında hükümdar tarafından çıkarılan kanunnâmeler ile düzenlenen para cezalarının özellikleri ve bu kapsamda söz konusu cezalar bakımından kanunîlik ilkesinin geçerli olup olmadığı, değerlendirilen diğer hususlar arasında yer almaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: Kanunîlik İlkesi, Ta'zir Suçları, Ta'zir Cezaları, Para Cezası, Osmanlı Ceza Hukuku.

ABSTRACT

The principle of legality states that the rules of law are to be defined clearly and precisely. The principle is a guarantee of legal security in terms of individuals. In the field of criminal law, that principle indicates crime and sanction, foreseen in the provision, is certain. In the study, the issue of whether or not the principle is valid in terms of the fines that accepted in the Ottoman legal system has been examined. The issue is limited to the 15th and 17th centuries. Firstly, in the study, information about the principle of legality is given and then it is tried to evaluate whether or not there is the basis of the principle in Islamic-Ottoman law. The fact that fines are among the sanctions of ta'zir requires that the principle of legality be examined also in terms of ta'zirs. Whether fines are based on Islamic law; the characteristics of fines stated in codes enacted by the monarch under the customary law and whether or not the principle of legality is valid in terms of that punishment are among the other issues evaluated.

KEY WORDS: Principle of Legality, Crimes of Ta'zir, Punishments of Ta'zir, Fines, Ottoman Criminal Law.

GİRİŞ

Kanunîlik ilkesi, hukuk kurallarının açıkça belirlenmesi sûretiyle, bireylere hukukî güvenlik sağlamayı amaç edinen bir ilkedir. Bir toplumda yaşayan bireylerden, hangi hukukî hükümlere tâbi olacaklarını ve ne tür fiillerden sorumlu olacaklarını bilmeden kendi davranışlarını doğru bir şekilde yönlendirmeleri beklenemez.

Çalışmada, 15'inci ve 17'inci yüzyılları arası Osmanlı ceza hukukunda para cezaları bakımından kanunîlik ilkesinin geçerliliği hususu araştırılmaktadır. Çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı kapsamında tarafımızca yazılan "Uygulamalar Işığında Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunîlik İlkesi (XV.-XVII. Yüzyılları Arasında)" başlıklı yüksek lisans tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır. Bununla birlikte yeni kaynak eklemeleri de yapılmıştır.

Çalışmada ilk olarak kanunîlik ilkesi hakkında bilgi verilmekte; daha sonra Osmanlı ceza hukukundaki para cezaları bakımından ilkenin geçerliliği incelenmektedir. Bu kapsamda İslâm hukukunda kanunîlik ilkesinin geçerliliği hususuna genel açıklamada değinilmekte; konu daha çok ta'zir türü yaptırımlar arasında yer alan para cezaları etrafında şekillenmektedir. "Para cezası" kavramı, İslâm hukukunda para cezasının kabul edilip edilmediği, Osmanlı kanunnâmelerinde yer alan para cezalarının özellikleri ve kanunîlik ilkesine doğrudan ya da dolaylı olarak işaret eden kanunnâme düzenlemeleri ile mahkeme kararları incelenen başlıca hususlar arasında yer almaktadır.

I. KANUNÎLİK İLKESİ

Ceza hukukunda *kanunîlik ilkesi*, hukuken yasak olan fiillerin ve bunların karşılığında uygulanacak olan cezaî yaptırımların belirlenmesini ifade etmektedir. Bu ilke, toplumda yaşayan insanların suç teşkil eden fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini bu doğrultuda düzenleyebilmeleri

amacıyla kabul edilmiştir¹. Ceza hukukunun güvence işlevi, kanunilik ilkesi etrafında ele alınmaktadır².

Bu ilke, “*nullum crimen sine lege (kanunsuz suç yoktur)*” ve “*nulla poena sine lege (kanunsuz ceza yoktur)*”³ şeklinde ifade edilmekte ve günümüz ceza hukuku sistemleri tarafından benimsenmektedir⁴. Aynı zamanda söz konusu ilke, çağdaş kamu hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir⁵.

¹ DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, (1997), *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Genel Kısım, On Üçüncü Tıpkı Bası, Cilt: 1, Beta, İstanbul, s. 17; DEMİRBAŞ Timur, (2014), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin, Ankara, s. 107; ARTUK M. Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner, (2016), *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Sekizinci Baskı, Adalet, Ankara, s. 3; KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, (2013), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin, Ankara, s. 49; HAKERİ Hakan, (2015), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet, Ankara, s. 13; ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, (2014), *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 14. Baskı, Seçkin, Ankara, s. 38-39; ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, (2015), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, s. 71; AKBULUT Berrin, (2014), *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet, Ankara, s. 130, 142.

² DEMİRBAŞ, s. 107; ÖZGENÇ İzzet, (2013), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Seçkin, Ankara, s. 105; ZAFER Hamide, (2015), *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 5. Bası, Beta, İstanbul, s. 55. Ayrıca bkz. ÖZTÜRK, ERDEM, s. 36.

³ Latince olan bu ifadelerin Roma Hukuku'nda yer almadığını belirtmek gerekir. Bunlar 19'uncu yüzyılda Feuerbach tarafından kullanılan ifadelerdir (DÖNMEZER, ERMAN, s. 17, dipnot 29; ÖZGENÇ, s. 105; ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, s. 72).

⁴ DÖNMEZER, ERMAN, s. 17; EREM Faruk, (1950), *Türk Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, İkinci Bası, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Cilt: 1, Ankara, s. 6; DEMİRBAŞ, s. 107; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, (2016), s. 3; ÖZGENÇ, s. 105; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 49; İÇEL Kayıhan, DONAY Süheyl, (2005), *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Yeni Yasalara Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, Beta, İstanbul, s. 74-75; ÖZTÜRK, ERDEM, s. 37-38; ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, s. 71; EŞİTLİ Ezgi Aygün, (2013), “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, s. 230, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1249>, (18.06.2018).

⁵ DÖNMEZER, ERMAN, s. 22.

Kanunîlik ilkesine göre, hiç kimse kanunda açıkça suç olarak belirtilmeyen bir fiil nedeniyle cezalandırılmaz. Bunun yanında bireyler, kanunda suç için öngörülen cezadan başka ya da daha ağır bir ceza ile de cezalandırılmazlar⁶.

Ceza hukukunun genel hükümlerinden olan bu ilkenin dayanak noktalarını, kuvvetler ayrılığı, genel önleme ve kusur ilkeleri oluşturmaktadır⁷. İlke, hukuk devletinin bir gereği olarak kişileri keyfî uygulamalara karşı korumayı amaçlar⁸. Çünkü suç ve cezalarla ilgili hususların önceden belirlenmeleri, kişi hürriyetinin bir teminatıdır. Aksi takdirde hukukî güvenliğin, keyfî uygulamalarla zedelenebilme ihtimali ortaya çıkmaktadır⁹.

Suç ve cezada kanunîlik ilkesinin unsurları şunlardır: Suç teşkil eden fiilleri ve bunlar hakkında öngörülen cezaları ancak yasama organının kanunlarla tespit etmesi; suçlara ilişkin kanun hükümlerinin tanımlarının belirli ve açık olması; hâkimin kıyas yolu ile suç oluşturmaya izin verilmemesi; kanunun açık bir şekilde izin verdiği ve cezasını belirttiği durumlar dışında, yürütme organına suç oluşturma yetkisi tanınmaması; ceza kanunlarının failin zararına olarak geçmişe uygulanmaması; örf-âdet gerekçesiyle bir fiilin cezalandırılmaması¹⁰.

⁶ EREM, s. 5; DEMİRBAŞ, s. 107; ÖZGENÇ, s. 106; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 49-50; HAKERİ, s. 12; ÖZTÜRK, ERDEM, s. 37-38; ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, s. 72; AKBULUT, s. 130. Bazı yazarlar ceza miktarının belli aralıklar dâhilinde belirlenmesini ve cezanın tespitinin hâkimin durumun şartlarını değerlendirerek kullanacağı takdir yetkisine bırakılmış olmasını, “kanunsuz ceza olmaz” kuralına aykırı saymışlardır (EREM, s. 5).

⁷ ÖZTÜRK, ERDEM, s. 38.

⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 48; ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, s. 71-72. Ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, s. 107; ÖZGENÇ, s. 106; ÖZTÜRK, ERDEM, s. 36, 38.

⁹ ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner, (2011), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 107; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 40, 48; YİĞİT Yaşar, (2000) “İslâm Ceza Hukukunda Kanunîlik İlkesi ve Kanunu Bilmemenin Cezalara Etkisi”, Diyanet İlmî Dergi, Cilt: 36, Sayı: 1, s. 57. Ayrıca bkz. HAKERİ, s. 13, 15; ÖZTÜRK, ERDEM, s. 39.

¹⁰ İÇEL, DONAY, s. 76-77; DEMİRBAŞ, s. 113-116; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 51; HAKERİ, s. 15-31; ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, s. 74-82. Konuyla ilgili bkz. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, (2016), s. 4. Doktrinde, günümüzde kanunîlik ilkesinin ilk zamanlardaki katı anlayış biçiminden uzaklaştığı ifade edilmektedir. Konuyla ilgili,

II. İSLÂM CEZA HUKUKUNDA KANUNÎLİK İLKESİ

Osmanlı hukuku, şer'î ve örfî hukukun bir arada uygulandığı bir hukuk sistemidir¹¹. Şer'î hukuk kapsamında İslâm hukuku (fıkıh) hükümleri uygulanırken; örfî hukuk, şer'î hukukun düzenlemediği ve devlet başkanına takdir yetkisi tanıdığı alanlarda geçerli olmuştur. Örfî hukuk, çıkarılan çeşitli düzenlemeler (özellikle kanunnâmeler) ile şekillenen bir alandır¹².

Şer'î hukuk, şahıs, aile, miras, eşya, borçlar, ticaret gibi özel hukuk alanlarında ön plâna çıkmaktadır. Örfî hukuk ise daha çok idare, ceza, vergi gibi kamu hukuku alanlarında egemendir¹³.

Şer'î/İslâm ceza hukukunda suçlar ve cezalar, genel olarak üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Bunlar, had, kısas ve ta'zir suçları şeklinde ifade edilmektedir. Suç ve karşılığında öngörülen yaptırımın türü ve miktarının naslarla ile belirlendiği suç ve ceza türlerine, had ve kısas suçları veya cezaları denmektedir. Had suçlarında fiilin topluma yönelik etkisi ön plânda iken; kısas suçlarında kişilere yönelik bir hak ihlali söz konusudur. Ta'zir suçları ve karşılığında öngörülen yaptırımlar ise, Kur'ân ve Sünnet tarafından yaptırımı belirlenmeden yasaklanmış olan ve / veya günah olarak bildirilmiş fiillerdir. Bunun yanında Kur'ân ve Sünnet ile açıkça düzenlenmeyip dönemin şartlarına

bütün suçların sadece kanun ile belirlenmesinin mümkün olmadığını; bireyselleştirme kapsamında cezanın türü ve miktarını belirlemede hâkime takdir yetkisi verildiğini; kanun yapma faaliyeti uzun bir süreç gerektirdiğinden yasama organının suçla mücadelede yetersiz kaldığını ve bu nedenle yürütme organına suç oluşturma yetkisi tanıdığını belirten görüşler bulunmaktadır (İÇEL, DONAY, s. 76. Konuyla ilgili ayrıca bkz. ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞSIZ, TEPE, s. 73-74). Bunun aksine olan bir görüşte ise, yürütme organının düzenleyici işlemleriyle suç oluşturma kanunîlik ilkesini zedelediği belirtilmektedir. Çünkü yürütme organına verilen yetki, kanunun belirlediği sınır ve kapsam içerisindedir (DÖNMEZER, ERMAN, s. 28. Kanunîlik ilkesinin lehindeki ve aleyhindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER, ERMAN, s. 26-29; DEMİRBAŞ, s. 109-111; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, (2011), s. 113-116).

¹¹ Konuyla ilgili bkz. AVCI Mustafa, (2017), Türk Hukuk Tarihi, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Atlas Akademi, Konya, s. 77 vd.

¹² AYDIN M. Âkif, (2013), Türk Hukuk Tarihi, Tıpkı 11. Basım, Beta, İstanbul, s. 67.

¹³ AYDIN, (2013), s. 76-77; KAŞIKÇI Osman, (2015), İslâm-Osmanlı Hukuku, Ufuk Yayınları, İstanbul, s. 203.

göre belirlenmeleri yasama organına bırakılmış filler de ta'zir suçu kapsamında yer almaktadır¹⁴.

Şer'î hukukunun temeli, dört aslî kaynağa dayanmaktadır. Bunlar; Kur'ân, Sünnet, icmâ ve kıyastır. Mezhep hukukçuları bu kaynaklardan yararlanmak sûretiyle içtihat faaliyetlerinde bulunmuş; uyuşmazlıkların çözümü için hükümler ortaya koymuşlardır. İslâm ceza hukuku bakımından ise, aslî kaynakların ilk üçü kabul edilmekte, kıyasın kaynak olup olamayacağı hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır¹⁵.

Kanunîlik ilkesine, İslâm hukukunun aslî kaynaklarından olan Kur'ân ve Sünnet'te işaret edildiğine ilişkin örnekler mevcuttur¹⁶.

Kanunîlik ilkesinin varlığı, kıyas yasağını beraberinde getirmektedir. Had ve kısas cezasını gerektiren suçların kıyasa konu olup olamayacağı konusunda hukukçuların bir kısmı, kıyasın sahih hüküm çıkarma ve adil yargılama yapma yollarından birisi olduğunu; Hz. Peygamber'in sahâbisi Muaz b. Cebel'i onaylamakla¹⁷ kıyası kabul ettiğini; Hz. Ömer'in de Basra hâkimliği görevine

¹⁴ AVCI, (2017), s. 169-170.

¹⁵ ÜDEH Abdulkâdir, (2012), Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, (Çeviren: ŞAFAK Ali), 2. Baskı, Cilt: 1, Kayıhan Yayınları, İstanbul, s. 209-211; AKŞİT M. Cevat, (2015), İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, 2. Baskı, İstanbul, s. 51; BARDAKOĞLU Ali (1993), TDV İslâm Ansiklopedisi, "Ceza (Fıkıh) maddesi", Cilt: 7, s. 472, http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c07/c070_340.pdf, (05.12.2015). Konuyla ilgili bkz. LIPPMAN Matthew, (1989), "Islamic Criminal Law and Procedure: Religious Fundamentalism v. Modern Law", Boston College International and Comparative Law Review, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 37-38. Şer'î hukukun kaynakları ile ilgili bkz. AVCI, (2017), s. 38 vd.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. NESLİ Aslıhan, (2016), Uygulamalar Işığında Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunîlik İlkesi (XV.-XVII. Yüzyılları Arasında), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, s. 56-61.

¹⁷ Burada aktarılan hadis şu şekildedir: Hz. Peygamber, Muaz b. Cebel'e "Ne ile hükmedeceksin?" diye sorduğunda, Muaz: "Allah'ın Kitabıyla, ondan bulamazsam Allah Rasulünün sünnetiyle, onda da bulamazsam, içtihat ve görüşümle" demiştir. ÜDEH bu görüşü savunan hukukçuların, Hz. Peygamber'in Muaz'ı onaylamakla kıyası kabul etmiş olduğunu savunduklarını belirtmiştir (ÜDEH, Cilt: 1, s. 209). Ayrıca bkz. EBÛ ZEHRA Muhammed, (1994), İslam Hukukunda Suç Ve Ceza, (Çeviren: TÜFEKÇİ İbrahim), Cilt: 1, Kitabevi, İstanbul, s. 199; BİLMEN Ömer Nasuhî, (1950), Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, Cilt: 1, İstanbul, s. 184; KARAKOÇ İrem, (2014),

atanan Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye gönderdiği yargılamaya ilişkin mektupta meseleleri benzerlerine mukayese etmesini bildirdiğini¹⁸ savunarak had ve kıyaslarda kıyasın geçerli olduğunu belirtmişlerdir. Bunun yanında içki içme suçunun cezasının Hz. Ali tarafından, iffete iftira suçuna kıyas edilmek sûretiyle tespit edildiğini ifade ederek görüşlerini desteklemişlerdir¹⁹.

Konuyla ilgili gösterilen bir başka kıyas, kölelik müessesesi kapsamında örneklendirilmektedir. Kıyasa konu olan asıl ile fer' arasındaki illetin, oldukça açık olduğu bir durumda bu yola başvurulmuştur. Kur'ân'da, zinâ eden cariye, zinâ eden kadına verilen cezanın yarısının uygulanacağı belirtilirken, erkek kölenin aynı fiili işlemesi halinde hangi hükmün uygulanacağı belirtilmemiştir. Cariye ve erkek kölenin cinsiyetleri farklı olsa da, köle olmak bakımından hukukî statüleri aynı kabul edildiğinden, erkek köle hakkında uygulanacak ceza cariye hakkındaki hükme kıyasen elli sopa olarak tespit edilmiştir²⁰.

Hukukçuların diğer kısmı, had, kısas ve kefâretlerin kıyasa konu olamayacaklarını savunmuştur. Bu nedenle hırsızlık cezası sadece hırsızlığa

"Hicrî Birinci Yüzyılda Hukukçu Kavramı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, İzmir, s. 4236, (Basım Yılı: 2015).

¹⁸ Mektupta geçen kıyasla ilgili ifade şu şekildedir: "... Kitâb ve Sünnet'te hükmü bulunmayan bir mesele gelir de üzerinde tereddüt edersen onu iyice anlamaya çalış, sonra onun emsâli ve benzeri olan hâdiselerin hükmünü araştırıp öğren ve hadiseleri, benzerlerine kıyas ederek hükme bağla..." (Karaman, Hukuk Tarihi, s. 121). Ayrıca bkz. KARAKOÇ, s. 4247; ARI Abdüsselâm, (2003), "Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ El-Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 2, Konya, s. 87.

¹⁹ EBÛ ZEHRÂ, Cilt: 1, s. 199; YİĞİT, s. 70. Ayrıca bkz. AYDIN, (2013), s. 39, 164. Sahâbe içki içmenin cezası hakkında istişare etmek için toplândıklarında, Hz. Ali bu konudaki görüşünü şöyle bildirmiştir: "İçerse sarhoş olur, sarhoş olursa akılsızca konuşur, akılsızca konuşursa iftira eder. Binaenaleyh, o sarhoş kişiye iftira edenin cezasını verin". Bu benzetme karşısında hiçbir sahâbe itirazda bulunmadığından, içki içme suçuna verilecek ceza hakkında icmâ ortaya çıkmıştır (ÛDEH, Cilt: 1, s. 209; EBÛ ZEHRÂ, Cilt: 1, s. 199. Ayrıca bkz. EL-MÂVERDÎ İmam Eb'ul Hasan, (1976), El-Ahkâmû's-Sultâniyye, İslâm'da Hilâfet ve Devlet Hukuku, (Çeviren: ŞAFÂK Ali), Bedir Yayınevi, İstanbul, s. 259).

²⁰ KAŞIKÇI, s. 67.

uygulanmakta, gasp ya da koruma altında olmayan bir malın çalınması halinde uygulanmamaktadır. Nitekim zinâ cezasını da bu şekilde değerlendirmek mümkündür. Örneğin kişiler arasında meydana gelen cinsel sapıklık olayları zinâ cezasına kıyas edilememektedir. Çünkü belirlenen ceza, sadece zinâ haddi kapsamında gerçekleşen fiiller bakımından geçerlidir. Bu kimselerin fiilleri günah olarak kabul edilse dahi, ta'zir cezasını gerektiren suçlar kapsamında değerlendirilmektedir²¹.

Kıyas yasağını savunan hukukçular, şer'an belirlenmiş olan meselelerin illetlerinin bilinemeyeceğini²², dolayısıyla kıyasa konu olamayacaklarını ifade ederek görüşlerini delillendirmişlerdir. Bunun yanında kıyasın kesinlik ifade etmeyen (zannî)²³ bir kaynak olması (hata ihtimalinin varlığı) ve had cezalarının şüphe halinde düşmesi, kıyasın uygulanmasına engel olan diğer hususlar arasındadır²⁴.

Hanefî hukukçuların taksirle öldürme suçu için öngörülen kefâreti, kıyas veya evleviyet yoluyla kasten öldürme suçu bakımından geçerli kabul etmemeleri de bu hususta örnektir. Burada kanunîlik ilkesine uygunluk söz konusudur²⁵.

Had ve kısas cezasını gerektiren suçlarda kıyas ve genişletici yorum yasağını kabul eden hukukçular, cezalandırmada kanunîlik ilkesini korumak

²¹ EBÛ ZEHRA, Cilt: 1, s. 199. Bu kapsamda cinsel taciz ve hafif cinsel saldırı ta'zir cezasını gerektirmektedir. Konuyla ilgili bkz. AVCI Mustafa, (2014), Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Mimoza, Konya, s. 261-262.

²² Burada illetin bilinmemesinin nedeni, had ve kefâret cezalarının sebeplerini ve bu cezalar hakkında takdir edilen miktarları aklın kavrayamıyor olmasıdır. Çünkü bu cezalar Allah tarafından takdir edilmiştir. Kıyasta ise temel husus, asla ait hükmün illetini akıl ile anlamak ve düşünmektir. Dolayısıyla aklın anlayamadığı bir illetin varlığı halinde hüküm kıyas yapmak için yeterli olmaz (ÛDEH, Cilt: 1, s. 210; AKŞİT, s. 49).

²³ Zan ile hüküm verilemeyeceğine ilişkin âyetler vardır. Bu âyetler için bkz. Hucurât 49/12; Necm 53/28.

²⁴ EBÛ ZEHRA, Cilt: 1, s. 199-200; ÛDEH, Cilt: 1, s. 210; AKŞİT, s. 50-51. Ansay hudûd ve ukûbatta açıklık bulunmadığı takdirde kıyas yoluna gidilemeyeceğini belirtmiştir (ANSAY Sabri Şakir, (2002), Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. Basi, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 23). Akşit de genişletici yorum ile dahi nass üzerine ekleme yapılamayacağı görüşünü savunmuştur (AKŞİT, s. 119).

²⁵ AVCI, (2014), s. 353.

istemışlerdir²⁶. Ancak Ebû Zehra, hâkimin takdir hakkı bulunduğu gerekçesiyle, ta'zirlerde kıyasın geçerli olacağını belirtmiştir. Yazar, had ve kısas cezalarında sınırların belirli olduğunu, ta'zir cezalarında kıyas yapmanın daha kolay olacağını savunmuştur²⁷.

Kıyas konusunda farklı görüşler olsa da, Üdeh'e göre, suç ve cezalardaki kıyas, teşriî bir kaynak değil, hükmün kapsamına giren fiilleri tespit etmeye yardım eden, açıklayıcı ve yorumlayıcı bir kaynaktır²⁸.

Kanaatimizce, had ve kısas cezaları ile bu cezaları gerektiren suçlarda kıyas yasağını kabul eden hukukçuların görüşleri ve ileri sürdükleri deliller daha isabetlidir. İslâm hukukunda kıyas önemli bir kaynak olmakla birlikte, ceza hukuku alanında bu kaynağın kullanılması kanunîliği sağlama açısından uygun değildir. İlkenin hukukî güvence işlevi ve kişilerin keyfî uygulamalardan korunması ancak bu şekilde sağlanabilir. Nitekim had ve kısas cezalarının uygulanabilmesi için gereken şartların çok sıkı olması, en ufak bir şüphe halinde cezanın düşmesi ve özellikle Hanefî hukukçuların suç tiplerinin kapsamında yer alacak fiilleri belirlerken oldukça titiz davranmaları bu kanaati desteklemektedir²⁹.

Doktrinde kanunîlik ilkesinin İslâm ceza hukukunda yer alan had suçlarında titizlikle uygulandığı ifade edilmektedir. Çünkü bu suçlar ve bunlara uygulanacak yaptırımlar Kur'ân ve Sünnet'te açıkça belirlenmiştir³⁰. Bu

²⁶ BARDAKOĞLU, (1993), s. 475.

²⁷ EBÛ ZEHRA, Cilt: 1, s. 199.

²⁸ ÜDEH, Cilt: 1, s. 210. Üdeh'e göre, herhangi bir fiil yasaklanmışsa, bu fiilin yasaklanma gerekçesi dikkate alınarak bütün benzer fiiller kıyas yoluyla hükme dâhil olur. Yazar livatanın zinâ suçuna; ağır, künt bir cisimle öldürmenin, keskin bir şeyle öldürmeye; sarhoşluk veren şeyin şaraba kıyaslanarak suç kabul edilmesini bu konuda örnek göstermektedir (ÜDEH, Cilt: 1, s. 210-211).

²⁹ NESLİ, s. 66.

³⁰ ÜDEH, Cilt: 1, s. 147; CİN Halil, AKGÜNDÜZ Ahmed, (2011), Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, s. 291; CİN Halil, AKYILMAZ Gül, (2015), Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, s. 248; AKGÜNDÜZ Ahmed, (1999), "Kanunnâmelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer'î Tahliili", İslâmî Araştırmalar Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 2; AYDIN, (2013), s. 162-163; AVCI Mustafa, (2014), Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Mimoza, Konya, s. 35; FENDOĞLU Hasan Tahsin, (2000), Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 439;

yönüyle kısas suçları ve bunlara uygulanacak yaptırımlar için de aynı durum söz konusudur³¹.

Kanaatimizce de söz konusu suçlar bakımından kanunîlik ilkesi geçerlidir. Nitekim kanunîlik ilkesinin unsurları arasında yer alan hükümlerin belirli ve açık olması kuralı, bu suçlar ve karşılığında öngörülen yaptırımlarda görülmektedir. Nitekim bu suç tiplerinde sadece suç ve ceza değil, suçun unsurları da özel olarak belirlenmiştir. Unsurları tam olarak gerçekleşmeyen bir fiile had cezası verilememektedir. Ayrıca uygulanacak cezanın alt ve üst sınırı bulunmadığından tam bir kesinlik söz konusudur. Bu kapsamda bir fiilin, had cezasını gerektiren suç tipine uymaması durumunda, kıyas yoluyla hadde dâhil edilmesi söz konusu değildir. Böylece kanunîlik ilkesinin unsurları olan, belirlilik kuralı ve kıyas yasağı gerçekleştiği gibi, örf-âdetle veya idarenin düzenleyici işlemleriyle hükümlere müdahale edilmesi de kabul edilmemektedir³².

III. OSMANLI CEZA HUKUKUNDA TA'ZİR TÜRÜ YAPTIRIMLAR BAKIMINDAN KANUNÎLİK İLKESİ

A. Genel Açıklama

Osmanlı hukukunda ta'zir suçları ve bunlar hakkında uygulanacak yaptırımlar kanunnâmeler ile düzenlenmiştir. Osmanlı hukukunda ta'zir cezası dendiğinde (cezanın içeriği yerine sadece *ta'zir* ifadesinin yer aldığı) genellikle sopa cezası anlaşılmaktadır³³.

EKİNCİ Ekrem Buğra, (2014), Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, 3. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, s. 328-329. Konuyla ilgili ayrıca bkz. LİPPMAN, s. 38; AKYILMAZ Gül, (2006), "Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunilik Prensibi ve Ceza Hukukunun Kişiler Bakımından Uygulanması", Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 1023; YİĞİT, s. 60.

³¹ Kısas suçlarında kanunîlik ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin bkz. ÜDEH, Cilt: 1, s. 149; EBÛ ZEHRÂ, Cilt: 1, s. 159-170; KARAMAN, s. 150; CİN, AKGÜNDÜZ, s. 291; AYDIN, (2013), s. 162.

³² Kanunîlik ilkesi ile bağlantılı olarak had suçlarının türlerinin ayrıntılı incelemesi için bkz. NESLİ, s. 68-84.

³³ HEYD Uriel, (1973), Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford, s. 271; PETERS Rudolph, (2005), Crime and Punishment in Islamic Law, Cambridge University Press, s. 97. Ta'zir suçları ve cezaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YAKUT Esra, (2006),

Osmanlı kanunnâmelerinde cezaların önemli bir kısmı düzenlenmekle birlikte, bazı cezaların miktarını takdir yetkisi kâdîya bırakılmıştır. Örneğin, dayak ve uzun süreli hapis cezaları bu kapsamda değerlendirilebilir. Nitekim Ebusuûd Efendi'nin verdiği bir fetvâda bu husus açıkça belirtilmiştir: "Ta'zîr-i şedid ne mikdarı deġenek olur, habs-i medidin zamanı ne mikdar olur, beyan buyrula? el-Cevab: Re'y-i hakime mufavzıdır"³⁴.

Bazı suçlar hakkında uygulanacak cezaların net bir şekilde ifade edilmediği ve hâkimin takdirine bırakıldığı "...*muhkem hakkından geleler...*" şeklindeki ifadelerden anlaşılmaktadır³⁵.

Doktrinde ta'zir suçlarında kanunîlik ilkesinin geçerli olup olmadığı yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Cin ve Akyılmaz'a göre, bazı istisnalara rağmen kanunîlik ilkesine riayet edilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda ta'zir suç ve cezaları kanunnâmelerde düzenlenmiş, faillere kanunnâmelerde bulunmayan cezalar verilmemiştir³⁶.

Aydın'a göre, kanunnâmeler hukukun uygulanması sırasında özellikle ehl-i örf tarafından yapılacak olan keyfiliği önleme düşüncesiyle oluşturulduğundan, ta'zir cezaları oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bir suç işlenmesi halinde bunun hukuken sabit olup olmadığını tayin etmek kâdînin yetkisinde kabul edilmiş ve kâdî tarafından suçlu bulunmadıkça sanığın cezalandırılmaması hususu vurgulanmıştır. Kâdînin değerlendirmesi sonucu suçlu bulunan kimseler ise ehl-i örf tarafından Kanun-ı Osmanî'ye göre cezalandırılmıştır. Bu nedenle uygulamada bazı fiilî ihlaller yaşanmış olsa da, ta'zir cezalarında kanunîlik ilkesine riayet edildiği ve bu prensibe önem verildiği belirtilebilir³⁷.

"Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukukunda Taziri Gerektiren Suçlar ve Cezaları", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 2, s. 30 vd.

³⁴ AVCI, (2014), s. 293, 298. Ayrıca bkz. HEYD, (1973), s. 272, 302.

³⁵ Kanunî Sultan Süleyman Kanunnâmesi (1)'nin 27'inci maddesi bu konuda örnektir (AKGÜNDÜZ Ahmed, (1992), Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, Fey Vakfı, Cilt: 4, İstanbul, s. 300, m. 27).

³⁶ CİN, AKYILMAZ, s. 229.

³⁷ AYDIN, (2013), s. 164. AYDIN, (2013), günümüzdeki bazı hukukçuların söyledikleri, Osmanlı ceza hukuku, özellikle ta'zir suçları alanında bir başıbozukluk ve keyfîlik

Avcı, ta'zir suçlarının ve bunlara uygulanacak yaptırımların türlerinin yasama organı tarafından belirlenmesi ve hâkimlerin bu yasalara göre hüküm vermeleri durumunda kanunîlik ilkesinin işletilmiş olacağını ifade etmektedir³⁸.

Ekinci, suçların kanunnâmelerde açıkça belirtilip halka ilan edilmesi nedeniyle ta'zir suçlarında kanunîlik ilkesinin gerçekleştiği kanaatini paylaşmaktadır³⁹.

Akman, ta'zir suçlarında kanunîlik ilkesinin mümkün olduğunca sağlanmaya çalışıldığını ifade etmekte, Osmanlı Devleti'nde suç ve cezaları belirleyen kanunların yayınlanıp ilan edildiğini vurgulamaktadır⁴⁰.

Doktrinde bunun aksini savunan görüşler de vardır. Peters, Osmanlı ceza hukukunun, ceza yasalarının temel fonksiyonunun vatandaşın haklarını korumak olduğu ve bir fiilin hukuken suç olarak belirlenmemesi ya da cezasının tespit edilmemesi nedeniyle cezalandırılmadığı anlayışına dayanmadığını söylemiştir. Özellikle ceza kanununda tespit edilmeyen fiiller nedeniyle kâdînin takdir yetkisinin olduğunu, yürütmeye yer alan görevlilerin ta'zir ve siyaset cezaları verebildiklerini belirtmiştir. Kanunî Sultan Süleyman Kanunnâmesi'ni değerlendiren yazar, bu Kanunnâme'de cezaların her suç için kesin olmadığını, sadece cezanın türüne işaret edildiğini vurgulamıştır⁴¹.

Dönmezer ve Erman'a göre, İslâm hukukunda bazı suç ve cezaların önceden belirlenmesi ve prensiplerin güvencesinin Allah'ın emir ve iradesinde bulunması kanunîlik ilkesi bakımından önemlidir. Bununla birlikte ülü'l emrin ta'zir yetkisi kapsamında ceza düzenleyebilme hakkının bulunması ve bunun

iddialarının mübalağalı sayılması gerektiğini beyan etmiştir (AYDIN, (2013), s. 164, dipnot 21).

³⁸ AVCI, (2014), s. 36.

³⁹ EKİNCİ, s. 329. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. KAŞIKÇI, s. 294.

⁴⁰ AKMAN Mehmet, (1995), "Önceki Hukukumuzda Devlete İsyân Suçu", MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, s. 209.

⁴¹ PETERS, s. 74, 93.

Osmanlı hukuk sistemindeki uygulaması, kanunîlik ilkesine uyulmadığını göstermektedir⁴².

Kanaatimizce Osmanlı Devleti'nde suçların kanunnâmeler ile düzenlenip halka ilân edilmesi, suçta kanunîlik ilkesinin belirlilik ve açıklık unsuruna önem verildiğini göstermektedir. Özellikle her padişah döneminde kanunnâmelerin yenilenmesi, kâdîlara yeni kanunların gönderilmesi, halkın harç ödemek sûretiyle kanunların birer kopyasını elde edebilmesi, hukukî güvenliği sağlayan uygulamalar arasındadır. Bununla birlikte ta'zir cezalarında ilkenin aynı derecede geçerli olduğunu söylemek güçtür. Kâdînin takdir yetkisinin sınırlarını, şer'î hukuk belirlemektedir. Buna göre teorik olarak kâdî işlenen fiil ile orantısız bir ceza verme hakkına sahip değildir. Özellikle sopa cezaları bakımından, müçtehit İslâm hukukçularının (39 sopa, 75 sopa gibi) belli sınırları kabul etmiş olmaları kâdînin yetkisini daraltmaktadır. Bazı mahkeme kararlarından, kâdînin şer'î yetkisi dâhilinde olan hapis cezası gibi cezaların verildiği anlaşılmaktadır. Bu ceza Osmanlı hukukunun şer'î karakteri çerçevesinde, seçimlik bir ceza olarak değerlendirilebilir. Fetvâlarda, uzun süreli hapis cezasının (habs-i medîd)⁴³ süresinin, kâdînin takdirinde olduğu belirtilmiştir. Günümüzdeki anlamıyla kanunîlik ilkesine ilişkin kurallar değerlendirildiğinde, hâkimin takdir yetkisini olabildiğince sınırlamaya yönelik bir anlayışın hâkim olduğu; cezaların niteliği ve niceliğinin açık ve anlaşılabilir bir şekilde belirlenmesi gerektiği görülmektedir. Bu nedenle söz konusu ceza bakımından, kanunîlik ilkesinin belirlilik işlevinin tam olarak gerçekleştiğini söylemek güçtür⁴⁴.

⁴² Konuyla ilgili bkz. DÖNMEZER, ERMAN, s. 30. Ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, s. 108-109.

⁴³ İslâm hukukunda hapis cezası, süresi belirli hapis ve süresiz hüküm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çoğunlukla hafif suçlara ve ilk kez suç işleyenlere ıslah amacıyla verilen hapis, süresi belirli hapidir. Süresiz hüküm ise, ağır suçlarda ve tehlikeli (mükerrir, itiyadi ve mesleki) suçlular hakkında uygulanır. Süresiz hükümde, kişinin geçireceği hapis süresi önceden belirli değildir. Bu cezanın sona ermesi, suçlunun uslanması veya tehlike durumunun sona ermesine bağlıdır. Bu yönüyle süresiz hükümde, modern ceza hukukunda öngörülen alt sınır-üst sınır belirleme anlayışı bulunmamaktadır. Hâkim, söz konusu cezaya bir süre belirlemeden, mahkûmun iyi hal göstermesi durumunda salıverileceği kaydıyla hükmeder (AVCI, (2014), s. 298-301).

⁴⁴ NESLİ, s. 172-173.

Kayıtlarda kişilerin şer'î hukuka ve kanuna uygun cezalandırılması belirtilmekle birlikte, özellikle 16'ncı yüzyıldan itibaren fetva mecmuaları ve kanunnâmelerde yer almayan kürek cezasının uygulandığı görülmektedir⁴⁵. Kürek, hapis cezasının daha ağır bir şekilde infaz edildiği ceza türüdür. Bu cezada suçluluğun tespiti kâdî tarafından yapılmakta, ceza padişah tarafından küreğe çevrilmekteydi⁴⁶. Söz konusu cezanın kabul edilme nedeni, Osmanlı donanmasının kürekçi ihtiyacını karşılamaktı⁴⁷.

Avcı, kürek cezasının kimi zaman reâyâ hakkındaki ölüm cezalarına bedel olduğunu, bazı had ve kısas cezalarının kürek cezasına çevrildiğini ifade etmektedir⁴⁸. Mühimme defterlerinde çok sık karşılaşılan bu ceza, daha çok fesadı alışkanlık haline getiren kişiler için, padişah adına hüküm veren, yargılama ve kısmen yasama yetkisine sahip Divan-ı Hümâyun tarafından uygulanmış olsa da, kanaatimizce kanunîlik ilkesinin belirlilik ve açıklık unsuru tam olarak gerçekleşmemiştir. Bunun nedenleri, cezayı gerektiren suça ilişkin kesin bir sınırlamanın olmaması, cezanın niceliği hakkında yeterli bir belirliliğin bulunmaması ve özel olarak verilen hükümler bakımından, halk tarafından ulaşılabirliğin kanunnâmeler gibi sağlanamamış olmasıdır⁴⁹.

⁴⁵ Heyd, hem şer'î hukuk hem de Osmanlı ceza kanunnâmeleri tarafından bilinmeyen kürek cezasının, on altıncı yüzyılın sonlarına doğru giderek yaygın bir ceza olduğunu ifade etmektedir (HEYD, (1973), s. 304). 1552-1556 yılları arasında Osmanlı Devleti'nde esir bulunan bir İspanyol'un, Osmanlı uygulamaları ile ilgili olarak verdiği bilgilerde kürek cezasının ülkede uygulanan bir ceza olduğu görülmektedir (ÖNALP Ertuğrul, (1990), "Bir İspanyol Esiri Gözüyle 1552-1556 Yılları Arasında İstanbul", dergiler.ankara.edu.tr /dergiler/19/1150/13505.pdf, (25.12.2015), s. 320).

⁴⁶ AVCI Mustafa, (2002), Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek Ve Prangabentlik, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, http://dergipark.ulakbim.gov.tr/esosder/article/view/500006_7867, (18.06.2018). Ayrıca bkz. HEYD, (1973), s. 304.

⁴⁷ DEMİR Abdullah, (2011), Türk Hukuk Tarihi, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul, s. 95.

⁴⁸ AVCI, (2002).

⁴⁹ NESLİ, s. 174.

B. Para Cezalarında Kanunîlik İlkesinin Geçerliliği

1. "Para Cezası" Kavramı

Para cezası, bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen, failin kusuru ve ekonomik durumuyla orantılı şekilde hâkim tarafından belirlenen bir miktar parayı ifade etmektedir. Para cezasının infaz edilmesi, belirlenmiş olan miktarın Devlet Hazinesi'ne ödenmesi şeklinde gerçekleşir⁵⁰.

Para cezalarının farklı türleri bulunmaktadır. Adli para cezaları, idari para cezaları, disiplin para cezaları, nispi para cezaları, tazminat türünden para cezaları buna örnektir. Türk Ceza Kanunu bakımından geçerli olan, bir suç karşılığında öngörülen adli para cezalarıdır⁵¹.

Çalışmamızda Osmanlı hukuku bakımından inceleme konusu yaptığımız para cezası türü de, adli para cezasıdır. Osmanlı kanunnâmelerinde para cezası için *ta'zir bil-mal*, *cürm-i cinayet*, *cürm*, *cerime*, *cürm ve cinayet resmi* (*ceraim*), *kınlık* veya *kınlık akçesi* ifadeleri kullanılmıştır. Osmanlı ceza hukuku sisteminde bu ceza türü, kâdî tarafından hükmedilip ehl-i örf tarafından infaz edilen⁵² cezalar içerisinde kabul edilmiştir⁵³.

2. İslâm Hukuku'nda Para Cezası

İslâm hukukunda para cezasına benzer nitelikte malî yaptırımlar bulunmaktadır. Kur'ân'da para cezasına dolaylı olarak işaret eden âyetler⁵⁴ ve Hz. Peygamber döneminden itibaren hukukî sorumluluk sınırını aşan ve ceza mahiyetinde gözükken malî yaptırım uygulamaları bu kapsamdadır⁵⁵.

⁵⁰ ZAFER, s. 507.

⁵¹ ZAFER, s. 508.

⁵² Para ve uyarı gibi daha hafif cezaları mülkî amirler (beylerbeyi, sancakbeyi, subaşı) infaz ederlerdi (AKGÜNDÜZ, (1999), s. 11).

⁵³ AKGÜNDÜZ, (1999), s. 10-11; AVCI, (2014), s. 306-307. Ayrıca bkz. HEYD Uriel, (2002), "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", (Çeviren: EROĞLU Selâhaddin), Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine Makaleler, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, s. 57.

⁵⁴ Âyetler için bkz. Mâide 5/95, Tevbe 9/103. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. AVCI, (2014), s. 308.

⁵⁵ AVCI, (2014), s. 308-310. Zekât vermeyenlerin mallarından zekât tutarının yanında, malvarlıklarının bir kısmının ceza olarak alınması yönündeki emir; hayvanların koruma altındaki yer dışından çalınması halinde, dayak cezasına ek olarak değerinin iki katının ödettirilmesi; yitik develeri sahiplenmek amacıyla alıkoyan ve gizleyenlere, develerin

Ebû Hanife ve İmam Muhammed başta olmak üzere Hanefî hukukçular, para cezası uygulamasını kabul etmemişlerdir. Ta'zir cezası olarak para cezası alınmasına izin veren Hanefî hukukçu Ebû Yusuf'tur⁵⁶. Bunun yanında İmam Mâlik'in, hileli mal satmak ve suç eşyasını kabul etmek gibi suçlarda, maslahat ilkesi gereğince, bu malın imha edilmesi ya da fakirlere dağıtılması şeklinde malî cezalar verilebileceğine dair bir içtihadı bulunmaktadır. Hanbelîler'in, ağaçtan meyve veya meradan hayvan çalınması halinde, faile, suç konusu malın değerinin iki katı para cezası verileceğini söyledikleri rivayet edilmiştir⁵⁷.

3. Osmanlı Hukuku'nda Para Czası

a. Genel Olarak

Osmanlı hukuk sisteminde para cezaları, ta'zir cezaları içerisinde önemli bir yere sahiptir⁵⁸. Osmanlı Devleti Ebû Yusuf'un görüşü çerçevesinde, ta'zir suçlarının büyük bir kısmında para cezası uygulanmasını kabul etmiştir⁵⁹.

Doktrinde Osmanlı kanunnâmelerinde para cezalarının yer alması eleştirilmektedir. Para cezaları hakkında yapılan eleştirilerin başında, şer'î

iadesinin yanında bir katının, develer telef olmuş ise iki katının ödettirilmesi bu konuda gösterilecek örneklerdir (AVCI Mustafa, (1998), "Para Cezalarının Dünü Bugünü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-2 (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan), s. 386-387; AVCI, (2014), s. 308-309; AVCI Mustafa, "Osmanlı Hukukunda Para Cezaları", <https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=381959&/Osmanli%C4%B1-Hukukunda-Para-Cezalar%C4%B1/-Do%C3%A7.-Dr.-Mustafa-Avc%C4%B1->, (18.06.2018); ESEN Hüseyin, (2006), İslam Hukukunda Mali Cezalar, Yeni Akademi Yayınları, İzmir, s. 157-158).

⁵⁶ BİLMEN, Cilt: 3, s. 329; ÜÇÖK Coşkun, (1946), "Osmanlı Kanunnâmelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/238/2090.pdf, (08.05.2015), s. 50; AVCI (1998), s. 387; EKİNCİ, s. 338; KAŞIKÇI, s. 311; ESEN, s. 92.

⁵⁷ AVCI, (2014), s. 311-312.

⁵⁸ AYDIN, (2013), s. 208. Nitekim had ve kısas cezalarının uygulama alanı bulamadığı hallerde para cezalarının öngörülmüş olması, bu ceza türünün kapsamını oldukça genişletmiştir.

⁵⁹ EKİNCİ, s. 338. Para cezası ile ilgili hukuk ekollerinde yer alan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AVCI, (1998), s. 387 vd.; AVCI, (2014), s. 311-313.

hukuktan sapma iddiaları gelmektedir. Scacht, Heyd ve Üçok, İslâm hukukunda para cezasının kabul edilmediğini belirtmişlerdir⁶⁰.

Heyd, para cezası uygulamasının malî sebeplerden ötürü yaygın olduğunu; Osmanlı kanunnâmelerinde şiddetli şer'î ceza uygulamalarının hafifletildiğini, recm ve el kesme cezalarının para cezası gibi daha hafif cezalarla⁶¹ değiştirildiğini ifade etmiştir. Yazara göre, kanunnâmelerde para cezalarının sınıflandırılması ve miktarlarının kâdî tarafından takdir edilen ta'zire paralel bir şekilde düzenlenmesi, kanunnâmelerde şer'î hükümleri tamamlayıcı unsur olma amacının bulunduğunu göstermektedir⁶².

Üçok, Osmanlı kanunnâmelerinde yer alan para cezalarını, gerek ta'zir cezaları arasında para cezalarının yer almaması, gerekse bu cezaların kişilerin malî durumlarına göre sınıflandırılması nedeniyle İslâm hukukuna aykırı kabul etmiştir⁶³.

Bazı yazarlar şer'î hukuktan sapma iddialarını kabul etmemektedirler. Aydın ve Akgündüz, kanunnâmelerde yer alan para cezalarının, had veya kısas cezası uygulanmadığı ya da suçun unsurları veya suç için öngörülen ispat şartları tam olarak gerçekleşmediği takdirde geçerli olduklarını belirtmişlerdir⁶⁴.

Avcı'ya göre, bu ceza türü İslâm hukuku hükümlerinden aynen alınmasa da, şer'î hukukun kaynakları içerisinde dolaylı olarak yer aldığından İslâm hukukuna aykırı değildir⁶⁵.

⁶⁰ SCAHCHT Joseph, (1977), İslam Hukukuna Giriş, (Çeviren: DAĞ Mehmet, ŞENER Abdulkadir), Ankara, s. 182; HEYD, (2002), s. 58-59; ÜÇOK, s. 68. Şer'î hukuktan sapma iddiasında bulunan başka yazarlar da bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AVCI, (2014), s. 321-322.

⁶¹ Heyd, bu durum şeriat hükümlerine nazaran daha yumuşak bir uygulama olarak görülse de, kanunların cezaya çarptırmaya daha meyilli olduklarını, hatta birçok suçu şeriatın daha şiddetli bir şekilde cezalandırdıklarını belirtmiştir (HEYD, (2002), s. 56).

⁶² HEYD, (2002), s. 56, 58.

⁶³ ÜÇOK, s. 60-61.

⁶⁴ AYDIN, (2013), s. 205; AKGÜNDÜZ, (1999), s. 10-11, 14; AKGÜNDÜZ, Cilt: 2, s. 22.

⁶⁵ AVCI, (2014), s. 323.

Hama Sancağı Kanunnâmesi'nde yer alan ifadeler, yukarıda zikredilen son görüş sahiplerini desteklemektedir. Kanunnâme'de, para cezasının kısas uygulanmadığı takdirde geçerli olacağı, şer'î hukuka göre kısası hak edenlerden para cezası almanın kanuna uygun olmadığı belirtilmektedir: “*Ve zikr olan cerâim kısas olunmadığı takdircedir. Eğer şer' ile lâzım olanlara kısâs olsa, cerîme alınmak kanûn değildir, alınmaya*”⁶⁶.

Ebusuûd Efendi tarafından para cezasının örfî nitelikte olduğunun vurgulanması, söz konusu cezanın hukukî mahiyetini göstermesi bakımından önemlidir: “*kınlık akçesi ehl-i şer' huzurunda sâbit olan cürmin ukûbet-i örfiyesidir*”⁶⁷.

b. Osmanlı Kanunnâmeleri'nde Yer Alan Para Cezalarının Özellikleri

Ta'zir cezalarının para cezası şeklinde düzenlenmesi ve bu ceza türünün subaşı, beylerbeyi gibi kamu görevlilerinin gelirleri arasında sayılması, ceza miktarlarının kanunnâmelerle belirlenmesini, belirlenmediği haller bakımından da belirlenebilme ölçütlerinin oluşturulmasını gerekli kılmıştır⁶⁸. Ceza hukukunda önemli olan para cezası uygulamaları, Osmanlı taşrası için belirlenen yönetim anlayışı kapsamında değerlendirilebilir⁶⁹.

Para cezasının hukukî niteliği tazminattan farklıdır. Nitekim bu husus kanunnâme ifadelerinde açıkça görülmektedir. Örneğin Kanunî Sultan Süleyman Kanunnâmesi'nde bir kimsenin öküzü, atı veya davarının bir başkasının ekinine girmesi halinde beş akçe para cezası alınacağı ve zarar görenin zararının davar sahibine tazmin ettirileceği belirtilmiştir: “*Eğer bir*

⁶⁶ AKGÜNDÜZ, Cilt: 5 s. 666, m. 14. Konuyla ilgili Divriği Sancağı Kanunnâmesi'nde yer alan ifade için bkz. AKGÜNDÜZ, Cilt: 6, s. 250, m. 12; s. 256, m. 20.

⁶⁷ AKGÜNDÜZ, (1999), s. 11. Konuyla ilgili bkz. HEYD, (1973), s. 281. Ebusuûd Efendi her durumda para cezası uygulamasını kabul etmemiştir. Konuyla ilgili fetvâlar için bkz. DÜZDAĞ M. Ertuğrul, (2012), Şeyhülislâm Ebusuud Efendi'nin Fetvâlarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı, Kapı Yayınları, İstanbul, s. 66, 257.

⁶⁸ AYDIN M. Âkif (2004), “Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri”, Osmanlı Araştırmaları Dergisi, Sayı: XXIV, İstanbul, s. 46; KOÇ Yunus, TUĞLUCA Murat, (2006), “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 2, s. 7, 13-14.

⁶⁹ KOÇ, TUĞLUCA, s. 13.

kimesnenin öküzi veya atı ve davarı ekine girse davar başına beş akçe cürm alına...ve dahi ziyâni davar sahibine tazmîn etdüreler"⁷⁰. Bu madde para cezası ve tazminat arasındaki farka işaret etmektedir⁷¹.

Osmanlı para cezaları, kimi zaman vergilere benzer bir hukukî nitelik taşımıştır. Bazı kimselerin işledikleri suçların karşılığı olmak üzere, "*kaftanlık*" adı altında altı akçelik sabit vergi vermeleri bu kapsamda değerlendirilebilir⁷². Konuyla ilgili bir kanun maddesi şu şekildedir: "*Niğbolu vilâyetinde olan çingâneler ispençlerin edâ itdiklerinden sonra kaftanlık diyü cürme bedel her haneye ve her mücerrede altışar akçe virirler*"⁷³.

Osmanlı kanunnâmelerinde yer alan para cezalarının, temelde iki önemli özelliği bulunmaktadır. Bu özelliklerden ilki, cezanın failin malî ve sosyal durumuna göre (ganî/zengin, mutavassıt'ul-hâl/evsat'ul-hâl/orta halli, fakir'ül hâl/fakir) belirlenmesidir⁷⁴. Para cezalarında cezaların bireyselleştirilmesine yönelik bir anlayışın hâkim olduğu söylenebilir. Cezalar failin malî ve sosyal durumuna göre ayarlanmakta; maktu miktarların yanında, suç neticesinde ortaya çıkan zararın oranına göre hesaplanan nispi miktarlar dikkate alınmaktaydı. Ayrıca Osmanlı Devleti'nde adli para cezalarının (maktu para cezası/nispi para cezası/iyi hal teminatı -nezir akçesi-) yanında idari para

⁷⁰ AKGÜNDÜZ, Cilt: 4, s. 304, m. 59.

⁷¹ AVCI, (2014), s. 328. İslâm hukukunda tazminin *daman*, cezai sorumluluk kapsamındaki malî cezaların *garâmet* kelimesi ile ifade edildiği bilgisi için bkz. BARDAKOĞLU Ali, (1996), TDV İslâm Ansiklopedisi, "Garâmet" maddesi, Cilt: 13, s. 359, <http://www.islamansiklopedisi.inf o/dia/pdf/c13/ c130197.pdf>, (14.12. 2015). Garâme hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. ESEN, s. 155-168.

⁷² HEYD, (1973), s. 279.

⁷³ BARKAN Ömer Lütfi, (1948), XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları, Birinci Cilt: Kanunlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 250, m. 11.

⁷⁴ HEYD, (2002), s. 58; ÜÇOK, s. 60; AKGÜNDÜZ, (1999), s. 10; AVCI, (2014), s. 323-324; KAŞIKÇI, s. 311-312; YAKUT, s. 39. Ta'zir cezalarının bireylerin sosyal durumlarına göre sınıflandırılmasının fıkıhta da (ör, Molla Hüsrev'in Dürer ve Gurer adlı eserinde) yeri olduğu ve Osmanlı ülü'l emrinin bunu *ta'zir bil-mal* denen para cezalarında uyguladıkları görüşü için bkz. AKGÜNDÜZ, Cilt: 2, s. 23.

cezaları da bulunmaktaydı. Örneğin standartlara uymayan (eksik) ekmek üretilmesi idari para cezasını gerektiren bir durumdu⁷⁵.

İkincisi, para cezalarının, sayısı kâdî tarafından takdir edilen sopa cezası gibi bir ta'zir cezasına bağlanmış/endekslenmiş olmasıdır. Buna göre suçlunun ayak topuğuna vurulacak her sopa için kaç akçe ödemesi gerektiği kanunla belirlenmiştir⁷⁶. Örneğin Kanunî Sultan Süleyman Kanunnâmesi'nde yer alan "eğer bir kimse cürm etse, hâkim hakkından gelüp iki ağaca bir akçe cürm alına" maddesine göre, kâdî suç işleyen kimseye ilk olarak kaç sopa vurulacağını belirleyecektir. Daha sonra her iki sopa karşılığında bir akçe para cezası alacaktır⁷⁷.

Kaynaklarda para cezası ile ilgili kanunda düzenlenmeyen bazı geçici ceza durumlarının varlığı aktarılmaktadır. Fatih Sultan Mehmet'in hile yapan dokumacılardan beşer akçe para cezası alıp bunları subaşıya gelir kaydetmesi buna örnek gösterilmektedir⁷⁸. Kanaatimizce hile yapan dokumacılardan alınan bu ceza idari para cezaları arasında değerlendirilebilir⁷⁹.

c. Para Cezalarında Kanunîlik İlkesinin Geçerliliği

Osmanlı ceza hukukunda kabul edilen para cezaları bakımından kanunîlik ilkesine büyük ölçüde riayet edilmiştir. Kişilerin malî durumuna göre ayrı ayrı ve açıkça belirlenmiş para cezalarının varlığı bu kanaati desteklemektedir. Hâkimin failin durumunu ve somut olayı dikkate alarak takdir edeceği sopa cezasına göre belirlenen para cezaları ile malî duruma göre belirlenen para cezaları, bireyselleştirme kapsamında değerlendirilebilir. Bazı genel kanunnâmeler ve sancak kanunnâmelerinde, para cezalarında kanunîlik ilkesini sağlama hedefinin bulunduğu görülmektedir. Örneğin Yavuz Sultan Selim Kanunnâmesi'nde, bir kimsenin suçu hukuken sabit olmadan para cezası alınmaması, alındığı takdirde iade edilmesi, kâdî kararı olmadan

⁷⁵ AVCI, (2014), s. 323, 330-337.

⁷⁶ HEYD, (1973), s. 285; HEYD, (2002), s. 58; PETERS, s. 93, 97. Ayrıca bkz. AYDIN, (2013), s. 208.

⁷⁷ KAŞIKÇI, s. 312. Söz konusu madde için bkz. AKGÜNDÜZ, Cilt: 4, s. 301, m. 28.

⁷⁸ HEYD, (1973), s. 277.

⁷⁹ NESLİ, s. 178.

kimsenin hapsedilmemesi ve kâdînin para cezalarını suç için kanunda öngörülen miktardan fazla almamasını emreden bir hüküm bulunmaktadır: “*Ve şer’an bir nesne sâbit olmadan mücerred mesâvî ile cürm alınmaya. Eğer alurlarsa kadı yine alı-vere. Ve kadı ma’rifetsüz kimesneyi habs eylemeyeler. Ve mukarrer cürümden ziyâde ehl-i günâhın akçesin almayalar*”. Kanunî Sultan Süleyman Kanunnâmesi’nde ise, her failin işlediği suça göre para cezası alınması gerektiği vurgulanmaktadır: “*Ve her mücrimin suçuna göre cürmin alub ziyâde almayalar; alurlarsa, kâdî hükm edüb gerü alı-vere*”⁸⁰.

Para cezalarında kanunîlik ilkesine işaret eden çok sayıda sancak kanunnâmesi vardır. Örneğin Malatya Sancağı Kanunnâmesi’nde yer alan “*Ve bâdiheva ve cürüm ve cinayet hususlarında kanun-ı Osmaniye müracaat olunub ziyâde alınmaya hâkim-ül-vakt olanlar men’ ve def’ eyleyeler*” hükmü, faillerden alınacak para cezalarının belirlenmesinde kanuna başvurulması ve fazladan bir miktar alınmaması gerektiğini ifade etmektedir⁸¹.

Silistre Sancağı Kanunnâmesi’nde, kâdînin kanunda öngörülen miktardan daha fazla cerime alması durumunda, kendisinin de para cezasına çarptırılacağı belirtilmiştir: “*...kanı kadılıkda kanunnâme-i kadîmden ziyâde cerîme alınursa, kadıya cerîme ‘addoluna*”⁸².

Bosna Sancağı Kanunnâmesi’nde yer alan “*...Ve şol cürm ki, kanunnâmede ne alınacağı ta’yin olunmuşdur, ziyâde alınmaya*” ifadesi de kanunîlik ilkesine işaret etmektedir⁸³. Benzer ifadeler Adana Sancağı Kanunnâmesi, Birecik Sancağı Kanunnâmesi, Boz-Ulus Kanunnâmesi, Çemişkezek Livası Kanunnâmesi, Sis Livası Kanunnâmesi ve Halep Livası Kanunnâmesi’nde de görülmektedir⁸⁴.

⁸⁰ AKGÜNDÜZ, Cilt: 3, s. 94, m. 50; C: 4, s. 305, m. 66.

⁸¹ BARKAN, s. 117. Diyarbekir Eyaleti Kanunnâmesi’nde benzer nitelikte bir hüküm vardır. Semadirek Adası Kanunnâmesi’nde cürm ü cinâyet ile ilgili meselelerde âdet ve kanun üzere cerîme alınacağı belirtilmektedir (AKGÜNDÜZ, Cilt: 3, s. 407, m. 5; Cilt: 5, s. 451).

⁸² AKGÜNDÜZ, Cilt: 3, s. 468, m. 18.

⁸³ AKGÜNDÜZ, Cilt: 3, s. 377, m. 11.

⁸⁴ BARKAN, s. 143, m. 15; s. 190, s. m. 14; s. 201, m. 12; s. 207, m. 8; AKGÜNDÜZ, Cilt: 5, s. 530, m. 18; s. 615, m. 16; s. 632, m. 12; s. 647, m. 8.

Kütahya Sancağı Kanunnâmesi'nde, cezası af hükümlerinden yararlanarak düşen bir kimseden "siyaset bedeli" adı altında ek bir para almanın şer'î hukuka, örfî hukuka ve kadim Osmanlı kanunlarına aykırı olduğunu belirtmiştir: "...*Ammâ bir sebeb-i şer'î ve örfî ile afvolunsa bedel-i siyâset alınmak şer'-i şerîf-i rahmanîye ve örf-i münîf-i sultanîye (ve) kanun-i kadîm-i Osmanîye ve muhâlif bid'at-ı merdûdedir ve şenâ'at-i memnû'adır*"⁸⁵. Bu hükümde kanunîlik ilkesinin belirlilik unsuruna ve kişilere hukukî güvence sağlama işlevine işaret edildiği söylenebilir. Çünkü söz konusu hükümde cezası düşen bireylerden kanunda olmadığı halde siyaset bedeli istenmesi, şer'î hukuk, örfî hukuk ve Osmanlı kanunlarına aykırı görülmektedir⁸⁶.

Osmanlı hukukunda kanunîlik ilkesinin benimsendiği, kanunnâmelerin yanında bazı adaletnâme ifadelerinden de anlaşılmaktadır. Ehl-i örfün para cezalarıyla ilgili konularda çok fazla suiistimal gerçekleştirmiş olması, padişah tarafından eyalet ve sancaklara adaletnâmeler gönderilmesine neden olmuştur. Örneğin, 1609 tarihli Rum ili beylerbeyi, oradaki beyler ve sancaklarındaki kâdîlara gönderilen bir adaletnâmede, görevlilerin devre çıktıkları zaman yaptıkları suiistimallere değinilmiştir. Metinde, beylerbeyi ve sancakbeylerinin devre çıktıkları zaman, birinin soğuktan donup helak olduğunu veya ağaçtan düşerek ya da suda boğularak öldüğünü ileri sürüp "*kan cürmü ve öşrü bizim hakkımızdır*" diyerek nice yüz altın ve kuruş almalarından bahsetmektedir⁸⁷.

⁸⁵ AKGÜNDÜZ, Cilt: 5, s. 137, s. 23. Hüdâvendigâr Sancağı, Rum Eyaleti ve Sivas Sancağı Kanunnâmeleri'nde de af olunmuş bir kimseden siyaset bedeli talep edilmesi kanuna aykırı kabul edilmiştir (AKGÜNDÜZ, Cilt: 2, s. 184, m. 31; Cilt: 6, s. 207, m. 45; s. 292, m. 32).

⁸⁶ NESLİ, s. 180.

⁸⁷ İNALCIK Halil, (1993), "Adaletnâmeler", Belgeler, 2. Baskı, Cilt: 2, Sayı: 3-4, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, s. 128. Bu durumun 1600'lü yılların sonlarına kadar devam etmiş olduğu düşünülebilir. Nitekim Çatalcalı Ali Efendi'nin bir fetvâsında ehl-i örfün bu şekilde para alması yasaklanmıştır: "*Bir karye ahâlisinden Zeyd, ya ağaçtan düşüb, ya suda boğulub, ya âteşte yanub helâk oldukda ehl-i örf tâifesi sâir ahâleden öşr-i diyet nâmına nesne almağa kâdir olurlar mı? el-Cevâb: Olmazlar*" (ÇATALCALI ALİ EFENDİ, (2014), Açıklamalı Osmanlı Fetvâları Fetâvâ-yı Ali Efendi, (Hazırlayan: DEMİRTAŞ H. Necati), 1.Baskı, Cilt: 2, Kubbealtı Neşriyat, İstanbul, s. 489).

Kanunîlik ilkesinin, Osmanlı hukuk uygulamasında da örnekleri mevcuttur. Üsküdar Mahkemesi'ne ait bir kararda yer alan “*kanûn üzere cerimesine hükm olunup*” ifadesi, kâdînin para cezasını kanuna uygun olarak aldığını göstermektedir⁸⁸.

Eyüb Mahkemesi'ne ait 994/1586 tarihli bir kararda ise, kâdînin kendisine gönderilen fermana, eşkıya ve fesad ehli ile birlikte olmayıp kendi hallerinde olan ve kendilerine isnad edilen hususların şer' ve kanun ile sabit olmadığı bostancılardan, ehl-i örfün kefilleme⁸⁹ adıyla para almaması emri yer almıştır. Bu ferman gereğince kâdî, şer' ve kanun ile kişilere isnad edilen hususlar sabit olmadan, voyvoda ve subaşılardan kefilleme adıyla para almamaları ve kişileri rencide etmemeleri hakkında tenbih (uyarı) ve tekidde (hatırlatmada) bulunmuştur: “...zıkr olunan bostancılar mâdem ki kendi hâllerinde ve kâr-ı kisblerinde olup eşkıyâ ve ehl-i fesâd ile muhtelit olmayıp üzerlerine töhmet-i sâbıkaları ve gayrı nesnelere dahi şer'le ve kanûn ile sâbit ve zâhir olmaya ehl-i örf mezbûrları rencide etmeyip kefilleme nâmıyla akçelerin dahi almayıp rencide ettirmeyip akçelerin dahi aldirmayasın deyû bu hakire hitâben fermân olunmuş eyle olsa ber müceb-i fermân-ı kadr- tuvân voyvodalar ve subaşılar min ba'd mezbûrlar üzerlerine şer'le ve kanûn ile töhmet sâbit olmayıp cürümleri dahi olmaya kefilleme nâmıyla akçelerin almayıp rencide ve remîde eylemeyeler deyû muhkem kibel-i şer'den tenbîh ve te'kîd olunduktan sonra...”⁹⁰.

Yukarıda görüldüğü üzere, Osmanlı Devleti para cezaları bakımından kanun hâkimiyeti ile hukukî güvenliği sağlamaya çalışmıştır. Gerek kâdîların, gerekse idarecilerin keyfî uygulamalarının önüne geçilmeye çalışılması ve

⁸⁸ Karar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 924-927/M. 1518-1521), (Hazırlayanlar: GÜNALAN Rifat, KEMAL Vildan, ALTINTOP Özlem, BAHADIR Hatice Ayyıldız), (2010), Cilt: 2, İSAM Yayınları, İstanbul, s. 103.

⁸⁹ Kefilleme hakkında bkz. YARCI Güler, (2012), “Osmanlı Maliyesinde Toprak Bastı Vergisi”, Acta Turcica, Yıl: IV, Sayı: 1, http://actaturcica.com/_media/2012-01/iv_26.pdf, (01.05.2016), s. 348-349.

⁹⁰ İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüb Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 993-995/M. 1585-1587), (Hazırlayanlar: ÇAKIR Baki, ADIGÜZEL Ayşe Seyyide, TRABZONLU Zeynep, KAZAN Hilal), (2011), Cilt: 22, İSAM Yayınları, İstanbul, s. 157.

suçlar hakkında uygulanacak para cezalarının kanunnâmelerde düzenlenmesi, kanunîlik ilkesine işaret etmektedir⁹¹.

SONUÇ

Ceza hukukunda kanunîlik ilkesi, hükümlerin belirli ve açık olmasını, hükümler arasında kıyas yasağını ve hükümlerin geçmişe etkili olarak uygulanmamasını gerektirmektedir. Bu nedenle ilke, bireyler yönünden bir hukukî güvence işlevi görmektedir.

Osmanlı ceza hukukunda ta'zir türü yaptırımlar arasında yer alan para cezaları bakımından kanunîlik ilkesine büyük ölçüde riayet edilmiştir. Kişilerin malî durumuna göre ayrı ayrı ve açıkça belirlenmiş para cezalarının varlığı bu kanaati desteklemektedir. Hâkimin failin durumunu ve somut olayın şartlarını dikkate alarak takdir edeceği sopa cezasına göre belirlenen para cezaları ile malî duruma göre belirlenen para cezaları, bireyselleştirme kapsamında değerlendirilebilir.

Osmanlı kanunnâmeleri incelendiğinde para cezalarında kanunîlik ilkesini sağlama hedefinin bulunduğu görülmektedir. Yavuz Sultan Selim Kanunnâmesi'ndeki, bir kimsenin suçu hukuken sabit olmadan para cezası alınmaması, alındığı takdirde iade edilmesi, kâdî kararı olmadan kimsenin hapsedilmemesi ve kâdînin para cezalarını suç için kanunda öngörülen miktardan fazla almamasını emreden hüküm buna örnektir. Osmanlı ceza hukukunda kanunîlik ilkesinin benimsendiği, çeşitli adaletnâme ifadelerinden de anlaşılmaktadır. Bunun yanında uygulamada kanunîlik ilkesinin hukukî güvence işlevinin önemsendiği, bazı mahkeme kararlarından anlaşılmaktadır. "Kanûn üzere cerimesine hükm olunup" ifadesi, kâdînin para cezasını kanuna uygun olarak verdiğini göstermektedir.

⁹¹ NESLİ, s. 181.

KAYNAKLAR

- AKBULUT Berrin, (2014), Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet, Ankara.
- AKGÜNDÜZ Ahmed, (1990-1994), Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, Fey Vakfı, Cilt: 1-9, İstanbul.
- AKGÜNDÜZ Ahmed, (1999), "Kanunnâmelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer'î Tahlili", İslâmî Araştırmalar Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 1-16.
- AKMAN Mehmet, (1995), "Önceki Hukukumuzda Devlete İsyân Suçu", MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, s. 203-222.
- AKŞİT M. Cevat, (2015), İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, 2. Baskı, İstanbul.
- AKYILMAZ Gül, (2006), "Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunilik Prensibi ve Ceza Hukukunun Kişiler Bakımından Uygulanması", Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 1021-1042.
- ANSAY Sabri Şakir, (2002), Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- ARI Abdüsselâm, (2003), "Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ El-Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 2, Konya, s. 85-99.
- ARTUK M. Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner, (2016), Uygulamalı Ceza Hukuku, Sekizinci Baskı, Adalet, Ankara.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner, (2011), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- AVCI Mustafa, (2002), "Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek Ve Prangabentlik", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/esosder/article/view/5000067867>, (18.06.2018).
- AVCI Mustafa, (2014), Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Mimoza, Konya.

- AVCI Mustafa, (2014), Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Mimoza, Konya.
- AVCI Mustafa, (1998), “Para Cezalarının Dünü Bugünü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-2 (Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan), s. 377-418.
- AVCI Mustafa, (2017), Türk Hukuk Tarihi, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Atlas Akademi, Konya.
- AVCI Mustafa, “Osmanlı Hukukunda Para Cezaları”, <https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=381959&/Osmanl%C4%B1-Hukukunda-Para-Cezalar%C4%B1/-Do%C3%A7.-Dr.-Mustafa-Avc%C4%B1->, (18.06.2018).
- AYDIN M. Âkif (2004), “Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukuku’nun İşleyişindeki Yeri”, Osmanlı Araştırmaları Dergisi, Sayı: XXIV, İstanbul, s. 37-46.
- AYDIN M. Âkif, (2013), Türk Hukuk Tarihi, Tıpkı 11. Basım, Beta, İstanbul.
- BARDAKOĞLU Ali (1993), TDV İslâm Ansiklopedisi, “Ceza (Fıkıh) maddesi”, Cilt: 7, s. 470-478, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c07/c070340.pdf>, (05.12.2015).
- BARDAKOĞLU Ali, (1996), TDV İslâm Ansiklopedisi, “Garâmet” maddesi, Cilt: 13, s. 359-361, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c13/c130197.pdf>, (14.12.2015).
- BARKAN Ömer Lütfi, (1948), XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraî Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları, Birinci Cilt: Kanunlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- BİLMEN Ömer Nasuhî, (1950), Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu, Cilt: 1, İstanbul.
- CİN Halil, AKGÜNDÜZ Ahmed, (2011), Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul.
- CİN Halil, AKYILMAZ Gül, (2015), Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya.
- ÇATALCALI ALİ EFENDİ, (2014), Açıklamalı Osmanlı Fetvâları Fetâvâ-yı Ali Efendi, (Hazırlayan: DEMİRTAŞ H. Necati), 1.Baskı, Cilt: 1-2, Kubbealtı Neşriyât, İstanbul.

- DEMİR Abdullah, (2011), Türk Hukuk Tarihi, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul.
- DEMİRBAŞ Timur, (2014), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin, Ankara.
- DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, (1997), Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, On Üçüncü Tıpkı Bası, Cilt: 1, Beta, İstanbul.
- DÜZDAĞ M. Ertuğrul, (2012), Şeyhülislâm Ebusuud Efendi'nin Fetvâlarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı, Kapı Yayınları, İstanbul.
- EBÛ ZEHRA Muhammed, (1994), İslam Hukukunda Suç Ve Ceza, (Çeviren: TÜFEKÇİ İbrahim), Cilt: 1, Kitabevi, İstanbul.
- EKİNCİ Ekrem Buğra, (2014), Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, 3. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul.
- EL-MÂVERDÎ İmam Ebû'l Hasan, (1976), El-Ahkâmü's-Sultâniyye, İslâmda Hilâfet ve Devlet Hukuku, (Çeviren: ŞAFAK Ali), Bedir Yayınevi, İstanbul.
- EREM Faruk, (1950), Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, İkinci Bası, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Cilt: 1, Ankara.
- ESEN Hüseyin, (2006), İslam Hukukunda Mali Cezalar, Yeni Akademi Yayınları, İzmir.
- EŞİTLİ Ezgi Aygün, (2013), "Suçların ve Cezaların Kanunîliği İlkesi", s. 225-246, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1249>, (18.06.2018).
- FENDOĞLU Hasan Tahsin, (2000), Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- HAKERİ Hakan, (2015), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet, Ankara.
- HEYD Uriel, (1973), Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford.
- HEYD Uriel, (2002), "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", (Çeviren: EROĞLU Selâhaddin), Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine Makaleler, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, s. 45-65.
- İÇEL Kayıhan, DONAY Süheyl, (2005), Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, Yeni Yasalara Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, Beta, İstanbul.
- İNALCIK Halil, (1993), "Adaletnâmeler", Belgeler, 2. Baskı, Cilt: 2, Sayı: 3-4, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, s. 49-145.

- İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüb Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 993-995/M. 1585-1587), (Hazırlayanlar: ÇAKIR Baki, ADIGÜZEL Ayşe Seyyide, TRABZONLU Zeynep, KAZAN Hilal), (2011), Cilt: 22, İSAM Yayınları, İstanbul.
- İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 924-927/M. 1518-1521), (Hazırlayanlar: GÜNALAN Rifat, KEMAL Vildan, ALTINTOP Özlem, BAHADIR Hatice Ayyıldız), (2010), Cilt: 2, İSAM Yayınları, İstanbul.
- KARAKOÇ İrem, (2014), “Hicrî Birinci Yüzyılda Hukukçu Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı*, İzmir, (Basım Yılı: 2015), s. 4225-4259.
- KAŞIKÇI Osman, (2015), İslâm-Osmanlı Hukuku, Ufuk Yayınları, İstanbul.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, (2013), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin, Ankara.
- KOÇ Yunus, TUĞLUCA Murat, (2006), “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 2, s. 7-24.
- LİPPMAN Matthew, (1989), “Islamic Criminal Law and Procedure: Religious Fundamentalism v. Modern Law”, Boston College International and Comparative Law Review, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 29-62.
- NESLİ Aslıhan, (2016), Uygulamalar Işığında Osmanlı Ceza Hukukunda Kanunîlik İlkesi (XV.-XVII. Yüzyılları Arasında), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir.
- ÖNALP Ertuğrul, (1990), “Bir İspanyol Esiri Gözüyle 1552-1556 Yılları Arasında İstanbul”, s. 313-320, [dergiler.ankara.edu.tr /dergiler/19/1150/13505.pdf](http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1150/13505.pdf), (25.12.2015).
- ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, (2015), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara.

- ÖZGENÇ İzzet, (2013), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Seçkin, Ankara.
- ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, (2014), Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 14. Baskı, Seçkin, Ankara.
- PETERS Rudolph, (2005), Crime and Punishment in İslamic Law, Cambridge University Press.
- SCAHCHT Joseph, (1977), İslam Hukukuna Giriş, (Çeviren: DAĞ Mehmet, ŞENER Abdulkadir), Ankara.
- ÛDEH Abdulkâdir, (2012), Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, (Çeviren: ŞAFAK Ali), 2. Baskı, Cilt: 1, Kayıhan Yayınları, İstanbul.
- ÛÇOK Coşkun, (1946), "Osmanlı Kanunnâmelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", s. 48-73, dergiler.ankara.edu.t/dergiler/38/238/2090.pdf, (08.05.2015).
- YAKUT Esra, (2006), "Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukukunda Taziri Gerektiren Suçlar ve Cezaları", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 2, s. 25-40.
- YARCI Güler, (2012), "Osmanlı Maliyesinde Toprak Bastı Vergisi", Acta Turcica, Yıl: IV, Sayı: 1, http://actaturcica.com/_media/2012-01/iv_26.pdf, (01.05.2016), s. 335-375.
- YİĞİT Yaşar, (2000) "İslâm Ceza Hukukunda Kanunîlik İlkesi ve Kanunu Bilmemenin Cezalara Etkisi", Diyanet İlmî Dergi, Cilt: 36, Sayı: 1, s. 55-84.
- ZAFER Hamide, (2015), Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 5. Bası, Beta, İstanbul.

Makaleler

Özel Hukuk

MÜTESELSİL BORÇLARDA ALACAKLI İLE BORÇLULAR ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI*

Dr. Öğr. Üy. Ayşe ARAT**

PROVISIONS AND RESULTS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN CREDITOR AND SOLIDARY OBLIGATOR IN SOLIDARY OBLIGATION

ÖZ

Müteselsil borçluluk, TBK. m. 162-168 arasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme müteselsil borçluluğun hukuki niteliği, özellikleri ve sonuçlarına ilişkindir. Müteselsil borç ilişkileri, uygulamada sık karşılaştığımız bir borçluluk türüdür. Alacaklı açısından son derece avantajlı bir durum sunan bu özel ilişki, bazen kanundan bazen tarafların iradelerinden doğar. Ne şekilde doğmuş olursa olsun bu borçluluk türünün ortaya çıkardığı birtakım problemler vardır. Her ne kadar Borçlar Kanunu, geniş bir düzenleme getirmiş olsa da

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.03.2018

Kabul Edildiği Tarih: 30.07.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.409641](https://doi.org/10.15337/suhfd.409641)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: aysena@selcuk.edu.tr

ORCID ID: [0000-0001-8261-4302](https://orcid.org/0000-0001-8261-4302)

uygulamada gerek alacaklı ile borçlular arasında, gerekse borçluların birbirleri arasındaki ilişkilerde tartışılması gereken meseleler bulunmaktadır. Çalışmada alacaklı ile müteselsil borçlular arasındaki ilişki (dış ilişki) incelenmiştir. Bu konuya ilişkin meseleler, doktrin ve mahkeme kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Müteselsil Borçlar, Müteselsil Borçlarda Alacaklı, Müteselsil Borçlarda Ortak Savunmalar, Müteselsil Borçlarda Borçluların Sorumluluğu.

ABSTRACT

The Provisions related to the solidary obligation are between the Art.162-168 (CO.). This regulation includes the legal nature, characteristics and consequences of solidary obligation. The solidary obligation is one of the most common kind of indebtedness in practice. This particular relationship arises from the will of the parties or from the law. There are some problems that this kind of indebtedness can reveal in all bases. The Code of Obligations no 6098 have a wide range of provisions about this topic, but in practice there are some issues to be discussed between creditors and the debtors. In the study, the relationship between the creditor and the solidary obligator is examined. The issues related to this subject are critiqued in relation with the doctrine and the court decisions.

KEY WORDS: Solidary Obligation, Creditor In Solidary Obligation, Common Defence In Solidary Obligation, Responsibility Of Solidary Obligator In Solidary Obligation.

I. GİRİŞ

Müteselsil borç ilişkisi, borç ilişkilerinde özel bir durumu teşkil etmektedir. Bir borç ilişkisinde, borçlu ve alacaklıdan oluşan iki taraf bulunur. Bu durum borç ilişkilerinin çoğunda böyledir. Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler genelde bu esasa göre yapılmıştır. Ancak borç ilişkisinin tek taraflı hali, alacaklı veya borçlunun tek kişi olmasını zorunlu kılmaz. Bazı hallerde hem alacaklı hem de borçlu taraf, birden fazla kişiden oluşabilir.

Müteselsil borçluluk, alacaklının istediği borçluya borcun tamamının ifasını talep edebildiği, her bir borçlunun da alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğu borç ilişkisidir. Bir başka deyişle bir alacaklı ile birden çok borçlu arasında mevcut olan ve borç ifa edilene kadar borçluların

borcun tamamından sorumlu olduğu borç ilişkisidir¹. Borç, bir kere ifa edilmekle son bulur. Bu sebeple alacaklının, aktifinde tek bir kalem olarak görünürler².

Alacaklı açısından müteselsil borçluluk, son derece elverişli bir hukuki durum oluşturur. Öyle ki Alman hukukunda müteselsil borcun alacaklısı “paşa” olarak isimlendirilmektedir³. Bunun sebebi alacaklının borçlulardan dilerse birine, ikisine veya hepsine aynı anda başvurabilmesidir. Böylece alacaklının borçlulardan birinin bulunamaması veya ödeme güçsüzlüğüne düşmesi gibi sebeplerle borcun ifasına kavuşmaktan mahrum olmasının önüne geçilmektedir.

Borçlar Kanunumuz, müteselsil borcun kaynağı olarak hukuki işlemi ve kanun hükmünü kabul etmektedir (TBK. m. 162). Buna göre birden çok borçlu, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğunu bildirirse aralarında müteselsil borç doğar (TBK. m. 162/I). Bunun dışında ancak kanunda öngörülen haller bu tür borcu doğurur (TBK. m. 162/II). Görüldüğü üzere müteselsil borç, birden çok borçlunun bulunduğu her borç ilişkisinde kendiliğinden doğmamaktadır. Tarafların iradeleri ile bunu kararlaştırmış olmaları veya kanunun bu hususu düzenlemiş olması gerekmektedir. Hukuki işlemde doğan müteselsil borçlarda kural kısmi sorumluluktur. Birden fazla borçlu aynı borçtan birlikte sorumlu olduklarını kabul etmedikçe aralarında kısmi sorumluluk bulunur⁴. Bunun istisnasını ticari işlerdeki teselsül karinesi oluşturur⁵. Ticari işlerde birden fazla borçlunun bulunduğu durumlarda, aralarında müteselsil borç ilişkisinin olduğu karine olarak kabul edilir (TTK. m.

¹ Von Tuhr/Escher, s. 297; Von Tuhr, 785; Honsell/Vogt/Wieagand, Art. 143, N. 1; Akıntürk, s.35; Gautschi, s. 6; Oğuzman/Öz, s. 460; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 285.

² Von Tuhr, 785; Akıntürk, s. 32; Acar, s. 98.

³ Alman hukukunda BGB § 421- § 427 (Gesamtschuldnerschaft) müteselsil borçları düzenlenmektedir. Bu konu ile ilgili düzenlemeler hakkında bkz. Brox/Walker, s. 410 vd.

⁴ Von Tuhr, s. 789; Von Thur/Escher, s. 291; Akıntürk, s. 99; Eren, s. 1231; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 292; Oğuzman/Öz, s. 456; Kılıçoğlu, s. 929.

⁵ TTK. madde 7– (1) “İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar.”

7). Bunun sonucu olarak ticari bir sebebiyle birden fazla borçlu varsa aksi ispat edilemediği takdirde bu kişiler müteselsil sorumludur.

Müteselsil borcun, alacaklı ile borçlular arasındaki ilişki (dış ilişki) ve borçluların kendi aralarındaki ilişki (iç ilişki) olmak üzere iki yönü vardır⁶. Bunlardan önce dış ilişki ortaya çıkar ve onun sonuçlarına göre iç ilişki şekillenir. Çalışmamız, alacaklı ile borçlular arasındaki dış ilişkiye ilişkindir.

Dış ilişkinin, alacaklının borçlulara yönelik talepleri ve buna karşılık borçluların alacaklıya yöneltebilecekleri savunmalar bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Zira alacaklı ile borçlulardan biri arasındaki ilişkide, değişiklik meydana getirecek bir durumun ortaya çıkmasının, diğer borçluları etkileyip etkilemeyeceği ve etkiliyorsa bu etkinin sonuçlarının ne olacağı müteselsil borcun önemli bir meselesini teşkil etmektedir. Borçlar Kanunumuz, dış ilişkiye yönelik olarak bu yönde düzenlemeler yapmıştır. Bu çerçevede konu, önce alacaklı açısından sonra borçlular açısından değerlendirilmiştir.

II. DIŞ İLİŞKİNİN ALACAKLI AÇISINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Alacaklı, müteselsil borçlulardan edimin tamamını talep edebilir. Bu talep, sadece borçlulardan birine yöneltebileceği gibi tümüne karşı da yöneltebilir. Bu hususun düzenlendiği TBK. m. 163'te müteselsil borcun iki önemli özelliği ortaya konulmuştur; alacaklının borcun tamamını borçluların birinden isteyebilmesi ve dilediği borçluya karşı talepte bulunabilmesi.

Müteselsil borcun mahiyetinden kaynaklanan bu özellikleri alacaklı ile borçlular arasındaki ilişki bakımından biraz daha açmak gerekir.

⁶ Kullanılan bu kavramların isabetli olmadığı, zira dış ilişki kavramının aslında borç ilişkisinin taraflarından biri ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkiyi, iç ilişki kavramının ise borç ilişkisinin tarafları arasındaki ilişkiyi ifade ettiği eleştirisi yapılmakla birlikte alacaklının dahil olmadığı, borçluların kendi aralarındaki ilişkiyi iç ilişki, bunun sonucu olarak da alacaklı ile borçlular arasındaki ilişkinin dış ilişki şeklinde isimlendirilmesinin çok da hatalı olmayacağı kabul edilmektedir. Akıntürk, s. 150; Gautschi, s. 15. Öte yandan 818 sayılı BK., dış ilişki yerine "alacaklı ve borçlular arasındaki münasebet", iç ilişki yerine "müşterek borçlular arasındaki münasebet" başlıklarını tercih etmişti. 6098 sayılı TBK. doktrinde yerleşmiş olan iç ilişki (TBK. m. 167 vd.), dış ilişki (TBK. m. 163 vd.) kavramlarını kullanmıştır.

2. Alacaklının Borcun Tamamını Talep Edebilmesi

Alacaklının sahip olduğu bu talep hakkı aslında müteselsil borçluların her birinin borcun tamamından sorumlu olmasının bir sonucudur. Bu sonuç bölünemeyen borcun aksine edimin mahiyetinden değil, müteselsil borcun mahiyetinden kaynaklanmaktadır⁷.

Edim müteselsil borçluların birinden talep edilebilir. Talebin mutlaka borcun tamamına yönelik olması gerekmez. Alacaklı borçlulardan ayrı ayrı borcun bir kısmını da talep edebilir (TBK. m. 163). Talep edilen kısmı ifa etmeyen müteselsil borçlu olursa bu kısım, diğer borçlulardan istenebilir⁸. Kısmen ifa talebinde bulunulmasına rağmen, talepte bulunulan borçlunun borcun tamamını ifa etmesi de mümkündür⁹.

Alacaklı talepte bulunduğu borçlunun kendi borcundan fazlasının talep edildiği gerekçesiyle ifadan kaçınması söz konusu değildir. Bir başka deyişle müteselsil borçta borçlu, taksim def'ini ileri süremez¹⁰. Borçluların kendi aralarında nasıl bir paylaşım benimsedikleri alacaklıyı ilgilendirmez.

⁷ Von Tuhr/Escher, s. 304; Akıntürk, s. 152; Gautschi, s. 6; von Büren, s. 94.

⁸ Von Tuhr/Escher, s. 305; Von Tuhr, s. 794; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 144, N. 3; Tercier/Pichoniaz (Çev. Develioğlu), s. 504, N. 1625; Akıntürk, s. 152; Tunçomağ, s. 1041; Gautschi, s. 17.

⁹ Akıntürk, s. 152; Kılıçoğlu, s. 934.

¹⁰ Akıntürk, s. 153; Kılıçoğlu, 933. "TBK.nun 142/1. maddesi hükmüne dayanarak alacaklı ya da zarara uğrayan, sorumlulardan dilediğine başvurarak alacağının tamamını veya bir kısmını istemekte serbesttir; sorumlulardan birinin zararı ödemesi halinde, diğerleri bu oranda borçtan kurtulurlar. Bu bakımdan tam teselsül ile eksik teselsül arasında bu yönden bir benzerlik mevcuttur. Bunun içindir ki, alacaklının talebi üzerine müteselsil borçlu, talep edilen kısmın kendi borcunu aştığı gerekçesiyle ifadan kaçınmaz; başka bir deyimle alacaklının ifa için başvurmuş olduğu bir müteselsil borçlunun ona karşı "taksim def'i" ni (beneficium divisionis) dermeyan etmek hakkı yoktur (141/2). Çünkü diğer borçlular gibi bu borçluda edimin tamamından sorumlu bulunmaktadır. Borçlular arasında sorumluluğun başka şekilde tespit edilmiş olması ve örneğin bu borçlunun haddizatında borcun belli bir kısmından dahi sorumlu bulunmaması, borçlular arasındaki dış münasebet açısından hiçbir rol oynamaz; yani alacaklıyı hiçbir şekilde ilgilendirmez. Borç, iç münasebette borçlular arasında ne şekilde taksim edilmiş olursa olsun, alacaklı edimin tamamını borçlulardan herhangi birinden talep etmek hakkına sahiptir. Hatta alacaklı, bir müteselsil borçluyu dava edip tahsil hükmü almış olsa dahi, alacağını tahsil etmediği sürece diğer müteselsil borçlular aleyhine aynı alaktan ötürü dava açmasına bir yasal engel ve mahkemece de "ödetmede tekerrür etmemek" kaydıyla tahsil kararı verilmesinde

Alacaklı hakkını ayrı ayrı davalar açmak suretiyle veya tek bir davada tüm borçlulara talebini yöneltmek suretiyle kullanılabilir¹¹. Borçlu sayısının birden çok olması, her birine ayrı dava açmayı zorunlu kılmaz. TBK. m. 163, borçlulardan birine veya hepsine başvurmaya imkan verirken, alacaklının talep hakkını kullanmasını kolaylaştırmıştır.

Görüldüğü üzere ifa talebinde bulunan alacaklı nasıl bir yol izleyeceğini kendisi belirler; ister borçluların tümüne, ister birine, ister borcun tamamı için ister bir kısmı için talebini yöneltebilir. Ancak bu serbestliğin sözleşme ile sınırlandırılması mümkündür. Örneğin, borçlulardan biri tali nitelikte kabul edilebilir veya borçlulara kısmi bir dava açılıp, ödenmeyen kısım için diğer borçluların müteselsil sorumlu olacakları kararlaştırılabilir¹².

Müteselsil borçluların her birine borcun tamamı için icra takibi yapılabilmesi de mümkündür¹³ (İİK. m. 61). Alacaklı tek icra talebiyle, tüm müteselsil borçluları birlikte takip de edebilir¹⁴. Zira müteselsil borçta,

bir yasal sakınca yoktur. Borçluların borçtan tamamen veya kısmen kurtulabilmeleri, alacaklının bilfiil tatmin edilmiş bulunması halinde söz konusu olabilir (BK. m. 145/1)". Y. 4. HD. 16.02.1979, 8214/2031 (KBİBB). "alacaklı, alacağının tamamını, müteselsil borçluların herhangi birinden isteyebilir. Bu durumda müteselsil borçlu, sadece kendi payına düşeni ödeyeceğini ileri süremez, borcun tamamı ödemekten kaçınmaz. Alacağın müteselsil borçluların birinden istenmesi, alacak fiilen elde edilmedikçe diğer borçluların sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, Buna karşılık müteselsil borçlulardan birisi borcun tamamı veya bir bölümünü sona erdirmişse sona eren borç oranında öteki müteselsil borçlularda kendiliğinden borçtan kurtulur. (eBK.145/1; TBK.166/1)." Y. 21. HD. 06.02.2017, 18583/588. (KBİBB).

¹¹ "...mahkemece müteselsil sorumlulardan birlikte ya da münferiden tazminat talebinde bulunulabileceği dikkate alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken" Y. 6. HD. E. 2015/9908, K. 2016/6411, T. 3.11.2016. (KBİBB). Von Tuhr/Escher, s. 305; Von Tuhr, s.793; Eren, s. 1229; Tercier/Pichonias (Çev. Develioğlu), s. 504, N. 1625.

¹² Von Tuhr, s. 794; Eren, s. 1230; Tuçomağ, s. 1043.

¹³ İİK. m. 61: "Müşterek borçlular aynı zamanda takip ediliyorlarsa hepsinin veya bir kısmının bir mümessil tarafından temsil edilmeleri hali müstesna olmak üzere her birine ayrı ayrı ödeme emri tebliğ edilmek lazımdır."

¹⁴ "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 163. maddesi (818 Sayılı Borçlar Kanununun 142. maddesi) gereğince müteselsil sorumlulukta zarar görenin dilediği borçluya başvurma hakkı vardır. Dilerse sorumlulardan birine, dilerse hepsine veya bir kısmına karşı dava açabilir." Y. 3. HD. 28.01.2014, 17693/1102 (KBİBB).

borçlular arasında ihtiyari takip arkadaşlığı bulunur¹⁵. Bu sebeple alacaklı, para borcundan dolayı, isterse ayrı ayrı isterse tek bir takip talebi ile müteselsil borçlulara karşı takip başlatabilir¹⁶. Ancak borçlulardan biri borcun tamamını öderse icra takibi iptal edilir (İİK. m. 71).

3. Alacaklının Dilediği Borçluya Karşı Talepte Bulunabilmesi

Alacaklının müteselsil borçta sahip olduğu hak, birden çok borçluya karşı tek bir alacaktan ibaret değildir. Borçluların her birine karşı, ayrı ayrı yöneltebileceği ve birbiriyle yarışan birden çok alacaktan oluşur. Alacaklı her alacak üzerinde ayrı tasarruflarda (örneğin borçlulardan birini ibra edebilir) bulunabilir. Borçlulara karşı ihtarda bulunmak istediğinde, alacaklı tarafından yapılan ihtar sadece ihtar yapılan borçlu açısından sonuç doğurur¹⁷.

¹⁵ İcra-İflas hukukunda alacaklının müteselsil borçluların her birine karşı ayrı takip yapabilmesi, aynı şekilde müteselsil borçluların hepsine veya içlerinden bazısına karşı tek bir taleple takipte bulunabilmesi ihtiyari takip arkadaşlığı olarak isimlendirilmektedir. Kuru, s. 101; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 116.

¹⁶ Alacaklıyı, müteselsil borçluların iflasına karşı korumak isteyen kanunkoyucu, borçluların tümünün, birinin veya birkaçının iflasını ayrı ayrı düzenlemiştir. Söz konusu hükümler şöyledir: İİK. m. 203 – “Bir borcu birlikte taahhüt edenlerin iflas muameleleri bir zamana tesadüf ederse alacaklı alacağının tamamını müflislerin her birinin masasından isteyebilir. Toplanan hisseler alacak yekünundan fazla ise bu fazla müşterek borçlusuna karşı mükellef olduğu hisseden ziyade ödemede bulunmuş olan masalara intikal eder. Ödedikleri hisselerin mecmuu alacak miktarını geçmedikçe masaların yekdiğerine rücu hakları yoktur”. İİK. m. 204 – “Alacaklı müflisle birlikte borçlu olandan alacağının bir kısmını almış ise müşterek borçlunun müflise rücu hakkı olsun olmasın borcun tamamı masaya kaydolunur. İflas masasına kaydolunmak hakkı alacaklının ve müşterek borçlununur. Alacaklı masaca yapılan taksimde alacağının tamamına düşen hisseden alacağını tamamlayacak kadarını alır; geriye kalan paradan müşterek borçluya, rücu hakkı olduğu miktara düşen hisse verilir. Artan para da masaya kalır”. Aynı şekilde alacaklı konkordato kararına karşı da korunmaktadır. İİK. m. 303’de düzenlenen ve “Borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı haklar” başlıklı bu hüküm şu şekildedir: Madde 303- (Değişik: 28/2/2018-7101/31 md.) “Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı bütün haklarını muhafaza eder. Konkordatoya muvafakat eden alacaklı da kendi haklarını, borçtan birlikte sorumlu olan kişilere ödeme mukabilinde devir teklif etmek ve onlara toplantıların günü ile yerini en az on gün önce haber vermek şartıyla bu hükümden yararlanır. Alacaklı müracaat hakkına halel gelmeksizin borçtan birlikte sorumlu olan kişilere konkordato müzakerelerine katılma yetkisini verebilir ve onların kararını kabul taahhüdünde bulunabilir.”

¹⁷ HGK. 30.03.2012, 12-84/261 (KBİBB).

Alacaklı borçluların her birinden borcun tamamının ödenmesini isteyebilir ve borçlulardan biri tarafından yapılan ödeme borcu sona erdirir.

Müteselsil borcun alacaklıya tanıdığı en önemli avantajlardan biri dilediği borçluya başvurabilmektir. TBK. m. 163, alacaklıya bu hakkı tanımıştır. Böylece alacaklı, ekonomik durumu en iyi olan borçluya başvurabilme imkânına kavuşarak, diğer borçluların olumsuz durumlarından etkilenmemek şansına sahip olmaktadır.

Alacaklı, alacağının bir kısmı veya tamamı için dilediği borçluya başvurabilir. Talebini kısım kısım, ayrı borçlulara yöneltebileceği gibi, diğerlerinden alamadığı kısım için daha önce başvurup ifa eden borçluya tekrar başvuruda bulunabilir¹⁸.

İfa talebinde bulunulan borçlunun, kendisinin borçtan sorumluluğunun ikincil nitelikte olduğu gerekçesiyle tartışma def'ini ileri sürmesi söz konusu değildir. Müteselsil borçlular kendi aralarında böyle bir anlaşma yapmış olsalar bile bunun alacaklıya karşı bir etkisi yoktur¹⁹.

Müteselsil borçluların ifa talebinde bulunan alacaklıya karşı şahsi ve/veya ortak savunmaları yapmalarında ise bir sakınca yoktur. Hatta TBK. m. 164 bunu açıkça düzenlemiştir. Dolayısıyla alacaklının, talebini yönelttiği borçlunun savunması ile karşılaşabilmesi muhtemeldir. O halde alacaklının istediği borçluya karşı talebini yöneltmesi, en azından borcun tüm borçlular için muaccel olması halinde mümkündür²⁰.

Alacaklının dilediği borçluya başvurabilmesi, emredici nitelikte bir kural olmadığı için tarafların (alacaklı ile müteselsil borçluların) anlaşarak bunu sınırlandırması, örneğin önce kime başvurulabileceğinin belirlenebilmesi mümkündür²¹. Böyle bir anlaşma varsa alacaklının buna uygun olarak talebini yöneltmesi gerekir. Kime önce başvurulacağına ilişkin anlaşma olmasına rağmen, alacaklı dilediği borçluya talebini yöneltmişse, borçlu bu anlaşmayı ileri sürerek ifadan kaçınabilir. Anlaşmanın ileri sürülmesi, artık bir tartışma def'i niteliği taşıyacaktır. Anlaşmanın varlığı konusunda bir ihtilaf olduğunda buna dayanan tarafın -anlaşmayı ispatı gerekir. Tekrar belirtelim ki borçlular,

¹⁸ Akıntürk, s. 154; Gautschi, s. 17. Honsell/Vogt/Wirgand, Art. 144, N. 2.

¹⁹ Akıntürk, s. 154.

²⁰ Akıntürk, s. 154; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 286; Oğuzman/Öz, s. 461.

²¹ Gautschi, s.18.

kendi aralarında bu nitelikte bir anlaşma yapmışlarsa, bu anlaşma alacaklıya karşı hüküm ifade etmez, borçlular arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir.

4. Alacaklının Bir Borçluya Yönelik Fiili ile Diğer Borçlular Aleyhine Sonuç Doğuramaması

Bu durum bir borçlunun alacalıya yönelik fiilleriyle diğer borçluların durumunu ağırlaştırımayacağı kuralının (TBK. m. 165), alacaklı açısından görünümüdür²². Müteselsil borcu oluşturan her bir borç birbirinden bağımsız olduğundan alacaklının tek bir borçluya yönelik davranışı diğerlerini etkilemez. İfa sebebiyle, borçlunun diğer müteselsil borçlulara rücu hakkı ise müteselsil borcun kanundan doğan bir sonucudur. Yoksa alacaklının talebinin tüm müteselsil borçlulara etki etmesi anlamına gelmez. Özellikle müteselsil borcun, farklı hukuki sebeplere dayandığı bir ilişkide bu daha net bir şekilde ortaya çıkar. Daha somut ifade etmek gerekirse, alacaklının yaptığı temerrüt ihbarı sadece yöneldiği borçluyu temerrüde düşürür, diğer borçlulara etki etmez. Onları temerrüde düşürmek için alacaklının, her birine ayrı ayrı temerrüt ihbarında bulunması gerekir²³. Alacaklı borçlulardan birine ek süre verirse, süre dolduğunda ifadan vazgeçip tazminat talep etmek istediğinde talebini yine bu borçluya yöneltebilir. Aynı şekilde alacaklı, müteselsil borçlulardan biriyle anlaşarak borcun vadesini, miktarını, kapsamını diğer borçlular aleyhine değiştiremeyeceği gibi borçlulardan biri aleyhine dava açıp aldığı hükümle diğer borçluları takip etmesi söz konusu değildir²⁴. Ancak diğer borçluların buna izin vermesi, müteselsil borçluyu bu konuda yetkilendirmesi, yapılan bu tür anlaşmalardan doğan borcun yeni halinden de müteselsilen sorumlu olmayı kabul etmesi mümkündür.

Tüm bu bağımsız sonuçlara rağmen kanunkoyucu zamanaşımının kesilmesi konusunda müteselsil borç ilişkisini oluşturan borçları birbirine bağlamıştır. Ancak durma (TBK. m. 153) aynı etkiyi doğurmaz, borçlulardan biri için duran zamanaşımı, diğer borçluları etkilemez²⁵. Müteselsil borçlarda

²² Oğuzman/Öz, s. 472; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 312.

²³ Oğuzman/Öz, s. 472; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 312; Gautschi, s. 7; Sauser-Hall, s. 1347; Acar, Müteselsil, parç. 36.

²⁴ Oğuzman/Öz, s. 472; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 312.

²⁵ Vo Thur/Escher, s. 308; Akıntürk, s. 201; Canyürek, s. 46. "Müteselsil borçların nispi bağımsızlığı ilkesinin zamanaşımı yönünden sonuçları ise; müteselsil borçlulukta, zamanaşımının borçlulardan biri bakımından durmasının diğer borçlulara sirayet etmemesi; müteselsil borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden bunu

borçlulardan biri için kesilen zamanaşımı, diğer müteselsil borçlular için de kesilmiş olur. Zamanaşımını kesen sebepler, borçlunun veya alacaklının davranışından kaynaklanabilir. Konumuz alacaklının müteselsil borçlularla olan ilişkileri olduğu için alacaklı açısından duruma bakmak gerekir. Alacaklı müteselsil borçlulardan biri hakkında dava açarsa, icra takibinde bulunursa veya kendisine karşı açılan davada savunma yaparsa zamanaşımı kesilir (TBK. m. 154). Keza borçlulardan biri iflas ettiğinde alacaklının alacağını iflas masasına yazdırması aynı sonucu doğurur (TBK. m. 154). Zamanaşımı müteselsil borçlulardan biri için kesilirse diğerleri için de kesilmiş olur (TBK. m. 154, m. 155). O halde alacaklının davranışı ile sadece borçlulardan biri için kesilen zamanaşımı diğer borçlulara sirayet eder ve onlar için de kesilmiş olur^{26, 27}.

Öte yandan alacaklının borçlulardan birine yönelik fiili ile diğer müteselsil borçluların durumunu iyileştirebilmesi ise mümkündür. Nitekim bunun somut örneğini ibra teşkil eder. Alacaklının müteselsil borçlulardan birini ibra etmesi, diğer borçluları, ibra edilen borçlunun iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtarır (TBK. m. 166/III). Kısacası alacaklının fiiliyle diğer borçluların durumunun iyileşmesinin tipik örneğini ibra teşkil etmektedir

TBK. m. 166, ifa ve takasın diğer borçluları ne oranda borçtan kurtaracağını da düzenlenmiştir. Ancak ifa alacaklının değil, borçlunun davranışıyla meydana gelir ve gereği gibi yapıldığı müddetçe alacaklı bunu kabul etmek durumundadır. Bu sebeple ifa borçlulardan biri tarafından yerine getirilse ve alacaklı tarafından kabul edilse bile alacaklının borçlulardan birine yönelik fiili ile diğerlerinin durumunu iyileştirmesi anlamına gelmez.

ileri sürmemiş olanların yararlanmalarının mümkün bulunmamasıdır.” Y. 10. HD. 28.12.2017, 24343/9409 (KBİBB).

²⁶ Bu hükmün, müteselsil borçlarla ilgili Borçlar Kanunundaki düzenlemelerin, borçların birbirinden bağımsızlığı esasını benimsemesine rağmen, Roma hukukundaki teklik görüşünü esas alan korrealite anlayışının sonucu olduğu kabul edilmektedir. Gautschi, s. 140; Akıntürk, s. 203.

²⁷ Zamanaşımının kesilmesinin sadece alacaklının davranışlarıyla gerçekleşebileceği, borçlunun zamanaşımını kesen davranışlarının diğer borçlulara sirayet etmemesi gerektiği zira borçlunun bu davranışlarının diğer borçluların durumunu ağırlaştırmak anlamına geleceği ve bunun OR Art. 146 (TBK. m. 165) de engellendiği, ayrıca alacaklının aktif olarak hakkını aramadığı durumların zamanaşımını kesmemesi gerektiği, aksi halin diğer borçluların korunması gerekliliğini ortaya çıkaracağı görüşü için bkz. Gautschi, s. 134 vd.

Takas ise karşılıklı ve aynı cinsten muaccel borçların, borçlulardan birinin, tek taraflı irade beyanı ile tamamen veya az olan oranında sona erdirilmesidir²⁸. Kural olarak tek taraflı beyan yeterli olduğu (TBK. m. 143/1) için borçlunun takas talebi alacaklının kabulüne bağlı değildir. Bu talep, diğer borçlulara sirayet eder, takas edilen borç oranında borcu sona erdirir (TBK. m. 166/1). Ancak bu durum alacaklının isteğine bağlı olarak gerçekleşmez. Buna karşılık takas edilmesi, alacaklının rızasına bağlı (TBK. m. 144) bir borç varsa, müteselsil borçlunun takas talebi, alacaklı bu talebi kabul ettiği takdirde sonuç doğurur. Böyle bir durum ise alacaklının diğer borçluların durumunu iyileştirmesi olarak değerlendirilebilir²⁹. Bunun sonucunda da müteselsil borçlular, alacaklının takas talebini kabulüyle ve yine TBK. m. 166/1 uyarınca, takas edilen borç oranında alacaklıya karşı sorumluluktan kurtulurlar. Öte yandan takas alacağı, takas edene ait olması gerektiğinden müteselsil borçlulardan birinin müteselsil borcu, diğer müteselsil borçlunun karşı taraftan olan alacağı ile takas etmesi ise söz konusu olmaz³⁰.

Burada değerlendirilebilecek bir başka ihtimal ise iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede alacaklının ediminin imkânsızlaşması sebebiyle borcun sona ermesinin, diğer müteselsil borçlular üzerindeki etkisidir. Borç sadece müteselsil borçlulardan birine karşı imkânsızlaşmış olsa bile bundan diğer borçlular da yararlanır ve borçtan kurtulurlar³¹. Borçluların şahsından doğan imkansızlık ise bu etkiyi doğurmaz, diğer borçlular sorumlu olmaya devam eder³². Ancak söz konusu durum imkânsızlıktan kaynaklandığı için alacaklının borçlulardan biri lehine davranışı teşkil etmez.

Alacaklı ile müteselsil borçlulardan biri arasında yapılan yenileme sözleşmesinin, diğer borçlulara etkisi sınırlıdır, kısmidir³³. Buna göre borçlulardan biri ile alacaklının yapacağı yenileme sözleşmesine istinaden

²⁸ Aral, s. 21; Oğuzman/Öz, s. 584; Eren, s. 1300; Akıncı, s. 297.

²⁹ Oğuzman/Öz, s. 473.

³⁰ Aral, s. 45.

³¹ Gautschi, s. 26; Akıntürk, s. 176; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 299; Tunçomağ, s. 1053; Oğuzman/Öz, s. 473; Canbolat, s. 75

³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 299; Canbolat, s. 75. Bu sonucun ortaya çıkmasında imkânsızlığın alacaklının kusurundan doğup doğmamasının bir önemi olmadığı yönünde, Oğuzman/Öz, s. 473, dpn. 224.

³³ Gautschi, s. 25; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 307. Canyürek, s. 60. Canbolat, s.76.

talepte bulunulduğunda, borçlunun iç ilişkideki payından fazla ifa ettiği kısmı, diğer borçlulara rücu edebileceği kabul edilmektedir. Ancak yapılacak böyle bir anlaşmanın tüm borçluları kapsayacağına kararlaştırılması halinde etkisi tam olacaktır³⁴.

Sulh sözleşmesinin yapılmasının sonuçları gelince, alacaklı ile borçlulardan birinin böyle bir anlaşma yapması halinde, akdedilen sulh alacaklıyı tam olarak tatmin ediyorsa bundan bütün borçlular yararlanır³⁵. Ancak alacaklı tatmin edilmemiş olursa sulh sadece kendisiyle anlaşma yapılan borçluya karşı etki eder. Bu durumda diğer müteselsil borçlular, sulh sözleşmesi yapan müteselsil borçlunun iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtulmuş olurlar³⁶.

Müteselsil borçlulardan biri üzerinde alacaklı ve borçlu sıfatları birleşirse, alacak bu borçlunun iç ilişkideki payı oranında sona erer³⁷. Böylece diğer müteselsil borçluların, alacaklı ve borçlu sıfatı kendinde birleşen borçluya karşı rücu söz konusu olmaz. Özellikle alacaklının borçlulardan birine veya borçlulardan birinin alacaklıya mirasçı olması ya da alacağın borçlulardan birine temlik edilmesi hallerinde bu durum ortaya çıkabilir³⁸.

Sonuç olarak ifa, takas, alacaklının ediminin imkânsızlaşması müteselsil borçlulardan biri için ortaya çıksa da diğer borçlular bu durumdan yararlanırlar. Alacaklı davranışıyla bu durumun ortaya çıkmasına sebep olmasa bile bu haller sebebiyle borçlulardan biri bakımından borcun sona ermesi, diğerlerini o oranda alacaklıya karşı borçtan kurtaracaktır. TBK. m. 166/1 ifa ve takas bakımından bu durumu açıkça düzenlemiştir.

³⁴ Gautschi, s. 25; Sauser-Hall, s. 1350. Böyle bir anlaşma yapılmazsa bu işlemin etkileri konusunda bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 306, 307; Canyürek, s. 60, Canbolat, s. 76.

³⁵ Gautschi, s. 24; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 306; Canyürek, s. 47; Canbolat, s. 78.

³⁶ Gautschi, s. 24; Akıntürk, s. 187; Canyürek, s. 47; Canbolat, s. 78.

³⁷ Gautschi, s. 25; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 307; Sauser-Hall, s. 1351; Canyürek, s.57; Canbolat, s. 77. Aksi görüş, Von Tuhr/Escher, s. 310; Tunçomağ, s. 1053; Oğuzman/Öz, s. 469. Yazarlar diğer borçluların bundan yararlanamayacağını ancak diğer borçlular alacaklı-borçlu sıfatı birleşen borçluya rücu edince, önce borcun tamamını ödeyip sonra aynı kişiden tekrar istemelerinin pratik olmayacağını, bu yüzden iç ilişkide alacaklıya düşen pay kadar eksik ödeme yapması gerektiğini kabul etmektedirler.

³⁸ Oğuzman/Öz, s. 469; Canyürek, s. 59.

Bu başlık altında ayrıca alacaklı dışında üçüncü bir kişinin, borçlulardan birine yönelik davranışının diğer borçluları etkileyip etkilemeyeceği tartışılabilir. Üçüncü kişinin davranışı sadece ilgili borçluyu etkileyeceği için diğer borçlulara sirayet etmez. İç ilişkide aynı sorumluluk devam eder. Dolayısıyla diğer borçlulara iyileştirme veya kötüleştirme olarak bir etkisi olmaz. Ancak üçüncü kişi borca katılmak suretiyle müteselsil borçlulardan biri haline gelebilir. Zira TBK. m. 201, borca katılan ile borçlunun alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemiştir.

5. Alacaklının Diğerlerinin Zararına Olarak Müteselsil Borçlulardan Birinin Durumunu İyileştirememesi

Alacaklı müteselsil borçlulardan bazıları lehine yapacağı işlemlerle diğerlerinin zarara uğramasına sebep olamaz. Bu durum TBK. m. 168/II'de şöyle düzenlenmiştir: *“Alacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanır”*. Her şeyden önce belirtmelidir ki alacaklının bazı müteselsil borçlularla anlaşarak onların lehine hareket etmesi mümkündür. Alacaklının müteselsil borçlulardan dilediğine örneğin ekonomik durumu iyi olana başvurabilmesi bunun göstergesidir (TBK. m. 163/I). Yine alacaklının borçlulardan birine ek süre tanıyabilmesi de mümkündür. O halde TBK. m. 168/II'nin kapsamına giren haller bunlar değildir. Kanunkoyucu burada alacaklının borçlulardan biri lehine yapacağı işlemlerle diğer borçluların zarar görebileceği durumları engellemeyi amaçlamaktadır. Bir başka deyişle borçlular arasındaki iç ilişkide alacaklının fiil ve davranışlarıyla bir değişiklik meydana getirmesini engellemektedir³⁹. Bu zarar, borçluların rücu etme haklarının daralması veya ortadan kalkması şeklinde karşımıza çıkar⁴⁰. Zira alacaklı, borçlulardan biri lehine bir davranışta bulunduğu anda, bunun iç ilişkideki rücu etme hakkına etkisi olmaz. Alacaklı ile lehine işlem yapılan borçlu arasında sonuç doğar. Hatta daha önce de belirttiğimiz gibi alacaklının müteselsil borçlulardan birini ibra ettiği durumda diğer borçlular da bu oranda borçtan kurtulmuş olurlar (TBK. m. 166/II), yoksa diğer borçlular ibra edilen borçluya rücu imkanlarını kaybetmiş olmazlar. O halde rücu hakkının kısmen veya tamamen daralması hangi ihtimalde ortaya çıkabilir? Doktrinde TBK. m. 168/II, hükmünün uygulamasının dar olduğu, söz konusu ihtimalin ancak borçlulardan biri lehine verilmiş teminatın alacaklı

³⁹ Akıntürk, s. 159; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 321; Kılıçoğlu, s. 934.

⁴⁰ Oğuzman/Öz, s. 473. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 321

tarafından iade edildiği durumda ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir⁴¹. Bir örnekle açıklamak gerekirse alacaklıya karşı müteselsilen borçlu olan M1 ve M2'den, M1 borcu için bir taşınmazı üzerinde alacaklı lehine ipotek tesis etmiş, daha sonra alacaklı bu ipotegi terkin etmiş olsun. Alacaklı borcun tamamını M2'den talep edip, onun tarafından tatmin edildiğinde, M2'nin M1'e yönelik rücu hakkı sınırlanmış olur. M1'in ödeme gücünde bir sıkıntı olmadığında, M2'nin rücu talebine karşılık iç ilişkideki payını ödendiğinde bir problem ortaya çıkmaz. Ancak M1, rücu talebine karşılık vermediğinde veya veremediğinde, alacaklı M2'nin rücu hakkını sınırlandırmış olur. Zira ipotek terkin edilmemiş olsaydı, borcu ödeyen M2, alacaklının halefi olacak ve onun sahip olduğu ipotek hakkı M2'ye geçecekti. Böylece M1, payını ödemesi bile, rehin hakkının paraya çevrilmesiyle M2, iç ilişkideki payından daha fazla ödediği miktarı alabilecektir⁴². Aynı durum kefalette de ortaya çıkabilir. Alacaklı, kendi borcu için kefalet sunan müteselsil borçlunun rücu hakkını sınırlar. Zira kefalet veren, müteselsil borçlunun borcu için kefalet verseydi, halefiyet hükümleri çerçevesinde, ifade bulunan müteselsil borçlu bu kefaletten yararlanarak, payından fazla ödediği kısım için teminat sağlamış olurdu. Kısacası kanunkoyucu bu hükümlerle müteselsil borçlunun iç ilişkideki rücu hakkının alacaklının bir fiiliyle tehlikeye düşmesini önlemeye çalışmıştır⁴³.

TBK. m. 168/II'nin somut kapsamını belirledikten sonra yaptırımını değerlendirelim. Hükümün yasaklayıcı bir düzenlemesi yoktur. Dolayısıyla yukarıdaki örneklerde ortaya çıkan durumların gerçekleşmesi yapılan işlemi

⁴¹ Oğuzman/Öz, s. 474; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 321; Akıntürk, s. 160. Yargıtay TBK. m. 168/II hükmünü sadece teminatlar bakımından yorumlamamaktadır. "davacılar; olayda müteselsil sorumluluğu bulunan ve birliktesi raporunda %40 oranında kusurlu bulunan davalı İ. K. hakkındaki davasından feragat etmiştir. BK. 147/2 (TBK.168/2) maddesi; "Alacaklı diğerlerinin zararına olarak müteselsil borçlulardan birinin vaziyetini iyileştirdiği takdirde bu fiilin neticelerini şahsen tahammül eder." hükmüne amir bulunduğundan; davacının bu feragati değerlendirilip, tartışılmalıdır. Davacı taraf, davalı İ. hakkındaki davasından feragat ettiğine ve davalı idarenin rücu hakkını bu iradesiyle bertaraf ettiğine göre, bunun sonuçlarına da katlanmalıdır. Mahkemece, davalı idarenin müteselsilen sorumlu olduğu miktardan, davalı İ.'in kusurlu olduğu orana isabet eden miktar da düşülüp, geri kalanına hükmedilmelidir." Y. 3. HD. 28.01.2014, 17693/1102; Y. 11. HD. 24.03.2014, 16014/5719; Y. 17. HD. 19.04.2016, 10161/4980 (KBİBB).

⁴² Örnek için bkz. Oğuzman/Öz, s. 474; Akıntürk, s. 160.

⁴³ Akıntürk, s. 160; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 321.

geçersiz kılmaz⁴⁴ . Bir başka deyişle ne yapılan ipotek terkinini ne de şahsi teminattan vazgeçilmesi işlemleri, müteselsil borçlulardan biri aleyhine sonuç doğursa, onun rücu hakkını sınırlasa bile geçersiz değildir, hüküm ve sonuç doğurur. Kaldı ki TBK. m. 168/II, yasaklayıcı bir ifade içermemektedir. Sadece diğer müteselsil borçluların zararına olarak alacaklının durumunu iyileştirdiği borçlu varsa bunun sonuçlarına kendisinin katlanmasını öngörmektedir. Burada ifade bulunan borçlunun uğradığı zarardan sorumluluk, diğer müteselsil borçluya değil alacaklıya yüklenmiştir. Böylece alacaklı, diğerlerinin zararına olarak, borçlulardan birinin durumunu iyileştirdiğinde bunun sonuçlarına kendisi katlanmış olur. Söz konusu iyileştirme sebebiyle rücu hakkı sınırlanan veya ortadan kalkan borçlu, bu zararını yani iç ilişkideki payından fazla ödediği kısmı, alacaklı kendisine ifa talebinde bulunduğu anda bu oranda yansıtır. Örneğin iç ilişkide borcun 4 bin TL.'sinden M1'in, 6 bin TL.'sinden M2'nin sorumlu olduğu, 10 bin TL.'lik bir müteselsil borçta, M1 taşınmazı üzerinde kendi borcu için ipotek tesis eder, alacaklı da bunu terkin ettirirse, M1 aciz haline düştüğünde borcun tamamını ödemek durumunda olan M2, rehnin terkin edilmesi sebebiyle rücu hakkı sınırlandırıldığı için sadece 6 bin TL. ödemekle borçtan kurtulur. Kalan 4 bin TL., M1'in durumunu iyileştirmesi sebebiyle alacaklının katlanacağı zararı oluşturur. Burada alacaklının durumunu iyileştirdiği borçlunun hangi anda aciz halinde olduğunun bir önemi olmamalıdır. Ancak ifadan önce veya sonra olmasına göre alacaklıdan talep biçimi değişir. Alacaklının, kendi borcu için verdiği rehni terkin ettirerek durumunu iyileştirdiği borçlu, eğer ifa gerçekleşmeden aciz haline düşerse kendi payından fazla olan kısmı ifa etmekten kurtulur. İfa gerçekleştikten sonra rücu aşamasında aciz hali ortaya çıkarsa kendi payından fazla ödediği kısmı bu sefer alacaklıdan geri isteyebilir. Çünkü borçlunun borcun tamamını ödeyerek, rücu edemeyeceği miktarı da ifa etmek durumunda kalması, ifade bulunan borçlunun somut zararıdır. Üstelik rehni terkin ettirmek suretiyle alacaklı bu duruma yol açmıştır. O halde lehine işlem yaptığı borçlunun iç ilişkideki payını, bu sebeple kendi payından fazla ödemek zorunda kalan diğer müteselsil borçluya iade etmelidir. Aynı şekilde terkinin ivazlı olup olmadığının da bir önemi yoktur. Alacaklı her iki halde de ortaya çıkan zarara katlanır⁴⁵.

Rehin veren borçlulardan biri değil de üçüncü kişi ise o zaman TBK. m. 168/II, uygulama alanı bulmaz. Alacaklının, üçüncü kişinin borç için verdiği

⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 474.

⁴⁵ Akıntürk, s.160; Oğuzman/Öz, s.474.

rehni terkin ettirmesi bu kapsamda değerlendirilmemektedir⁴⁶. TBK. m. 168/II, açıkça alacaklının müteselsil borçlulardan birinin durumunu iyileştirmesi haline özgü olarak bu sonucu düzenlemiştir.

III. DIŞ İLİŞKİNİN MÜTESELSİL BORÇLULAR AÇISINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Bu kısımda Borçlar Kanunu'nda ve doktrindeki genel anlayışa uygun olarak, müteselsil borçlular ile alacaklı arasındaki ilişki incelenmiştir. Bu ilişki, borçluların alacaklıya karşı yükümlülükleri ve sahip oldukları savunma imkânları şeklinde karşımıza çıkar. Aynı borç için birden fazla borçlunun sorumluluk altına girmesi, bir takım özel düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılar. Örneğin borçlulardan birinin alacaklı ile yapacağı işlemin diğer borçluları nasıl etkileyeceği veya borçluların sorumluluktan kurtulabilmelerinin mümkün olup olmadığı meselelerinin incelenmesi gerekir. Dış ilişki, borçlular ile alacaklı arasındaki hukuki durumu bu açıardan değerlendiren TBK. m. 163-166 hükümleriyle düzenlenmiştir Borçlar Kanunu'nun dış ilişki ile ilgili hükümleri borçluların alacaklıya karşı sorumlulukları (TBK. m. 163), savunmaları (TBK. m. 164), bireysel davranışları (TBK. m. 165) ve borcun sona ermesi (TBK. m. 166) başlıklarını taşımaktadır.

Konu, bir borçlu ile alacaklı arasındaki durum ve işlemlerin diğer borçlulara etkisine göre incelenmiş, borçluların sorumlulukları ve savunmaları değerlendirilmiştir. Borçlar Kanunu'nda dış ilişki hükümleri arasında düzenlenmiş olan borçluların bireysel davranışlarının sonuçları (birbirlerinin durumunu ağırlaştıramamaları) (TBK. m. 165), bu hükmün etkisini müteselsil borçlular arasında göstermesi sebebiyle, doktrindeki temayüle uygun olarak burada incelenmemiştir. Yine aynı başlıkta düzenlenen borcun sona ermesi (TBK. m. 166), aslında ayrı bir konu olmasına rağmen, borçluların alacaklıya ileri sürebilecekleri ortak savunmalar çerçevesinde, sınırlı olarak incelenmiştir. O halde önce müteselsil borçluların alacaklıya karşı olan sorumluluklarını ve ardından sahip oldukları savunma imkânlarını değerlendirmek gerekir.

2. Borçluların Alacaklıya Karşı Yükümlülüğü

Türk Borçlar Kanunu, "Borçluların Sorumluluğu" başlıklı hükmü ile müteselsil borçluların alacaklıya karşı yükümlülüğünü düzenlemiştir (TBK. m. 163). Hükme göre alacaklı borcun tamamını veya bir kısmını, isterse

⁴⁶ Akıntürk, s. 160.

borçluların tümünden isterse sadece birinden talep edebilir. Borcun tamamı ödeninceye kadar borçluların sorumluluğu devam eder. Böylece borçluların sorumluluğunun, miktar ve süre olarak sınırı belirlenmiştir. TBK. m. 163 hükmü, bir yandan alacaklının müteselsil borçlulara karşı sahip olduğu hakları, diğer yandan borçluların alacaklıya karşı sorumluluklarını düzenlemektedir. Zira alacaklı için hak olarak düzenlenmiş talepler, aynı zamanda müteselsil borçlular için bir sorumluluk teşkil eder.

Müteselsil borçlular, borcun tamamından sorumludur. Bu öyle bir sorumluluktur ki her bir borçlu, borcun tamamını tek bir borçlu gibi ifa ile yükümlüdür⁴⁷. Borçlular iç ilişkideki paylarından bağımsız olarak, alacaklı talebini yönelttiğinde onu tatmin etmek durumundadır. Müteselsil borçlulardan birinin yapılan sözleşmede herhangi bir menfaati ve buna bağlı olarak iç ilişkide sorumlu olduğu bir payı da bulunmayabilir. Asıl menfaati olan borçlu ile hareket ederek, alacaklıya teminat sağlanan böyle bir ihtimalde dahi sonuç değişmez⁴⁸. Bu sebeple borçlular kendi payına düşenden fazlasını ifa etmeyeceğini alacaklıya karşı ileri süremez. Bu husus, alacaklının durumunu kuvvetlendirirken, borçlunun durumunu kötüleştirmemekte, borçluya iç ilişkide tanınan rücu hakkı ile onun sadece kendi payı oranında sorumlu olmasını sağlamaktadır (TBK. m. 167/II).

Müteselsil borçlular, borcun tamamen ifasına kadar sorumludurlar. Alacaklı tam olarak tatmin edilmediği sürece borçluların sorumlulukları devam eder. Örneğin borcun bir kısmını ifa eden borçluya karşı alacaklı, tekrar talepte bulunabilir. Aynı şekilde müteselsil borçlunun, borca konu eşyanın kendi elinde bulunmadığı, diğer borçluda bulunduğu şeklinde bir savunma yapması da söz konusu değildir⁴⁹.

Borçlular bakımından borcun temel sona erme biçimi olan ifada, alacaklının tatmin edilmiş olması o kadar önemlidir ki borçlulardan biri aleyhine açılan davada mahkeme bu borçlunun aleyhine ifaya hükmetmiş olsa bile diğer borçluların sorumluluğu ortadan kalkmaz⁵⁰. Ne zaman alacaklı tam olarak tatmin edilir, o zaman tüm müteselsil borçlular borçtan kurtulurlar.

⁴⁷ Akıntürk, s. 162; Schwenger, s. 529, N. 88.18; Von Büren, s. 94.

⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 297.

⁴⁹ Akıntürk, s. 163.

⁵⁰ Akıntürk, s. 164; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 286.

Borçlular arasındaki teselsül; ifa veya diğer sona erme sebepleri dışında alacaklının bundan feragati ile de sona erer⁵¹.

3. Müteselsil Borçluların Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Ortak Savunmalar (Def'i ve İtirazlar)

a) Genel Olarak

Borçluların alacaklıya karşı olan sorumluluğuna bağlı olarak, savunma sebeplerinin alacaklıya yöneltilmesine imkân verilmiştir. TBK. m. 164, bu konuyu düzenlemiştir. Borçluların savunmaları başlıklı bu hükümde, ortak savunmaların ileri sürülmesi yanında, bunu yapmamanın sonucu da düzenlenmiştir. Müteselsil borçlular alacaklıya karşı hem ortak hem de şahsi savunmalarda bulunabilirler. TBK. m. 164/II'ye göre ortak savunmaları yapmayan müteselsil borçlu, diğer borçlulara karşı sorumlu olur.

Ortak savunmaların ileri sürülmesi, kanaatimizce müteselsil borçlular açısından bir külfet teşkil eder⁵². Eğer müteselsil borçlu, ortak savunmayı ileri sürerse rücu hakkından yararlanır, ileri sürmezse bu hakkını kaybetmiş olur. Hukukumuzda külfet olarak nitelendirilen bu tarz yükümlülüklerin ortak özelliği, külfetin yerine getirilmesi halinde bir haktan yararlanma imkânının doğması, ileri sürülmediği takdirde bu haktan yararlanmanın söz konusu olmamasıdır. Örneğin, ayıba karşı tekeffül hükümleri (TBK. m. 223) bunun tipik örneğidir. Bu hükümlerden yaralanmak için kanunun borçluya yüklediği muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir. Müteselsil borç ilişkisinde de durum böyledir. Rücu hakkından yararlanmak isteyen müteselsil borçlu, alacaklı kendisinden ifa talebinde bulunduğu anda ortak savunmaları yapmalıdır. Aksi halde bu yüzden diğer borçlulara verdiği zarar oranında iç ilişkide sorumlu olur (TBK. m. 164/II).

Müteselsil borç ilişkisinde ortak savunma, *"borçluların tümüne ortak bir şekilde tanınmış olan ve müteselsil borcun sebebinden veya konusundan*

⁵¹ "Müteselsil sorumlulardan biri hakkındaki davadan feragat edilmesi diğer müteselsil sorumlu yönünden de teselsülden feragat niteliğini taşır ve böylece müteselsil sorumlu olan diğer davalı da sorumluluktan kurtulmuş olur". Y. 17. HD. 08.11.2016, 15774, 10208 (KBİBB). Aynı yönde, Akıntürk, s. 164.

⁵² Aynı yönde Tercier/Pichonias (Çev. Develioğlu), s. 506, N. 1632; Kılıçoğlu, s. 935; Kapancı, s. 172.

doğan" savunmalardır⁵³. Bu savunmalar, def'i ve itiraz şeklinde ortaya çıkabilir⁵⁴ (TMK. m. 164/I).

b) Ortak İtirazlar

İtirazlar genel itibariyle borcun doğmadığına, geçerli olmadığına veya sona erdiğine ilişkindir⁵⁵. Bunları her bir müteselsil borçlu ileri sürebilir hatta ileri sürmediği takdirde diğerlerine karşı sorumlu olur (TBK. m. 164/II). Müteselsil borçlular itiraz olarak; irade beyanlarının birbirine uygun olmadığını, borcun dayandığı sözleşmenin şekle aykırılığını, tarafların ehliyetsizliğini, borcun imkânsız, hukuka veya ahlaka aykırı olduğunu, muvazaalı bulunduğunu ya da ifa, takas gibi borcu sona erdiren sebeplerle ortadan kalktığını ileri sürebilirler⁵⁶. Ortak itirazlar daha ziyade sözleşmeden doğan müteselsil borçlarda ortaya çıkar. Kanundan doğan özellikle haksız fiilden doğan müteselsil borçlarda bu ihtimallerin ortaya çıkması daha sınırlıdır.

İrade beyanlarının birbirine uygun olmaması, borcun doğmadığı anlamına gelir. Örneğin borcun ortaya çıkmadığı veya borçluların müteselsil borçlu olmak konusunda iradelerinin olmadığı ileri sürülmesi böyledir. Bu tür bir itirazın ileri sürülebilmesi, öncelikle sözleşmeden doğan müteselsil borçlarda söz konusu olur. Zira kanundan doğan borçların bazılarında (örneğin haksız fiilden doğan müteselsil borçta), tarafların iradesi müteselsil borcun doğması için esas teşkil etmediği, borcun kaynağı kanun olduğu için iradenin burada bir etkisi bulunmamaktadır. İradenin borcun ortaya çıkışında etkili olmaması, bunun bir itiraz olarak ileri sürülmesini engeller.

⁵³ Eren, s. 1230; Oğuzman/Öz, s. 462; Tercier/Pichonias (Çev. Develioğlu), s. 506, N. 1632.

⁵⁴ TBK. m. 164'e tekabül eden eBK. m. 143'te müşterek def'ilerden söz ediliyordu. Kanununun ifadesi her ne kadar def'i kavramıyla kaleme alınmış olsa da doktrin ve uygulamada def'i ve itirazları da kapsayacak şekilde geniş anlaşılıyordu (Von Tuhr, s. 794; Akintürk, s. 165; Eren, s. 1230; Oğuzman/Öz, s. 462-463; Acar, Müteselsil, parç. 29). TBK. m. 164, bu anlayışa uygun olarak, def'i ve itirazları ayrı ayrı zikrederek, ortak savunma olarak bunların ileri sürülebileceğini düzenlemektedir.

⁵⁵ Eren, s. 1230; Oğuzman/Öz, s. 463, 464.

⁵⁶ Von Tuhr, s. 795; von Büren, s. 95; Von Tuhr/Escher, s. 306; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 145, N. 1; Schwenzler, s. 529, N. 88.19; Eren, s. 1230; Oğuzman/Öz, s. 463; Tercier/Pichonias (Çev. Develioğlu), s. 506, N. 1632; Canyürek, s. 62; Kılıçoğlu, s. 935; Kapanacı, s. 173.

Şekle aykırılık iddiası, hem sözleşmeden hem kanundan doğan müteselsil borç ilişkilerinde söz konusu olabilir. Borçlular sözleşmenin şekle aykırı olduğunu ileri sürebilirler. Örneğin taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin borçlusu, miras ortaklığı olabilir ve bu ortaklığın mirasçıları elbirliği mülkiyetini sona erdirmemişlerse alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Taşınmaz satış vaadi, hukukumuzda şekle bağlıdır (TBK. m. 29; Noterlik K. m. 60). Şekle uyulmaması, müteselsil borçluların bunu alacaklıya karşı itiraz olarak ileri sürebilmelerini mümkün kılar. Satış vaaadinin şekle aykırı olduğunu ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği müddetçe mümkündür. Öte yandan kanundan kaynaklanan bir müteselsil borç olan haksız fiilden doğan müteselsil borçta, şekle aykırılık söz konusu olmaz. Taraflar şekle tabi olmayan bir sözleşmeyi şekle tabi kılabilirler. Örneğin borca katılma yoluyla müteselsil borcun doğduğu durumlarda, katılan sözleşme şekle tabi bir sözleşme ise borca katılanın da aynı şekle uygun hareket etmesi gerekir.

Ehliyetsizlik iddiası ise borçlu ve alacaklı bakımından ayrı ayrı incelenmek gerekir. Sözleşmeden doğan müteselsil borçlulukta, borçluların ehliyetsizliği, sözleşmeyi geçersiz kılar⁵⁷. Alacaklının talebine karşı müteselsil borçlular bir ortak itiraz olarak ehliyetsizliği ileri sürebilirler. Ancak, borçluların tümünün ehliyetsiz olması zayıf bir ihtimaldir. Borçlulardan birinin veya birkaçının ehliyetsizliği, ortak bir itiraz olarak ileri sürülebilir mi sorusu burada tartışılabilir. Aslında borçlulardan birinin ehliyetsizliği kişisel bir itirazdır. Bununla birlikte bazı hallerde ortak itiraza dönüşebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre diğer borçlular, içlerinden birinin veya birkaçının ehliyetsiz olduğunu bilselerdi böyle bir sözleşme yapmazlardı veya bu şekilde yapmazlardı, denilebiliyorsa sözleşmenin tümü geçersiz olmalı, bu sonuca varılamıyorsa TBK. m. 27/II uyarınca kısmi hükümsüzlük kabul edilmelidir⁵⁸. Kanaatimizce müteselsil borçlulukta kanunun tercih ettiği taraf alacaklıdır. Müteselsil borcu oluşturan her bir borç birbirinden bağımsızdır. Bu sebeple borçlulardan birinin ehliyetsizliği kişisel itirazdır, sadece kendisi ileri sürebilir, diğer borçlular durumu bilse de bilmesede sonuçlarına katlanmalıdır.

Kanundan doğan müteselsil borçlulukta, borçlulardan her birinin ehliyetsizliğini ileri sürebilmesi mümkündür. Ancak haksız fiilden doğan

⁵⁷ Eren, s. 1230.

⁵⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 313; Akıntürk, s. 194; Oğuzman/Öz, s. 463; Canyürek, s. 45; Kapanıcı, s. 172; Von Tuhr/Escher, s. 305.

müteselsil sorumlulukta, borçlulardan biri ehliyetsiz de olsa sorumlu bulunduğu hallerde ehliyetsizliğine rağmen tazminat ödemek durumunda kalabilir. Örneğin, zarar verenlerden biri tam ehliyetsiz olsa bile hakkaniyet sorumluluğu onun zarar görene tazminat ödemesini gerektirebilir (TBK. m. 65).

Müteselsil borçlular, alacaklının ehliyetsizliğini de ileri sürebilirler⁵⁹. Alacaklının ehliyetsizliği, sözleşmeden doğan müteselsil borçlulukta ileri sürülebilecek bir itirazdır. Haksız fiilden doğan müteselsil borçlulukta, amaç genellikle alacaklıyı korumak olduğu için alacaklının ehliyetsizliği bir itiraz olarak ileri sürülemez. Bir başka deyişle alacaklı tam ehliyetsiz olsa bile müteselsil borçlular ona karşı sorumlu olmaya devam ederler.

Hukumumuzda temel kural, sözleşme konusu borcun imkânsız, hukuka ve ahlaka aykırı olmamasıdır (TBK. m. 27). Bu çerçevede konusu imkânsız olan, hukuka veya ahlaka aykırı olan sözleşmeler geçersizdir. Bu geçersizliğin sonucu olarak müteselsil borçlular, bunu ortak bir itiraz olarak alacaklıya karşı ileri sürebilirler. Ancak bu ihtimalin sözleşmeden doğan müteselsil borçlulukta ortaya çıkabileceğini, kanundan doğan müteselsil borçlarda ise söz konusu olamayacağını söylemek gerekir. Zira kanundan doğan böyle bir borç, kanunun öngördüğü şartların meydana gelmesiyle ortaya çıkar. Kanundan doğan şartların bu şekilde tecelli etmesi ise söz konusu olamaz.

Müteselsil borcu doğuran hukuki işlemin muvazaalı olması ihtimali ortaya çıkabilir. Muvazaa sebebiyle ileri sürülecek itiraz⁶⁰ özellikle sözleşmeden doğan müteselsil borçlarda ortaya çıkar. Zira muvazaa, tarafların anlaşarak üçüncü kişileri aldatma isteklerini içerir⁶¹. O halde haksız fiilden, sebep sorumluluğundan doğan müteselsil borçlarda kanundan kaynaklanan bir sorumluluk bulunduğu, tarafların iradesinden kaynaklanan bir müteselsil

⁵⁹ Gautshi, s. 22; Von Tuhr, s. 705; Kapancı, s. 171.

⁶⁰ Muvazaalı bir sözleşme batıl olduğu için taraflar muvazaayı ileri sürmese bile bunun, hâkim tarafından re'sen göz önüne alınacağı kabul edilmektedir (Eren, Mülkiyet, s. 223; Atamulu, s. 123). Yargıtay da aynı görüştedir. "...hakimin muvazaayı istek olmaksızın re'sen göz önünde tutması gerekir." YHGK. 22.06..1983, 1-497/719 (naklen Atamulu, s. 123, dpn. 61). Hâkim görüş bu olmakla birlikte muvazaalı işlemin varlığının ancak taraflarca ileri sürülebileceği, kamu düzeniyle ilgili olmadığı veya en azından sınırlı biçimde göz önünde tutulması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Söz konusu görüşler ve eleştirileri için bkz. Atamulu, s. 123.

⁶¹ Atamulu, s. 25 vd.; Eren, s. 382.

borç oluşmadığı için muvazaaya ortaya çıkmaz⁶². Ancak bunun dışında müteselsil borcun kaynağını teşkil eden borç ilişkisi muvazaalı olduğunda, borçlular bunu ortak itiraz olarak alacaklıya karşı ileri sürülebilirler.

İleri sürülebilecek ortak itirazlar sadece, borcun doğmadığı veya geçerli olmadığı yönündeki itirazlar değildir. Borcun sona erdiği de bir itiraz olarak ileri sürülebilir (TBK. m. 166). Borcun tipik sona ermesi ifadır. Müteselsil borçlulardan biri ifada bulunarak borcu sona erdirebilir. Borcun ifa edildiğinin ileri sürülmesi bir itirazdır. Bütün borçluları, borçtan kurtaracak bir etkisi olur. Kısmi ifa gerçekleşmişse, bunun da alacaklı talepte bulunduğu ileri sürülmesi gerekir. Böyle bir durum, diğer borçluları ifa oranında borçtan kurtarır.

İfa yerini tutan eda, alacaklının temerrüdü sebebiyle borcun tevdi⁶³ sonuçları itibariyle ifa gibi değerlendirilir⁶⁴. Ancak ifa dışında borcu sona erdiren haller de vardır⁶⁵. Borcu sona erdiren haller gerçekleşince artık müteselsil borç ortada kalmayacağından bundan sorumlu olunmayacaktır. Sona erme biçimleri farklı olabilir de hem sözleşmeden doğan müteselsil borçta hem de kanundan doğan müteselsil borçta bu, ortak itiraz olarak borçlular tarafından ileri sürülebilir.

c) Ortak Def'iler

Def'iler, müteselsil borçlulara borcun ifasından kaçınma imkânı verir. Zamanaşımı def'i, borcun muaccel olmadığı def'i ve ödemelik def'i, müteselsil borçluların ileri sürülebileceği ortak def'ilerdendir⁶⁶.

Zamanaşımı def'i, müteselsil borcun sözleşme ve kanunundan doğması halinde ileri sürülebilecek bir def'idir. Borç kanundan da doğsa sözleşmeden de doğsa tabii olduğu bir zamanaşımı süresi vardır. Bu süre dolduktan sonra,

⁶² Atamulu, s. 35; Eren, s. 382.

⁶³ Tevdi edilen şey geri alınırsa borç, tüm müteselsil borçlular için yeniden doğar. Von Tuhr, s. 800; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 299.

⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 298; Oğuzman/Öz, s. 467;

⁶⁵ İbra, yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, imkânsızlık, aşırı ifa güçlüğü, takas, zamanaşımı (TBK. m. 131-161) borcu sona erdiren sebepler olarak Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunda ayrı bir başlık altında düzenlenmemekle birlikte, muhtelif hükümlerde borç ilişkisini sona erdiren hallerden bahsedilmektedir. Bunlardan başlıcaları bozma sözleşmesi, fesih, feshi ihbar, dönme, geri alma, iptal olarak sayılabilir (Eren, s. 1283 vd. ; Akıncı, s. 292)

⁶⁶ Eren, s. 1230; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 301; Canyürek, s. 62.

borç sona ermez. Ancak alacaklı talebini, söz konusu süre içinde ileri sürmemiş olursa, daha sonra talepte bulunduğu borçlunun zamanaşımı def'i ile karşılaşır ve borçlu artık borcu ödemekten kurtulur. Zamanaşımı, müteselsil borç konusunda özel bir önem taşır. Nitekim TBK. m. 153 ile bu konuyu ayrıca düzenleyerek bunu ortaya koymuştur.

Borç muaccel olmadığında, alacaklı borçludan ifayı isteyemez. İsterse, borçlunun henüz borcun muaccel olmadığı def'ini ileri sürerek vadeye kadar ifayı erteleyebilmesi mümkündür. Özellikle sözleşmeden doğan müteselsil borçlarda, alacaklı muaccel olmamış borcu talep ettiğinde bu def'i ile karşılaşabilir. Kanundan doğan müteselsil borçlarda, borç kanundan doğan şartların yerine gelmesiyle ortaya çıktığı için muacceliyetten ziyade bu şartların oluşup oluşmadığı ihtilafli olabilir. Böyle bir durum ise def'i değil bir itiraz olarak ileri sürülebilir. Zira itirazlar, bir hakkın değil bir olayın ileri sürülmesidir. Bir başka deyişle hakkın doğmadığına veya sona erdiğine ilişkin olayların ileri sürülmesi itiraz teşkil eder⁶⁷. Kanundan doğan müteselsil borcun şartlarının oluşmadığını ileri sürmek (örneğin tüketici hukukunda, bağlı kredilerde kredi verenin, verilen kredinin bağlı kredi olmadığını, bağlı kredi olması için TKHK. m. 30'da aranan şartların gerçekleşmediğinin ileri sürmesi) böyledir.

Ödemezlik def'i, iki tarafa borç yükleyen ve karşılıklı edimleri havi olan borçlarda söz konusu olur. Taraflardan biri edimini ifa etmeden diğerinin borcunu ifa etmek zorunda kalmamasını, bir başka deyişle tarafların karşılıklı olarak aynı zamanda ifada bulunmalarını sağlar. Karşılıklı edimleri içeren ve borçlu tarafın birden çok olup bu sorumluluğu yüklediği hallerde, alacaklı edimini ifa etmeden müteselsil borçlular edimlerini ifa etmek zorunda değildirler⁶⁸. Bu sebeple daha ziyade sözleşmeden doğan müteselsil borçlarda söz konusu olur. Kanundan doğan müteselsil borçlardan haksız fiilden kaynaklanarlarda, böyle bir ilişki bulunmadığı için bu def'i ileri sürülemez. Ancak karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme ilişkisini temel alan kanundan doğan müteselsil borç varsa bu def'i ileri sürülebilir. Örneğin 6502 sayılı TKHK.'nun ayıpla ilgili hükümleri, ayıplı malı satanı, üreteni, ithal edeni ayıptan dolayı müteselsilen sorumlu tutar (TKHK. m. 11). Bu sorumluluk içerisinde tüketici sözleşmeden dönüyorsa tarafların o zamana kadar aldıklarını

⁶⁷ Eren, s. 75.

⁶⁸ Von Tuhr/Escher, s. 305; Shcwenzer, s. 529, N. 88.19; Oğuzman/Öz, s. 470.

birbirlerine iade borcu kapsamında ödemezlik def'inin ileri sürülmesi söz konusu olabilir.

d) Ortak Savunmaların Yapılması

Ortak savunmaların bulunması ve ileri sürülmesi kadar bu savunmaların yapılması ve etkileri de önem arz eder. Bu konudaki tartışma, bunun tüm borçlular tarafından mı ileri sürüleceği yoksa borçlulardan birinin ileri sürmesinin yeterli mi olacağı noktasındadır. Bir başka deyişle, ortak savunmaya sahip bir müteselsil borçta, borçlulardan biri bu savunmayı yaptığında bundan diğer borçlular da yaralanabilecek mi, sorusu cevaplanmalıdır. Burada ortak savunma teşkil eden hususun niteliği önemlidir. Alacaklının müteselsil borçlulara açtığı davada ileri sürülen ortak savunma itiraz niteliğindeyse ise (örneğin, borçluların ehliyetsizliği, borcun ifa edildiğinin ileri sürülmesi gibi) bunun sonuçlarından tüm müteselsil borçlular yararlanırlar. İtiraz teşkil eden durum, taraflar ileri sürmese bile dava dosyasından anlaşılıyorsa hâkim görevinden ötürü dikkate alır. Borçlulardan biri, ileri sürdüğü itirazla borcun sona ermesini sağlamışsa, bu durumdan itirazı ileri sürmeyen müteselsil borçlular da yararlanır ve borçtan kurtulurlar⁶⁹. Ancak ileri sürülen savunma, def'i niteliğindeyse, tam olarak bu sonuç ortaya çıkmaz. Def'iler borcun ifasını erteleyen veya ifa yükümlülüğünü ortadan kaldıran savunmalardır. Bu sebeple ortak savunma niteliğindeki def'in borçlulardan biri tarafından ileri sürüldüğünde bunun diğer borçlulara etkisini ayrıca değerlendirmek gerekir.

Def'ilerin özelliği, sadece ileri süren kişi bakımından etkili olmalarıdır. Def'i ileri süren kişi dışındakilere bu etkinin sirayet edeceği kabul edilirse, def'iyte itiraz niteliği kazandırılmış olur. Bu sebeple TBK. m. 164'te ortak def'ilerden söz edilmiş olsa da ortak def'ilerin ileri sürülmesi, diğer borçlulara etki etmez, onları alacaklıya karşı borçtan kurtarmaz, sadece ortak def'i ileri sürmeyen borçlu için iç ilişkide etkili olur. Doktrinde borcun ifasını erteleyen def'iler bakımından (borcun muaccel olmadığı def'i ve ödemezlik def'i), müteselsil borçlulardan birinin bunu ileri sürmesinin diğer borçluları etkilemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁰. Zamanaşımı def'i ise aynı görüş

⁶⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 308; Akıntürk, s. 167.

⁷⁰ "Birlikte dava edilen borçlulardan yalnız birinin ileri sürdüğü def'i, borçtan kurtarıcı mahiyette olmadıkça diğer borçlulara sirayet etmez. Mesela borçlulardan biri BK.'nun 81 (TBK. m. 97), dayanan bir def'i ileri sürerse, bundan sözü edilen hükme

çerçevesinde şöyle değerlendirilmektedir: Zamanaşımı borcu sona erdirmemekle birlikte, ifa yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir def'dir. TBK. m. 166/II, "alacaklı tatmin edilmeden müteselsil borçlulardan biri borçtan kurtulmuşsa diğer borçlular bundan ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler." Şeklinde. Bu da ortak def'i ileri süren borçlunun, iç ilişkideki payı oranında diğer borçluların borçtan kurtulacağı anlamına gelir⁷¹. Ancak Yargıtay uygulamasına göre müteselsil borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden diğer borçlular yararlanamaz⁷². Yargıtay burada borcu sona erdiren bir sebebin bulunmadığını, esasen bu yönde bir kanun hükmünün de bulunmadığını, zamanaşımının hâkim tarafından re'sen gözönünde tutulacak bir savunma teşkil etmediğini, zamanaşımı def'ini ileri sürmeyen borçlunun gerçek iradesinin borcu ödemek veya borcun bulunmadığını yargılama sonunda ispat etmek olabileceğini, bu yüzden diğer borçlulara etki etmeyeceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş bu görüşü aynı yazarlarca eleştirilmekte, zamanaşımının borcu sona erdiren değil, ifa yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir savunma olduğu, TBK. m. 166/II, (eBK. m. 145/II)'deki hükmün bu tarz durumları düzenlediği, TBK. m. 166'nın müteselsil borçlulardan birinin borçtan kurtuluşunun diğerlerine etkisiyle ilgili olduğu, borçlulardan birinin ileri sürdüğü def'in diğer borçlularca ileri sürülmüş sayılıp sayılmayacağı konusunda bir hüküm içermemekle

dayanmayan diğer borçlular hiçbir şekilde faydalanamaz." Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 310.

⁷¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 308; Akıntürk, s. 167.

⁷² "Müteselsil borçluluğun en belirgin özelliği; alacaklıya karşı borçlulardan her birinin; edimin tamamından sorumlu olması, başka bir ifade ile alacaklının borçlulardan hepsini birden takip ya da dava edebileceği gibi bunların içinden dilediği birini veya birkaçını dava ya da takip edebilmesi ise de; bu özellik, müteselsil borçların nispi bağımsızlığını ortadan kaldırır nitelik taşımamaktadır. Müteselsil borçların nispi bağımsızlığı ilkesinin zamanaşımı yönünden sonuçları ise; müteselsil borçlulukta, zamanaşımının borçlulardan biri bakımından durmasının diğer borçlulara sirayet etmemesi; müteselsil borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden bunu ileri sürmemiş olanların yararlanmalarının mümkün bulunmamasıdır. Zamanaşımı def'i, borcu ortadan kaldırmayıp bunu ileri sürene borcu yerine getirmekten kaçınma yetkisi verdiğinden, teselsül hükümlerine dayalı olarak açılmış olan eldeki davada, zamanaşımı def'inin ancak bunu ileri süren müteselsil borçlu hakkında hüküm doğurur, diğer borçlular yönünden hüküm ifade etmez." Y. 10. HD. 18.10.2016, 24079, 12605; Y. 10. HD. 28.12.2017, 24343/ 9409 (KBİBB).

birlikte, borçlunun artık bu def'i ile birlikte ifaya zorlanmaktan kurtulacağı belirtilmektedir⁷³.

Alacaklı davayı tüm müteselsil borçlulara karşı açmış olsa da sadece içlerinden birine karşı açmış olsa da zamanaşımı def'ini hangi müteselsil borçlu ileri sürerse sonuçlarından kendisi yararlanır. Zamanaşımı ileri sürülmeden, hâkim bunu resen göz önüne alamaz (TBK. m. 161). Bütün borçlular için aynı zamanaşımı süresi işlemiş ve dolmuş olsa da durum değişmez. Zamanaşımının bir def'i olmasının hem teorik hem de uygulamadaki sonucu budur.

TBK. m. 166/II (eBK. m. 145/II; OR Art.147/II) ibranın etkisi ile ilgili ayrıca bir düzenlemenin olmadığı önceki Borçlar Kanunumuzda daha ziyade ibranın sonuçları bakımından değerlendiriliyordu⁷⁴. Hükümde geçen "borçtan kurtulma" ifadesi ile kastedilenin, zamanaşımını kapsadığı görüşü, borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımının, diğer borçluları da alacaklıya karşı ifaya zorlamaktan kurtaracağı sonucuna götürmüştü. Ancak zamanaşımının, def'i olması ve sadece ileri süren borçlu açısından etkili olması sebebiyle bu görüşe katılmıyoruz. Ortak def'i biçiminde ortaya çıkan zamanaşımı, onu ileri sürmeyen borçluları etkilemez sadece rücu ilişkisi bakımından önem taşır⁷⁵.

Dış ilişki açısından, doğurduğu sonuçlar çerçevesinde temyiz konusu da burada tartışılabilir. Her şeyden önce belirtilmelidir ki, temyiz bir borçtan kurtarma sebebi veya bir savunma imkânı elbette değildir. Müteselsil borçlulardan biri mahkeme kararını temyiz eder, diğerleri etmezse ve temyiz sonunda hüküm bozulursa bunun diğer borçlular üzerindeki etkisi nasıl olur? Temyizle bozulan hükümden temyiz etmeyen borçlular yaralanamaz. Bu şekilde ortaya çıkan durum, TBK. m. 166/II anlamında bir borçtan kurtuluş sebebi değildir. Örneğin M1, M2, M3'ün müteselsilen sorumlu olduğu 9 bin TL borçta, M1 mahkemenin kararının temyiz etse, M2 ve M3 temyiz etmeseler ve temyiz sonunda bozulan hükümlerle tazminat borcu 7 bin TL'ye

⁷³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 309; Akıntürk, s. 168.

⁷⁴ İsviçre'de OR. Art.147, ibra ile ilgili özel düzenleme içermemektedir. 6098 sayılı TBK, bu maddeyi karşılayan TBK. m.166'ya üçüncü fıkra ekleyerek ibra için ayrı düzenleme yapmıştır.

⁷⁵ Aynı yönde Kapancı, s. 265. Tersine bir durumda, ortak zamanaşımı def'ini ileri sürmeden alacaklıya ifada bulunan müteselsil borçlu, diğer borçlulara karşı rücu hakkını kullandığında, bu sefer onlar, rücu hakkını kullanan müteselsil borçluya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürebilirler. Oğuzman/Öz, s. 470.

inse, bu sonuçtan M2 ve M3 yaralanamaz. Alacaklı 7 bin TL için M1'e başvurabilir. M2 ve M3 ise 9 bin TL.'den sorumludur. M1 7 bin TL.'yi öderse, kalan 2 bin TL. artık M1'den istenemez. Alacaklı önce M2 ve/veya M3'e başvurursa ve onlar borcu ifa ederse, artık M1'e karşı talepte bulunamaz. Dış ilişki bakımından, alacaklı ile müteselsil borçlular arasında böyle bir sonuç ortaya çıkar. Ancak M1 her durumda en fazla 7 bin TL.'den sorumlu olur. Zira borçlular birlikte sorumlu olsalar da borçlar kural olarak birbirinden ayrı ve bağımsız kabul edilirler. Alacaklı borçlulardan birine dava açtığında, dava açılan borçlu bu davayı kaybederse, bu durumdan diğer borçlular etkilenmez. Bir başka deyişle borçlulardan biri aleyhine açılan dava kazanılmış olsa bile diğer borçlulara ayrıca dava açmak gerekir⁷⁶. O halde borçlulardan birinin temyiz yoluyla elde ettiği bozulan hükümden, temyiz etmeyen diğer borçluların yararlanması söz konusu olmamalıdır⁷⁷.

e) Ortak Savunmaları İleri Sürmemenin Sonuçları

Müteselsil borçlular alacaklıya karşı ortak savunmaları yapmazlarsa birbirlerine karşı sorumlu olurlar. Zira bu savunmaların yapılması, borçluların hem hakkı hem de yükümlülüğüdür⁷⁸. Borçlu ortak savunmaları ileri sürmezse, savunmayı ileri sürseydi borçtan kurtulacağı oranda, diğer müteselsil

⁷⁶ Oğuzman/Öz, s. 470; Akıntürk, s. 205; Canyürek, s. 93. Buna karşılık doktrinde borçlu ortak bir savunma ileri sürdüğü için alacaklı davayı kaybederse, buna ilişkin kesin hükümden diğer borçluların yararlanması gerektiği, davanın borçlu tarafından kazanılmasına sebep olan savunma sebebi, ortak değil de şahsi ise bu şekilde elde edilen kesin hükümden ise diğer borçluların yararlanamayacağı görüşü de savunulmaktadır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 299; Akıntürk, s. 205. İsviçre'de lehe de olsa kesin hükmün diğer borçlulara etki etmeyeceği kabul edilmektedir, Von Tuhr/Escher, s. 311, 312. Yargıtay'ın kesin hükmün etkisinin diğer borçlulara etki etmeyeceği yönündeki kararları ve bu konudaki diğer görüşler için bkz. Canyürek, s.96 vd. Alman Hukuku'nda kesin hükmün lehe veya aleyhe de olsa diğer borçlulara etki etmeyeceği § 425 BGB de düzenlemiştir.

⁷⁷ Yargıtay'a göre "...karar kesin hüküm oluşturmazsa da rücu davası yönünden sorumluluk davasının kararı güçlü delil oluşturmaktadır." Aynı kararda "...Müteselsil borçlular arasındaki dava arkadaşlığı sebebiyle hükmü temyiz etmeyenler hakkında lehe ya da aleyhe verilen kararın kesinleştiği düşünülebilirse de kesinleşme sorumluluk davasına dair olup, ardından görülecek rücu davası yönünden yani borçlular arasındaki iç ilişki yönünden hüküm ifade etmez." Sonucuna varılmıştır. Y. 17. HD. 20.02.2017, 17049/1662 (KBİBB).

⁷⁸ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 145, N. 2; Eren, s. 1231.; Oğuzman/Öz, s. 464; Tercier/Pichonias (Çev. Develioğlu), s. 506, N. 1632.

borçlulara rücu hakkını kaybeder⁷⁹. Görüldüğü üzere bu savunmaları yapmamanın müteselsil borç ilişkisinin alacaklı ile olan kısmında borcu geçersiz kılma, sona erdirmeye veya erteleme gibi etkileri varken, borçluların kendi aralarında rücu hakkını kaybetmesine yol açmaktadır. Ancak bu kayıp rücu hakkının tamamen kaybedilmesi şeklinde değil, ortak savunma ileri sürülseydi borçtan ne oranda kurtulmak mümkün olacaksa o oranda gerçekleşir. Bununla birlikte borcun sona erdiği veya geçersiz olduğu yönündeki itirazlar bütün müteselsil borçluları borçtan kurtaracağı için, bu halde rücu hakkının tamamen kaybı söz konusu olabilir. Davada ortak savunma yapılmasına rağmen, mahkeme alacaklıya ifada bulunulmasına hükmederse, bu durumun ortak savunmayı yapan müteselsil borçlu aleyhine yorumlanmaması diğer borçlulara rücu imkânının elinden alınmaması gerekir⁸⁰.

Borçlunun kusuru olmadan savunmayı yapmayı ihmal etmesi halini ayrı değerlendirmek gerekir. Örneğin borcun ifa edildiğini bilmeden tekrar ifada bulunan borçlunun rücu hakkını kaybetmeyeceği ifade edilmektedir⁸¹. Kanaatimizce bu ihtimalde yani borcun bilmeden iki defa ödenmesinde müteselsil borçlunun rücu hakkını yitireceği kabul edilmelidir. Zira borçlunun diğer müteselsil borçlularla arasındaki ilişki, bu hususun ifada bulunmadan önce araştırılmasını gerektirir. Daha önce ödemede bulunan müteselsil borçlunun, bunu diğer borçlulara ihbar etmekle yükümlü olduğunda bahsetmek de mümkündür. Doktrinde TBK. m. 597 (eBK. m. 498)'e kıyasen böyle bir yükümlülükten bahsedilmektedir⁸². Ancak ifada bulunan borçlunun ihbarından ziyade ifadan önce diğer borçlunun ifada bulunulup bulunulmadığını araştırması müteselsil borç ilişkisinin niteliğine daha uygun görünmektedir⁸³. Nitekim doktrinde borçlulardan birinin davranışı diğer müteselsil borçluların hukuki durumunu etkiliyorsa, bilgi verme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Aksi halde çift ifa meydana gelir ve alacaklı sebepsiz zenginleşir. Burada kusur kavramını ayrıca

⁷⁹ Von Tuhr, s. 796; Eren, s. 1230; Oğuzman/Öz, s. 465; Tercier/Pichoniaz (Çev. Develioğlu), s. 506, N. 1632; Gautschi, s. 22.

⁸⁰ Oğuzman/Öz, s. 465.

⁸¹ Von Tuhr, s. 796.

⁸² Von Tuhr, s. 796.

⁸³ Aynı yönde görüş için bkz. Von Tuhr, s. 796, dpn. 67.

⁸⁴ Gautschi, s. 23.

değerlendirmek gerekir. Alacaklıya ifada bulunan ve onu tatmin eden ancak durumu diğer borçlulara bildirmeyen müteselsil borçlu mu yoksa ifanın gerçekleştiği bildirilmediği için bir kez daha ifada bulunan müteselsil borçlu mu kusurludur? İfade bulunan borçlu bakımından, diğer müteselsil borçluya alacaklı talebini yönelttiğinde bunun bilgi ve kontrolünün yapılması gerektiği de düşünülebilir. Kaldı ki müteselsil borçlulara dava birlikte açılmakta, borçluların böyle bir davaya muhatap olduklarından haberleri olmaktadır. Örneğin bir doktor hastasını ameliyat ederken karnında makas unutsa; hasta, doktor ve doktorun çalıştığı hastane aleyhine dava açsa, doktor mahkeme dışında hastayla anlaşarak ödemede bulursa, bundan haberi olmayan hastane hastaya tazminat ödese ve iç ilişkide doktora rücu davası açsa durum ne olacaktır? Haber vermeyen doktor mu, doktora sormayan hastane mi kusurlu kabul edilmelidir? Aslında sonuç alacaklıya kimin sebepsiz zenginleşme davası açacağına bağlanmaktadır. Zira ifade bulunan borçlu bunu bildirmemekle kusurlu dersek, ikinci kez ifade bulunan borçlu, kusursuz olacak ve rücu hakkını kaybetmeyecek, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davasını, ilk ifade bulunan borçlu açacaktır. İkinci kez ifade bulunan borçlu önce diğer borçluya sormalıydı, sorsaydı ifayı öğrenirdi dersek, o zaman ikinci ifade bulunan kusurlu olacak, rücu hakkını kaybedecek ve alacaklıya sebepsiz zenginleşme davasını o açacaktır. Müteselsil borcu düzenleyen hükümler içerisinde ifade bulunan borçlunun veya ortak savunma teşkil eden herhangi bir durumun diğer borçlulara bildirilmesi gerektiğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Ancak borçluların ortak savunmayı yapmadıkları takdirde bundan sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Bu durumda kanaatimizce alacaklının ifayı ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak borçlunun ortak savunma teşkil edebilecek hususları bilmesi ve araştırması gerektiği düşünülebilir, zira bunlara dayanmaması halinde sorumlu tutulmuştur. O halde ifade bulunan borçlu bildirimde bulunmasa bile, diğer borçlu ifadan önce bu konuyu araştırmalı, borçlulara irtibata geçerek ona göre hareket etmelidir. Herhangi bir araştırma yapmadan alacaklı talep ettiğinde borcu tekrar ifa ederse kanaatimizce bunun sonuçlarına kendi katlanmalıdır⁸⁵. Bu durumda alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davasını ikinci kez ifade bulunan borçlu açmalıdır. Araştırmasına rağmen ifayı öğrenememişse artık ilk

⁸⁵ Aynı yönde, Gautschi, s. 23.

ifada bulunan borçlu kusurlu olur ve sebepsiz zenginleşme davasını onun açması gerekir⁸⁶.

4. Kişisel Savunmalar (Def'i ve İtirazlar)

a) Genel Olarak

Müteselsil borçlulardan her birinin alacaklı ile arasındaki hukuki ilişkiden doğan savunmalara, kişisel savunmalar denir⁸⁷. Kişisel savunmalar, müteselsil borçluların şahsından doğarlar ve alacaklı ile kendi aralarındaki ilişkinin bir sonucudurlar. Bu savunmaların müteselsil borçlulara tanınmasının altında çokluk görüşü yatar⁸⁸. Çokluk görüşüne göre alacaklı ile müteselsil borçlular arasındaki her bir borç birbirinden bağımsız kabul edildiği için bu borçlardan kaynaklanan savunmaların ayrı ayrı ortaya çıkması mümkündür.

Müteselsil borç, borçlulara kendi şahsından doğan savunma sebeplerini alacaklıya karşı ileri sürebilmesine engel olmaz⁸⁹. Bu açıdan müteselsil borçlu olma ile tek başına borçlu olma arasında bir fark yoktur. Zira borçlunun müteselsil borç altına girmesi tek başına borçlu olmasına göre daha kötü durumda olması sonucunu doğurmaz⁹⁰. Böylece müteselsil borçlu, sahip olduğu savunma sebebi ile ifadan kaçınma imkânı kazanabilir. Nitekim TBK. m. 164'te borçlunun alacaklıya karşı olan kişisel savunmalarını her zaman ileri sürebileceği düzenlenmiştir. Ancak haksız fiilden doğan müteselsil borçlulukta durum farklıdır. Haksız fiil sebebiyle sorumlu olan müteselsil borçlular, zarar gören (alacaklı) kendi kusurunun az olduğu savunmasını ona karşı yöneltemez. Bu sadece iç ilişkideki rücu hakkı bakımından önem taşır⁹¹.

⁸⁶ Müteselsil alacaklılıkta, alacaklılardan biri icraya veya mahkemeye başvurduğunda, durumu borçluya bildirmediği, ondan borcu tahsil etmek konusunda yetkili hale gelmez (TBK. m. 169/III). Hükümün değerlendirilmesi ve karşılaştırmalı hukuktaki durum için bkz. Acar, s. 66, 235.

⁸⁷ Eren, s. 1231; Akıntürk, s. 169; Oğuzman/Öz, s. 462; Canyürek, s. 43

⁸⁸ Eren, s. 1231.

⁸⁹ Von Tuhr/Escher, s. 306; Von Büren, s. 96; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 145, N. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 310; Oğuzman/öz, s. 462; Eren, s.1231.

⁹⁰ Oğuzman/Öz, s. 462.

⁹¹ Kapancı, s. 179. Bu tarz savunmaların yapılabilmesi eksik teselsül-tam teselsül ayırımı içinde değerlendirilerek, tam teselsül teşkil eden hallerde kusur oranına ilişkin bir savunmanın ileri sürülemediği kabul edilirken, eksik teselsülde bu savunma olumlu karşılanıyordu. Ancak bu ayırımı reddederek her durumda böyle bir savunmanın ileri sürülmesinin daha adil olacağını savunan yazarlar da bulunuyordu. Eren (2001), s. 813.

Her borçlu kendine ait savunmayı yine kendi ileri sürer. Müteselsil borçlulardan birine ait kişisel savunmaları, alacaklının kendisinden talepte bulunduğu diğer borçlu ileri süremez⁹². Bir başka deyişle sadece borçlulardan birinin şahsından kaynaklanan ve ortak savunma teşkil etmeyen savunmalar alacaklıya karşı ileri sürülemez. Müteselsil borçluların sahip olduğu bu savunmalar, def'i ve itiraz şeklinde ileri sürülebilir (TBK. m. 164/I).

c) Kişisel İtirazlar

Borçlulardan birinin veya birkaçının ehliyetsizliği, yetkisiz olarak temsil edilmesi, irade sakatlığı kişisel itirazlardan kabul edilir⁹³. Müteselsil borçlular, alacaklı ile aralarındaki hukuki ilişkinin irade sakatlığı hallerinden biri (yanılma, aldatma, korkutma) ile sakatlandığını ileri sürebilir. Böyle bir sakatlık hali sözleşmenin iptaline imkân vereceği için şahsında irade sakatlığı sebebi bulunan müteselsil borçlu bunu alacaklıya karşı ileri sürebilir⁹⁴. Borçlu, fiil ehliyetinin bulunmadığını iddia edebilir. Borçlulardan birinin fiil ehliyetinin bulunmaması kendisi açısından kişisel bir savunmadır. Bunların dışındaki kişisel savunmalar, borçlunun kendi borcu lehindeki şart, kendisine yönelik

6098 sayılı Borçlar Kanunu Tasarısı'na da giren bu düşünce daha sonra müteselsil borç ilişkisinin yapısına uygun görülmeyle, tasarıdan çıkarıldı ve kanunlaşamadı. Bu konudaki özellikle bugün için terkedilen eksik teselsül-tam teselsül çerçevesi de dahil olmak üzere yapılan tartışmaların etrafı değerlendirilmesi için bkz. Kapancı, s. 35 vd.; Özdoğan, s. 130 vd.

⁹² Bu sonuca 145 OR/TBK. m. (eBK. 143)'in mefumu muhalifinden ulaşılmaktadır. Von Tuhr, s. 795; Eren, s. 1231; Oğuzman/Öz, s. 467; Akıntürk, s. 169; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 310; Tercier/Pichoniaz (Çev. Develioğlu), 506, N. 1633.

⁹³ Von Tuhr, s. 795; Gautschi, s. 47; Eren, s. 1231, Oğuzman/Öz, s. 466

⁹⁴ İrade sakatlığı bir kişisel def'i kabul edilmekle birlikte doktrinde sözleşmenin tümünü etkileyecek bir niteliğe büründüğünde ortak def'ie dönüşebileceği de savunulmaktadır. Bu halde TBK m. 27/II hükmünün getirdiği çözüm uyarınca, diğer borçlular bu sakatlığı bilselelerdi böyle bir sözleşmeye taraf olmazlardı denilebildiği anda söz konusu sakatlık ortak savunma olarak kabul edilebilir görüşü için bkz. Oğuzman/Öz, s. 467; Canyürek, 69. Ancak irade sakatlığının tüm borçlular için bu durum ortaya çıkmadıkça kişisel def'i olduğunu, TBK. m. 27/II'nin burada uygulanmayacağını, alacaklının bu borç türündeki konumu sebebiyle diğer borçluların durumunun bundan etkilemeyeceğini düşünüyoruz. Özellikle hata alacaklının şahsında meydana gelmişse, bütün borçlular bunu ileri sürebilir. Buna karşılık hata sadece müteselsil borçlulardan biri nezdine ortaya çıkmışsa o borçlu ile alacaklı arasında sonuç doğurabilir (Gautschi, s. 48)

ibra ve takas olabilir⁹⁵. Özellikle alacaklı borçlulardan biri lehine diğer müteselsil borçlulardan farklı bir vade belirlemişse, borçlulardan birini ibra etmişse veya bir borçlunun kendi alacağına istinaden takas hakkı bulunuyorsa, bunlar alacaklıya karşı ileri sürülebilir.

İbra ve takas, bu haklara sahip olan müteselsil borçlu için alacaklı kendisinden talepte bulunduğu ileri sürülebilecek savunmalardır. Ancak gerek ibra gerek takas konusunda kanunkoyucu özel düzenlemeler getirmiştir. Buna göre ibra sözleşmesi, ibra edilen borçlunun payı oranında diğer müteselsil borçluları da borçtan kurtarır⁹⁶ (TBK. m. 166/III). Müteselsil borçlulardan biri takasla borcu tamamen veya kısmen sona erdirmişse, diğer borçlular da bu oranda borçtan kurtulur (TBK. m. 166/I).

Müteselsil borçlulardan birinin ifa, takas ve ibra ile borcu sona erdirmesinin diğer borçlulara etkilerini TBK. m. 166/I-III'de özel olarak düzenlenmiştir. TBK. m. 166/II'de ise bir borçlunun ifa dışında borçtan kurtulmasının diğer borçluları üzerindeki sonuçlarını düzenlemiştir. Buna göre, diğer borçlular bu kurtulmadan "*durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler.*" İbra ile ilgili ayrı düzenleme yapılmadan önce (eBK. m. 145), ibranın da eBK. m. 145/II (TBK. m. 166/II) kapsamında olduğu kabul ediliyordu. Ancak ibra konusu ayrıca düzenlendiğine göre, TBK. m. 166/II'nin kapsamındaki haller olarak başta imkânsızlık ve temerrüt olmak

⁹⁵ Von Tuhr, s. 795; Eren, s. 1231; Oğuzman/Öz, s. 466.

⁹⁶ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ibranın bu etkisi konusunda bir düzenleme bulunmadığı için müteselsil borçlulardan birinin ibra edilmesinin doğurduğu sonuçlar konusunda bkz. Turanboy, s. 120 vd.; Gümüş, 263 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.302 vd.; Oğuzman/Öz, s. 466, dph. 198.

üzere, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, yenileme, sulh sözleşmesi⁹⁷ yapılması sayılabilir⁹⁸.

⁹⁷ "Müteselsil borçluların borçtan kurtulmalarını gerektiren haller iki grupta mütalaa edilmektedir. Bunlardan birincisi "bütün borçluların borçtan kurtulması" halidir ki, bu nitelikteki kurtulma ya alacaklının tatmin edilmesi suretiyle ya da tatmin edilmeksizin olur. "Alacaklının tatmin edilmesi suretiyle kurtulma" BK.nun 145/1. maddesinde düzenlenmiş olup, bu haller (ifa) ve (takas) olmak üzere iki tanedir. "Alacaklının tatmin edilmesi suretiyle kurtulma" şeklinde isimlendirilen bu halin dışında, borçlulardan birinin bir eylemi, muamelesi veya içerisinde bulunduğu hukuki durumun diğer borçlulara sirayet etmesi, başka bir deyimle, bu borçlunun ifa ve takas dışındaki bir sebeple borçtan kurtulmasının diğer borçluların da borçtan kurtulmaları sonucunu doğurması mümkündür. Bunun hangi hallerde söz konusu olabileceği BK.nunda açıkça belirtilmemiş, sadece BK.nun 145. maddesinin 2. fıkrasında aynen "eğer müteselsil borçlulardan biri borç tediye olunmamış iken ondan tahallüs etmiş ise, diğer borçlular ancak halin veya borcun mahiyetinin irae ettiği nispette, bu beraattan istifade edebilirler" denilmiştir....Borçlulardan birinin borçtan kurtulması sonucunu doğuran sebeplerden, diğer borçlulara da kısmen sirayet edebilecek olan haller genellikle (kusursuz imkansızlık ibra, tecdit, sulh ve zamanaşımı) dir. Bu davada bir kısım davacılarla davalı asıl fail Ömer Sami arasında yapılan anlaşmanın sulh niteliğinde olduğu kuşkusuzdur. Zira, alacaklı durumundaki bir bölüm davacılar alacaklarına karşılık bir miktar tazminat almış olduklarından ortaya bir sulh sözleşmesi çıkmıştır.... Gerçekten Sulh (Vergleich), tarafların arasındaki hukuki münasebete ilişkin bir uyumsuzluğu veya şüpheli bir duruma son vermek amacıyla karşılık rıza ve fedakârlıkla yapmış oldukları bir sözleşmedir. Sulh maddi hukuk bakımından borcu, usul hukuku bakımından ise davayı sona erdiren sebeplerdendir....Müteselsil borçlulardan birinin alacaklı ile akdetmiş olduğu sulhun, diğer borçlulara ne oranda tesir edeceği konusunda doktrinde çoğunlukla ileri sürülen görüşe göre; sulh, alacaklının tatmin edilmesi sonucunu doğurmuşsa bütün borçlulara sirayet eder. Ancak alacaklının, sulh için müteselsil borçlunun kendisine teklif ettiği menfaat mukabilinde sulh yoluyla diğer borçluların da borçtan kurtulmaları maksadıyla hareket etmiş olması lazımdır. Aksi takdirde, yani alacaklının tatmin edilmiş olmasının söz konusu edilemeyeceği hallerde sulhun etkisi sübjektiftir; binaenaleyh sadece alacaklı ile sulh akdetmiş olan borçlu hakkında hüküm ifade eder. Bu halde, diğer borçlular, alacaklı ile sulh akdetmiş olan borçlunun iç münasebette hissesine isabet eden miktar oranında borçtan kurtulmuş olurlar." Y. 4. HD. 16.02.1979, 8214/2031 (KBİBB).

⁹⁸ Von Tuhr/Escher, s. 310; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 147 Abs. II, N. 4-12; Schwenger, s. 531, N. 88.26, 88.27. TBK. m. 166/II (eBK. m. 145/II)'nin mehz kanundaki karşılığı olan Art. 147 Abs. 2 OR, çerçevesinde borçtan kurtulmanın diğer borçlulara etkisi konusundaki BGE 107 II 226 sayılı Federal mahkeme kararı ve değerlendirilmesi için bkz. Kramer/Probst, s. 491-493.

Kusursuz ifa imkânsızlığı, borcun konusuna (edime) sirayet ediyorsa yani borçlulardan birinde bulunan şey onun kusuru olmadan imkânsız hale geliyorsa bütün borçlular alacaklıya karşı borçtan kurtulurlar⁹⁹ (TBK. m. 136). Buna karşılık imkânsızlık edime değil, müteselsil borçlulardan birinin şahsında meydana gelmişse bu durum sadece onu borçtan kurtarır. Böylece borçlu, kendi kusursuz ifa imkânsızlığını bir kişisel itiraz olarak ileri sürebilir, ancak diğer borçluların bunu ileri sürerek borçtan kurtulma imkânı yoktur¹⁰⁰.

Kusurlu ifa imkânsızlığı halinde ise edimin borçlulardan birinin kusuruyla da olsa imkânsızlaşması, diğer borçlular için kusursuz imkânsızlık oluşturur ve onları alacaklıya karşı borçtan kurtarır¹⁰¹. Ancak kusurlu imkânsızlıkta borcun yerini tazminat alır¹⁰². Alacaklıya karşı bu tazminatla yükümlü olan, kusuruyla kendi edimini imkânsız kılan borçludur¹⁰³. TBK. m. 165 uyarınca bir borçlu diğer borçluların durumunu ağırlaştıramayacağından, edimin yerini alan tazminat yükümlülüğü onları etkilemez. Ayrıca TBK. m. 165, emredici nitelik taşımaz. Bu sebeple taraflarca müteselsil borçlulardan birinin kusurlu davranışından diğer borçluların da sorumlu olacağı kararlaştırılabilir¹⁰⁴.

Borçlu temerrüdü, müteselsil borçluların tümü için aynı anda ortaya çıkmaz. Bu yüzden alacaklının, borçluları ayrı ayrı temerrüde düşürmesi gerekir. Zira her bir borcun muacceliyeti farklı olur ve yapılacak ihtarlar birbirinden farklı zamanlarda gerçekleşebilir. Özellikle sorumluluğun farklı sebeplere dayanması halinde bu durum daha net ortaya çıkar. Bazen müteselsil borçluların davranışları da bu farklılığı ortaya çıkarabilir. Örneğin, borçlunun davranışından ona ihtar yapmanın faydasız olacağı anlaşılıyorsa

⁹⁹ Von Tuhr/Escher, s. 311; Gautschi, s. 26; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 299; Tunçomağ, s. 1046; Oğuzman/Öz, s. 468.

¹⁰⁰ Von Tuhr/Escher, s. 311; Tunçomağ, s. 1046; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 299; Oğuzman/Öz, s. 468, dpn. 206.

¹⁰¹ Von Tuhr/Escher, s. 307; Akıntürk, s. 195; Eren, s. 1236; Oğuzman/Öz, s. 468, dpn. 205; Canyürek, s. 38.

¹⁰² Bu tazminatın ödenmesi halinde karşı edime ilişkin taleplerin akıbeti konusundaki tartışma için bkz. Canyürek, s. 39 vd.

¹⁰³ Von Tuhr/Escher, s. 311; Tunçomağ, s. 1046; Oğuzman/Öz, s. 468, dpn. 205. Müteselsil borçlu bizzat kendi kusurlu davranışıyla borcu imkânsız kılmışsa, TBK. m. 112 uyarınca; kullandığı yardımcı şahıs sebebiyle borç imkânsızlaşmışsa TBK. m. 116 uyarınca alacaklıya karşı sorumlu olur, yine diğer borçlular borçtan kurtulur. Eren, s. 1236.

¹⁰⁴ Akıntürk, s. 195; Canyürek; 38; Kapancı, s. 221.

ihlara gerek yoktur. Bu şekilde temerrüde düşen borçlu, temerrüdün sonuçlarından sorumlu olur¹⁰⁵. Keza alacaklı ek bir süre vererek (TBK. m. 123), temerrütten doğan seçimlik haklarını sadece o müteselsil borçluya karşı kullanabilir¹⁰⁶. Ancak borçlu temerrüdünün alacaklıya sunduğu imkânlardan biri olan sözleşmeden dönme, tüm borçluları etkileyeceği ve sözleşmenin bütünü üzerinde sonuç doğuracağı için alacaklının TBK. m. 125 uyarınca bu hakkını kullanabilmesi, müteselsil borçluların tamamının temerrüde düşmesi halinde mümkün olur¹⁰⁷.

b) Kişisel Def'iler

Kişisel savunma teşkil eden haller arasında itiraz niteliği taşıyanlar, ortak savunmalarda olduğu gibi daha yoğundur, def'i niteliği taşıyanlar ise daha azdır. Bu çerçevede ortaya çıkabilecek def'ilerin başında zamanaşımı def'i gelir.

Müteselsil borcu oluşturan her bir borç birbirinden bağımsız olduğu için zamanaşımı süreleri de ayrı işler¹⁰⁸ ve her bir borç için farklı zamanaşımı süresi oluşabilir. Özellikle müteselsil borcun ayrı hukuki ilişkilere dayandığı hallerde bu durum daha net bir şekilde ortaya çıkar. Öte yandan zamanaşımı borcu veya alacağı ortadan kaldırmaz. Bu sebeple borçlulardan birinin diğerine ait zamanaşımını ileri sürmesi söz konusu olmaz¹⁰⁹. Aynı şekilde müteselsil borçlulardan birinin, zamanaşımı def'ini ileri sürmemesi sadece kendisi açısından sonuç doğurur, diğer borçlulara etki etmez¹¹⁰.

Borçlulardan birine alacaklı, ifa için ek süre vermişse kendisinden talepte bulunulduğunda bu sürenin henüz dolmadığı, bir def'i olarak ileri sürülebilir. Aynı şekilde borçlulardan biri için henüz borcun vadesi gelmemişse, alacaklının talebi vade tarihine kadar ertelenir. Borçluların taksim def'inde bulunabilmesi ise söz konusu değildir. Kendisine talepte bulunulan borçlu iç ilişkide en az paya sahip olsa bile veya sadece teminat sağlamak

¹⁰⁵ Akıntürk, s. 199; Eren, s. 1232. Oğuzman/Öz, 471; Canyürek; s. 41.

¹⁰⁶ Von Tuhr/Escher, s. 307; Eren, s. 1232.

¹⁰⁷ Von Tuhr/Escher, s. 307; Akıntürk, s. 200; Eren, s. 1232; Tunçomağ, s. 1046; Oğuzman/Öz, s.

¹⁰⁸ Von Tuhr/Escher, s. 308; Gautschi, s. 126; Akıntürk, s. 201; Eren, s. 1231; Tercier/Pichonias (Çev. Develioğlu), s. 506, N. 1633; Canyürek, s. 61; Kapancı, s. 262.

¹⁰⁹ Von Tuhr/Escher, s. 308; Eren, s. 1231. Canyürek, s. 61.

¹¹⁰ Eren, s. 1233; Canyürek, s. 61; Kapancı, s. 264 vd.

amacıyla bu ilişkiye girmiş olsa bile sonuç değişmez. Bu durumdaki borçlu dahi taksim def'ini ileri ileri süremez (TBK. m. 163). Bir başka deyişle, borçlunun iç ilişkideki payının çok küçük olması ona, adi kefalette önce asıl borçluya müracaat edilmesini sağlayan peşin dava def'inde olduğu gibi önce iç ilişkide en fazla sorumlu olan borçluya müracaat edilmesini isteme ve bunu bir def'i olarak ileri sürme imkânı tanımaz.

Ödemezlik def'inin kişisel bir def'i olarak ortaya çıkması ihtimali oldukça zayıftır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklının kendi edimini yerine getirmeden borçlulardan birinden talepte bulunması halinde kanaatimizce ancak ortak bir def'i olarak ödemezlik def'i ileri sürülebilir.

Sonuç olarak müteselsil borçlular sahip oldukları savunma sebeplerini birbirlerinden bağımsız olarak ileri sürebilirler ve bunun etkilerinden kendileri yararlanırlar. Ancak zamanaşımı konusunda kanunkoyucu bir istisna getirmiştir. TBK. m. 155/1'e göre zamanaşımı bir borçluya karşı kesilince diğer müteselsil borçlulara karşı da kesilmiş sayılır.

d) Kişisel Savunmaları İleri Sürmemenin Sonuçları

Kişisel savunmaların temel özelliği sadece ilgili müteselsil borçluya ait olmaları ve onun tarafından ileri sürülmeleridir. Diğer müteselsil borçlular içlerinden birine ait kişisel savunmaları alacaklıya karşı ileri süremezler¹¹¹. O halde müteselsil borçlu kendi kendine ait şahsi savunmayı ileri sürmemesi sebebiyle diğer borçlulara olan rücu hakkını kaybetmez¹¹². Bu durum şahsi savunmayı ileri sürebilme imkânının sadece ilgili borçluya tanınmasının ve Borçlar Kanunu'nda ortak savunmaların ileri sürülmesi için getirilen yükümlülüğün şahsi savunmalar konusunda öngörülmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Böylece şahsi savunma imkânına sahip olan borçlu bunu alacaklıya karşı ileri sürmemiş olsa bile iç ilişkide payından fazla ifade bulunduğu kısmı diğer müteselsil borçlulara rücu edebilir.

TBK. m. 164/II alacaklı talepte bulunduğu ortak savunmaları ileri sürmeyi bir yükümlülük olarak müteselsil borçlulara yüklemiştir. Ancak şahsi def'iler konusunda böyle bir düzenleme yoktur. Sadece TBK. m. 164/I, *"borçlulardan biri alacaklıya karşı ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkiden... doğan def'i ve itirazları ileri sürebileceğini"* düzenlemiştir. Bu çerçevede ortak savunmada olduğu gibi şahsi bir yükümlülük

¹¹¹ Von Tuhr, s. 795; Von Tuhr/Escher, s. 306; Gautschi, s.21; Eren, s. 1235; Tunçomağ, s. 1045; Acar, Müteselsil, parag. 30.

¹¹² Akıntürk, s. 218.

öngörülmemiştir. O halde müteselsil borçlu şahsi def'i ve itirazlarını ileri sürmek konusunda serbesttir. Böyle bir hakka sahipse ve dilerse, şahsi savunmayı ileri sürer, dilerse bu hakkını kullanmaz.

Burada sadece müteselsil borçlulardan birine ait olan ve bu sebeple şahsi kabul edilebilecek ancak doğurduğu etki sebebiyle ortak savunma teşkil edebileceği kabul edilen durumları tekrar değerlendirmek gerekir. Örneğin sözleşmeden doğan müteselsil borçta, borçlulardan birinin fiil ehliyetinin bulunmaması veya yetkisiz temsil sonucunda borç altına girmesi hallerinin, diğer borçlulara bazı şartlar altında etki edebileceği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre diğer borçlular, içlerinden birinin veya birkaçının ehliyetsiz olduğunu bilselerdi böyle bir sözleşme yapmazlardı denilebiliyorsa sözleşmenin tümü geçersiz olmalıdır¹¹³. Kanaatimizce burada bir şahsi itiraz olarak değerlendirme yapmak daha yerindedir. Bir itiraz sebebinin şahsında taşıyan borçlu, bunu kendi ileri sürmelidir. Eğer diğer borçlular durumu bildikleri halde onunla birlikte müteselsil borç altına girmişlerse söz konusu savunmadan yararlanmaları zaten düşünülemez. Sadece bu savunmayı ileri süren ilgili borçlu için geçersizlik söz konusu olur. Diğer borçlular müteselsil borç doğduğunda bunu bilmiyorlarsa, bunun sonucuna alacaklı değil kendileri katlanmalıdır. Bu sebeple şahsında itiraz sebebi bulunduran müteselsil borçlu, bunun sonuçlarından kendisi yararlanır. Diğer müteselsil borçlular durumu bilseler de bilmeseler de bunu ortak bir savunma sebebine dönüştürerek alacaklıya karşı ileri sürememelidirler.

Bu başlık altında son olarak kişisel savunmayı ileri sürmemenin, TBK. m. 165 te düzenlenen "*kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştırmama*" ilkesini ihlal edip etmeyeceği hususu tartışılabilir. Kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştırmama ilkesi borçlulardan birinin borcun tamamına yönelik bir davranışına ilişkindir. Örneğin borcun vadesinin öne alınması veya ifa yerinin değiştirilmesinde olduğu gibi. Bu sebeple şahsi savunma borçlunun bizzat kendisini, kendisi ile alacaklı arasındaki ilişkiyi ilgilendirdiği için böyle bir etki doğurmayacağı kanaatindeyiz. Ancak kanunkoyucu bazı şahsi savunmaların diğer müteselsil borçlular üzerindeki etkisini açıkça düzenlemiştir. Örneğin ibra ve takasta durum böyledir (TBK. m. 166). Bir başka deyişle söz konusu savunmalara iç ilişkide sonuç bağlanmıştır. Buna göre borç takasla sona ermişse bu oranda; ibra

¹¹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 313; Akıntürk, s. 194; Oğuzman/Öz, s. 463; Canyürek, s. 44; Kapanıcı, s. 281.

sözleşmesi yapılmışsa müteselsil borçlulardan biri ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında diğer borçlular da borçtan kurtulurlar. Takas ve ibra dışında bir sebeple borçlulardan biri kişisel savunma ileri sürerek borçtan kurtulmuşsa diğer borçlular yine durumun ve borcun niteliğinin mümkün kıldığı ölçüde bundan yararlanırlar (TBK. m. 166/II). Görüldüğü üzere kişisel savunmanın ileri sürülmesi müteselsil borçlunun rücu hakkını etkilemez¹¹⁴. Ancak söz konusu savunma, niteliğine göre iç ilişkide diğer borçluları da o oranda borçtan kurtarabilir.

SONUÇ

Alacaklı ile müteselsil borçlular arasındaki ilişki, dış ilişki olarak isimlendirilmektedir. Müteselsil borçlarda alacaklı dilediği borçluya başvurabilir. İsterse borçluların hepsinden isterse sadece birinden talepte bulunabilir. Aynı şekilde borcun bir kısmını veya tamamının ifasını isteyebilir. Zira borçlulardan her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumludur.

Bu tür borçlulukta borçların birbirinden bağımsız olması anlayışı, hem tüm borçluları kapsayacak hem de her bir borçlu açısından farklı olarak ortaya çıkacak savunmaların yapılmasına imkân verir. Müteselsil borçlular, alacaklıya karşı müteselsil borcun sebebinden veya konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilirler. Söz konusu savunmaların yapılması külfetini, alacaklı kendisine karşı talepte bulunduğu yerine getirmeyen borçlu, diğer borçlulara karşı sorumlu olur. Bu sorumluluk, iç ilişkide diğer borçlulara karşı rücu hakkını kaybetmek şeklinde ortaya çıkar. Her borç ayrı kabul edildiği için müteselsil borçluların kişisel savunmalarını ileri sürmelerine de imkân tanınmıştır. Ancak kanun, kişisel savunma yapmayan borçlunun rücu hakkını kaybetmesini öngörmemiştir. Bu durumda müteselsil borçlu, kişisel savunma hakkını ileri sürerse sonuçlarından kural olarak kendisi yararlanır, ileri sürmezse iç ilişkide rücu hakkını kaybetmez. Bununla birlikte kişisel savunma şeklinde ortaya çıkan bazı durumların, diğer borçlular üzerinde etkisi olabilir. Bu etki ibra (TBK. m. 166/III) ve takas (TBK. m. 166/I) da kanunda açıkça düzenlenmiş, ifa gerçekleşmeden borcu sona erdiren durumlar bakımından ise durumun ve borcun niteliğinin mümkün kıldığı ölçüde yararlanabilme imkânı, diğer borçlulara tanınmıştır (TBK. m. 166/II).

Müteselsil borçlar, alacaklısına oldukça avantajlı bir durum sunmaktadır. Alacaklının alacağını elde edebilme şansını artırmakta, onu sadece tek bir borçlunun mali gücüne bağlamamaktadır. Bu sebeple yapılan

¹¹⁴ Kılıçoğlu, s. 936.

sözleşmelerde kararlaştırılan müteselsil borç kayıtları, alacağın ifasını neredeyse garanti edilmiş düzeye çıkarmaktadır. Aynı şekilde haksız fiilden doğan müteselsil borçlarda, zarargörenin zararının tam olarak tazmin edilme ihtimali artmakta, onun ekonomik olarak en güçlü borçluya başvurmak suretiyle en kısa sürede tatmin edilebilmesi sağlanmaktadır. Bu durum kanunkoyucunun zayıf durumda gördüğü sözleşme tarafları bakımından da ortaya çıkmaktadır. Örneğin tüketici hukukunda, hukukun zayıf kabul ettiği taraf olan tüketici lehine, ayıp hükümleri, konut finansmanı hükümleri gibi düzenlemelerle borçlu satıcı, sağlayıcı, üretici, ithalatçı ve kredi veren, müteselsilen sorumlu tutulmakta, böylece sorumluluk zinciri genişletilerek, tüketicinin koruma amacına hizmet etmektedir. Borçlar Kanunumuzda istisnai olarak kabul edilen bu kurumun, sözleşme ve kanun dışında bazen mahkeme kararlarıyla ortaya çıktığı görülmektedir. Tüm bu sebeplerle uygulamada önem taşıyan müteselsil borçluluğun hükümleri, çalışmamızda alacaklı açısından değerlendirilmiştir. Alacaklının borçlulara yönelik talepleri (TBK. m. 162, 163), borçlulardan birine karşı yaptığı işlemlerle diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaması (TBK. m. 168/II) ve alacaklının talebine karşı borçluların yapabilecekleri savunmalar (TBK. m. 164) ve bunların sonuçları (TBK. m. 166)incelenmiştir.

KAYNAKLAR

- ACAR, F. : Borçlar Kanun ve Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Müteselsil Borçluluğa Toplu Bakış (BK. m. 141-147), e-ekonomi.org, Şubat 2007, S. 60 (erişim tarihi: 02.04.2018)
- ACAR, F. : Türk-İsviçre Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara 2003.
- AKINCI, Ş. : Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 8. Baskı, Konya 2017.
- ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ TAŞPINAR, S.: İcra Ve İflas Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
- AKINTÜRK, T.: Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.
- ANTALYA, G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Haksız Fiil ve Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlişkileri, C. II, İstanbul
- ARAL, F.: Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 2010.
- ATAMULU, İ.: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017.
- BROX, H./WALKER, W-D.: Allgemeines Schuldrecht, München 2012.
- CANBOLAT, F. : Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri, Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Hükümlerin Kısa Değerlendirilmesi ile Birlikte, ABD., Yl. 66, S. 3, Yaz 2008, s. 68-81.
- CANYÜREK, M.: Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003.
- EREN, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.
- EREN, F.: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2016.
- GAUTSCHI, A. : Solidarschuld und Ausgleich, Zürich-St. Gallen 2009.
- GÜMÜŞ, M. A.: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015.
- HONSELL, H./VOGT, N.P./WIEGAND, W.: Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel 2015.
- KAPANCI, K. B. : Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2015.
- KRAMER, E. A./PROBST, T. : Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schulthess 2003.
- KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş), Ankara 2017.
- KURU, B.: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2016.
- OĞUZMAN, K./ÖZ, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2013.
- ÖZDOĞAN DALCI, N.: Müteselsil Sorumluluk, Özellikle TBK. m. 61 ve md. 62 vd. Hükümleri Bağlamında, Ankara 2015.

- SAUSER-HALL, C.:** Borçlar Hukuku'nun Umumi Nazariyeleri (Çev. Mehmet Osman)
(www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023006058/1023005582) (erişim tarihi: 02.04.2018).
- SCHWENZER, I.:** Schweizerischen Obligationenrechts Allgemeiner Teil, Bern 2006.
- TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1985.
- TERCIER, P./PICHONIAZ, P.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
(Çev. Murat Develioğlu).
- TUNÇOMAĞ, K.:** Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- TURANBOY, K. N.:** İbra Sözleşmesi, Ankara 1998.
- VON BÜREN, B.:** Schweizerischen Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- VON TUHR, A.:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Ankara 1983.
- VON TUHR, A./ESCHER, A. :** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts von Andreas Von Tuhr, Zürich 1974.

KISALTMALAR

- ABD. : Ankara Barosu Dergisi
Art. : Artikel
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
C. : cilt
çev. : Çeviren
dpn. : Dipnot
eBK. : 818 sayılı Borçlar Kanunu
HD. : Hukuk Dairesi
HGK. : Hukuk Genel Kurulu
İİK. : İcra İflas Kanunu
KBİBB. : Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
m. : madde
N. : Numara
OR : Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
parg. : paragraf
S. : Sayı
s. : Sayfa
TBK. : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Y. : Yargıtay
Yl. : yıl

**20.07.2017 TARİHLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
YÜKLENİCİDEN TAPUDA PAY DEVRALAN ÜÇÜNCÜ
KİŞİLERİN DURUMUNA ETKİSİ***

Dr. Öğr. Üy. Ayşe ARAT**

Dr. Öğr. Üy. Mehmet AKÇAAL***

**LEGAL EFFECTS OF DECISION OF CONSTITUTIONAL COURT
DATED 20.07.2017 TO THE THIRD PARTIES OWNERS OF
THE REGISTERED LAND SHARE IN ACCORDANCE WITH THE
CONSTRUCTION CONTRACT FOR LAND SHARE**

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.03.2018

Kabul Edildiği Tarih: 10.08.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.405809](https://doi.org/10.15337/suhfd.405809)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: aysena@selcuk.edu.tr

ORCID ID: [0000-0001-8261-4302](https://orcid.org/0000-0001-8261-4302)

*** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: mehmetakcaal@hotmail.com

ORCID ID: [0000-0003-3228-8486](https://orcid.org/0000-0003-3228-8486)

ÖZ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin olarak Yargıtay tarafından, yüklenici lehine olan tapu kaydına güvenerek işlem yapan üçüncü kişilerin güvenleri korunmamaktadır. Zira, burada korunmaya değer olan taraf arsa sahibi olarak kabul edilmektedir. Buna uygun olarak, Anayasa Mahkemesi de incelemeye konu bireysel başvuru kapsamında yükleniciden tapu devir alan üçüncü kişi niteliğindeki başvuru sahiplerinin mülkiyet haklarının ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır. Ancak, bahsedilen karar ve Yargıtay'ın yerleşik uygulaması oldukça eleştiriye açıktır.

ANAHTAR KELİMELEER: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Arsa payı, Geriye etkili fesih, İleriye etkili fesih, Güven ilkesi.

ABSTRACT

Third parties are not protected by the Court of Appeals related to the construction contract for land share when they trust in registration benefit of contractors. Because land owners' interests are accepted that they need more protection than the other parties need. In conformity with this result, Constitutional Court made a decision related to a personal application that property rights of applicants were not breached because of a construction contract for land share. However these judgments are needed to be criticized by the doctrine.

KEY WORDS: The Construction Contract for Land Share, Land share, Termination, Dissolution, The Principle of Trust to the Land Registry.

I. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINA KONU OLAY**1) Olay**

Anayasa Mahkemesi kararına¹ konu olan olayda, İstanbul ili Bakırköy ilçesinde bulunan 292 ada 148 parsel sayılı 954 m²'lik arsanın malikleri (G.N.Y., G.T.Y. ve V.O.) ile yüklenici E.A. arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmıştır. Noterlikte 26.11.1985 tarihinde düzenlenen bu sözleşmeye göre, arsanın malikleri, 56/104 payın yükleniciye devrini; yüklenici de, altı dairesel bir binanın yapımını taahhüt etmiştir. Buna uygun olarak, arsa malikleri tarafından taahhüde konu paylar yüklenici adına tescil ettirilmiştir. Yüklenici

¹ Bkz. RG. T. 27.9.2017, S. 30193.

E.A. ise, henüz yapı tamamlanmadan 16/104'lük kat irtifakı arsa payını 6.2.1992 tarihinde Faik Tari (F.T.)'ye; 32/104'lük kat irtifakı arsa payını 9.3.1998 tarihinde Sultan Tari (S.T.)'ye satıp, tescil ettirmiştir. Ne var ki, yüklenici edimini sözleşmeye uygun sürede ve tarzda yerine getirmeyip, temerrüde düşmüştür. Bu sebeple, iş sahibi olan arsanın eski malikleri, sözleşmenin feshi ile F.T. ve S.T. adına olan tapu kayıtlarının iptali ve kendi adlarına tescili (TMK. m. 1025) maksadıyla 2009 yılında ilk derece mahkemesinde dava açmışlardır. Yerel mahkemenin 2011 tarihli kararında yüklenicinin kendi edimini taahhüt edilen zamanda ve tarzda yerine getirmediği, F.T. ve S.T.'nin de yüklenicinin edimini ifa etmemesi halinde kendilerine devredilen arsa paylarında, haklarının doğmayacağını bilerek yükleniciden bu payları devraldıkları, bu sebeple somut olayda TMK. m. 1023'ün uygulanamayacağı ve davanın kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. F.T. ve S.T.'nin temyiz talebi üzerine söz konusu karar, önce 2012 yılında Yargıtay² tarafından onanmış olup, 2014 yılında da aynı kişilerin karar düzeltme talepleri reddedilmiştir. Nihayet, F.T. ve S.T., 18.07.2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Bu başvuruda, arsa payları iptal edilen F.T. ve S.T., ilk derece mahkemesince verilen ve Yargıtay tarafından onanan kararın, mülkiyet ve adil yargılanma haklarını ihlâl ettiğini iddia etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi tarafından, makûl sürede yargılanma hakkının (AY. m. 36) ihlâl edildiği iddiası kabul edilmiş olmakla birlikte, mülkiyet hakkının ihlâl edilip edilmediği iddiası tartışılmış ve olumsuz sonucuna varılmıştır. Söz konusu incelemeyi yaparken Anayasa Mahkemesi öncelikle, mülkiyet hakkının ihlâl edildiği iddiasını, devletin mülkiyet hakkına yönelik pozitif yükümlülükleri bakımından incelemiştir. Mahkeme'ye göre, yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvurucuların, tapu kayıtlarının iptal edilmesi suretiyle gerçekleşen müdahale sonucunda mülkiyet hakkı ihlâl edilmemiştir. Zira başvurucular, yüklenicinin birer halefidir, tapu sicilinin düzeltilmiş olmasının sebebi, selefın, yani yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmasıdır. Mahkeme mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna bu gerekçeyle varmıştır. Oy çokluğuyla alınan bu kararın karşı oy gerekçesinde ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından uzun yıllar sonra, arsa sahiplerinin başvuruculara karşı dava açmış olmalarının dürüstlük kuralıyla (TMK. m. 2/1) bağdaşmayacağına ve ayrıca başvurucuların uğradıkları zarardan dolayı

² 15. HD. T. 3.10.2012, E. 2011/6160, K. 2012/5968.

yüklenici karşısındaki tazminat taleplerinin zamanaşımına uğrama riskinin bulunduğuna işaret edilmiştir.

2) Gerekçe

Karara göre, "...Başvuru konusu olayda tarafların birbirleriyle çatışan menfaatleri bulunmaktadır. Buna göre bir taraftan maliki oldukları taşınmazda bina inşa edilmesi kaydıyla bu taşınmazdaki arsa paylarını devreden arsa sahipleri, diğer taraftan da aynı sözleşme gereği yükleniciye düşen bu arsa paylarını devralan başvuruçuların hakları söz konusudur. Diğer bir deyişle başvuruçuların yükleniciye düşen arsa paylarını tapuda satın almakla mülkiyet hakları mevcut olmakla birlikte bu payları inşaat yapılması kaydıyla devreden arsa sahiplerinin de mülkiyet hakları bulunmaktadır. Dolayısıyla her iki tarafın da mülkiyet hakkını gözetmekle yükümlü bulunan devletin, maddi ve usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği dikkate alınarak sonuca varılmalıdır... Bu bağlamda ilk olarak başvuruçuların tapu kayıtlarının iptalinin belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanuna dayalı olup olmadığı irdelenmelidir. Yargıtay içtihatlarında, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin, arsa sahibi veya sahipleri ile yüklenici arasında yapılan ve eser sözleşmelerinin bir türü olan sözleşme tipi olduğu açıklanmıştır. Buna göre arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin maliyeti kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmedir. İnşaat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin ana borçlarının bir inşaat (eser) meydana getirme ve bu eseri iş sahibine teslim etme borçları olduğu kabul edilmiştir. Buna karşılık bu tür sözleşmelerde iş sahibinin de arsa üzerinde meydana getirilen esere karşılık "arsa payı devri" suretiyle bir bedel ödemeyi asli edim olarak borçlandığı belirtilmektedir. Bu sözleşmelerde iş sahibinin ödeyeceği ücret (bedel), arsa sahibi tarafından ayın (eşya) olarak ödenmektedir. Yargıtay ayrıca eser sözleşmelerinin niteliği gereği iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğunu, temerrüt hâlinde de uyuşmazlık tarihi itibarıyla yürürlükte olan 818 sayılı mülga Kanun'un 106-108. maddelerinin (6098 sayılı Kanun'un 123-125. maddelerine karşılık gelmektedir.) uygulanacağını belirtmektedir. Diğer taraftan Yargıtay içtihatlarında, yüklenicinin alacağın temlik hükümlerine göre arsa paylarını yazılı şekil koşuluyla satabileceği ve yükleniciden arsa payını satın alan kişilerin ise yüklenicinin halefi oldukları kabul edilmiştir (bkz. 24-28)... Buna göre somut olayda tapu kayıtlarının iptalinin arsa sahibinin mülkiyet hakkının korunması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Özel kişilerin

mülkiyet haklarının çatıştığı bu gibi durumlarda bunlardan hangisine üstünlük tanınacağına takdiri, kanun koyucuya ve somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak derece mahkemelerine ait bir yetkidir. Bununla birlikte her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçsüz bir sonuca da yol açmaması gerekir. Menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan biri aleyhine bireysel olarak aşırı ve olağan dışı bir külfetin yüklenmesi pozitif yükümlülüklerin ihlali sonucunu doğurabilir. Olayın bütün koşulları ve taraflara tanınan tüm imkânlar ile tarafların tutum ve davranışları gözönünde bulundurularak menfaatlerin adil bir şekilde dengelenip dengelenmediği değerlendirilmelidir... Derece mahkemelerinin tespit ettiği üzere başvuruçular, uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerinde inşa edilecek yükleniciye düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın almışlardır. Dolayısıyla başvuruçular, yüklenicinin halefi sıfatıyla taşınmazın malikleri ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olarak görülmüştür. Ancak bu sözleşme doğrultusunda yüklenicinin kendisine düşen asıl edimi yani inşaatı yapma edimini yerine getirmedeği tespit edilmiştir. Bu durum nedeniyle daha önce edimini yerine getirmiş olan taşınmaz malikleri, temerrüt hükümlerine dayalı olarak sözleşmenin feshini talep etmişlerdir. Derece mahkemeleri de bu gerekçeyle ilgili hukuk kuralları gereğince sözleşmenin feshine ve tapunun iptaline karar vermişlerdir. Derece mahkemelerine göre başvuruçular satın alırken inşaatın henüz tamamlanmadığını ve ileride inşa edilecek bir bağımsız bölüme ait arsa payını satın aldıklarını bilebilecek durumdadırlar. Başka bir deyişle inşaat hâlinde olan bir yapının bağımsız bölümlerini satın alan başvuruçuların inşaatın tamamlanamaması durumunda yükleniciden satın alınan arsa paylarının iade edilmesini öngörmesi gerektiği kabul edilmektedir. Gerçekten de başvuruçuların inşa edilecek bağımsız bölümlere ait arsa paylarını satın aldıkları tapu kaydından açıkça anlaşılmaktadır. Bu nitelikteki arsa paylarını satın alan başvuruçular, yüklenicinin halefi olduklarından taşınmazın maliklerine karşı, düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin haklarına da sahip olmuşlar ancak yine bu sözleşme kapsamında yüklenicinin edimlerinden de sorumlu tutulmuşlardır... Dolayısıyla öncelikle başvuruya konu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesindeki uyuşmazlığa ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında mülkiyetin korunmasına yönelik belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir kanun hükümlerinin ve buna dayalı olarak yerleşik yargısal içtihatların mevcut olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca bireysel başvuruya konu yargılama süreci bir bütün

olarak dikkate alındığında mülkiyet hakkını korunması yükümlülüğü yönünden başvuruçuların usule ilişkin güvencelerden etkin biçimde yararlanmasının sağlandığı, kararlarda yer verilen tespit ve gerekçelere göre yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırının aşılmadığı sonucuna varılmıştır. Nihayet başvuruçuların mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin etki ve yeterli güvencelerin mevcut olduğu da anlaşılmaktadır. Sonuç olarak tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvuruçuların, halefi oldukları yüklenici tarafından sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle tapu kayıtlarının iptal edilmesi suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğu anlaşılmaktadır...”.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciden tapuda pay devralmış üçüncü kişilerin durumu hakkındaki yerleşik uygulaması ile paraleldir. Ancak bu kararların medenî hukukun temel ilkeleri ve hukuk güvenliği bakımından taşıdığı sakıncalar göz önünde bulundurulduğunda, eleştiriye açık olduğu ortadadır. Bu sebeple eşyaya hukukuna ilişkin temel ilkeler, kararlarda dayanılan gerekçeler ve doktrindeki görüşler çerçevesinde bahse konu karar ve buna ilişkin uygulama incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

1) Kavram ve Hukukî Nitelik

Arsa payı karşılığı inşaat (kat yapımı) sözleşmesi, arsa sahibiyle yüklenici arasında yapılan atipik bir sözleşmedir. Bu kapsamda, bahse konu sözleşme hukukî niteliği itibarıyla çift edimli bir karma sözleşmedir³. Arsa sahibi, bu sözleşmeyle para yerine arsasından yükleniciye pay vermekte, karşılığında kendi arsası üzerine bağımsız bölümlerin yapılması imkânına sahip olmaktadır. Böylece, malik arsasını değerlendirerek ayrıca para ödemeksizin bağımsız bölüm veya bölümler elde etmektedir. Yüklenici ise, devredilen veya devri taahhüt edilen payları üçüncü kişilere satmak suretiyle hem inşaatı tamamlamak için sermaye hem de kâr elde etmektedir⁴.

Uygulamada yaygın olarak kullanılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmî şekle tâbidir. Bahse konu sözleşmeye resmiyet kazandıracak makam ise, kural olarak tapu memurudur. Ancak, uygulamada arsa payı karşılığı inşaat

³ Tandoğan, s. 71; Çelik, s. 7; Eren, Özel, s. 873; Yavuz, s. 485; Zevkliler / Gökyayla, s. 19; Gümüş, s. 9; Erman, s. 4-5; Zevkliler / Ertaş / Havuççu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 407.

⁴ Yavuz, s. 554; Erman, s. 1 vd.; Kurşat, s. 7; Yakuppur, s. 190; Akıncı, B., Temerrüt, s. 14.

sözleşmesinin tapuda yapılmasına hemen hemen hiç rastlanmaz. Dolayısıyla, bahsi geçen sözleşmenin düzenleme şeklinde noterde yapılması gerekmektedir (TMK. m. 706, TBK. m. 237, Tapu Kanunu m. 26 ve Noterlik Kanunu m. 60, 89)⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli, karşılıklı borç doğuran, satış ve eser sözleşmelerinden unsurlar taşımakla birlikte, bu sözleşmelerin bağımsız özelliklerini kaybettikleri bir karma sözleşmedir⁶. Yargıtay'ın bir içtihadı birleştirme kararında⁷ belirtildiği gibi, bu sözleşmeler, "geçici-sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır⁸.

2) Sözleşmenin Düzenleme Biçimleri

Tarafların arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini çeşitli kapsam ve türde düzenlemeleri mümkündür. Bu durum, sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olmasına engel değildir; aksine, sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur⁹.

a) Arsanın Tamamının veya Belli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bir kısmı, arsanın tamamının başlangıçta yükleniciye devredilmesi suretiyle yapılmaktadır. Bu ihtimalde, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki sözleşmede, arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümler, bunların nitelikleri, inşaatın süresi gibi hususlara da yer

⁵ Sarı, s. 279 vd.; Erman, s. 17 vd.; Yener, s. 372; Şahin, s. 120-121.

⁶ Eren, Borçlar, s. 208; Akıncı, Ş., Borçlar, s. 64; Şahin, s. 102, dpn. 334; Tandoğan, s. 71; Eren, Özel, s. 873; Yavuz, s. 485; Zevkliler / Gökyayla, s. 19; Gümüş, s. 9; Erman, s. 4-5; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalioğlu, s. 407.

⁷ YİBK. T. 25.01.1984, E. 1983-3, K. 1984-1 "İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak «ani edimli» sözleşmeler gurbunda mütalâa edilmekte ise de istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri «geçici - sürekli karmaşığı» bir özellik taşımaktadır..."(YKD. C.X, S. 4,Nisan 1984, s. 501 vd.) (RG. T. 15.12.1984, S. 18606).

⁸ Ancak, bu konu doktrinde tartışmalı olup, ayrıntılı bilgi için bkz. Gönen, s. 20 vd.; Şahin, s. 103 vd.

⁹ Erman, s. 11; Coşkun, s. 28.

verilmektedir. Bahse konu ihtimalde, arsa üzerinde kat irtifakı kurulması gerekli değildir¹⁰.

Arsa sahibi, sözleşmede öngörülen belli arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye tapuda devretmiş de olabilir. Bu takdirde, arsa sahibi kat irtifakı kurulmuş olan arsasından ileride meydana gelecek bağımsız bölümlere özgülenen belli (bağlı) payların mülkiyetini tapuda yükleniciye devretmektedir. Dolayısıyla, arsa sahibi arsa paylarının mülkiyetini başlangıçta yükleniciye devretmek suretiyle edimini ifa etmiş olmaktadır. Ayrıca, bu durumda, arsa sahibi lehine yükleniciye devredilen arsa veya arsa payları üzerinde ipotek konulabilmektedir. İnşaat belirli seviyeye ulaştıkça bu ipotek de kısım kısım kaldırılmaktadır. Böyle bir uygulama, daha ziyade, arsada kat irtifakı kurulmadığı takdirde ve arsa sahibinin bu tarz yükümlülüklerini azaltmak amacıyla tercih edilmektedir¹¹.

Arsa paylarının yükleniciye devri satış şeklinde gösterilmiş olabilir. Ancak, böyle bir durumda dahi devir işleminin sebebi taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Dolayısıyla, tapuda satış olarak gösterilmesine rağmen, devir ile inşaat sözleşmesinin bir arada ve bütün olarak değerlendirilmesi uygun olur¹².

b) Arsa Paylarının İnşaatteki Aşamaya Göre Kısım Kısım Devri

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kimi zaman arsa paylarının inşaatteki aşamaya göre devrinin gerçekleştiği görülmektedir. Bu durumda, satış veya satış vaadinden bahsedilmeksizin hangi pay veya bölümlerin yükleniciye, hangilerinin iş sahibine ait olacağı belirlenmektedir. Arsa sahibinin arsa paylarını başlangıçta yükleniciye devretmeyip, kendisinde tutması menfaatine daha uygun bir koruma sağlamaktadır¹³.

Arsa sahibi, böyle bir sözleşme ile yükleniciye bırakılan payların, inşaatın belli aşamalara ulaşması durumunda üçüncü kişilere satış için vekâletname (temsil yetkisi) vermeyi de üstlenmektedir. Bu sayede, yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine ait olacak arsa paylarını üçüncü kişilere satmaktadır. Her ne kadar bu durumda satış sözleşmesinde yüklenici,

¹⁰ Erman, s. 11-12; Coşkun, s. 28.

¹¹ Yavuz, s. 488; Erman, s. 12; Coşkun, s. 29.

¹² Erman, s. 13.

¹³ Yavuz, s. 488; İnal, s. 372; Erman, s. 14-15; Coşkun, s. 30-31.

arsa sahibinin vekili (temsilcisi) olarak gözüke de, satış bedeli kendisine ödenmekte ve dolayısıyla aslında satıcı kendisi olmaktadır¹⁴.

c) Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaad Etmesi ve Yüklenicinin İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi Suretiyle Gerçekleştirilmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin paylarının satışını vaad etmesi ve yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt etmesi suretiyle gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu durumda, malik, belli arsa paylarının satışını vaad etmektedir. Buna karşılık, yüklenici de, bağımsız bölümlerin yapımını taahhüt etmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulamada en çok bu şekilde gerçekleştirilmektedir¹⁵.

Bahse konu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde hem taşınmaz satış vaadi hem de inşaat yapımı öngörülmektedir. Dolayısıyla, bu tür sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Gerçekten de, bir yandan, arsa paylarının satışını vaad edilirken bir taşınmaz satış vaadi, diğer yandan da inşaatın yapımı suretiyle bir eser sözleşmesi yapılmaktadır. Böylece, her iki sözleşme bir arada düzenlenmektedir¹⁶.

3) Yüklenicinin Sözleşmeden Doğan Hakkını Üçüncü Kişilere Devretme Biçimleri

Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerini yerine getirdiği takdirde kişisel bir hak kazanır. Bu kapsamda, yüklenici, kendisine düşeceği önceden belirlenmiş olan bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarının tapuda kendi adına tescilini talep edebilir. Bunun gibi, yüklenicinin sahip olduğu hakkını üçüncü kişilere devretmesi de mümkündür. Bu devrin hukukî niteliği ise alacağın devridir (TBK. m. 183 vd.). Dolayısıyla, yüklenici, yazılı olmak suretiyle arsa sahibinin rızası gerekmeksizin bu kişisel hakkını üçüncü kişilere devredebilir (TBK. m. 183/1). Böylece, yükleniciye düşen bağımsız bölüm ve arsa payının mülkiyetinin devredilmesini isteme hakkı üçüncü kişiye geçer¹⁷.

Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile meydana getirmeyi taahhüt ettiği inşaattan, ileride kendisine düşecek bağımsız bölümlere dair

¹⁴ Erman, s. 14.

¹⁵ Yavuz, s. 489; İnal, s. 372-373; Erman, s. 15; Coşkun, s. 31-32.

¹⁶ Yavuz, s. 489; Erman, s. 15; Coşkun, s. 31-32.

¹⁷ 4. HD. T. 31.1.2002, E. 2002/276, K. 2002/549 (KBİBB.); Çelik, s. 37 vd.; Yener, s. 373-374.

taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de yapabilir. Yüklenicinin bu vaadini çeşitli biçimlerde yapması mümkündür. Meselâ, yüklenici, üçüncü kişiye bağımsız bölümün arsa payı üzerinden satışını vaat edebilir. Arsa sahibi, aralarındaki anlaşmaya göre inşaatın başında yüklenicinin edimine karşılık tapuda arsanın belli oranda payını yüklenici adına tapuda tescil ettirmiş olabilir. Bu ihtimalde, yüklenici kendisine düşen arsa paylarını ileride inşaatın bitiminden sonra kendisine ait olacak bağımsız bölümlerle denkleştirerek üçüncü kişilere satmayı vaat edebilir. Başka bir misal ise, taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulduğu ve yükleniciye kalacak bağımsız bölümlere ait irtifaklı arsa payları devredildiği durumda söz konusu olur. Bu halde, yüklenici, bahse konu arsa paylarını üçüncü kişilere satmayı vaat edebilir. Her iki ihtimalde de taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçerli olur¹⁸.

III. MESELENİN ORTAYA KONULMASI

Yukarıda açıklandığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye, tapuda bu sözleşmeden dolayı kendine düşecek payları üçüncü kişilere devretme imkânı tanınmaktadır. Zira yüklenici daha inşaat tamamlanmadan kendine düşecek payları satarak sermaye elde etmektedir. Hatta günlük dilde temelden girme veya inşaattan girme olarak adlandırılan bu uygulamalar, inşaat tamamlandığında daha yüksek bir bedele ulaşacak bağımsız bölümü, daha düşük bir fiyatla satın alma imkânı sağladığı için toplumda tercih edilen bir yoldur. İnşaat tamamlanıp arsa sahibi ve yüklenici edimlerini yerine getirdiğinde, yükleniciden pay devralmış üçüncü kişilerin bağımsız bölümün mülkiyetini kazanmaları konusunda herhangi bir sorun çıkmamaktadır. Ancak, yüklenici edimini yerine getirmese, yani binayı tamamlamazsa ve bu sebeple sözleşme sona ererse, yükleniciden arsa payını veya kısmen tamamlanan binada bağımsız bölümü devralmış olan üçüncü kişilerin durumu ne olacaktır? Üçüncü kişilerin tapuda yapılan devirle elde ettikleri bu hakları korunacak mı, yoksa arsa sahibine geri mi dönecektir? Anayasa Mahkemesi'nin inceleme konusu kararında¹⁹, Yargıtay uygulaması benimsenmekte ve arsa sahibinden yana tavır alınmaktadır. Bu çerçevede öncelikle -Anayasa Mahkemesi kararında da yapıldığı gibi- Yargıtay'ın bu konudaki uygulaması değerlendirilmiş, ardından kendi görüşümüz ortaya konulmuştur.

¹⁸ Erman, s. 183 vd.; Çelik, s. 43 vd.

¹⁹ RG. T. 27.9.2017, S. 30193.

IV. YARGITAY UYGULAMASI

1) Uygulama

Her şeyden önce, mesele hakkında Yargıtay'ın 25.1.1984 tarihli ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı önem arz etmektedir. Buna göre, eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi sebebiyle sözleşmenin iş sahibi (arsa sahibi) tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak BK. m. 106-108 (TBK. m. 123-125) hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğine; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, TMK. m. 2 hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir. Böylece, Yargıtay'ın doktrindeki her iki görüşün²⁰ ortasında bir çözümü tercih ettiği söylenebilir²¹. O halde Yargıtay kararlarında benimsenen husus, kural olarak dönmenin geçmişe etkili sonuçlar doğurmasıdır. Böylece taraflar karşılıklı ifa yükümlülüklerinden kurtulup, daha önce ifa ettikleri edimleri birbirlerinden geri isteyebilirler (TBK. m. 125/III). Buna karşılık, dürüstlük kuralının haklı gösterdiği durumlarda sözleşmenin ileriye etkili feshi kabul edilmektedir. Özellikle inşaatın belirli seviyeye ulaştığı durumlarda, geriye etkili dönme haksız sonuçlar doğurabilir. Bunu bertaraf etmek, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshi ile mümkün olur. Yargıtay'ın son dönemdeki kararlarında, temerrüde düşen yüklenicinin, arsa sahibinin fesih hakkını kullanması durumunda, ileriye etkili feshin sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az % 90 seviyeye ulaşmış olması gerektiğini aradığı görülmektedir²². Bu oranın tespitinde inşaatın fizikî olarak tamamlanma oranına bakılmaktadır²³.

20 Eser sözleşmesinin kural olarak ani edimli olmasına rağmen, aynı zamanda sürekli edimli sözleşme özelliği taşıyan yanı bulunduğunu, bu sebeple ani sürekli karması bir borç ilişkisi doğurduğunu kabul eden görüşe göre, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi ileriye etkili sonuç doğurur. Dolayısıyla, yüklenici de bedelin yaptığı işle orantılı kısmını talep edebilir. Erman, s. 110-111. İkinci görüşteki yazarlar eser sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi olduğunu kabul ettikleri için, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin de geçmişe (geriye) etkili sonuç doğuracağı kanaatindedirler. Tandoğan, II, s. 147 vd.; Öz, Dönme, s. 211, 220.

21 Erman, İnşaat, s. 5; Borçlu temerrüdü hakkında ayrıca bkz. Kizir, s. 70 vd.

22 15. HD. T. 04.06.1998, E. 2081, K. 2403 (Sütçü, s. 959).

23 15. HD. T. 18.3.2008, E. 2007/2159, K. 2008/1743 (KBİBB.); 15. HD. T. 14.1.2004, E. 2003/3057, K. 2004/88 (KBİBB.); 15. HD. T. 30.5.2008, E. 2008/362, K. 2008/3514 (KBİBB.); Kurt, s. 375.

Bahsi geçen İctihadı Birleştirme Kararı'nda sözleşmeden dönülmesinin taraflar arasındaki ilişkiyi nasıl etkileyeceği çözüme kavuşturulmaya çalışılırken, bu esnada mevcut sözleşmeye istinaden hak kazanan üçüncü kişilerin durumunun ne olacağına değinilmemiştir. Bu İctihadı Birleştirme Kararı'nda tartışılmamış olsa da üçüncü kişilerin durumu, uygulamadaki ihtilaflarda önemli bir yer tutması sebebiyle pek çok Yargıtay kararına ve yukarıda zikrettiğimiz Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur.

Yargıtay, yükleniciye düşecek payların tapuda üçüncü kişiye devredilmesinde, üçüncü kişinin arsa malikinden tescil talebinde bulunabilmesini yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmesine bağlamaktadır²⁴. Eğer üçüncü kişi lehine tapuda devir gerçekleşmişse (yükleniciye düşecek paylar kısmen veya tamamen devredilmişse), yüklenici edimini yerine getirmeyip, temerrüde düştüğü takdirde arsa sahibinin, yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye istinaden üçüncü kişi lehine gerçekleşen tapu devirlerinin iptalini ve yeniden kendi adına tescili (tapu sicilinin düzeltilmesi) talebini kabul etmektedir²⁵. Tapuda devir yapılmasına rağmen, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde, arsa sahibi sözleşmeden döndüğünde artık tapuda yapılan devrin sebebi ortadan kalkar ve kayıt yolsuz tescil haline gelir. Avans niteliğindeki bu paylar, yüklenici temerrüde düştüğünde arsa sahibi tarafından geri istenebilir. Yüklenici ile bağımsız bölüm almak üzere sözleşme yapan üçüncü kişiler, tapuda yapılan devre rağmen bu payları arsa sahibine iade etmek zorundadır. Bu durumda üçüncü kişiler için TMK. m. 1023 uygulanamaz. Zira üçüncü kişiler yüklenicinin halefidir. Bu sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden yapıldığını, yüklenici inşaatı tamamladığında bağımsız bölümü alabileceğini bilirler veya bilmeleri gerekir²⁶. Bu sebeple TMK. m. 1023 hükmünün uygulanması için aranan iyiniyet şartı, üçüncü kişi açısından

²⁴ 23. HD. T. 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640 (KBİBB.); 23. HD. T. 9.5.2017, E. 2016/6432, K. 2017/1407 (KBİBB.).

²⁵ 15. HD. T. 27.9.2010, E. 2009/4222, K. 2010/4818 (KBİBB.); 15. HD. 04.03.2005, E. 3299, K. 1234 (Kostakoğlu, s. 1216); 15. HD. T. 1.6.2004, E. 2003/6241, K. 2004/3055 (KBİBB.); 15. HD. T. 6.5.2003, E. 2002/6192, K. 2003/2460 (KBİBB.).

²⁶ 15. HD. T. 15.11.1993, E. 1992/6469, 1993/4599 (KBİBB.); 15. HD. T. 24.6.1998, E. 1998/2147, K. 1998/2779 (KBİBB.).

gerçekleşmemektedir²⁷. Hatta üçüncü kişi, yükleniciden devraldığı payı, başka kişiye satarsa o kişi için de TMK. m. 1023'ün şartları oluşmaz. Aynı şekilde yüklenici arsa sahibinin kendisine verdiği vekâletname uyarınca üçüncü kişilere tapuda arsa payı devretmiş olsa bile temerrüt sebebiyle arsa sahibi sözleşmeden döndüğünde işlem sebepten yoksun hale gelir. Böylece Yargıtay, sözleşmeden dönmenin kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurduğunu, tarafların iade borçlarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceğini, yükleniciye devredilen arsa paylarının tapudaki kayıt yüklenicinin üstünde olmasa bile (üçüncü kişinin veya onun devrettiği kişinin üstünde olsa bile) arsa sahibi tarafından, mülkiyetin iadesi için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabileceğini kabul etmektedir²⁸.

Üçüncü kişilere yüklenici tarafından tapuda yapılan arsa devirleri, arsa sahibinin verdiği vekâlete dayanıyor olsa bile Yargıtay, yapılan devirleri aynı gerekçelerle geçerli kabul etmemektedir. Üçüncü kişi devraldığı payı, bir başka kişiye satmış olsa bile temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönüldüğünde arsa sahibinin o kişiye karşı da tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceğine hükmedilmektedir. Gerçekten de, Yargıtay²⁹, böyle bir somut olayda, üçüncü

²⁷ HGK. T. 23.5.2001, E. 2001/1-422, K. 2001/434 (KBİBB.); 23. HD. T. 14.1.2013, E. 2012/5665, K. 2013/2 (KBİBB.); 15. HD. T. 1.6.2004, E. 2003/6241, K. 2004/3055 (KBİBB.); 15. HD. 15.11.1993, 6469/4599 (Sütçü, s. 1281).

²⁸ 15. HD. T. 07.03.2008, E. 709, K. 486; 15. HD. T. 25.01.2010, E. 4989, K. 218 (Coşkun, s. 132, 133).

²⁹ 15. HD. T. 27.10.2005, E. 2005/375, K. 2005/5775, "...Davacı ile davalılardan İ.Y. arasında 12.9.1997 tarihli re'sen düzenleme şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığı, davacının davalıya finans kolaylığı sağlamak amacıyla tapuda devir yetkisini de içeren vekâletname verdiği ve davalı İ.'nin bu vekâletnameye dayanarak diğer davalılara pay satışı yaptığı anlaşılmalı olmakla yapılan satışın yükleniciye kalan bölümlere ilişkin olduğu açıktır. Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için kendi edimi olan binayı ikmal ve teslim borcunu yerine getirmesi gerekir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde, BK'nın 358. maddesi uyarınca, arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteme hakkı doğar. Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerinde olan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. İnşaattan daire satın alan kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden almış olduğu vekâletnameye dayanarak yapmış olması ya da tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonuca etkili değildir. Yerleşmiş Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Davadan önce Gaziosmanpaşa 3. Asliye Hukuk

kişilerin lehine olan tescilin yolsuz olduğuna, dolayısıyla da iyiniyetlerinin korunamayacağına hükmetmiştir³⁰.

Sözleşmeden dönülmesi halinde üçüncü kişi arsa payını tapuda devir olsa bile iyiniyetli olduğunu arsa sahibine karşı ileri sürmesine imkan vermez. Arsa sahibi, üçüncü kişiye karşı tapu iptal ve tescil davası açabilir. Bu durumda üçüncü kişinin yapabileceği şey, bağımsız bölümü arsa sahibine iadesi sebebiyle uğradığı zararı, yükleniciden talep etmektir. Yüklenici de dönme halinde, arsa sahibinden arsa paylarının devrini isteyemez, sadece sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca arsa sahibinin malvarlığında yaptığı inşaatlardan dolayı meydana gelen artışın para olarak iadesini isteyebilir³¹.

Yargıtay, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurmasını kabul etmekle³² birlikte, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK. m. 2. hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuçlar doğurabileceğini öngörmektedir³³. Bu şekilde belirli bir aşamaya (%90 ve üstü) gelen inşaat, yüklenici temerrüde düştüğünde, arsa sahibi ileriye etkili olarak sözleşmeyi feshedebilmektedir³⁴. Fesih ileriye etkili olduğunda yüklenicinin iş devam

Mahkemesinin 2002/129 Değişik İş sayılı dosyası ile yaptırılmış olan tespit raporu ile daha sonra alınan bilirkişi raporlarında, davalı yüklenicinin belediyeden ruhsat almadan kaçak olarak bodrum katı kaba inşaat olarak yaptığı, zemin kat kolon betonarmesini ikmal ettiği, daha sonra kaçak olarak yapılan bu kısımların da yıkıldığı açıklanmıştır. Bu durum karşısında, yapılan işin seviyesi dikkate alındığında, 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, akdin ileriye etkili sözleşmenin geriye etkili olarak feshedilmiş olmasında usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Sözleşme geriye etkili olarak feshedilmiş olmakla, yükleniciye önceden ödenen iş bedelinin iadesi gerekir. Davada bu iş bedeli arsa payı devri karşılığı olarak yapılmış olduğundan, iade de bu paya ilişkin olacaktır...” (KBİBB.).

³⁰ Hâlbuki, Şahin'e göre, payın devralındığı tarihte vekâletname geçerli olduğu için burada arsa payını devralan üçüncü kişi malik olmuştur. Bkz. Şahin, s. 288-289. Ayan ise, aynı sonucu temsil yetkisinin soyutluğundan hareketle kabul etmektedir. Bkz. Ayan, s. 302, dpn. 536.

³¹ 14. HD. T. 13.05.2010, E. 4902, K. 5603.(KBİBB.).

³² 14. HD. T. 14.2.2008, E. 2008/192, K. 2008/1692 (KBİBB.); 15. HD. T. 1.10.2004, E. 2004/4730, K. 2004/4801 (KBİBB.).

³³ 15. HD. 1.5.2006, 756/2546 (Sütçü, s. 1298).

³⁴ 15. HD. T. 14.01.2004, E. 2003/3057, K. 2004/88 "...Sözleşmenin feshi geriye dönük etkili olur. Taraflar arasındaki ilişki ilk haline döner. Bir başka anlatımla, hiç sözleşme kurulmamış gibi olur. Bu durumda taraflar birbirlerinden aldıklarını geri vermekle

borcu sona ererken aynı zamanda alacağı arsa payı bu oranda indirilmiş olur. Eğer baştan alacağı arsa payının tamamı kendisine devredilmişse hak ettiğiinden fazlası tamamlama oranında geri alınır³⁵. İleriye etkili fesihte, yüklenici inşaatı getirdiği fiziki orana uygun bağımsız bölümün tapusunu isteyebileceği için üçüncü kişiye yapılan ve bu fiziki orana uygun olan devirler geçerlidir³⁶.

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tapuda işlem yapılmadan üçüncü kişilere harici satış yapılmasını yüklenicinin kişisel hakkının devri saymaktadır. Böylece, bu tarz sözleşmeler, geçerliliği bakımından adi yazılı şeklin (TBK. m. 184) yeterli olduğu alacağın devrine (temlikine) dahil kabul edilmektedir (TBK. m. 182). Üçüncü kişilerin bu devre istinaden yüklenicinin haklarından yararlanabilmeleri için yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini yerine getirmesi gerekir. Yüklenici edimini yerine getirmeden arsa sahibinden arsa payının devrini isterse TBK. m. 97 uyarınca ödemezlik def'i ile karşılaşır. Arsa sahibi bu def'i hem yükleniciye hem de üçüncü kişiye karşı ileri sürebilir. Zira arsa sahibi, alacağın devri ile alacağı devralan kişiye, yükleniciye karşı ileri sürebileceği def'i ve itirazları ileri sürebilir³⁷ (TBK. m. 188).

Yükleniciye kalan bağımsız bölüm veya bölümlerin tapuda doğrudan arsa sahibi tarafından üçüncü kişilere devredilmesiyle de uygulamada sıkça

yükümlüdürler. Bu kuralın bir istisnası kat karşılığı inşaat sözleşmeleriyle ilgili 25.01.1984 gün ve E. 3 K. 1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla getirilmiştir. İnşaatın büyük oranda tamamlanması (% 90 üzerinde) durumunda Medenî Kanununun 2. maddesi hükmünce akdin ileriye dönük feshi kabul edilebilir. Bundan amaç, yüklenicinin hak ettiği oranda tapu payını elde edebilmesidir..." (<http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=54698>); 15. HD. T. 18.3.2008, E. 2007/2159, K. 2008/1743 (KBİBB.); 15. HD. T. 14.1.2004, E. 2003/3057, K. 2004/88 (KBİBB.); 15. HD. T. 30.5.2008, E. 2008/362, K. 2008/3514 (KBİBB.).

³⁵ Öz, İnşaat, s. 182.

³⁶ 23. HD. T. 31.03.2016, E. 10445, K. 2017 "...Fesih ileriye etkili sonuçlar yaratacak şekilde yapılmış veya bunun koşulları oluşmuş ise feshin doğal sonucu olarak yapılacak tasfiye işlemi yüklenici eserin getirildiği fiziki seviyeye uygun bağımsız bölün tapusunu isteyebilir... Burada arsa sahibi yüklenicinin gerçekleştirdiği inşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru nedeniyle uğradığı zararın ödenmesini de ister..."; 15. HD. T. 16.01.2009, E. 69, K. 103; 15. HD. T. 07.04.2004, E. 4795, K. 1968 (Coşkun, s. 159).

³⁷ 14. HD. 13.05.2010, E. 4902, K. 5603; HGK. T. 21.01.2009, 817/19 (KBİBB.); 14. HD. T. 30.6.1987, 4792/5647 (YKD., S. 1, 1988, s. 79-80); 14. HD. T. 11.3.1986, 5387/1644 (YKD., s. 11, 1986, s. 1673).

karşılaşmaktadır. Bu uygulamanın sebebi ise, özellikle gelir veya kurumlar vergisi, KDV, tapu harçları gibi mali yükümlülüklerden kurtulmaktır³⁸.

2) Yargıtay Kararlarındaki Karşı Oy Gereçekleri

İlk olarak, TMK. m. 1023'deki iyiniyet unsurunun üçüncü kişilerde bulunamayacağından hareket eden Yargıtay'ın yaklaşımı, bazı karşı oy gerekçelerinde eleştirilmektedir. Gerçekten de, Yargıtay'ın³⁹ konuya ilişkin bir kararındaki muhalefet şerhine göre, yükleniciden arsa payı veya bağımsız bölüm satın alan iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımlarının tapuya güven ilkesi gereğince korunması gerekir. Üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunun ispatlanması halinde ise bu ilkeden istifade edilemez. Bununla beraber, yüklenici adına yapılan tescil işlemini mutlak surette yolsuz tescil olarak değerlendirmek, toplumda telafisi mümkün olmayan zararlara yol açar. Dolayısıyla, aksi ispat edilmedikçe yaptığı araştırma sonucunda tapu kaydının yüklenici adına olduğunu tespit eden birinin iyiniyetli olmadığını söylemek mümkün değildir. Bu sebeple, böyle bir kişinin kazanımının TMK. m. 1023 hükmü gereğince korunması gerekir.

Keza, Yargıtay'ın mağduru değil de, kendisini farklı imkânlarla koruyabilecek durumda olan arsa sahibini koruyucu kararlarında da bunu eleştiren muhalefet şerhleriyle karşılaşmaktadır. Nitekim, yukarıda

³⁸ Bkz. 15. HD. T. 10.5.2011, E. 2010/1404, K. 2010/2835 (Sütçü, s.107-108); 1. HD. T. 31.3.2004, E. 2004/3324, K. 2004/3631, "...Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; çekişmeli 27 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bina inşa edilmek üzere davacının davalılardan yüklenici Yaşar ile 3.4.2000 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığı, bilahare taşınmazda 14.9.2000'de kat irtifakı tesis edildiği, davalılarında kat irtifakı kurulan taşınmazdaki 1, 2, 3 ve 5 nolu bağımsız bölümler karşılığı pay satın aldıkları görülmektedir. Daha sonra kayıt maliki davacının yüklenici ile aralarında mevcut inşaat sözleşmesini onunla anlaşmak suretiyle 27.8.2001 tarihinde karşılıklı olarak feshettikleri anlaşılmaktadır. Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir. Öyle ise, arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kalmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir...", (KBİBB.). Yargıtay'ın bu kararındaki yorumunun isabetli olduğu görüşü için bkz. Ayan, s. 303, dpn. 536; Şahin, s. 289.

³⁹ 23. HD. T. 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640 (KBİBB.).

bahsedilen muhalefet şerhinin⁴⁰ devamına göre, risk almak istemeyen arsa sahibi, tapudaki devrin sözleşme sebebiyle yapıldığını tapunun beyanlar hanesine şerh vermek suretiyle üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını bertaraf edebilir. Bu imkândan kaçınan bir arsa sahibinin iyiniyetli üçüncü kişiler karşısında, onların zararına sebep olacak tarzda korunması menfaatler dengesine aykırı düşer. Keza, böyle bir yaklaşım, tapuya güven ilkesine de aykırı niteliktedir. Üstelik, aynı muhalefet şerhinin devamında haklı olarak belirtildiği üzere, Yargıtay'ın konuya ilişkin yerleşik uygulaması, çok uzun süredir mala malik olan üçüncü kişileri de mağdur etmektedir. Gerçekten de, buna göre, *"...Davalılardan ... dışındaki tüm davalılar hisse veya bağımsız bölümlerini yüklenicinin satış yaptığı üçüncü kişilerden satın almışlardır. Yani dördüncü kişi durumundadırlar. Sözleşme tapuya tescil edilmemiştir. Davalıların kötüniyetli oldukları davacı tarafından ispat edilememiştir. Dava konusu B blok % 93.17 oranında tamamlanmıştır. Davalılar uzun süreden beri satın aldıkları bağımsız bölümlerinde oturur vaziyettedir. Hal böyle olunca yukarda izah edilen temel ilkeler gereğince tüm davalıların TMK'nın 1023. maddesi çerçevesinde "tapuya güven" ilkesinden yararlanmaları kanuni zorunluluktur..."*.

Nihayet, diğer bir Yargıtay kararında arsa sahibi lehine tapu iptal ve tescile hükmedilmiş, üçüncü kişi yükleniciden ödediği bedeli istemiş, ancak yüklenicinin aceze düştüğü için zararını karşılayamaması üzerine arsa sahibine karşı bedelin iadesi için açtığı dava reddedilmiştir. Ancak karşı oy yazısında arsa sahibinin de sebep sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir⁴¹.

⁴⁰ 23. HD. T. 1.6.2017, E. 2017/1583, K. 2017/1640 (KBİBB.). Aynı görüşteki başka bir muhalefet şerhi için bkz. 23. HD. T. 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593, (KBİBB.).

⁴¹ HGK. T. 28.03.2001, E. 2001/13-200, K. 2001/286, *"Davalı arsa sahibi öncelikle 7.1.1991 tarihinde dava dışı yüklenici ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaparak kurucu bir akit düzenlemiştir. Bu akit ön akit mahiyetinde olup yeni sözleşmelere yetki vermektedir. Nitekim müteahhidin davacıya satış vaaında bulunması da bunun bir sonucudur. O halde davalı arsa sahibi müteahhidin arsa ile ilgili işlemlerine icazet vermiş ve muvafakatname ile bu icazetini perçinlemiştir. Arsa sahiplerinin sorumluluğunu gerektiren diğer bir husus da özen eksikliğidir. Arsa sahiplerinin çeşitli yetkilerle donattığı müteahhidi seçerken Bayındırlık Bakanlığından müteahhitlik karnesinin olup olmadığını soruşturması gerekir. Zira o karne, müteahhidin o güne kadar yaptığı iş kapasitesini gösterir... Dava konusu işte olduğu gibi arsa sahibi satın alanın zararına sebep olmuştur. O halde sebep sorumluluğunu yüklenmiştir. Bu tip sorumluluk, her ne kadar "kusur sorumluluğu" başlığı altında toplanıyorsa da kusur*

V. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINDAKİ KARŞI OY GEREKÇESİ

Karşı oy yazısında, olaydaki üçüncü kişilerin (yükleniciden bağımsız bölüm alan kişiler), inşaatın yapılmasından ve bağımsız bölümlerin kullanılmaya başlanılmasından yıllar sonra tescilin yolsuz olup olmadığını bilemeyeceği, buradaki menfaat çatışmasında arsa sahibinin mi üçüncü kişinin mi tercih edileceğinin hangi tarafın daha iyiniyetli olduğuna bağlı bulunduğu belirtilmiştir. Arsa sahiplerinin, binanın projesi ve yapı kullanım izni alamayacağını bilmelerine rağmen yükleniciye tapuda arsa payı devredip, onun üçüncü kişilere yaptığı devirlere ses çıkarmamaları, bina ekonomik ömrünü tamamlayıp arsa olarak daha fazla değer kazanmaya başladığında dava açmaları iyiniyetli olmadıklarının göstergesi olarak kabul değerlendirilmiştir. Arsa sahiplerinin başkalarına zarar vermek amacıyla olmasa bile kazanç sağlamak amacıyla dava açtıkları, üstelik somut olay bakımından üçüncü kişilerin yükleniciye karşı olan taleplerinin zamanaşımına uğramış olma ihtimali ifade edilerek karara muhalif kalındığı belirtilmiştir.

aranmaz, kusurun yerini tasarrufları araştırma ve objektif özen borcunun eksikliği dolayısıyla meydana gelen "sebebe" unsuru alır. Davalı arsa sahiplerinin gereken özeni göstermeden davalı müteahhit ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapması ve satış yetkisi vermesi sebebe sorumluluğunun tipik örneğidir... Bu tip sözleşmelerin akdinden sonra müteahhitlerin inşaatı yarıda bırakması ve aciz içine düşmesi olağan hale gelmiştir. Bu hal de arsa sahiplerinin özen borcuna ne kadar çok dikkate etmeleri gerektiğinin ispatıdır. Meydana gelen bu üçlü hukuki işlemde, eğer müteahhidin ekonomik gücü ve tecrübesi yeterli olsa idi inşaat tamamlanacak ve zarar meydana gelmeyecektir. Yarım kalan inşaat sebebiyle satın alanların zararını karşılayacak olan kişi sözleşmenin tarafı olarak müteahhittir bunda hiç şüphe olmaz. Ne var ki müteahhit acze düşer ve tahsil edecek hiçbir şeyi kalmazsa satın alan buna tek başına mı katlanacaktır?...O halde satın alan kişi olan davacı, davalı arsa sahibinden onun mamelekine geçen zenginleşmeyi sebepsiz zenginleştiği oran nispetinde isteyebilir." (Coşkun, s. 157, 158).

VI. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erdirilmesinin sonuçları doktrinde tartışmalıdır⁴². Gerçekten de, bir görüşe⁴³ göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, 25.01.1984 tarih 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da belirtildiği üzere "geçici-süreklî karmaşığı" bir sözleşme özelliği taşıyor ve kural olarak ileriye etkili olarak feshedilebilir. Fesih tarihine kadar yerine getirilen edimler geçerli olduğu için üçüncü kişiler aynı hak iktisaplarını gerçek malikten elde etmiş olmaktadır. Arsa sahibinin, yükleniciye devrettiği arsa payları, geçerli bir hukukî sebebe dayanmaktadır ve yüklenici adına yapılan tescil geçerlidir. Yüklenicinin kendisine düşen edimi yerine getirmemesi sözleşmeye aykırılık teşkil eder; ancak, bu, tapudaki kaydı yolsuz hale getirmez. Sözleşmenin geçersiz hale gelmesiyle sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade gerçekleşir. Burada arsa sahibinin açacağı dava tapu iptal ve tescil davası, yolsuz tescil sebebiyle mülkiyet hakkına dayanan bir istihkak davası değil, hukukî sebebin geçersiz olmasına dayanan bir istirdat davasıdır⁴⁴.

⁴² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin bahse konu tartışma bakımından dönmenin hukukî niteliğine ilişkin tartışma da önemlidir. Dönmenin hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar hakkında bkz. Eren, Borçlar, s. 1291; Oğuzman/Öz, I, s. 511 vd.; Akıncı, Borçlar, s. 293, dnp. 8.; Buz, s. 118 vd.; Öz, Temerrüt, s. 34 vd. Serozan, Dönme, s. 59 vd. Bu hususta doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlardan Klâsik görüşe göre dönme, sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran bir sebeptir. Ayrıca aynı görüşe göre dönme, niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla sözleşme ortadan kalktıktan sonra, tarafların o ana kadar ifa edilmemiş edimleri talep etme hakları sona ererken, yerine getirilmiş edimlerin ise iade edilmeleri gerekir. Bkz. Öz, Temerrüt, s. 138 vd.; Serozan, Dönme, s. 59 vd.; Eren, Borçlar, s. 1290-1291; Buz, s. 118-119; Akıncı, Ş., Borçlar, s. 293, dnp. 8. Hâlbuki, yeni dönme görüşüne göre sözleşme ilişkisi, dönme ile birlikte geçmişe etkili bir şekilde ortadan kalkmayıp, onun muhtevası değişikliğe uğrar. Zira bu görüşe göre dönme değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Bu sebeple, dönmenin etkisi de geçmişe değil, geleceğe yönelik olarak gerçekleşir. Dolayısıyla, dönme ile birlikte taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurulmuş olur. Böylece dönme halinde henüz ifa edilmemiş edimler sona erer ve artık talep edilemezken, önceden ifa edilen edimleri geri verme borcu ise sözleşme ilişkisinden doğar. Öz, Temerrüt, s. 136-137; Eren, Borçlar, s. 1291; Oğuzman/Öz, I, s. 515-516; Serozan, Dönme, s. 68 vd.; Buz, s. 123 vd.; Akıncı, Ş., Borçlar, s. 293, dnp. 8. Ayrıca doktrinde kanunî borç ilişkisi teorisi ve aynı etkili dönme teorisi olarak adlandırılan diğer iki teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, s. 120 vd.

⁴³ Erman, s. 177. Benzer görüş için bkz. İnal, s. 379; 15. HD. T. 15.6.2004, E. 2003/7122, K. 2004/3341 (KBİBB.); 15. HD. T. 3.10.2002, E. 2002/1785, K. 2002/4393 (KBİBB.).

⁴⁴ Erman, s. 177; HGK. T. 6.10.1982, E. 1982/15-356, K. 1982/817 (KBİBB.)

Sözleşmenin geriye veya ileriye etkili olması, yükleniciye devredilen payların tamamen veya kısmen iptali yönünden önem taşır, yoksa üçüncü kişileri etkilemez. Arsa sahibi, sözleşmeden dönülse de sözleşme feshedilse de arsa sahibinin taleplerini sonuçsuz bırakmak amacıyla yapmış olmadıkça üçüncü kişiler karşı tapuda devredilen arsa paylarının iadesi için dava açamaz.

Bir başka görüşe⁴⁵ göre sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa kural olarak talepler, sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK. m. 77-82) tâbi olacağı, burada “sona eren sebebe dayanan zenginleşme (condictio ob causam finitam)”nin bulunduğu kabul edilmektedir. Arsa sahibi devrettiği arsa paylarını yükleniciden; yüklenici de inşaat sırasında arsa sahibine kazandırdığı değerleri sebepsiz zenginleşme hükümleri ile isteyebilir. İade kural olarak sebepsiz zenginleşmeye dayanır ancak arsa sahibinin iade talebi bir tescile zorlama davası ile değil, yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile yapılmalıdır. Zira dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkınca yüklenici adına yapılan tescil, yapıldığı andan itibaren yolsuz olur. Arsa sahibi mülkiyeti hiç kaybetmemiş sayılır ve tescilin düzeltilmesi talebini zamanaşımı süresine bağlı olmaksızın ileri sürebilir. Yüklenicinin üçüncü kişilere tapuda devrettiği paylar ise üçüncü kişiler tarafından iyiniyetli olmak kaydıyla kazanılabilir. Ancak bu kişilerin kötüniyetli olduğunu arsa sahibinin ispatlaması gerekir. Yüklenicinin temerrüde düştüğünü, arsa sahibinin sözleşmeden döneceğini bilerek payı devralan ve bu durumun arsa sahibince ispatlandığı hallerde, üçüncü kişi kötüniyetli kabul edilebilir ve TMK. m. 1023’ten yaralanamaz⁴⁶.

Yargıtay’ın kararları incelendiğinde, ikinci görüşe yakın olduğu, sözleşmenin hiç yapılmamış gibi farz edilerek tarafların birbirine verdiklerinin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca isteyebilecekleri, dönme ile tapudaki tescilin yolsuz hale geldiği görüşlerinden anlaşılmaktadır⁴⁷. Ancak Yargıtay, üçüncü kişileri baştan kötüniyetli varsayıp, TMK. m. 1023 hükmünün uygulanmayacağını kabul ederek bu görüşten ayrılmaktadır⁴⁸. Ancak,

⁴⁵ Öz, İnşaat, s. 174; Öz, Dönme, s. 240 vd.

⁴⁶ Öz, Dönme, s. 240 vd.

⁴⁷ 15. HD. T. 28.9.2010, E. 2010/3593, K. 2010/4847 (KBİBB.,4721/m. 1023,1024)

⁴⁸ Yargıtay zamanaşımı konusunda da bu ikinci görüşten ayrılmaktadır. Taleplerin tâbi olduğu zamanaşımı bu görüşte sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi tutulurken, Yargıtay sözleşmeden doğan zamanaşımını uygulamaktadır. Bkz. HGK. T. 2.2.1955, E. 15, K. 14 (Bu karar ve aynı konu hakkındaki diğer kararlar ve değerlendirmeleri için bkz. Buz, s. 130 vd., dpn. 50).

Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, üçüncü kişileri baştan kötünietli kabul etmesi, tapudaki kayda dayanarak hak kazanan üçüncü kişileri korumaması, tapu kütüğünün aleniyeti ve tapuya güven ilkeleri ile iyiniyet gibi medenî hukukun temel ilkelerini farklı yorumlaması ve menfaat dengesi aksini öngörmesine rağmen arsa sahibini korumayı tercih etmesi sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir⁴⁹.

VI. DEĞERLENDİRME

Sözleşmenin geçmişe veya ileriye etkili olmasına bakılmaksızın arsa sahibinin sözleşmenin başında yaptığı tapu devrine istinaden mülkiyeti kazanan yüklenici bu mülkiyeti üçüncü kişilere devrettiğinde, üçüncü kişiler zaten devir anında mülkiyeti kazanırlar. Mülkiyetin kazanıldığı anda yolsuz tescil bulunmadığından, tescilin sonradan yolsuz hale gelmesi de üçüncü kişileri değil sadece arsa sahibi ile yükleniciyi etkileyeceğinden, mülkiyet devir anında üçüncü kişilere geçmiş olur⁵⁰. O halde yüklenicinin temerrüdü sebebiyle arsa sahibi sözleşmeden dönerse üçüncü kişiler bundan etkilenmemelidir⁵¹. Zira üçüncü kişi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin yapıldığı anda tapuda geçerli bir kayıt bulunmaktadır. Tescilin olumlu etkisi sebebiyle bu kayda güvenerek işlem yapanlar, aynı hakkı kazanırlar. Sözleşme geçmişe etkili olarak sona ererse, yani arsa sahibi sözleşmeden dönerse bu yüklenici ile kendi arasındaki sözleşmeyi etkiler, üçüncü kişiye bir etkisi olmaz⁵².

⁴⁹ Öz, İnşaat, s. 175; Erman, s. 178; Coşkun, s. 142 vd.; İnal, s. 378 vd.; Yakuppur, s. 194.

⁵⁰ Erman, s. 177.

⁵¹ Yargıtay'ın arsa sahibinin yükleniciyle aralarındaki sözleşmeye istinaden pay devrini, avans niteliğinde kabul eden görüşü de haklı olarak isabetli bulunmamaktadır. Avansın para borçları için kullanılan bir kavramdır. Burada yükleniciye devredilen para değil, arsa payıdır. Üstelik arsa payı devri, tapuda gerçekleştirilmektedir. Yargıtay'ın bu değerlendirmesinin, bir bakıma arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan nisbi hakkı, tapuda devirle kazanılan aynı hakkın önüne geçirdiği görüşü için bkz. Coşkun, s. 145; Sütçü, s. 1292.

⁵² Bununla birlikte, Yargıtay'ın aksi görüşte olduğu uygulaması için bkz. 15. HD. T. 1.3.2007, E. 2005/8104, K. 2007/1294, "...Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi (dönme), tapu iptali ve tescil istemlerine ilişkindir. Yükleniciden satın alan üçüncü kişilerin satın aldıkları bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için yüklenicinin, öncelikle kendisinin bu bölümlere hak kazanması gerekir. Davalı üçüncü kişiler, yükleniciden bağımsız bölüm satın aldıklarından, yüklenicinin bu durumunu bilmeleri gerekeceğinden, iyiniyet savunmasında bulunamazlar. Bu nedenle, davalılara intikal

Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiğinde (yani inşaatın ulaştığı oran haklı gösterdiğinde) ise o zamana kadar ifa edilen edimler geçerliliğini korumaktadır. Arsa sahibi baştan mülkiyeti devrettiği, yüklenici de kendisine devredilen payı üçüncü kişilere devrettiği için üçüncü kişi tapudaki kayda istinaden zaten mülkiyeti kazanmış olur. Bir başka deyişle sözleşmeye istinaden baştan yapılan devir geçerli bir hukukî sebep teşkil ettiği için yüklenici adına yapılan tescil geçerlidir. Bu tescile istinaden üçüncü kişiye yapılan devir de geçerlidir.

Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibini koruyucu bir tavır sergilemektedir. Üstelik bunu Türk Medenî Kanunu'nun temel düzenlemelerinden bazılarını (TMK. m. 1023, m. 3) farklı yorumlayarak gerçekleştirmektedir. En başta ifade edilmek gerekirse, tapuda pay (aynî hak) devri yapılmışsa, korunmaya layık olan üçüncü kişidir. Zira üçüncü kişi, bağımsız bölüm satın aldığını düşünmektedir. Tapuda adına yapılan devre ve işlemin yapıldığı anda geçerli olan bir sözleşmeye güvenmektedir. Türk Medenî Kanunu, tapudaki kayda güvenerek ki o kayıt yolsuz bile olsa, işlem yapan iyiniyetli kişiyi korumaktadır (TMK. m. 1023)⁵³. Bu hüküm taşınırlardaki emin sıfatıyla zilyetten hak elde eden kişinin korunması esasının taşınmazlardaki görünümüdür. Tapudaki kayıtlar, emin sıfatıyla zilyedin, eşyaya zilyet olma sebebiyle sağladığı aleniyeti gerçekleştirmektedir.

ettirilen tapu kayıtları, deyim yerindeyse yükleniciye verilen avans niteliğinde sayılır. Bu itibarla, davalı üçüncü kişiler üzerindeki tapu kayıtlarının da iptaliyle, davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir...”, (KBİBB.); HGK. T. 25.10.2000, E. 2000/1-1280, K. 2000/1554 (KBİBB.). Ancak, Yargıtay'ın diğer bir kararına göre ise, 23. HD. T. 6.7.2017, E. 2016/314, K. 2017/2025, “... Ancak, davalı yüklenici, 7 ve 11 numaralı daireleri dava tarihinden önce davalı şirkete tapuda devretmiştir. Bu durumda, mahkemece, TMK'nun 1023. madde hükmü gereğince davalı şirketin iyiniyetli olup olmadığı konusunda, tarafların delilleri toplanıp değerlendirilmeli...”, (KBİBB.).

⁵³ Tapu kütüğünde gerçek hak durumunu göstermeyen tescilin (yolsuz tescilin), geçerli bir kazanıma yol açabilmesi için TMK. m. 1023'teki şartların gerçekleşmiş olması aranır. Bunlar, kütükte aynî hakka ilişkin yolsuz bir tescilin varlığı, yolsuz tescile dayanarak bir aynî hakkın iktisap edilmesi, yolsuz tescile dayanarak aynî hak iktisap edenin üçüncü bir kişi olması, üçüncü kişinin iyiniyetli olması ile üçüncü kişinin iktisabında tasarruf yetkisi dışında diğer geçerlilik unsurlarının mevcut olmasıdır (Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, s. 200; Akipek / Akıntürk, 356-357; Eren / Başpınar, s. 246; Ünal / Başpınar, s. 397-398; Ertaş, s. 156; Sirmen, s. 219; Reisoğlu, Eşya, s. 195; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 269; Homberger, s. 410; Schwab / Prütting, s. 91; Esener / Güven, s. 143-144; Saymen / Elbir, s. 181).

Tapuda adına devir işlemi yapılan üçüncü kişinin, tapudaki kaydın yükleniciye ait olduğunu veya yüklenicinin arsa sahibinin yetkili vekili olduğunu bilmesi devrin geçerli olması için yeterlidir.

Yargıtay, TMK. m. 1023 uyarınca tapudaki kayda güvenerek hak kazanabilmek için aranan unsurlardan biri olan iyiniyetin, bu sözleşmedeki üçüncü kişide bulunmadığını kabul etmektedir⁵⁴. Bunun sebebi, üçüncü kişilerin yüklenici edimini yerine getirirse, arsa sahibinin tam olarak mülkiyeti kendilerine devredeceğini bilmeleri gerektiğidir. Zira tapudaki akit tablosunda arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesine ilişkin kayıtlar açıktır ve tapuda işlem yapan üçüncü kişiler de bunu görmektedirler. Yargıtay'ın bu görüşü, doktrinde ifade edilen “doğal aleniyet” görüşü ile paralellik arz etmektedir. Bu görüşe göre “taşınmazın içinde bulunduğu fizikî durum”dan anlaşılan bir husus, alenî kabul edilir⁵⁵. Üçüncü kişinin arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin varlığını bilmesi bu aleniyeti sağlar. Zira üçüncü kişi, yükleniciden devraldığı payın, arsa sahibince bu sözleşmeye istinaden

⁵⁴ 23. HD. T. 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593 (KBİBB.,818/m. 108/1,162); 23. HD. T. 31.3.2014, E. 2013/8737, K. 2014/2416; 23. HD. T. 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640; 23. HD. T. 9.5.2017, E. 2016/6432, K. 2017/1407“...Oysa, davalıların henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun için de bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin TMK'nın 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanun'un 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunması mümkün değildir...” (KBİBB.). Bazı yazarlara göre, burada TMK. m. 1023 hükmüne gitmeye gerek yoktur. Zira tescil baştan geçerlidir, dönme iradesinin kabul edildiği andan itibaren ileriye etkili sonuçlar doğurur. Üçüncü kişinin aynı hakkı her durumda korunur (Erman, s. 177; Yakuppur, s. 193).

⁵⁵ Akkanat, s. 96 vd.

verildiğini bilir veya en azından tapu kayıtlarına istinaden bilmesi gerekir. Bu durumun bilinmesi ise iyiniyet iddiasını ortadan kaldırır⁵⁶.

Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin doğal aleniyet anlayışı içerisinde değerlendirilmesi fikri isabetli değildir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, tapuda kendisine devredilen hakkı devreden yüklenici, üçüncü kişiye oranın mülkiyetini devretme amacı gütmekte; üçüncü kişi de aynı amaçla bu işlemi gerçekleştirmektedir. Tapuda arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin görülmesi, tek başına üçüncü kişide bu taşınmazın aslında arsa sahibine ait olduğu düşüncesini doğurmaz. Kaldı ki, doğal aleniyet olması için mecra hakkında olduğu gibi taşınmazın bizzat kendisinden durumun anlaşılması gerekir. Üçüncü kişinin tapuda aksi bir kayıt olmadan sadece taşınmaza bakarak bunu anlamasını beklemek hakkaniyetli bir yaklaşım olmaz⁵⁷.

Üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı durumların TMK. m. 1023'ün kapsamına girmeyeceği ise şüphesizdir. Ancak burada, yükleniciden pay devralan üçüncü kişinin, kendi iyiniyetini ispat etmesi gerekmez. Zira kanunen iyiniyetin arandığı durumlarda bunun varlığı kabul edilir. Aksini iddia edenin (arsa sahibinin), üçüncü kişinin kötünietini ispat etmesi gerekir. Burada arsa sahibi ancak yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki işlemin kendi aleyhine bilerek ve istenerek yapıldığını ispat ederse, üçüncü kişi kötünietli kabul edilebilir. Arsa sahibi, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmüşse, yüklenicinin kendi payından devrettiği üçüncü kişinin kötünietini ispatlandığı takdirde, ona devredilen pay geri alınabilir. Kötünietin ispatı, devir bedelinin çok düşük olması ile veya çok kısa süre içinde satış yapılmasının ortaya konulması suretiyle olabilir. Arsa sahibinin iade davasını sonuçsuz bırakmaya yönelik devirlerde veya dönme hakkının doğmasından sonra yapılan devirlerde ya da dönme hakkı kullanılmamakla birlikte kısa sürede kullanılacağına belli olmasına rağmen yapılan devirlerde kötünietin bulunduğu kabul edilebilir⁵⁸. Yargıtay'ın farklı yaklaşımı aslında iyiniyet kurumunu uygulayış biçiminden kaynaklanmaktadır. Kanunun iyiniyeti aradığı hallerde esas olan onun varlığıdır. Kötüniet iddia eden bunu ispatlamalıdır. Yargıtay'ın adeta arsa sahibinin yerine geçerek 3. kişinin kötünietini, afaki bir bilmeye bağlaması hakkaniyetli bir yaklaşım olmasa gerektir.

⁵⁶ Akkanat, s. 96

⁵⁷ Aynı görüş için bkz. Yakuppur, s. 104.

⁵⁸ Erman, s. 177; Öz, s. 260.

Yargıtay'ın arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde, bu kayda güvenerek işlem yapan üçüncü kişileri korunaksız bırakan kararları hukuk güvenliği açısından da isabetli değildir. Tapuda yapılan devirle mülkiyet hakkı elde ettiğini düşünen üçüncü kişi, yükleniciye karşı sözleşmeden dönülmesiyle birlikte, arsa sahibinin kendisine yönelttiği tapu iptali-tescil davasına maruz kalır. Belki yıllarca oturlan evler, bu davalarla kendini malik sanan, tapuya güven ve hukuk güvenliği ilkeleri uyarınca böyle düşünmekte haklı da olan üçüncü kişilerin elinden, aslında malik olmalarına rağmen alınmış olur. Yargıtay'ın kararlarıyla ortaya çıkan uygulama⁵⁹ maalesef bu yönde olmaktadır.

VII. SONUÇ

Tapuda devir gerçekleşmeden, yüklenici tarafından adi senetle veya satış vaadi ile üçüncü kişiye yapılan satışlarda, üçüncü kişi bir aynı hak kazanmamaktadır. Yüklenici borcunu yerine getirmez ve temerrüde düşerse ve arsa sahibi sözleşmeyi bu sebeple sona erdirirse, üçüncü kişiler devralamadıkları bağımsız bölümlere yönelik taleplerini sadece yükleniciye karşı ileri sürebilirler.

Yargıtay'ın toptancı bir yaklaşımla, tüm arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden pay devralan üçüncü kişilerin hukukî durumunu çözmeye çalışması isabetli değildir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılaş biçimi, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiyi etkiler. Özellikle baştan mülkiyetin tamamen veya kısmen yükleniciye devredildiği veya arsa sahibinin yükleniciye satış için vekâlet verdiği durumlarda, üçüncü kişinin kazanımı korunmalıdır.

Yargıtay kararlarında tercih edilmiş olsa da aslında arsa sahibi, sözleşmenin korunmaya muhtaç tarafı değildir. Hatta kendini koruyabilecek tedbirleri alabilecekken bunu yapmayı ihmal eden taraftır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılırken, arsa sahibi kendini koruyacak tedbirler alabilir. Her şeyden önce arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye tapuda devretmeyebilir veya seçeceği yüklenicinin güvenilir ve ekonomik olarak güçlü olmasına özen gösterebilir ya da bunu yapmayan arsa sahibini, tapudaki kayda güvenerek payı devralan üçüncü kişiye karşı tercih etmek hukuk güvenliğini sarsmaktadır.

Tapuda arsa sahibi ile yüklenici arasında devir yapılmışsa, bu işlem geçerlidir. Yüklenici adına yapılan tescil, geçerli bir hukukî sebebe

⁵⁹ 23. HD. T. 1.6.2017, E. 2016/1583, K. 2017/1640 (KBİBB.).

dayanmaktadır. Bu nedenle, yüklenicinin bahse konu tescile dayanarak üçüncü kişi lehine yaptığı devir de geçerli olur. Sözleşmeden dönülmesi yüklenici ile arsa sahibi arasındaki ilişkiyi etkiler. Üçüncü kişinin yüklenici ile yaptığı sözleşmeye istinaden adına tapuda yapılan tescil geçerliliğini korur. Üstelik, yüklenici adına olan tescilin, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile sonradan yolsuz hale geldiği görüşü kabul edilse bile, bu takdirde de TMK. m. 1023 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişi hak kazanmış olur. Üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunu ispat yükü ise arsa sahibindedir.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın açıklamaya çalıştığımız yerleşik uygulamasını oy çokluğu ile de olsa haklı bulmuştur. Kanaatimiz, Türk Medenî Kanunu'nun temel ilkelerinin ve hukukî güvenliğin, tapudaki kayda güvenerek hak kazanan üçüncü kişilerin bu güvenlerini korumayı gerektirdiği yönündedir. Zira, hukukî güvenlik ilkesinin özel hukukta somutlaşmış hallerinden biri de tapuya güven ilkesidir⁶⁰.

⁶⁰ Nitekim, Yargıtay'a göre, "...Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşımamaları, dolayısıyla toplum düzeninin sağlanması düşüncesiyle, satın alan kişinin iyiniyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir...", 14. HD. T. 31.5.2016, E. 2016/5242, K. 2016/6426 (KBİBB.).

KAYNAKLAR

- Akıncı, Şahin : Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2017 (Kısaltılmışı: Akıncı, Ş., Borçlar).
- Akıncı, Bekir : Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar, Konya 2014 (Kısaltılmışı: Akıncı, B., Temerrüt)
- Akipek, Jale G. / Akıntürk : Turgut : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 2017.
- Arıkan, Mustafa / Kemal, Erdoğan : Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyeye Devri, Selçuk Ün. Sos. Bil. Ens. Dergisi, 2015; (34): s. 145-172.
- Ayan, Serkan : İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- Bucher, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auf., Zürich 1988 (Kısaltılmışı: Bucher, OR).
- Buz, Vedat : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- Coşkun, Gürkan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010.
- Çelik, Hülya : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Üçüncü Kişilerin Hukukî Durumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017 (Kısaltılmışı: Eren, Borçlar).
- : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017 (Kısaltılmışı: Eren, Özel).
- : Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011 (Kısaltılmışı: Eren, Mülkiyet).
- Eren, Fikret / Başpınar, Veysel : Toprak Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Erman, Hasan : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2010.
- Ertuş, Şeref : Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir 2012.
- Esener, Turhan / Güven, Kudret : Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/ Rey, Heinz : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohneauservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 2, 7. Auf., Zürich 1998.
- Gönen, Doruk : İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul 2016.
- Gümüş, M. Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.

- Gürsoy, Kemal T. / Eren, Fikret / Cansel, Erol : Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.
- Homberger, A. : Aynî Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicilli, (Çev. Suat Bertan), Ankara 1950.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2013.
- Kizir, Mahmut : Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012.
- Kurşat, Zekeriya : İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- Kurt, Leyla Müjde : Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut : BorçlarHukuku, Genel Hükümler, C. 1, 12. Baskı, İstanbul 2014 (Kısaltılmışı: Oğuzman / Öz, I).
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 12. Baskı, İstanbul 2016(Kısaltılmışı: Oğuzman/Öz, II).
- Oğuzman, M. Kemal / Selîçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe : Eşya Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2009.
- Öz, M. Turgut : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2016 (Kısaltılmışı: Öz, İnşaat).
- Öz, M. Turgut : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Kısaltılmışı: Öz, Dönme).
- : Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klâsik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD., C. 13, S. 16, 1979-80-81, s. 131-172 (Kısaltılmışı: Öz, Temerrüt).
- Reisoğlu, Safa : Türk Eşya Hukuku, C. 1, 7. Baskı, Ankara 1984 (Kısaltılmışı: Reisoğlu, Eşya).
- Reisoğlu, Safa : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul 2012 (Kısaltılmışı: Reisoğlu, Borçlar).
- Rey, Heinz : DieGrundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bd. 1, Bern 1991.
- Sarı, Suat : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Hakkın Şerhi, İÜHF., C. 64, S. 2, 2006, s. 273-300.
- Saymen, Ferit H. / Elbir, Halid K. : Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.

- Schwab, Karl Heinz / Prütting, Hanns : Sachenrecht, 26. Auflage, München 1996.
- Serozan, Rona : Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul 2007(Kısaltılmışı: Serozan, Dönme).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdükadir : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Baskı, İstanbul 2016, (Kısaltılmışı: Serozan, İfa).
- Sirmen, A. Lâle : Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- Şahin, Turan : Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara 2012.
- Tandoğan, Halûk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 2008.
- Tekinay, Selâhattin S./ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/ Altop, Atillâ : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Ünal, Mehmet / Başpınar, Veysel : Şeklî Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017.
- Ürem, Müge : Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017.
- Yakuppur, Sendi : Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016.
- Yavuz, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.
- Yener, Mehmet Deniz : Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları, İÜHFM., S. 65/2, 2007, s. 371-382.
- Zevkililer, Aydın/ Ertaş, Şeref/Havutçu, Ayşe/ Aydoğdu, Murat/Cumalıoğlu, Emre : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir 2013.

KISALTMALAR CETVELİ

BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFMD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİNİN SONA ERMESİ*

Dr. Öğr. Üy. Murat Can ATAKAN**

TERMINATION OF MOVABLE PLEDGE IN COMMERCIAL TRANSACTIONS

ÖZ

1971 yılında yürürlüğe giren 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu yaklaşık 46 yılın ardından yerini 6750 Sy.lı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanun'a bırakmış ve bu değişiklik "rehin" hususunda köklü değişiklikleri de beraberinde getirmiştir.

01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren TİTRK ile başta KOBİ'ler olmak üzere tacir, esnaf ve ticari alanda faaliyet gösteren tüm paydaşların finansmana erişimini kolaylaştırmayı amaçlayan kanun koyucu, rehne konu olabilecek malvarlıklarının sayısını arttırmış, ticari işletmelerin malvarlıklarının bir kısmı üzerinde dahi rehin kurulabilmesinin önünü açmış ve borcun ödenmemesi durumunda rehinli malın alacaklının mülkiyetine geçmesini

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.03.2018

Kabul Edildiği Tarih: 02.07.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.406348](https://doi.org/10.15337/suhfd.406348)

** Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: mcanatakan@gmail.com

ORCID ID: [0000-0002-0238-2458](https://orcid.org/0000-0002-0238-2458)

engellenen "lex commissoria yasağı"nın (lex commissoria prohibition) kaldırmıştır.

Kanunda yapılan değişiklik doktrinde etraflıca tartışılmış ve aradan geçen yaklaşık 1 yıllık süre içerisinde birçok açıdan ele alınmıştır. Bu tartışmaların temelinde ise "rehne konu malvarlıkları" yer almaktadır.

Rehnin kurulması kadar sona ermesi de son derece önemli ve hukuki açıdan özellik arz eden bir süreçtir. Doktrinde tüm dikkatlerin rehnin kurulması üzerinde toplandığı bir dönemde, bahse konu rehnin sona ermesi ikinci plana atılmış ve birçok yazar tarafından göz ardı edilmiştir.

Bu çalışmayla birlikte şu ana kadar doktrinde çok fazla tartışılmamış olan, ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmenin sona erme konusu eski kanun ile karşılaştırmalı olarak etraflıca incelenecek ve kanunda boşluk bulunan bir takım hususlara cevap bulunmaya çalışılacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: *Rehin, Taşınır Rehni, Ticari İşletme Rehni, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Rehnin Sona Ermesi.*

ABSTRACT

Commercial Enterprise Pledge Law (TITRK - Law No. 1447), which entered into force in 1971, left its place in Law on Pledges over Movable Assets in Commercial Transactions (Law No. 6750), after 46 years, and this amendment brought about radical changes in the "pledge".

TITRK, which entered into force on 01.01.2017, has increased the number of legal entities that could be a subject of pledges and aimed at facilitating access to finance by all stakeholders, especially SMEs, merchants, tradesmen and commercial entities, opening up the possibility of pledging even some of the assets of commercial enterprises and the "lex commissoria prohibition" which prevents the transfer of the pledged property to the creditor's property in case of non-payment of the debt.

The amendment made in doctrine has been thoroughly discussed and handled in many respects over a period of about one year. At the core of these discussions is the "property of the pledge."

The ending is as important as the establishment of the pledge. At a time when all his attention was gathered on the establishment of the pledge, the termination of the pledge was taken into the second plan and ignored by many authors in doctrine.

With this article, the subject of the termination of the pledge, which has not been discussed much in the doctrine, will be examined thoroughly in comparison with the old law and there will be answers to some cases, which there is a lacunae in law.

KEY WORDS: *Pledge, Pledges over Movable Property, Commercial Enterprise Pledges, Pledges over Movable Property in Commercial Transactions, Termination of Pledge.*

I. Genel Olarak

A. 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu

Ticari faaliyetlerin devamlılık arz edebilmesi için tacirin zaman zaman kredi kullanması gerekmektedir. Tacir alacağı krediye karşılık bir teminat göstermek durumundadır. Bu teminat şahsi veya aynı teminat şeklinde vücut bulabilir. Kredi sözleşmelerinde teminat olarak gösterilen ve uygulamada en sık karşımıza çıkan teminat türü ise aynı teminatlardan olan taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki rehinlerdir. Hem kredi alan hemde kredi veren açısından en önemli teminat unsuru olan taşınmaz rehni, Medeni Kanun'un 856/1 maddesi gereğince tapu siciline tescille doğar. Bir diğer aynı teminat unsuru olan taşınır rehni ise yine aynı kanunun 939.maddesi gereğince taşınır mal üzerindeki zilyetliğin alacaklıya devri ile doğmaktadır. Taşınır rehninin doğumuna ilişkin bu düzenleme hem ticari hayatı hem de kredinin ödemesini zora sokan bir hükümdür. Zira üzerinde rehin kurulan taşınır malın, tacirin üretim faaliyetlerinde kullandığı bir sınai makine olması ihtimalinde, rehinle birlikte malın zilyetliği de karşı tarafa geçeceği için, üretim yapamayan tacirin hem ticari faaliyetleri aksayacak hemde kredinin ödenme ihtimali zayıflayacaktır. Kredi veren açısından da durum benzerdir. Hem zilyetliğini devraldığı taşınır malın bakım ve muhafazasının zorluğu hem de alacağına ulaşma imkanının zayıflaması, alacaklı açısından da taşınır rehniyle kredi verme işleminin cazibesinin yitirilmesine sebep olmaktadır.¹

Ticari hayatta meydana gelen aksamaları ortadan kaldırmak, kredi ve rehin tesisinin işlerliğini arttırmak ve ticari hayatın kesintisiz sürdürülmesine olanak sağlayabilmek adına kanun koyucu özel bir takım düzenlemeler getirmiştir. Bu kapsamda 1971 yılında kabul edilen 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK) yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla birlikte işletmeye dahil

¹ Arkan, S., Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017, s.48.

taşınır unsurların zilyetliğinin devrine gerek olmaksızın rehnedilebilmesinin önü açılmıştır.²

B. 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu

1971 yılında kabul edilen 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu, yürürlüğe girdiği yıllarda ticari hayatın sürekliliğini sağlama noktasında yeni bir çığır açmış olsa da, 2000'li yıllara gelindiğinde ihtiyaçları karşılamaktan çok uzak ve hantal bir görüntü sergilemiştir.³

Ulusal ekonomilerin gelişiminde önemli roller üstlenen küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin (KOBİ) finansmana erişim gücünü yaşaması, ekonomik ve sosyal kalkınmanın önemli birer unsuru olarak sahip oldukları işlevi yerine getirememeleri sonucunu doğurmuştur. Dünya ekonomisindeki rolü küreselleşme süreci ile birlikte her geçen gün artan KOBİ'ler ticari faaliyetleri için gerekli finansman kaynaklarını, bankalar aracılığıyla temin edilen kredilerden sağlamaktadır. Kredi karşılığı talep edilen teminatlar, KOBİ'lerin finansmana erişimini önemli ölçüde engellemekte ve onları büyük işletmeler karşısında dezavantajlı bir konuma sokmaktadır.⁴

Kanun koyucu KOBİ'lerin finansmana erişimini kolaylaştırmak, rekabet güçlerini arttırmak ve ülke ekonomisinin dengeli ve istikrarlı büyümesine katkı sağlamak amacıyla Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Tasarısı (1/753)'nü hazırlamış ve meclise sunmuştur. Kabul edilen ve 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren kanun ile gerekçede de belirtildiği üzere; işletmelerin finansmana erişimini kolaylaştırmayı amaçlayan düzenlemeler hayata geçirilecektir. Bu işletmelerin finansmana erişiminde güvence olarak kullanabilecekleri alternatif unsurlar getirilmektedir. İşletmeler tarafından temin edilmesi planlanan müstakbel varlıklar ile taşınır varlıkların getirileri de

² Arkan, s.48-49; Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A./ Ertan Nomer, F., Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, İstanbul 2015, s.226-228, P.429-430; Poroy, R. / Yasaman, H., Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012, s.52-54, N.70-71; Kayar, İ, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015, s.75; Bilgili, F./ Demirkapı, E., Ticari İşletme Hukuku, Bursa 2014, s.41 vd.; Bozer, A./ Göle, C., Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2013, s.23; Şener, O. H., Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016, s.27-28; Bahtiyar, M., Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2017, s.42 vd. Ayrıca teslimsiz taşınır rehni türleri için bkz. Ergüne, M. S., Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, s.59vd.

³ Atakan, M.C., 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 15, Sayı 171, Mart 2017, s.1101.

⁴ Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Tasarısı (1/753), Genel Gerekeçe, s.4.

rehin edilebilecek unsurlar arasına alınmıştır. Oluşturulan Rehinli Taşınır Sicili ile taşınır rehinlerinin aleniyeti ve takibi sağlanmıştır. Yine, rehin alacaklılarının rehin haklarını güvence altına almak amacıyla rehnin paraya çevrilmesinde etkin bir mekanizma öngörülmüştür. Taşınır rehninde, mevcut düzenlemelerden farklı olarak rehne konu taşınırın ticaret unvanı ve işletme adından bağımsız olarak rehnedilmesine imkân sağlanmıştır.⁵

Çalışma boyunca gerek 1447 Sy.lı Kanun gerekse 6750 Sy.lı Kanun döneminde taşınır rehnin sona erme halleri ayrıntılı olarak incelenmiştir.

II. Rehnin Sona Erme Halleri

Taşınır rehni birçok farklı sebebe bağlı olarak sona erebilir. Fer'i bir hak olarak rehin hakkı da alacağın sona ermesiyle birlikte sona erecektir. TBK 131/1'e göre: "*Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.*" Burada sona erme yasa gereğidir.⁶

Ticari işlemlerde taşınır rehninin sona erme halleri genel olarak Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in (TİTRK Yön.) 22.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Kanun ve bu Yönetmeliğe göre kurulan rehin hakkı, belirlenen sürenin sona ermesi, alacağın sona ermesi, rehnin terkinini veya rehinli taşınır varlığın tamamen yok olmasıyla sona erer.

Alacağın sona ermesi Borçlar Hukuku kurallarına göre belirlenecek, bu durumun rehin üzerindeki etkileri ise Türk Medeni Kanunu'na göre belirlenecektir.⁷

Eşya Hukuku'nun rehnin sona ermesine ilişkin genel hükümleri de burada uygulanacaktır. Buna göre alacağı sona erdiren, ifa, ibra, imkansızlık; alacağına bağlı olmaksızın rehni sona erdiren, tarafların anlaşması ile rehin sözleşmesinin sonlandırılması, rehin konusu malın yok olması, şartın gerçekleşmesi ya da sürenin dolması, rehnin paraya çevrilerek cebri icra ile

⁵ Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Tasarısı (1/753), Genel Gerekçe, s.5.

⁶ Kısmi ifa alacağı sona erdirmez. Ayrıca üçüncü şahsın ifası ile alacağın sona ermesi de kesin değildir; çünkü bu durumda alacak üçüncü kişiye geçer ve rehin üçüncü kişi lehine varlığını sürdürmeye devam eder. Detaylı bilgi için bkz. **Acar, F.**, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s.209, 210.

⁷ **Antalya, O.G. / Acar, F.**, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2017, s.172.

satılması, mülkiyet hakkı ile rehin hakkının aynı kişi üzerinde birleşmesi gibi hallerde rehin de sona erecektir.⁸

Yönetmelik sona ermenin başlıca hallerine yer vermiştir. Aşağıdaki bölümde yönetmelikte yer alan sona erme sebeplerinin yanısıra özellik arz eden bazı durumlar da ayrıca ele alınacaktır.

A. Borcun İfası

Ticari işlemlerde taşınır rehni fer'i bir haktır. Bir başka deyişle, asıl alacak son bulunca, taşınır rehni de son bulacaktır.⁹ Borcun ifası borcu sona erdirmektedir. İfa, borç miktarının nakden ödenmesi olabileceği gibi, takas, ifa yerine edim yahut ifa uğruna edim de olabilir.¹⁰

TİTRK 15.md'ye göre rehin alacaklısının, alacağın son bulunduğu tarihten itibaren yabancı hukuka tabi rehin alacaklısı tarafından otuz, Türk hukukuna tabi rehin alacaklısı tarafından on beş işgünü içinde rehinin Sicilden terkinini için başvuruda bulunmaması hâlinde, borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen borçlu da Sicilden rehnin terkinini talep edebilir. Ticari İşletme Rehni Kanunu'ndan farklı olarak TİTRK, borcun ifa edilmesi halinde hem alacaklıya hem de borçluya taşınır rehnini sicilden terkin ettirme imkanı tanımıştır.¹¹ Borcun ifa edilmiş olmasına karşın rehnin sicilden terkin edilmemesi halinde ise, rehin alacaklısına güvence altına alınan borç tutarının onda biri oranında idari para cezası kesilecektir.

TİTRK döneminde, alacağın son bulmasına rağmen alacaklının sicilden terkin işlemini gerçekleştirmemesi halinde, işletme maliki mahkemeden rehnin terkinini ve gecikme nedeniyle uğradığı zararı talep edebilmekteydi.¹² TİTRK ile birlikte terkin işlemini hem alacaklı hem de borçlu yaptırabildiği için,

⁸ Oğuzman, M.K./ Seliçi, Ö./ Oktay-Özdemir, S., Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s.1033-1035; Nomer, H.N./ Ergüne, M.S., Eşya Hukuku, İstanbul 2016, s.102-104; Akipek/Akıntürk, s.849; Serozan, R., Eşya Hukuku I, İstanbul 2014, s.358-359; Aybay/Hatemi H., Eşya Hukuku, İstanbul 2010, s.301.

⁹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan Nomer, s.251, P.475; Arkan, s.64.

¹⁰ İfa imkansızlığı, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, yenileme gibi durumlarda ifa gerçekleşmemekle birlikte borcun sona ermesi söz konusudur. Detaylı bilgi için bkz. Antalya/Acar, s.172.

¹¹ TİTRK m.19 gereğince, ticaret veya esnaf ve sanatkarlar sicilindeki ticari işletme rehninin terkinini yalnızca rehin alacaklısı talep edebilir.

¹² Reisoğlu, S., Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1977, s.30.

tazminat talep etme imkanı yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle ortadan kalkmıştır.¹³

Taşınır rehninin doğmuş ve doğması muhtemel borçların teminatı olarak tesis edilmesi halinde, azami meblağ rehninin varlığı söz konusudur. Bu durumda şarta bağlı yükümlülükler de dâhil olmak üzere, mevcut ve müstakbel güvenceli yükümlülüklerin ödenme veya diğer yöntemlerle¹⁴ ifa edilmesi hâlinde, rehin hakkı rehin alacaklısının talebi üzerine Sicilden terkin edilir (TİTRK 15/2). Alacaklı, ilerde bir alacağın doğması ihtimalinden bahisle rehnin sicilden terkininden kaçınamaz. Burada önemli olan alacağın tamamen ödenmesi değil, riskin kalmamasıdır.¹⁵ Bir başka deyişle, borç tamamen bitmiş ancak risk devam ediyorsa, rehnin sicilden terkininden kaçınılabilir. Alacaklı ile borçlu arasında teminata konu borç ilişkisi devam ediyorsa, borç sıfırlansa dahi, risk devam ettiği için taşınır rehninin terkinini gerçekleştirmez.¹⁶

B. Taşınırın Yok Olması

Rehne konu taşınırın tamamen yok olması veya kıymetini tamamıyla yitirmesi durumunda taşınır rehninin akibetinin ne olacağına ilişkin 6750 S.İ Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun "Hüküm bulunmayan hâller" başlıklı 18.maddesine göre TİTRK'de hüküm bulunmayan hâllerde, 4721 sayılı Kanununun taşınır rehnine ilişkin hükümleri uygulanır. Buna göre rehne konu taşınırın tamamen yok olması durumunda üzerindeki bütün aynı haklarla birlikte rehin hakkı da son bulacaktır.¹⁷

¹³ TİTRK Geçici Madde 1'e göre; (1) bu Kanun, yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan dava ve takiplere uygulanmaz. (2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ticari işletme veya esnaf işletmeleri üzerinde tesis edilen rehin haklarına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri uygulanmaya devam eder. İlgili madde hükmü gereğince TİTRK'in yürürlükte olduğu dönemde tesis edilmiş ve sicilden terkinde gecikilmiş taşınır rehinleri için tazminat hakkı devam edecektir.

¹⁴ Takas, ifa yerine edim yahut ifa uğruna edim.

¹⁵ **Reisoğlu**, Ticari İşletme Rehni, s.30; **Çiçek, S.**, Ticari İşletme Rehni, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Ankara 2015, s.87.

¹⁶ **Erten, A.**, Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001, s.59; **Çiçek**, s.87.

¹⁷ **Türker, E.**, Ticari İşletme Rehni, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler, 1981, s.110; **Akipek, J./Akıntürk, T.**, Eşya Hukuku, Eylül 2009, s.849; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s.1034, N.3703.

Taşınır rehni hakkının temelini oluşturan rehin konusunu paraya çevirme hakkı, tamamıyla yok olmuş veya değerini bütünüyle yitirmiş taşınır mallar için kullanılamaz. Rehni konusu taşınır malı paraya çevirme imkanı vermeyen bir rehin hakkının varlığından bahsedebilmek mümkün olmadığına göre, bu durumda rehin hakkının sona erdiğini kabul etmek gerekir.¹⁸

Rehne konu taşınır malın kısmen yok olması, bir başka deyişle kısmi değer kaybının yaşanması durumunda rehin sona ermez. Bu durumda rehin verene tazminat veya sigorta ödemesi yapılması söz konusu olursa, taşınır rehni ile güvenceye alınan alacak son bulmadığı için rehin hakkının söz konusu bedel üzerinden devam ettiği kabul edilir.¹⁹ Ayrıca 7099 Sy.lı Kanun'la TİTRK'de yapılan değişikliğin neticesinde, taşınır varlığın gelecekteki her türlü faiz, sigorta gibi hukuki getirileri üzerinde doğrudan rehin tesis etmekte mümkündür (TİTRK 7/1). Bu durumda sigorta ödemelerinin dolaylı yoldan değil, doğrudan da rehni kapsamına alınması mümkündür.

Medeni Kanun'un taşınmaz rehne ilişkin hükümlerinin, taşınır rehne de kıyasen uygulanabileceği kabul edilirse, TİTRK 18.maddesinin atıfıyla Medeni Kanun'un 879.maddesi kendisine uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, muaccel olan sigorta tazminatı, malike ancak bütün alacaklıların rızası ile ödenebilir. Sigorta tazminatı rehne konu taşınırın eski hale getirilmesi için harcanacaksa, malik tarafından yeterli bir güvence gösterilmesi şartıyla kendisine de ödenebilir.²⁰

Rehni konusunun bir ikame değeri bulunuyorsa, rehin hakkı kanımızca ikame değer üzerinden devam eder. Rehni malın yok olması durumunda arta kalan varlığın iktisadi bir değer taşınması halinde de kanımızca rehin hakkı devam edecektir. Örneğin makine, teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makinaları ve elektronik haberleşme cihazının yok olması durumunda malın hurdası, çok yıllık ürün veren ağacın çürümüşte olsa meyvesi, telef olan hayvanın kullanılabilir vaziyette olan derisi/postu, marka değeri kalmamasına rağmen markaya ait domain ve hosting ve ticari proje faaliyete geçemeyecek durumda olsa dahi bu projedeki know/how bir değer ihtiva etmektedir.

¹⁸ **Uyumaz, A.**, Motorlu Taşıtlı Rehni, İstanbul 2012, s.396; **Serozan**, s.358; **Köprülü, B./ Kaneti, S.**, Sınırlı Aynı Haklar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s.498; **Cansel, E.**, Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şartlı Menkul Rehni, C.I, Ankara 1967, s.201.

¹⁹ **Uyumaz**, s.398; Bu konuda bir düzenleme yapılmasına gerek olduğu ve gemi ipotegine ilişkin düzenlemenin örnek mahiyetinde gösterilmesine ilişkin olarak bkz. **Arkan**, s.65.

²⁰ **Uyumaz**, s.398.

C. Rehin Hakkından Tek Taraflı Olarak Feragat

Ticari işlemlerde taşınır rehnini sona erdiren hallerden bir diğeri de, rehinli alacaklının bu hakkından feragat etmesidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, alacağın değil rehinin sona ermesidir. Bir başka deyişle, alacak sona erme bile rehin hakkı son bulabilir.²¹ Rehinli alacaklı, alacak hakkından değil, rehin hakkından vazgeçtiği için, bir ibra sözleşmesi yapmak yerine, alacaklının (rehin hakkı sahibinin) tek taraflı irade beyanı yeterlidir.²² Bu beyanın rehin verene veya üçüncü kişi lehine rehin hakkının tesis edildiği durumlarda malike yöneltmesi gerekmektedir. Feragat beyanın yanı sıra, rehinin taşınır rehni sicilinden de terkininin sağlanması gereklidir.²³

D. Sürenin Dolması veya İnfisahi (Bozucu) Şartın Gerçekleşmesi

Ticari işlemlerde taşınır rehni belli bir süre için ya da infisahi (bozucu) şarta bağlı olarak kurulabilir. Bu durumda sürenin dolması ya da bozucu şartın gerçekleşmesiyle rehin de son bulacaktır, meğerki rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçilmiş olsun.²⁴

TİTRK Yön. 21.maddesine göre rehin hakkı, rehin sözleşmesinde süre kaydı konulması halinde belirlenen süre boyunca geçerlidir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre bir borca rehin sözleşmesinde belirlenen süre sonuna kadar güvence teşkil eden rehinlerde, borçlunun temerrüdü halinde borçlu tarafından rehin sözleşmesinde belirlenen sürenin sona erdiği iddiası ile terkin talebinde bulunulamaz. Ayrıca TİTRK 18.maddesinin atfı ile Medeni Kanun hükümleri gereğince rehinin belirli bir süreyle sınırlı olarak kurulduğu ve bu süre zarfında rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçilmediği durumlarda, taşınır rehni kendiliğinden son bulur ve başvuru hakkı daha önce doğmuş olsa

²¹ Akipek/Akıntürk, s.849.

²² Ayan, M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012, s.356.

²³ Uyumaz, s.400; Doğan, M., Teslime Bağlı Olmayan Sicilli Motorlu Taşıt Rehni, EÜHFD., C.XII, S.3-4, Aralık 2008, s.202.

²⁴ Uyumaz, s.402.

bile rehne başvurulamaz.²⁵ Medeni kanunumuzda rehin hakkının süreye bağlı olarak kurulmasını yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.²⁶

Rehnin infisahi (bozucu) şarta bağlı olarak kurulması durumunda, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir olaya bağlı şartın varlığı söz konusudur ve şart gerçekleşince rehin hakkı da son bulacaktır.²⁷ Rehlin hakkının bozucu şarta bağlı olarak tesis edilmesinde ne TİTRK ne de Borçlar Kanunu kapsamında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Alacak tahsil edilememiş dahi olsa, üzerinde rehin hakkı tesis edilen taşınır varlık şart gerçekleştiği zaman sicilden terkin edilecektir.

E. İstimval (Taşınır Malların Kamulaştırılması)

İstimval rehin hakkını sona erdiren olağanüstü hallerden biridir. İdarenin, özel mülkiyette bulunan taşınır bir malın, bedeli karşılığında mülkiyet, intifa veya kullanım hakkını alması usulüdür.²⁸

İstimval, taşınır mallar için öngörölmüş istisnai bir uygulama olup, taşınmazlar için istimlak (kamulaştırma) kurumu devreye girer. Olağanüstü durumlarda idarenin mal edinmesi, kiralaması, ihlaye çıkması veya geçici olarak temin etmesi mümkün olmayabilir. Bu durumlarda kamu yararı gereği, özel mülkiyete tabi taşınır mallara, idare tarafından cebren el koyulabilir. İstimvale her türlü taşınır mal konu olabilir; tek şart olağanüstü halin söz konusu olmasıdır. Normal şartlar altında ise istimval gerçekleştirilemez.²⁹

²⁵ **Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir**, s.1034-1035; **Sirmen**, L.A., Alacak Rehni, Ankara 1990, s.112; **Ertas, Ş.**, Eşya Hukuku, İzmir 2017, s.595; **Uyar, T.**, İcra Hukukunda Rehlin Paraya Çevrilmesi, Manisa 1992, s.30; **Ayan, M.**, Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynı Haklar, Konya 2013, s.239; **Karahasan, M. R.**, Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, C.II, İstanbul 2007, s.278; **Köprülü/Kaneti**, s.498; **Akipek/Akıntürk**, s.849. Süre dolmadan rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanması durumunda ise rehin konusunun paraya çevrilmesinde bir engel yoktur.

²⁶ **Uyumaz**, s.402.

²⁷ **Ayan**, Eşya Hukuku III, s.246; **Akipek/Akıntürk**, s.849.

²⁸ **Gözler, K./ Kaplan G.**, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2012, s.707; **Gözübüyük, A.Ş./ Tan, T.**, İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, Ankara 2013, s.1014; **Giritli, İ./ Bilgen, P./ Akgüner, T./ Berk, K.**, İdare Hukuku, İstanbul 2013, s.1030; **Bilgen, P.**, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s.115; **Atay, E. E.**, İdare Hukuku, Ankara 2016, s.814; **Zabunoğlu, Y.K.**, İdare Hukuku, Cilt 1, Ankara 2012, s.599; Detaylı bilgi için bkz. **Yayla, A.**, Türk Hukukuna Göre İstimvalin Rejimi, Ankara 2016.

²⁹ **Gözler/Kaplan**, s.707; **Gözübüyük/Tan**, s.1014; **Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk**, s.1030.

İstimval gücünü anayasanın 121/2.maddesinden alır. Devlet olağanüstü hallerde vatandaşlara para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirebilir. Burada geçen “mal yükümlülüğü” istimval hakkının temelini oluşturmaktadır. Yine aynı madde hükmü gereğince konu kanunla düzenlenecektir.³⁰

İstimvale konu rehinli taşınır malın cebri icra yoluyla idareye geçmesi durumunda, taşınır malın üzerinde kurulmuş tüm aynı haklarla birlikte rehin hakkı da son bulur.³¹ Bu durumda rehin hakkı, istimval için biçilen değere eklenir ve istimval bedelinin alacaklılar lehine tevdi edilmesi gereklidir.³² İstimvale konu taşınır malın mülkiyetinin yerine sadece kullanım hakkının ya da taşınır mal üzerindeki intifa hakkının idareye geçmesi durumunda, rehin hakkının sona erdiğinden bahsedilemez. Bu durumda olağanüstü hal süresi boyunca istimvale konu mal üzerinde malikin kullanım hakları askıya alınacak ve rehin hakkı kullanılamaz hale gelecektir; ancak olağanüstü dönemin sona ermesiyle birlikte, diğer tüm aynı haklarla birlikte rehin hakkı da tekrara canlanacak ve taraflar için hüküm ifade edecektir.³³

Özetle olağanüstü bir uygulama olan istimval müessesinde, rehinli taşınır malın mülkiyetinin cebren idareye geçmesi durumunda, rehlin de son bulacağı; taşınırın sadece kullanım hakkının idareye geçmesi durumunda ise, rehlin askıya alınacağı ve olağanüstü dönemin bitimiyle birlikte tekrar canlanacağı ifade edilebilir.

F. Tecdit (Yenileme)

Tecdit (yenileme), borçlar hukuku anlamında alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşma ile yeni bir borç doğuran sözleşme akdedilmesi ve eski borcun sonlandırılmasıdır.³⁴ Tecditle birlikte, eski borç ve bu eski borca bağlı

³⁰ Bahse konu kanunlar: 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyet Kanunu ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'dur. **Gözübüyük/Tan**, s.1014; **Zabunoğlu**, s.600-601.

³¹ **Ayan**, Eşya Hukuku III, s.246

³² **Uyumaz**, s.406.

³³ **Uyumaz**, s.406.

³⁴ Yenilemenin hukuki niteliği ve yenilemeyle ilgili detaylı bilgi için bkz. **Önay, I.**, Yenileme, İstanbul 2016, s.50 vd.; **Oğuzman M.K./ Öz, M.T.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2017, s.546 vd.; **Koyuncuoğlu, T.**, Türk İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972, s.49 vd.; **Tekinay, S.S./ Akman, S./ Burcuoğlu, H./ Altop, A.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.989; **Eren, F.**, Borçlar Hukuku Genel

tüm aynı ve şahsi teminatlar son bulacaktır. Bir başka deyişle yenileme ile birlikte eski borcu teminat altına almak için kurulan taşınır rehni de son bulacaktır.³⁵

Cari hesap sözleşmesinde, hesap devreleri sonunda kalan bakiye yeni devre geçer ve her devre sonunda taraflardan biri alacaklı ya da borçlu çıkabilir. Bir başka anlatımla, her hesap devresi sonunda borçlu ve alacaklı sıfatı yer değiştirebilir. Hesapta yer alan her biri alacak için teminatlandırılan taşınır rehni durumunu ise Borçlar Kanunu 134/3 hükmü gereğince varlığını sürdürmeye devam edecektir. Bahsi geçen madde hükmüne göre aksine bir sözleşme yapılmadığı sürece, eski borç için teminatlandırılan taşınır rehni, yenilenen borç için de varlığını sürdürmeye devam edecektir.³⁶

Taşınır rehni üzerinde birden çok rehin hakkı tesis edilmesi ve borcun yenilenmesi durumunda, yenilenen borç için devam eden rehin hakkının hangi dereceden/sıradan kurulacağı bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir başka anlatımla, yenilenen alacakla birlikte yeniden kurulan taşınır rehni, eski sırasıyla aynı sırada mı kurulacak yoksa yeniden tesis edildiği için, tesis edildiği tarihe göre yeni bir sıra mı alacaktır? Şayet yenilemenin temelinde cari hesap ilişkisi varsa, kanımızca bu durumda taşınır rehni için eski sıradan tesis edilmesi isabetli olacaktır. Cari hesap ilişkisi haricinde bir yenileme durumu söz konusu ise, asıl alacakla birlikte fer'i haklar da son bulacağı için, tecditle birlikte yeni bir borç ilişkisinin kurulduğu ve bu nedenle taşınır rehni mevcut sırasını kaybettiği ve yenileme ile birlikte kurulduğu tarihe göre yeni bir rehin sırası alacağı kabul edilmelidir.³⁷

Rehne konu taşınır mal borçluya ait değilse, bir başka deyişle üçüncü kişi lehine taşınır rehni tesis edilmişse; taşınır rehni kurmak için yenilenen alacağın alacaklısı ile rehin verenin yeniden anlaşması gerekmektedir. Rehlinli taşınır malın borçluya ait olması durumunda ise, rehin sözleşmesi başkaca bir işleme gerek duyulmaksızın otomatik olarak yenilenmiş sayılır.

Hükümler, Ankara 2017, s.1293 vd.; **Kılıçoğlu, A. M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s.1053 vd; **Reisoğlu, S.**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s.407 vd.

³⁵ **Uyumaz**, s.407; **Ayan**, Eşya Hukuku III, s.239; **Cansel**, s.204.

³⁶ **Oğuzman/ Öz**, s.551-552.; **Eren**, s.1296; **Cansel**, s.205; **Sirmen**, Alacak Rehni, s.17; **Acar**, s.213; **Kılıçoğlu**, s.1056-1057; **Önay**, s.167 vd.;

³⁷ **Uyumaz**, s.408; **Cansel**, s.204-205.

G. Alacaklı ve Malik Sifatının Birleşmesi

Borçlar Kanunu'nun 135.maddesine göre alacaklı ve borçlu sıfatının tek bir elde birleşmesi, borcu sona erdiren hallerden biri olarak belirtilmiştir. Borçlar Kanunu'nun bu hükmünü TİTRK için kıyasen uyguladığımız zaman, taşınır rehni ile teminatlandırılmış alacağın sahibi sıfatı ve rehinli malın maliki sıfatlarının aynı kişide birleşmesi durumunda rehin hakkı da sona erecektir.³⁸

Medeni Kanunumuzda malik lehine taşınır rehni kabul edilmemiştir. Bir başka deyişle malikin kendi taşınır malı üzerinde taşınır rehni kurabilmesi mümkün değildir.³⁹ Örneğin üçüncü kişi lehine taşınır rehni tesis eden malik, rehinli alacaklının tek mirasçısıysa, ölümle birlikte alacaklı ve malik sıfatı aynı kişi üzerinde birleşir. Alacaklı ve borçlu sıfatı tek bir elde birleşmesiyle borç sona ereceği için rehin de sona erecektir.⁴⁰

Borcun üstlenilmesinin iptal edilmesi veya alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinin sona ermesi durumunda, alacak sona erdikten bir süre sonra tekrar doğacaktır. Bu durumda rehin hakkı varlığını devam ettirecektir. Varlığını devam ettiren rehlin derecesi ise kanımızca somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir. Şayet alacaklı ve borçlu sıfatları birleşip, rehin hakkı terkin edildikten sonra bahse konu birleşme sona ererse, rehin hakkı yeniden tesis edileceği için, ancak boş olan derecelerden biri üzerinde tescil işlemi gerçekleştirilebilir. Burada amaç, sicilin aleniyet fonksiyonuna güven duyan iyiniyetli üçüncü kişileri korumaktır. Henüz rehin sicilden terkin edilmeden önce, bahse konu birleşme sona erer yahut iptal edilirse, bu durumda taşınır rehni mevcut derecesinde varlığını sürdürmeye devam edecektir.

H. Alacaklıya Ulaşılamaması

TİTRK 19/II. maddesinin atıfıyla İcra ve İflas Kanunu'nun 153.maddesi de, ticari işletme rehni hususunda kendine uygulama alanı bulmaktaydı. İlgili madde hükmü TİTRK ile çelişmediği için atıf yapılmasa da kanımızca TİTRK'in yürürlükte olduğu dönemde de uygulanabilecektir.

İİK 153.maddesine göre ticari işletme rehni ile teminat altına alınmış taşınır malvarlığının alacaklısı borcu almaktan imtina ediyorsa veya alacaklı

³⁸ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler C-I, s.565; Ayan, Borçlar Hukuku, s.361; Sirmen, Alacak Rehni, s.112; Acar, s.212.

³⁹ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler C-I, s.566; Ayan, Borçlar Hukuku s.362.

⁴⁰ Uyumaz, s.409; Cansel, s.203; Ayan, s.240; Köprülü/Kaneti, s.499; Doğan, s.203.

gaipse yahut ikametgâhı bilinmiyorsa, borçlu borcunu icra dairesine yatırıp borcundan kurtulabilir ve rehni sicilden terkin edebilir.

Borçlu icra dairesine borcun tamamını ödemek zorundadır. Kısmi ödeme ile rehin terkin edilemez. Borçlunun ödeme yapmasının ardından, bu husus icra dairesi vasıtasıyla alacaklıya tebliğ edilir ve icra dairesinden alacağını tahsil etmesi istenir. Alacaklı 15 gün içinde icra dairesine gelip alacağını tahsil etmezse veya gelipte herhangi bir gerekçe sunmadan alacağı tahsil etmekten imtina ederse, icra dairesi dosyayı tetkik merciine sevk eder. Tetkik mercii borçlu tarafından yapılan ödemenin alacaklı adına saklanmasına ve rehlin terkinine karar verir. Hüküm bir müzekkere ile sicile bildirilir ve mahkeme kararı ile terkin işlemi gerçekleştirilmiş olur.⁴¹

Borçlunun vadesi gelmemiş bir borç için de yukarıdaki yöntemlerle ve aynı taleplerle icra dairesine başvurması mümkündür. İcra ve İflas Kanunu'nun 153/II.maddesi hükmü gereğince, rehin dolayısıyla doğmuş olan tüm borç ve bu borçtan dolayı işlemiş ve işleyecek tüm faiz de ödenmelidir.

İ. Diğer Haller

Rehin hakkı borç tamamen ifa edilene kadar devam eder. Bütünlük ilkesi gereğince rehlin azaltılması talep edilemez; ancak teminatın değeri ifa edilmemiş kısımdan daha fazlaysa, bu durumda kanımızca rehlin azaltılması talebinin kabul edilmesi gerekir. Talebin reddi MK m.2 bağlamında dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil etmektedir.⁴²

Kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınan alacağın aynı zamanda ticari işlemde taşınır rehnine konu olması durumunda, rehinli alacaklı kefile başvurur ve kefilin de borcu ifa ederse, kefil borçluya karşı halefiyet ilkesi gereğince alacağın sahibi olur.⁴³ BK 596/II. maddeye göre aksi kararlaştırılmamışsa, kefil rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur. Yine aynı fıkra hükmü gereğince, alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu

⁴¹ **Karakaş, G. J.**, Ticari İşletme Rehninde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Ankara 2004, s.118.

⁴² **Kuntalp, E.**, Teminat Kavramı Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.273 vd.

⁴³ **Makaracı Başak, A.**, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, s.395.

mal varlığı üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelir.

Borçlar Kanunu'nun 596.maddesinin 4.fıkrası hükmü gereğince, bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği yahut borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde, malik kefile karşı rücu hakkını yalnızca kefil ile arasında bu hususta bir anlaşma varsa veya rehin sonradan üçüncü bir kişi tarafından verilmişse kullanabilir.

Ticari işletme sahibinin işi terketmesi, çalışma alanını değiştirmesi gibi istisnai durumlarda rehnin terkininin nasıl gerçekleştirileceği TİTRK'de düzenlenmemiş bir husustur. Kanımızca tacirin ticareti terketmesi durumunda, tasfiyeye ilişkin hükümler kıyasen uygulanacak ve borç muaccel hale gelecektir. Bu durumda rehnin paraya çevrilmesi yoluyla rehinli taşınırın sattırılması yahut rehinli malın mülkiyetinin doğrudan alacaklıyla geçirilmesi seçeneklerinden biri devreye girecektir.

Tacirin çalışma alanını değiştirmesi durumunda ise kanımızca iş kolundaki değişikliğin mahiyetine göre karar vermek isabetli olacaktır. Şayet rehne konu taşınır malın kullanımı her iki iş kolunda da bir gereklilik arz ediyor ve borcun tahsili anlamında alacaklıyla bir takım ek külfetler veya riskler yüklemiyorsa, rehnin devam edeceği düşünülebilir. Örneğin fırını rehneden pizzacının sonradan bu iş kolunu değiştirip pideci açması durumunda, rehneden fırın her iki iş kolunda da kullanılması elzem taşınır mallardan olduğu için, rehnin varlığının devam ettiğini söylemek isabetli olacaktır; ancak pizzacının bu iş kolunu terk edip hırdavatçı, emlakçı vb. başka bir iş kolunda faaliyet gösteren bir işletme açması durumunda, iş kolunda esaslı bir değişiklik meydana geleceği ve bahse konu yeni iş kolunda fırın kullanımının mümkün olmaması hasebiyle, alacağın muaccel hale geleceği ve rehnin sonlandırılması gerektiği söylenebilir.

7099 Sayılı Kanun ile TİTRK'de yapılan değişiklikle, 15/02/2018 tarihinde kanununa yeni bir hüküm eklenmiştir. TİTRK'in yeni 7/3. maddesine göre "*bir taşınırın rehinli olduğunu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyeti korunur*". Kanımızca getirilen bu hüküm kanunun ruhuyla bağdaşmayan son derece isabetsiz bir düzenlemedir. Bir yandan ticari işlemlerde taşınır rehni için yeni bir sicil ihdas edip aleniyeti sağlamak, diğer yandan da bu aleniyet yokmuşcasına davranıp, üçüncü kişinin iyi niyetini koruyucu düzenlemeler getirmek, uygulamada telafisi son derece zor zararların doğmasına sebebiyet verecektir. Şöyle ki, taşınır rehni sicilde açıkça yer almasına/ sicile tescil edilmesine karşın, bu rehinden haberdar olmadığını

ileri süren “iyiniyetli” üçüncü kişi, rehinli malı devraldığı zaman, taşınır rehni de sona erecektir. Rehin tesis etmek suretiyle rehinli alacaklıya sağlanan teminat adeta son bulacak ve alacaklı yalnızca rehinli malın satışından elde edilen ikame değer üzerinden alacağını karşılama imkanına sahip olacaktır. Rehni sona erdiren haller açısından son derece sakıncalı olan bu düzenleme, sicilin aleni olduğu ve bu nedenle de iyi niyetli üçüncü kişinin iyi niyetinin korunamayacağı hususu göz önünde bulundurularak yapılacak ilk değişiklikle birlikte kanundan çıkarılmalı ve kanun eski haline döndürülmelidir.

III. Rehnin Paraya Çevrilmesi

A. Genel Olarak

Rehnin paraya çevrilmesi sürecinde yaşanan zaman ve değer kayıplarının asgariye indirilmesini amaçlayan kanun koyucu, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile birlikte önemli birtakım değişikliklere gitmiştir.

Borcun ödenmemesi hâlinde; Medeni Kanun’un 949.maddesi⁴⁴ gereğince taşınırın, 873.maddesi⁴⁵ gereğince taşınmazların, mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükümleri geçersizdir. Roma Hukuku’ndan beri varolan ve hem kara avrurasında hem de Türk Hukuku’nda uzun yıllardır “lex commissoria yasağı” (lex commissoria prohibition) adıyla uygulanmakta olan bu temel hukuk prensibi, 6750 S.lı Kanun’la ticari işlemlerde kurulan taşınır rehniyle sınırlı olarak ortadan kaldırılmış ve rehinli taşınır malın borca mahsuben alacaklıya devri mümkün kılınmıştır.⁴⁶ Kanunun 14.maddesinin 1.fıkrasının a bendine göre muaccel olan borcun ödenmemesi halinde alacaklı, icra dairesinden mülkiyetin devrini talep edebilmektedir. Ayrıca uygulama yönetmeliğinin 9.maddesinin 1.fıkrasının ı bendi de sözleşmede yer alacak hususlar arasında “*Varsa temerrüt durumunda*

⁴⁴ MK m. 949/I: Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir.

⁴⁵ MK m. 873/II: Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir.

⁴⁶ 1447.S.lı Kanun döneminde uygulanmakta olan lex commissoria yasağı, yalnızca borcun muaccel olmasından önce yapılan anlaşmalara getirilen bir kısıtlamaydı. Borç muaccel hale geldikten sonra rehin verenle alacaklı arasında rehne konu taşınır malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesi yönünde yapılan anlaşmalar geçerliydi. Ayrıntılı bilgi için: **Helvacı, İ.**, Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasağı, İstanbul 1996, s.101 vd.; **Günel, O.K.**, Lex Commissoria Yasağı, Ankara 1998, s.21 vd.; **Atakan**, s.1115. Lex commissoria yasağının işlevleri hakkında bkz. **Akıpek/Akıntürk**, s.753-755, 847-848.

mülkiyeti devralma hakkının kullanılacağı kaydı” şeklinde bir hükme yer vererek, lex commissoria yasağına bir istisna tanındığını açıkça hüküm altına almıştır.⁴⁷ Rehin sözleşmesinde yönetmelikte belirtildiği gibi bir hüküm bulunmasa dahi, TİTRK 14. ve 16. Maddeleri uyarınca rehin sahibi alacaklının icra dairesine başvurup, rehinli malın mülkiyetinin kendisine devrini talep edebileceği kanısındayız.⁴⁸

Alacaklıya tanınan bir diğer tahsilat olanağı ise alacağı devretme imkanının genişletilmesidir. Buna göre alacaklı, alacağını 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilecek, zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda ise lisans ve kiralama hakkını kullanabilecektir.⁴⁹

B. Rehinli Taşınır Mal Üzerinde Haciz Bulunması

Ticari işlemlerde taşınır rehni kurulmasından önce ya da sonra, rehne konu malın haczedilmesi hususu ne TİRK ne de TİTRK’de düzenlenmiştir. Bu durum genel hükümler çerçevesinde ayrı ayrı incelenecektir.

Ticari işlemlerde taşınır rehnine konu mal varlığı üzerine, üçüncü kişiler tarafından taşınır rehni tesis edilmeden önce haciz konulursa, hacizli alacaklıların alacak hakkı, rehinli alacaklılarından önce gelir. Bu durumda hacizli alacaklılar alacağını tahsil etmeden, rehinli alacaklılar alacaklarını tahsil edemezler.

⁴⁷ Hamamcıoğlu, E. / Karamanlıoğlu, A., 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na İlişkin Bazı Tespitler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.129, Yıl 2017, s.131; Şit İmamoğlu, B., Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017, s.40.

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Şit İmamoğlu, s.40; Ayrıca müellif, TİTRK 14.1.a, b ve c’de öngörülen yollardan birisine başvurulmadan genel hükümlere göre takip yapılamayacağı gösterildiğinden (m.14.2) mülkiyetin devri talebinin bir takip şartı olduğunu belirtmektedir bkz.s.40 vd. Müellifin bu görüşüne katılmamaktayız, zira 7099 Sayılı Kanun’la TİTRK’de yapılan değişiklikle, kanuna eklenen 14/1-ç hükmü gereğince doğrudan genel hükümler çerçevesinde takip yapılabilmesinin önü açılmıştır. Rehin sözleşmesine konulacak “temerrüt durumunda mülkiyeti devralma hakkının kullanılacağı” yönündeki kaydın, alacağın muaccel olmasından önce gerçekleşmesi sebebiyle lex commissoria yasağı kapsamında değerlendirilmesi yönünde ise bkz. Köroğlu Ölmez, B., Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 129, Yıl 2017, s.279.

⁴⁹ Atakan, s.1116.

Rehinin tesis edilmesinden sonra, rehne konu taşınır mal varlığı üzerine haciz konulması durumunda haciz işlemi rehinli alacaklıların haklarına halel getirmeyecektir. Bu durumda İİK 92.maddesinin taşınmazlara ilişkin hükümleri kıyasen taşınırlar için de uygulanacaktır. Rehinli alacaklı alacağını tahsil etmeden, hacizli alacaklının alacağını tahsil etmesi mümkün değildir.

C. Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip

Alacağın tahsil edilememesi durumunda, alacaklı İcra ve İflas Kanunu çerçevesinde rehnin paraya çevrilmesi usulüyle takip başlatabilecek ve alacağına ulaşabilecektir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 45.maddesi alacaklı için öncelikle rehne müracaat zorunluluğu getirmiştir. 45/1.maddesi hükmü gereğince, rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu, yalnızca rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatabilmektedir. Bu kuralın birtakım istisnaları bulunmaktadır. Şayet kambiyo senedine bağlı olarak tesis edilmiş alacak, aynı zamanda bir taşınır rehni ile garanti altına alınmışsa, alacaklı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak yerine kambiyo senetlerine özgü takip de başlatabilir. Bunun yanı sıra alacaklı rehin hakkından feragat edip genel haciz yoluyla da takip başlatabilir.⁵⁰ Bir diğer istisna ise rehinli alacak için müteselsil bir kefilin bulunmasıdır. Bu durumda müteselsil kefile karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatma zorunluluğu bulunmamaktadır. Asıl borçluya başvurmadan önce kefile karşı genel haciz yoluyla takip başlatılabilir.⁵¹

Başvuru önceliği Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında da kendine yer bulmuştur.⁵² Buna göre rehin alacaklısı, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak yerine, genel haciz yoluyla takibe başlamışsa, öncelikli olarak üzerinde rehin hakkının bulunduğu taşınır mal varlığının sattırılmasını talep etmelidir. Alacaklının haciz ya da iflas yoluna başvuruları icra dairesince reddedilmelidir. Genel haciz ya da iflas yoluyla takip, ancak rehin alacaklısının alacağını rehnin

⁵⁰ **Uyar**, s.81-82; **Kuru, B./ Arslan, R./ Yılmaz, E.**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2010, s.461; **Berkin, N.**, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s.375; **Elmas, Ö.**, Ticari İşletme Rehni ve Cebri İcra Hukuku Bakımından Sonuçları, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Kocaeli 2004, s.62.

⁵¹ **Elmas**, s.63.

⁵² Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 2002/6643 E., 2002/7807 K. ve 15.4.2002 T. kararı'nda, rehinle teminat altına alınmış bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile, alacaklının yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceğini belirtmiştir.

paraya çevrilmesi yoluyla tahsil edemediği durumlarda gündeme gelen, alternatif bir takip usulüdür.⁵³

Öncelikli olarak rehne müracaat etme zorunluluğu, takipte bulunma hakkına ilişkin olduğu için, usul hukukundan değil maddi hukuktan kaynaklanan bir kuraldır. Bu zorunluluğun maddi hukuktan kaynaklandığının bir diğer göstergesi ise, borçlunun malvarlığı ile sorumluluk şeklini belirlemesidir. Her ne kadar kural maddi hukuka ilişkin olsa da, düzenleme İcra ve İflas Kanunu'nda bulunmaktadır.⁵⁴ Alacaklı ile borçlunun kendi aralarında bir sözleşme yaparak, alacaklının rehni paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmeden önce haciz veya iflas yoluyla takibe geçmesini kararlaştırmaları geçersizdir.⁵⁵

Önce rehne müracaat kuralı bulunmasına rağmen doğrudan haciz ya da iflas yoluyla takip başlatılması durumunda, takibin nasıl durdurulacağı tartışma konusudur. Bir görüşe göre⁵⁶ takibe başlandığı esnada, ödeme emrini düzenleyen icra memuru, hacze konu mal üzerinde bir rehin hakkı tesis edilip edilmediğini bilemez. Bu nedenle ödeme emrini alan borçlu, alacaklının rehni paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatabileceğinden bahisle itiraz yoluna başvurmalıdır. Bir başka görüşe göreyse, bu durumda borçlunun şikâyet yoluna başvurması gerekmektedir.⁵⁷

Alacaklının genel takip yollarından birine başvurması ve alacağının rehni teminat altına alındığını icra memuruyla paylaşması durumunda, icra memuru bu talebi işleme koyamaz ve ödeme emri gönderemez. İcra ve İflas Kanunu'nun 45.maddesindeki açık düzenlemeye rağmen, icra memurunun haciz yoluyla takibi işleme koyması şikâyet sebebidir.⁵⁸

Rehni paraya çevrilmesi ilamlı veya ilamsız icra takibiyle gerçekleşebilir; ancak kural olarak ilamsız bir takip yoludur. İlamlı takibe

⁵³ Elmas, s.63.

⁵⁴ Elmas, s.64.

⁵⁵ Kuru, B., İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s.985.

⁵⁶ Postacıoğlu, İ. E. / Altay, S., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010, s.644.

⁵⁷ Ansay, S. Ş., Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5.Baskı, Ankara 1960, s.14; Berkin, s.374; Arar, K., İcra ve İflas Hükümleri, Cilt I, Ankara 1944, s.97'den aktaran Elmas, S.66.

⁵⁸ Kuru, s.986.

girişebilmek için, alacaklının ilam ya da ilam niteliğine haiz bir belgeye⁵⁹ sahip olması gerekir.⁶⁰

Alacağı muaccel hale gelen rehin alacaklısı, bizzat takip başlatmak yerine, üzerinde taşınır rehninin bulunduğu ancak daha önce başka bir alacak için başlatılmış icra takibinin sonuçlanmasını ve hacizli malın satılarak paraya çevrilmesini de bekleyebilir. Bu durumda rehlinli alacaklının öncelik hakkı olduğu için, genel haciz yoluyla sattırılan taşınır malın bedelini öncelikli olarak kendisi alacak, takip masraflarına da katılmayacaktır.⁶¹

15/02/2018 tarihinde 7099 Sayılı Kanun ile TİTRK’de yapılan değişiklikle, İİK’nın “önce rehne başvurma” kuralına bir istisna getirilmiş ve doğrudan genel hükümler çerçevesinde takibe başlanabilmesinin önü açılmıştır. Değişiklikle birlikte artık rehlinli alacaklının elinde iki imkan bulunmaktadır. Alacaklı ya rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişecek ya da genel hükümler çerçevesinde başlatacağı takiple alacağına kavuşmaya çalışacaktır. Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yoluna başvurulması, alacaklının elinde bir teminat bulunması bakımından çoğunlukla borçlunun lehinedir ve uygulamada sıklıkla ve öncelikle bu yol tercih edilmektedir. Bu nedenlerle aşağıdaki bölümde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip detaylıca incelenecektir.

1. Takip ve Paraya Çevirme Talebi

Sözleşmede öngörülen tarihte ödenmeyen borç için alacaklı İcra ve İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde takibe girişebilir ve rehlinli taşınır varlığı icra dairesi vasıtasıyla sattırarak alacağını tahsil edebilir.

Taşınır rehni kapsamında rehnedilen her bir varlık borcun tamamının güvencesini teşkil ettiği için, alacaklı ticari işletmenin tamamının satışını istemek yerine, alacağını karşılamaya yetecek miktarda taşınır varlığın satışını isteyerek de alacağını tahsil edebilir.⁶²

⁵⁹ İİK 38.madde: Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir.

⁶⁰ Elmas, s.61.

⁶¹ Karakaş, s.127.

⁶² Reisoğlu, Ticari İşletme Rehni, s.33.

TİRK hükümleri gereğince alacaklı, işletme sahibinin elinde bulunan rehinli malların ihtiyaten de haczini isteyebilmekteydi. İİK 257.maddesi gereğince rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir borcun alacaklısı, borçlunun veya üçüncü kişinin zilyetliğinde olan taşınır ve taşınmaz mallar ile alacaklarını ihtiyaten haczettirebiliyordu; ancak rehinli taşınır varlıkların borçlunun elinde bulunması, rehnin paraya çevrilmesi anına kadar alacaklıyı risk altında bırakıyordu. Bu nedenle eski kanunun yürürlükte olduğu dönemde takip aşamasında da ihtiyati haciz talebinde bulunulabiliyordu.⁶³ TİTRK ile kanun koyucu bu uygulamadan vazgeçti ve rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte ihtiyati haciz müessesesini yürürlükten kaldırdı. Bu düzenleme ile birlikte TİTRK ile İİK arasında tam bir uyum sağlanmış oldu. Keza İİK 257.md yalnızca “rehinle temin edilmemiş” alacağa karşın ihtiyaten haczi mümkün kılıyor, TİRK ise rehin tesis edilmiş olsa dahi, taşınır malın ihtiyaten haczine cevaz veriyordu. Mevzuatın kendi içersinde çeliştiği bu husus, 6750 S.lı Kanun’un yeni hükümleriyle ortadan kaldırılmış oldu.

TİTRK 14/2.maddesi gereğince alacağın 6750 S.lı Kanun’da belirtilen yollarla tahsil edilemezse, takibin genel hükümler çerçevesinde gerçekleşeceği⁶⁴ yönündeki hüküm, 7099 sayılı kanunla yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Buna göre alacaklının dilerse doğrudan genel hükümler çerçevesinde takip yoluna başvurmasının da önü açılmıştır.

Rehinli bir menkul malın paraya çevrilmesi usulü, İcra ve İflas Kanunu’nun 145. vd maddelerinde yer almaktadır. Buna göre alacaklının ilk olarak icra dairesine “rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip” talebinde bulunması gerekir.⁶⁵ Takip talebinde İcra ve İflas Kanunu’nun 145.maddesinin atıfıyla 58.maddede yer alan hususlar yer almalıdır.⁶⁶ Ayrıca 58.maddedeki

⁶³ **Teoman, Ö.**, Bankalar Taraf Oldukları Ticari İşletme Rehni Sözleşmeleri Nedeniyle Borçlu Tacirin Mallarını Takip Aşamasında İhtiyaten Haczettirebilirler mi? İMD., C. 31, S.6, s.244.

⁶⁴ Alacaklıya rehni İİK hükümleri dışında özel olarak paraya çevirme yetkisi de tanınabilir yönündeki görüşü için bkz. **Tekinalp, Ü.**, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s.406, N:36-89. Bu hususun rehni sözleşmesinde gösterilmesi uygun olur yönündeki görüşü için bkz. **Arkan**, s.64.

⁶⁵ Takip talebinde bulunması gerekenler için bkz. **Muşul, T.**, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2010, s.825.; **Postacıoğlu/Altay**, s.656; **Kuru**, s.991.; **Tuna, B.E.**, Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi, İzmir 2009, s.65.

⁶⁶ İİK 58.madde: Takip talebi icra dairesine yazılı veya sözlü olarak ya da elektronik ortamda yapılır.

hususların yanı sıra, rehnin ne olduğunun belirtilmesi, sonraki rehin hakkı sahiplerinin belirtilmesi ve şayet rehnedilen taşınır mal üçüncü kişi tarafından verilmişse veya rehnedilen taşınır malın mülkiyeti üçüncü kişiye geçmişse, bu kişilerin bilgilerinin de takip talebinde yer alması gereklidir.⁶⁷ Takip talebi genel haciz yoluyla takipteki Örnek 48 ile gerçekleştirilir. Tek farkı ise Örnek 48’de yer alan 5 nolu bölümü doldurulur, 9 nolu bölümde ise taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takibe başlandığı belirtilir.⁶⁸

Takip talebinde bulunan alacaklının, usulüne uygun olarak düzenlenmiş rehin sözleşmesini ve rehnin tesciline ilişkin belgelerin aslını veya suretlerini de takip talebiyle birlikte icra dairesine sunması gerekmektedir. Belgelerden herhangi birinin eksikliği halinde icra memuru, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla yapılacak takip talebini reddeder. Eksikliğe rağmen takibe başlanması

Talepte şunlar gösterilir:

1. Alacaklının ve varsa kanuni temsilcisinin ve vekilinin adı, soyadı; alacaklı veya vekili adına ödemenin yapılacağı banka adı ile hesap bilgileri; varsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası; şöhret ve yerleşim yeri; alacaklı yabancı memlekette oturuyorsa Türkiye’de göstereceği yerleşim yeri (Yerleşim yeri gösteremezse icra dairesinin bulunduğu yer yerleşim yeri sayılır.);

2. Borçlunun ve varsa kanuni temsilcisinin adı, soyadı, alacaklı tarafından biliniyorsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası, şöhret ve yerleşim yeri;

Bir terekeye karşı yapılan taleplerde kendilerine tebligat yapılacak mirasçılardan adı, soyadı, biliniyorsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası, şöhret ve yerleşim yerleri;

3. (Değişik: 17/7/2003-4949/12 m.) Alacağın veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarı ve faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi;

4. Senet, senet yoksa borcun sebebi;

5. Takip yollarından hangisinin seçildiği;

Alacak belgeye dayanmakta ise, belgenin aslının veya alacaklı yahut mümessili tarafından tasdik edilmiş, borçlu sayısından bir fazla örneğinin takip talebi anında icra dairesine tevdi mecburidir.

Alacaklıya takip talebinde bulunduğu ve verdiği belgelere, talep ve takip masraflarına dair bedava ve pulusuz bir makbuz verilir.

⁶⁷ Elmas, s.70.

⁶⁸ Antmen, A., Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001, s.92.

durumunda, borçlunun şikayeti üzerine icra tetkik mercii tarafından takibin iptaline hükmedilir.⁶⁹

a. Rehin Konusunun Belirtilmesi

İcra ve İflas Kanunu'nun 145.maddesine göre, takip talebinde 58.maddedeki hususların yanı sıra rehnin ne olduğunun da açıkça belirtilmesi gerekir. Buradaki amaç, takip talebine göre düzenlenecek ödeme emrinde borçlunun hangi rehinli alacak için takibe girildiğini ve itiraz edip edemeyeceğini açıkça bilmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Alacaklı, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla başlattığı takipte, takip kesinleştikten sonra hangi taşınır mal satılarak paraya çevrilecekse açıkça yazması gerekmektedir.⁷⁰

Rehnin ne olduğu belirtilirken, rehnin konusu taşınır malın mütemmim cüzünün de belirtilmesine gerek yoktur; çünkü Yönetmeliğin 14.maddesine göre taşınır varlık üzerindeki rehin hakkı, o varlığın bütünleyici parçasını da kapsamaktadır; ancak bütünleyici parçanın ayırt edici özelliklerinin bulunması halinde bunların ayrıca rehin sözleşmesinde belirtilmesi gerekmektedir. Eklentilerin durumu ise Yönetmelik ve Medeni Kanun'da birbirinden farklı şekillerde düzenlenmiştir. MK 947.md'si gereğince rehin, taşınırı eklentileriyle birlikte kapsar. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça alacaklı, rehinli taşınırın doğal ürünlerini, bütünleyici parçası olmaktan çıkınca malike vermekle yükümlüdür. Rehin, paraya çevirme sırasında bütünleyici parça niteliğindeki doğal ürünleri de kapsar. Taraflar isterse teferruatı rehnin kapsamı dışında da bırakabilirler.⁷¹ Yönetmeliğin 14/II.maddesine göre ise rehin sözleşmesi akdedilirken taşınır varlıkta bulunan eklentiler ile sözleşmenin akdedilmesinden sonra ilave edilen eklentiler, aksi kararlaştırılmadıkça, rehin kapsamında değildir.

Alacaklı, rehnedilen malı ne takip talebi ile birlikte ne de satış aşamasına kadar icra dairesine teslim etmek zorunda değildir. TİTRK, teslimsiz rehni konu edindiği için, rehin borçlusu taşınır mal paraya çevrilene kadar bundan istifade etmeye devam eder. Satış aşamasında ise mala icra dairesince el konulur ve satış işlemi gerçekleştirilir. Taşınır mala ilişkin bazı özel durumlarda yerinden

⁶⁹ **Akyazan, S.**, Ticari İşletme Rehni, BATİDER Cilt 8 Sayı 4 Yıl 1976, s.80.

⁷⁰ **Kuru**, s.991.

⁷¹ **Gülekli, Y.**, İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, İstanbul 1992, s.11-14'den aktaran **Elmas** s.71.

satış mümkün olsa da, bunun haricinde el koyma işlemi mümkün değilse, paraya çevirme talebi de mümkün değildir.⁷²

b. Daha Sonraki Rehin Hakkı Sahibi yada Sahiplerinin Belirtilmesi

İİK 145.maddesi gereğince daha sonraki rehin hakkı sahibi ya da sahiplerinin de takip talebinde yer alması gerekmektedir. Bu sayede alacaklılar haklarını kullanabilecek ve gerektiğinde bizzat ihaleye katılacak yahut ihaleye katılması için müşteri bulabileceklerdir.⁷³

Alacaklının kendisinden sonra gelen rehin hakkı sahiplerini takip talebinde belirtmemiş olması takibin geçerliliğini etkilemez. Buna karşın kendisine haber verilmeyen alacaklı bundan dolayı uğradığı zararın tazminini takibe başlayan alacaklıdan isteyebilir.⁷⁴

Aynı taşınır mal üzerinde birden fazla rehin hakkı tesis edildiği ve sonra gelen rehin alacaklısının takip talebinde bulunduğu durumlarda ise, ilk rehin hakkı sahibi muhakkak takip talebinde yer almalıdır.⁷⁵

2. Ödeme Emri

Takip talebini alan icra dairesi bir ödeme emri düzenler ve bunu hem borçluya hem de taşınır malın sahibinin üçüncü bir kişi olduğu durumlarda mal sahibine gönderir.⁷⁶ Ödeme emri Örnek 50'ye göre düzenlenir ve içinde takip talebindeki kayıtlar, rehinli mal üçüncü kişiye aitse ona ilişkin bilgiler, borcun ödenme süresi, itiraz süresi ve imza itirazında bulunabileceği gibi bir takım hususlar yer alır.⁷⁷

⁷² Uyar, s.131.

⁷³ Uyar, s.131.; Kuru, s.992.

⁷⁴ Postacıoğlu/Altay, s.657.

⁷⁵ Elmas, s.73.

⁷⁶ Ödeme emrinde bulunması gerekenler için bkz. Muşul, s.826.; Postacıoğlu/Altay, s.656; Kuru, s.992.; Tuna, s.69.

⁷⁷ Örnek 50'ye göre ödeme emrinde;

- a) Takip talebindeki kayıtlar,
- b) Rehnedilen mal üçüncü kişi tarafından verilmişse veya mülkiyeti 3.kişiye geçmişse onun adı, soyadı ve adresi,
- c) Borcun ve takibin giderlerinin yedi gün içerisinde ödenmesi,
- d) Yedi gün içerisinde itiraz edilmez veya borç ödenmezse rehinli malın satılacağı ihtar,
- e) Yedi gün içinde rehin hakkına açıkça itiraz edilmezse, alacağın takip safhası içinde artık tartışma konusu olmayacağı ihtar,

Ödeme emrini alan borçlu, takibe itiraz etmediği takdirde yedi gün içerisinde borcunu ödemek zorundadır. Borçlu yedi gün içerisinde genel haciz yoluna ait itirazlarla birlikte rehin hakkına da itiraz edebilir. İtirazın süresi içerisinde icra dairesine ulaşması durumunda, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan takip durur. Bu durumda alacaklının itirazın iptali için icra mahkemesine başvurması gerekir.⁷⁸

İcra ve İflas Kanunu'nun 147.maddesi hükmü gereğince ödeme emrine itiraz edilmesi ve bu itirazın incelenmesi, genel haciz yolundaki usulle aynıdır. Yedi günlük itiraz süresi içerisinde rehin hakkına ayrıca ve açıkça itiraz edilmemesi durumunda, söz konusu takip açısından alacaklının sahip olduğu rehin hakkı kabul edilmiş sayılacaktır. Bir başka deyişle, itiraz süresi içerisinde rehin hakkına ayrıca ve açıkça itiraz etmeyen borçlu, itirazın iptali davasında yahut Tetkik Mercii önünde rehin hakkının geçersizliğini ileri süremez, bu hususu tartışma konusu yapamaz.⁷⁹

Borçlunun sadece rehin hakkına itiraz etmesi durumunda, ödeme emrindeki takip tutarını kabul ettiği varsayılır.⁸⁰ Bu durumda alacaklı rehin hakkına ilişkin yapılan itirazın iptalini isteyebileceği gibi, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipten vazgeçerek, takibin genel haciz yoluyla devamını da talep edebilir. Bu durumda rehinli mallar genel haciz yoluyla haczettirilip sattırılacaktır.⁸¹

Borçlunun yedi gün içinde borcu ödememesi veya itiraz etmemesi yahut itiraz etmesine rağmen icra mahkemesinin itirazı iptal etmesi durumunda, alacaklı İİK 150e maddesi gereğince rehinli taşınır varlığın sattırılmasını talep edebilir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 147/II.maddesi hükmü gereğince, borçlu sadece rehin hakkına itiraz eder ve alacaklı rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipten vazgeçip, takibe genel haciz yoluyla devam ederse, borçluya mal

f) Sadece rehin hakkına itiraz edildiği takdirde alacaklının takibin genel haciz yoluyla devamını isteyebileceği ihtar,

g) Takibin dayanağı senet altındaki imza borçluya ait değilse, yedi gün içinde açıkça itiraz edebileceği, aksi halde imzanın borçluya ait olduğu kabul edileceği yazılır.

⁷⁸ **Kayıhan, Ş.**, Ticari İşletme Rehni, İstanbul 1996, s.75.

⁷⁹ **Karakaş**, s.130.

⁸⁰ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.421.

⁸¹ **Karakaş**, s.130.

bildiriminde bulunması için yedi günlük süre verilir; ancak bu durumda haciz yapılabilmesi için yedi günlük sürenin beklenmesine lüzum yoktur. Bu istisnai durumun haricinde, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan takiplerde, ödeme emrinde borçluya mal beyanında bulunması ihtarda bulunulmaz.⁸²

3. Takibin Kesinleşmesi

a. Genel Olarak

Borçlu veya rehin üçüncü kişi tarafından verilmişse taşınır malın maliki, ödeme emrini aldığı zaman üç şekilde davranabilir⁸³:

Borcu ödemek ilk seçenek olarak karşımıza çıkar. Şayet rehin üçüncü kişi tarafından verilmişse ve rehinli malın sahibi borcu öderse, halefiyet yoluyla alacaklının haklarına da sahip olur. Ödeme müddeti İİK 146/1.maddesine göre 15 gündür.⁸⁴

İkinci olarak, takibin herhangi bir itirazda bulunulmaması sebebiyle kesinleşmesi karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda borçlu veya rehinli malın üçüncü kişiye ait olması durumunda malın maliki, 7 günlük süre içinde ödeme emrine itiraz etmezse takip kesinleşir.⁸⁵

Son olarak karşımıza ödeme emrine itiraz edilmesi ihtimali çıkar. Borçlu ya da rehinli mal üçüncü kişiye aitse malın maliki, ödeme emrine itiraz ederek rehinin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan takibi durdururlar. Bu durumda takibin kaldığı yerden devam edebilmesi için alacaklının aşağıda belirtilen usule göre itirazın iptalini sağlaması gerekmektedir.

b. Ödeme Emrine İtiraz

Gayrimenkul rehni, alacağın varlığına ilişkin bir karinedir. Taşınır rehni içinse böyle bir karine mevcut değildir ve ödeme emrine yapılacak itiraz takibi durdurur. Ödeme emrine yapılan itirazla takibin durması üzerine, alacaklı itirazın geçici ya da kesin olarak kaldırılmasını veya itirazın iptalini icra mahkemesinden dava yoluyla talep edebilir.⁸⁶

⁸² Karakaş, s.130.

⁸³ Elmas, s.76.

⁸⁴ Aktepe, S., İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:6 Sayı:12 Güz 2007/2, s.185.

⁸⁵ Uyar, s.137.

⁸⁶ Elmas, s.77.

Ödeme emrinin borçlunun yanı sıra üçüncü kişiye de tebliğ edilmesi durumunda, üçüncü kişinin de icra takibinin tarafı olması hasebiyle itiraz hakkı bulunmaktadır.⁸⁷ Ancak borçlu ve üçüncü kişinin itirazları birbirinden farklıdır. Borçlu ödeme emrine itiraz etmez yahut itiraz edip bu itiraz alacaklı tarafından kaldırılrsa dahi bu durum üçüncü kişinin itirazını etkilemez. Üçüncü kişinin itirazı ayrıca değerlendirilecektir. Bu nedenle rehinli malın satışının istenebilmesi için borçlunun yanısıra üçüncü kişiye karşı da takibin kesinleşmesi gerekmektedir.⁸⁸

(1) İtirazın Süresi ve Şekli

İtirazın gerçekleşebilmesi için öncelikle ortada usulüne uygun olarak tebliğ edilmiş bir ödeme emri bulunmalıdır. Ödeme emrinin üzerinde 7 günlük itiraz süresi açıkça yer almalıdır. Ödeme emrine itiraz etmek isteyen borçlu veya üçüncü kişi, süresi içinde yazılı veya sözlü olarak icra dairesine başvurmalıdır.

Borçlu süresi içinde yapacağı itirazla borca, rehin hakkına veya hem borca hem de rehin hakkına itiraz edebilir. İtirazla birlikte takip durur.⁸⁹

(2) Borca İtiraz

Borçlu ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde icra dairesine bizzat başvurarak veya vekili aracılığıyla borca itiraz edebilir. Rehinin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan takiplerdeki borca itiraza, adi senetlerin takibine yapılan itiraz usulü tatbik olunur.⁹⁰ Bu itiraz açıkça “borca itiraz ediyorum” şeklinde olabileceği gibi “borcum yoktur”, “böyle bir borcum bulunmamaktadır” vb. ifadelerle de gerçekleşebilir.⁹¹

Borçlunun yalnızca borca itiraz etmesi durumunda alacaklının rehin hakkının varlığı kabul edilmiş sayılır. Bu durumda artık rehin hakkının varlığı tartışma konusu yapılamayacaktır.

⁸⁷ Muşul, s.818.

⁸⁸ Uyar, s.138.

⁸⁹ Mustafaoğlu, H., İcra İflas Hukukunda Rehin ve Rehin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001), s.48’den aktaradan Elmas s.78.

⁹⁰ Uyar, s.138-139.

⁹¹ Elmas, s.79.

(3) Rehin Hakkına İtiraz

Borçlunun ödeme emrine itiraz yollarından bir diğeri de yalnızca rehin hakkına itiraz etmektir. Rehin hakkına itiraz etmek isteyen borçlu, bunu açıkça dile getirmeli, bu beyanını icra dairesine yazılı olarak vermeli yahut zapt altına aldirmalıdır. Aksi halde genel bir ifade ile -yukarıda da belirttiği şekilde yapılacak itirazlar rehne değil, borca itiraz anlamına gelmektedir. Bu durumda yalnızca borca itiraz edilmiş olup rehinin varlığı kabul edilmiş sayılır. Rehin hakkına açıkça itiraz etmeyen borçlu, takip aşamasında bu hakka itiraz edemez.⁹²

Rehin hakkına itiraz karşımıza iki şekilde çıkabilir. Bunlardan ilki “rehnin geçerli şekilde kurulmadığı” itirazıdır. Bir diğer itiraz yoluysa “rehnin hakkının son bulunduğu” yönündeki beyandır.⁹³ Her iki durumda da borçlu rehin hakkını reddetmekle birlikte borcu kabul etmiş sayılır. Bu durumda takip açısından borç kesinleşmiştir ve alacaklı rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipten vazgeçerek genel haciz yoluyla takibe devam edebilir.⁹⁴

c. İtirazın Sonucu

İtiraza bağlanacak sonuç, borçlunun itiraz ettiği hususa göre değişkenlik arz etmektedir. Şayet borçlu yalnızca borca itiraz etmişse, alacaklının elinde iki imkan bulunmaktadır. Bunlardan ilki, icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep etmektedir. Bunun için alacaklı, alacağını ispat etmeye yarayan belgeleri icra mahkemesine sunmak zorundadır. Alacak veya rehne dayanak teşkil eden belge, hususi belgelerden ve borçlu bu belgedeki imzaya itiraz etmişse, alacaklı icra mahkemesinden itirazın geçici olarak kaldırılmasını talep edebilir. Şayet alacaklının elinde icra ve İflas Kanunu'nun 68.maddesinde⁹⁵ belirtilen belgelerden biri mevcutsa, alacaklı itirazın kesin olarak kaldırılması talebinde bulunabilir.⁹⁶

⁹² Elmas, s.79

⁹³ Postacıoğlu/Altay, s.659.

⁹⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.421.

⁹⁵ İİK 68/l. madde: Talebine itiraz edilen alacaklının takibi, imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarını içeren bir senede yahut resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye müstenitse, alacaklı itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Bu süre içerisinde itirazın kaldırılması istenilmediği takdirde yeniden ilâmsız takip yapılamaz.

⁹⁶ Elmas, s.81.

Alacaklı herhangi bir hususi belgeye sahip değilse yahut elinde İİK 68.maddede belirtilen belgelerden birini bulundurmuyorsa, sahip olduğu ikinci imkanı kullanacaktır. Bu durumda alacaklı ödeme emrine yapılan itirazı kaldırmak için icra mahkemesinde itirazın iptali davası açmalıdır.⁹⁷

Bazı durumlarda borçlular takip işlemini hızlıca durdurmak ve rehin konusu malın icra dairesi vasıtasıyla satılmasına engel olmak için takip kesinleştikten sonra borcu icra dairesine öderler. Takip kesinleştikten sonra borcun ödenmesi durumunda takibin iptali yalnızca İcra ve İflas Kanunu'nun 71.maddesinde⁹⁸ belirtilen belgelerden biri mevcutsa mümkün olabilir.⁹⁹

4. Paraya Çevirme

a. Paraya Çevirmenin Kapsamı

Rehninin alacaklıya sağladığı güvencenin kapsamına, TİTRK 10.maddenin atfıyla MK 875/1.maddesi hükmü gereğince;

1-Anapara,

2-Takip giderleri ve gecikme faizi,

3-İflasin açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz girer; ancak ikinci fıkra hükmü gereğince daha önce belirlenmiş olan faiz oranı, sonradan gelen alacaklıların zararına olarak artırılamaz.

Zorunlu masrafların güvencesi ise yönetmeliğin 39.maddesinde düzenlenmiştir. Bahsi geçen düzenleme MK 876.maddesiyle de paralellik göstermektedir. Hem yönetmelik hem de Medeni Kanun'da kendine uygulama alanı bulan madde hükmüne göre, rehin alacaklısı, rehinli taşınır varlığın korunması için zorunlu masraf yapmışsa ve özellikle malikin borçlu olduğu sigorta primlerini ödemişse, bundan doğan alacakları tescile gerek olmaksızın aynen rehinli alacağı gibi güvenceden yararlanır.¹⁰⁰

⁹⁷ Uyar, s.10.

⁹⁸ İİK 71/I.madde: Borçlu, takibin kesinleşmesinden sonraki devrede borcun ve ferilerinin itfa edildiğini yahut alacaklının kendisine bir mühlet verdiğini noterden tasdikli veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispat ederse, takibin iptal veya talikini her zaman icra mahkemesinden isteyebilir.

⁹⁹ Elmas, s.82.

¹⁰⁰ Atakan, s. 1117. Ayrıca benzer hükümler için Bkz. İsv.MK.819.

İİK 150g maddesi, aynı kanununun 111.maddesine atıf yapmadığı için, taşınır rehninin paraya çevrilmesi usulünde borcun taksitlendirilip taksitlendirilemeyeceği doktrinde tartışılmıştır.¹⁰¹ Bir görüşe göre İİK 111.madde taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılacak takiplerde de hüküm ifade eder. Şayet rehinli mal satış aşamasına kadar teslim edilmezse icra dairesi taşınır mala el koyabilir. Alacaklı için bir nevi güvence imkânı vardır. Bu nedenle taksitlendirme yapılmaması için herhangi bir neden yoktur.¹⁰² Bir başka görüşe göreyse, İcra ve İflas Kanunu'nun lafzından açıkça anlaşılmadığı ve 150g maddesi sarih bir şekilde 111.maddeye atıf yapmadığı için, taksitlendirmenin yapılması kanuna aykırı olacaktır. Yargıtay'da bu görüşü benimsemiş ve borçluya taksitlendirme imkanı tanımamıştır.¹⁰³

b. Paraya Çevirme Usulü

Alacaklı, İcra ve İflas Kanunu'nun 150e maddesinin 1.fıkrasına göre taşınır rehlin satışını ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren altı ay içinde istemelidir. Bahsi geçen süre içinde satış talebinde bulunmak yeterli olmayıp, bu süre zarfı içinde satış masraflarının da icra dairesine yatırılması gerekmektedir.

Alacaklı, İcra ve İflas Kanunu'nun 150e maddesinin 2.fıkrasına göre altı ay içinde satış istenmez veya satış istenmekle birlikte satış masrafları icra dairesine yatırılmazsa yahut talep geri alınırsa, takip düşer. Takibin düşmesi, genel haciz yoluyla takipten farklı olarak takibin iptali anlamına gelmektedir. Bu durumda düşen takibi devam ettirmek mümkün değildir. Alacaklının yeni bir takip talebinde bulunması gerekmektedir.¹⁰⁴

Borçlunun iflas etmesi durumunda, iflastan önce başlamış ve devam etmekte olan rehlin paraya çevrilmesi yoluyla gerçekleşen icra takipleri, genel haciz yoluyla takipten farklı olarak, durmaz veya düşmez. Böyle bir durumda takip iflas masasına karşı devam eder. Rehlinli malın satılması durumunda, satış bedeli öncelikli olarak rehinli alacaklılar arasında derece sırasına riayet ederek paylaşılır. Kalan miktar olursa, para iflas masasına

¹⁰¹ Elmas, s.76.

¹⁰² Gürdoğan, B., Rehlin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takip, İİK Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, 1963, s.397'den aktaran Elmas, s.77.

¹⁰³ Aytemiz, A., Takip Hukuku ile İlgili Temyiz ve İçtihatlar, Ankara 1944, s.325'den aktaran Elmas s.77.

¹⁰⁴ Antmen, s.94; Arslan, R./ Yılmaz, E./ Taşpınar Ayyaz, S., İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2017, s.413.

kalır. İflas sonrasında bile müflise karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yürütülebilir.¹⁰⁵

TİRK 15.maddesi gereğince rehin paraya çevrilmesi aşamasında hangi unsurların satılacağı konusunda icra memuruna insiyatif verilmişti. İcra memuru satılacak taşınır malvarlığını belirlerken, alacaklının ve ticari işletme sahibinin menfaatlerini de göz önünde bulundurmak ve hakkaniyete uygun bir denge kurmak zorundaydı.¹⁰⁶ Bu nedenle işletme için hayati önem arz eden ve sonradan temini son derece zor ya da imkansız olan bir taşınır mal varlığı yerine, rehne konu diğer taşınır mal varlıklarının satışına öncelik vermek ve bu sayede hem alacağın tahsilini hem de işletme sahibinin daha az zarara uğramasını sağlamak icra memurunun görevleri arasındaydı.¹⁰⁷ İşletmeye ait herhangi bir taşınır mal varlığının satılması borcu karşılamaya yetiyorken, icra memurunun işletme için hayati öneme sahip marka veya ihtira beratinin satışına onay vermemesi gerekliydi.¹⁰⁸ TİTRK ise bu konuda herhangi bir düzenleme yapmamış ve bir hüküm boşluğu oluşmuştur. Kanımızca 1447 S.lı kanun hükmü Medeni Kanun'un dürüstlük kuralıyla da bağdaşmakta ve bu nedenle 6750 S.lı Kanun döneminde de uygulanması gerekmektedir. Bir başka deyişle, icra memurunun işletmeye ait hayati önem arz eden taşınır mallar yerine, sonradan temini daha kolay olan ve işletme için hayati önem arz etmeyen rehinli malları satıp paraya çevirmesi, Medeni Kanun'un 2.maddesinin gereğidir.

c. Paranın Paylaştırılması

Takip sonucunda paraya çevrilen taşınır mal, derece sistemine göre rehinli alacaklılar arasında pay edilir. Şayet satıştan elde edilen gelir, rehin alacaklısının alacağını karşılamazsa, alacaklının talebi üzerine İİK 150f maddesinin birinci fıkrası gereğince kendisine muvakkat (geçici) rehin açığı belgesi verilir. Alacaklı bu belgeye dayanarak bir yıl içinde, yeniden bir ödeme veya icra emri tebliğ etmeden haciz yoluyla takibe girişebilir.¹⁰⁹ Şayet alacaklı

¹⁰⁵ Karakaş, s.133.

¹⁰⁶ Reisoğlu, Ticari İşletme Rehni, s.33.

¹⁰⁷ Akyazan, s.79.

¹⁰⁸ Özbil, İ. D., Ticari İşletme Rehni, Banka Dergisi, 1971, S.10, s.58'den aktaran Kirtepe, A., Ticari İşletme Rehni, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), İstanbul 2009, s.77.

¹⁰⁹ Şimşek, E., Uygulamalı İcra ve İflas Hukuku Açıklamalar ve İçtihatlar, Aydın Yayınları, 1989, s.552.

rehin açığı belgesi ile ayrı bir icra takibine girişmek istemezse, aynı icra takip dosyası üzerinden alacağının rehinle karşılanamayacak kısmını tahsil etmek için rehin borçlusunun diğer mallarının haczini de isteyebilir.¹¹⁰

Rehinli alacaklının satış istemesi, ancak bulunduğu derece itibarıyla satıştan elde edilen gelirden kendisine pay çıkmaması veya kendisine düşen payın alacağını karşılamaması durumunda, rehinli alacaklıyla İİK 152/1.madde hükmü gereğince kesin rehin açığı belgesi verilir. Kesin rehin açığı belgesi, borç ikrarını mutazammım senet niteliğindedir (İİK 152/IV).

IV. Rehlinli Taşınır Malın Mülkiyetini Devralma

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun getirdiği en önemli yenilik, alacaklının temerrüt halinde rehinli malın mülkiyetini devralma hakkıdır. Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi halinde, alacaklı icra dairesinden rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin kendisine devredilmesini talep edebilir.

Takip talebi, ödeme emri ve icra emri safhalarından oluşan bu süreç sonunda alacaklı mülkiyetin devrini talep etmezse, sonraki sırada bulunan rehin alacaklıları, öncelik hakkına sahip rehin alacaklısının bir hafta içerisinde mülkiyetin devri talebinde bulunmaması sebebiyle, sırasıyla yönetmelikte belirtilen usule göre icra müdürlüğünden mülkiyetin devri talebinde bulunabilirler.

A. Takip Talebi

Yönetmeliğin 30.maddesine göre borçlunun temerrüde düşmesi halinde, rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin devri, temerrüdün gerçekleşmesini müteakip yedi gün içinde bir takip talebi ile istenebilir.

Borçlunun temerrüdünün gerçekleşmesi halinde rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin devrini;

a) Rehlin sözleşmesinde ilerleme sisteminin belirlenmiş olması halinde tescil anına göre belirlenen ilk rehin alacaklısı veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi,

b) Rehlin sözleşmesinde sabit derece sisteminin belirlenmiş olması halinde derece ve sıra olarak en önde bulunan rehin alacaklısı veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi,

talep etmeye yetkilidir. Bahsi geçen yetkili kişiler, yönetmeliğin 31.maddesine göre rehinli taşınır varlığın bulunduğu yer veya rehin

¹¹⁰ Karakaş, s.132.

alacaklısının yerleşim yeri icra müdürlüğünden taşınır rehninin devrini talep edebilirler. Bu talep sözlü, yazılı veya elektronik ortamda yapılabilir.

Yönetmeliğin 31.maddesinin 4.fıkrasına göre, rehinli malın devrini ihtiva eden takip talebinde;

a) Rehin alacaklısının 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen bilgileri,

b) Borçlunun 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen bilgileri,

c) Rehnin güvence oluşturduğu borç bilgileri

yer almalıdır. Takip talebine ayrıca Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik uyarınca düzenlenen ekspertiz/değerleme raporu da eklenmelidir.

Yönetmeliğin 31/VI.maddesi gereğince, rehin sözleşmesinin aslının veya borçlu sayısından bir fazla olacak şekilde rehin alacaklısı veya temsil ve ilzama yetkili temsilcisi tarafından onaylanmış örneğinin takip talebi ekinde icra müdürlüğüne verilmesi zorunludur. Ayrıca yedinci fıkra hükmü gereğince, icra müdürlüğüne, Sicilden alınmış rehin verenin, rehinli taşınır varlığın zilyedinin, sonraki sırada yer alan rehin alacaklılarına ve rehinli taşınır varlığa ait bilgileri gösterir belge verilir.

B. Ödeme Emri

İcra müdürlüğü, sıra cetveline itiraz edilmemesi yahut itiraz edilmekle birlikte itiraz veya şikâyetin reddedilmesi üzerine, durumu rehinli taşınır varlık üzerindeki sonra gelen rehin hakkı sahiplerine bir ihbarname ile bildirir ve borçlu ile rehin veren üçüncü kişi ise taşınır varlığın maliki üçüncü kişiye birer ödeme emri gönderir.

Ödeme emrinde rehin verene;

a) Ödeme süresinin on beş gün olduğu,

b) Yedi gün içinde itiraz olunmaz ve birinci on beş gün içinde borç ödenmezse rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin alacaklıya devredileceği,

hususları bildirilir. Ödeme emrini alan borçlu, İcra ve İflas Kanunu'nun 148 ila 150/d maddesi hükümleri gereğince itiraz hakkını kullanabilir.

Borçlu yalnızca rehin hakkına itiraz ederse, itiraz sonuçlanıncaya kadar rehinli malın mülkiyeti alacaklıya geçmez. Bu aşamada şayet rehin hakkına itiraz edilmediyse, bundan sonra yapılacak itirazlar da dinlenmez.

C. İcra Emri

Ödeme emrini alan borçlu, itiraz etmez yahut itiraz etmekle birlikte bu itiraz icra mahkemesince kaldırılır veya asliye hukuk mahkemesince iptal edilirse, icra memuru bir icra emri tebliğ etmek suretiyle borçluya veya taşınır varlığı zilyetliğinde bulundurana yedi gün içinde o varlığın teslimini emreder.

Yönetmeliğin 37.maddesine göre icra emrinde; rehin alacaklısının, borçlunun ve rehinli taşınır varlık üçüncü kişinin zilyetliğinde ise bu kişinin 9 uncu maddede belirtilen hususları ile varsa temsil ve ilzama yetkili temsilcilerinin adları ve soyadları, adresi ve teslim konu varlığın neden ibaret olduğu ve taşınır varlığın teslim alınacağı yazılır.

Borçlu veya rehinli taşınır varlığı zilyetliğinde bulunduran üçüncü kişi ödeme emrinin gereğini yapmaz ise veya eksik yapar ve rehinli taşınır varlığı zilyetliğinde bulundurmaya devam ederse, rehinli taşınır varlık elinden zorla alınıp rehin alacaklısına verilir ve bu husus Sicile bildirilir.

V. Sona Ermenin Hüküm ve Sonuçları

6750 S.lı Kanun, teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılmasını amaçlamıştır. Bu nedenle teslimli taşınır rehninden farklı olarak "iade yükümlülüğü" bulunmamaktadır. Taraflar iade borcunu fiilen gerçekleştirmek yerine, rehin hakkının sicilden terkin için gerekli olan hukuki işlemlere katılma şeklinde borçlarını ifa ederler.¹¹¹ Taşınır rehninin son bulmasıyla birlikte rehin sicilden terkin edilir. Terkin işlemiyle birlikte hem alacaklı ve borçlu hem de üçüncü kişiler nezdinde ilgili taşınır üzerinde herhangi bir rehin hakkının bulunmadığı aleniyet kazanmış olur.

Rehin sözleşmesinin sona ermesi ile rehin hakkının sona ermesi farklı zamanlarda meydana gelebilir. Şayet rehin sözleşmesinden kaynaklanan tek borç rehin tesis etmek ise, ifa ile sözleşme sona erecek ancak rehin hakkı devam edecektir.¹¹²

Aynı taşınır varlık üzerinde birden fazla rehin hakkı tesis edilmesi ve sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı verilmesi hâlinde, ilk sırada yer alan rehin alacaklısı alacağını tamamen almadan bir sonraki rehin alacaklısına ödeme yapılmaz.¹¹³

¹¹¹ Tüzüner, Ö., Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2007, s.75 vd.

¹¹² Makaracı Başak, s.405.

¹¹³ Atakan, s.1116.

Rehin hakkının birden fazla alacağın teminatı olarak tesis edildiği durumlarda, tüm borçların ifası ile rehin hakkı sona erer ve sicilden terkin işlemi gerçekleştirilir.¹¹⁴ Kısmi ödemenin gerçekleştiği durumlarda, ilk sıradaki alacaklı alacağını tahsil ettikten sonra yalnızca ilk sıradaki rehin hakkı sicilden terkin edilir. Ardından gelen rehinler de sicilden terkin edilmez, -aksine bir anlaşma yoksa- bahsi geçen rehinler bir üst dereceye ilerler.

Rehin hakkı sona ermediği veya rehinli alacaklının bu yönde bir beyanı yahut muvaffakiyeti bulunmadığı halde, sicildeki tescilin terkin edilmesi mümkün değildir. Şayet terkin işleminin hukuki dayanağı veya alacaklının bu yöndeki beyanı yahut muvaffakiyeti, herhangi bir sebeple geçersizse, sicil memurunun terkinini de geçersiz olur. Bu durumda rehin hakkı sona bulmaz. Rehinli alacaklı yolsuz tescille haksız şekilde elinden alınan rehin hakkının tekrar tesis edilmesi için TİTRK 18.maddesinin atfı ve MK 1025'e kıyasen, taşınır rehni sicilinin düzeltilmesi davası açıp rehin hakkının yeniden tesisini talep edebilir.¹¹⁵

Borç ilişkisinin sona ermesi üzerine hem alacaklı hem de borçlu, rehinin sicilden terkinini için temsilcilerini de görevlendirebilirler. Bu durumda temsilcilerin noterde düzenlenmiş veya noter tarafından onaylanmış bir muvaffakatname ile sicile başvurmaları gerekmektedir. İşlemin gerçekleştirilebilmesi için temsilcinin açıkça "rehnin terkinini" hususunda yetkilendirilmesi ve durumun vekaletnamede açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir.

Rehin hakkı, rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya devriylede sona erebilir. Bu durumda yönetmeliğin 38/I.maddesine göre, rehinli taşınır varlığın mülkiyetini devralmaya hakkı olan rehin alacaklısı, eksper raporunda belirtilen tutardan fazla bir alacağa sahipse raporda belirtilen tutarın onda dokuzunu alacağına mahsup ederek varlığın mülkiyetinin devrini talep edebilir. Alacaklının fark tutarı ile diğer alacaklıların öncelik hakkı ve alacak tutarına ilişkin rehin açığı belgesi düzenlenerek rehin alacaklılarına verilir.

Rehinli taşınır varlığın mülkiyetini devralmaya hakkı olan rehin alacaklısı, eksper raporunda belirtilen değerden az bir alacağa sahipse, yönetmeliğin 38/II.maddesi hükmü gereğince fazla olan tutarı icra müdürlüğü hesabına yatırarak mülkiyeti devralabilir. Bu fark tutarın icra müdürlüğü hesabına

¹¹⁴ **Sirmen, L.A.**, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s.713.

¹¹⁵ **Uyumaz**, s.401.

kaydedilmemesi halinde bu tutar kadar borçlu ile müteselsilen sorumludur. Fark tutar diğer rehin alacaklılarına öncelik sırasına ve hisselerine göre paylaştırılır. Aynı sırada olan rehin alacaklıları arasında o sıraya düşen tutar rehin alacaklılarının alacakları oranında dağıtılır. Alacağının bir kısmını veya tamamını alamayan diğer rehin alacaklılarına ise rehin açığı belgesi düzenlenerek verilir.¹¹⁶

TİTRK 15.maddeye göre rehin alacaklısı, alacağın son bulunduğu tarihten itibaren yabancı hukuka tabi rehin alacaklısı tarafından otuz, Türk hukukuna tabi rehin alacaklısı tarafından on beş işgünü içinde, rehin kaydının Sicilden terkinini için başvuruda bulunur. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen rehin alacaklısı hakkında güvence altına alınan borç tutarının onda biri oranında idari para cezası verilir. Şarta bağlı yükümlülükler de dâhil olmak üzere, mevcut ve müstakbel güvenceli yükümlülüklerin ödeme ve diğer yöntemlerle ifa edilmesi hâlinde rehin hakkı rehin alacaklısının talebi üzerine Sicilden terkin edilir. (TİTRK 15/II). Rehin alacaklısının, alacağın son bulmasını müteakip rehinin terkinini için süresi içinde Sicile başvurmaması hâlinde, borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen¹¹⁷ borçlu, rehinin terkinini Sicilden isteyebilir. (TİTRK 15/III). Rehin sözleşmesinin Sicile tescilinden sonra alacak için zamanaşımı işlemez. (TİTRK Yön. 23.md)

VI. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninden Doğan Uyuşmazlıklar

A. Takip Aşamasında İşletmenin Yönetimi

TİTRK'in yürürlükte olduğu dönemde, Kanun'un 16.maddesine göre icra memuru satışına karar verilen ticari işletmenin veya münferit unsurlarının muhafazası, idaresi ve işletilmesi için lüzumlu bütün tedbirleri almakla mükelleftir; ancak bunun nasıl gerçekleşeceği ve sınırları belirtilmemiştir.

TİTRK'de ise konuyla ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır; ancak kanımızca genel hükümler çerçevesinde ve dürüstlük kuralı bağlamında, icra memurunun satışına karar verilen rehne konu taşınır malvarlığının muhafazası için gerekli önlemleri alması gerekmektedir.

B. Yetkili ve Görevli Mahkeme

1447 S.lı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların, sicilin bulunduğu yerdeki ticaret

¹¹⁶ Atakan, s.1116.

¹¹⁷ Hükümdeki „belgelemek“ ifadesinin, kesinleşmiş bir mahkeme kararına dayanmak şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Şit İmamoğlu, s.45.

mahkemelerinde çözüleceği hüküm altına alınmıştı. Bu bağlamda TİRK herhangi bir ihtilafa mahal bırakmaksızın yetkili ve görevli mahkemeyi belirlemişti. TİRK 22.maddeye göre, 1447 S.lı Kanun'un uygulanmasından çıkacak anlaşmazlıkların halli ticari sicilin bulunduğu mahallin Ticaret Mahkemelerinin görevi dahilindedir. Bir başka deyişle kanun koyucu açıkça görevi ticaret mahkemelerine, yetkiyi ise sicilin bulunduğu yerdeki mahkemelere vermiştir.

1 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren TİTRK, yetkili ve görevli mahkemenin belirlenmesi konusunda herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Bu durumda uyuşmazlık genel hükümler çerçevesinde çözülecektir. Buna göre rehin verenin tacir, alanın ise esnaf olduğu durumlarda ticari dava söz konusu olmayacak ve genel hükümlerden hareketle (HMK 2) asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır. Rehin veren ve alanın tacir olduğu durumlarda ise TTK 4.1 md gereğince nisbi ticari dava söz konusu olacak ve TTK 5.1. md hükmü gereğince dava asliye ticaret mahkemesinde görülecektir. Rehin alacaklısının bir banka, finansal kuruluş ya da faktöring şirketi olması durumunda ise mutlak bir ticari davanın varolduğu kabul edilecek ve dava asliye ticaret mahkemesinde çözüme kavuşturulacaktır.¹¹⁸

TİTRK yetkiye ilişkin herhangi bir "kesin yetki" kuralı getirmediği için, dava sicilin bulunduğu yerde görülebileceği gibi, davalının ikametgahının olduğu yer mahkemesinde de görülebilir.

C. Yargılama Usulü

TİRK ve TİTRK, rehinden doğan uyuşmazlıkların görüleceği davalara ilişkin özel yargılama usul kurallarını belirlememiştir. Uyuşmazlıkların ticari dava niteliğinde olduğu ve ticaret mahkemelerinin görevli olduğu göz önünde bulundurulsa dahi, mevzuatımızda ticari davalara uygulanacak herhangi bir özel yargılama usulü bulunmamaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığa konu davalar, HUMK genel hükümler çerçevesindeki usullere göre yürütülecektir.¹¹⁹

HUMK haricinde diğer yasalarda yer alan ve ticari davalara uygulanacak özel usul kurallarının da bahse konu ticari davalarda uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.¹²⁰

¹¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. **Arkan**, s.65-66.

¹¹⁹ **Kayıhan**, s.117; **Arkan**, s.120.

¹²⁰ **Kirtepe**, s.79.

SONUÇ

01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, yaklaşık 1 yıllık uygulama süresi boyunca özellikle “kuruluş”a ilişkin sorunlarla gündeme gelmiş ve bu husus doktrinde sıkça ele alınmıştır.

Gerek kanunun yeni olması gerekse kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte kurulan rehinlerin büyük bir kısmının henüz terkin işlemine konu olmaması sebebiyle, “sona ermeye” ilişkin problemler henüz gün yüzüne çıkmamıştır.

Çalışma boyunca da yer yer değinildiği üzere, ticari işlemlerde taşınır rehininin sona ermesine ilişkin ciddi problemler ve kanuni boşluklar söz konusudur. Üzerinde durulması gereken başlıca hususlar ise şu şekilde özetlenebilir;

Öncelikle bir malvarlığı üzerinde birden çok rehin bulunması ve rehin ilişkisinin temelini oluşturan borç ilişkisinin yenilenmesi durumunda, rehin sona erip ermediği hususu kanunda düzenlenmemiştir. Bu durum özellikle rehin sırası/derecesi bakımından son derece önemlidir. Yenileme ile birlikte rehin önce sona erip ardından tekrar kurulduğu savunulursa, rehin son sıradan yeniden tesis edilmesi gerekmektedir. Diğer yandan rehinin bir teminat fonksiyonu olduğu ve henüz borç ilişkisi sona ermediği, alacaklı alacağına kavuşamadığı için teminatın da sonlandırılmaması gerektiği savunulursa, rehinin bulunduğu sıra/derecede mevcudiyetini devam ettirmesi gerekmektedir. Bahse konu problemin çözümüne yönelik kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Benzer bir problem alacaklı ve borçlu sıfatının birleşip, henüz rehin sicilden terkin ettirilmeden önce söz konusu birleşmenin sona ermesi veya iptal edilmesi durumunda da karşımıza çıkacaktır. Bu durumda taşınır rehni mevcut sırasında mı kalacak yoksa birleşme anında rehin de otomatik olarak sonlandırılacak ve birleşmenin sona ermesiyle birlikte yeniden (son sıradan) mi tesis edileceği kanun koyucu tarafından ele alınmamıştır. Kanımızca bu hususların açıkça düzenlenmesi ve benzer durumlarda rehinin mevcudiyetini koruyup korumayacağı; korumayacaksa yeni rehinin hangi sıra/dereceden tesis edileceğinin açıkça hüküm altına alınması gerekirdi.

Rehlinli malvarlığının kısmen veya tamamen yok olması durumunda rehinin akıbetinin ne olacağına hususu da büyük bir soru işareti olarak karşımıza çıkmaktadır. Tamamen yok olma durumunda Medeni Kanun hükümlerinden yararlanarak rehinin de sona ereceğini söylemek mümkündür;

ancak söz konusu malın bir ikame değerinin bulunması halinde rehnin devam edip etmeyeceği sorununun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu durumda arta kalan malın ekonomik bir değerinin olması durumunda rehnin de devam edeceğini belirtmek gerekir; ancak muhtemel problemlerin önlenmesi adına bu hususun da kanun koyucu tarafından ele alınması ve TİTRK'e eklenecek yeni bir madde ile rehinli malın hasar görmesi durumunda bilirkişi marfitiyle yapılacak yeni kıymet takdiri üzerinden rehnin devam edeceğinin hüküm altına alınması gerekirdi. Aksi takdirde malın yok olmasıyla birlikte, ikame değeri bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, rehnin sicilden terkin edilmesi ve alacağın teminat fonksiyonunu yitirmesi gibi telafisi mümkün olmayan problemlerin baş göstereceği aşikardır.

Düzenlemeye muhtaç bir diğer hususta, döner malvarlıkları üzerinde kurulan rehinlerin sona ermesidir. Alacaklı açısından stok mal ya da hammadde üzerinde rehin tesis edilmekle güdülen amaç alacağını teminat altına almak olsa da borçlu açısından durum özellik arz etmektedir. Borçlunun rehinli hammaddeyi deposunda çürümeye terk etmesi ve bu şekilde borcunu ödemesi beklenemez. Şayet borçlu deposundaki rehinli malları kullanıyor ancak sürekli hammadde alımı yaparak stoklarını güncelliyorsa, bu durumda rehnin sona erdirilip tekrar mı kurulacağı yoksa rehnin sona erdirilmeden varlığını devam mı ettireceği hususu düzenlenmesi gereken bir başka konudur.

İİK 153.maddesi gereğince ticari işletme rehni ile teminat altına alınmış taşınır malvarlığının alacaklısı, borcu almaktan imtina ediyorsa veya alacaklı gaipse yahut ikametgâhı bilinmiyorsa, borçlu borcunu icra dairesine yatırıp borcundan kurtulabilir ve rehni sicilden terkin edebilir. Bu husus 1447 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde, kanunun 19/II.maddesinin atıfıyla "ticari işletme rehni" için açıkça uygulanmaktaydı. 6750 sayılı kanununda ise söz konusu düzenlemeye yer verilmemiş ve İİK'da yer alan düzenlemenin "ticari işlemlerde taşınır rehni" için de uygulama alanı bulup bulamayacağı hususunda kanuni bir boşluk doğmuştur. TİTRK 5/1-I hükmü gereğince ticari işletme üzerinde kurulan rehinler müstesna olmak üzere, İİK 153.maddesinin diğer rehinli malvarlıkları için uygulanıp uygulanmayacağına kanunda yapılacak ilk düzenlemeyle açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kanımızca TİTRK'dekine benzer bir atfın TİTRK'de de yer alması isabetli olacaktır.

TİTRK'de düzenlenmemiş bir diğer husus da ticari işletme sahibinin işini terketmesi veya çalışma alanını değiştirmesidir. Tacirin ticareti terketmesi durumunda tasfiyenin gerçekleşeceği ve bu durumda rehnin de sona

ereceğini söylemek mümkündür; ancak bahse konu tacirin iş kolunu değiştirmesi durumunda rehnin akıbetinin ne olacağı kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Bu durumda iş kolunda yapılan değişikliğin niteliğine göre rehnin devam edip etmeyeceği hususunun da kanunda ele alınması gerekmektedir.

7099 Sayılı Kanun’la TİTRK’de yapılan değişiklikler, bünyesinde birçok problemi barındıran kanunu -bazı açılardan- daha da problemlili hale getirmiştir. Bir yandan ticari işlemlerde taşınır rehni için yeni bir sicil ihdas edip aleniyeti sağlayan kanun koyucu, diğer yandan -rehin sicilde yer almasına karşın- bu durumu bilmediğini iddia eden üçüncü kişinin iyi niyetini korumuş ve rehin alacaklısını tehlikeye atmıştır. Rehinli malın üçüncü kişiye satılması halinde rehin sona erecek ve dolayısıyla teminat fonksiyonu da ortadan kalkacaktır. Üçüncü kişinin iyi niyetini korumak için yapılan düzenlemeyle adeta alacaklının teminatı elinden alınmıştır. Bu hususun ivedilikle tekrar ele alınması ve sicile güven ilkesinin yeniden tesis edilmesi gerekmektedir.

Sona ermeye ilişkin olarak birçok problemi bünyesinde barındıran TİTRK, elbette olumlu birtakım düzenlemeleri de içermektedir. Bunlardan başlıcaları şu şekilde özetlenebilir;

Borcun ifa edilmesinin ardından kural olarak rehnin de sona erdirilmesi gerekmektedir; ancak uygulamada borcun ödenmesine rağmen rehnin mevcudiyetini sürdürdüğü sıkça görülmektedir. Bu problemin nedeni ise borçlunun rehni sonlandırma yetkisinin bulunmamasıdır. TİTRK döneminde rehnin terkininin gerçekleşmemesi durumunda borçlu bu işlemin mahkeme tarafından yapılmasını talep ediyor ayrıca gecikme dolayısıyla uğradığı zararların da tazminini talep edebiliyordu. TİTRK ile kanun koyucu bu problemin çözümüne yönelik önemli bir adım atmış ve hem alacaklıya hem de borçluya taşınır rehni sicilden terkin ettirme imkanı vermiştir. Bununla da yetinmeyen kanun koyucu, yine olumlu bir düzenlemeyle, borcun ifa edilmesine rağmen rehni sicilden terkin ettirmeyen rehin alacaklısına idari para cezası verilmesini de öngörmüştür.

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu “sona erme” konusunda birçok boşluğu ve -kısmen- hatalı düzenlemeleri içermektedir. Özellikle finansmana erişimin hızlanması ve ülkenin ekonomik kalkınma hamlesinin tamamlanması adına kanunun çok hızlı bir sürede çıkarılmaya çalışılması, tasarının komisyonda yeterince görüşülmemesi ve en önemlisi tasarının kabulü ile kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında çok kısa bir süre öngörülmesi, kanun metninin yeterince incelenmemesine/

tartışılmasına sebep olmuştur. Çalışma boyunca açıklamaya çalıştığımız problemler ve çözüm önerilerinin dikkate alınarak kanunda yapılacak ilk değişiklikte kendisine yer bulması, ayrıca daha detaylı incelemeye gerek duyulan hususlarda çalışmamızın bir başlangıç noktası olarak değerlendirilerek kaynak eser niteliği taşıması, bu çalışmanın da amacına ulaşmasını sağlayacaktır.

KAYNAKLAR

- Acar*, Faruk, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- Akipek*, Jale G./*Akıntürk*, Turgut, Eşya Hukuku, Eylül 2009.
- Aktepe*, Sezin, İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:6 Sayı:12 Güz 2007/2.
- Akyazan*, Sıtkı, Ticari İşletme Rehni, BATİDER Cilt 8 Sayı 4 Yıl 1976.
- Ansay*, Sabri Şeker, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5.Baskı, Ankara 1960.
- Antalya*, O. Gökhan / *Acar*, Faruk, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2017.
- Antmen*, Alpay, Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001.
- Arar*, Kemal, İcra ve İflas Hükümleri, Cilt I, Ankara 1944.
- Arkan*, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017.
- Arslan*, Ramazan/ *Yılmaz*, Ejder/ *Taşpınar Ayvaz*, Sema, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2017.
- Atakan*, Murat Can, 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 15, Sayı 171, Mart 2017.
- Atay*, Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2016.
- Ayan*, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012. (Kısaca: Ayan, Borçlar Hukuku)
- Ayan*, Mehmet, Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar, Konya 2013 (Kısaca: Ayan, Eşya Hukuku III)
- Aybay/Hatemi* Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2010.
- Aytemiz*, Abdullah, Takip Hukuku ile İlgili Temyiz ve İctihatlar, Ankara 1944.
- Bahtiyar*, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2017.
- Berkin*, Necmeddin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- Bilgen*, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1996.
- Bilgili*, Fatih/ *Demirkapı*, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Bursa 2014.
- Bozer*, Ali/ *Göle*, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2013.
- Cansel*, Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şartlı Menkul Rehni, C.I, Ankara 1967.
- Çiçek*, Selda, Ticari İşletme Rehni, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Ankara 2015.

- Doğan*, Murat, Teslime Bağlı Olmayan Sicilli Motorlu Taşıtların Rehni, EÜHFD., C.XII, S.3-4, Aralık 2008.
- Elmas*, Ömer, Ticari İşletme Rehni ve Cebri İcra Hukuku Bakımından Sonuçları, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Kocaeli 2004.
- Eren*, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.
- Ergüne*, Mehmet Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002.
- Ertaş*, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2017.
- Erten*, Ali, Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001.
- Giritli, İsmet/ Bilgen, Pertev/ Akgüner, Tayfun/ Berk, Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul 2013.
- Gözler*, Kemal/ *Kaplan* Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2012.
- Gözübüyük*, A. Şeref/ *Tan*, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, Ankara 2013.
- Gülekli*, Yeşim, İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, İstanbul 1992.
- Günel*, Onur Kerem, Lex Commissoria Yasağı, Ankara 1998.
- Gürdoğan*, Burhan, Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takip, İİK Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, 1963.
- Hamamcıoğlu*, Esra / *Karamanlıoğlu*, Argun, 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İlişkin Bazı Tespitler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.129, Yıl 2017.
- Helvacı*, İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasağı, İstanbul 1996. (Kısaca: Lex Commissoria)
- Karahasan*, Mustafa Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, C.II, İstanbul 2007.
- Karakaş*, Gülen Jale, Ticari İşletme Rehninde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Ankara 2004.
- Kayar*, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015.
- Kayıhan*, Şaban, Ticari İşletme Rehni, İstanbul 1996.
- Kılıçoğlu*, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.

- Kırtepe*, Ahmet, Ticari İşletme Rehni, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), İstanbul 2009.
- Koyuncuoğlu*, Tennur, Türk İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, (Novatio), İstanbul 1972.
- Köprülü*, Bülent/ *Kaneti*, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.
- Köroğlu Ölmez*, Belin, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 129, Yıl 2017.
- Kuntalp*, Erden, Teminat Kavramı Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995.
- Kuru*, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013.
- Kuru*, Baki/ *Arslan*, Ramazan/ *Yılmaz*, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2010.
- Makaracı Başak*, Aslı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014.
- Mustafaoğlu*, Hüsrev, İcra İflas Hukukunda Rehin ve Rehinin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001).
- Muşul*, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2010.
- Nomer*, Haluk Nami/ *Ergüne*, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Cilt: II Rehin Hukuku, İstanbul 2016.
- Oğuzman* M. Kemal/ *Öz*, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2017.
- Oğuzman*, M. Kemal/ *Seliçi*, Özer/ *Oktay-Özdemir*, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2017.
- Önay*, Işık, Yenileme, İstanbul 2016.
- Özbil*, İ. Dündar, Ticari İşletme Rehni, Banka Dergisi, 1971, S. 10.
- Poroy*, Reha / *Yasaman*, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012.
- Postacıoğlu*, İlhan E. / *Altay*, Sümer, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010.
- Reisoğlu*, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014. (Kısaca: Borçlar Hukuku)
- Reisoğlu*, Seza, Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1977. (Kısaca: Ticari İşletme Rehni)
- Serozan*, Rona, Eşya Hukuku I, İstanbul 2014.

- Sirmen*, Lale A., Alacak Rehni, Ankara 1990.
- Sirmen*, Lale A., Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- Şener*, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016.
- Şimşek*, Edip, Uygulamalı İcra ve İflas Hukuku Açıklamalar ve İctihatlar, Aydın Yayınları, 1989.
- Şit İmamoğlu*, Başak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017.
- Tekinalp*, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009.
- Tekinay*, Selahattin Sulhi/ *Akman*, Sermet/ *Burcuoğlu*, Haluk/ *Altop*, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Teoman*, Ömer, Bankalar Taraf Oldukları Ticari İşletme Rehni Sözleşmeleri Nedeniyle Borçlu Tacirin Mallarını Takip Aşamasında İhtiyaten Haczettirebilirler mi? İMD., C. 31, S. 6, s. 244 vd.
- Tuna*, Burcu Ece, Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi, İzmir 2009.
- Türker*, Erhan, Ticari İşletme Rehni, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler, 1981.
- Tüzüner*, Özlem, Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2007.
- Uyar*, Talih, İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Manisa 1992.
- Uyumaz*, Alper, Motorlu Taşıt Rehni, İstanbul 2012.
- Ülgen*, Hüseyin/ *Helvacı*, Mehmet/ *Kendigelen*, Abuzer/ *Kaya*, Arslan/ *Nomer Ertan*, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, İstanbul 2015.
- Yayla*, Ahmet, Türk Hukukuna Göre İstimvalin Rejimi, Ankara 2016.
- Zabunoğlu*, Yahya Kazım, İdare Hukuku, Cilt 1, Ankara 2012.

ÇOCUĞUN SERBEST MALLARI*

Arş. Gör. Süleyman ALBAYRAK**

FREELY DISPOSABLE PROPERTY OF CHILD

ÖZ

Çocuğun ana babadan ayrı ve bağımsız bir malvarlığı vardır. Çocuk malları, parasal değere sahip tüm hakları kapsar. Kural olarak çocuk malları üzerinde ana baba yönetim ve kullanma hakkına sahiptir. Ana babanın yönetim ve/veya kullanma hakkından istisna tutulmuş mallara serbest mallar adı verilmektedir.

Serbest mallar kanunda dört kategoride düzenlenmiştir. Bunlar karşılıksız kazandırmalar, saklı pay, meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazançtır. Yönetim hakkı ana babadan alınmış serbest malların yönetimi ayırt etme gücüne sahip çocukta olabileceği gibi üçüncü bir kişiye de bırakılabilir. Çocuk, yönetim hakkı olan serbest mallarla sınırlı olarak, tam bir hukuki işlem ehliyetine sahiptir. Serbest malları yöneten çocuk veya üçüncü kişi malların yönetiminde yetersiz kalırsa hâkim gerekli tedbirleri alacaktır.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.07.2018

Kabul Edildiği Tarih: 16.08.2016

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.441980](https://doi.org/10.15337/suhfd.441980)

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: suleyman.albayrak@Kocaeli.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-3714-9760](https://orcid.org/0000-0002-3714-9760)

ANAHTAR KELİMELEER: Çocuk Malları, Serbest Mallar, Yönetim Hakkı, Kullanma Hakkı, Kazandırma, Saklı Pay, Meslek veya Sanat için Verilen Mal, Kişisel Kazanç.

ABSTRACT

Child has separate and independent property from his/her parent. Child's property cover all rights with monetary value. As a rule, parents have the right to manage and use on child's property. It is called freely disposable property that are exempted from parent's management and/or use rights.

Freely disposable properties are organized in four categories in Turkish Civil Code. These are Endowments, Compulsory Share, Professional and Business Assets and Employment Income. Child's property that is excluded from parent's management may be in child's or third person's management. Child is entitled to a full legal transaction ability, limited to property with the right to manage. If child or third person is insufficient in management of the property, judge will take necessary measures.

KEY WORDS: *Child's Property, Freely Disposable Property Of Child, Right of Management, Right of Usage, Endowments, Compulsory Share, Professional and Business Assets, Employment Income.*

I. GİRİŞ

Çocuk, hak ehliyetine sahip olmanın bir sonucu olarak ana babasından ayrı ve bağımsız bir malvarlığına sahiptir¹. Her hukuk kişisi gibi çocuğun da malvarlığı üzerinde hukuki işlem yapılabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Fiil ehliyeti, bir kimsenin iradi davranışla hukuki sonuç meydana getirebilmesidir (MK m. 9)². Fiil ehliyetinin birden fazla görünümü vardır³.

¹ Özdemir, Hayrunnisa, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 3, 2013, s. 83.

² Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2012, s. 280; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2016, s. 49; Dural, Mustafa/Oğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul, 2015, s. 47; Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, 7. Bası, İstanbul, 2016, s. 49.

³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Oğüz, s. 50 vd.; Helvacı, s. 50 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 51 vd.

Malvarlığı söz konusu olduğunda bu görünümünden hukuki işlem ehliyeti ön plana çıkar. Hukuki işlem ehliyeti hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi yapma ehliyetini kapsar⁴. Çocuğun malvarlığına ilişkin hukuki işlem ehliyetinin varlığının ve sınırlarının belirlenmesi için öncelikle çocuğun fiil ehliyeti yönünden durumu tespit edilmelidir⁵.

Çocuk fiil ehliyeti açısından, ayırt etme gücünden yoksunsa tam ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahipse sınırlı ehliyetsiz statüsündedir. Çocuğun fiil ehliyetinin sınırlandırılmış olması malvarlığı üzerinde tam anlamıyla tasarruf etmesini engeller. Velayet hakkının bir görünümü olarak çocuğun malvarlığı değerleri üzerinde ana babanın kullanma ve yönetme hakkı vardır. Buna karşın Kanun çocuğun malvarlığı içerisinde ana babanın müdahalesinin dışında bir mal kesimi olan serbest malları oluşturmuştur.

Serbest mal, çocuğun malı edindiği andan ergin oluncaya kadarki dönem için hüküm ifade edebilecek geçici bir hukuki nitelemedir. Dolayısıyla bu dönem genellikle kısa olacaktır. Çocuğun serbest mallarını yönetme süresi ise ayırt etme gücüne ulaşması ile erginliği arasında olacağından daha da kısalmaktadır. Üçüncü kişilerin serbest malları yönettiği dönem çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmasından bağımsız olduğu için daha uzun olabilir. Fakat ana babanın çocuğun mallarını yönetme yetkisi toplum tarafından sorgulanmadan kanıksanmış olduğu için üçüncü kişinin yönetimi çoğu kez gündeme dahi gelmeyecektir. Bu sebeplerle serbest mallara ilişkin hukuki

⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 51; Dural/Öğüz, s. 50.

⁵ Çocuk kavramı iki anlamda karşımıza çıkar. İlk anlamıyla çocuk küçüğü yetişkinden ayırmak amacıyla kullanılırken, diğer anlamıyla ana-baba açısından soy bağıni belirleme işlevi bakımından tercih edilmektedir. Çocuğun malları söz konusu olduğunda çocuk kavramı ile henüz genç yaşta olanların, yani ergin (reşit) olmayanların ifade edilmek istendiği söylenebilir, Çelik, Cemil, Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi, E-Akademi Dergisi, 2005/Şubat, Sayı: 36 (Çevrimiçi: 08.05.2018, <http://www.eakademi.org>). Medeni hukuk açısından ise ergin olmayan kişiler küçük olarak nitelendirilmektedir. Çocuk kavramı hukuk literatürü bakımından önemli olduğu kadar tıp, psikoloji, pedagoji gibi bilimlerden de yapısal anlamda değer taşımaktadır. Örneğin, psikolojide ve tıpta çocuklara ilişkin yaklaşımlarda erişkinlerdekine göre farklılık görülebilmektedir, (Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2012, s. 98 vd.; Şimşek, A. Fırat, Çocuk Mallarının Yönetimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 11 vd.).

farkındalık toplumumuzda oluşmamıştır. Buna paralel olarak bu kurum hukuk uygulamamızda da yerleşmemiştir.

Toplumda karşılık bulamayan bu hukuki kurum öğretide de ilgi görmemiştir. Fakat serbest mallara ilişkin uygulamaların yaygınlaşması gerek çocuğun malvarlığının korunması gerek çocuğun gelişimi açısından fayda sağlayacaktır.

Çalışmamızda öncelikle genel olarak çocuk malları başlığı altında, çocuk mallarının yönetimi, kullanılması ve sarfı irdelenecek, ardından kanundaki sıra dahilinde çocuğun serbest mallarının hukuki sınırları tespit edilecek, bu malların yönetimi, kullanılması ve sarfı üzerinde durulacaktır. Son olarak serbest malların nasıl korunacağını açıklanmaya çalışılacaktır.

II.GENEL OLARAK ÇOCUK MALLARI

Çocuk malları, çocuğun maddi değere sahip bütün haklarını kapsar⁶. Bunlar aynı haklar, alacak hakları, maddi değere sahip yenilik doğuran haklar, mali yönüyle fikri haklar olarak gösterilebilir⁷.

Çocuk farklı yollarla mal edinebilir. Çocuk, mallarını sağlararası işlemlerle kazanabileceği gibi ölüme bağlı tasarruf yoluyla da elde edebilir. Çocuğun, miras ve maddi fiilleri yoluyla da mal sahibi olması mümkündür. Ayrıca kişilik hakkının ihlali sebebiyle doğan tazminat alacağı, sigorta alacağı, destekten yoksun kalma tazminatı veya nafakalar çocuğun mallarına kaynaklık eder⁸.

Maddi değere sahip malvarlığı değerleri geniş anlamda çocuk mallarını teşkil eder. Bu mallardan bir kısmı kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Özel olarak hüküm sevk edilmiş çocuk malları “çocuğun serbest malları”dır (MK m. 357-359). Serbest mallar dışında kalan çocuğun mallarına dar anlamda çocuk malları denilmektedir⁹.

⁶ Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 6. Bası, 2015, s. 1161; Baygın, Cem/Doğan, Murat, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1–2, 2005, s. 380; Özdemir, s. 380.

⁷ Dural, Mustafa/Sarı, Türk Özel Hukuku, C. I, Suat, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 11. Bası, İstanbul, 2016, s. 170; Kemal, Oğuzman/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 21. Bası, İstanbul 2015, s. 142; Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, Ankara, 2012, s. 1177.

⁸ Öztan, s. 1161; Baygın/Doğan, s. 380; Özdemir, s. 83.

⁹ Öztan, s. 1162.

Çocuk mallarının tespitinin ardından bu malların yönetimi, kullanılması ve sarfının nasıl olacağı gündeme gelir. Bu yetkiler hukuki temelini velayet hakkında bulmaktadır¹⁰. Hukuki temelini doğal hukukta bulan velayet ise, ana ve babanın çocuğun bakım ve korunması amacıyla onun kişiliği ve malları üzerinde sahip olduğu görev, yetki ve hakların bütünüdür¹¹. Kanun yalnızca bu doğal durumu açıklamış ve bir hukuki rejime bağlamıştır¹².

Asıl konumuz olan serbest malların daha iyi anlaşılabilmesi için çocuğun mallarının yönetimi, kullanılması ve sarfı öncelikle incelenmelidir.

A. Çocuk Mallarının Yönetimi

Ana ve/veya baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve

¹⁰ Berki, Şakir, Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, Ankara, 1970, s. 5. Velayet tarihsel süreçte değişik toplum ve anlayışlarca farklı anlaşılmış bunun sonucu olarak çocuğun sahsı ve malvarlığı üzerinde değişik tezahürleri olmuştur. Roma'da velayet hakkından farklı ve daha geniş yetkiler içeren pater familiasın (aile babası) ailesi üzerinde patria potestas adı verilen hakimiyeti bulunmaktaydı. Roma ailesi, pater familias ve onun egemenliği altındaki kişilerden oluşmaktaydı. Bu kişiler aile babasının eşi, çocukları, torunları, aileye dahil diğer kişiler ve köleleridir. Ailenin tüm malvarlığı aile babasına aitti. "Aile evlatları"nın (filius familias) kendilerine ait malvarlığı bulunmuyordu. Eski Alman Hukukunda, çocuğa mal edinme hakkı tanınmıştı. Fakat çocuğun geliri babaya aitti. Çocuk ancak miras yoluyla mal edinebilmekteydi. Baba çocuğun mallarını serbestçe idare edebilirdi. (Doğancı, Kamil/ Kocauşak, Fulya, Eski Roma Ailesinde "Pater Familias" Ve "Patria Potestas" Kavramları, U.Ü. Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 27, 2014/2, s. 1-3; Akıncı, Ziya, Roma Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Konya, 2010, s. 181-182; Gürsel, Nurettin, Velayet Hak ve Vazifeleri, Adalet Dergisi, 43(4), 1952, s.432). İslam hukukunda çocuğun velayeti babaya ait olmakla birlikte "hidane" denilen bakıp büyütme hakkı anneye aittir. Baba velayet hakkı kapsamında çocuk mallarını yönetir ve yararlanır. Baba çocuk adına ancak çocuk faydasına işlem yapabilir, Çocuk zararına işlem yapması örneğin babanın çocuğun alacağını ibra etmesi geçerli görülmemiştir (Gürsel, Nurettin, Çocuk Malları ve Ana Babanın İstifade Hakkı, Adalet Dergisi, 1949/7; Apaydın, H. Yunus, Velayet, İslam Ansiklopedisi, C.43, s.16). İslam hukukunda genel kabul görmüş görüşe göre anne, baba velayeti kullanamaz halde bulunsa bile çocuğa veli olmaz ancak vasi olur. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Berki, s. 6

¹¹ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Gözden geçirilmiş 11. Baskı, İstanbul, 2016, s. 342.

¹² Berki, s. 5.

güvence vermezler (MK m. 352/1, 335 vd.)¹³. Ana babaya tanınmış olan yönetim hakkı velayetle sıkı bir bağlantı içindedir¹⁴. Ana baba velayet hakkına sahip değilse yönetim hakkına da sahip olmaz¹⁵. Yönetim hakkı, velayete bağlı hem bir hak hem bir yükümlülük olması sebebiyle ana baba bu haktan feragat edemez veya bu hakkı devredemez¹⁶. Yönetim kavramı, kanunun birçok yerinde geçmesine karşın yönetimden ne anlaşılacağı açıklığa kavuşturulmamıştır¹⁷ Ana babanın sorumluluk alanının belirlenmesi için yönetim yetkisinin içeriği tayin edilmelidir.

¹³ Evlilik sona erince velayet kendisinde kalan eşe, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter verme ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirme zorunluluğu getiren MK. m. 353 hükmünün eşitlik ilkesine (AY m. 10) aykırılık teşkil ettiği iddiası ve red gerekçesi için bkz. AYM, E: 2005/60K: 2008/162 T: 13.11.2008 (Çevrimiçi:02.07.2018, www.kazanci.com).

¹⁴ Turgut, Akıntürk/Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C. II, 16. Bası İstanbul, 2016, s. 421; Bozer, Ali, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları", AÜHFD, C. 9, S. 3, 1952, s. 198; Baygın/Doğan, s. 383; Özdemir/Ruhi, s. 1177.

¹⁵ Y. 2. HD, E. 2009/3578, K. 2010/8083, T. 22.4.2010: "Taraflar arasında görülen boşanma davası sonucunda, tarafların boşanmalarına ve 14.5.2000 doğumlu N.'in velayetinin anneye verilmesine karar verilmiş, bu karar 2.4.2007 tarihinde kesinleşmiştir. Bu davada ise davacı anne çocuğa velayeten; çocuk adına tapulu olan 1440 ada 6 parsel sayılı ve 21 numaralı bağımsız bölümün davalı baba tarafından kiraya verildiğini belirterek. Mayıs-Aralık 2006 dönemine ilişkin kira bedeli olan 4400 TL'nin davalıdan tahsilini istemiştir. Velayete ilişkin hüküm 2.4.2007 tarihinde kesinleşmiş olup, davaya konu kira alacağı istemi ise Mayıs-Aralık 2006 dönemine ilişkin olup, o tarih itibarıyla velayetin kullanma hakkı anne ve babaya aittir. Öte yandan Türk Medeni Kanununun 360 ve devamı maddeleri uyarınca açılan bir dava da bulunmamaktadır. İsteğin reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulü usul ve yasaya aykırıdır" (Çevrimiçi:16.06.2018, www.kazanci.com), Kararda çocuğun ayrı bir malvarlığına sahip olması durumu ihmal edilmiştir. Kiraya ilişkin alacak hakkı çocuğun malvarlığına girdiği anda ana ve baba yönetime birlikte sahip olsalar da olmasalar da bu alacak hakkı çocuğun malvarlığına dahildir. Bu sebeple alacağın doğduğu dönemdeki velayet durumu değişmesinden bağımsız olarak alacak hakkını, talep anında yönetim yetkisine sahip kişi veya kişiler dava edebilecektir.

¹⁶ Akıntürk/Ateş, s. 421; Baygın/Doğan, s. 384; Öztan, s. 1666.

¹⁷ Baygın/Doğan, s. 381. Örneğin, bkz. m. 197, 223, 262, 624.

Yönetim teknik (dar) anlamda, malvarlığı unsurlarının korunması, iyileştirilmesi, ekonomik amacına uygun işletilmesi anlamını taşır¹⁸. Örneğin bir evin eskimiş kısımlarının tadilatı, kiraya verilmesi bir teknik anlamda yönetim işi olarak nitelendirilebilir. Buna karşın bir eşyanın devri, üzerinde sınırlı aynı hak kurulması dar anlamda yönetim olmayıp tasarruf olarak değerlendirilir¹⁹.

Çocuk malları açısından yönetimin kapsamı, velayet kaynaklı olduğu için, teknik anlamda yönetimden daha geniştir. Yönetim yetkisinin sınırları belirlenirken çocuğun temsiline ilişkin MK m. 342 ve 448 hükümleri birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, çocuğun yasal temsilcisi olan ana ve baba çocuğu üçüncü kişilere karşı tüm işlemlerde temsil eder. Bu temsilin kapsamına tüm borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri girer. Dolayısıyla Medeni Kanundaki malların yönetiminden, amaca uygun olarak yapılan tüm borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri anlaşılmalıdır²⁰.

B. Çocuk Mallarının Kullanılması

Eski Medeni Kanun döneminde ana babaya çocuk mallarından yararlanma yetkisi verilmişti (eMK m. 280)²¹. Yeni Medeni Kanun ise çocuk mallarından yararlanılmasına izin vermemiştir. Ancak MK m. 354 bu mallar için ana babanın “kullanma hakkını” benimsenmiştir. Dolayısıyla ana ve baba, artık sadece çocuğun mallarını tahsis amacına uygun bir şekilde özüne zarar

¹⁸ Akyüz Emine, Türk Medeni Kanununa göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Dergisi, C. 12, S.1, 1979, s. 156; Özdemir, s. 84; Baygın/Doğan, s. 382.

¹⁹ Arpacı, Abdülkadir, Türk Medeni Kanunu Açısından Müsterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul, 1990, s. 105; Özdemir, s. 84; Serozan, s. 266; Baygın/Doğan, s. 382.

²⁰ Akıntürk/Ateş, s. 421; Bozer, s. 199; Egger, August: İsvicre Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku, C. 2/2, Art.252-359, (Ceviren: Tahir Çağa), 2. Bası, Ankara, 1949, s. 153; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku C. 2 Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965 s. 376; Öztan, s. 1166; Özdemir, s. 84; Baygın/Doğan, s. 383.

²¹ eMK m. 280'nin kenar başlığında istifade hakkı yazılıyken metninde intifa hakkı ifadesi yer almaktadır. Doktrinde ağırlıklı görüş istifade hakkının doğru olduğunu kabul etmiştir. Bu hakkın aile hukukuna özgü bir mutlak hak olduğu yönünde bkz. Tekinay, S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1990. S. 491 dn. 8; Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1989, s. 254; Çınar, Ömer, Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, İstanbul, 2013, s. 1356 Velidedeoğlu, s. 379; Akıntürk/Ateş, s. 426. Karşı görüş için Berki, s. 67-68.

vermeden kullanabilecektir. Örneğin baba çocuğun aracını kullanabilecek ya da evinde oturabilecektir. Buna karşın ana baba çocuğun evinin kira gelirinden, bankadaki parasının faizinden kural olarak yararlanamayacaktır²².

Kullanma hakkı, ana babaya tanınmış aile hukukuna özgü mutlak bir haktır²³. Dolayısıyla kullanma hakkı ana babaya bir yükümlülük getirmez. Diğer bir deyişle ana babanın çocuk mallarını kullanma zorunluluğundan bahsedilemez. Kullanma hakkı velayete bağlı olması sebebiyle devredilmesi mümkün değildir²⁴. Fakat çocuk mallarının kullanımı ana babaya bir yükümlülük oluşturmadığı için bu haktan feragat edilebilir²⁵. Ancak bu feragatin çocuğun aleyhine bir durum yaratmaması gerekir²⁶.

Ana babanın çocuk mallarını kullanma hakkı, çocuğu korumaları, temsil etmeleri, bakım ve eğitim masraflarını yüklenmelerinin karşılığını teşkil eder. Kullanma hakkının tanınmasındaki temel düşünce aile dayanışmasıdır²⁷. Bu sebeple yönetimden farklı olarak velayetin olmadığı durumlarda da kullanma hakkına sahip olunabilir²⁸.

Gerçekten de kullanma hakkı, yönetim hakkı gibi velayete bağlı olmakla birlikte kanun bu bağlılık düzeyini yönetim hakkından farklı düzenlemiştir²⁹. Yönetim hakkı velayetin sona ermesiyle kalkar. Kullanma hakkı bakımından ise aynı kural tümüyle geçerli değildir. Kullanma hakkının sona ermesinde kusur rol oynamaktadır. Buna göre ana babanın velayetleri kusurlarıyla kaldırılmadıkça kullanma hakları da devam edecektir (MK m. 354, 348). Örneğin, çocuğun bakımında ihmal gösterilmesi sebebiyle velayetin

²² Baygın/Doğan, s. 408.

²³ Akıntürk/Ateş, s. 427; Özdemir, s. 75; Köprülü/Kaneti, s. 254; Egger, s. 293; Baygın/Doğan, s. 408; Öztan, s. 1174.

²⁴ Baktır Çetiner, Selma, Velayet Hukuku, Ankara, 2000, s. 85; Öztan, s. 1174; Gürsel, Çocuk Malları, s. 985-986; Velidedeoğlu, s. 379; Çınar, s. 1356.

²⁵ Gürsel, Çocuk Malları, s. 985; Çınar, s. 1356; Özdemir, s. 95.

²⁶ Öztan, s. 1176; Baygın/Doğan, s. 409.

²⁷ Ertaş, Şeref, Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları üzerindeki Tasarruf Yetkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007. s. 392; İnan, Ali Naim, Çocuk Hukuku, Ankara, 1968, s. 136; Egger, s. 159; Akıntürk/Ateş, s. 426; Öztan, s. 1175; Akyüz, Çocuk Malları, s. 261; Özdemir, s. 93; Baygın/Doğan, s. 409.

²⁸ Öztan, s. 1175.

²⁹ Özdemir, s. 94; Akıntürk/Ateş, s. 427.

kaldırılması halinde kullanma hakkı sona erecek iken, ağır hastalık halinde velayetin kaybedilmesinde kullanma hakkı devam edecektir.

Kullanma hakkı, ana babanın ihtiyaç içinde olup olmamalarından bağımsızdır. Ana baba zengin dahi olsa çocuğun mallarını kullanabilir. Ancak kullanım sırasında mala zarar verilmemelidir. Zarar vermemenin ölçüsü belirlenirken malın kullanım amacı esas alınmalıdır. Malın kullanım amacını aşılmasından doğan zararlardan ana baba sorumlu olur. Olağan kullanım sebebiyle oluşan yıpranmalar ise ana babanın sorumluluğunu doğurmaz³⁰.

C. Çocuk Mallarının Sarfı

Medeni Kanununun ana babanın çocuk mallarından yararlanma yetkisini kaldırdığını yalnızca bu malları kullanma hakkının olduğunu belirtmiştik. Bunun sonucu olarak ana baba ne çocuk mallarının gelirlerini ne de sermaye kısmını kendileri için sarf edemeyeceklerdir. Ancak belirli şartlar altında çocuğun gelirlerini, yine onun bakımı ve eğitimi için harcaabilecekleri gibi ailenin ihtiyaçları için de sarf edebilirler. Yine şartların oluşması halinde çocuğun mallarının sermaye kısmı çocuğun ihtiyaçları için sarf edilebilir.

Çocuk mallarının gelirleri öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için, hakkaniyete uyduğu ölçüde aile ihtiyaçları için sarf edilebileceği MK m. 355'te hükme bağlanmıştır. Hükümün daha iyi anlaşılabilmesi için çocuğun bakım, eğitim ve korunma giderlerinin ana baba tarafından karşılanması gerekliliğini ifade eden MK m. 327'yle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Buna göre ana ve baba çalışma güçleri olduğu müddetçe çocuğa bakmakla yükümlüdür. Ana baba kendi yaşam standartları uyarınca çocuğa bakacaklardır. Hatta çocuğun malvarlığının gelirlerinin olması da bakma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu sebeplerle ana baba ancak kendi gelirlerinin yetersiz kaldığı noktada çocuk mallarına başvurabilecektir³¹. Ana babanın çocuk mallarını sarfı açısından da "hakkaniyet" ölçü olarak belirlenmiştir. Bu ölçütün dışında bir harcama hakim m. müdahalesini sebebiyet verebilecektir³².

Medeni Kanunun 356'ncı maddesi m. 355'ten farklılık gösterir. MK m. 355 yalnızca malların gelirlerinin sarfını düzenlemişken, MK m. 356 çocuk

³⁰ Baktır Çetiner, s. 86; Özdemir, s. 93; Baygın/Doğan, s. 409.

³¹ Baygın/Doğan, s. 414; Özdemir, s. 96.

³² Özdemir, s. 96.

mallarının sermaye kısmının sarf edilmesi ile ilgilidir³³. Olağan ihtiyaçların gerektirdiği oranda, sermaye biçimindeki ödemeler, tazminatlar ve benzer edimler kısmen sarf edilebilir (MK m. 356/I). Bu hükümde bahsedilen çocuk malları para cinsinden olanlardır³⁴. Sermaye biçimindeki ödemeler çocuğun bakımına doğrudan ve dolaylı olarak özgülenmiş paralardır. Nafaka ödemeleri ve periyodik sosyal güvenlik ödemeleri bu kapsamda kabul edilmektedir³⁵. Ayrıca haksız fiil veya diğer sebeplerle elde edilmiş tazminatlar, örneğin destekten yoksun kalma tazminatı ve buna benzer edimlerin çocuğun bakımı için kısmen sarf hüküm altına alınmıştır³⁶. Zira bu parasal değerler nitelikleri gereği tüketim içindir³⁷. Bu meblağların harcanması için hâkimin iznine gerek olmayıp, söz konusu parasal değer doğrudan ana baba tarafından çocuğun ihtiyaçları için sarf edilebilir³⁸.

Ana baba, çocuğun yetiştirilmesi bakımı ve eğitimi için oluşan olağanüstü ihtiyaçlar karşısında, çocuğun malvarlığının gelirleri ve toplu paralar dışında kalan sermaye bölümüne, çocuğun taşınır ve taşınmaz malları ve haklarına da hakim belirlendiği miktar ile sınırlı olarak başvurabilir (MK m.

³³ Öztan, s. 1177; Baygın/Doğan, s. 416; Ertaş, s. 395; Özdemir, s. 95.

³⁴ Baygın/Doğan, s. 416.

³⁵ Baygın/Doğan, s. 417; Öztan, s. 1177.

³⁶ Akıntürk/Ateş, s. 429; Öztan, s. 1177; Baygın/Doğan, s. 417.

³⁷ Öztan, s. 1177.

³⁸ Kanunun açık hükmü gereği olağan ihtiyaçlar sebebiyle ve ancak bu ihtiyaçlar ölçüsünde çocuğun parasal malvarlığı değerlerinin kısmen sarfı söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla parasal malvarlığı değerlerinin tamamına başvurulabilmesi için MK m. 356/II vasıtasıyla hakim izni gerekecektir. Kısmen sarf kavramı belirsiz olmakla birlikte üst limit olarak başvuru malvarlığının yarısına ulaşmamalıdır. Zira parasal meblağlarda yarı miktardan fazlasına başvurulmasına izin verildiğinde az kalan kısım korunmuş olacaktır. Fakat çocuk mallarına ilişkin hükümlerin koruyucu niteliği de göz önünde alındığında kanun azı değil çoğu korumak istediğine hükmedilmelidir. Örneğin, olağan bir ihtiyaç için çocuğun 1000 TL'sine başvurulduğunda ihtiyaç 1000 TL'den fazlaysa paranın tamamı için hakim kararı gerekecektir. 1000 TL'nin altında bir harcama için hakim iznine gerek yoktur. Bizce bu sarf da 500 TL'den az olmalıdır. Çünkü kalan miktara aynı ihtiyaç açısından tekrar başvurulamayacağı için bu kısım korunmuş olacaktır. Kanunun azı korumak isteyeceği düşünülmemeyeceğinden sarf edilecek miktar yarıya ulaşmamalıdır. Bu durumda başvurulacak parasal değer yarısından fazla bir harcama için hakim iznine gerek olduğu söylenmelidir.

356/II)³⁹. Başka bir deyişle öncelikli olarak MK m. 356/I'deki parasal değerlere başvurulacaktır. Buna rağmen ihtiyaç karşılanamazsa, ana baba çocuğun para dışında kalan diğer mallarına başvurulmasını hâkimden isteyebilecektir⁴⁰. Dolayısıyla çocuğun bu tip mallarına başvurulmasının bir zorunluluk teşkil etmesi gerektiği söylenebilir. Örneğin, çocuğun yurt dışında ameliyat edilmesi gerekliliği doğduğunda, ana babanın fakirlik içinde olması ve çocuğun parasal malvarlığının da yetersiz olması karşısında, çocuğun taşınmaz malına başvurulabilecektir⁴¹. Yapılacak harcama için hâkimden izin gereklidir. Hâkim kararında harcanacak miktarı belirtmelidir. Harcama yapıldıktan sonradan ise onay alınması mümkün değildir. Kanun kısmen harcamayı öngörmüş gibi gözükse de içinde bulunan şartlar malvarlığı değerlerinin tamamının harcanmasını gerektiriyorsa hâkim bu yönde de hüküm verebilecektir⁴².

³⁹ Baygın/Doğan, s. 419; Öztan, s. 1178. Yargıtay, taşınmaz malların ana baba tarafından yalnızca sarfında değil satışı bakımından da 356/II hükmünün uygulanmasını, doktrindeki bir görüşe katılarak, aramaktadır, Y. 14.HD, E. 2013/16771, K. 2014/2013, T. 17.2.2014: "TMK'nın 342. ve 352. maddeleri uyarınca velayet hakkına sahip anne-baba çocuğun taşınır malları hakkında kendilerine tanınan temsil ve yönetim yetkisi çerçevesinde hâkimden izin almadan tasarrufa işlemler yapabilirler. Taşınmaz mallar hakkındaki tasarrufi işlemler ise önemi dolayısıyla TMK'nın 356. maddesinin 2. fıkrası gereği ancak hakimden izin alınmak suretiyle yapılabilir. (Prof. Dr. Şeref Ertaş, Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi, Makale, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı 2007, Sayfa:391-398). ... Somut olayda, velayet hakkına sahip olan anne A. K. tarafından 2006 doğumlu B.K.'ya velayeten dava açılmıştır. Ortaklığın giderilmesi davası açabilmek için mahkemeden izin alınmamıştır. Davacıya görevli mahkemeden gerekli izni alması için süre verilmeden işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir", krş Y. 2. HD, E. 2002/5872, K. 2002/6944, T. 24.5.2002 (Çevrimiçi: 16.06.2018, www.kazanci.com). Kanımızca bu yöndeki karar isabetli değildir. Zira taşınmazın satılması, sarfı anlamına gelmez. Satış işlemi ile taşınmaz yalnızca paraya çevrilmiştir. Bu işlem de ana babanın yönetim görevi kapsamında kalacaktır. Ancak taşınmazın yerine geçen paranın sarfı için MK 356/II'ye başvurulabilir. Eklenmelidir ki, böyle bir zorunluluk olmasa da, satış için hakimden izin alınması ana babanın kötü yönetim sebebiyle doğabilecek sorumluluğunu kaldıracaktır. Aynı yönde bkz. Ertaş, s. 397 dn. 2.

⁴⁰ Akıntürk/Ateş, s. 430.

⁴¹ Özdemir, s. 97; Baygın/Doğan, s. 419; Ertaş, s. 396.

⁴² Baygın/Doğan, s. 420.

III. SERBEST MALLAR

A. Genel Olarak

Hukumumuzda çocuk mallarının ana baba tarafından yönetilmesi ve kullanılması kuralı esas teşkil etmektedir. Ana babanın çocuk malları üzerindeki yönetim ve kullanma hakkına istisna getirilebilmesi için özel bir kanuni düzenlemenin buna imkân tanınması gerektiği ifade edilmektedir⁴³.MK m. 357-359 ile getirilen düzenlemeler ile ana ve babanın yönetimi ve/veya kullanımı dışında kalan mal grupları tayin etmiştir. İşte çocuğun bu tip mallarına “serbest mallar” denilmektedir⁴⁴.

Serbest mallar, velayet hakkının kapsamını daraltıcı bir istisna oluşturmaktadır. Bu duruma ana babanın çocuk mallarını yönetme hakkı karşısında serbest malların çocuğu ön plana alan niteliği kaynaklık etmektedir. Şöyle ki, kazandırmada bulunan kişi ana babadan kaldırdığı yönetim hakkını belirli bir kişiye bırakmamışsa, yönetim hakkı ayırt etme gücüne sahip çocukta. Ancak çocuğun ayırt etme gücünün bulunmaması ya da bu tür malları yönetme kabiliyetinden yoksun olması ihtimallerinde dahi serbest malların yönetimi doğrudan ana ve babaya geçmeyecek; malların yönetimi için kayyım atanması gerekecektir⁴⁵. Böylece çocuk, MK m. 449’daki yasak işlemler haricinde, hiçbir izne ya da onamaya gerek olmaksızın hukuki işlem yapabilme ve borç altına girme imkânına kavuşacaktır⁴⁶. Bunun sonucu olarak çocuk serbest malları ile sınırlı olarak dava ehliyetine de sahip olacaktır. Ancak

⁴³ Affolter-Fringeli, Kurt/ Vogel, Urs, Berner Kommentar (BK), Bern, 2016, Art 321-322, n. 20.

⁴⁴ Baygın/Doğan, s. 397; Akıntürk/Ateş, s. 430; Egger, s. 163; İnan, s. 136; Akyüz, Çocuk Malları s. 263; Şimşek, s. 86. Diğer tanımlar için bkz. Öztan, s.1178; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 350; Özdemir, s. 89.

⁴⁵ Berki, s. 95; Şimşek, s. 86.

⁴⁶ Velidedeoğlu, s. 381; Ertaş, s. 397; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 105. Berki’ye göre kanunda ayırt etme gücüne sahip çocuğun serbest malları üzerinde tasarruf yetkisinin olduğunu gösterir örtülü bir kayda dahi rastlanmadığı, bilakis kanun sınırlı tarzda eMK m. 284’te (MK m. 359) hangi malvarlığı değerlerinin yönetimini çocuğa bıraktığını belirterek, özel ve tahdidi bu hükmü tüm serbest mallar için uygulanmasının mümkün olmayacağını belirtmekte ve çocuğun yönetimi dışında kalan serbest malları için kayyım tayinini şart görmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz., Berki, s. 94-95.

çocuğun serbest mallara ilişkin tam işlem ehliyetinin istisnasını kanunun yasal temsilcinin rızasını özel olarak aradığı işlemler teşkil eder⁴⁷.

Çocuğun malvarlığında serbest mal olarak ayrı bir malvarlığı kesimi yaratmanın sebepleri incelendiğinde bunun birden fazla sebebi olabileceği görülür. İlk sebep olarak çocuğun mallarının birikmesi isteği gösterilebilir. Özellikle büyükbaba, büyükanne gibi akrabalar veya diğer yakınlar çocuğa verdikleri malların gelirlerinin, çocuk kendi malvarlığını yönetebilecek çağa ulaşıncaya dek, birikmesini isterler. Bu da mallara ana babanın müdahalesinin engellenmesi için bir neden oluşturur. Bazen de çocuğa bir kazandırmada bulunan kişinin bir ebeveynine karşı husumeti bir sebep yaratır. Zira bu kişi, hakkında olumsuz düşündüğü ebeveynin çocuğun malları üzerinde söz sahibi olmasını engellemeyebilir. Yine başka bir sebep, çocuğun ekonomik yönetim kabiliyetleri kazanmasını sağlamak için bir deneyim imkanı sağlamak olabilir. Nihayet ana babadan kaynaklı sebepler de çocuk mallarının serbest mal haline getirilmesini gerekli kılabilir. Gerçekten çocuğa bırakılan malvarlığı değerlerinin niteliği veya çokluğu sebebiyle ana baba tarafından iyi şekilde yönetilip yönetilemeyeceği bu kazandırmayı yapan açısından bir endişeye sebep olabilir. Bunun yanı sıra bazı malvarlığı değerlerinin yönetim ve kullanımı özel bir bilgiye gereksinim duyabilir⁴⁸. Görüldüğü üzere gerek kazandırmada bulunan gerek ana baba gerekse çocuk merkezli sebepler serbest mal düzenlemesinin “ratio legis”ini oluşturmaktadır.

Çocuğun serbest malları Medeni Kanunda dört başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar; kazandırmalar, saklı pay, meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazançtır. Konumuzun esasını teşkil eden bu serbest mal gruplarını sırasıyla inceleyelim.

B. Kazandırmalar

Medeni Kanun m. 357 ana ve babanın faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarf edemeyeceklerini hükme bağlamıştır.

⁴⁷ Biderbost, Yvo, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Art. 321-323, n. 7. Örneğin, Taksitli satış sözleşmelerinde ayırt etme gücüne sahip küçüğün yaptığı sözleşmenin geçerliliğinin yasal temsilcinin rızasına bağlı olduğuna ilişkin, bkz. TBK m. 254.

⁴⁸ Affolter-Fringeli/Vogel, BK, Art 321-322, n.4-6; Akıntürk/Ateş, s. 430; Velidedeoğlu, s. 380; Egger, s.164.

Kazandırma kavram olarak, bir kimseye malvarlıksal bir menfaat sağlanmayı ifade etmektedir. Bu menfaat kişinin malvarlığının aktifinin artması şeklinde olabileceği gibi, pasifinin azalmasını veya aktifinin azalmasını önlemek şeklinde de olabilir⁴⁹. Kazandırma sağlararası hukuki işlemler veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılabilir. Kazandırmalar ivazlı veya ivazsız olabilir. Madde 357 kapsamındaki kazandırmalar ise çocuğa yapılan ivazsız (karşılıksız) kazandırmaları ifade eder⁵⁰.

Ayırt etme gücüne sahip çocuk karşılıksız kazandırmaları kabule ehliyetlidir (MK m. 16). Çocuk ayırt etme gücünden yoksun ise kazandırmanın çocuk adına kabulü gerekir⁵¹.

Kazandırmada bulunanın faize yatırılması veya tasarruf hesabı açılması amacıyla bağışladığı paraların gelirleri ana baba tarafından sarf edilemez. Bu tür kazandırmalara devlet tahvili, şirket tahvili, devlet bonusu ve çocuğun bankalarda açılmış mevduat hesapları örnek olarak gösterilebilir⁵². Kazandırmada bulunan bu kazandırmalar bakımından kullanma yasağı getirmemiş de olsa ana baba bu malları kullanamayacaktır. Bunun sebebi parasal değerlerin ancak tüketme yoluyla kullanılmasının mümkün olmasıdır. Dolayısıyla bu kazandırmalar bakımından kullanma değil yararlanma, dolayısıyla ancak sarf gündeme gelebilecektir⁵³. Anılan kazandırmalar açısından tasarruf hesabı üzerinde durulmalıdır.

Tasarruf hesabı, mevduat bankaları nezdinde açtırılan, gerçek kişilere ait ve münhasıran çek keşide edilmesi dışında ticari işlemlere konu olmayan hesapları ifade eder (BankK m. 3). Tasarruf hesabı ivazlı olabileceği gibi ivazsız olabilir. Ancak düzenlemenin amacı çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerinin anaparaya eklenmesi ve çoğalmasını sağlamaktır. Bu sebeple, açıkça aksi öngörülmemiş ise, açılacak tasarruf hesabının faizle nemalandıran nitelikte olması gerekir⁵⁴.

⁴⁹ Oğuzman/Barlas, s. 183; Dural/Sarı, s. 207-208.

⁵⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 350.

⁵¹ Krş. Egger, s.165; Gürsel, Çocuk Malları, s.988.

⁵² Baygın/Doğan, s. 411-412.

⁵³ Turanboy K. Nuri, Anne ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.2, Ankara, 2010, s. 2129; Gökkaya, Vildan, Ana Babanın Çocuğun Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı, TBB Dergisi, S. 133, 2017, s. 339.

⁵⁴ Kanunda tasarruf hesabından söz edilmiş olsa da burada kazandırmada bulunan tarafından katılma hesabına yatırılmak üzere bırakılabilecek paraların durumunu da

Daha önce ifade edildiği gibi üçüncü kişi kazandırmayı doğrudan ayırt etme gücüne sahip çocuğa yapabilir. Yapılan kazandırmanın yönetimi çocukta ise bu parayla tasarruf hesabı açabilecektir⁵⁵. Ayırt etme gücünden yoksun çocuğa yapılan kazandırmalar ise tasarruf hesabı açılmak üzere ana babaya verilmelidir. Bunların haricinde üçüncü kişiler çocuk namına doğrudan bir tasarruf hesabına para yatırabilirler. Böyle bir halde bu meblağ da çocuğun serbest malı addedilir⁵⁶.

Çocuğa yapılan kazandırma faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere çocuğa bağışlanmamış olabilir. Bu halde de Kanun kazandırmada bulanana, bu kazandırmayı serbest mal olarak nitelendirilebilme imkân vermiştir. Bunun için en geç kazandırma anında kazandırmanın ana ve babanın kullanımı dışında tutulduğunun beyan edilmesi gerekir. Bu beyan şekle tabi olmayıp açık bir şekilde yapılmalıdır. Kazandırma gerçekleşikten sonra yapılan kullanım dışında tutma beyanın geçerli olabilmesi için ana babanın buna rızası gerekir⁵⁷. Ayrıca genel hükümler çerçevesinde, çocuğa sağlararası veya ölüme bağlı bir tasarrufla kazandırmada

özel olarak değerlendirmemiz gerekir. Katılma hesabı, katılım bankalarına yatırılan fonların bu kurumlarca kullanılmasından doğacak kâr veya zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve anaparanın aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu hesaplardır (BankK m. 3). Görüleceği üzere katılım bankaları yatırımcıları kar veya zararlarına ortak etmektedir. Dolayısıyla katılma hesabına yatırılan paranın faiz gibi sürekli bir gelir getirme garantisi yoktur. Oysa MK m. 357 hükmünün amacı çocuğa yapılan kazandırmayı korumak ve arttırmaktır. Şüphesiz kazandırmada bulunan kişinin ana babasının kullanmasını ayrıca yasaklayarak, bu kazandırmayı bir katılma hesabına yatırılmasını şart koşabilir. Ancak böyle bir açık yasaklama yoksa, kazandırmada bulunanın sosyo-kültürel durumu, felsefi kanaatleri karşısında, tasarruf hesabına tanınan korumanın katılma hesabına da tanınması gerekmektedir.

⁵⁵ Kanımızca tasarruf hesabı açılmak üzere çocuğun yönetimine bırakılmış parasal meblağlar açısından çocuk tam ehliyetli gibi davranabileceğinden bu miktarla sınırlı olarak mevduat hesabı açılmasında tereddüt etmemek gerekir. Fakat bankacılık uygulamasında MK m. 357 kapsamındaki kazandırmalar için bir istisna getirilmeden çocuğun hesap açabilmesi için ana babasının rızasının arandığı görülmektedir.

⁵⁶ Gürsel, Çocuk Malları, s. 989.

⁵⁷ Baygın/Doğan, s. 412; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 350.

bulunan kişi, bu kazandırmanın gelirinden ana veya babanın yararlanamayacağını da şart koşabilir (TBK m. 291/I, MK m. 515)⁵⁸.

Ana ve baba, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kullanma hakkına sahip değildir. Fakat kazandırmada bulunan kişi, kazandırma sırasında açıkça aksini öngörmemiş ise, kural olarak ana baba bu mallar üzerinde de yönetim hakkına sahiptir (MK m. 357/II)⁵⁹. Kazandırmada bulunan, kazandırma yaparken açık bir şekilde belirterek ana ve/veya babanın yönetme yetkisini kaldırabilir. Ana babanın yönetme hakkının tamamıyla kaldırılmasının uygun görülmediği durumlarda kazandırmada bulunan bu hakkı şart ve yüklemelerle sınırlayabilir⁶⁰. Ayrıca yönetim hakkını, süre ve kapsam bakımından da daraltma yoluna gidilebilmelidir.

Kazandırmada bulunan kişi yönetim hakkının kimde olacağını dilediği gibi belirleyebilir. Yönetim hakkı, kazandırmada bulunanda, ayırt etme gücüne sahip çocukta veya üçüncü bir kişide olabilir. Yönetim hakkı ana babadan alınmış, fakat bu hakkın kime verileceği ile ilgili bir düzenleme öngörülmemişse yönetme yetkisi ayırt etme gücüne sahip çocuktur⁶¹. Ancak çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse, malların yönetimi için kayyım atanacaktır (MK m. 427). Bu halde kayyım çocuk ayırt etme gücüne erişinceye kadar kazandırmayı yönetecektir.⁶²

Yönetim yetkisinin kime ait olduğunun belirlenmesinden sonra bu malvarlığı değerlerinin sarfına değinilmelidir. Hükmün lafzı, çocuğa yapılan karşılıksız kazandırmaların gelirlerinin ana ve babanın kendi menfaatlerine sarf edilemeyeceğini belirtmektedir. Ancak ana ve babanın çocuk mallarının gelirlerini kendi menfaatlerine kullanmayacakları MK m. 355’de zaten düzenlenmiştir. Buna göre ana ve baba çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için, hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde de aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere sarf edilebilecekler, gelir fazlası

⁵⁸ Öztan, s. 1179.

⁵⁹ Çınar, s. 1360; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 350.

⁶⁰ Baygın/Doğan, s. 401.

⁶¹ Öztan, s. 1179.

⁶² Bkz. Öztan, s. 1179-1181.

ise ana ve babaya değil çocuğun mallarına katılacaktır⁶³. Bu halde Medeni Kanunun 357. maddesi olmasaydı dahi ana ve baba, 355. madde uyarınca, çocuğa yapılan serbest mal niteliğindeki kazandırmaların gelirlerini zaten kendi lehlerine sarf edemeyeceklerdi⁶⁴. Bu durumda MK m. 357'nin bu düzenleniş şekliyle nasıl yorumlanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Ana ve babanın 357. maddede öngörülen kazandırmaların gelirlerini "kendi menfaatlerine" sarf edemeyecekleri düzenlemesi bir yanlışlığın sonucudur. Medeni Kanunun bu hatalı düzenleme şeklinin önceki Medeni Kanundaki düzenlemeden kaynaklandığı belirtilmektedir⁶⁵. Eski Medeni Kanunun 281. maddesinde, çocuğun gelirlerinin öncelikle kendi bakım ve yetiştirilmesine sarf edileceği, kalanın ise aile masraflarıyla yükümlü ana ve babaya ait olacağını düzenlenmişti. Aynı Kanunun 282. maddesinde ise, yararlanma hakkının, faize verilmek veya tasarruf hesabı açılmak üzere veya ana ve babanın intifa (yararlanma) edememesi şartıyla çocuğa bağışlanan malları kapsamayacağı hükme bağlanmıştı. Oysa Medeni Kanununda ise çocuk gelirlerinin ana ve babaya değil, çocuğa ait olduğu düzenlendiğinden Medeni Kanunun 357. maddesinde sayılan kazandırmaların gelirlerinin çocuğun menfaatine de olsa harcanamaması gerekir. Bu sebeple, Medeni Kanunun 357. maddesinde yer alan "*ana ve baba....kendi menfaatlerine sarfedemezler*" ifadesinin kaynak kanunda olduğu gibi, bu tür kazandırmaların gelirlerinin hiçbir şekilde sarf edilemeyeceği biçiminde anlamak gerekir⁶⁶. Ancak çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için bir zorunluluk olması halinde, hâkimden çocuğa yapılmış olan 357. madde kapsamındaki kazandırmalara başvurmak için izin vermesi istenebilir (MK m. 356/II)⁶⁷.

C. Saklı Pay

Çocuk miras hukuku bağlamında yasal mirasçı, atanmış mirasçı, vasiyet alacaklısı, yedek mirasçı veya artmirasçı olarak hak sahibi olabilir (MK. 495;516;517;520;521). Bütün bu hallerde edinilen malvarlığı değerleri çocuğun mülkiyetindedir. Dolayısıyla bu mallar genel kural gereği ana babanın yönetimi altındadır. Ancak artmirasçılıkta, intikal şartı veya ölüm gerçekleşene

⁶³ Baygın/Doğan, s.410; Çınar, s. 1359.

⁶⁴ Çınar, s. 1359.

⁶⁵ Baygın/Doğan, s.410-411; Çınar, s. 1359.

⁶⁶ Baygın/Doğan, s.410-411; Çınar, s. 1359.

⁶⁷ Baygın/Doğan, s.411; Öztan, s. 1181.

dek ana ve babanın yönetimi dışlanmıştır⁶⁸. Çünkü artmirasçılıkta ancak şartın gerçekleşmesi, öngörülen sürenin dolması veya ölümün gerçekleşmesiyle mallar çocuğun malvarlığına dahil olur⁶⁹. Yine yedek mirasçılıkta, ancak asıl mirasçının mirasçılık sıfatını kazanamadığı durumlarda miras çocuğun malvarlığına dahil olur⁷⁰. Burada asıl incelenmesi gereken durum çocuğun yasal mirasçılığı sıfatıyla edindiği malvarlığının yönetiminin ana babaya ait olup olmadığıdır. Zira atanmış mirasçılık, vasiyet alacaklılığı, artmirasçılık ve yedek mirasçılık ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılmış MK m. 357 anlamında kazandırma niteliğindedir. Oysa çocuğun yasal mirasçılığı doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Özellikle saklı payın yönetimi hususu duraksamaya neden olmaktadır. Saklı payın yönetimine geçmeden önce saklı pay kavramı ve çocuğun yasal mirasçılığı irdelenmelidir.

Miras hukukunda saklı pay yasal miras paylarının miras bırakanın tasarruflarına karşı korunan kısmını ifade eder⁷¹. Çocuğun saklı paylı mirasçı olabilmesi için ana babadan birinin yasal mirasçılık sıfatını kaybetmiş olması gerekir. Ana babadan birinin ölümü, mirası reddi, mirastan yoksunluğu, mirastan çıkarılması, ivazsız veya aksi kararlaştırılmış ise ivazlı feragati hallerinde yasal mirasçılık sıfatı çocuğa geçer (MK m. 511;528;579;580;611). Dolayısıyla çocuk saklı paylı mirasçı konumuna gelir.

Saklı pay mirasbırakanın tasarruflarına karşı korunan kısmı ifade ettiği için eMK döneminde saklı payın mirasbırakan tarafından ana babanın yönetimi dışında bırakılıp bırakılmayacağı tartışmalıydı⁷². Gerçekten de saklı payın ana babanın yönetimi dışında bırakılabileceğine ilişkin bir hüküm

⁶⁸ Affolter- Fringeli/ Vogel, BK, Art. 323, n. 18.

⁶⁹ Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, Miras Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2018, § 4, IV, 8, N. 165a; Gönensay, Samim/ Birsen, Kemaleddin, Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1963 s. 150; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987, s. 290; Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2018, n. 803; Antalya, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul, 2009, s. 211; Ayan, Mehmet, Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2016, s. 139; İmre, Zahit/Erman, Hasan, Miras Hukuku, 7. Basım, İstanbul, 2010, s. 142; İnan, Ali Naim/ Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan, İnan Türk Medeni Kanunu Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2015, s. 238.

⁷⁰ Serozan/Engin, § 4.8 n. 164; Gönensay/Birsen, s. 149; Kocayusufpaşaoğlu, s. 289; Dural/Öz, s. 166.

⁷¹ Serozan/Engin, § 3.1 n. 5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 356; İnan/Ertaş/Albaş, s. 299; İmre/Erman, s. 217; Antalya, s. 277.

⁷² Egger, s. 153-154; Serozan, s. 267; Baygın/Doğan, s. 401.

kanunda yoktu. Dolayısıyla burada saklı paya ilişkin genel kural uygulanmalıydı (eMK m. 452, MK m. 505). Bu sebeple saklı payın niteliğinin kazandırma olarak vasıflandırılmayacağı ve ana babanın yönetim hakkı dışında bırakılamayacağı görüşü dile getirilmişti⁷³. Buna karşılık önce İsviçre’de kanun değişikliği yoluna gidilmiş; sonra da buna uygun olarak Yeni Medeni Kanun’da açıkça, ölüme bağlı tasarruf yoluyla (örneğin vasiyetname), saklı payın ana babanın yönetimi dışında tutulabileceği öngörülmüştür (MK m. 358).

Kanuni düzenleme yapılırken doğrudan saklı payın yönetim dışında bırakılabileceği hükme bağlanmıştır. Yasal miras payını düzenleme yoluna gidilmemiştir. Saklı payın üzerindeki kazandırmalar MK m. 357 kapsamında değerlendirilmiştir⁷⁴. Fakat bu düzenleme şekli, saklı pay ile yasal miras payı arasında kalan kısım açısından bir açmaza neden olmaktadır. Örneğin babanın ölümü üzerine anası ile mirasçı olan çocuğun 3/4 yasal miras payı ve 3/8 oranında saklı payı olacaktır. Aynı örnekte baba ölüme bağlı tasarruf yoluyla miras payını ananın yönetimi dışında bırakmış olabilir. Bu durumda saklı pay kanun gereği yönetim hakkı dışında kalacak iken yasal miras payı ile saklı pay arasında kalan 3/8’lik kısmın, literal anlamda iradi kazandırma olarak nitelendirilemeyeceğinden, hukuki akıbeti belirsizleşmektedir. Buna karşın yasal miras payının üstündeki ölüme bağlı tasarrufların kazandırma olacağına ise bir şüphe bulunmamaktadır. Kanımızca her ne kadar söz konusu kısım klasik anlamda kazandırma sayılmasa da çocuk malları anlamında MK m. 357’ye tabi bir kazandırma sayılması gerekir.

Medeni Kanun ana ve babadan saklı payın yalnızca yönetiminin alınabileceğini belirtmiştir. Yönetimin ana ve babadan alınmış olması, onların saklı payın gelirini sarf edemeyecekleri anlamına gelmediği gibi saklı payın bir kısmını sarf edemeyecekleri anlamına da gelmez. Dolayısıyla ana ve baba saklı payın gelirlerinden MK m. 355/I’e göre yararlanabilecekken, MK m. 356/II’ye göre çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa saklı payın sarfını isteyebilecektir. Ayrıca miras yoluyla intikal eden mal tüketilmeden kullanılabilir ise ana babanın bunun üzerinde kullanım hakkı da vardır⁷⁵. Yönetim hakkının ana babadan alındığı fakat kullanma hakkının devam ettiği durumlarda kullanma hakkı yönetim hakkı ile çatışabilir. Böyle bir çatışma halinde ana babanın kullanma hakkı dışlanacaktır. Örneğin saklı paya isabet

⁷³ BGE 63 II 2 E. 3a.bkz. Affolter- Fringeli/ Vogel, BK, Art. 323, n. 20.

⁷⁴ Biderbost, CHK, Art. 321-323, n. 5.

⁷⁵ Biderbost, CHK, Art. 321-323, n.5; Öztan, s. 1182.

eden evin kiraya verilmesi halinde ana babanın kira süresi dahilinde kullanma hakkı olmayacaktır.

Saklı payın yönetimi çocuğa bırakılabileceği gibi bir üçüncü kişiye de bırakılabilir. Bu durumda mirasbırakan bu kişinin belirli zamanlarda sulh hâkimine⁷⁶ hesap vermesini de şart koşabilir (MK m. 358/II). Bu hesap verme yükümlülüğü çocuk ergin oluncaya değin devam edecektir⁷⁷.

Öğretide mirasbırakanın, saklı payın yönetimini üçüncü kişiye bıraktığı fakat ölüme bağlı tasarrufunda hesap verme yükümlülüğüne yer vermediği durumlar için kanunda boşluk olduğu ileri sürülmüştür. Bu boşluğun aynı kuralın kıyas yoluyla uygulanarak doldurulması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre hesap verme yükümlülüğü öngörülme-yen üçüncü şahsın da belli aralıklarla hesap vermesi gerekmektedir⁷⁸. Kanımızca bu ihtimalde bir boşluk bulunmamaktadır. Burada mirasbırakana tanınmış bir hesap verme yükümlülüğü yüklemeyetkisisöz konusudur. Mirasbırakan bu yetkiyi kullanıp kullanmakta serbesttir. Bu yetki kullanılmadığında üçüncü kişi tarafından sergilenen kötü yönetim karşısında çocuk mallarının korunmasına ilişkin tedbirler devreye girecektir⁷⁹.

D.Meslek veya Sanat için Verilen Mal

Bir diğer serbest mal grubunu çocuğa meslek veya sanat için verilen mallar oluşturur. Buna göre ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir (MK m. 359/I).

Gerçekten, ana ve baba çocuğu hayata hazırlamak, deneyim kazanmasını sağlamak amacıyla bir meslek, sanat veya ticaret ile uğraşması için ona izin verebilir. Velayet hakkının kullanılmasında ana babanın bağımsızlığı ilkesi çerçevesinde, çocuğa meslek veya sanat ile uğraşması için mahkemeden izin alınmasına gerek yoktur⁸⁰. Buradaki mesleki ve sanatsal faaliyetten kasıt çocuk tarafından bağımsız olarak yerine getirilen, gelir getirici

⁷⁶ Burada görevli mahkemenin 4787 sayılı Kanunu uyarınca Aile Mahkemesi olacağı belirtilmektedir. Bkz. Akıntürk/Ateş, s. 431.

⁷⁷ Kılıçoğlu, Ahmet, Aile Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2016, s. 659.

⁷⁸ Öztan, s. 1183; Özdemir, s. 90.

⁷⁹ Bu konuda bkz. aşağıda III., F.

⁸⁰ Akyüz, Çocuk Malları, s. 173.

uğraşlardır⁸¹. Diğer bir deyişle bir işverene bağımlı olarak çalışma, mesleki ve sanatsal faaliyet kapsamında değerlendirilemeyecektir. İşte bu kapsamda çocuğa verilen malların yönetimi ve yararlanma hakkı da artık çocuğa ait olmaktadır⁸². Bu mallarla ilgili ana babanın yönetim ve kullanma hakkı kural olarak sona ermektedir⁸³. Örneğin, Çocuğa miras kalmış oymacılık atölyesini işletmek için ana baba çocuğa izin vermiş ise, bu atölyenin devamı için gereken hammadde alımını da çocuk tek başına yapabilecek, işletme faaliyeti kapsamında borçlanabilecek, ödeme kabul edebilecektir.

Dikkat edilecek olursa burada çocuğa verilecek mal esasen çocuğun yine kendi malıdır. Yoksa ana ve babanın malından çocuğa verdiği malların yönetimi MK m. 359 kapsamında değildir⁸⁴. Söz konusu hükmün uygulanması açısından, çocuğun, ana ve babası ile birlikte yaşaması ya da ayrı yaşaması önem arz etmez. Bunun yanında ana ve baba, meslek veya sanat icrası için verdiği izni her zaman geri alabilir, belirli bir süre ile sınırlayabilir. Benzer şekilde çocuk da bu haktan her zaman vazgeçebilir⁸⁵.

Çocuğa meslek veya sanat için verilen mallarının yönetiminin çocuğa bırakıldığı kanun tarafından açıkça ifade edilmiştir. Bunun bir sonucu olarak bu çocuğun mallar kapsamında ehliyeti genişlemektedir⁸⁶. Çocuk elde ettiği kazançla sınırlı olmak kaydıyla borç altına girebilecektir. Örneğin kazancı veya biriktirdikleri ile 2000 TL'lik bir cep telefonu alabilirken, kazancının veya biriktirdiğinin üstündeki 6000 TL'lik bir telefon için ana babanın rızasına ihtiyaç duyacaktır. Bu durum hukuk ve işlem güvenliği açısından sorun yaratabilirse de ayırt etme gücünün göreceliliğinin bir sonucudur. Kaldı ki, çocuğun ehliyetsizliği genel kural teşkil etmektedir. Çocuk kazancı ile uyumlu bir işlem yaptığında zaten işlem geçerli olacaktır. Kazancı aşan bir işlem yaptığı halde ise genel kurala tabi bir sonuç doğacağından karşı tarafın buna hazırlıklı olması

⁸¹ Baygın/Doğan, s. 398.

⁸² Akıntürk/Ateş, s. 432.

⁸³ Egger, s. 172; Öztan, s. 1184; Çınar, s.1360; Baygın/Doğan, s. 398; Köprülü/Kaneti, s. 258.

⁸⁴ Baygın/Doğan, 412; Çınar, s. 1360. Böyle halde ana baba ile çocuk arasında bir hukuki işlem söz konusu olacaktır. Böyle bir hukuki ilişki daha çok ödünç, kira, bağış olarak karşımıza çıkacaktır. Çocuğun borç altına girmesine neden olabilecek bir işlem karşısında ise söz konusu işlem için kayyım atanması gerekecektir (MK m. 345).

⁸⁵ Egger, s. 171; Çınar, s. 1360.

⁸⁶ Öztan, s. 1181.

gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla çocuğun genişleyen fiil ehliyeti de niceliksel ve niteliksel olarak sınırlandırılmaktadır⁸⁷. Bununla birlikte çocuk meslek, sanat veya ticaret ile uğraşırken yaptığı hukuki işlemler sebebiyle doğan borçlarından kendisine verilen mal ile sınırlı olarak değil tüm malvarlığı ile sorumludur⁸⁸.

Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında, belirli bir meslek veya sanatı yapmasına izin verilen ayırt etme gücüne sahip küçüğün sadece o meslek veya sanata ilişkin takiplerde borçlu ve alacaklı sıfatıyla takip ehliyetine sahip olacağını belirtmiştir⁸⁹. Yine Yargıtay, bir meslek veya sanat için ana baba tarafından malından verilen bir bölümün yönetimi ve ondan faydalanma hakkı tanınan çocuğun, sulh mahkemesince bir meslek veya sanatla uğraşmaya izin verilen vesayet altındaki kişinin bu sanat ve meslek gereği olan her türlü tasarrufu yapma hakkına sahip olduğu ifade etmiştir⁹⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki çocuğun kazancından ana baba yararlanamaz. Fakat çocuk ana babası ile birlikte oturuyorsa ana ve babanın ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteme hakkı vardır (MK m. 359/II). Hükümden de anlaşılacağı üzere, burada üst sınır çocuğun masraflarıdır. Dolayısıyla ana ve baba çocuk kendi masraflarını karşılayabildiği ölçüde ona bakma yükümlülüğünden kurtulur⁹¹.

E. Kişisel Kazanç

Medeni Kanun sadece çocuğa meslek veya sanat için verilen malların değil, aynı zamanda çocuğun kişisel kazancını da ana babanın yönetim hakkı dışında tutarak, çocuğun serbest malları içinde saymıştır. Bu düzenleme Medeni Kanunun yeniliklerinden birisidir. Eski Medeni Kanunana babanın yanında kalan çocuğun kazancının ana babaya ait olduğunu düzenlemekteydi (eMK m. 283). Yalnızca ana babanın rızasıyla ailesinden ayrı yaşayan çocukların kazançları kendilerine ait oluyor, bunların yönetme ve yararlanma hakkı çocukta bulunuyordu. Yeni Medeni Kanun bu ayrımı kaldırarak, çocuğun ailesi ile birlikte yaşayıp yaşamamasına bakmadan, çocuğun kazancının

⁸⁷ Biderbost, CHK, Art. 321-323, n. 7.

⁸⁸ Öztan, s. 1184; Baygın/Doğan, s. 398.

⁸⁹ Y. 12. HD., 31.01.1985, 1984-11309/806, (Uyar, Talih, Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli-İçtihatlı), C. IV, Ankara, 2002, s. 3498; Şimşek, s. 95).

⁹⁰ Y. 12. HD., 22.09.1980, 4848/6601 (YKD, 1981/9, s. 1164).

⁹¹ Öztan, s. 1184.

kendine ait olacağını hükme bağlamıştır. Yönetme ve yararlanma hakkı da yeni kanunla birlikte çocuğa geçmiş olmaktadır (MK m. 359/1)⁹².

Doktrinde, çocuğun kişisel kazancı, bedeni veya fikri bir iş görme sebebiyle elde edilen kazanımlar olarak tanımlanmaktadır⁹³. Madde kapsamında kişisel kazanç kavramıyla çocuğun bağımlı olarak bir iş görme faaliyeti sonucu elde ettiği ücret ifade edilmek istendiği kabul edilmektedir⁹⁴. Çocuğun kişisel kazancının yerine ikame olunan değerler de bu kapsamdadır. Sözelimi kişisel kazançtan alınan mallar, iş göremezlik ödeneği, çalışma gücü kaybı tazminatı aynı hüküm kapsamına girer⁹⁵.

Çocuğun bir meslek veya sanat ile uğraşması için verilen malları yönetirken ehliyetinin genişlediği belirtmiştik⁹⁶. Aynı şekilde bağımlı bir çalışma faaliyeti çerçevesinde elde ettiği geliri yönetirken de bu gelirle sınırlı olarak tam ehliyetli gibi hareket edebilecektir.

Çocuk kişisel kazancını genel olarak bir hizmet sözleşmesi ile elde eder. Her ne kadar çocuğun yapmış olduğu hizmet sözleşmesinin geçerliliği ana ve babanın rızasına bağlı ise de ana ve babanın rızası dışında çalışan çocuğun elde ettiği gelir de artık çocuğa aittir. Eğer çocuk ana ve babasının rızası olmadan bir hizmet sözleşmesi yapmışsa bu sözleşme onama işlemi gerçekleşmedikçe geçerli olmamalıdır⁹⁷. Ancak TBK m. 394/III hükmü gereği hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁹⁸. Dolayısıyla çocuk, çalıştığı sürenin ücretini talep hakkına sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil doğrudan sözleşmeden kaynaklı alacak hakkı olarak talep edebilecektir.

⁹² Akıntürk/Ateş, s. 432. Çocuğun ayırt etme gücü bulunmuyor ise ve her nasılsa çocuğun kişisel kazancı varsa, kazancının yönetimi ana ve babanın olacaktır, (Baygın/Doğan, s. 400).

⁹³ Egger, s. 167; Baygın/Doğan, s. 398; Özdemir, s. 91.

⁹⁴ Affolter- Fringeli/ Vogel, BK, Art. 323, n. 5.

⁹⁵ Egger, s. 167.

⁹⁶ Bkz, II., D.

⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 93; Öztan, s. 1184-1185.

⁹⁸ Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10.Bası, İstanbul, 2014, s. 880.

Ana baba, çocuğun meslek veya sanatla uğraşması sonucu elde ettiği gelir açısından olduğu gibi⁹⁹, çocuğun bağımlı bir çalışma faaliyetinin karşılığında edindiği kişisel kazancından uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilir. Ana baba yalnızca çocuk kendileri ile birlikte oturuyorsa bu katkıyı isteyebilir (MK m. 359/II). Yapılacak katkının belirlenmesinde ölçü hakkaniyettir (MK m. 4).

F. Serbest Mallarının Korunması

Çocuk mallarına ilişkin koruma tedbirleri ana ve babanın yönettiği çocuk malları için düzenlenmiştir. Çocuğun serbest malları açısından doğrudan bir koruma tedbiri öngörülmemiştir. Ancak çocuk mallarına ilişkin koruma tedbirlerinin çocuğun serbest malları içinde uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁰. Gerçekten de çocuğun malı üzerindeki yönetim hakkının tamamen kaldırılması yerine (çocuğun mesleki faaliyette bulunmasını yasaklama, hizmet sözleşmesini fesih, çocuğa verilen malın geri alınması gibi) malvarlığını koruyucu tedbirlere başvurulabilmesi daha orantılı olur¹⁰¹. Zira serbest malların düzenlenme amaçlarından biri olan çocuğun hayata hazırlanması bakımından da malların yönetimi çocuktan alınmadan önce tehlikeyi önleyici tedbirlerin alınması kurumun amacına daha iyi hizmet edecektir. Nitekim Kanunumuzdaki “Çocuğun, yönetimi ana ve babaya ait olmayan malları tehlikeye düştüğünde hakim, aynı önlemlerin alınmasını kararlaştırabilir” hükmü de bu görüşü onaylamaktadır (MK 361/II). Şüphesiz ki çocuk mallarına ilişkin koruma tedbirlerinin serbest mallar açısından uygulanması ancak kurumun bünyesi elverdiği ölçüde mümkün olacaktır. Ayrıca belirtmelidir ki çocuk malının yönetiminin üçüncü kişiye bırakıldığı durumlarda da bu önlemlere başvurulabilmelidir.

Çocuk veya malları yöneten üçüncü kişi gerek bilgisizlikten gerek özensizlikten yahut yanlış yönlendirmeden kaynaklı olarak yönetimi altındaki malvarlığı değeri ile ilgili kötü yönetim sergiliyor olabilir. Bu kötü yönetim karşısında hâkim MK m. 360 ve 361’deki tedbirleri alacaktır.

Çocuğun veya serbest malları yöneten üçüncü kişinin, bu malları yönetmede gereken özeni göstermemeleri durumunda hakimuygun önlemleri alır (MK m. 360/I). Hâkim gerekli araştırmayı yaptıktan sonra, takdir

⁹⁹ Bkz. III., D.

¹⁰⁰ Affolter- Fringeli/Vogel, BK, Art. 324-325, n. 19.

¹⁰¹ Affolter- Fringeli/Vogel, BK, Art. 324-325, n. 19.

ettiği önlemleri alır. Bu hâkime bir görev olarak yüklenmiştir¹⁰². MK m. 360/II'de hâkimin başvurabileceği önlemler örnek niteliğinde, sınırlayıcı olmadan sayılmıştır¹⁰³. Buna göre hâkim malların belirli bir şekilde yönetilmesi hususunda talimat verebilir. Malları yöneten kişiyi bilgi ve hesap verme yükümlüğüne tabi kılabilir. Hâkim, kendisine verilen hesabın ikna edici olmaması veya verilen talimatlara uyulmaması karşısında malların tevdiine ya da güvence gösterilmesine karar verebilir.

Çocuğun serbest malları açısından hâkimin talimat verme ile bilgi ve hesap verme yükümlülüğü getirme tedbirleri doğrudan uygulanabilir. Çocuk malları için güvence gösterilmesine hükmedilmesi ana babaya karşı çocuk mallarının korunması açısından uygun bir tedbirdir. Fakat bu tedbir çocuğun yönetimi altındaki serbest malların niteliğiyle bağdaşmaz. Aksi kabulde çocuktan kendi malı için güvence göstermesi beklenenecektir. Ayrıca serbest malların üçüncü kişi tarafından yönetilmesi durumunda bu kişiden güvence istenmesinde engel yoktur. Fakat malların yönetimini salt görev olarak yüklenmiş bir kişiden güvence talebi, orantılı bir tedbir olmayacaktır. Böyle bir talep, yönetici üçüncü kişinin malların yönetimden çekilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Çocuk malları tehlikeye düşmüşse ve bu tehlikenin başka bir şekilde önlenmesi mümkün değilse hâkim serbest malın yönetimini bir kayyım bırakabilir (MK m. 360/I). Bu tedbir MK m. 360 kapsamında uygulanan tedbirlerin yetersiz kalması halinde gündeme gelir. Ancak önleyici tedbirlerin yetersiz kalacağı önceden anlaşılıyorsa hâkim doğrudan kayyım atayabilir¹⁰⁴.

Serbest malların yönetimi için kayyım atandığında vesayete ilişkin hükümler kıyasen kayyım da uygulanır¹⁰⁵. Kayyım atanırken çocuk açısından yararlı ise öncelikli olarak ana veya baba tercih edilir. Serbest malı yöneten kayyım, çocuk ayırt etme gücüne sahipse onunda görüşünü dinler (MK m. 450)¹⁰⁶.

Kayyımın görevi çocuğun ergin olması ile son bulur (MK m. 362; 470; 477). Kayyım görevi bittiğinde yönettiği malvarlığı değerlerini devretmesi ve

¹⁰² Öztan, s. 1195.

¹⁰³ Öztan, s. 1195.

¹⁰⁴ Öztan, s. 1196.

¹⁰⁵ Akyüz, s. 258.

¹⁰⁶ Akyüz, s. 258.

vesayet makamına son raporu ve kesin hesabı vermesi gerekir (MK m. 489vd., 403/III). Kayyım yönetimi sebebiyle çocuğa karşı verdiği zararları tazmin sorumluluğu altındadır (MK m. 491vd.).

IV. SONUÇ

Medeni Kanun, temel olarak çocuğun malvarlığını ana babaya karşı korumak, çocuğun sosyo-ekonomik gelişimini sağlamak, onu hayata hazırlamak amaçları çerçevesinde bir hukuki kurum olarak serbest malları ihdas etmiştir. Serbest mallar ana babanın yönetim ve/veya kullanma hakkından istisna tutulmuş çocuk mallarıdır.

İlk serbest mal grubunu karşılıksız kazandırmalar teşkil eder. MK m. 357/I sayılan kazandırmalar hiçbir şekilde ana baba tarafından kullanılamaz. Bu kazandırmalar ancak çocuğun bakımı yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim kararıyla sarf edilebilir. Karşılıksız kazandırmaların yönetim hakkı kural olarak ana babadadır. Ancak bunu ifade eden MK m. 357/II hükmü açıklayıcı niteliktedir. Gerçekten de hem sağlararası kazandırmalar bakımından hem de ölüme bağlı tasarruflar açısından ana babanın yönetim hakkı genel hükümler çerçevesinde devre dışı bırakılabilecektir.

Çocuğa meslek veya sanat ile uğraşması için verilen mal ve çocuğun kişisel kazancının yönetimi ve yararlanma hakkı yine çocuğa aittir. Ana baba velayet hakkı çerçevesinde çocuğa genel bir izin vererek yönetim yetkisini çocuğa tanımaları da mümkündür. Bu durumda MK m. 359 hükmünün yönetime ilişkin kısmının da açıklayıcı olduğu sonucuna varılmalıdır.

Son olarak, saklı pay üzerinde genel hükümler çerçevesinde tasarruf mümkün olmadığı için MK m. 358 hükmü bulunmasaydı saklı pay ana babanın yönetimi dışında bırakılamazdı. Dolayısıyla hükmün yönetim hakkı bakımından kurucu nitelik kazandığı görülmektedir.

KAYNAKLAR

- Affolter- Fringeli, Kurt/ Vogel, Urs, Berner Kommentar (BK), Bern, 2016.
- Akıncı, Ziya, Roma Hukuku Dersleri, 3.baskı, Konya, 2010
- Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C. II, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, 2016.
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2012.
- Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2012.
- Akyüz Emine, Türk Medeni Kanununa göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Dergisi, 1979, C. 12, S.1, s. 153-175 (Akyüz, Çocuk Malları).
- Antalya, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul, 2009.
- Apaydın, H. Yunus, "Velayet", İslam Ansiklopedisi, C.43, s. 15-19.
- Arpacı, Abdülkadir, Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul, 1990.
- Ayan, Mehmet, Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2016.
- Baktır Çetiner, Selma, Velayet Hukuku, Ankara, 2000.
- Biderbost, Yvo, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), 2. Auflage, 2012.
- Bozer, Ali, Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları, AÜHFD, 1952, C. 9, S.3, s. 198-211.
- Berki, Şakir, Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, Ankara, 1970.
- Cem, Baygın/Doğan Murat, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C.IX, S.1-2, s. 379-427.
- Çelik, Cemil, Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi, E-Akademi Dergisi, 2005/Şubat, Sayı:36 (Çevrimiçi:08.05.2018, <http://www.eakademi.org>).
- Çınar, Ömer, Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C.LXXI, S.1. s. 1355-1364.

- Doğancı, Kamil/ Kocauşak, Fulya, Eski Roma Ailesinde “Pater Familias” Ve “Patria Potestas” Kavramları, U.Ü. Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 27, 2014/2, s. 233-250.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, 2016.
- Dural, Mustafa /Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 11. Bası, İstanbul, 2016.
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 13.Bası, İstanbul, 2018.
- Egger, August: İsvicre Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku, C.2/2 Art.252-359, (Ceviren: Tahir Çağa), 2. Bası, Ankara,1949.
- Ertaş, Şeref, Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları üzerindeki Tasarruf Yetkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 9, Özel Sayı, s. 391-398.
- Gençcan, Ömer Uğur, Velayet Hukuku, Ankara, 2015.
- Gönensay, Samim/ Birsen, Kemaleddin, Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1963.
- Gökkaya, Vildan, Ana Babanın Çocuğun Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı, TBB Dergisi, S. 133, 2017, s.325-348.
- Gürsel, Nurettin, Çocuk Malları ve Ana Babanın İstifade Hakkı, Adalet Dergisi, 1949/7, s. 972-994 (Gürsel, Çocuk Malları).
- Gürsel, Nurettin, Velayet Hak ve Vazifeleri, Adalet Dergisi, 43(4), s. 1952, 431-456
- Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, 7.Bası, İstanbul, 2016.
- İnan, Ali Naim, Çocuk Hukuku, Ankara, 1968.
- İnan, Ali Naim/ Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan, İnan Türk Medeni Kanunu Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2015.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul, 2010.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Aile Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara,2016.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987.
- Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1989.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 21.Bası, İstanbul 2015.
- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, 16.Bası, İstanbul, 2016.

- Özdemir, Hayrunnisa, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. XVII, S. 3, s. 81-103.
- Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, Ankara, 2012,
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku,6.Bası, Ankara, 2015.
- Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, Miras Hukuku, 5.baskı, İstanbul, 2018.
- Şimşek, A. Fırat, Çocuk Mallarının Yönetimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- Tekinay, S. Sulhi, Türk Aile Hukuku,7. Bası, İstanbul, 1990.
- Turanboy K. Nuri, Anne ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara, 2010, s. 2123-2139
- Uyar, Talih, Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli-İçtihatlı) C. IV, Ankara, 2002.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku C.2 Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965.
- Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10.Bası, İstanbul, 2014.

SİVİL HAVAYOLU İLE YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE YOLCU HAKLARI*

Arş. Gör. Zehra AVCI**

RIGHTS OF PASSENGERS IN THE CONTRACT OF CIVIL TRANSPORTATION WITH AIRLINE

ÖZ

Gelişen teknoloji ve küreselleşmenin sonucunda havayolu ile yolcu taşımacılığı gerek hızlı gerek rahat ve ekonomik olması nedeniyle yoğun bir şekilde tercih edilmektedir. Özellikle sivil havayolu ile yolcu taşımacılığında karşılaşılan bagajların zıyaı ve kaybı, uçuşların iptali veya tehiri, yolcunun uçağa kabul edilmemesi gibi durumlar sonucu yolcular mağdur olmaktadır. Yolcu haklarının güvenceye alınması ve yolcuların büyük şirketlere karşı mağduriyetini engellemek yahut en aza indirmek açısından yolcu haklarının ulusal ve uluslararası belgeler kapsamında düzenlenmesi gerekmektedir.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 27.06.2018

Kabul Edildiği Tarih: 23.07.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.437811](https://doi.org/10.15337/suhfd.437811)

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: avcizehra@gmail.com

ORCID ID: [0000-0002-7134-8579](https://orcid.org/0000-0002-7134-8579)

Bu çalışmada gerek Türk Sivil Havacılık Mevzuatı gerekse uluslararası belgeler açısından sivil havayolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde yolcu hakları incelenecektir.

ANAHTAR KELİMELER: *Sivil havayolu, Havayolu ile yolcu taşıma sözleşmesi, Uçuş iptali veya tehiri, Yolcu hakları, Türk Sivil Havacılık.*

ABSTRACT

As a result of developing technology and globallism, transportation of passengers with airline becomes more preferred because it is comfortable and economic. Especially with airline transportation of civil passengers, there may be some troubles that makes passengers suffer such as lost of the baggages, delay or cancel of the flights. It needed to organize some national and international orders to secure the rights of the airline passengers and to prevent their rights or to minimize unjust treatments against large companies.

In this study, rights of passengers in the contract of civil transportation with airline will be examined according to both Turkish Civil Aviation Code and international aviation rules.

KEY WORDS: *Civil airline, The contract of transportation about airline passengers, Delay or cancel of the flights, Passenger rights, Turkish Civil Aviation.*

GİRİŞ

Ülkemizde karayolu yolcu taşımalarında 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ve Karayolu Taşıma Yönetmeliği hükümleri uygulanmaktadır. Denizyolu ile yolcu taşımacılığında ise 1974 tarihli Yolcuların ve Bagajlarının Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Atina Konvansiyonu ve 2002 yılında yapılan bu Konvansiyonun Protokolü ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Bu çalışmada incelenecek sivil havayolu ile yolcu taşımalarında ise 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik ve uluslararası uçuşlar için

Varşova/Lahey Belgeleri, Montreal Konvansiyonu ve 261/2004 Sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü¹ hükümlerinin uygulanması söz konusudur².

Gelişen teknoloji ve küreselleşmenin sonucunda havayolu ile yolcu taşımacılığı gerek hızlı gerek rahat ve ekonomik olması nedeniyle yoğun bir şekilde tercih edilmektedir. Özellikle sivil havayolu ile yolcu taşımacılığında karşılaşılan bagajların zıya ve kaybı, uçuşların iptali veya tehiri, yolcunun uçağa kabul edilmemesi gibi durumlar sonucu yolcular mağdur olmaktadır. Yolcu haklarının güvenceye alınması ve yolcuların büyük şirketlere karşı mağduriyetini engellemek yahut en aza indirmek açısından yolcu haklarının ulusal ve uluslararası belgeler kapsamında düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada gerek Türk Sivil Havacılık Mevzuatı gerekse uluslararası belgeler açısından sivil havayolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde yolcu hakları incelenecektir.

I. TÜRK SİVİL HAVACILIK MEVZUATINDA YOLCU HAKLARI

Türk Sivil Havacılık Mevzuatında yolcu hakları Türk Sivil Havacılık Kanunu ve Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik hükümleriyle düzenlenmiştir.

A. TÜRK SİVİL HAVACILIK KANUNU KAPSAMINDA YOLCU HAKLARI

Havayoluyla yapılan yurt içi taşımalarda Türk Sivil Havacılık Kanunu³ hükümleri uygulanır⁴. Bu kanunun 106. maddesine göre, “Havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda, Sivil Havacılık Kanununda hüküm bulunmuyorsa

¹ “Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation”, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:439cd3a7-fd3c-4da7-8bf4-b0f60600c1d6.0004.02/DOC_1&format=PDF, (E.T. 26.06.2018).

² GÖKTEPE, Hülya, “Havayolu İle Yolcu Taşımacılığında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu Ve Yolcu Hakları”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Akar ÖCAL Armağanı, No. 19, 2016, s. 212, <http://andhd.dergi.anadolu.edu.tr/yonetim/icerik/makaleler/70-published.pdf>, (E.T. 27.06.2018).

³ 19.10.1983 tarih 18196 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2920 sayılı kanun. Bundan sonra “Kanun” olarak anılacaktır.

⁴ GÖKTEPE, Hülya, “Havayolu Taşımacılığında Sorumluluk ve Tazminat”, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu Kitabı, 2009, s. 381.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri ve bu anlaşmalarda da hüküm bulunmadığı hallerde Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır.”

1. Yolcu Bileti ve Bagaj Kuponu Düzenlenmesini İsteme Hakkı

Gerek Türk Sivil Havacılık Kanunu gerekse Varşova ve Montreal Konvansiyonları hükümleri, yolcu bileti ve bagaj kuponu düzenlenmesini ve ibrazını taşıyıcı açısından bir yükümlülük, yolcu açısından ise hak olarak düzenlenmiştir.

a. Yolcu Bileti

Türk Sivil Havacılık Kanunu 107. maddesi uyarınca sivil havayolu ile yolcu taşımada, taşıyıcı yolcuya maddede belirtilen kayıtları içeren uluslararası geçerlilik kurallarına uygun bir bilet vermekle yükümlüdür.

Yolcu biletinde Kanuna göre bulunması gereken kayıtlar;

-*Taşıyıcının adı veya ticaret unvanı ve adresi,*

-*Yolcunun adı ve soyadı,*

-*Biletin numarası ile düzenlendiği gün ve yeri,*

-*Taşıma ücreti; bilet ücretsiz verilmişse buna dair kayıt,*

-*Kalkış, varış ve varsa aktarma yerleri,*

-*Taşımanın bu Kanunda gösterilen sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere bağlı olduğu kayıtlarıdır. (Kanun'un 107. maddesi fıkra 1.)*

Buna göre ulusal yolcu taşımalarında taşıyıcı tarafından yolcuya bu kayıtları içeren bir yolcu bileti verilmemesi ya da verilen yolcu biletinde bu kayıtlardan bir veya birkaçının eksikliği halinde yolcu taşıma sözleşmesi geçersiz olmayacak⁵ fakat taşıyıcı bir zarar meydana gelmesi durumunda

⁵ ZEYNELOĞLU, Ahmet, Taşıma Hukuku, Ankara, 1993, s. 292.

Yargıtay 11. HD. 09.06.1995, E. 1995/3835 K. 1995/4830, “Konunun yasal düzenlenmesinin yapıldığı Türk Sivil Havacılık Kanununun 107. maddesi hükmü uyarınca, yolcu taşıma sözleşmesinde, taşıyıcının yolcuya aynı maddede belirtilen unsurları içeren bir bilet düzenleyerek vermekle yükümlü olduğu kabul edilmişse de, biletin verilmemiş olması halinde dahi taşıma sözleşmesinin geçerli olacağı aynı maddenin 2. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Diğer bir deyişle, taşıma sözleşmesinin düzenlenmesi yasada bir geçerlilik şekline tabi tutulmamıştır. Taşıma işinin fiilen gerçekleştiği sabit bulunduğu göre, davacı taşıyıcı tarafından düzenlenen taşıma sözleşmesinin davalı İdareyi temsil yetkisini haiz bir kimse tarafından imzalanmamış olması da sözleşmenin geçersizliğini gerektirmez. Kaldı ki davalı tarafın böyle bir

kanunun sorumsuzluk veya sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanamayacak, yolcunun zararlarından sınırsız sorumlu olacaktır⁶.

b. Bagaj Kuponu

Bagaj kuponu, havayolu ile yolcu taşınması açısından yolcunun taşıyıcıya teslim ettiği her parça bagaj için verilen ve kanundaki kayıtları taşıyan belgedir. El bagajları için bagaj kuponu düzenleme zorunluluğu yoktur. Bagaj kuponu için de yolcu biletinde olduğu gibi hem Kanunda hem de Varşova Konvansiyonunda bulunması gerekli kayıtlar düzenlenmiştir.

Kanun açısından bagaj kuponunda olması gereken kayıtlar şunlardır:

-*Taşıyıcının adı veya ticaret unvanı ve adresi,*

-*Yolcunun adı ve soyadı veya yolcu biletinin tarih ve numarası,*

-*Bagaj kuponunun tarih ve numarası,*

-*Bagajın ağırlığı,*

-*Teslim yeri,*

-*Yolcu tarafından özel olarak beyan edildiği takdirde, bagajın içeriği ve değeri,*

-*Taşımanın bu Kanunda gösterilen sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere bağlı olduğu kayıtlardır. (Kanun madde 109.)*

Kanunun 109. madde 2. fıkrası uyarınca taşıyıcı yolcunun teslim ettiği bagaj için kupon düzenlememiş veya düzenlediği kupon kanundaki zorunlu kayıtlardan birini veya birkaçını taşıyor ise taşıma sözleşmesi geçersiz olmayacak ancak taşıyıcı yolcu herhangi bir zarara uğrarsa bu zarardan sınırsız sorumlu olacaktır⁷.

davranışı Montreal Konvansiyonunun 2. maddesinde ifadesini bulan iyiniyet kuralları açısından da yasal dayanaktan yoksun bulunmaktadır.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶ **AKKURT**, Sinan Sami, “Havayolu Taşımacılığında Yolcu Bileti ve Bagaj Kuponu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 1, Yıl 2013, s. 291.

⁷ Yargıtay 11.HD. 2.7.2014, E.2014/6575 K.2014/12690, “...davacı 2 valizin gecikmeyle teslim edildiğini, bundan dolayı masraf yaptığını, el çantası bagaj fişinde ise gidecek yerin *fna* yerine *rob* olarak yazılması sebebiyle kaybolduğunu bu sebeple davalının ağır kusurlu olduğunu iddia etmiş, bilirkişi raporuna itirazlarında da bu iddialarını yinelemiştir. Ancak, mahkemece bu iddia ve itirazlar üzerinde durulmamıştır. Bu durum karşısında hava taşınması konusunda uzman bilirkişi heyeti oluşturularak gecikme ve el çantası fişinin yanlış düzenlenmesinde davalının sorumluluğunun tartışılarak, davacının ağır kusur iddiasının da değerlendirilmek suretiyle bir karar

Bagaj kuponu yalnızca taşıyıcıya teslim edilmiş bagajlar için düzenlenen bir belgedir. Ayrıca Varşova Konvansiyonu anlamında bagaj kuponu bagajın taşıyıcıya teslim edildiğinin aksi ispat edilebilen karinesidir⁸.

2. Taşımanın Zamanında ve Gereği Gibi Yapılmasını İsteme Hakkı

Yolcu taşıma sözleşmesinde yolcunun ücret ödeme borcu, taşıyıcının taşıma işini gerektiği gibi ve zamanında yapması aslî edim yükümlülüğüne karşılık gelir. Dolayısıyla taşıma sözleşmesine taraf olan yolcu taşıyıcıdan bu borcu yerine getirmesini isteyebilir. Türk Borçlar Kanunu 129. maddesi gereği yolcu, lehine sözleşme yapılmış üçüncü kişi ise de taşıyıcıdan borcunu ifa etmesini isteyebilecektir⁹. Türk Sivil Havacılık kanunu ise 122. maddede “*Taşıyıcı, havayolu ile yolcu, bagaj veya yükün taşınmasındaki gecikmeden doğan zarardan sorumludur.*” demek suretiyle bu hususu belirtmiştir.

Taşıyıcının taşıma işini zamanında ve gerektiği gibi yapmış olması öncelikle taşıma işinin yapılmış olmasına bağlıdır¹⁰. Taşıma işinin yapılması ancak taşıyıcının söz konusu seferi gerçekleştirmiş ve yolcunun katılımını sağlamış olmasıyla söz konusu olur¹¹. Yolcunun iradi olarak veya kendi kusurundan kaynaklanan bir nedenle sefere katılmamış olması yolcunun

verilmesi gerekirken mali müşavir bilirkişiden alınan rapor doğrultusunda hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸ **AKKURT**, (Yolcu Bileti ve Bagaj Kuponu), s. 289; **GODDARD**, Edwin C., “Passenger Tickets As Contracts”, Michigan Law Review, Volume XXV, No 1, November 1926, s. 2, https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mlr25&div=7&start_page=1&collection=journals&set_as_cursor=26&men_tab=srchresults, (E.T. 26.06.2018).

⁹ **ÜLGEN**, Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, İstanbul 1987, s. 76.

¹⁰ Yargıtay 11.HD. 10.06.2011, E.2011/5303 K.2011/7057, “...Mahkemece davacı U Ltd. Şti'nin davasının reddine, davalı A. France Airlines'tan toplam 677,39 TL gerçekleştirilemeyen uçuş ücreti ve konaklama bedelinin temerrüt faiziyle birlikte tahsili ile davacı A.'ya verilmesine, davacı A.'nın diğer tazminat talepleri ile diğer davalılar hakkındaki davasının reddine karar verilmiş, davacılar vekili ile davalı A. France Airlines vekili tarafından temyiz edilen karar Dairemizin 30.11.2010 tarihli kararında yazılı gerekçeyle davacılar yararına bozulmuştur. Davalı A. France Airlines vekili bu kez karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, davalı A. France Airlines vekilinin HUMK 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.”, **AKKURT**, Sinan Sami, Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, Ankara, 2014, s. 191.

¹¹ **ÜLGEN**, s. 76.

taşıyıcıdan hak talep etme imkânı bulunmamaktadır. Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik¹²'te madde 4, fıkra 1/n kapsamında *sağlık, emniyet, güvenlik, uygun olmayan seyahat belgeleri* gibi sebeplerle uçuşa kabul edilmemeleri için makul gerekçelerin bulunduğu durumlarda¹³ taşıyıcıya, yolcuyu uçağa kabul etmeme yetkisi tanınmıştır. Yönetmelikte belirtilen makul gerekçeler nedeniyle uçağa kabul edilmeyen yolcu açısından da bu hak ihlal edilmiş olmaz. Ancak taşıyıcının veya yetkili temsilcisinin kusurundan kaynaklanan bir sebeple¹⁴ taşıma işi hiç yerine getirilmediği takdirde yolcunun hakkı ihlâl edilmiş olur. Bu husus Yönetmeliğin 5. maddesinde düzenlenmiş ve 6. maddede böyle bir durumda yolcuya ne gibi imkânlar tanınacağı belirtilmiştir¹⁵.

Bu hak kapsamında yolcu taşıyıcıdan taşıma işini gereği gibi yerine getirmesini isteme yetkisine sahiptir. Taşıma işinin gereği gibi yerine getirilmiş olması özen borcuna uygun olarak ve bütün yan edim yükümlülükleri ve yan yükümlerin de yerine getirilmesine bağlıdır¹⁶. Taşıma sözleşmesinin icrasında aranan özen borcunun neye göre belirleneceği hakkında açık bir hüküm yoktur. Taşıyıcının tacir olmasından dolayı basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü söz konusu olacaktır¹⁷.

¹² 28131 sayılı Resmi Gazete'de 03.12.2011 tarihinde yayımlanan SHY-Yolcu Yönetmeliği bundan sonra "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

¹³ Yargıtay 11.HD. 23.11.2015, E.2015/12989 K.2015/12358, "Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre; davacıların belirtilen saat ve program dâhilinde İstanbul'dan İtalya'ya uçamamalarının esas sebebinin hava muhalefeti nedeniyle aktarma yapılacak uçağa yetişilememesi olduğu, daha sonraki uçağın teknik arızası nedeniyle uçuşun rötarlı gerçekleştiği, her ne kadar teknik arıza durumlarında davalı şirketin sorumluluğu söz konusu olsa da gecikmenin esas nedeninin hava koşullarından kaynaklandığı, sonraki uçaktaki teknik arızanın doğrudan gecikmenin sebebi olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilen usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına, oybirliği ile karar verildi.", Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹⁴ Rezervasyon hataları ya da taşıyıcının tüm koltukları doldurmak amacıyla uçak kapasitesinden fazla bilet satması (overbooking) gibi.

¹⁵ **AKKURT**, Sinan Sami, (Sorumluluk), s. 192.

¹⁶ **ÜLGEN**, s. 80.

¹⁷ **AKKURT**, Sinan Sami, (Sorumluluk), s. 196. Karşı yönde; **ÜLGEN**, (Sözleşme), taşıyıcının özen borcunun vekilin özen borcuna ilişkin genel hükümlere göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır, s. 81.

Yine bu hak kapsamında yolcunun taşıyıcıdan taşıma işinin zamanında yerine getirilmesini isteme yetkisi vardır. Taşıyıcının taşıma sözleşmesinden doğan taahhüdünü ifa etmesi gereken zamandan daha geç bir zaman dilimi içerisinde yerine getirmesi, diğer bir ifadeyle, yolcunun varma yerine vaktinde ulaşamaması gecikme (*delay*) olarak tanımlanmaktadır¹⁸. Taşıma süresi taraflarca ayrıca belirlenmişse karşılaştırılan zamanda varış yerine ulaşmama durumunda da gecikmeden söz edilir¹⁹. Uçuş tarifeleri genellikle havayolu şirketleri tarafından hazırlanarak duyurulur ancak yolcu ile sözleşmenin kurulmasıyla birlikte taşıma sözleşmesinin şartı haline gelir ve taşıyıcı bu şartı yerine getirmekle yükümlü olur²⁰. Taşıma süresi taraflarca karşılaştırılmamışsa havacılık teamülü doğrultusunda makul süre göz önüne alınır²¹.

Doktrinde taşıyıcının hangi süre içinde meydana gelen zarardan sorumlu olacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre yolcunun fiilen havada

¹⁸ ÖZTÜRK, Yaşar, "Havayolu Taşıyıcısının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu", <http://www.gokyuzuhaberci.com/yazar-yasar-ozturk/330-havayolu-tasiyicisinin-gecikmeden-dogan-sorumlulugu/>

¹⁹ Yargıtay 13.HD. 14.10.2010, E.2010/3213 K.2010/13240, "...Davacıların, L. Havayollarında saatlerce bekledikten sonra, uç aktarma yapmak suretiyle, bir gün gecikmeli olarak otele vardıkları, davalı şirketin bir gün eksik hizmet verdiği, dönüş yolculuğunda valizlerinin kaybolduğu, valizlerinin bulunması için İstanbul'da konaklamak zorunda kaldıkları, tatillerinin sıkıntı ve strese neden olduğu, davacıların şahsiyet haklarının hukuka aykırı bir şekilde zarar gördüğü dosya içeriği ile anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece; tarafların sosyal ve ekonomik durumları incelenerek, davacılar A. B. ve S. lehine, olayın oluşuna uygun ve makul bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde bu talebin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.", Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

Yargıtay 11.HD. 06.02.2014, E.2013/10699 K.2014/2017, "...davalı vekilinin savunmasında belirttiği gecikme nedenleri davalı hava yolu şirketini sorumluluktan kurtarmaz. Bu bekleme nedeniyle manevi zarara uğrayan davacılar yararına uygun bir manevi tazminata hükmedilmemesi doğru olmadığı gibi; davacılar bu bekleme nedeniyle maddi zararlarının olup olmadığı konusunda delillerinin sorularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle, kararın davacılar yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.", Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁰ KIRMAN, Ahmet, Havayolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1990, s.96.

²¹ KIRMAN, s. 97; AKKURT, (Sorumluluk), s.194.

geçirdiği süre göz önüne alınmalıdır²². Diğer bir görüşe göreyse Varşova Konvansiyonu'nun 17. maddesi kapsamında gecikme yolcunun uçağa binışı, uçaktan inişi yahut uçakta bulunduğu sırada gerçekleşmelidir²³.

3. Beraberindeki Bagaj ve Kişisel Eşyanın Taşınmasını İsteme Hakkı

Kanun madde 108 "Taşıyıcı; yolcunun bagajlarını ve beraberindeki kişisel eşyasını taşıma sözleşmesinde belirlenen şartlar dairesinde, ücretsiz olarak taşımaya mecburdur." diyerek taşıyıcı bakımından getirdiği bagaj ve kişisel eşya taşınması hususunu yolcu bakımından bir hak olarak düzenlemiştir. Aksi kararlaştırılmadıkça taşıyıcı yolcunun beraberindeki bagaj ve kişisel eşyasını taşımak için yolcudan ayrıca ücret talep edemez²⁴. (Kanun madde 108.) Uygulamada ise ücrete tabi olmayan bagaj taşıma sözleşmesi ile sınırlandırılmaktadır, sınırı aşan kısım için ücret talep edilmektedir²⁵.

Kanun madde 121'e göre tescil ettirilmiş bagaj veya yükün kaybı veya zarara uğraması halinde, zarara sebebiyet veren olay, havayolu ile taşıma sırasında meydana gelmiş ise zarardan taşıyıcı sorumludur. Havayolu ile taşıma süresi; bagaj veya yükün bir havaalanında veya bir hava aracında veya havaalanı dışına inilmesi halinde o yerde taşıyıcının muhafaza ve nezareti altında buldukları süreyi kapsar.

Türk Ticaret Kanunu madde 915 ile taşıyıcıya yolcunun ölümü halinde bagajlar ve kişisel eşyası için bir yükümlülük getirilmiştir. Buna göre yolcunun, yolculuk sırasında herhangi bir sebeple ölmesi halinde, taşıyıcı, mirasçıların çıkarlarını korumak için yolcuya ait bagaj ile eşyayı ilgililerine teslim edinceye kadar bunların iyi hâlde korunmaları için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Türk Ticaret Kanunu madde 915/2'ye göre ise ölünün yakınlarından biri orada bulunuyorsa, koruma işlemlerini denetleyebilir ve

²² KIRMAN, s. 97.

²³ KIRMAN, s. 98-99.

²⁴ ÜLGEN, s. 86.

²⁵ Türk Hava Yolları iç hat uçuşlarda iş sınıfı için 30 kg., ekonomi sınıfı için 20 kg., promosyon sınıfı için ise 15 kg. ve her üç sınıfta bebek yolcular için 10 kg. sınırı genel işlem koşulu olarak belirlemiştir. Dış hat uçuşlarda ise iş sınıfı yolcular için 30 kg., ekonomi sınıfı için 20 kg., 0-2 yaş bebek yolcular için 10 kg. ve boyutları 115 cm'yi geçmeyen bir puset sınırı belirlemiştir. Bu sınırları aşan bagajlar için kilo başına ücretlendirme yapılacağı genel işlem koşulu olarak belirlenmiştir. <https://www.turkishairlines.com/tr-tr/bilgi-edin/bagaj/index.html> (E.T. 20.06.2018).

taşıyıcıdan, yolcunun eşyasının kendi elinde bulunduğuna ilişkin yazılı bir beyan isteyebilir.

4. Varış Yerine Sağ ve Salim Ulaştırılma Hakkı

Taşıyıcının yolcuyla sağ salim ulaştırma yükümünün karşılığı, yolcunun varış yerine sağ salim ulaşma hakkıdır. Türk Ticaret Kanunu madde 914 fıkra 1’de bu husus *“Taşıyıcı, yolcuları rahat bir yolculukla ve sağlıklı olarak gidecekleri yere ulaştırmakla, özellikle hava, ses, yer ve çevre kirliliğine meydan vermemek için gerekli düzeni kurmakla, gerekli diğer tüm önlemleri almak ve mevzuatta öngörülen kurallara uymakla yükümlüdür.”* denilmek suretiyle belirtilmiştir. Yolcunun sağ salim ulaştırılma hakkının kapsamına özen borcuna uygun olarak hava aracının uçuşa elverişliliğinin sağlanması ve sürekli denetimi ile yolcunun seyahat süresi boyunca herhangi bir zarara uğramaması için gerekli tedbirlerin alınması gerekir²⁶.

Yolcunun bir kaza sonucu ölümü veya bedensel bir zarara uğraması halinde bu hakkın ihlali söz konusu olur²⁷. Bu husus Kanun madde 120’de *“Yolcunun ölümü veya herhangi bir cismani zarara uğraması halinde, bu zarara sebebiyet veren kaza hava aracında veya iniş veya binış sırasında meydana geldiği takdirde, taşıyıcı sorumludur.”* denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Sağ salim ulaştırma hakkı yolcunun iniş ve binış işlemleri dâhil olmak üzere hava aracında geçirdiği süre içinde söz konusudur ve taşıyıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için zarar bu süre içinde meydana gelmiş olmalıdır²⁸. Ayrıca yolcunun taşıyıcının egemenlik alanında bulunduğu süreler içinde de sağ salim ulaştırma hakkının söz konusu olduğu kabul edilmelidir²⁹.

B. HAVAYOLU İLE SEYAHAT EDEN YOLCULARIN HAKLARINA DAİR YÖNETMELİK KAPSAMINDA YOLCU HAKLARI

01.01.2012 tarihinde yürürlüğe giren yönetmelik, Avrupa Birliğinin 11.02.2004 tarihli ve 261/2004 sayılı Tüzüğüne paralel olarak hazırlanmıştır (Yönetmelik madde 3 fıkra 1/b).

²⁶ ÜLGEN, s. 161.

²⁷ AKKURT, (Sorumluluk), s. 197.

²⁸ KIRMAN, s. 59.

²⁹ AKKURT, (Sorumluluk), s. 197. Örneğin yolcunun bagaj bandından bagajını almak için hareket ettiği süre, yolcunun uçağa binmek üzere havaalanına taşıyıcıya bağımlı bir servisle gitmekle geçirdiği süre.

Yönetmeliğin 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde “Türk menşeli hava taşıma işletmelerinin Türkiye’deki havaalanlarına / havaalanlarından, yabancı menşeli hava taşıma işletmelerinin ise Türkiye’deki havaalanlarından gerçekleştirdikleri tarifeli ve tarifersiz tüm uçuşlarda” uygulanacağı belirtilmiştir. Yönetmelik, bir uçakla gerçekleştirilen taşımalarda yolcuların uçağa kabul edilmediği, uçuşların iptal edildiği veya ertelendiği durumlarda yolcu haklarını belirlemektedir³⁰. Yönetmeliğin 8, 9 ve 10. maddelerinde düzenlenen bu haklara ek olarak Yönetmeliğin 19. maddesinde bu hakların ihlali halinde yolculara kanun yoluna başvurma hakkı da tanınmıştır.

1. Uçağa Kabul Edilmeme Durumunda Yolcunun Hakları

Herhangi bir haklı sebep mevcut olmaksızın ilgili uçuşla seyahat etme hakkı olan yolcunun, uçuşu gerçekleştiren hava taşıma işletmesi tarafından söz konusu uçuşa kabul edilmemesi *uçağa kabul edilmeme* olarak tanımlanır³¹. Yönetmelikte sağlık, emniyet, güvenlik, uygun olmayan seyahat belgeleri gibi sebeplerle uçuşa kabul edilmemesi için makul gerekçelerin bulunduğu durumlar hariç olmak üzere, uçuşa kabul edilmek üzere onaylanmış rezervasyon kaydı olan geçerli bir bilete sahip olmalarına rağmen yolcuların uçağa kabul edilmemesi durumu olarak belirtilmiştir (Yönetmelik madde 4 fıkra 1/n).

Rezervasyon fazlalığı nedeniyle uçuşa kabul edilmeme durumunda havayolu şirketinin öncelikle belirlenen menfaatler karşılığında uçuş hakkından vazgeçecek gönüllüler araması gerekir. Gönüllü bulunduğu hallerde havayolu şirketinin yolcuyu uçuşa kabul etmemesi olarak görülmektedir³².

³⁰ AKKURT, (Sorumluluk), s. 200.

³¹ SERDAR, İlknur, “Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcuların Hakları”, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/5-%C4%B0lknur-SERDAR.pdf>, s. 2342, (E.T. 19.06.2018).

³² BOFILL, Gloria, “Passenger Rights Take Off”, International Travel Law Journal, 2003, s. 197, <https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/itlj2003&id=228>, (E.T. 26.06.2018).

Yargıtay 11.H.D. 23.12.2014, E. 2014/13992 K. 2014/20286, “Somut olayda, önceden bir Alman havayolunun yolcu taşıma biletleri kapsamında, davacılar gerekli hazırlıkları yapmak suretiyle Ankara Esenboğa Havalimanı'na gitmişler ancak davalının yaptığı fazla bilet satışı nedeniyle yolculuk yapmaksızın havalimanından ayrılmak durumunda kalmışlardır. Her ne kadar davalı tarafça, “overbooking” işleminin olağan bir uygulama

a. Geri Ödeme ve Güzergâh Değişikliği Hakkı

Yönetmeliğin 5. maddesi 1. fıkrası uyarınca bir uçuşta uçağa kabul edilmeme halinde, öncelikle hava taşıma işletmesi ilgili yolcu ile uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi arasında mutabık kalınacak menfaatler karşılığında rezervasyonundan feragat edecek gönüllüler bulmak için duyuru yapar;

olduğu savunmasında bulunulmuşsa da birtakım işlem ve uygulamaların zaman içinde olağan hale gelmesi, o işlem ve uygulamanın doğru olduğu anlamına gelmeyeceği gibi kişiler üzerindeki olumsuz etkinin de ortadan kalkmasını gerektirmez. Bu hali ile yukarıda yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, yolcu adaylarının üzerlerine düşen tüm edim ve özeni yerine getirmelerine karşın uçağa alınmamaları olgusu, başlı başına manevi zarara neden olabileceği gibi söz konusu uygulama, uçağa alınan ve alınmayan kişiler arasında ayrımcılığa yol açabilen ve Anayasa ile korunan eşitlik ilkesini zedeleyici bir potansiyel taşımaktadır. Kaldı ki, davalı basiretli bir tacir gibi hareket etmek durumunda olup, havayolu taşımacılığı, başlı başına özel bir izni gerektiren, kendine has mevzuatı ve genişletilmiş sorumlulukları olan bir ticari faaliyettir. Bu durumda, yukarıda açıklanan ilke ve esaslar ışığında, davacıların salt "overbooking" uygulaması nedeniyle uçağa alınmamak suretiyle manevi zararlarının oluştuğu göz önüne alınmak ve gerekirse davalı kurumun yapmış olduğu konaklama, bir sonraki uçuşta yer temini gibi teklifler de değerlendirilmek suretiyle davacılar yararına uygun bir manevi tazminata hükmedilmek gerekmektedir.", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 31, Sayı 1, Mart 2015, s. 304 vd.

Yargıtay 11.H.D. 08.04.2015, E. 2015/156 K. 2015/4884, "Dava, taşımadan kaynaklı manevi tazminat istemine dair olup, (...) davanın davalılar X Hava Servisi A.Ş., yönünden işbu davalılara izafe edilebilecek bir kusur bulunmaması sebebiyle reddine, davalı Y A.Ş yönünden ise, her ne kadar davalı tarafça olayın tüm dünyada kabul gören "overbook" denilen işlemde kaynaklandığı savunulmuş ise de, eylemin haksız fiile konu olduğu sabit olup, davalının hukuka aykırı eyleminin davacılar da acı, elem ve ıstıraba yol açtığı gerekçesiyle 818 Sayılı B.K. nın 49. ve 6098 Sayılı T.B.K. nın 58/2 maddesi uyarınca kabulüyle davacıların kişilik haklarına yapılan saldırının kınanmasına ve kararın ilanına karar verilmiştir. (...) Somut olayda, 2.9.2012 tarihli Kahramanmaraş-İstanbul seferi için davacı tarafça bilet alınmış ancak, uçuş gün ve saatinde "overbook" olarak tabir edilen işlem sebebiyle davacı uçağa alınmamış, davalı tarafça Adana-İstanbul seferinden bilet verilerek uçuşu sağlanmıştır. Mahkemece, 818 Sayılı B.K.nın 49. ve T.B.K.nın 58. maddesinde karşılığını bulan yasal düzenleme uyarınca takdir hakkı kullanılarak manevi tazminat yerine davacıların kişilik haklarını zedeleyen olay sebebiyle davalının kınanmasına ve kararın ilanına karar verilmiş ise de, verilen kınama ve ilan kararı olayın oluş şekli, kusur durumu, meydana gelen zarar, tarafların konumu da dikkate alındığında davalının eylemi karşısında nispetiz bulunmuştur. Bu itibarla, açıklanan hususlar nazara alınarak somut olayın niteliği ve davalı eylemiyle orantılı bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

gönüllülere, *geri ödeme veya güzergâh değişikliği hakkına* uygun olarak yardımcı olur. Yönetmeliğin 9. maddesinde düzenlenen bu hak rezervasyonundan feragat eden gönüllülere;

-Seyahatin gerçekleştirilmeyen bölüm veya bölümleri ile yolcunun planlamış olduğu seyahatin tamamlanmasının artık herhangi bir anlamı kalmaması durumunda seyahatin gerçekleştirilen bölüm veya bölümleri için, bilet ücretinin tamamının satın alınmış olduğu fiyat üzerinden nakit olarak veya elektronik banka havalesi, banka ödeme emirleri, banka çekleri ile ödenmesi veya yolcunun imzalı mutabakatı olması durumunda seyahat fişleri ve/veya diğer hizmetler şeklinde en geç yedi gün içinde iade edilmesi; ayrıca yolcunun seyahatinin ilk başlangıç noktasına ilk fırsatta dönmesini sağlayacak bir dönüş uçuşunun ücretsiz sağlanması,

-Benzer taşıma şartları altında, en erken fırsatta son varış yerine güzergâh değişikliğinin sağlanması,

-Son varış yerine, boş koltuk durumuna bağlı olarak, yolcunun uygun göreceği daha sonraki bir tarihte, benzer taşıma şartları altında güzergâh değişikliğinin yapılması,

şeklinde üç seçimlik hak sunmak zorundadır. 5. maddenin 2. fıkrası “Rezervasyonu olan geriye kalan diğer yolcuların uçuşa kabul edilmelerine olanak verecek yeterli sayıda gönüllü çıkmadığı takdirde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, yolcuları kendi iradeleri dışında uçağa kabul etmeyebilir.” Ancak yolcu uçuşa kabul etmeyen hava taşıma işletmesi yolcunun yönetmelikte sayılan haklarına ilişkin yükümlülükleri üstlenmek zorundadır³³.

b. Tazminat Hakkı

Tazminat hakkı iç hat uçuşları için 100 Avronun Türk Lirası karşılığıdır. Dış hat uçuşlarda ise yolcuya

-1500 kilometre veya daha kısa tüm uçuşlar için 250 Avronun Türk Lirası cinsinden karşılığı,

-1500 ile 3500 kilometre arası uçuşlar için 400 Avronun Türk Lirası cinsinden karşılığı,

-3500 kilometreden daha uzun uçuşlar için 600 Avronun Türk Lirası cinsinden karşılığı tutarında tazminat ödenir (Yönetmelik madde 8 fıkra 1).

³³ AKKURT, (Sorumluluk), s. 202.

Mesafe belirlenirken planlanan son varış noktası esas alınır (Yönetmelik madde 8 fıkra 2).

Yönetmeliğin 8. maddesinin 3. fıkrası uyarınca uçağa kabul edilmeyen yolculara, rezervasyonu yapılan uçuşun planlanan varış zamanını;

-1500 kilometre (1500 km dâhil) veya daha kısa uçuşlar için iki saat,

-1500 ile 3500 (3500 km dâhil) kilometre arası uçuşlar için üç saat,

-3500 kilometreden daha uzun uçuşlar için dört saati aşmayan alternatif bir uçuş ile son varış yerlerine güzergâh değişikliği teklif edilmesi halinde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, birinci fıkroda öngörülen tazminatı % 50 oranında düşürebilir.

Tazminat nakit olarak, elektronik banka havalesi, banka ödeme emirleri veya banka çekleri ile ödenebilir. Ancak, yolcunun imzalı mutabakatı olması durumunda seyahat fişleri ve/veya diğer hizmetler şeklinde de ödenebilir (Yönetmelik madde 8 fıkra 4).

c. Hizmet Hakkı

Yönetmeliğin 10. maddesi gereği;

a) Bekleme süresine uygun olarak;

1) İki ila üç saat arası gecikmelerde, makul ölçüde sıcak ve soğuk içecekler,

2) Üç ila beş saat arası gecikmelerde sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek,

3) Beş saat ve üzeri gecikmelerde sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek, ilave sıcak ve soğuk içecekler ile ilave hafif ara yemeği.

b) Bir veya daha fazla gece konaklamanın gerekli hale geldiği durumlarda veya yolcu için ilave bir konaklamanın gerekli hale geldiği durumlarda, otelde veya uygun bir konaklama tesisinde konaklama.

c) Havaalanı ve konaklama yeri (otel veya benzeri) arasındaki ulaşım yolculara bedelsiz olarak uygulanır.

Bu hizmetlere ilaveten, yolculara ücretsiz olarak süre kısıtlaması olmaksızın iki telefon görüşmesi, faks mesajı veya e-posta hizmeti teklif edilmesi zorunludur (Yönetmelik madde 10 fıkra 2).

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, özellikle hareket kabiliyeti kısıtlı kişiler ve refakatçileri³⁴ ile tek başına seyahat eden çocukların bu maddede belirtilen ihtiyaçlarının karşılanması sırasında özel ilgi göstermek zorundadır (Yönetmelik madde 10 fıkra 3).

2. Uçuşun İptali Halinde Yolcunun Hakları

İptal, önceden planlanmış olan ve en azından bir yerin rezerve edildiği bir uçuşun gerçekleştirilememesi şeklinde tanımlanmıştır (Yönetmelik madde 4/g). Bu tanımdan yola çıkıldığında uçuşun iptali halinin söz konusu olması için en az bir rezervasyonun mevcut olması gerektiği anlaşılmaktadır³⁵.

a. Geri Ödeme ve Güzergâh Değişikliği Hakkı

Yönetmeliğin 6. Maddesine göre bir uçuşun iptal edilmesi durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi; ilgili yolculara, geri ödeme veya güzergâh değişikliği hakkına (9. madde) uygun olarak yardım teklif etmekle yükümlüdür.

b. Tazminat Hakkı

Yolcular, tazminat hakkı kapsamında;

-Planlanan hareket zamanından en az iki hafta öncesinde iptalden haberdar edilmedikleri takdirde,

-Planlanan hareket zamanından iki hafta ila yedi gün öncesinde iptalden haberdar edilmedikleri, kendilerine planlanan hareket saatinden en fazla iki saat önce kalkışlarına ve son varış yerlerine planlanan varış saatinden en fazla dört saat sonra ulaşmalarına olanak veren güzergâh değişikliği teklif edilmediği sürece,

³⁴ Avrupa Konseyi ve Parlamentosununun 1107/2006 sayılı 05.06.2006 tarihli Engelli ve Hareket Kabiliyeti Sınırlı Yolcuların Haklarına İlişkin Tüzük kapsamında istisnai hallerde, örneğin, yolcunun refakatçi olmadan veya fiziki anlamda hava aracıyla taşınmasının imkânsız olduğu hallerde emniyet gerekçesiyle bilet satışı yapılmayabilir. Taşıyıcı ayrıca hareket kabiliyeti sınırlı yolcular için uçağa biniş, iniş ve bekleme salonlarında ücretsiz yardım hizmeti sunmak zorundadır. Bkz. **KAYA**, Nebi, “AB Hukukunda Hava Taşıma Sözleşmesine İlişkin Son Gelişmeler”, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 136-137.

³⁵ **DURGUT**, Ramazan, “Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarının Türk Hukukunda Düzenlenişi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2018/1, s. 205, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteiler/ankarabarusu/tekmakale/2018-1/6.pdf>, (E.T. 27.06.2018).

-Planlanan hareket saatinden yedi günden kısa zaman öncesinde iptalden haberdar edilmedikleri ve planlanan hareket saatinden en fazla bir saat önce ayrılmalarına ve son varış yerlerine planlanan varış saatinden en fazla iki saat sonra ulaşmalarına olanak veren güzergâh değişikliği teklif edilmediği sürece, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinden tazminat alma hakkına sahiptir (Yönetmelik madde 6 fıkra 2). Yolcular iptalden haberdar edildiklerinde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi kendilerine olası alternatif ulaşım yolları hakkında da bilgi vermek zorundadır (Yönetmelik madde 6 fıkra 3). Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, tüm tedbirleri almasına rağmen olağanüstü hallerin iptale neden olduğunu kanıtlayabildiği takdirde 8. madde hükümlerine göre tazminat ödemekle yükümlü olmaz (Yönetmelik madde 6 fıkra 4). Yolcunun uçuşun iptali konusunda haberdar edilip edilmediği ve ne zaman haberdar edildiğine ilişkin ispat yükümlülüğü uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine aittir (Yönetmelik madde 6 fıkra 5). Yolcu iletişim bilgisinin, hava taşıma işletmesince talep edilmesine karşın hava taşıma işletmesine verilmemesi veya yanlış verilmesi durumunda, hava taşıma işletmesi sorumluluktan kurtulur (Yönetmelik madde 6 fıkra 6).

c. Hizmet Hakkı

Yönetmeliğin 6. maddesi kapsamında bir uçuşun iptal edilmesi durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi; ilgili yolculara, hizmet hakkı kapsamına (madde 10 fıkra 1³⁶-a ve madde 10 fıkra 2³⁷) uygun olarak yardım teklif eder ve güzergâhın değiştirildiği hallerde yeni uçuşun beklenen kalkış zamanının, iptal edilen uçuş için planlanmış olan kalkış zamanından sonraki gün veya günler içerisinde olması halinde ek olarak 10. maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde³⁸ belirtilen yardım teklif eder.

³⁶ Hava taşıma işletmesi uçuşu iptal edilen yolculara: a) Bekleme süresine uygun olarak; 1) İki ila üç saat arası gecikmelerde, makul ölçüde sıcak ve soğuk içecekler, 2) Üç ila beş saat arası gecikmelerde sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek, 3) Beş saat ve üzeri gecikmelerde sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek, ilave sıcak ve soğuk içecekler ile ilave hafif ara yemeği bedelsiz olarak sağlar.

³⁷ Yolculara ücretsiz olarak süre kısıtlaması olmaksızın iki telefon görüşmesi, faks mesajı veya e-posta hizmeti teklif edilmesi zorunludur.

³⁸ Hava taşıma işletmesi uçuşu iptal edilen yolculara: b) Bir veya daha fazla gece konaklamanın gerekli hale geldiği durumlarda veya yolcu için ilave bir konaklamanın gerekli hale geldiği durumlarda, otele veya uygun bir konaklama tesisinde

3. Uçuşun Tehiri Halinde Yolcunun Hakları

Uçuşun gecikmesi, taşıyıcının, taşıma sözleşmesinden doğan taahhüdünü ifa etmesi gereken zaman diliminden daha ileri bir zaman dilimi içerisinde yerine getirmesi; yolcunun varış yerine vaktinde ulaşamaması olarak tanımlanmaktadır³⁹.

Yönetmeliğin 7. maddesine göre uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi bir uçuşun planlanan hareket saatinden itibaren,

a) 1500 kilometreden (1500 km dâhil) daha kısa ve iç hatlardaki uçuşlar için iki saat veya daha fazla,

b) 1500 ile 3500 (3500 km dâhil) kilometre arası uçuşlar için üç saat veya daha fazla,

c) 3500 kilometreden daha uzun uçuşlar için dört saat veya daha fazla, tehir edilmesini beklediğinde yolculara aşağıdaki hususları teklif eder:

-10. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi⁴⁰ ve 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen yardım⁴¹.

-Beklenen hareket saati, önceden ilan edilmiş hareket saatinden sonraki gün veya günler içerisinde olduğu takdirde, 10. maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde⁴² belirtilen yardım (*hizmet hakkı*).

konaklama. c) Havaalanı ve konaklama yeri (otel veya benzeri) arasındaki ulaşımı bedelsiz sağlamakla yükümlüdür.

³⁹ KIRMAN, s. 97.

⁴⁰ Hava taşıma işletmesi uçuşu tehir edilen yolculara: Bekleme süresine uygun olarak; 1) İki ila üç saat arası gecikmelerde, makul ölçüde sıcak ve soğuk içecekler, 2) Üç ila beş saat arası gecikmelerde sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek, 3) Beş saat ve üzeri gecikmelerde sıcak ve soğuk içecekler ile günün zamanına göre kahvaltı veya yemek, ilave sıcak ve soğuk içecekler ile ilave hafif ara yemeği bedelsiz olarak sağlar.

⁴¹ Yolculara ücretsiz olarak süre kısıtlaması olmaksızın iki telefon görüşmesi, faks mesajı veya e-posta hizmeti teklif edilmesi zorunludur.

⁴² Hava taşıma işletmesi uçuşu tehir edilen yolculara: Bir veya daha fazla gece konaklamanın gerekli hale geldiği durumlarda veya yolcu için ilave bir konaklamanın gerekli hale geldiği durumlarda, otelde veya uygun bir konaklama tesisinde konaklama. c) Havaalanı ve konaklama yeri (otel veya benzeri) arasındaki ulaşımı bedelsiz sağlamakla yükümlüdür.

-Tehir en az beş saat olduğunda, 9. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde⁴³ belirtilen yardım (*Geri ödeme veya güzergâh değişikliği hakkı*).

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, tehir halinde tüm şartlarda, her mesafe dilimi ile ilgili olarak yukarıda belirtilen zaman sınırları dâhilinde yolculara yardım teklif etmek zorundadır (Yönetmelik madde 7 fıkra 2).

4. Yönetmeliğin Uygulanacağı Tüm Durumlar İçin Bilgi Edinme Hakkı

Bilgi edinme hakkına sahip olmak için gereken koşul yönetmeliğin uygulama alanı içinde yer alan bir uçuşta yer alan bir yolcu olmaktır⁴⁴. Yönetmeliğin 15. Maddesine göre uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçuş öncesi kontrol (check-in) işlemi sırasında, “Uçağa kabul edilmediğiniz, uçuşunuz iptal edildiği veya en az iki saat tehir edildiği takdirde, alacağınız hizmetler ile ilgili haklarınızı belirten metni check-in kontuarından veya uçağa biniş kapısından isteyiniz.” ifadesini içeren Türkçe ve İngilizce bir bildirim okunaklı bir şekilde yolcular tarafından açıkça görülebilmesini sağlamak zorundadır (fıkra 1). Yolcuyu uçağa kabul etmeyen veya bir uçuşu iptal eden hava taşıma işletmesi, etkilenen her yolcuya Yönetmelik hükümlerine göre tazminat ve yardım kurallarını belirleyen yazılı bir bildirim sunmakla yükümlüdür⁴⁵. Ayrıca, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi en az iki saatlik

⁴³ Hava taşıma işletmesi uçuşu tehir edilen yolculara: Seyahatin gerçekleştirilmeyen bölüm veya bölümleri ile yolcunun planlamış olduğu seyahatin tamamlanmasının artık herhangi bir anlamı kalmaması durumunda seyahatin gerçekleştirilen bölüm veya bölümleri için, bilet ücretinin tamamının satın alınmış olduğu fiyat üzerinden nakit olarak veya elektronik banka havalesi, banka ödeme emirleri, banka çekleri ile ödenmesi veya yolcunun imzalı mutabakatı olması durumunda seyahat fişleri ve/veya diğer hizmetler şeklinde en geç yedi gün içinde iade edilmesi; ayrıca yolcunun seyahatinin ilk başlangıç noktasına ilk fırsatta dönmesini sağlayacak bir dönüş uçuşunun ücretsiz sağlanmasını teklif etmekle yükümlüdür.

⁴⁴ SERDAR, s. 2404.

⁴⁵ Yargıtay 11 HD. 26.10.2015, E. 2015/4005 K. 2015/11064, “...uçuş fevkalade hal olarak kabul edilen hava şartları nedeniyle iptal edildiğinden davacının kusurlu olmadığı, ancak davacıya ait telefon numarasının davalı sistemine hatalı kaydı nedeniyle davalının uçuşun iptal edildiğini yolcuya bildirmesi yönündeki diğer yan edimlerini yerine getirmediği, bu nedenle davacı tarafından sunulan fatura bedelini ödemekle yükümlü olduğu, somut olayda davacının kişilik haklarını zedelendiğinden bahsedilemeyeceği, olayda davacının kusurunun bulunmaması da gözetildiğinde davacının manevi tazminat isteminin yerinde olmadığı gerekçesiyle 176,25 TL'nin 08.01.2013 tarihinden itibaren davalıdan tahsiline, davacının manevi tazminat isteminin reddi yönünde verilen kararın onanmasına...”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

bir tehirden etkilenen her yolcuya bu kapsamda sözlü, yazılı ve veya elektronik formatta olarak bildirmekle yükümlüdür (fıkra 2). Bilgi edinme hakkına ilişkin hükümler, görme engelli kişiler için uygulanırken uygun alternatif yöntemler kullanılır (fıkra 3).

II. ULUSLARARASI BELGELER KAPSAMINDA YOLCU HAKLARI

Uluslararası hava taşımasına ilişkin hükümler 1929 Varşova Konvansiyonu ve bu konvansiyona değişiklikler getiren 1955 Lahey Protokolü, 1961 Guadalajara Sözleşmesi, 1971 Guatemala Protokolü, 1975 tarihli Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında 3 ve 4 Numaralı Montreal Protokolleri ve 1999 tarihli Montreal Konvansiyonunda yer almaktadır⁴⁶.

Uluslararası nitelikteki yolcu taşımalarında Varşova/Lahey konvansiyonlarında yer alan hükümler uygulanır⁴⁷.

Varşova Konvansiyonu madde 1 fıkra 2 uyarınca uluslararası taşıma terimi, taraflar arasında yapılan anlaşmaya göre hareket yeri ve varış yeri, taşımada kesilme veya aktarma olsun olmasın, iki yüksek sözleşen taraf ülkesinde bulunan veya bu sözleşmeye taraf olmasa bile bir başka devletin

Yargıtay 11 HD. 16.09.2015, E. 2015/3411 K. 2015/9379, "...davalının bilete yazılı uçuş saatini değiştirmesine rağmen davacılar habere vermemesi nedeniyle davacıların belirlenen günde uçuşu gerçekleştiremedikleri ve bir gün konaklamak zorunda kalarak ertesi gün yapılacak uçuştan bilet aldıkları, davalının Montreal Konvansiyonu ve anılan Konvansiyon hükümlerinin düzenleme getirmediği durumlarda Varşova - Lahey Konvansiyonu hükümlerine göre davacıların zararlarından sorumlu olup, uğranılan maddi zararın, bir gecelik otel ücreti 250,00 TL taksit ücreti 70,00 TL iki kişinin üç öğün yemeği 30,00 TL ve sınava girilememesi nedeniyle dönem kaybettiklerinden yeniden ödenmek zorunda kalınan 1.027,00 TL harç gideri olmak üzere toplam 1.391,00 TL olduğu gerekçesiyle, maddi tazminat isteminin kabulüne, manevi tazminat isteminin ise, davacıların uçuş iptali nedeniyle İstanbul'a gidemeyip, ertesi gün de sınava girememeleri nedeniyle manevi olarak zarara uğradıklarından, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, yapılan eylem göz önünde bulundurularak kısmen kabulü ile, her bir davacı lehine takdiren 1.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline...", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁶ ÜLGEN, s 12; DEMİRKIRAN, H. Murat, "Varşova/Lahey Konvansiyonu Uyarınca Uluslararası Yolcu Taşımalarından Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu Ve Manevi Tazminat Meselesi", http://www.demirkiran.av.tr/wp-content/uploads/2013/02/Uluslaras%C4%B1_Yolcu_Tasimalarında_Hava_Tasiyicisini_n_Sorumlulugu.pdf, s. 2. (E.T. 14.06.2018).

⁴⁷ GÖKTEPE, Hülya, "Havayolu Taşımacılığında Sorumluluk ve Tazminat", s. 382.

ülkesinde olan kararlaştırılmış bir duraklama yeri varsa, bir tek yüksek sözleşen tarafın ülkesinde bulunan, herhangi bir taşıma anlamını taşıyacaktır.

A. VARŞOVA/LAHEY BELGELERİ VE MONTREAL KONVANSİYONU KAPSAMINDA YOLCU HAKLARI

Tam adı Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme ve Eki Protokol olan 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu 13 Şubat 1933 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin Varşova Konvansiyonuna katılması 01.03.1977 tarih ve 2073 sayılı Kanunla⁴⁸ uygun bulunmuştur⁴⁹.

Montreal Sözleşmesi, Varşova Sözleşmesi'nin günümüz koşullarıyla uyumlaştırılması amacıyla 10-28 Mayıs 1999 tarihleri arasında Montreal'de yapılan Uluslararası Hava Hukuku Konferansına katılan devletler tarafından imzalanmıştır. Sözleşmeye Türkiye de taraf olmuştur. Sözleşmeye ilişkin onay süreci başlatılmış olup, 02.04.2009 tarihli ve 5866 sayılı 'Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 14.04.2009 tarihli ve 27200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır⁵⁰.

1. Yolcu Bileti ve Bagaj Kuponu Düzenlenmesini İsteme Hakkı

a. Yolcu Bileti

1929 tarihli Varşova Konvansiyonu'nun 3. maddesi taşıyıcının belirli hususları içeren yolcu bileti verme yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Varşova Konvansiyonu uyarınca yolcu biletinde bulunması zorunlu kayıtlar;

-Hareket ve varış yerlerini gösteren bir bilgi;

-Bir veya birden fazla kararlaştırılmış duraklama yeri başka bir Devletin ülkesinde olmak üzere, hareket ve varış yerleri bir tek Yüksek Sözleşen Taraf Ülkesi içinde ise, bu duraklama yerlerinden en az birini gösteren bir bilgi;

⁴⁸ 15877 sayılı ve 13.03.1977 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandı.

⁴⁹

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002073.pdf, (E.T. 14.06.2018).

⁵⁰ <http://web.shgm.gov.tr/tr/genel-duyurular/1088-hava-yoluyla-uluslararasi-tasimaciliga-iliskin-belirli-kuralların-birlestirilmesine-dair-sozlesme-montreal-sozlesmesi-hakkında>, (E.T. 14.06.2018).

-Yolcunun seyahatinin son varış yeri veya duraklama yeri, hareket ettiği ülkeden başka bir ülke içinde ise, Varşova Sözleşmesinin uygulanabileceğini ve Sözleşmenin ölüm veya cismani zarar ile bagajın kaybı veya hasarı bakımından taşıyıcının sorumluluğunu düzenlediğini ve birçok hallerde sınırladığını belirten bir uyarıdan ibarettir (VK madde 3).

Buna göre Varşova Konvansiyonuna tabi bir uluslararası taşımada taşıyıcı bu kayıtlara uygun bir yolcu bileti düzenleyip yolcuya vermediği sürece yolcunun uğradığı zararlardan sınırsız sorumludur⁵¹.

1999 Montreal Konvansiyonunun 3. maddesiyle de yolcuların taşınması için münferit bir belge verilmesi zorunluluğu getirmiş ve belgede bulunması gereken kayıtları şu şekilde göstermiştir;

-kalkış ve varış yerlerinin bildirimini,

-eğer kalkış ve varış yerleri tek bir devletin sınırları dâhilinde ise, bir ya da daha fazla anlaşmalı duruş yeri başka bir devletin sınırları kapsamında olduğunda bu tür durulacak yerlerden en az birinin bildirimini.

Konvansiyon ayrıca 3. maddesinin 4. fıkrasıyla taşıyıcıya “geçerli olduğu yerlerde, bu Sözleşmenin; ölüm ya da yaralanma bakımından ve bagajın tahrip olması ya da bagajın kaybı veya bagaja hasar gelmesi ve de gecikmeler açısından taşıyıcının sorumluluklarını sınırlayabileceği hususunda yolcuya yazılı bir bildirim” verilmesi yükümlülüğünü getirmiştir.

Varşova ve Montreal Konvansiyonları kapsamında anılan belgenin şeklinin önem arz etmediği ancak konvansiyonların zorunlu kıldığı kayıtları içermesi gerektiği anlaşılmaktadır⁵².

b. Bagaj Kuponu

Uluslararası taşımalarda da bagaj kuponu sadece kayıtlı bagajlar hakkında düzenlenmektedir, el bagajı için bagaj kuponu düzenleme zorunluluğu bulunmamaktadır⁵³.

Varşova Konvansiyonunun bagaj kuponu için getirdiği gerekli kayıtlar ise;

-Hareket ve varış yerlerini gösteren bir bilgi;

⁵¹ AKKURT, (Yolcu Bileti ve Bagaj Kuponu), s. 292.

⁵² AKKURT, (Sorumluluk), s. 184.

⁵³ AKKURT, (Sorumluluk), s. 185.

-Bir veya birden fazla kararlaştırılmış duraklama yeri başka bir Devletin ülkesinde olmak üzere hareket ve varış yerleri bir tek Yüksek Sözleşen Taraf ülkesi içinde ise, bu duraklama yerlerinden en az birini gösteren bir bilgi;

-Eğer taşıma, hareket ülkesinden başka bir ülkede son bir varış yeri veya duraklama yeri içeriyorsa, bagaj kaybı veya hasarı halinde, bu taşımaya taşıyıcının sorumluluğunu genellikle sınırlayan Varşova Sözleşmesi'nin uygulanabileceğine dair göndericiler için bir uyarıdan ibarettir (1955 Lahey Protokolü madde 4 ile değiştirilmiş Varşova Konvansiyonu madde 4 fıkra 1).

Varşova Konvansiyonu açısından da bagaj kuponunun düzenlenmemesi veya gerekli kayıtların eksik düzenlenmesi taşıma sözleşmesini geçersiz kılmamakta, taşıyıcının zarar karşısında sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanmasını engellemektedir⁵⁴.

Montreal Konvansiyonu 3. maddesinin 3. fıkrasında “Taşıyıcı kontrol edilmiş her parça bagaj için yolcuya bir bagaj tanımlama etiketi verecektir.” yenilmek suretiyle yolcunun bagaj kuponu isteme hakkını düzenlemiştir. Ancak bu maddeyle bagaj kuponunda bulunması zorunlu kayıtlar düzenlenmemiştir, dolayısıyla Montreal Konvansiyonuna tabi olan taşımalarda taşıyıcı bagaj kuponu düzenlememiş olsa bile konvansiyonun sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanabilecektir⁵⁵.

2. Taşımanın Zamanında Yapılmasını İsteme Hakkı

Taşıyıcının taşıma sözleşmesinden kaynaklanan asli edim yükümünü oluşturan taşımanın sözleşmeye uygun ve zamanında yapılması, yolcu açısından edimin ifası talep edilebilecek bir haktır.

Varşova Konvansiyonu madde 19'a göre taşıyıcı, hava taşımasındaki yolcu, bagaj veya eşyanın gecikmesinden doğan zarardan sorumlu olacaktır⁵⁶.

⁵⁴ SÖZER, Bülent, Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi, İstanbul, 2009, s. 230.

⁵⁵ AKKURT, (Sorumluluk), s. 190.

⁵⁶ Yargıtay 11.HD. 29.04.2010, E.2008/11465 K.2010/4671, “dava, fazla bilet satılmasından dolayı davacıya verilen biletle yazılı saatte yaptırılmayan yolculuk nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemlerine ilişkindir. Davaya konu taşımaya uygulanması gereken Varşova Konvansiyonu'nun 19. maddesi uyarınca taşıyıcı gecikmeden doğan zararlardan sorumludur. Buna göre gecikmeden dolayı bir maddi zarara uğranılmış ise bunun ispatı gerekli olup, somut olayda davacı taraf söz konusu gecikme nedeniyle uğradığı maddi zararı ispatlayamadığından maddi tazminata ilişkin istemin reddine karar verilerek davacı yararına manevi tazminata hükmedilmiştir. Davaya konu taşımaya uygulanması gereken anılan Konvansiyonda

Montreal Konvansiyonu madde 19'da ise bu husus "Taşıyıcı; yolcuların bagaj ve kargonun hava yoluyla taşınmasındaki gecikmelerde meydana gelen hasardan sorumludur." şeklinde düzenlenmiştir.

3. Beraberindeki Bagaj ve Kişisel Eşyanın Taşınmasını İsteme Hakkı

Varşova Konvansiyonu madde 18 fıkra 1'e göre "Zarara sebep olan olay hava taşıması esnasında meydana gelmiş ise, taşıyıcı, kayıtlı bagaj veya eşyanın tahribi veya kaybı veya hasara uğraması halinde doğan zarardan sorumlu olacaktır." Dolayısıyla taşıyıcının bagajı teslim alması ve yolcuya teslim etmesi arasında geçen süre bakım ve gözetim yükümü bulunmaktadır⁵⁷. Bu süre aynı maddenin 2. fıkrasında "hava taşıması, bagaj veya eşyanın, bir hava alanında veya bir hava aracında veya bir hava alanı dışına iniş yapılması halinde herhangi bir yerde, taşıyıcının koruması altında bulunduğu süreyi kapsayacaktır." denilmekle açıklanmıştır. Taşıyıcı hem ücrete tabi hem de ücrete tabi olmayan bagajların bu süre içinde uğradığı zarardan sorumlu olur (Montreal Konvansiyonu madde 17 fıkra 2, fıkra 3.).

4. Varış Yerine Sağ Salim Ulaştırılma Hakkı

Taşıyıcının, yolcunun sağ salim ulaştırılma hakkının ihlali karşısındaki sorumluluğu Varşova Konvansiyonunun 17. maddesinde "Bir yolcunun ölümü veya yaralanması veya herhangi bir bedeni zarara uğraması halinde, bu zararın doğmasına sebep olan kaza, hava aracında veya hava aracına binme veya hava

manevi tazminata ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda manevi zararın gerçekleşip gerçekleşmediğinin Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca tespit edilmesi gerekmektedir. Somut olayda, davacının geç taşındığı hususunda bir çekişme mevcut değildir. Davacı gecikme nedeniyle tatilinin daha ilk gününden yaşadığı sıkıntı sonucu tatilin geri kalanından da beklediği faydayı elde edemediğini, umduğu manevi rahatlamaya kavuşamadığını iddia ederek uğradığı bu manevi zarardan dolayı manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Buna göre davacı taraf manevi zarara uğradığını iddia etmiş ise de bu gecikmeden dolayı nelerden mahrum kaldığını, hangi önemli olayı veya fırsatı kaçırdığını açıklamadığı gibi anılan hususlarla ilgili bir iddiada da bulunmamış, bu hususları ispatlayıcı herhangi bir delil sunmamış, sadece tatilden beklediği faydayı elde edemediğini iddia etmiştir. O halde davacının meydana gelen gecikme nedeniyle manevi zarara uğradığı hususunun da ispat edilememiş olması karşısında koşulları oluşmayan manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.", Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

⁵⁷ ÜLGEN, s. 170.

aracından inme tahliyelerinden biri sırasında meydana gelmiş ise, doğan zarardan, taşıyıcı sorumlu olacaktır.” şeklinde düzenlemiştir.

Montreal Konvansiyonu 17. madde ise bu hakkı “Taşıyıcı, bir yolcunun ölümü ya da bedensel yaralanması durumunda uğranmış hasara karşı sadece; ölüm ya da yaralanmaya sebebiyet veren kazanın hava aracının içinde ya da herhangi yükleme veya boşaltma faaliyeti sırasında meydana gelmiş olması halinde sorumludur.” şeklinde düzenlemektedir.

Taşıyıcının sağ salim götürme borcu, dolayısıyla yolcunun varış yerine sağ salim ulaştırılma hakkı yolcunun hava aracına inişi, binışı ve hava aracında geçirdiği süre içinde söz konusu olmaktadır. Ancak bu süreye yolcunun havaalanı içinde ve dışında taşıyıcının egemenliğinde bulunduğu sürelerin de eklenmesi gereği açıktır⁵⁸.

B. 261/2004 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ TÜZÜĞÜNDE DOĞAN YOLCU HAKLARI

Tüzüğün ilk maddesine göre yolcuların istemelerine rağmen uçağa kabul edilmemeleri, uçuşları iptal edildiğinde veya uçuşlarında gecikme yaşandığında özellikle Avrupa Birliği içindeki uçuşlara, eğer taşıyıcı Topluluk taşıyıcısı bir firma ise Birlik içinden üçüncü ülkelere veyahut üçüncü ülkelerden Birlik içindeki bir varış noktasına uçuş söz konusu ise bu tüzük hükümleri uygulanır⁵⁹.

1. Tazminat Hakkı

Tüzüğün 7. maddesine göre tüzüğün 4. maddesi kapsamında uçağa kabul edilmeme ve 5. maddesi kapsamında uçuşun iptali durumlarında hava taşıma işletmesi yolculara,

-1500 kilometre veya daha kısa tüm uçuşlar için 250 Euro,

-1500 ile 3500 kilometre arası uçuşlar için 400 Euro,

-3500 kilometreden daha uzun uçuşlar için 600 Euro tutarında tazminat verir.

Tüzüğün 7. maddesinin 2. fıkrasına göre yolculara, geri ödeme veya güzergah değiştirme hakkı uyarınca (Tüzük madde 8.) uyarınca, rezervasyonu yapılan uçuşun planlanan varış zamanını;

-1500 kilometre (1500 km dâhil) veya daha kısa uçuşlar için iki saat,

⁵⁸ KIRMAN, s. 80.

⁵⁹ AKKURT, (Sorumluluk), s. 200.

-1500 ile 3500 (3500 km dâhil) kilometre arası uçuşlar için üç saat,
-3500 kilometreden daha uzun uçuşlar için dört saati aşmayan alternatif bir uçuş ile son varış yerlerine güzergâh değişikliği teklif edilmesi halinde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, Tüzüğün 7. maddesi 1. fıkrasında öngörülen tazminatı % 50 oranında düşürebilir.

2. İhtimam Hakkı

Yolcuları uçağa kabul edilmemeleri, uçuşları iptal edildiğinde veya uçuşlarında gecikme yaşandığında Tüzüğün 9. maddesi kapsamında taşıyıcının yolcuya bekleme süresi içinde gerektiğe yemek ve içecek ve ayrıca gerekirse konaklama ve konaklama yeri ve havaalanı arasındaki ulaşım hizmetlerini ücretsiz sağlaması gerekmektedir.

3. Bilgi Edinme Hakkı

Tüzüğün 14. maddesine göre yolcular uçağa kabul edilmeme durumunda, uçuşun iptal edildiği veya en az iki saat gecikme olduğu durumlarda uçuş öncesi kontrol (check-in) sırasında veya uçağa giriş kapısında haklarının yazılı bildirimini isteme hakkına sahiptir⁶⁰.

4. Geri Ödeme ve Güzergâh Değişikliği Hakkı

Tüzüğün 8. maddesine göre taşıyıcı yolcuya,

-Seyahatin gerçekleştirilmeyen bölümü (veya bölümleri) ile yolcunun planlamış olduğu seyahatin tamamlanmasının artık herhangi bir anlamı kalmaması durumunda seyahatin gerçekleştirilen bölüm veya bölümleri için, bilet ücretinin tamamının satın alınmış olduğu fiyat üzerinden en geç yedi gün içinde iade edilmesi; ayrıca yolcunun seyahatinin ilk başlangıç noktasına ilk fırsatta dönmesini sağlayacak bir dönüş uçuşunun ücretsiz sağlanması,

-Benzer taşıma şartları altında, en erken fırsatta son varış yerine güzergâh değişikliğinin sağlanması,

-Koltuk bulunmasına bağlı olarak, yolcunun uygun göreceği daha sonraki bir tarihte, benzer taşıma şartları altında son varış yerine güzergâh değişikliğinin yapılması, seçimlik haklardan yolcunun seçeceği birini sağlamakla yükümlüdür.

⁶⁰ ÇELİKTAŞ, İlyas, "AB 261/2004 Tüzüğüne Göre Havayolu Taşıyıcısının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu ve Yolcu Hakları", Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 104.

SONUÇ

Ülkemizde sivil havayolu ile yolcu taşınmasına gün geçtikçe rağbet artmakta; ancak yasal düzenlemeler teknolojinin hızına yetişememektedir. Avrupa Birliği Tüzüğü dayanaklı Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmeliğin çıkarılması oldukça olumlu bir gelişme olsa da yolcu haklarının korunmasına yetmemektedir. Özellikle uygulamada çok karşılaşılan sorunlardan biri uçuş esnasında yolcunun el bagajından eşya çalınmasıdır. Birçok havayolu şirketi uçaklarda kamera bulundurmadıklarını söyleyerek yolcuların mağdur olmasına neden olmaktadır. Bu mağduriyet havayolu şirketleri açısından her uçağa kamera düzeneği kurma zorunluluğu getirilerek giderilebilir. Yine uygulamada çok karşılaşılan bir problem bilet iadelerinin veya rezervasyon değişikliklerinin havayolu şirketleri tarafından yolcuları ağır maddi yükümler altında bırakacak şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Yolcunun bilet alırken bir hata yahut mecburen rezervasyon değişikliği yapması havayolu firmasının esnek biletler hariç bilet fiyatının en az yarısına el koymasıyla sonuçlanmaktadır. Hâlbuki firma belli süre önce bilet iadesi yahut rezervasyon değişikliğinde söz konusu koltuğu başka bir yolcuya satmak gibi bir imkâna sahiptir, dolayısıyla vermediği bir hizmetten dolayı ücret almış olmakta; sebepsiz zenginleşmektedir. Yasal düzenlemelerle, bilet iadesi veya rezervasyon değişikliklerinde havayolu şirketinin kesebileceği ceza miktarının süreye ve fiyata göre azami ölçütlerle sınırlandırılması hâlinde bu mağduriyet giderilebilecektir.

KAYNAKLAR

- AKKURT**, Sinan Sami, Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, Ankara, 2014. (Sorumluluk)
- AKKURT**, Sinan Sami, “Havayolu Taşımacılığında Yolcu Bileti ve Bagaj Kuponu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 1, Yıl 2013, s. 277-296. (Yolcu Bileti ve Bagaj Kuponu)
- Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 31, Sayı 1, Mart 2015, s. 304 vd.
- ÇELİKTAŞ**, İlyas, “AB 261/2004 Tüzüğüne Göre Havayolu Taşıyıcısının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu ve Yolcu Hakları”, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 99-106.
- GÖKTEPE**, Hülya, “Havayolu Taşımacılığında Sorumluluk ve Tazminat”, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu Kitabı, Ankara, 2009, s. 381-393.
- KAYA**, Nebi, “AB Hukukunda Hava Taşıma Sözleşmesine İlişkin Son Gelişmeler”, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 133-144.
- KIRMAN**, Ahmet, Havayolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1990.
- SÖZER**, Bülent, Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi, İstanbul, 2009.
- ÜLGEN**, Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, İstanbul, 1987.
- ZEYNELOĞLU**, Ahmet, Taşıma Hukuku, Ankara, 1993.

İTERNET KAYNAKLARI

- BOFILL**, Gloria, “Passenger Rights Take Off”, International Travel Law Journal, 2003, s. 196-200, <https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/itlj2003&id=228>, (E.T. 26.06.2018).
- DEMİRKIRAN**, H. Murat, “Varşova/Lahey Konvansiyonu Uyarınca Uluslararası Yolcu Taşımalarından Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu Ve Manevi Tazminat Meselesi”, http://www.demirkiran.av.tr/wp-content/uploads/2013/02/Uluslaras%C4%B1_Yolcu_Tasimalarında_Hava_Tasiyicisinin_Sorumlulugu.pdf, s.1-17, (E.T. 14.06.2018).

- DURGUT, Ramazan, “Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarının Türk Hukukunda Düzenlenişi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2018/1, s. 191-217,
<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2018-1/6.pdf>, (E.T. 27.06.2018).
- GODDARD, Edwin C., “Passenger Tickets As Contracts”, Michigan Law Review, Volume XXV, No 1, November 1926, s. 1-14,
https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mlr25&div=7&start_page=1&collection=journals&set_as_cursor=26&men_tab=srchresults, (E.T. 26.06.2018).
- GÖKTEPE, Hülya, “Havayolu İle Yolcu Taşımacılığında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu Ve Yolcu Hakları”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Akar ÖCAL Armağanı, No. 19, 2016, s. 211-223,
<http://andhd.dergi.anadolu.edu.tr/yonetim/icerik/makaleler/70-published.pdf>, (E.T. 27.06.2018).
- ÖZTÜRK, Yaşar, “Havayolu Taşıyıcısının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu”,
<http://www.gokyuzuhaberci.com/yazi.php?id=325>, (E.T. 27.06.2018).
- SERDAR, İlknur, “Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik Kapsamında Yolcuların Hakları”,
<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/5-%C4%B0lknur-SERDAR.pdf>, s. 2327-2421. (E.T. 19.06.2018).

DİĞER KAYNAKLAR

- <http://www.kazanci.com.tr/>, (E.T. 07.03.2016).
- <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, (E.T. 07.03.2016).
- http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/air/doc/neb/questions_answers.pdf_reg_2004_261.pdf, (E.T. 14.03.2016).
- https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:439cd3a7-fd3c-4da7-8bf4-b0f60600c1d6.0004.02/DOC_1&format=PDF, (E.T. 26.06.2018).
- <https://www.turkishairlines.com/tr-tr/bilgi-edin/bagaj/index.html>, (E.T. 20.06.2018).
- https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002073.pdf, (E.T. 14.06.2018).

<http://web.shgm.gov.tr/tr/genel-duyurular/1088-hava-yoluyla-uluslararası-tasimacılığa-iliskin-belirli-kuralların-birleştirilmesine-dair-sozlesme-montreal-sozlesmesi-hakkında>, (E.T. 14.06.2018).

KISALTMALAR

- AB. : Avrupa Birliği
Bkz. : Bakınız
cm. : Santimetre
E. : Esas
E. T. : Erişim Tarihi
HD. : Yargıtay Hukuk Dairesi
K. : Karar
kg. : Kilogram
s. : Sayfa
SHY. : Sivil Havacılık Yönetmeliği
TL. : Türk Lirası

ARDI ARDINA TESLİMLİ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATICININ AYIPTAN VE ZAPTTAN SORUMLULUĞU*

Arş. Gör. Hakkı Mert DOĞU**

DEFECT AND LEGAL HOLD LIABILITY OF SELLER'S IN THE CONSECUTIVE SALE CONTRACT

ÖZ

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemekle birlikte bir satış sözleşmesi çeşidi olarak değerlendirilebilir. Bu sözleşmede satıcı, satış sözleşmesinden doğan malı teslim edimini belirli dönemlerle yerine getirmektedir.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesi açısından değerlendirilmesi gereken konulardan birisi bu sözleşmesi satıcının ayıptan ve zapttan sorumluluğudur.

* Bu makale, *Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesi* isimli doktora tezinden üretilmiştir.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.06.2018

Kabul Edildiği Tarih: 13.07.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.436083](https://doi.org/10.15337/suhfd.436083)

** KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

E-mail Adresi: mert.dogu@karatay.edu.tr

ORCID ID: [0000-0003-4695-9623](https://orcid.org/0000-0003-4695-9623)

Makalede, ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde satıcının ayıptan ve zapttan sorumluluğu kapsamlı bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELELER: *Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesi, Ayıp, Zapt, Ayıplı Mal, Seçimlik Haklar.*

ABSTRACT

Consecutive sale contract can be regarded as a kind of a sales contract, though it is not regulated by the Turkish Code of Obligations. In this contract, the seller fulfills delivery of the goods arising from the sales contract in a certain period.

One of the issues that need to be considered in terms of a consecutive sales contract is the contractor's responsibility to defect and legal hold. In this article, the consecutive sales contract was not intended to be thoroughly reviewed for the responsibility of the seller to defect and legal hold.

KEY WORDS: *Consecutive sale contract, Defect, Legal Hold, Defective Good, Alternative Rights.*

GİRİŞ

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesi, bir satış sözleşmesi çeşidi olmakla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemektedir. Günlük hayatta sıkça tercih edilen ve taraflarca akdedilen bir sözleşme olmasına rağmen, ardı ardına teslimli satış sözleşmesi ve özellikleri pek bilinmemektedir.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesi açısından önem arz eden konulardan bir tanesi ardı ardına teslimli satış sözleşmesinden satıcının ayıptan ve zapttan sorumluluğudur. Makale iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ardı ardına teslimli satış sözleşmesine ilişkin genel bilgiler verilmiştir. İkinci bölümde ise, ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde satıcının ayıptan ve zapttan sorumluluğu ana başlığı altında öncelikle satıcının ayıptan sorumluluğu, daha sonra da satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin genel değerlendirmeler yapılmakla birlikte ayıptan ve zapttan sorumluluğun, ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde ne şekilde ortaya çıktığı üzerinde durulmuştur.

I. ARDI ARDINA TESLİMLİ SATIŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Satıcının, sözleşme kapsamında satım konusu şeyi ardı ardına teslim etmeyi, alıcının ise satım konusu şeye karşılık gelen bedeli tek bir seferde

teslimlerden önce veya bütün teslimlerden sonra peşin olarak ya da satıcının her bir teslimini takiben ilgili teslimle ilişkin olarak ödemeyi üstlendiği sözleşmeye ardi ardına teslimli satış sözleşmesi denir¹.

¹ Ayrıca bkz., **SAUTER** Daniel, *Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1982, s. 8; **VETSCH** Gottlieb, *Der Sukzessivlieferungsvertrag*, Langensalza, 1924, s. 6, **MÜLLER** E., “*Der Sukzessivlieferungsvertrag*”, dans Gruchots Beiträge, Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Jg. 50, 1906, s. 510; **KELLER** Max/**SIEHR** Kurt, *Kaufrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 3. Aufl., 1995, s. 147; **BERGERFURTH** Bruno/**MENARD** Lutz, *Das Kaufrecht (Kaufvertrag, Haftung bei Rechts und Sachmängeln, Besondere Arten des Kaufs)*, Rudolf Haufe Verlag, 3. Aufl., 1984, s. 276-277; **GAIER** Reinhard, *Anpassung und Beendigung von Verträgen (§313-§314)*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil (§§241-432), C.H. Beck, 7. Aufl., 2016, Rn. 8, (MüKoBGB/GAIER); **WESTERMANN** Harm Peter, *Sukzessivlieferungsvertrag und andere Rahmenverträge (§433)*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht-Besonderer Teil I (§§433-534), C.H. Beck, 7. Aufl., 2016, Rn. 32, (MüKoBGB/WESTERMANN); **KOLLER** Alfred, *Allgemeine Bestimmungen (Art. 184)*, Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Helbing Lichtenhahn Verlag, 6. Aufl., 2015, Rn. 29, s. 1086, (BaslerKomm/KOLLER); **HRUBESCH-MILLAUER** Stephane, *Besondere Arten des Kaufs (Art. 184)*, Handkommer zum Schweizer Privatrecht (Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Mieta, Leihe), Schulthess Verlag, 2. Aufl., 2012, Rn. 22, s. 134, (HANDKOMMER/HRUBESCH-MILLAUER); **HUBER** Michael, *Besonderheiten einzelner Vertragstypen (§36)*, Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, C.H. Beck, 5. Aufl., 2015, Rn. 5, (GOTTWALD/HUBER); **SCHWARZE** Roland, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB-Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 315-326 (Leistungsstörungsrecht 2)*, Neubearbeitung, 2015, Rn. B 153, (STAUDINGER-SCHWARZE 2015); **HUGUENIN** Claire, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, Schulthess Juristische Medine AG, 3. Aufl., 2008, Rn. 27, s. 5; **HERZOG** Nicolas R., *Der Vorvertrag im schweizewrischen und deutschen Schuldrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1999, Rn. 186, s. 106-107; **BERNHARD-ECKEL** Stefan, *Der Just-in-Time-Vertrag*, Nomos Verlag, 1997, s. 73; **KANITİ** Salamon, *Akđin İfa Edilmediği Def'i*, Ahmed Said Matbaası, 1962, s. 75; **GÖKTÜRK** Hüseyin Avni, *Borçlar Hukuku İkinci Kısım-Aktin Muhtelif Nevileri*, 1951, s. 384; **AKINCI** Şahin, *Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Türk-Kazak Hukuku)*, Sayram Yayınları, 2004, s. 102, (Karşılaştırma); **PALANDT**, Otto, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H. Beck, 76. Aufl., 2017, s. 491; **HURLIMANN** Hans, *Der Sukzessivlieferungs Kaufvertrag*, Stämpfli & Cie, 1940, s. 2; **VON SCHEVEN** Michael, *Der Sukzessivlieferungsvertrag (Eine rechtvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht, zum Haager Einheitlichen Kaufrecht und zum UN-Kaufrecht)*, Peter Lang, 1984. s. 1-2; **SCHULZE** Götze, *Vertrag (§§145-157)*, Nomos

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesine Türk Hukuku'nda "ard arda teslimli satım akdi", "ardısıra (mütevali) teslimleri tazammun eyleyen satış", "kısım kısım icra edilen satım sözleşmeleri", "muayyen zamanlarda teslim şartıyla satım" şeklinde değişik isimler verilmektedir². Alman Hukuku'nda ardı ardına teslimli satış sözleşmesi, "Sukzessivlieferungsvertrag" ya da "Sukzessivlieferungs Kaufvertrag" adıyla anılmaktadır. Fransız Hukuku'nda ise bu sözleşmeye, "La contrat de vente par livraisons succesives" denmektedir.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde satıcı, satım konusu malı ardı ardına teslim etmeyi taahhüt etmektedir. Alıcı ise, satım konusu mala karşılık gelen bedeli tek bir seferde teslimlerden önce veya sonra ödeyebileceği gibi satıcının her bir teslimini takip eden süreçte de ödeme imkânına sahiptir.

Kommentar BGB Allgemeiner Teil/EGBGB, Bd. 1, Nomos Verlagsgesellschaft, 3. Aufl., 2016, Rn. 41, s. 1144, (NK-BGB/SCHULZE, §§ 145-157, Rn.); **HORSTEMEIER** Gerrit, Der Sukzessivlieferungsvertrag in Praxis und Rechtsprechung, Dissertation zur Erlangung des Akademischen Grades Doctor iuris, 2016, s. 9; **HERRESTHAL** Carsten, "Leistungsstörungen bei Sukzessivlieferungsverträgen", Zeitschrift für das Juristische Studium, 2008/1, s. 1; **MOLITOR** Erich, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 8. Aufl 1965, s. 106, (Allgemeiner); **FEYZİOĞLU** Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akdin Muhtelif Nevileri Cilt I, Fakülteler Matbaası, B.4, 1980, s. 144, (Özel); **KUNTALP** Erden, Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Sevinç Matbaası, 1968 s. 7; **ARSLANLI** Halil, Ticarî Bey', Sermet Matbaası, B.3, 1952 s. 611; **BİLGE** Necip, Borçlar Hukuku Dersleri Hususî Borç Münasebetleri, Yeni Desen Matbaası, 1958 s. 82, (Hususî); **ZEVLİLER** Aydın/**GÖKYAYLA** K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, B.16, 2016 s. 112; **GÜMÜŞ** Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, B.3, 2013, s. 17-18, (Cilt I); **KORKMAZ** Yakup, "Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi ve Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması", MÜHF-HAD, Cevdet Yavuz'a Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım, II. Cilt, Özel Sayı, 2017, s. 1862, (Karşılaştırma).

² KUNTALP, ardı ardına teslimli satış sözleşmesine, "ard arda teslimli satım akdi" demektedir. ANSAY ve GÖKTÜRK, "ardısıra (mütevali) teslimleri tazammun eyleyen satış" şeklinde bir ifade kullanmaktadır; bkz., ANSAY, Tuğrul; Taksitle Satışlar ve Satıcı, İstiklal Matbaacılık, 1954, s. 18, 26; GÖKTÜRK, s. 384. ARSLANLI bu sözleşmeyi, "kısım kısım icra edilen satım sözleşmeleri" olarak isimlendirmektedir. Bkz., ARSLANLI, s. 611 vd. BİLGE ise "muayyen zamanlarda teslim şartıyla satım" şeklinde bir isim kullanmayı uygun görmüştür; bkz., BİLGE, s. 82, (Hususî).

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesi, bir satış sözleşmesi çeşididir³. Bu bakımdan satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin, kıyasen ardı ardına teslimli satış sözleşmesine uygulanmasında herhangi bir sakınca yoktur⁴.

TBK'deki düzenlemeler dikkate alındığında satış sözleşmeleri ani edimli sözleşmeler olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte satış sözleşmesine ilişkin düzenlemeler emredici nitelik taşımadığından dolayı, taraflar satış sözleşmesi kapsamında ani edim ya da ani ifa kuralını değiştirebilmektedir⁵. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde de satıcının ediminin ifasına ilişkin durum değişiklik göstermekte ve bu sözleşme dönemli edimli bir sözleşme haline gelmektedir⁶.

II. ARDI ARDINA TESLİMLİ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATICININ AYIPTAN VE ZAPTTAN SORUMLULUĞU

Bu ana başlık altında, ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde satıcının ayıptan ve zapttan sorumluluğu ayrı ayrı ele alınmaktadır.

A. Saticının Ayıptan Sorumluluğu

Saticının ayıptan sorumluluğundan önce ayıp kavramının incelenmesi gerekmektedir. Ayıp kavramının açıklanmasından sonra ayıptan sorumluluk ve bununla bağlantılı olarak alıcının, ayıp halinde yararlanabileceği hakların neler olduğu belirtilerek; ardı ardına teslimli satış sözleşmesi açısından uygulanabilirliği üzerinde durulmaktadır.

1. Ayıp Kavramı

³ **FUCHS-WISSEMANN** Georg, "Ist § 17 KO auf den Stromlieferungsvertrag anwendbar?", Neue Juristische Wochenschrift, S. 1-2, 1984, s. 28; **SERRONA**, Augustin Luna; "Geltungsbereich und Begriffsbestimmungen", EU-Kaufrechts-Richtlinie Kommentar, H.v.: Stefan Grundmann/Cesare Massimo Bianca, Otto Schmidt Verlag, 2002, s. 111-112; (SERRONA-Art. 1); **GOTTWALD/HUBER**, Rn. 5; **SAUTER**, s. 14; **VETSCH**, s. 5; **HURLIMANN**, s. 5; **VON SCHEVEN**, s. 29; **BERNHARD-ECKEL**, s. 73.

⁴ Bkz., **FUCHS-WISSEMANN** Georg, Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessivlieferungsvertrag, Diss., 1980, s. 29, (SLV); **VON SCHEVEN**, s. 29-30.

⁵ **KUNTALP**, s. 5; **EREN**, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, B.5, 2017, s. 29, (Özel).

⁶ Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde her bir edimin ifası, edim sonucu bakımından ani olarak gerçekleşmekle birlikte edimler arasında zaman bakımından tekrar eden bir ilişki söz konusudur. Bkz., **SELİÇİ** Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976s. 13. Ayrıca bkz., **KELLER/SIEHR**, s. 147.

Ayıp, bir malda bulunması gereken olumlu nitelik veya fonksiyonların bulunmaması ya da bu durumun tam tersine olacak şekilde bulunmaması gereken birtakım olumsuz niteliklerin bulunması şeklinde tanımlanabilir⁷. Ayıp, alıcının satın aldığı maldan elde etmek istediği faydayı engellemekte; alıcının beklentilerini boşa çıkarmaktadır⁸. Bir malın ayıplı olması, alıcının onu istediği gibi kullanmasını engellemekle birlikte, bazı durumlarda da hiçbir şekilde kullanamamasına sebep olmaktadır. TBK'nin 219. maddesinin birinci fıkrasında da bir ayıp tanımına yer verilmemekle birlikte hangi durumların ayıp olabileceği belirtilmektedir. Buna göre satıcının, alıcıya mala ilişkin olarak bildirdiği niteliklerin malda bulunmaması ile kullanım amacı ile alıcının ondan beklediği yararı ortadan kaldıran ya da azaltan durumlar da ayıp kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıca birinci fıkrada ayıp çeşitleri; maddi, hukuki veya ekonomik ayıp olmak üzere sadece isim olarak zikredilmektedir.

Maddi ayıpta alıcı maldan istediği faydayı elde edememektedir. Şöyle ki satım konusu mal, dışarıdan bakıldığında bütün özelliklere sahipmiş gibi görünse de alıcının onu kullanmaya başlaması ile birlikte maldaki eksiklik, bozukluk vb. durumlar ortaya çıkmakta ve istenilen yararın sağlanması da söz konusu olamamaktadır⁹. Ekonomik ayıpta alıcının satım konusu maldan gelir

⁷ **AKINCI** Şahin, Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Cemre Yayınları, 1998, s. 26, (Ayıplı Mal ve Hizmet); **ARBK** Ömer, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Yetkin Yayınları, 2005, s. 159, (Ayıp); **YÜCE BİLGİN** Melek, "Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları", MÜHF-HAD-Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 383, (Ayıp); **AYHAN** Hilal Lale, "Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", GÜHFD, C.XV, S.2, 2011, s. 4, (Ayıp); **TUNÇOMAĞ** Kenan, Türk Borçlar Hukuku II. Cilt Özel Borç İlişkileri, Sermet Matbaası, B.3, 1977, s. 119, (Özel); **FEYZİOĞLU**, s. 247, (Özel); **GÖKTÜRK**, s. 401; **ERZURUMLUOĞLU** Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları, B.5, 2015, s. 70, (Özel Borç İlişkileri); **ESSER** Josef, Schuldrecht Besonderer Teil (Bd. II), Verlag C. F. Müller, 4. Aufl., 1971, s. 32.

⁸ Bkz., **YAVUZ** Cevdet, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1989, s. 11, (Ayıp); **ÖZDEMİR** Hayrunnisa, Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Yetkin Yayınları, 2013, s. 65, (Ayıp); **FEYZİOĞLU**, s. 247, (Özel).

⁹ Bkz., **GÜMÜŞ**, s. 72, (Cilt I); **ARAL** Fahrettin/**AYRANCI** Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, B.11, 2015, s. 118-119; **EREN**, s. 104, (Özel); **YAVUZ**, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Basım Yayım Dağıtım, B.14, İstanbul 2016. s. 73; **AYDOĞDU** Murat/**KAHVECİ** Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-Sözleşmeler Hukuku, Adalet Yayınevi, B.3, 2017, s. 141; **AKINCI**, s. 27, (Ayıplı Mal ve

elde edememesi ya da verim sağlayamaması gündemdedir¹⁰. Hukuki ayıpta ise alıcının satım konusu şeyden yararlanması bir hukuk kuralı ile engellenmektedir¹¹.

Ayıp kavramının çeşitleri açısından bir diğer ayırım açık ayıp-gizli ayıp ayırımıdır. Açık ayıp, dışarıdan bakıldığında rahatlıkla görülebilen ve alıcının kolaylıkla tespit edebildiği ayıplardır¹². Gizli ayıp ise hemen tespit edilemeyen ancak zamanla ve kullanıma bağlı olarak ortaya çıkan ayıplardır¹³.

Ayıba ilişkin olarak TBK'deki düzenlemenin yanı sıra TKHK'nin 8 vd. maddelerinde de düzenlemeler mevcuttur¹⁴. Söz konusu düzenlemelerde ayıplı mallar dışından ayıplı mallardan sorumluluk, ispat ve ayıp halinde tüketicinin haklarının neler olabileceği de belirtilmektedir.

2. Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları

Ayıptan doğan sorumluluk, satıcının satım konusu şeye ilişkin olarak belirttiği ve vaat ettiği niteliklerin onda bulunmaması veya sözleşmeye göre alıcının satım konusu şeyden beklediği yararı sağlayamaması nedeniyle satıcını bundan sorumlu olmasını ifade etmektedir¹⁵. Ayıptan doğan sorumluluğun

Hizmet). Alman Hukuku'ndaki maddi ayıp örneklerinden bazıları için bkz., WENTLAND Holger, "Das neue deutsche Schuldrecht", Ergun Özsunay'a Armağan, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 349; Ayrıca bkz., EDİS Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Saticının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, 1963, s. 13-14, (Ayıba Karşı Tekeffül).

¹⁰ Bkz., EREN, s. 105, (Özel); GÜMÜŞ, s. 73, (Cilt I); AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 141; AKINCI, s. 30, (Ayıplı Mal ve Hizmet).

¹¹ Bkz., AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 142; YAVUZ, s. 73; EREN, s. 105-106, (Özel); BİLGE, s. 57-58, (Hususî); GÜMÜŞ, s. 72, (Cilt I); MINDİZ Emin, "Roma Hukukunda Alım-Satım (Emptio-Venditio) Sözleşmesinde Saticının Hukukî Ayıplardan (Evictio) Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, S. 46, 2013, s. 8.

¹² Bkz., EREN, s. 111, (Özel); GÜMÜŞ, s. 75, (Cilt I).

¹³ Bkz., AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 157; EREN, s. 111, (Özel); GÜMÜŞ, s. 75, (Cilt I).

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., ŞAHİN Turan/KİZİR Mahmut, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar İle Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler", Terazi Hukuk Dergisi, S.89, 2014, s. 73 vd.; ATAMER Yeşim M., "Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 -Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-", BATİDER, C.24, S.1, 2007, s. 83 vd., (TKHK); DOĞAN Gül, "Ayıplı Maldan Kaynaklanan Sorumluluk ve Uygulama Sorunları", YÜHFD, C. XII, S. 2, 2015, s. 128 vd., (Ayıp).

¹⁵ Ayrıca bkz., EDİS, s. 7, (Ayıba Karşı Tekeffül); YAVUZ, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayım Dağıtım, B.10, 2014, s. 123, (Özel).

şartları maddi ve şekli şartlar olmak üzere iki başlığa ayırmak mümkündür¹⁶. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için hem maddi hem de şekli şartların varlığı aranmaktadır.

a. Maddi Şartlar

Maddi şartlar TBK'nin 219. maddesinin birinci fıkrasında da belirtildiği gibi satım konusu malda satıcı tarafından bildirilen niteliklerin bulunmaması ile satım konusu malda doğası gereği bulunması gereken ve alıcının beklediği faydayı sağlamaya elverişli özelliklerin olmamasıdır. Satıcının, alıcıya satım konusu mala ilişkin olarak belirttiği hususlar şayet söz konusu malda bulunmuyorsa satıcının ayıptan sorumluluğu gündeme gelmektedir¹⁷. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde de satıcının mala ilişkin olarak belirttiği nitelikler malda bulunmayabilir. Bu durumda satıcının ayıptan sorumluluğu söz konusu olur.

Ayıptan doğan sorumlulukta maddi şartlardan bir diğeri malda doğası gereği bulunması gereken niteliklerin bulunmamasıdır. Alıcının satım konusu maldan beklediği faydayı elde edememesi, malın elverişliliği noktasında bunu azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran durumların varlığı halinde satıcının sorumluluğu gündeme gelmektedir¹⁸. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde alıcının maldan beklediği fayda ile mevcut durum arasında farklar olabilir. Böylesi bir durumda satıcının sorumluluğu söz konusu olur.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde hem satıcının belirttiği niteliklerin malda bulunmaması hem de alıcının maldan beklediği yararı sağlayamaması durumunda sadece ilgili teslim ilişkisi olarak ayıptan doğan sorumluluk ortaya çıkmaktadır¹⁹. Satıcı ilgili döneme ait olarak ayıptan sorumlu

¹⁶ Bkz., ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 122; ARAL/AYRANCI, s. 119 vd.

¹⁷ KAHVECİ Nalan, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Adalet Kitabevi, 2014, s. 5; YAVUZ, s. 126, (Özel); ARAL/AYRANCI, s. 119 vd.

¹⁸ Bkz., ÖZ Turgut, "Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler", Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, 2013, s. 856, (Ayıba Karşı Tekeffül); AKÇURA KARAMAN Tuba, "Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları", GAÜHFD, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s. 228; ARAL/AYRANCI, s. 122-123; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 123 vd.

¹⁹ Bkz., SAUTER, s. 179; KUNTALP, s. 139-140; FEYZİOĞLU, s.147, (Özel).

olmakta ve alıcı da ayıp halinde söz konusu olan haklarını sadece ilgili döneme ilişkin kullanmaktadır.

b. Şekli Şartlar

Ayıptan doğan sorumluluğun maddi şartlarının yanında şekli şartları da mevcuttur. Şekli şartlar TBK'nin 223. maddesinden hareketle, malın gözden geçirilmesi ve ayıbın bildirilmesini kapsamaktadır²⁰. Malın gözden geçirilmesi, teslim edilen malda ayıbın olup olmadığının tespitini sağlayan bir faaliyettir²¹. Ayıp bildirim ise, malın gözden geçirilmesinden sonra mevcut olan ve görülebilen eksikliklerin satıcıya bildirilmesini ifade etmektedir²². Alıcı, TBK'nin 223. maddesinin birinci fıkrasına göre açık ayıplarda, devraldığı satılan işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirme ve varsa ayıpları satıcıya uygun bir süre içerisinde bildirmelidir²³. Gizli ayıplarda ise TBK'nin

²⁰ Ayrıca bkz., **KAPANCI** Kadir Berk, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 34 vd., (Garanti Taahhütleri); **ÖZDEMİR** Hayrunnisa, "Viyana Satım Sözleşmesinde ve Türk Borçlar Kanununda Muayene Yükümlülüğü", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Sözkesen Matbaacılık, 2015, s. 463 vd., (Muayene); **AKÇURA KARAMAN** Tuba, "Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması Çerçevesinde Ayıp Halinde Alıcının Hakları", BATİDER, C.28, S.1, 2012, s. 206, (Alıcının Hakları); **KAZĞURT** Ahmet, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Taşınır Satış Sözleşmesinde Saticının Ayıptan Doğan Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, 100. Özel Sayısı, 2014, s. 278 vd.; **BALSEVER**, Sergül; "Türk Borçlar Kanunu ile Viyana Konvansiyonu Çerçevesinde Ayıba Karşı Tekeffül Halinde Alıcının Hakları", Terazi Hukuk Dergisi, S.109, 2015, s. 15 vd.; **ATAMER**, Yeşim M.; "Taşınır Satımı Sözleşmesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, Der: M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 201 vd., (Taşınır Satımı); **YAVUZ**, s. 135, (Özel); **AKÇURA KARAMAN**, s. 231.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., **YÜCER AKTÜR** İpek; Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Yetkin Yayınları, 2012, s. 42 vd., (Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri); **ARAL/AYRANCI**, s. 128 vd.; **KAHVECİ**, s. 222 vd.; **YAVUZ**, s. 106 vd., (Ayıp).

²² Doktrindeki farklı tanımlar için bkz., **YÜCER AKTÜRK**, s. 51 vd. Ayıp bildiriminin amacı için bkz., **ÖZDEMİR** Hayrunnisa, "Türk Borçlar Kanunu'na ve Milletlerarası Satım Sözleşmesine Göre Ayıbın İhbar Edilmesi", MÜHF-HAD, Cevdet Yavuz'a Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım, II. Cilt, Özel Sayı, 2017, s. 2306 vd., (Ayıp İhbarı).

²³ "Uygun bir süre" ifadesinden, somut olayın durumuna göre bu sürenin değişebileceği için bkz., **EREN**, s. 120, (Özel); **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 128; **ARAL/AYRANCI**, s. 130 vd. Muayene ve ihbar külfetinin hukukumuzdan çıkarılması gerektiği görüşü için bkz., **ÇETİNER** Bilgehan, "Borçlar Kanunu Tasarısında Düzenlenen Muayene ve İhbar

223. maddesinin ikinci fıkrası dikkate alındığında ayıbın bildirimini derhal gerçekleştirilmelidir. TTK'nin 23. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde ayıbın bildirilmesi için alıcıya bazı süreler verilmiştir. Buna göre ayıp teslim sırasında açıkça belli ise iki gün; açıkça belli değil ise mal teslim alındıktan sonra sekiz gün içerisinde malı gözden geçirip haklarını korumak için satıcıya bu süre içerisinde bildirmelidir²⁴.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde alıcının gözden geçirme ve ayıbın bildirilmesi, her bir teslim için ayrı ayrı değerlendirilmeli ve yapılmalıdır²⁵. Bununla birlikte ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde ayıbın *uygun bir süre içerisinde* bildirilmesinde uygun süre, bir sonraki teslim dönemine kadar olmalıdır. Ardı ardına teslimli ticari satış sözleşmesi bakımından ise TTK'nin 23. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendindeki süreler dikkate alınmalıdır. Ayrıca alıcı malı gözden geçirmeyi ve ayıpları bildirmeyi ihmal ederse, ardı ardına teslimli satış sözleşmesi bakımından sadece ilgili teslim dönemine ilişkin sonuçlarını doğurur²⁶. Bu açıdan TBK'nin 223. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme de dikkate alındığında olağan bir gözden geçirmeyle tespit edilebilecek ayıpları, gözden geçirme ve ayıpları bildirmeyi ihmal ederek yerine getirmeyen alıcı, ilgili döneme ait malı kabul etmiş sayılır. Bununla birlikte ayıplı kısmın kabulü ile birlikte gelecek teslimlerin de ayıplı olarak kabul edilebileceği şeklinde bir sonuca varmak mümkün değildir²⁷.

Satım konusu malın ayıplı olması ile birlikte söz konusu mal başka bir yerden gönderilmiş ve alıcının bulunduğu yerde satıcının temsilcisi yoksa

Külfetine İlişkin Kısa Değerlendirme", LHD, C.8, S.85, 2010, s. 137 vd., (Değerlendirme). Maddenin değerlendirmesi için ayrıca bkz., **ÖZDEMİR**, s. 2312, (Ayıp İhbarı).

²⁴ Ayrıca bkz., **ARI** Zekeriyya, "Ticari Satışlarda Alıcının Muayene ve İhbar Külfeti", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.113, 2011, s. 13 vd., www.e-akademi.org, Erişim Tarihi: 09.08.2017; **DOĞAN**, Nazlı; Tacirler Arası Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 50 vd., (Ticari Satım); **ÖZDEMİR**, s. 2319, (Ayıp İhbarı). Tüketici sözleşmelerinde bu süre otuz gündür.

²⁵ Bkz., **ALCALAY**, Micha; Le Contrat de Vente par Livraisons Successives, Thése, 1924, s. 103; **KELLER/SIEHR**, s. 149; **KUNTALP**, s. 140, **HURLIMANN**, s. 19; **ARSLANLI**, s. 613. Konuya ilişkin ayrıca bkz., OLG Köln, Urt. v. 02.09.2016, Az.: 19 U 47/15, www.iurion.de, Erişim Tarihi: 09.08.2017.

²⁶ Bkz., **HURLIMANN**, s. 20; **VETSCH**, s. 44; **KUNTALP**, s. 141; **GÖKTÜRK**, s. 384.

²⁷ Bkz., **KELLER/SIEHR**, s. 149; **ARSLANLI**, s. 613.

TBK'nin 226. maddesinin birinci fıkrası uyarınca alıcı, satım konusunun korunması için her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde ilgili döneme ait olan satım konusunun başka yere gönderilmesi durumunda ayıplı çıkan kısım için alıcı, satıcının temsilcisi yoksa, her türlü tedbiri almak zorundadır. Bir restaurant sahibi ile satıcı arasında yapılan ve satım konusunu pilavlık pirincin oluşturduğu ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde, ilgili döneme ait pirinçlerin ayıplı çıkması hâlinde alıcı, her türlü tedbiri almalıdır. Bu tür önlemlerin alınması, alıcının malı geri gönderme (iade etme) imkânından yararlanabilmesini sağlamaktadır. Ayrıca TBK'nin 226. maddesinin ikinci fıkrasına göre alıcının satılanın durumunu geciktirmeksizin tespit ettirmesi gerekir. Pirinçleri bozuk ya da istenilen kalitede olmadığı tespit edilmesi yükümlülüğü söz konusudur. TBK'nin 226. maddesinin son fıkrasında ise satım konusunun çabuk bozulan bir mal olması durumunda alıcının onu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığıyla sattırabileceği düzenlenmektedir. Konusu karides olan ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde, karidesler çabuk bozulduğu için, ayıp halinde bunların sattırılması gerekmektedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde TBK'nin 226. maddesinin uygulanması her bir teslim için ayrı olmalıdır. Çünkü daha önce de belirtildiği ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde kural olarak her bir teslim birbirinden bağımsızdır.

Ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin olarak üzerinde durulması gereken son bir konu ise alıcı tarafından önceden bilinen ayıplardır. TBK'nin 222. maddesinin birinci fıkrasına göre satış sözleşmesi kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan dolayı satıcı sorumlu olmaz. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesi bakımından da bu maddenin uygulanması mümkündür. Petrol satımını konu alan bir ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde alıcı, piyasadaki petrolere göre verimi daha düşük olan petrolü satın almak istemişse, artık bu noktadan sonra satıcının petroldeki ayıptan sorumlu olması söz konusu değildir. Benzer şekilde kömür satımına ilişkin yapılmış ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde alıcı kömürün kalitesinin iyi olmadığı ve yandığında yeterli ısıyı sağlamadığını bilerek bu sözleşmeyi yapmışsa, artık satıcının kömürden kaynaklanan ayıptan dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu örneklerde alıcı satım konusu mallara ilişkin olarak eksiklikleri bilmekte ve buna rağmen sözleşmeye akdetmektedir. Kanaatimce burada her bir teslim ayrı ayrı değerlendirilmemelidir. Şöyle ki sözleşmenin kurulması sırasında periyodik olarak teslim edilecek olan satım konusunun her türlü özelliği belirlenmektedir. Alıcının en baştan bildiği ve her teslimde aynı

özelliklere sahip olan mal teslim edileceğinden dolayı her bir teslim bakımından alıcının ayıpları bilip bilmediğine bakmak gereksiz olur. Bu açıdan alıcının önceden bildiği ayıplarda teslimlerin bir bütün olarak ele alınması uygun olur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 222. maddesinin ikinci fıkrasında ise yeterince gözden geçirme ile ortaya çıkabilecek ayıplardan dolayı satıcının sorumlu tutulabilmesi için, satıcının böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmesi gerekmektedir. Her ay on adet İran Halısı teslim edilmesi noktasında yapılan bir ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde satıcı halıların metrekaresine düşen ilmek sayısı için olandan fazlasını belirtmiş ve ayrıca bunu üstlenmiş ancak ilmek sayısı halı gözden geçirildiğinde belirtilenden azsa burada satıcının sorumluluğuna gidilebilmektedir.

3. Ayıp Halinde Alıcının Hakları

Ayıp halinde alıcının bazı seçimlik hakları vardır. Bu seçimlik haklar TBK'nin 227. maddesi (OR. Art. 205) ile TKHK'nin 11. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde satım konusu malın ayıplı çıkması halinde, sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde alıcının seçimlik haklarını kullanması mümkündür. Bu seçimlik haklar kullanılırken her bir teslim dönemine ait edimin ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Alıcının ayıp halinde kullanabileceği seçimlik haklardan biri satılanı alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkıdır. Alıcı burada satım konusunun kendisinde kalmasını istemekle birlikte satım konusundaki ayıp oranında bedelinden indirim talep etmektedir²⁸. Bununla birlikte TBK'nin 227. maddesinin beşinci fıkrasına göre satım konusu malın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı bedelden indirim talep edemez.

Ayıp oranında bedelden indirim talep edilmesinde, bu indirim miktarının ne şekilde hesaplanması gerektiğine ilişkin doktrinde farklı

²⁸ Bkz., ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 137; ATAMER, s. 207, (Taşınır Satımı); EREN, s. 147, (Özel); YAVUZ, s. 102-103. TBK'nin 227. maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenleme dikkate alındığında, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması; hâkim, durumun bunu haklı göstermediği kanaatindeyse, satılanın onarılması ya da satış bedelinin indirilmesi yönünde karar verebilmektedir. Hükümden hareketle kimi durumlarda bedelden indirim zorunlu olarak uygulanmaktadır. TKHK'nin 11. maddesinin üçüncü fıkrasında da benzer bir düzenleme mevcuttur.

metotlar kabul edilmektedir²⁹. Söz konusu metotlar arasından en uygun ve adaletli olanı nisbî metot yöntemidir. Bu yöntemde ayıpsız değer ile ayıplı değer oransal olarak hesaplanıp bu oran satış bedeline uygulanarak gerçekte ödenmesi gereken bedel hesaplanmaktadır. Bu aşamadan sonra ise tarafların kararlaştırmış olduğu satış bedelinden, gerçekte ödenmesi gereken bedel düşülerek indirim oranı bulunmaktadır.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde bedelden indirim talep edilmesi mümkündür. Bu noktada her bir teslim ayrı olarak ele alınmalı ve indirim bedeli ona göre hesaplanmalıdır³⁰. İlgili teslim dönemine ait satım konusunun ayıpsız değeri 120 TL, ayıplı değeri 80 TL'dir. Her bir teslim karşılık gelen satım konusuna ilişkin bedel de 60 TL'dir. Yapılacak oranlama ile birlikte gerçekte ödenmesi gereken bedel 40 TL'dir. İndirim tutarı ise satım parasından, gerçekte ödenmesi gereken bedelin çıkarılmasıyla bulunur ki; bu da 20 TL olmaktadır. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde bu türlü bir hesaplama, alıcının bedeli satıcının her bir teslimini takiben yapacağı ödemelerde daha kolay bir şekilde hesaplanmaktadır. Ancak bedelin, bütün teslimler bittikten sonra ödeneceği sözleşmede şayet alıcı malı elinde tutma niyetinde ise, ilgili döneme ait karşılık gelen bedel miktarı, teslim sayısına bölünerek her bir teslim karşılık gelen miktar üzerinde hesaplama yapılmalıdır. Şayet her bir teslimde denk gelen bedel eşit olarak bölünemiyorsa, ilgili teslim karşılık gelebilecek bedel miktarının tespit edilerek indirim miktarının buna göre hesaplanması gerekir.

Ayıp durumunda alıcının sahip olduğu bir diğer seçimlik hakkı, aşırı bir masraf gerektirmiyorsa, bütün masraflar satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını istemedir. Burada alıcı, tıpkı bedelden indirim hakkında olduğu gibi satım konusunun kendisinde kalması arzusu içerisindedir. Alıcı, satım konusu mal tamir edilebilecek bir niteliğe sahipse³¹ ve tamir edilmesi aşırı bir masraf gerektirmiyorsa; bütün tamir masrafları satıcıya ait olmak üzere satım konusu malın tamir edilmesini talep edebilir. Ayıplı malın ücretsiz onarılmasında, onarım giderleri satıcının üzerinde kalmakla birlikte şayet onarım aşırı bir masrafa sebebiyet veriyorsa alıcının diğer seçimlik haklara

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., **EDİS**, s. 123 vd., (Ayıba Karşı Tekeffül Borcu).

³⁰ Bkz., **KUNTALP**, s. 141-142.

³¹ Bkz., **ARBK**, s. 176 vd., (Ayıp). Onarım borcu için ayrıca bkz., **ASLAN** Bayram, "Onarım Borcunun İfa Edilmesi", SÜHFD, C.25, S.1, 2017, s. 292 vd., (Onarım Borcu).

yönelmesi yerinde olur³². Satıcının, ücretsiz onarımı ne kadarlık bir sürede yerine getirmesine ilişkin olarak TKHK'nin 11. maddesinin dördüncü fıkrasında bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre ücretsiz onarım, talebin ilgisine yönetilmesinden itibaren kural olarak azami otuz iş günü içinde yerine getirilmelidir³³.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde alıcının, satım konusu malın niteliğine uygun düşmesi durumunda ücretsiz onarım talebinde bulunması mümkündür. Alıcı, ilgili teslim dönemine karşılık gelen malın ayıplı olması hâlinde satıcının malın ücretsiz olarak onarılmasını talep edebilir. Ücretsiz onarım hakkının kullanılması sadece ilgili döneme ait teslim edilen satım konusu için geçerlidir.

Alıcının satım konusu malın ayıplı olması durumunda kullanabileceği bir diğer seçimlik hakkı ise satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini istemedir. TBK'nin 227. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde düzenlenen ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkının kullanılması, "*imkân varsa*" söz konusu olmaktadır. Başka bir ifadeyle, satım konusu malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi, satıcının imkânı el veriyorsa mümkündür³⁴. TBK'nin 227. maddesinin ikinci fıkrasına göre de satıcı, malın ayıpsız benzerini hemen vermek ve alıcının zararını karşılamak kaydıyla onun diğer seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebilmektedir.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesi bakımından ayıplı malın, ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi hakkının kullanılması mümkündür³⁵. Alıcı, ilgili teslim dönemine ait malın ayıplı çıkması durumunda satıcıdan malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteyebilir. Ocak ayında yapılan yüz çuval kömürün ayıplı çıkması durumunda, yüz çuval kömür yerine, bunların ayıpsız benzerlerini talep edebilmektedir.

³² Bkz., **ATAMER**, s. 207, (Taşınır Satımı); **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 140; **ÖZ**, s. 860, (Ayıba Karşı Tekeffül).

³³ TKHK'nin 58. maddesi kapsamında çıkarılan yönetmelikte belirtilen mallar için farklı süreler öngörülebilmektedir.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., **ÖZTAŞ** İlker, "*Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Taşınır Satışında Alıcının Ayıplı Satılanın Değiştirilmesini Talep Hakkı*", MÜHF-HAD, C.22, S.2, 2016, s. 340 vd. Ayrıca bkz., **PALANDT**, Rn. 439, s. 676.

³⁵ **KUNTALP**, s. 141.

Ayıp halinde alıcının dördüncü ve son seçimlik hakkı sözleşmeden dönmedir³⁶. Alıcı TBK'nin 227. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendine göre satım konusunu geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmektedir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte alıcı, satım konusunu ve ondan elde ettiği yararları TBK'nin 229. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeden hareketle geri vermek zorundadır³⁷. Bununla birlikte alıcı da ödemiş olduğu bedeli faiziyle birlikte geri alabilmekle birlikte satılan için yaptığı yargılama veya diğer giderleri de isteyebilmektedir. Ayrıca alıcı ayıplı maldan kaynaklanan doğrudan zararlarının tazmin edilmesini de talep edebilmektedir. Görüldüğü gibi alıcının ayıp halinde sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanması durumunda her iki taraf birbirlerine verdiklerini iade etmektedir.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde ayıp halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkı vardır. Ancak ardı ardına teslimli satış sözleşmesi bakımından sözleşmeden dönme hakkının kullanılması kural olarak sadece ayıplı olan ilgili teslim dönemine ilişkin olmaktadır³⁸. TBK'nin 230. maddesinin birinci fıkrasında da bu duruma benzer bir düzenleme vardır. İlgili düzenlemeye göre birden çok mal ya da birden fazla parçadan oluşan bir mal, satılıp da bunların içinden bazıları ayıplı çıkarsa alıcı sadece dönme hakkını ayıplı çıkan kısım için kullanabilmektedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki ayıplı çıkan kısım, ardı ardına teslimli satış sözleşmesi bakımından gelecekteki teslimleri de olumsuz şekilde etkiliyor ya da etkilemesi kuvvetle muhtemelse dönme hakkı bütün sözleşme için uygulanmalıdır³⁹. TBK'nin 230. maddesinin birinci fıkrasında da bu duruma işaret edilmektedir.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde ilgili döneme ait teslimi gerçekleştirilen satım konusunun ayıplı çıkması durumunda alıcının sözleşmeden dönmemesinin sonuçlarının ne şekilde meydana geleceği değerlendirilmelidir. Buna göre alıcı, satıcıya ilgili döneme ait kendisine verilen ancak ayıplı çıkan malı geri vermeli ve şayet bundan bir yarar sağlamışsa bunu da iade etmelidir. Satıcı da alıcıya ilgili döneme ait olarak ödenmiş bedeli,

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., **KAHVECİ**, s. 231 vd.

³⁷ Ayrıca bkz., **ATAMER**, s. 208, (Taşınır Satımı); **EREN**, 136, (Özel); **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 134; **YAVUZ**, s. 98; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 215.

³⁸ Bkz., **GÖKTÜRK**, s. 384; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 136; **KUNTALP**, s. 141.

³⁹ Ayrıca bkz., **KELLER/SIEHR**, s. 149.

faiziyle birlikte vermelidir. Ayrıca alıcının yapmış olduğu giderle ile birlikte uğradığı doğrudan zararlar varsa satıcı bunları da tazmin etmek zorundadır.

TBK'nin 228. maddesinin birinci fıkrası dikkate alındığında alıcıya ayıplı devredilmiş olan satım konusunun ayıptan, beklenmedik halden ya da mücbir sebepten yok olması ya da ağır bir biçimde zararı uğraması durumunda alıcının sözleşmeden dönme hakkı etkilenmemektedir. Alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmektedir. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesi bakımından da bu hükmün uygulanması mümkündür. İlgili döneme ait satım konusunun sayılan sebeplerden biri ile yok olması ya da ağır bir biçimde zarara uğraması durumunda, alıcı yine de sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmektedir. Maddeye göre alıcı, elinde ne kalmışsa satıcıya söz konusu miktarı vermekle yükümlüdür.

Alıcı, ayıp halinde söz konusu dört seçimlik hakkından birini kullanabilmekle birlikte ayrıca tazminat da talep edebilmektedir. TBK'nin 227. maddesinin ikinci fıkrasına göre alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklı tutulmuştur. Sözleşmeden dönme seçimlik hakkı dışında alıcı diğer seçimlik haklarıyla birlikte tazminat talebinde de bulunabilir⁴⁰.

Sonuç olarak ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde satım konusunun ayıplı çıkması halinde alıcı, TBK'de düzenlenmiş olunan seçimlik haklardan yararlanabilmektedir. Bu haklardan yararlanırken kural olarak her bir teslim bağımsız olarak değerlendirilmekte ve her bir teslimin niteliğine uygun düştüğü ölçüde seçimlik haklar kullanılmaktadır. Ancak ilgili teslim dönemine ait satım konusunda bulunan ayıp, diğer teslimleri de olumsuz şekilde etkiliyorsa, sözleşmenin tamamı dikkate alınmak suretiyle seçimlik hakların kullanılması gündeme gelebilmektedir.

4. Zamanaşımı

Ayıp halinde zamanaşımı süresinin ne olacağı TBK'nin 231. maddesinde açıkça düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre satıcı sözleşmeyle daha uzun bir süre üstlenmedikçe, satım konusunun ayıbından doğan her türlü dava, satım konusundaki ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, satım konusunun alıcıya devredilmesinden itibaren iki yıl geçmekle zamanaşımına

⁴⁰ Bkz., AKÇURA KARAMAN, s. 252; ATAMER, s. 213, (Taşınır Satımı); EREN, s. 155 vd., (Özel).

uğramaktadır⁴¹. Ayrıca satıcının malı ayıplı olarak devretmekte ağır kusuru varsa, söz konusu iki yıllık süreden yararlanmak mümkün değildir.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde de ayıp halinde dava hakkının, satım konusunun devredilmesinden itibaren iki yıl içerisinde kullanılması gerekmektedir. Ancak ardı ardına teslimli satış sözleşmesi bakımından söz konusu sürenin uygulaması farklılık göstermektedir. Şöyle ki, ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde her bir teslim dönemi kural olarak birbirinden bağımsız olduğu için, söz konusu teslimlerde ayıp varsa, ilgili zamanaşımı süresi her teslim borcu için ayrı olarak işlemektedir⁴². Satım konusu mal teslim edildiği andan itibaren iki yıllık süre işlemeye başlamaktadır. Bir sonraki teslim döneminde satım konusu mal tekrardan ayıplı olarak teslim edilmişse, bu söz konusu teslim için de ayrı bir iki yıllık zamanaşımı süresi işlemektedir.

B. Saticının Zapttan Sorumluluğu

Saticının, ayıptan sorumluluğu dışında zapttan da sorumlu olması mümkündür. Bu kapsamda tıpkı ayıptan sorumluluk başlığı altında yapılan incelemenin sistematığı takip edilmektedir. Öncelikle zapt kavramı ve sonra da zapttan sorumluluğun şartları üzerinde durulup daha sonra ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde satıcının zapttan sorumluluğuna değinilmektedir.

1. Zapt Kavramı

Zapt, kelime olarak “zor kullanarak ele geçirme”, “tutma”, “hâkim olma” anlamlarına gelmektedir⁴³. Zapt ile ifade edilmek istenen, üçüncü kişinin satım konusu üzerinde ileri sürdüğü bir üstün hak sebebiyle alıcının

⁴¹ Ayıp halinde zamanaşımına ilişkin olarak TKHK'nin 12. maddesinde daha kapsamlı bir düzenleme vardır. Buna göre kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda taşınmazın teslim tarihinden itibaren beş yıldır. Ayrıca maddeye göre kural olarak ikinci el satışlarda ayıplı maldan sorumluluğu bir yıldan, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda ise üç yıldan az olamamaktadır.

⁴² Bkz., HONSEL Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Stämpfli Verlag AG, 9. Aufl., 2010, s. 97; HURLIMANN, s. 30; KUNTALP, s. 142; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 145; TANDOĞAN, Halûk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, Vedat Kitapçılık, B.6, 2008, s. 200, (Cilt I/1).

⁴³ Hukuki açıdan zapt ifadesi günlük dildeki anlamından farklı kullanılmaktadır. Bkz., AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 126.

malı kısmen veya tamamen üçüncü kişiye vermek zorunda kalmasıdır⁴⁴. TBK’de zapt tanımlanmamakla birlikte zapttan sorumluluk ya da diğer adıyla zapta karşı tekeffüle ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

TBK’nin 214. maddesinin birinci fıkrasında satıcının zapttan sorumluluğu düzenlenmektedir. Buna göre satış sözleşmesi kurulduğu sırada var olan bir hak sebebiyle, satılanın tamamı ya da bir kısmı üçüncü bir kişi tarafından alıcının elinden alınırsa, satıcı söz konusu durumdan alıcıya karşı sorumlu olmaktadır. Buna satıcının alıcıya karşı zapttan sorumluluğu denir. Zapta üçüncü bir kişi, bir hak ileri sürerek, alıcının satım konusu maldan tamamen veya kısmen faydalanmasını engellemekte; kimi durumlarda onun elinden satım konusu malı alabilmektedir⁴⁵. Alıcı maldan istediği faydayı elde edemediği gibi satım konusunun elinden alınması ile de karşı karşıya kalmaktadır. Kanun koyucu bu ve buna benzer durumların varlığı halinde satıcının sorumlu olacağını düzenlemiştir. Zapttan sorumluluk, kanunda düzenlendiği için satıcının ayrıca üstlenmiş olması farklı bir sonuç doğurmaz⁴⁶.

Satıcının zapttan sorumlu tutulabilmesi için bazı şartların oluşması gerekmektedir. Bu şartların, aıptan sorumlulukta olduğu gibi maddi ve şekli şartlar şeklinde sınıflandırılması mümkündür. Söz konusu şartların gerçekleşmesi ile birlikte satıcının zapttan sorumlu gündeme gelir. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde satıcının zapttan sorumlu tutulabilmesi de şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır.

2. Zapttan Sorumluluğun Şartları

Zapttan sorumluluğun şartlarını, yukarıda da belirtildiği gibi, maddi şartlar ve şekli şartlar olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Bu kapsamda zapttan sorumluluk için öncelikle maddi şartlar, sonra da şekli şartlar üzerinde durulmaktadır.

a. Maddi Şartlar

Satıcının zapttan sorumlu tutulabilmesi için öncelikle taraflarca akdedilmiş geçerli bir satış sözleşmesinin varlığı aranmakla birlikte satım konusu malın satış sözleşmesi kapsamında alıcıya teslim edilmiş olması da

⁴⁴ Bkz., ATAMER, s. 218, (Taşınır Satımı).

⁴⁵ Bkz., ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 148-149; EREN, s. 77, (Özel); GÖKTÜRK, s. 397; TANDOĞAN, s. 148, (Cilt I/1).

⁴⁶ Bkz., YAVUZ, s. 63; BİLGE, s. 50; TANDOĞAN, s. 148, (Cilt I/1); ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 148-149; EREN, 77, (Özel).

gerekmektedir⁴⁷. Satım konusu mal alıcıya teslim edilmemişse, üçüncü kişinin malın bir başkasının elinde olduğunu ileri sürmesi de mümkün değildir⁴⁸. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesi bakımından da satıcının zapttan sorumlu tutulabilmesi için ilgili döneme ait satım konusunun alıcıya teslim edilmesi gerekmektedir⁴⁹. Satıcının zapttan sorumluluğunun belirlenmesinde her bir teslim bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Bu açıdan Ocak ayına ilişkin teslimin gerçekleşmesi ile birlikte satıcının zapttan sorumlu olup olmadığı tespit edilebilir. Ancak Şubat ya da Mart ayına ilişkin teslimler henüz gerçekleşmediğinden dolayı, üçüncü kişi, söz konusu satım konusunun bir başkasına teslim edildiği noktasında bir iddia ileri süremeyeceğinden dolayı, gelecekteki teslimler bakımından zapttan sorumluluk gündeme gelmez.

Zapttan sorumluluk için aranan diğer şart satış sözleşmesi kurulduğu sırada zaptı sağlayan bir hakkın bulunmasıdır⁵⁰. Satıcının zapttan sorumlu tutulmasına, üçüncü kişinin sözleşmenin kurulması sırasında bulunan üstün bir hakka sebep olmaktadır. Üçüncü kişi, bir hakka sahip olmadan malı alıcının elinden almışsa burada satıcının zapttan sorumluluğuna başvurulamaz⁵¹. Ayrıca satış sözleşmesinin kurulmasından önce veya sonra satıcının üçüncü bir kişiye satım konusu mal üzerinde bir hak sağlaması durumunda da zapttan sorumluluğa başvurmak mümkün değildir⁵². Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde, sözleşmenin kurulduğu sırada üçüncü kişinin bir üstün hakkı söz konusu olmakla birlikte; üçüncü kişinin bu hakkını ileri sürmesi ve satıcının da zapttan sorumlu tutulabilmesi için ilgili teslim dönemlerinin gelmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle normal satış sözleşmesinden farklı olarak üçüncü kişinin var olan üstün hakkı sebebiyle satıcının zapttan sorumluluğu bir anda doğmayıp ilgili teslim dönemlerinde ortaya çıkmaktadır.

⁴⁷ ARAL/AYRANCI, s. 109; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 128; EREN, s. 81, (Özel); GÜMÜŞ, s. 55, (Cilt I); YAVUZ, s. 64; BİLGE, s. 52.

⁴⁸ EREN, s. 81, (Özel); YAVUZ, s. 64; TANDOĞAN, s. 151, (Cilt I/1).

⁴⁹ Bkz., KUNTALP, s. 134. TTK'nin 23. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde geçen "sözleşmenin bir kısmının yerine getirilmemesi durumunda alıcı haklarını sadece teslim edilmemiş olan kısım hakkında kullanabilir." ifadesinden de bu sonuca varılabilmektedir.

⁵⁰ Bkz., BİLGE, s. 52; YAVUZ, s. 64; GÜMÜŞ, s. 55, (Cilt I); AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 129; TANDOĞAN, s. 151-152, (Cilt I/1).

⁵¹ Bkz., BİLGE, s. 52.

⁵² AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 129; EREN, s. 81, (Özel); TANDOĞAN, s. 152, (Cilt I/1).

TBK'nin 214. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeden hareketle satıcının zapttan sorumluluğu bakımından ortaya çıkan bir diğer maddi şart, alıcının satım konusu malın elinden alınabileceğini biliyor olması durumunda gündeme gelmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre alıcı sözleşmenin kurulduğu sırada malın üçüncü bir kişi tarafından alınabileceğini; başka bir ifadeyle zapt tehlikesi olduğunu biliyorsa, artık satıcı bu durumu ayrıca üstlenmedikçe zapttan sorumluluğa başvurulamaz⁵³. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde alıcının, ilgili döneme ait zapt tehlikesini bilmesi durumunda da satıcı ayrıca zaptı üstlenmedikçe, zapttan sorumluluğa gitmek mümkün değildir.

Satıcının zapttan sorumlu tutulabilmesi için son bir şart ise üçüncü kişinin hakkını ileri sürerek satım konusunu zapt etmiş olmasıdır⁵⁴. Üçüncü kişinin üstün hakka sahip olması, satıcının zapttan sorumluluğunu doğurmaz. Üstün hakkın varlığının yanı sıra zapttan sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için ayrıca bu hakkın üçüncü kişi tarafından ileri sürülerek satım konusunun tamamının ya da bir kısmının alıcının elinden alınması gerekmektedir. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde de ilgili döneme ait üstün hak iddialarının varlığı, tek başına satıcının zapttan sorumluluğunu gündeme getirmez. Üçüncü kişinin ilgili döneme ait olan satım konusunu tamamen veya kısmen alıcının elinden alması gerekmektedir.

b. Şekli Şartlar

Satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin şekli şartlar bildirim ve ispat yükümlülüğünün yerine getirilmesidir⁵⁵. TBK'nin 215. maddesinin birinci fıkrasına göre alıcı, üçüncü kişi tarafından satım konusuna ilişkin olarak kendisine açılan davayı satıcıya bildirmesi gerekmektedir. Aksi durumda satıcı dava kendisine bildirilmiş olsaydı daha elverişli bir sonuç alınacağını ispat ettiği oranda sorumluluktan kurtulmaktadır. Alıcının açılan davayı satıcıya bildirmesi ile birlikte satıcının alıcı lehine ya da alıcının yerine davaya katılması gerekmektedir. Açılan dava sonucunda davayı üçüncü kişi kazanmışsa, TBK'nin 215. maddesinin ikinci fıkrasındaki şartların sağlanması durumunda çıkan aleyhe karardan satıcı da etkilenmektedir.

⁵³ Bkz., ERZURUMLUOĞLU, s. 75, (Özel Borç İlişkileri); EREN, s. 82, (Özel); GÜMÜŞ, s. 56, (Cilt I);

⁵⁴ Bkz., TANDOĞAN, s. 153-154, (Cilt I/1); EREN, s. 82, (Özel); GÜMÜŞ, s. 56, (Cilt I); AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 129.

⁵⁵ Bkz., AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 130 vd.; YAVUZ, s. 114, (Özel); EREN, s. 83 vd., (Özel).

TBK'nin 216. maddesinde ise mahkeme kararı olmaksızın alıcı, üçüncü kişinin üstün hakkını kabul ederek tanımış ya da satıcının, söz konusu uyumsuzluğu çözmesini; aksi durumda tahkim yoluna başvuracağını bildirmiş ve sonuç alamadığı için tahkime başvurmuşsa satıcının zapttan sorumluluğu gündeme gelmektedir⁵⁶.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde şekli şartların uygulanması her bir teslim dönemine ilişkin olmaktadır. İlgili döneme ait satım konusu üzerinde üçüncü kişinin üstün bir hakkı bulunması ve dava yoluna başvurusu halinde alıcı, satıcıya durumu haber vermelidir. Satıcı da alıcının bu haberi üzerine davaya katılmalı ya da bizzat alıcının yerine geçerek savunmada bulunmalıdır. Açılan davayı üçüncü kişi kazanmış ve ilgili döneme ait satım konusunun onun olduğu kesinleşmişse, TBK'nin 215. maddesinin ikinci fıkrasındaki şartların sağlanmasıyla birlikte çıkan bu karardan satıcı da sorumlu olmaktadır. Ayrıca TBK'nin 216. maddesinin ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde de uygulama alanı bulması mümkündür.

3. Alıcının Zapttan Doğan Hakları

Alıcının zapttan doğan hakları, tam zapt ve kısmi zapt halinde farklılık göstermektedir. Söz konusu bu farklılıklar ardı ardına teslimli satış sözleşmesi bakımından da geçerli olmaktadır.

a. Tam Zapt Halinde

TBK'nin 217. maddesinde tam zapt halinde alıcının hakları düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre satım konusu malın tamamı üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınmışsa, sözleşme kendiliğinden sona ermiş sayılmaktadır⁵⁷. Bununla birlikte alıcının bazı istemlerde bulunması da mümkündür.

Alıcı tam zapt halinde, TBK'nin 217. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendine göre satım konusundan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değerleri indirilerek, satıcıdan satım konusu mala ilişkin ödediği bedeli, faizi ile birlikte geri isteyebilmektedir. Ayrıca üçüncü kişiden

⁵⁶ Maddeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., **YILDIRIM** Mustafa Fadil, "Saticının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?", GÜHFD, C.XVII, S.1-2, 2013, s. 1052 vd., (Zapt).

⁵⁷ **PEKMEZ** Cüneyt, "Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları", TAAD, Y.6, S.20, 2015, s. 526 vd.; **EREN**, s. 86, (Özel); **YAVUZ**, s. 69; **GÜMÜŞ**, s. 61, (Cilt I); **GÖKTÜRK**, s. 399; **YAVUZ**, s. 119, (Özel); **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 134.

istenemeyecek giderler, yargılama giderleri ile yargılama dışında kalan giderler ve satım konusunun tamamen elinden alınması yüzünden uğranılan doğrudan doğruya zararların tazmin edilmesi söz konusu olmaktadır.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde ilgili döneme ait satım konusunun üçüncü kişi tarafından tam zaptı halinde, söz konusu döneme ilişkin kısım kendiliğinden sona ermektedir⁵⁸. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde, normal bir satış sözleşmesinin aksine, sözleşmenin tamamı sona ermemekte; sadece ilgili döneme ait kısım kendiliğinden sona bulmaktadır. Ocak ayına ilişkin teslimde, tam zapt durumunun ortaya çıkması durumunda sadece Ocak ayına ilişkin teslim edilmesi gereken kısım sona ermektedir. Tarafların diğer dönemlere ait karşılıklı borçları ise devam etmektedir. Bu durumda alıcı tarafından ödenmiş bir bedel söz konusu ise, bu bedelin faizi ile birlikte satıcıdan geri istenmesi mümkün olmaktadır. Ayrıca TBK'nin 217. maddesinde düzenlenen ve alıcının, tam zapt halinde istemde bulunabileceği gider ve tazminatlar da ardı ardına teslimli satış sözleşmesi için geçerliliğini korumaktadır.

b. Kısmi Zapt Halinde

Kısmi zapt halinde alıcının hakları TBK'nin 218. maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre satım konusunun bir kısmı elinden alınmış veya satım konusu üzerine bir sınırlı aynı hak yüklenmişse alıcı, sadece uğramış olduğu zararları satıcıdan talep edebilmektedir. Görüldüğü gibi burada tam zapttan farklı olarak kural olarak sözleşme sona ermemekte; sadece alıcının doğan zararlarının karşılanması gerekmektedir⁵⁹. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre alıcı durumu önceden bilseydi satım konusu malı satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, hâkimden sözleşmenin sona erdirmesine ilişkin karar vermesini isteyebilir. Burada da alıcının zaptın varlığı halinde sözleşme yapmayacağı durum ve koşullardan anlaşılabilirse, yine de sözleşme kendiliğinden sona ermemekte; durum hâkimin takdirine bırakılmaktadır. Hâkim, sözleşmenin sona ermesi gerektiği noktasında bir karar verirse alıcı, satım konusunun elinde kalmış olan kısmını o zamana kadar elde etmiş olduğu yararlarla birlikte, satıcıya geri vermek zorundadır.

⁵⁸ Bkz., KUNTALP, s. 135; FEYZİOĞLU, s. 147, (Özel).

⁵⁹ Bkz., EREN, s. 94, (Özel); AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 136; ERZURUMLUOĞLU, s. 76, (Özel Borç ilişkileri); GÜMÜŞ, s. 62, (Cilt I); PEKMEZ, s. 551.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde kısmi zapt halinde alıcı, satıcıdan kural olarak uğramış olduğu zararı talep etmelidir⁶⁰. Söz konusu zarar, kısmi zaptın ortaya çıktığı ilgili döneme ait kısım için geçerli olup zararın miktarı buna göre hesaplanmalıdır. Bununla birlikte alıcı, kısmi zaptı bilseydi ardı ardına teslimli satış sözleşmesini yapmayacağı somut olayın durum ve koşullarından anlaşılıyorsa; ilgili döneme ait kısmın sona ermesi hâkim tarafından istenebilir. Hâkim ilgili döneme ait kısmın sona ermesine karar verirse, alıcı ilgili dönemde elde ettiği yararlarla birlikte satım konusunun elinde kalan kısmını satıcıya geri vermelidir.

4. Zamanaşımı

Alıcının zapttan doğan haklarını kullanması açısından zamanaşımına ilişkin bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte TBK'nin 146. maddesinde düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresinin burada uygulanması mümkündür⁶¹.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesi bakımından da zamanaşımı süresinin on yıl olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak söz konusu on yıllık sürenin hesaplanmasında her bir teslim dönemi ayrı olarak değerlendirilmelidir⁶². Başka bir ifadeyle on yıllık süre her bir teslim dönemi için baştan ayrı ayrı hesaplanmalıdır.

SONUÇ

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesi, satıcının sözleşmedeki teslim edimini belirli periyodlarla yerine getirmeyi üstlendiği bir satış sözleşmesidir. Bu sözleşme, TBK ve diğer kanunlarda düzenlenmemektedir. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesine niteliği uygun düştüğü ölçüde TBK'de düzenlenen ve bununla bağlantılı olarak satış sözleşmesinde satıcının ayıptan ve zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanabilir.

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumlu olması durumunda alıcının bazı seçimlik hakları söz konusudur. Ayıp halinde alıcının seçimlik haklarından biri olan bedelde indirimin ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde uygulanma alanı bulması mümkündür. Ancak bedel bütün teslimler bittikten sonra ödenecekse, ilgili döneme ait karşılık gelen bedel miktarı, teslim sayısına bölünerek her bir teslim karşılık gelen miktar

⁶⁰ KUNTALP, s. 135.

⁶¹ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 136; EREN, s. 95, (Özel); GÜMÜŞ, s. 57, (Cilt I); TANDOĞAN, s. 162, (Cilt I/1).

⁶² KUNTALP, s. 136.

üzerinden hesaplama yapılmalıdır. Şayet her bir teslimde denk gelen miktar eşit değilse; ilgili döneme ait bedel miktarının da tespit edilmesi ve bu şekilde bedelden indirim hakkının kullanılması gerekir. Bununla birlikte malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi mümkünse bu hakkın uygulanmasının yanı sıra aşırı bir masraf gerektirmiyorsa malın ücretsiz onarılması da söz konusu olabilmektedir. En nihayetinde ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde şartlar varsa ayıp halinde kural olarak sadece ayıplı döneme ilişkin teslimle sınırlı kalmak kaydıyla sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir.

Satıcının ayıptan sorumluluğuna benzer bir durum satıcının zapttan sorumluluğunda ortaya çıkmaktadır. Zapttan sorumluluk için öngörülen maddi ve şekli şartların sağlanması gerekmektedir. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde tam zapt hâli gündeme gelmişse ilgili döneme ilişkin kısım kendiliğinden sona ermektedir. İster ayıp isterse zapttan sorumluluk olsun, ayıp ve zapttan doğan sorumluluklar karşısında hakların kullanılabilmesi zamanaşımı sürelerine tabi olup bu süreler her bir teslim dönemi için ayrı ayrı hesaplanmalıdır.

KAYNAKLAR***

- AKÇURA KARAMAN**, Tuba; “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması Çerçevesinde Ayıp Halinde Alıcının Hakları”, BATİDER, C.28, S.1, 2012, s. 193-254, (Alıcının Hakları).
- AKÇURA KARAMAN**, Tuba; “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Saticının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları”, GAÜHFD, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s. 225-258.
- AKINCI**, Şahin; Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Cemre Yayınları, Konya 1998, (Ayıplı Mal ve Hizmet).
- AKINCI**, Şahin; Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Türk-Kazak Hukuku), Sayram Yayınları, Konya 2004, (Karşılaştırma).
- ALCALAY**, Micha; Le Contrat de Vente par Livraisons Successives, Thése, Neuchâtel 1924.
- ANSAY**, Tuğrul; Taksitle Satışlar ve Satıcı, İstiklal Matbaacılık, Ankara 1954.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, B.11, Ankara 2015.
- ARBEK**, Ömer; Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- ARSLANLI**, Halil; Ticarî Bey’, Sermet Matbaası, B.3, İstanbul 1952.
- ASLAN**, Bayram; “Onarım Borcunun İfa Edilmesi”, SÜHFD, C.25, S.1, 2017, s. 289-339.
- ATAMER**, Yeşim M.; “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 -Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-”, BATİDER, C.24, S.1, 2007, s. 81-106, (TKHK).
- ATAMER**, Yeşim M.; “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, Der: M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 187-221, (Taşınır Satımı).
- AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan; Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-Sözleşmeler Hukuku, Adalet Yayınevi, B.3, Ankara 2017.

*** Birden fazla yayını olan ya da aynı soyadını taşıyan ve bunlara yollama yapılan yazarların eserleri için dipnotlarda parantez içinde kısaltmalar kullanılmıştır.

- AYHAN**, Hilal Lale; *“Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi’ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”*, GÜHFD, C.XV, S.2, 2011, s. 1-57.
- BALSEVER**, Sergül; *“Türk Borçlar Kanunu ile Viyana Konvansiyonu Çerçevesinde Ayıba Karşı Tekeffül Halinde Alıcının Hakları”*, Terazi Hukuk Dergisi, S.109, 2015, s. 14-20.
- BERGERFURTH**, Bruno/**MENARD**, Lutz; *Das Kaufrecht (Kaufvertrag, Haftung bei Rechts und Sachmängeln, Besondere Arten des Kaufs)*, Rudolf Haufe Verlag, 3. Aufl., Freiburg 1984.
- BERNHARD-ECKEL**, Stefan; *Der Just-in-Time-Vertrag*, Nomos Verlag, Baden 1997.
- BİLGE**, Necip; *Borçlar Hukuku Dersleri Hususî Borç Münasebetleri*, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1958.
- BİLGİN YÜCE**, Melek; *“Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”*, MÜHF-HAD-Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 383-420.
- ÇETİNER**, Bilgehan; *“Borçlar Kanunu Tasarısında Düzenlenen Muayene ve İhbar Külfetine İlişkin Kısa Değerlendirme”*, LHD, C.8, S.85, 2010, s. 135-139.
- DOĞAN**, Gül; *“Ayıplı Maldan Kaynaklanan Sorumluluk Ve Uygulama Sorunları”*, YÜHFD, C. XII, S. 2, 2015, s. 127-156, (Ayıp).
- DOĞAN**, Nazlı; *Tacirler Arası Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Ticari Satım).
- EDİS**, Seyfullah; *Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara 1963.
- EREN**, Fikret; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, B.5, Ankara 2017.
- ERZURUMLUOĞLU**, Erzan; *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Yetkin Yayınları, B.5, Ankara 2015.
- ESSER**, Josef; *Schuldrecht Besonderer Teil (Bd. II)*, Verlag C. F. Müller, 4. Aufl., Karlsruhe 1971.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin; *Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akin Muhtelif Nevileri Cilt I*, Fakülteler Matbaası, B.4, İstanbul 1980.

- FUCHS-WISSEMANN, Georg; *“Ist § 17 KO auf den Stromlieferungsvertrag anwendbar?”*, Neue Juristische Wochenschrift, S. 1-2, 1984, s. 27-28.
- FUCHS-WISSEMANN, Georg; Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessivlieferungsvertrag, Diss., Marburg 1980, (SLV).
- GAIER, Reinhard; Anpassung und Beendigung von Verträgen (§313-§314), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil, C.H.Beck, 7. Aufl., München 2016, 1878 ff., (MüKoBGB/GAIER).
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni; Borçlar Hukuku İkinci Kısım-Aktin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, B.3, İstanbul 2013.
- HERRESTHAL, Carsten; *“Leistungsstörungen bei Sukzessivlieferungsverträgen”*, Zeitschrift für das Juristische Studium, 2008/1, s. 1-12.
- HERZOG, Nicolas R.; Der Vorvertrag im schweizewrischen und deutschen Schuldrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1999.
- HONSEL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Stämpfli Verlag AG, 9. Aufl., Bern 2010.
- HORSTEMEIER, Gerrit; Der Sukzessivlieferungsvertrag in Praxis und Rechtsprechung, Dissertation zur Erlangung des Akademischen Grades Doctor iuris, 2016.
- HUBER, Michael; Besonderheiten einzelner Vertragstypen (§36), Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch, C.H. Beck, 5. Aufl., München 2015, (GOTTWALD/HUBER).
- HUGUENIN, Claire; Obligationenrecht Besonderer Teil, Schulthess Juristische Medine AG, 3. Aufl., Zürich 2008.
- HURLIMANN, Hans; Der Sukzessivlieferungs Kaufvertrag, Stämpfli & Cie, Bern 1940.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephane; Besondere Arten des Kaufs (Art. 184), Handkommer zum Schweizer Privatrecht (Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe), Schulthess Verlag, 2. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2012, (HANDKOMMER/HRUBESCH-MILLAUER).

- KAHVECİ**, Nalan; Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Adalet Kitabevi, Ankara 2014.
- KANİTİ**, Salamon; Akdin İfa Edilmediği Def'i, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1962.
- KAPANCI**, Kadir Berk; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- KAZĞURT**, Ahmet; "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, 100. Özel Sayısı, 2014, s. 275-284.
- KELLER**, Max/SIEHR, Kurt; Kaufrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, 3. Aufl., Zürich 1995.
- KOLLER**, Alfred; Allgemeine Bestimmungen (Art. 184), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Helbing Lichtenhahn Verlag, 6. Aufl., Basel 2015, (BaslerKomm/KOLLER).
- KORKMAZ**, Yakup; "Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi ve Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması", MÜHF-HAD, Cevdet Yavuz'a Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım, II. Cilt, Özel Sayı, İstanbul 2017, s. 1843-1888.
- KUNTALP**, Erden; Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.
- MINDİZ**, Emine; "Roma Hukukunda Alım-Satım (Emptio-Venditio) Sözleşmesinde Satıcının Hukukî Ayıplardan (Evictio) Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, S. 46, 2013, s. 7-12.
- MOLITOR**, Erich; Schuldrecht I Allgemeiner Teil, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 8. Aufl., München und Berlin 1965.
- MÜLLER**, E.; "Der Sukzessivlieferungsvertrag", dans Gruchots Beiträge, Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Jg. 50, 1906, s. 508-541.
- ÖZ**, Turgut; "Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler", Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 854-874.
- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa; Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, (Ayıp).

- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa; *“Viyana Satım Sözleşmesinde ve Türk Borçlar Kanununda Muayene Yükümlülüğü”*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Sözkesen Matbaacılık, Ankara 2015, s. 461-528, (Muayene).
- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa; *“Türk Borçlar Kanunu’na ve Milletlerarası Satım Sözleşmesine Göre Ayıbın İhbar Edilmesi”*, MÜHF-HAD, Cevdet Yavuz’a Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım, II. Cilt, Özel Sayı, İstanbul 2017, s. 2305-2348, (Ayıp İhbarı).
- ÖZTAŞ**, İlker; *“Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Taşınır Satışında Alıcının Ayıplı Satılanın Değiştirilmesini Talep Hakkı”*, MÜHF-HAD, C.22, S.2, 2016, s. 331-364.
- PALANDT**, Otto; *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H. Beck, 76. Aufl., München 2017.
- PEKMEZ**, Cüneyt; *“Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları”*, TAAD, Y.6, S.20, 2015, s. 523-565.
- SAUTER**, Daniel; *Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1982.
- SELİÇİ**, Özer; *Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.
- SERRONA**, Augustin Luna; *“Geltungsbereich und Begriffsbestimmungen”*, EU-Kaufrechts-Richtlinie Kommentar, H.v.: Stefan Grundmann/Cesare Massimo Bianca, Otto Schmidt Verlag, Köln 2002, (SERRONA-Art. 1).
- SCHULZE**, Götze; *Vertrag (§§145-157)*, Nomos Kommentar BGB Allgemeiner Teil/EGBGB, Bd. 1, Nomos Verlagsgesellschaft, 3. Aufl., Baden 2016, (NK-BGB/SCHULZE, §§ 145-157, Rn.)
- SCHWARZE**, Roland; *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB-Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 315-326 (Leistungsstörungsrecht 2)*, de Gruyter, Neubearbeitung, Berlin 2015, (STAUDINGER-SCHWARZE 2015).
- ŞAHİN**, Turan/**KIZIR**, Mahmut; *“6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar İle Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler”*, Terazi Hukuk Dergisi, S.89, 2014, s. 68-78.

- TANDOĞAN**, Halûk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, Vedat Kitapçılık, B.6, İstanbul 2008, (Cilt I/1).
- TUNÇOMAĞ**, Kenan; Türk Borçlar Hukuku II. Cilt Özel Borç İlişkileri, Sermet Matbaası, B.3, İstanbul 1977.
- VETSCH**, Gottlieb; Der Sukzessivlieferungsvertrag, Langensalza, Zürich 1924.
- VON SCHEVEN**, Michael; Der Sukzessivlieferungsvertrag (Eine rechtvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht, zum Haager Einheitlichen Kaufrecht und zum UN-Kaufrecht), Peter Lang, Main 1984.
- WENTLAND**, Holger; *“Das neue deutsche Schuldrecht”*, Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 339-352.
- WESTERMANN**, Harm Peter; Sukzessivlieferungsvertrag und andere Rahmenverträge (§433), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht-Besonderer Teil I (§§433-534), C.H. Beck, 7. Aufl., München 2016, Rn. 32-34, (MüKoBGB/WESTERMANN).
- YAVUZ**, Cevdet; Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1989, (Ayıp).
- YAVUZ**, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayım Dağıtım, B.10, İstanbul 2014, (Özel).
- YAVUZ**, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Basım Yayım Dağıtım, B.14, İstanbul 2016.
- YILDIRIM**, Mustafa Fadıl; *“Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?”*, GÜHFD, C.XVII, S.1-2, 2013, s. 1049-1059.
- YÜCER AKTÜRK**, İpek; Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- ZEVKLİLER**, Aydın/ **GÖKYAYLA**, K. Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, B.16, Ankara 2016.

ROMA HUKUKUNDA REHİN SÖZLEŞMESİ VE LEX COMMISSORIA YASAĞI*

Arş. Gör. Nurtaç ENDES**

PIGNUS AND LEX COMMISSORIA PROHIBITION IN THE ROMAN LAW

ÖZ

Rehin, bir alacağın güvence altına alınmasına yarayan, borçlu veya üçüncü bir şahıs tarafından temin edilen, alacaklının, borçlu tarafından tatmin edilmemesi halinde rehin konusu malın zilyetliğini kazandığı, alacaklının söz konusu malı satıp, satış bedeli üzerinden alacağını elde etme imkânı bulduğu bir sınırlı aynî hakkı ifade etmektedir.

Rehin, bünyesinde rehin hakkı ve rehin sözleşmesini de barındıran bir kavram olarak karşımıza çıkar. Bu bakımdan, rehin hakkı ve rehin sözleşmesi kavramları birbirinden farklıdır. Günümüz hukukunda aynî teminat içinde

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.11.2017

Kabul Edildiği Tarih: 03.09.2018

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.358532](https://doi.org/10.15337/suhfd.358532)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

E-mail Adresi: nurend@gmail.com

ORCID ID: [0000-0001-9548-0761](https://orcid.org/0000-0001-9548-0761)

değerlendirilen bu kavramların temelde Roma Hukuku'na dayandığı görülmektedir. Sadece bu kavramlar değil, rehin alanın rehinle teminat altına aldığı alacağını tahsil edememesi halinde, rehin konusu mal üzerindeki hâkimiyetinin ve yetkisinin sınırını açıklayan *lex commissoria* yasağı da Roma Hukuku'nda doğmuş ve Türk Medeni Kanunu'muza yerleşmiş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu nedenle, bu makalede öncelikle rehin hakkı ve rehin sözleşmesi kavramları arasındaki fark ele alınmış, daha sonra Roma Hukuku'ndaki rehin sözleşmesine dair esaslar ve özellikle *lex commissoria* yasağı, günümüz hukuku ile de bağlantılı olarak açıklanmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Rehin, Rehin Hakkı, Rehin Sözleşmesi, Lex Commissoria Yasağı, Rehin Paraya Çevrilmesi.

ABSTRACT

The pledge represents a limited real right which is obtained by debtor or the third party; guarantees a claim; allows creditor to acquire the possession of property in pledge in case of not satisfied by debtor; enables creditor to sell the property and to get the claim upon sale price.

*The pledge is regarded as a concept which contains the right of pledge and pledge agreement in itself. In this regard, the concepts of pledge agreement and the right of mortgage are different from each other. In today's law, it is seen that these concepts which are evaluated in collateral security, are essentially based on Roman Law. In case pledgee do not collect the pledge - guaranteed claim, not only these concepts but also *lex commissoria* prohibition is known as a concept which explains the dominance on property in pledge and the boundary of the authority, has been originated in Roman Law and established in Turkish Civil Code.*

*For this reason, in this article primarily the difference between the concepts such as the right of mortgage and pledge agreement was discussed and then principles concerning the pledge agreement in Roman Law and especially *lex commissoria* prohibition was explained in connection with today's law.*

KEYWORDS: Pledge, Right of mortgage, Pledge contract, Lex commissoria prohibition, Foreclosure.

GİRİŞ***

Birçok alanda günümüz hukukuna katkısı bulunan Roma Hukuku, aynı teminat vasıtası olarak kabul edilen rehin sözleşmesiyle de modern hukuka kökenlerini salmıştır. Roma Hukuku'nda kişiye duyulan güvenin ticari ilişkilerde önem arz etmesi sebebiyle, şahsî teminat öncelikli olarak uygulama alanı bulsa da ilerleyen süreçte ihtiyaçlar doğrultusunda aynı teminatlara da başvurulduğu görülmektedir. Bu kapsamda rehin sözleşmesi, ortaya çıkışı itibariyle hukuki korumadan yoksun bir durumda olsa da sonraki dönemlerde *praetorlar'*ın faaliyetleri doğrultusunda, aynı sözleşmeler arasında yer alan bir teminat hâlini almıştır.

Roma Hukuku'nda rehin sözleşmesi için öngörülen bazı esaslar modern hukukta değişikliğe uğramış olsa da rehin hakkı (*hypoteca*), rehin sözleşmesi (*pignus*) ve rehin sözleşmesinde borcun ödenmemesi halinde, rehin konusu malın mülkiyetinin rehin alana geçmesinin yasaklanması ile ortaya çıkan *lex commissoria* yasağı Türk Medeni Kanunu'nda açıkça hüküm altına alınmak suretiyle günümüz hukuk sisteminde de korunmuştur.

Hukuku'muzda rehlin paraya çevrilmesi usulü, Roma Hukuku'ndaki *lex commissoria'*nın, yani; teminat altına alınan alacağın tahsil edilememesi halinde rehin konusu malın mülkiyetinin rehin alana geçmesi kuralının yasaklanması ile getirilmiş bir usuldür. Rehlin paraya çevrilmesi usulü, ortaya çıkışı itibariyle *lex commissoria'*nın adaletli bir sistem olmadığı, rehin verenin borçlu olduğu meblağdan daha fazlası ile sorumlu tutulması neticesini doğurduğu gerekçesi ile getirilmiştir. Çalışma konumuzu oluşturan, "Roma Hukuku'nda Rehin Sözleşmesi ve Lex Commissoria Yasağı'nın seçilmesinin nedeni, Roma Hukuku'ndaki rehin kurumunun günümüze taşınması, rehin sözleşmesinin sonucu olarak ortaya çıkan *lex commissoria'*nın yasaklanması, Türk Medenî Kanunu'nda da açıkça öngörülmüş olan bu yasağın İcra ve İflas Kanunu'muzda düzenlenmiş olan rehlin paraya çevrilmesi yolunun temelini oluşturmasıdır.

Çalışmamızda öncelikle rehin hakkı ve rehin sözleşmesi kavramları karşılaştırılarak, rehin sözleşmesinin Roma'daki yeri üzerinde durulmuştur. Daha sonra, rehin sözleşmesinin tarihsel gelişimi anlatılmış ve sözleşmeye dair genel esaslar; kurulması, şartları, tarafları, şekli ve muhtevası alt başlıklarında

*** Kısaltmalar: B., Bası; C., Cilt; Çev., Çeviren; D., Digesta; dpn., dipnot; E.T., Erişim Tarihi; Gai. Ins., Gaius Institutiones; Ius. Ins., Iustinianus Institutiones; İİK., İcra ve İflas Kanunu; m., madde; MS., Millattan Sonra; TMK., Türk Medenî Kanunu.

incelenmiştir. Konumuzun önemli ikinci kavramı olan *lex commissoria* ve *lex commissoria* yasağı rehin sözleşmesinin muhtevası içinde ele alınmıştır. Son bölümde ise Roma Hukuku'ndaki rehin sözleşmesinin günümüz hukukuna etki eden hususları tek bir başlık altında toplanmıştır.

I. REHİN HAKKI İLE REHİN SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI VE REHİN SÖZLEŞMESİNİN ROMA HUKUKU'NDAKİ YERİ

Esas itibarıyla bir borç ilişkisinde taraflar, borç ilişkisine girdiği kişinin malvarlığına, dürüstlüğüne, toplumdaki kişiliğine güvenmektedir. Ancak, tarafların birbirini çok iyi tanımadığı, birbiriyle ilgili fazla bilgi sahibi olmadığı durumlarda, güvenin az olmasına bağlı olarak alacaklının alacağını güvence altına almak için borçludan teminat istediği görülmektedir. Bu bakımdan alacaklının borçludan isteyebileceği teminat, şahsî (kefalet, kredi vekâleti, başkasının borcunun diğer hukuki şekillerde taahhüt edilmesi) ve aynî (rehin, ipotek, *fiducia*) teminat olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Söz konusu aynî ve şahsî teminat ayrımının günümüz hukukunda olduğu gibi Roma Hukuku'nda da var olduğu görülmektedir¹.

Aynî teminat halinde, alacaklı başkasına ait bir mal üzerinde aynî hak kazanmaktadır. Alacaklı, sahip olduğu bu aynî hakkı gerek o malın malikine, gerekse malı elinde bulunduran üçüncü kişilere karşı da aynî bir dava ile ileri sürebilecektir².

İktisadî hayatta rehin, şahsî krediye karşılık aynî kredi vasıtası olarak görülmekte, alacaklı borçlunun şahsını veya malvarlığını nazara alarak değil, rehin gösterilen mala göre kredi vermektedir³. Rehin, borçlu veya üçüncü bir kişi tarafında bir alacağın güvence altına alınmasına yarayan bir sınırlı aynî haktır. Alacaklı, rehin ile rehin konusu malın zilyetliğini kazanır ve borçlu tarafından tatmin edilmemesi halinde rehine konu olan malı satıp, satış bedeli üzerinden alacağını elde etme imkânı bulur. Rehin, bir alacağına bağlı olarak

¹ **Erdoğan**, Belgin, Roma Eşya Hukuku, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul 2015, 118, (**Erdoğan**, Eşya); **Tahiroğlu**, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005, 141; **Erdoğan**, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, 149, (**Erdoğan**, Borçlar); **Oğuzoğlu**, Cahit, Roma Hukuku, Ankara 1959, 283; **Çelebican**, Ö. Karadeniz, Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış 5. B., Ankara 2015, 280.

² **Erdoğan**, Eşya, 118.

³ **Koschaker**, Paul/ **Ayiter**, Kudret, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983, 175.

doğar ve devam eder; bu sebeple, alacağın ortadan kalkması ile rehin de ortadan kalkar. Bu durum göstermektedir ki; rehin, bir fer'î haktır⁴.

Çalışma konumuz gereği rehin sözleşmesine dair bilgiler detaylı olarak anlatılmadan önce, rehin hakkı ve rehin sözleşmesi arasındaki farkın açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öncelikli olarak rehin hakkı, başkasına ait bir mal üzerinde mevcut, sınırlı bir aynî hakkı ifade etmektedir. Sözü geçen mal, herhangi bir mal değil, üzerinde teminat gösterilmiş maldır. Malın üzerinde teminat göstermeye ise “rehin hakkı (*pignus- hypotheca*)⁵” denilmektedir. Sınırlı, fer'î bir aynî hak olan rehin hakkının doğması için üç şartın bir araya gelmesi gerekmektedir. Mal, rehin verenin mülkiyetinde olmalı; rehinle teminat altına alınan bir alacak olmalı ve malın rehin teşkil edeceğine dair rehin alan ile rehin veren arasında bir anlaşma (*pactum pignoris, conventio pignoris* veya *pactum hypotheca*)⁶ yapılmalıdır. Yapılan bu anlaşma malın

⁴ **Koschaker/ Ayiter**, 174, 175; **Umur**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, 151, (**Umur**, Ders Notları).

⁵ Roma hukukunda rehin hakkı için “*pignus* ve *hypotheca*” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Kaynaklara bakıldığında terim birliği bulunmamaktadır. Klasik hukukçuların iki terimi birbirinden kesin çizgilerle ayırmadığı, her iki terimi de tek bir kavram olarak ifade ettikleri görülmektedir. Hukukçu Iulianus’tan itibaren Doğu hukuklarının etkisiyle, Yunanca kökenli olan *hypotheca*’nın, genelde şekle bağlı olmayan bir rehin anlaşmasına (*pactum hypotheca*) dayanan zilyetsiz (teslimsiz) rehin için kullanıldığına işaret edilmektedir. Aynı zamanda, kaynaklarda *hypotheca*’nın genel anlamda rehin hakkı için de kullanıldığı ifade edilmektedir. Bununla beraber *pignus* da teslimsiz rehni ifade edebilir. Günümüzde de taşınır üzerinde zilyetliğin geçirilmesi yoluyla kurulan aynî teminata rehin, taşınmazlar üzerinde rehin hakkının tapu siciline işlenmesi suretiyle tesis edilen aynî teminata ise ipotek denilmektedir. Roma’da ise bu terim ayrımı, taşınır taşınmaz mal ayrımı dikkate alınarak değil; zilyetliğin nakledilip nakledilmemesine göre yapılmaktaydı. **Erdoğan**, Eşya, 122, dñn. 19; **Koschaker/ Ayiter**, 179; **Umur**, Ders Notları, 347; **Umur**, Ziya, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul 1983, 162, 163, (**Umur**, Eşya); **Tahiroğlu**, 176; Hukukumuzda teslimsiz rehin; yani, ipotek taşınmazlar üzerinde kurulmakla beraber bunun dışında gemiler, uçaklar ve çiftlik hayvanları, özel bir sicile tescil edilerek tıpkı taşınmazlar gibi teslimsiz rehnedilebilmektedir. Aynı zamanda, bir ticari işletmeye dahil sayılan taşınır eşyaların da sadece tescille teslimsiz olarak rehnedilmesi mümkündür. **Serozan**, Rona, Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 2014, 347.

⁶ Tarafların bir malın alacağı karşılık teminat gösterileceğı hususunda anlaşmaları; yani, *consensus*’u rehin akdinin kurulması için yeterli değildi. Tarafların anlaşması ile henüz bir aynî akit kurulmamıştır; ancak, aynî akit yapılması için bir ön akit (*pactum de*

rehin teşkil edeceğine dair bir anlaşmadır. Eğer ki; alacaklı, üzerinde rehin kurulacak malı kendi nezdinde bulundurmamak istiyorsa; bir başka ifade ile rehin, teslim ile tesis ediliyorsa, rehin sözleşmesi/ rehin akdi (*pignus datum*)⁷ yapılması gerekmektedir. Yapılan rehin sözleşmesi malın rehin teşkil edeceğine dair anlaşmayı (*pactum pigniros*) da içermektedir. Rehin veren, malın mülkiyetine sahip değilse rehin hakkı doğmayacak; ancak, rehin sözleşmesi meydana gelmiş olacaktır⁸.

Günümüz hukukunda rızâî sözleşmelerden olan rehin sözleşmesi (*pignus datum*), Roma Hukukunda ise rehin sözleşmesi aynî sözleşmelerdendi. Roma Hukukunda aynî sözleşmeler günümüzdeki aynî sözleşmelerden farklı bir mahiyet arz etmekte ve sözleşmeye konu malın teslimini gerekli kılmaktaydı. Böylece zilyetlik, rehin alan alacaklıya geçmekteydi. Sözleşmenin konusunu taşınır veya taşınmaz mallar oluşturabilirdi⁹. Bir taşınır veya taşınmaz üzerinde, teminat borçlusunun malın üzerinde teminat gösterilmesini istediği, fakat malı alacaklıya teslim etmek istemediği zaman da rehin hakkı tesis edilebilirdi¹⁰. Bu durumda da taraflar rehin anlaşması

contrahendo) meydana gelmiştir. **Karaman**, Başak, Roma Hukukunda Kefalet Akdi, İstanbul 2008, 15, 51.

⁷ “*Pignus datum*”, kısaca *pignus*’ta borçlu tarafından alacaklıya alacağı teminat olması amacıyla bir malın zilyetliği verilmekteydi. İlk zamanlarda sadece borçlunun borcunu ödeyinceye kadar, mallarını kullanmasını önleme işlevi gördüğü kabul ediliyordu. Çünkü, alacaklı hem malları satmıyor, hem de mülkiyetini de kazanamıyordu. Alacaklının mallar üzerindeki fiili egemenlik olarak gözükken tasarruf yetkisi zamanla *Praetor* tarafından zilyetliğe dönüştü. Bu şekilde zilyetliğin ihlal edilmesi halinde sınırlı bir koruma sağlanmaya çalışıldı. Sonraları, *praetor*’ların faaliyetleri sonucu “*Contractus Pigneraticius*” adı verilen rehin akdi/ rehin sözleşmesi gelişti ve *Ius Civile* tarafından da iyiniyete bağlı eksik iki taraflı bir aynî akit kabul edildi. Bu akitle, sadece borçlunun teminat gösterdiği mal üzerinde zilyetlik kazanan alacaklı, rehin gösterilen mal üzerinde bir aynî hakka, rehin hakkına sahip oluyordu. **Çelebican**, 285, 286.

⁸ **Umur**, Ders Notları, 346; **Salvatore Di Marzo**, (Çev. Ziya Umur), Roma Hukuku, İstanbul 1954, 287, (**Marzo**, Roma Hukuku).

⁹ Iustinianus hukukunda henüz kurulmamış bir intifa hakkı, kurulacak köy irtifakları, üzerinde uzun vadeli kira veya üst hakkı tesis edilmiş araziler, bir sürü, bütün bir malvarlığı rehne konu edilebilirdi. **Marzo**, Roma Hukuku, 287.

¹⁰ D.13.7.1pr. (*Ulpianus libro quadragensimo ad Sabinum*)/(Ulpianus’un Sabinus şerhinin 40. Kitabından): “*Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est...*” (“Rehin sadece traditio ile değil, fakat aynı zamanda yalnız *conventio* ile *traditio* olmasa bile aktedilir...”), **Karaman**, 52.

(*conventio pignoris* veya *pactum hypotheca*) yapmaktaydılar. Taraflar, teminat olarak gösterilen malın alacaklıya teslim edilmeksizin alacağına teminat teşkil edeceğine dair anlaştıkları andan itibaren, mal borçluda kalmakta ve alacaklı da o mal üzerinde bir rehin hakkına sahip olmaktadır¹¹.

Rehin sözleşmesinde (*pignus*), rehin veren veya üçüncü bir şahıs, alacaklının gerektiğinde rehin konusu mal üzerinden alacağını elde etmesi amacıyla ve borcu garanti altına almak üzere bir malın zilyetliğini rehin alana, alacaklıya devretmekte ve borç ödenmediği zaman alacaklı bu malı paraya çevirerek alacağını elde etme imkânı bulmaktadır¹². Rehin sözleşmesi, teminat amaçlı bir sözleşmedir. Teminat sözleşmeleri geniş anlamda- dar ve teknik anlamda teminat sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır¹³. Rehin sözleşmesi de dar ve teknik anlamda bir teminat sözleşmesidir ve bir borcun ifa edilmemesi rizikosunun üstlenildiği sözleşmeleri ifade etmektedir. Aynî teminat sözleşmelerinde, alacaklının borçluya veya üçüncü bir kişiye ait malvarlığı unsurları üzerinde herkese karşı ileri sürebileceği bir hak sahibi olması amaçlanır. Kendisine borçlusu tarafından aynî teminat verilmiş olan alacaklı, bu teminatı paraya çevirmek suretiyle alacağını elde etmeyi amaçlarken, borçlunun başka alacaklılarının varlığı halinde de onlara karşı öncelikli bir konuma sahip olacaktır. Bir eşya veya hakkın teminat amaçlı devredilmesi borcunu doğuran sözleşmeler aynî teminat sözleşmesi olarak adlandırılacağı

¹¹ **Tahiroğlu**, 176, 177; **Umur**, Ders Notları, 347.

¹² **Akinci**, Şahin, 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku, 7. B., Konya 2017, 105, (**Akinci**, Roma Borçlar); **Rado**, Türkân, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 11. Basıdan 14. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2018, 63.

¹³ Geniş anlamda teminat sözleşmesi, bir kimsenin bir başkasının karşı karşıya olduğu bir tehlikeyi üzerine aldığı sözleşmedir. Söz konusu tehlike bir kimsenin malvarlığı ile ilgili bir zararın ortaya çıkması olasılığıdır ki; bu zarar olasılığı malvarlığı ile ilgili bir kayba sebep olabileceği gibi bir kazancın gerçekleşmemesine, ekonomik anlamda yarar getirecek bir beklentinin boşa çıkmasına da ilişkin olabilir. Bir kimse üzerinde doğacak olan bu zarar olasılığının başka bir kişi tarafından üstüne alınması ile teminat sözleşmesi yapılmış olur. Sözleşmede, teminat veren, zarar verici olgu ortaya çıktığı takdirde teminat verilen kimsenin uğrayacağı zararı karşılayacağını taahhüt etmektedir. **Özen**, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. B., İstanbul 2014, 1; **Günel**, Onur Kerem, Lex Commissoria Prohibition, 8, (www.ogunel.av.tr/LEX%20COMMI%20SSORIA%20YASAGI, E.T. 23.03.2015).

gibi, bir eşya veya hak üzerinde rehin hakkı kurma borcu doğuran sözleşmeler de aynî teminat sözleşmesi niteliği taşımaktadır¹⁴.

Rehinin sağladığı teminat, alacaklıya rehin konusu malın değerinden alacağını öncelikle elde etme yetkisi vermesidir. Bu bağlamda; rehin, malın kendisine, mülkiyetine yönelen bir hak değildir, malın değerine yönelen bir haktır¹⁵.

Roma Hukuku'nda rehin sözleşmesinin yeri ifade edilecek olursa, Eski Roma Hukuku'nda rehin, borç verilen ve asıl edimin yerini tutan geçici bir edim şeklinde görülmekteydi. Borçlu, bir malı rehinden kurtarmak bozucu şartı altında alacaklıya vermekteydi. Mal, borç ödenmek kaydı ile rehinden kurtarılırsa rehinli malın mülkiyeti rehin verene geri dönerken, kurtarılamazsa borcun değerine bakılmaksızın kayıtsız ve şartsız alacaklının mülkiyetinde kalmaktaydı¹⁶. Günümüz hukuk sistemlerinde aynî teminatın şahsî teminata nispeten daha çok önem arz ettiği görülürken¹⁷; Roma Hukuku'nda, özellikle

¹⁴ Dar ve teknik anlamda teminat sözleşmesinin ikinci türü olan teminat sözleşmeleri ise kişisel teminat sözleşmeleridir. Borcun ifa edilmemesi riskinin borçlu dışında bir üçüncü kişi tarafından üstlenildiği durumda kişisel teminat sözleşmesi karşımıza çıkmaktadır. Bunlar da kefalet ve teminat amaçlı garanti sözleşmeleridir. Borcun ifa edilmemesine bağlı riziko, borcun geçerliliği ve devamından bağımsız olarak üstleniliyorsa, teminat amaçlı garanti sözleşmesinden; verilen kişisel teminat asıl borcun geçerliliğine ve devamına bağlı ise kefalet sözleşmesinden bahsedilmektedir. **Özen**, 2, 6, 7.

¹⁵ **Kurt**, Fatma, Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi İle İlişkisi) Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, 2008/ 1, 129, (www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20081/ibd20081110.pdf, E.T. 23.03.2015).

¹⁶ Doktrinde, Roma'daki rehin sisteminde mutlak bir surette borcun bulunmasının bile şart olmadığı, zira borçlunun rehinli malı kurtarma yetkisine sahip olduğu, fakat; bunu yapmakla yükümlü olmadığı ifade edilmektedir. Rehin yanında, borç için özel bir mamelekî sorumluluğun bulunmasına da gerek olmadığı, rehin ile alacak arasında değer açısından bir oran imkânı sağlamaya yönelik olarak rehinli malın satılması kurumunun doğuşunun ise tarihi süreçte daha yeni olduğu belirtilmektedir. **Koschaker/ Ayiter**, 175.

¹⁷ Günümüzde şahsî teminat da sıkça kullanılmakla birlikte aynî teminatın öncelikli olarak tercih edildiği görülmektedir. Zira, rehin hakkı, borçlunun iflası veya aczi durumunda alacaklılara teminata konu olan malları daha kolay paraya çevirebilme olanağı sağlamaktadır. Ayrıca, aynî teminatlar borçlunun aczi veya ödeyememe durumu

ilk dönemlerde şahsi teminata daha fazla değer verilmekteydi¹⁸. Bunun bir sebebi aynî teminat olarak rehlin ileri devirlerde ortaya çıkmasıdır¹⁹. Aynî teminatın konusu olan, en değerli nesne konumundaki taşınmaz malların üzerindeki aynî hakların mevcudiyetini tespit eden sicillerin Roma Hukuku'nda olmaması da aynî teminata olan güveni zayıflatmıştır. Ayrıca, rehin hakları konusunda açıklığın sağlanamaması ve teslimsiz rehlin yapılabilmesi de şahsî teminatın rehin hakkına tercih edilmesine neden olmuştur. Aynî teminatın teslim şartı olmaksızın dahi kurulabiliyor olması, aleniyeti ortadan kaldırdığı için bir taşınmaz üzerinde mülkiyet veya başkaca bir aynî hak tesis eden kişiyi, daha önce bu mal üzerinde aynî teminat bulunup bulunmadığını tespit etme imkânından da mahrum bırakmaktaydı. Rehin hakkı, Cumhuriyet'in son yıllarında rehin konusu mal alacaklıya teslim edilmeden kurulmaya başlandı. Sonraları, kanuna dayanan ipotek kendiliğinden üstün konuma geldi ve ayrıcalıklı kabul edildi²⁰.

II. REHİN SÖZLEŞMESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

Roma Hukuku'nda önceleri rehin sözleşmesinin bilinmediği görülmektedir²¹. Roma Hukuku'nun tarihi gelişimi incelendiği takdirde, aynî teminat vasıtası olarak iki usul kullanılmıştır. Bunlardan en eski olanı "*fiducia*"

halinde alacaklıları, kefile ayrıca talep ve dava açma yükünden de kurtarmaktadır. **Gürten**, Kadir, Roma Hukukunda Kefalet Akdi, Ankara 2007, 72; **Çelebican**, 281.

¹⁸ Roma Hukuku'nda şahsî teminatın önem taşımasının sebepleri sayılacak olursa, öncelikli ve en önemli olanı, Roma toplumunda en çok önemsenen değer olan dostluk ve güven ilişkisidir. İnsanlar arasındaki bu dostluk ve güven ilişkisinin doğurduğu dikkat ve titizlik gerektiren sorumluluk duygusu hukuki boyutta da şahsî teminatı ön plana çıkardığı ve kefaletin sözlü sözleşmeler altında düzenlendiğinin göstergesidir. Roma'da arkadaşlık ilişkileri güveni gerektirdiği için insanlar birbirlerine kefil olmayı bir "*officium*" (görev) olarak kabul ediliyordu. Bir diğer sebep, şahsî teminata borcun ödenmesinde şahsi varlığı ile sorumlu olan kişilerin, kişisel ifanın zorlayıcılığı ile borcun tamamının ödenmesini sağlıyordu. Son olarak, Roma Hukuku'nda şahsî teminat, aynî teminata nispeten daha tatmin edici kabul edilmesidir. Aynî teminata olan güven ve faydalı olacağı anlayışı halkın gereksinimleri neticesinde zayıflamıştır. **Tahiroğlu**, 141; **Çelebican**, 281, 282; **Gürten**, 72, 73.

¹⁹ Ayrıca, menkul mal zenginliğinin artması, ferdî toprak mülkiyetinin yayılması gibi sebepler süreç içerisinde aynî teminatın önem kazanmasına sebep olmuştur. **Erdoğan**, Borçlar, 149; **Gürten**, 71.

²⁰ **Tahiroğlu**, 141; **Gürten**, 72, 73; **Erdoğan**, Eşya, 118.

²¹ **Akıncı**, Roma Borçlar, 106.

adı verilen, inançlı sözleşme olan ve teminat gösterilen şeyin mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio*²² ile rehin alana devredildiği muameledir. Rehin alan, mülkiyetini devralmış olduğu rehin konusu malın mülkiyetini borcun ödenmesi halinde rehin verene nakletmeyi taahhüt etmektedir²³.

Inançlı sözleşme niteliğinde olan ve rehin teminatı sağlamak amacıyla, alacaklı ile yapılan *fiducia* türüne “*fiducia cum creditore*” denilmektedir. Bir

²² *Mancipatio*, Roma vatandaşı olan veya en azından *ius commercii*'ye sahip bulunan iki taraf arasında yapılan, sadece *res mancipi* malların devredilmesini sağlayan tipik bir işlemdir. *Mancipatio*'nun *Ius Civile*'de peşin satış için düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu devir işleminin en az sekiz kişinin hazır bulunması kaydıyla, malı devralacak olan ile devredecek kişinin, şahitlik yapacak en az beş tane baliğ, Roma vatandaşının ve terazi tutmak için baliğ bir Roma vatandaşının huzurunda yapılması gerekmektedir. Alıcının “bu malı *Quirites* hukukuna göre bana satılmış olduğunu beyan ediyorum” demesi üzerinde, teraziye tutanın, iktisap edene, eski devirlerde basılı para olmadığı için bir maden külçesi vermesi, onun da bunu teraziye vurduktan sonra para gibi malı devredene vermesi ile devir işlemi tamamlanmaktaydı. Mal taşınır ise devir işlemi yapılırken orada hazır bulundurulmalıydı, taşınmaz ise uzakta bulunabilirdi. *Res mancipi* malların bir başka devir şekli olan *in iure cessio* ise rahip hukukçular tarafından *legis actio Sacramento in rem*'in farazî bir dava haline getirilmesinden ibaret bir usuldür. *Mancipatio*'dan farklı olarak bu devir şekli ile *res nec mancipi*'lerin de mülkiyeti devredilebilmektedir. İşlem yapılırken malın mülkiyetini devredecek kişiyle iktisap edecek kişi, birlikte *magistra*'nın önüne çıkar, *legis actio sacramento in rem*'de malı iktisap edecek olan davacı durumuna geçer, mala dokunur ve “*Quirites* hukukuna göre bu malın bana ait olduğunu beyan ediyorum.” derdi. Malı devredecek olan malike bu iddiaya karşılık verip vermeyeceği sorulur ve malik de susardı. Bu durumda *magistra*, malı davacı durumunda bulunan kişiye verir ve malın iktisap edene ait olduğunu doğrular. **Akıncı**, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, 11. B., Konya 2017, 299- 301, (**Akıncı**, Roma Dersleri); *Mancipatio* veya *in iure cessio* ile gerçek anlamda bir satış yapılmamaktadır. Zira, bu devir işlemleri ile bir mal, belirli bir meblağ karşılığında alacaklının mülkiyetine geçmekte ve bu paranın ödenmesi ile eşyanın mülkiyetinin tekrar borçluya döneceği hususunda anlaşma yapılmaktaydı. Bu meblağ özel bir borç taahhüdünün konusu olunca *mancipatio*'nun “kuruluş *mancipatio*'su” şeklinde yapılması gerekmektedir. Bu işlem sadece bozucu şarta bağlı mülkiyet devri olarak kabul edilebilirdi; ancak, böyle bir şekil her iki devir şeklinde de yoktu. Söz konusu sorun için geliştirilen çözüm ise alacaklının mülkiyeti üçüncü kişilere karşı bütün etkilerini gösterecek şekilde, şartsız elde etmesiydi. **Koschaker/Ayiter**, 176.

²³ **Rado**, 65, 66; **Akıncı**, Roma Borçlar, 106; **Peter**, Hans/ **Karadeniz**, Özcan, Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler, 532, (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/10204/>, E.T. 17.04.2015); **Karaman**, 25; **Kurt**, 131.

kimsenin kendi malını daha emniyette olması için, mülkiyetini nakletmek suretiyle bir kimseye bırakması yolu ile yapılan sözleşmenin de dostlarla yapılan inançlı sözleşme anlamında, “*fiducia cum amico*” olarak adlandırıldığı görülmektedir²⁴. Bu iki *fiducia* çeşidine *Gaius*’un *Institutiones*’inde de yer verilmiştir²⁵.

Bu sözleşmelerin yanında alacaklı ile borçlu bir sözleşme (*pactum fiduciae*) yaparak alacaklının nasıl hareket edeceğini, mülkiyetin hangi gaye ile devredildiğini belirleyebilmekteydiler. Bu suretle mal kendisine devredilen alacaklının yetkisini aşması halinde emniyeti kötüye kullanmış sayılacağından, haksız fiilden dolayı borçluya karşı sorumlu olmaktadır²⁶.

Fiducia, aynı sözleşme niteliği taşıdığı için, teminat teşkil eden şeyin mülkiyeti teminat alana geçirilmekte, teminat alan da borcun ödenmesi halinde mülkiyeti iade borcu altına girmektedir. Teminat alan, mülkiyeti iade etmezse *fiducia* yolu ile teminat verenin, teminat alana karşı açacağı dava “*actio fiduciae directa*”dır. Bu davanın ağır sonuçları bulunmaktadır. *Fiducia*, güvene dayalı bir sözleşme olduğu için, dava neticesinde teminat alanın şerefsizliğine (*infamis*) hükmedilmektedir. Teminat veren ise bazı hallerde borç altına girmektedir. Teminat alan, aldığı şey sebebiyle bir zarara uğramışsa veya bu şey ile ilgili bir masraf yapmışsa zararının tazmini ya da masrafın ödenmesi için “*actio fiduciae contraria*” açabilmekteydi²⁷.

Eski devirde uygulanan *fiducia* sözleşmesinin birçok sakıncası bulunmaktaydı. Teminat alana mülkiyeti devretmeyi gerektiren bu sözleşme neticesinde borçlu borcunu ödediği zaman teminat verilen şeyin mülkiyeti kendiliğinden eski malike dönmekteydi. Mülkiyeti nakil borcu altında olan teminat alacaklısı *mancipatio* veya *in iure cessio* muamelelerinden birini yapmak suretiyle mülkiyeti devretmek zorunda kalmaktaydı. *Fiducia* ile ilgili bir diğer olumsuzluk ise bu sözleşmeyle mülkiyeti kazanan kimse tam malik

²⁴ Ariyet (*commodatum*) ve vedia (*depositum*) sözleşmelerinin *Ius Civile*’de tanınmamış olduğu eski devirlerde, *fiducia cum amico* ile bir kimse, kullanmak veya saklanmak amacıyla, malın mülkiyetini bir dostuna devretmekte, alan da onu kullandıktan ya da sakladıktan sonra süre sonunda mülkiyeti eski malike devretmek borcu altına girmektedir. **Rado**, 66.

²⁵ **Peter/ Karadeniz**, 530; **Karaman**, 27, 28; Bkz. *Gai. Ins.*, 2, 60. **Gaius Institutiones**, (<http://www.thelatinlibrary.com/gaius2.html#60>, E.T. 13.07.2018).

²⁶ **Akıncı**, Roma Borçlar, 106; **Rado**, 66.

²⁷ **Oğuzoğlu**, 284; **Akıncı**, Roma Borçlar, 106; **Rado**, 66, 67; **Koschaker/ Ayiter**, 177.

durumunda olduğundan teminat sebebiyle aldığı malı üçüncü kişilere devredebileceği gibi alacaklıları da bu malı “*bonorum venditio*” yolu ile sattırabilmekteydi. Teminat veren de malı iktisap eden üçüncü kişilere karşı herhangi bir talepte bulunamayacağı gibi; ancak, teminat alacaklısına karşı bir şahsi dava açabilmekteydi. Bu sebeptir ki; Roma Hukuku’nda ilk teminat vasıtası olarak kullanılmaya başlanılan *fiducia*, yerini *praetor*’lar tarafından getirilmiş olan “*pignus*” adı verilen rehin sözleşmesine bırakmıştır²⁸.

Praetor’lar tarafından öngörülmüş olan *pignus*, zamanla gelişmiş ve *Ius Civile* tarafından da hüsnüniyete bağlı bir aynî sözleşme olarak kabul edilmiştir. *Pignus*’un *fiducia*’dan farkı ise rehin alan rehnedilen mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmaması, rehinli malın sadece zilyedi olmasıdır. *Mancipatio* ve *in iure cessio* muamelelerinin kalkması ile de *fiducia*, uygulamadan tamamen kalkmıştır. *Iustinianus* metinlerinde *fiducia*’ya rastlanmamaktadır²⁹.

III. REHİN SÖZLEŞMESİNİN GENEL ESASLARI

A) REHİN SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE ŞARTLARI

Hem teslim suretiyle kurulan rehinde hem de teslim olmadan kurulan rehinde rehin hakkının geçerli olarak doğabilmesi için üç şartın birlikte bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, malın rehin verenin mülkiyetinde bulunması zorunluluğudur. Bu mülkiyetin *Quirites* mülkiyetinin yanı sıra *praetor* mülkiyeti (*in bonis esse*) de olabileceği kabul edilmektedir. Aynı mal üzerinde *praetor* mülkiyeti ve *Quirites* mülkiyeti farklı kişilere aitse *praetor* mülkiyetine sahip olan kimsenin rehin tesis edebileceği ileri sürülmektedir³⁰.

²⁸ Peter/ Karadeniz, 532, 533; Oğuzoğlu, 284; Akıncı, Roma Borçlar, 107; Rado, 67; Karaman, 17.

²⁹ Rado, 67.

³⁰ Erdoğan, Belgin/ Tahiroğlu, Bülent, Roma Hukuku Pratik Çalışmaları Meseleleri, İstanbul 2014, 100 (Erdoğan/ Tahiroğlu, Roma Hukuku Meseleleri); Aynı mal üzerinde hem *Quirites* hem de *praetor* mülkiyetinin olması halinde *praetor* mülkiyetine sahip olan kişinin rehin tesis edebileceğinin kabul edilmesinin sebebi, *praetor* mülkiyetinin *praetor*lar tarafından önce *defi* (*exceptio rei venditae et traditae*) ile M.Ö. 1. yy.da da “*actio Publiciana in rem*” denilen *praetor* davası ile himaye altına alınarak *Quirites* malikine karşı dahi korunması, söz konusu malın zamanaşımı süresi dolana kadar *praetor* mülkiyeti sahibinin malları arasında sayılmasıydı. Bu durumda *Ius Civile* mülkiyeti içeriği bulunmayan yalın mülkiyete dönüşmekte ve sadece şeklen devam etmekte, mülkiyetin muhtevasına ise *praetor* hukuku maliki sahip olmaktadır. Erdoğan, Eşya, 42- 44.

Malik olmayan kimsenin rehin hakkı tesis edebilmesi mümkün değildir. Bir kimse bir mala malik değilse, o mal üzerinde rehin hakkı tesis edebilmesi için malikin rızası gerekmektedir. Malı rehin olarak alacaklıya teslim eden kimse malik değilse rehin hakkı doğmamakta, ancak Borçlar Hukuku anlamında rehin sözleşmesi kurulmaktadır³¹.

İkinci şart, alacaklı ile aynî teminat veren kişi arasında rehin anlaşması yapılmasıdır. Rehın sözleşmesi anlamına gelen *pignus*, Roma Hukuku'nun ileri devirlerinde inanç sözleşmesi olan *fiducia*'nın sakıncalarını ortadan kaldırmak için, *praetorlar* tarafından tanınmış bir sözleşme olduğu için herhangi bir şekle tabi değildi. Tarafların, teminat gösterilen şeyin rehin veya ipotek teşkil edeceğine dair anlaştıkları andan itibaren alacaklı aynî hakka sahip olmaktadır ve bu hakkını üçüncü kişilere karşı "*actio Serviana*" veya "*actio hypothecaria in rem*" isimli aynî davalar ile ileri sürebilmekteydi. Teslime dayalı rehinde rehin sözleşmesi, tarafları borç altına sokan hüsünüyete tabi bir sözleşmedir ve rehin konusu eşyanın alacaklıya verilmesiyle tamam olmaktadır³². Bu bağlamda, teslim olmadan kurulan rehinde, taraflar arasında bu konuda herhangi bir şekle bağlı olmayan rehin anlaşmasının, *pactum pignoris*, olması yeterli görülmekteydi³³.

Son şart ise rehınle teminat altına alınan bir alacak mevcut olmalıdır. Roma hukukundan bu yana, şahsî alacağı güvence altına alma görevini yerine getiren rehin hakkı, asıl alacağına teminat sağlamak için tesis edildiğinden, fer'î niteliktedir ve varlığı geçerli bir alacağın varlığına bağlıdır. Bu sebeptendir ki, rehin hakkı, asıl alacağın hukukî kaderine tâbidir. Asıl alacak ile bu alacağı teminat altına alan rehin hakkı arasında söz konusu olan bu bağımlılık ilişkisi,

³¹ Rehın hakkının kurulması sırasında malik olmayan borçlu daha sonra malik hale gelirse; örneğın, malın malikine mirasçı olursa, rehin alan rehin hakkını koruyan davayı *utilis* şeklinde açabilmekteydi. (*Acitones Utiles: Ius Honorarium* davalarının bazılarında *praetor*'lar *Ius Civile*'nin tanımadığı bir hakkı, *Ius Civile*'nin tanıdığı bir hakkı kıyas yolu ile genişleterek korumaktaydılar. *Praetor*'lar haksızlığı gidermek için faydalı dava anlamına gelen *acitones utiles*'leri uygulamaya başlamışlardı). **Erdoğan**, Eşya, 122, 123; **Akıncı**, Roma Dersler, 344; **Marzo**, Roma Hukuku, 288.

³² **Rado**, 64.

³³ Rehın anlaşması örtülü olarak da kurulabilmektedir. Postklasik devirde bir makamın verdiği kararla rehin tesis edildiği görülmektedir. *Praetor* rehni, *pignus praetorium* ve *pignus in causa iudicati captum* halleri bir makamın verdiği kararla rehin tesisi olarak yorumlanmaktadır. İlerleyen devirlerde kanuni denilebilecek rehin hakları da uygulama alanı bulmuştur. **Erdoğan**, Eşya, 123, 124.

özellikle hakkın sona ermesinde kendini göstermektedir. Dolayısıyla, asıl alacak sona erdiğinde, TBK. m. 131/l (BK. m. 113/l) gereğince, rehin de kendiliğinden sona erer; yani, alacaklının rehin verenden veya bir üçüncü kişiden geçerli bir alacağı yok ise rehin hakkı ne doğacak ne de devam edebilecektir³⁴.

B) REHİN SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE ŞEKLİ

Rehin sözleşmesi rehin veren ve alan arasında yapılmaktadır. Bu sözleşme ile rehin verenin, rehin alan lehine bir mal üzerinde rehin hakkı tesis etme borcu altına girdiği görülmektedir. Rehin hakkının tesisi ise menkullerde rehne konu olan şeyin rehin alana teslimiyle, gayrimenkullerde ise tescille kurulmaktadır³⁵.

Diğer taraftan borcun ifa edilmemesi halinde rehin alan, rehin sözleşmesinin esas borçlusu haline gelir. Zira, rehin alan sözleşmenin kurulmasıyla teminat altına alınan borcun ifası halinde, rehin konusu malın zilyetliğinin karşı tarafa iadesi hususunda borç altına girmektedir³⁶.

Roma Hukuku'nda rehin sözleşmesinde uygulanan şekli esaslar ifade edilecek olursa, aynı teminat şekli olarak tanınan *fiducia*, bir şeyin *mancipatio* veya *in iure cessio* yolu ile mülkiyetinin devredilmesi ile kurulmaktaydı; ancak, Roma Hukukunda mülkiyetin devredilmesinde şekilciliğin ortadan kalkması ile bu kurum kaybolmuştur. Alacaklı tatmin edilene kadar, alacaklının nezdinde saklaması amacıyla kurulan, daha basit bir teminat vasıtası olan *pignus* ise şekil itibarıyla menkul veya gayrimenkul malın teslimi ile kurulmaktaydı. *Pignus*'un bu şekilde kurulması, bir malla sadece bir alacaklının temin edilmesi neticesini doğurmaktaydı. Bunun üzerine, köy taşınmazlarının kiracıları ile kiralayanları arasındaki ilişkinin düzenlenmesi ile yeni bir teminat vasıtasına ulaşıldı. Rehinle aynı fonksiyona sahip olan, ancak *pignus*'tan veya *datio pignoris* (rehin verme)'ten farklı olarak zilyetliğin alacaklıya geçmesini gerektirmeyen

³⁴ **Dereli**, Zeliha, Lex Commissoria Yasağı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, 9; **Erdoğan**, Eşya, 125.

³⁵ **Akıncı**, Roma Borçlar, 105, 106.

³⁶ **Rado**, 63.

conventio pignoris (rehin anlaşması)³⁷ veya *pignus conventum* ya da sonraki adıyla *hypotheca* birbirinden ayrılmış oldu³⁸.

Rehin sözleşmesinde (*pignus*) ise aynî sözleşme olması sebebiyle iki şartın varlığı gerekmektedir. İlk şartı, taraflar arasındaki *consensus*; yani, tarafların iradelerinin uyuşması oluşturmaktadır. Rızaî sözleşmelerde, sözleşmenin oluşması için *consensus* yeterli görülmektedir. Bunun dışında herhangi bir şeyin yapılmasına, verilmesine ya da bir şekilde uyulmasına gerek yoktur. Rehin sözleşmesinde, *consensus*'un içeriği diğer sözleşmelerden farklıdır. Zira, rehin sözleşmesinde tarafların sadece rehin sözleşmesi yapacaklarına dair anlaşmaları yeterli olmamaktadır. Bunun yanı sıra, tarafların rehin konusu mal ve malın zilyetliğinin alacaklıya geçirileceği, rehinin hangi alacağı teminat altına almak için kurulduğu, rehin konusu malın teminat teşkil ettiği borcun ifa ile veya başka bir sebeple sona ermesi durumunda rehin konusu malın rehin verene geri verileceği hususlarında anlaşmaları gerekmektedir. Tarafların yapacakları bu anlaşma ile rehin sözleşmesi tamamlanmış olmasa da eşya hukuku bakımından taraflar arasında rehin hakkı tesis etmeye yarayan rehin anlaşması (*conventio pignoris*) yapılmış olmaktadır. Rehin sözleşmesinin tamamlanması için tarafların bu hususlarda anlaşmalarının dışında bir de rehin konusu malın zilyetliğinin rehin alana geçirilmesi (*traditio possessionis*) gerekmektedir. Malın zilyetliği rehin alana geçirilmeden rehin sözleşmesi kurulmuş olmayacak, sadece tarafların

³⁷ *Conventio* ile kurulan eşya hukuku anlamında rehinin kurulması için *res'e* yani; rehinin teslim edilmesine gerek yoktu. *Conventio pignoris* yeterliydi. Bu bakımdan *conventio* ve *datum pignoris* birbirinden farklıdır. **Rado**, 64; **Çelebican**, 285, 286.

³⁸ Roma'da âdet olarak, şehir veya köy taşınmazı kiracısı ile kiracının taşınmaza getirdiği kölelerin ve eşyanın kiraya teminat olması için rehin olarak tutması hususunda anlaşma yapılmaktaydı. Bir şehir taşınmazı söz konusu olduğunda, eğer kirayı teminat altına almak için rehin anlaşması yapılmamışsa veya bu anlaşma yapılmış; ancak kira ödenmişse kiralayan, kiracının eşya veya kölelerini alıp götürmesini engelleyemezdi. Köy taşınmazlarındaki bu durumun önemi gereği *praetorlar*, kiracının ödenmemiş olması halinde rehin anlaşması ile alacağı karşılık rehin tutulan köleleri, hayvanı veya eşyayı kiracı nezdinde bulunmak şartı ile zilyetliği sağlayan *Interdictum Salvianum*'u ve teminat gösterilen şeylerin üçüncü kişiden de alınabilmesini sağlayan *actio Serviana* (rehin davası)'yı getirmek suretiyle taşınmaz malikini korumuş oldular. **Marzo**, Roma Hukuku, 285, 286.

aralarında yapmış oldukları rehin anlaşmasına binaen rehin alan o mal üzerinde rehin hakkına sahip olacaktır³⁹.

Rehin tarihi gelişimine bakıldığında *fiducia*'nın şekilci yaklaşımının, mülkiyetin devredilmesinde şekilciliğin kaldırılması ile orantılı olarak terkedilmesi *pignus*'un doğumuna sebep olmuştur. Bu sebeple *pignus*, şekilcilikten uzak, herhangi bir özel şeklin aranmadığı teminat vasıtası olarak karşımıza çıkmaktadır.

C) REHİN SÖZLEŞMESİNİN MUHTEVASI

Rehin hakkının konusunu paraya çevrilmesi mümkün olan maddi şeyler, taşınır veya taşınmazlar, bir malvarlığı, alacak hakları veya intifa hakkı oluşturabilmektedir⁴⁰. Rehin, borçlu tarafından verilebileceği gibi üçüncü bir kişi tarafından da verilebilir. *Fiducia*'dan farklı olarak rehin alan, rehin aldığı malın zilyedi olmakta ve alacağını elde edemediği takdirde rehne konu malı satmak suretiyle (*ius distrahendi*) alacağını tahsil edebilmektedir⁴¹.

İlk devirlerde *pignus* ancak taşınırılar karşılık gösterilmek kaydı ile yapılırken, *Ulpianus*'un metinlerinde daha sonraları taşınmazların da *pignus*'a konu olmaya başladığı görülmektedir. Bu kapsamda Roma ve İtalya'daki araziler *pignus* ile rehin edilebiliyordu⁴². Bu bakımdan rehin konusu yapılacak malın paraya çevrilebilir bir mal olması yeterli görülmekteydi. Maddi nitelik taşıyan malvarlığı, alacak hakları (*pignus nominis*) veya intifa hakkı da rehine konu olabilmekteydi⁴³. *Pignus*'ta, mal üzerinde rehin verenin mülkiyet hakkı devam ettiği için malın mülkiyetinin üçüncü kişilere devri mümkündü. Bunun yanı sıra mal üzerinde rehin hakkını ihlal etmeyecek şekilde diğer aynî haklar da tesis edilebilmekteydi⁴⁴.

³⁹ Karaman, 56- 58.

⁴⁰ Erdoğan, Eşya, 125.

⁴¹ Rado, 64.

⁴² Oğuzoğlu, 285.

⁴³ Özsunar, Erdal, Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus- Hypotheca), 151,(<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz72/PDF/ozsunay5.pdf>, E.T.26.08.2018).

⁴⁴ Erdoğan, Eşya, 127.

1) Rehin Sözleşmesinden Doğan Borç ve Alacaklar

Pignus eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁴⁵. Taraflardan rehin alan, iade ile yükümlü olduğu için her zaman borç altındadır. Rehin verenin borcu ifa edilir ya da herhangi bir sebeple sona ererse, rehin alan zilyedi olduğu rehine konu mal üzerindeki aynî hakkını kaybeder ve malı iade yükümlülüğü altındadır. Rehinle teminat altına alınan borç ödendiği takdirde esas borçlu veya rehin veren üçüncü kişi rehin konusu malın iade edilmesi için “*actio pigneraticia directa*” adı verilen davayı açmak suretiyle rehinin geri verilmesini isteyebilmekteydi. Ancak, rehin alan, rehni zâyî ettiği için malı geri veremiyorsa klasik hukuktaki sorumluluğu “*custodia*” sorumluluğuydu. Nezaret sorumluluğu gereği alacaklı aldığı rehne nezaret etmekle yükümlüydü. Kusuru olmasa dahi bazı beklenmedik olaylar sebebiyle meydana gelen zararları dahi yüklenmek zorunda kalmaktaydı. *Iustinianus* döneminde ise rehin alanın, “*omnis culpa*”, yani bütün kusurlarından sorumlu olacağı esası benimsenmişti. İyi bir aile reisinin (*bonus pater familias*) göstereceği bütün dikkat ve özeni gösterdiği; yani, hiç kusuru olmadığını ispat ettiği takdirde, sorumluluktan kurtulmaktaydı⁴⁶. Her ne kadar kural olarak rehinli alacaklının rehinli malı kullanması halinde kullanma hırsızlığından

⁴⁵ Doktrinde, Biondi'nin görüşüne göre rehin sözleşmesinin tıpkı vedia (*depositum*) ve ariyet (*commodatum*) de olduğu gibi tek taraflı bir sözleşme olduğundan bahsetmekte ve rehin alana sadece bazı durumlarda karşı dava (*iudicium contrarium*) açma hakkı tanındığı ileri sürülmektedir. Ancak bu görüşün kendiyile çelişen bir görüş olduğunu ileri süren bizim de katıldığımız diğer görüşe göre rehin ve vedia sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir ve taraflara *iudicium contrarium* tanınması da bunun göstergesi olarak kabul edilmektedir. Rehin sözleşmesinde asıl borçlu rehin alan olsa da bazı durumlarda rehin verenin de sözleşme dolayısıyla borç altına girmesi söz konusudur. Bu durumda rehin sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunun kanıtı olarak gösterilmektedir. **Karaman**, 17, dpn. 52.

⁴⁶ Rehin alan, zilyedi olduğu rehinli malı hiçbir surette kullanamamaktaydı. Rehinli malın kullanılması halinde ise kullanma hırsızlığından (*furtum usus*) dolayı cezalandırılmaktaydı. **Akıncı**, Roma Borçlar, 108; **Rado**, 65. Bir başka düzenlemede ise *Ius. Ins. 4, 1, 10*: “*Aliquando autem etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit subtraxerit.*” (Bazı durumlarda, kendi malı üzerinde bile *furtum* olanaklıdır. Borçlu, rehin olarak verdiği şeyi alacaklısından gizlice geri alırsa, *furtum* söz konusu olmaktadır.). *Ius. Ins. 4, 1, 10*'da bahsedilen *furtum*, *furtum possessionis*'dir; yani, zilyetlik hırsızlığıdır. **Akıncı**, Roma Borçlar, 196; **Umur**, Ziya, *Iustinianus Institutiones*, İstanbul 1968, 243, 292, 293.

sorumlu tutulması söz konusu olsa da rehinli alacaklının semerelerden faydalanma imkânı da ortaya çıkabilirdi⁴⁷.

Rehin alanın bir diğer sorumluluğu da esas borcun ödenmemesi halinde rehne konu malın satılması suretiyle alacağı aşan bir değer elde edilirse, bu fazla değer rehin verene iade edilmesi hususunda karşımıza çıkmaktadır⁴⁸. Rehin alan, borç ödenmediği için zilyedi olduğu rehinli malı satar ve bu satıştan da alacağı olan meblağdan daha yüksek bir bedel elde ederse elde ettiği fazlayı, *superfluum* veya *hypetocho*, rehin verene iade etmek zorundaydı. Bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde kendisinden “*actio pigneraticia directa*” ile fazla değer talep edilebilmekteydi⁴⁹.

⁴⁷ Bunun için öncelikle semere veren bir mal rehin konusu yapılmalıydı. Ayrıca, rehin alanın bu hakka sahip olabilmesi için rehin akdinde tarafların bu hususta anlaşmış olmaları gerekmektedir. Rehin alan akde uygun olarak semere elde ederse, semerelerden elde ettiği miktar kendisine ödenmesi gereken asıl borçtan indirilecektir. Aksi takdirde *actio pigneraticia* kapsamında sorumlu olurdu. **Karaman**, 67.

⁴⁸ Rehinle teminat altına alınan borç ifa edilmemişse veya herhangi bir sebeple borç muaccel olmuşsa rehin alanın, satış hakkı ve bahsedileceği üzere *lex commissoria* kaydı ile rehinli malın mülkiyetini kazanma hakkından başka bir de hapis hakkı (*ius retentionis*) bulunmaktaydı. Sözü geçen hapis hakkı; rehin alanın, rehinli şeyin mülkiyetini kazanmaksızın rehinli malın zilyetliğini elinde bulundurmaya devam etmesine ilişkin bir haktı. İmparator Gordianus tarafından getirilen düzenlemeye göre rehinin kurulmasına sebep olan borç ifa edilmiş olsa da, rehin verenin rehin alana karşı başkaca borçları varsa, bu borçlardan dolayı kendisine ait tüm borçlar ödenene kadar rehin alan rehin konusu malı rehin verene iade etmekten kaçınabilirdi. Ancak bu düzenleme hapis hakkından farklıdır. Zira, rehin konusu malı iadede kaçınılmasının sebebi rehin alana ifa edilmesi gereken diğer borçlardı. **Karaman**, 73; **Çelebican**, 292; TMK. m. 950 vd. hükümlerinde de hapis hakkı düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı, borçluya ait olup rızasıyla zilyedi olduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantılı olması halinde borç ödeninceye kadar hapsedebilir. Hapis hakkının rehin hakkından farkı doğrudan doğruya kanuna dayanmasıdır ki; bu açıdan ipoteğe benzemektedir. Ancak aralarındaki fark sadece bunlarla sınırlı değildir. İki hak birbirinden bağımsızdır. **Serozan**, 360.

⁴⁹ **Akinci**, Roma Borçlar, 107; **Rado**, 65; **Özsunar**, 153; **Marzo**, Roma Hukuku, 289.

Rehin verenin ise rehin alanın aksine bazı hallerde borç altına girdiği görülmektedir. Alacaklı, rehin hakkı kendisine tam olarak tesis edilmemişse⁵⁰ veya rehin olarak verilen şey yüzünden zarar görmüşse veya zarurî ya da faydalı masraflarda bulunmuşsa bunların “*actio pigneraticia contraria*” davası ile giderilmesini isteyebilmekteydi. Sorumluluk hususunda ise bu sözleşmeden menfaati bulunduğu için rehin veren *omnis culpa* sorumluluğu altındaydı; yani, bütün kusurlarından sorumlu tutuluyordu⁵¹.

2) Lex Commissoria Yasağı

Rehin alan, alacak ödenmediği takdirde malı satarak elde ettiği semenden alacağı alabilme yetkisine sahiptir. *Pignus*'ta, *fiducia*'nın aksine rehin verilen malın mülkiyeti rehin alana geçmemekteydi; ancak, Klasik devirde ve hatta daha önceleri, taraflar malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceği hususunda anlaşma yapabilmekteydiler. Bu anlaşmaya rehinde “*lex commissoria*” şartı denilmektedir⁵². Bu sözleşmenin, Roma Hukukunda rehin

⁵⁰ Örneğin; başkasına ait bir şey, borca karşılık rehin olarak verilmiş, esas malik mülkiyet hakkına dayanarak rehni alacaklının elinden almışsa rehin alan üzerinde tam olarak tesis edilememiş olması söz konusudur. **Rado**, 65, 66.

⁵¹ *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde sorumluluğa ilişkin hüküm yer almaktadır. *Ius. Ins. 3, 14, 3: “Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem ami serit, securum esse, nec impediri credium petere.”* (Bir malı rehin (*pignus*) olarak alan alacaklı da, aynı (*re*) borç altındadır; almış olduğu şeyi, rehin davası (*actio pigneraticia*) ile aynen iade etmek mecburiyetindedir. Fakat, rehin her ikisinin de menfaati icabı verilmiş olduğundan, yani hem daha kolaylıkla kredi temin için, borçlunun, hem de alacağını daha sağlam bir surette temin etmek için alacaklının istifadeleri bulunduğu, alacaklının, rehin üzerinde tam bir ihtimam göstermesi kâfi görülmüştür; bu ihtimamı gösterdiği halde, herhangi bir beklenmedik hal neticesinde o şeyi kaybederse, mesuliyet altında değildir ve kendi alacağını takip etmesine bir mani yoktur.), **Rado**, 65, 66; **Umur**, *Institutiones*, 243.

⁵² **Karaman**, 39; **Erdoğan**, *Eşya*, 127; **Rado**, 64; **Sirmen**, *Lale, Eşya Hukuku*, 3. B., Ankara 2015, 586; **Dereli**, 28; **Koschaker/ Ayiter**, 177; Bu yasağın hukukumuzdaki karşılığı, TMK. m. 873/II hükmünde yer almaktadır. Buna göre, “Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir”. Söz konusu yasağın amacı borçluyu korumaktır ve bu yasak bugün de “*lex commissoria yasağı*” olarak anılmaktadır. **Akıncı**, *Roma Borçlar*, 107.

sözleşmesinin uygulanmadığı dönemlerde, inançlı işlemler vasıtasıyla teminat sağlanarak teminat konusuna ilişkin alacaklı lehine mülkiyet hakkı tanınması durumunda dahi, alacaklının teminat konusu üzerinde mülkiyet hakkından doğan yetkileri tam anlamıyla kullanabilmesi amacına hizmet etmek üzere uygulandığı görülmektedir⁵³.

Bir anlaşmanın *lex commissoria* olarak nitelendirilebilmesi için üç unsurun var olması gerekmektedir. Bunlar; borç vadesinde ödenmediği takdirde alacaklının rehin konusu eşyayı mülkiyetine geçireceğine ilişkin kayıt ya da sözleşme, sözleşmenin alacağın muacceliyet kazanmasından önce yapılmış olması ve nihayet alacaklıyı tatmin amacı taşımasıdır. Tarafların, ayrı bir sözleşme ya da rehin sözleşmesine eklenen bir şart şeklinde oluşturdukları *lex commissoria* ile borcun vadesinde ödenmemesi halinde ifa yerine, rehin konusu eşyanın mülkiyetinin alacaklıya intikal edeceği kararlaştırılmaktadır. Bu sözleşmenin hukuki niteliğinin mülkiyetin intikal etmesinin, borcun ödenmemesi şartına bağlanması sebebiyle taliki şart olduğu görülmektedir⁵⁴.

Borç vadesinde ödenmediği takdirde rehin konusu malın mülkiyetinin rehin alana intikal edeceği yönündeki *lex commissoria* anlaşmasının alacağın muaccel olmasından önce yapılmış olması aranmaktadır. Böylece, vadeden sonra borç ödenmezse rehlinli mal üzerindeki hakkından sonuçlarını bilerek vazgeçebileceği ifade edilmektedir⁵⁵.

Üçüncü ve son unsur ise rehin konusu malın zilyetliğine sahip olan rehin alana, borcun ödenmemesi halinde mülkiyetin devredilmesinde alacaklıyı tatmin amacı olmalıdır⁵⁶.

Roma Hukuku'nda *lex commissoria* anlaşmaları Klâsik Dönemde yaygın olarak uygulanmamıştır; ancak, MS. III. ve IV. yüzyıllarda yaşanan ekonomik

⁵³ Dereli, 28; Günel, 18.

⁵⁴ Bu görüşe bağlı olarak doktrinde, borcun ödenmemesi neticesinde *lex commissoria* gereği taşınırlarda mülkiyetin derhal kendiliğinden, taşınmazlarda ise tescil işleminin gerçekleştirilmesi ile rehin alana geçtiği ileri sürülmektedir. Ancak, bizimde katıldığımız görüşe göre, taşınır rehinde taşınırın zilyetliği alacaklıya devredilse de *lex commissoria* gereği mülkiyet kendiliğinden rehin alana geçmeyecektir. Mal, zaten malı devralacak kişidedir, mal üzerindeki zilyetliğin sebebi tarafların anlaşmasıyla yapılacak olan, zilyetliğin devri yollarından kısa elden teslim ile değiştirilecektir. Dereli, 6; Akıncı, Roma Dersler, 263; Sirmen, 587; Günel, 19.

⁵⁵ Dereli, 32, 33; Sirmen, 587; Günel, 22, 23.

⁵⁶ Dereli, 41, 42; Günel, 28.

krizler sebebiyle bu anlaşmaya daha çok başvurulmuş ve nihayetinde İmparator *Constantinus* tarafından çıkarılan bir emirname ile MS. 326 yılında yasaklanmıştır⁵⁷.

Bu anlaşma ile borç vadesinde ödenmediğinde alacaklıya eşyanın değerine bakılmaksızın mülkiyet hakkı tanındığı için gösterilen rehin değerinin alacaktan üstün olması halinde borçlu aleyhine açık bir haksızlık doğacağı, borçluyu zarara uğratabileceği düşüncesi ile yasak kabul edilmiştir⁵⁸. Borçlunun ödeme güçlüğünden yararlanan alacaklı, aşırı bir menfaat elde edebileceği için zamanla rehin alanın satış hakkını ifade eden "*pactum de distrahendo*" rehin hakkının yasal içeriği hâline gelmesi de bu anlaşmanın yasaklanmasında etkili olmuştur⁵⁹. Günümüz modern hukuk sisteminde, teminat ilkesi olarak ifade edilen rehin alanın ancak eşyanın değerinden tatmin edilebileceği prensibi, *lex commissoria* anlaşmasının uygulamadan kalkmasının dayanağını teşkil etmektedir⁶⁰.

Görülmektedir ki, *lex commissoria* yasağının geçmişi Roma Rehin Hukuku'na dayanmaktadır. Günümüzde de kredi ilişkilerinin yoğun olması ve bu ilişkilerde alacaklının ve borçlunun karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesi zorunluluğu karşısında *lex commissoria* yasağı güncelliğini sürdürmüştür.

IV- ROMA REHİN SÖZLEŞMESİNİN GÜNÜMÜZ HUKUKUNA ETKİSİ

Günümüz hukukunda borç vadesinde ödenmediği takdirde rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya ait olacağına ilişkin anlaşmaların yasaklanması ile kural olarak rehinli malın paraya çevrilmesi gerekmektedir⁶¹.

Rehinin paraya çevrilmesi hükümlerinin amaçları, alacaklıların etkin bir şekilde alacaklarına kavuşması, böylece kredi imkânlarının ve ekonomik faaliyetlerin devamının sağlanması ile borçluların aşırı güç durumlara, sefaletle düşürülmemeleri olarak ifade edilebilmektedir. Diğer yandan, rehinin paraya

⁵⁷ Dereli, 42; Rado, 65; Akıncı, Roma Borçlar, 107; Karaman, 40.

⁵⁸ Rado, 64, 65.

⁵⁹ Dereli, 43; Rehin alanın rehinli malı satıp, elde edilen bedelden kendisini tatmin edeceği hakkındaki anlaşma olan *pactum de distrahendo* veya *pactum de vendendo* sonra doğmuş bir kurumdur. *Fiducia*'da güvenilenin, mülkiyet hakkına dayanarak teminat konusu malı daima satma hakkı vardı ve "*pactum de vendendo*", sadece güvenilenin, güvenene karşı satıştan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırma hususunda anlam ifade etmekteydi. Koschaker/ Ayiter, 177.

⁶⁰ Dereli, 43; Günel, 11, 12.

⁶¹ Kurt, 145.

çevrilmesinde alacaklılar ile borçluların menfaatleri çatışmamakta, menfaatleri aynı yönde olmaktadır; zira, alacağın tahsili ne kadar etkin ve çabuk olursa bu durum borçluların da lehine olacaktır. Borçlunun piyasadaki kredi imkânları artacak, bir dahaki kredi ihtiyaçlarını daha kolay ve ağır şartlarla karşılaşmadan karşılayabileceklerdir⁶².

Günümüz hukukunda, İİK. 45. maddedeki hükme göre rehin alan kural olarak doğrudan doğruya haciz yoluna başvuramaz, ilk önce rehinin paraya çevrilmesi için icra dairesine başvurmak zorundadır⁶³. Bu başvuru ile başlayan, rehinin satılarak bedelinden rehin alanın alacağının ödenmesi ile sona eren takip yoluna rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip denilmektedir⁶⁴. İİK. m. 145- 153 hükümleri arasında düzenlenen rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip usulünün temelini, bazı değişimlere uğramış olmasına rağmen, Roma Hukuku'nda atılmış olduğu görülmektedir. Ancak, Roma'da var olan temel prensiplerin ve *lex commissoria*'ya ait esasların hukukumuzda aktarıldığı görülse de paraya çevirme usulü hukukumuzda farklı şekilde benimsenmiştir. Roma Hukukunda özel satış sistemi esasına dayanan rehinin paraya çevrilmesi günümüz hukukunda icra dairesi marifetiyle resmi kanal ve usuller esas alınarak uygulanması gereken bir kurumdur.

Öncelikle Roma Hukuku'nda rehinin paraya çevrilmesi usulünün gelişimi incelenecek olursa, rehin konusu malın satılması (satış hakkı; *ius vendendi/ ius distrahendi*) hususunda yapılan anlaşmaların (*pactum vendendi*) klasik

⁶² Kurt, 130.

⁶³ Öncelikli olarak başvurulması gereken rehinin paraya çevrilmesi yolunda, İİK. m. 45/1, c.2; 152/II hükümlerine göre icra dairesi, rehnedilen malı satmakta ve satış bedeli ile alacaklının alacağını ödemektedir. Satış bedeli rehinli alacağı karşılamaya yetmezse, rehin alan karşılanamayan alacak için haciz yolu ile takip yapabilmektedir.

⁶⁴ Rehinin paraya çevrilmesi yolu, ilamlı ve ilamsız icra yolu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takibin kural olarak, ilamsız icra yolu olmasıdır. Ancak, alacak veya rehin hakkı veya her ikisi birden ilama veya ilam niteliğindeki bir belgeye bağlı ise rehin alan ilamlı icra yoluna başvurmalıdır (İİK. m. 150/h). Bu halde ise rehinin paraya çevrilmesi ile takibin ilamlı icra yolu olarak karşımıza çıktığı görülmektedir. Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takibin safhaları şu şekildedir: 1) Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takibin safhaları: a) Takip talebi, b) Ödeme emri ve kesinleşmesi, c) Paraya çevirme (satış), d) Paranın ödenmesi veya paraların paylaşılması; 2) Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takibin safhaları: a) Takip talebi, b) İcra emri, c) Paraya çevirme (satış), d) Paranın ödenmesi veya paraların paylaşılmasıdır. Arslan/ R., Yılmaz/ E., Taşpınar Ayyavz/ S., İcra ve İflâs Hukuku, 1.B, Ankara 2016, 401, 403.

dönemden itibaren uygulandığı görülmektedir⁶⁵. Klasik dönemin sona ermesi ile de rehin konusu malın satımına yönelik yapılan anlaşmalar rehin aktinin aslı unsuru haline gelmiştir. Artık tarafların bu konuda anlaşmalarına gerek olmadan borç ifa edilmediği takdirde rehin alanın rehin konusu malı satabilmesi mümkündür⁶⁶.

Lex commissoria'nın uygulaması satış hakkına kıyasla yaygın değildi. Buna rağmen *lex commissoria* ile rehin veren aleyhine haksızlık doğuracak sonuçların gelişmeye başlaması ve rehin verenin zarara uğrayabileceği düşüncesinden hareketle, *lex commissoria* Roma Hukuku'nda yasaklanmıştır. Bununla birlikte, rehlin taraflarının borcun muaccel olup da borçlusu tarafından ödenmemesi halinde, rehinli malın satılacağına bir anlaşma ile kararlaştırılabileceği esası rehin sözleşmesinin temel sonucu haline dönüşmüştür. Bundan böyle alacaklı, rehin üzerinde sadece satış hakkını kullanabilmekte, rehni paraya çevirip alacağını elde ettikten sonra varsa geri kalanı (*superfluum*) borçluya iade etmekteydi⁶⁷.

Rehin alan, rehinli malı borç ödenmediği takdirde satıp paraya çevirecek, alacağını bu bedelden tahsil edip kalan miktarı borçluya iade edecektir. Bu bağlamda rehin alan, hem iade borcu altındadır hem de satım hakkı gibi rehlin esaslı unsuru haline gelmiş bir hakka sahiptir ve böylece rehin verenle arasındaki menfaat dengesini sağlayabilmektedir.

Günümüz hukukunda üçüncü kişilerin rehinli mal üzerindeki yararlarını en iyi şekilde korumak amacı ile rehinli malın alacaklı tarafından satılması hususunda açık arttırma usulü ile satış esası benimsenmişken, Roma Hukuku'nda ise özel, kişisel bir satış usulü öngörülmüştür⁶⁸. Müşteri

⁶⁵ Bu duruma dair rastlanılan en eski metin *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer almaktadır. Gai. Ins. 2, 64' te rehin alanın rehin konusu malı satmaya yetkili olmasının, bu yönde tarafların açık olarak anlaşmaları ile mümkün olmasından bahsetmektedir. *Digesta*'ya *Ivolenus*'un *Cassius*'a dair 15. kitabından alınan metninde (D. 47, 2, 74[73]) rehin alanın, anlaşma yapıp rehin konusu malın kendisine satılması yetkisi verilmeden malı satması durumunda hırsızlıktan sorumlu olacağı belirtilmektedir. **Karaman**, 68, dpn. 282.

⁶⁶ Satış hakkını rehin aktinin aslı unsuru haline getiren *Iustinianus* olmuştur. *Iustinianus Ulpianus*'un *Sabinus*'a dair 41. Kitabından alınmış metnine (ilgili *Digesta* metni; D. 13, 7, 4) bir istisna getirerek yapmıştır. **Karaman**, 68, 69.

⁶⁷ **Rado**, 65; **Tahiroğlu**, 178; **Oğuzoğlu**, 285; **Karaman**, 69.

⁶⁸ Her ne kadar rehinli malın satılması özel satış sistemine tâbi olsa da rehin alanın malı satıp devretmesi ancak *traditio* yolu ile mümkün olacaktır. Rehlinli malın devri

bulunmaması gibi bir sebeple rehinli eşyanın satılması imkânsız olursa, alacaklı imparator hükmü ile rehinli malın değerini belirlemekte, belirlenen değer üzerinden rehinli malı mülkü olarak edinebilmekteydi⁶⁹. Bu usulde de değer alacaktan fazla ise alacaklı aradaki farkı borçluya vermek zorundaydı⁷⁰.

Rehin veren, rehinli eşyanın maliki olmaya devam ettiği için onun üzerinde tasarrufta bulunabilmekte, hatta yeni bir rehin hakkı dahi tesis edebilmektedir⁷¹. Diğer bir deyişle, daha önce var olan rehine tesir etmeksizin, şekle bağlı olmayan rehin anlaşmaları ile ikinci bir rehin tesis edilebilmektedir. Bu duruma hâkim olan ilke “*prior tempore potior iure*”; yani, “vadesi önce gelenin hakkı, öncedir” ilkesidir. Bu ilkeye göre rehinli eşyanın satılmasında, daha önce gelen rehin hakkı sahibi, daha sonrakinden önce tatmin edilebilmektedir. Roma Hukukunda ise daha önceki rehinin kalkması şartı ile bu durum düşünülür ve sonraki rehin alana mevcut bir hak değil, daha doğmamış bir rehin hakkı için beklenen bir hak temin edilmiş olmaktadır. Bu sebeple sonraki rehin alanın satış hakkı bulunmamaktadır. Özel satış sisteminde sonraki rehin alanın satış hakkını kabul etmek, ilk rehin alanın hakkını ve menfaatini riske atmak anlamına gelmekteydi. Sonraki rehin alan, kendisinden önce gelen rehin alana alacağı olan miktarı teklif ederek (*ius offerendi*), satış hakkı elde edebilmekteydi. Bu teklifle kendisinden önce gelen rehin alana ait rehin hakkını ve kendisinden önce gelen kimse ilk rehin alan ise ona ait olan satış hakkını da elde etmekteydi⁷².

Ulpianus'un *Sabinus*'a dair 41. kitabından alınmış bir metninde ifade ettiği üzere rehin sözleşmesi taraflarının *pactum de non vendendo* (rehinli malın satılmayacağına dair anlaşma) yapılmasına rağmen rehin alanın rehinli malı satması ile kullanma hırsızlığından dolayı sorumlu olmaması için bir istisna öngörülmüştür. Buna göre, rehin alan borçluya üç bildirimde

mancipatio veya *in iure cessio* ile gerçekleştirilememektedir. Rehin alandan malı satın alan kişi, rehin konusu malın *res Mancipi* olması durumunda *praetor* mülkiyetine sahip olacaktır. Rehinli malın *res nec Mancipi* olması halinde ise *Ius Civile* mülkiyetinin kazanılmasına izin verilecektir. **Karaman**, 70.

⁶⁹ Bu kuruma, mülkiyetin elde dilmesi anlamında “*impetratio dominii*” denilmektedir. **Koschaker/Ayiter**, 181.

⁷⁰ **Koschaker/Ayiter**, 181.

⁷¹ TMK. m. 941'e göre taşınır maliki art rehin tesis edebilir. Rehin verenin rehin alana alacağın ödenmesi halinde taşınırın sonraki alacaklıya teslim edilmesi gerektiği hususunda yazılı bir bildirimde bulunması gerekmektedir.

⁷² **Koschaker/Ayiter**, 181, 182; **Özsunar**, 154.

(*denuntatio*) bulunur ve bu bildirimlere cevap alamazsa rehinli malı satması halinde artık kullanma hırsızlığından sorumlu olmayacaktır. Bildirim yapılmak suretiyle rehinli mal satılırsa artık malın satılmasında borçlunun kusurunun var olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, bu bildirim bir tarafı sorumluluktan kurtarıırken, borçlu açısından da malın satılması neticesinde *superfluum* elde edilmesi durumunda, borçlunun rehin aktinden doğan *actio pigneraticia directa* açarak fazlaya ilişkin kısmın kendisine ödenmesini isteme imkânına sahip olmasına da yarayacaktır. Bildirimin önemli bir faydası da, rehinli malın satılacağı borçluya bildirilmesi ile borçlunun borcunu ödemesi yönünde borçlu üzerinde baskıyı arttırması şeklinde karşımıza çıkacaktır⁷³.

Günümüz hukukunda rehin hakkı eşyanın değerine ilişkin bir hak olmakla birlikte, sahibine rehin konusu malın paraya çevrilerek bedelinden alacağını öncelikle alma hakkı sağlamakta; yani, borç vadesinde ödenmediği takdirde, rehin alana malın icra organları aracılığı ile satılarak bedelinden tatmin edilmeyi talep hakkını sunmaktadır. Rehlin alan, rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak zorunda olmadan da alacağını tahsil edebilme imkânına sahiptir. Borcunu ödemeyen borçluya karşı dava açarak, bu dava sonucunda alacağını elde ederse, alacağın tahsil edilmesine bağlı rehin hakkı da sona ermektedir. Ancak, vadede borcunu ödemeyen borçlunun, genellikle borcunu ödeyemeyecek durumda olduğu kabul edilirse, pratikte borçluya karşı dava açmak bir anlam taşımayacaktır. Bu sebeple, rehin alan öncelikle rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapacak, rehin konusu eşyanın satışından elde edilen bedel, alacağını karşılamadığı takdirde borçlunun sorumluluğu devam edecektir⁷⁴. Bütün rehin türlerinin temel amacı, öncelikle bir alacağı teminat altına almak ve gerektiği takdirde rehlin paraya çevrilmesini suretiyle alacağın tahsil edilmesini sağlamaktır. Rehlin hakkı, sahibine alacağı için aynî nitelikte bir teminat sağlamakta ve gerektiğinde rehin konusu eşyayı paraya çevirme yetkisi tanımaktadır. Bu yönüyle, rehin hakkının teminat ve paraya çevirme olmak üzere iki temel işleve sahip olduğu görülmektedir⁷⁵.

⁷³ Ratti'nin görüşüne göre bu üç bildirim satım için öngörülen bir geçerlilik şartı değildir. Satışa ve rehinli malın devrine geçildiğinde gerekli niteliklerin varlığını kesin bir şekilde saptamak ve rehin alanın rehinli malın satılmasından dolayı sorumlu olmasını engellemek amacıyla bildirim yapılmaktadır. **Karaman**, 69, 70.

⁷⁴ **Dereli**, 6; **Günel**, 10.

⁷⁵ **Dereli**, 6, 7.

Hukukumuzda, rehnin paraya çevrilmesi usulündeki genel esaslara bakılacak olursa, genel haciz yolu ile takipte olduğu gibi rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibin de bireysel ve özel bir takip yolu olduğu görülmektedir. Ancak bu takip yolunda taşınır veya taşınmaz mal, alacaklının elinde teminat olarak bulunduğu için alacaklı öncelikle elindeki teminatı paraya çevirmek zorundadır ve alacaklı rehinli malın satış bedelinden tatmin edileceğinden bu takip türünde haciz aşaması bulunmamaktadır⁷⁶.

Roma Hukukundan günümüze gelen *lex commissoria* yasağının hukuk sistemimizdeki karşılığı olarak, TMK. m. 873, 949 hükümleri gereğince alacaklı rehin konusu şeyin satılması sonucunda elde edilecek paradan tatmin edilecek, rehin konusu şeyin alacaklıya terkedilmesi mümkün olmayacak ve bu kapsamda yapılan anlaşmalar da geçersiz olacaktır.

SONUÇ

Dar ve teknik anlamda teminat sözleşmesi aynî teminatlar ve şahsî teminatlar olarak ikiye ayrılmakta, bu ayrıma Roma Hukuku'nda da yer verildiği görülmektedir. Zira, Roma Hukuku'nda bir kişiye duyulan güvenin ticari hayatta, ticari ilişkilerin kurulması ve sürdürülmesinde öncelikli bir öneme haiz olması sebebiyle, ilk dönemlerde şahsî teminata daha çok önem verilmiştir. Aynı teminata ise hukuki temeli ve güvencesi olmaması sebebiyle çok başvurulmadığı görülmektedir. Ancak, ilerleyen süreçte ticari hayattaki ihtiyaçlar dolayısıyla *praetor*'ların teminat vasıtası olarak rehine hukuki sonuç bağlamaları ve *Ius Civile*'de de aynî sözleşmeler arasında sayılması ile aynî teminatlar yaygınlaşmıştır.

Her ne kadar Roma Hukuku'ndaki rehin sözleşmesi için öngörülen bazı esaslar modern hukukta değişikliğe uğramış olsa da rehin hakkı, rehin sözleşmesi kavramları ve İmparatorluk döneminde imparator *Constantinus* tarafından, rehin sözleşmesinde borcun ödenmemesi halinde, rehin konusu malın mülkiyetinin rehin alana geçmesinin yasaklanması ile ortaya çıkan *lex commissoria* yasağı Türk Medeni Kanunu'nda açıkça hüküm altına alınmak kaydı ile günümüz hukuk sisteminde de korunmuştur.

Roma Hukuku'nun günümüze ışık tutan bir diğer getirisi ise *lex commissoria* yasağına bağlı olarak rehinli malın borcun ödenmemesi halinde satılması şartının rehin sözleşmesinin esaslı unsuru haline gelmiş olmasıdır.

⁷⁶ **Savaş**, Fatma Burcu, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle İlamsız Takip, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, 2007/ 6, 2568, 2569, (www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri, E.T. 30.08.2018).

Lex commissoria'nın yasaklanması ile *Iustinianus* dönemine kadar anlaşmalarla rehin konusu malın satışının sağlanabildiği görülürken, *Iustinianus* ile bu unsur rehlin esaslı unsuru olmuştur. Diğer bir deyişle, taraflar artık rehin konusu malın satılabileceğini anlaşma yapmak sureti ile belirlememiş olsalar dahi rehin alanın borcun ödenmemesi halinde bu yola başvurabileceği esas kabul edilmiştir. Günümüzde de rehin alan borcun ödenmemesi halinde rehlinli malın satılmasını talep ederek, ancak bedeli üzerinden alacağını karşılayabilmektedir.

Rehlinli malın satılması usulünde Roma Hukuku'nda rehin alanın malı kendisinin satması suretiyle özel satış sistemi benimsenirken, günümüzde bu satışın resmi mercilerce gerçekleştirildiği görülmektedir. Rehlin alanın icra dairesine rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takibe ilişkin takip talebini vererek rehlinli malın satışının icra dairesi marifetiyle yürütülmesini sağlamaktadır.

Rehlin paraya çevrilmesi usulünde; takip talebini alan icra dairesi, borçluya ödeme emri göndererek borçluyu takipten, belirtilen süre içerisinde borcun ödenmemesi halinde rehin konusu malın satılacağından ve Kanun'da gösterilen diğer hususlardan haberdar etmektedir. Söz konusu bu ödeme emrinin Roma Hukuku'nda rehin alan tarafından borçluya gönderilen üç bildirim şeklinde olduğu görülmektedir. Her ne kadar bildirim doğmasına sebep olan sebep farklı olsa da bu bildirimlerle de amaçlanan, borçlu üzerinde baskı oluşturularak borçluyu tekrar borcunu ödemeye davet etmek, ödememesi halinde karşılaşıacağı neticelerden haberdar etmek ve aleniyeti sağlamaktır.

KAYNAKLAR

- Akıncı**, Şahin: Roma Hukuku Dersleri, 11. B., Konya 2017, (**Akıncı**, Roma Dersler).
- Akıncı**, Şahin: 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku, 7. B., Konya 2017, (**Akıncı**, Roma Borçlar).
- Çelebican**, Ö. Karadeniz, Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış 5. B., Ankara 2015.
- Dereli**, Zeliha: Lex Commissoria Yasağı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medenî Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
- Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, (**Erdoğan**, Borçlar).
- Erdoğan**, Belgin: Roma Eşya Hukuku, 5. Basımdan Tıpkı 6.B., İstanbul 2015, (**Erdoğan**, Eşya).
- Erdoğan**, Belgin/ **Tahiroğlu**, Bülent, Roma Hukuku Pratik Çalışmaları Meseleleri, İstanbul 2014, (**Erdoğan/ Tahiroğlu**, Roma Hukuku Meseleleri)
- Günel**, Onur Kerem: Lex Commissoria Prohibition, (www.ogunel.av.tr/LEX%20COMMISSORIA%20YASAGI, E.T. 23.08.2018).
- Gürten**, Kadir: Roma Hukukunda Kefalet Akdi, Ankara 2007.
- Kahraman**, U. Hakan: Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İcra Takibi, (www.turkhukuk sitesi.com/ makale_1053.htm, E.T. 26.08.2018).
- Karaman**, Başak: Roma Hukukunda Rehin Akdi, İstanbul 2008.
- Koschaker**, Paul/ **Ayiter**, Kudret: Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983.
- Kurt**, Fatma: Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi İle İlişkisi) Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, 2008/1,(www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20081/ibd20081110.pdf, E.T. 26.08.2018).
- Kuru**, B./ **Arslan**, R./ **Yılmaz**, E.: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 28. B, Ankara 2014.
- Oğuzoğlu**, Cahit: Roma Hukuku, Ankara 1959.

- Özen**, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. B., İstanbul 2014.
- Özsunar**, Erdal: Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus- Hypotheca), (webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz72/PDF/ozsunay5.pdf, E.T.26.08.2018).
- Peter**, H./ **Karadeniz**, Ö.: Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler, (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/10204/>, E.T. 26.08.2018).
- Rado**, Türkân: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 11. Basıdan 14. (Tıpkı Bası, İstanbul 2018).
- Salvatore Di Marzo**: (Çev. Ziya Umur), Roma Hukuku, İstanbul 1954, (**Marzo**, Roma Hukuku).
- Savaş**, Fatma Burcu: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle İlamsız Takip, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, 2007/ 6, (<http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20076/ibd20076111.pdf>, E.T. 30.08.2018).
- Serozan**, Rona: Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. B., İstanbul 2014.
- Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, 3. B., Ankara 2015.
- Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005.
- Umur**, Ziya: Iustinianus Institutiones, İstanbul 1968, (**Umur**, Institutiones).
- Umur**, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, (**Umur**, Ders Notları).
- Umur**, Ziya, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul 1983, (**Umur**, Eşya)

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmalar, DergiPark üzerinden (<http://dergipark.gov.tr/suhfd>) sisteme yüklemek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülecektir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetleri** nin ve beş adet **anahtar kelimenin (Key Words)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **Kaynaklar** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **11,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçemi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10,5 punto, Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECİTİR.

Haberleşme Adresi:

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 Selçuklu / KONYA

İnternet Adresi:

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

* <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

E-Posta:

* hukukdergi@selcuk.edu.tr

* dergisuhfd@gmail.com