

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume: 9

Sayı / Issue: 1

Bahar / Spring 2022

Genel Sayı / Number: 17



MEDİPOL
UNV-İSTANBUL
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

Künye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal of Istanbul Medipol University School of Law

ISSN: 2148-6883 **e - ISSN:** 2687-6663 **DOI:** 10.46547/imuhfd

Cilt / Volume: 9 **Sayı / Number:** 1 **Bahar / Spring** 2022

Sahibi / Owner

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
On behalf of Istanbul Medipol University
Prof. Dr. Ömer Ceran

Editörler / Editors in Chief

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU / Turkey
ayse.nuhoglu@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-0536-6517

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sinan SEÇKİN / Turkey
sseckin@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0001-9540-9682

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları / Deputy Editors

Arş. Gör. Mustafa ÇATTIK / Turkey
mustafacattik@gmail.com

ORCID: 0000-0002-4488-304X

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Abdullah Revaha GENCER / Turkey
argencer@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0002-2637-1155

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Muhammed Emre HAYYAR / Turkey
mehayyar@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0003-0731-6123

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Abdullah ERYİĞİT / Turkey
abdullahery@gmail.com

ORCID: 0000-0002-1757-0187

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Abdullah Musab ŞAHİN / Turkey
asahin@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0001-6529-9179

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Beyza YİĞİTBAŞI / Turkey
byigitbasi@medipol.edu.tr

ORCID: 0000-0002-1112-3474

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İletişim / Correspondance

İstanbul Medipol Üniversitesi Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz / İstanbul
Tel: +90 216 681 51 00

hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd / medipol.edu.tr/universite/yayinlar

Yayına Hazırlayan / Prepared for Publication by
Mert Sarsağ

Kapak / Cover
Levent Karabağlı - Medicom Ajans

Grafik-Tasarım / Graphic-Design
Sertan Vural - Medicom Ajans

Baskı / Printing Office
Has Kopyalama Baskı ve Kirtasiye A.Ş.
Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No: 19
Medipol Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi
Tel: (0216) 681 53 72

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Akman, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. M. Akif Aydın, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yavuz Atar, İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cem Baygın, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nihat Bulut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Talat Canbolat, Milli Savunma Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayhan Döner, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nuray Ekşi, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Helvacı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Macit Kenanoğlu, Türk Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mahmut Koca, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Şafak Narbay, Sakarya Üniversitesi, Sakarya, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. İzzet Özgenç, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yücel Sayman, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal, Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cevdet Yavuz, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Harun Demirbaş, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Salih Önder Yeşiltepe, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. A. Ersin Bayra, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Levent Korkut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir. Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde makaleler kabul edilmektedir.

The Journal of Istanbul Medipol University School of Law is a biannual double-blind peer-reviewed open access journal. The Journal accepts articles in Turkish, English, German and French.

Tarandığı Dizinler / Indexing Services



Tarandığı Veri Tabanları / Abstracting Services



İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Hakife Aktaş Belek
Tıp Hukuku Açısından Hastane Enfeksiyonu
Hospital Infection in Terms of Medical Law 1

Araştırma Makalesi / Research Article - Feriha Beyza Eryavuz
Uzay Hukukundaki Yükümlülük Rejimi Bağlamında Fırlatan Devlet Kavramı ve
TURKSAT-5B Uydusu
*The Concept of the Launching State in the Context of the Liability Regime in
Space Law and the TURKSAT-5B Satellite* 30

Araştırma Makalesi / Research Article - Semih Batur Kaya
İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz
*State's Positive Obligation in Human Rights: An Analysis of the European Court
of Human Rights and the Constitutional Court* 51

Araştırma Makalesi / Research Article - Seniha Begüm Şentop
Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı
Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Meselesi
*The Issue of Judicial Review of Presidential Decrees in State of Emergency in the
Context of the Rule of Law Principle* 73

Araştırma Makalesi / Research Article - Afra Uysal
Mecelle'nin Arap Ülkelerindeki Yürürlüğü
The Enforcement of Majalla in Arabic Countries 113

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Pelin Çavdar
Türk Hukukunda Dürüstlük ve İyiniyet İlkelerinin Karşılığı Olarak İngiliz
Hukukunda "Good Faith" İlkesi
*"Good Faith" Principle in English Law as the Provision of Honesty and Good
Faith in Turkish Law* 163

Araştırma Makalesi / Research Article - Mesut Serdar Çekin
Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya
Hukuku Açısından Değerlendirilmesi
*Evaluation of Transactions on Crypto Assets from Law of Obligations and
Property Law Perspective* 187

Araştırma Makalesi / Research Article - Muhammed Sulu
Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı
Değerlendirmeler
*Some Evaluations on Commercial Customs as a Source of
Commercial Law* 217

Araştırma Makalesi / Research Article - Aydın Alber Yüce

Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Fiili Yönetim Organı Anlamındaki Hukuki Sorumluluğu

The Legal Liability of Shareholders in Joint Stock Companies With Regard to Factual Managing Bodies 243

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi / Research Article

Tıp Hukuku Açısından Hastane Enfeksiyonu*

Hospital Infection in Terms of Medical Law

Hakife Aktaş Belek**

ÖZ

Tıp literatüründe Hastane Enfeksiyonu, (HE) çeşitli nedenlerle hastaneye yatmadan önce inkubasyon döneminde olmadığı halde, hastaneye yattıktan 48-72 saat gibi bir zaman diliminde gelişen, ya da taburcu olduktan 10 gün içinde ortaya çıkan ve aktifleşen, enfeksiyonlar olarak tanımlanmaktadır. Amerikan Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezi (CDC) hastane enfeksiyonlarının sürveyansı için, daha etkin yaklaşımlar geliştirmiştir. Enfeksiyonun neden olduğu klinik bulguları tanımın belirlenmesinde, güncel teknolojiyi kullanarak laboratuvar testlerini, diğer tanı testleriyle birleştirilip algoritma oluşturmaktadır. Yapılan bilimsel çalışmalarda hastanelerdeki kötü hijyen koşulları nedeniyle, hastane enfeksiyonu gelişen hastalarda morbidite ve mortalite oranının, enfeksiyon gelişmeyen hastalara oranla daha yüksek olduğu belirtilmektedir. Hastane enfeksiyonları hasta ve yakınlarına sosyal güvenlik kurumlarına ve devlete önemli bir yük getirmektedir. Hastanın iş ve gelir kaybına, sakat kalmasına ve ölümüne neden olmaktadır. Bu makalede; verilen hizmetin iyi ve gereği gibi işlememiş olmasından dolayı, gelişen hastane enfeksiyonunun sonuçları, tıp hukukunu da ilgilendiren bir sorun olması nedeniyle, hastanın sağlık hakkı ve yaşam hakkının temin edilmesi açısından, idarenin hukuki sorumluluğu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hastane enfeksiyonu, hasta, enfeksiyon kontrol komiteleri, surveyans, tazminat yükümlülüğü

ABSTRACT

In the medical literature, Nosocomial Infection (HE) is defined as infections that develop within 48-72 hours after hospitalization, or occur and become active within 10 days of discharge, although they are not in the incubation period before hospitalization for various reasons. The American Centers for Disease Control and Prevention (CDC) has developed more effective approaches for the surveillance of nosocomial infections. It creates an algorithm by combining laboratory tests with other diagnostic tests by using current technology to determine the clinical findings caused by the infection. In scientific studies, it is stated that the morbidity and mortality rate in patients with nosocomial infections is higher than in patients without infection, due to

* Makale Gönderim Tarihi: 21.12.2021, Makale Kabul Tarihi: 18.04.2022, Hakife Aktaş Belek, "Tıp Hukuku Açısından Hastane Enfeksiyonu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022; s. 1-27, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.1.07>

** İstanbul Medipol Üniversitesi Sağlık Hukuku Programı Doktora Öğrencisi, Hemşire, aktasbelek@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-2126-9389>

poor hygiene conditions in hospitals. Hospital infections place a significant burden on patients and their relatives, social security institutions and the state. However, it causes loss of job and income, disability and death of the patient. Nosocomial infections bring a significant burden to patients and their relatives, social security institutions and the state. It causes loss of job and income, disability and death of the patient. In this article; Due to the fact that the service provided has not been performed well and properly, the consequences of the developing hospital infection are a problem that also concerns the medical law, In terms of ensuring the patient's right to health and right to life, the legal responsibility of the administration has been examined.

Keywords: Hospital infection, patient, infection control committees, surveillance, compensation liability.

Giriş

Hastane Enfeksiyonları; başka sağlık sorunları nedeniyle hastaneye yatan hastanın sağlık hizmetini alması esnasında, vücuduna yerleşen enfeksiyonlar, bakteri, virüs ve mantarların gelişmesi ile ortaya çıkar. Bunların bir kısmı hastane ortamı dışında da, kişinin vücuduna geçiş sağlayabilir. Sağlık hizmetinin verildiği ortam geçiş için daha uygundur. Bakterilerin büyük bir kısmı, enfeksiyon öncesinde hastanın vücudunda doğal olarak bulunmaktadır. Çevresel faktörler ve etken ajanlar antibakteriyellere direnci etkileyerek, hastalık oluşmasını sağlar¹.

Hastane Enfeksiyonları hastalar arasında geçiş sağlayabileceği gibi, hastalarla sağlık çalışanları arasında da çapraz bulaşmaya da yol açabilir. Hastane veya sağlık tesisleri hastalıkların tedavi edilmesinin aracı olmanın yanında, enfeksiyon kaynağı da olabilmektedir².

Kronik hastalığı ve immün yetmezliği olan frajilite/ kırılgan dirençsiz hastalar, prematüre bebekler ve yaşlılar hastanelerde tıbbi invaziv uygulamalara maruz kalmaları nedeniyle, diğer hastalara oranla, hastane enfeksiyonlarına direnç göstermede daha zayıftır.

Sağlık hizmetleri özelliği gereği, bünyesinde tehlike unsuru bulunduran bir hizmet türüdür. Bu bağlamda hastane enfeksiyonları sağlık açısından büyük risk taşımakla birlikte, tedavi edilebilir enfeksiyonlardır³.

1 Nezahat Gürler, "Hastane Enfeksiyonlarına Yol Açan Sorunlu Mikroorganizmalar Nelerdir? Sorun Oluşturma Nedenleri Nelerdir?", 4. Ulusal Sterilizasyon Dezenfeksiyon Kongresi, 2005, s. 694,695,696, 697, 698.

2 Esma, Eren, "Hastanelerde Karbapenem Dirençli Gram Negatif Bakteri Enfeksiyonlarının Kontrolü" JAMER, C. 5, s. 3, 2020, s. 35-38.

3 T.Enver Çetin, "Hastane Enfeksiyonlarının Önemi", *Kimlik Dergisi*, C.6, S. 3, 1993, s. 99.

Kamu ve özel hastanelerde verilen sağlık hizmeti esnasında hastada gelişen hastane enfeksiyonları, tıp hukuku açısından ele alınırken, Ceza hukuku yönünden ortaya çıkabilecek sorumluluk çalışmanın sınırlılıkları dışında olduğu için, Ceza Hukukuna girilmemiştir. Konu Kamu Hukuku ve Özel Hukuk boyutuyla ortaya çıkabilecek sorumluluklar açısından incelenmiştir.

Bu bağlamda; hastane enfeksiyonu, hastane enfeksiyonlarının etkileri, enfeksiyon kontrol komitelerinin kurulma süreci, hastane enfeksiyonlarından kaynaklanan sorumluluk, hastane enfeksiyonlarının neden olduğu zararın tazmini ele alınmıştır.

I. Hastane Enfeksiyonu (Nozokomiyal Enfeksiyon)

Enfeksiyon nedir, organizmanın yapısal oluşumunda ve işleyişinde meydana gelen sapmadır. Yani organizmanın fizyolojik görevlerinin bozulması halidir. Dünya Sağlık Örgütü, (WHO) sağlığı yalnızca hastalığın olmaması hali değil, aynı zamanda “fiziksel, zihinsel ve sosyal anlamda tam bir iyilik hali” olarak tarif etmiştir.

A. Kavramsal Olarak Hastane Enfeksiyonu

Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Kontrol Yönetmeliği (YTKEY), “yataklı tedavi kurumlarında sağlık hizmetleri ile ilişkili olarak gelişen tüm enfeksiyonları, hastane enfeksiyonu” olarak tanımlamıştır⁴.

HE kavramsal olarak, Latince “nosos (hastalık), komeion (tedavi), nosocomeion” (hastane) sözcüklerinden türetilen “nozokomiyal enfeksiyon” olarak ta adlandırılmaktadır. Hastane enfeksiyonu, herhangi bir hastalık nedeniyle inkübasyon (enfeksiyonun kuluçka süresi) döneminde olmayan, hastaneye başvurduktan sonra gelişen veya hastanın hastanede yattığı süre içinde edindiği enfeksiyondur⁵. Günümüzde kabul görmüş ifadeyle belirtmek gerekirse “sağlık hizmetiyle ilişkili enfeksiyonlar”dır.

Belirtilmelidir ki hastane enfeksiyonları kişinin hastanede kalma süresinin uzamasına neden olabileceği gibi, morbidite(hastalık) ve mortalite(ölüm) artışına, iş gücü kaybına, maliyet artışına neden olmaktadır⁶. Hastanelerde yatan hastalarda, üriner sistem, cerrahi yara, diren ve solunum sistemi enfeksiyonlarına sıklıkla rastlanmaktadır ve hastanede edinilen enfeksiyonlar ciddi bir sağlık sorununa neden olmaktadır⁷.

4 Rg. 11.08. 2005.

5 A.Berna Anıl, Murat Anıl, Nihal Önal Özdemir, Nuri Bayram, Zümrüt Şahbudak Bal, Engin Köse, Nisel Yılmaz, Mehmet Helvacı, Nejat Aksu, “Çocuk Yoğun Bakım Ünitesinde Hastane Enfeksiyonu Risk Faktörleri”, *Çocuk Acil Yoğun Bakım Dergisi*, C. 1, S. 1, 2014, s. 9-15.

6 A.Nevzat Yalçın, “Hastane Enfeksiyonları Maliyet Analizi.” *İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi* 60, 2008, s. 15-22.

7 Sibel Aşçıoğlu, “Hastane Enfeksiyonları”, *Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi*, C. 64, S. 1, 2007, s. 1-3.

Hastane enfeksiyonunun en çok ürediği yerler Yoğun Bakım Üniteleridir (YBÜ). Hastalarda var olan böbrek, kalp, karaciğer yetmezliği, diabetes mellitus gibi hastalıklarla birlikte, mekanik ventilatör, santral kateter, nazogastrik ve idrar sondası veya başka invaziv girişimler, çoklu antibiyotiklerin yaygın olarak kullanımı, dirençli mikroorganizmaların kolonizasyonuna ve enfeksiyonun gelişmesine uygun ortam yaratmaktadır. Bu nedenle, YBÜ'ler diğer hastane birimlerine oranla HE'nin en fazla görüldüğü yerlerdir⁸.

Dicle üniversitesi tıp fakültesi hastanesinde 2003-2012 yılları arasında yapılan bir çalışmada "1208 hastadan 18 yaş üstü 72 saat YBÜ'de yatan hastanın 222'sinde" HE tespit edilmiştir⁹.

Hastaneye yatmadan önce de hastada var olan bir enfeksiyonun, aktifleşmesi, HE olarak nitelendirilemez. Herhangi bir toplumsal konakçıdan kaynaklanan enfeksiyon, "toplum kökenli" enfeksiyon olarak kabul edilir¹⁰. Bir enfeksiyonun HE olup olmadığı; klinik gözlem ve enfeksiyona ilişkin laboratuvar ortamında yapılan çalışmalar sonucunda elde edilen veriler, hastaya ait diğer tıbbi bulgular, destekleyici verilerle birlikte değerlendirilerek tespit edilir¹¹.

Bir enfeksiyonun HE olarak tanımlanabilmesi için, hastanın hastaneye yatıktan sonraki belirli bir zaman süresi içinde enfeksiyonun gelişmiş olduğu, tıbbi yöntemlerle kanıtlanmalıdır¹².

Belirtilmelidir ki, bütün enfeksiyonların üreme süresi aynı değildir, türlerine göre oluşsal değişiklik göstermektedir. Örneğin bakterilerin neden olduğu enfeksiyonların etkisinin 48-72 saat içerisinde ortaya çıktığı kabul edilir. Hastanın hastaneden taburcu olup evine gittikten sonra, bir bakterinin neden olduğu enfeksiyonlar da HE olarak kabul edilir¹³.

Hastanın sağlık hizmetinin sunumu esnasında hastaneden edinebileceği enfeksiyonlar şunlardır;

- 8 Ahsen Öncül, Safiye Koçulu, Keziban Eevli, "Bir Devlet Hastanesinin Yoğun Bakım Ünitelerinde Kazanılan Hastane Enfeksiyonlarının Epidemiyolojisi", *Şişli Etfal Hastanesi Tıp Bülteni*, C. 46 S. 2, 2012, s. 60-66.
- 9 Adnan Tüfek, Recep Tekin, Tuba Dal, Orhan Tokgöz, Erdal Doğan, Gönül Ölmez Kavak, Sali H Hoşoğlu, "Reanimasyon Ünitesinde On Yıllık Sürede Gelişen Hastane Enfeksiyonlarının Değerlendirilmesi ve Literatürün Gözden Geçirilmesi", *Dicle Tıp Dergisi*, C. 39, S. 4, 2012, s. 492-498.
- 10 Ramazan Gözükküçük, Basri Çakıroğlu, Yunus Nas, "Toplum Kaynaklı Üriner Sistem Enfeksiyonu Etkeni Olarak Saptanan Escherichia Coli İzolatlarının Antibiyotik Duyarlılıkları", *JAREM*, S. 2, 2012, s. 101-103.
- 11 [https://hastane.gazi.edu.tr/tr/enfeksiyon-kontrol-komitesi\(erisim10.7.2021\)](https://hastane.gazi.edu.tr/tr/enfeksiyon-kontrol-komitesi(erisim10.7.2021)).
- 12 Recep Öztürk, "Küresel Bir Sorun: Hastane Enfeksiyonları", *SD (Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi)* Eylül Ekim Kasım Sonbahar 2008, s. 88-91.
- 13 "Türk Toraks Derneği Erişkinlerde Hastanede Gelişen Pnömoni Tanı ve Tedavi Uzlaşı Raporu", *Türk Toraks Dergisi*, C. 10, Ek. 6, Haziran 2009.

“Staphylococcus aureus, Methicillindirençli Staphylococcus aureus (MRSA), Enterococci, Escherichia coli, Klebsiella pneumoniae, Karbapenem dirençli Enterobacteriaceae (CRE), Clostridium difficile, Enterobacteriaceae üreten genişlemiş spektrumlu β -laktamaz (ESBLs), Pseudomonas aeruginosa, Acinetobacter baumannii, Vankomisin dirençli Enterococcus”¹⁴.

Hastalığın meydana gelmesine en çok etki eden mikroorganizmalar, bakteriler ve aerobik gram negatif basillerdir¹⁵.

Etiyolojisinde rol oynayan faktörler; çevresel faktörler ve etken ajanın antibakteriyellere olan dirençtir¹⁶.

B. Hastane Enfeksiyonuna Neden Olan Risk Faktörleri

Enfeksiyonlar, insan vücuduna çeşitli yollarla bulaşan mikroorganizmalarla ortaya çıkar. Temizliğin ve hijyenin yetersiz olması, temizlik ürünlerinin kullanıma uygun olmaması, kişide immünoyünlünlük ve kronik hastalıkların olması, hastanenin fiziki yetersizliği, enfeksiyonun önlenmesi için kontrol uygulamaları standardizasyonun yetersiz olması, çalışanların güncel sahip olmaması, hastanede yapılan invaziv ve girişimsel tedavilerin, çeşitli katerizasyonların hijyenik olmayan uygunsuz ortamda gerçekleşmesi, tıbbi atıkların kontrol yönetmeliğine uygun ortamdaki uzaklaştırılmaması¹⁷, güvenli kan ve kan ürünleri transfüzyonu uygulamalarında, bilgi ve eğitim yetersizliği, hastane enfeksiyonu önleme kılavuzlarının olmaması veya yetersiz olması, el hijyeninin yeterli olmaması, hasta ve hasta yakınlarının kişisel el ve vücut temizliğine dikkat etmemesi veya kişisel temizliğini yapacak uygun ortamın bulunmaması, vd.¹⁸.

Yukarıda belirtilenler, hastane enfeksiyonunun ortaya çıkmasına neden olan, başlıca risk faktörleridir. Bunların dışında temas, ortak kullanılan malzemeler, damlacık (>5 μ çaplı enfekte partiküller), hava sirkülasyonu veya solunum yolu ile de, enfeksiyon yayılımı gösterebilmektedir¹⁹.

14 Mustafa Özçetin, Eylem Ulaş Saz, Bülent Karapınar, Samim Özen, Şöhret Aydemir, Fadıl Vardar, “Hastane Enfeksiyonları, Sıklığı ve Risk Faktörleri”, *Çocuk Enfeksiyonu Dergisi*, C. 3, 2009, s. 49-53.

15 Pakize Özyürek, Özlem Bulantekin, “Hemşire ve Hemşirelik Bölümü Öğrencilerinin MRSA’lı Hastaya Klinik Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi”, *Kocatepe Tıp Dergisi*, C. 9, S.1, 2008, s. 21-32.

16 A. Zeki Sengül, Hatice Özenci, E. İnci Tuncer, “Selçuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Cerrahi Kliniklerindeki Hastalarda Hastane Enfeksiyonuna Neden Olan Mikroorganizmalar ve Antibakteriyellere Duyarlılıkları” *Selçuk Üniversitesi Tıp Dergisi*, C.3, S. 1, 1987, s. 219-225.

17 Rg. 25.01. 2017-29959

18 Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, “Türkiye Sağlık Hizmeti ile İlişkili Enfeksiyonları Önleme ve Kontrol Programı 2019 – 2024”, 2019 Ankara,

19 Gülay Görak, “Yoğun Bakım Ünitelerinde Hastane Enfeksiyonlarının Önlenmesi”, *Yoğun Bakım Hemşireliği Dergisi*, C. 1, S. 1, 1997, s. 16-24.

Belirtilmelidir ki, gelişmesine neden olan risk faktörlerine yönelik eksikliklerin hızla giderilerek etkin mücadele edilmesi durumunda enfeksiyonun, üremek için uygun ortam bulması zorlaşacaktır.

C. Hastane Enfeksiyonlarının İzlenmesi

Bulaşıcı ve salgın hastalıklar, altta yatan kronik veya akut hastalıklar, kişilerin daha fazla hastane enfeksiyonuna yatkınlığı açısından risk oluşturmaktadır. Hastane enfeksiyonları sağlık hizmetinin verilmesiyle bağlantılı olarak, bazı ek sağlık sorunlarının oluşmasına neden olmaktadır. Morbidite ve mortaliteyi artırması nedeniyle sağlık sistemleri üzerinde yüksek mali yüke yol açmaktadır. Özellikle de yoğun bakımlarda verilen hizmet maliyetinin, artışına neden olmaktadır²⁰.

Belirtilmelidir ki, sağlık hizmetine bağlı olarak gelişen enfeksiyon olgularının ortaya çıkmasından itibaren, enfeksiyon komitesinin süreci izlemesi ve kayıt altına alabilmesi, hastanede oluşturulan sürveyans sistemiyle mümkün olabilmektedir.

D. Sürveyans Sistemi

Hastanede süreklilik arzeden enfeksiyonun, hastalığın oluşmasına yol açan risklerin verilerle sistematik olarak toplanması, hastalığın artmasına ve azalmasına neden olan etkenin saptanması, sorumlu kişilere ve ilgili birimlere en kısa sürede geri bildirimini sağlamak üzere, toplanan verilerin değerlendirilmesi sürecidir²¹. Sürveyans sistemi ile, sağlık sisteminin iyileştirilmesi ve kapasitesinin yeterli hale getirilmesi amaçlanmaktadır²². Sürveyans çalışmaları, hastane Enfeksiyon Komitesinin programlarının temelini teşkil eder²³.

II. Hastane Enfeksiyonlarının Etkileri

Hastane enfeksiyonlarının hasta, sağlık çalışanları, sağlık sistemi ve sosyal güvenlik kurumları açısından önemli etkileri bulunmaktadır.

A. Hastane Enfeksiyonlarının Hasta ve Yakınlarına Etkisi

Küresel çapta önemli bir sağlık sorunu olan hastane enfeksiyonları, hastanın

20 Servet Kölgeliler, Ahmet Küçük, Nazlım Aktuğ Demir, Serap Özçimen, S.Lütfi Demir, "Yoğun Bakımlardaki Hastane Enfeksiyonları, Etiyoloji ve Predispozan Faktörler" *Kafkas Tıp Bilimleri Dergisi*, C. 2, S. 1, 2012, s. 1-5.

21 T.C.Sayıştay Başkanlığı Performans Denetimi Raporu (2007):"Hastane Enfeksiyonları İle Mücadele" s. 30

22 Rukiye Çetin Seçkin, Halis Akah, "Bulaşıcı Hastalıklarda Sürveyans, Niçin? Nasıl? Ne Durumdayız?", *Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, S. 34, C. 3, 2008, s. 135-142.

23 Hülya Maraş, "İstanbul Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Servislerinde 2010 Yılı İlk Yarısı Hastane Enfeksiyonu Sürveyansı" İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Ana Bilim Dalı, Uzmanlık Tezi, İstanbul 2011, s. 6.

HE nedeniyle hastanede geçirdiği süre, ilaç, ekipman, yol, barınma masraflarının yanı sıra, olası sakatlık riski, hastalarda iş gücü kaybına yol açmaktadır²⁴. Bununla birlikte, fonksiyonel ve duyuşsal bozukluğa, duyuşsal strese, yaşam kalitesinin düşmesine ya da hastanın ölümünün gerçekleşmesine neden olabilmektedir.

B. Hastane Enfeksiyonlarının Sağlık Çalışanlarına Etkisi

Sağlık çalışanlarının hastane enfeksiyonuyla karşılaşma ve etkilenmeleri diğer iş kolunda çalışanlara göre daha yüksektir ve mikroorganizmaların özelliği gereği farklı düzeylerde etkilenmektedir.

Başlıca etkileri; psikolojik bozukluk, stres, panik atak, sosyal dengesizlik ve uyumsuzluk, sorunlarla başa çıkamama, iş gücü ve gelir kaybı, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin maddi ve manevi destekten yoksun kalması gibi.

Sağlık çalışanları için en fazla tehdit oluşturan enfeksiyon etkenleri, kan ve vücut sıvıları ile bulaşan Kırım Kongo Kanamalı Ateş (KKKA) Hepatit B, HIV ve Hepatit C virüsleri olduğu belirtilmektedir. Damlacık yoluyla bulaşan enfeksiyon ve virüslerde bulunmaktadır. Enflüanza, Coronavirüs türleri, Tüberküloz Kızamık, Kızamıkçık Suçiçeği bunlardan bazılarıdır. Kısacası hastane enfeksiyonları sağlık çalışanlarına temas, ortak kullanılan malzemeler, damlacık (>5 µ çaplı enfekte partiküller) solunum yolu ile bulaşmaktadır²⁵.

Belirtilmelidir ki, sağlık çalışanlarının ölüm nedenlerinin başında meslek hastalığı ve hastane enfeksiyonları gelmektedir²⁶. Bu nedenle çalışma ortamından edinilen hastane enfeksiyonları meslek hastalığı sayılmaktadır. SGK'nın Dr. Muharrem İdiz ile ilgili verimiş olduğu karar buna örnektir. SGK, Dr. Muharrem İdiz'in 02. 04. 2020 tarihinde ölümüne neden olan Covi-19'u (Sars-CoV2) çalışma ortamından edindiğini kabul edilmiştir. Bu nedenle ölen Dr. Muharrem İdiz'in ölümüne bağlı, SGK tarafından hak sahiplerine ölüm geliri bağlanmıştır²⁷.

Türk Tabipler Birliğinin (TTB) hazırladığı Türkiye'de sağlık çalışanlarının ölümlerinin anlatıldığı raporda, Covid-19 nedeniyle dünyada 01. 06. 2021 tarihine kadar en az 171.472.509 kişinin Sars-CoV-2 virüsü ile enfekte olduğu, yaklaşık 3.565 243 kişinin öldüğü Türkiye'de ise, 17.03.2020 tarihinden,

24 Özlem Ak İkinci, "Hastanelerdeki Gizli Tehlike Hastane Enfeksiyonları", *TUBİTAK Bilim ve Teknik Dergisi*, 2013, s. 44-48.

25 Murat Akova, "Sağlık Personeline Kan Yoluyla Bulaşan Viral İnfeksiyonlar ve Korunmak için Alınacak Önlemler", *Sağlık Çalışanlarının Sağlığı 1. Ulusal Kongresi*, 26-28 Kasım 1999 Ankara, s. 48-54.

26 Bkz. Ankara 11. İdare Mahkemesi E. 2009/690. K. 2009/1665.

27 Bkz. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, Manisa Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Şehzadeler Sosyal Güvenlik Merkezi 31.03 2021-5672 Sayılı Yazısı.

31.05.2021 tarihine kadar, 403 sağlıkçının öldüğü belirtilmiştir. Uluslararası Af Örgütü, 70'ten fazla ülkede yaptığı çalışmada elde ettiği verilere dayanarak, 05.03.2021 tarihine kadar 17.000'den fazla kişinin öldüğünü açıklamıştır²⁸.

C. Hastane Enfeksiyonunun Neden Olduğu Morbidite ve Mortalite Oranları

Hastane enfeksiyonları, immün sistemi zayıf hastaları, yenidoğan, prematüre bebekleri, kanser ve AIDS hastalarını ve yaşlı hastaları daha fazla etkilemektedir²⁹. Farklı ülkelerde hastanede yatan hastalar üzerinde yapılan çalışmalarda, “%3,1-14,1” aralığında değişen oranlarda hastane enfeksiyonu tespit edildiği belirtilmektedir.³⁰ Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) verilerine göre HE, hastanelerde yatan her on hastadan birinde görülmektedir.

Türkiye’de de HE önemli bir sağlık sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Sayıştay’ın 2007 yılı denetim raporuna göre, HE ile ilgili sağlıklı verilerine ulaşmanın zorlukları bulunmakla birlikte, bu oranın “%5-15” arasında değiştiği kabul edilmektedir³¹.

Belirtilmelidir ki, hastane enfeksiyonlarının neden olduğu morbidite ve mortalitenin engellenmesi veya en az seviye ye çekilmesi, hastane enfeksiyonu önleme kılavuzlarında belirtilen kurallara sıkı uyulması halinde mümkündür.

D. Hastane Enfeksiyonlarının Neden Olduğu Mali Yük

Hastane enfeksiyonları, HE'nin Hastalarda bulunan hastalığa eklenmesiyle hastalık tablosu daha da ağırlaşarak ölümlerin meydana gelmesine neden olmaktadır. Bununla birlikte, çoklu tedavi yöntemlerine başvurulması, tedavinin maliyetini artırmakta ve iyileşme süresini uzatmaktadır³². Hastanın kalış süresinin uzaması, maliyet artışına etki eden nedenlerin başında gelmektedir.

Hacettepe Üniversitesinde yapılan bir çalışmada, HE nedeniyle hastaların hastanede yatarak tedavi görme süresinin “20” günün üstünde olduğu, her bir hasta için yapılan harcamanın ek maliyet olarak, “1.582” dolar arttığı belirtilmiştir. Ayrıca Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Araştırma Hastanesinde yapılan başka bir çalışmada, HE'ye maruz kalan bir hastanın maliyetinin ise, “1.304”

28 TTB Türkiye’de Sağlık Çalışanı Ölümünün Anlattığı Rapor, Haziran 2021.

29 Nurdan Yıldırım, Birkan Tapan, Albena Gayef, Âdem Sezen, Selin Alıcı, Tuba Kayan Tapan, “Hastane Enfeksiyonlarının Önlenmesine Yönelik Yapılan Uygulamalar ve Bir Hastane Örneği”, *Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2015, s. 93-100.

30 T.C. Sayıştay Başkanlığı Performans Denetimi Raporu (2007): “Hastane Enfeksiyonları ile Mücadele” s. 31.

31 Hastane Enfeksiyonları ile Mücadele, Sayıştay Performans Denetim Raporu Aralık 2007.

32 Benu Gürsoy, “Hastane İnfeksiyonlarında Maliyet Analizi, Olgu Kontrol Çalışması”, *Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, 2008, s. 15-21.

dolar olarak tespit edilmiştir³³.

Maliyet artışına neden olan ikinci neden, antibiyotik tedavisidir. HE için yapılan harcama, seyri önceden bilinen klasik enfeksiyonlar için kullanılan antibiyotığın toplam maliyetinden fazladır. Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezi, (CDC), ABD’de yılda “2 milyondan” fazla kişinin HE’ye maruz kaldığını bunun 1992 yılı bütçesine, “4,5 milyar” dolardan fazla maliyete neden olduğu belirtilmektedir. İngiltere’de bu maliyetin yaklaşık olarak, “1 milyar” pounda tekabül ettiği belirtilmektedir. Mart 2003 tarihinde Yeni Zelanda’da yapılan başka bir çalışmada, 21 hastanede HE’nin medikal ve cerrahi tedavi maliyetinin “137 milyon” ABD doları civarında olduğu belirtilmektedir.³⁴

Belirtilmelidir ki, hastane enfeksiyonları hastanede yatış süresi uzadıkça uygun zemin bulmaktadır. Bu bağlamda koruyucu sağlık hizmetleri ve günü birlik hastane hizmetlerinin öne çıkarılması enfeksiyon hızının yavaşlatılmasında, başvurulacak yöntemlerden biri olabilir.

III. Enfeksiyon Kontrol Komitelerinin Kurulma Süreci

A. Dünyada Enfeksiyon Kontrol Komitelerinin Oluşturulma Süreci

ABD’de 1950’lerde bir bakterinin sağlığı tehdit eden önemli bir tehlike olarak ortaya çıkmasına karşı geliştirilen yöntem ve mücadelede elde edilen başarı, EKK’yı resmen kabul edilen disiplin haline getirmiştir. 1958 yılında Amerikan Hastane Derneği, bütün hastanelerde EKK oluşturulmasının gerekli olduğunu ve başarılı olabilmek için HE’nin minimum düzeye indirilmesi gerektiğini belirtmiştir. CDC tarafından 1970 yılında ABD’de “Ulusal Nozokomiyal Enfeksiyon Sürveyans Sistemi (NNIS)” oluşturulmuş, yapılan çalışmalar sonucunda, HE’nin üçte bir oranında azaldığı gözlenmiştir. Elde edilen olumlu sonuçtan sonra, 1970 ve 1980 yılları arasında EK programları resmi olarak uygulanmaya başlamıştır³⁵.

Türkiye’de ise, ancak 07.05.1987 yılında Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Kontrol Yönetmeliğiyle hukuki düzenleme yapılabilmektedir.

Sağlık kurumlarında hastane enfeksiyonlarına ilişkin yürütülecek mücadeleye ilişkin hukuki düzenlemenin yukarıda bahsi geçen ülkelerle kıyaslandığında, geç yapılması hasta, hasta yakınlarına sağlık çalışanlarına, sosyal güvenlik

33 T.C. Sayıştay Başkanlığı Performans Denetimi Raporu (2007): “Hastane Enfeksiyonları ile Mücadele”, s. 31,32.

34 İsmail Ağırbaş, “Hastane Enfeksiyonları Maliyet Analizi”, *Ankara Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projesi Sonuç Raporu*, 2013, Ankara.

35 T.C. Sayıştay Başkanlığı Performans Denetimi Raporu (2007), s. 33.

kurumlarına ve devlete önemli zararları olmuştur. YTKKY ile yapılan hukuki düzenlemenin hastane enfeksiyonu ile mücadelede beklenen etkiyi sağladığı söylenemez³⁶. Her hastanenin kendisinin oluşturduğu enfeksiyon kontrol protokolleri ve kılavuzu HE ile mücadelede önemli araçlardır.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) ABD’de HE ilgili elde edilen olumlu gelişmeler sonucunda, çeşitli çalışmalardan elde ettikleri verilerle, referans kılavuzlar yayınlamıştır.

1987 yılında 55 ülkede faaliyet yürüten 66 sivil toplum örgütünün katılımıyla, enfeksiyonun etkisinin minimuma indirilmesi amacıyla multidisipliner bir Uluslararası Enfeksiyon Kontrolü Federasyonu (IFIC) kurulmuştur. Türkiye’den bu federasyona iki derneğin üyeliği bulunmaktadır³⁷.

B. Türkiye’de Enfeksiyon Kontrol Komitelerinin Oluşturulma Süreci

HE’ye ilişkin faaliyetler yasal olarak 1974 yılında Tababet Uzmanlık Yönetmeliğinin, Resmî Gazete yayımlanmasıyla başlamıştır. Yönetmeliğin 17 ve 18. maddeleri ile, “Genel Tedavi Kurumlarında” Enfeksiyon Komitesinin kurulması, komitede yer alacak görevliler ve komitenin çalışma alanları belirlenmiştir³⁸. 1974’te İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesinde, 1984 Hacettepe Üniversitesi Erişkin Hastanesinde, 1985 İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde, Enfeksiyon Kontrol Komiteleri kurulmaya başlanmıştır³⁹.

EKK’nın oluşturulması çalışmaları 1990 ve 2000 yılları arasında ivme kazanmış ve çok sayıda hastane kendi bünyesinde EKK oluşturmuştur. 05.05.2005 yılında yayınlanan YTKİY’inin 30. maddesinde yapılan değişiklikle, bütün yataklı tedavi kurumlarında, EKK’nın kurulmasını hukuken zorunlu hale getirilmiştir⁴⁰. YTKİY’inin 1. maddesi, Enfeksiyon Kontrol Komitesinin kurulması, çalışma şekli, görev yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları düzenlemiştir. Düzenleme kamu kurum ve kuruluşları ile, özel sektöre ait yataklı tedavi kurumlarını ve bu kurumlarda görev yapan personeli kapsamaktadır.

Belirtilmelidir ki, YTKİY ile yapılan düzenlemeye göre, hastane enfeksiyonlarının önlenmesinde kamu hastaneleri kadar özel hastanelerinde hukuki sorumluluğu bulunmaktadır.

36 Ayrıntılı bilgi için bkz. T.C. Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü Bulaşıcı Hastalıklar Dairesi Başkanlığı, Ulusal Sağlık Hizmeti İlişkili Enfeksiyonlar Sürveyans Ağı Özet Raporu 2017.

37 T.C. Sayıştay Başkanlığı Performans Denetimi Raporu (2007), s. 34, 35.

38 Rg. 22.03 1974- 14993.

39 Aylin Sönmez, Şerife Barçın Öztürk, Filiz Abacıgil, “Sağlık Hizmeti İlişkili Enfeksiyon Epidemiyolojisi ve Sürveyansı” *Hemşirelik Bilim Dergisi*, C. 4, S. 1, 2021, s. 41-45.

40 Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği md. 30. (Değişik:0 1.04. 2005-2005/8720 K.)

C. Enfeksiyon Kontrol Komitelerinin Hukuki Dayanakları

Yataklı Tedavi Kurumları Yönetmeliğinin 3. maddesi, 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3'üncü maddesi ve 9 uncu maddesinin (c) bendi ile, 13.12.1983 tarihli ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43. maddesi, EKK'nin kurulmasına, dayanak teşkil etmektedir.

D. Enfeksiyon Kontrol Komitesinde Görevlendirilecek Personel

YTKEY'ğine göre, enfeksiyon kontrol komitesinin üyeleri; hastane yöneticisinin görevlendireceği bir başhekim yardımcısı veya dekan yardımcısı, enfeksiyon hastalıkları ve klinik mikrobiyoloji kliniği veya anabilim dalı temsilcisi, çocuk hastanelerinde çocuk enfeksiyon hastalıkları yan dal uzmanı, çocuk enfeksiyon hastalıkları yan dal uzmanı yoksa, çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı, üniversite hastanelerinde anabilim dalı başkanı ya da yerine görevlendireceği bir uzman, eğitim hastanelerinde klinik şefi veya koordinatör şef ya da yerine görevlendireceği bir uzman, diğer yataklı tedavi kurumlarının yöneticileri tarafından görevlendirilecek mikrobiyoloji ve klinik mikrobiyoloji laboratuvarı temsilcisi bir uzman, başhemşire veya hemşirelik hizmetleri müdürü, enfeksiyon kontrol hekimi, enfeksiyon kontrol hemşiresi, eczane sorumlusu ve hastane müdüründen oluşmaktadır.(YTKEY. md 5)

İki yüzden az yatağı olan yataklı tedavi kurumlarında, enfeksiyon hastalıkları ve klinik mikrobiyoloji uzmanı yoksa, enfeksiyon kontrol hemşiresi ve diğer üyelere enfeksiyon kontrol komitesinin teşkil edileceği belirtilmiştir. (YTKEY. md 5/b, g)

E. Enfeksiyon Kontrol Komitesinin Çalışma Şekli

Enfeksiyon Kontrol Komitesi Yönetmeliğine göre, EKK' üyelerinin görev süresi üç yıldır. Enfeksiyon kontrol komitesi, enfeksiyon kontrolünde en üst karar organıdır. EKK üyeleri, enfeksiyon kontrol gurubu tarafından hazırlanan ve kendilerine önceden sunulan gündemi görüşmek üzere toplanır⁴¹. EKK'nın bir yıllık çalışma raporu görüşüldükten sonra, hastane yönetimine sunulur (md 6).

F. Enfeksiyon Kontrol Komitelerinin Görev, Yetki ve Sorumlulukları

EKK Yönetmeliği'ne göre, EKK bilimsel esaslar çerçevesinde enfeksiyon kontrol programı belirlemeli ve uygulamalıdır. Uygulanması gereken standartları güncelleyerek yazılı hale getirmelidir. Sağlık personelinin hizmet içi eğitime tabi tutulmalıdır.

41 Rg. 11.08.2005- 25903

Hastane enfeksiyonu bakımından riskli ve öncelikli birimler saptanmalı bulgulardan elde edilen verilere göre hedefler belirlenmelidir. Başarı oranını açıklamalı, hedefte sapma varsa, yetersizliklerin neler olduğu ve nereden kaynaklandığını tespit etmelidir. Alınması gereken tedbirleri yönetime sunmalıdır.

Hastalar ve personel için risk oluşturacak enfeksiyonu yönelik incelemeler yapmalı, izolasyon tedbirleri almalı ve ilgili birime bildirmelidir. Kullanılan antibiyotiği izlemeli, elde edilen veriler doğrultusunda antibiyotik kullanımını yönlendirmelidir.

Hastane enfeksiyonu “sürveyans etkenleri ve direnç paternlerini” içeren sürveyans raporu hazırlamalı ve yönetime bildirmelidir. (md 7) EKK'nin hastane enfeksiyonu ile mücadelede aldığı kararlar,⁴² yönetimi ve kurumda çalışan bütün personeli bağlar.(md 9)

Yönetmelik uyarınca, EKK'nin hazırlayıp yönetime sunduğu HE hızları ve sürveyans sonuçlarını belirten yıllık çalışma raporu, şubat ayının sonuna kadar Sağlık Bakanlığına bildirilmelidir.

Belirtilmelidir ki, HE'nin takip edilmesi ve kayıt altına alınması, mücadele programına uyulması, enfeksiyonun kontrol edilebilir seviyede seyretmesini sağlayacaktır. Yapılan çalışmalarda, EK Programına uyulmaması halinde HE “%10- 15'e” çıkabiliyorken, sistemli ve düzenli bir şekilde programa uyulduğunda, bu oranın “% 4-4,5”e gerilemesinin mümkün olduğu görülmüştür.

G. Enfeksiyon Kontrol Komitesinin Faaliyet Alanları

Sağlık hizmeti ve sağlık eğitimi verilen her ortam, enfeksiyon üreme tehdidi oluşturma potansiyeline sahiptir.

Hastane enfeksiyonları kavramının “Sağlık Hizmeti ile İlişkili Enfeksiyon” olarak tanımlanmasından sonra, ağız diş sağlığı merkezleri, hemodiyaliz merkezleri, günü birlik cerrahi müdahale ve operasyonların yapıldığı merkezler, ayaktan sağlık hizmetlerinin verildiği merkezler, yaşlı bakım evleri evde sağlık hizmetlerinin verildiği yerler, iş yeri hekimliği ve hemşireliği hizmetlerinin verildiği yerler, enfeksiyon kontrol faaliyetlerinin kapsama alanında bulunmaktadırlar⁴³.

Belirtilmelidir ki, hastane enfeksiyonuna ilişkin oluşturulan mücadele programı, her kurumun özgül koşulları dikkate alınarak hazırlanmalıdır.

H. Enfeksiyon Kontrol Komitesinin, Enfeksiyon

42 “Enfeksiyonların Önlenmesi” Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sağlıkta Kalite ve Akreditasyon Daire Başkanlığı, 1. Revizyon- 2. Baskı, Mart 2010 Ankara, s.181.

43 C. Hüseyin Hekimoğlu, “Sağlık Hizmeti İlişkili Enfeksiyon Salgınlarının İncelenmesi”, *BUHASDER Kongresi 8. Tepecik Enfeksiyon Günleri*, s. 77-86.

Kontrol Çalışmaları

05.05.2005 yılında Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 30 maddesinde yapılan değişiklikle,⁴⁴ bütün yataklı tedavi kurumlarında, EKK'ların kurulmasını zorunlu hale getirmesi, HE'ye karşı verilen mücadelede elde edilen başarının önemli adımı olmuştur.

Belirtilmelidir ki, hastane enfeksiyonları kontrol altına alınabilir enfeksiyonlardır. Azami dikkat ve sabunlu suyla el yıkamak gibi basit bir yöntemle bile, HE'nin yaklaşık olarak “%30” oranında azaltılabileceği görülmüştür⁴⁵. WHO'nün yapmış olduğu araştırmalarda Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde önerilen yöntemlerle, HE'nin %40'ına yakının önlenilebileceği sonucuna ulaşılmıştır⁴⁶.

Gelişmiş ülkeler HE'nin minimuma inmesi ve etkisinin azaltılmasına yönelik, önemli kaynak ayırmaktadır. Kaynakla birlikte, ulusal sağlık politikalarının oluşturulması, kaynakların etkin kullanılması da önemlidir⁴⁷.

Gelişmiş ülkelerde hastaneye Yatan “100 hastadan %7”sinde HE gelişmekte iken, gelişmekte olan ülkelerde bu sayının “%10” olduğu tespit edilmiştir. Gelişmiş ülkelerde, sağlık hizmetleri ile ilgili enfeksiyon prevalansı %3,5 -12” arasında değiştiği belirtilmektedir.

Avrupa Hastalıkları Önleme ve Kontrol Merkezine göre, (ECDC) Avrupa ülkelerinde HE ortalama “prevalans %7,1 Amerika Birleşik Devletleri'nde insdans %4,5'dir”. Orta ve daha düşük gelirli ülkelere gelen bilgilerin doğruluğundan emin olunmamakla birlikte, “herhangi bir zamanda HE prevalansının %5,7-19,1” arasında olduğu belirtilmektedir⁴⁸. HE'nin neden olduğu ölüm sayısı ABD'de yılda “99 bin, Avrupa'da 37 bin olduğu belirtilmektedir. Yıllık finansal kaybın ise, Avrupa'da 7 milyar euro, ABD'de 6,5 milyar dolar olduğuna işaret edilmektedir⁴⁹.

IV. Hastane Enfeksiyonu Kontrol Programı

Enfeksiyon önleme kontrol programı, güvenli sağlık hizmeti sunumunun

44 Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği md 30. (Değişik: 1/4/2005-2005/8720 K.)

45 Zühal Artuvan, Hacer Çetin, “Yoğun Bakımda, Kliniklerde Hastane Enfeksiyonlarının Önlenmesi ve El Hijyeni” *Yoğun Bakım Hemşireliği Dergisi*, C. 23, S. 3, 2019, s. 180-184.

46 T.C. Sayıştay Başkanlığı Performans Denetimi Raporu (2007): “Hastane Enfeksiyonları ile Mücadele” s. 32.

47 Sağlık Hizmetlerinde El Hijyeni Konulu DSÖ Kılavuzu (Gelişmiş Taslak) Nisan 2006.

48 Türkiye Sağlık Hizmeti ile İlişkili Enfeksiyonları Önleme ve Kontrol Programı 2019-2024, s. 1, 2.

49 Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, “Türkiye Sağlık Hizmeti ile İlişkili Enfeksiyonları Önleme ve Kontrol Programı 2019-2024”, Ankara, s. 1.

önemli araçlarından biridir. Gelişmiş ülkeler hastane enfeksiyonu kontrol programını oluşturmayı, hastanın güvenli bir ortamda tedavi görmesi ve sağlık hizmeti kalitesinin artırılması için gerekli görmektedir⁵⁰.

Dünya Sağlık Örgütü'nün 2015 yılında yayınladığı rapora göre, “133 ülkenin 54’ü (%41)” ulusal programa sahiptir. 3. basamak hastanelerinde enfeksiyon önleme ve kontrol programına sahip olan ülke sayısının ise, “39” olduğu ifade edilmektedir⁵¹. Enfeksiyon kontrol programına sahip olan hastanelerde dolaşım sistemi ve yara enfeksiyonlarında “%35, üriner sistem enfeksiyonlarında “%31”, alt solunum yolu enfeksiyonlarında “%27” oranında bir azalma olduğu belirtilmektedir⁵².

Belirtilmelidir ki, hastane enfeksiyonlarının önlenmesi ve kontrol edilmesi için geliştirilen ulusal program ve uygulamalar, HE'nin önlenmesinde ve antimikrobiyal direncin minimize edilmesinde kritik öneme sahiptir⁵³.

Türkiye’de EKK’lerin HE kontrol programını uygulaması sonucunda, 2008-2017’ye kadar YBÜ’lerde santral kateterden kaynaklı kan dolaşımı enfeksiyonu sürveyansı, “5.68’den 3.77’ye, üriner kateterden kaynaklı üriner sistem enfeksiyonu sürveyansı 5.22’den 1.79’a ve ventilatörden kaynaklı pnömoni sürveyansı 17.26’dan 5.2”ye gerilediği belirtilmektedir⁵⁴.

Belirtilmelidir ki, enfeksiyon hızında gün geçtikçe önemli bir gerileme görülse de 2016 ve 2017 yılı sürveyans verilerine göre, sırasıyla toplamda “59.174 ve 61.745”⁵⁵ enfeksiyon olgusunun bildirilmiş olması, ülkemiz açısından hedefe ulaşmak için mevcut etkinliklerin yeterli olmadığını, HE’lerin toplum sağlığı üzerindeki olumsuz etkisinin devam ettiğini gösterir. Mevcut programların etkisinin gözden geçirilmesi yerinde olacaktır.

V. Hastane Enfeksiyonlarından Kaynaklanan Sorumluluk

Sağlık hizmeti kamu yararına ve toplumun sağlık ihtiyaçlarını karşılamaya

50 “Ulusal Hastane Enfeksiyonları Sürveyans Sistemi (NNIS): Sürveyans Yöntemlerinin Tanımı”, *Amerikan Enfeksiyon Kontrol Dergisi*, C. 19, S. 1, Şubat 1991, s.19-35.

51 Türkiye Sağlık Hizmeti ile İlişkili Enfeksiyonları Önleme ve Kontrol Programı 2019 – 2024, s. 5.

52 Sönmez, Barçın Öztürk, Abacıgil, s. 43.

53 Clotilde El Guerche-Seblain, Selilah Amou, Thomas Benet, Laetitia Henaff, Vanessa Escuret, Francois Schellevis, Philippe Vanhems : “Incidence Of Hospital-Acquired İnfluenza İn Adults: A Prospective Surveillance Study From 2004 to 2017 in a French Tertiary Care Hospital” *American Journal of Infection Control*, Volume. 49, issue. 8. august 2021, pages. 1067-1071.

54 Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, Türkiye Sağlık Hizmeti ile İlişkili Enfeksiyonları Önleme ve Kontrol Programı 2019 – 2024, s. 2.

55 Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Türkiye Sağlık Hizmeti ile İlişkili Enfeksiyonları Önleme ve Kontrol Programı 2019 – 2024, s. 3, Şekil. 1.

yönelik bir hizmettir⁵⁶. Hizmet kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altındaki özel hukuk kişisi tarafından verilmektedir.

A. Kusur Sorumluluğu

Hukukta kusur, “Kınanabilir bir davranış biçimidir.”. Öte yandan kusur sorumluluğunun temelini oluşturan öğedir. Yani kusur sorumluluğun kurucu unsurudur⁵⁷. Kişinin kasten hukuka uygun davranmayarak veya gereken özeni göstermeyerek, hukuka aykırı bir sonucun meydana gelmesine yol açması kınamayla gerektirecek kusurlu bir davranıştır⁵⁸. Tazminatın belirlenmesinde kusurlu davranışın rolü belirleyici öneme sahiptir⁵⁹.

Kusur sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, hukuka aykırı davranılmış olması gerekir. Kusur, ceza, medeni ve idare hukukunda yaptırım olan bir davranış biçimidir. Kusurun varlığı sorumluluğun meydana gelmesi için, zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırı fiil, kusur sorumluluğu bakımından aranan unsurlardır⁶⁰.

Zarar; kişinin iradesi dışında malvarlığı aktifinde meydana gelen azalma maddi, kişilik haklarına yapılan saldırı sonucunda acı ve elem duyması manevi zararı ifade eder. TBK m. 49, m. 56, m. 58, m. 59, TMK m. 25’e göre, kusurlu davranışıyla zarara neden olan kişi tazminat yükümlüsü kabul edilmektedir.

İllyet bağı; hukuki olarak zararlı sonucun meydana gelmesine yol açan olgu veya olgular arasındaki ilişkiyi ya da bağı ifade eder. Zarara yol açan olgu ile sonuç arasında illiyet bağının bulunması durumunda, TBK m. 51, m. 53, m. 54, m. 55, m. 60, m. 61, maddeleri uygulama alanı bulabilir. Eren’e göre, illiyet bağı sorumluluğun şartıdır⁶¹.

Hukuka aykırı fiil; hukuk kurallarına aykırı bir fiille, kişinin mal varlığı değerinde azalma ya da kişilik haklarına yönelik zararın meydana gelmesini ifade eder. TBK m. 49’a göre, hukuka aykırı eylem sonucunda zararın meydana gelmesine neden olan kişi, zararı gidermekle yükümlüdür.

56 Turan Yıldırım, Yasin Melikşah, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 5. Baskı, 2013 İstanbul, s. 477, 478.

57 Habip Oğuz, “Sorumluluk Hukukunda Kusur” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 28, Ekim 2016, s. 273-286.

58 Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, C. 2, İstanbul 2013, s. 54.

59 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Borçlar Hukuku Ders Notları*, 2020, s. 8.

60 Baki İ. Engin, A. Tülay Ünver, Işık Önay, *Borçlar Hukuku Pratik Çalışmaları*, On İki Levha Yayıncılık, B. 2, İstanbul 2014, s. 5 (Şema 3).

61 Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İllyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayınları, No 361, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 3, 6.

Ortalama bir insandan beklenen davranış tarzı, içinde bulunduğu durum uygun olmasına rağmen hukuka uygun düşmüyorsa, kişinin kusurlu davranışı hukuka aykırılık olarak nitelendirilir⁶².

Belirtilmelidir ki, verilen hizmetin özelliğine ve hizmeti verenin uzmanlık alanına göre, özen yükümlülüğünün yanında zarar vermeme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Uzmanlık gerektiren bir mesleği icra eden kişinin ortalama davranışı, o işi yapan makul kişinin davranışıyla kıyaslanır. Mesleğinde uzman olan kişiden, mesleği ile gereken bilgiye sahip olması, bilgilerini güncellemesi beklenir⁶³.

Medeni hukuk bakımından öğretiyeye göre kusur, sübjektif kusur ve objektif kusur olmak üzere iki şekilde teorize edilmektedir⁶⁴.

Sübjektif kusur teorisine göre, sübjektif kusur failin irade eksikliği şeklinde meydana gelir ve faildeki davranış hatası olarak kabul edilir. Sübjektif kusur teorisinde kusur bizzat failin filleriyle ortaya çıkar. Kusurun derecesinin belirlenmesinde, faili motive eden etkenler rol oynar. Kişinin sosyo-ekonomik durumu, yetiştirilme tarzı ve içinde bulunduğu ortam, kişisel mesleki yetenekleri kişinin davranışlarını etkileyen unsurlardır⁶⁵.

Objektif Kusur teorisine göre, hukuk düzeni kişinin somut bir olayda emredici nitelikte olan kurala aykırı davranışını, kusurun belirlenmesinde ölçü kabul etmiştir. Kişinin kusuru belirlenirken, zihinsel, psikolojik ve sosyo-ekonomik durumu dikkate alınmaz. İçinde bulunduğu topluma göre, ortalama zekaya sahip makul bir kişiden beklenen davranış kusura esas alınır. Failin davranışı orta seviyede zekaya sahip kişinin davranışıyla kıyaslanarak, kınanabilecek bir davranış ise, kusurlu davranış olarak nitelendirilir⁶⁶.

Belirtmek gerekir ki, objektif sorumluluk borçlunun yerine getirme yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığının dikkate alınacağı sorumluluk türüdür.

B. Özel Hukukta Kusur Sorumluluğu

Hukuk düzeninde kabul edilen bir eylemin ya da işlemin meydana getirilmesinde gereken özenin gösterilmemesi, kusurlu davranış olarak addedilir. Ku-

62 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Der Yay, C. II, B. 14, İstanbul 2019, s. 36.

63 Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş B. 11, s. 448, 449.

64 Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş B. 13, İstanbul 2013, s.125, 126.

65 Dönmezer, Erman, s. 162,163; Mehlika Osmanoğlu, “Birlikte Kusur”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.93, S. 2, 2019, s. 112-119.

66 Nomer, s. 126.

surlu davranış kasten olabileceği gibi, ihmali davranışta bulunmak suretiyle de olabilir⁶⁷.

Özel hastanelerde, hizmetin kusurlu yürütülmesine kişinin müdahaleyi yapabileme yetkisine sahip olmaması mesleki yetersizliği hastane yönetiminin hizmetin organizasyonundaki özensizliği ve hukuk kuralına aykırı davranışlar neden olabilmektedir⁶⁸. TBK m. 49'a göre, "*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişi, verdiği zararı gidermekle yükümlüdür*."

TBK 49. maddeyle yapılan düzenleme hem özel, hem de kamu hukukunda uygulama alanı bulabilmektedir. Bunun dışında özel ve kamu hukukunun kabul ettiği TBK'da düzenlenen kusursuz sorumlulukla ilgili maddeler de bulunmaktadır. Madde 65 hakkaniyet sorumluluğu, madde 116 yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, madde 66 özen sorumluluğu (adam çalıştırmanın sorumluluğu), madde 70 zarar tehlikesini önleme, madde 71 ise tehlike sorumluluğunu ve denkleştirmeyi düzenlemektedir.

Ayrıca Aral ve Ayrancı'ya göre, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu kusursuz olduğunu ispatlamadıkça TBK m. 112'ye göre, alacaklının meydana gelen zararını gidermekle yükümlüdür⁶⁹.

C. İdare Hukukunda Kusur Sorumluluğu

Geleneksel idare hukuku doktrin ve içtihadında, idarenin kusurlu sorumluluğunun sebebi olan "kusur" "hizmet kusuru" olarak algılanmıştır. İdare hukuku bakımından "kusur" kavramı yerine "hizmet kusuru" kavramı kullanılmıştır. Hizmet kusuru, idarenin eylem ve işlemlerinden doğar⁷⁰. Hizmetin "geç veya kötü işlemesi, hiç işlememesi" ya da idarenin hizmeti örgütlenme, sevk ve idare etmedeki yetersizliği, idare hukuku bakımından hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir⁷¹. Hukuka aykırı fiil, zarar, kusur, şeklinde ifade edilebilecek olan hukuki sorumluluk ilkesi, İdare Hukuku'nda büyük önem taşımakta ve daha geniş bir alanı kapsamaktadır⁷².

Sağlık bakanlığına bağlı hastanelerde hekim, hemşire ve diğer sağlık perso-

67 Dönmezer, Erman, s. 447.

68 Serap Helvacı, Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, Legal Yay. B. 5, İstanbul 2018, s. 89; Hakan, Kızıllarslan: "Hekim ve Özel Hastanelerin Cezaî Sorumlulukları" TAAD, C. 11, S. 41, Ocak 2020, s. 187-212.

69 Aral, Ayrancı, s. 50.

70 Selvi Özçetin, "Sağlık Hizmet Kusurunda Rücu", *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, 16 - 17 Ekim 2014 Lefkoşa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Türkiye Barolar Birliği Yayını s. 353-390.

71 Yıldırım, Melikşah, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 477, 478 ; Yasin Yerebasmaz, *Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2012 İstanbul, s. 49,50, 51.

72 Yıldırım, Melikşah, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 902.

neli, hastanın talep ettiği tedavi ve bakım hizmetini idare adına sunmaktadır. “Kamu hizmetinden” yani hasta tedaviden zarar görmesi nedeniyle, kamu hastanesine karşı idare mahkemesinde dava açabilir. İlgili hastanenin ve çalışanlarının sorumluluğu, hizmet kusuru sayılmaktadır. Bu nedenle hizmetin kusurlu yürütülmesi sonucunda meydana gelen zararın, idare tarafından giderilmesi gerekir. Hizmeti sunan personelin kişisel kusuru varsa, haklarında adli yargı yerinde de dava açılabilir⁷³.

Özel hastanelerde ise, hastanın tedavi ve bakımı için yapılan başvurunun hastane tarafından kabul edilmesiyle hasta ve hastane arasında “Hasta Kabul Sözleşmesi’nin” kurulduğu kabul edilir. Hekim ve diğer sağlık personeli hastane adına “yardımcı kişiler” olarak tedavi ve diğer hizmetleri üstlenmiş olacaktır (TBK m. 116). Bu nedenle, hastanenin uygulamalarından meydana gelen zararın işleten tarafından tazmin edilmesi öngörülmektedir⁷⁴. Ancak, hekim, hemşire ve diğer hastane personelinin hizmet kusuru nedeniyle zarar meydana gelmiş ise, bilir kişi görüşü ve adli tıp raporları neticesine göre, zarar kusurlusu tespit edilir.

Belirtelim ki, idareyi veya özel hastane işleticisini hukuki olarak sorumlu kılan neden, hizmetin kusurlu icra edilmesine dayanan sorumluluktur⁷⁵. Anayasa 125/1. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu, 125/7. maddesinde idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu belirtmektedir.

Bu konuyla ilgili ameliyat sonrası bakım ve tedavisinin gerektiği gibi yapılmaması sonucunda bacağı ampute olan bir hastanın, uğradığı zararın hizmeti kusurlu yürüten idarece tazmin edilmesi gerektiğine dair Danıştay 10. Dairesinin kararı da bulunmaktadır⁷⁶.

73 Geniş bilgi için bkz. (4.HD.17.12.1976, 692-11046 sayılı, 4.Hd.30.11.1998, 6342-9531 sayılı, HGK.15.11.2000, E.2000/4-1650 K.2000/1690 sayılı, HGK.26.09.2001, E.2001/4-595 K.2001/643 sayılı, 4.HD. 20.03.2003, E.2002/12424 K.2003/3216 sayılı, 4.HD. 30.09.2004, 11762-10881 sayılı, 4.HD. 17.02.2005, 959-1401 sayılı, 4.HD.18.07.2005,8991-8492 sayılı, 4.HD.14.06.2006, 6510-7216 sayılı, HGKB 07.12.2005, E.2005/4-650 K.2005/711 sayılı, HGK. 29.03.2006, E.2006/4-86 K.111 Sayılı, Uyuşmazlık Mahkemesi 26.05.2006, E.2006/26 K.2006/75 Sayılı Kararları.)

74 Murat Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, 16 – 17 Ekim 2014 Lefkoşa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Türkiye Barolar Birliği Yayını, s. 21-62; Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 479.

75 Nilgün Dinçer Araz, “Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak “Özen Yüklümü (Diligenta)” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 1, 2020, s. 171-218.

76 <http://www.danistay.gov.tr.danistay> Bilgi Bankası. (e.t. 03.09. 2011).

VI. Hastane Enfeksiyonlarının Neden Olduğu Zararın Tazmini

A. Kamu Hastanelerinin Tazminat Sorumluluğu

Kamu hastanelerinin sorumluluğu hizmet kusuruna dayanmaktadır. İdarenin yürüttüğü kamu hizmetinin hiç işlememesi, kötü işlemesi veya geç işlemesi sonucu meydana gelen zararın idarece giderilmesi, öngörülen bir sorumluluk türüdür⁷⁷.

Anayasa, Anayasanın 5. madde 'sinde bahsedilen hakların kişi tarafından kullanılabilir hale gelmesinin koşullarını, hazırlama görevini devlete yüklemiştir. Anayasa'nın 17. maddesi, kişinin yaşamını maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını koruma altına almıştır. Anayasa'nın 56. maddesi kişinin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşaması için çevrenin korunmasını devlete bir ödev olarak yüklemiştir. Anayasa'nın 59. maddesi kişilerin bedensel ve ruhsal yönden sağlığını geliştirmesi yönünde gerekli önlemleri almasını, 60. madde, sağlık hizmetlerini yerine getirmesi için örgütsel yapılanmayı gerçekleştirmesinden devleti sorumlu tutmuştur. Hasta hakları yönetmeliğinin 1, 2, 4/b, e, 5/b, 6 ve 14. maddeleri, uluslararası anlaşmalar ve sözleşmeler de, devletin sağlık hizmeti sunumuna ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmesinin hukuki normlarıdır.

Kişinin sağlık hizmeti alırken idare adına hizmet sunan sağlık çalışanın eylemlerinden ve işlemlerinden doğan hizmet kusuru nedeniyle uğradığı zarar idareye yüklenecek kusurdur⁷⁸. İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlı idari faaliyet arasında bir illiyet bağının kurulabilmesi gerekir. Zararla idari faaliyet arasında illiyet bağının bulunmaması, zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir ve idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırır⁷⁹.

Sağlık hizmetini sunan kamu görevlilerinin hizmetin sunumu esnasında kusurlu davranışları nedeniyle, sağlık hizmetinden faydalanan kimselere zarar vermeleri muhtemeldir. İdare ajanlarının kusurlu davranışları ile bireylere vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumlu tutulması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir⁸⁰.

Anayasanın 129 /1. maddesinde “Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler”, 129/4.

77 Mustafa Avcı, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu” *Ankara Barosu Dergisi*, C.1, 2012, s. 107-140.

78 Selvi Özçetin, “Sağlık Hizmet Kusurunda Rücu”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, 16 – 17 Ekim 2014 Lefkoşa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Türkiye Barolar Birliği Yayını s. 353-390.

79 DİDDK 2007/1184 E:2001/88 K.

80 Türk Borçlar Kanunu md. 49.

Maddesinde ise “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, İdare mahkemesinde ancak idare aleyhine” açılabileceğini ifade edilmektedir.

Öğretiye göre, idarenin hizmet kusuru sebebine dayalı sorumluluğu, ikincil derecede sorumluluk olmayıp, asli sorumluluktur⁸¹. İdarenin gerçek veya tüzel kişilerle birlikte sorumlu olduğu durumlarda bile, öncelikle idarenin sorumluluğuna başvurulması gerekir⁸².

Belirtilmelidir ki, davalı taraf veya ilgili mahkeme hatası nedeniyle, hizmet kusuru olan kişiyi davaya dahil edebilir. İdari davada mahkeme bilirkişi incelemesi ve adli tıp görüşüne başvurarak, hastalığa veya ölüme neden olan olguyu ve hastane enfeksiyonu ile illiyet bağımlı araştırır. Enfeksiyonun doktor, hemşire, hizmetlinin birlikte fiilleri ile mi ya da idarenin bir uygulaması sonucunda mı hastaya geçtiği tespit edilir.

Örneğin yoğun bakım ünitesinde yeterli havalandırma sisteminin idare tarafından yapılmamış olmasının sorumluluğu doktor, hemşire ve hizmetliye yüklenemez, Söz konusu olayda idarenin hizmet kusuru söz konusudur.

Sağlık hizmetinin kusurlu işlemesi nedeniyle, meydana gelen zararın tazmin edilmesi için açılacak tam yargı davasının, öncelikle hizmeti kusurlu yürüttüğü iddia olunan hekimin veya diğer sağlık çalışanının bağlı bulunduğu idareye karşı açılması zorunludur. Aksini iddia etmek, tam yargı davasının niteliğine aykırıdır⁸³.

Sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü iddiası ile açılan tam yargı davalarında, Danıştay, sağlık hizmetini bünyesinde risk taşıyan bir kamu hizmeti olarak kabul etmiştir. Sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesi nedeniyle zarara uğrayan kişiye karşı, idareyi tazminat sorumlusu görmüştür⁸⁴. Danıştay 2015 yılından itibaren tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesi nedeniyle açılan tam yargı davalarında, hizmet kusurunun varlığını, idarenin zararı gidermekle sorumlu tutulabilmesinin şartı olarak görmüştür⁸⁵.

81 Selvi Özçetin, “Sağlık Hizmet Kusurunda Rücu”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, s. 389, 390.

82 Yıldırım, Melikşah, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 901, 903.

83 Zehra Odyakmaz, “Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 1997, s.2.

84 Yıldırım, Melikşah, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s.903

85 Aydın Akgün, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay’ın Yeni Yaklaşımı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XX, S.1, 2016, s. 269-302; TBK md. 41.

Aşağıdaki yargı kararı örnek teşkil etmektedir.

Davacılar murisi V.L'yi, göğsündeki yakınmadan dolayı Kayseri Eğitim ve Araştırma hastanesine götürmüş, akut inferior MI tanısı konularak koroner anjiyo yapılmıştır. Hastanın 16.08.2011 tarihinde, Ankara Dışkapı Eğitim ve Araştırma hastanesine transferi sağlanmış ve 25.09.2011 tarihinde hayatını kaybetmiştir. Ölüm belgesinde ölüm nedeni, greft enfeksiyonu sol kalça dezartikülasyonu sepsis yazılmıştır. İşlem esnasında gerekli özen gösterilmediği için, hastane enfeksiyonunun geliştiği, idarenin hizmet kusuru nedeniyle hayatını kaybettiği ileri sürülerek, meydana gelen maddi ve manevi zararın giderilmesi için, Kayseri 2. İdare Mahkemesine dava açılmıştır. Kayseri 2. İdare Mahkemesinin 05/03/2014 tarih ve E:2012/864, K:2014/168 Sayılı kararında dosyadaki bilgi, belge ve olaya ilişkin Adli Tıp 1. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen raporu birlikte incelendiği belirtilmiştir. "Müteveffaya" uygulanan tedavilerin tıp kurallarına uygun olduğunu, hastanenin hizmet kusuru olmadığını ve meydana gelen ölümden idareye atfedilecek kusurun bulunmadığına hükmederek davayı reddetmiştir.

Davacılar davanın zımnen reddi üzerine, Danıştay 10 dairesine temyiz başvurusunda bulunmuştur. 10. Daire, davacıların temyiz istemini kabul etmiştir. Temyize konu olan davanın uyuşmazlığının çözümü için, bilirkişi raporuna dayalı eksik inceleme sonucu verilen İdare Mahkemesi kararında, hukuki isabet görülmediğinden Sağlık bakanlığını husumetli taraf kabul ederek, Kayseri 2. İdare Mahkemesi'nin 05/03/2014 tarih ve E:2012/864, K:2014/168 sayılı kararının bozulmasına hükmetmiştir⁸⁶.

Belirtilmelidir ki, hukuka ve hakkaniyete aykırı bilirkişi tarafından yapılan tespitler, adaleti yanıltıcı ise, adaletin geç tesis etmesine ve olumsuz sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Bilirkişinin sorumluluğuna aykırı davranmasının,⁸⁷ hukuken ayrı bir yaptırımının olması yerinde olacaktır.

B. Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu

Özel hastanelerin kusur sorumluluğu; "hasta kabul sözleşmesi" çerçevesinde özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan sorumluluktur. Kamu hastanelerinde olduğu gibi özel hastanelerinde, şikâyetin türüne ve özelliğine göre, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, dürüstlük kuralı gereği, başvurusu kabul edilen hastaya karşı edimlerini yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır (TMK md 2). Özel hastaneler bunun için gerekli tedbirleri almak zorundadır⁸⁸.

86 Bkz. (Danıştay 10. Daire, E. 2019/6068, K.2019/6863, T. 17. 10. 2019).

87 M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, Vedat Kitapçılık, B. 23, İstanbul 2017, s. 5.

88 Bilgi için bkz. Özel Hastaneler Yönetmeliği, Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Planlanması ek madde 4 – (Ek: Rg-15/2/2008-26788) (Değişik: Rg-11/7/2013-28704).

Hastanın tedavisi veya bakımı esnasında hastane enfeksiyonunun gelişmesi, hizmeti sunanın özen eksikliğinden kaynaklanabileceği gibi,⁸⁹ hastane yönetiminin organizasyon eksikliği ve denetim kusurundan da olabilir. Hastane yönetimi hastanede çalıştıracağı personelin seçiminden ve denetiminden sorumludur (TBK md 66). Özel hukuk hükümleri çerçevesinde hekim ya da başka personel çalıştıran özel hastanelerin, “istihdam edenin” objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmaması hukuk kuralının ihhalidir.

Belirtilmelidir ki, kusurlu işlem nedeniyle hastanın sakat kalması veya ölmesi, hastane sahibinin ya da yönetiminin tazminat sorumluluğuna yol açar⁹⁰. TBK m. 116'ya göre, özel hastane sahibi veya yönetimi çalışanların hastanede sundukları hizmet esnasında, hastaya verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

Özel hastanede ölümün veya sakatlığın meydana gelmesi durumunda, mağdur veya yakınları doğan zararın tazmin edilmesi talebiyle, Asliye Hukuk Mahkemesinde hastane tüzel kişiliğine, zarara neden olan kişilere, birlikte tazminat davası açabilirler. İdare mahkemesinde olduğu gibi, Asliye Hukuk Mahkemesinde de dava ile ilgili hüküm kurulmadan önce, Adli Tıp ve bilirkişi incelemesine gidilir.

Belirtilmelidir ki, hastane enfeksiyonlarından ölen veya sakat kalan kişi için, Kamu hukuku veya Özel hukuk hükümleri çerçevesinde taktir edilen tazminat, hukuk devletinin vatandaşlarının sağlık hakkı ve yaşam hakkına gösterdiği önem ifade eder.

Sonuç

Sonuç olarak hastane enfeksiyonları tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de, önemli bir sağlık sorunudur. Sağlık hizmeti esnasında hastada görülen hastane enfeksiyonunun yol açtığı zarardan, Türk Borçlar Kanunu 71. maddesi hükmü çerçevesinde, kamu hastanelerinde İdare, özel hastanelerde ve özel sağlık tesislerinde işletme sahibinin sorumluluğu bulunmaktadır.

Ancak verilen hizmet ile meydana gelen zarar arasında, hukuken uygun illiyet bağının tespit edilmiş olması gerekir.

Hastane enfeksiyonlarının önlenmesi için;

1. Hastane enfeksiyonlarının kontrolünün sağlanmasında hastane enfeksiyonu sürveyans çalışmaları esas alınmalıdır.
2. Her hastane EKK'si kendi hastane florasını oluşturan mikroorganizmalara

89 Örneğin, kullanılan temizlik malzemesinin standartlara uygun olmaması, hemşire veya hekimin bir önceki hastaya yaptığı müdahaleden sonra, gerekli temizlik aşamasından geçmeden, ikinci hastaya girişimde bulunmamış olması.

90 Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Esas: 2009/13-393 Karar: 2009/452 Tarih: 21.10.2009.

rı, direnç paternlerini ve enfeksiyon dağılımını belirlemeli ve doğru antibiyotik kullanımı sağlamalıdır.

3. Hekimin yanı sıra, kamu ve özel hastanelerde çalışan sağlık meslek personelinin kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortasının bulunması uygun olacaktır.

4. Hastane enfeksiyonlarından meydana gelen zararın yaptırımına ilişkin hukuki düzenlemenin, ayrı bir yasa maddesiyle olması yerinde olacaktır.

Çatışma Beyanı: *Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.*

KAYNAKLAR

- Ağırbaş, İsmail, “Hastane Enfeksiyonları Maliyet Analizi” Ankara Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projesi Sonuç Raporu, 2013 Ankara.
- Ak İkinci, Özlem, “Hastanelerdeki Gizli Tehlike Hastane Enfeksiyonları” *TUBİTAK Bilim ve Teknik Dergisi*, 2013, s. 44-48.
- Akgün, Aydın, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay’ın Yeni Yaklaşımı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XX, S.1, 2016, s. 269-302.
- Akova, Murat, “Sağlık Personeline Kan Yoluyla Bulaşan Viral Enfeksiyonlar ve Korunmak için Alınacak Önlemler”, Sağlık Çalışanlarının Sağlığı 1. Ulusal Kongresi, 26-28 Kasım 1999 Ankara, s. 48-54.
- Anıl, A. Berna; Önal, Anıl Murat; Özdemir, Nihal; Bayram, Nuri; Şahbudak Bal, Züm-rüt; Köse, Engin; Yılmaz, Nisel; Helvacı, Mehmet; Aksu, Nejat, “Çocuk Yoğun Bakım Ünitesinde Hastane Enfeksiyonu Risk Faktörleri”, *Çocuk Acil Yoğun Bakım Dergisi*, C. 1, S. 1, 2014, s. 9-15.
- Aral, Fahrettin; Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Bası.
- Artan, Cem; Oğuzkaya Artan, Müge; Baykan, Zeynep, Sağlık Personelinin Sağlık Riskleri ve Hastane Enfeksiyonları ile İlgili Bilgi Düzeyleri ve Uygulamaları, *Düzce Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi*, C.5, S. 2, 2015, s. 6-11.
- Artuvan, Zühal; Çetin, Hacer, “Yoğun Bakımda, Kliniklerde Hastane Enfeksiyonlarının Önlenmesi ve El Hijyeni” *Yoğun Bakım Hemşireliği Dergisi*, C. 23, S. 3, 2019, s. 180-184.
- Aşçıoğlu, Sibel, “Hastane Enfeksiyonları”, *Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi*, C. 64, S. 1, 2007, s. 1-3.
- Avcı, Mustafa, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, C.1, 2012, s. 107-140.
- Clotilde El Guerche-Seblain; Selilah Amou; Thomas Benet; Laetitia Henaff; Vanessa Escuret; Francois Schellevis; Philippe Vanhems, “Incidence of hospital-acquired influenza in adults: A prospective surveillance study from 2004 to 2017 in a French tertiary care hospital” *American Journal of Infection Control*, Volume. 49, Issue. 8. August 2021, p. 1067-1071.
- Çetin Seçkin, Rukiye; Akalın, Halis, “Bulaşıcı Hastalıklarda Sürveyans, Niçin? Nasıl? Ne Durumdayız?”, *Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, S. 34, C. 3, 2008, s. 135-142.
- Çetin, T. Enver, “Hastane Enfeksiyonlarının Önemi”, *Kimlik Dergisi*, C.6, S. 3, 1993.
- Dinçer Araz, Nilgün, “Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak “Özen Yükümü (Diligentia)” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S. 1, 2020, s. 171-218.
- Doğan, Murat, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, 16 – 17 Ekim 2014 Lefkoşa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Türkiye Barolar Birliği Yayını, s. 21-62.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, *Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Der. Yayınları, C. II, B. 14, İstanbul 2019.
- Enfeksiyonların Önlenmesi, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sağlıkta Kalite ve Akreditasyon Daire Başkanlığı, 1. Revizyon- 2. Baskı, Mart 2010 Ankara.

- Engin, Baki İ.; Ünver, A. Tülay; Önay, Işık, *Borçlar Hukuku Pratik Çalışmaları*, On İki Levha Yayıncılık, B. 2, İstanbul 2014.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Borçlar Hukuku Ders Notları*, Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Eren, Fikret, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayınları, No 361, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.
- Eren, Esmâ "Hastanelerde Karbapenem Dirençli Gram Negatif Bakteri Enfeksiyonlarının Kontrolü" JAMER, C. 5, s. 3, 2020, s. 35-38.
- Görak, Gülay, "Yoğun Bakım Ünitelerinde Hastane Enfeksiyonlarının Önlenmesi", *Yoğun Bakım Hemşireliği Dergisi*, C. 1, S. 1, 1997, s. 16-24.
- Gözükküçük, Ramazan; Çakıroğlu, Basri; Nas, Yunus, "Toplum Kaynaklı Üriner Sistem Enfeksiyonu Etkeni Olarak Saptanan Escherichia coli İzolatlarının Antibiyotik Duyarlılıkları", JAREM, S. 2, 2012, s. 101-103.
- Gürler, Nezahat, "Hastane Enfeksiyonlarına Yol Açan Sorunlu Mikroorganizmalar Nelerdir? Sorun Oluşturma Nedenleri Nelerdir?", 4. Ulusal Sterilizasyon Dezenfeksiyon Kongresi, 2005, s. 690-701.
- Gürsoy, Bensu, "Hastane Enfeksiyonlarında Maliyet Analizi, Olgu Kontrol Çalışması", *Harran Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, 2008, s. 15-21.
- Hakan, Kızıllarlan: "Hekim ve Özel Hastanelerin Cezai Sorumlulukları" TAAD, C. 11, S. 41, Ocak 2020, s. 187-212.
- Hekimoğlu, C. Hüseyin, "Sağlık Hizmeti İlişkili Enfeksiyon Salgınlarının İncelenmesi" BUHASDER Kongresi 8. Tepecik Enfeksiyon Günleri, s. 77-86.
- Helvacı, Serap; Erlüle, Fulya, *Medeni Hukuk Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, Legal Yay. B. 5, İstanbul 2018.
- Karahocagil, M.Kasım; Yaman, Görkem; Gökteş, Uğur; Sünnetçioğlu, Mahmut; Çıkmaz, Aytekin; Bilici, Adnan; Yapıcı, Kubilay; Baran, İ. Ali İrfan; Binici, İrfan; Akdeniz, Hayrettin, "Hastane Enfeksiyon Etkenlerinin Ve Direnç Profillerinin Belirlenmesi", *Van Tıp Dergisi*, C. 18, S. 1, 2011, s. 27-32.
- Kölgeliler, Servet; Küçük, Ahmet; Aktuğ, Demir, Nazlım; Özçimen, Serap; Demir, S.Lütfi, "Yoğun Bakımlardaki Hastane Enfeksiyonları, Etiyoloji Ve Predispozan Faktörler" *Kafkas Tıp Bilimleri Dergisi*, C. 2, S. 1, 2012, s. 1-5.
- Maraş, Hülya, "İstanbul Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Servislerinde 2010 Yılı İlk Yarısı Hastane Enfeksiyonu Sürveyansı" İstanbul Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Ana Bilim Dalı, Uzmanlık Tezi, 2011 İstanbul.
- Nomer, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş B. 13. İstanbul 2013.
- Odyakmaz, Zehra, "Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 1997, S. 2.
- Oğuz, Habip, "Sorumluluk Hukukunda Kusur" *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 28, Ekim 2016, s. 273-286.
- Oğuzman, Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, Vedat Kitapçılık, B. 23, İstanbul 2017.
- Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, C.

2, İstanbul 2013.

- Öncül, Ahsen; Koçulu, Safiye; Elekli, Keziban, “Bir Devlet Hastanesinin Yoğun Bakım Ünitelerinde Kazanılan Hastane Enfeksiyonlarının Epidemiyolojisi”, *Şişli Etfal Hastanesi Tıp Bülteni*, C. 46 S. 2, 2012, s.60-66.
- Özçetin, Mustafa; Ulaş Saz, Eylem; Karapınar, Bülent; Özen, Samim; Aydemir, Şöhret; Vardar, Fadıl, “Hastane Enfeksiyonları, Sıklığı ve Risk Faktörleri”, *Çocuk Enfeksiyonu Dergisi*, C. 3, 2009, s.49-53.
- Özçetin, Selvi, “Sağlık Hizmet Kusurunda Rücu”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, 16– 17 Ekim 2014, Lefkoşa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Türkiye Barolar Birliği Yayını s.353-390.
- Öztürk, Recep, “Küresel Bir Sorun: Hastane Enfeksiyonları”, *SD (Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi)*, Sonbahar 2008, s. 88-91.
- Özyürek, Pakize; Bulantekin, Özlem, “Hemşire ve Hemşirelik Bölümü Öğrencilerinin MRSA’lı Hastaya Klinik Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi”, *Kocatepe Tıp Dergisi*, C. 9, S.1, 2008, s. 21-32.
- Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, “Türkiye Sağlık Hizmeti ile İlişkili Enfeksiyonları Önleme ve Kontrol Programı 2019 – 2024”, 2019 Ankara,
- Sağlık Hizmetlerinde El Hijyeni Konulu DSÖ Kılavuzu (Gelişmiş Taslak) Nisan 2006.
- Sönmez, Aylin; Barçın Öztürk, Şerife; Abacıgil, Filiz, “Sağlık Hizmeti İlişkili Enfeksiyon Epidemiyolojisi ve Sürveyansı” *Hemşirelik Bilim Dergisi*, C. 4, S. 1, 2021, s.41-45.
- Şengil, A. Zeki; Özenci, Hatice; Tuncer, E. İnci, “Selçuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Cerrahi Kliniklerindeki Hastalarda Hastane Enfeksiyonuna Neden Olan Mikroorganizmalar ve Antibakteriyellere Duyarlılıkları” *Selçuk Üniversitesi Tıp Dergisi*, C.3, S. 1, 1987, s.219-225.
- T.C. Sağlık Bakanlığı, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü Bulaşıcı Hastalıklar Dairesi Başkanlığı, Ulusal Sağlık Hizmeti İlişkili Enfeksiyonlar Sürveyans Ağı Özet Raporu 2017.
- T.C. Sayıştay Başkanlığı Performans Denetimi Raporu (2007): Hastane Enfeksiyonları ile Mücadele.
- TTB Türkiye’de Sağlık Çalışanları Ölümlemlerini Anlattığı Rapor, TTB Yayını, Haziran 2021.
- Tüfek, Adnan; Tekin, Recep; Dal, Tuba; Tokgöz, Orhan; Doğan, Erdal; Ölmez Kavak, Gönül; Hoşoğlu, Salih, “Reanimasyon Ünitesinde On Yıllık Sürede Gelişen Hastane Enfeksiyonlarının Değerlendirilmesi ve Literatürün Gözden Geçirilmesi”, *Dicle Tıp Dergisi*, C. 39, S. 4, 2012, s.492-498.
- Türk Toraks Derneği Erişkinlerde Hastanede Gelişen Pnömoni Tanı ve Tedavi Uzlaş Raporu, *Türk Toraks Dergisi*, C. 10, Ek. 6, Haziran 2009.
- Ulusal Hastane Enfeksiyonları Sürveyans Sistemi (Nnıs): Sürveyans Yöntemlerinin Tanımı, *Amerikan Enfeksiyon Kontrol Dergisi*, C. 19, S. 1, Şubat 1991, s.19-35.
- Yalçın, A. Nevzat, “Hastane Enfeksiyonları Maliyet Analizi.” *İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi 60*, 2008, s. 15-22.
- Yerebasmaz, Yasin, “Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012 İstanbul.
- Yıldırım, Nurdan; Tapan, Birkan; Gayef, Albena; Sezen, Âdem; Alıcı, Selin; Kayan

Tapan, Tuba, “Hastane Enfeksiyonlarının Önlenmesine Yönelik Yapılan Uygulamalar ve Bir Hastane Örneği”, *Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2015, s. 93-100.

- Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, H. Eyüp; Üstün, Gül; Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 5. Baskı, 2013 İstanbul.

Uzay Hukukundaki Yükümlülük Rejimi Bağlamında Fırlatan Devlet Kavramı ve TURKSAT-5B Uydusu*

The Concept of the Launching State in the Context of the
Liability Regime in Space Law and the TURKSAT-5B Satellite

Feriha Beyza ERYAVUZ**

Öz

Uzay hukuku hızla gelişmekte olan bir uluslararası kamu hukuku dalıdır. Nitekim devletler gün geçtikçe uzay faaliyetleri konusunda kendilerini geliştirmekte ve hatta özel şirketler onlara katılmaktadır. Bu durumun muhtemel bir sonucu olarak uzay hukukuna hâkim kurallar kapsamında belli tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Bu tartışmaların bazılarının uluslararası devlet sorumluluğu rejimi bağlamında önemli sonuçları bulunmaktadır. Özellikle özel şirketlerin aktif rol almaya başlaması ile devlet sorumluluğuna ilişkin kurallar farklı tartışmalara konu olmaya başlamıştır. Bu yazıda ilk kısımda uzay hukukunun tarihi ve sözleşmeleri hakkında genel olarak bilgi verilecektir. Bunun ardından “fırlatan devlet” kavramının önemi ve tanımı ele alınacaktır. Buna ek olarak uzay hukukuna hâkim olan devlet sorumluluğu esaslı Uzay Antlaşması kapsamında açıklanacaktır. Sonra uzay hukukunda ki “yükümlülük” rejimi fırlatan devlet kavramı ve Sorumluluk Antlaşması kapsamında ele alınacaktır. Son olarak, Türkiye'nin Turksat-5B uydusu gerek fırlatan devlet gerek muhtemel sorumluluk rejimi kapsamında değerlendirilecek ve Turksat-5B'nin uzaya fırlatılma sürecinde rol oynayan devletler bağlamında muhtemel sorumluluk ve yükümlülük rejimi tartışılacaktır.

Anahtar Kelime: Uydu, uzay, fırlatan devlet, yükümlülük, uluslararası sorumluluk

ABSTRACT

Space law is a rapidly developing branch of public international law. As a matter of fact, states are developing themselves in space activities day by day, and even private companies are envolving to this activities. As a possible result of this situation, cer-

* Makale gönderim tarihi: 01.02.2022. Makale kabul tarihi: 20.05.2022. Feriha Beyza Eryavuz, “Uzay Hukukundaki Yükümlülük Rejimi Bağlamında Fırlatan Devlet Kavramı ve TURKSAT-5B Uydusu”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022, s. 29-50; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.1.09>

** Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ABD Araştırma Görevlisi, 0000-0001-7890-6986, ferihaeryavuz@uludag.edu.tr.

tain controversies arise within the scope of the rules prevailing in space law. Some of these discussions have important consequences in the context of the international regime of state responsibility. Especially with the fact that private companies have started to take an active part, the rules of state responsibility have become the subject of different discussions. In this article, the first part will provide general information about the history and conventions of space law. Following this, the importance and definition of the concept of 'launching state' will be discussed. In addition, the rule of state responsibility that dominates the space law will be explained in the Space Treaty. Then the 'obligation' regime in space law will be considered within the scope of the concept of the launching state and the Liability Treaty. Finally, the Turksat-5B satellite of Turkey will be evaluated both within the context of the launching state and the probable responsibility and liability regime in the context of the states involved in the launch process of Turksat-5B into space.

Keywords: Sattelite, space, liability, launching state, international responsibility

Giriş

Uzay hukuku 1960 yıllardan bu yana tartışmalı uluslararası hukuk dallarından biri olmaya devam etmektedir. Geçmişte devletler arasında bir nevi bilim yarışı olarak kullanılan uzay faaliyetleri günümüzde özel şirketlerin de dahil olması ile daha komplike bir hale gelmiştir. Uzay hukukunun, yaşanan teknolojik ve bilimsel gelişmeler ile yakın bir gelecekte adından oldukça söz ettiren bir hukuk branşına dönüşeceği söylenebilir. Türkiye de son zamanlarda açıkladığı uzay faaliyetleri politikası ile bu alana girmeye istekli olduğunu göstermiştir. Uluslararası uzay faaliyetlerinin yakından takibi gelişmiş ülkeler kadar gelişmekte olan ülkeleri de ilgilendirmektedir. Her ne kadar bütün ülkeler uzay faaliyetinde bulunmuyor olsa da uzayda gerçekleştirilen araştırmalar tüm ülkeleri etkileyebilmektedir¹.

Bu bakımdan Iridium & Cosmos çarpışması güzel bir örnek oluşturmaktadır². 2009 yılının şubat ayında Amerika'ya ait olan Iridium-33 uydusu ile Rusya'ya ait olan ve işlevsiz durumda bulunan Cosmos-2251 uzayda çarpıştı ve bu çarpışma sonucu ortaya çıkan parçalar uzaya yayılarak tehlikeli bir uzay çöplüğü oluşturdu. Bu olay neticesinde, özellikle devletlerin uzay faaliyetlerinden sorumluluğuna ve uzay çöplüğüne ilişkin olarak birçok tartışma ele alındı³.

1 Bkz: mesela gittikçe büyüyen uzay çöplüğü hem geleceğin uzay faaliyetlerini hem de dünya da ki yaşamı etkilemektedir. Samuel Black, Yousaf Butt, "The Growing Threat of Space Debris" <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.2968/066002001> (17.01.2022).

2 Bkz: Brian Weeden, "2009 Iridium-Cosmos Collision Fact Sheet." https://swfound.org/media/6575/swf_iridium_cosmos_collision_fact_sheet_updated_2012.pdf (17.01.2022).

3 Bkz: Martha Mejia-Kaiser, "Collision Course: 2009 Iridium Cosmos Crash", *Proceedings of the*

Bu kapsamda, “fırlatan devlet” kavramı, uzay hukuku çalışmalarında oldukça önemli bir yere sahiptir. Nitekim gerek Uzay Antlaşması (UA) Madde 7’de⁴ gerekse Uzay Cisimlerinin Verdiği Zarardan Dolayı Uluslararası Sorumluluk Hakkında Sözleşme’de (SOAN) uzay faaliyetlerinden doğacak hukuki sorumluluk fırlatan devlete yüklenmiştir. Günümüzde özellikle özel şirketlerin fazlasıyla dahil olduğu uzay faaliyetlerinde fırlatan devletin belirlenmesi zorlaşmıştır. Bununla birlikte tescil, lisans vb. mekanizmalar, fırlatan devletin belirlenmesine yardımcı olabilmektedir. Bu yazının genel amacı değişik türdeki tescillerin fırlatan devletin belirlenmesine etkilerini tartışmaktır. Bunun için öncelikle, ilk bölümde, kısaca fırlatan devlet kavramından ve tescilin etkilerinden bahsedilecektir. İkinci bölümde, genel hatları ile uzay objesinin veya fırlatma platformunun tescilinin fırlatan devletin belirlenmesine etkilerine değinilecektir. Son bölümde ise uzay hukukundaki sorumluluk rejimi ele alınacaktır.

I. Uzay Hukukuna Genel Bir Bakış

Uzay hukukunun ortaya çıkışı ABD ve Rusya arasındaki uzay yarışlarına kadar geriye gitmektedir. Genel bir senaryo olarak, teknolojik gelişmeler birbiri ardında ilerlemiş ve yasal bir düzenlemenin ihtiyacı gündeme gelmiştir. Hukuki çalışmaların başlangıcı olarak ise 1957-1958 yılları arasında düzenlenen Uluslararası Jeofizik Yılı gösterilmektedir⁵. İlerleyen gelişmeleri takiben 1959 yılında BM bünyesinde daimi bir komite olarak, Uzayın Barışçıl Kullanımları Komitesi (UN COPUOS) kuruldu⁶. Henüz uzay hukukunun günümüzde ki halinde önemli rol oynayan bütün o sözleşmeler yapılmadan önce uzayda nükleer silah kullanma yasağına ilişkin olarak ABD ve Rusya arasında bir ikili anlaşma yapıldı⁷. Ancak bir süre sonra bu antlaşma BM tarafından bir genelge olarak yayımlandı⁸. Bu gelişmelerin ardından BM, uzay faaliyetleri ile ilgili düzenlemelerini sürdürdü ve 13 Aralık 1963’te yeni bir genelge yayınladı⁹. Bu genelge, 1967 tarihli

52th IISL Colloquium on the Law of Outer Space, Daejeon, 2009, 52 I.I.S.L. PROC.3.9.

- 4 Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Anlaşma (UA) (1967) <https://www.resmigazete.gov.tr/arxiv/12732.pdf> (05.10.2021).
- 5 V. Kopal, Diederiks-Verschoor, *An Introduction to Space Law*, Kluwer Law International, 3. Baskı, 2008, s.2.
- 6 United Nations General Assembly (UNGA) Resoluiton 1472 (XIV), 12 Aralık 1959 https://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_14_1472E.pdf (15.12.2021).
- 7 The Partial Test Ban Treaty, 1963, https://www.cvce.eu/en/obj/treaty_banning_nuclear_weapon_tests_in_the_atmosphere_in_outer_space_and_under_water_moscow_5_august_1963-en-7322ea8e-cd0a-422e-ab87-436776a1fe1e.html (15.12.2021).
- 8 UNGA Resolution 1884(XVIII), 17 Ekim 1963.
- 9 “Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space”, UNGA Resolution 1962(XVIII), 13 Aralık 1963.

UA'nın¹⁰ temelini oluşturmaktadır. Bu antlaşmanın uzay hukukunun temelini oluşturduğunu söyleyebiliriz. Nitekim UA'dan sonra düzenlenen antlaşmalar onun hükümlerinin özelleştirilmiş halleri gibidir. Bunun ardından 1968 yılında Astronotların Kurtarılmasına İlişkin Antlaşma¹¹ kabul edildi. Bundan kısa bir süre sonra da Uzay Cisimlerinin Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Uluslararası Sorumluluğa İlişkin Anlaşma kabul edildi¹². Ardından Tescil Antlaşması¹³ ve son olarak da Ay Antlaşması¹⁴ kabul edildi. Bu yazı kapsamında UA'ya ve Ay Antlaşması'na değinilecektir.

Uzay hukuku, bünyesinde barındırdığı riskler ve belirli bazı diğer etkenler sebebiyle uluslararası iş birliği ve karşılıklı iletişimi devletlere sorumluluk olarak yüklemiştir¹⁵. Bu iş birliği, uluslararası veya bölgesel düzeyde çok taraflı iş birliği ve ülkelerin kendi arasındaki ikili iş birliği gibi birçok biçim alabilir¹⁶. Uluslararası iş birliği, devletlerin dış politika veya ticaret politikası hedeflerine yönelik stratejisinin bir parçası da olabilir¹⁷.

Nitekim, bu kapsamda günümüzde en fazla gündeme gelen tartışmalı konulardan biri de uzay madenciliği faaliyetleridir¹⁸. Ay ve bazı Dünya'ya nispeten yakın olan asteroidler de dahil olmak üzere gök cisimleri, Dünya'da ve uzayda çeşitli amaçlar için yararlı olabilecek malzemeler açısından zengindirler. Günümüzde hızla gelişen teknoloji göz önüne alındığında yakın bir zamanda bu

10 Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Andlaşma (1967) (Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies) <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12732.pdf> (05.10.2021).

11 UNGA, Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space, 3 Aralık 1968, https://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_22_2345E.pdf (17.12.2021).

12 UNGA, Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, 1972, https://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_26_2777E.pdf (17.12.2021).

13 UNGA, Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space, 15 Eylül 1976, https://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_29_3235E.pdf (17.12.2021).

14 UNGA, Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, 11 Temmuz 1984 https://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_34_68E.pdf (17.12.2021).

15 Bkz: UA, Madde 3 "States Parties to the Treaty shall carry on activities in the exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies, in accordance with international law, including the Charter of the United Nations, in the interest of maintaining international peace and security and promoting international co-operation and understanding."

16 Brian C. Weeden, *Handbook for New Actors in Space*, Secure World Foundation, Christopher D. Johnson ed., 2017, s. 61.

17 Weeden, s.62.

18 Daha fazla bilgi için bkz: Henry R. Hertzfeld, Frans G. von der Dunk, "Bringing Space Law into the Commercial World: Property Rights without Sovereignty", *Chicago Journal of International Law*, Cilt 6, Sayı.1, 2005.

cisimlere erişilebileceği söylenebilir¹⁹. Bu gerçek, günümüzdeki uzay madenciliği tartışmalarının kaynağını oluşturmaktadır. Yazının ilerleyen kısımlarında bu durum ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. Genel Hatları ile Uzay Hukukunda Sorumluluk Rejimi ve Fırlatan Devlet Kavramının Önemi

Uzay hukukunun gelişimini ilk aşamada teşvik eden unsur diğer birçok uluslararası hukuk dalında olduğu gibi devletlerin arasındaki rekabetti. ABD ve Rusya'nın başını çektiği uzay yarışının oluşturduğu gerginlik, uluslararası bir anlaşmanın hazırlanmasını zorunlu kılmıştır. 1950'li yıllardan itibaren Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Bunun neticesinde BM Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanımı Komitesi bünyesinde gerçekleştirilen uzun soluklu çalışmaların sonucu olarak birçok çalışma yapıldı²⁰.

Uzay faaliyetlerinin devletlerin çıkarları ile sıkı bir bağlantısı olduğu için uluslararası içtihat, devlet merkezli olarak gelişim göstermiştir. Bunun bir sonucu olarak uluslararası uzay hukuku rejiminde, devletlerin tüm ulusal uzay faaliyetleri için devletlerin uluslararası sorumluluğu benimsenmiştir²¹. Nitekim UA 6. Maddesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: *“Andlaşmaya Taraf Devletler, Ay ve diğer gök cisimleri dahil, uzayda gerek Hükümet teşekkülleri, gerek Hükümetler dışı teşekküller tarafından yürütülen millî faaliyetlerde ve millî faaliyetlerin iş bu Andlaşma da yer alan hükümler uyarınca yürütülmesinde milletlerarası sorumluluk taşırlar Hükümetler dışı teşekküllerin ay ve diğer gök cisimleri dahil, uzaydaki faaliyetleri ilgili Devletin müsaadesine ve devamlı nezaretine tabi olmalıdır. Ay ve diğer gök cisimleri dahil, uzakdaki faaliyetlerin bir milletlerarası teşkilât tarafından yürütülmesi halinde, işbu Andlaşma hükümlerine riayetden doğan sorumluluk milletlerarası teşkilât ile, söz konusu teşkilâta mensup bulunan bu Andlaşmaya Taraf Devletlere ait olacaktır.”*²²

19 Daha fazla bilgi için bkz: Valentyn Halunko, “Space Law: the Present and the Future”, *Advanced Space Law*, Cilt 3, 2019.

20 Uzay hukukunun tarihi gelişimi hakkında daha fazla bilgi için bakınız: International Institute of Space Law, *New Perspectives on Space Law*, Proceedings of the 53rd IISL Colloquium on The Law of Outer Space Young Scholars Session, Ed. Mark J. Sundahl, Fransa, 2011, s. 1-24.

21 Daha fazla bilgi için bakınız: Gennady Zhukov, Yuri Kolosov (Terc. B. Belitzky), *International Space Law*, 2. Baskı, 2014, s. 65-68.

22 UA, Madde 6: “States Parties to the Treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space, including the moon and other celestial bodies, whether such activities are carried on by governmental agencies or by non-governmental entities, and for assuring that national activities are carried out in conformity with the provisions set forth in the present Treaty. The activities of non-governmental entities in outer space, including the moon and other celestial bodies, shall require authorization and continuing supervision by the appropriate State Party to the Treaty. When activities are carried on in outer space, including the moon and other celestial bodies, by an international organization, responsibility for compliance with this Treaty shall be borne both by the

Ancak burada iki önemli kavram arasındaki farkın vurgulanması gerekir. İngilizcede kullanılan “Liability” ve “Responsibility” kavramları Türkçeye “sorumluluk” olarak çevrilmektedir. Ancak bu iki kavramın ifade ettiği sorumluluk rejimleri farklıdır. “Responsibility” kavramı “Liability” kavramına göre daha geniş bir anlam ifade etmekle birlikte uzun süredir uluslararası arenada tartışılmaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından 1956 yılından bu yana gerçekleştirilen çalışmalar²³, “Responsibility” kavramı bağlamında ilk elle tutulur çalışmalar olmuştur. Bunun ardından belli değişiklikler yapılarak 2001 yılında UHK tarafından hazırlanan²⁴ ve bugün genel anlamda örf ve âdet hukuku olarak kabul edilen Devletlerin Uluslararası Haksız Eylemlerden Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler²⁵ ile son halini almıştır. Bu taslak metnin 2. Maddesine göre, bir devletin sorumlu (responsible) olabilmesi için bir norm ihlali olmalı ve bu ihlal söz konusu devlete atfedilebilmelidir²⁶. Görüldüğü üzere, bu madde nezdinde herhangi bir hasar ya da kusur aranmadan devlet sorumlu (responsible) tutulabilir²⁷. Şu da belirtilmelidir ki özel kişilerce bu ihlalin gerçekleştirilmesi durumunda devlete atf oldukça zor olmaktadır²⁸. Ancak ulusla-

international organization and by the States Parties to the Treaty participating in such organization.”

23 James R Crawford, “State Responsibility”, Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law, Eylül 2006 https://spacelaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/p_space-law/EPIL_State_Responsibility.pdf (06.10.2021).

24 International Law Commission Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Kasım 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, <https://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html> (07.10.2021).

25 Bakınız: Simon Olleson, “The Impact of the ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, British Institute of International and Comparative Law, Preliminary Draft, 2007, Madde 24, 25 ve 49; Ayrıca bakınız: Human Rights Committee ‘General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant,’ UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 Mayıs 2004, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide *Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro*, karar 26 Şubat, 2007 s.401; International Court of Justice (ICJ), Armed Activities on the Territory of the Congo, *Democratic Republic of the Congo v Uganda*, Reports 2005, s. 168, (International Centre for Settlement of Investment Disputes) ICSID, *Saipem SpA v People’s Republic of Bangladesh* Case No. ARB/05/07, ICSID, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, Karar No. ARB/86/1, 21 Mart 2007, s. 148.

26 Madde 2: International Law Commission Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Kasım 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, <https://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html> (07.10.2021).

27 Frans G. Von der Dunk, “Liability Versus Responsibility in Space Law: Misconception or misconstruction?” *Space, Cyber, and Telecommunications Law Program Faculty Publications*, 21,1992. <https://digitalcommons.unl.edu/spacelaw/> (07.10.2021), s. 363.

28 Bakınız: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case IT-94-1-A, Karar 25 Haziran 1999; ICJ Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua *Nicaragua v. United States of America*, 14, Karar, 27 Haziran 1986.

rarası hukukta genel anlamda kabul görmüş gereken özen (due diligence²⁹) ilkesi gereğince, bir devlet özel kişilerce kendi topraklarında gerçekleştirilen veya kendi vatandaşları tarafından gerçekleştirilen ihlallerden, eğer bu ihlali önleme yükümlülüğünü gereğince yerine getirmemişse, sorumlu tutulabilir³⁰.

“Liability” kavramı ise daha çok bir ihlalin meydana getirdiği zararın karşılanması anlamında kullanılmaktadır³¹. Burada bir zararın yanı sıra tazminat ödeme yükümlülüğü gündeme gelmektedir³². Her ne kadar bu kavram daha çok iç düzenlemelerde gündeme gelse de zararın tazmini, aslında uluslararası arenada geçmişten beri kabul görmüş bir ilke olarak bilinmektedir. *Gabcikovo-Nagymaros Project* davasında Uluslararası Adalet Divanı (UAD) bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “Zarar görmüş bir Devletin, uluslararası hukuka aykırı bir fiil işleyen Devletten, sebep olduğu zarar için tazminat alma hakkına sahip olduğu, uluslararası hukukun köklü bir kuralıdır.”³³

UA’nın 6. Maddesi “Responsibility” kavramı üzerine bir düzenleme içermekle birlikte 7. Maddesi “Liability” ile ilgili düzenleme içermektedir. İki kavram arasındaki farkı öne çıkarmak açısından “liability” kavramı bu yazı boyunca Türkçe olarak “yükümlülük” şeklinde belirtilerek devam edeceğiz.

İşte burada başka iki farklı kavram arasındaki fark ön plana çıkmaktadır. UA’nın 6. Maddesinde düzenlenen sorumluluğun (responsibility) yüklendiği devlet, Türkçeye “Uygun Devlet” diye çevirebileceğimiz “Appropriate State” dir. Söz konusu madde *Uygun Devlet*’e ulusal uzay faaliyetlerini yetkilendirme ve sürekli denetleme sorumluluğu yüklemektedir³⁴. Bu durumda ulusal uzay faaliyetlerinden dolayı herhangi bir norm ihlali gündeme geldiğinde *Uygun Devlet* (Appropriate State) bundan sorumlu (responsible) olacaktır.

29 Bilgi için bkz: Setsuko Aoki, “The Standard of Due Diligence in Operating a Space Object” 55 *Proc. Int’l Inst. Space L.* 392 2012, s.394.

30 Madde 11(2), Madde 23, ILC, Draft Articles on State Responsibility, Part 1; Ayrıca bkz., ICJ, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, *USA v. Iran*, 1980, s. 61-68.

31 Mr. Robert Quentin Quentin-Baxter, “Second Report on International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law”, Reissued in Yearbook of the International Law Commission, Geneva : UN, 30 Haziran 1981, Cilt II (Part One) <https://digitallibrary.un.org/record/23866?ln=en> (07.10.21), s. 62: “any human activity within the territory of control of one state which gives rise or may give rise to *loss or injury* to persons or things within the territory or control of another state.”

32 Commentaries to Art. 31 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries. (ARSIWA).

33 ICJ, Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project, *Hungary v. Slovakia*, 1997 p.152: “It is a well-established rule of international law that an injured State is entitled to obtain compensation from the State which has committed an internationally wrongful act for the damage caused by it.”

34 UA, Madde 6.

Buna karşın, yukarıda belirtildiği gibi UA'nın 7. Maddesi yükümlülük ile ilgili bir düzenleme içermektedir. UA madde 7 şu şekilde bir düzenleme getirmiştir: *“Ay ve diğer gök cisimleri dahil olmak üzere uzaya bir cisim fırlatan veya fırlatmasını sağlayan Antlaşmaya taraf her Devlet ve topraklarından veya tesisinden cismin fırlatıldığı her taraf Devlet, bu tür bir nesne veya bileşen parçaları vasıtasıyla, Ay ve diğer gök cisimleri de dahil olmak üzere Dünya üzerinde, havada veya uzayda, başka bir taraf Devlete veya onun gerçek veya tüzel kişilerine verilen zarardan uluslararası olarak sorumludur.”*

Söz konusu madde içeriğinde, ulusal uzay faaliyetlerinden doğan zararları tazmin etme yükümlülüğü *“Fırlatan Devlet”* e verilmektedir³⁵. UA'dan bir süre sonra kabul edilen SOAN, bu ilkeyi devam ettirmiştir³⁶. Ayrıca söz konusu sözleşmenin 1. Maddesinde zarara ilişkin bir tanım da getirilmiştir: *““Zarar” terimi, can kaybı, kişisel yaralanma veya diğer sağlık bozuklukları; Devletlerin veya gerçek veya tüzel kişilerin mülklerinin veya uluslararası hükümetler arası kuruluşların mülklerinin kaybolması veya zarar görmesi anlamına gelir.”*³⁷

Belirtildiği üzere, uzay faaliyetinden dolayı sorumlu olacak *“Uygun devlet”*in belirlenmesi, söz konusu uzay faaliyetinin o devletin ulusal uzay faaliyeti olmasına bağlıdır. Bu nedenle, burada vurgulanması gereken diğer bir önemli mesele ise ulusal uzay faaliyetinden ne anlamamız gerektiğidir. UA'nın 6. Maddesinde devletlerin ulusal uzay faaliyetlerinden sorumlu oldukları düzenleme altına alınmıştır³⁸. Ulusal faaliyetlerin belirlenmesinde ise ulusal amaç taşıyıp taşımadıkları yönünden bir değerlendirme yapılmaktadır³⁹. *“Ulusal faaliyetler”* ile ilgili olarak, çoğu ülke, bölgesel yargı yetkisi ve ulusal yargı yetkisi genel ilkesini benimsemektedir⁴⁰. Ayrıca bir devlet dışı aktör tarafından da ulusal uzay faaliyeti gerçekleştirilebileceği gibi iki ayrı ülkede faaliyet gösteren farklı devlet dışı aktörler tarafından da iş birliği yapılarak bir faaliyet gerçekleştirilebilir. Bu durumda iki devletin de sorumluluğu gündeme gelebilir⁴¹.

35 UA, Madde 7.

36 Bkz: Madde 2,3 ve 4 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (yürürlük tarihi 1 Eylül 1972) <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/introliability-convention.html> (08.08.2021) (SOAN).

37 SOAN madde 1 *“The term “damage” means loss of life, personal injury or other impairment of health; or loss of or damage to property of States or of persons, natural or juridical, or property of international intergovernmental organizations”*

38 UA Madde 6.

39 M. Gerhard, *“Article VI”* Ed. Stephen Hobe, Bernhard Schmidt-Tedd, Kai-Uwe Schrogl, *Cologne Commentary on Space Law, Vol. 1: Outer Space Treaty*. Heymanns Verlag, Köln, 2010, s. 109.

40 Motoko Uchitomi, *“State Responsibility/Liability for “National” Space Activities”*, 44 *Proc. on L. Outer Space* 51, 2001, s. 56.

41 Uchitomi, s.110.

Belirtmek gerekir ki bu madde doğrudan devletlere bir iç düzenleme yapma yükümlülüğü getirmemekle birlikte doktrinde devlet dışı kuruluşların uzay faaliyetlerinin uygun yetkilendirme ve denetim sağlayan özel ulusal uzay mevzuatına ihtiyaç duyduğu kabul edilmektedir⁴².

Uzay hukukunda devlet sorumluluğu esas alınmış olsa da uluslararası örgütlerin muhtemel sorumluluğuna ilişkin tartışmalar yapılmaktadır. Nitekim Avrupa'da uzay faaliyetlerinin yürütüldüğü Avrupa Uzay Ajansı (AUA) bir uluslararası organizasyon niteliğindedir. UAD *Birleşmiş Milletler hizmetinde uğradığı yaralanmalar için tazminat*, isimli danışma görüşünde uluslararası organizasyonların, uluslararası hukuk bünyesinde haklara ve borçlara sahip bir kişiliği olduğunu açıkça ortaya koymuştur⁴³. Ancak uzay hukuku ve SOAN sözleşmesi bağlamında uluslararası organizasyonların tanınabilmesi için bütün tarafların buna onay vermesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁴.

III. Yükümlülük Anlaşmasının 1. Maddesi Bağlamında Fırlatan Devlet

Fırlatan devlet tanımı 1972 tarihli SOAN'ın 1. Maddesinin c bendinde düzenlenmiştir. Buna göre; "Fırlatan Devlet" terimi şu anlama gelir:

Bir uzay objesini fırlatan veya fırlatılmasını sağlayan (procure) devlet veya bir uzay objesi topraklarından veya tesislerinden fırlatılan devlet;⁴⁵

Bu tanımdan dört adet fırlatan devlet kriteri çıkmaktadır: 1-Bir uzay objesini fırlatan devlet 2-Topraklarından uzay objesi fırlatılan devlet, 3-Bir uzay objesinin fırlatılmasını sağlayan devlet ve 4-Tesislerinden uzay objesi fırlatılan devlet. Bu kriterlerden ilk ikisinin tespit edilmesi nispeten kolay olmakla birlikte son iki kriter ciddi tartışmalara yol açmaktadır.

İlk olarak tesislerinden uzay objesi fırlatılan devlet terimini inceleyecek olursak, bir tesis (facility), tescil veya devletin yargı yetkisinin (jurisdiction) kapsamını genişleten başka bir mekanizma sonucu devletin egemenliği altında olan herhangi bir nesne veya alan olabilir.⁴⁶ Bununla birlikte bir özel şirkete ait olan

42 Frans G. Von der Dunk., "The Second African National Space Law: The Nigerian NASRDA Act and the Draft Regulations on Licensing and Supervision", *Proceedings of the International Institute of Space Law* 2016, Cilt 59, 2017, s. 2.

43 ICJ, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Danışma Görüşü, 1949, s.178.

44 The 1972 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, Bin CHENG, *Studies in International Space Law*, 1997, Oxford Scholarship Online, 2012, 21.

45 SOAN, Madde 1 / <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/introliability-convention.html> (08.08.2021).

46 Frans G. Von der Dunk, "Issues of Authorisation of Private Space Activities in the Light of Developments in European Space Cooperation", *Studies in space law*, Ed. Frans G. von der Dunk-National, *National Space Legislation in Europe*, 2011, s. 92.

tesisler söz konusu olduğunda, “Tesisten bir uzay nesnesinin fırlatıldığı” devlet, özellikle tesisleri kullanılan şirketin uyuğu dikkate alınarak belirlenir.⁴⁷ Uluslararası alanda faaliyet gösterecek araçların uyuğunun belirlenmesi başta uluslararası deniz hukuku ve hava hukuku olmak üzere birçok uluslararası hukuk dalında özel öneme sahiptir. Uyuğun belirlenmesinde yararlanılan yollardan belki de en önemlisi de tescildir⁴⁸. Peki uyuğun belirlenmesinin hukuki önemi nedir? Aslında en önemli etkisi o aracın devletin sorumluluğuna tabi kılınmasıdır⁴⁹. Nitekim devletin sorumluluğu altındaki araçlar üzerinde özel bir yargı yetkisi vardır⁵⁰. Özellikle uzak hukuku tartışmalarında bu yargı yetkisi yarı-bölgesel yargı yetkisi diye de çevirebileceğimiz “quasi-territorial jurisdiction” kavramı ile ifade edilmektedir.

Motoko Uchitomi'nin belirttiğine göre Sorumluluk anlaşması bağlamında bir devlet bölgesel ya da yarı bölgesel yargı yetkisine dayanarak bir araç üzerinde efektif kontrol gerçekleştirebilir⁵¹. Ancak bir devletin herhangi bir araç üzerinde yarı-bölgesel yargı yetkisi gerçekleştirebilmesi için araç (veya aracın sahibi olan özel şirket) ile devlet arasında illiyet bağı (genuine link) olmalıdır⁵². Bu kapsamda söz konusu platformda (veya platforma sahip olan şirket tarafından) gerçekleştirilen uzak faaliyetleri ile devlet arasında bir nedensellik bağı olması gerekir. Araçların tescili ise genel olarak illiyet bağının kurulması için yeterli bir kanıt olarak görülmektedir.⁵³ Bununla birlikte hiçbir devletin egemenliğinde olmayan (açık denizler, Antarktika vb.) yerlerde bulunan platformlardan gerçekleştirilen uzak faaliyetlerinde fırlatan devletin belirlenmesi oldukça zor olmaktadır. Böyle bir durumda diğer iki fırlatan devlet kriteri olan “uzay objesi tesislerinden fırlatılan” devlet kriteri üzerinden bir inceleme yapılması gerekir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre kimsenin egemenliğinde olmayan bir bölgeden yapılan fırlatmalarda, fırlatan devletin belirlenmesinde fırlatma platformunun bulunduğu gemi veya yapı, SOAN Madde 1 bağlamında “tesis” olarak kabul edilebilir ve uyuğunu taşıdığı devlet fırlatan devlet olarak kabul edilebi-

47 Armel Kerrest, “Launching Spacecraft from the Sea and the Outer Space Treaty: The Sea Launch Project”, 23 *Air & Space L.* 16, 1998, s. 19.

48 Bakınız, Madde 17 International Civil Aviation Organization (ICAO), *Convention on Civil Aviation (“Chicago Convention”)*, 7 December 1944, 15 U.N.T.S. 295; Ayrıca bkz: Madde 91 United Nations *Convention on the Law of the Sea* 1833 UNTS 397, 21 ILM 1261 (1982).

49 Edward A. Frankle, E. Jason Steptoe, “Legal Considerations Affecting Commercial Space Launches from International Territory” 42 *Proc Col L Outer Space* 297, 1999, s. 304.

50 Armel Kerrest, “Remarks on the Notion of Launching State” *IISL -99-IISL. 4.03*, 1999, s. 310.

51 Bkz.: yuk. 39, s. 56.

52 Bkz.: yuk. 36, s. 58.

53 Bakınız, Gotthard Mark Gauci, Kevin Aquilina, “The Legal Fiction of a Genuine Link as a Requirement for the Grant of Nationality to Ships and Humans – the Triumph of Formality over Substance?” *ICLR*, Cilt. 17, Sayı 1, 2017, s. 169.

lir⁵⁴. Bununla birlikte yarı-bölgesel yargı yetkisinin “tesisler” için de söz konusu olabileceği⁵⁵ ve hareketli tesislerin; gemilerin, deniz platformlarının veya uzay istasyonlarının, tescil durumlarına bağlı olarak yarı bölgesel bir sisteme tabi oldukları savunulmaktadır⁵⁶. Sonuç olarak fırlatma platformunun tescil edildiği devlet SOAN Madde 1 anlamında uzay objesi tesislerinden fırlatılan” devlet kabul edilecektir.

Öte yandan “uzay objesinin fırlatılmasını sağlayan” devletin belirlenmesi diğer kriterlere kıyasla daha zordur. Nitekim Türkçeye “sağlamak” olarak çevirebileceğimiz “Procure” terimi oldukça tartışmalıdır. Oxford İngilizce Sözlüğü, “procure” terimini şu şekilde tanımlamıştır: “Özellikle özen veya çabayla (bir şey) elde etmek.”⁵⁷ Bu tanımdan da anlaşılabilirliği üzere bu kriter diğerlerine kıyasla biraz daha geniş ve soyut kalmaktadır.

Burada ele alınması gereken bir durum ise uzay araçlarının tescilidir. Her ne kadar uzay araçlarının tescili, fırlatan devletin belirlenmesi kriterlerinden biri olarak sayılmamış olsa da önemli etkilere sahiptir. Doktrinde ve uygulamada kabul edildiği üzere uzay aracının tescili, fırlatan devletin belirlenmesinde önemli ve öncelikli bir kriter sayılmaktadır⁵⁸. Nitekim Dış Uzay Anlaşmasının 8. Maddesi devletlerin tescilli uzay araçları üzerinde yargı yetkisi ve kontrolü olduğu belirterek yarı-bölgesel yargı yetkisi tesis etmektedir⁵⁹. Buna ek olarak Birleşmiş Milletlerin (BM) 2007 tarihli kararında, özellikle özel şirketlerin faaliyetlerinde uzay aracının tescil edildiği devletin fırlatan devlet sayılabileceğini belirtmiştir⁶⁰. Nitekim BM bünyesinde kurulan Birleşmiş Milletler Uzayın Barışçıl Kullanımı Komitesi, devletlere uzaya gönderdikleri araçları tescil etmesi için bir mekanizma geliştirmiştir⁶¹. BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen bir kararla, Uzaya Fırlatılan Cisimlerin Tescili Sözleşmesi (Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space) kabul edilmiştir ve devletlere uzaya gönderdikleri araçları BM Genel Sekreterliğine bildirme yükümlülüğü getirmiştir⁶². Bu fırlatan devletin belirlenmesinde kolaylık sağlamaktadır.

54 Karl-Heinz Böckstiegel, “The Term “Launching State” in International Space Law”, 37 *Proc. Coll. L. Outer Space* 80,1994, s. 15.

55 Bkz.: yuk. 44. S.310.

56 Von der Dunk-National, s. 115.

57 <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/procure> (09.07.21)

58 Von der Dunk-National, s.139.

59 UA Madde 8; Ek olarak bakınız: bkz.: yuk. 36, s.53.

60 UNGA Res. 62/101 (17.12.2007).

61 <https://www.unoosa.org/oosa/en/spaceobjectregister/index.html> (14.07.21)

62 Madde 2,3 ve 4, Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space https://www.faa.gov/about/office_org/headquarters_offices/ast/media/Conv_Regi_Objects_Launched.pdf (14.07.2021).

Bu düzenlemedeki temel amaç, söz konusu uzay aracının faaliyetlerinden kimin sorumlu (both responsible or liable) olduğunun belirlenmesidir. Doktrindeki çoğunluk görüşü de uzay aracının tescili temelinde yarı bölgesel yargı yetkisi uygulamasının devletlerin kendilerine kayıtlı olan uzay araçlarının faaliyetlerinden sorumlu olması anlamına gelmelidir⁶³.

Sonuç olarak doktrinde “uzay objesinin fırlatılmasını sağlayan” devletin belirlenmesi için farklı teoriler ileri sürülmüştür⁶⁴. Ancak genel kabul gören görüşe göre “uzay objesinin fırlatılmasını sağlayan” devlet, bir uzay nesnesinin fırlatılmasında aktif bir şekilde rol alarak o nesnenin fırlatılmasını bizzat başlatan veya başlatılmasını talep eden devlettir⁶⁵. Buna ek olarak, doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre sorumluluğa dair düzenleme getiren UA’nın 6. Maddesi yükümlü devletin belirlenmesinde de bir kriter olabilir⁶⁶. Bu dikkate alındığında, belirli bir uzay nesnesinin fırlatılmasına yetkilendirmek ve sürekli olarak denetlemek sorumluluğunda olan bir devlet, uzay objesinin fırlatılmasını sağlayan devlet olarak kabul edilebilir⁶⁷. Ayrıca antlaşmanın taslak sürecinde ABD’nin önerisine göre; sağlamak (procure), fırlatma sürecine yön verebilme yeteneği olarak görülmelidir⁶⁸.

A. TURKSAT-5B Uydusunun Fırlatan Devletleri

Bu kısımda, fırlatan devlet kavramına ve SOAN anlaşmasının hükümlerine ilişkin yukarıda verilen bilgileri Turksat-5b uydusuna uyarlamaya çalışacağız. Türkiye son yıllarda uzay faaliyetlerine dahil olma noktasında önemli adımlar atmıştır. Bu kapsamda attığı adımlardan biri de Turksat-5B uydusunun uzaya gönderilmesidir. Bu uydu ile Türkiye’nin uzaydaki uydu sayısı yediye yükselmiştir⁶⁹. Turksat-5B 19 Aralık 2021 tarihinde uzaya gönderilen ticari bir haberleşme uydusudur⁷⁰.

Öncelikle Turksat-5B uydusunun fırlatan devlet veya devletlerinin belir-

63 Von der Dunk-National, s. 16.

64 Daha fazla bilgi için bkz: William B. Wirin, “Practical implication of Launching State-Appropriate State Definitions” USL Proceedings 37. *proc. coll. l. outer space* 109, 1994, s.113.

65 Karl-Heinz Böckstiegel, “The Term “Launching State” in International Space Law”, 37 *proc. coll. l. outer space* 80, 1994, s.15.

66 bkz.: *yuk. 26*, s. 52.

67 bkz.: *yuk. 65*, s.113.

68 Armel Kerrest, Smith, “The 1972 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects”, *Cologne Commentary on Space Law Vol. II*, 2013, (Kerrest, Smith), s. 114.

69 Arife Yıldız Ünal, “Türkiye’nin 7’nci Uydusu Uzayda”, <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/turkiyenin-7nci-uydusu-uzayda-/2102926> (01.01.2022).

70 Turan Salcı, “Türksat 5B göreve başlıyor: 3 soruda Türkiye’nin uzaydaki varlığı ne durumda?” <https://tr.sputniknews.com/20211217/turksat-5b-goreve-basliyor-3-soruda-turkiyenin-uzaydaki-varligi-ne-durumda-1051865034.html> (01.01.2022).

lenmesi gerekiyor. Bunun için öncelikle genel hatlarıyla Türksat-5B'nin uzaya nasıl fırlatıldığına bakmamız gerekiyor. Türkiye adına tescilli olan Türksat-5B uydusu aslen Almanya menşeli bir özel şirket (Airbus) tarafından üretilmiş⁷¹ ve Amerika'da yer alan Florida eyaletinde bulunan Cape Canaveral Üssü'nden yine özel bir şirket olan SpaceX⁷² bünyesinde uzaya farlatılmıştır. Bu durumda fırlatmaya dahil olan üç devletten bahsedebiliriz: ABD, Türkiye ve Almanya. Sırası ile bu devletlerin fırlatan devlet olup olmadığını yukarıda verdiğimiz bilgiler nezdinde değerlendirdiğimizde, öncelikle ABD'nin, topraklarından bir fırlatma gerçekleştiği için dört kriter kapsamında “topraklarından uzay objesi fırlatılan devlet” kriteri bağlamında bir fırlatan devlet olacağı söylenebilir. Buna ek olarak Türksat-5B'nin ABD'de bulunan ve UA madde 6 bağlamında ABD'nin sorumluluğu altında olan bir özel şirkete (SpaceX) ait olan tesislerden fırlatıldığı için ABD ayrıca “tesislerinden uzay objesi fırlatılan devlet” kriteri altında da fırlatan devlet sayılabilir.

Türkiye üzerinden bir inceleme yapacak olursak, öncelikle uzay aracının Türkiye'ye ait olduğu dikkate alındığında, Türkiye “uzay objesini fırlatan devlet” kriteri altında bir fırlatan devlet sayılacaktır. Ayrıca bu uzay faaliyetini başlatan ve yürüten devlet olduğu için “uzay objesinin fırlatılmasını sağlayan devlet” kriteri altında da fırlatan devlet sayılacağı söylenebilir. Bu kriter altında ele alınan bir görüşe göre, uzay nesnesi, operatörün vatandaşı olduğu Devletin topraklarından, tesisinden veya uyuşundan bir fırlatıcı ile fırlatılmamış olsa bile, bu Devlet, eğer fırlatmayı operatörün sağladığı kabul edilirse uzay nesnesinin işletilmesinden kaynaklanan zararlardan yükümlü tutulabilir⁷³.

Son olarak Almanya bağlamında bir inceleme yapmamız gerekir. Almanya uzay objesinin fırlatılmasında aktif bir rol oynamamıştır. Sadece uzay objesi UA madde 6 bağlamında Almanya'nın sorumluluğunda olan bir şirket olan Airbus tarafından üretilmiştir⁷⁴. Bu kapsamda Almanya bağlamında gündeme gelebilecek tek tartışma, “uzay objesinin fırlatılmasını sağlayan devlet” kriteri olabilir. Nitekim uzay objesinin fırlatılmasını sağlayan özel bir şirketin uyuşunun olduğu devlet, fırlatan devlet olabilmektedir. Bu kriter kapsamında yapılan tartış-

71 Dilara Zengin, Arife Yıldız Ünal, Zeynep Canlı, Ayşe Böcüoğlu Bodur, “Türksat 5B'nin Uzay Yolculuğu Başladı” <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/turksat-5bnin-uzay-yolculugu-basladi/2451379> (01.01.2022).

72 “SpaceX Türkiye'nin yeni uydusu Türksat 5B'yi fırlatıyor | Türksat 5B Görevi” <https://evrimagaci.org/etkinlik/spacex-turkiye039nin-yeni-uydusu-turksat-5b039yi-firlatiyor-turksat-5b-gorevi-450> (01.01.2022).

73 Matxalen Sanchez Aranzamendi, “Who is the Launching State? Looking for the Launching State in Current Business Models”, *54 Proc. Int'l Inst. Space L.* 376 2011, s. 379.

74 Merva Şahin, “Airbus to build Türksat 5A and 5B Satellites” <https://www.airbus.com/en/newsroom/press-releases/2017-11-airbus-to-build-turksat-5a-and-5b-satellites> (01.01.2022).

malarda bazen sağlamak terimi konusunda doktrinde farklı tanımlar yapıldığına değinmiştik. Bu kriter altında inceleme yaparken devletin ne derecede uzay faaliyetine katılım sağladığı önemlidir. Bu kapsamda doktrinde belirli düzeyde bir katılım aranmaktadır, özellikle katılım seviyesinin, fırlatma üzerinde önemli veya doğrudan kontrol sağlayacak derecede olması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁵. Bunu dikkate aldığımızda Almanya'nın Turksat-5B üzerinde önemli bir kontrolü olduğunu söylemeyiz. Bu durumda Almanya Turksat-5B bağlamında fırlatan devlet olarak kabul edilemez.

Sonuç olarak Turksat-5B bağlamında iki adet fırlatan devlet gündeme gelecektir: ABD ve Türkiye. İlerleyen bölümlerde SOAN sözleşmesinin ilgili maddeleri bağlamında yükümlülüğe değinilirken bu ülkelerin muhtemel yükümlülük durumu tartışılacaktır.

IV. Yükümlülük Antlaşması Bağlamında Fırlatan Devletin Tazmin Yükümlülüğü

UA ile SOAN arasında bir özellik genellik ilişkisi söz konusudur. SOAN, UA'ya göre *lex specialis* niteliktedir⁷⁶. Buna rağmen SOAN'nın uygulaması SOAN'daki hükümlerin uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir⁷⁷. Ayrıca SOAN Madde VII ve SOAN kapsamındaki yükümlülükler için *mutatis mutandis* geçerlidir⁷⁸. Yazının bu kısmında SOAN kapsamında getirilen düzenlemeler sırası ile incelenecektir.

SOAN meşru bir uzay faaliyetinin yol açtığı zararlardan dolayı mağdur olan kişilere karşı tazminat sorumluluğu getirerek devletler arasında bir risk dağılımı yapmaktadır⁷⁹. SOAN kapsamında getirilen düzenlemelerden ilki yeryüzünde gerçekleşen zararlara ilişkindir. SOAN'nın 2. Maddesi bu durumu şu şekilde düzenlemiştir: “Fırlatan Devlet, uzay nesnesinin dünya yüzeyinde veya uçuş halindeki uçaklarda neden olduğu zarar için tazminat ödemekle mutlak şekilde yükümlü olacaktır.”⁸⁰

Bu maddede öncelikle dikkat etmemiz gereken nokta kapsamının dünya yüzeyindeki veya havada uçuş halinde bulunan uçaklarla sınırlı olduğudur. Bu

75 *bkz.: yuk.* 54 s.113, Ayrıca bakınız: *bkz.: yuk.* 36, s. 53.

76 Lesley Jane Smith, “Legal Aspects of Satellite Navigation”, Ed. Frans von der Dunk, Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, 2017, s. 586.

77 Kerrest, Smith, s. 125.

78 Frans G. von der Dunk, “The International Legal Framework for European Activities on Board the ISS”, Ed. Frans von der Dunk, Marcel Brus. *The International Space Station 2006*, s. 31.

79 Kerrest, Smith, s. 123.

80 SOAN, Madde 2: “A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the earth or to aircraft flight.”

kapsamda biz uzayda meydana gelen zararları bu madde kapsamına alınması gerektiği söylenebilir⁸¹. Buna ek olarak diğer bir dikkat edilmesi gereken nokta ise burada düzenleme altına alınan yükümlülük mutlak bir yükümlülük tür. Bu tarz bir yükümlülük aslında, risk halinde tam bir tazminat yükümlülüğünü ifade etmektedir⁸². Bununla birlikte SOAN madde 6 da devletlere yine de yükümlülükten kurtulmak için bir kapı açmıştır: *“Bu maddenin 2. paragrafı hükümlerine tabi olarak, Fırlatan Devletin zararın tamamen veya kısmen ağır ihmalden veya davacı Devlete veya temsil ettiği gerçek veya tüzel kişilere zarar verme kastıyla yapılan bir fiil veya ihmalden kaynaklandığını tespit etmesi halinde, mutlak sorumluluktan muafiyet verilecektir.”*⁸³

Bu durumda eğer diğer devletin ağır ihmali veya zararın yükümlüsü olan devlete karşı bir zarar verme kastı söz konusu ise davacı devlet mutlak tazmin yükümlülüğünden kurtulabilecektir.

Bu madde kapsamında önemli olan noktalardan biri de zararın uzay objesi tarafından verilmesidir. Bu kapsamda, ortaya çıkan zarar eğer bir gök cisminde veya asteroitten vb. kaynaklanıyorsa bu madde uygulama alanı bulmayacaktır. Bu sebeple tazminat talep eden devletin zararın uzay objesinden ortaya çıktığını kanıtlama yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir⁸⁴.

SOAN madde 3 de ise uzayda meydana gelen zararlara ilişkin bir düzenleme yer almaktadır: *“Fırlatan bir Devletin dünya yüzeyinden başka bir yerde başka bir fırlatan devlete ait bir uzay objesine veya başka bir fırlatan Devletin bir uzay nesnesi tarafından böyle bir uzay nesnesi üzerindeki kişilere veya mülke zarar verilmesi durumunda, ikincisi; hasar, kendisinin veya sorumlu olduğu kişilerin kusurundan kaynaklanması halinde yükümlü olacaktır.”*⁸⁵

Bu madde aslında genel olarak madde 2'nin uygulama alanına girmeyen kazalara uygulanmaktadır⁸⁶. Bu maddenin uygulama alanı bulabilmesi için sırasıyla şu şartların yerine gelmesi gerektiğinden bahsedebiliriz: bir zarar olmalı,

81 Kerrest, Smith, s. 125.

82 Kerrest, Smith, s. 125.

83 YAN madde 6: “Subject to the provisions of paragraph 2 of this Article, exoneration from absolute liability shall be granted to the extent that a launching State establishes that the damage has resulted either wholly or partially from gross negligence or from an act or omission done with intent to cause damage on the part of a claimant State or of natural or juridical persons it represents.”

84 Kerrest, Smith, s. 126.

85 SOAN Madde 3: “In the event of damage being caused elsewhere than on the surface of the earth to a space object of one launching State or to persons or property on board such a space object by a space object of another launching State, the latter shall be liable only if the damage is due to its fault or the fault of persons for whom it is responsible.”

86 Kerrest, Smith, s. 126.

zarar dünya yüzeyinden başka bir yerde gerçekleşmeli, zarara bir devletin uzay objesi sebep olmalı, zarar başka bir fırlatan devletin uzay objesi, kişisi veya malı üzerinde doğmalı⁸⁷.

Bu madde kapsamında açıklığa kavuşturulması gereken bir kavram da “kusur” kavramıdır. UA’da veya SOAN’da ‘kusur’un tanımı yapılmamıştır. Black Law Dictionary’ de kusur kavramının İngilizce tabiri olan “fault” kavramına yönelik şöyle bir tanım yapılmaktadır: “*ihmal, bir yargı hatası veya kusuru, basiret, görev veya doğruluktan herhangi bir sapma, dikkatsizlikten kaynaklanan herhangi bir eksiklik veya bakım veya ihmal, hareket etmek için yanlış bir eğilim; kötü niyet veya kötü yönetim, görev ihmal.*”⁸⁸

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kusur iki şekilde ortaya çıkabilir: ihmali olarak veya kasten. İhmal, genellikle, makul bir kişinin aynı koşullarda yapması gereken gerekli davranış standardının ihlali anlamına gelir⁸⁹. Aslında ihmali kusur uluslararası hukuktaki ‘*due diligence*’ ilkesi ile ilişkilendirilmektedir⁹⁰. ‘*Due diligence*’ ilkesi ise olası risklerin farkında olmak ve hasarı önlemek için bir özen göstermeyi gerektirmektedir⁹¹.

Bununla birlikte madde metninden de anlaşılacağı üzere devlet aynı zamanda kendisinin sorumluluğunda olan devlet dışı aktörlerin kusurundan da sorumlu tutulmuştur. Ancak devletin veya o devletin sorumluluğunda olan bir devlet dışı aktörün kusurunun olmaması zarar gören devletin başka yollarla tazminat talep edemeyeceği anlamına gelmez⁹². Nitekim SOAN’nın 11. Maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde bir düzenleme yer almaktadır: “*Bu Sözleşmedeki hiçbir şey, bir Devletin veya temsil edebileceği gerçek veya tüzel kişilerin, Fırlatan Devletin mahkemelerinde veya idari mahkemelerinde veya kurumlarında bir talepte bulunmasını engellemeyecektir.*”⁹³

Bu kısımda son olarak ele almamız gereken madde ise SOAN’nın 4. Maddesi. Bir uzay operasyonu bağlamında bir tane fırlatan devlet olabileceği gibi birden

87 Kerrest, Smith, s. 132.

88 Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary, Definition of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6. baskı, West Publishing, St. Paul Minnesota, 1990, s. 608

89 Irmgard Marboe, “The Importance of Guidelines and Codes of Conduct for Liability of States and Private Actors’ Studien zu Politik und Verwaltung, *Soft law in Outer Space: the Function of Non-Binding Norms in International Space Law*, 2012, s. 135.

90 bkz.: yuk. 25.

91 bkz.: yuk. 3, s.4.

92 Kerrest, Smith, s. 133.

93 SOAN Madde 11, “Nothing in this Convention shall prevent a State, or natural or juridical persons it might represent, from pursuing a claim in the courts or administrative tribunals or agencies of a launching State.”

fazla da fırlatan devlet olabilir. Bu maddede birden fazla fırlatan devlet olması durumunda gündeme gelen 'birlikte fırlatma' durumu düzenlenmiştir: *"Fırlatan bir Devletin, dünyanın yüzeyinden başka bir yerde, başka bir fırlatan Devletin bir uzay nesnesine veya böyle bir uzay nesnesindeki kişilere veya mülklere zarar verilmesi ve bu nedenle, bir üçüncü Devlete veya onun gerçek veya tüzel kişilerine karşı hasara neden olunması durumunda, ilk iki Devlet, üçüncü Devlete karşı aşağıdakilerin gösterdiği ölçüde müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır:*

(a) Zarar, üçüncü Devlete karşı yer yüzeyinde veya uçuş halindeki uçaklara verilmişse, üçüncü Devlete karşı sorumlulukları mutlak olacaktır;

(b) Zarar, üçüncü Devletin bir uzay cismine veya o uzay cisminde bulunan kişilere veya mülklerine verilmişse, üçüncü Devlete karşı sorumlulukları, ilk iki Devletin herhangi birinin kusuruna veya her birinin sorumlu olduğu kişilerin kusuruna dayalı şekilde olacaktır⁹⁴."

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere (1) birden fazla fırlatan devletin dahil olduğu bir uzay operasyonu kapsamında (2) üçüncü bir devlete yönelik (3) zararın ortaya çıkması gerekmektedir⁹⁵. Yükümlülük rejimi beraberinde bir tazmin yükümlülüğü getirdiği için zararın varlığı öncelikli bir şart olarak gerekmektedir. Bu madde kapsamında zararın ortaya çıkma yerine göre ikili bir ayrıma gidilmiştir: (a) bendinde dünya yüzeyinde uçuş halindeki uçaklarda meydana gelen zararlar için mutlak yükümlülük düzenlemesi getirilmişken, (b) bendinde uzayda meydana gelen zararlar bakımından kusur incelemesi yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Buna ek olarak aynı maddenin ikinci fıkrasında getirilen düzenleme ile tazminatın tarafların kusurları oranında belirleneceği düzenleme altına alınmıştır⁹⁶. Aynı fıkraya göre kimin daha kusurlu olduğu belirlenemiyorsa taraflar eşit olarak tazminat ödeyecektir.

94 SOAN Madde 4/1, "1. In the event of damage being caused elsewhere than on the surface of the earth to a space object of one launching State or to persons or property on board such a space object by a space object of another launching State, and of damage thereby being caused to a third State or to its natural or juridical persons, the first two States shall be jointly and severally liable to the third State, to the extent indicated by the following:

(a) If the damage has been caused to the third State on the surface of the earth or to aircraft in flight, their liability to the third State shall be absolute;

(b) If the damage has been caused to a space object of the third State or to persons or property on board that space object elsewhere than on the surface of the earth, their liability to the third State shall be based on the fault of either of the first two States or on the fault of persons for whom either is responsible."

95 Kerrest, Smith, s. 138.

96 Bkz: SOAN Madde 4/2 "2. In all cases of joint and several liability referred to in paragraph 1 of this article, the burden of compensation for the damage shall be apportioned between the first two States in accordance with the extent to which they were at fault; if the extent of the fault of each of these States cannot be established, the burden of compensation shall be apportioned equally between them. Such apportionment shall be without prejudice to the right of the third State to seek the entire compensation due under this Convention from any or all of the launching States which are jointly and severally liable."

Son olarak belirtilmesi gerekir ki birlikte yükümlülük, aynı uzay operasyonuna dahil olan birden fazla fırlatan devlet sebebiyle meydana gelebileceği gibi iki farklı fırlatan devlete ait iki farklı uzay objesinin birlikte verdiği bir zarar sonucu da gündeme gelebilir. Nitekim “Iridium” ve “Cosmos⁹⁷” kazasından sonra ortaya yayılan parçalar diğer uydular için bir risk meydana getirmiş ve üçüncü bir devlete zarar verilmesi halinde Amerika ve Rusya’nın birlikte yükümlülüğü gündeme geleceği tartışılmıştı⁹⁸.

A. TURKSAT-5B Bağlamında Fırlatan Devletlerin Yükümlülükleri:

Yukarıda da belirtildiği üzere, uzay hukukunda, herhangi bir zarar durumunda tazminat ödeme yükümlülüğü fırlatan devlete yüklenmiştir. Ancak yükümlülük değerlendirmesine geçmeden önce kısaca UA madde 6 bağlamında sorumlu olan devletin belirlenmesi yerinde olacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere UA madde 6 bağlamında sorumlu olan devlet “uygun devlet” olarak adlandırılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, “uygun devlet” aslında ulusal uzay faaliyetini yürüten ve bu sebeple yetkilendirme ve devamlı olarak denetleme sorumluluğu olan devlettir. Bu kapsamda Türksat-5b’nin Türkiye’nin bir ulusal faaliyeti olduğu göz önüne alınarak Türkiye’nin Türksat-5B tarafından yürütülen uzay faaliyetinde ‘uygun devlet’ olduğu söylenebilir.

Türksat-5B özelinde yükümlülük incelemesinin ise fırlatan devletler nezdinde yapılması gerekir. Yukarıda ele alındığı üzere Türksat-5b bağlamında iki adet fırlatan devletten bahsedilebilir: Türkiye ve ABD. Birden fazla fırlatan devletin varlığı dikkate alındığında yukarıda incelediğimiz hükümlerden SOAN madde 4’e gitmek yerinde olacaktır. Nitekim bu durumda bir birlikte fırlatma gündeme gelecektir. Bu madde zararın yeryüzünde veya uzayda olmasına göre ikili bir ayrıma gitmektedir. Eğer zarar dünya yüzeyinde meydana gelirse, kusur incelemesine gerek olmadan, fırlatan devletler müteselsilen mutlak olarak sorumlu olacaktır⁹⁹. Üçüncü devlet, müşterek ve müteselsil sorumlu olan fırlatan devletlerin herhangi birinden veya tümünden tazminatın tamamını talep edebilir¹⁰⁰.

Buna karşılık, SOAN, üçüncü bir fırlatan devletin bir uzay nesnesine dünya yüzeyinden başka bir yerde neden olunan hasar durumunda “kusur sorumluluğu” esas alınmıştır¹⁰¹. Bu durumda Türksat-5B uydusu tarafından üçüncü devle-

97 bkz.: yuk s. 3.

98 Pablo Mendes de Leon , Hanneke van Traa, “The Practice of Shared Responsibility and Liability in Space Law” *Shares Research Paper 70*, Leiden University, 2015, <http://www.sharesproject.nl/wp-content/uploads/2015/07/70.-Mendes-de-Leon-Van-Traa-Practice-vol..pdf> (02.01.2022), s. 8.

99 SOAN Madde 4/1(a).

100 bkz.: yuk. 93, s. 9.

101 SOAN Madde 4/1(b).

tin bir uzay objesine verilen zararın tazmin yükü, kusurlu oldukları ölçüde ABD ve Türkiye arasında paylaşılacaktır. Eğer söz konusu devletlerin kusurunun boyutu tespit edilemezse, tazminat yükü aralarında eşit olarak paylaşılır¹⁰².

Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki madde metninin zarar gören “üçüncü bir devlet” aramasıdır. Bu bakımdan eğer Türksat-5b uydusu tarafından Türkiye’nin veya ABD’nin uzay objelerine bir zarar verilmesi halinde SOAN madde 4 uygulama alanı bulamayacaktır çünkü zarar gören üçüncü bir devlet gündeme gelmeyecektir¹⁰³.

İşin teorik boyutu bu şekilde olmasına rağmen birlikte fırlatma durumunda söz konusu devletler arasında bir ikili anlaşma olabilir. Bu durumda aralarındaki yükümlülük bu anlaşmaya göre bir düzenlemeye tabi tutulabilir ancak bu anlaşma taraflar arasında uygulama alanı bulacağı için üçüncü devletler tarafından bağlayıcı olmayacaktır¹⁰⁴.

Sonuç

Sonuç olarak, uzay hukuku gibi devlet sorumluluğunun esas olduğu uluslararası hukuk alanlarında fırlatan devlet kavramı yükümlülüğün üstlenilmesini sağlar. Kavramın tanımı bize önemli ipuçları verse de uygulamada çok fazla devletin dahil olduğu kompleks örnekler gündeme gelebilmektedir. SOAN’ın devletlerin uzay faaliyetlerinin sonucunda doğacak zararlardan muhtemel yükümlülüklerine ilişkin hükümleri uzay operasyonuna bir veya birden fazla devletin katılmasına göre farklılık gösterecektir. Türksat-5b’nin de fırlatılmasından birden fazla devlet rol almıştır. SOAN madde 1 de düzenlenen tanımdan yola çıkarak elde edilen kriterler bağlamında iki fırlatan devlet gündeme gelmektedir: ABD ve Türkiye. Bu kapsamda SOAN madde 4 bağlamında bir birlikte fırlatma durumu gündeme gelmektedir. Bunun sonucu olarak meydana gelecek kazalardan ilgili devletler müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklardır.

Çatışma Beyanı: *Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.*

102 SOAN Madde 4/2.

103 Kerrest, Smith, s.140.

104 bkz.: *yuk. 93*, S.18.

KAYNAKLAR

- Aranzamendi Matxalen, Sanchez, “Who is the Launching State? Looking for the Launching State in Current Business Models”, *54 Proc. Int’l Inst. Space L.* 376, 2011.
- Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Andlaşma (1967) (Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies) <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12732.pdf> (05.10.2021)
- Böckstiegel, Karl-Heinz, “The Term “Launching State” in International Space Law”, *37 proc. coll. l. outer space* 80, 1994.
- Cheng, Bin, “The 1972 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects”, *Studies in International Space Law*, 1997, Oxford Scholarship Online, 2012.
- Crawford, James R, “State Responsibility”, Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law, Eylül 2006 https://spacelaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/p_spacelaw/EPIL_State_Responsibility.pdf (06.10.2021).
- Frankle, Edward A.; Stepto, E. Jason, “Legal Considerations Affecting Commercial Space Launches from International Territory” *42 Proc Col L Outer Space* 297, 1999
- Garner, A. Bryan, *Black’s Law Dictionary, Definition of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6. baskı, West Publishing, St. Paul Minnesota, 199.0
- Gauci Gotthard, Mark; Aquilina, Kevin, “The Legal Fiction of a Genuine Link as a Requirement for the Grant of Nationality to Ships and Humans – the Triumph of Formality over Substance?” *ICLR, Cilt 17, Sayı 1*, 2017.
- Gerhard M, “Article VI” Ed. Stephen Hobe, Bernhard Schmidt-Tedd, Kai-Uwe Schrogel, *Cologne Commentary on Space Law, Vol. 1: Outer Space Treaty*,. Heymanns Verlag, Köln, 2010.
- <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/procure> (09.07.2021).
- International Civil Aviation Organization (ICAO), *Convention on Civil Aviation (“Chicago Convention”)*, 7 Aralık 1944.
- International Institute of Space Law, *New Perspectives on Space Law*, Proceedings of the 53rd IISL Colloquium on The Law of Outer Space Young Scholars Session, Ed. by Mark J. Sundahl, Fransa, 2011.
- International Law Commission Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Kasım 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, <https://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html> (07.12.2021).
- Kerrest, Armel, “Launching Spacecraft from the Sea and the Outer Space Treaty: The Sea Launch Project”, *23 Air & Space L.* 16, 1998.
- Kerrest, Armel, “Remarks on the Notion of Launching State” *IISL -99-IISL. 4.03*,1999.
- Kerrest, Armel.; Smith, “The 1972 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects”, *Cologne Commentary on Space Law Cilt. II*, 2013.
- Kopal, V., Diederiks-Verschuur, *An Introduction to Space Law*, Kluwer Law International, 3. Baskı, 2008.
- Marboe, Irmgard, “The Importance of Guidelines and Codes of Conduct for Lia-

bility of States and Private Actors' Studien zu Politik und Verwaltung, *Soft law in Outer Space: the Function of Non-Binding Norms in International Space Law*, 2012.

- Mejia-Kaiser, Martha, "Collision Course: 2009 Iridium Cosmos Crash", *Proceedings of the 52th IISL Colloquium on the Law of Outer Space, Daejeon, 2009*, 52 *I.I.S.L. PROC.*3.9.
- Mendes de Leon, Pablo; van Traa, Pablo Mendes de Leon; Hanneke van Traa, "The Practice of Shared Responsibility and Liability in Space Law" *Shares Research Paper 70*, Leiden University, 2015, <http://www.sharesproject.nl/wp-content/uploads/2015/07/70.-Mendes-de-Leon-Van-Traa-Practice-vol..pdf> (02.01.2022).
- Quentin-Baxter, Robert, "Second Report on International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law", Reissued in Yearbook of the International Law Commission, Geneva: UN, 30 Haziran 1981, Cilt II (Part One) <https://digitallibrary.un.org/record/23866?ln=en> (07.10.2021).
- Salcı, Turan, "Türksat 5B göreve başlıyor: 3 soruda Türkiye'nin uzaydaki varlığı ne durumda?" <https://tr.sputniknews.com/20211217/turksat-5b-goreve-basliyor-3-soruda-turkiyenin-uzaydaki-varligi-ne-durumda-1051865034.html> (01.01.2022).
- Setsuko, Aoki, *The Standard of Due Diligence in Operating a Space Object* 55 *Proc. Int'l Inst. Space L.* 392 2012.
- Simon Olleson, "The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts", British Institute of International and Comparative Law, Preliminary Draft, 2007, Madde 24, 25 ve 49.
- Smith, Lesley Jane, "Legal Aspects of Satellite Navigation", Ed. Frans von der Dunk; Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, 2017.
- Şahin, Merva, "Airbus to build Türksat 5A and 5B Satellites" <https://www.airbus.com/en/newsroom/press-releases/2017-11-airbus-to-build-turksat-5a-and-5b-satellites> (01.01.2022).
- Uchitomi, Motoko, "State Responsibility/Liability for "National" Space Activities", 44 *Proc. on L. Outer Space* 51, 2001.
- UNGA Resoluiton 1472 (XIV), 12 Aralık 1959 10) UNGA Resolution 1884(XVIII), 17 Ekim 1963 11) UNGA Resolution 1962(XVIII), of 13 Aralık 1963 12) UNGA Resolution 62/101 (17.12.2007).
- UNGA, Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, 11 Temmuz 1984 https://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_34_68E.pdf (17.12.2021).
- UNGA, Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space, 3 Aralık 1968, https://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_22_2345E.pdf (17.12.2021).
- UNGA, Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects.
- UNGA, Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space, 15 Eylül 1976, https://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_29_3235E.pdf (17.12.2021).
- United Nations *Convention on the Law of the Sea* 1833 UNTS 397, 21 ILM 1261 (1982).
- Ünal, Arife Yıldız, "Türkiye'nin 7'nci Uydusu Uzayda", <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/turkiyenin-7nci-uydusu-uzayda-/2102926> (01.01.2022).

- Von der Dunk, Frans, “Issues of Authorisation of Private Space Activities in the Light of Developments in European Space Cooperation”, *Studies in Space Law*, Ed. F. von der Dunk-National, *National Space Legislation in Europe*, 2011.
- Von der Dunk, Frans, “Liability Versus Responsibility in Space Law: Misconception or misconstruction?” *Space, Cyber, and Telecommunications Law Program Faculty Publications*, 21,1992. <https://digitalcommons.unl.edu/spacelaw/> (07.10.2021).
- Von der Dunk, Frans, “The Second African National Space Law: The Nigerian NASR-DA Act and the Draft Regulations on Licensing and Supervision”, *Proceedings of the International Institute of Space Law* 2016, Cilt 59, 2017.
- Von der Dunk, Frans, Frans G. von der Dunk, “The International Legal Framework for European Activities on Board the ISS”, Frans von der Dunk and Marcel Brus Eds. *The International Space Station* 2006.
- Weeden, C. Brian, *Handbook for New Actors in Space*, ISBN: 978-0-692-85141-8, Secure World Foundation, 2017.
- Wirin, William B, “Practical implication of Launching State-Appropriate State Definitions” *USL Proceedings* 37. *proc. coll. l. outer space* 109, 1994.
- Zengin, Dilara, Ünal, Arife Yıldız, Canlı, Zeynep, Ayşe Böcüoğlu Bodur, “Türksat 5B'nin Uzay Yolculuğu Başladı” <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/turksat-5bnin-uzay-yolculugu-basladi/2451379> (01.01.2022).
- Zhukov, Gennady; Kolosov, Yuri (Terc. B. Belitzky), *International Space Law*, 2. Baskı, 2014.
- “SpaceX Türkiye'nin yeni uydusu Türksat 5B'yi fırlatıyor | Türksat 5B Görevi” <https://evrimagaci.org/etkinlik/spacex-turkiye039nin-yeni-uydusu-turksat-5b039yi-firlatiyor-turksat-5b-gorevi-450> (01.01.2022).

İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz*

State's Positive Obligation in Human Rights: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court

Semih Batur Kaya**

ÖZ

İnsan hakları kişinin doğuştan beraberinde getirdiği önemli ayrıcalıklardır. İnsan haklarının temelini ve dinamosunu oluşturan ilkeler manzumesi ise insan onurudur. Kanaatimizce doğuştan gelen insan haklarının temelini oluşturan insan onuru bu anlamda normatif bir gücü haizdir. Bu gücün en somut görünüm biçimi ise insan haklarının yaşam pratiğine aktarılmasında ortaya çıkmaktadır. Artık gelinen aşamada insan hak ve özgürlüklerinin en önemli garantörü olan anayasaların esas işlevi hakları koruyup güvenceye bağlamaktan ziyade onları gerçekleştirmektir. Bu bağlamda gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerek Anayasa bağlamında hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin hem de Anayasa Mahkemesinin üzerine çok yük düşmektedir. Çünkü insan haklarının yaşam pratiğine aktarılmasında devletin üçlü tipoloji olarak adlandırabileceğimiz “saygı gösterme”, “koruma” ve “gerçekleştirme” yükümlülükleri söz konusudur. Biz bu makalede özellikle devletin pozitif yükümlülüklerini ele almaktayız. Pozitif yükümlülükler sayesinde devletin insan haklarını gerçekleştirmesi söz konusu olabilmektedir. Makalede öncelikle kısaca insan haklarının doğası, anlamı ve boyutları ele alınmıştır. Ardından pozitif yükümlülükler kavramı ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu doktrine yaklaşımı irdelenmiştir. Nihayet makalede Anayasa Mahkemesinin de pozitif yükümlülükler doktrinine yaklaşımı incelenmektedir. Bu makaleyle amacımız, anayasacılık bağlamında devletin hak ve özgürlükleri güvenceye bağlama fonksiyonunun ötesine geçip artık hak ve özgürlükleri gerçekleştirme aşamasına geçilmesine dikkat çekmektir.

* Makale gönderim tarihi: 24.12.2021. Makale kabul tarihi: 01.03.2022. Semih Batur Kaya, “İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022, s. 51-72; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.1.05>

** Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur Kaya, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-mail: drsemihbatur@gmail.com, <https://www.orcid.org/0000-0001-5888-1750>.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, İnsan Onuru, Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi

ABSTRACT

Human rights are important privileges that a person is born with. The set of principles that form the basis and dynamo of human rights is human dignity. In our opinion, human dignity, which forms the basis of innate human rights, has a normative power in this sense. The most concrete manifestation of this power emerges in the transfer of human rights to life practice. The main function of the constitutions, which are the most important guarantors of human rights and freedoms at the current stage, is to realize them rather than to protect and secure them. In this context, both the European Court of Human Rights and the Constitutional Court bear a heavy burden in the context of the European Convention on Human Rights and the Constitution. Because, in transferring human rights to life practice, there are obligations of the state to “respect”, “protect” and “realize”, which we can call the triple typology. In this article, we especially deal with the positive obligations of the state. Thanks to positive obligations, it is possible for the state to realize human rights. In the article, first of all, the nature, meaning and dimensions of human rights are briefly discussed. Then, the approach of the European Court of Human Rights to this doctrine together with the concept of positive obligations was examined. Finally, the approach of the Constitutional Court to the doctrine of positive obligations is also examined in the article. Our aim with this article is to draw attention to the fact that the state has gone beyond the function of securing rights and freedoms in the context of constitutionalism and has now passed to the stage of realizing rights and freedoms.

Keywords: Human Rights, Human Dignity, Positive Obligations, European Court of Human Rights, Constitutional Court

Giriş

İnsan hakları hukukundaki önemli bir doktrin olan pozitif yükümlülükler doktrinine göre; gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek Anayasaya bağlı olarak Anayasa Mahkemesi devletlere haklara saygı gösterilmesini, onların korunmasını ve yerine getirilmesini ya da gerçekleştirilmesini yükler.

Saygı duyma yükümlülüğü, devletin insan haklarından yararlanmaya müdahale etmekten veya bu hakları kısıtlamaktan kaçınması gerektiği anlamına gelir. Koruma yükümlülüğü, devletin bireyleri ve grupları insan hakları ihlallerine karşı korumasını gerektirir. Gerçekleştirme yükümlülüğü, devletin temel insan haklarından yararlanmayı kolaylaştırmak için olumlu adımlar atması gerektiği anlamına gelir.

Bu yaklaşım AİHM tarafından hem onaylanmış hem de uygulanmıştır. Pozitif yükümlülükler kavramı artık Mahkemenin AİHS okumasına derinden yerleşmiştir. Bu tür yükümlülüklerin temeli, doktrinde de genel olarak kabul edildiği gibi, hakların pratik ve etkili olması gerektiği ilkesine, AİHS haklarının bir üye devletin yargı yetkisi içindeki tüm kişilere uygulanabilirliğine ve devletlerin iddia edilen ihlaller durumunda etkili iç hukuk yolları sağlama görevine dayanmaktadır. AİHM, pozitif yükümlülüklerin hem yeterli bir ulusal yasal çerçeve oluşturmaya yönelik temel bir görevi de bulunmaktadır. Bu da ihlalleri caydırmak için daha spesifik uygulama görevlerini ve önleyici tedbirlerin alınmasını gerekli kılmaktadır. Benzer yaklaşımı Anayasa Mahkemesi de paylaşmaktadır.

Başlığa uygun olarak, bu çalışmanın temel amacı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletler üzerindeki ve Anayasa Mahkemesi tarafında da dikkate alınan önemli bir doktrin olarak pozitif yükümlülüklerin gelişimini incelemektir. Sonuç olarak, hem Mahkemenin hem de Sözleşmenin yargı organı olarak mevcut Mahkemenin içtihatlarına ve bu bağlamda yine Anayasa Mahkemesi içtihadına odaklanacağız.

Öncelikle Sözleşme'nin hakim haklarındaki başlıca pozitif yükümlülüklerin yasal temellerini ele alacağız. Bunlar Sözleşme'nin açık metinsel gerekliliklerinden mi yoksa zımnı yargı yaratımlarından mı türetilmiştir? İkinci tip olduklarında, bunların tanınmasını ve üye devletlere dayatılmasını açıklamak için Mahkeme tarafından hangi gerekçeler ileri sürülmüştür? Ayrıca, zımnı pozitif yükümlülüklerin varlığını, kapsamını ve ihlalini belirlemek için Mahkeme tarafından hangi metodoloji benimsenmiştir?

Hem açık hem de zımnı olarak bu kilit pozitif yükümlülüklerin kesin içeriklerinin neler olduğunu tespit etmek de çok önemli olacaktır; örneğin, devletlerin yeni cezai suçları kanunlaştırması, yargı sistemlerini belirleme kapasitelerini sağlamak için yeniden düzenlemeleri gerekli eylem biçimlerini gerçekleştirilmesi gerektiği gibi. Bu konuları analiz ederken, insan hakları sözleşmelerinden doğan hakların ve bunlara karşılık gelen yükümlülüklerin doğasının daha geniş bir şekilde incelenmesine mütevazı da olsa katkıda bulunacağımızı umuyoruz.

I. İnsan Haklarının Doğası, Anlamı ve Boyutları

Mary Shelley'nin romanı *Frankenstein* ya da 1818'de yayınlanan *Modern Prometheus*, insanın doğal dünya üzerinde yaşamı yarattığı kadar kontrol sergilediği bir ütopyacılık biçimini yansıtır.¹ Şüphesiz bunun mükemmel bir şe-

1 Bkz. Annie Denton Cridge, "Man's Rights, or, How Would You Like It? Comprising Dreams", içinde *Human and Civil Rights: Essential Primary Sources*, Ed. K. Lee Lerner, Brenda Wilmoth Lerner ve Adrienne Wilmoth Lerner, Thomson and Gale Publishing, U. S. 2006, 14-17, s. 14.

kilde olması söz konusu olmasa da, esasen insan hakları insanların en azından kendilerini gerçekleştirmesi bakımından değerli olduğunu söyleyebiliriz.

Standart bir tanıma göre, insan hakları, insanın insan olması nedeniyle sahip olduğu haklardır. Bu tanım, insan haklarının her insan toplumundaki her insana ait olduğunu ileri sürer: tüm insanlar bu haklara eşit ölçüde sahiptir.² Kişinin insanlığıyla ima edilen insan hakları genellikle devredilemez, kaybedilemez ve feragat edilemez şeklinde sunulur.³ Özellikle demokratik hukuk devletlerinde pek çok insan, insan haklarının sosyal tanınmadan bağımsız olarak var olduğuna inanmaktadır, ancak çoğu zaman, bunların türetilebilecekleri dini geleneklerin ve değer sistemlerinin çokluğunun temellerini tartışmalı hale getirdiğini kabul etmektedirler. İnsan haklarına inananlar için, kaynak sorunu nadiren onları savunmanın önünde bir engel olarak görülür.⁴ Buna göre önem teşkil eden insan haklarının açık ve uygulanabilir olmasıdır.

Çok önemli bir soruyu burada detaylı incelememekteyiz: insan hakları nelerdir? Elbette insan hakları anlayışımıza ilişkin tabi olunan eleştirileri incelemeden önce bir kavramı tasvir etmenin kesinlikle uygun olacağı gerekçesiyle, makaleye bununla başlamamız beklenebilir. Ne var ki, biz kasıtlı olarak bu soru üzerinde durmuyoruz. Şu halde, insan haklarının toplumsal tanınma dışında var olduğuna inanmak istemekteyiz. Çünkü bize göre insan hakları ancak gerçekleştirildikleri ölçüde vardır.

Bu yüzden, insan haklarının gerçek veya idealize edilmiş doğasını tartışmak bizim için mantıksal olarak imkansız gözükmektedir. Bu makaleyle yapabileceğimiz tek şey, insanların insan hakları kavramını nasıl kullandıklarından ziyade, yaşam pratiğinde onlar için ne anlama geldiğini araştırmak ve gerçekleştirmesine odaklanmaktır. Böyle olunca yaptığımız felsefi değil, ampirik bir araştırma olmaktadır.

2 Modern batılı “insan hakları ideali” şu şekilde özetlenebilir: İlk bakışta herkesin, insan refahı için en önemli olan maddi ve manevi mallar ve faydalar üzerinde eşit meşru bir talebi vardır.

3 İnsan hakları doktrini, her insanın küresel bir endişe konusu olduğu fikrinin dünya siyasetinin genel ahlakında ifade edilmesidir. Bir kişinin uzamsal konumunun ne olabileceği veya kişinin hangi siyasi alt bölüme veya sosyal gruba ait olabileceği önemli değildir. Herkesin insan hakları vardır ve bu haklara saygı gösterme ve koruma sorumlulukları ilke olarak siyasi ve sosyal sınırları aşabilir. Charles R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford ve New York 2009, s. 1.

4 Marie-Benedicte Dembour, *Who Believes in Human Rights?*, Cambridge University Press, New York 2006, s. 1.

İnsan haklarının kültürel politikası,⁵ ulusal siyasi hayatın olduğu gibi kabul edilen normlarını bozar. İnsan hakları aktivistleri, ulusal devletlerin kurulduğu vatandaşlar ve vatandaş olmayanlar arasındaki ayrımın pratik olarak yapı sökümünü hayal ederler. Herkesin haklarına tam olarak saygı duyulacağı kozmopolit devletlerden oluşan bir dünya düzeni tasavvur ederler. İnsan haklarının sosyal ve politik aktörler için ne anlama geldiğine ve bu anlamların onların kurumsallaşmalarını nasıl etkilediğine odaklanma, insan hakları çalışmasında eksiktir. Yine de evrensel insan hakları ideallerinin pratikte gerçekleştirilmesi ancak kültürel politikalar aracılığıyla mümkün olabilir.

İnsan hakları hukukçuları,⁶ insan haklarının mahkemeler aracılığıyla yasallaştırılmasını somut gerçekleştirmeleri için hayati önemde görmektedirler. Aksi takdirde uygulanamayacak olan uluslararası insan hakları normlarını ulusal mahkemelere getirmek, rutin, teknik ve nesnel olarak yönetilen bir yasa yapmanın bir yolu olmaktadır. Prensipten, uluslararası insan hakları normları ulusal mahkemelerde test edildiğinden, yargıçlar uluslararası hukukun statüsünü teyit etmeli, devletlerin yasal olarak üstlenmesi veya vazgeçmesi gereken faaliyetlere ilişkin olarak onu giderek daha kesin ve giderek daha ayrıntılı hale getirmelidir. Böyle olmakla, ulusal mahkemelerde yargıçların kararları yoluyla insan haklarının yasallaştırılması, insan hakları hukukçularının ulusal bağlamda kültürel politikalar aracılığıyla kozmopolit bir devlet yaratmaya çalıştıkları en önemli yoldur.

Öte yandan, insan haklarının bireysel özgürlüklerle topluluğun kümülatif çıkarlarını dengelemekle ilgili olduğunu söylemek mümkündür. Bu tür bir iddia, çoğunluğun barış ve güvenlik içinde yaşama çıkarlarına karıştığı için haklar alanında kanaatimizce çok şey söylemektedir. Nitekim uluslararası insan hakları hukukunun amacı, hakların kısıtlanmasının, meşru bir amaca (ulusal güvenlik veya kamu düzeni gibi) ulaşmak için gerekli orantılı eyleme izin veren önceden var olan yasalara atıfta bulunularak gerekçelendirilmesi gerektiğidir.⁷ Şimdi, hak sahiplerinin kendi çıkarlarına öncelik vermek için birbirleriyle rekabet ettikleri durumlarda hakları “dengelemenin” ne zaman gerçekten meşru olabileceğini anlamak için bu formülün nasıl çalıştığına biraz daha ayrıntılı olarak bakmamız gerekiyor.

5 Burada “kültür politikası” ile kastedilen, dünyanın ortak anlayışlarına duygusal ve entelektüel olarak yatırım yapan sosyal aktörler için meselelerin, olayların veya süreçlerin ne anlama geldiğini çerçeveleyen semboller üzerinde az çok organize mücadelelerdir. Ancak kültürel politika yalnızca sembollerin rekabeti değildir. Kültürel politika, toplumun nasıl tasavvur edildiğine dair kamusal çekişmelerle ilgilenir; sosyal ilişkilerin nasıl organize edilebileceği ve düzenlenmesi gerektiğine ilişkindir. Ayrıntılar için bkz. Kate Nash, *The Cultural Politics of Human Rights*, Cambridge University Press, New York 2009, s. 1.

6 Karşılaştığımız Nash, s. 169.

7 Andrew Clapham, *Human Rights: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford ve New York 2007, s. 108.

Bunun içinde biz konuyu özellikle pozitif yükümlülük ve gerçekleştirme yükümlülüğü ekseninde tartışmaya açacağız. Ancak hemen belirtelim ki, bu makale,⁸ çağdaş söylemde sürekli olarak başvuru insan haklarının sahip olduğu siyasi hegemonyanın onlara bu haliyle etik otorite vermediği gözleminde yola çıkmaktadır. Bu nedenle, insan haklarının gerçekleştirilmesi için daha yapılacak çok şey bulunmaktadır.

II. Kavramsal Açından Pozitif Yükümlülük

Pozitif yükümlülük doktrini Sözleşmesel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına müdahale etmemesinin yanında bir de bunları koruma ve nihayet gerçekleştirme yükümlülüğünü içermektedir. Gerçekten de, devletin Sözleşmesel hakların yaşam pratiğine aktarılmasında yalnızca saygı gösterme yükümlülüğü yoktur; aynı zamanda gerçekleştirme yükümlülüğü vardır.

Devlet hakların garantörüdür, ancak işleticisi de olmak zorundadır. Bu anlamda pozitif yükümlülükler bakımından, devletin eylemde bulunması gerektiği halde hareketsiz kalması sorumlu tutulmasına neden olabilmektedir. Pozitif yükümlülük yükleyen haklarda, devletin edimde bulunması gerekmektedir.⁹

Siliadin v. Fransa Davasındaki karar gibi Mahkeme kararlarında ilgili içtihadın sistematik bir resmi bulunsa da, bu kararlar pozitif yükümlülük kavramının genel bir tanımını sağlamamaktadır. Bununla birlikte, böyle bir tanım, bireysel durumlardan kolayca yeniden oluşturulabilir. Belçika dil davasında, başvuranlar bunu şikayetlerine temel alarak, bu tür yükümlülüklerin “bir şey yapma yükümlülüğü” olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

AİHM’in görüşüne göre, pozitif yükümlülüklerin temel özelliği, uygulamada ulusal makamların bir hakkı korumak için gerekli önlemleri almasını veya daha doğrusu bir hakkı korumak için gerekli önlemleri almasını veya daha spesifik olarak, bireyin haklarını korumak için makul ve uygun önlemleri almasını gerektirir. Bu tür önlemler yargısal da olabilmektedir.¹⁰ Örneğin, cezaevi yetkililerinin mahkum intiharlarını önlemek veya mahkumların başkalarına Avrupa Sözleşmesine aykırı muamele yapmasını önlemek için belirli durumlarda

8 İnsan haklarını normatif araç olarak somutlaşması ve kişileri koruması olarak gördüğümüzü öneriyoruz. Bu, normatif kurumdan insan haklarının türetilmesi değildir; terimin belirsizliğini bu şekilde gidermenin etikteki rolüne en iyi şekilde uyacağına dair bir önseziye dayanan bir öneridir. Benzer yönde bkz. James Griffin, *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford ve New York 2008, s. 4.

9 Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ed. Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2013, 53-80, s. 54.

10 Jean-François Akandji-Kombe, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbook No. 7, Council of Europe 2007, s. 7.

almaları gereken önlemler düşünülünce iki tür önlem olarak yasal ve pratik anlamda gerekli olabilir. Bu bir koşullar sorunudur.

Mahkeme içtihadında her somut olay özelinde başvuran tarafından Sözleşmedeki hakkın etkili kullanılıp kullanılmadığını değerlendirilmesi sırasında devlet yükümlülüklerini de ele almaktadır.¹¹ Pozitif yükümlülükler bahsinde genel bir kuramın benimsenmemiş olması şaşırtıcı değildir; çünkü Mahkeme içtihadının en önemli özelliklerinden biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini yaşayan bir hukuk metni olarak görmesidir.¹² Dolayısıyla Sözleşmeyi yapanların niyeti yerine daha çok Sözleşmenin amaçsal yönü üzerinde durmakta ve ilerlemeci bir yorum tarzını benimsemektedir.¹³

Öte yandan çoğu durumda, pozitif yükümlülüklerin devletlerin yerine getirmesi gereken gereklilikleri genişletme etkisine sahip olduğu akılda tutulduğunda, bunların yasal dayanağı sorusu büyük önem taşımaktadır. Mahkemenin, temeli Sözleşme’de olmayan hakları korumaya yetkili olmadığı anlamına gelen genel atf ilkesinin bir sonucu olarak, Avrupalı yargıçlar, her pozitif yükümlülüğü Sözleşme’nin bir maddesine bağlamaya çalışmışlardır.¹⁴ İşte Mahkeme içtihat bu açıdan gelişme göstermektedir.

III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Pozitif Yükümlülük Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hukukun üstünlüğüne bağlı Avrupa demokrasilerinde temel (çoğunlukla) sivil ve siyasi özgürlüklerin korunmasına yönelik uluslararası bir anlaşmadır.¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesi “Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar” demektedir. Dolayısıyla Sözleşmenin 1. maddesi Sözleşmede bulunan hak ve özgürlüklerin taraf devletlerce “güvence altına alınmasını” gerektirmektedir.

¹¹ Boyar, s. 55.

¹² George Letsas, *A Theory Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York 2009, s. 65 vd.

¹³ Boyar, s. 55.

¹⁴ Jean-François Akandji-Kombe, s. 7-8.

¹⁵ Steven Greer, *The European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge ve New York 2006, s. 1.

Gerçekten de, Sözleşmenin gerek 1. maddesi gerek diğer maddeleri bütüncül olarak dikkate alındığında Sözleşmesel haklara ilişkin taraf devletlere hem negatif hem pozitif yükümlülüklerin yüklendiği görülmektedir.¹⁶ Bu da Mahkemenin yaklaşımında ikili tipolojiyi benimsediğini göstermektedir.¹⁷

Negatif yükümlülük, bir devletin müdahaleden kaçınmasını ve hak ve özgürlüklere saygı göstermesi gerekliliğini ortaya koyar. Devletlerin işkenceden (m. 3) ya da ifade özgürlüğüne (m. 10) müsaade edilmeyen sınırlamalardan kaçınmaları hususu buna örnek kabiliyeti taşır. Hemen belirtelim ki bu ne'inden yükümlülükler, tipik olarak medeni ve siyasi haklara daha çok özgülenebilir. Nitekim taraf devletlere getirilen yükümlülüklerin çoğunun bu mahiyette olduğundan söz edilebilir.

Pozitif yükümlülükler ise, devletlerin hak ve özgürlükleri güvence altına almak için gerekli operasyonel hareketleri, eylem ve işlemleri yapması anlamına gelmektedir.¹⁸ Bu ne'inden yükümlülükler çoğunlukla ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilişkilendirilebilir.¹⁹

16 AİHS kapsamındaki pozitif yükümlülükler konusu mevcut literatürde sınırlı yorumlara konu olmuştur. İlk tartışmalardan biri Merrills tarafından ortaya konmuştur. Devletlerin "bir şey yapmasını" gerektiren Sözleşme'nin birkaç "istisnai" maddesi olduğunu gözlemlemiştir. Buna bir örnek olarak, devletleri belirli ceza davalarında sanıklara ücretsiz adli yardım sağlamaya zorlayan 6. maddenin 3. fıkrası gösterilmiştir. J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, MUP, Manchester 1993, s. 102-103.

17 Bu tür yükümlülüklerin teorik temeli, birbiriyle ilişkili üç ilkenin birleşimidir. İlk olarak, 1. madde kapsamındaki devletlerin kendi yetki alanları dahilindeki tüm kişilere Sözleşme haklarını güvence altına alma zorunluluğu. İkinci olarak, Sözleşme haklarının pratik ve etkili olması gerektiği ilkesi. Üçüncüsü, 13. maddeden türetilen ilke, Sözleşme haklarının savunulabilir ihlalleri için etkili iç hukuk yollarının sağlanması gerektiğidir. Özellikle bkz. K. Stramer, *European Human Rights Law*, Legal Action Group, London 1999, bölüm 5. Starmer, Sözleşmenin pozitif yükümlülükleri tarafından devletlere yüklenen beş görev kategorisi tanımlar. Sözleşme haklarının etkin bir şekilde korunmasını sağlayan ulusal bir yasal çerçeve oluşturmak temel bir görevdir. İlk olarak Sözleşme haklarının ihlal edilmesini önleme görevinden bahsedebiliriz. Starmer, önleyici görevin en az üç durumda ortaya çıktığını düşünmektedir: a. Yaşam hakkı (m. 2) gibi temel hakların tehlikede olduğu durumlarda, b. aile hayatı (m. 8) gibi özel çıkarların söz konusu olduğu durumlarda ve c. Sözleşme haklarının yasal çerçeve tarafından etkin bir şekilde korunamadığı durumlarda. Starmer tarafından tanımlanan üçüncü görev, Sözleşme haklarının ihlaliyle ilgili bilgi ve tavsiye sağlayan devletlerin görevidir. Dördüncüsü, Sözleşme haklarının ihlaline yanıt verme görevidir. Beşincisi, Sözleşme haklarının ihlal edilmesini önlemek için bireylere kaynak sağlama görevidir.

18 Mahkeme, pozitif yükümlülüklerle ilişkin yetkili bir tanım sunmamıştır. Ancak Yargıç Martens, bunları "üye devletlerin . . . harekete geçmesi" olarak nitelendirmiştir. Gul v. İsviçre Kararı.

19 Feldman, şu görüşü dile getirmektedir: "Sözleşme kapsamındaki hakların çoğu, negatif haklar veya müdahaleden korunma haklarıdır. Ancak, birkaç hak, devlete insanları korumak için pozitif eylemde bulunma yükümlülüğü getirir." D. Feldman, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, OUP, 2. Baskı, Oxford 2002, s. 53.

Elbette bu yükümlülüklerin mali sonuçları olabilmektedir.²⁰ Örneğin sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için sağlık hizmetinin sunulması gerekliliği bunu ortaya koymaktadır. Böyle olmakla birlikte pozitif yükümlülükler, medeni ve siyasi haklarla ilgili olarak da gündeme gelebildiğini belirtmek gerekir.²¹

Sözleşmenin metninde Sözleşmesel hak ve özgürlüklere yönelik olarak pek çok bakımdan pozitif yükümlülüklerin tahsis edildiği belirtilebilir. Esasen pozitif yükümlülükler Sözleşme metninin bütüncül yorumundan ileri gelmektedir. Sözleşmedeki pozitif yükümlülükler örnek olarak; kanunla yaşam hakkının korunması (m. 2/1), “insanlık dışı olmayan cezaevi şartlarının sağlanması (m. 3), adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkemeye başvuru olanağı, adli yardım ve tercüman sağlanması (m. 6) ve serbest seçimlerin yapılması (1 No’lu Protokol m. 3) yükümlülükleri verilebilmektedir.

Şüphesiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme bağlamında diğer pek çok pozitif yükümlülükler de ortaya koymuştur. Mahkeme bu yaklaşımını esasen *Marckx v. Belçika* Kararında belirlemiştir. Mahkeme bu kararında şu değerlendirmede bulunmuştur:²² “*Karar verilmesi gereken ilk soru, Paula ve Alexandra Marckx arasındaki doğal bağın 8. Madde (madde 8) tarafından korunan bir aile hayatına yol açıp açmadığıdır. Aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan 8. madde, bir ailenin varlığını varsayar. Mahkeme, çok önemli bir noktada, yani 8. maddenin “meşru” ve “gayrimeşru” aile arasında hiçbir ayırım yapmadığı konusunda Komisyonun yerleşik içtihadıyla tamamen aynı fikirdedir. Böyle bir ayırım, “herkes” kelimesiyle bağdaşmaz*

20 Her hükümet, Sözleşme’ye abone olarak, Sözleşme’nin korumak için ortaya konduğu çeşitli özgürlükleri etkilemekten kaçınmak için yerel yasaların ve uygulamaların değiştirilmesi gereken bir konuma geldiğinin farkındadır. Bir hükümetin pazarlık edemeyeceği şey, tam olarak desteklemeyebileceği belirli sosyal veya ekonomik politikaları ilerletme yükümlülüğünün bir sonucu olarak kendisini önemli ölçüde zahmete ve masrafa maruz bırakmaktır. Bu, Mahkeme’nin kanunu geliştirmek ve Sözleşme’deki pozitif yükümlülükleri belirlemek için etkililik ilkesini kullanmasına kesin bir itiraz olmasa da, bunu yaparken kuşkusuz dikkatli olunması gerektiğini ileri sürmektedir. Merrills, s. 106.

21 Yukarıda pozitif yükümlülüklerle ilişkin olarak verdiğimiz basit tanım, çeşitli yükümlülüklerin özünü yakalamaktadır; çünkü bunların temel özelliklerinin devletlerin belirli olumlu görevler üstlenmesi görevi olduğunu vurgulamaktadır. Örnekler arasında; bir öldürmeyi araştırmak, savunmasız kişileri ciddi kötü muameleden korumak, tutuklanan kişilere tutuklanma nedenlerinin derhal açıklanmasını sağlamak, suçsuz sanıklara ücretsiz adli yardım sağlamak, cinsiyet değiştirme tedavisini başarıyla tamamlayan transseksüellerin edindikleri yeni cinsiyetin yasal olarak tanınmasını sağlamak ve medya kuruluşlarını ifade özgürlüğünün meşru kullanımını engellemeye yönelik yasa dışı şiddetten korumak için makul polis kaynaklarını kullanmak sayılabilir. A. R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford 2004, s. 2. Ancak; Sözleşme esas olarak bir Devletin ne yapması gerektiği ile değil, ne yapmaması gerektiği ile ilgilidir; yani bireyin haklarına müdahale etmeme yükümlülüğü ile. Bununla birlikte, etkililik ilkesinden yararlanan Mahkeme, açıkça pozitif bir yükümlülük oluşturmayan hükümler bakımından bile, bazen belirli bir şekilde hareket etme görevinin olabileceğine karar vermiştir. Bkz. Merrills, s. 103.

22 *Marckx v. Belçika* Kararı, p. 31.

ve bu, Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ‘doğum’a dayalı ayrımcılığın yasaklanmasıyla 14. madde ile doğrulanır. Ayrıca Mahkeme, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin bekar kadın ve çocuğunu diğerlerinden daha az olmayan bir aile biçimi olarak gördüğünü kaydeder. Dolayısıyla 8. madde, “meşru” ailenin “aile hayatı” için olduğu gibi “gayrimeşru” ailenin “aile hayatı” için de geçerlidir. Ayrıca, Paula Mareck’in kızı Alexandra’nın doğduğu andan itibaren sorumluluğunu üstlendiği ve ona sürekli baktığı ve bunun sonucunda aralarında gerçek bir aile hayatının var olduğu ve halen devam ettiği tartışılmaz. Başvurunun kapsadığı alanların her birinde Belçika yasama organının bu aile yaşamına “saygı” göstermesinin ne gerektirdiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. 1. fıkrada aile hayatına saygı hakkını ilan eden 8. madde, ilk olarak, Devletin bu hakkın kullanılmasına 2. fıkrada belirtilen katı koşullara uygun olmadıkça müdahale edemeyeceğini belirtir. Dil” davasında, Maddenin amacı “esas olarak” bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır. Bununla birlikte, Devlet’i yalnızca bu tür bir müdahaleden kaçınmaya zorlamaz: Bu öncelikle olumsuz taahhüde ek olarak, aile hayatına etkin bir ‘saygı’nın doğasında bulunan pozitif yükümlülükler olabilir. Bu, diğer şeylerin yanı sıra, Devletin kendi iç hukuk sisteminde, evli olmayan bir anne ile çocuğu arasındakiler gibi belirli aile bağlarına uygulanacak rejimi belirlediğinde, ilgililerin normal bir yaşam sürmesine izin verecek şekilde hareket etmesi gerektiği anlamına gelir. 8. Maddede öngörüldüğü üzere, Mahkeme’ye göre, aile hayatına saygı, özellikle, iç hukukta, çocuğun doğduğu andan itibaren ailesiyle bütünleşmesini mümkün kulan yasal güvencelerin varlığını ima eder. Bu bağlamda, Devletin çeşitli yöntemler seçeneği vardır, ancak bu gerekliliği yerine getirmeyen bir yasa, 2. fıkrada kapsamında incelemeye yönelik herhangi bir çağrı olmaksızın 8. Maddenin 1. paragrafını ihlal eder.”

Airey v. İrlanda Davasında, bu defa kamu harcamalarını ilgilendiren bir konuda, 8. madde kapsamında eşinden şiddet gördüğünü iddia eden bir kadının yargıya başvurarak ayrılık kararı almak için mahkemeye etkili erişiminin sağlanması yönünde bir pozitif yükümlülük yaratılması benzer bir yaklaşımla mümkün olmuştur. Mahkeme bu kararında şu değerlendirmeyi yapmıştır:²³ “Mahkeme, İrlanda’nın Bayan Airey’nin özel veya aile hayatına ‘müdahale ettiğinin’ söylenebileceğini düşünmemektedir. Şikayetin özünü, Devletin harekete geçtiği değil, harekete geçmediğidir. Bununla birlikte, 8. maddenin amacı esas olarak bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak olmakla birlikte, yalnızca Devlet’i bu tür müdahalelerden kaçınmaya

23 Airey v. İrlanda Kararı, p. 32.

zorlamaz: bu birincil olumsuz taahhüde ek olarak, yapısal pozitif yükümlülükler de olabilir.” Görüldüğü gibi Mahkeme, pozitif yükümlülükler ile ilgili yaklaşımını Sözleşmesel hakların etkili kılınması bağlamında gerekçelendirmektedir.

Harris ve arkadaşlarının da belirttiği üzere²⁴ Marckx ve Airey davalarında devletin pozitif yükümlülükleri, kişilere hukuki statü tanınması ve Sözleşmede bulunan hakların “güvence altına alınması” (m. 1) için gereken hakların ve ayrıcalıkların sağlanmasıdır. Bu bakımdan yukarıda belirttiğimiz Mahkemenin kullandığı ikili tipoloji çerçevesinde bu yükümlülükler, devletin Sözleşmede yer alan hakları yerine getirmek için yetkilerini kullanmasına yöneliktir. Mahkemenin Sözleşme metninden yola çıkarak ortaya koyduğu, bu türden önem arz eden diğer bazı yükümlülükler, şüpheli ölümleri (m. 2)²⁵ ve işkence iddialarını (m. 3) soruşturma yükümlülükleridir.

Mahkeme, Sözleşmesel hakların korunması bakımından aynı tipolojiyi başka davalarda, taraf devletlerin kişileri üçüncü kişilerin fiillerinden korumaya yönelik pozitif yükümlülükleri olduğunu da belirtmiştir. Bu yükümlülük, açık bir biçimde ilke kez bir devletin, ceza hukukunda zihinsel engelli bir genç kadının cinsel saldırıya uğraması durumunda, genç kadının ceza soruşturmasının öznesi olmasına imkan tanınmaması sebebiyle sorumlu tutulduğu, X ve Y v. Hollanda Davasında ifade edilmiştir:²⁶ *“Mahkeme, 8. maddenin amacının esas olarak bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumak olmakla birlikte, Devletin bu tür bir müdahaleden kaçınmaya zorlamadığını hatırlatır: Bu öncelikle olumsuz taahhüde ek olarak, pozitif özel veya aile hayatına etkili bir şekilde saygı gösterilmesinin doğasında var olan yükümlülüklerdir. Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında dahi özel hayata saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış tedbirlerin alınmasını içerebilir.”* Benzer bir yaklaşım, 11. maddeyle korunan gösteri yapma özgürlüğünün ihlalini teşkil edecek şekilde göstericilerin, diğer özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilecek engellemelerden korunması için devletin makul ve uygun önlemleri almak zorunda olduğunu belirten Platform ‘Arzte für das Leben’ v. Avusturya Davasında da ortaya konulmuştur:²⁷ *“Bir gösteri,*

24 D. J. Harris, M. O’Boyle, E. P. Bates ve C. M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Mehves Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara 2013, s. 20.

25 Ölüm riski altındakilere yardım etmek için bazı yükümlülükler olduğuna şüphe yoktur. Ayrıca, böyle bir riskin gerçekten var olup olmadığı ve bununla mücadele için yeterince şey yapıp yapılmadığı konusunda her zaman bir tartışma alanı olacak olsa da, gelişen içtihat hukuku bu konuların hafife alınmasını engellemektedir. Koruma, Devletin varlığının temel bir gereğesidir ve bu sorumluluğun yerine getirilmemesi durumunda bir çare Strazburg’da bulunabilir. Bkz. Mowbray, s. 4.

26 X ve Y v. Hollanda Kararı, p. 23.

27 Platform ‘Arzte für das Leben’ v. Avusturya Kararı, p. 32.

tanıtmaya çalıştığı fikir veya iddialara karşı çıkan kişileri rahatsız edebilir veya gücendirebilir. Ancak katılımcılar, rakipleri tarafından fiziksel şiddete maruz kalacaklarından korkmadan gösteriyi gerçekleştirebilmelidir; böyle bir korku, dernekleri veya ortak fikirleri veya çıkarları destekleyen diğer grupları, toplumu etkileyen son derece tartışmalı konularda görüşlerini açıkça ifade etmekten caydırabilir. Bir demokraside karşı-gösteri hakkı, gösteri hakkının kullanılmasını engellemeye kadar uzanamaz. Bu nedenle, gerçek, etkin barışçıl toplanma özgürlüğü, Devletin müdahale etmeme görevine indirgenemez: tamamen olumsuz bir anlayış 11. Maddenin amaç ve amacı ile bağdaşmaz. 8. Madde, 11. Madde gibi, bazen, gerektiğinde bireyler arasındaki ilişkiler alanında bile olumlu önlemlerin alınmasını gerektirir.” Keza Mahkeme, yakın geçmişte kişilerin saldırı (Osman v. Birleşik Krallık Kararı) ve diğer kötü muamelelerden (Z v. Birleşik Krallık Kararı) ve özel hayatın gizliliğini ihlalden (Von Hannover v. Almanya Kararı) korunmasında pozitif yükümlülükleri gündeme getirmiştir. Sözleşmenin, kişilerin haklarının diğer özel hukuk kişilerinin ihlallerinden korunması için devletlere getirdiği pozitif yükümlülüklerin kapsamı henüz tam olarak belirlenmemiştir ve bu husus Mahkeme tarafından geliştirilmeye devam edilmektedir. Aile içi şiddet (m. 3), teröristler veya diğer insan kaçırıcı kişiler tarafından özgürlüğünden mahrum bırakılma gibi durumlar (m. 5), bireylerin haklarını, diğer kişilerin müdahalelerinden koruma yükümlülüğünün genişleyebileceği belirgin alanlardır.²⁸

Bununla birlikte Sözleşme özel kişilerin davranışlarıyla ilgilenmesine rağmen, bu dolaylı olarak, bir devlete getirilen pozitif yükümlülükler vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Yukarıda vurguladığımız gibi, Sözleşmeye göre bu tür yükümlülüklerin ihlali sebebiyle devletlerin sorumluluğunun temelinde, 1. maddeye aykırı olarak, özel kişilerin Sözleşmedeki hakları ihlal eden hukuka aykırı muamelelerin engellenmemesi ve bu hakların, egemenlik alanında bulunan kişiler için “güvence altına alınmaması” yatmaktadır. Bu tutum, özel kişinin davranışının Sözleşmedeki bir hakkın kapsamına girmesi veya bir özelleştirme sonucunda ortaya çıkması halinde farklı olabilir. Bu durum ilk olarak özel bir okulda yaşanan bir bedensel ceza vaksıyla ilgili olarak Costello-Roberts v. Birleşik Krallık Davasında ortaya çıkmıştır. Mahkeme konunun Sözleşmenin 1 No’lu Protokolüyle korunan eğitim hakkı kapsamına girdiğine işaret etmiştir.²⁹ Mahkeme, devletin “yükümlülüklerini özel kişilere veya gerçek kişilere devrederek” Sözleşmedeki bir hakkı güvence altına alma “sorumluluğundan

²⁸ Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, s. 21.

²⁹ Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, s. 22.

kaçamayacağı” belirtmiştir:³⁰ “Mahkeme, ilk olarak, başvuranın belirttiği gibi, Devletin 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesi uyarınca çocuklara eğitim haklarını güvence altına alma yükümlülüğü olduğunu kaydeder. Sözleşme ve Protokollerinin hükümlerinin okunması gerektiğini hatırlatır. Disiplin gibi bir okulun iç yönetimine ilişkin işlevlerin yalnızca eğitim sürecine yardımcı olduğu söylenemez. Bir okulun disiplin sisteminin eğitim hakkı kapsamına girdiği, daha yakın zamanda, 2 Eylül 1990’da yürürlüğe giren ve 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 28. Maddesinde de tanınmıştır. Birleşik Krallık tarafından 16 Aralık 1991 tarihinde onaylanmıştır. Bu madde, çocuğun eğitim hakkı bağlamında aşağıdakileri sağlar: ‘Taraf Devletler, okul disiplininin çocuğun insan haysiyetine uygun ve bu Sözleşmeye uygun olarak yürütülmesini sağlamak için tüm uygun önlemleri alacaklardır’. İkinci olarak, Birleşik Krallık’ta bağımsız okullar bir halk eğitim sistemi ile birlikte var olur. Herkesin temel eğitim hakkı, Devlet ve bağımsız okullardaki öğrencilere eşit olarak garanti edilen ve ikisi arasında hiçbir ayırım yapılmayan bir haktır. Üçüncü olarak, Mahkeme, Devletin yükümlülüklerini özel kuruluşlara veya bireylere devrederek kendisini sorumluluktan kurtaramayacağı konusunda başvuranla hemfikirdir.” Mahkemenin bu yaklaşımı bazı farklılıklar taşımakla birlikte Wos v. Polonya Davasında da sürdürülmüştür:³¹ “Genel ilkelerle ilgili olarak, Mahkeme, kabul edilebilirlik kararında, Sözleşme kapsamında Devletlerin, Devlet yetkisinin genel kapsamı altında geçmişte yapılan yanlışları tazmin etme konusunda genel bir yükümlülük bulunmadığını zaten tespit ettiğini gözlemlemektedir. Ancak, böyle bir tazminat planı oluşturulacaksa, Mahkeme, herhangi bir tazminat için uygunluk kriterlerini belirleyen esasa ilişkin kuralların, ilgili kriterler açıkça keyfi olmadıkça veya Sözleşmenin temel ilkeleriyle bariz bir şekilde tutarsız olmadıkça, ilke olarak Mahkeme’nin yetkisi dışında kalacağını gözlemiştir. Öte yandan Mahkeme, bu uygunluk kriterlerinin münferit davaların olgularına uygulanmasıyla ilgili bazı usuli sorunların ortaya çıkabileceğinin göz ardı edilemeyeceğini kaydetmiştir. Başka bir deyişle, bir hükümet tarafından veya bir hükümetin rızasıyla bir tazminat planı uygulamaya konduğunda ve ilgili faydaların niteliğine bakılmaksızın, 1 No’lu Protokol’ün 6 § 1 maddesi veya 1. maddesi ile uyum sorunları ortaya çıkabilir. Öte yandan, prensipte, uygunluk kriterlerine bu şekilde itiraz edilmesine izin verilmediğinin altı çizilmelidir.”

30 Costello-Roberts v. Birleşik Krallık Kararı, p. 27.

31 Wos v. Polonya Kararı, p. 72.

Sonuç olarak burada, 8. maddeye ilişkin örnekte olduğu gibi, içtihat hukukunun, örneğin bir anne ile gayri meşru çocuğu arasındaki aile ilişkisini yasal olarak tanımak gibi, Mahkeme'nin devletleri pozitif yükümlülükler altına soktuğuna dair bazı örnekler ortaya koyduğunu belirtelim. Bu girişimi;³² etkililik ilkesini “bir antlaşma hükümlerine kullanılan dil ve metnin geri kalanıyla tutarlı ve her parçasına anlam verilebilecek şekilde tam ağırlık ve etki vermenin bir yolu” olarak tanımlamak mümkündür. Sözleşme kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin geliştirilmesi için önemli bir hukuki araç olarak bu girişim değerlendirilebilir. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Sözleşmenin Devletler için “bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile” önlemler almayı gerektirebilecek yükümlülükler yarattığına artık hiç şüphe bulunmamaktadır. Bu ifadelerin yakından incelenmesi, devletin yükümlülüğünün, anlaşmazlığın çözümü için bir forum sağlama görevinden daha fazlası olduğunu göstermektedir. “Saygıyı güvence altına alma” yükümlülüğü, maruz kalınan zararın tazmini sağlamanın ötesine geçer. Olumlu önlemler alma yükümlülüğü, hakkın “özel kişilerin müdahalesi olmaksızın” özgürce kullanılabilmesini sağlamak için fiili harcama ve kaynakların kullanılması anlamına³³ gelebilir.

IV. Anayasa Mahkemesinin Pozitif Yükümlülük Yaklaşımı

Burada özellikle Anayasa Mahkemesinin haklara ilişkin olarak pozitif yükümlülüklerle ilgili verdiği içtihadını inceleyelim. Ancak öncelikle AİHM'in mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükler doktrinine değinelim. Çünkü Anayasa Mahkemesi bu içtihattan geniş ölçüde yararlanmakta ve doktrini bu bağlamda diğer haklara da teşmil etmektedir.

Bilindiği gibi AİHM Sözleşmeye ek 1 No'lu Protokolünün 1. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri de muhteva kabul etmektedir:³⁴ “*Bu bağlamda, Mahkeme, 1 No'lu Protokol'ün 1. Maddesi uyarınca özünde halihazırda tesis edilmiş olan ilkeyi yeniden teyit edecektir. Söz konusu hüküm tarafından korunan hakkın gerçek ve etkin bir şekilde kullanılması, yalnızca Devletin müdahale etmeme görevine değil, aynı zamanda özellikle başvurucunun yetkililerden meşru olarak bekleyebileceği önlemler ile mülklerinden etkin bir şekilde yararlanması arasında doğrudan bir bağlantı olduğu durumlarda, pozitif koruma önlemleri gerektirebilir.*”.

AİHM, bu hükümle koruma altına alınan mülkiyet hakkının gerçek ve etkili kullanımının sadece devletin müdahale etmeme ödevine bağlı olmadığını fakat aynı

32 Merrills, s. 103 vd.

33 A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford 1993, s. 345.

34 Öneriyıldız v. Türkiye Kararı, p. 134.

zamanda özellikle başvuruçunun kamu otoritelerinden meşru olarak alınmasını beklediği önlemler ile mülkünden etkin bir biçimde yararlanması arasında doğrudan bir bağlantının bulunduğu durumlarda koruyucu pozitif önlemler alınmasını da gerektirdiğini ifade etmektedir. Öte yandan AİHM'e göre özel kişiler arasındaki ilişkilerde bile devlete pozitif yükümlülük yükleyen kamusal menfaatler söz konusu olabilmektedir:³⁵ *“Mahkeme defalarca 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin de bazı pozitif yükümlülükler getirdiğine karar vermiştir. Bu nedenle, bir gaz patlaması sonucu başvuranın mülkünün yok edilmesiyle ilgili olan Öner Yıldız / Türkiye davasında Mahkeme, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile korunan hakkın gerçek ve etkin bir şekilde kullanılmasının, sadece Devletin müdahale etmeme görevine bağlıdır, ancak pozitif koruma önlemleri gerektirebilir, özellikle başvuranın meşru olarak yetkililerden bekleyebileceği önlemler ile mülklerinden etkin şekilde yararlanması arasında doğrudan bir bağlantı varsa. Yatay ilişkilerde bile, Devlete bazı yükümlülükler yükleyebilecek kamu yararı mülahazaları söz konusu olabilir. Örneğin Broniowski - Polonya davasında Mahkeme, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin Devletin mülkiyet haklarını korumak için gerekli önlemleri almasını gerektirebileceğine karar vermiştir.”*

AİHM, bu bağlamda mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına kamu otoriteleri dışındaki kişilerce müdahale edilmesi durumunda devletin pozitif yükümlülüğünün koruyucu/önleyici ve düzeltici ödevler biçiminde ikiye ayrılacağını ifade etmektedir. AİHM'e göre bu durumda Sözleşme'ye taraf devletler, iç hukuk sisteminde mülkiyet hakkının yasalar tarafından tatmin edici bir şekilde korunmasının güvence altına alınması ve hakkına müdahale edilen kişinin -gerekmesi durumunda- meydana gelen zararının giderilmesine yönelik talepler dâhil olmak üzere hakkını arayabileceği düzeltici mekanizmaların temin edilmesi yükümlülüğü altındadırlar. AİHM bir kararında şunu demektedir:³⁶ *“Mahkeme, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi bağlamında, mülkiyetten barışçıl bir şekilde yararlanma hakkına bir müdahalenin özel bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, Devletin iç hukuk sisteminde mülkiyetin korunmasına ilişkin pozitif bir yükümlülüğün ortaya çıktığı kanaatindedir. Hakların kanunla yeterince korunduğu ve bir müdahalenin mağdurunun, uygun olduğunda, uğradığı herhangi bir kayıpla ilgili olarak tazminat talep etmek de dahil olmak üzere, haklarını savunmaya çabışabilmesi için yeterli hukuk yollarının sağlanıp sağlanmadığı araştırılmalıdır. Ayrıca, müdahalenin cezai nitelikte olduğu durumlarda, bu yükümlülük ayrıca yetkililerin etkin bir ceza soruşturması ve uygunsuz kovuşturma yürütmesini gerektirecektir.”*

35 Kotov v. Rusya Kararı, p. 109.

36 Blumberga v. Litvanya Kararı, p. 67.

Öte yandan AİHM, devletin pozitif yükümlülüklerinin mahiyeti ve kapsamının olayın somut koşullarına göre farklılaşabileceğini düşünmektedir:³⁷ “Devletin pozitif yükümlülüklerinin niteliği ve kapsamı koşullara bağlı olarak değişir. Dolayısıyla, Öneriyıldız davasında, başvuranın mallarının kaybı, çok tehlikeli bir durum karşısında yetkililerin bariz ihmalden kaynaklanmıştır. Buna karşılık, davanın özel taraflar arasındaki olağan ekonomik ilişkilerle ilgili olduğu durumlarda, bu tür pozitif yükümlülükler çok daha sınırlıdır. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokolün 1. maddesinin, Sözleşme’ci Devletlere özel kuruluşların borçlarını karşılama konusunda herhangi bir genel yükümlülük yüklediği şeklinde yorumlanamayacağını birçok kez vurgulamıştır.” AİHM’e göre devletin olayın somut koşullarına göre sağlama yükümlülüğü altına girdiği düzeltici önlemler, zarar gören tarafın hakkını savunabilmesi imkânı tanıyan uygun yasal mekanizmaların oluşturulmasını içermektedir. (1) No.lu Protokol’ün 1. maddesi açık bir biçimde usule ilişkin yükümlülükler içermemekte ise de bu hüküm, gerek devletin müdahil olduğu uyuşmazlıklarda gerekse iki özel kişi arasındaki uyuşmazlıklarda devlete usule ilişkin yükümlülükler yüklemektedir:³⁸ “Devletin belirli durumlarda sağlama gerekebilecek düzeltici önlemlere gelince, bunlar mağdur tarafın haklarını etkili bir şekilde ileri sürmesine izin veren uygun bir yasal mekanizma içerir. 1 No’lu Protokol’ün 1. Maddesi açık usuli gereklilikler içermemesine rağmen, bu hüküm kapsamında usule ilişkin pozitif yükümlülüklerin varlığı Mahkeme tarafından hem Devlet makamlarını ilgilendiren davalarda hem de yalnızca özel taraflar arasındaki davalarda kabul edilmiştir. Dolayısıyla, ikinci kategoriye ait bir davada Mahkeme, Devletlerin gerekli usuli güvenceleri sunan adli prosedürleri yerine getirmekle yükümlü olduklarına ve dolayısıyla yerel mahkemelerin ve mahkemelerin özel kişiler arasındaki herhangi bir ihtilafı etkili ve adil bir şekilde karar vermesine olanak tanıdığına karar vermiştir.”

Öte yandan Anayasanın 5. maddesinde temel haklara ilişkin güvence altına alınmış olan hakların gerçekten ve etkili bir şekilde korunabilmesi yalnızca devletin müdahaleden kaçınmasına bağlı değildir. Anayasa’nın 5. maddesi uyarınca devletin hakların korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu pozitif yükümlülükler kimi durumlarda özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere hakların korunması için belirli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir.

37 Kotov v. Rusya Kararı, p. 111.

38 Kotov v. Rusya Kararı, p. 114.

Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında belirlediği ilkeler şunlardır:³⁹

a. Anayasanın 2. maddesi devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen Anayasanın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete birtakım negatif ve pozitif yükümlülükler yükler.

b. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bazı durumlarda devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin birbirinden ayrılması da mümkün olamamaktadır. Üstelik devletin ister pozitif isterse de negatif yükümlülükleri söz konusu olsun uygulanacak ilkeler de çoğunlukla önemli ölçüde benzeşmektedir.

c. Devletin pozitif yükümlülükleri, haklara yapılan müdahalelere karşı usule ilişkin güvenceleri sunan yargısal yolları da içeren etkili hukuksal bir çerçeve oluşturma, oluşturulan bu hukuksal çerçeve kapsamında yargısal ve idari makamların bireylerin özel kişilerle olan uyumsuzluklarında etkili ve adil bir karar vermesini temin etme sorumluluklarını da içermektedir

d. Hakların gerçekleştirilmesi doğrultusunda devlete tahmil ettiği pozitif yükümlülükler, devletin koruyucu ve düzeltici önlemler almasını gerektirebilmektedir. Koruyucu önlemler örneğin mülkiyete müdahale edilmesini önleyici; düzeltici önlemler ise müdahalenin etkilerini giderici, diğer bir ifadeyle telafi edici yasal, idari ve fiilî tedbirleri kapsamaktadır.

e. Pozitif yükümlülükler kapsamında devlet, yetki alanında bulunan tüm bireylerin örneğin yaşam hakkını kamu görevlilerinin, diğer bireylerin ve hatta kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma ödevi (yaşamı koruma yükümlülüğü) altındadır. Sözü edilen koruma ödevini yerine getirilebilmesi için devletin başka hususlar yanında bir kişinin yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu kamusal makamlarınca bilindiği

39 Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, B. N. 2012/752, 17.9.2013; Mehmet Çetinkaya ve Maida Çetinkaya Başvurusu, B. N. 2013/1280, 28.5.2014; Bilal Turan ve Diğerleri Başvurusu (2), B. N. 2013/2075, 4.12.2013; Mehmet Elmascan Başvurusu, B. N. 2019/5448, K.T. 23.11.2021; Vedat Oğuz Başvurusu, B. N. 2018/35120, K.T. 15.09.2021; Selahattin Turan Başvurusu, B. N. 2014/11410, 22/6/2017; Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, B. N. 2012/1035, 17.7.2014; Eyyüp Boynukara Başvurusu, B. N. 2013/7842, 17.2.2016; Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, B. N. 2014/8649, 15.2.2017; Hüseyin Ak Başvurusu, B. N. 2016/77854, 1.7.2020; Züliye Öztürk, B. N. 2014/1734, 14.9.2017; Bekir Yazıcı Başvurusu [GK], B. N. 2013/3044, 17.12.2015; Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusu, B. N. 2014/12321, 20.7.2017; Cahide Demir Başvurusu, B. N. 2018/25663, K.T. 14.9.2021; Murat Orçun Çalış Başvurusu, B. N. 2018/24472, K.T. 7.10.2021; Aydın Keskin Başvurusu, B. N. 2019/4746, K.T. 17.11.2021; Sultan Bulut ve Diğerleri Başvurusu, B. N. 2017/37430, K.T. 20.10.2021; Mustafa Çetin Başvurusu, B. N. 2019/3290, K.T. 17.11.2021; Hilal Erdaş Başvurusu, B. N. 2018/27658, K. T. 6.10.2021; Barış Adıgüzel, B. N. 2016/15802, K.T. 8.9.2021; Zilan Gül Başvurusu, B. N. 2018/36804, K.T. 6.10.2021; Mustafa Şenoğlu, B. N. 2018/24347, K.T. 6.10.2021; Abdul Kadir Ünlü Başvurusu, B. N. 2018/33200, K.T. 15.09.2021; H. K. Başvurusu, B. N. 2019/42944, K. T. 17.6.2021; Emine Doğan ve Fikri Doğan Başvurusu, B. N. 2017/34363, K.T. 29.6.2021.

ya da bilinmesi gerektiği durumlarda, görevlileri aracılığıyla makul ölçüler çerçevesinde ve tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde önlemler alması hatta önceden belirlenebilir bir veya daha fazla bireyin yaşamına yönelik bir tehdit söz konusu olmasa bile kişilerin yaşamını korumak için genel güvenlik tedbirleri alması gerekir. Bu ödev, bireylerin yaşam hakkının terörden kaynaklanan bir tehdit altında olduğu durumlar için de söz konusudur.

f. Belirtilmesi gerekir ki Anayasa Mahkemesi, hakların ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerini dikkate alarak madde ve usul boyutları bakımından ayrı ayrı incelemektedir. Örneğin Devletin negatif yükümlülüğü, kamusal bir yetkiyle güç kullanan görevlilerin kasıtlı ve hukuka aykırı bir şekilde hiçbir bireyin yaşamına son vermeme ödevini (öldürmeme yükümlülüğü) içerirken pozitif yükümlülük hem her türlü tehlikeye karşı bireylerin yaşam hakkını korumayı (yaşamı koruma yükümlülüğü) hem de olayın niteliğine -yaşam hakkının kasten ihlal edilip edilmediğine- bağlı olarak cezai, hukuki ve idari nitelikte soruşturmalar yürüterek olayı soruşturma ve gerektiğinde ihlale uygun karşılık gelen yeterli yaptırımlara karar verme (usul yükümlülüğü) yükümlülüğünü içermektedir.

g. Pozitif yükümlülükler mutlak olmayıp bunların ne tür koruyucu ve düzeltici edimleri kapsadığı ve bu edimlerin derecesi, her somut olayın kendi koşulları içinde belirlenebilir.

h. Koruma yükümlülüğünün kapsamı somut olayın öznel ve nesnel koşulları çerçevesinde belirlenmesi gerekmele birlikte bunun devlete, idare aygıtının insan ve mali kaynaklarıyla karşılaşmasına imkân bulunmayan birtakım ödevler yüklediği biçiminde anlaşılması mümkün değildir. Bu bağlamda koruma yükümlülüğü, kamunun insan ve mali kaynaklarından soyut bir biçimde her türlü müdahalenin önlenmesi gerektiği şeklinde yorumlanamaz.

i. Koruma tedbiri almakla ödevli idarenin olağan işleyişi çerçevesinde alabileceği tedbirleri almak suretiyle üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen müdahalenin önlenmesinin mümkün olduğu istisnai durumlarda koruma yükümlülüğünün ihlalden söz edilebilir. Bunun dışında, yetkili makamlardan olağanın ötesinde bir tedbir alması beklenmemelidir. Bu itibarla özellikle ani ve öngörülemeyen müdahalelerde olduğu gibi somut olayın koşullarının -devletin özel bir önlem almasını gerektirmediği durumlarda- soyut olarak devletin koruma yükümlülüğünün varlığından bahisle pozitif yükümlülüğün ihlal edildiği sonucuna ulaşılamaz.

j. Özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda tarafların birbirleriyle çatışan menfaatleri bulunabilmektedir. Dolayısıyla tarafların karşı karşıya gelen menfaatleri çerçevesinde hakların korunması ile yükümlü bulunan devletin maddi

ve usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği dikkate alınarak sonuca varılmalıdır. Bu bağlamda ilk olarak belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığı irdelenmelidir.

k. Başvurucuların haklarını koruyacak ve yeterli güvenceler sağlayacak hukuksal mekanizmaların oluşturulup oluşturulmadığı incelenmelidir. Özel kişilerin 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 ölçüsüz bir sonuca 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 göz önünde bulundurularak menfaatlerin adil bir şekilde dengelenip dengelenmediği değerlendirilmelidir.

l. Ancak özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi dikkate alınarak pozitif yükümlülükler yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır

m. Devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında alması gereken koruyucu önlemler arasında idarenin *iyi yönetim* ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğü de bulunmaktadır. *İyi yönetim* ilkesi, kamu yararı kapsamında bir mesele söz konusu olduğunda kamu otoritelerinin uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmelerini gerektirir. Bu bağlamda idarelerin kendi hatalarının sonuçlarını gidermeleri ve bireylere yüklememeleri gerekir.

n. Ayrıca hakların gerektirdiği pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi kapsamında alınacak tedbirlerin belirlenmesi idari ve yargısal makamların takdirinde olan bir husustur. Hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması adına pek çok yöntem benimsenebilir ve mevzuatta düzenlenmiş herhangi bir tedbirin yerine getirilmesinde başarısız olursa bile pozitif yükümlülükler diğer bir tedbirle yerine getirilebilir.

Sonuç

İnsan haklarına yönelik olan olağan söylem, hakların insan olmayla içkin olduğu iddiası üzerine kuruludur. Buradan hareketle bizim görüşümüze göre bu haklar temelde bağlayıcı olan “insan onuru”nu kapsamaktadır. Gerçekten de doğuştan gelen insan haklarının temelini oluşturan insan onuru bizim için bu anlamda normatif bir gücü haizdir.

İlk bakışta “insan onuru”nun teorik bir savunmaya ihtiyacı yokmuş gibi görünmektedir. Zysset’in belirttiği gibi,⁴⁰ “insan onuru” sadece insan haklarını diğer hak ve değerler arasında tanımlamak için kullanılmaz; aynı zamanda onları normatif olarak haklı çıkarmamıza da izin verir. Gerçekten de insan onuru, insan haklarının üzerimizdeki bağlayıcı gücünü aydınlatır.

Gerçek bir demokrasinin tarafsız ve normal noktasından bakıldığında, devletin insan hakları ihlalleri kuraldan ziyade istisnadır ve bu nedenle insan hakları söyleminin yapıldığı perspektifi, yani klasik liberal görüşü tersine çevirmenin⁴¹ zamanı gelmiştir. Bu doğrultuda yargı organlarına, örneğin AİHM ve Anayasa Mahkemesine çok iş düşmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin imzalanmasından uzun bir süre sonra insan haklarının korunmasına ilişkin söylem, şimdi, devletin başlıca koruyucusu ve garantörü olarak hareket ettiği Avrupa tarihinin normalleştirilmiş bir dönemi içinde yer almaktadır. Bu dönemler, insan haklarının siyasi manifestolarda giderek daha fazla tanıtıldığı ve yerleşik statülerinin, hem hükümete bağlı, hem de hükümetler arası, uluslararası veya hükümet dışı insan hakları örgütlerinin büyüyen faaliyetleriyle bağlantılı olarak önemli fırsatlar doğurmaktadır. Bu ana akım iklimde, devletin ve dolayısıyla hukukun açık ve temel işlevleri, normal bir başlangıç noktası sağlamak için yeniden tartışılmakta, yeniden keşfedilmekte ve yeniden ifade edilmektedir. Açıkçası bu söylem analizi Türkiye için de pek çok anlam ifade etmektedir. Türkiye’de de insan haklarına yönelik ilgi her geçen gün artmakta, yaşam pratiğine dökülmeyi talep etmektedir.

Geçmişin karmaşıklıklarından bağımsız olarak yetiştirilen yeni nesil kişiler tarafından ileri sürülen yeni nesil insan hakları iddialarına yanıt olarak, Sözleşme ve Anayasa, insan hakları hakkının yararlanma hakkı anlamına geldiği tam aşamasına geçmiştir. Bu bakımdan insan hakları, yalnızca devlet görevlileri tarafından ihlal edilmemelerine ilişkin bir hak değildir. Devletler, kendi topraklarında insan haklarını korumak ve garanti altına almak için “doğal”⁴² pozitif yükümlülüklerle sahip olarak algılanır. Sözleşme, devlete, bireylerin insan haklarını gerek devlete gerek diğer özel tarafların müdahale eylemlerine karşı aktif olarak koruma konusunda pozitif yükümlülükler yükler. Egemenlik yetkisine ve yetkisi dahilindeki tüm faaliyetleri düzenleme yeteneğine sahip olduğu ölçüde, insan hakları özel taraflarca ihlal edildiğinde de dolaylı sorum-

40 Alain Zysset, *The ECHR and Human Rights Theory*, Routledge, London ve New York 2017, s. 1.

41 Dimitris Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London ve New York 2012, s. 1-2.

42 Doğal diyoruz; çünkü bu makalede ortaya koymaya çalıştığımız üçlü tipoloji (saygı gösterme, koruma, gerçekleştirme) yine kişinin sırf insan olmasından ileri gelmektedir.

luluğu, doktrin gibi biz de makul olarak arttırılabileceği kanaatindeyiz.

Bireyin gerek devlet gerek diğer özel kişiler tarafından özgürlüklerine yönelik saldırılara karşı korunmasının, özellikle medeni hukuk ve ceza hukuku olmak üzere hukukun normal işlevlerinden biri olduğu; yasama, yürütme ve yargı makamlarının asli bir görevini oluşturduğu da yadsınmaz. Hukukun bu işlevinin, bireyin Devlet karşısındaki hakları veya devlet adına hareket eden ajanlara karşı savunma araçları ilan edilmeden önce de yürürlükte olduğu ve belirli bir istikrar derecesine ulaştığı tarihsel bir gerçektir.⁴³

Sonuç olarak, pozitif yükümlülüklerin benzersizliği, insan haklarının aktif olarak korunmasının şu anda talep edilmesi veya insan hakları sorunlarının olduğu bilinen durumlarda devlet mekanizması tarafından zaten sağlanması gerektiğidir. Daha da önemlisi, bu talebin başlatıcısı devletin seçilmiş üyeleri değil, sıradan bireylerdir. Bu hesaba göre, pozitif yükümlülükler, insan haklarının aktif olarak korunması biçiminde devletin işlerine gerçek anayasal öncelikler yükler. Sokak düzeyinde baskı, toplu eylemler, sivil toplum gruplarının kampanyaları, lobicilik çalışmaları ve modern kurumsallaşmış izleme sistemleri gibi insan haklarının korunmasını sağlamanın diğer yolları, olağan ve yararlı yollar olmaya devam etmektedir.⁴⁴ Geçekten de sıradan bireyin, gerek devlete karşı ileri sürülmesi bakımından gerek özel kişilerin etkileşimde bulunduğu bağlamlarda insan haklarının korunmasına ilişkin anayasal iddia açısından (hukuki olarak bağlayıcı terimlerle) başlatıcısı olarak ortaya çıkışının, insanlığın siyasi tarihinde bir pek çok örneği bulunmaktadır.

Çatışma Beyanı: *Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.*

43 P. Vegleris, “Twenty Years’ Experience of the Convention and Future Prospects”, içinde *Privacy and Human Rights*, Ed. A.H. Robertson, Manchester University Press, Manchester 1973, 341–412, s. 382.

44 Xenos, a.g.e., s. 3.

KAYNAKLAR

- Beitz, Charles R., *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford ve New York, 2009.
- Boyar, Oya, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, içinde *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed. Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2013, 53-80.
- Clapham, Andrew, *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- Clapham, Andrew, *Human Rights: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford ve New, York 2007.
- Cridge, Annie Denton Cridge, “Man’s Rights, or, How Would You Like It? Comprising Dreams”, içinde *Human and Civil Rights: Essential Primary Sources*, Ed. K. Lee Lerner, Brenda Wilmoth Lerner ve Adrienne Wilmoth Lerner, Thomson and Gale Publishing, U. S. 2006, 14-17.
- Dembour, Marie-Benedicte, *Who Believes in Human Rights?*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- Feldman, D., *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, OUP, 2. Baskı, Oxford, 2002.
- François, Jean, Akandji-Kombe, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbook No. 7, Council of Europe, 2007.
- Greer, Steven, *The European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge ve New York, 2006.
- Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford ve New York, 2008.
- Harris, D. J., M. O’Boyle, E. P. Bates ve C. M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- Letsas, George, *A Theory Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009.
- Merrills, J. G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, MUP, Manchester, 1993.
- Mowbray, A. R., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004.
- Nash, Kate, *The Cultural Politics of Human Rights*, Cambridge University Press, New York, 2009.
- Stramer, K., *European Human Rights Law*, Legal Action Group, London, 1999.
- Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London ve New York, 2012.
- Vegleris, P., “ ‘Twenty Years’ Experience of the Convention and Future Prospects”, içinde *Privacy and Human Rights*, Ed. A.H. Robertson, Manchester University Press, Manchester, 1973, 341-412.
- Zysset, Alain, *The ECHR and Human Rights Theory*, Routledge, London ve New York, 2017.

Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Meselesi*

The Issue of Judicial Review of Presidential Decrees in State of Emergency in the Context of the Rule of Law Principle

Seniha Begüm ŞENTOP**

Öz

Hukuk devleti ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının ve hukuk güvenliğinin sağlanmasının teminatıdır. Bu ilke gereğince devlet organlarının faaliyetlerinin yargı denetimine tabi olması esastır. Olağanüstü hallerde çıkarılan kararnamelerin yargısal denetimi ise Anayasa'nın 148. maddesi ile engellenmiştir. Bu kararnamelere yönelik yargısal denetim yasağı, 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinden önce olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri bağlamında çokça tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili iki farklı içtihadta bulunmuştur. 1991 yılında Anayasa Mahkemesi olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerini esastan inceleyebileceğini savunmuştur. 2016 yılına dek bu kararı benzer gerekçelerle tekrarlamıştır. 2016 yılında ise Mahkeme bu içtihadını değiştirmiş ve Anayasa'nın 148. maddesindeki yasak sebebiyle bu kararnameleri incelemeye yetkisinin olmadığını belirtmiştir. 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin yerini olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri almıştır. Söz konusu kararnamelerin, savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin toplanamaması hali dışında, üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülerek karara bağlanacağı, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hükmü de Anayasa'ya eklenmiştir. Bu hüküm, hukuk devleti ilkesi açısından olumlu ve önemli bir gelişmedir. Fakat bu kararnamelerin Meclis'te kanunlaşmadan önceki aşaması için denetim yasağının korunmuş olması, bu konudaki tartışmaların süreceğinin göstergesi sayılabilir. Bu çalışmayla eski ve yeni kararnameler, unsurları açısından karşılaştırılarak, Anayasa Mahkemesi içtihatları kapsamında yargısal denetim yasağı hukuk devleti ilkesi çerçevesinde değerlendirilecektir.

* Makale gönderim tarihi: 09.12.2021. Makale kabul tarihi: 16.02.2022. Seniha Begüm Şentop, "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Meselesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022, s. 73-11; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.1.03>

** Araştırma Görevlisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-6939-1765, seniha.sentop@medipol.edu.tr.

Anahtar kelimeler: Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, hukuk devleti ilkesi, kanun hükmünde kararname, olağanüstü hâl, yargı denetimi yasağı, Anayasa Mahkemesi

ABSTRACT

The principle of the rule of law is the guarantee of the protection of fundamental rights and freedoms and the provision of legal security. Pursuant to this principle, it is essential that the activities of state organs be subject to judicial review. The judicial review of the decrees issued in the state of emergency is prevented by Article 148 of the Constitution. The prohibition of judicial review of these decrees, was widely discussed in the context of the decrees in the state of emergency before the constitutional amendment in 2017. The Constitutional Court has made two different jurisprudence on the subject. In its 1991 decision, the Constitutional Court argued that it could examine the decrees in the state of emergency on the merits. Until 2016, it repeated this decision on similar grounds. In 2016, the Court changed its jurisprudence and stated that it did not have the authority to examine these decrees due to the prohibition in Article 148 of the Constitution. With the constitutional amendment of 2017, the decrees in state of emergency have been replaced by presidential decrees in the state of emergency. It has been added to the Constitution that the said decrees will be debated and decided in the Grand National Assembly of Turkey within three months, unless the Grand National Assembly of Turkey cannot convene due to war and force majeure events, otherwise they will automatically be annulled. This provision is an affirmative and important development in terms of the rule of law. However, the fact that the prohibition of judicial review was preserved for the stage before the enactment of these decrees in the Parliament can be considered as an indication that the debates on this issue will continue. In this article, by comparing the elements of the old and new decrees, the prohibition of judicial review will be evaluated in the scope of the Constitutional Court's jurisprudence within the framework of the rule of law.

Keywords: Constitutional Court, Decree-law, Presidential decrees, prohibition of judicial review, rule of law, state of emergency

Giriş

Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesi, devletin hukuk kuralları ile bağlı olması ve bu kurallara uygun olarak idare edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹. Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde devletin eylem ve işlemlerinde hukuk kuralları ile bağlılığını ise

1 Zühtü Arslan, "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", *Doğu-Batı Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, 2000-01, s. 77.

yargı denetimi garantiler². Bu bakımdan gerek olağan gerekse olağanüstü dönemlerde hukuk devleti ilkesini hâkim kılmak açısından yargı denetimi önem arz etmektedir.

Devletin olağan hukuk düzeninin kuralları ile bertaraf edemeyeceği olağanüstü tehlikelerle karşılaştığında yöneldiği yönetim usulü olağanüstü hâl rejimidir. Olağanüstü hâl ilanı, sebebe bağlı bir işlemdir ve ilan sebepleri Anayasa'nın 119. maddesinde sayılmıştır³. Bu olağan dışı dönemleri atlatabilmek ve olağan düzene ivedi şekilde dönebilmek adına olağanüstü yönetim usullerine geçiş, demokratik devletlerin anayasalarında da düzenlenmiştir. Bu nedenle, bu yönetim usulleri her türlü kısıtlama ve sınırlamalara cevaz vermesine rağmen hukuki rejimlerdir⁴. Olağan hukuk düzeni kuralları ile baş edilemeyecek olağanüstü durumlara özgü rejimler tahsis edilmesi hukuk devleti ilkesi ile de uyum içindedir⁵.

Olağanüstü yönetim usulüne geçişin başlıca sonucu yürütme organının daha etkin bir role bürünerek olağanüstü hâl kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini haiz olmasıdır⁶. 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri (OHAL KHK), yeni sisteme uygun olarak, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine (OHAL CBK) dönüşmüştür. Olağanüstü hallerde çıkarılan kararnameler bakımından en tartışmalı nokta ise Anayasa'da yer alan yargısal denetim yasağıdır. OHAL CBK'lerinin henüz bir anayasal denetime konu olmamasına karşın yasağın korunmuş olması, olağanüstü hallerde çıkarılan kararnamelere ilişkin tartışmaların devam edeceğinin göstergesi sayılabilir.

2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 119. maddesinde, olağanüstü hallerde çıkarılan kararnamelerin, savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) toplanamaması hali hariç, üç ay içerisinde TBMM'de görüşülerek karara bağlanacağı, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hüküm altına alınmıştır. Önemle belirtmek gerekir ki

-
- 2 Friedrich A. Hayek (Terc. Sevda Gültekin Aktolga, Ali Rıza Çoban), "Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti", Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 126.
 - 3 Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 379.
 - 4 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165); AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, 12.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).
 - 5 Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 947.
 - 6 Mithat Konuk, "Olağanüstü Hal Kapsamında Yayımlanan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Özellikleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 2179.

bu kararnameler Meclis'te kanunlaştığında diğerk kanunlar gibi yargı denetimine tabi olur⁷. Ancak bu denetim, OHAL kararnamelerinin kanunlaşmasından sonraki aşama için geçerlidir. Öyle ki Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca eski OHAL KHK ve yeni OHAL CBK'lerine yargısal denetim yolu kapalıdır.

Yürütmenin yetkilerini çokça genişleten, temel hak ve özgürlükler de dahil birçok konuda düzenleme yapmayı mümkün kılan OHAL kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) denetimine tabi olmaması uzun süreli bir tartışmanın konusudur. Bu noktada 1982 Anayasası döneminde AYM'nin iki farklı içtihadı bulunduğunu belirtmek gerekir. AYM, 1991 yılında geliştirdiği ve istikrarlı olarak 2016 yılına dek tatbik ettiği içtihadı ile OHAL KHK'lerine sınırlı denetim yolunu açmıştır. Bu bağlamda AYM, önüne gelen düzenlemenin gerçek bir OHAL KHK'si olup olmadığının tespitinin gerektiğini savunmuş ve OHAL KHK unsurlarını taşımayan düzenlemeleri olağan dönem KHK'si sayarak incelemeye tabi tutmuştur⁸. 2016 yılında ise AYM, içtihat değişikliğine gitmiş ve 148. maddenin lafzi yorumundan yola çıkarak OHAL KHK'lerinin yargısal denetime tabi tutulmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir⁹.

Bu çalışma, bütün bu gelişmelere hukuk devleti ilkesi açısından bakmayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda hukuk devletinin temel unsurlarından yargı denetiminin yürütmenin etkinleştiği olağanüstü hallerde çok daha büyük önem arz ettiği kabul edilmelidir. Nitekim olağanüstü hâl önlemlerinden biri olan OHAL CBK'leri ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, hatta askıya alınması mümkündür¹⁰. Hâl böyleyken bu önlemlerin yargısal denetim dışında bırakılarak sadece siyasal denetime tabi tutulması, hukuk devleti ilkesi bağlamında önemli bir tartışma konusudur. Bu kapsamda çalışmada ilk olarak hukuk devleti ilkesi anlamlandırılarak olağanüstü hâl rejimlerinin hukukiliğine değinilecektir. İkinci olarak ise OHAL CBK'lerinin unsurları belirlenecek ve bu bağlamda OHAL KHK'leri ile ayrışan yönler tespit edilecektir. AYM'nin OHAL KHK'lerinin yargısal denetimi konusundaki iki farklı içtihadı ele alınacak ve nihayetinde yargısal denetim yasağı, hukuk devleti ilkesi bağlamında tartışılacaktır.

7 Ayhan Döner, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 429.; AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).; Kararnameler bakımından TBMM'de gerçekleştirilen onayın kanunla değil kararla olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. 122 numaralı dipnot.

8 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165); AYM, E. 1992/30, K. 1992/36, 26.05.1992, (RG., 18.12.1993, S. 21792); AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, 22.05.2003, (RG., 16.03.2004, S. 25404).

9 AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, 12.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

10 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 342.

I. Hukuk Devleti İlkesi ve Olağanüstü Hal Rejimleri

A. Hukuk Devleti İlkesinin Anlamı

İktidarın sınırlandırılması, Antik çağlardan beri üzerine düşünülmüş ve tartışılmış bir meseledir¹¹. Bununla birlikte hukuk devleti, kavram olarak nispeten yenidir ve ilk olarak 19. yüzyıl başlarında Alman hukukçular tarafından kullanıldığı ifade edilmektedir¹². Nitekim hukuk devleti (Rechtsstaat), Almanca hukuk (Recht) ve devlet (Staat) kelimelerinin birleşiminden oluşmuş ve Kıta Avrupası'nda bu minvalde tercüme edilmiştir. Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde *rule of law* (hukukun üstünlüğü), Fransızca'da *état de droit*, ABD'de ise *due process of law* (hukuki usullere bağlılık) şeklinde yer almaktadır¹³.

Demokrasi, insan hakları gibi kavramlar üzerinde evrensel olarak nitelendirilebilecek ortak bir tanımlamaya varılamamışken, hukuk devleti kavramı birbirinden farklı ideolojilerde kabul görmüştür. Bununla birlikte, hukuk devleti ilkesinin anlamı konusunda fikir birliği sağlanamamıştır¹⁴. Nitekim Nazi Almanyası da bir hukuk devleti olduğunu iddia etmiştir¹⁵. Hukuk devleti (Rechtsstaat) ve hukukun üstünlüğünün (rule of law) gerek tarihsel gerekse felsefi anlamda birbirinden farklı olduğu da savunulmakla birlikte¹⁶, iki kavramın ortak olarak iktidarın sınırlandırılması anlamına geldiği¹⁷ ve aynı ifadeyi karşıladığı genel olarak kabul edilmektedir¹⁸.

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi de farklı dillerde farklı terminolojiler kullanılmasına karşın hukuk devleti ilkesinin (rule of law) kapsamı konusunda birleşmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁹. Uluslararası hukukta hukuk devleti ilkesinin evrensel bir tanımı bulunmamakla beraber ilke bağlamında ortak unsurlar sıralanmaya çalışılmıştır. Bu unsurlar Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) raporunda²⁰ *yasallık (legality)*, *hukuki*

11 Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 307.

12 Mithat Sancar, "*Devlet Aklı*" *Kıskacında Hukuk Devleti*, 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 33.

13 Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2018, s. 113-114.; Eren, s. 361.; Sancar, s. 32-33.

14 Uygun, s. 306.

15 Sancar, s. 31.

16 Mustafa Yaylalı, "Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen", *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl: 23, Sayı: 91-92, Yaz-Güz 2018, s. 96.

17 Arslan, s. 77.

18 Döner, s. 126.; Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 113.

19 Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 1594 (2007), "The Principle of the Rule of Law", <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17613&lang=en> (17.01.2022).

20 Venice Commission, CDL-AD(2011)003rev, Report on the Rule of Law, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e) (17.01.2022).

belirlilik (legal certainty), keyfilik yasağı (prohibition of arbitrariness), idari işlemlerin yargısal denetimi de dahil bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde adalet erişim (access to justice before independent and impartial courts), insan haklarına saygı (respect for human rights), ayrımcılık yapmama ve kanun önünde eşitlik (non discrimination and equality before the law) olarak sayılmıştır²¹.

Uysurları verilen hukuk devleti ilkesi, en kısa şekilde, devletin tüm faaliyetlerinde hukuk kuralları ile bağlanmasını ve bireylerin hukuk güvenliğinin sağlanmasını ifade etmektedir²². Raz, hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu bir sistemi bireyler için insan onuruna yaraşır koşulların oluşturulup sürdürülmesi olarak görür²³. Bu bakımdan hukuk devleti ilkesi hem özgürlüğün hem güvenliğinin üzerinde yer alır ve ikisini de kapsar. Zira hukuk güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuk devleti ilkesi, özgürlüklerin varlığı için gerekli olan hukuk düzenini de güvence altına alır²⁴. Söz gelimi bir üst başlık olarak hukuk devleti; adaletin korunması ve sağlanmasını, hukuk düzeninin oluşturulmasını, devletin organları arasındaki ilişkiyi ve hukuk güvenliği ile hukuka güvenin teşkil etmesini içermektedir²⁵.

Bu bağlamda Hayek, hukuk devletini kanunların hakimiyeti değil, hukukun nasıl olması gerektiğine ilişkin bir kural, hukuk ötesi bir öğreti veya politik bir ideal olarak ele almıştır²⁶. Nitekim Hayek, hukuk devletinde (rule of law) kastedilen hukukun keskin bir kavrayış gerektirdiğini belirterek, yasama organının yasama faaliyeti olan kanunların bu anlamda bizatihi hukuk olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir²⁷. Bu idealde, tam anlamıyla gerçekleşmesi mümkün olmasa da, zorlayıcı güce sahip yürütme organına bırakılan takdir yetkisinin olabildiğince azaltılması temel noktadır²⁸. Bu bakımdan hukuk devleti ilkesi, yöneticilerin keyfi davranışlarının önlenmesi amacıyla, iktidarın tüm faaliyetlerinin denetime tabi olmasını esas almaktadır²⁹.

Hukuk devleti idealini oluşturan temel ilkeler, özel kişilerden ziyade devle-

21 Eren, s. 362-363.

22 Özbudun, s. 126.

23 Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, New York, 1979, s. 210.

24 Nihat Bulut, "Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", *Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan*, Der Yayınları, 2012, s. 307.

25 Philip Kunig, "Der Rechtsstaat", *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgerichts*, Peter Badura & Horst Dreier, Mohr Siebeck, 2001, s. 424.

26 Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1960, s. 206, (The Constitution of Liberty).

27 Hayek, *The Constitution of Liberty*, s. 207.

28 F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Routledge Classics, 2006, s. 76.

29 Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 23. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019, s. 162.

tin erklerine hitap etmektedir. Bu bakımdan ikincil kurallar olarak adlandırılan bu ilkeler düzene ilişkindir ve devlet erklerince oluşturulacak birincil kuralların ne şekilde oluşturulup değiştirileceğini ve ihlali durumundaki işleyişi düzenler. Hukuk devletinin zorunlu unsurlarından hukuki belirlilik ve hukuki güvenliğin sağlanması için devlet erklerinin keyfilikliğini engelleyen bu kurallar olmazsa olmazdır³⁰. Bu anlamda barındırdığı alt başlıklar ile hukuk devleti, keyfi yönetimlere karşı en güçlü “panzehir” olarak görülmüştür³¹.

Hukuk devleti ilkesi geniş tanımıyla insanların hukuka uyması ve hukuk ile yönetilmesiyle, hukuk teorisinde daha çok dar anlamıyla iktidarın hukuk ile bağlı olması ve yönetilmesi olarak ele alınmaktadır³². Bu doğrultuda hukuk devleti ilkesi, aynı hukuk kurallarının hem devleti hem bireyleri bağlaması ve devletin tüm faaliyetlerinin yargısal denetiminin sağlanması şeklinde iki temel şartı öngörmektedir³³. Bu iki koşul birbiri ile sıkı ilişki içindedir, nitekim iktidarın hukuk kurallarına bağlı kalmasının ancak yargı denetimi ile sağlanabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte esas olarak yürütmenin işlemlerinin yargı denetimine bağlanması hukuk güvenliğinin sağlanması açısından önemli ve yeterli addedilmiştir. Nitekim tarihsel süreçte de hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin genellikle yürütme organından kaynaklandığı görülmüştür³⁴. Kişilerin günlük yaşamda genellikle muhatap olduğu ve ilişkide bulunduğu devlet organının yürütme ve onun uzantısı olan idare olması dolayısıyla ihlaller gerçekten de daha çok bu organdan kaynaklanmaktadır³⁵. İktidarlar sınırlandırılmadıkları durumda keyfiliğe yöneldiğinden bireylerin dokunulmaz alanları ancak hukuk kurallarına bağlılığı denetleyecek bağımsız ve tarafsız yargı ile teminat altına alınabilir³⁶.

Hukuk devleti ilkesi ile demokrasinin birlikteliği ise zorunlu görülmemektedir³⁷. Söz gelimi demokratik olmayan bir hukuk sistemi, ilke olarak, hukuk devletinin (rule of law) gereklerine, “daha aydınlanmış” Batı demokrasinden daha iyi uyum sağlayabilir³⁸. Bununla birlikte demokrasi ve taşıdığı ilkeler, hu-

30 Sururi Aktaş, “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 2020/1, s. 7-8.

31 Arslan, s. 85.

32 Raz, s. 212.

33 Ahmet Ulvi Türkbağ, “Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti”, *Doğu-Batı Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, 2000-01, s. 204.

34 Özbudun, s. 126-127; Atar, s. 113.

35 Döner, s. 131.

36 Türkbağ, s. 209.

37 Aktaş, s. 20.

38 Raz, s. 211.

kuk devleti idealinin sürekliliğinin önemli bir güvencesidir³⁹. Hukuk devleti ilkesi, bireylerin özgürlük alanlarını tespit ve tüm devlet faaliyetlerinin düzenli ve ölçülebilir oluşunu talep eden liberalizmin sürdürülebilirliğinin de ön koşuludur⁴⁰. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi, demokratik düzenin ve liberal devlet anlayışının vazgeçilmez bir unsurudur. Bu çerçevede günümüz demokrasileri devlet iktidarını anayasa ile sınırlayarak kişilerin özgürlük alanlarını genişletme çabasıdır⁴¹. Bu bağlamda demokratik ve liberal devletlerde hak ve özgürlüklerin kanun koyucuya karşı korunması da anayasa mahkemeleri ile sağlanmaktadır⁴².

Demokratik bir hukuk devleti olarak tanımlanan Türkiye Cumhuriyeti'nde yürütmenin uzantısı olan idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilmiştir. Yürütme organı olan Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi de Anayasa'nın 148. maddesinde belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi tarafından sağlanmaktadır. Ancak yine Anayasa tarafından olağan dönem ile olağanüstü dönem arasında bir ayırım yapılmış ve olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi olmadığı belirtilmiştir. Bu çerçevede OHAL CBK'leri açısından öngörülen tek denetim, TBMM tarafından gerçekleştirilecek siyasi denetimdir. Bununla birlikte olağanüstü hallerde kendisine istisnai yetkiler tanınan yürütme organının siyasi denetimin yanında yargısal denetime de tabi tutulmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu ifade edilmektedir⁴³. Zira devletin hukuk ile bağlılığının pratiğe geçirilerek işletilmesi ancak etkin bir yargı denetimi ile sağlanabilir⁴⁴.

B. Olağanüstü Hâl Rejimlerinin Hukukiliği

Olağan dönem kuralları ile baş edilemeyecek bir olağanüstü tehlike veya tehdit karşısında devletin başvurduğu usuller, olağanüstü hâl yönetimleridir⁴⁵. Olağanüstü dönemlerde devlet, ortaya çıkan olağan dışı durumu olağan uygulama ve tedbirlerle çözememekte, bu nedenle anayasa ve kanunlarında öngö-

39 Aktaş, s. 20-21.

40 Werner Thieme, "Liberalismus und Grundgesetz", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Bd. 113, H. 2, 1957, s. 287.

41 Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, 17. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 185.

42 Teziç, s. 217.

43 Selin Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 272, (Karşılaştırmalı Hukuk).

44 Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 290.

45 Özbudun, s. 333.

rülmüş unsur ve usuller çerçevesinde söz konusu durumu bertaraf etmek için istisnai tedbirleri devreye sokmaktadır⁴⁶. Bu yönetim usulleri ülkelere göre çeşitlenebilmekle birlikte bu usullerin ortak noktaları yürütme organının etkin role bürünmesi ve devletin temel hak ve özgürlüklere müdahale yetkisinin genişlemesidir⁴⁷. En kısa sürede olağan şartlara dönebilmek adına hukuk devletleri, olağanüstü dönemlere uygun yönetim usullerine ait hukuk kurallarını önceden belirlemek zorundadır. Bu dönemlere özgü kuralların da anayasalar ile öngörülmüş olması hukuk devletinin bir gereğidir⁴⁸. Bu nedenle karşılaşılan olağanüstü durumun aşılmasında olağanüstü hâl yönetim usullerine başvurulabilmesi birçok liberal anayasada düzenlenmiştir. Devlet karşı karşıya olduğu tehlikeyi bertaraf etmek üzere bu hukuki çareyi kullanmaktadır⁴⁹.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 119. maddesinde olağanüstü hâl yönetimi başlığı ile olağanüstü hâl rejimi belirtilmiştir. Buna göre “*Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.*”. AYM de olağanüstü hâl yönetim usullerini “*devletin ve toplumun varlığını ve güvenliğini büyük ölçüde sarsan ve olağan yönetimlerin gidermede yetersiz kaldığı durumlarla karşılaşıldığında yürütmenin yetkilerini arttırarak ivedi tedbir ve kararlar almayı mümkün kılan yönetim biçimleri*”⁵⁰ olarak tanımlamıştır.

Olağanüstü dönemlerde devletin temel hak ve özgürlüklere geniş müdahalesi mümkün olmakla birlikte bu tip müdahalelerin sınırları yine anayasalar ile çizilmiştir. Bu bakımdan olağanüstü hâl yönetim usulleri, demokratik devlet-

46 Mehmet Boztepe, “Olağanüstü Hal Rejiminde Yürütmenin Düzenleyici Bir İşlemi Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri ile Mukayesesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, 2018, s. 380.

47 Özbudun, s. 333.

48 Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1996, s. 160.

49 A.Ersin Bayra, *Güvenlik Devleti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 163.

50 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165); AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, 12.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

lerde uygulanan hukuki rejimlerdir⁵¹. Bu minvalde hukuk devletinde özgürlüklerin zeminini oluşturan güvenliği sağlamak adına gerçekleştirilen müdahalelerin, demokratik toplumlarda yer alan temel standartlarla uyum içinde olması esastır⁵². Yürütme organının olağanüstü hâl ilan yetkisinin yasama organının onayına bağlı olması ve olağanüstü hâlin istisnai ve orantılı olma zorunluluğu, hukuk devleti ilkesinin olağanüstü hâl rejimine yansımalarıdır⁵³. Bu bağlamda olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının şartları Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 15. maddesinde sıralanmıştır. Buna göre savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerden birinin varlığı; milletlerarası huktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi; ölçülülük ilkesine uyulması ve “çekirdek haklara”⁵⁴ dokunulmaması zorunludur⁵⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde (MSHS) düzenlenen ve Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında da yer verilen bu haklar olağanüstü dönemlerde de hak ve özgürlüklere yönelik sınırların sınırınıdır⁵⁶.

Olağanüstü hâl yönetim usulleri, istisnai yönetimler olmalarının yanı sıra “hukuktan istisna” değildir. Olağanüstü hâl rejimi, demokratik bir hukuk rejimidir⁵⁷. Bu bağlamda olağanüstü hâl rejimlerinde geniş yetkilerle donatılan yürütmenin bu yetkilerini kullanımının özellikle yargı organınca denetlenebilir oluşu, demokratik olan ve olmayan devletler arasındaki ayrımı ortaya koymaktadır. Bu noktada olağanüstü hâl rejimlerinin hukukiliğinin temel şartlarından olan yasallık ilkesi çerçevesinde olağanüstü hâl yönetim usulleri anayasa ya da

51 Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 58, Sayı: 3, 2009, s. 663.; Yüzbaşıoğlu, s. 161.; AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

52 Bulut, s. 317.

53 Akad, Vural Dinçkol, Bulut, s. 327.

54 Çekirdek hakların Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında sayılı haklardan ibaret olmadığı ifade edilerek Anayasa, AİHS ve MSHS'nin birlikte değerlendirilmesi ile çekirdek haklar “yaşama hakkı, (AY m. 17., AİHS m. 2., MSHS m. 6); işkence ve kötü muamele yasağı (AY m. 17/2, AİHS m.3., MSHS m.7); kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (AY m. 18., AİHS m.3., MSHS m.8/1-2); kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, masumiyet karinesi, suç ve cezaların geçmişe yürümemesi ilkesi (AY m.38., AİHS m.7, MSHS m. 15); borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı (AY m.38/7, AİHS 4. Protokol m.1, MSHS m.11); kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz (AY m. 15/2, MSHS m. 18); kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı (AY m. 12/1, MSHS m. 16)” olarak sayılmıştır. Bkz. Eren, s. 612.

55 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021, s. 398, (Türk Anayasa Hukuku); Atar, s. 380-381.

56 Bulut, s. 313-314.

57 Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1994, s. 228.

kanunlar ile belirlenmiş ve sınırları netleştirilmiş olmalıdır. Nitekim bu dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin yürütmenin genişleyen yetkileri ile daha fazla sınırlandırılabilmesi mümkündür⁵⁸. Bu bakımdan da yürütme organının denetiminin sağlanması, hukuk devleti ilkesi açısından önem arz etmektedir⁵⁹. Olağanüstü dönemlerde devletin organları arasındaki dengenin olabildiğince korunması açısından yargısal mekanizmaların etkin olması gereklidir⁶⁰.

Devletin eylem ve işlemlerinin yargı tarafından denetlenebilir oluşu, hukuk devletinin temel unsurlarından olmasının yanı sıra ilkenin diğer unsurlarının da teminatı olarak görülmektedir⁶¹. AYM de hukuk devleti tanımında, devletin bütün davranış ve eylemlerinin hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetime tabi olması esasını vurgulamaktadır. Nitekim AYM de yargı denetiminin hukuk devleti ilkesinin diğer bileşenlerinin güvencesi olduğuna işaret etmiştir⁶². Bu bağlamda hak ve özgürlükleri sınırlamaya yönelik güvenlik de dahil her türlü sebebe dayanan düzenlemelerin denetimi hukuk devletinde bağımsız yargı ile sağlanmaktadır⁶³.

Anayasa'nın 148. maddesinde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas yönünden Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı düzenlenmiştir. 2017 yılındaki değişiklik öncesinde yine 148. maddede olağanüstü hâlde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler için öngörölmüş düzenlemenin söz konusu değişiklik ile korunduğu görölmektedir. Buna göre eski OHAL KHK ve yeni OHAL CBK'lerinin yargısal denetime tabi olmadığı bizzat Anayasa ile hükme bağlanmıştır.

Olağanüstü hallerde yürütme organının etkinliğini artırması zorunludur⁶⁴. Bu bakımdan yürütmenin genişleyen yetkilerinin denetlenmesi önemli bir me-

58 Atar, s. 379.

59 Esen, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 35.

60 Canel Rüzgâr, *1982 Anayasası'nda Hukuk Devleti İlkesi ve Geçici 15. Madde*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 1999, s. 60.

61 Nuri Alan, "(Demokratik) Hukuk Devleti ve Anayasa", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 58, Sayı: 1, 2003, s. 3.

62 "Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da açıklandığı üzere, hukuk devleti demek, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalet ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasaya uyan işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir. Aslında yargı denetimi, hukuk devleti ilkesinin öteki öğelerinin de güvencesini oluşturan temel öğedir. Çünkü insan haklarına saygılı olmayan ve davranışlarında hukuka ve Anayasaya uymayan bir yönetimi, bu tutumundan caydıran ve onu meşruluk ve hukukilik sınırı içinde kalmak zorunda bırakan güç, yargı denetimi gücü ve yetkisidir." AYM, E. 1976/43, K. 1977/4, 27.1.1977, (RG., 21.4.1977, S. 15916).

63 Bulut, s. 318.

64 Burhan Kuzu, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s. 71, (Kararnameler).

seledir. Olağanüstü hallerin “olağanüstü” şartları nedeniyle olağan dönemden farklı işlese de yürütme organının hem siyasal hem yargısal denetim altında olması bir gerekliliktir⁶⁵. Hukuk devletinde olağanüstü hâl rejimi ancak bu şekilde keyfilikten uzak tutulabilir⁶⁶. Olağanüstü hallerde çıkarılan kararnameler ile alınacak önlemler bağlamında Anayasa’nın 15. maddesindeki ilkelerin sağladığı güvence de yargı denetimi ile anlamlıdır⁶⁷.

Buna karşın 1982 Anayasası’nın devlet otoritesini güçlendirmeye yönelik bir anlayış ile oluşturulduğu ve bu minvalde denetim yasağının da hukuk devleti ilkesini en çok ihtiyaç duyulduğu olağanüstü hallerde zayıflatan bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir. Bu açıdan olağanüstü hallerde yürütme organınca çıkarılan OHAL KHK/OHAL CBK’lerine bu yasak ile yargı bağımsızlığı sağlandığı ileri sürülmektedir⁶⁸. Bu yasağın, olağanüstü hallerin hak ve özgürlükleri sınırlandırmasına karşın hukuki bir rejim olması gerekliliğine ters düştüğü savunulmaktadır⁶⁹. Nitekim olağanüstü hallerde alınacak tedbirler Anayasa’da belirtilen sınırlar içerisinde kalmalıdır. Bu bakımdan denetim yasağının hem hukuk devleti hem de Anayasa’nın kendisi ile çeliştiği belirtilmektedir⁷⁰.

II. Ohal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi

A. Parlamenter Sistemin Tecrübesi: OHAL KHK’leri

1982 Anayasası’nın 2017 yılında gerçekleştirilen değişiklik öncesi metninde olağanüstü yönetim usulleri başlığı ile 119 ila 121. maddelerde “olağanüstü haller”, 122. maddede ise “sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali” düzenlenmişti. Olağanüstü yönetim usulünün devreye girmesinin başlıca sonuçlarından biri, yürütmenin olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi çıkarabilme yetkisine sahip olmasıdır⁷¹. Bununla birlikte olağanüstü hallerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin yetki, konu, sebep, süre ve yer gibi birtakım unsurları barındırması gerektiği kabul edilmektedir.

2017 yılı Anayasa değişikliği ile getirilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi içerisinde OHAL KHK’lerinin yerini OHAL CBK’leri almıştır⁷². Bununla birlikte

65 Kuzu, Kararnameler, s. 68.

66 Kapanı, s. 243; Özbudun, s. 345.

67 Teziç, s. 43-44.

68 Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye Seçkinlikten Toplum Sözleşmesine*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 109-110.

69 Özbudun, s. 342.

70 Burhan Kuzu, *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, Kazancı Kitap, İstanbul 1993, s. 388, (Olağanüstü Hal).

71 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1088.

72 Bu kararnamelere ilişkin bir isimlendirme Anayasa metninde bulunmamaktadır. Öğretide “olağanüstü hâl kanun hükmünde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri” (Gözler, Türk Anayasa

OHAL KHK'lerinin unsurları büyük ölçüde korunmuş, OHAL CBK'leri için yeni sisteme uygun olarak düzenlenmiştir⁷³.

1982 Anayasası'nın mülga 121 ve 122. maddelerine göre olağanüstü hallerde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na aitti. Bu noktada Bakanlar Kurulu'nun OHAL KHK'si çıkarma yetkisinin olağan dönemlerden farklılık arz ettiğini belirtmek gerekir. Kurul, OHAL KHK çıkarma yetkisini doğrudan Anayasa'dan almakta ve bu nedenle olağan dönem KHK'lerinden farklı olarak yetki kanununa ihtiyaç duymamaktaydı⁷⁴. Cumhurbaşkanı'nın imzası da olağan dönem KHK'lerinde şekli bir unsurken OHAL KHK'lerinde yetkiye dair asli bir unsurdu⁷⁵. Konuya ilişkin düzenlemelerden de açıkça anlaşıldığı üzere OHAL ve sıkıyönetim KHK'si çıkarma yetkisi yürütme organına bizzat Anayasa tarafından verilmiştir⁷⁶. Bu bağlamda OHAL KHK'si çıkarma yetkisinin kullanılmasının yürütmenin asli düzenleme yetkisinin bir yansıması olduğu kabul edilmekteydi⁷⁷. AYM de “*olağanüstü hallerde ve sıkıyönetimde KHK çıkarabilmek için bir yetki yasasına gerek bulunmadığını, Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerinin bu durumlarda çıkarılacak KHK'lerin anayasal dayanağını oluşturduğunu*” belirtmiştir⁷⁸.

2017 yılında gerçekleştirilen değişiklik öncesi 1982 Anayasası'nın 121. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanmış Bakanlar Kurulu'nun OHAL KHK'si çıkarabilmesi için 119 ya da 120. maddelerde sayılan olağanüstü hâl sebeplerine dayalı bir olağanüstü hâl ilan kararı var olmalıdır. Buna göre 119. maddede sayılan tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım halleri ile 120. maddede yer alan “*Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması*” halleri, olağanüstü hâl ilanınin sebeplerini oluşturmaktaydı.

Hukuku, s. 1024) ya da “olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri” (Atar, s. 381; Eren, s. 938) şeklinde isimlendirmeler mevcuttur.

73 Eren, s. 940.

74 Kemal Gözler, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 47, Sayı: 4, 1990, s. 580, (Olağanüstü Hal Rejimleri).; Ender Türk, *1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013, s. 76.

75 Osman Can, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukukî Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 37, Sayı: 1, 2020, s. 140.

76 Kuzu, Kararnameler, s. 31.

77 Kemal Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, s. 183-184, (Kanun Hükmünde Kararnameler).

78 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

Benzer şekilde sıkıyönetim KHK'si çıkarmak için 1982 Anayasası'nın 122. maddesi uyarınca olağanüstü hâl ilanını gerektiren sebeplerden daha vahim şiddet olaylarının yaygınlaşması, savaş ve seferberlik hallerine dayalı bir sıkıyönetim ilan kararı bulunmalıydı. Bu bağlamda OHAL ve sıkıyönetim KHK'leri sebebe bağlı işlemlerdir⁷⁹ ve usulüne uygun olağanüstü hâl ve sıkıyönetim ilan kararı, bu dönemlerde çıkarılacak KHK'lerin sebep unsurunu oluşturmaktaydı⁸⁰. Bu noktada olağanüstü halin ya da sıkıyönetimin KHK çıkarılmadan önce ilan edilmiş olması zorunluuydu⁸¹.

Olağanüstü hâl yönetim usullerinde çıkarılan KHK'ler ile düzenlenebilecek konulara ilişkin 1982 Anayasası'nın 2017'deki Anayasa değişikliğinden önceki metninin 119 ila 122. maddelerinde herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı⁸². 1982 Anayasası'nın 91. maddesindeki olağan dönem KHK'leri ile düzenlenebilecek konularla ilgili sınırlama da olağanüstü dönem KHK'leri için geçerli olmadığından, OHAL KHK'leri ile tüm temel hak ve özgürlüklerin düzenlenebileceği kabul edilmiştir⁸³. AYM de OHAL KHK'leri için konu sınırlandırması bulunmadığını ve temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevlerin de bu KHK'ler ile düzenlenebileceğini ifade etmiştir⁸⁴.

Bu noktada OHAL KHK'lerinin kural olarak herhangi bir konu sınırlamasına tabi olmadığı söylenebilir⁸⁵ de Anayasa'nın 15. mülga 121 ve mülga 122. maddelerinde belirtilen sınırlamalara uygun olması gerekmektedir⁸⁶. 15. maddede olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilceği kabul edilirken, bu sınırlamalarda milletlerarası yükümlülükler ve ölçülülük ilkesine riayet edilmesinin gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bu dönemlerde dahi sınırlandırılmayacak çekirdek hak ve özgürlükler sayılmıştır.

Bunun yanı sıra OHAL KHK'lerinin sadece bu dönemin gerektirdiği konularda çıkarılması gerekiyordu. Zira Anayasa'nın mülga 121. maddesinin 3. fıkrasına göre "olağanüstü halin gerekli kıldığı" ve mülga 122. maddesinin 2. fıkrası

79 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 184.

80 Türk, s. 77.

81 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 185.

82 Seçkin Yavuzdugan, *1982 Anayasası'nda Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2003, s. 38.; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 187.

83 Osman Can, Duygu Şimşek Aktaş, "Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 1, 2017, s. 19.

84 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

85 Gözler, *Olağanüstü Hal Rejimi*, s. 22.

86 Türk, s. 78.; Yavuzdugan, s. 49.; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 188.

sına göre “sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı” konularda KHK çıkarılabilir⁸⁷. Bu maddeler OHAL KHK’lerinin konu sınırını oluşturduğundan, bu düzenlemelere uygun düşmeyecek şekilde ve olağanüstü dönemin gerekli kıldığı konular dışında OHAL KHK’si ile düzenleme yapılması Anayasa’ya aykırı olacaktır⁸⁸. Bu bağlamda OHAL KHK’lerinin, mülga 121 ve mülga 122. maddelerde gösterilen sebeplerin yarattığı tehlikeleri bertaraf etme amacıyla olduğu ve olağan döneme geçmek için getirilen tedbirlerin de konusunu oluşturduğu savunulmaktaydı⁸⁹.

B. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Olağanüstü hallerde, devlet ve toplumun karşı karşıya kaldığı demokratik hukuk düzenine yönelik tehlikeler sebebiyle, geçici bir süre için, olağan dönemde öngörülen rejimden daha sınırlı bir rejime geçilmektedir. Bu doğrultuda devlet, temel hak ve özgürlükler dahil birçok konuda olağan dönemlere nazaran çok daha geniş müdahalelerde bulunabilmektedir⁹⁰. Bu dönemlerde yürütme organı tıpkı bir yasama organı gibi hareket ederek, Anayasa’dan aldığı yetki ile, herhangi bir yetki kanununa ihtiyaç duymaksızın kanun hükmünde kararname çıkarabilir⁹¹.

Olağanüstü hallerde çıkarılacak kararnamelerin, OHAL KHK’lerinde olduğu gibi, yetki, konu, sebep, süre ve yer gibi birtakım unsurları barındırması gerektiği kabul edilmektedir. Bu noktada 2017 yılındaki Anayasa değişikliğiyle getirilen yeni sistem ile OHAL KHK’lerinin yerini OHAL CBK’leri almıştır.

1. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’nin Unsurları

a. Yetki Unsuru

Anayasa’nın 119. maddesine göre olağanüstü dönemlerde kararname çıkarma yetkisi tek başına Cumhurbaşkanındadır. Bu bağlamda yürütmenin başı olarak Cumhurbaşkanı hem olağanüstü hâl ilanında hem de OHAL CBK’lerinin çıkarılmasında yetkili makamdır⁹². Bunun dışında OHAL CBK’leri de OHAL KHK’leri gibi kanun hükmündedir⁹³.

87 Konuk, s. 2182.

88 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 207.

89 Öden, s. 672.

90 Rukiye Mehtap Özlü, “Yürütme Organı Tarafından Olağanüstü Dönemde Yapılan Kanun Gücündeki Normların Anayasa Uygunluk Denetimi Konusunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorumu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 12, 2018, s. 614.

91 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1025.; 2017 Anayasa değişikliği ile geçilen yeni sisteme uygun olarak olağan dönemlerde kararname çıkarma yetkisi tek başına Cumhurbaşkanına aittir ve bu olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de yetki kanuna ihtiyaç yoktur, bu yetki doğrudan Anayasa’dan kaynaklanır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 993 vd.

92 Boztepe, s. 383.; Eren, s. 940.

93 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1024; Atar, s. 287.; Özlü, s. 616.

b. Sebep Unsuru

OHAL CBK'leri bakımından sebep unsuru da OHAL KHK'leri ile aynı doğrultudadır. Buna göre 1982 Anayasası'nın değişiklik öncesi metninde 119, 120 ve 122. maddelerde sayılan olağanüstü rejime geçiş sebepleri tek madde halinde 119'da olağanüstü hâl yönetimi başlığı ile toplanmış, sıkıyönetim sebepleri de olağanüstü hâl kapsamına alınarak sıkıyönetim hali kaldırılmıştır⁹⁴. Bu çerçevede 119. maddede öngörülen “*savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalmın ortaya çıkması*” durumlarına dayalı olarak olağanüstü hâl ilan edilmiş olması, OHAL CBK'sinin ön şartını oluşturmaktadır⁹⁵.

c. Konu Unsuru

104. maddenin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanının olağan dönemlerde çıkaracağı kararnemelerin konu sınırları düzenlenirken 119. maddede bu sınırlara tabi olmadan OHAL CBK'si çıkarabileceği hükme bağlanmıştır. Nitekim 119. maddeye göre “olağanüstü halin gerekli kıldığı” konularda OHAL CBK'si çıkarılabilir. Bu noktada OHAL CBK'leri ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin de yapılabileceği açıktır. Bununla birlikte OHAL CBK'leri ile olağanüstü halin gerektirmediği konularda ve 15. maddede öngörülen sınırlamaları aşacak şekilde düzenleme yapılamaz⁹⁶. Buna göre OHAL CBK'leri konu bakımından gereklilik, ölçülülük, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etme ve çekirdek alana dokunmama şartlarına tabidir⁹⁷.

1982 Anayasası'nın değişiklik öncesi metninde de yer alan “olağanüstü halin gerekli kıldığı” konular ibaresinin mevcut metinde korunması ile aslında OHAL KHK'leri için çizilmiş konu sınırlarının OHAL CBK'leri bakımından da kabul edildiği söylenebilir⁹⁸. Bunun yanı sıra hem OHAL KHK'lerinin hem de OHAL CBK'lerinin amacı; olağanüstü dönemin tehlikelerini bertaraf edip olağan döneme ivedi şekilde dönmeyi sağlamak olduğundan, bu kararnemelerin konu

94 Özbudun, s. 252.; Boztepe, s. 384.

95 Atar, s. 287.; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1025.

96 Döner, s. 423-424.; Atar, s. 287.

97 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1033-1034.

98 Eren, s. 941.; Boztepe, s. 386-387.

unsurunun yer ve süre unsurları ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir⁹⁹. Bu bakımdan OHAL CBK'leri ile OHAL KHK'lerinin konu unsurları paralellik gösterdiğinden, AYM'nin OHAL KHK'leri bağlamında tartıştığı konu unsuru, OHAL CBK'leri açısından da günceldir ve önem arz etmektedir.

Bu bağlamda AYM, olağanüstü halin sebep unsuru ile kaynaşmış amacının OHAL'in konu unsurunun tespitinde yol gösterici olduğunu, dolayısıyla olağanüstü hâl sebepleri ile tespit edilen amaç unsurunun olağanüstü halin gerekli kıldığı konuların sınırı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁰. Nitekim Anayasa'da olağanüstü hâl konuları gösterilmemişse de olağanüstü hâl sebepleri mevcuttur ve sebep ile konu unsurları arasındaki kopukluk, hukuki işlemi konu unsuru bakımından sakat hale getirmektedir¹⁰¹. Zira hukuki işlemin sebep ve konu unsuru arasındaki sıkı nedensellik bağı dolayısıyla olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü hâl sebeplerine bakılarak tespit edilebilir¹⁰².

d. Süre Unsuru

Anayasa'nın 119. maddesinin 6. fıkrasında Cumhurbaşkanının "olağanüstü hallerde" OHAL CBK'si çıkarabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, OHAL KHK'lerinde olduğu gibi, OHAL CBK'leri de yalnızca olağanüstü hâl dönemlerinde çıkarılabilir. Süre unsuru bakımından ilgili maddedeki düzenlemede değişiklik öncesindeki ifade birebir korunmuştur. Bu bakımdan OHAL KHK'lerinin olağanüstü hâl ilanı öncesinde ya da olağanüstü hâl sona erdikten sonra çıkarılmayacağı, aksi halde "zaman bakımından yetkisizlik" ile sakat olacağı¹⁰³ şeklindeki değerlendirme OHAL CBK'leri açısından da geçerlidir.

OHAL KHK'lerinin olağanüstü dönem sona erdikten sonraki akıbetiyle ilgili ise Anayasa'da hüküm bulunmamaktaydı. AYM, OHAL KHK'leri ile ilgili değerlendirmesinde, olağanüstü halin veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda çıkartılan KHK'lerin ancak bu hallerin devamı süresince uygulanabileceğini ve olağanüstü halin sona ermesiyle bu dönemde çıkarılan KHK kurallarının uygulanmaya devam etmesinin "olanaksız" olduğunu belirtmiştir¹⁰⁴. Öğretide de bu KHK'lerin olağanüstü dönem sona erdikten sonra uygulama kabiliyetlerini yitirecekleri konusunda görüş birliği olmasına karşın KHK'lerin yürürlük durumu

99 Türk, s. 80.

100 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

101 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 208.

102 Yavuzdugan, s. 63.

103 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 202.

104 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

hakkında farklı görüşler mevcuttur¹⁰⁵. Bazı yazarlar olağanüstü halin sona ermesi ile bu KHK'lerin kendiliğinden yürürlükten kalktığı savunurken¹⁰⁶, bazı yazarlar ise uygulama alanlarını yitirmesine rağmen bu KHK'lerin yürürlükte kaldığını ifade etmiştir¹⁰⁷. OHAL KHK'leri dönemindeki bu değerlendirmelerin, süre unsurunun korunmuş olması sebebiyle, OHAL CBK'leri açısından da geçerli olduğu söylenebilir.

2017 tarihli Anayasa değişikliği ile 119. maddeye OHAL CBK'lerinin, savaş ve mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması dışında, üç ay içinde TBMM'de görüşülerek karara bağlanacağı, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hükmü eklenmiştir. Bununla birlikte, bu kararnamelerin TBMM'de görüşülmesine kadarki süreçte yargısal denetimi meselesi halen tartışılmaya devam etmektedir, zira 2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile bu konuda yeni bir düzenleme getirilmemiştir. Anayasa'nın 148. maddesine göre OHAL CBK'lere yargısal denetim yolu kapalıdır.

e. Yer Unsuru

Anayasa'da OHAL CBK'lerinin yer unsuru bakımından bir sınırlama bulunmamakla birlikte 119. maddenin 1. fıkrasına göre "yurdun tamamında veya bir bölgesinde" olağanüstü hâl ilan edilebileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda OHAL KHK'leri ile OHAL CBK'leri arasında bir fark bulunmamaktadır. OHAL KHK'leri açısından olağanüstü hâl ya da sıkıyönetimin sadece belirli bir bölge kapsamında ilan edildiği durumlarda, olağanüstü dönemin gerekli kıldığı konu ibaresinin yer unsurunu da içinde barındırdığı kabul edilmektedir¹⁰⁸. Bu doğrultuda, OHAL CBK'leri ile olağanüstü hâl bölgesi dışında düzenleme yapılması, yer unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil edecektir¹⁰⁹. AYM de olağanüstü halin belirli bir bölge için ilan edildiği durumlarda OHAL KHK'leri ile getirilen düzenlemelerin bu bölgeler dışına taşmaması gerektiğini, zira bu KHK'lerin uygulama alanının sadece belirlenen bölgeyle sınırlı olduğunu ifade etmiştir¹¹⁰. Bu çerçevede olağanüstü hâl ilan edilen bölge dışında da düzenlemeler getiren OHAL KHK'lerinin "yer bakımından yetkisizlik" sebebiyle sakat olduğu söylenebilir¹¹¹.

105 Türk, s. 80.; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 203.

106 Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 451; Yavuzdugan, s. 65.; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1034.; Kısmen katılan görüş için bkz: Döner, s. 433-435.

107 Kuzu, Olağanüstü Hal, s. 248.; Esen, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 261.

108 Türk, s. 81.; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 205.

109 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1035.; Aksi yönde görüş için bkz: Döner, s. 435-436.

110 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

111 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 205.

Ancak bu noktada yer unsurunun dar yorumlanmaması gerektiği ve her olağanüstü hâl bölgesi dışına taşan düzenlemenin yer unsuru bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılamayacağı savunulmaktadır¹¹². Bu bakımdan olağanüstü halin ilan edileceği yer konusunda takdir yetkisi, 2017 yılındaki değişiklik öncesi 1982 Anayasası'na göre Cumhurbaşkanlığı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu'ndayken değişiklik ile tek başına Cumhurbaşkanına verilmiştir. Bu açıdan yer unsuru bakımından OHAL KHK'lerine ilişkin bu değerlendirmelerin OHAL CBK'leri açısından da geçerliliğini koruduğu söylenebilir. Zira yer unsurunun takdir yetkisinin artık tek başına Cumhurbaşkanında olması dışında OHAL CBK'leri için farklı bir düzenleme öngörülmemiştir.

2. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nde Usul ve Şekil Unsuru

OHAL CBK'lerinin çıkarılmasına dair izlenecek usul aslen olağan dönem CBK'leri ile aynıdır, bu CBK'leri de Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün yürürlüğe girmektedir. Bununla birlikte 119. maddeye göre olağan dönem CBK'lerinden farklı olarak OHAL CBK'leri Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulmak zorundadır¹¹³.

2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile OHAL kararnamelerinin usulüne ilişkin önemli bir düzenleme getirilmiştir. Mülga 121. maddenin 3. fıkrasında OHAL KHK'lerinin TBMM'deki onay sürecine ilişkin süre ve usulün TBMM İçtüzüğünde belirleneceği ifade edilmişti. Ancak OHAL KHK'lerinin İçtüzükte belirtilen 30 günlük süre içerisinde TBMM'de görüşülmemesi durumundaki akıbetlerine ne söz konusu mülga maddede ne de İçtüzükte yer verilmişti. 2017 tarihli değişiklik ile mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması durumu hariç olmak üzere OHAL CBK'lerinin üç ay içinde TBMM'de görüşüleceği, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı düzenlemesi getirilmiştir¹¹⁴. Bu sayede hem OHAL CBK'lerinin TBMM'de görüşüleceği süre hem de süreye uyulmaması durumundaki yaptırım bizzat Anayasa ile hükme bağlanmıştır¹¹⁵.

C. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile OHAL Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Karşılaştırılması

1982 Anayasası'nın 2017 yılı Anayasa değişikliği öncesi metninde yer alan OHAL KHK'lerinin yerini değişiklik ile OHAL CBK'leri almıştır. Bununla birlikte aslen OHAL KHK'lerinin birçok unsuru, Anayasa değişikliği ile getirilen

112 Gözler, Kanun Hükümünde Kararnameler, s. 208-209.

113 Atar, s. 287.; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1026.

114 Selin Esen, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, 2016, s. 60, (Değişiklik Teklifi).

115 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1026.

yeni sisteme uygun birtakım değişiklikler dışında, OHAL CBK'lerinde muhafaza edilmiştir. Bu bakımdan OHAL KHK'leri ile OHAL CBK'lerinin konu, süre ve yer unsurlarında herhangi kayda değer bir değişiklik ya da farklılık bulunmamaktadır.

Anayasa değişikliği ile getirilen Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin bir gereği olarak yürütme organının tek başına Cumhurbaşkanı tarafından temsil edilmesi ile OHAL KHK'lerinin yetki unsurunda değişiklik olmuştur. Bu noktada 1982 Anayasası'nın değişiklik öncesi halinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, bir yetki kanununa ihtiyaç duymaksızın OHAL KHK'si çıkarabilmekteydi¹¹⁶, nitekim bu makam parlamenter sistemin yürütme organını temsil etmekteydi. 2017 yılındaki değişiklik ile Bakanlar Kurulu kaldırıldığından OHAL CBK'leri bakımından bu yetki, yürütmeyi tek başına temsil eden Cumhurbaşkanına verilmiştir.

Anayasa değişikliği öncesi metnin 119, 120 ve 122. maddelerinde sayılan OHAL KHK'lerinin sebep unsuru, 2017'deki değişiklik ile tek madde olarak 119. maddede toplanmış ve 122. maddedeki sıkıyönetim hali kaldırılmıştır. Bu bakımdan OHAL CBK'leri ile OHAL KHK'lerinin sebep unsurları arasındaki en önemli fark, sıkıyönetimin artık olağanüstü hâl yönetim usullerinden biri olarak sayılmayarak OHAL CBK'si çıkarılması için de bir sebep teşkil etmemesidir.

Diğer bir önemli değişiklik ise OHAL CBK'lerinin çıkarılma usulüne yöneliktir. 2017 yılı değişikliği öncesinde Anayasa metninde OHAL KHK'lerinin Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM onayına sunulacağı belirtilmiş, KHK'lerin onaylanmasına ilişkin usul ve sürenin ise İçtüzük ile belirleneceği ifade edilmişti. Bu bakımdan Anayasa metninde, TBMM'de işlilecek usul için İçtüzük gösterilmekteydi. İçtüzüğün 2018 tarihli değişiklik öncesi metninin 128. maddesinde de TBMM onayına sunulan OHAL KHK'lerinin komisyon ve Genel Kurul'da ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülerek karara bağlanacağı, komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan KHK'lerin doğrudan Genel Kurul gündemine alınacağı belirtilmişti¹¹⁷. Bununla birlikte ne Anayasa metninde ne de İçtüzükte bu sürelerle uyulmaması durumunda KHK'lerin akıbetinin ne olacağına dair bir düzenleme bulunmaktaydı.

116 Yüzbaşıoğlu, s. 175.; Gözler, Kanun Hükümünde Kararnemeler, s. 182.

117 16.5.1996 tarihli ve 424 numaralı Karara göre İçtüzüğün 128. maddesi "Anayasanın 121 ve 122nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükümünde kararnemeler, Anayasanın ve İçtüzüğün kanun tasarısı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükümünde kararnemelerle, kanun tasarısı ve tekliflerinden önce, ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır. Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükümünde kararnemeler Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır."

Nitekim belirtilen sürelerle çoğunlukla uyulmadığı ifade edilmiştir¹¹⁸.

2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile 119. maddeye OHAL CBK'lerinin üç aylık süre içinde TBMM'de görüşülmesi gerektiği, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hükmü eklenmiştir. Aynı hüküm 2018 tarihli İçtüzük değişikliği ile İçtüzüğün 128. maddesinde de yer almıştır¹¹⁹. Bu şekilde OHAL CBK'lerinde usule uyulmaması hali bir yaptırıma bağlanmış, hak ve özgürlüklerin korunması noktasında siyasi denetim güçlendirilmiştir¹²⁰. OHAL CBK'lerinin yargısal denetimi meselesi de TBMM onayına kadar öngörülen bu üç aylık süre için önem arz etmektedir¹²¹. Zira OHAL CBK'leri TBMM tarafından üç aylık süre içinde görüşülecek, onaylanırsa kanunlaşacak ve diğer kanunlar gibi yargı denetimine tabi olacaktır¹²². Nitekim yakın zamanda AYM, TBMM'de onaylanarak kanunlaşan OHAL kararnamelelerini, kanunlaşmaları sebebiyle daha doğru bir ifade ile kanun hükmünde kararnamenin kabul edilmesine dair kanunları, incelemiştir. AYM, Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca OHAL kararnamelelerinin yargısal denetiminin mümkün olmadığını, ancak TBMM'de onaylanarak kanunlaşan OHAL kararnamelelerinde yer alan kuralların diğer kanun hükümleri gibi yargı denetimine tabi olduğunu belirtmiştir¹²³.

118 Lütfi Duran, "Bunalım Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 50, Sayı: 3, 1995, s. 146, (Bunalım Kararnameleri).; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1026.

119 09.10.2018 tarihli ve 1200 numaralı Kararla İçtüzüğün 128. maddesi "*Anayasanın 119 uncu maddesi çerçevesinde ilan edilen olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan ve Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Meclis onayına sunulan Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri, savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hali hariç olmak üzere üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde öncelikle görüşülür ve karara bağlanır. Söz konusu kararnameleler bir ay içinde komisyonlarda görüşülmediği takdirde, Meclis Başkanlığına doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır. Genel Kurul, geriye kalan iki ay içinde bu kararnameleler hakkında karar verir. Üç ay içinde görüşülüp karara bağlanamayan Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri kendiliğinden yürürlükten kalkar.*" şeklinde değiştirilmiştir. (RG., 16.10.2018, S. 30567).

120 Eren, s. 940.

121 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1036.; Özbudun, s. 346.

122 Kuzu, *Olağanüstü Hal*, s. 267.; Eren, s. 943.; Döner, s. 429.; Özbudun, s. 346.; Atar, s. 288.; AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); Öğretideki aksi yöndeki görüşe göre OHAL KHK/CBK'lerinin TBMM'deki onay ya da ret işlemi kanun değil "karar" şeklinde olmalıdır. Bu durumda OHAL KHK/CBK'leri kanunlaşmamakta ve KHK/CBK şeklindeki varlıklarını sürdürmektedir. Bunun sonucu olarak da bu KHK/CBK'ler açısından 148. maddedeki denetim yasağının devam edeceği ifade edilmektedir. Ayrıntılı tartışma için bkz: Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1026-1032; Duran, *Bunalım Kararnameleri*, s. 152-153.

123 "*Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde "...olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz"* hükmüne yer verilerek olağanüstü dönem KHK'ları Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır.(..)Bununla birlikte olağanüstü hâl KHK'larının TBMM tarafından onaylanarak kanunlaşması hâlinde bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.(..) Bu itibarla dava konusu kurallar diğer kanun hükümleri gibi Anayasa

III. Ohal Kararnemelerinin Yargısal Denetimi

A. Yargısal Denetim Yasağı

2017'deki Anayasa değişikliği öncesi 1982 Anayasası'nın 148. maddesine göre "olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnemelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz.". Bu madde uyarınca OHAL KHK'lerine yargısal denetim yolu kapatılmış, bu KHK'ler için tek ve asıl denetimin TBMM tarafından gerçekleştirilecek siyasal denetim olduğu kabul edilmiřtir¹²⁴. 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile OHAL CBK'leri açısından da bu yargısal denetim yasağı birebir korunmuştur.

OHAL kararnemelerinin yargısal denetim dışında bırakılmış olması çokça eleştirilmiştir. Nitekim öğretide söz konusu hükmün, Anayasa'da olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlükleri korumak adına öngörülen güvencelerin hukuki değerini ortadan kaldırdığı savunulmuřtur¹²⁵. Bu yasağın, olağanüstü dönemlerin de nihayetinde birer hukuk rejimi olmaları gerekliliğine aykırı olarak, hukuk devleti ilkesine de zarar verdięi¹²⁶, hatta hukuk devleti idealinin gerçekleştirilmesinde bir engel teşkil ettiği ileri sürülmüřtür¹²⁷. 2017 yılındaki değişiklikte denetim yasağının korunması sebebiyle Cumhurbaşkanınca OHAL CBK'leri ile hukuk düzeninde kalıcı değişiklikler yapılmasının mümkün hale geldiği, zira yasak ile yürütmeye geniş yetkiler verilerek yargısal denetimin zayıf tutulduğu ifade edilmiřtir¹²⁸.

OHAL KHK/CBK'lerinin yargısal denetimiyle ilgili öğretideki, sınırlı olmakla birlikte, bir diğer tartışma da söz konusu maddedeki "dava açılmaz" ifadesinin kapsamıdır. Bir görüşe göre "dava açılmaz" ifadesi ile sadece iptal davası kastedilmiştir ve bu bağlamda OHAL KHK'lerine karşı AYM'de itiraz yolu aıktır¹²⁹. Anayasa'da yasaklanmayan itiraz yolunu 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 19. maddesinin¹³⁰ kapattı-

Mahkemesinin denetimine tabi olmakla birlikte kuralların olağanüstü hâle yönelik düzenlemeler içermesi nedeniyle öncelikle inceleme yönteminin belirlenmesi gerekir.(..)"AYM, E. 2018/81, K. 2021/45, 24.06.2021, (RG., 26.01.2021, S. 31731); AYM, E. 2018/75, K. 2021/61, 22.09.2021, (RG., 02.02.2022, S. 31738).

124 Kuzu, Olağanüstü Hal, s. 387.; Can, şimşek Aktaş, s. 26.; Teziç, s. 46.

125 Öden, s. 660.; Teziç, s. 44.

126 Özbudun, s. 342; Türk, s. 150.

127 Alan, s. 9.

128 Esen, Değişiklik Teklifi, s. 61.

129 Yüzbaşıoğlu, s. 193.

130 "Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde Anayasanın 121 ve 122nci Maddeleri gereğince çıkarılan kanun hükmünde kararnemelere karşı şekil ve esas bakımından iptal davası açılmaz ve mahkemelerde anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez." (RG., 13.11.1983, S. 18220).

ğı ve bu sebeple maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu da iddia edilmiştir¹³¹. Ancak 6216 sayılı Kanun ile 2949 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, söz konusu madde yeni kanunda yer almamıştır. Bu nedenle itiraz yolunun OHAL KHK'leri için mümkün olduğu ileri sürülmüştür¹³². Bu görüş “dava” kelimesini daraltıcı şekilde yorumlaması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu bağlamda, Anayasa koyucunun sadece iptal davasını yasaklama amacıyla olması halinde, söz konusu maddede bunu “iptal davası” ifadesi ile belirteceğine dikkat çekilmiştir¹³³. Ayrıca iptal davasına konu edilemeyen KHK'lerle ilgili itiraz yolunun işletilmesi de mümkün olmamalıdır, nitekim iki hal de aynı sonuca ulaşmayı amaçlamaktadır¹³⁴. Bu bakımdan 148. maddede yer alan “dava” kelimesinin hem iptal davasını hem de itiraz yolunu kapsayarak OHAL KHK/CBK'lerinin yargısal denetime kapatıldığı savunulmuştur¹³⁵.

AYM, denetim yasağı karşısında iki farklı tavır sergilemiştir. 1991 yılında OHAL KHK'leri bağlamında verdiği ve istikrarlı şekilde yineleyerek içtihadı dönüştürdüğü kararlarında OHAL KHK'lerini “sınırlı” denetime tabi tutmuş, 2016 yılında ise bu içtihadı dönerek 148. maddedeki yargısal denetim yasağına uymuştur. AYM'nin iki farklı içtihadı da, 2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önceki tarihlere denk geldiğinden, değişiklik öncesi Anayasa maddeleri çerçevesinde değerlendirilmiştir.

B. Anayasa Mahkemesi'nin 1991 İçtihadı

1990 yılında, dönemin ana muhalefet partisi olan Sosyal Demokrat Halkçı Parti TBMM Grubu adına Grup Başkanvekili Hasan Fehmi GÜNEŞ tarafından 424 ve 425 sayılı OHAL KHK'lerinin iptali istemiyle AYM'de açılan dava ile yargısal denetim yasağı tartışmaları başlamıştır¹³⁶.

Davaya konu 424 sayılı “Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulması Sebebine Dayalı Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname”¹³⁷, yürürlükten kaldırılan ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nda değişiklikler öngören 413 sayılı OHAL KHK'sindeki tedbirleri tekrarlamaktaydı. Ancak 424 sayılı KHK ile bu tedbirler 285 sayılı OHAL KHK'sine ilave edilmekteydi ki bu KHK olağanüstü hâl bölgesinde yürürlükte bulunmaktaydı. Bununla birlikte

131 Yüzbaşıoğlu, s. 194.; Aksi yönde görüş için bkz. Lütfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, Ankara 1984, s. 61.

132 Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 460.

133 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1242.

134 Kuzu, *Olağanüstü Hal*, s. 377.

135 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1243.; Tülen, s. 95.

136 Özlü, s. 617.; Yüzbaşıoğlu, s. 196.

137 RG, 10.5.1990, S. 20514, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20514.pdf> (08.01.2022).

424 sayılı KHK 1. maddesinde İçişleri Bakanına her türlü basılı esere ilişkin olağanüstü hâl bölgesi ile sınırlı kalmayan önlemler alma yetkisi vermektedir¹³⁸. 424 sayılı KHK de 430 sayılı KHK¹³⁹ ile yürürlükten kaldırılırken tartışmalara sebep olan hükümleri 430 sayılı KHK'ye eklenmişti¹⁴⁰.

425 sayılı “2935 Sayılı Kanun ile 285 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ise 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu’nda değişiklik yapılmasını öngörmektedir¹⁴¹.

AYM bu KHK’lerle ilgili ilk incelemesinde 5 üyenin söz konusu KHK’lerin birer OHAL KHK’si olması dolayısıyla yetkisizlik sebebiyle iptal davasının reddedilmesi gerektiği yönündeki karşı oylarına¹⁴² rağmen oyçokluğu ile KHK’lerin esastan incelenmesine karar vermiştir¹⁴³. AYM ilk incelemesinde esasa geçme yönündeki kararını, söz konusu KHK’lerin “*Anayasa’nın 148. maddesinin birinci fıkrasında biçim ve öz yönünden Anayasa’ya aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmayacağı öngörülen kararname niteliğinde olmadığı*” tezine dayandırmıştır¹⁴⁴.

AYM söz konusu kararında OHAL KHK’lerinin taşınması gereken yetki, sebep, konu, yer ve süre unsurlarını açıklayarak 148. maddede yer alan yargısal denetim yasağının konusu olan KHK’lerin “*yalnızca olağanüstü hal süresince olağanüstü hal ilân edilen yerlerde uygulanmak üzere ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK’ler*” olduğunu belirtmiş ve “*bu koşulları taşımayan kurallar olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde sayılamazlar ve Anayasa’ya uygunluk denetimine bağlıdırlar*” sonucuna ulaşmıştır¹⁴⁵.

AYM görüşünü şu şekilde izah etmiştir: “*Anayasa Mahkemesi Anayasa’ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metne verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi olağanüstü hal KHK’si adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa’nın öngördüğü ve*

138 Gözler, Olağanüstü Hal Rejimi, s. 588.

139 RG, 16.12.1990, S. 20727, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20727.pdf> (08.01.2022).

140 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 214.

141 RG, 10.5.1990, S. 20514, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20514.pdf> (08.01.2022).

142 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162): (...)“424 ve 425 sayılı KHK’lerin Anayasa’nın 91. ve 121. maddelerine uygun olarak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda düzenlenmiş olması nedeniyle Anayasa’nın 148. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 19. maddelerine göre davanın yetkisizlik yönünden reddi gerekeceği”(...).

143 Özlü, s. 617.; AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

144 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

145 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir olağanüstü hal KHK'si niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur.”¹⁴⁶

Bu gerekçelerle AYM, 425 sayılı KHK'nin Olağanüstü Hal Kanunu'nda değişiklik öngören maddelerinin, Anayasa'nın mülga 121. maddesi kapsamında düzenlenebilecek konulardan olmadığına değinerek “148. maddenin birinci fıkrasında da biçim ve öz yönlerinden Anayasa'ya aykırılığı savıyla dava açılmayacağı öngörülen KHK kuralları niteliğinde olmamaları” sebebiyle iptaline karar vermiştir¹⁴⁷. AYM benzer gerekçelerle 430 sayılı KHK'yi de incelemeye tabi tutmuş ve bazı maddelerinin iptaline karar vermiş¹⁴⁸, 1992 ve 2003 yılında verdiği kararlarda da içtihadını devam ettirmiştir¹⁴⁹.

Bazı yazarlar AYM'nin bu görüşüne katılmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre AYM, önüne gelen davada iptali istenen işlemin hukuki tavsifini yapmak zorundadır. Bu bağlamda 148. maddedeki yasak, ancak bu inceleme sonrasında bir OHAL KHK'si ile karşı karşıya olunduğunun tespit edilmesi ile başlamaktadır¹⁵⁰. Bu bakımdan AYM'nin OHAL KHK'lerinin yargısal denetimi açısından 148. maddeyi dar yorumladığı iddia edilmiştir¹⁵¹. Buna göre AYM, 148. maddedeki yasağın ancak OHAL KHK'leri bakımından geçerli olduğunu ve OHAL KHK'sinin unsurlarını taşımayan bir metni OHAL KHK'si olarak nitelendirmeyeceğini, dolayısıyla bu metnin yasak kapsamında olmayacağını savunmuştur¹⁵².

146 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

147 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162).

148 AYM bu kararını 5'e karşı 6 oy şeklinde oyçokluğu ile “sınırda” almıştır. Bkz. Kuzu, Olağanüstü Hal Kavramı, s. 384.; Karşı oy gerekçesi: “(..)olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde Anayasa'nın 121. ve 122. maddeleri gereğince çıkarılan KHK'lere karşı şekil ve esas bakımından iptal davası açılmayacağı ve mahkemelerde Anayasa'ya aykırılık iddiasının ileri sürülemeyeceği 2949 sayılı Kanunun 19. maddesi ve Anayasa'nın 148. maddesinin, âmir hükümleri gereğidir.”(..) AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162)

149 AYM, E. 1992/30, K. 1992/36, 26.05.1992, (RG., 18.12.1993, S. 21792); AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, 22.05.2003, (RG., 16.03.2004, S. 25404).

150 Gözler, Olağanüstü Hal Rejimi, s. 586; Yüzbaşıoğlu, s. 196.; Türk, s. 149.

151 Öden, s. 668.

152 Ekrem Ali Akartürk, “Sınırlı Denetimden Mutlak Denetimsizliğe: OHAL KHK'lerinin Hukukla İmtihanı(!)”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2016, s. 202.; Hikmet Tülen, “Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla İlgili Kararları”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, 2004, s. 110.

Nitekim AYM, esasa ilişkin incelemesinde de OHAL KHK'lerinin taşınması gereken unsurları irdeleyerek sebep, amaç ve konu unsurları arasında ilişki kurmuş; olağanüstü hâl ilanının sebep ve amacının OHAL KHK'sinin de sebep ve amacını, aynı zamanda da konusunu belirlediğini ifade etmiştir¹⁵³. Bu belirlemenin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda OHAL KHK'si çıkarılabileceği şeklindeki konu sınırlaması ve Anayasa'nın 15. madde bağlamında ölçülülük ilkesi ile de uyum içinde olduğu, AYM'nin de OHAL KHK'lerinin sebeplerinin yerindeliğini değilse de olağanüstü hâl ilan sebeplerine uygunluğunu araştırabileceği belirtilmiştir¹⁵⁴.

Öğretide farklı bir görüş ise AYM'nin, bir metnin OHAL KHK'si olarak nitelendirilerek 148. maddedeki yasağa dahil edilebilmesi için OHAL KHK'sinin yetki, sebep, konu, süre ve yer unsurlarının tümünü haiz olması gerektiği şeklindeki yaklaşımını savunmaktadır. Buna göre bir OHAL KHK'sinden bahsedebilmek için Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca çıkarılmış olmasının yanı sıra 119 veya mülga 120. maddedeki sebeplere uygun bir olağanüstü hâl ilanı ve bu ilan belirli bölgeye ilişkinse OHAL KHK'sindeki düzenlemelerin bu bölge içinde kalması zorunludur¹⁵⁵. Bu bağlamda 148. maddedeki yargısal denetim yasağının ancak olağanüstü hâl süresince, bölgesinde ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK'leri kapsadığı ileri sürülmüştür¹⁵⁶. Bu bakımdan içerik itibarıyla OHAL KHK'si gereklerine uymayan KHK'lerin olağan dönem KHK'si olarak değerlendirilmesinin hukuk devleti ilkesine de uygun düştüğü ifade edilmiştir¹⁵⁷.

AYM de söz konusu kararlarındaki ilk incelemesinde maddi kriteri esas alarak ilgili KHK'lerin OHAL KHK'leri için öngörülen anayasal sınırlar çerçevesinde kalmamaları sebebiyle esas inceleme aşamasına geçmiştir¹⁵⁸. AYM'nin maddi kriterlere göre değerlendirme yapması, Türk pozitif hukukunda işlemin içeriğini esas alan maddi kriterin değil, işlemi yapan organ ve işlemin yapılış şeklini esas alan şekli kriterin geçerli olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁵⁹. Buna göre şekli kriter esas alınarak bir KHK'nin Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmış olmasının OHAL KHK'si olarak nitelendi-

153 Öden, s. 672.

154 Öden, s. 673.

155 Gözler, Olağanüstü Hal Rejimi, s. 587.; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 205.; Yüzbaşıoğlu, s. 195.

156 Akartürk, s. 206.

157 Tülen, s. 90.

158 Özlü, s. 618.

159 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 221-222.

rilmesi için yeterli görülmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁰. Zira maddi kriter kabul edilerek yapılan ilk incelemede, zaten esas incelemede yapılacak denetimin gerçekleştirilmiş olacağı, dolayısıyla da 148. maddedeki denetim yasağının bir anlamı kalmayacağı savunulmuştur¹⁶¹. Bununla birlikte 148. maddenin OHAL KHK'leri için hem şekle hem esasa yönelik denetimi kapsadığı, bu nedenle maddi kriter ile esasın incelendiğine yönelik eleştirinin şekli kriter bakımından da söz konusu olması gerektiği de ifade edilmiştir. Zira şekli kritere göre şekil bakımından bir denetimin yapılması gerekeceğinden iki kriterde de AYM'nin 148. Maddedeki yasağa aykırı davranması sorunu ortaya çıkmaktadır¹⁶².

AYM'nin OHAL KHK'si unsurlarını taşımayan metnin olağan dönem KHK'sine dönüştürülmesi şeklindeki savı ise bir hukuk normunun kendiliğinden başka bir norma dönüşmeyeceğinden bahisle eleştirilmiştir¹⁶³. Gerçekten de AYM, söz konusu KHK'ler ile ilgili değerlendirmelerinde OHAL KHK'si niteliğinde olmayan kuralın olağan dönem KHK'si sayılabileceğini, bu halde de olağan dönem KHK'leri için gereken yetki kanunu bulunmadığından kuralın iptalinin gerektiğini ileri sürmüştür¹⁶⁴. Gözler, AYM'de söz konusu davanın açıldığı dönemde kaleme aldığı makalesinde dönüştürme (tahvil) kuramına değinmiş¹⁶⁵, AYM de gerekçelendirmesinde Gözler'in açıkladığı şekilde bu kurama başvurmuştur. Ancak yine Gözler tarafından 2000 yılında bu uygulama eleştirilmiştir. Gözler, hem AYM'nin hem de bizzat kendisinin kuramla ilgili gerekli açıklamayı yapmadığını, diğer taraftan aslen dönüştürme kuramının kamu hukukunda uygulanmasının ne öğretide ne de içtihatlarda benimsendiğini, öte yandan bu kuramın uygulanması için gerekli kriterlerin iki KHK bağlamında da mevcut olmadığını belirtmiştir¹⁶⁶.

Öğretide bazı yazarlar AYM'nin 1991 içtihadını, OHAL KHK'lerinin yargısal denetim dışında kalışının getirdiği sakıncaları gidermeye yönelik bir adım olarak nitelendirmiştir¹⁶⁷. Bu hususta diğer bir görüşe göre ise, asli kurucu iktidarın bir tercihi olması dolayısıyla, OHAL KHK'lerine getirilen yargısal denetim yasağının geçerliliğinin ve yerindeliliğinin tartışılması birbirinden ayrı konular-

160 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 223.

161 Boztepe, s. 393.; Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 224.

162 Türk, s. 149.

163 Can, Şimşek Aktaş, s. 27.

164 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

165 Gözler, Olağanüstü Hal Rejimi, s. 587.

166 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 225-226.

167 Yüzbaşıoğlu, s. 196.; Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 143.; Tülen, s. 110.; Öden, s. 670.; Türk, s. 150.

dır¹⁶⁸. Bu görüşe göre OHAL KHK'lerinin yargısal denetimden muaf tutulması hukuk devleti ilkesi bakımından eleştirilebilir olsa da, 2. maddedeki hukuk devleti ilkesi de 148. maddedeki yargısal denetim yasağı da aynı Anayasa'nın maddeleridir. Bu bakımdan söz konusu maddeler arasında bir hiyerarşi söz konusu değildir¹⁶⁹. Bu minvalde Anayasa'nın mevcut 148. maddesinin mevcudiyetinde OHAL KHK'lerinin yargısal denetiminin mümkün olmadığı ifade edilmiştir¹⁷⁰. Zira ilgili madde ile yargısal denetim açıkça yasaklanmaktadır¹⁷¹. AYM ise bu açık hüküm gereği davayı reddetmesi gerekirken bahsedilen gerekçeler ile KHK'leri incelemeye tabi tutmuştur¹⁷².

C. Anayasa Mahkemesi'nin 2016 İctihadı

15 Temmuz 2016'da gerçekleşen darbe teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından OHAL KHK'leri çıkarılmıştır. Ana muhalefet partisi Cumhuriyet Halk Partisi 668 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"¹⁷³ ile 669 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname"¹⁷⁴ Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile AYM'ye başvurmuştur. AYM bu davalarda 1991 içtihadını terk etmiş ve söz konusu KHK'ler hakkında yetkisizlik kararı vermek suretiyle esasa girmeden davaları reddetmiştir¹⁷⁵.

668 sayılı KHK'nin iptali talebiyle açılan davada OHAL KHK'lerinin denetimini tartışırken AYM'nin, metodolojik gerekçelendirme usulü ile içtihat değişikliğine değindiği ve katı pozitivist bir tutumla 148. maddenin lafzi ve tarihsel yorumunu esas aldığı ileri sürülmüştür¹⁷⁶. Bu bağlamda AYM, hukuk devleti ilkesince idarenin tüm işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu; ancak bu kabulün 148. maddenin yargısal denetime istisna getiren hükmünün uygulan-

168 Yavuzdugan, s. 105.; Döner, s. 427.

169 Gözler, Kanun Hükmünde Kararnemeler, s. 213.; Yavuzdugan, s. 105.

170 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1036.; Döner, s. 427.; Eren, s. 946.; Özlü, s. 643.

171 Taylan Barın, "2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası Kanun Hükmünde Kararnemelerin Anayasa'ya Uygunluk Denetimi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, 2019, s. 365.

172 Kuzu, Olağanüstü Hal, s. 378.

173 RG, 27 Temmuz 2016, Sayı: 29783, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160727M2.pdf> (08.01.2022).

174 RG, 31 Temmuz 2016, Sayı: 29787, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160731.pdf> (08.01.2022).

175 Akartürk, s. 206-207.

176 Can, Şimşek Aktaş, s. 30.

masını etkilemeyeceğini belirtmiştir¹⁷⁷.

AYM, OHAL KHK'leri bakımından Anayasa koyucunun siyasal denetim öngördüğüne işaret ederek “*Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinde olağanüstü dönem KHK'lerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına açıkça belirtilmiş olması karşısında Anayasa'nın, anılan düzenlemelerin herhangi bir ad altında yargısal denetime konu yapılması bakımından Anayasa Mahkemesine bir yetki tanımadığı açıktır*” şeklinde bir değerlendirme yapmıştır¹⁷⁸.

AYM, önüne gelen hukuki işlemin tavsifini maddi ya da şekli kritere göre yapabileceğini kabul etmekle beraber, bu nitelendirmenin hiçbir surette OHAL KHK'lerinin şekil ve esas yönünden denetlenmesi sonucunu doğurmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu noktada AYM, Mahkeme'nin önceki içtihadına değinerek “*olağanüstü hâl KHK'si şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hâl KHK'si niteliğinde olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yapılan incelemenin, KHK kurallarının içerdiği değerlendirilmesini gerektirdiğini, böyle bir değerlendirme de kuralların, esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracağını*” savunmuştur¹⁷⁹. Nitekim AYM, 148. maddedeki yasağın bulunmaması durumunda da KHK'ler bakımından yapılacak incelemenin bundan ibaret olduğundan bahisle, bu yaklaşımın şekil ve esas bakımından getirilen denetim yasağını anlamsız kılarak “*olağanüstü hâl KHK'si niteliğinde olan tüm kuralları bu kapsam dışına çıkarmayı mümkün hale getirdiğini*” belirtmiştir¹⁸⁰.

AYM, “*olağanüstü hâl KHK'lerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasa-belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'lerinin herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır*” şeklinde gerekçelendirerek söz konusu KHK'ye yönelik iptal talebini yetkisizlik nedeniyle reddetmiştir¹⁸¹. Bu kapsamda 2016 yılında 669¹⁸², 670¹⁸³ ve 671¹⁸⁴ sayılı

177 AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 2.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

178 AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 2.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

179 AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 2.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

180 AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 2.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

181 AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 2.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

182 AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, 12.10.2016, (RG., 4.11.2016, S. 29878).

183 AYM, E. 2016/171, K. 2016/164, 02.11.2016, (RG., 8.11.2016, S. 29882).

184 AYM, E. 2016/172, K. 2016/165, 02.11.2016, (RG., 8.11.2016, S. 29882).

KHK'ler ve 2018 yılında 701¹⁸⁵ sayılı KHK ile ilgili de aynı tavrını sürdürmüş ve benzer gerekçelerle 148. madde karşısında ilgili KHK'ler bakımından yetkisiz olduğuna hükmetmiştir.

AYM'nin bu içtihat değişikliğini savunan bazı yazarlar, OHAL KHK'lerinin yargısal denetiminin yararlı olması ile AYM'nin OHAL KHK'lerini denetleme yetkisini haiz olmasının farklı konular olduğuna dikkat çekmiştir. Bu görüşe göre AYM'nin bu KHK'ler bakımından Anayasa ile kendisine ayrıca ve açıkça verilmiş bir yetki olmadığı müddetçe denetim gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır¹⁸⁶. Nitekim Anayasa'nın açık hükmü OHAL KHK'lerinin yargısal denetime tabi tutulamayacağı yönündedir.

Nitekim bir hükmün hukuk devletine uygunluğunun eleştirilmesi ile var olan hükmün yok sayılmasının farklı meseleler olduğunu belirtmek gerekir. Hatta Anayasa'nın açık hükmünün uygulanmamasının bizzat hukuk devletinin amaçlarından olan hukuki güvenliğini de zedeleyeceği ileri sürülmüştür¹⁸⁷. Bu nedenle Anayasa'nın 148. maddesi değişmediği sürece OHAL KHK'leri yargısal denetime tabi tutulamamalıdır¹⁸⁸. Bu bağlamda OHAL KHK'lerinin açıkça Anayasa'ya aykırı olmaları durumunda dahi AYM'ye bu KHK'leri denetleme yetkisi verilmemiştir¹⁸⁹. Ayrıca OHAL KHK'lerinin üç ay içinde TBMM'de kanunlaşarak yargı denetimine tabi olmaları nedeniyle yasağın hukuk devleti açısından ölçüsüz olmadığı da ifade edilmiştir¹⁹⁰. Söz gelimi Anayasa koyucu, OHAL KHK'leri ile olağan dönem KHK'leri bakımından farklı rejimler öngörmüş ve OHAL KHK'lerini sadece siyasal denetime tabi tutmuştur¹⁹¹.

Öte yandan öğretide diğer bir görüş AYM'nin bu içtihat değişikliğini eleştirmiştir. Bu kapsamda AYM'nin OHAL KHK'leri bakımından yetkisizliğini gerekçelendirirken sadece tarihsel yoruma başvurduğu, bu durumun Anayasa'nın özgürlükler ve hukuk devleti bakımından öngördüğü güvencelerin anlamını yitirmesine sebep olduğu, zira AYM'nin varlık amacı doğrultusunda tercih etmesi gereken yorum biçiminin her zaman özgürlüklerden yana olması gerektiği savunulmuştur¹⁹². AYM'nin 1991 içtihadı doğrultusunda süre, yer ve konu

185 AYM, E. 2018/114, K. 2018/91, 25.09.2018, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2018-91-nrm.pdf> (08.01.2022).

186 Kemal Gözler, "15 Temmuz Kararnemeleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Hukuki Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, 2017, s. 59, (İnceleme.); Eren, 946.

187 Döner, s. 427.

188 Yavuzdugan, s. 95.

189 Özlü, s. 637.; Gözler, İnceleme, s. 60.

190 Eren, s. 946-947.

191 Barın, s. 365.; Eren, s. 943.

192 Can, Şimşek Aktaş, s. 34.

bağlamında yaptığı incelemenin sınırlı bir denetimken bu içtihadı terk etmesi ile OHAL KHK'lerinin “mutlak denetimsizlik” içine hapsedildiği ileri sürülmüştür¹⁹³. Zira AYM'nin önceki içtihadının usul ve teknik açıdan birtakım sorunlar içermesine rağmen OHAL KHK'lerinin anayasal sınırlarda kalmasını temin etmeye çalıştığı belirtilmiştir¹⁹⁴.

Nitekim OHAL KHK'si nitelendirmesi için sadece yetki unsurunun yeterli olmadığını ve Anayasa'da yer alan tüm unsurların mevcut olması gerektiğini ifade eden yazarlar, bir düzenlemenin OHAL KHK'si olup olmadığını ve bu bağlamda yargısal denetime tabi tutulup tutulamayacağını tespitinin AYM'nin görevi olduğunu savunmuştur. Bu bakımdan siyasal denetimin yargısal denetim yerini tutamayacağı ve bu içtihat değişikliğinin keyfi yönetimlere yol açacağı ileri sürülmüştür¹⁹⁵.

2017 yılı Anayasa değişikliği ile OHAL KHK'leri OHAL CBK'lerine dönüşürken 148. maddedeki yargısal denetim yasağı korunmuştur, dolayısıyla OHAL KHK'lerine uygulanan sistem OHAL CBK'leri bakımından da devam etmektedir¹⁹⁶. Bu bağlamda OHAL CBK'leri ile ilgili olası bir iptal davasında AYM'nin yetkisizliğine hükmetmesinin hem Anayasa'nın 148. maddesine hem de AYM'nin 2016 sonrası içtihadına uygun düşeceği ifade edilmektedir¹⁹⁷.

IV. Yargısal Denetim Yasağı ve AYM İçtihatlarının Hukuk Devleti Açısından Değerlendirilmesi

Hukuk devleti ilkesinin temel şartı devletin üç erki olan yasama, yürütme ve yargının hukukla bağlılığıdır¹⁹⁸. Devlet faaliyetlerinde keyfiliğin engellenmesi ile kuralların önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş olması, hukuk devleti ilkesinin iki temel sonucudur. Hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu bir sistemde bu şekilde hukuk güvenliği sağlanır¹⁹⁹. Yargı denetimi, devletin hukukla bağlılığının sağlanması açısından hukuk devleti ilkesinin yapıcı unsurlarındandır²⁰⁰. Özellikle olağanüstü hallerde bu keyfiyet büyük önem arz etmektedir. Nitekim olağanüstü hâl rejimleri, hukuki rejimler olmalarının yanı sıra, hak ve özgürlüklere müdahale açısından yürütme organına önemli yetkiler vermektedir. Olağanüstü şartların hâkim olduğu bu dönemlerde, olağanüstü hâl ilanı ve alı-

193 Akartürk, s. 209.

194 Can, Şimşek Aktaş, s. 35.; Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 155.

195 Akartürk, s. 210-211; Özbudun, s. 345.

196 Özlü, s. 635.; Döner, s. 427.

197 Özlü, s. 637.

198 Atar, s. 106.

199 Uygun, s. 306.

200 Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 114.

nacak önlemler bir bütün olarak, denetime tabi tutulmalıdır. Bu çerçevede yargı denetimi hem hukuka uygunluğu sağlama hem de bu dönemler için öngörülen siyasal denetimi güçlendirme noktasında elzemdir²⁰¹.

1982 Anayasası'nın 2017 yılındaki Anayasa değişikliği öncesi metninin 121. maddesinin 3. fıkrasında OHAL KHK'lerinin aynı gün içinde TBMM'nin onayına sunulması hükmü yer almakla birlikte, bu onaylama ile ilgili süre ve usulün İttüzük ile belirleneceği yazmaktaydı. Ancak 1996 yılına dek İttüzükte OHAL KHK'lerinin TBMM'de onaylanmasıyla ilgili bir düzenleme öngörülmemiş, dolayısıyla 1996 yılına değin OHAL KHK'leri açısından ne yargısal ne de tam anlamıyla siyasal denetimin işletilmesi mümkün olmuştur. OHAL KHK'leri için Anayasa tarafından siyasal denetim öngörülmesine rağmen, gerekli düzenlemeler uzun süre yapılmadığından, bu denetimin etkili şekilde gerçekleştirilememesi nedeniyle AYM'nin hukuk devleti ilkesini bizzat uygulamaya giriştiği savunulmuştur²⁰². Nitekim AYM de, OHAL KHK'lerinin TBMM'deki onay sürecine ilişkin süre ve usul için İttüzük gösterilmesine karşın gerekli düzenlemenin yapılmamış olması sebebiyle, bu KHK'lerin TBMM'de ne zaman görüüleceğinin belirsiz olduğunu ifade etmiştir²⁰³. Bu bağlamda Anayasa'nın 148. maddesi açık şekilde OHAL KHK ve şimdiki OHAL CBK'lerinin yargısal denetimini engellemekle birlikte, AYM'nin 1991 içtihadı ile OHAL KHK'lerinin bütünüyle yargı denetimi dışında kalmasını engelleyerek hukuk devleti ilkesini uygulamaya çalıştığı iddia edilmiştir²⁰⁴.

1996 yılında İttüzükteki değişiklik ile OHAL KHK'lerinin 30 gün içerisinde TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi gerektiği İttüzüğe eklenmişti²⁰⁵. Bununla beraber süreye uyulmaması halinde KHK'lerin akabetinin ne olacağıyla ilgili bir düzenlemeye İttüzükte yine yer verilmemişti. Bu bakımdan siyasal denetim için süre unsuru düzenlenmesine rağmen süreye riayetsizliğe karşı bir yaptırım öngörülmediği için siyasal denetimin halen etkin olmadığı belirtilmişti²⁰⁶. Bu nedenle öngörülen sürelerle uyulmamasının yaptırıma bağlanmamış oluşunun OHAL KHK'lerinin siyasal denetiminin yararını azalttığı ifade edilmekteydi²⁰⁷. Nitekim uygulamada da bu süreye genellikle riayet edilmemişti²⁰⁸. Bu durumun

201 Gemalmaz, s. 65.

202 Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 146-147.

203 AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.01.1991, (RG., 05.03.1992, S. 21162); AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03.07.1991, (RG., 08.03.1992, S. 21165).

204 Esen, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 285.

205 Yüzbaşıoğlu, s. 186.

206 Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 158.

207 Esen, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 240.

208 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1026.; Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 146.

ortadan kaldırılması için süreye uyulmama halinin bir yaptırıma bağlanması gerektiği, bunun için KHK'lerin en çok bir ay içinde görüşülmediği takdirde kendiliğinden yürürlükten kalkacağıının öngörülmesi savunulmuştu²⁰⁹.

2017 tarihli Anayasa değişikliği ile 119. maddede tek madde olarak toplanan olağanüstü hâl düzenlemesine, OHAL CBK'lerinin üç ay içerisinde TBMM'de görüşüleceği, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı ifadesi eklenmiştir. Bu bakımdan değişiklik öncesi metinde İçtüzükte düzenleneceği öngörülen siyasal denetimin süre unsuruna değişiklik ile bizzat Anayasa metninde yer verilmiştir. Daha da önemlisi, ne önceki metinde ne de İçtüzükte bulunan görüşülmeme durumunda CBK'lerin akabetinin ne olacağı hususuna doğrudan Anayasa'da yer verilmiştir. Bu çerçevede TBMM'nin OHAL CBK'lerini belirtilen süre içerisinde görüşüp karara bağlamaması durumunda CBK'lerin kendiliğinden yürürlükten kalkacağı yaptırım olarak düzenlenmiştir. Benzer doğrultuda 2018 yılında İçtüzüğün ilgili maddesinde de değişiklik yapılmıştır.

OHAL KHK/CBK'lerinin denetimine ilişkin değerlendirmeler bağlamında, AYM'nin 1991 içtihadı döneminde siyasal denetimin etkin işletilememesine sebep olan düzenleme eksikliği önem arz etmektedir. AYM benzer kararı 2003 yılında da vermiştir²¹⁰, zira bu dönemde de etkinleştirilememiş bir siyasal denetim söz konusudur. 2016'daki içtihat değişikliği ile ise AYM, siyasal denetimin yerini doldurma çabasından geri adım atmıştır. Bu noktada 2017 yılındaki Anayasa değişikliği devreye girerek denetimsizliğe neden olan bu eksikliği kapatmıştır²¹¹. Nitekim Anayasa'ya ve İçtüzüğe eklenen siyasal denetimin gerçekleştirilmesi durumunda öngörülen kendiliğinden yürürlükten kalkma yaptırımı, OHAL CBK'leri için öngörülen siyasal denetimin etkisini güçlendirmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki süreç takip edildiğinde yapılan düzenlemeler hukuk devleti lehinedir.

Anayasa koyucunun OHAL kararnameleleri için öngördüğü denetimin siyasal denetim olduğu aşıkardır, yargısal denetim yolu bu kararnameler için açıkça Anayasa tarafından kapatılmıştır. Bununla birlikte etkinliği arttırılmış olsa dahi siyasi denetimin yeterli olmadığı ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi açısından yargısal denetimin yerini tutamayacağı ileri sürülmektedir²¹². Zira hukuk devleti ilkesinin özü temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınmasıdır. Bu noktada Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklara yer verilmişken bu hallerde çıkarılan KHK/CBK'lerin

209 Yüzbaşıoğlu, s. 208.

210 AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, 22.05.2003, (RG., 16.03.2004, S. 25404).

211 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1026.

212 Özbudun, s. 346.

15. maddeye uygunluğunun da ancak yargısal denetimle sağlanabileceği ifade edilmektedir²¹³. Nitekim olağanüstü hallerde devletin erkleri arasındaki denge bozularak yürütme güçlendiğinden hukuka aykırılığın ortaya çıkması çok daha olasıdır²¹⁴. Bu bakımdan 148. maddede yapılacak bir değişiklik ile denetim yasağının kaldırılması, eski adıyla OHAL KHK'lerinin yeni sisteme göre OHAL CBK'lerinin yargısal denetimi konusunda en uygun çözüm olarak savunulmaktadır²¹⁵. Hukuk devleti ilkesinin tam anlamıyla uygulanabilmesi için bu ilkenin zorunlu unsurlarından olan yargısal denetimin OHAL CBK'lerinde de belirli sınırlar dahilinde işletilmesi gerekmektedir.

Sonuç

Hukuk devleti ilkesi hukuka güvenin ve hukuki güvenliğin sağlanmasını amaçlar. Devletin tüm işlemlerinde hukuk ile bağlılığının sağlanması ile kişi hak ve özgürlüklerine yönelik müdahaleler engellenir ya da öngörülebilir kılınır. Bu bakımdan tarihsel süreçte özellikle yürütme organından kaynaklanan bu müdahalelere karşı devletin hukukla sınırlanması, hukuk devletinin temel unsuru olan yargı denetiminin etkili kılınması ile sağlanmıştır. Anayasa ile düzenlenmesi açısından hukuki rejimler olan olağanüstü hâl rejimleri de yürütmenin yetkilerinin arttığı yönetim usulleridir. Olağanüstü dönemlerde yürütmenin sahip olduğu aktif rol, çoğunlukla OHAL kararnamele ile hukuk düzenine yansımaktadır. Bu dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin dahi geniş ölçüde sınırlandırılabilmesi nedeniyle, yürütmenin bu yetkisinin anayasal sınırlar içerisinde kalması hukuk devleti açısından da önem arz etmektedir.

1982 Anayasası'nın 2017 yılındaki değişiklik öncesi metninde, OHAL KHK'lerinin unsurlarından bazıları Anayasa'da açıkça belirtilmekteyken konu unsuru bakımından açık bir düzenleme öngörülmeyp "olağanüstü dönemin gerekli kıldığı konular" tanımlaması ile yetinilmişti. Bu durum unsurların bir arada ve bağlantılı şekilde değerlendirilerek OHAL KHK'lerinin gerçek muhtevasının tespit edilebileceği yorumlarına yol açmıştı. 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile getirilen OHAL CBK'leri bağlamında da aynı durum devam etmektedir.

2017 yılındaki değişiklik öncesinde, OHAL KHK'lerine yargısal denetim yolunun Anayasa ile kapatılması sebebiyle, AYM'nin 1991 yılında verdiği karar ve 2016 yılına dek devam ettirdiği içtihadı tartışmalara sebep olmuştur. Bazı yazarlarca AYM'nin OHAL KHK'lerini maddi kriter bağlamında inceleyerek bir bakıma sınırlı bir denetimden geçirmesinin Anayasa'nın 148. maddesine aykırı

213 Kuzu, Kanun Hükmünde Kararnameler, s. 421.

214 Rüzgâr, s. 62.

215 Gözler, İnceleme, s. 60.; Yüzbaşıoğlu, s. 208.; Özlü, s. 643.; Duran, Bunalım Kararnameleri, s. 157.

olduğu savunulmuştur. Buna karşın AYM'nin olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlükleri koruma amacıyla sınırlı denetime başvurmasının hukuk devleti ilkesine uygun düştüğünü ileri süren yazarlar da mevcuttur. Aynı tartışmalar, 2016 yılında AYM'nin içtihat değişikliğine giderek OHAL KHK'lerinde ilk incelemede yetkisizlik kararı vermesi ile devam etmiştir ve görülen odur ki devam edecektir. Zira OHAL KHK'leri bağlamında öngörülen yargısal denetim yasağı, 2017 tarihli Anayasa değişikliğinin getirdiği yeni sisteme uygun şekilde düzenlenen OHAL CBK'leri bakımından da varlığını sürdürmektedir.

Hukuk devleti ilkesi gereğince devlet organlarının yargısal denetimi, özellikle yürütmenin güçlendiği olağanüstü dönemlerde büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte Anayasa'nın 148. maddesine göre, yürütme organı tarafından çıkarılan OHAL KHK/CBK'lerine yargısal denetim yolu kapalıdır ve TBMM onayına bağlanan bu KHK/CBK'ler için sadece siyasal denetim öngörülmüştür. 2017 yılı Anayasa değişikliği öncesi dönemde siyasal denetime işaret eden mülga 121. maddede TBMM'de izlenecek usul için İctüzük işaret edilmesine karşın ilgili düzenlemenin uzun süre yapılmaması sebebiyle TBMM'de süreç işletilmediğinde OHAL KHK'lerinin akıbeti belirsiz kalmıştır. 2017'deki Anayasa değişikliği ile OHAL CBK'lerinin TBMM'de görüşülerek onaylanması için öngörülen süreye bizzat Anayasa'da yer verilmiş ve süreye uyulmaması durumu yine Anayasa'da OHAL CBK'lerinin kendiliğinden yürürlükten kalkacağı yaptırımına bağlanmıştır. 2018 yılında da bu düzenlemeye paralel şekilde İctüzükte değişiklik yapılmıştır.

Bu bakımdan 2017 yılına dek siyasal denetimin etkin şekilde işletilmesine yönelik gerekli düzenlemelerin var olmadığı açıktır. AYM'nin 1991 içtihadının da bu bağlamda olağanüstü hallerde çıkarılan kararnamelerin etkisiz siyasal denetim yüzünden tamamen denetim dışı kalmasının engellenmesi amacını taşıdığı savunulmaktadır. Anayasa'nın OHAL KHK/CBK'lerine yargısal denetim öngörülmediği açık olmasına karşın AYM eli ile 148. maddedeki denetim yasağı aşılmaya çalışılmıştır. 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile 119. maddeye savaş ve mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması hali dışında OHAL CBK'lerinin üç ay içinde TBMM'de görüşülerek karara bağlanması, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hükmü eklenmiştir. Buna göre OHAL CBK'leri TBMM'de onaylanarak kanunlaşacak ve diğer kanunlar gibi yargı denetimine tabi olacaktır. Üç aylık kısa bir süre içerisinde OHAL CBK hükümlerinin yargı denetimine nakli açısından bu hüküm oldukça önemli ve değerlidir. Bu açıdan bakıldığında 2017'deki değişikliğin, siyasal denetimi güçlendirilmesi ile yargısal denetim açısından da bir gelişim olduğunu belirtmek gerekir.

Bununla birlikte hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu bir sistemde devletin bütün işlemlerinin yargı denetimine tabi olması esastır. Özellikle Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan güvenceler ve çekirdek haklar bakımından yargı denetimi elzemdir. Nitekim devlet organları arasındaki dengenin bozulduğu kriz hallerinde hukuka aykırılıklarla karşılaşmanın daha muhtemel olduğu bir gerçektir. Çekirdek alana müdahale yasağının işler kılınmasını da bağımsız ve tarafsız mahkemelerce gerçekleştirilecek yargı denetimi garantileyecektir. Burada önemli nokta, olağanüstü halin ilan edilmesini gerekli kılan olağan dışı durumun mahiyeti göz önünde tutularak 15. maddedeki güvenceler ile olağanüstü dönemin koşulları arasında bir denge kurulmasının sağlanmasıdır. Bu bağlamda siyasal denetimin etkinleştirilerek makul sürede kanunlaşan OHAL CBK hükümlerinin yargı denetimine ulaştırılması ile hukuk devleti ilkesine bir nebze yaklaşılmıştır, sorumlu olacaklardır.

Çatışma Beyanı: *Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.*

KAYNAKLAR

- Alan, Nuri, “(Demokratik) Hukuk Devleti ve Anayasa”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 58, Sayı: 1, 2003, s. 1-9, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36187>
- Akad, Mehmet, Vural Dinçkol, Bihterin, Bulut, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, 17. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- Akartürk, Ekrem Ali, “Sınırlı Denetimden Mutlak Denetimsizliğe: OHAL KHK’lerinin Hukukla İmtihanı (!)”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2016, s. 197-213, https://yeditepe.edu.tr/sites/default/files/hukuk_dergi/YUHFD-XIII-1-20-YIL-ARMAGANI.pdf.
- Aktaş, Sururi, “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 2020/1, s. 1-32, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/983688>.
- Arslan, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Doğu-Batı Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, 2000-01, s. 65-85.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Barın, Taylan, “2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa’ya Uygunluk Denetimi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, 2019, s. 353-380, <http://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2020/1/gsuofd-2019-2-872.pdf>.
- Bayra, A.Ersin, *Güvenlik Devleti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Boztepe, Mehmet, “Olağanüstü Hal Rejiminde Yürütmenin Düzenleyici Bir İşlemi olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri ile Mukayesesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, 2018, s. 378-395, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/626326>.
- Bulut, Nihat, “Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi”, *Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan*, Der Yayınları, 2012, s. 297-318.
- Can, Osman, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 37, Sayı: 1, 2020, s. 133-192, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1382047>.
- Can, Osman, Şimşek Aktaş, Duygu, “Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 1, 2017, s. 13-44, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/331955>.
- Döner, Ayhan, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Duran, Lütfi, “Bunalım Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 50, Sayı: 3, 1995, s. 141-158, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36417>.
- Duran, Lütfi, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, Ankara, 1984, s. 57-87, https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6320/lutfi_duran.pdf.
- Eren, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Esen, Selin, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, 2016, s. 45-73, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398633>.

- Esen, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1994.
- Gözler, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.
- Gözler, Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 47, Sayı: 4, 1990, s. 561-590, <https://www.anayasa.gen.tr/olaganustuhul.pdf>
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021.
- Gözler, Kemal, “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, 2017, s. 39-67, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-1/2.pdf>.
- Hayek, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1960
- Hayek, F. A., *The Road to Serfdom*. Routledge Classics, 2006, (first published 1944).
- Hayek, Friedrich A. (Terc. Sevda Gültekin Aktolga, Ali Rıza Çoban), “Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti”, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2008.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Konuk, Mithat, “Olağanüstü Hal Kapsamında Yayımlanan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Özellikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 2177-2194, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/621660>.
- Künig, Philip, “Der Rechtsstaat”, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgerichts*, Peter Badura & Horst Dreier, Mohr Siebeck, 2001, s. 421-444.
- Kuzu, Burhan, *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, Kazancı Kitap, İstanbul, 1993.
- Kuzu, Burhan, *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.
- Öden, Merih, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 58, Sayı: 3, 2009, s. 659-691, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/625637>.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Özlü, Rukiye Mehtap, “Yürütme Organı Tarafından Olağanüstü Dönemde Yapılan Kanun Gücündeki Normların Anayasa Uygunluk Denetimi Konusunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorumu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 12, 2018, s. 613-646, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/596374>.
- Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Oxford University Press, New York, 1979.
- Rüzgâr, Canel, *1982 Anayasası’nda Hukuk Devleti İlkesi ve Geçiçi 15. Madde*, Yayım-

lanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 1999.

- Sancar, Mithat, “Devlet Aklı” Kıskaçında Hukuk Devleti, 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.
- Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2018.
- Thieme, Werner, “Liberalismus und Grundgesetz”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Bd. 113, H. 2, 1957, s. 285-300, <https://www.jstor.org/stable/40748475>.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 23. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019.
- Tülen, Hikmet, “Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla İlgili Kararları”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, 2004, s. 79-110, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1881259>.
- Türk, Ender, 1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti”, *Doğu-Batı Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, 2000-01, s. 200-211.
- Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Yaylalı, Mustafa, “Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl: 23, Sayı: 91-92, Yaz-Güz 2018, s. 93-109, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/653307>.
- Yazıcı, Serap, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye Seçkinlikten Toplum Sözleşmesine*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.
- Yavuzdugan, Seçkin, 1982 Anayasası'nda Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2003.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1996.

İnternet Kaynakları

- Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 1594 (2007), “The Principle of the Rule of Law”, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17613&lang=en> (17.01.2022).
- Venice Commission, CDL-AD (2011)003rev, Report on the Rule of Law, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e) (17.01.2022).
- <https://www.resmigazete.gov.tr> (08.01.2022).
- <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2018-91-nrm.pdf> (08.01.2022).

Mecelle'nin Arap Ülkelerindeki Yürürlüğü*

The Enforcement of Majalla in Arabic Countries

Afra UYSAL**

ÖZ

Devlet yönetimlerindeki merkezileşmenin sonucu olarak XIX. yüzyılda kanunlaştırma faaliyetleri ve hukuk birliğinin sağlanması çalışmaları, Kara Avrupası'nda olduğu gibi Osmanlı Devleti'nde de hız kazanmıştır. Bu dönemde batılılaşma sonucu Avrupa ülkelerinden iktibas edilen kanunlar olduğu gibi, milli Osmanlı kanunları da hazırlanmıştır. Bu milli kanunların başında şüphesiz ki Osmanlı Medeni Kanunu olarak kabul edilen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye gelmektedir. İslam özel hukukunun kodifikasyonu niteliğini taşıyan bu Kanun, fıkıh tarihinde yeni bir dönem başlatmış ve İslam devletlerinde kanunlaştırma fitilini ateşlemiştir. O dönemde Osmanlı Devleti'ne bağlı vilayetler konumunda olan Arap ülkelerinde de merkez ile aynı anda yürürlüğe giren bu Kanun, Birinci Dünya Savaşı sonrasında bu vilayetlerin kaybedilmesi ve manda yönetimi altına girmesi ile etkisini yitirmemiş, söz konusu ülkelerde uygulanmaya devam etmiştir. Milli kanunların yapılması ile yürürlükten kalkmış olsa bile, Mecelle bu ülkelerdeki hukuk doktrinlerini bir süre daha etkilemeye devam etmiştir. Mecelle'nin İslam ülkelerindeki medeni hukuk kanunlaşmalarına etkisini tespit edebilmek için, Mecelle'yi uygulamasa da onunla benzer bir dönüşüm yaşayan Mısır pratiği de bu kapsamda incelenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, İslam hukuku, Osmanlı Medeni Kanunu, Meri Hukuk, Arap Ülkeleri.

ABSTRACT

In 19th century, as a result of centralization on the governance, endeavor on codification and unification of legislation accelerated in Ottoman Empire like as Continental Europe. In that time, there were some Codes adapted from European Countries with the idea of westernization and some national Ottoman Codes were promulgated. The leading one of these national Codes was the Majalla deemed as Ottoman Civil Code. This Code which held qualification of Islamic private law's codification, marked an era in history of fiqh (Islamic Law) and triggered codifications in Islamic states. The Code which put in force in Arabic Countries as were counties of Ottoman Empire, at the same time with the Capital, did not lose its

* Makale gönderim tarihi: 11.12.2021. Makale kabul tarihi: 09.03.2022. Afra Uysal, "Mecelle'nin Arap Ülkelerindeki Yürürlüğü", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022, s. 113-161; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.1.02>

** İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi. afrauysal@yahoo.com, <https://orcid.org/0000-0003-2516-9681>.

effect by the occupation and mandate after the First World War, and continued to be in force in those countries. Even though it repealed by the enforcement of national Codes, the Majalla continued to affect doctrine of law in these countries for a while. Even though Majalla had not been implemented in Egypt, Egyptian practice which has similar transformation with Majalla, should be examined in this context to determine Majalla's impact on civil code's transformation in Islamic countries.

Keywords: Majalla, Islamic law, Ottoman Civil Code, Legislation in Force, Arabic Countries.

Giriş

19. yüzyıl sadece Avrupa için değil, Osmanlı'nın kazai yetkisinde bulunan ve bulunmayan Arap devletleri için de kanunlaştırma yüzyılı olmuştur. Bu yüzyıla karakterini veren modernleşme ve batılılaşma hareketlerine öncü olan iki siyasi yönetim vardır: İlki Müslüman dünyasının başı Osmanlı Devleti hükümeti, ikincisi ise onun siyasi ve hukuki özerkliğe sahip bir vilayeti olan Mısır Hidivliği hükümeti. Birinci Dünya Savaşı sonrasında Arap ülkelerinin medeni hukuk alanındaki kanunlaştırmaları da bu siyasi ayrıma paralel olarak iki koldan ilerlemiştir: Savaşın önce Osmanlı Devleti'nin kazai hakimiyeti altında bulunan ve dolayısıyla Mecelle'nin uygulandığı Suriye, Irak, Filistin ve Ürdün gibi ülkeler ve batı kanunlarını iktibas etmeyi seçen ve özellikle Fransız Medeni Kanunu'nu benimseyen Mısır, Cezayir, Tunus ve Fas gibi ülkeler¹.

Bu makalenin konusunu Mecelle'nin Arap ülkelerindeki yürürlüğü ile sınırlandırmak istediğimizden, bu çalışma kapsamında sadece ilk gruba giren Arap ülkeleri ile söz konusu ayrımı ortaya koymak için ve bu ülkelerde Mecelle'nin yerini alan hukuk metinlerinin kaynağını oluşturması sebebiyle Mısır örneğini inceleyeceğiz. Mecelle'nin Mısır gibi önemli bir ülkede neden uygulanmadığını, Mısır'ın kanunlaştırma alanında nasıl kendi özgün yolunu oluşturduğunu ve Mecelle'nin yürürlükten kaldırılmasından sonra dahi Arap ülkelerinin çoğunda mehz Mısır Medeni Kanunu ile birlikte tali kaynaklar olarak kullanıldığını gösterebilmek için, Mecelle'yi hiç uygulamamış olsa da Mısır örneğini bu çalışmaya dahil etmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Birçok farklı ülkenin hukuk sisteminden ve ana akım olarak iki farklı ekolden bahsederken kavram kargaşasından korunmak adına öncelikle Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ve Osmanlı'da uygulandığı dönem incelenecektir. Tarihsel gelişimi takip ederek ikinci bölümde Mecelle'nin Osmanlı sonrasındaki dönemde

1 Gamal Moursi Badr, "New Egyptian Civil Code and the Unification of the Laws of Arab Countries", *Tulane Law Review*, Vol. 30:2, 1955-1956, s. 300.

Arap ülkelerindeki durumundan genel olarak bahsedildikten sonra, yukarıda belirtilen sebebe binaen önce Mısır ve sonrasında da Suriye, Irak, Lübnan, Filistin ve Ürdün örnekleri ayrı başlıklar altında detaylı olarak ele alınacaktır. Bu vesileyle de Mecelle'nin geniş Arap coğrafyasında geçirdiği serüvenin ortaya konması planlanmaktadır.

I. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ve Uygulandığı Dönem

Osmanlı Devleti'nde 1868-1876 yılları arasında hazırlanan ve daha çok borçlar, eşya ve yargılama hukuku alanlarını düzenleyen, fakat genel itibariyle bir Medeni Kanun sayılabilecek Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, sadece Osmanlı Devleti'nde değil, İslam hukuku hükümlerinin kanunlaştırıldığı ilk kanun olması sebebiyle bütün İslam ülkelerinde önemli bir yere sahiptir².

Osmanlı hukukunda şahıslar arasındaki ilişkileri düzenleyen özel hukuk alanları İslam hukukuna dayanmakta ve şer'î mahkemelerde görülmekteydi. Ancak batılılaşmanın etkisi ve Tanzimat ile başlayan reformlar sonucunda, klasik tek hakimli Osmanlı mahkemesi yerine çoklu hakimli ve karma nitelikli ticaret, hukuk ve ceza mahkemeleri kurulmaya başlanmıştır³. Nizâmiye mahkemeleri denilen bu mahkemelerde⁴, Ticaret Kanunname-i Hümâyunu gibi batı menşeli bazı kanunlar⁵ tatbik edilse de bu kanunları aşan özel hukuk meselelerinde şer'î hükümlere başvurmak icap ediyordu. Fakat klasik Osmanlı kadısının liyâkatini taşımayan ve şer'î hukuka yabancı Nizâmiye mahkemesi hakimleri, bu konuda zorluk çekmekteydiler. Bu nedenle de Hanefî mezhebinin câri hükümlerinin derlendiği Türkçe bir kanun ihtiyacı ortaya çıkmıştı⁶. Bu noktada Âli Paşa gibi, özellikle daha önce Fransa'dan alınan Ticaret Kanunu'nun tamamlayıcısı olacağından hareketle, Fransız Medeni Kanunu Code Civil'in iktibasını şiddetle savunan görüşler olsa da Tanzimat döneminin dâhi hukukçusu ve devlet adamı Ahmed Cevdet Paşa'nın ısrarları sonucunda

2 Mehmet Âkif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXVIII, Ankara 2003, s. 231 ("Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye").

3 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 231.

4 Nizâmiye mahkemelerinin teşkilatı ve bu mahkemelerde görülen dava çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: M. Macit Kenanoğlu, "Nizâmiye Mahkemeleri", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXXIII, İstanbul 2007, s. 185-188.

5 Tanzimat döneminde batıdan iktibas edilen kanunlar için Bkz: Mustafa Şentop, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Cilt 3, Sayı 5, 2005, s. 647-672 ("Kanunlaştırma Literatürü").

6 İslam hukukunun kodifiye edilmemiş olması, Osmanlı'da hukuki istikrarsızlığın olduğu anlamını taşımamaktadır. Hanefî mezhebinin resmi mezhep olarak kabul edildiği Osmanlı'da, kadıların Hanefî mezhebi içinde tercih edilen görüşü uygulama mecburiyetleri vardı. Bu vesileyle geniş Osmanlı coğrafyasında hukuki birlik ve istikrar sağlanabilmiştir. Geniş bilgi için Bkz: Mehmet Âkif Aydın, "Mecelle'nin hazırlanışı", *Osmanlı Araştırmaları Dergisi*, Sayı IX, İstanbul 1989, s. 33-34 ("Mecelle'nin hazırlanışı").

İslam hukukuna dayanan yerli bir kanun hazırlanmasına karar verildi⁷. Bu amaçla teşkil edilen ve başkanlığını Ahmed Cevdet Paşa'nın yaptığı Mecelle Cemiyeti'nin çalışmaları sonucunda, bir mukaddime ile 16 kitaptan oluşan ve 1851 maddeyi ihtiva eden Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye tedricen hazırlandı ve yürürlüğe konuldu⁸. Mecelle Cemiyeti'nin maruz kaldığı yoğun muhalefet ve baskılar düşünüldüğünde, Kanun'un kitap kitap hazırlanması ve peyderpey yürürlüğe girmesi, kanunlaştırmanın akamete uğramaması açısından faydalı olmuştur⁹. Böylelikle yaklaşık sekiz yıl zarfında Mecelle tamamlanmıştır. Mecelle'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte Nizâmiye mahkemelerinin kanun kapsamına giren alanlarda uygulayacağı hukuk belirlenirken, kanunun düzenlemediği ve sırf statü personele ilişkin davalar (kişiler, aile ve miras hukuku; ahvâl'üş-şahsiyye) Nizâmiye mahkemelerinin görev ve yetkisi dışında bırakılmıştır¹⁰.

Osmanlı Medeni Kanunu da diyebileceğimiz Mecelle, kaynağı tamamen dini ve ilahi olan İslam fıkından iktibas edilmiş bir eserdir¹¹. Bu nedenle fukahânın mezhep telakkisine uygun olarak Mecelle de Osmanlı'daki resmi mezhep uygulamasına bağlı kalmış, zamanın getirdiği hukuki ihtiyaçlar ve şartlar değişse de bu ihtiyaçları Hanefi mezhebinde mevcut olan görüşlerden karşılamaya çalışmıştır. Özellikle ilmiye sınıfına hâkim olan mezhep taassubu, Mecelle Cemiyeti için farklı mezheplerin içtihatlarına yönelmek şöyle dursun, mezhep içindeki baskın görüşten ayrılmak noktasında bile oldukça caydırıcı olmuştur¹². Hanefi mezhebinde zayıf görüşlerin tercih edildiği maddeler bile uzun tartışmalara ve Cemiyet üzerinde çeşitli baskılara sebep olmuştur¹³. Bu nedenle de Mecelle'nin kaynakları çok dar, sınırlı ve belirli tutulmuştur¹⁴. Nihayet Mecelle Cemiyeti, Mecelle'nin bir medeni kanuna göre eksik kalan bölümlerini tamamlamayı

7 Bernard Lewis, *The Emergence of Modern Turkey*, Second Edition, Oxford University Press, London 1968, s. 122-123. Fransız Medeni Kanunu'nun iktibası hakkındaki tartışma ve tartışmanın tarafları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Aydın, "Mecelle'nin hazırlanışı", s. 46-48.

8 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 232-233.

9 Aydın, "Mecelle'nin hazırlanışı", s. 49.

10 Onar, Sıddık Sami, "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u, Mecelle", *İÜHF*, Cilt 20, Sayı 1-4, s. 69.

11 Onar, s. 64.

12 Aydın, "Mecelle'nin hazırlanışı", s. 43; Ebul'ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1996, s. 173.

13 Özellikle havale kitabında tercih edilen zayıf görüşler neticesinde yapılan tenkitler, Ahmed Cevdet Paşa'nın bir süre Cemiyet başkanlığından uzaklaştırılmasına dahi sebep olmuştur. Tartışma konusu hükümler için Bkz: Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", *OTAM Dergisi*, sayı 29, Bahar 2011, s. 110-115.

14 Onar, s. 70.

arzu etse de bu arzularını gerçekleştirilmeden kapatılmıştır¹⁵.

Mecelle genel olarak İslam hukukunun muamelat kısmını kanunlaştırmış ve tasnif açısından da klasik kaynakların sistemini takip etmiştir. Bunun yanında İslam hukukunun klasik yöntemi olan kazuistik (meseleci) metodu benimsemiş ve modern kanunlarda olduğu gibi bütün meseleleri kapsayan genel ve soyut kaideler koymak yerine, her bir konuya ilişkin hükümleri ayrıca kanunlaştırma yoluna gitmiştir. Örneğin, akitlerin icap ve kabul ile kurulduğunu genel bir hüküm olarak belirlemek yerine, her bir akit kitabında o akdin icap ve kabul ile kurulduğunu ayrıca ifade etmiştir. Kazuistik metodun takip edilmesi, o dönemin şartları altında hukuki formasyon eksikliği taşıyan Nizâmiye mahkemesi hakimleri için faydalı olsa da genel olarak bakıldığında hâkime dar bir takdir alanı tanınmasına sebep olmuştur¹⁶.

Mecelle, birkaç sebepten ötürü Osmanlı hukukunda olduğu kadar İslam hukuku tarihinde de çok önemli bir yere sahiptir. Öncelikle daha önce de belirttiğimiz gibi Mecelle, İslam hukuku hükümlerinin bir devlet otoritesi tarafından kanunlaştırıldığı ilk örnektir. Bunun yanında eklektik bir tarz benimsemesi ve Osmanlı uygulamasından farklı olarak mezhep içinde zayıf olan bazı görüşlerin kanunlaştırılması, Hanefi mezhebinin dışına çıkılmamış olsa bile devrin şartlarına göre büyük bir adım sayılabilir. Söz konusu eklektik yapı ve mezhep içindeki baskın görüş ile sınırlı kalınmaması, daha sonraki kanunlaştırmalara da örnek olmuştur¹⁷. Ayrıca Kanun'un her ne kadar Nizâmiye mahkemeleri için hazırlanmış olsa da şer'i mahkemeler için de bağlayıcı olması, hukuk birliğinin İslam hukuku temelinde sağlanması bakımından değerli bir örnektir¹⁸.

15 Yusuf Halaçoğlu, M. Âkif Aydın, "Cevdet Paşa", *TDV İslam Ansiklopedisi*, VII, İstanbul 1993, s. 448. Mecelle Cemiyeti 1888 yılında II. Abdülhamid döneminde bir irade-i seniyye ile lağvedilmiştir. Bunun sebebi olarak kaynaklarda II. Abdülhamid'in vehimli bir padişah olması ve Mecelle Cemiyeti'nden çekinmiş olması zikredilmektedir. Bkz: Onar, s. 63. II. Meşrutiyet'in ilanından sonra Meclis-i Mebusan tarafından Mecelle Cemiyeti'nin yeniden kurulmasına karar verilmiş, hatta bu konuda Mecelle Cemiyeti Nizamname Layihası hazırlanmış olsa da Cemiyet'in tekrar kurulup kurulmadığı bilinmemektedir. Bkz: Fethi Gedikli, İbrahim Enes Onat, "İkinci Meşrutiyetten Sonra Mecelle Cemiyetinin Tekrar Kurulma Süreci", *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri*, Ed. Fethullah Soyubelli, Bursa Kültür A. Ş., Bursa 2021, s. 424-426.

16 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 233.

17 C. V. Findley, "Medjelle", *EI2*, Vol. VI, s. 971. Yazar burada *Anderson*'dan naklen, Mecelle'nin bazı hükümlerinin Hanefi mezhebi dışındaki hukukçuların görüşlerine dayandığını söylese de örnek belirtmemiştir. Oysa Ahmed Cevdet Paşa'nın kendi ifadeleri ve Mecelle'nin Esbab-ı Mücibe Mazbatası, bazı meselelerde mezhep içindeki zayıf görüş tercih edilse de genel olarak Hanefi mezhebinin dışına çıkılmadığını beyan etmektedir. Bkz: Ahmed Cevdet Paşa, "Tezkire no:8", *19. Yüzyılda Osmanlı Devlet Yönetimi (Tezâkir)*, haz. Seyit Ali Kahraman, 1. Cilt, Yeditepe Yayınları, İstanbul 2019, s. 102 ("Tezâkir"); Ahmet Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 2. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2017, s. 45.

18 *Anderson*, Mecelle'nin Şeriat mahkemelerini bağlamadığını ve kadınların İslam hukukunun di-

Son olarak da bu çalışmanın konusunu da teşkil ettiği üzere, Mecelle sadece Osmanlı tarihi ile sınırlı kalmamış, devletin yıkılmasından sonra da belirli bir süre Osmanlı coğrafyasında yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı döneminden sonra manda yönetimi altındayken veya bağımsızlıklarını kazandıktan sonra dahi Osmanlı bakiyesi ülkelerin yöneticilerinin Mecelle'yi uygulamaktan çekinmemesinin iki nedeni vardır. Bu sebeplerden ilki ve belki de en kabul göreni, şüphesiz iki toplum arasındaki din ve tarih birliğidir. Fakat Mecelle'nin temel özelliklerinden birini yansıtan ikinci sebep ise, kanunun, yapısı gereği devlet otoritesinin emrettiği kuralları derlemekten ziyade İslam tarihinde geliştirilen hukuki görüşlerin bir derlemesi niteliğini taşıması sebebiyle, söz konusu devletler bakımından yargı yetkisi vasıtasıyla egemenliğin zedelenmesi olarak yorumlanmamasıdır¹⁹. Bu nedenle Mecelle, İslam hukuku tarihi için de yadsınamaz bir değere sahiptir.

Mecelle, yürürlüğe girmesi ile birlikte o zamana kadar mahkemelerde uygulanan İslam hukuku kaynaklarını devre dışı bırakmış ve kanunlaştırdığı alanlarda başka bir görüşle hüküm verilmesinin önüne geçmiştir²⁰. Ayrıca Yemen, Hicaz ve Mısır hariç Osmanlı Devleti'nin yargılama yetkisi kapsamında kalan tüm mahkemelerde, devletin yıkılışına kadar resmi kanun olarak uygulanmıştır²¹. Mecelle üzerinde çeşitli tadil çalışmaları olsa da en önemli değişiklik, 1914 yılında çıkarılan bir kanunla, Fransa'dan iktibas edilen Usulü Muhakeme Kanunu'nun 64. maddesinde yapılan değişiklik ile gerçekleştirilmiştir. Söz konusu 64. maddenin yerine geçen hükümler ile Mecelle'nin dar akit telakkisi de-

ğer kaynaklarına dayanarak da hüküm verebileceğini savunsa da Mecelle'nin şer'i mahkemeler için de bağlayıcı olduğu Esbab-ı Mucibe Mazbatası'nın ifadelerinde ve hukuk tarihi kaynaklarında açıkça görülmektedir. Bkz: J. N. D. Anderson, "The Shari'a Today", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 31:3/4, 1949, s. 20; Akgündüz, s. 43; Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 233; Mardin, s. 49.

19 İngiliz mandası altındaki Kıbrıs ve Filistin mahkemelerinde verilen bazı kararlarda, Mecelle ile ilgili bu özelliğin altının çizildiği görülmektedir. Bkz: Herbert J. Liebesny, "Part II: Impact of Western Law in the Countries of the Near East", *George Washington Law Review*, Vol. 22:2, 1953, s. 131 ("Impact of Western Law").

20 Mecelle'nin 1801. maddesi yargı görev ve yetkisinin emr-i sultani ile sınırlandırılabilirliğini belirtmektedir. Emr-i sultani ile sadır olan Mecelle hükümleri de bu kanun kapsamına giren meselelerde uygulanması zorunlu olan hukuki içtihadı belirlemiş ve bunun dışında kalan içtihatla amel edilmesini yasaklamıştır. Bkz: Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 233.

21 Mısır'ın hukuki özerkliği ve Arap yarımadasının Hanefi mezhebi dışında kalması nedeniyle Mecelle bu bölgelerde uygulanmamıştır. Bkz: Aydın, «Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye», s. 233; Kubbec, Sâmîr Mâzin el-Kubbec, *Mecelletu'l-Ahkâmî'l-Adliyye Masâdiruha ve Eseruha Fî Kavânin eş-Şarki'l-İslâmî*, Daru'l-Feth Liddirasât ve'n-Neşr, Amman 2008, s. 167-171. Halkın çoğunluğunun ve ileri gelenlerinin mensup olması nedeniyle Hicaz'da Hanbeli mezhebi ve Yemen'de de Şii Zeydiyye mezhebi uygulanmıştır. Bkz: Subhî Mahmasânî (Terc. İbrahim Kâfi Dönmez), "İslam Hukukunun Tedvini (II)", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 4, 1986, s. 374-375 ("İslam Hukukunun Tedvini").

ğiştirilmeye çalışılmış, sözleşme serbestisi prensibi benimsenmiş, mal tanımı güncel iktisadi tanım ile özdeşleştirilmiş ve sözleşmenin fesat sebepleri daraltılarak sözleşmenin esaslı noktalarında uzlaşmış olmanın geçerlilik için yeterli olduğu kabul edilmiştir²². Bunun dışında Mecelle üzerindeki tadil çalışmaları nihayete erdirilememiş, Cumhuriyetin kurulmasından sonra ise Türkiye’de diğer birçok alanda olduğu gibi medeni hukuk alanında da şeriata dayanan hukuk metinleri ilga edilmiş²³, 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun iktibas ile birlikte Mecelle de yürürlükten kaldırılmıştır²⁴. Fakat Mecelle, Osmanlı bakiyesi olan ve devletin yıkılmasından sonra çeşitli manda yönetimleri altına giren ülkelerde, manda dönemleri ve sonrasındaki bağımsızlık dönemleri dahil çok seneler uygulanmaya devam etmiştir. Devam eden bölümlerde, söz konusu ülkelerin belli başlılarında Mecelle’nin yürürlüğü ve yerli hukuk doktrinlerine etkisi ayrıntılı olarak incelenecektir. Mecelle’nin yürürlüğe girdiği Arap ülkeleri yanında, içtihat hukukunun kanun hukukuna geçişinde yaşanan sürecin benzerliği bakımından ve bu süreçte Mecelle’nin oynadığı rolü tespit edebilmek için Mısır örneği de ele alınacaktır. Çünkü Mecelle sonrası medeni hukuk kanunlaştırmalarında batı hukukunun dönüştürücü etkisi yanında, İslam devletlerinin beslendiği temel kaynaklardan biri Mecelle iken, diğeri de Mısır kanunlaştırmaları ve pratiğidir. Nitekim Mısır örneği incelenmeden İslam ülkelerinde Mecelle’nin konumu hakkında yapılacak değerlendirmeler eksik kalacaktır.

II. Osmanlı Sonrasında Arap Ülkelerinde Mecelle’nin Durumu

İslam tarihinde İslam hukukunun resmi bir şekilde kanunlaştırılması Mecelle’ye kadar söz konusu olmamıştır. Çeşitli dönemlerde kanunlaştırma denemeleri olsa da hazırlanan metinler resmi olarak yürürlüğe konmamış, yargılamalarda tali kaynaklar olarak kullanılmıştır²⁵. Kanun geleneği, İslam devletlerinde ve özellikle Osmanlı’da daha çok devletin kural koymakla yetkili olduğu örfi hukuk alanlarında devlet başkanları tarafından yürürlüğe konu-

22 Onar, s. 85; Subhî Mahmasânî, *Felsefetü’l-Teşri’ fi’l-İslam*, Mektebetü’l-Keşşâf ve Matbaatüha, Beyrut 1365/1946, s. 75 (*Felsefetü’l-Teşri’*).

23 Lewis, s. 404.

24 İsviçre kanunlarının iktibas olan Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 tarihinde, 864 sayılı Kanun-i Medeni’nin Suret-i Meriyet Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun da yürürlüğe girmiş ve bu kanunun 43. maddesi gereğince Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz: Osmanağaoğlu-Karahasanoğlu, s. 116.

25 İslam hukukunun tarihsel olarak içtihat hukukundan kanun hukukuna doğru geçirdiği dönüşüm ve çeşitli kanunlaştırma denemeleri hakkında geniş bilgi için Bkz: Mehmet Âkif Aydın, “İslam Hukuku’nun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Sayı 1, Bahar 2016 (“İslam Hukuku’nun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”).

lan hukuk metinlerinde tezahür etmektedir. Fıkıhçıların özgür bir içtihat faaliyeti sonucu ürettikleri hukuk kuralları ise daha çok fıkıh kitapları, şerhler ve haşiyeler gibi çeşitli tali kaynaklarda yer almaktadır. Bu hükümlerin devlet eliyle resmen yürürlüğe konması anlamında kullandığımız kanunlaştırma faaliyetleri ise 19. yüzyılda batılılaşmanın etkisiyle başlamıştır. Bu kanunlardan en önemlisi ve en çok referansta bulunulana olan Mecelle, Napolyon'un 1804 Fransız Medeni Kanunu'nun sistematiği ve şekli yapısı ile o zamana kadar birikerek gelmiş olan fıkhi hükümlerin ve fıkıh metodolojisinin birleştirilmesi ile oluşturulmuş bir kanundur²⁶.

Mısır valisi Hidiv İsmail Paşa'nın veziri Kadri Paşa tarafından, Mecelle ile aynı dönemde İslam hukuku alanında bir kanun taslağı hazırlanmış, *Mürşidü'l-Hayrân* adıyla bilinen bu metnin, Mısır valisini İslam hukuku konusunda yasa koyucu durumuna getireceğinden endişe edilerek söz konusu taslak yürürlüğe konmamıştır²⁷. Oysaki aynı dönemlerde Osmanlı Devleti'nde Mecelle'nin hazırlanması sürecinde, devlet başkanının kanunlaştırma yetkisi konusunda ulema arasında bir tartışma yaşanmamış, tartışmalar genelde hükümlerin içeriğine yönelik olmuştur. Bu da Osmanlı'nın genellikle örfi hukuk alanındaki kadim kanunlaştırma geleneğinin²⁸ ulema tarafından da benimsendiğini ve içtihadın içeriğine müdahale edilmediği sürece, İslam hukuku alanında kanunlaştırma yapılmasında bir sakınca görülmediğini göstermektedir²⁹.

Mecelle, İslam hukukunun ilk resmi kodifikasyonu olması nedeniyle uygulandığı özellikle Ortadoğu'daki Osmanlı bakiyesi devletlerde ve diğer İslam devletlerinde gerçekleşen kanunlaştırma faaliyetlerini büyük oranda etkilemiştir³⁰. Mecelle üslubundaki açıklık ve kesinlik sebebiyle bir kanun olarak ilim cemiyetlerinde takdirle karşılanmış, Arap ülkeleri ve alimleri tarafından da oldukça iyi bulunmuştur³¹. Söz konusu ülkeler bugün tamamen Mecelle'yi uygulamasalar bile, bu ülkelerin hukuk tarihleri ve kanunlarının tarihsel geliş-

26 Leonard Wood, "Legislation as an Instrument of Islamic Law", Ed. Anver M. Emon, Rumea Ahmed, *The Oxford Handbook of Islamic Law*, Oxford University Press, New York 2018, s. 555.

27 Herbert J. Liebesny, "Religious Law and Westernization in the Moslem Near East", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 2:4, 1953, s. 498 ("*Religious Law and Westernization*"); Mehmet Âkif Aydın, "Muhammed Kadri Paşa", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXX, İstanbul 2005, s. 546 ("*Muhammed Kadri Paşa*").

28 Osmanlılardaki kanunlaştırma geleneğinin, eski Türklerdeki yazılı kural koyma usulü ile İslam Hukuku'nun belirli alanlarda devlet başkanına tanıdığı yasama yetkisinin bir sentezi olduğu söylenebilir. Bkz: Şentop, "Kanunlaştırma Literatürü", s. 648.

29 Aydın, "İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim", s. 20.

30 Lewis, s. 123.

31 Onar, s. 84.

mi konusunda Mecelle önemli bir referans niteliği taşımaktadır³². Mecelle'nin kanunlaştırma usulü bu ülkeleri de etkilemiş, bugün dahi belirli alanlarda İslam hukukunu uygulayan bu ülkeler, söz konusu alanlardaki kanunları yeni içtihatlar şeklinde değil, İslam hukukunun farklı mezhepleri altında gelişen çeşitli içtihatlardan faydalanmak ve Mecelle'de olduğu gibi bunları derlemek şeklinde yapmışlardır³³. Ayrıca Mecelle'nin yürürlükten kaldırıldığı bu ülkelerde ve hatta diğer Müslüman ülkelerde yardımcı bir hukuki kaynak olarak kullanılabileceği ve bunun da egemenlik haklarının zarar görmesi anlamına gelmeyeceği savunulmuştur. Bu sav, Kıbrıs mahkemesinin *Jasonides v. Kyprioti* kararında hâkim tarafından açıkça ifade edilmiştir. Kararda belirtildiği üzere Mecelle, Kuran ve Sünnet doğrultusunda gelişen İslam hukuku külliyatının bir kanun şeklinde derlenmesinden ibaret olması sebebiyle bir devletin kanunu olarak değil, Müslüman ülkelerin halen benimsediği İslam hukukunun bir derlemesi ve dolayısıyla bu ülkelerin de hukuku olarak algılanmalıdır³⁴. Bu doğrultuda Mecelle'nin Arap ülkelerindeki yürürlüğü ve etkisini tespit edebilmek adına, devam eden bölümlerde mesele Mısır, Suriye, Irak, Lübnan, Filistin ve Ürdün özelinde ele alınacaktır.

A. Mısır

Osmanlı tarihi için olduğu kadar hukuk tarihi bakımından da önemli bir yere sahip olan Mısır vilayetinin bugünkü resmi adı Cumhuriyetü Mısır el-Arabiyye (Mısır Arap Cumhuriyeti) ve başkenti Kahire'dir. Mısır'da XVI. yüzyılda Yavuz Sultan Selim döneminde başlayan Osmanlı hakimiyeti, XIX. yüzyılda yönetimin irsen Kavalalı Mehmed Ali Paşa'ya bırakılması ile sınırlanmış, 1882'de İngiltere'nin Mısır'ı işgali ile de tamamen sona ermiştir³⁵.

1. Mısır'ın Hukuki Özerkliği ve Mecelle

Mısır'da XVI. yüzyılın sonlarına kadar yargılama yetkisi, merkezden atanan ve Hanefi mezhebine mensup kadılarda iken, XVII ve XVIII. yüzyıllarda resmen olmasa da fiilen bölgede hâkim olan Memlük beylerinin etkisi altında kalmıştır³⁶. XVIII. yüzyıl başında Fransa'nın Mısır'ı işgali ve sonrasında geri çekilmesi ile yaşanan kargaşa ortamında etkin konuma gelen Kavalalı Mehmed Ali Paşa 1805'te Mısır valisi olarak tayin edilmiş, Osmanlı'ya karşı giriştiği silahlı mücadeleler neticesinde 1841 yılında çıkarılan bir fermanla Mısır'ın yö-

32 Osmanağaoğlu-Karahasanoğlu, s. 119.

33 Aydın, "İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim", s. 21.

34 Liebesny, "Religious Law and Westernization", s. 500.

35 Hilal Görgün, "Mısır", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXIX, Ankara 2004, s. 569-570.

36 Seyyid Muhammed es-Seyyid, "Mısır", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXIX, Ankara 2004, s. 567.

netimi irsen kendisine bırakılmıştır³⁷. Böylelikle siyasi özerklik kazanan Mısır, hukuki açıdan da özerk bir hale gelmiştir.

Mehmed Ali Paşa döneminde de yargılamalar Hanefi mezhebine göre yapılmış, ancak Hanefi mezhebi kodifikasyonu olan Mecelle Mısır'da yürürlüğe girmemiştir³⁸. Mısır vilayetinin yönetimini irsen elinden bulunduran Hidiv İsmail Paşa³⁹, Mecelle'nin kabul edilmesiyle hukuki yönden Osmanlı'ya bağımlılığın artacağı endişesiyle bu kanunu Mısır'da yürürlüğe sokmamıştır⁴⁰. Her ne kadar Mısır'da Mecelle yürürlüğe sokulmamışsa da Hidiv İsmail Paşa, hukuki yapının modernleştirilmesi için çeşitli girişimlerde bulunmuştur. Bu süreçte yerli bir kanun hazırlama çabaları ve *Mürşidü'l-Hayrân* örneği olsa da ulemanın tepkisinden endişe edilerek bu çabalar resmi bir sonuca erdirilememiştir. Onun yerine Fransız Medeni Kanunu'nun iktibası yoluna gidilmiştir⁴¹.

Bu dönemde Mısır'da genel olarak İslam hukuku uygulansa da yargılamalarda hukuki birlik mevcut değildi. Kapitülasyonlar sebebiyle konsolosluk mahkemelerinde, yabancı devlet vatandaşlarının kendi aralarındaki ve hatta Mısırlılarla aralarındaki uyuşmazlıklara kendi ülke kanunları uygulanmakta ve bu durum birçok problem doğurmaktaydı. Mısır hükümeti tarafından 1860 yılında, Nizâmiye Mahkemeleri öncesinde Osmanlı'da kurulan karma mahkemelerin⁴² uyarlanarak Mısır'da da kurulması çabaları görülmektedir⁴³. Bu çabalar, söz konusu mahkemelerde Fransız Medeni Kanunu'nun uygulanacak olması nedeniyle, özellikle Anglosakson hukuk sistemine sahip devlet temsilcileri tarafından şiddetli itirazlarla karşılanmıştır. Ancak bu itirazlara rağmen Mısır kabinesi tarafından 1861 yılında çıkarılan bir nizamname ile Kahire ve İskenderiye'de bulunan karma nitelikli mahkemeler yeniden düzenlenmiş-

37 Görgün, "Mısır", s. 569.

38 Abdülazim İbrahim, "Mecelle'nin Ortadoğu Devletlerine Tesiri", *Türkiye İlahiyat Araştırmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2017, s. 16.

39 Kavalalı Mehmed Ali Paşa'nın soyundan geldiği için irsen Mısır valiliğinin veliahdı olan İsmail Paşa, valiliğe geldikten sonra 1866 yılında veraset usulünü kendi oğulları lehine değiştirerek bu dönemden sonra gelen valilere "hidiv" (Farsça kökenli olup "kavmin büyüğü, emir" anlamları taşır) unvanı verilmesini sağlamıştır. Geniş bilgi için Bkz: Görgün, "Mısır", s. 570.

40 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 233; Subhî Mahmasânî, *el-Evdâ'ut-Teşri'iyye fi'd-Düvel el-Arabiyye*, 2. Baskı, Dârü'l-İlm lil-Melâyin, Beyrut 1962, s. 232 (*el-Evdâ'ut-Teşri'iyye*); Grigsby, W. E., "Mixed Courts of Egypt", *Law Quarterly Review*, Vol. 12:3, Oxford 1896, s. 252-259.

41 Onar, s. 62.

42 Nizâmiye Mahkemelerinin teşkili temelde 1864 tarihli Vilâyet Nizamnamesi'ne dayanmaktadır. Ancak bu tarihten önce, Hicri 1215 (1800-1801) yılından itibaren istisnai olarak kurulan ticaret meclisleri, karma nitelikli mahkeme işlevi görmektedir. Bu meclisler, Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile birlikte yaygınlaşarak eyalet ve liva merkezi şehir ve kasabalarda da kurulmaya başlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Kenanoğlu, s. 185-186.

43 Brinton, Jasper Yeates, *Mixed Courts of Egypt*, Yale University Press, New Haven 1930, s. 11.

tir⁴⁴. Bu düzenlemeye göre ülkede cari olan Osmanlı Ticaret Kanunu bu mahkemelerde uygulanmaya devam edecek, kanun boşlukları olması durumunda ise Fransız Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır⁴⁵. Bu süreçte konsolosluk mahkemeleri, şer'i mahkemeler ve cemaat mahkemeleri de faaliyetlerine devam etmiştir.

Mısır yönetimi, özellikle Hidiv İsmail Paşa ve Nazırı Nubar Paşa⁴⁶, hukuk sistemindeki bu düzensiz uygulamayı bir sisteme oturtmak için çeşitli girişimlerde bulunmuşlardır. Hidiv İsmail Paşa, 1866-1867 yıllarında Fransız Medeni Kanunu'nu tercüme ettirerek söz konusu karma nitelikli davalarda uygulanmasını sağlamıştır. Ancak yeknesak bir hukuk uygulamasının sağlanabilmesi için yeknesak bir mahkeme teşkilatının gerekli olması nedeniyle, kapitülasyon sahibi devletler ve kazai yetkinin kaynağı Bâb-ı Âli ikna edilerek, uluslararası statüye sahip yeni bir mahkeme türü ihdas edilmeye çalışılmıştır. Mısır hükümetinin önerdiği bu yeni sisteme göre mahkemeler, yürütme erki ve konsoloslukların yetkilerinden bağımsız bir şekilde işleyecek, ayrıca Avrupalı hakimlerin de yer alabileceği karma bir niteliğe sahip olacaktır. Bu öneri Nubar Paşa tarafından ilk olarak Fransa'ya yapılmış, Fransız hükümeti de bu doğrultuda bir komisyon hazırlanmasını istemiştir⁴⁷. Diğer Avrupalı devletlerin ikna edilmesi için Nubar Paşa İstanbul'da çeşitli temaslarda bulunmuş, karma mahkemeler konusunda tarafların tezleri ve çekinceleri üzerinde uzun tartışmalar yaşanmıştır. Burada değinilmesi gereken en önemli çekince ise, doğrudan egemenlik haklarını ihlal eden maddelere karşı Bâb-ı Âli'nin ve Sadrazam Âli Paşa'nın itirazlarıdır⁴⁸. Bu konuda hazırlanan Usûl-i Mehâkim Nizamnâmesi 1869 yılında Mısır meclisi Meclis-i Nüvvab'da tartışılmış, Âli Paşa'nın vefatından sonra 1872 yılında Bâb-ı Âli tarafından da kabul edilmiştir⁴⁹. 1874 yılında

44 Brinton, s. 12.

45 Brinton, s. 12-13.

46 Hidiv İsmail Paşa, Nubar Paşa'ya dışişleri bakanlığı makamı vererek yabancı devletler nezdinde temsil sağlamak istese de Bâb-ı Âli buna şiddetle karşı çıkmış ve Osmanlı'dan bağımsız bir dış politika uygulanmaya devam edilirse Mısır Hidivliği'nin kaldırılacağı tehdidinde bulunmuştur. Fakat Sadrazam Âli Paşa'nın 1871'de vefat etmesi sonucu bu baskı azalmış ve Mısır yabancı devletlerle bağımsız bir devlet gibi ilişki kurmaya devam etmiştir. Bu konuda Âli Paşa'nın Hidiv İsmail Paşa'ya gönderdiği mektuplar merkezi yönetimin rahatsızlığının boyutunu ortaya koymaktadır. Bkz: "Mısır'ın İdaresi Hakkında Hidiv İsmail Paşa'ya Mektub-i Sami", Reşad Fuad (Keçecizade) Efendi Evrakı, *Tarih-i Osmani Encümeni Mecmuası*, VII, Sayı: 42, İstanbul 1332 (1917). Ayrıca Bkz: Atilla Çetin, "İsmâil Paşa, Hidiv", *TDV İslam Ansiklopedisi*, XXIII, İstanbul 2001, s. 118.

47 Grigsby, s. 253.

48 Bkz: Uygur, Fatma, "Modern Mısır'da Nubar Paşa'nın Karma Mahkemeler Nizamnamesi ve Le Bosphore Égyptien Meselesinde Diplomatik Girişimleri", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, Sayı 38, 2019, s. 308-310.

49 Uygur, s. 310-311.

çıkarılan Hidivlik Fermanı ile İsmail Paşa Hükümeti'nin idari ve kazai yetkileri oldukça genişletilmiştir⁵⁰. Bunun neticesinde de 1875 yılında yabancılık un-suru bulunan davalara bakmak üzere karma mahkemeler kurulmuş⁵¹ ve Code Civil iktibas edilerek Mısır Medeni Kanunu olarak yürürlüğe sokulmuştur⁵².

Mısır'da Code Civil⁵³'in tercüme ettirilip karma mahkemelerde uygulanması, Mecelle'nin hazırlanması döneminde Fransız Kanunu'nun iktibas tartışmalarını da etkilemiş ve iktibas savunan Sadrazam Âli Paşa'ya bir örnek ve gerekçe oluşturmuştur⁵⁴.

28 Ekim 1883 tarihinde Mısırlıların kendi aralarındaki davalarına bakmak üzere milli mahkemeler ihdas edilmiş⁵⁵, ancak İslam hukukunun hassasiyetle uygulandığı kişiler, aile, miras ve vakıf davaları konusunda şer'i mahkemelerin görev ve yetkileri korunmuştur⁵⁶. Ayrıca 1875 Mısır Medeni Kanunu'nun yanında, milli mahkemelerde Mısırlılara uygulanmak üzere bazı değişikliklerle

50 Mahmasânî, *Felsefetü't-Teşri'*, s. 83. Mahmasânî, bu ferman ile Mısır'ın idari ve kazai olarak tam bağımsızlığını elde ettiğini ifade etse de, bu ifade ile bağımsızlıktan ziyade Hidiv'in idari ve kazai yetkilerinin oldukça genişletildiğini kastediyor olmalıdır. Nitekim Hidiv İsmail Paşa 1879 yılında II. Abdülhamid tarafından azledilerek Mısır'ı terk etmek zorunda kalmıştır. Bkz: Çetin, s. 118

51 Mahmasânî, *Felsefetü't-Teşri'*, s. 83. Karma mahkemelerin yetkileri kapitülasyonlar doğrultusunda beş yılda bir yenilenmekte idi. Kapitülasyon sahibi ülkelerin dahil olduğu Birinci Dünya Savaşı'nın başlaması ile birlikte karma mahkemelerin yetkileri her yıl yenilenmeye başlamıştır. Bkz: William Makram Ebed, C. J. Colombos, "Mediterranean Colonies", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, New Series, Vol. 18, 1918, s. 244-253.

52 Soliman Morcos, Wadie Farag (Terc. Coşkun Üçok), "Yeni Mısır Medeni Kanunu (Kaynakları, Vasıfları ve Gelecek İçin Vadettiği İmkanlar)", *AÜHFD*, Cilt:10, Sayı:1, 1953, s. 742.

53 Mekteb-i Hukuk Mecelle hocalarından Muallim Cemaleddin, Kod Napolyon da denilen Fransız Medeni Kanunu ile Mecelle'yi kıyasladığı bir makalesinde, Fransız Kanunu'nun Napolyon'un Mısır'ı işgali sırasında Mısır'daki kütüphanelerde bulunan İslam hukuku külliyyatının tercümesi ve hatta iktibası suretiyle hazırlandığının herkes tarafından bilindiğini ifade etmektedir. Mısır'daki eserlerin çoğunun Şafii mezhebinde yazılmış eserler olduğu için de Kod Napolyon'un Şafii içtihadına paralel olduğunu savunmakta ve bu konuda bazı örnekler vermektedir. Bkz: Muallim Cemaleddin (Terc. Seda Örsten Esirgen), "Mukâyese-i Kavânîn-i Medeniyye, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye – Fransa Kanûn-ı Medenisi, Kitâbü'l-Büyû'", *AÜHFD*, Cilt 61, Sayı 2, 2012, s. 809-810, 814, 817, 818. Ancak araştırmalarımızda bu iddia konusunda başka bir kaynağa rastlanmamıştır.

54 Âli Paşa, iktibasın gerekli olduğu düşüncesini 1867 yılında Girit'ten gönderdiği bir lâyhasında Sultan Abdülaziz'e dahi aktarmıştır. O dönemde Girit'te çıkan isyanı bastırmakla görevli olan Paşa, ahalinin farklı hukuki hükümlere tabi olmaktan şikayetçi olduğunu belirtmiş, Fransız Medeni Kanunu'nun iktibas edilip karma mahkemelerde uygulanması durumunda azınlıkların ayrılıkçı düşüncelerinin yatıştırılabileceğini savunmuştur. Bkz: Seda Örsten Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?", *OTAM Dergisi*, Sayı 29, Bahar 2011, s. 39; Aydın, "Mecelle'nin hazırlanışı", s. 46-48.

55 Badr, s. 300.

56 Anderson, s. 20. Mısır'da şeriat mahkemeleri ve diğer dini mahkemelerin kazai özerklikleri 21 Eylül 1955 tarihli 462 numaralı Kanun'a kadar devam etmiş, bu Kanun ile birlikte 1 Ocak 1956 tarihinden itibaren bütün yargılama yetkilerinin Millî Mahkemelere devredileceği hükme bağlanmıştır. Bkz: Badr, s. 299.

yine Fransız Medeni Kanunu'ndan alınan 1883 Mısır Milli Medeni Kanunu da yürürlüğe girmiştir⁵⁷.

Karma mahkemelerde yabancılarla olan davalara uygulanmak üzere Fransız Medeni Kanunu harfiyen iktibas edilirken, milli mahkemelerde Mısırlılara uygulanmak üzere aynı kanun bazı küçük değişikliklerle yürürlüğe konmuştur⁵⁸. 1870'li yıllarda yerel bir şeriat mahkemesi hâkimi olan ve kendisine Fransız Medeni Kanunu'nun her bir maddesini İslam hukuku ile kıyaslama görevi verilen *el-Minyavû*, makalesinde Napolyon Kanunu'nun temel olarak İslam hukuku ile uyumlu olduğunu ve bu nedenle de şeriate benzediği sonucuna ulaşmıştır⁵⁹. Uygulamada da Mısırlı hakimlerin kanunu yorumlarken sıklıkla İslam hukuku normlarından yararlandıkları görülmektedir⁶⁰. Sonuç olarak, 1875 Mısır Medeni Kanunu ile 1883 Mısır Milli Medeni Kanunu için Fransız Medeni Kanunu'nun birer örneği oldukları söylenebilir.

2. Mürşidü'l-Hayrân'ın Çağdaş Mecelle ile Kıyaslanması

Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi, Mısır'da da XIX. yüzyıl kanunlaştırma fikrinin ve çabalarının ortaya çıktığı bir dönem olmuştur. Bu dönemde ortaya çıkan çeşitli eserlerin yanında en önemlisi Muhammed Kadri Paşa'nın, hükümetin talebiyle eşya ve borçlar hukuku alanında bir kanun formunda hazırladığı *Mürşidü'l-Hayrân* adıyla bilinen kitabıdır. Resmi bir kanun olarak yürürlüğe sokulmayan bu eser, Kadri Paşa'nın vefatından sonra Mısır Maarif Vekâleti tarafından bastırılmış ve eserin medreselerde okutulmasına karar verilmiştir⁶¹. Böylelikle resmi bir kanun olarak uygulanmasa da *Mürşidü'l-Hayrân*, Mısır medeni hukuk doktrinini etkileyen önemli bir hukuki kaynak teşkil etmiştir. *Mahmasânî*, bu eseri İslam fihhının tedvininin ikinci merhalesine dahil etmekte ve resmi olarak uygulanmasa da hukuk uygulayıcılarına ve hakimlere kolaylık sağlayan yarı resmi bir bilgi kaynağı olarak vasıflandırmaktadır⁶².

Mecelle ile aynı dönemin ürünü olan bu eser, İslam hukukunun Hanefi mezhebine dayanması nedeniyle birçok noktada paralel hükümler içermektedir. Ancak mezhep içi görüşlerin tercihleri konusunda *Mürşidü'l-Hayrân*'ın

57 Nabil Saleh, *Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes, Arab Law Quarterly*, 1993, Vol. 8:2, 1993, s. 161-162. Mısır Milli Medeni Kanunu metni ve sadrına ilişkin 28 Ekim 1883 tarihli Hidiv Emri için Bkz: *El-Kanun el-Medenî el-Ehlî*, 3. Baskı, El-Matbaatü'l-Emiriyye, Kahire 1913, s. 3.

58 Mahmasânî, "İslam Hukukunun Tedvini", s. 376-377.

59 Wood, s. 564; Mahmasânî, *Felsefetü't-Teşri'*, s. 87; Mustafa Şentop, "Mürşidü'l-Hayrân", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Cilt XXXII, s. 59-60 ("*Mürşidü'l-Hayrân*").

60 Bkz: Wood, s. 565.

61 Eserin ilk baskısı 1308'de (1890) Bulak Matbaasında yapılmıştır. Ayrıntı için Bkz: Şentop, "Mürşidü'l-Hayrân", s. 59.

62 Bkz: Mahmasânî, "İslam Hukukunun Tedvini", s. 381.

Mecelle'den daha muhafazakâr olduğu ve mezhepte üstün kabul edilen görüşleri tercih ettiği görülmektedir⁶³. Bununla birlikte *Mürşidü'l-Hayrân*'ın Mecelle'ye nispetle modern kanun tekniğine daha uygun olduğu ve daha soyut hükümler içerdiği söylenmektedir. Bu noktada dikkat çeken farklar şöyle özetlenebilir: Öncelikle *Mürşidü'l-Hayrân* Mecelle'nin girişinde yer alan genel kaidelere yer vermemiştir. Mecelle'de her kitabın başında yer verilen terim tanımlarına *Mürşidü'l-Hayrân*'da rastlanmaz. Bu eserde oldukça az tanıma yer verilmiştir. Bunun gibi *Mürşidü'l-Hayrân*'da, Mecelle'de madde metinleri içinde verilen örneklerle de karşılaşılmaz. Ayrıca Mecelle'de satım akdi içinde yer alan borçlar genel hükümleri, *Mürşidü'l-Hayrân*'da ayrı bir bölümde daha soyut bir şekilde ele alınmıştır⁶⁴. İçeriğe ilişkin bütün bu farklar bir yana, yine *Mahmasânî*'ye göre Mecelle, fıkhnın tedvininin üçüncü merhalesine, yani bir mezhebin resmi bir kanun olarak yürürlüğe sokulması türüne bir örnek iken, *Mürşidü'l-Hayrân* daha önce de belirttiğimiz gibi yarı resmi bir bilgi kaynağı olarak kalmakla ve resmen yürürlüğe sokulmamakla Mecelle'nin bir adım gerisinde kalmıştır⁶⁵.

Sonuç olarak *Mürşidü'l-Hayrân*'ın ortaya çıkmasına sebep olan temel etken Mecelle örneğinden ziyade, batılılaşma teamüllerinin ve hukukun modernleştirilmesi çabalarının iki ülkedeki benzer seyirleridir. Fakat dönemin şartları ile Mısır'ın siyasi ve hukuki olarak Osmanlı'dan ayrı var olma çabası düşünülürse, kanunlaştırma hareketlerini de örnek alması ve kendi özgün kanununu ortaya koymaya çalışması uzak bir ihtimal değildir.

3. Senhurî Kanunları ve Güncel Mısır Medeni Kanunu

Fransız Medeni Kanunu'na dayanan Mısır Medeni Kanunu'nun yerel ihtiyaçlar ve gelenekler doğrultusunda yenilenmesi fikri ilk olarak 1933 yılında, Mısır milli mahkemelerinin kurulmasının 50. yılı vesilesiyle Prof. Dr. Abdürrezzak es-Senhurî tarafından yazılan bir makalede ifade edilmiştir⁶⁶. Bu fikre göre yeni yapılacak medeni kanun, İslam hukuku, eski medeni kanuna bağlı gelişen Mısır mahkeme içtihatları ve çeşitli batı kanunları olarak sıralanan üç kaynak doğrultusunda şekillendirilmelidir⁶⁷.

Mısır'da, 1936 yılında İngiltere ile yapılan Britanya Antlaşması sonucunda siyasi bağımsızlığın kazanılması ile birlikte kazaî bağımsızlığın da kazanılması yolunda yeni kanunların hazırlanması için çalışmalara başlanmıştır. Aynı yıl

63 Şentop, "Mürşidü'l-Hayrân", s. 59.

64 Şentop, "Mürşidü'l-Hayrân", s. 60.

65 Mahmasânî, "İslam Hukukunun Tedvini", s. 381.

66 Badr, s. 301.

67 Badr, s. 301.

içerisinde Mısır medeni kanunlarının revizyonu için bir komisyon kurulmuş ve Abdürrezzak es-Senhurî de komisyon üyesi olarak atanmıştır⁶⁸. Bu komisyon gibi ikinci kurulan komisyon da başarıya ulaşamamış, nihayet 1942 yılında Abdürrezzak es-Senhurî ve Fransız hukuk profesörü Lambert, üç yıllık bir çalışma sonucunda hazırladıkları yeni Mısır Medeni Kanunu taslağını sunmuşlardır⁶⁹.

Nitekim 1937 yılında İsviçre’de imzalanan Montrö Antlaşması ile birlikte 15 Ekim 1949 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, yabancı devletlerin Mısır’daki kazai imtiyazlarının sona erdirilmesine ve karma mahkemelerin ilga edilmesine karar verilmiştir⁷⁰. Bunun akabinde kazaî bağımsızlığın tam olarak sağlanabilmesi için batı temelli kanunların yerini alacak milli kanunlar hazırlanmış ve bunların en önemlisi olan Mısır Medeni Kanunu 1948 yılında kabul edilmiştir⁷¹. Nihayet yeni Mısır Medeni Kanunu ve yargılamaların işleyişine ilişkin bazı yeni kanunlar, karma mahkemelerin ilgası ile birlikte 15 Ekim 1949’da yürürlüğe girmiştir⁷². Bu tarihten itibaren karma mahkemelerin bütün yargılama yetkileri milli mahkemelere devredilmiş⁷³, ayrıca 1875 Mısır Medeni Kanunu ve 1883 Mısır Milli Medeni Kanunu yürürlükten kaldırılarak tek bir medeni kanun benimsenmiştir⁷⁴.

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra, Ortadoğu’daki kanunlaştırma hareketlerine hâkim olan yeni bir düşünce akımı başlamıştır⁷⁵. Bu akımın lideri ise batı hukukuna ve İslam hukukuna derin hakimiyeti ile şüphesiz Mısırlı hukukçu Abdürrezzak es-Senhurî’dir⁷⁶. Senhurî, yeni Mısır Medeni Kanunu’nun sadece batı kanunlarına değil ayrıca İslam hukuku hükümlerine de dayanan bir kanun olması gerektiğini savunmuş, modern ihtiyaçlara cevap verebilmesi için de icma kaynağının kullanılmasını ve safi dini hükümler ile safi hukuki hükümlerin ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur⁷⁷. Bu yolda Mısır gibi Suriye ve Irak’ta da ciddi çalışmalar sarf etmiş ve özellikle bu üç ülkenin kanunlarının söz konusu düşünceye uygun olarak tamamlanmasını sağlamıştır⁷⁸. 1948 tarihli Mısır Medeni Kanunu’nun 1. maddesi, söz konusu düşüncenin en

68 Saleh, s. 162.

69 Saleh, s. 162.

70 Mahmasânî, *el-Evdâ’ut-Teşri’iyye*, s. 233.

71 Badr, s. 301.

72 Mahmasânî, *el-Evdâ’ut-Teşri’iyye*, s. 234; Liebesny, “Impact of Western Law”, s. 140.

73 Badr, s. 301.

74 Morcos, Farag, s. 742.

75 Arap ülkelerindeki kanunlaştırma reformlarına hâkim olan bu görüşün, İslam hukuku kaynakları bakımından değerlendirilmesi için Bkz: Anderson, s. 21-25.

76 Mahmasânî, “İslam Hukukunun Tedvini”, s. 377.

77 Liebesny, “Religious Law and Westernization”, s. 499.

78 Liebesny, “Impact of Western Law”, s. 139-140.

bariz örneğini teşkil etmektedir. Buna göre ilk defa bir kanunda, hâkimin uygulanacak hüküm bulunmaması durumunda hukuk yaratması düzenlenirken, kanunun ruhu, örf ve âdet, son olarak da İslam şeriatının temel esaslarına uygun hüküm vermesi gerektiği belirtilmiştir. İslam şeriatının bu şekilde bir kanunun boşluklarını tamamlayıcı bir rol üstlenmesi, ilk defa söz konusu kanun ile ve Senhurî'nin düşünceleri neticesinde ortaya çıkmıştır⁷⁹. Medeni hukukları çoğunlukla Mecelle'ye dayanan diğer Arap devletleri, İslam hukukunun ve batının modern sistematığının kendileri için de uygun bir sentezi olan bu kanundan etkilenmiş ve kendi medeni hukuk revizyonlarında aynı fikri takip etmişlerdir⁸⁰. Nitekim söz konusu usul, diğer Arap kanunlarında da kendisini göstermiş ve sadece batı kanunlarına dayanma düşüncesinden vazgeçilerek, doğu ve batı kültürleri ile birikimlerini birleştiren füzyon kanunlar ortaya çıkmaya başlamıştır⁸¹.

Bununla birlikte Senhurî, Mecelle'nin uygulandığı ülkelerde bu kanundan faydalanmanın gereğine inanmış ve Irak'ta olduğu gibi Suriye'de de Mecelle temelli bir kanun hazırlanmasını istemiştir. Fakat hazırlık sürecinde bir katkısı olmadığı için Suriye Medeni Kanunu bakımından bu fikri hayata geçirememiş ve Mısır Medeni Kanunu'nun temel alınması ile bu Kanun'a sadece dolaylı bir

79 Saleh, s. 162. Oysaki eski kanun döneminde bu maddenin aksine olarak, Milli Mahkemeler Nizamnamesi'nin 29. maddesine göre uygulanacak hukukun bulunmaması durumunda tabii hukuka ve hakkaniyete başvurulacağı hükme bağlanmıştı. Bkz: Badr, 301-302.

80 Badr, s. 302.

81 Senhurî'nin bu reformist yaklaşımlarının temelini, hukuki realizme uygun davranması ve klasik İslam hukuku doktrininde görülen metne sıkı sıkıya bağlılık düşüncesinden kaçınmasında aramak gerekir. Nitekim Senhurî, hukuk teorisyenlerinin "law-in-action" ve "scripturalism" olarak ikiye ayırdıkları pratik hukuk yöntemlerinden "law-in-action" ("interpretivist", "yorumcu") yöntemine dahil edilmekte, fakat kanun taslağına dair çalışmalarının bazılarında ve sonrasında kanuna yöneltilen eleştirilerde dönemin "scripturalist" ("pozitivist") yaklaşımlarının etkisinin görüldüğü söylenmektedir. Nitekim 19. yüzyıl ve 20. yüzyılın başlarında Osmanlı kanunlaştırmalarında da "scripturalist" yönetime uygun olarak fıkıh metinlerine bağlı kalmış, sadece mevcut hukuk kaynaklarının kanun formuna sokulması söz konusu olmuştur. Bkz: Wood, s. 571-572. Elbette bu değerlendirmeler geriye dönük değerlendirmeler olup, bu akımlar söz konusu kanunlaştırma hareketlerini yönlendiren düşünce akımları olarak sayılamazlar. İslam hukukunun klasik dönemde kaynak ve delillere sıkı sıkıya bağlı bir titizlikle geliştirilmesi, "scripturalist" bir yaklaşım olarak değerlendirilmiştir. Bunun aksine modern kanunlaştırmalarda özellikle Senhurî'nin fikir babahgımı yaptığı bu daha serbest ve amaca uygun kanunlaştırmalar ise "law in action" akımına benzetilmiştir. Ancak bu akım, Amerikan yargıçları tarafından geliştirilen ve Anglosakson içtihat hukukunun tabiatına uygun bir akım olan Amerikan hukuki realizmi ile de ilişkilendirilmektedir. Elbette Senhurî'nin bu akımdan etkilenmesini engelleyecek bir durum yoktur. Ancak kavram kargaşası neticesinde, Mısır Medeni Kanunu'nun Amerikan hukuki realizm akımı doğrultusunda şekillendirildiğini söylemek en basit tabirle alakasız olacaktır. Akımlar hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Ahmet Ulvi Türkbağ, "Amerikan Hukuki Realizm Akımı", *İÜHFİM*, C. LVIII, S. 1-2, 2000, s. 79-95; Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", *American Law Review*, Vol. 44:1, 1910, s. 12-36.

etkide bulunabilmiştir⁸².

Daha önce de bahsedildiği üzere, Yeni Mısır Medeni Kanunu için başlıca üç kaynak sayılmaktadır. Bunlar, Mısır mahkeme içtihatları, İslam hukuku ve karşılaştırmalı hukuktur⁸³. Elbette burada karşılaştırmalı hukuk ile kastedilen Avrupa kanunlarıdır. Ayrıca Arap ülkelerindeki bu yeni kanunlaştırma modeli, tek bir kanunun iktibasından ibaret olan eski örneklerinin aksine, farklı kanunların değerlendirilmesi ve uygun olanların seçilmesi yöntemini benimsemiştir. Latin, Cermen ve eklektik sistemi benimseyen yirmiden fazla kanun metni değerlendirilerek, Mısır pratiğine en uygun formül tercih edilmiştir⁸⁴. Böylelikle Fransız Medeni Kanunu'nun Mısır medeni hukuku üzerindeki baskın rolü sona ermiştir. Mısır Medeni Kanunu temelde Avrupa kanunları arasından en çok Fransız Medeni Kanunu'na dayansa da, Alman Medeni Kanunu'ndan da önemli izler taşımaktadır⁸⁵. Ayrıca Avrupa kanunları yanında İslam hukukuna da dayanmaları ile eklektik bir çözüm yöntemi benimsenen bu kanunların uygulamada da çok daha iyi sonuçlar doğurduğu görülmektedir⁸⁶.

İlerleyen bölümlerde görüleceği üzere Arap ülkelerinin çoğunda Mecelle'nin yerine ikame edilmesi nedeniyle, Senhurî kanunlarından ve tarihsel gelişiminden kısaca bahsetmiş olsak da daha fazlası bu makalenin kapsamı dışında kalacaktır.

B. Suriye

Osmanlı Devleti'nden ayrılan ve halihazırda Türkiye'nin güneydoğu sınır komşularından biri olan Suriye'nin resmi adı el-Cumhûriyyetü'l-Arabiyyetü's-Sûriyye (Suriye Arap Cumhuriyeti) ve başkenti de Şam'dır. Suriye adı resmi olarak tarihte ilk defa 1864 Vilâyet Nizamnâmesi'nde kullanılmış ve bu nizamname ile tesis edilen Şam merkezli Suriye vilayeti, 1918'de bölgeden çekilene kadar Osmanlı hakimiyeti altında kalmıştır⁸⁷. Bu tarihe kadar Osmanlı'nın kaza yetkisi alanına giren Suriye'deki mahkemelerde Mecelle uygulanmış, Osmanlı'nın yıkılmasından sonra da bu uygulama bir süre daha devam etmiştir⁸⁸.

82 Saleh, s. 165.

83 Morcos, Farag, s. 745; Mahmasânî, *Felsefetü't-Teşri'*, s. 88.

84 Morcos, Farag, s. 746.

85 Özellikle sübjektif borç nazariyesini benimseyen Fransız Medeni Kanunu'nun aksine, objektif borç nazariyesine yaklaşması bakımından Cermen asıllı kanunlara dayandığı söylenmektedir. Bkz: Morcos, Farag, s. 750.

86 Liebesny, "Impact of Western Law", s. 140-141.

87 Ş. Tufan Buzpınar, "Suriye", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. XXXVII, İstanbul 2009, s. 553 ("Suriye").

88 Ahmet Şimşirgil, Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, 2. Baskı, KTB Yayınları, İstanbul 2009, s. 59.

1. Osmanlı Sonrası Hukuki Gelişim

Vilâyet Nizamnâmesi'nin 6. maddesine göre Osmanlı Devleti'nin mülki birimlerini oluşturan vilayetlerin başında bulunan valiler, bütün yetkilerini pa-dışahtan almaktadırlar⁸⁹. Bunun neticesinde yargılama teşkilatına ilişkin çe-şitli yetkileri devralmış olsa da valiler, merkezi hükümetin yürürlüğe koyduğu kanunları uygulamakla memurdurlar. Bu nedenle de Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, merkezi hükümet tarafından kanunlaştırılmış olmakla bütün Osmanlı vila-yetleri gibi Suriye vilayetinde de yürürlüğe girmiştir. Birinci Dünya Savaşı'nın kaybedilmesi ile birlikte Suriye vilayeti Fransız işgali altında kalmıştır. 1920 San Remo konferansında Suriye ve Lübnan'ın yönetimi Fransız mandasına bı-rakılmış ve 1922 yılında manda yönetimi Milletler Cemiyeti tarafından onay-lanmıştır. Böylelikle Suriye resmi olarak 1922 ile 1946 yılları arasında Fransız mandası altında kalmıştır⁹⁰.

Fransızlar bazı değişiklikler yapmakla birlikte Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'yi genel olarak yürürlükte bırakmışlardır⁹¹. Bu değişikliklerden en önemlisi, Lübnan ile birlikte Suriye'de de yürürlüğe giren ve Mülkiyet Kanunu olarak da bili-nen 1930 tarihli ve 3339 sayılı Karar ile gerçekleşmiştir. Böylelikle bu tarihten itibaren Mecelle'nin söz konusu Karar ile çelişen mülkiyet hukukuna ilişkin hükümleri ilga edilmiştir⁹².

3 Haziran 1947'de çıkarılan 353 sayılı Kanun ve 30 Haziran 1947 tarihinde çıkarılan 80 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile birlikte mahkeme teşkila-tına ve mahkemelerin görev ve yetkilerine ilişkin hükümler yeniden düzenlen-miştir⁹³. Buna dayanarak yeni Medeni Kanunun kabulünden önce, yargılama hukukuna ilişkin Mecelle'nin on altıncı kitabı Kitabü'l-Kaza'nın söz konusu düzenlemeler ile birlikte 1947 yılında yürürlükten kaldırıldığı söylenebilir.

Sonuç olarak Mecelle'nin mülkiyet hukukuna ilişkin hükümleri 1930 tarihli Mülkiyet Kanunu'na kadar⁹⁴, yargılama hukukuna ilişkin hükümleri 1947 yılı-na kadar⁹⁵, diğer hükümleri ise 1949 yılına kadar Suriye'de yürürlükte kalmış-

89 Düstur, Cilt 1, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1289 (1872), s. 608.

90 Buzpinar, "Suriye", s. 553; *The New Cambridge Modern History*, Ed. C. L. Mowat, Vol. XII, The Shifting Balance of World Forces 1898-1945, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge 1968, s. 292-293.

91 Mahmasânî, "İslam Hukukunun Tedvini", s. 378.

92 Fawaz Al-Saleh, *el-Kanun el-Medenî Mesâdir el-İltizâm (Civil Law 1)*, Publications of the Syri-an Virtual University (SVU), Syrian Arab Republic, 2018, s. 2.

93 Theodore E. Mogannam, "Practical Application of the Law in Certain Arab States", *George Washington Law Review*, Vol. 22:2, 1953, s. 144, 146.

94 Anderson, s. 20.

95 Mogannam, s. 144, 146.

tır⁹⁶. Suriye’de bağımsızlığın kazanılmasından sonra gerçekleşen askeri darbe ile başa geçen, Suriye’nin ilk asker lideri olan Hüsnü el-Zâim, reformist bir tutum ile Mecelle’yi yürürlükten kaldırmış ve esasen Mısır Medeni Kanunu’na dayanan yeni Suriye Medeni Kanunu’nu yürürlüğe koymuştur⁹⁷.

2. Mecelle’nin Suriye Medeni Kanunu Üzerindeki Etkisi

84 numaralı Suriye Medeni Kanunu, 18 Mayıs 1949 tarihinde mecliste kabul edilmiş, 1. maddesi gereğince 15 Haziran 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁹⁸. Kanun’un 2. maddesi gereğince de söz konusu yürürlük tarihinden itibaren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ilga edilmiştir⁹⁹. Kanun’un gerekçesinde Mecelle ve manda yönetiminin çeşitli düzenlemeleri ile dağınık bir yekün halindeki medeni hukukun sistematik bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Bu ihtiyaç doğrultusunda, Suriye ile ortak geleneklere, benzer ve oldukça yakın sosyal yapıya sahip olması sebebiyle, 1948 Mısır Medeni Kanunu’nun ufak değişikliklerle iktibası tercih edilmiştir¹⁰⁰.

Mısır’ın aksine, yeni Medeni Kanun’un kabulü Suriye hukukunda şeriatın alanını genişletmemiş, aksine daraltmıştır. Çünkü Mısır’da söz konusu kanun yürürlüğe girene kadar seküler Fransız hukukuna dayanan kanunlar uygulanırken, 1949 yılına kadar Suriye’de Mecelle yürürlükte idi. Yeni Medeni Kanun ile kıyaslandığında, Mecelle’nin İslam hukukunun bir kodifikasyonu olması nedeniyle, söz konusu değişiklik medeni hukuk sahasında İslam hukukunun sınırlanması ve vaz’i (beşeri yasama) kanunların alanının genişlemesi sonucunu doğurmuştur¹⁰¹. Ayrıca *Kubbec*’in ifade ettiğine göre, 84 sayılı Medeni Kanun’un 2. maddesinin açıkça ve tamamen Mecelle’yi ilga etmesi nedeniyle, kanunda boşluk bulunması hallerinde aynı madde gereğince İslam hukuku prensiplerine başvurulabilse de İslam hukukunun tedvini olan Mecelle’nin hükümlerine doğrudan başvurulamayacaktır¹⁰².

Böylelikle yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Suriye topraklarında da uygulanan Mecelle’nin, Suriye medeni hukuku üzerindeki resmi etkisi sona ermiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, bölgenin önde gelen hukukçu ve hakimlerinin

96 Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, s. 234.

97 Saleh, s. 161.

98 Liebesny, “Impact of Western Law”, s. 140; Kubbec, s. 172; Badr, s. 302.

99 İbrahim, s. 12.

100 Badr, s. 302, Al-Saleh, s. 2. Mısır Medeni Kanunu’nun delil hukukuna ilişkin hükümler dışında kalan kısmı tamamen iktibas edilerek Suriye Medeni Kanunu olarak yürürlüğe konulmuştur.

Bkz: Morcos, Farag, s. 753.

101 Saleh, s. 163.

102 Kubbec, s. 172.

çoğunlukla İstanbul Hukuk Fakültesi'nde yetiştiği göz önünde tutulursa¹⁰³, Mecelle ve onun oluşturduğu medeni hukuk doktrininin Suriye hukukunu en azından doktrinsel olarak bir süre daha etkilemeye devam ettiği söylenebilir.

C. Irak

Osmanlı bakiyesi Ortadoğu devletlerinden ve Türkiye'nin de sınır komşularından biri olan Irak'ın resmi adı el-Cumhûriyyetü'l-İrâkiyye (Irak Cumhuriyeti) olup, başşehri de Bağdat'tır. Osmanlı hakimiyetinden fiilen 1918 yılında ayrılmasına rağmen¹⁰⁴, modern Irak Devleti'nin 1914 ve 1932 yılları arasında İngiltere tarafından şekillendirildiği söylenmektedir. İşgal ile Osmanlı'dan ayrılan Irak toprakları 1920 yılında Milletler Cemiyeti tarafından İngiltere'nin manda ve himayesine bırakılmıştır. Halk tarafından dirençle karşılanan bu manda dönemi, 1932 yılında Irak'ın bağımsız bir devlet olarak Milletler Cemiyeti'ne üye olmasına kadar devam etmiştir¹⁰⁵.

1. Osmanlı Sonrası Hukuki Gelişim

İngiltere hakimiyeti ele geçirdiğinde, Irak'ta Osmanlı hukuku ve dolayısıyla Mecelle yürürlükte idi. İngilizler işgal sonrası Mecelle'nin yürürlükten kaldırılması ve Hindistan'da uyguladıkları hukuka dayanan bir işgal kanunu uygulanması için girişimde bulunmuşlardır¹⁰⁶. Basra ve çevresindeki bölgelerde 1 Ağustos 1915 tarihinde Irak İşgal Bölgeleri Kanunu (*Iraq Occupied Territories Code*) yürürlüğe girse de Bağdat'ta Mecelle yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Mecelle gibi bir kanunun etkisiyle baş edemeyen işgal yönetimi, 1 Ocak 1919'da alınan bir karar ile Irak kentleri olan Bağdat, Musul ve Basra'da hukuki birlik sağlanması adına İşgal Kanunu'nu ve Basra'da yürürlükte olan bazı Hint kanunlarını ilga etmiştir. Bu karar ile Bağdat'ta geçerli olan hukuki rejim ve Mecelle, bazı kabilelerin yerel hukuklarının geçerli olduğu bölgeler istisna olmak üzere bütün Irak'ta geçerli hale gelmiştir¹⁰⁷. Genel itibariyle de İngiltere'nin Ortadoğu'daki manda yönetimleri arasında İngiliz teamül hukukunun (*common law*) en az tesir edebildiği bölge Irak olmuştur¹⁰⁸.

103 Onar, s. 57.

104I. Dünya Savaşı'ndan sonra Irak'ın durumu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Gökhan Çetinsaya, "Irak", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XIX, İstanbul 1999, s. 93-95; Marion Farouk Sluglett, Peter Sluglett, "Irak", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XIX, İstanbul 1999, s. 95-99.

105 Dan E. Stigall, "Iraqi Civil Law: Its Sources, Substance and Sundering", *The Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 16:1, Florida State University, 2006, s. 5-6.

106 Stigall, s. 9.

107 Zuhair E. Jwaideh, "The New Civil Code of Iraq", *George Washington Law Review*, vol. 22:2, 1953, s. 177.

108 Liebesny, "Impact of Western Law", s. 136.

İngiliz mandasının son dönemleri ve bağımsız Irak Devleti'nin ilk zamanlarında Mecelle'nin çeşitli hükümleri ya tadil edilmiş ya da yeni düzenlemeler ile ilga edilmiştir¹⁰⁹. Ancak Mecelle, ülkenin medeni kanunu olarak yerini muhafaza etmiştir. Milletler Cemiyeti'ne 1932 yılında üye olması ile birlikte bağımsızlığını ve dolayısıyla yargı yetkisini kazanan Irak yönetimi, hukuki yapının tesisi ve milli kanunların hazırlanması için çalışmalara başlamıştır. Osmanlı kanunları yürürlüğe girdikten sonra birçok siyasi gelişime maruz kalan Irak'ta, zamanın gelişmelerine ve kendi sosyal yapısına uygun yeni ve kapsamlı bir medeni kanuna ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim Mecelle, modern anlamda tam bir medeni kanun olmaktan ziyade bir akitler kanunu niteliğindedir. Ayrıca yine Osmanlı döneminden kalan Arazi Kanunu ve Tapu Kanunu gibi birçok başka kanunla birlikte uygulanması gerekmektedir. Bütün bunların sonucunda kapsamlı ve tek bir medeni kanun yapma fikri ortaya çıkmıştır¹¹⁰.

Nihayet 1933 yılında, yeni bir medeni kanunun hazırlanması için ilk adım atılmış ve Irak'ın önde gelen hukukçularından oluşan bir komisyon, bu konuda çalışma yapmak üzere toplanmıştır. Fakat komisyonun çalışmaları, özellikle Müslüman din adamlarının tepkisini çekmiş ve şeriata dayanan hâkim hukukun değiştirileceği kaygısıyla yeni kanun çalışmalarına karşı bir direnç ortaya konmuştur. Bu dirençle çatışmayı göze alamayan Irak hükümeti, kanunlaştırma düşüncelerini askıya almış ve komisyonun faaliyetlerini sona erdirmiştir¹¹¹. 1936 yılında, medeni kanunun hazırlanması için ikinci bir komisyon atanmıştır¹¹². Komisyon, 11 Şubat 1936'da çalışma yöntemini belirlemek için dönemin Adalet Bakanı'nın başkanlığında ilk toplantısını gerçekleştirmiştir¹¹³. Toplantı sonucunda oybirliği ile kabul edilen sonuç bildirisinde, yeni kanun hazırlanırken halen yürürlükte olan Mecelle'nin esas alınacağı ve mezhep ayrımı gözetmeksizin İslam hukukunun tarihsel pratiği ile Avrupa'daki modern hukuki gelişmeleri sentezleyen bir medeni kanun hazırlanacağı belirtilmiştir. Ayrıca aynı toplantıda o dönem Irak Hukuk Fakültesi Dekanı olan Abdürrezzak es-Senhuri'nin, Hukuk Fakültesi Mecelle Profesörü Münir el-Kadı'nın yardımı ile medeni kanunun ilk taslağını hazırlamasına karar verilmiştir¹¹⁴.

Tam bir medeni kanun taslağı ortaya konulamadan, 1936 yılı sonbaharında gerçekleşen askeri darbe ile yönetim değişmiş ve komisyon faaliyetleri sona erdirilmiştir. Fakat 1943 yılında, o sırada Mısır'da bulunan Abdürrezzak es-

109 Sabah Al-Mukhtar, "Iraq", *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 163.

110 Jwaideh, s. 177-178.

111 Jwaideh, s. 178.

112 Mahmasâni, *Felsefetü't-Teşri'*, s. 79-80; İbrahim, s. 10-11.

113 Jwaideh, s. 178.

114 Kubbec, s. 176, Jwaideh, s. 179-180.

Senhurî, Irak hükümeti tarafından yarım kalan faaliyetlerini tamamlamak ve yeni bir medeni kanun hazırlamak üzere tekrar Bağdat'a davet edilmiştir. Bu daveti kabul eden Senhurî, medeni kanunun hazırlanması için kendi başkanlığında bir komisyonla ve ilk tecrübesinde elinde olmayan yeni bir kaynakla, yani yeni Mısır Medeni Kanunu Taslağı ile çalışmalarına tekrar başlamıştır. Üç sene içerisinde de yeni kanunun taslak metni tamamlanmıştır.¹¹⁵

Böylelikle Mısır Medeni Kanunu'ndan çok daha önce çalışmalarına başlanmış olsa bile, söz konusu gecikmelerden dolayı Irak Medeni Kanunu'nun, Senhurî'nin diğer bir eseri Mısır Medeni Kanunu'nun etkisinde tamamlandığı söylenebilir. Ancak Irak Medeni Kanunu'nun Mısır Medeni Kanunu'ndan farkı, batı kanunlarından ziyade daha çok İslam hukuku kaynaklarına ve bilhassa da Mecelle'ye dayanan bir kanun olmasıdır¹¹⁶. Nitekim Senhurî, Mecelle'nin uygulandığı bir ülkede batı kanunları pratiğinin doğurduğu bir örneğin, yani Mısır örneğinin tek başına faydalı ve yeterli olamayacağını düşünmüştür¹¹⁷. Sonuç olarak Mecelle'ye dayanan birçok hüküm içermesi nedeniyle Irak Medeni Kanunu, çağdaşı ve kardeşi Mısır Medeni Kanunu'ndan ayrılmaktadır.

2. Mecelle'nin Irak Medeni Kanunu Üzerindeki Etkisi

Irak'ta Osmanlı hakimiyeti sonrasında medeni hukuk alanında resmi olarak yürürlüğe giren her kanunda Mecelle'nin izlerine rastlanmaktadır. 1951 tarihli 40 sayılı Kanun'da Mecelle'nin bazı hükümleri ve hatta bazı bölümleri aynen alınmıştır. Bir komisyon tarafından hazırlanan ve 8 Eylül 1951 tarihinde resmî gazetede yayımlanan 40 sayılı Irak Medeni Kanunu, aynı kanunun 1382. maddesi gereğince yayımlandıktan iki sene sonra, yani 1953 yılında fiilen yürürlüğe girmiştir¹¹⁸. 40 sayılı Kanun'un 1381. maddesi gereğince, söz konusu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte Mecelle'nin on dördüncü kitabı Kitabü'd-Dava ve on altıncı kitabı Kitabü'l-Kaza hükümleri dışındaki düzenlemeleri ilga edilmiştir. Mecelle'nin Dava ve Kaza kitapları da söz konusu madde gereğince, 40 sayılı Kanun'un hükümleri ile lafzen veya delaleten çelişmediği sürece uygulanacaktır¹¹⁹.

115 Jwaideh, s. 180.

116 Morcos, Farag, s. 753-754.

117 Saleh, s. 163.

118 Liebesny, "Impact of Western Law", s. 140. Ayrıca madde metni için Bkz: *El-Kânun el-Medenî (rakam 40 lisene 1951)*, el-Hükümetü'l-İrakiyye Vezaretü'l-Adliyye, Matbaatü'l-Hüküme, Bağdad 1951, s. 310.

119 Kubbec, s. 173. *Abdülazim İbrahim*, eserinde bunun tersini iddia etse de 1381. maddenin metninden anlaşıldığı üzere Mecelle'nin hükümleri 40 sayılı Kanun'un hükümleri ile çelişmediği sürece uygulanacaktır. Bu ifadeye göre de çelişki olması durumunda yeni kanunun hükümleri ile amel edileceği açıktır. Yazar, söz konusu makalede bir yazım yanlışlığından ötürü sehven aksini iddia etmiş olmalıdır. Bkz: İbrahim, s. 11.

Bazı eserlerde Mecelle'nin Irak'ta 1951 yılına kadar yürürlükte kaldığı ifade edilmiş olsa da¹²⁰ 8 Eylül 1951 tarihinde resmi gazetede yayımlanan 40 sayılı Irak Medeni Kanunu, aynı kanunun 1382. maddesi gereğince neşrinden itibaren 2 senenin geçmesi ile yürürlüğe girmiştir¹²¹. Böylelikle söz konusu maddeden Mecelle'nin Irak'ta 8 Eylül 1953 tarihine kadar yürürlükte kaldığı anlaşılmaktadır.

1951 Irak Medeni Kanunu'nun 3. maddesi, mehz Mecelle ile Mısır Medeni Kanunu'na dayanan yargılama örneklerini birleştiren bir niteliğe sahiptir. Bu maddeye göre, söz konusu Kanun uygulanırken hâkim Irak mahkemelerinin yargılama örneklerinden ve doktrin görüşlerinden yararlanacağı gibi, bu Kanun ile benzer hukuki sisteme sahip ülkelerin mahkemeleri ve hukukçularının görüşlerinden de faydalanacaktır¹²². Bu madde ilk bakışta Irak medeni hukuk doktrini ile Mısır medeni hukuk doktrinini bağdaştıran bir madde gibi gözükse de, bunun yanında Mecelle'ye dayanan hükümler içermesi nedeniyle söz konusu hükümler bakımından Mecelle'nin uygulandığı diğer ülke içtihatları ve hatta Osmanlı içtihatlarından da faydalanılabileceğini öngörmektedir.

1969 tarihli ve 83 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve sonrasında birçok hükmünün yerini alan 1979 tarihli ve 107 sayılı Delil Kanunu ile birlikte, 1951 Irak Medeni Kanunu'nun 1381. maddesi gereği söz konusu kanunla çatışmadığı sürece yürürlüğü devam eden Mecelle'nin on dördüncü kitabı Kitabü'l-Dava ve on altıncı kitabı Kitabü'l-Kaza'nın hükümlerinin de yürürlükten kaldırıldığı anlaşılmaktadır¹²³. Son olarak 1983 tarihli ve 36 sayılı Şirketler Kanunu'nun 215. maddesi ile birlikte Mecelle'den kalan hükümlerde değişiklikler yapılmıştır¹²⁴.

Suriye'de olduğu gibi ilk dönem Irak hakimlerinin çoğunluğu da İstanbul Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş ve bu nedenle Mecelle temelli bir medeni hukuk doktrini ile yetişmişlerdir¹²⁵. Sonuç olarak Mecelle'nin bazı hükümlerinin yürürlükte bırakılması, hukukçuların söz konusu yetişme tarzı ve Irak Medeni Kanunu'nun 3. maddesi gereğince, Mecelle'nin Irak medeni hukuk doktrinini çok daha uzun süre etkilemeye devam ettiği anlaşılmaktadır.

120 Bkz: Hayrettin Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 306; Şimşirgil, Ekinci, s. 59.

121 Jwaideh, s. 176. Ayrıca madde metni için Bkz: *El-Kânun el-Medenî (rakam 40 lisene 1951)*, s. 310.

122 Bkz: Badr, s. 303.

123 Bkz: Al-Mukhtar, s. 165.

124 İbrahim, s. 10-11, dn. 6.

125 Onar, s. 57.

4. Lübnan

Osmanlı hakimiyeti altında özerk bir mutasarrıflık statüsü taşıyan Lübnan, 1918 yılında İngiliz ve Fransız kuvvetlerince işgal edilerek Osmanlı hakimiyetinden çıkmıştır. Fransız mandası altında 1926 yılında başkenti Beyrut olarak kurulan Lübnan Cumhuriyeti, 1945 yılında bağımsız bir devlet olarak Birleşmiş Milletler'e üye olmuştur¹²⁶.

1. Osmanlı Sonrası Hukuki Gelişim

1861 yılında hazırlanan ve 1864 yılında son şeklini alan Cebel-i Lübnan Vilâyet Nizamnamesi ile birlikte, Lübnan Dağı ile sınırlı tutulan, Beyrut ve Müslüman sahil bölgelerini kapsamayan Lübnan Vilayeti, Osmanlı Devleti'nin merkezi yönetiminden ayrılarak idari, mali ve adli açılarından özerk bir statü kazanmıştır¹²⁷. Siyasi açıdan özerk bir mutasarrıflık statüsü taşısa da Bab-ı Âli tarafından tayin olunan Hristiyan mutasarrıf, hükümdardan alacağı yetki ile hakimleri tayin edeceği için, yargılama yetkisinin içeriği bakımından Lübnan topraklarının Osmanlı Devleti'ne bağlı olduğu söylenebilir¹²⁸. Nitekim yargılama usulüne ve mahkemelerin teşekkülüne ilişkin açık maddeler içeren Nizamname, kanunlar ihtilafı kuralları dışında uygulanacak maddi hukuka ilişkin bir tespitte bulunmamıştır¹²⁹. Bu durum mutasarrıflığın tesisinden önce çıkan kanun ve nizamnameler için bir karışıklık oluşturmaya da, uygulamada mutasarrıflık döneminde Osmanlı merkezinde çıkan bazı kanun ve nizamnamelerin Cebel-i Lübnan'da uygulamaya konulmadığı görülmektedir¹³⁰. Kanunların yürürlüğü bakımından karşılaşılan bu kargaşa Mecelle'ye bağlı uygulanan bazı nizamnameler bakımından söz konusu olsa da Mecelle'nin kendisi için söz konusu değildir¹³¹. Bu nedenle mutasarrıflık döneminde Mecelle'nin Cebel-i Lübnan Vilayeti'nde uygulandığı kesin olarak söylenebilir.

126Ş. Tufan Buzpınar, "Lübnan", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. XXVII, Ankara 2003, s. 251-252 ("Lübnan").

127 Cenk Reyhan, Cebel-i Lübnan Vilâyet Nizamnamesi, *Memleket: Siyaset-Yönetim Dergisi*, Sayı 1, Ankara 2006, s. 175. Bununla birlikte bazı kaynaklarda Cebel-i Lübnan'ın miladi 1860 yılında muhtariyet (özerklik) statüsünü kazandığı geçmektedir. Bkz: Emile Tyan, *El-Kânun el-Medenî el-Lübnânî en-Nizâm el-Akâri Fî Lübnân*, Matbaatü Nahda, Mısır 1955, s. 3; Yanko Vitinos, "Cebel-i Lübnan Hakkında", *İstişare*, sayı: 20, İstanbul 1324 (1909), s. 935.

128Söz konusu nizamnamenin 1. maddesi için Bkz: Reyhan, s. 178-179.

129 Bkz: Ekrem Buğra Ekinci, "Lübnan'ın Esas Teşkilat Tarihçesi", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 3, 1998, s. 21-22.

130 Vitinos, s. 936-937.

131 Lübnan hukuk sistemini değerlendiren birçok çalışma ve Lübnan kanunlarının kendisi bunu doğrulamaktadır. Bkz: Magnus Nordanskog, *The Legal System of Lebanon: From French Influence to Globalisation and European Community Law*, yayımlanmamış yüksek lisans (LL.M.) tezi, University of Lund Faculty of Law, 2001, s. 33; Tyan, s. 2 vd.; Kubbec, s. 190; 1932 Borçlar ve Akitler Kanunu madde 1106.

Osmanlı döneminde Cebel-i Lübnan Vilayeti olarak geçen bölge, bugünkü Lübnan'ın merkezini oluşturmaktadır. Lübnan Devleti'nin bugünkü sınırları ise 1923 Lozan Antlaşması sonucunda belirlenmiştir¹³². İşgal ile Osmanlı hakimiyetinden çıktıktan sonra dahi belirli bir süre Mecelle Lübnan'da uygulanmaya devam etmiştir. 1920 San Remo konferansında Suriye ile birlikte Lübnan da Fransız mandasına bırakılmış ve Milletler Cemiyeti tarafından 1922 yılında Lübnan'daki Fransız mandası onaylanmıştır¹³³. Fransız manda yönetimi, Lübnan'ın 1943 yılında bağımsızlığını ilan etmesine kadar devam etmiştir¹³⁴.

Fransız mandası altındaki bu dönemde genel düşünce Mecelle'nin ilga edilerek borçlar ve akitler konusunda yeni bir kanunlaştırma yapılması olmuştur¹³⁵. Özellikle 1926 ve 1930 yılları arasında, hukuk mevzuatının sosyal ve iktisadi hayata uygun ve daha modern bir hale getirilmesi için yoğun çaba sarf edilmiş ve bu dönemde Osmanlı'dan kalan kanunların, özellikle de Mecelle hükümlerinin yerini alan birçok hukuki düzenleme yapılmıştır. Bunların en önemlileri şüphesiz 1930 Mülkiyet Kanunu, 1932 Borçlar ve Akitler Kanunu, 1934 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Deniz ve Kara Ticaret Kanunları, ve Gayrimenkul Mülkleri Nizamnamesidir¹³⁶.

Bu noktada Lübnan medeni hukukunu oluşturan iki temel kanun karşımıza çıkmaktadır: 1930 Mülkiyet Kanunu ve 1932 Borçlar ve Akitler Kanunu. 12 Kasım 1930 yılında çıkarılan 3339 sayılı karar, Mülkiyet Kanunu olarak adlandırılmakta ve gayrimenkul mülkiyeti ile diğer aynı haklara ilişkin hükümleri içermektedir¹³⁷. Ancak bu hükümlerin gayrimenkullerden çok menkul mülkiyetini ilgilendiren hükümler olduğu söylenebilir¹³⁸. Toprak hukukunun Osmanlı'da ve dolayısıyla Lübnan'da genel olarak mülk ya da miri şeklinde sınıflandırıldığı ve mülk araziye ilişkin hukuk Mecelle'ye tabi iken, miri araziye ait hükümlerin de Arazi Kanunnamesi ile düzenlendiği düşünülürse¹³⁹, 1930 Mülkiyet Kanunu ile birlikte Mecelle'nin mülkiyet hukukuyla ilgili bütün hükümlerinin ilga

132 Tyan, s. 2.

133 Buzpınar, "Lübnan", s. 251; *The New Cambridge Modern History*, s. 292-293.

134 Warren G. Wickhershaw, Marwan M. Nsouli, "Legal System of Lebanon: Summary and Bibliography", *The International Lawyer*, Vol. 5:2, American Bar Association, 1971, s. 300-307. Lübnan anayasasında kabul edilen manda yönetimine ilişkin hükümler, 1943 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasanın manda rejimine ait son hükümlerinin de 1947 yılında ilga edilmesi ile birlikte, Lübnan'da manda yönetiminin anayasal olarak tamamen son bulunduğu söylenebilir. Bkz: Ekinci, s. 32.

135 Kubbec, s. 190.

136 Tyan, s. 1.

137 Tyan, s. 3-4.

138 Nordanskog, s. 33.

139 Bkz: Mehmet Âkif Aydın, "Arazi Kanunnâmesi", *TDV İslam Ansiklopedisi*, III, İstanbul 1991, s. 346-347.

edildiği söylenebilir. Mecelle'nin çoğunluğunu oluşturan borç ve akitlere ilişkin hükümlerin yerini alan düzenlemeler ise, 1932 Borçlar ve Akitler Kanunu hükümleridir.

1925 yılında Fransız hakim Ropers, Lübnan Hükümeti tarafından borçlar ve akitler alanını düzenleyen bir kanun hazırlamakla görevlendirilmiştir. Hazırlanan kısım sonrasında Lyon Üniversitesi'nden Fransız hukuk profesörü Louis Josserand'a sunulmuş, Josserand ise bazı temel değişiklikler ve ilaveler neticesinde hazırlanan metni bir kanun taslağı haline getirmiştir¹⁴⁰. İstisari Yasama Komisyonu'na sunulan taslak metin genel olarak kabul edilse de, esasında Mecelle'ye dayanarak yerel olarak uygulanan, selem akdi¹⁴¹ ve mugârese akdi¹⁴² gibi bazı hukuki kurumlar kanuna eklenmiştir¹⁴³. Sonrasında taslak Lübnan Temsilciler Meclisi'ne gönderilmiş ve 9 Mart 1932 tarihinde kabul edilmiştir. Kanun'un 1107. maddesi gereğince resmi gazetede yayımlandıktan (11 Nisan 1932) 30 ay sonra, 11 Ekim 1934 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁴⁴.

1930 tarihli Mülkiyet Kanunu ve 1932 tarihli Borçlar ve Akitler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, ehliyeti daraltan haller, hacir, mudarebe ve bazı tarım ortaklıklarına ilişkin hükümler dışında, Mecelle'nin çoğu hükmü yürürlükten kaldırılmıştır¹⁴⁵. Fransız hukukçular tarafından hazırlanan 1934 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte de Mecelle'nin yarılama hukukuna ilişkin hükümlerinin yürürlüğü sona ermiştir¹⁴⁶. Böylelikle Mecelle'nin mülkiyete dair hükümlerinin 1930 yılına kadar, sayılan istisnalar dışında diğer hükümlerinin ise 1934 yılına kadar Lübnan'da yürürlükte kaldığı söylenebilir¹⁴⁷.

2. Mecelle'nin Lübnan Medeni Kanunu Üzerindeki Etkisi

Fransız mandası altında 1934 yılında yürürlüğe giren, 1932 Borçlar ve Akitler Kanunu'nun 1106. maddesi gereğince, Mecelle'nin söz konusu kanun ile çelişen veya bu kanunun hükümleri ile uyuşmayan, alım-satım ile ilgili bütün hükümleri ilga edilmiştir. Ancak alım-satım ile ilgili (iştirai) hükümlerden ba-

140 Mahmasânî, *Felsefetü't-Teşri'*, s. 93.

141 İslam hukukunda "*peşin bedelle veresiye mal değişimini konu edinen satım türü*" olarak tanımlanan selem akdi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Bilal Aybakan, "Selem", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXXVI, İstanbul 2009, s. 402-405.

142 Terim anlamı olarak mugârese, yetiyecek ürün ortak olmak üzere arazi ve emek sahibinin bir arazi üzerinde ağaç dikip yetiştirmek üzere yaptıkları sözleşmeye denir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Hüseyin Kayapınar, "Mugârese", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXX, İstanbul 2005, s. 373-374.

143 Kubbec, s. 190.

144 Kubbec, s. 191.

145 Anderson, s. 20; Liebesny, "Religious Law and Westernization", s. 498.

146 Bkz: Nordanskog, s. 34.

147 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 234.

zıları istisna tutulmuştur. Bunlar yukarıda da bahsedildiği üzere Mecelle'nin dokuzuncu kitabı Kitabu'l-Hacr ve onuncu kitabı Kitabu's-Şirket'ten sulama, ateş yakma, avcılık, arıcılık, nehirleri ıslah, müzaraa ve müsakat ile ilgili hükümlerdir¹⁴⁸.

1934 yılı itibariyle Mecelle'nin çoğu hükmü yürürlükten kaldırılmış olsa bile, hakimler önlerine gelen uyuşmazlıkta yerel mevzuatta hüküm bulunamaması durumunda, tali kaynak olarak Mecelle'ye başvurmakla mükellef tutulmuşlardır¹⁴⁹. Lübnan Borçlar ve Akitler Kanunu çıkarılırken kanunun bazı hükümlerinin Mecelle'den farklı olması nedeniyle çeşitli çevrelerde çıkan tartışmalar¹⁵⁰, doktrinde Mecelle'nin ağırlığını göstermesi bakımından önemlidir.

Sonuç olarak Lübnan'da kişiler ve aile hukukuna ilişkin hükümler hariç, diğer konularda batı tarzı kanunların kabul edildiği söylenebilir. Nitekim 1930 Mülkiyet Kanunu ve 1932 Borçlar ve Akitler Kanunu ile birlikte Lübnan'ın, Fransız Code Civil'ini ilgili hükümler bakımından ıktibas ettiği söylenmektedir¹⁵¹. Kişiler ve aile hukuku meseleleri ise 1942 yılında yeniden düzenlenen şeriat mahkemelerinin yetkisinde bırakılmıştır¹⁵². Bununla birlikte Lübnanlı bazı hukukçular, Mecelle'nin halen Lübnan'ın ortak hukuku olduğunu ve bu nedenle kanun boşluklarında Fransız hukukundan önce Mecelle'ye başvurulması gerektiğini savunsa da, bu görüş doktrinde azınlıkta kalmakta ve uygulamada Fransız hukukunun etkisi ağır basmaktadır¹⁵³.

E. Filistin

Suriye ile Mısır arasında ve Akdeniz ile Şeria (Ürdün) Nehri arasında kalan topraklar tarihin en eski dönemlerinden beri Filistin olarak anılmaktadır. XVI. yüzyılda Yavuz Sultan Selim döneminden itibaren Osmanlı hakimiyetinde olan bu topraklar, İngilizlerin 1918 yılındaki işgali sonucunda Osmanlı hakimiyetinden çıkmıştır¹⁵⁴. Bugün İsrail ile Filistin Devleti'ni barındıran bu topraklarda, maalesef halen tam bir siyasi istikrarın sağlandığı söylenemez.

148 Ayrıntılı bilgi için Bkz: Kubbec, s. 173; Akgündüz, s. 235-241, 251-309.

149 Şimşirgil, Ekinci, s. 59.

150 Bkz: Mahmasânî, "İslam Hukukunun Tedvini", s. 381. Ayrıca Mecelle'nin küllî kaidelerinin Lübnan medeni hukukunun temelini oluşturduğu ve halen yürürlükte olduğu ifade edilmektedir. Bkz: Halil Ghosn, "Adli Hükümler Mecellesi ve Lübnan Hukuk Sistemi", *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri*, Ed. Fethullah Soyubelli, Bursa Kültür A. Ş., Bursa 2021, s. 564-565.

151 Bkz: Nordanskog, s. 33.

152 Anderson, s. 20, Mahmasânî, *Felsefetü't-Teşri'*, s. 97.

153 Nordanskog, s. 33.

154 M. Lutfullah Karaman, "Filistin", TDV İslâm Ansiklopedisi, XIII, İstanbul 1996, s. 94.

1. Osmanlı Sonrası Hukuki Gelişim

Filistin'de 1918'e kadar süren Osmanlı hakimiyeti döneminde, Mecelle mahkemelerde resmi bir hukuk kaynağı olarak uygulanmıştır. Sonrasında 1920-1948 yılları arasındaki İngiliz mandası döneminde de Mecelle'nin çoğu hükümleri yürürlükte kalmaya devam etmiş ve İngiliz mevzuatı ile birlikte uygulanmıştır¹⁵⁵.

Osmanlı hakimiyetinden çıktıktan sonra Filistin'deki hukuki yapının tesisi bakımından kronolojik bir gözlem yapacak olursak, ilk dönem olarak 1918-1920 yılları arasındaki işgal yönetimine bakmak gerekir. İngiliz işgal yönetimindeki yasama faaliyetleri İngiltere'nin Mısır Görev Gücü Komutanı veya İşgal Yönetimi Komutanı tarafından verilen kararnameler ve askeri bildirimler ile yürütülmüştür. Savaş hukuku ve teamülleri gereği işgal yönetiminin, işgal altındaki bölgenin kanunlarını ilga etme veya değiştirme yetkisi yoktur. Dolayısıyla Filistin'de Osmanlı döneminden kalan kanunlar işgal döneminde de yürürlükte kalmaya devam etmiştir¹⁵⁶. Mahkeme teşkilatı ise Osmanlı dönemi ile genel olarak aynı kalmış, ancak savaşın başlaması ile birlikte yabancı devletlere verilen kapitülasyonlar, işgal yönetimi tarafından yenilenmemiş ve mahkemeler genel olarak bütün davalara bakmakla yetkilendirilmişlerdir. Sadece şeriat ve cemaat mahkemelerinin statü personele ilişkin yetkileri korunmuştur¹⁵⁷.

1920 San Remo Konferansı sonrasında Filistin'in İngiliz manda yönetimine verilmesi kararlaştırılmıştır. Ancak bu karar Milletler Cemiyeti tarafından 1923 yılına kadar onaylanmadığı için manda yönetiminin hukuken söz konusu tarihte başladığı kabul edilmemektedir¹⁵⁸. Bununla birlikte Filistin manda yönetiminin başladığı söylenebilir. Nitekim 1920 yılında İngiltere tarafından Filistin Yüksek Komiserliği'ne Sir Herbert Samuel, sivil hükümet yetkilerinin tamamını haiz olarak atanmıştır. Anayasal statünün belirlenmesi ise 1922 yılında

155 Şimşirgil, Ekinci, s. 59.

156 Bkz: Stanley Fisher, W. Makram Ebed, Maxwell H. Anderson, Norman Bentwich, "Mediterranean Colonies", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 2:2, 1920, s. 168.

157 Bkz: Fisher, Ebed, Anderson, Bentwich, s. 170.

158 Filistin'deki manda yönetiminin diğer İngiliz ve Fransız manda yönetimlerinden önemli bir farkı vardır. Milletler Cemiyeti manda yönetimlerini onaylarken, manda sahibi ülkeye manda altındaki bölgeyi bağımsız ve modern bir devlet haline getirme görevi yüklemiştir. Ancak söz konusu onayda Filistin mandası için İngiltere'ye 1917 Balfour Deklarasyonu'nu yürürlüğe koyma konusunda sorumluluk yüklenmiştir. Yani aslında Filistin İngiliz mandasına bırakılırken, İngiltere'ye burada bir Yahudi devleti kurulması görevi de verilmiştir. Nitekim manda yönetiminin sonlandırılmasının ertesi günü İsrail Devleti'nin ilan edilmesi bu görevin ispatı niteliğindedir. Ayrıntı için Bkz: Anis Al-Qasem, "Palestine", *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 190; *The New Cambridge Modern History*, s. 294-296.

Filistin Kraliyet Kararnamesi¹⁵⁹ ile kraliyetin diğerkolonilerindekine benzer bir yönetimin şekillendirilmesiyle birlikte dir. Söz konusu sivil hükümet yetkilerini haiz yüksek komiserlik, bir danışma kurulunun meşvereti ile yasama faaliyetlerinde bulunmaya yetkili kılınmıştır. Filistin Kraliyet Kararnamesi'nde danışma kurulunun üyelerinin çoğunluğunun sivil halktan oluşması gerektiği öngörölmüş olsa da, Arapların manda yönetimini protestoları sonucu seçimler gerçekleştirilememiş ve tamamı askeri mensuplardan oluşan bir danışma kurulu ile yüksek komiserlik yasama faaliyetlerine devam etmiştir¹⁶⁰.

Yüksek Komiserlik tarafından verilen kararların yasallaşması için öngörölen usul ise şöyledir: Danışma kurulunun onayına sunulmadan önce bir kararname¹⁶¹ teklifi, öncelikle merkezdeki sömürge ofisinin denetiminden geçmeli, sonrasında resmi gazetede bir ay boyunca yayınlanarak kamusal olarak görüş ve eleştiriye sunulmalı ve nihayetinde danışma kurulunun da onayıyla yürürlüğe girmelidir. Kralın, bu yasama faaliyetinde sakınca görmesi durumunda veto hakkı saklıdır¹⁶².

Filistin Yüksek Komiseri Sir Herbert Samuel 1920-1925 dönemi raporunda, İngiltere'nin sömürgelerinde halkın adet ve yerel hukukuna karışmak gibi bir geleneğinin olmadığından, ancak yürürlükte bulunan Osmanlı kanunlarının gelişmekte olan bir ülke için yetersiz olduğundan ve bu nedenle beş yıllık dönemde özellikle ekonomik alanda çok fazla kararname çıkarıldığından bahsetmektedir¹⁶³. Nitekim Filistin kolonisinin anayasası konumunda olan Filistin Kraliyet Kararnamesi'nin 46. maddesine göre, 1 Kasım 1914 tarihinde yürürlükte bulunan ve bu tarihten sonra yürürlüğe giren Osmanlı hukuku mevzuatı, sivil mahkemelerde uygulanmaya devam edecektir¹⁶⁴. Böylelikle İngiliz teamüllerine dayanarak işgal döneminde ve söz konusu kararnameye dayanarak da 1922 yılından itibaren İngiliz mandası döneminde Osmanlı ka-

159 İngilizce "Order in Council" olarak kullanılan ve tarihsel olarak manda yönetimi altındaki bölgeler için kraliyet emirlerini ve kararlarını ifade eden bu kararname türünü "kraliyet kararnamesi" olarak çevirmeyi uygun gördük. Terim anlamı için Bkz: Britannica, Editoryal, "order in council", *Encyclopedia Britannica*, 8.12.2017, <https://www.britannica.com/topic/order-in-council> (31.10.2021).

160 Norman Bentwich, "The Legislation of Palestine, 1918-1925", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 8:1, 1926, s. 9 ("The Legislation of Palestine").

161 İngilizce "Ordinance" olarak kullanılan ve bu bağlamda Yüksek Komiserlik tarafından yürürlüğe konulan hukuk mevzuatını ifade eden bu terimi, egemen devlet başkanının denetimi altında yerel manda yönetiminin verdiği kararları ifade etmek üzere "kararname" olarak çevirmeyi uygun gördük.

162 Bentwich, "The Legislation of Palestine", s. 9-10.

163 Bkz: Bentwich, "The Legislation of Palestine", s. 10.

164 Robert H. Eisenman, *Islamic Law in Palestine and Israel*, E. J. Brill, Leiden 1978, s. 106.

nunlarının Filistin'de fiilen yürürlükte oldukları kesin olarak söylenebilir¹⁶⁵. Bununla beraber Bentwich'in makalesine dayanarak, 1926 yılına kadar Mecelle ve Arazi Kanunu'nda köklü bir değişiklik yapılmazken, sadece Mecelle'nin delil hukukuna, şirketler hukukuna ve yargı teşkilatına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapıldığı ve medeni hukuka ilişkin diğer hükümlerinin yürürlükte kalmaya devam ettiği söylenebilir¹⁶⁶. Örneğin, bir mahkeme kararına karşı başvurulabilecek itiraz ve temyiz usulünü düzenleyen 9 Ekim 1924 tarihli Kraliyet Kararnamesi ile birlikte, Mecelle'nin on altıncı kitabı Kitabü'l-Kaza'nın ilgili hükümlerinin yürürlükten kalktığı anlaşılmaktadır¹⁶⁷. Yine Mecelle'nin on beşinci kitabı Kitabü'l-Beyyinat ve't-Tahlif'te düzenlenen delil hukuku, 13 ve 28 numaralı Kararnameler (*Ordinance*) ile büyük oranda yeniden düzenlenmiş ve dolayısıyla Mecelle'nin söz konusu hükümleri yürürlükten kalkmıştır¹⁶⁸. Bu Kararnameler ile yapılan değişiklikler, Mecelle'nin tadili yoluyla yapılan kanun değişikliklerinden ziyade, söz konusu kanun hükümlerini yürürlükten kaldıran yeni düzenlemeler niteliğindedir.

1922 tarihli Filistin Kraliyet Kararnamesi'nin 46. maddesi, Filistin'de uygulanacak maddi hukuku belirlemiştir. Buna göre öncelikle savaşa girmeden önce 1 Kasım 1914 tarihinde Osmanlı Devleti'nde yürürlükte olan kanunlar ve sonrasında yürürlüğe giren kanunlar uygulanmaya devam edecektir. Filistin hukukunun ikinci kısmı, Filistin'de uygulanması mümkün olan Kraliyet Kararnameleri, Filistin Yüksek Komiserliği'nin çıkardığı Kararnameler ve diğer bölgesel düzenlemelerden oluşmaktadır. Bunlar dışında bir hukuk boşluğu oluşması durumunda İngiliz teamül hukuku (*common law*) ve İngiltere'de uygulanan hakkaniyet doktrini (*equity law*) uygulanacaktır¹⁶⁹. Böylelikle Osmanlı hukuku yeni yönetim tarafından kabul edilmiş olsa da, kanun boşluklarının İngiliz teamül hukuku ile doldurulması ve kanun yorumlarının bu doğrultuda yapılması, Osmanlı hukukunun kökeninden kopmasına ve gelişmesinin engellenmesine yol açmıştır¹⁷⁰.

Görüldüğü üzere manda yönetiminin kendi içerisinde bir norm hiyerarşisi olsa da Osmanlı'dan kalan mevzuat ile yeni yasama faaliyetleri arasında bir norm hiyerarşisi gözetilmemektedir. Mecelle ve diğer Osmanlı mevzuatı, düzenlediği konularda yeni bir yasama düzenlemesi yapılana kadar yürürlükte

165 Bkz: Al-Qasem, s. 190.

166 Bkz: Bentwich, "The Legislation of Palestine", s. 12-14.

167 Norman Bentwich, "Palestine", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 8:3, 1926, s. 228 ("Palestine").

168 Bentwich, "Palestine", s. 229.

169 J. Sussmann, "Law and Judicial Practice in Israel", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 32:3/4, 1950, s. 29.

170 Eisenman, s. 107.

bırakılan geçici normlar olarak algılanmıştır. Diğer Arap devletlerinden farklı olarak Filistin hukuku, Kara Avrupası hukuk sisteminden ziyade İngiliz teamül hukukunun etkisinde gelişmiştir¹⁷¹. Bunda diğer Arap devletlerinin daha önce bağımsızlığını kazanması ve Kara Avrupası sisteminden etkilenen Mısır Medeni Kanunu örneğini takip etmelerinin etkisi olduğu kadar, Filistin'in halen tam bir siyasi ve hukuki bağımsızlık elde edememesi ile hukuki kurumlarını ve kanunlaştırma faaliyetlerini bağımsız bir şekilde yürütememesinin de etkisi vardır. Neticede İngiliz manda yönetiminin uzun süre devam ettiği Ürdün'ü dahi etkileyen Mısır örneğinin, Filistin'i etkilemediği düşünülemez.

Uygulama açısından bakılacak olursa, özellikle akit serbestisi konusunda Mecelle'nin çok dar bir kapsama sahip olduğu ve iktisadi gelişmeyi olumsuz etkilediği bir gerçektir. Osmanlı uygulamasında da akit serbestisine duyulan ihtiyaç sonucunda 30 Nisan 1914 yılında Usulü Muhakeme Kanunu'nun 64. maddesinde değişiklik yapan bir kanun çıkartılarak Mecelle'nin öngördüğü sıkı akit şartlarına karşı, akit serbestisi prensibi benimsenmiştir¹⁷². Filistin Kraliyet Kararnamesi'nin 46. maddesi gereği 1 Kasım 1914'te yürürlükte olan hukukun uygulanmaya devam edeceği öngörüldüğünden, akit serbestisi prensibi Filistin'de düzenlemenin yapıldığı 30 Nisan 1914 tarihinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanmaya başlanmıştır. Bu düzenlemeye dayanarak manda yönetimi döneminin sonlarına doğru uygulamada genel olarak kabul edilen usule göre, akdin taraflarının Mecelle'nin söz konusu akit hakkındaki hükümlerinin uygulanıp uygulanmamasını kararlaştırabilme hakkı vardır. Bununla birlikte 1948 yılında, taraflara akde uygulanmamasını istedikleri Mecelle hükümünü sarahaten veya delaleten, akit bakımından iptal edebilme imkânı tanınmıştır¹⁷³. Dolayısıyla da sözleşme hukuku bakımından uygulamada Mecelle'nin etki alanının oldukça daraldığı söylenebilir. İsrail hukukuna da sirayet eden bu yaklaşım Mecelle'nin tümünden ilga edilmesine kadar devam etmiştir¹⁷⁴.

Mecelle'nin medeni usul hukukuna dair hükümlerine bakacak olursak, 1924 Delil Hukuku Kararnamesi birçok konuda Mecelle hükümlerinin yerini almıştır. Daha sonrasında da 1936-1938 yılları arasında yapılan hukuki değişiklikler ile, medeni usul hukuku hükümleri İngiliz Yüksek Mahkemesi işleyişine uygun hale getirilmiş ve Mecelle'nin usul hukuku alanındaki çoğu hükmünün uygulanması sona ermiştir¹⁷⁵. Manda döneminde çıkarılan kararnamelerin çoğunda,

171 Liebesny, "Religious Law and Westernization", s. 502.

172 Onar, s. 85.

173 Eisenman, s. 118-119.

174 Eisenman, s. 119.

175 Ayrıntılı bilgi için Bkz: Eisenman, s. 120-122.

kararname hükümlerinin bütün Filistin mahkemelerinde, Osmanlı kanunları ile çelişse dahi uygulanacağını belirten bir ifade kalıbı yer almaktadır. Sadece 1926 Tahkim Kararnamesi (*The Arbitration Ordinance*), Mecelle'nin ilgili hükümlerinin ilga edildiğini açıkça belirtmiştir¹⁷⁶.

1928 yılında çıkarılan Havale Kararnamesi (*The Debt (Assignment) Ordinance*), Mecelle'nin dördüncü kitabında düzenlenen borcun nakli hükümlerini ilga etmemiş, ancak bunların yanında söz konusu havale hükümlerine kıyasen Mecelle'de düzenlenmeyen alacağın temlik hükümlerini kabul etmiştir¹⁷⁷. 1930 Ortaklıklar Kararnamesi (*The Partnership Ordinance*), Mecelle'nin onuncu kitabı Kitabü'ş-Şirket ve ilgili diğer hükümleri ilga etmiş, sadece ticari olmayan vakıf ortaklıklarını istisna tutarak bunlar bakımından Mecelle'yi yürürlükte bırakmıştır¹⁷⁸. 1936 İflas Kararnamesi (*The Bankruptcy Ordinance*), Mecelle'nin iflas ile ilgili hükümlerinin yer aldığı dokuzuncu kitabı Kitabü'l-Hacr bölümlerinin yerini almış, ancak iflas sebebiyle kısıtlanma gibi bazı hükümler kişiler hukukuna ilişkin olduğu için Şeriat mahkemelerinde Müslümanların davaları bakımından yürürlükte bırakılmıştır¹⁷⁹.

Kişilik haklarına karşı işlenen haksız fiiller konusunda Mecelle'nin hükümlerinin yetersiz kalması nedeniyle 1942 ve 1944 yılında Haksız Fiiller Kararnamesi taslakları yayınlanmış, uygulama ve doktrinin katkıları sonucu kararlaştırılan hükümler 1947 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁸⁰. Böylelikle 1944 Haksız Fiiller Kararnamesi (*Civil Wrongs Ordinance*), Mecelle'nin sekizinci kitabı Kitabü'l-Gasb ve'l-İtlaf ile birlikte, külli kaidelerde yer alan “ehven-i şerreyn ihtiyar olunur” (madde 29) gibi haksız fiillere ilişkin kabul edilen genel hükümlerin de yerini almıştır. Bununla birlikte Müslümanların hassasiyetleri sebebiyle diyet ile ilgili hüküm ve uygulamalar¹⁸¹, Şeriat mahkemelerinde gö-

176 Bkz: Eisenman, s. 121.

177 Eisenman, s. 127.

178 Eisenman, s. 128.

179 Eisenman, s. 128-129.

180 Eisenman, s. 115. Bu kararname motorlu taşıtların sorumluluğu ile ilgili düzenlemelerin beklenmesi nedeniyle 15 Temmuz 1947'de yürürlüğe girmiştir. Bkz: Eisenman, s. 130.

181 Yaralama ve benzeri eylemler sonucu kararlaştırılan tazminatlar Osmanlı'da Ceza Kanunname-i Hümayunu ile diyet olarak düzenlenmiş, ancak medeni hukuk yargılamalarına konu edilmemiştir. Filistin'de söz konusu ceza kanununun yürürlükten kaldırılması sonucu oluşan bu önemli boşluk 46. madde gereği İngiliz teamül hukukuyla doldurulmak istense de, iki toplumun örf ve adet hukukunun oldukça farklı olması sebebiyle özellikle haksız fiillere uygulanacak tazminatlar bakımından İngiliz hukukunun uygulanamayacağı savunulmuştur. Bunun neticesinde de söz konusu Kararname ile bu alandaki boşluk giderilmiş, diyet uygulamasına son verilmiş ve diyet borcu eksik bir borç olarak kabul edilmiştir. Bkz: R. Gottschalk, “The Development of the Law of Torts in Israel”, *Modern Law Review*, Vol. 24:3, Mayıs 1961, s. 346-347, 348.

rülen Müslümanlar arasındaki davalar bakımından yürürlükte bırakılmıştır¹⁸². Eşyaya karşı haksız fiiller bakımından ise Mecelle'nin ilgili hükümleri söz konusu kararname hükümleri ile birlikte uygulanmaya devam etmiştir¹⁸³. Bütün bu değişikliklere rağmen, Mecelle'nin İngiliz mandası döneminde büyük oranda korunduğu ve uygulanmaya devam ettiği görülmektedir¹⁸⁴.

2. Filistin Medeni Hukuk Rejiminin İsrail Otoritesi Altındaki Yeri

Öncelikle Filistin'de geçerli olan Yahudi hukukunun tarihsel pratiğine bakan olursak, Osmanlı döneminde kişiler, aile ve miras meseleleri ve cemaat içi disiplin meselelerinde diğer azınlıklar gibi Yahudi cemaatinin de hukuki özerkliği bulunmaktaydı. Bu meseleler Hahambaşılığa bağlı cemaat mahkemelerinde veya taraflar başvurursa Osmanlı mahkemelerinde görülebilenken, borçlar hukuku ve muamelata dair meselelerde Yahudi cemaati de Mecelle ve ilgili mevzuata tabiydi. İngiliz işgali sonrasında, sömürge teamüllerine uygun olarak işgal yönetimi ve sonrasında manda idaresi döneminde de yerel uygulamalara müdahale edilmemiş ve Yahudi cemaatinin söz konusu hukuki özerkliği devam etmiştir¹⁸⁵. 1918 yılında çıkarılan ve mahkemelerin işleyişini düzenleyen bir askeri bildiri ile cemaat mahkemelerinin bu özerkliğinin devam etmesine karar verilmiştir. Filistin manda yönetiminin anayasal düzenlemesi niteliğindeki 1922 tarihli Filistin Kraliyet Kararnamesi'nde de cemaat mahkemelerinin yargı yetkisi korunmuş, kişiler, aile ve miras konularının yanında vakıflara ilişkin uyuşmazlıklar da ilgili cemaatin mahkemesinin yetkisine bırakılmıştır¹⁸⁶. Bunun yanında Osmanlı döneminden beri borçlar ve ticaret hukuku alanlarında tahkim usulü, özellikle Yahudi toplumu arasında oldukça yaygındı. İşgal dönemi ve sonrasında da bu Yahudi tahkim meclislerine müdahale edilmemiş ve kendi aralarında muamelatta ortaya çıkan uyuşmazlıkların bu tahkim meclislerinde çözülmesi geleneği devam etmiştir. Tahkim yargılamalarına ilişkin Mecelle'nin on altıncı kitabı Kitabü'l-Kaza'nın dördüncü bölümü genel kanun hükmünde olup, 1926 yılında çıkarılan Kararname ile tahkim usulü düzenlenene kadar söz konusu Yahudi tahkim meclislerini bağlayıcı bir üst norm olarak yürürlükte kalmıştır. Söz konusu Kararname ile birlikte Mecelle'nin ilgili hükümleri ilga edilerek yerine 1889 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'nun prensipleri iktibas edilmiştir¹⁸⁷.

182 Eisenman, s. 129-131.

183 Eisenman, s. 164.

184 Eisenman, s. 133.

185 Norman Bentwich, "The Application of Jewish Law in Palestine", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 9:1, 1927, s. 60 ("Jewish Law").

186 Bentwich, "Jewish Law", s. 60-61.

187 Bentwich, "Jewish Law", s. 67.

İngiltere 15 Mayıs 1948'de Filistin'deki manda idaresini sonlandırmış ve Yahudi Geçici Devlet Konseyi tarafından 14 Mayıs 1948'de, gece yarısı manda idaresinin son bulmasıyla birlikte yürürlüğe girmek üzere İsrail Devleti ilan edilmiştir¹⁸⁸. İsrail Devleti'nin kurulmasından sonra gelişen süreçte, bölgedeki siyasi üstünlük kadar idari ve hukuki üstünlük de Filistinlilerden İsrail yönetimine doğru kaymış ve nihayetinde Filistin idaresi devlet erkini İsrail eliyle kullanan işgal altındaki bir devlet haline gelmiştir¹⁸⁹. Filistin'in, uluslararası hukuk bakımından devlet statüsünü belirleyen temel antlaşma olan 1933 Montevideo Sözleşmesi'nde belirtilen kriterlere göre devlet statüsünü taşıdığına şüphe yoktur. İnsan unsuru ve ülke unsuru bakımından tartışma olmasa da iç egemenlik (siyasi yönetim) ve dış egemenlik konularında Filistin'in devlet statüsü tartışmalı olmakla birlikte, doktrinde kabul edilen kriterler, BM kararları ve Roma Statüsü'ne taraf olması gereğince hukuken bir devlet olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak BM Genel Kurulu'nun 242 sayılı ve BM Güvenlik Konseyi'nin 338 sayılı kararları ile belirlenen ve 1988 yılında Filistin Ulusal Konseyi'nin bağımsızlık ilanı ile birlikte kabul ettiği Filistin ülkesi, halen İsrail işgali altında bulunmakta ve dolayısıyla Filistin Devleti, devlet erkini tam anlamıyla kullanamamaktadır¹⁹⁰.

Hukuki egemenlik noktasında ise Filistin yönetiminin yargılama erkini de tam anlamıyla kullanamadığı açıktır. 1993 tarihli Oslo Antlaşması'nın 7. maddesine göre İsrail, Filistin Ulusal Konseyi'nin aynı antlaşmanın 9. maddesi ile sınırlandırılan yasama yetkisini ve bağımsız yargı organlarını tanımıştır¹⁹¹. 1994 tarihli Kahire Antlaşması'nın 5. maddesine göre, Eriha ve Gazze'nin Filistin'in yargı yetkisine dahil olduğu kabul edilmiş, ancak Yahudi yerleşimleri, askeri lokasyonlar, İsraililer ve özellikle Kudüs bu yetkinin dışında bırakılmıştır. Ayrıca Antlaşma'nın 7. maddesi Oslo Antlaşması'nın ilgili düzenlemelerini yinelemekle birlikte, aynı maddenin 9. bendine göre antlaşma imzalanmadan önce Gazze ve Eriha'da uygulanan hukuk, antlaşmaya uygun olarak ilga edilmedikçe

188 Sussmann, s. 29, Eisenman, s. 159.

189 4 Mayıs 1994 tarihinde İsrail ile Filistin Kurtuluş Örgütü arasında yapılan Kahire Antlaşması'nda belirlenen ve taraflarca kabul edilen geçici çözüme göre Filistin Milli Otoritesi kurulmuştur. Bu antlaşma ile birlikte İsrail'in Gazze ve Eriha'dan çekilmesine ve buralarda bir Filistin yönetimi kurulmasına karar verilmiştir. İsrail ile Filistin Kurtuluş Örgütü arasında 1995 yılında yapılan antlaşma neticesinde Batı Şeria da Filistin yönetimine bırakılmıştır. Ayrıntılı bilgi için ve söz konusu antlaşmaların Filistin'e özerklik statüsü verdiği konusunda Bkz: Karaman, "Filistin", s. 102.

190 Ayrıntılı bilgi için Bkz: Orçun Mutlu, "Filistin Devleti'nin Devletlik Statüsüne Dair Bir Değerlendirme", *Balkan Journal of Social Sciences*, Sayı 8 (EUREFE '19), 2019, s. 404-407.

191 "Palestine and Israel- Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements (Oslo Agreement)", *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 445, Mutlu, s. 408.

yürürlükte kalmaya devam edecektir¹⁹². Görüldüğü üzere yer ve kapsam bakımından Filistinlileri ilgilendiren yargı yetkisi, Filistin yönetiminden ziyade İsrail Devleti eliyle kullanılmaktadır. Dolayısıyla Filistin’de Mecelle’nin yürürlüğünü tespit edebilmek için Filistin yönetimine tanınan sınırlı yargı yetkisinin kapsamındaki uygulama ve kanunlaştırmaların yanında, İsrail hukukunun da incelenmesi gerekmektedir.

İdari kurumları elinde bulunduran İsrail Devleti bu dönemde, ilgili bölümlerin yerini alacak yerli kanunların hazırlanmasına kadar Mecelle’yi yürürlükte bırakmıştır¹⁹³. Seçilmiş hükümetin 1949 yılında kurulmasına kadar devleti yöneten Geçici Devlet Konseyi, ilk iş olarak geçici anayasa hükmünde olan 19 Mayıs 1948 tarihli ve 1 sayılı Hükümetin ve Adli Yapının Teşkiline Dair Kararname’yi çıkarmıştır¹⁹⁴. Kararname’nin 11. bölümüne göre, 14 Mayıs 1948’de geçerli olan bütün hukuk kuralları, yeni hukuki düzenlemeler ve değişiklikler yapılana kadar yürürlükte kalacaktır¹⁹⁵. Dolayısıyla manda yönetiminde geçerli olan hukuki düzenlemeler ve Mecelle yeni dönemde de uygulanmaya devam etmiştir.

İsrail, Mecelle’yi tamamen yürürlükten kaldırmayı değil de Mecelle kitaplarının yürürlüğe girmesinde olduğu gibi, ilgili konularda parça kanunlar çıkararak yenilemeyi tercih etmiştir. Öncelikle, 1951 Çalışma ve Tatil Saatleri Kanunu ile çalışma saatlerini düzenleyen Mecelle’nin 495. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. 1953-1965 yılları arasında çıkarılan Kiracı Koruma Kanunları ile Mecelle’nin ikinci kitabı Kitabü’l-İcarat’ın kiracı ile ilgili hükümleri değiştirilmiştir. 1958 yılında çıkarılan Zamanaşımı Kanunu ile on dördüncü kitap Kitabü’d-Dava’nın mürur-ı zaman hakkındaki hükümleri değiştirilmiş, bu hükümlerin sadece Müslümanlar arasındaki davalar bakımından Şeriat mahkemelerinde uygulanmasına imkân tanınmıştır. Yine aynı yılda çıkarılan Maaş Koruma Kanunu ile ikinci kitapta düzenlenen icare-i âdemî hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır¹⁹⁶.

192 “Palestine and Israel- Agreement on the Gaza Strip and the Jericho Area (Cairo Agreement)”, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 460-461.

193 Şahıs, aile ve miras hükümleri içermemesi nedeniyle Yahudi hukukuyla çelişmeyen Mecelle’nin, bu nedenle İsrail mahkemelerinde uygulanmasında bir sakınca görülmemiş olmalıdır. Öyle ki, hazırlanan yerli kanunlarda belli oranda Mecelle’nin etkili olduğu söylenmektedir. Bkz: Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, s. 234. İsrail örneği, Mecelle’nin İslam hukukunun bir kısmını devlet iradesi ile kanunlaştırarak, kanun kapsamındaki hükümleri salt dini hukuk niteliğinden uzaklaştırıp aynı zamanda seküler bir kanun niteliğine taşıdığını savunan görüşleri deste ler niteliktedir. Bu konudaki görüşler için Bkz: Osmanağaoğlu-Karahasanoğlu, s. 119-120.

194 “The Law and Administrative Ordinance of 1948” olarak bilinen kararname, resmi bir düzenleme yapılana kadar İsrail’de anayasal metin vazifesi görmüştür. Bkz: Eisenman, s. 160.

195 Sussmann, s. 29-30; Eisenman, s. 107.

196 Eisenman, s. 246-247.

Atmışlı yıllara gelindiğinde ise yoğun bir kanunlaştırma faaliyeti göze çarpmaktadır. Başlangıçta tam bir İsrail Medeni Kanunu hazırlanma fikri öne çıksa da, pratik faydası ve hızlı yol alınabilmesi için medeni hukukun kısım kısım kanunlaştırılmasına karar verilmiştir. 1965 Vekalet Kanunu, on birinci kitap Kitabı'l-Vekale'yi, 1967 Kefalet Kanunu, birkaç hüküm dışında üçüncü kitap Kitabı'l-Kefale'yi, 1967 Rehin Kanunu, beşinci kitap Kitabı'r-Rehin ve bey bi'l-vefa'ya ait hükümleri yürürlükten kaldırmıştır. Yine 1967 yılında çıkarılan Emanetler Kanunu, altıncı kitap Kitabı'l-Emanat'ı buluntu malın sorumluluğu hakkındaki 770. maddesi dışında tamamen yürürlükten kaldırmış ve Mecelle'ye benzer olsa da temelde Yahudi hukukuna dayanan düzenlemeleri kabul etmiştir¹⁹⁷. 1968 yılında da iki önemli kanun yürürlüğe girmiş, Satış Kanunu ile birinci kitap Kitabı'l-Buyu yürürlükten kaldırılırken, Hibe Kanunu ile de yedinci kitap Kitabı'l-Hibe'nin hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Hibe Kanunu'nun Mecelle'ye benzer hükümler taşıdığı düşünülse de genellikle Yahudi hukukundan hareketle düzenlenen bir kanundur¹⁹⁸.

Sonrasında 1969 yılında Borçların Devri Kanunu kabul edilmiş ve Mecelle'nin dördüncü kitabı Kitabı'l-Havale yürürlükten kaldırılırken, borcun devri yanında İngiliz hukukuna dayanan alacağın temlik hükümleri de bu kanunla birlikte yürürlüğe sokulmuştur. Böylece alacak ve borçların devri her nitelikte borcu içine alacak şekilde genişletilmiştir¹⁹⁹. 1973 yılında kabul edilen Sözleşmeler (Genel Hükümler) Kanunu ile birlikte de Mecelle'nin temel düzenlemesi niteliğinde kabul edilen akitlere ilişkin hükümleri yürürlükten kaldırılmış ve medeni kanun büyük oranda tamamlanmıştır²⁰⁰. Bunların dışında İsrail Aynî Haklar Kanunu'nun birçok hükmünün de Mecelle'den alındığı ifade edilmektedir²⁰¹.

Böylelikle İsrail'deki Mecelle uygulamasının 1970'li yıllara kadar devam ettiği söylenebilir²⁰². Bugün birçok Müslüman ülkeden ziyade İsrail'de Mecelle'nin etkilerinin halen devam ettiği²⁰³, İsraili hukukçularda Osmanlı mevzuatı ve Mecelle'ye hakimiyetin arandığı ve bunların birçok meselede tali kaynak olarak kullanıldığı savunulmaktadır. Ancak kanun boşluklarının İngiliz hukuku

197 Eisenman, s. 250-252.

198 Eisenman, s. 252-253.

199 Eisenman, s. 254-255.

200 Eisenman, s. 258.

201 Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İrfan Matbaası, İstanbul 1973, s. 94-95; Şimşirgil, İkinci, s. 60.

202 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 234.

203 Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press-Oxford, New York 1982, s. 93. İsraili hakimlerin bazı Mecelle maddelerinden istifade etmeye devam ettiği konusunda Bkz: Eisenman, s. 116.

ile doldurulması ile zamanla uygulamada İngiliz hukukunun alanı genişlerken Osmanlı hukukunun alanı daralmıştır²⁰⁴. Bununla birlikte bir hâkim Mecelle'de var olan bir hükmün kapsamını anlayamadığı için İngiliz hukukunu tercih edemez. Mecelle şerhleri ve klasik İslam hukuku eserleri dahil o hükmü açıklayan bütün yardımcı kaynaklardan faydalanmak zorundadır²⁰⁵.

Filistin yönetiminin hakimiyetinde kabul edilen Batı Şeria, 1948 İsrail-Arap savaşından 1967 İsrail-Arap savaşına kadar Ürdün'ün hakimiyetinde kalmış, Gazze ise bu süreçte Mısır Askeri Yönetimi tarafından idare edilmiştir. Bu bölgeler 1967 yılından, İsrail ile Filistin Kurtuluş Örgütü arasında 1994 yılında imzalanan Kahire Antlaşması'na kadar ise İsrail işgali altında kalmıştır²⁰⁶. 1994 ve 1995 yıllarında yapılan antlaşmalar ile birlikte, Batı Şeria ve Gazze'nin yönetimi Filistin Ulusal Otoritesi'ne bırakılmıştır²⁰⁷.

Ürdün'ün hakimiyetine giren Filistin topraklarında geçerli olacak hukuk hakkında çıkarılan 1950 tarihli ve 28 sayılı Kanun'da, söz konusu bölgelerde (Batı Şeria) eskiden geçerli olan hukuk kurallarının, Ürdün kanunları ile birleştirilene kadar yürürlükte kalmaya devam edeceğine hükmedilmiştir²⁰⁸. Dolayısıyla Ürdün hakimiyeti döneminde de Batı Şeria'da Mecelle'nin yürürlüğü sekteye uğramadan devam etmiştir. Mısır Askeri Yönetimi altındaki Gazze'de de durum aynıdır. Mısır, Gazze'nin hukuki otonomisini korumuş ve Mısır Askeri Valisi'nin 1 Haziran 1948 tarihinde verdiği karar uyarınca, 15 Mayıs 1948 tarihinden önce geçerli olan hukuk kuralları Gazze'de yürürlükte kalmaya devam etmiştir²⁰⁹. Böylelikle Mecelle'nin Gazze'de de sekteye uğramadan uygulanmaya devam ettiği görülmektedir.

Batı Şeria ve Gazze Şeridi, 1967 İsrail işgali sonrasında da hukuki otonomisini korumuş, işgal yönetimi hukuki yapıyı birleştirmek veya yeniden düzenlemek gibi bir girişimde bulunmamıştır. İşgal tarihinde yürürlükte olan hukuk kuralları, işgal döneminde de yürürlükte kalmaya devam etmiştir. İşgal yönetiminin müdahaleleri medeni hukuk alanından çok, idare hukuku ve vatandaşlık hukuku alanında olmuş ve İsrail, uluslararası hukukun işgalci devlete çizdiği sınırların çok ötesine geçerek sosyal ve demografik yapının dönüşümüne yönelik düzenlemelerde bulunmuştur. Bu konu uluslararası hukuk bakımından halen tartışılrsa dahi, bu makalenin konusu dışında kalacağı için bu kadar bilgi

204 Eisenman, s. 107.

205 Bkz: Eisenman, s. 112-113.

206 Al-Qasem, s. 189,192.

207 Karaman, "Filistin", s. 102.

208 Al-Qasem, s. 191.

209 Al-Qasem, s. 191.

ile yetinilecektir²¹⁰. Ancak bizi ilgilendiren kısmıyla, İsrail işgali döneminde de Batı Şeria ve Gazze'de Mecelle'nin uygulanmaya devam ettiği anlaşılmaktadır²¹¹.

Ekim 1993'te Filistin halkını temsil eden Filistin Kurtuluş Örgütü ile İsrail arasında, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 1967 yılında İsrail'in işgal ettiği bölgelerden çekilmesi çağrısını içeren 242 sayılı kararının uygulamaya geçilmesi hedefi ile Oslo Antlaşması imzalanmıştır. Antlaşma kademeli olarak Filistin bölgelerindeki yönetim yetkisinin İsrail'den Filistin Ulusal Otoritesi'ne devredilmesini öngörmektedir. Bunun akabinde 1994 Kahire Antlaşması ile de Gazze Şeridi ve Batı Şeria'nın Eriha kenti, Filistin Ulusal Otoritesi'ne devredilmiştir²¹². Filistin resmî gazetesinde 24 Mayıs 1994'te yayımlanan kararnamenin 1. maddesine göre, Filistin otoritesi altındaki bölgelerde (Batı Şeria ve Gazze) 5 Haziran 1967 öncesinde yürürlükte olan bütün kanun ve kararlar, yeni kanunlaştırmalar yapılanaya kadar yürürlükte kalacaktır²¹³. Böylelikle İsrail işgalinin kısmen ortadan kalktığı 1994 yılından itibaren de Mecelle, söz konusu bölgelerde yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Sonuç olarak Filistin Devleti'nin hakimiyetindeki Batı Şeria ve Gazze'de, Mecelle halen en önemli hukuk kaynaklarından birisidir²¹⁴. Filistin Meclisi'nde kabul edilen 2012 Filistin Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte dahi, Mecelle'nin söz konusu bölgelerdeki etkisi sona ermemiştir.

3. Mecelle'nin Filistin Medeni Kanunu Üzerindeki Etkisi

Filistin Yasama Meclisi'nin 26 Haziran 2012 tarihinde kabul ettiği, 4 sayılı Medeni Kanun, 2003 Filistin Anayasası'nın 41. maddesine göre yürürlük ve kuvvet kazanmıştır²¹⁵. Söz konusu Kanun'un 1301. maddesine göre, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye hükümleri uygulanacaktır. 1302. maddeye göre de söz konusu Kanun, resmi gazetede yayımlandıktan 30 gün sonra yürürlüğe girecektir²¹⁶. Filistin Yasama Meclisi Başkan Vekili Ahmed Muhammed Bahr'ın yazdığı mukaddimede, bu kanuna kadar Filistin topraklarında Osmanlı Mecellesinin yürürlükte olduğu, hukuk-

210 İşgal bölgelerinde İsrail'in uluslararası hukuka aykırı düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Al-Qasem, s. 191 vd.

211 Bkz: Eisenman, s. 259, dn. 67.

212 Al-Qasem, s. 192.

213 "Palestine- Decree concerning the Judicial and Legal System", *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 541.

214 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 234.

215 2012 tarihli ve 4 sayılı Filistin Medeni Kanunu giriş kısmı. Mukaddime ve kanun metni için Bkz: "El-Kanun el-Medenî", *el-Vakâi' el-Filistinîyye*, özel sayı, Ağustos 2012.

216 "El-Kanun el-Medenî", s. 287.

çular arasında yeni kanundan ziyade Mecelle'nin tadili taraftarlarının olduğu, ancak asrın ticari ve sosyal ihtiyaçlarının tadiller ile karşılanamayacağı ve Arap ülkelerinden de hiç birisinin Mecelle'yi uygulamaya devam etmediği gerekçeyle yeni bir kanuna olan ihtiyaç açıkça ifade edilmiştir²¹⁷. Ayrıca yeni kanuni düzenlemelerin Mecelle'deki ve diğer kanuni düzenlemelerdeki eksiklikleri tamamlamak üzere yapıldığı, bununla birlikte seküler kanunlardan da faydalanan ancak herhangi bir mezhebe bağlı olmaksızın İslam hukukuna uygun kurallar koyan bir kanun hazırlandığından bahsetmektedir²¹⁸. Böylelikle Mecelle, diğer Arap ülkelerinin aksine Filistin Devleti'nin hakimiyetindeki Batı Şeria ve Gazze'de bugün dahi muteber ve başvurulmuş bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir.

F. Ürdün

Ortadoğu'da bir Arap ülkesi olan Ürdün'ün resmi adı el-Memleketü'l-Ürdüniyyetü'l-Hâşimiyye (Ürdün Hâşimi Krallığı) ve başkenti Amman'dır. Filistin'in doğu sınırını oluşturan Ürdün (Şeria) Nehri, Ürdün'ün de batı sınırını oluşturmaktadır. Özellikle İngiliz işgali ile birlikte nehrin batı kısmı Batı Şeria (*West Bank*) olarak adlandırılırken, doğu kısmı Şarki Ürdün (*Transjordan*)²¹⁹ olarak adlandırılmıştır. Ürdün bölgesi, bazı dönemler çeşitli sancak ve kazalar şeklinde bazen de Şam vilayetine bağlı olarak uzun yıllar Osmanlı hakimiyeti altında kalmış, ancak İngiliz işgali ve Hicaz bölgesinde başlayan Şerif Hüseyin'in isyanından etkilenerek 1918 yılında tamamen Osmanlı hakimiyetinden çıkmıştır²²⁰.

1. Osmanlı Sonrası Hukuki Gelişim

Hicaz'da başlayan isyanlar ve İngilizlerin işgal faaliyetleri sonucunda Ürdün 1918 yılında Osmanlı hakimiyetinden tamamen çıkmıştır. Şarki Ürdün'ün (*Transjordan*) yönetimi İngiltere tarafından 1921 yılında Şerif Hüseyin'in oğlu

217 Bkz: "El-Kanun el-Medenî", s. 2-4.

218 "El-Kanun el-Medenî", s. 3-4.

219 Bu ifade ile Ürdün Nehri'nin karşısında (doğusunda) kalan topraklar kastedilmektedir. Transjordan ifadesi, özellikle birinci dünya savaşından sonra bu bölgeyi ifade etmek üzere kullanılmaya başlanmıştır. Bu ifadenin, İngiliz kolonilerinin hukuklarına ilişkin raporlarda da kullanıldığı görülmektedir. Bkz: Ralph Windham, A. L. Gardiner, "Middle East", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 22:2/3, 1940, s. 181. Transjordan kavramı Arapça ve Osmanlıca literatürde Şarki Ürdün olarak geçmektedir. Bkz: Raid Ahmed Heyacine, Sabit Gazi el-Omeri, "el-Muahede el-Ürdüniyye el-Britaniyye 1928 ve Eseruha fi't-Tatavvur es Siyasi fi İmaret Şarki el-Ürdün", *Mecelletü Camiatü'l-Kudüs el-Meftuha li'l-Ebhas ve'd-Dirasat*, Sayı 29/1, 2013, s. 259-302; *Sebilü'r-Reşad (Sırat-ı Müstakim)*, -isim yok-, "Filistin ve Şarki Ürdün Mukadderatı ve Musevilerin Milli Yurt Teşkilî Meselesi", XX, Sayı 505, 15 Haziran 1338 (1922), s. 125-128. Ayrıca Transjordan'da Osmanlı'dan sonra da Mecelle'nin uygulanmaya devam ettiği konusunda Bkz: Anderson, s. 20.

220 Cengiz Tomar, "Ürdün", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. XLII, İstanbul 2012, s. 356.

Abdullah'a verilmiş, aynı tarihlerde Abdullah kendisini Ürdün emiri ilan etmiş ve İngiliz manda yönetimi kurulmuştur. Ürdün'de İngiliz mandası 1946 yılına kadar devam etmiş, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra 25 Mayıs 1946 tarihinde İngiltere ile Abdullah el-Hâşimî arasında imzalanan anlaşma ile Ürdün Emirliği tam bağımsızlığını kazanmıştır²²¹. Ürdün, 1948 Arap-İsrail savaşında Batı Şeria ve Doğu Kudüs'ü ele geçirmiş, ancak 1967 Arap-İsrail savaşında bu toprakları kaybederek bugünkü sınırlarına gerilemiştir²²².

Bugünkü Ürdün'ün sınırları içinde kalan bazı güney şehirleri, Osmanlı zamanında Hicaz bölgesinde olmaları sebebiyle Mecelle'nin uygulanmadığı bölgeler arasındaydı. Çünkü Arap yarımadasının halkı Hanefi mezhebine mensup değildi ve bu nedenle de Osmanlı yönetimi Mecelle'nin bu bölgede uygulanması için ısrarcı olmamıştır²²³. Ancak o dönemde özellikle vilayet merkezinin bulunduğu es-Salt gibi batı ve kuzey şehirleri ve bugünkü Ürdün'ün büyük bir kısmı Osmanlı Devleti'nin siyasi ve hukuki hakimiyeti altındaydı. Bu nedenle Mecelle, Osmanlı Dönemi'nde genel olarak Ürdün'de uygulanmıştır denilebilir. Ayrıca Osmanlı hakimiyetinden çıktıktan sonra da bu bölgede Mecelle, medeni kanun olarak muhafaza edilmiş²²⁴ ve bugünkü sınırlarını taşıyan Ürdün Hâşimî Krallığı'nda 1977 yılına kadar yürürlükte kalmıştır²²⁵.

Ürdün, Filistin dışında diğer Arap ülkelerine nazaran milli medeni kanunun en geç kabul edildiği ülke sayılabilir. Mecelle Ürdün'de, yargılamaya ilişkin hükümleri dışında, 1977 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Kanunun Osmanlı tadilleri Ürdün'de de yürürlüğe girmiş, 1928 yılında özellikle delil hukuku bakımından Mecelle'de bazı değişiklikler yapılmıştır²²⁶. Akabinde yargılama hukukunu düzenleyen 1952 tarihli ve 8 sayılı Yabancı Yargılamaların İcrası Kanunu, 1952 tarihli ve 15 sayılı Sulh Hakimliği Kanunu ile 1952 tarihli ve 26 sayılı Mahkeme Teşkilatının Tesisi Kanunu²²⁷ ile birlikte Mecelle'nin mahkeme teşkilatını ve yargılama hukukunu düzenleyen on altıncı kitabı Kitabü'l-Kaza'nın yürürlükten kaldırıldığı söylenebilir. Ayrıca 1952 tarihli ve 30 sayılı Delil Kanunu, 1952 tarihli ve 31 sayılı İcra Kanunu²²⁸ ile 1952 tarihli ve 42 sa-

221 1949 yılında devletin adı Ürdün Hâşimî Krallığı olarak değiştirilmiştir.

222 Ayrıntılı bilgi için Bkz: Tomar, s. 355-356; Verity Elizabeth Irvine, "Transjordan, the Hashemite Kingdom, and the Palestine War", *Britannica*, <https://www.britannica.com/place/Jordan/History> (06.05.2021).

223 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 234.

224 Mahmasâni, "İslam Hukukunun Tedvini", s. 379.

225 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 234; Anderson, s. 20.

226 Mahmasâni, *Felsefetü't-Teşri'*, s. 79.

227 Söz konusu kanunların düzenlediği yargılama hukukuna ilişkin hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Mogannam, s. 142-155.

228 Bkz: Hamzeh Haddad, "Jordan", *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 179.

yılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte Mecelle'nin yargılama hukukuna ilişkin diğer hükümlerinin de yürürlükten kaldırdığı anlaşılmaktadır.

Bu süreçte yeni medeni kanunun hazırlanması için de çalışmalar yapılmıştır. Bu konuda ilk teklif Hükümet tarafından 4 Şubat 1954 tarihinde Temsilciler Meclisi'ne gönderilmiş ve 10 Aralık 1954 tarihinde meclisçe kabul edilerek 25 Ocak 1955 tarihinde Senato'ya (Ayan Meclisi'ne) sunulmuştur. Ancak bu kanun tasarısı 9 Aralık 1957 tarihinde Senato tarafından kabul edilmeyerek Temsilciler Meclisi'ne geri gönderilmiştir²²⁹. Geri gönderilirken verilen tavsiye mesajında, yeni kanun taslağı hazırlanırken Mecelle ve İslam hukuku hazinesinden ve çağın gerekliliklerinden yeterince faydalanılmadığı eleştirisi önemlidir²³⁰. Bundan sonraki birkaç senede kanun kapsamındaki çoğu mesele değerlendirilmiş ve iki meclis uzlaşmaya varmıştır. 28 Temmuz 1965 tarihinde yeni kanunun hazırlanması için ilmi bir meclis kurulmuştur. Akabinde 1966 yılında Senato yeni medeni kanun taslağının hazırlanması için Profesör Senhurî'yi davet etse de muhtemelen hastalığı sebebiyle kendisi bu davete icabet edememiştir²³¹. 1967 İsrail-Arap savaşının patlak vermesi ile kanun çalışmaları sekteye uğramıştır. Savaştan sonra 1971 yılında yeni bir heyet kurulsa da ancak 1973 yılında çalışmalarına başlayabilmiş ve nihayet 1976 yılında Ürdün Medeni Kanunu tamamlanmıştır²³².

Ürdün Medeni Kanunu 1976 yılında kabul edilmiş ve 1 Ocak 1977 tarihinde de yürürlüğe girmiştir²³³. Kanununun 1448. maddesi 1. fıkrasına göre, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin bu kanunla çelişen hükümleri ilga edilmiştir²³⁴. Dolayısıyla 1976 Ürdün Medeni Kanunu, yürürlüğe girdiği tarihe kadar uygulanan Mecelle'nin hükümlerini tamamen ilga etmemiş, sadece söz konusu kanun ile çelişen hükümler yürürlükten kaldırılmıştır²³⁵.

229 Kubbec, s. 178.

230 Bkz: Saleh, s. 164.

231 Saleh, s. 164.

232 Kubbec, s. 179.

233 Saleh, s. 164.

234 Kubbec, s. 171.

235 Saleh, s. 164.

2. Mecelle'nin Ürdün Medeni Kanunu Üzerindeki Etkisi

1976 Ürdün Medeni Kanunu'nun gerekçe metninde ifade edildiği üzere, söz konusu kanun temelde Mecelle'ye ve İslam hukukuna dayanmaktadır. Ayrıca Kanunun 1. maddesinde belirtildiği üzere, diğer Arap kanunlarından farklı olarak hâkim, uygulanacak hükmün bulunamaması durumunda İslam hukukuna, burada bulamazsa İslam hukukunun temel prensiplerine, sonrasında örf ve adete ve nihayet hüküm bulunmaması durumunda hakkaniyete göre karar verecektir. Görüldüğü üzere Ürdün Medeni Kanunu, diğer Arap kanunlarına nispetle şeriatın alanını oldukça genişletmiş ve şeriatı daha aktif bir konuma koyması ile bölgenin hukuk tarihi bakımından önemli bir adım teşkil etmiştir²³⁶. Bununla birlikte 3. maddede, söz konusu Kanun'un maddelerinin İslam hukuku metodolojisi perspektifinden yorumlanması ve uygulanması gerektiği kabul edilmiştir²³⁷.

Kanunun 1448. maddesi 1. fıkrasına göre, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin sadece söz konusu kanunla çelişen hükümleri ilga edilmiştir²³⁸. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere 2. maddede kanunda uygulanacak hükmün bulunamaması durumunda sırasıyla başvurulacak kaynaklar sayılmış ve hükmün bulunduğu durumda içtihat yapılamayacağı ile ilgili Mecelle'nin 14. maddesinde geçen "Mevrid-i nassda icthâda mesâğ yoktur" hükmü aynen ifade edilmiştir²³⁹. Yine aynı maddede kanun boşluğu bulunması durumunda ilk olarak İslam hukukunun bu kanun hükümlerine en uygun düşen hükümlerine başvurulacağı belirtilmektedir. *Kubbec*'e göre, Kanun'un 2. maddesi ile 1448. maddesi birlikte değerlendirilerek bir kanun boşluğu bulunması durumunda ilk olarak Mecelle'ye başvurulması gerekmektedir²⁴⁰.

1976 Ürdün Medeni Kanunu doktrinde Mecelle'nin devamı niteliğinde kabul edilmiş, ortaya çıkma sebebi olarak da sadece Mecelle'yi asra uyarlamak düşüncesi ifade edilmiştir²⁴¹. Dolayısıyla da Mecelle halen Ürdün medeni hukukunun temelini oluşturmaktadır²⁴².

Sonuç olarak İslam hukuku, Mecelle ve Mısır Medeni Kanunu'nun dolayısıyla da Fransız hukuk geleneğinin etkilerini taşıyan²⁴³ Ürdün Medeni Kanunu'nun, İslam ülkelerindeki kanunlaştırmalar bakımından yeni bir model ortaya koy-

236 Saleh, s. 164.

237 Saleh, s. 164.

238 Kubbec, s. 171.

239 Bkz: 1976 tarihli Ürdün Medeni Kanunu madde 2/1; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye madde 14.

240 Kubbec, s. 171.

241 Bkz: Kubbec, s. 179.

242 Schacht, s. 93.

243 Haddad, s. 178.

duğu ve batı kanunlarının etkisi karşısında şeriatın hükümlerini üstün tuttuğu söylenebilir²⁴⁴. Örneğin Ürdün Medeni Kanunu menfi zararı veya itibar kay-bından doğan zararları soyut ve değişken olmaları ile şeriata uygun olmadığı gerekçesiyle tazmin yoluna gitmezken, Senhurî'nin füzyon düşüncesini taşıyan Mısır, Suriye ve Irak Medeni Kanunları menfi zarar ve itibara ilişkin kayıpların tazminini kabul etmiştir²⁴⁵. Dolayısıyla Ürdün Medeni Kanunu'nda, iktisadi ve sosyal alanda değişen şartlar ve yeni ihtiyaçlara rağmen, İslam hukukuna ve Mecelle örneğine sıkı sıkıya bağlı kalınmaya çalışıldığı söylenebilir.

Sonuç

Tanzimat sonrası Osmanlı hukukunun gelişiminde önemli bir kilometre taşı olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Osmanlı hakimiyetinde olması nedeniyle birçok Arap ülkesinde yürürlüğe girmiş ve yürürlüğü dışında birçoğunun da kanunlaştırma faaliyetlerini etkilemiştir. İslam hukukunun tedvininde yeni bir dönemi başlatan bu kanun, söz konusu devletlerin hukuk öğretilerinde de derin izler bırakmıştır. Mecelle'nin Arap ülkelerindeki bu etkisi, makale kapsamında yer ve zaman bakımından sınırlandırılarak detaylarıyla ortaya konul-maya çalışılmıştır.

Yer bakımından Mısır, Suriye, Irak, Lübnan, Filistin ve Ürdün ile sınırlandırılan konu, zaman bakımından ise genellikle Osmanlı sonrası dönemin işgal yılları, manda himayesi ve bağımsızlık yılları şeklinde sınıflandırılması ile incelenmiştir. Mısır'da hiçbir zaman yürürlüğe girmeyen Mecelle, kanun-laştırma hareketi olarak 19. yüzyıl otoritelerinin faaliyetlerine tesir ederken, İslam hukukunun modern bir şekilde kodifiye edilmesi bakımından ise özel-likle Senhurî'yi ve Mısır Medeni Kanunu hazırlanırken sahip olunan genel düşünceyi etkilemiştir. Suriye ve Irak'ta yeni kanunların hazırlanmasına ka-dar yürürlükte olan Mecelle, yeni kanunlar döneminde kanun boşluklarının doldurulması ve belirli hükümlerinin yürürlükte bırakılması bakımından bir süre daha medeni hukuk sahasını etkilemeye devam etmiştir. Suriye gibi Fran-sız mandası altında olan ve Fransız hukukundan etkilenen Lübnan ise, çeşitli kanunlar ile Mecelle'nin önemli hükümlerini ikame etmiş, ancak medeni hu-kukun temelleri bakımından genel olarak yine Mecelle'nin etkisi altında geli-şimine devam etmiştir.

Mecelle'nin en uzun süre uygulandığı ülkeler ise Filistin ve Ürdün'dür. Filis-tin yönetiminin yanında İsrail hukukunun da Mecelle etkisi altında gelişmesi ve bu bölgede uzun süre İslam hukukuna dayanan bir medeni kanunun uygulanması oldukça ilginç bir örnektir. Ürdün ise, diğer Arap devletlerine nazaran

244 Saleh, s. 164.

245 Saleh, s. 166.

hukuki reformlar ve kanunların millileştirilmesi noktasında daha muhafazakâr bir çizgi takip ederek uzun yıllar Mecelle'yi uygulamış, yeni kanunlaştırmaları dahi Mecelle'yi temel alarak gerçekleştirmiştir.

Sayılan ülkeler bakımından Mecelle'nin çeşitli hükümlerinin ayrıntılı yürürlük bilgileri ilgili başlıklar altında aktarılmıştır. Bu bilgiler ışığında, Ahmed Cevdet Paşa'nın fikri önderliğini yaptığı Mecelle hareketinin İslam ülkelerinde ciddi şekilde benimsendiği ve hatta Senhurî'nin önderliğinde bir adım ileri giderek İslam hukuku ve batı kanunlarından faydalanan füzyon kanunlaştırmalara dönüştüğü görülmektedir. Çalışmamızda bu fikri dönüşüme genel olarak işaret edilmekle birlikte, konunun kapsamı bakımından daha çok Mecelle'nin Osmanlı sonrası Arap coğrafyasındaki izleri takip edilmiş, zaman ve yer bakımından Mecelle'nin bir yürürlük haritası çıkarılmaya çalışılmıştır. Birçok kaynakta dağınık olarak bulunan Mecelle'nin münferit hükümlerine ilişkin yürürlük tarihlerinin bir çalışma altında derlenmesinin konu ile ilgilenen araştırmacılara faydalı olmasını temenni etmekteyiz.

Çatışma Beyanı: *Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.*

KAYNAKLAR

- Ahmed Cevdet Paşa, “Tezkire no:8”, *19. Yüzyılda Osmanlı Devlet Yönetimi (Tezâkir)*, haz. Seyit Ali Kahraman, 1. Cilt, Yeditepe Yayınları, İstanbul 2019.
- Akgündüz, Ahmed, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 2. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2017.
- Al-Mukhtar, Sabah, “Iraq”, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 156-177.
- Al-Qasem, Anis, “Palestine”, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 189-203.
- Al-Saleh, Fawaz, *el-Kanun el-Medenî Mesâdir el-İltizâm (Civil Law 1)*, Publications of the Syrian Virtual University (SVU), Syrian Arab Republic, 2018.
- Anderson, J. N. D., “The Shari’a Today”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 31:3/4, 1949, s. 18-25.
- Aybakan, Bilal, “Selem”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXXVI, İstanbul 2009, s. 402-405.
- Aydın, Mehmet Âkif, “Arazi Kanunnâmesi”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, III, İstanbul 1991, s. 346-347.
- Aydın, M. Âkif, “Bir Hukukçu Olarak Ahmed Cevdet Paşa”, *Ahmed Cevdet Paşa Semineri*, İstanbul 1986.
- Aydın, Mehmet Âkif, “İslam Hukuku’nun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Sayı 1, Bahar 2016.
- Aydın, Mehmet Âkif, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXVIII, Ankara 2003, s. 231-235.
- Aydın, Mehmet Âkif, “Mecelle’nin hazırlanışı”, *Osmanlı Araştırmaları Dergisi*, Sayı IX, İstanbul 1989, s. 46-48.
- Aydın, Mehmet Âkif “Muhammed Kadri Paşa”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXX, İstanbul 2005, s. 546.
- Badr, Gamal Moursi, “New Egyptian Civil Code and the Unification of the Laws of Arab Countries”, *Tulane Law Review*, Vol. 30:2, 1955-1956, s. 299-304.
- Bentwich, Norman, “The Application of Jewish Law in Palestine”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 9:1, 1927, s. 59-67.
- Bentwich, Norman, “The Legislation of Palestine, 1918-1925”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 8:1, 1926, s. 9-20.
- Bentwich, Norman, “Palestine”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 8:3, 1926, s. 228-233.
- Brinton, Jasper Yeates, *Mixed Courts of Egypt*, Yale University Press, New Haven 1930.
- Britannica, Editorial, “order in council”, *Encyclopedia Britannica*, 8.12.2017, <https://www.britannica.com/topic/order-in-council> (31.10.2021).
- Buzpınar, Ş. Tufan, “Lübnan”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXVII, Ankara 2003, s. 248-254.
- Buzpınar, Ş. Tufan, “Suriye”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXXVII, İstanbul 2009, s. 550-554.

- Çetin, Atilla, “İsmâil Paşa, Hidiv”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXIII, İstanbul 2001, s. 117-119.
- Çetinsaya, Gökhan, “Irak”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XIX, İstanbul 1999, s. 93-95.
- Düstur, Cilt 1, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1289 (1872).
- Ebed, William Makram; Colombos, C. J., “Mediterranien Colonies”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, New Series, Vol. 18, 1918, s. 244-253.
- Eisenman, Robert H., *Islamic Law in Palestine and Israel*, E. J. Brill, Leiden 1978.
- Ekinci, Ekrem Buğra, “Lübnan'ın Esas Teşkilat Tarihçesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 3, 1998, s. 17-35.
- *El-Kânun el-Medenî (rakam 40 lisene 1951)*, el-Hükümetü'l-İrakiyye Vezaretü'l-Adliyye, Matbaatü'l-Hüküme, Bağdad 1951.
- *El-Kanun el-Medenî el-Ehlî*, 3. Baskı, El-Matbaatü'l-Emiriyye, Kahire 1913.
- “El-Kanun el-Medenî”, *el-Vakâi' el-Filistiniyye*, özel sayı, Ağustos 2012.
- Es-Seyyid, Seyyid Muhammed, “Mısır”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXIX, Ankara 2004, s. 563-569.
- Findley, C. V., “Medjelle”, *EI2*, Vol. VI, s. 971-972.
- Fisher, Stanley; Ebed, W. Makram; Anderson, Maxwell H.; Bentwich, Norman, “Mediterranean Colonies”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 2:2, 1920, s. 165-172.
- Gedikli, Fethi; Onat, İbrahim Enes, “İkinci Meşrutiyetten Sonra Mecelle Cemiyetinin Tekrar Kurulma Süreci”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri*, Ed. Fethullah Soyubelli, Bursa Kültür A. Ş., Bursa 2021, s. 419-426.
- Ghosn, Halil, “Adli Hükümler Mecellesi ve Lübnan Hukuk Sistemi”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu Tebliğleri*, Ed. Fethullah Soyubelli, Bursa Kültür A. Ş., Bursa 2021, s. 561-565.
- Gottschalk, R., “The Development of the Law of Torts in Israel”, *Modern Law Review*, Vol. 24:3, Mayıs 1961, s. 345-354.
- Grigsby, W. E., “Mixed Courts of Egypt”, *Law Quarterly Review*, Vol. 12:3, Oxford 1896, s. 252-259.
- Görgün, Hilal, “Mısır”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXIX, Ankara 2004, s. 569-575.
- Haddad, Hamzeh, “Jordan”, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 178-188.
- Halaçoğlu, Yusuf; Aydın, M. Âkif, “Cevdet Paşa”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, VII, İstanbul 1993, s. 443-450.
- Heyacine, Raid Ahmed, el-Omeri, Sabit Gazi, “el-Muahede el-Ürdüniyye el-Britaniyye 1928 ve Eseruha fi't-Tatavvur es-Siyasi fi İmaret Şarki el-Ürdün”, *Mecelle-tü Camiatü'l-Kudüs el-Meftuha li'l-Ebhas ve'd-Dirasat*, Sayı 29/1, 2013, s. 259-302.
- Irvine, Verity Elizabeth “Transjordan, the Hashemite Kingdom, and the Palestine War”, *Britannica*, <https://www.britannica.com/place/Jordan/History> (06.05.2021).
- İbrahim, Abdülazim, “Mecelle'nin Ortadoğu Devletlerine Tesiri”, *Türkiye İlahiyat Araştırmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2017, s. 8-18.
- Jwaideh, Zuhair E., “The New Civil Code of Iraq”, *George Washington Law Review*, Vol. 22:2, 1953, s. 176-186.

- Karaman, Hayrettin, *İslâm Hukuk Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Karaman, M. Lutfullah, “Filistin”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XIII, İstanbul 1996, s. 89-103.
- Kayapınar, Hüseyin, “Mugârese”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXX, İstanbul 2005, s. 373-374.
- Kenanoğlu, M. Macit, “Nizâmiye Mahkemeleri”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXXIII, İstanbul 2007, s. 185-188.
- Kubbec, Sâmîr Mâzin el-Kubbec, *Mecelletu'l-Ahkâmî'l-Adliyye Masâdiruha ve Eseruha Fî Kavânin eş-Şarki'l-İslâmî*, Daru'l-Feth Liddirasât ve'n-Neşr, Amman 2008.
- Lewis, Bernard, *The Emergence of Modern Turkey*, Second Edition, Oxford University Press, London 1968.
- Liebesny, Herbert J., “Religious Law and Westernization in the Moslem Near East”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 2:4, 1953, s. 492-504.
- Liebesny, Herbert J., “Part II: Impact of Western Law in the Countries of the Near East” *George Washington Law Review*, Vol. 22:2, 1953, s. 127-141.
- Mahmasânî, Subhî, *el-Evdâ'ut-Teşri'yye fi'd-Düvel el-Arabiyye*, 2. Baskı, Dârü'l-İlm lil-Melâyîn, Beyrut 1962.
- Mahmasânî, Subhî, *Felsefetü't-Teşri' fi'l-İslam*, Mektebetü'l-Keşşâf ve Matbaatüha, Beyrut 1365/1946.
- Mahmasânî, Subhî, (Terc. İbrahim Kâfi Dönmez), “İslam Hukukunun Tedvini (II)”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 4, 1986, s. 361-383.
- Mardin, Ebul'ula, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1996.
- “Mısır'ın İdaresi Hakkında Hidiv İsmail Paşa'ya Mektub-i Sami”, Reşad Fuad (Keçecizade) Efendi Evrakı, *Tarih-i Osmani Encümeni Mecmuası*, VII, Sayı: 42, İstanbul 1332 (1917).
- Mogannam, Theodore E., “Practical Application of the Law in Certain Arab States”, *George Washington Law Review*, Vol. 22:2, 1953, s. 142-155.
- Morcos, Soliman; Farag, Wadie, (Terc. Coşkun Üçok), “Yeni Mısır Medeni Kanunu (Kaynakları, Vasıfları ve Gelecek İçin Vadettiği İmkanlar)”, *AÜHFD*, Cilt:10, Sayı:1, 1953, s. 742-754.
- Muallim Cemaeddin, (Terc. Seda Örsten Esirgen), “Mukâyese-i Kavânin-i Medeniyeye, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye – Fransa Kanûn-ı Medenisi, Kitâbü'l-Büyû”, *AÜHFD*, Cilt 61, Sayı 2, 2012, s. 809-818.
- Mutlu, Orçun, “Filistin Devleti'nin Devletlik Statüsüne Dair Bir Değerlendirme”, *Balkan Journal of Social Sciences*, Sayı 8 (EUREFE '19), 2019, s. 403-413.
- Nordanskog, Magnus, *The Legal System of Lebanon: From French Influence to Globalisation and European Community Law*, yayımlanmamış yüksek lisans (LL.M.) tezi, University of Lund Faculty of Law, 2001.
- Onar, Siddik Sami, “Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u, Mecelle”, *İÜHFM*, Cilt 20, Sayı 1-4, s. 57-85.
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, *OTAM Dergisi*, sayı 29, Bahar 2011, s. 93-124.

- Örsten Esirgen, Seda, “Osmanlı Devleti’nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?”, *OTAM Dergisi*, Sayı 29, Bahar 2011, s. 31-47.
- Öztürk, Osman, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İrfan Matbaası, İstanbul 1973.
- “Palestine and Israel- Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements (Oslo Agreement)”, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 443-453.
- “Palestine and Israel- Agreement on the Gaza Strip and the Jericho Area (Cairo Agreement)”, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 456-467.
- “Palestine- Decree concerning the Judicial and Legal System”, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 1, 1994, s. 541.
- Pound, Roscoe, “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, Vol. 44:1, 1910, s. 12-36.
- Reyhan, Cenk, Cebel-i Lübnan Vilâyet Nizamnamesi, *Memleket: Siyaset-Yönetim Dergisi*, Sayı 1, Ankara 2006, s. 175-184.
- Saleh, Nabil, Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes, *Arab Law Quarterly*, 1993, Vol. 8:2, 1993, s. 161-167.
- Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press-Oxford, New York 1982.
- *Sebilü’r-Reşad (Sırat-ı Müstakim)*, -isim yok-, “Filistin ve Şarki Ürdün Mukadderatı ve Musevilerin Milli Yurt Teşkili Meselesi”, XX, Sayı 505, 15 Haziran 1338 (1922), s. 125-128.
- Sluglett, Marion Farouk; Sluglett, Peter, “Irak”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XIX, İstanbul 1999, s. 95-99.
- Stigall, Dan E., “Iraqi Civil Law: Its Sources, Substance and Sundering”, *The Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 16:1, Florida State University, 2006, s. 1-72.
- Sussmann, J., “Law and Judicial Practice in Israel”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 32:3/4, 1950, s. 29-31.
- Şentop, Mustafa, “Mürşidü’l-Hayrân”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXXII, s. 59-60.
- Şentop, Mustafa, “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Cilt 3, Sayı 5, 2005, s. 647-672.
- Şimşirgil, Ahmet; İkinci, Ekrem Buğra, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, 2. Baskı, KTB Yayınları, İstanbul 2009.
- *The New Cambridge Modern History*, Ed. C. L. Mowat, Vol. XII, The Shifting Balance of World Forces 1898-1945, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge 1968.
- Tomar, Cengiz, “Ürdün”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XLII, İstanbul 2012, s. 354-356.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”, *İÜHFİM*, C. LVIII, S. 1-2, 2000, s. 79-95.
- Tyan, Emile, *El-Kânun el-Medenî el-Lübnânî en-Nizâm el-Akâri Fî Lübnân*, Matbaatü Nahda, Mısır 1955.
- Uygur, Fatma, “Modern Mısır’da Nubar Paşa’nın Karma Mahkemeler Nizamnamesi ve Le Bosphore Égyptien Meselesinde Diplomatik Girişimleri”, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, Sayı 38, 2019, s. 303-326.

- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat I*, İstanbul 1940, s. 139-209.
- Vitinos, Yanko, “Cebel-i Lübnan Hakkında”, *İstişare*, sayı: 20, İstanbul 1324 (1909), s. 934-937.
- Wickhershaw, Warren G.; Nsouli, Marwan M., “Legal System of Lebanon: Summary and Bibliography”, *The International Lawyer*, Vol. 5:2, American Bar Association, 1971, s. 300-307.
- Windham, Ralph; Gardiner, A. L., “Middle East”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 22:2/3, 1940, s. 179-181.
- Wood, Leonard, “Legislation as an Instrument of Islamic Law”, Ed. Anver M. Emon, Rumeel Ahmed, *The Oxford Handbook of Islamic Law*, Oxford University Press, New York 2018, s. 551-584.

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi / Research Article

Türk Hukukunda Dürüstlük ve İyiniyet İlkelerinin Karşılığı Olarak İngiliz Hukukunda “Good Faith” İlkesi*

“Good Faith” Principle in English Law as the Provision of Honesty and Good Faith in Turkish Law

Pelin ÇAVDAR**

ÖZ

İngiliz hukukunda, “good faith” ilkesi, Türk, İsviçre, Alman hukuku ve birçok uluslararası sözleşmedeki düzenlemelerden farklı olarak genel bir ilke olarak kabul edilmemektedir. İngiliz mahkeme kararlarındaki tanımlar dikkate alındığında, “good faith” ilkesinin TMK md.2’de düzenlenen dürüst davranma kuralını ve TMK md.3’te düzenlenen iyiniyet ilkesini kapsamına aldığı anlaşılmaktadır. İngiliz mahkeme kararlarında yer bulan söz konusu ilkenin, makul ve öngörülü davranma, dürüst davranma, yanlış bilgi vermeme, sözleşmenin amacına uygun hareket, makul ticari standartların gözetilmesi ve tarafların haklı beklentilerine uygun davranma gibi farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir.

İngiliz hukukunda söz konusu ilkenin genel bir ilke olarak kabul edilmemesinin sebepleri olarak; sözleşme özgürlüğünü sınırladığı, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine zarar verdiği gibi gerekçeler ileri sürülmektedir. Bu yaklaşıma paralel olarak, İngiliz hukukunda “good faith”in genel bir ilke olarak kabul edilmediğine ilişkin çeşitli kararlar mevcuttur. Ancak İngiliz hukukunda daha yeni tarihli mahkeme kararlarında, söz konusu ilkenin sözleşmede açıkça (express duty) veya zımni yükümlülük (implied duty) olarak kararlaştırılarak, ilkeye işlerlik kazandırılmaya çalışıldığı da dikkat çekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Dürüstlük kuralı, iyiniyet, zımni yükümlülük, kararlaştırılan yükümlülük, sözleşmeye bağlılık, belirlilik.

ABSTRACT

In English law, the principle of “good faith” is not accepted as a general principle, unlike the regulations in Turkish, Swiss and German law and many international

* Makale gönderim tarihi: 07.10.2021. Makale kabul tarihi: 25.02.2021 Pelin Çavdar, “Türk Hukukunda Dürüstlük ve İyiniyet İlkelerinin Karşılığı Olarak İngiliz Hukukunda “Good Faith” İlkesi” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022, s. 163-185; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.1.04>

** Öğr. Gör. Dr. Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Y.O./Medeni Hukuk; pelin.cavdar@marmara.edu.tr, [0000-0002-5595-216X](https://orcid.org/0000-0002-5595-216X).

agreements. When the definitions in English court decisions are taken into account, it is understood that the principle of "good faith" covers the principle of honest behavior regulated in Art.2 of TCC and the principle of good faith regulated in Art.3 of TCC. It is observed that the principle in question, which is included in English court decisions, is defined in different ways such as acting reasonably and foresight, acting honestly, not giving false information, acting in accordance with the purpose of the contract, observing reasonable commercial standards and acting in accordance with the legitimate expectations of the parties.

The reasons why the mentioned principle is not accepted as a general principle in English law are that it limits the freedom of contract and harms the principles of certainty and predictability. Parallel to this approach, there are various judgments that "good faith" is not accepted as a general principle in English law. However, it is also noteworthy that in more recent judgements of the courts in English law, the principle in question is determined as an express or implied duty in the contract, and the principle is tried to be brought into effect

Keywords: honesty, good faith, implied term, express term, adherence of contract, certainty.

Giriş

Türk Hukukunda dürüstlük kuralı TMK md.2 hükmünde, iyiniyet ise TMK md.3 hükmünde düzenlenmektedir. Dürüstlük ve iyiniyet kuralları farklı niteliklere ve uygulama alanlarına sahip ilkelere. Kıta Avrupası hukuk sistemine tabi birçok ülkede, Türk hukukuyla paralel bir şekilde dürüstlük ve iyiniyet kuralları farklı işleve sahip şekilde ayrı hükümlerde düzenlenmektedir. Ancak Anglo Sakson sisteminin uygulandığı İngiliz hukukunda konuya ilişkin çok farklı bir yaklaşım mevcuttur. Daha açık bir ifadeyle, İngiliz hukukunda tarafların sözleşmeyi kurarken veya sözleşmeden doğan borçlarını ifa ederken dürüst ve iyiniyetli davranmalarına ilişkin genel bir prensip bulunmamaktadır.

Bu bağlamda, İngiliz hukukunda sözleşmeye mutlak şekilde bağlılık ve belirlilik ilkeleri dikkate alınarak taraflara dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin genel bir yükümlülük yüklenmesine karşı çıkmaktadır. Ancak, İngiliz mahkeme kararlarını incelediğimizde, her ne kadar dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin genel bir ilke kabul edilmese de, Avrupa Birliği Direktiflerinde ve özellikle taraflar arasında yoğun güven ilişkisi kuran birtakım sözleşmelerde söz konusu ilkenin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.

Çalışmamızda, öncelikle Türk hukukunda dürüstlük kuralı ve iyiniyet ilkelere hakkında genel bilgi verilecek, uygulama alanlarından genel olarak bahsedilecek, İngiliz hukukunda bu ilkeyi karşılayan "good faith" in ne anlama geldiği

açıklanacak ve bu ilkenin çeşitli hukuk sistemleri ve uluslararası sözleşmelerde nasıl kaleme alındığı kısaca anlatılacaktır. Bunların dışında, İngiliz hukukunda bu ilkenin genel bir ilke olarak kabul edilmediği çeşitli kararlara yer verilecektir. Ayrıca, söz konusu ilkenin sözleşmede açıkça (express duty) ve zımni bir yükümlülük olarak kararlaştırıldığı (implied duty) çeşitli kararlar kısaca incelenecek ve İngiliz hukukunda söz konusu ilkenin genel bir ilke olarak benimsenmesi gerekliliğine ilişkin kanaatimiz ortaya konulacaktır.

I. Türk Hukukunda Dürüst Davranma ve İyiniyet İlkeleri

A. Genel Olarak

İngiliz hukukunda “good faith” ilkesi, Türk hukukunda TMK md.3 hükmünde düzenlenen iyiniyet ilkesinin tam karşılığını oluşturmamaktadır¹. Bir başka ifadeyle, İngiliz hukukunda dürüstlük ve iyiniyet ilkelerinin ayrı kavramlar olmadığı, iç içe geçen kavramlar olduğu ve bu kavramların “good faith” çatısı altında beraber kullanıldığı mahkeme kararlarında görülmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere, İngiliz hukukunda “good faith” terimi, hukukumuzda TMK md.2 hükmünde düzenlenen dürüstlük ve TMK md.3’te düzenlenen iyiniyet ilkesini kapsamına almaktadır.

Türk hukukunda TMK md.2 hükmünde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm, herkesin hakkın kullanımı ve borcun ifasında dürüstlük kuralına uyması gerektiğine ilişkin yükümlülük öngörmektedir. Dolayısıyla, herkes hakkını kullanırken ve borcunu yerine getirirken makul ve dürüst bir kimseden beklenen objektif davranışa uygun şekilde hareket etmekle yükümlü olacaktır². Dürüstlük kuralının hukuki niteliğini incelediğimizde, genel, objektif bir koruma hükmü olduğu ve tali (ikincil) bir kural olduğu kabul edilmektedir³. Bir başka ifadeyle, dürüstlük kuralı konuya ilişkin özel bir hükmün olmadığı hallerde uygulama alanına sahiptir. Zira aksi durumun kabulü, kanun ve sözleşme hükümlerinin mutlak

-
- 1 743 sayılı eski Medeni Kanununun 2.maddesinde objektif hüsnüniyet, 3.maddesinde ise sübjektif hüsnüniyet tabirleri kullanılmaktaydı. Ancak yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde, “dürüst davranma” ve 3. maddesinde “iyiniyet” şeklinde ayrı kavramlara yer verilerek dürüstlük ve iyiniyet ilkesi birbirinden ayrılmıştır.
 - 2 Dürüstlük kuralının adalet ve eşitlik ilkelerini tamamlayan Tabii Hukuk ilkesi olduğuna ilişkin bkz. Hüseyin, Hatemi, *Medeni Hukuk’a Giriş*, 8. Bası, Oniki levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.192.
 - 3 O. Gökhan Antalya, Murat Topuz, *Medeni Hukuk*, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.498; YİBK 1987/2 E., 1988/2 K., 30.09.1988 Tarihli Karar. “.. *Medeni Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasındaki kuralla, kanunun ve hakkın mutlaklığı ilkesine istisna getirilmiştir. Ancak, bu kuralın taliliği (ikinciliği) de gözetilerek, öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilmeli; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı olabileceği bazı istisnai durumlarda da, 2 nci maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilmelidir...*”. (Kazancı, Erişim Tarihi: 01.09.2021)

bir şekilde uygulanmasına engel olur. Belirtmek gerekir ki, dürüstlük kuralı emredici bir kuraldır ve hakim tarafından re'sen dikkate alınır⁴.

Hukumumuzda TMK md.3 hükmünde düzenlenen iyiniyet kuralı ise, hakkın kazanılması veya hukuki sonucun doğmasında önem teşkil eden bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, hakkın kazanılması veya hukuki sonucun doğmasını engelleyen bir durumun varlığını bilmeyen ve gerekli özeni gösterse dahi bilebilecek durumda olmayan kimse hukuken değişik şekillerde korunmaktadır⁵. TMK md.3 hükmünde düzenlenen iyiniyet ilkesi, söz konusu hükmün lafzında da belirtildiği üzere, sadece kanunun iyiniyete sonuç bağladığı hallerde uygulama alanı bulmaktadır. Bunların dışında, iyiniyet genel bir kuraldır ve itiraz niteliğinde olduğu için hakim tarafından re'sen dikkate alınır⁶.

Bu bilgiler ışığında, Türk Hukuku bakımından dürüstlük ve iyiniyet ilkelelerinin farklı hükümlerde düzenlenen ve farklı özelliklere sahip ilkeler olduğu açıktır. Zira TMK md.2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı tüm hukuki ilişkilerde aranan bir ilke iken, TMK md.3 hükmünde düzenlenen iyiniyet ilkesi, istisnai olarak sadece kanunun iyiniyete sonuç bağladığı hallerde uygulama alanı bulmaktadır. Bunun dışında, dürüstlük kuralı tali (ikinci derecede)⁷, nitelikte bir ilke iken, iyiniyet, kanunun sonuç bağladığı her durumda doğrudan uygulama alanına sahip bir kuraldır ve tali nitelikte değildir. Bir başka farklılık ise, dürüstlük kuralı objektif bir ölçü taşımakta iken, iyiniyet bir kimsenin iç durumunu dikkate aldığı için subjektif bir nitelik taşımaktadır⁸. Ayrıca, dü-

4 Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.6 vd.; Antalya, Topuz, s.449; Serap Helvacı, Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk*, 6. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2020, s.43; Mustafa Dural, Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 16. Bası, Filiz, İstanbul, 2021, s.262; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.304 vd.; Şaban Kayıhan, Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.327, s.371. Yargıtay 10. HD., 2010/16564 E., 2011/332 K., 14.03.2011 Tarihli Karar. "... Hakkın kötüye kullanıldığı savunma olarak ileriye sürülmüş olmasa dahi bu husus def'i değil itiraz olarak kabul edildiğinden hakim, dava dosyasından anlaşılan böyle bir durumu re'sen gözönüne almak zorundadır.. (Yargıtay HGK 04.11.1964 gün 1964/2-953 E. ve 1964/640 K. sayılı ilamı, 14.02.1951 tarih ve 1949/17 E., 1951/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 08.11.1991 tarih 1990/4 E., 1991/13 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı)..." (Kazancı, Erişim Tarihi: 01.09.2021).

5 Halil Akkanat, *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s.30.

6 Antalya, Topuz, s.489; Helvacı, Erlüle, s.41; Dural, Sarı, s.242; Oğuzman, Barlas, s.250; Kayıhan, Ünlütepe, s.328 vd.

7 Talih Uyar, "Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet)" Kuralı (MK.2/I ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (MK.2/II)", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir, 2000, s.441; Antalya, Topuz, s.509.

8 Oğuzman, Barlas, s.229; Antalya, Topuz, s.508.

rüstlük kuralına ilişkin TMK md.2 hükmü maddi hukuka ilişkin genel nitelikte bir kural iken, iyiniyeti düzenleyen TMK md.3 hükmü, maddi hukuka ek olarak, ispata ilişkin usul hukuku kuralını düzenlemektedir⁹. Söz konusu ilkeler anlam ve taşıdığı özellikler bakımından farklılık içerse de, her iki ilkenin de temelinde esasen doğru ve dürüst davranma düşüncesinin hakim olduğunu söyleyebiliriz.

B. Türk Hukukunda Dürüst Davranma ve İyiniyet İlkelerinin Uygulama Alanı

Türk hukukunda dürüst davranma ilkesi geniş bir uygulama alanına sahiptir. Uygulamada en çok karşılaşılan hallerden bir tanesi kanunların yorumlanmasıdır¹⁰. Hakim, tarafların hak ve yükümlülüklerinin kapsamını tespit ederken dürüstlük kuralını dikkate almak zorundadır. Bu bazen söz konusu hükümde açıkça belirtilebilir. Örneğin; TBK md.34 hükmünde yanılanın, yanlış olduğunu dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremeyeceği, TBK md.73 hükmünde tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişinin durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorunda olduğu, aksi takdirde zamanaşımı süresinin bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlayacağı hükme bağlanmaktadır. Ancak hükümde belirtilmese dahi, hakimin tazminat miktarını belirlerken, küçüğün ergin kılınmasına karar verirken, sadakat yükümlüğünün kapsamını belirlerken vb. hallerde dürüstlük kuralını esas alması gerekmektedir¹¹.

Belirtmek gerekir ki, hukuki işlemlerin kurulmasında, yorumlanmasında¹² ve tamamlanmasında dürüst davranma ilkesi oldukça önemlidir¹³. Tarafların sözleşme müzakereleri esnasında açıklama yapma, yanlış veya eksik bilgi vermemeye, aldatmama ve birbirlerinin şahıs ve malvarlığına zarar vermemeye ilişkin dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülükleri söz konusudur.

9 Antalya, Topuz, s.508.

10 Dural, Sarı, s.245; Oğuzman, Barlas, s.275; Kayıhan, Ünlütepe, s.383; Hatemi, s.195; Antalya, Topuz, s.533.

11 Dural, Sarı, s.245; Oğuzman, Barlas, s.275; Kayıhan, Ünlütepe, s.384; Antalya, Topuz, s.534.

12 Dürüstlük kuralının hem yorumun içeriğini ve sınırlarını belirleyeceği, hem de güvenin korunmasını sağlayacağına ilişkin bkz. Şener Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.91.

13 Dural, Sarı, s.249; Oğuzman, Barlas, s.278; Kayıhan, Ünlütepe, s.385; Hatemi, s.193; Antalya, Topuz, s.515; Derya Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", *TBB Dergisi*, Sayı 72, 2007, s.86.

Taraflar dürüstlük kuralından kaynaklanan bu yükümlülüğe aykırı davranırsa, meydana gelen zararı culpa in contrahendo sorumluluğu (sözleşme görüşmelerinden doğan kusur sorumluluğu) gereğince tazmin etmekle yükümlü olurlar¹⁴. Bunun dışında, hakimin sözleşmeyi yorumlarken ve sözleşmedeki boşlukları tamamlarken de dürüstlük kuralından yararlanması gerekir. Bu noktada hakim dürüst, güvenilir ve makul kişi kriterinden yola çıkarak, hakkaniyete uygun bir şekilde söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmelidir¹⁵. Nitekim TBK md.2 hükmünde, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır ve ikinci derecedeki noktalarda uyuşulmazsa hâkim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar düzenlemesi yer almaktadır. Hakim, ikinci derecedeki noktaları dürüstlük kuralını göz önünde bulundurarak tamamlamalıdır. Bu hükmeye paralel olarak, TBK md.19 hükmünde de, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınacağı hükmeye bağlanmaktadır. Dolayısıyla, hakim sözleşmenin kapsamını belirlerken ve sözleşmeyi yorumlarken dürüstlük kuralını esas alarak sonuca ulaşmalıdır. Ayrıca, özel hukuk bakımından sözleşme yapma zorunluluğunun kanun hükmünden veya böyle bir hükmün olmadığı hallerde ise TMK md.2'de düzenlenen dürüstlük kuralından kaynaklandığını da ifade etmek gerekir¹⁶.

14 Akyol, s.115; Huriye Reyhan Demircioğlu, *Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.223; "Culpa in contrahendoyu daha kısa ve genel ifadeyle belirtmek istersek, gereğinde genel ve objektif, gereğinde özel ve sübjektif bir biçimde beliren ve taraflar arasında oluşan toplumsal bağlantı sonucu doğan, kökenini dürüstlük kurallarında bulan genel özen yükümlününün yarattığı karşılıklı güven ilişkisinin ihlali olarak nitelemek" uygun olur. Ümit Gezder, *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.174; İlhan, Ulusan, "Culpa in Contrahendo Üstüne", *Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan C.I.*, İstanbul, 1982, s.287; O. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V/1,1, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.249; S. Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, Cilt III, § 82, I; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme*, Cilt III, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, §19, N.1; Mustafa Arıkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1, 2009, s.72; Yasemin, Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.1, 2017, s.242; Hatemi, s.194.

15 Dural, Sarı, s.249; Oğuzman, Barlas, s.278; Kayıhan, Ünlütepe, s.385; Antalya, Topuz, s.515.

16 Oğuzman, Barlas, s.288. "... Davacı kurum sözleşme yapmak ve böylece karşı edim borçlanmak şartıyla kamuya hizmet sunmuş bulunmaktadır. Davalı taraf sözü edilen hizmetten sözleşme vasıtasıyla yararlanacağı yerde böyle bir sözleşme yapmaksızın (ve belki de bunu istemeksizin) karşılıksız ve kaçak olarak elektrik enerjisinden yararlanmış bulunmaktadır. O halde taraflar arasında dürüstlük ilkesine uygun olarak (sözleşme benzeri) bir borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilmeli ve davacı idarenin bu gibi durumlara ilişkin olarak belirlediği kurallara uygun bedelin davalı tarafından ödenmesi gerekir. Bu sonuç için sunulan edimden davalının sadece yararlanmış olması gerekli ve yeterli görülmelidir..." YHGK., 2000/3-1803 E., 2000/1813 K., 20.12.2000 Tarihli Karar. (Kazancı, Erişim Tarihi: 24.02.2022).

Hukukumuzda hukuki işlemlerin dönüştürülmesinde (tahvil), değişen şartlara uyarlanmasında ve kanuna karşı hilenin önlenmesinde de söz konusu yükümlülüğün göz ardı edilmemesi gerekir. Doktrinde hukuki işlemlerin dönüştürülmesine ilişkin verilen klasik örnek olarak, noter tarafından düzenlenen satış sözleşmesi şekle aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz iken, söz konusu sözleşmenin tarafların varsayılan iradelerine uygun olarak taşınmaz satış vadi sözleşmesine dönüştürülerek geçerlilik kazanması mümkündür¹⁷. Hukuki işlemin dönüştürülmesinde dürüstlük kuralı hakimın yararlanacağı en temel ilkedir.

Belirtmek gerekir ki, “Aşırı İfa Güçlüğü” başlığını taşıyan TBK md.138 hükmüne göre, sonradan ortaya çıkan ve öngörülemeyen olağanüstü durumlar sebebiyle, edimin başlangıçta kararlaştırılan şekilde ifası borçlu açısından dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde güçleşirse, borçlu sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir veya bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme imkânını kullanabilir. Söz konusu hükümde tanınan hukuki imkânların kullanılabilmesi için, ifanın borçlu açısından dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde güçleşmesi kriteri ifade edilmiştir¹⁸.

Kanuna karşı hilede, emredici hükme aykırı bir hukuki fiil ya da işleme uygulanacak olan yaptırım engellemek amacıyla, hukuken geçerli başka bir fiil veya işlemin gerçekleştirilmesiyle aynı sonuca ulaşma söz konusudur¹⁹. Bir başka ifadeyle, emredici hükmün yasakladığı sonuca bir başka kanun hükmün-

17 Kayhan, Ünlütepe, s.309; Antalya, Topuz, s.523; Şener Akyol, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, Prof. Dr. Feyzi N. Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.125.

18 YHGK., 1996/11-762 E., 1997/77 K., 19.02.1997 Tarihli Karar. “. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, edimler arasında mevcut olan denge şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. Buna göre akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse, artık taraflar sözleşme ile bağlı olmamalıdır. Bu görüş doktrinde “Emprevizyon Teorisi” adıyla anılır. İşte edimler arasındaki dengeyi aşırı derece bozan olağanüstü haller harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi hallerde sözleşmeye bağlılık ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık sözleşmeye sıkı sıkı bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK. md. 2/2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Bu adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için, bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayanan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişmeler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkânsız hale gelmesi durumunda “işlem temelini çökmesi” gündeme gelir. Bu gibi hallerde emprevizyon veya Clausula rebus sic stantibus kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hakimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. Hakim, bu gibi hallerde ya sözleşmeyi ortadan kaldıracak, ya da sözleşme koşullarının olağanüstü olgulara uyarlanmasına ve böylece sözleşmede bozulmuş olan dengeyi yeniden sağlayacaktır....”. (Kazancı, Erişim Tarihi.: 22.02.2022)

19 Dural, Sari, s.246; Oğuzman, Barlas, s.276; Kayhan, Ünlütepe, s.396; Hatemi, s.195; Antalya, Topuz, s.534; O. Gökhan Antalya, Hukuk Metodolojisi Cilt II, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.454.

den yararlanarak ulaşılır. Kanuna karşı hilede hiç şüphesiz dürüstlük kuralına aykırı davranılmaktadır ve kaçınılan hükmün yaptırımı, kanuna karşı hile ile elde edilen sonuca da uygulanmalıdır²⁰.

Ayrıca, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirleme noktasında da yine dürüstlük kuralının önemli bir işlevi bulunmaktadır²¹. Bir başka ifadeyle, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken, somut olayın şartları dürüstlük kuralı da dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Nitekim TMK md.2/ II hükmü gereğince, hakkın açıkça dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanımı hakkın kötüye kullanılmasına yol açar²². Özellikle hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına verilecek zarar arasında aşırı bir orantısızlık bulunursa, bu durum dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur²³.

Yargıtay'ın uyandırılan güvene aykırı olarak²⁴, şekle aykırılığın caiz olma-

20 Oğuzman, Barlas, s.277; Hatemi, s.196; Antalya, Topuz, s.35.

21 Uyar, s.441.

22 "... Hakkın kötüye kullanılmasını; hukuken var olan bir hakkın sınırlarını aşarak ya da o hakkı gereğe göstererek hukuka aykırı eylemler yapma durumu olarak veya bir hakkın, yasaların tanıdığı yetkilerin sınırları içinde olmakla birlikte, amacından sapılarak kullanılması olarak da açıklayabiliriz. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine göre herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Yani bir hak sahibi hakkını kullanırken ve borçlu borcunu öderken objektif iyi niyet kurallarına uymak, dürüst davranmak, başkalarını zarara uğratmamak zorundadır. Hak sahibi başkasına zarar verme amacını taşımaya bile hareketi açıkça iyi niyet kurallarına aykırı ise ve başkasını zarara uğratıyorsa veya hak sahibine sağladığı yarar ile başkasına verdiği zarar arasında aşırı dengesizlik varsa bu durumu hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirebiliriz. Anayasa başta olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hak sahibinin hakkını kullanırken objektif iyi niyet kuralları içinde hareket etmesini emretmiş aksi davranışın hukuk düzeni tarafından korunamayacağını belirtmiştir..." Yargıtay 8.HD., 2016/14687 E., 2016/14439 K., 24.10.2016 Tarihli Karar. (Kazancı, Erişim Tarihi: 22.02.2022)

23 Uyar, s.442; Dural, Sarı, s.259; Oğuzman, Barlas, s.262; Kayıhan, Ünlütepe, s.409; Hatemi, s.196; Antalya, Topuz, s.562. "... Hakkın kötüye kullanılmasını; hukuken var olan bir hakkın sınırlarını aşarak ya da o hakkı gereğe göstererek hukuka aykırı eylemler yapma durumu olarak veya bir hakkın, yasaların tanıdığı yetkilerin sınırları içinde olmakla birlikte, amacından sapılarak kullanılması olarak da açıklayabiliriz. Türk Medeni Kanununun 2. maddesine göre herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Yani bir hak sahibi hakkını kullanırken ve borçlu borcunu öderken objektif iyi niyet kurallarına uymak, dürüst davranmak, başkalarını zarara uğratmamak zorundadır. Hak sahibi başkasına zarar vermek amacını taşımaya bile hareketi açıkça iyi niyet kurallarına aykırı ise ve başkasını zarara uğratıyorsa veya hak sahibine sağladığı yarar ile başkasına verdiği zarar arasında aşırı dengesizlik varsa bu durumu hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirebiliriz. Anayasa başta olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk B.K. hak sahibinin hakkını kullanırken objektif iyi niyet kuralları içinde hareket etmesini emretmiş aksi davranışın hukuk düzeni tarafından korunamayacağını belirtmiştir..." Yargıtay 12. HD., 2012/18690 E., 2012/25539 K., 10.09.2012 Tarihli Karar. (Kazancı, Erişim Tarihi: 24.02.2022)

24 Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, Çelişki, s.2 vd.

yan biçimde ileri sürülmesine ilişkin oldukça fazla sayıda kararı mevcuttur²⁵. Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulu, kanun tarafından belli bir şekilde yapılması zorunlu olan bir sözleşmenin bu şekilde yapılmaksızın akdedilmesini ve şekle aykırı bir sözleşme olmasına rağmen tarafların kendi istekleri ile sözleşme konusu borçlarının bir kısmını ifa ettikten sonra, şekle aykırılığın mevcut olduğunu ileri sürmelerini dürüstlük kuralına aykırı görerek, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır²⁶. Benzer şekilde, hakkın zamanaşımı süresi içerisinde de olsa uzun süre geçtikten sonra kullanılması, bazı hallerde hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kabul edilmektedir²⁷.

Bunların dışında, hukukumuzda kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak menfaat elde edilmesi, hakkın kötüye kullanılması kapsamında kabul edilmektedir²⁸. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, borcunu ifa edeceğine ilişkin alacaklıyı oyalayarak zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin geçmesine sebep olan kimsenin, dava açıldığında zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin geçtiğine ilişkin savunmada bulunması hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilerek, söz konusu savunma hakim tarafından dikkate alınmayacaktır²⁹.

Türk hukukunda iyiniyet ilkesi ise, hakkın kazanılması veya hukuki sonucun doğmasına engel teşkil eden bir nedenin mevcudiyetinin bilinmemesi ve somut olayın özelliklerine göre bilinmemesinin mazur görülmesi olarak tanımlanmaktadır³⁰. Dolayısıyla, hukukumuzda kişinin iyiniyetli olması hakkı kazanmasını veya kanunda düzenlenen hukuki sonucun gerçekleşmesini sağlar. İyiniyet ilkesi esasen temelini dürüst davranma fikrinden almaktadır³¹. Belirttiğimiz üzere, söz konusu ilke ancak kanunda kendisine hukuki sonuç bağlanan durumlarla sınırlı olarak uygulama alanına sahiptir³².

25 Bu kararlardan bazıları için bkz. YHGK., 2012/19-670 E., 2013/171 K., 16.01.2013 Tarihli Karar; Yargıtay 18. HD., 2011/1001 E., 2011/3443 K., 15.03.2011 Tarihli Karar; YHGK., 2000/13-1729 E., 2001/32 K., 07.02.2001 Tarihli Karar. (Kazancı, Erişim Tarihi: 23.02.2022)

26 YİBK., 1987/2 E., 1988/2 K., 30.09.1988 Tarihli Karar. (Kazancı, Erişim Tarihi: 23.02.2022)

27 Yargıtay 2. HD., 2009/16037 E., 2010/17586 K., 25.10.2010 Tarihli Karar; Yargıtay 6. HD., 2002/7648 E., 2003/305 K., 21.01.2003 Tarihli Karar. (Kazancı, Erişim Tarihi: 23.02.2022)

28 Oğuzman, Barlas, s.263; Kayıhan, Ünlütepe, s.416.

29 Yargıtay 13.HD, T. 23.2.2007, E. 2006/14223, K. 2007/2558 Tarihli Karar; YHGK., 4-5/203, 12.05.1965 Tarihli Karar. (Kazancı, Erişim Tarihi: 23.02.2022)

30 Oğuzman, Barlas, s.235; Kayıhan, Ünlütepe, s.328; Dural, Sarı, s.235; Antalya, Topuz, s.451; Hatemi, s.186.

31 Kayıhan, Ünlütepe, s.329.

32 Kanunda belirtilen bu hallere örnek olarak; aile hukukunda TMK md.130 hükmü, borçlar hukukunda temsile ilişkin TBK md.42 ve TBK md.44 hükümleri, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK md.79 hükmü, alacağın devrine ilişkin TBK md.183, eşya hukukunda taşınır ve taşınmaz mülkiyetine ilişkin TMK md.712, 777, 988, 989, 990, 1023 hükümleridir.

II. Çeşitli Hukuk Düzenleri Ve Uluslararası Sözleşmelerde "Good Faith" İlkesi

Anglo Sakson sisteminin uygulandığı bir başka ülke olan Amerika'da, tarafların sözleşmeden doğan borçlarını ifa ederken dürüst ve iyiniyetli davranma yükümlülüğünün olduğu çeşitli düzenlemelerin varlığından anlaşılmaktadır. Buna ilişkin olarak, ilk karşımıza çıkan düzenleme Amerikan Ticaret Kanunu'nda (Uniform Commercial Code/UCC) yer almaktadır. Söz konusu düzenlemenin 1-201. maddesinde, "good faith" ilkesinin dürüstlük kavramı ve ticari ilişkilerde makul standartlara uyarak dürüst iş yapmayı kapsadığı ifade edilmektedir. Bunun dışında UCC 1-304 hükmünde de, tarafların UCC kapsamında her türlü sözleşmeyi veya yükümlülüğü ifa ederken dürüst ve iyiniyetli davranma yükümlülüğünün mevcut olduğu belirtilmektedir.

Bir başka düzenleme ise, Amerikan Hukuk Enstitüsü Sözleşmelerin Yeniden Düzenlenmesine (American Law Institute's Restatement of Contracts) ilişkin metindir. Bu düzenlemenin 205. maddesinde, her sözleşmede tarafların sözleşmeyi ifa ederken dürüst ve iyiniyetli davranma yükümlülüğünün olduğu ifade edilmektedir.

Dürüstlük ve iyiniyet kuralı esasen Kıta Avrupası hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde³³ ve çeşitli uluslararası sözleşmelerde genel bir ilke olarak benimsenmektedir. Nitekim TMK md.2 hükmünde dürüstlük ilkesinin ve TMK md.3 hükmünde iyiniyet ilkesinin düzenlendiğini ifade ettik. İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 2. maddesinde, TMK md.2 ye paralel şekilde dürüstlük ilkesinin ve 3. maddesinde ise yine TMK md.3'e paralel şekilde iyiniyet ilkesinin düzenlendiği görülmektedir. Alman hukukunda ise, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) § 157. maddesinde, sözleşmelerin teamül dikkate alınarak dürüstlük ve iyiniyet kuralına göre yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Bunun dışında BGB §242 hükmünde, borçlunun borcunu yerine getirirken, teamül dikkate alınarak dürüstlük ve iyiniyet kuralına uygun davranması gerektiği ifade edilmektedir.

Dürüstlük ve iyiniyet kuralı birtakım uluslararası sözleşmelerde de temel bir ilke olarak benimsenmektedir. Söz konusu uluslararası düzenlemelerden biri olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş

33 Kıta Avrupası hukuk sisteminde uyumsuzluk kanun hükümleri esas alınarak çözümlenmekte ve hakimlere sınırlı bir alan bırakılmaktadır. Dolayısıyla, dürüstlük ve iyiniyet kuralı gibi genel ilkelerin benimsenmesiyle, hakime hukuku somut olayı ve toplumsal değişiklikleri dikkate alarak geliştirme ve sözleşmeleri yorumlama imkanı tanınmaktadır. Böylece hukuk sadece Kanun koyucunun iradesiyle şekillenmemiş olmaktadır. İngiliz hukukunda ise, Kanun koyucunun çıkarttığı kanun maddesi yerine, hakimler her somut uyumsuzluk bakımından kendi çözümlerini üretmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Scott Crichton Styles, *Good Faith: A Principled Matter, Good Faith In Contract And Property Law*, Ed. Forte, A.D.M., Oxford, 1999, s.158.

Milletler Antlaşması (CISG) md.7 hükmünde, bu sözleşmenin yorumunda uluslararası ticaretteki dürüstlük ve iyiniyet kuralının da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Bir başka uluslararası düzenleme olan Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT ilkelerinin 7. maddesinde, tarafların milletlerarası ticarete dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uymakla yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğün bertaraf edilemeyeceği gibi kapsamının da sınırlandırılmayacağı düzenlenmektedir. Bir diğer uluslararası sözleşme olan Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri'nin (PECL) 1.201. maddesinde de, UNIDROIT ilkelerindeki düzenlemeye paralel olarak, tarafların dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uymak zorunda oldukları, bu yükümlülüklerini bertaraf edemeyecekleri ve kapsamını da sınırlandıramayacakları hükme bağlanmaktadır.

III. İngiliz Hukukunda “Good Faith” İlkesi

Anglo sakson hukuk sistemine tabi ülkelerden biri olan İngiliz hukukunda, tarafların sözleşme kurarken ve sözleşmeden doğan borçlarını ifa ederken dürüst ve iyi niyetli davranmalarına ilişkin genel bir ilke kabul edilmemektedir³⁴. İngiliz hukukunda genel bir ilke olarak kabul edilmeyen sadece mahkeme kararlarında yer bulan söz konusu ilkenin, “makul ve öngörülü davranma”, “dürüst davranma”, “yanlış bilgi vermeme”, “haksız nüfuz kullanımı”, “kararlaştırılan ortak amaca bağlılık”, “sözleşmenin amacına uygun hareket”, “adil satıcılık”, “makul ticari standartların gözetilmesi”, “tarafların haklı beklentilerine uygun davranma” gibi farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir³⁵.

- 34 Maud Piers, “Good Faith in English Law – Could a Rule Become a Principle?” *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol:26, 2011, s.130; Qi Zhou, The Yam Seng Case: “A New Development of Good Faith In English Contract Law”, *International Trade and Business Law Review*, 2014, s.360; Jason Chen, “Should English Contract Law Adopt A General Duty To Negotiate In Good Faith?”, *Bristol Law Review*, Vol:4, 2017, s.18; Wenrui Cai, “The Relationship Between A Duty of Good Faith and Implied Terms In English Contract Law”, *Exeter Student Law Review*, Vol:1, Issue 1, 2015, s.1; Christina Perry, “Good Faith In English And US Contract Law: Divergent Theories, Practical Similarities”, *Business Law International*, Vol:17, Issue 1, 2016, s.28; Gerard Mcmeel, “Foucault’s Pendulum: Text, Context and Good Faith In Contract Law”, *Current Legal Problems*, Vol:70, Issue 1, 2017, s.366; Hugh Collins, “Implied Terms: The Foundation In Good Faith and Fair Dealing”, *Current Legal Problems*, Vol:67, 2014, s.300; Zoe Ollerenshaw, Managing Change In Uncertain Times: Relational View of Good Faith, Commercial Contract Law Transatlantic Perspectives, Cambridge, 2013, s.201; Arun Singh, *Business and Contract Law*, 1st Edition, London, 2010, s.11; Jan Smits, *Contract Law – A Comparative Introduction*, Cheltenham, 2014, s.142; Ewan Mckendrick, *Contract Law – Text, Cases, And Materials*, 2nd Edition, Oxford, 2005, s.542; John Adams, Roger Brownsword, *Understanding Contract Law*, 4th Edition, London, 2004, s.110; Paul Richards, *Law of Contract*, 13th Edition, New York, 2017, s.196.
- 35 Bates v. Post Office (No 3), (2019) EWHC, 606 Q.B, 711; Walford v. Miles (1992) 2 A.C.128; Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd. (1989) Q.B. 433; Petromec Inc. Petro-Deep Societa Armamento Navi Appoggio SpA v. Petroleo Brasileiro SA, (2006), 1 Lloyd’s Rep. 121; Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v. Mid Essex Hospital Services NHS Trust, [2012] EWHC 781 (QB); Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] EWHC 111; CPC Group Ltd. v. Qatari Diar Real Estate Investment Co. (2010), EWCH 1535 (Ch); Joseph M. Thomson, “Good Faith In Contracting: A Special View”, *Good Faith In Contract and Property*, Ed. Forte, A.D.M., Oxford, 1999, s.66 vd.

İngiliz hukukunda dürüstlük kuralı ve iyiniyetin genel bir ilke olarak kabul görmemesinin çeşitli sebepleri vardır. Birinci sebep, esasen İngiliz sözleşme hukukunun temelinde yatmaktadır. İngiliz sözleşme hukukuna göre, taraflar sadece kendi menfaatlerini dikkate alarak hukuki ilişki kurarlar ve sürdürürler. Bir başka ifadeyle, diğer tarafın menfaatini dikkate almaya ilişkin herhangi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır³⁶. Dolayısıyla, İngiliz hukukunda taraflar sadece kendilerinin ticari etkinliğini düşünerek sözleşme kurar ve sözleşme ilişkisini sürdürürler. Bu anlayış esasen ikinci sebep olan sözleşme özgürlüğü ilkesi ile uyumludur. Zira bu ilkeye göre, taraflar belirli sınırlamalara riayet etmek kaydıyla, serbestçe ve isteyerek hakkaniyetle bağlı olmaksızın sözleşme kurabilirler. Dolayısıyla, dürüstlük kuralı ve iyiniyete ilişkin genel bir prensibin kabulü, tarafların isteklerine ve özerkliğine saygı gösterilmemesine sebep olur³⁷. Bu bağlamda, dürüstlük ve iyiniyet kuralının tarafların tamamen kendi menfaatlerini düşünerek hareket etmesini sınırladığı kabul edilmekle beraber, bunun sınırının neye ya da kime göre belirleneceği de belirsizlik yaratmaktadır³⁸. Daha açık bir ifadeyle, dürüstlük ve iyiniyet kuralı sübjektif mi yoksa objektif esaslara göre mi belirlenecek, kapsamı ne olacak gibi sorulara net bir cevap verilemediği için, bu ilkenin özellikle ticari sözleşmeler bakımından temel bir ilke olarak kabulünün belirsizlikleri de beraberinde getireceği ifade edilmektedir³⁹. Bunların dışında, dürüstlük ve iyiniyetin tespitindeki, etik ve ahlak gibi hukuki olmayan kavramların kullanılması sebebiyle bu şekilde genel bir ilkenin benimsenmesine endişeyle yaklaşılmaktadır⁴⁰. Bir başka ifadeyle, ahlak ve hukukun birbirinden ayrı tutulması gereken kavramlar olduğu ileri sürülmektedir. Üçüncü sebep, İngiliz sözleşme hukukunda hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin desteklenmesi amacıyla bu ilkenin kabul edilmemesi gerektiğidir⁴¹. Bu bağlamda, genel bir kural olarak, tarafların sözleşmeden makul beklentileri önceliklidir ve korunmalıdır⁴².

36 Piers, s.130; Smits, s.143.

37 Chris Willett, "Good Faith In Consumer Contracts: Rule, Policy and Principle", *Good Faith In Contract and Property*, Ed. forte, A.D.M., Oxford, 1999, s.200; Mckendrick, *Contract Law*, s.555; Styles, s.161; Simon Whittaker, "Unfair Terms in Commercial Contracts and the Two Laws of Competition: French Law and English Law Contrasted", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.39, N.2, March, 2019, s.426.

38 Mckendrick, *Contract Law*, s.554.

39 Chen, s.19; Collins, s.300; E. Allan Farnsworth, "Good Faith In Contract Performance", *Good Faith and Fault In Contract Law*, Ed. Jack Beatson, Daniel Friedmann, New York, 2002, s.163; Vanessa Sims, "Good Faith in English Contract Law: Of Triggers and Concentric Circles", *Ankara Law Review*, Vol:1, Issue 2, 2004, s.221.

40 Styles, s.161.

41 Roger Brownsword, "Good Faith In Contracts' Revisited", *Current Legal Problems*, Vol: 49, Issue 1, 1996, s.128; Smits, s.143; Janet O'sullivan, Jonathan Hilliard, *The Law of Contract*, Oxford, 2001, s.76; Styles, s.161; Willett, s.200.

42 Catherine Mitchell, "Leading a Life of Its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol:23, Issue 4, 2003, s.639.

Dolayısıyla, bu ilkenin mutlak bir şekilde kabul edilerek, genel bir prensip olarak uygulanması hukuki belirlilik ilkesi ile uyumlu olmaz⁴³. Dördüncü sebep, dürüstlük ve iyiniyet kuralı tarafın zihinsel durumunu ve düşüncelerini sorgulamamıza sebep olur⁴⁴. Zira bir kimsenin neden o şekilde davrandığını anlayabilmemiz onun zihinsel durumunu sorgulamamızı gerektirir ki bu da İngiliz hukukunun temel yapısıyla bağdaşmayan bir yaklaşımdır. Beşinci ve son sebep ise, dürüstlük ve iyiniyet kuralına uygun davranma yükümlülüğü yüklenmesi, taraflara buna ilişkin dava hakkı veren, bağımsız bir hukuki sebep yaratabilecektir. Bu durum da yine İngiliz hukukunun yapısıyla uyumlu olmayacaktır⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda dürüstlük kuralı ve iyiniyet genel bir ilke olarak kabul edilmemekle beraber, bu ilkenin tamamen göz ardı edildiğini söylemek doğru olmaz. Tarafların bir yandan sözleşme ilişkisini kurarken ve bu ilişkiye devam ederken sadece kendi menfaatlerine göre ilişkiyi sürdürmeleri gerekmekte diğer yandan ise, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde dürüstlük ve iyiniyeti dikkate almadan istedikleri şekilde sözleşme yapabilmektedirler. Ancak İngiliz hukukunda sözleşme özgürlüğünün sınırsız bir şekilde uygulanması kabul görmemiş ve buna çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Dolayısıyla, taraflar arasındaki sözleşmesel adaleti sağlamak için çaba gösterilmiştir⁴⁶.

Bu bağlamda, söz konusu ilkenin özellikle sözleşmenin yorumunda ve sözleşmedeki boşluğun doldurulmasında yol gösterici olarak kullanıldığı kabul edilmektedir⁴⁷. Bu yaklaşıma paralel olarak, İngiliz hukukunda dürüstlük ve iyiniyet kuralının genel bir ilke olarak benimsenmesi gerektiğini ileri süren yazarlar olduğunu da ifade etmek gerekir⁴⁸. Bu düşüncedeki yazarlar görüşlerini çeşitli gerekçelere dayandırmaktadır. Öncelikle İngiliz hukukunda dürüstlük ve iyiniyetin genel bir ilke olarak benimsenmemesinin sözleşme hukukunda adil sonuca ulaşmayı engellediği ileri sürülmektedir⁴⁹. Bir başka gerekçe ise, söz konusu ilkenin taraflara daha fazla koruma sağlayacağı ve ticaret açısından esneklik getireceği ifade edilmektedir⁵⁰. Bu bağlamda, bu ilkenin fırsatçılık ve kötüye kullanımların önüne geçerek, taraflar arasında işbirliğini sağlayacağı da ileri sürülmektedir⁵¹.

43 Anglo sakson hukukundaki genel eğilim geniş kapsamlı ilkeleri sınırlama yönündedir. Böyle bir durumda belirsizlik de ortadan kalkacaktır. Styles, s.168.

44 Smits, s.143; Mckendrick, *Contract Law*, s.554.

45 Farnsworth, s.163.

46 Piers, s.140.

47 Smits, s.145.

48 Detaylı bilgi için bkz. Mckendrick, *Contract Law*, s.558.

49 Mckendrick, *Contract Law*, s.558.

50 Mckendrick, *Contract Law*, s.558.

51 Mckendrick, *Contract Law*, s.558.

Uygulamada tarafların özellikle ticari sözleşme ilişkilerinde sözleşmelerine İngiliz hukukunun uygulanmasına ilişkin hüküm koydukları görülmektedir. Bunun bir sebebi de, İngiliz hukukunun hakimlere dürüstlük ve iyiniyet kuralı adı altında takdir yetkisi vermemesinden kaynaklanmaktadır⁵².

Günümüzde, İngiliz hukukunda dürüstlük kuralı ve iyiniyet belirli sözleşmelere özgü olarak mevcuttur. Özellikle tüketici, vekalet⁵³, iş⁵⁴, sigorta sözleşmelerinde⁵⁵ bu ilkenin uygulandığı görülmektedir. Nitekim bu sözleşmeler, dürüst davranma ve iyiniyetin ön planda olduğu, taraflar arasındaki güvenin oldukça önem teşkil ettiği sözleşmelerdir. Ayrıca, İngiliz hukukunda uygulanan bazı Avrupa Birliği Direktiflerinde dürüstlük kuralı ve iyiniyetin uygulandığı görülmektedir⁵⁶. Örneğin İngiliz hukukunda Avrupa Birliği Direktifiyle kabul edilen Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullara İlişkin 1999 Tarihli Düzenleme'nin 5.maddesine göre⁵⁷, taraflar arasındaki sözleşmede dürüst davranma ve iyiniyet kuralına aykırı bir hüküm mevcut olursa ve bu hüküm taraflar arasında denge-sizlik yaratarak tüketicinin zarar görmesine yol açarsa, söz konusu düzenleme tüketici açısından bağlayıcı olmayacaktır⁵⁸. Benzer şekilde İngiliz hukukunda kabul edilen Haksız Sözleşme Şartlarına ilişkin 1977 tarihli sözleşmede⁵⁹ de dürüstlük ve iyiniyet kuralını içeren hükümler yer almaktadır. Bunların dışında, İngiliz hukukunda özellikle yanlış beyan, korkutma, nüfuzu kötüye kullanma, açıklama yükümlülüğü, sözleşme yorumu ve beklenmeyen hal söz konusu olduğunda dürüstlük kuralı ve iyiniyetin dikkate alındığı da ifade edilmektedir⁶⁰.

İngiltere'de konuya ilişkin en güncel gelişme ise Mayıs 2020'de olmuştur. İngiliz hükümeti Mayıs 2020'de Covid-19 salgınından etkilenen sözleşmelerin ifasına ve uygulanmasına ilişkin hukuken bağlayıcı olmayacak nitelikte bir

52 Mckendrick, Ewan, "Good Faith: A Matter of Principle?" *Good Faith In Contract And Property*, Ed. Forte, A.D.M., Oxford, 1999, s.53.

53 Vekâlet sözleşmelerinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin öneminden yola çıkarak tarafların dürüst ve iyiniyetli davranma yükümlülüğünün mevcut olduğu kabul edilmektedir. Piers, s.150.

54 Sims, s.229.

55 1906 Tarihli Deniz Sigorta Sözleşmesi'nin (Marine Insurance Act) 17. maddesinde, tarafların sözleşme müzakereleri esnasında birbirlerine önemli hususları açıklama ve yanlış bilgi verme yükümlülükleri düzenlenmektedir. Bu yükümlülükler dürüst ve iyiniyetli bir şekilde yerine getirilmezse, diğer tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı mevcuttur.

56 Jane Stapleton, "Good Faith In Private Law", *Current Legal Problems*, Vol:52, Issue 1, 1999, s.2; Brownsword, s.118; Cai, s.4; Perry, s.32; Mcmeel, s.391; Richard Stone, James Devenney, *The Modern Law of Contract*, 11th Edition, Abingdon, 2015, s.25.

57 The Unfair Terms In Consumer Contracts 1999.

58 Tüketicinin, tüketici sıfatından ötürü dürüstlük ve iyiniyet kuralı çerçevesinde korunmasına ilişkin bkz. Willett, s.200.

59 Unfair Contract Terms Act 1977.

60 Piers, s.141; Chen, s.24; Perry, s.38; Styles, s.168.

Klavuz yayımlamıştır⁶¹. Bu Klavuza göre, dürüst ve sorumlu sözleşme davranışının, sözleşmenin ifasına ilişkin hususlara cevap vermeyi ve sözleşmeleri uygulama konusunda makul ve orantılı olmayı, işbirliği içinde hareket etmeyi ve elverişli sonuçlara ulaşmayı, halk sağlığını korumayı kapsadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, ulusal çıkarlar dikkate alınarak pratik, adil ve hakkaniyetli sözleşme sonuçları elde etmek amaçlanmaktadır. Sonuç olarak, Klavuzda dürüstlük ve iyiniyet kuralının sınırlarının İngiliz mahkemeleri tarafından belirlenen sınırların ötesine geçtiği ve söz konusu ilkenin kapsamının genişletildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak söz konusu Klavuz hukuken bağlayıcı nitelikte olmadığı için yargı uygulamasında verilen kararları ne ölçüde etkileyeceği belirsizdir.

A. İngiliz Hukukunda “Good Faith’in” Genel Bir İlke Olarak Kabul Edilmediğine İlişkin Çeşitli Kararlar

1. Walford v. Miles Davası⁶²

Bu davada, satıcı olan Miles ile potansiyel alıcı olan Walford arasında bir sözleşme yapılır. Bu sözleşmede, üçüncü kişilerle ilişkide bulunmama ve üçüncü kişilerin yaptığı teklifleri dikkate almamaya ilişkin hüküm bulunmaktadır. Ancak bir süre sonra Miles görüşmelerden vazgeçer ve üçüncü bir kişiyle sözleşme yapar. Miles bu durumu mektup ile Wolfrod’a bildirir. Wolfrod ise kendisine yapılan bu bildirim sözleşmeyi sona erdirmeye bildirim olarak kabul ederek, uğradığı zararın tazmini için dava açar. House of Lords (Lordlar Kamarası) müzakereye ilişkin böyle bir sözleşme hükmünün, satıcının açık bir şekilde üçüncü kişilerle ne zamana kadar müzakere bulunmaması gerektiğini içermemesinden ötürü uygulanamaz nitelikte olduğunu, zira bunun belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında üçüncü kişilerle müzakere etmemeye ilişkin yapılan bu sözleşme hükmünün, satıcının bu yükümlülüğünün ne zamana kadar süreceği belirtilmediğinden geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Bu noktada söz konusu yükümlülüğün dürüstlük kuralı ve iyiniyet ilkesi dikkate alınarak makul bir süre ile sınırlı tutularak yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak bu düşünceye karşı çıkmıştır. Zira sözleşme tarafları diğer tarafın menfaatini dikkate almaksızın, sadece kendi menfaatini gözeterek ne zaman isterse bir üçüncü kişi ile müzakere bulunmalıdır. Bunun dışında, dürüstlük kuralı ve iyiniyet ilkesini dikkate alarak yorum yapmak, ihlalin mevcut olup olmadığını tespit etmek açısından sorun teşkil eder. Dolayısıyla, mahkeme dürüstlük kuralı ve

61 Bkz. Guidance on responsible contractual behaviour in the performance and enforcement of contracts impacted by the Covid-19 emergency. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/883737/_Covid-19_and_Responsible_Contractual_Behaviour__web_final__7_May_.pdf

62 Walford v. Miles (1992) 2 A.C.128.

iyiniyet ilkesi çerçevesinde yorum yapılmasına ve taraflara zımni olarak dürüst ve iyiniyetli davranma yükümlülüğü yüklenmesine karşı çıkmıştır.

2. Interfoto v. Stiletto and Fair and Open Dealing Davası⁶³

Bu davada, Interfoto, Stiletto'nun talebi üzerine kırk yedi adet asetata çekilmiş fotoğrafı bir çanta içinde Stiletto'ya teslim eder. Ancak Stiletto söz konusu fotoğrafların hiçbirini kullanmaz. Stiletto, Interfoto'nun çantanın içine koyduğu teslimat notunda bulunan standart şart ve koşulları okumaz. Şartların ikinci maddesinde, Stiletto'nun asetata çekilmiş fotoğrafları on dört günden fazla elinde bulundurursa gün başına beş dolar ödemesi gerektiği belirtilmektedir. Aradan bir ay geçtikten sonra, Interfoto fatura gönderir ancak Stiletto faturayı ödemez. Bunun üzerine Interfoto dava açar.

Kararda tarafların sözleşme kurarken veya sözleşmenin kurulmasından sonra dürüst ve iyiniyetli davranmakla yükümlü olduklarına ilişkin genel bir ilkenin İngiliz hukukunda mevcut olmadığı vurgulanmıştır. Bu bağlamda, Interfoto'nun, asetata çekilmiş fotoğrafların saklanması halinde ödenecek yüksek faturaya ilişkin dürüst davranma ve iyiniyet ilkesinin gereği olarak Stiletto'nun dikkatini çekme noktasında bir yükümlülükleri olmadığı belirtilmiştir. Buna karşılık, İngiliz hukukunda her ne kadar dürüst ve iyiniyetli davranma kabul gören bir temel ilke olmasa da, adaletsizlik söz konusu olduğunda, bu sorunu çözmek için İngiliz hukukunda da kademeli çözümler geliştirilmeye başlandığı ifade edilmiştir.

B. İngiliz Hukukunda "Good Faith'in" Uygulanabilir Nitelikte Olduğuna İlişkin Çeşitli Kararlar

1. Tarafların sözleşmede açıkça kararlaştırmaları (Express duty)

a. Petromec v. Petrolea Davası⁶⁴

Petromec davasında taraflar arasındaki sözleşmede "*ilave masrafların Petromec ile dürüst bir şekilde ve iyiniyetle görüşüleceğine*" ilişkin hüküm bulunmaktadır. Bu davada, taraflar arasında açıkça kararlaştırılan dürüst ve iyiniyetli davranma ilkesinin uygulanabilir nitelikte olup olmadığı incelenmiştir. Mahkeme, dürüst ve iyiniyetli davranmanın sözleşmede açıkça ve isteyerek kararlaştırılmış olmasından yola çıkarak, tarafların istek ve iradelerini dikkate alarak, söz konusu yükümlülüğün mevcut olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca mahkeme, yükümlülüğün kapsamı ve esasının belirsizlik yaratmayacak şekilde açıkça kararlaştırılmış olması gerekliliğini de vurgulamıştır.

63 Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd. (1989) Q.B. 433.

64 Petromec Inc. Petro-Deep Societa Armamento Navi Appoggio SpA v. Petroleo Brasileiro SA, (2006), 1 Lloyd's Rep. 121.

b. Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v Mid Essex Hospital Services NHS Trust Davası⁶⁵

Medirest davasında taraflar arasındaki sözleşmede “*tarafların bilginin ve talimatın etkili bir şekilde aktarımında dürüst ve iyiniyetle işbirliği içinde olacağı, sözleşmenin yararını gözeterek makul tüm önlemlerin alınacağı*” hükmü bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi, taraflar arasında kararlaştırılan bu hükmün, taraflara dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin genel bir yükümlülük yüklediği sonucuna ulaşmıştır. Buna karşılık Temyiz Mahkemesi, dürüst davranma ve iyiniyete ilişkin maddenin sözleşmede yer almasının taraflara dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin genel bir yükümlülük yüklediğini, sadece belirli durumlar için geçerli olmak üzere söz konusu yükümlülüğün mevcut olduğunu ifade etmiştir. Daha açık bir ifadeyle, mahkeme sadece bilginin ve talimatın etkili bir şekilde aktarımı bakımından dürüst ve iyiniyetli davranma yükümlülüğünün varlığını kabul etmiştir.

Belirtmek gerekir ki, taraflar arasındaki sözleşmede dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin açık bir hükmün mevcut olduğu hallerde, mahkeme söz konusu yükümlülüğü sözleşmenin tümünü ve taraflar arasındaki ticari ilişkiyi de dikkate alarak titiz bir şekilde yorumlamalıdır. Taraflar da açıkça kararlaştırdıkları bu yükümlülüğe ilişkin açık ve net ifadeler kullanarak, bu yükümlülüğün farklı şekilde yorumlanmasını önlemelidir.

2. Tarafların sözleşmede zımni bir yükümlülük olarak kararlaştırmaları (Implied duty)

a. Yam Seng v. ITC Davası⁶⁶

Bu davada, tarafların dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin zımni yükümlülüklerinin⁶⁷ ticari sözleşmeler bakımından söz konusu olup olmadığı tartış-

65 Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest) v. Mid Essex Hospital Services NHS Trust, [2012] EWHC 781 (QB). Mahkeme TSG Building Services Plc v. South Anglia Housing Ltd (2013) EWHC 1151 (TCC) (42) ve Fujitsu Services Ltd v. IBM United Kingdom Ltd (2014) EWHC 752 (TCC). Mahkeme söz konusu kararlarda benzer şekilde, dürüst davranma ve iyiniyete ilişkin sözleşmedeki maddenin kararlaştırılan yükümlülük ile sınırlı olarak uygulanması gerektiğine ve söz konusu maddeden yola çıkarak taraflara dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin genel bir yükümlülük yüklenemeyeceğine hükmetmiştir.

66 Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corporation Ltd [2013] EWHC 111. Mahkeme Bristol Groundschool Ltd. v. Intelligent Data Capture Ltd. (2014) EWCH 2145 (Ch) davasında da taraflar arasında uzun süreli ilişki kuran sözleşmeler bakımından zımni olarak dürüst ve iyiniyetli davranma yükümlülüğünün mevcut olduğuna hükmetmiştir.

67 Zımni yükümlülükler sözleşmede açıkça düzenlemeyen ama mahkemenin zımni olarak var kabul ettiği sözleşme hükümleridir. Mahkemeler sözleşme ilişkisindeki adaleti ve hakkaniyeti veya ticari etkinliği sağlamak için zımni yükümlülüklerin sözleşmede olduğunu varsayarlar. Piers, s.156.

Zımni yükümlülükler implied by law veya implied by fact şeklinde iki türlü karşımıza çıkmak-

şılmıştır. Mahkeme, tüm ticari sözleşmeler bakımından uygulanabilir şekilde genel bir dürüst ve iyiniyetli davranma yükümlülüğünün getirilemeyeceğini, bu yükümlülüğün ancak mahkemenin takdirine bağlı olarak, somut olay bakımından gerekli görülürse getirilebileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda, mahkeme dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin taraflara zımni bir yükümlülük yüklemek için birtakım hallerin mevcut olması gerektiğini belirtmiştir. Bu haller; söz konusu yükümlülüğün sözleşmede mevcut olması gerekliliğinin açık olduğu ve bu yükümlülüğün sözleşmeye ticari etkinlik kazandırmak açısından gerekli olduğu hallerdir. Mahkeme ayrıca, dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin zımni yükümlülüğün taraflar arasında uzun süreli ilişki kuran ticari sözleşmelerde (relational contracts) söz konusu olduğuna hükmetmiştir⁶⁸. Zira bu tip sözleşmelerde taraflar arasındaki iletişim, işbirliği ve güven ön plandadır⁶⁹. Bu davada taraflar arasında uzun süreli ilişki kuran ticari sözleşmelerin hangi sözleşmeler olduğu sorusu üzerinde de durulmuştur. Bu sözleşmelere örnek olarak ortaklık sözleşmesi, bayilik sözleşmesi ve uzun süreli dağıtım sözleşmesi verilmiştir.

b. MSC Mediteranean Shipping Company S.A. v. Cottonex Anstalt Davası⁷⁰ ve TAQA Bratani Ltd v. RockRose Davası⁷¹

Mahkeme 2016 yılında vermiş olduğu MSC Mediteranean Shipping davasında, taraflara dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin zımni yükümlülük yüklenmesinin, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hükümlerin etkisini zayıflatacağından yola çıkarak kabul edilmemesi gerektiğine hükmetmiştir.

İngiliz hukukunda 2020 yılında verilen TAQA Bratani davasında ise, mahkeme taraflar arasında uzun süreli ilişki kuran ticari sözleşmenin mevcut ol-

tadır. Implied by law şeklinde oluşturulan zımni yükümlülük tüm benzer sözleşmelere uygulanabilir iken, implied by fact şeklinde ortaya çıkan zımni yükümlülükler sadece o sözleşme bakımından uygulama alanı bulur. Detaylı bilgi için bkz. Richard Stone, *The Modern Law of Contract*, 5th Edition, London, 2002, s.205 vd; Collins, s.302. Bu ayırım Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co Ltd (1957) AC 555, 579 davasında da ifade edilmektedir.

68 Uzun süreli ilişki kuran sözleşme olarak nitelendirebilmek için sözleşme süresinin mi yoksa taraflar arasındaki ilişkinin mi belirleyici etken olacağı hakkında detaylı bilgi için bkz. Ewan Mckendrick, "The Regulation of Long-term Contracts in English Law", *Good Faith And Fault In Contract Law*, Ed. Jack Beatson, Daniel Friedmann, New York, 2002, s.307 vd.

İngiliz hukukunda bir sözleşmenin "relational contract" olarak kabul edilebilmesi için mahkemeler, sözleşmenin uzun süreli yapılmış olması, taraflar arasında güven, işbirliği, iletişim ve bağlılık ilişkisinin yoğun olması gibi kriterler aramaktadır. Bates v. Post Office Ltd (no 3) (2019) EWHC 606 (QB).

69 Collins, s.324.

70 MSC Mediteranean Shipping Company S.A. v. Cottonex Anstalt (2016) EWCA Civ 789. Nitekim mahkeme 2015 yılında da benzer şekilde bir karar vermiştir. Bkz. Myers v. Kestrel Acquisitions (2015) EWHC 916 (Ch).

71 TAQA Bratani Ltd v. RockRose UKCS8 LLC [2020] EWHC 58.

masının taraflara kendiliğinden dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin bir yükümlülük yüklemeyeceğini, ancak sözleşme hükümlerinin dikkate alınarak taraflara böyle bir yükümlülük yüklenebileceği sonucuna ulaşmıştır.

Sonuç

Türk hukukunda dürüstlük ilkesi TMK md.2 hükmünde, iyiniyet ilkesi ise TMK md.3 hükmünde farklı özelliklere sahip iki temel ilke olarak düzenlenmektedir. Buna karşılık, İngiliz hukukunda dürüstlük ve iyiniyet ilkelerinin ayrı kavramlar olmadığı, iç içe geçen kavramlar olduğu ve bu kavramların “good faith” çatısı altında beraber kullanıldığı görülmektedir.

İngiliz hukukunda sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri, hukuk sistemine ciddi ölçüde yön vermektedir. Bir başka ifadeyle, sözleşmenin katı bir şekilde yorumlanması söz konusu olmakta ve taraflara kararlaştırdıkları yükümlülükler dışında zımni yükümlülük yüklenmesine ilişkin sınırlı bir yaklaşım benimsenmektedir. Dolayısıyla, dürüstlük ve iyiniyet gibi geniş kapsamlı genel bir ilkenin benimsenmesinin, belirliliği ve ticari hayattaki öngörülebilirliği ortadan kaldıracak inancı mevcuttur. Bunun dışında, söz konusu ilkenin genel bir ilke olarak kabul edilmesinin özellikle İngiliz hukukunun temeli olan bireyselci anlayışla da çeliştiği kabul edilmektedir.

İngiliz hukukunda, “good faith” ilkesi daha çok güvene dayalı ilişkilerde ve iş birliğinin daha yoğun olduğu sözleşmeler olan ortaklık sözleşmeleri, acente sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri veya sigorta sözleşmeleri gibi sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında, tarafların sözleşmelerine dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin bir hüküm koymaları halinde dahi, söz konusu yükümlülüğün ancak kapsamının ve sınırlarının belirli olduğu hallerde uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Kanaatimizce, İngiliz hukukunda taraflara dürüst ve iyiniyetli davranma yükümlülüğünün genel bir yükümlülük olarak yüklenmesi uluslararası sözleşmelerdeki belirliliğin sağlanmasına katkıda bulunur. İngiliz hukukunun aksine, Amerika, Fransa, Almanya, Türkiye ve İsviçre gibi birçok ülkede ve CISG, UNIDROIT, PECL gibi birçok uluslararası sözleşmede dürüst ve iyiniyetli davranmaya ilişkin yükümlülük açıkça düzenlenmektedir. İngiliz hukukunda bu şekilde genel bir ilkenin kabul edilmeyişi, özellikle uluslararası ticarette sorunlara yol açmakta ve söz konusu ilkeye ilişkin evrensel standartların olmayışı dava aşamasında da sorunlara sebep olmaktadır. Dolayısıyla, dürüst ve iyiniyetli davranma yükümlülüğünün İngiliz hukukunda da temel bir ilke olarak kabul edilmesi, Kıta Avrupası ve Anglo Sakson hukuklarında köprü işlevi görmesi açısından önemlidir. Zira farklı yargı yetkisinde bulunan tarafların görüş-

melerden ne beklemesi gerektiği konusunda daha net fikirleri olmaktadır. Bu noktada özellikle Avrupa Birliği Direktiflerinin İngiliz hukukundaki birtakım prensiplerin yumuşamasına sebep olduğunu da ifade etmek gerekir.

Dolayısıyla, dürüstlük ve iyiniyet kavramlarının anlaşılmaz ve belirsiz kavramlar olduğundan yola çıkarak, genel bir ilke olarak kabul edilmemesi gerektiği görüşü isabetli değildir. Bir terimin yorumu gerektirmesi onun anlaşılmaz ve belirsiz bir kavram olması sonucunu doğurmaz. Nitekim hakim sözleşme hükümlerine bağlı kalarak ve tarafların iradelerini dikkate alarak söz konusu ilkeyi yorumlayacaktır. Kanaatimizce, konuya ilişkin mahkeme kararları arttıkça söz konusu ilkeye ilişkin ölçütler daha da netlik kazanacak ve bu çekinceler önemli ölçüde azalacaktır.

Çatışma Beyanı: *Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.*

KAYNAKLAR

- Adams, John/ Brownsword, Roger, *Understanding Contract Law*, 4th Edition, London, 2004.
- Akkanat, Halil, *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Akyol, Şener, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Akyol, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, *Prof. Dr. Feyzi N. Feyzioğlu'nun Anısına Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007. (Akyol, Çelişki)
- Akyol, Şener, *Sözleşmenin Yorumu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. (Akyol, Yorum)
- Antalya, O. Gökhan/ Topuz, Murat, *Medeni Hukuk*, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Antalya, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V/1,1, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Antalya, O. Gökhan, *Hukuk Metodolojisi Cilt II*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Arkan, Mustafa, “*Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, 2009, s.69-89.
- Ateş, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, *TBB Dergisi*, Sayı:72, 2007, s.75-93.
- Barlas, Nami, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi”, *İÜHFİM*, C.LV, S.3, 1997, s.191-208.
- Brownsword, Roger, “Good Faith In Contracts’ Revisited”, *Current Legal Problems*, Vol:49, Issue 1, 1996, s.111-157.
- Cai, Wenrui, “The Relationship Between A Duty of Good Faith and Implied Terms In English Contract Law”, *Exeter Student Law Review*, Vol:1, Issue 1, 2015, s.1-5.
- Chen, Jason, “Should English Contract Law Adopt A General Duty To Negotiate In Good Faith?”, *Bristol Law Review*, Vol:4, 2017, s.18-27.
- Collins, Hugh, “Implied Terms: The Foundation In Good Faith and Fair Dealing”, *Current Legal Problems*, Vol:67, 2014, s.297-331.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, *Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Durak, Yasemin, “Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.1, 2017, s.239-288.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, *Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Farnsworth, E. Allan, “Good Faith In Contract Performance”, *Good Faith and Fault In Contract Law*, Ed. Jack, Beatson; Daniel, Friedmann, New York, 2002, s.153-170.
- Gezder, Ümit, *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, 1.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuk’a Giriş*, 8. Bası, Oniki levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- Helvacı, Serap/ Erlüle, Fulya, *Medeni Hukuk*, 6. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2020.

- Kayhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Kocayusufoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme*, Cilt III, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Mckendrick, Ewan, *Contract Law – Text, Cases, And Materials*, 2nd Edition, Oxford, 2005. (Mckendrick, Contract Law)
- Mckendrick, Ewan, "The Regulation of Long-term Contracts in English Law", *Good Faith And Fault In Contract Law*, Ed. Beatson, Jack, Friedmann; Daniel, New York, 2002, s.305-333.
- Mckendrick, Ewan, "Good Faith: A Matter of Principle?" *Good Faith In Contract And Property*, Ed. Forte, A.D.M., Oxford, 2000, s.39-62.
- Mcmeel, Gerard, "Foucault's Pendulum: Text, Context and Good Faith In Contract Law", *Current Legal Problems*, Vol:70, Issue 1, 2017, s.365-397.
- Mitchell, Catherine, "Leading a Life of Its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol:23, Issue 4, 2003, s.639-665.
- Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Ollerenshaw, Zoe, *Managing Change In Uncertain Times: Relational View of Good Faith*, *Commercial Contract Law Transatlantic Perspectives*, Cambridge, 2013.
- O'Sullivan, Janet/ Hilliard, Jonathan, *The Law of Contract*, Oxford, 2001.
- Perry, Christina, "Good Faith In English And US Contract Law: Divergent Theories, Practical Similarities", *Business Law International*, Vol:17, Issue 1, 2016, s.27-39.
- Piers, Maud, "Good Faith in English Law – Could a Rule Become a Principle?", *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol:26, 2011, s.123-169.
- Richards, Paul, *Law of Contract*, 13th Edition, New York, 2017.
- Sims, Vanessa, "Good Faith in English Contract Law: Of Triggers and Concentric Circles", *Ankara Law Review*, Vol:1, Issue 2, 2004, s.213-232.
- Singh, Arun, *Business and Contract Law*, London, 2010.
- Smits, Jan, *Contract Law – A Comparative Introduction*, Cheltenham, 2014.
- Stapleton, Jane, "Good Faith In Private Law", *Current Legal Problems*, Vol:52, Issue 1, 1999, s.1-35.
- Stone, Richard, *The Modern Law of Contract*, 5th Edition, London, 2002.
- Stone, Richard/ Devenney, James, *The Modern Law of Contract*, 11th Edition, Abingdon, 2015.
- Styles, Scott Crichton, "Good Faith: A Principled Matter", *Good Faith In Contract And Property Law*, Ed. Forte, A.D.M., Oxford, 1999, s.157-180.
- Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Thomson, Joseph, M., "Good Faith In Contracting: A Special View", *Good Faith In Contract and Property*, Ed. Forte, A.D.M., Oxford, 1999, s.63-76.
- Ulusan, İlhan, "Culpa in Contrahendo Üstüne", *Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan 1*, İstanbul, 1982, s.275-319.

- Uyar, Talih, Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (MK.2/II)”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir, 2000, s.439-465.
- Whittaker, Simon, “Unfair Terms in Commercial Contracts and the Two Laws of Competition: French Law and English Law Contrasted”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.39, N.2, March, 2019, s.404-434.
- Willett, Chris, “Good Faith In Consumer Contracts: Rule, Policy and Principle”, *Good Faith In Contract and Property*, Ed. Forte, A.D.M., Oxford, 1999, s.181-203.
- Zhou, Qi, “The Yam Seng Case: A New Development of Good Faith In English Contract Law”, *International Trade and Business Law Review*, 2014, s.358-369.

Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*

Evaluation of Transactions on Crypto Assets from Law of Obligations and Property Law Perspective

Mesut Serdar ÇEKİN**

Öz

Blockchain teknolojisinin yaygınlaşması, özellikle web3 ve metaverse gibi gelişmeler, blockchain ağındaki kayıt niteliğindeki kripto varlıkların hukuki açıdan incelenmesi ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Gerçekten de her gün farklı blockchain ağı üzerinde kripto varlıklar üzerinde birçok işlem gerçekleştirilmekte, işlem hacmi de artmaktadır. Bu çalışmada söz konusu varlıkların hukuki niteliği incelenmeye çalışılmıştır. Hukuki nitelendirmeden yola çıkarak blockchain ağına gerçekleştirilen kripto varlık devir işlemlerinin borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi boyutları ele alınmaya çalışılmıştır. Kripto varlıkların eşya niteliğini haiz olmaması, gerek borçlandırıcı işlem, gerek ise tasarruf işlemi açısından birçok sorunlara sebebiyet vermektedir. Kripto varlıkların devrine ilişkin sözleşmelerin niteliği ve özellikle ifa engelleri, mevcut düzenlemeler ışığında incelenmiştir. Yine kripto varlığın devri ile eş zamanlı olarak blockchain ağı dışındaki bir eşyanın devrinin de amaçlandığı kripto varlık türlerinde eşya hukuku ilkeleri açısından birçok sorun mevcuttur. İşte söz konusu işlemlerin hukuki bir zemine oturtulması amacıyla bu çalışmada hak kavramından hareketle kripto varlık üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi boyutları ele alınmış, sorunlar tespit edilmeye çalışılmış ve mukayeseli hukuktan örneklerle muhtemel çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Kripto varlıklar, borçlar hukuku, eşya hukuku, blokzinciri, hak kavramı

ABSTRACT

The proliferation of the blockchain technology, especially the developments around web3 and metaverse, make a closer examination of tokens from a legal perspective

* Makale Gönderim Tarihi: 16.02.2022, Makale Kabul Tarihi: 27.02.2022, Mesut Serdar Çekin, "Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022, s. 187-216; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.1.01>

** Doç. Dr., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, cekin@tau.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3808-5332>

inevitable. In fact, numerous transactions take place on various blockchain platforms every day. The aim of this study is to examine these transactions from a legal perspective. In this regard, the legal nature of tokens is first established. Based on this, transactions on blockchain networks are classified and evaluated from the perspective of obligation transactions and disposal transactions. The fact that tokens are not things in the property law sense leads to numerous questions in this context. In particular, the type of contract and impairments of performance are examined in this context. In the case of extrinsic tokens, on the other hand, the question of whether a simultaneous transfer of ownership of a thing located outside the blockchain is possible at all through the transfer of the token will be investigated. Finally, various legal systems were examined as examples and possible solutions were presented. **Keywords:** Crypto assets, law of obligations, property law, blockchain, jus

Giriş

An itibarıyla 10.000den fazla kripto para birimi mevcut olmakla birlikte, bunların toplam piyasa değeri 2.06 trilyon Dolar olarak belirtilmektedir¹. Özellikle pandemi döneminde yeni zirveler gören Bitcoin, Elon Musk'ın her tweetinden sonra değerlenen Dogecoin, akıllı sözleşmelerin yapılabildiği Ethereum blockchain ağı, blockchain teknolojisi ve kripto varlık ekosisteminin kullanımına dair bazı örnekleri teşkil etmektedir. Ancak blockchain teknolojisinin sunduğu imkanlar sadece “kripto paralarla” sınırlı değildir. Bilakis üçüncü nesil internet olarak adlandırılan web3, son dönemde özellikle sanat eserleri bağlamında uygulama alanı bulan NFTler (Non Fungible Token), kripto varlıkların kullanım alanına dair diğer önemli örnekleri teşkil etmektedir. Türkiye özelinde de son yıllarda blockchain teknolojisi ve kripto varlık ekosistemine dair önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bizzat Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından kripto varlıklara dair yasa tasarısının hazır olduğu ve yakında Meclis'e sevk edileceği belirtilmekle birlikte², Merkez Bankası'nın kripto para projesi³ ile diğer yandan Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi nezdinde gerçekleştirilen finansal teknolojiler (FinTech) ekosistemine dair çalışmalar da

1 İstatistikler hakkında daha geniş bilgi için bkz. https://www.investing.com/crypto/currencies?__cf_chl_jschl_tk__=waTDE_SFVVKa_c91UiMAAZChXrWoOmz2sCLgKNL9lcs-1642199844-0-gaNycGzNB5E (21.01.2022).

2 Günay Caymaz, *Cumhurbaşkanı Erdoğan: Kripto para yasası hazır, geciktirmeden Meclis'e taşıyacağız*, <https://tr.investing.com/news/cryptocurrency-news/cumhurbaskan-erdogan-kripto-para-yasas-hazir-geciktirmeden-meclise-tasyacagz-2243324> (21.01.2022).

3 Meneşe Tokyay, *Merkez Bankası yerli dijital para hazırlığında: Türk kripto parası başarılı olur mu?*, <https://tr.euronews.com/2019/07/13/merkez-bankasi-yerli-dijital-para-hazirliginda-kripto-para-enflasyon-guven-ekonomik-kriz> (21.01.2022), <https://www.ntv.com.tr/ekonomi/turkiyenin-dijital-merkez-bankasi-icini-ilk-testler-2020de,8XK5Zsbo7UCUN7iw39JLg> (21.01.2022).

mevcuttur. Özel teşebbüs boyutunda ise stabil kripto para birimi olarak nitelendirilen BiLira⁴ projesi, altına dayalı dijital varlık platformu olarak adlandırılan BiGA projesi⁵ gibi girişimler, farklı futbol kulüpleri tarafından ihraç edilen taraftar kripto varlıkları, blockchain teknolojisinin farklı kullanım alanlarına örnek teşkil etmekte, aynı zamanda Türkiye’de kripto varlık ekosisteminin hızlı gelişimine ve önemine işaret etmektedir.

Kripto varlıklar hakkında Türk hukuk literatüründe farklı çalışmalar mevcuttur⁶. Bununla birlikte blockchain ağında gerçekleştirilen kripto varlıklara dair işlemlerin borçlar hukuku ve eşya hukuku ilkeleri ışığında incelenmesi hususu, bu çalışmanın konusu olup, mevcut çalışmalara katkı sunulması amaçlanmaktadır.

I. Kripto Varlık Kavramı, Çeşitleri, Kripto Varlık Üzerindeki Hakkın Konusu ve Hukuki Niteliği

A. Kavram

Avrupa Birliği⁷ ve Türk hukukundan⁸ esinlenerek kripto varlıkları, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup saklanabilen, dijital ağlar üzerinden dağıtım yapılan ve değer veya hak ifade edebilen gayri maddi varlıklar olarak tanımlamak mümkündür. Kripto varlık özü itibarıyla bir veri bankasında mevcut olan, eşi ve benzeri bulunmayan ve kopyalanamayan bir kayıttır. Özellikle blockchain tabanlı dağıtık veri kayıt sistemlerindeki kayıtlar açısından bu terim tercih edilmektedir. Blockchain teknolojisi, dağıtık veri tabanı niteliğiyle dijital bir sicil kayıt sistemi-

4 <https://www.bilira.co/tr/sirket> (21.01.2022).

5 <https://biga.takasbank.com.tr/> (21.01.2022).

6 Örnek olarak bkz. Eylem Aksoy Retornaz , Osman Gazi Güçlütürk (Ed.), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I – Blockzincir ve Hukuk*, Oniki Levha, İstanbul 2021; Mete Tevetoğlu, *Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı*, Aristo, 2. Baskı, İstanbul 2021.

7 Bkz. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, Art. 3.1 (2): “‘crypto-asset’ means a digital representation of value or rights which may be transferred and stored electronically, using distributed ledger technology or similar technology”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> (21.01.2022).

8 Bkz. Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik Md. 3 f. 1: “Bu Yönetmeliğin uygulanmasında kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtım yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder”, 16.4.2021 tarih ve 31456 sayılı Resmi Gazete, <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/6937855a-7c29-4d08-a26e-51ef3273c022/Ödemelerde+Kripto+Varlıkların+Kullanılmamasına+Dair+Yönetmelik.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-6937855a-7c29-4d08-a26e-51ef3273c022-nzpvD7H> (21.01.2022).

dir. Bu kayıt sisteminde işlem verileri bloklar halinde kayıt altına alınmakta ve blocklar da birbirine bağlanmaktadır. Söz konusu bloklar dijital parmak izi niteliğindeki şifreleme (hash) işlevleri sayesinde anonim hale getirilip birbirine zincir halinde bağlanmaktadır. Her yeni blok, kendisinden önceki bloklardaki hash değerlerini içerdiği için, veri kayıt sistemindeki her değişiklik kayıt altına alınmakta, bu değişikliğin diğer kullanıcılarıdaki verilerle eşleştirilememesi halinde işlem geçerlilik kazanamamaktadır⁹. Dolayısıyla öncelikle dağıtık veri tabanının altyapısını oluşturan blockchain protokolü oluşturulmakta ve yayımlanmakta, ardından bu protokole dayalı olarak içinde yapılan işlemler neticesinde blok zinciri meydana gelmektedir. Söz konusu bloklar ise veri olarak kripto varlıkları ve işlem kayıtlarını içermektedir¹⁰. Kripto varlığın bir kullanıcıdan diğerine transferi için ise blockchain protokolünde kripto varlığa dair kayıt üzerinde değişiklik yapma yetkisine sahip olan kişi, kendi özel anahtarı ile “imzaladığı” işlem vesilesiyle karşı tarafın kamuya açık anahtarını belirterek artık bu kişinin kayıt üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili olduğunu belirtmektedir. Söz konusu işlemin ağ katılımcılarının çoğunluğu tarafından tasdik edilmesi ve oluşturulan yeni bloğun zincire eklenmesiyle birlikte artık yeni kullanıcı, kripto varlığa ait kayıt üzerinde değişiklik yapma yetkisini kazanmıştır¹¹.

Bu genel açıklamalardan anlaşılacağı üzere kripto varlık devri, taraflar arasında kripto varlığa dair verilerin devredilmesi anlamına gelmemektedir. Bir diğer ifade ile kripto varlığın karşı tarafa devredilmesi, verinin karşı tarafa transferi şeklinde gerçekleşmemektedir. Bilakis burada veri kayıt sistemindeki hak sahibinin değiştirilmesi söz konusudur. Dolayısıyla teknik olarak A kişisinden B kişisi lehine gerçekleştirilen kripto varlık devri, artık A'nın değil, B'nin blockchain protokolündeki ilgili kripto varlık kaydı üzerinde değişiklik yapabilme yetkisini haiz olacağı anlamına gelecektir. Bunun ötesinde herhangi bir verinin A'dan B'ye aktarımı söz konusu değildir¹².

9 Daha geniş bilgi için bkz. Mesut Serdar Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 77 Sayı 1, 2019, s. 315 vd.

10 Christoph Kumpan, “Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG)” Ed. Eberhard Schwark / Daniel Zimmer, *Kapitalmarktrechts-Kommentar*, 5. Baskı, C.H. Beck Verlag, Münih, 2020, WPHG § 2 Kn. 82; Stefan Möllenkamp, Leonid Shmatenko, „Blockchain und Kryptowährungen“ Thomas Hoeren, Ulrich Sieber, Bernd Holznel, *Handbuch Multimedia-Recht*, 51. Baskı, C.H. Beck Verlag, Münih, 2020, Başlık 13.6 Blockchain und Kryptowährungen Kn. 20.

11 Markus Kaulartz, Robin Matzke, “Die Tokenisierung des Rechts”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Cilt 45, 2018, s. 3278.

12 Kaulartz, Matzke, s. 3278.

B. Kripto Varlık Çeşitleri

Her ne kadar blockchain denince akla ilk gelen, Bitcoin ve bitcoin ağındaki kripto varlıklar olsa da, blockchain teknolojisinin birçok farklı alanda kullanımını mümkündür. Dolayısıyla kripto varlıklar, sadece ödeme aracı ya da daha yaygın ifadeyle “kripto para birimi” olarak değil, diğer amaçlarla da kullanılmaktadır. Bununla birlikte yeknesak bir terminoloji de mevcut değildir. Bilakis farklı amaçları aynı bünyede barındıran kripto varlık çeşitlerine de rastlamak mümkündür¹³.

Bunlardan en yaygın olanı kuşkusuz para birimi kripto varlıklardır (currency token). Bunlar para yerine ödeme aracı olarak kullanılmaktadır. Para birimi kripto varlıkların en ayırt edici özelliği, kendi başlarına bir değer arz etmeleridir. Bir diğer ifade ile kripto varlığın temsil ettiği başka bir varlık söz konusu değildir. Kripto varlığın değeri, bizzat pazardaki arz-talep döngüsüne göre oluşmaktadır. Bunun en popüler örneğini bitcoin oluşturmaktadır.

Bunun yanında yarar sağlayan kripto varlıklar da mevcuttur (utility token). Bunların özelliği ise, söz konusu kripto varlık karşılığında belirli bir platform üzerinden ürün ya da hizmet temin edilmesinin mümkün olmasıdır. Bunlar, tıpkı dijital kupon gibi belirli bir ürün ya da hizmet karşılığında değiştirilebilir ya da ilgili kişilere karşı bir talepte bulunma imkanı tanır. Ancak bu kripto varlıkların sadece belirli platformlarda ve belirli ürün ya da hizmetlerle sınırlı olarak kullanılabilirliği, onları her yerde para ikamesi olarak kullanılabilen para birimi kripto varlıklardan ayırt etmektedir.

Öz kaynak ya da sermaye olarak kullanılan kripto varlıklar ise sanal hisse senetleri olarak değerlendirilebilmektedir. Bunun en meşhur örneğini, Decentralized Autonomous Organization olarak adlandırılan blockchain ağı üzerinden hayata geçirilen “şirketler” oluşturmaktadır. Bu bağlamda kripto varlık sahiplerine oy ve malvarlığı hakları tanınabilmektedir. Gelecekte “gerçek” şirketlerin de bu yöntemle hisselerini tedavüle koymalarının mümkün olabileceği savunulmaktadır¹⁴. Ancak bunun hukuki altyapısı henüz oluşturulmamıştır.

Varlığa dayalı kripto varlık kategorisinde ise kripto varlık, belirli bir malvarlığımı ya da bu malvarlığına dair bir alacak hakkını temsil etmektedir. Bu kripto varlık türüne örnek olarak Venezuela menşeli “petro” gösterilebilir. Buna göre

13 Bu amaçlar yatırım, fonlama, teminat, bir malvarlığının temsili gibi farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir, bkz. Stefan Tönnissen, Jan Heinrich Beinke, Frank Teuteberg “Understanding token-based ecosystems – a taxonomy of blockchain-based business models of start-ups”, *Electron Markets*, Cilt 30, s. 307–323, 2020.

14 Alman hukukunda an itibarıyla kripto varlık hisse senetlerinin anonim şirketlerce ihraç edilmesinin mümkün olduğuna dair bkz. Philip Maume, Mathias Fromberger, “Die Blockchain-Aktie”, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, Cilt 185, 2021, s. 507-555.

1 petro, bir varil petrolü temsil etmektedir. Yine yukarıda verilen “BiGa” ya da “BiLira” projeleri de bu kategoriye dahil edilebilecektir.

Ancak kanaatimizce hukuki açıdan asıl önem arz eden sınıflandırma, kripto varlığın kendi başına bir değer arz edip etmediğidir. Belirtildiği üzere kripto varlık, blockchain protokolündeki bir kayıttan ibarettir. Söz konusu kayıt üzerinde şahıslara münhasıran değişiklik yapma yetkisi tanındığında artık bu kayda erişim üçüncü kişilerce engellenmiş olur. Kripto varlık sayısı da baştan itibaren sınırlı olacağı için artık kripto varlığın değeri, arz-talep dengesine göre belirlenecektir. Dolayısıyla kripto varlığın değeri, piyasada bu kripto varlığa olan talebe göre belirlenecektir. Özellikle Bitcoin kripto varlık biriminde gerçekleşen dalgalanmalar, bu hususa çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir. Bir diğer yöntem ise, söz konusu kripto varlık karşılığında kişilerin bir miktar para, belirli bir ürün ya da hizmet vermeye hazır olmalarıdır. Bu sayede kripto varlık bir alacak hakkını ya da bir ürünü temsil ediyorsa, söz konusu alacak hakkının ya da ürünün değeri, kripto varlığın değerini oluşturmaktadır. Bu açıklamalar ışığında kendi başına değer arz eden kripto varlıklar ile değerini blockchain dışındaki bir varlıktan alan kripto varlıklar açısından ayırım yapmak gerekecektir.

C. Kripto Varlık Üzerindeki Hakkın Konusu ve Hukuki Niteliği

Blockchain ağında gerçekleştirilen işlemlerin borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi boyutuna geçmeden önce, kullanıcı ile kripto varlık arasındaki hukuki ilişkinin tespit edilmesi gerekecektir. Ancak bu sayede hangi edimin borçlandırıcı işleme konu olacağı, hangi hak üzerinde tasarrufta bulunulacağını tespiti mümkün hale gelecektir.

Hak, hukuk düzeni tarafından korunan ve hak sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi verilen menfaat olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu korunmadan yararlanma yetkisinin içeriği ve bu korunmadan yararlanmanın şekli de yine hukuk düzeni tarafından belirlenmektedir¹⁵.

Bu bağlamda kripto varlık üzerindeki muhtemel hakkın kişilik haklarından ziyade malvarlığı hakları kategorisine dahil edileceği hususunda tereddüt yoktur. Zira malvarlığı hakları, ekonomik bir değer taşıyan ve bu değeri ekonomik değer ölçüsü olan para ile ölçülebilen hak niteliğindedir¹⁶. Gerçekten de bitcoin gibi kripto paralar ya da belirli bir malvarlığını temsil eden kripto varlık türleri, piyasada değişken bir değere sahiptirler.

15 Mustafa Dural, Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükmüleri*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 144.

16 Dural/Sarı, s. 167.

Bununla birlikte kripto varlık üzerindeki hakkın niteliği tartışmalıdır. Önemle belirtelim ki bir varlığın, ki bu sanal ya da cismani bir varlık olabilir, bir değer teşkil etmesi, bunun aynı zamanda hukuk düzenince tanınması ve korunması anlamını taşımayacaktır. Bir diğer ifadeyle ekonomik açıdan değer arz eden her türlü varlığın aynı zamanda hukuk düzenince korunması söz konusu değildir. Dolayısıyla her ne söz konusu değer, bir piyasa değerine sahip olsa da, bu değer üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin (özellikle bunların bir kişiden diğer bir kişiye aktarımı) hukuki açıdan bir anlam ifade edebilmesi için, bunların hak kategorisine dahil edilebilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde fiili olarak gerçekleşen işlemlerin hukuk aleminde herhangi bir karşılığı olmayacaktır. Bu sebeple de kripto varlık üzerinde bir hak sahipliğinin olup olmadığı, doktrinde tartışmalıdır. Bu bağlamda öncelikle bu varlıklar üzerinde bir mutlak hakkın, özellikle aynı hak benzeri hakkın söz konusu olmayacağı kabul görmekle birlikte, kripto varlıklar üzerinde de aynı hakkın kurulabilmesi için gerekli düzenlemelerin yapılmasını öneren ya da aynı haklara ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunan görüşler mevcuttur. Bunun ötesinde kripto varlık üzerindeki hakkı bir “alacak hakkı”, “fikri hak”, “fikri hak benzeri hak” ve “hukuki açıdan herhangi bir anlam ifade etmeyen, hukuk düzenince düzenlemeye tabi tutulmayan bir maddi fiil” olarak nitelendiren farklı görüşler mevcuttur. Aşağıda öncelikle bu görüşlere yer verilecek, ardından kendi kanaatimiz açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Mutlak Hak (Aynı Hak)

Her iki kripto varlık kategorisi açısından blockchain ağındaki verilerin eşya niteliğini haiz olmadığı hususunda tereddüt yoktur. Zira Peer-to-peer ağ içerisindeki veriler cismani bir varlık değildir. Bu sebeple kripto varlıklar üzerinde açık bir kanun hükmü olmadıkça bunların eşya olarak nitelendirilmesi ve aynı haklara ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık bazı yazarlar, kripto varlıkların yaygın kullanımı ve toplum nezdinde kabul görmesinden hareketle, işlem güvenliği ve koruma saikleriyle taşınır eşyalara ilişkin hükümlerin kıyasen kripto varlıklara da uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar¹⁷. Ancak eşya hukukunda hakim olan aleniyet, belirlilik ve özellik ilkeleri dikkate alındığında söz konusu verilerin mutlak hak olarak kabul edilmesi, anılan ilkeler, özellikle de üçüncü kişilere karşı ileri sü-

17 Kripto paralar açısından bkz. Fatih Bilgili, M. Fatih Cengil, *Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713 (21.01.2022): “MK’nın taşınır eşya hükümlerinin Bitcoin’e kıyasen uygulanması, ihtiyaç duyulan koruma ve işlem güvenliğini sağlama bakımından katkıda bulunacaktır. Bununla birlikte MK m. 762’ye benzer bir düzenlemenin ya da Bitcoin bakımından mutlak hak koruması sağlayacak özel bir yasal düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır”.

rülebilme, zilyetlik ve zilyet lehine öngörülen karineler açısından birçok soruna sebebiyet verecektir. Gerçekten de mutlak hakkın herkese karşı ileri sürülebileceği gerçeğinden hareketle kripto varlık üzerinde işlem yapabilmek için özel anahtar sahibi olmanın, başlı başına bu aleniyeti sağlayabileceği hususunda tereddütler mevcuttur. Anılan bu sebeplerle an itibarıyla taşınır mülkiyetine ilişkin hükümlerin doğrudan ya da kıyasen uygulanması, kanaatimizce mümkün gözükmemektedir.

2. Aynı Hak Benzeri Korunan Menfaat

Özellikle Alman hukukunda savunulan bir diğer görüşe göre bir hakkın aynı hak gibi korunabilmesi için bunun muhakkak kanunda tanımlanmış olması gerekmez. Buna göre sınırları belirli, fiili olarak kişiye mutlak yetki tanıyan bir kıymet hakkı da bu koruma rejimine tabi tutulabilmelidir¹⁸. Ancak yine aynı görüşe göre bu malvarlığı değerini temsil eden bir varlık olmadığı için bunların iyi niyetle iktisabı söz konusu olmamalıdır. Bu çerçevede aynı hak benzeri korunan bir haktan bahis açılmaktadır. Bir hakkın aynı haklara benzer şekilde muamele görmesi ve özellikle korunabilmesi için bu hakkın mutlak hak niteliğini haiz olmak zorunda olmadığı, bilakis nisbi haklar ve mutlak haklar arasında “karışık” hak kategorilerinin de söz konusu olabileceği öne sürülmektedir¹⁹. Nitekim nisbi haklar ve mutlak haklar, hak tipleridir ve bunların arasında konumlandırılan ve dolayısıyla aynı hak hükümlerine tabi olabilecek ara hak tipleri de mümkün olmalıdır. Buna örnek olarak özellikle etkisi güçlendirilmiş nisbi haklar gösterilmektedir. Nitekim MK m. 1009, şerh verilmek suretiyle nisbi hakların etkisinin güçlendirilmesine bir örnek teşkil etmektedir. Hatta kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da, inançlı işlemlerde de borçlandırıcı bir işleme dayanan hukuki ilişki kapsamında inananın aynı hak sahibine benzer bir konuma sahip olduğu, özellikle inanılanın iflası halinde inananın aynı hak sahibi gibi korunduğu belirtilmektedir. Ayrıca sınırlı sayı ilkesinin de mutlak bir yasak içermediği, bilakis hukuk yaratma yöntemiyle bu müessesenin genişletilebileceği savunulmaktadır²⁰.

18 Johannes Köndgen, “Zahlungsdienste und E-Geld”, Ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann, *BeckOGK zum Zivilrecht*, C.H. Beck Verlag, Münih, 2021, § 675c Kn. 129.1.

19 Dimitrios Linardatos, “Der Mythos vom “Realakt” bei der Umbuchung von Bitcoins – Gedanken zur dinglichen Erfassung von Kryptowährungen”, Ed. Elena Beyer, Katharina Erler, Christoph Hartmann, Malte Kramme, Michael F. Müller, Tereza Pertot, Elif Tuna, Felix M. Wilke, *Privatrecht 2050 - Blick in die digitale Zukunft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2020, s. 194.

20 Gerhard Dulceit, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, 1951, S. 58 Fn. 26 ve /Claus-Wilhelm Canaris, *Schuldrecht II/2*, 13. Baskı, 1994, Fn.31’e atfen Linardatos, s. 195.

Aynı hakkın unsurları noktasında ise alacak haklarında mutlak surette korunanın alacağı kendisi değil, hak sahipliği olduğu belirtilmektedir²¹. Bu sebeple alacak hakkı tasarrufa konu edilmektedir. Dolayısıyla aynı hak gibi korumaya için mutlaka bir eşyanın olması zorunlu değildir. Ancak aynı hakka konu olabilmesi için söz konusu hakkın ayırt edilebilir ve hüküm altına alınabilir olması gerekmektedir. Bu çerçevede verilerin kural olarak aynı hakka tabi olmaları mümkün değildir. Zira bunlar ayırt edilebilir ve sınırlandırılabilir niteliği haiz değildir. Buna karşılık blockchain ağındaki veri, üzerinde tasarruf edilebilen ve özellikle ayırt edilebilen, herkesin dilediği gibi erişemediği bir veri niteliğindedir. Zira aksi takdirde bunların karşılıklı mübadele işlevi olmazdı. Bir diğer ifade ile şayet herkes blockchain protokolündeki verileri dilediği şekilde değiştirme kabiliyetine sahip olsaydı, söz konusu sistem anlamını yitirir, herkes, ağda mevcut malvarlığı değeri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilirdi. Ancak özel anahtar, cüzdan ve tasdik mekanizmalarından da anlaşılacağı üzere sistem, ancak tasarruf yetkisini haiz olan kişilerin söz konusu işlemleri gerçekleştirebilmeleri üzerine inşa edilmiştir. Bu sebeple blockchain ağındaki kayıt üzerinde bireye münhasır bir yetki tanınmakta ve bu sayede birey, üçüncü kişileri de bu kayda müdahaleden men etme imkanına sahiptir. Yine bitcoin gibi kripto para birimlerinin artık bir ödeme aracı olarak kabul edilmesi gerçeğinden hareketle toplumsal açıdan bir kabul edilebilirliğin de mevcut olduğu vurgulanmaktadır²².

Kripto varlık üzerindeki hakkı, korunan menfaat üzerinden tanımlamaya çalışan ve bunu mutlak hak benzeri bir hak olarak nitelendiren bir diğer görüş ise, her ne kadar kripto varlık ya da kripto varlık kaydını içeren blockchain protokolü üzerinde kullanıcının doğrudan hakimiyeti söz konusu olmasa da, korunan hukuki menfaatin, blockchain protokolü üzerinde değişiklik yapma yetkisi olduğunu belirtmektedir²³. Kullanıcı, blockchain ağı üzerindeki veriler üzerinde doğrudan bir hakimiyet kuramayacaktır. Nitekim blockchain ağı gerek kamuya açık olsun, gerekse özel bir ağ, sadece bir kullanıcıdan değil, birçok kullanıcıdan müteşekkildir. Dolayısıyla tek bir kişinin blockchain protokolü üzerinde hakimiyeti söz konusu değildir. Zaten böyle bir hakimiyet, dağıtık sistemin mantığına aykırı düşecektir. Bu sistemde bir kripto varlığın kime isnat edileceği, blockchain protokolünde öngörülen şartlar çerçevesinde kullanıcıların bütünü tarafından belirlenmektedir. Keza kullanıcının kripto varlık üzerinde doğrudan bir hakkı da söz konusu olamayacaktır. Kullanıcı

21 Linartados, s. 197.

22 Linartados, s. 198 vd.

23 Möllenkamp, Shmatenko, Kn. 37.

ancak, kendisine tanımlanmış olan özel anahtar sayesinde bunların başka bir kullanıcıya devrini gerçekleştirebilmektedir. Dolayısıyla kullanıcı, blockchain ağı üzerindeki veriler üzerinde doğrudan hakimiyet imkanına sahip olmasa da, başkasının tasarrufunda (blockchain topluluğunun bütünü) bulunan veriler (yani ağ protokolü) üzerinde değişiklik yapma ve mevcut kaydı yeni kayıt(lar) la devam ettirme yetkisini haizdir. Dolayısıyla burada korunan menfaatin, özel anahtarla imzalamaya ve bu sayede mevcut kaydı yeni kayıtlarla ilerletme yetkisi olduğu belirtilmektedir. Söz konusu hak, münhasıran özel anahtar sahibine tanınan bir yetki olması sebebiyle, fiili hakimiyet imkanı tanımaktadır. Bu sebeple de Alman hukukunda, zilyetliğe benzer bir durumun söz konusu olduğu, zilyetliğin ise BGB § 823 f. 1 çerçevesinde “diğer haklar” çerçevesinde mutlak hak olarak korunması sebebiyle söz konusu değişiklik yapma yetkisinin de mutlak hak olarak nitelendirilebileceği savunulmaktadır. Mutlak hak nitelendirilmesinin reddedilmesi halinde ise normun koruma amacı teorisi bağlamında hukuk düzeninin korumaya layık gördüğü bir nisbi hakkın varlığından bahis açılmaktadır²⁴.

3. Fikri Hak

Kripto varlığın fikri hak olarak nitelendirilmesi de savunulmaktadır. Genel olarak kişilerin yaratıcı uğraşları sonucu düşüncesi, zekası veya hisleri vasıtasıyla edebiyat, teknik, güzel sanatlar, bilim, ticaret alanlarında koyduğu ürünler fikri ve sınai ürünler olarak nitelendirilmektedir²⁵. Bununla birlikte kripto varlığın fikri hak olarak nitelendirilebilmesinin önündeki en büyük engel, kripto varlık oluşturulması aşamasında kişisel yaratıcılık unsurunun bulunmamasıdır. Zira kripto varlık oluşturulurken insanın yaratıcı unsuru tamamen arka plandadır. Kripto varlık, protokol kapsamında gerçekleştirilen işlemleri yansıtan bir veriden ibarettir. Bu veriler ise, ağ katılımcılarının yaratıcı faaliyetleri neticesinde elde edilmemekte, bilakis yazılımın bir neticesi olarak otomatize bir sistemin ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Kripto varlık oluşturulması için insanın yaratıcı uğraşına ihtiyaç duyulmamakta, bilakis kripto varlık, blockchainde öngörülen işlem protokolü neticesinde bilgisayarlar ve elektrik kullanımı sayesinde ortaya çıkmaktadır. İnsan müdahalesi ise ancak, söz konusu ağa katılıp katılmamakla sınırlıdır²⁶.

4. Kanaatimiz

Kripto varlıkların de lege lata mutlak hak niteliğini haiz olmadığı, özellikle taşınır eşya olarak kabul edilmesi halinde eşya hukukuna hakim ilkeler ile çe-

24 Alman hukuku için bkz.: Möllenkamp, Shmatenko, Kn. 35, 38.

25 Dural, Sarı, s. 157.

26 Möllenkamp, Shmatenko, Kn. 33.

lişkilerin meydana geleceğine işaret edilmiştir. Keza Alman hukukunda kripto varlık üzerinde mutlak hak benzeri bir hakkın varlığını savunan görüş de, benzer şekilde eşya hukukuna hakim olan belirlilik ve numerus clausus ilkelerine aykırılık sebebiyle eleştirilmektedir. Özellikle hukuk düzeninin, bireyin kripto varlık üzerindeki yetkileri hususunda herhangi bir düzenleme içermediği, dolayısıyla bu yetkinin haklar kategorisine dahil edilemeyeceği vurgulanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında aynı şekilde söz konusu görüşün kabulü imkan dahilinde gözükmemektedir.

Korunan menfaat üzerinden kripto varlığın hukuki niteliğini tanımlamaya çalışan görüş, Türk hukuku açısından değerlendirildiğinde, öncelikle zilyetliğin bir hak olarak tanınmadığını vurgulamak gerekecektir. Dolayısıyla blockchain ağındaki kullanıcının, zilyedin kurduğu fiili hakimiyete benzerlikten yola çıkarak burada bir mutlak hakkın olduğunu iddia etmek Türk hukuku açısından imkan dahilinde gözükmemektedir.

Belirtildiği üzere hak, hukuk düzenince korunan ve hak sahibine de bu korumadan yararlanma yetkisini veren bir menfaat olarak tanımlanmaktadır. Özel anahtar sahibi kişinin kripto varlık üzerindeki yetkisi, kripto varlığa ait kaydı içeren blockchain protokolünde, münhasıran söz konusu kripto varlık ile sınırlı olmak üzere hak sahipliği üzerinde değişiklik yapmaktan ibarettir. Yoksa bu kaydın içeriğine dair diğer hususlarda değişiklik yapma, söz konusu kaydı bütünüyle ortadan kaldırma, silme gibi yetkiler söz konusu değildir. Dolayısıyla burada kullanıcının kendi hakimiyetinde olmayan, bilakis bütün topluluk tarafından kontrol edilen bir protokol üzerinde kripto varlığa dair kayıt üzerinde kullanıcı noktasında değişiklik yapma yetkisini içeren bir menfaat söz konusudur. Bu menfaatin hak olarak kabul edilebilmesi için hukuk düzenince korunması ve bu korumadan da ilgili kişinin yararlanma yetkisini haiz olması gerekmektedir. Özel anahtar sahibinin kripto varlığa dair kayıt üzerindeki yetkisi, TCK m. 244 çerçevesinde hukuk düzenince korunan bir menfaat olarak kabul edilebilecektir²⁷. Gerçekten de normun koruma amacı teorisine göre²⁸,

27 Hakim görüş, bu bağlamda korunan hukuki menfaatin karma nitelikte olduğu yönündedir. Bilişim sisteminin güvenliğinin yanında özel hayatın gizliliği, mülkiyet ve zilyetlik hakları da korunmaktadır: Sinan Esen, *Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgede Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 628; Ali Parlar, *Bilişim Alanında İşlenen Suçlar*, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2011, s. 15; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 635; Yılmaz Yazıcıoğlu, "Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu", *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, C.II, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi ve Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, s. 1254.

28 M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 18.

her ne kadar bir mutlak hak ihlali söz konusu olmasa da, kullanıcının malvarlığında bir azalma meydana geldiği takdirde bilişim sistemine yetkisiz girişimi ve verilerin değiştirilmesini yasaklayan TCK hükmü ve haksız fiil sorumluluğu uyarınca ilgili kişi failden tazminat talep edebilecektir. Dolayısıyla bu hak, ilgili kişiye ağa yetkisiz şekilde erişip protokol üzerinde değişiklik yapan üçüncü kişilere karşı bir talep yetkisi tanımaktadır. Bir diğer ifade ile özel anahtar sahibi, üçüncü kişilerce gerçekleştirilecek yetkisiz erişimlere karşı hukuk düzenince koruma talep edebilecektir. Hukuk düzenince korunmaya layık olan söz konusu yetki, arz-talep dengesi ya da kripto varlığın temsil ettiği blockchain ağı dışındaki değere göre belirlenebilmekte, bir diğer ifade ile piyasada bir değer teşkil etmektedir. Bu sebeple söz konusu yetkinin malvarlığı hakları kategorisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte koruyucu etkiye sahip olan kripto varlık üzerindeki bu hakkın devredilebilir nitelikte olup olmadığı, ileride daha etraflıca incelenecektir.

II. Kripto Varlık Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Hukuki Açından Değerlendirilmesi

A. Kendi Başına Değer Arz Eden Kripto Varlıkların Borçlandırıcı İşlem ve Tasarruf İşlemi Açısından İncelenmesi

1. Para Karşılığında Kripto Varlık Temini

a. Borçlandırıcı İşlem Boyutu

Yukarıda da belirtildiği üzere kripto varlık, blockchain ağında bir kayıttan ibarettir. Dolayısıyla kripto varlık, satış sözleşmesine konu edilebilecek cismani bir varlık, bir eşya niteliğini haiz değildir.

Kripto varlığın devrini esas alan bir borçlandırıcı işlem bağlamında akla gelen ilk sözleşme tipi, satış sözleşmesidir. Bununla birlikte BK m. 207 f. 1'e göre satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Para karşılığı kripto varlık elde edildiğinde alıcının bedel ödeme borcu ifa edilecekse de, kripto varlık transferinde "satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme" borcunun ifası mümkün gözükmemektedir. Zira ortada zilyetliği devredilebilecek ve satıcının mülkiyetinde olan bir varlık söz konusu değildir. Bilakis, belirtildiği üzere kullanıcı, ağ protokolünde değişiklik yapma yetkisine sahip olmakla birlikte, devirden kasıt, söz konusu değişiklik yapma yetkisinin karşı tarafa geçmesidir.

Bu bağlamda alacak hakkı ya da mutlak niteliğini haiz olmayan gayri cismani varlıkların satış sözleşmesine konu olabilmesi hususu tartışmalıdır. Özel-

likle kanun lafzının çok dar olduğunu savunan bir görüşe göre gayri cismani varlığın sağladığı fiili menfaat devredilebilir nitelikteyse, “satıcının” bu fiili menfaati karşı tarafa devretme borcu, özü itibariyle satış sözleşmesine konu olabilecektir²⁹. Bu çerçevede özellikle goodwill örneği verilmekte, her ne kadar goodwill’in hak niteliğini haiz olmasa da, satış sözleşmesine konu olabileceğine dikkat çekilmektedir³⁰. Alman hukukunda ise bir hakkın ya da diğer varlıkların satışına mahsus olan BGB § 453 hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmektedir³¹. Buna karşılık diğer görüş, devre konu olan malvarlığının hakka konu olmadığı takdirde satış sözleşmesinin de söz konusu olamayacağını belirtmektedir³².

Yukarıda işaret edildiği üzere kripto varlık üzerinde bireyin hukuk düzennince korunan ve bu korunmadan yararlanma yetkisi veren bir menfaati söz konusudur. Gerçekten de ilgili kişinin kripto varlık üzerindeki kayıttan elde ettiği fiili menfaat, hukuk düzenince korunmaya layık görülmektedir. Dolayısıyla satış sözleşmesinin konusunu geniş yorumlayan görüş çerçevesinde bir satış sözleşmesinden bahis açmak mümkün hale gelmektedir. Öte yandan satış sözleşmesini hakka konu olabilecek varlıklarla sınırlandıran görüşe göre de kripto varlık üzerinde bir hak söz konusu olacağı için satış sözleşmesinin varlığı mümkün gözükmektedir. Bununla birlikte söz konusu hakkın devredilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Gerçekten de hak devre konu olamayacaksa, bu hakkın devrinin taahhüt edilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu sebeple bu aşamada kesin bir görüş belirtmeden önce, kripto varlık üzerindeki devir işleminin, tasarruf işlemi boyutunu incelemekte fayda vardır. Zira ancak bu şekilde bireyin kripto varlık üzerindeki hakkı üzerinde bir devrin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine, dolayısıyla da satış sözleşmesine konu olabilecek bir hakkın söz konusu olup olmayacağı sorusuna cevap vermek mümkün hale gelecektir.

b. Tasarruf İşlemi Boyutu

Bir borçlandırıcı işlem neticesinde satıcının kripto para “satmayı”, bunun karşılığında da alıcının bir miktar (“gerçek”) para ödemeyi taahhüt ettiği du-

29 Schönle, Herbert, ZK - Zürcher Kommentar, Kauf und Schenkung, 3. Auflage, 1993; Art. 184 Rn. 63 vd.; Giger: Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 1980, Art. 184 Rn. 20 ve 23 vd.; Haluk Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı 1990, Ankara, s. 78; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992, s. 61; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 51-52.

30 Schönle, Rn. 66, Giger, Rn. 23.

31 Möllenkamp, Schmatenko, Kn. 56.

32 Know-how sözleşmesi özelinde bkz. Tufan Ögüz, *Know-how Sözleşmesi*, 2. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 2018, s. 38 vd.

rumda, özellikle kripto paranın devri hukuki açıdan, özellikle tasarruf işlemi çerçevesinde nasıl gerçekleşecektir? Her ne kadar sözleşme serbestisi ilkesinin geçerli olduğu borçlar hukukunda kripto varlık ile gerçekleştirilen işlemlerin belirli sözleşme tipleri çerçevesinde değerlendirilebileceği sonucuna varılmış olsa da, söz konusu sözleşmelerin ifası aşamasında tasarruf işlemlerinin nasıl gerçekleştirileceği de aynı şekilde incelenmeye muhtaçtır. Gerçekten de borçlar hukukunda hakim olan sözleşme serbestisi ilkesine göre eşya olarak tanımlanmayan cismani varlıkları konu alan satış, trampa gibi sözleşmelerin kurulması mümkün gözükmektedir. Ancak eşya hukukuna hakim olan ilkeler, borçlar hukukundaki sözleşme serbestisi ilkesine sınırlamalar getirmektedir³³. Dolayısıyla her ne kadar kripto varlık üzerindeki yetki, borçlandırıcı işlem çerçevesinde edim niteliğini haiz olabileceksin de, bu edimin ifasının eşya hukuku ilkelerine göre nasıl gerçekleştirileceği incelenmeye muhtaçtır. Bu bağlamda kripto varlık üzerindeki hakkın tasarrufa konu olup olamayacağı, farklı görüşler çerçevesinde ele alınacaktır.

aa. Mutlak Hak Devri

Kendi başına değer arz eden kripto varlık çerçevesinde gerçekleştirilen transfer işleminde tekrar belirtmekte fayda vardır ki burada devre konu olan kripto varlık değildir. Zira alıcı, işlem neticesinde sadece fiili bir tasarruf yetkisine sahip olmaktadır. Dolayısıyla bu çerçevede zilyetliğin ve hatta mülkiyetin devri söz konusu değildir. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere kripto varlık “sahibine” tanınan yetki, mutlak hak niteliğini haiz olmadığı için söz konusu yetkinin devri de, mutlak hakların devrine ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilemeyecektir. Bu sebeple aynı hakların devrine ilişkin kurallar bu çerçevede uygulama alanı bulamayacaktır.

Önemle işaret edilmesi gereken bir diğer husus, zilyetliğin neye ilişkin olacağı noktasındadır. Şöyle ki bir sicil ya da blockchain bağlamında elektronik bir kayıt (protokol) üzerinde zilyetlik söz konusu olmaz. Zilyetlik, bu kaydın temsil ettiği değer üzerindedir. Dolayısıyla özellikle kendi başına değer arz eden kripto varlık türlerinde zilyetlik söz konusu olamayacağı gibi, zilyetlik düşünülse dahi, bu zilyetlik, sicil kaydına ilişkin değil, sicilin temsil ettiği sicil dışındaki malvarlığı değerine ilişkin olacaktır.

bb. Alacak Hakkının Temliki

Alacak hakkı, malvarlığı kategorisine dahil olan nisbi nitelikte bir haktır. Genel olarak alacak hakkı, bir kimseye bir başkasından belirli bir davranışta

33 Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 41.

bulunmasını isteme yetkisi veren hak olarak tanımlanmaktadır³⁴. Söz konusu alacak hakkının dayanağı, taraflar arasındaki borç ilişkisidir. Ancak kamuya açık blockchain ağında temlike konu olan alacak hakkının bir borçlusunu, yani bir ihraççı olmadığını için alacak talebinde bulunulabilecek bir muhatap da mevcut değildir. Bu durum, dağıtık ağ mantığının sonucudur. Özellikle belirtelim ki kaydi para örneğine kıyasla bu çerçevede kripto varlık çıkartan ve bunun karşılığında bir değer vaat eden merkezi bir müessese mevcut değildir. Keza böyle bir ilişkinin hukuki altyapısı da mevcut değildir. Bununla birlikte kapalı bir blockchain ağı varsa, burada kripto varlık ihraç eden kişi bir vaatte bulunup pekala alacak hakkının muhatabı haline gelebilecektir. Bu çerçevede belirli bir bedel karşılığı kripto varlık iktisabını düzenleyen ihraççı, aynı zamanda ilgili kişiye söz konusu kripto varlık üzerinde tasarrufla bulunabilme imkanını tanıma borcu altına girebilecektir. Dolayısıyla bitcoin gibi kamuya açık ve bir ihraççının olmadığı blockchain türlerinin aksine, kamuya kapalı blockchain ağlarında irade serbestisi çerçevesinde ihraççının bir vaatte bulunup borç altına girmesi imkan dahilinde gözükmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere kripto varlık “sahibinin” yetkisi, ağ protokolü üzerindeki kripto varlığa ilişkin kayıt üzerinde değişiklik yapma ve bu sayede protokole yeni bir kayıt ekleme yetkisinden ibarettir. Her ne kadar bu çerçevede kripto varlık sahibinin, TCK m. 244 hükmü de dikkate alınarak hukuk düzenince korunan bir hak sahibi olduğu kabul edilse de, bu hak, temlik edilebilecek bir hak niteliğini haiz değildir. Bilakis bu hak, üçüncü kişilerin müdahalesine karşı koruma işlevini haizdir³⁵. Zira TCK m. 244 kapsamında korunan menfaat, işlemlerin gerçekleştirilmesi ve dolayısıyla işlem taraflarının borçlarını tam ve eksiksiz ifa etmesi değil, yetkisiz erişimden meydana gelen zararların önlenmesidir. Yine kripto varlık üzerindeki yetki, münhasıran blockchain protokolündeki kayıttan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla söz konusu münhasır yetki, eski “hak sahibi” tarafından “alıcıya” devredilmemektedir. Bilakis işlemin yeni bir blokta kaydedilmesi ve çoğunluk tarafından tasdik edilmesi neticesinde kripto varlık üzerindeki tasarruf yetkisi, yeni kullanıcı şahsında yeniden doğmaktadır³⁶. Bir diğer ifade ile burada devredilen bir hak söz konusu değildir. Her yeni işlem neticesinde değişen protokole göre blockchain, tasarruf yetkisini alıcıya yeniden tanımaktadır. Tıpkı zilyetliğin ya da mülkiyetin devren ve aslen kazanımında olduğu gibi, bu çerçevede de devren nakledilen bir yetki söz konusu olmamakta, protokole göre alıcı söz konusu yetkisini aslen

34 Dural, Sarı, s. 161.

35 Möllenkamp, Shmatenko, Kn. 69.

36 Möllenkamp, Shmatenko, Kn. 69.

kazanmaktadır. Bunun şartı, belirtildiği üzere devredenin hakkını devretmesi değil, protokolün alıcısı tasarruf yetkisini haiz kişi olarak tanımlamasıdır. Kaldı ki, bir an için bir hak devri kabul edilse dahi, Türk hukukunda TBK m. 184 f. 1'e göre alacağın temliki, yazılı şekil şartına tabi olduğu için söz konusu işlemin sebebe bağlı olması halinde tasarruf işlemi de geçersiz olacak ya da soyutluk kabul edildiği takdirde elde edilen hak, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince iade edilecektir.

cc. Maddi Fiil Görüşü

Maddi fiil görüşüne geçmeden önce, maddi fiile dair genel açıklamalarda bulunmakta fayda vardır. Hukuki fiiller, genel olarak hukuka aykırı ve hukuka uygun fiiller olarak tasniflenmektedir. Hukuki işlemler ise, hukukun cevaz verdiği, hukuka uygun fiiller kategorisine dahildirler. Blockchain ağında gerçekleştirilen kripto varlık "transferi", kural olarak hukuka uygun fiiller kategorisine dahil edilebilecektir. Hukuka uygun fiiller ise, yine kendi içerisinde genel olarak (1) irade açığa vurmaları, (2) görüş açığa vurmaları ve (3) duygu açığa vurmaları olarak tasniflenmektedir³⁷. İncelememiz açısından önem arz eden, irade açığa vurmalarıdır. Bunların en önemlisi kuşkusuz hukuki işlemlerdir. Hukuki işlemler çerçevesinde hukuk düzeni, irade beyanı ile amaçlanan sonucun gerçekleşmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla iradenin içeriği, hukuk düzenince bağlayıcı kılınmakta, bir diğer ifade ile "hukuki sonuç, istendiği için meydana gelmektedir". Hukuki işlem benzeri fiillerde ise irade doğrudan doğruya fiili bir sonuca yönelmiş olsa da hukuk düzeni bu irade açığa vurmasına bir hukuki sonuç bağlamaktadır. Hukuki sonuç, irade beyanının içeriğinden çıkmadığı gibi kişinin söz konusu sonucu istemesine de gerek yoktur. Nihayet maddi fiillerin söz konusu olduğu durumlarda irade dış alemde fiili bir değişikliğe yönelmekte, fakat buradaki hukuki sonuç irade açığa vurmasına değil, dış alemde meydana gelen fiili değişikliğe bağlanmaktadır. Dolayısıyla bu bağlamda artık bir hukuki işlemden bahis açılmaz ve hukuki işlemlere dair kurallar bu kapsamda uygulama alanı bulmaz³⁸.

37 Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 83 vd.

38 Kocayusufpaşaoğlu, s. 85-86.

Hakim görüş, blockchain ağında gerçekleştirilen kripto varlık transferlerinin, bir mutlak hak ya da nisbi hak devri niteliği taşımadığı sebebiyle söz konusu transfer işleminin bir maddi fiilden ibaret olduğunu belirlemektedir³⁹. Bu sayede işlemlerin geçerliliği, irade serbestisinin hakim olduğu borçlar hukuku rejimi üzerinden değerlendirilecek ve eşya hukukunun sınırlarına tabi olmayacaktır.

Ancak bu görüş, birçok yönden eleştiriye açıktır. Zira maddi fiilin tipik unsuru, yukarıda da belirtildiği üzere dış alemde meydana gelen fiili değişikliğe bir hukuki sonucun bağlanmasıdır. Örnek olarak hukuki taşıyır kapsamında hukuki sonuç, kişinin iradesinden bağımsız olarak fiili değişikliğe bağımlı kılınmaktadır. Oysa hukuk düzenimizde blockchain ağında gerçekleştirilen transfer işlemi neticesinde mülkiyetin alıcıya geçtiğine dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Kaldı ki, söz konusu ilişki salt borçlar hukuku rejimi çerçevesinde düzenlendiği takdirde söz konusu borcun nasıl ve ne şekilde ifa edileceği sorunu gündeme gelecektir. Tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi mümkün değilse, borç da hiçbir zaman ifa edilmemiş sayılacaktır. Bir an için karşı tarafın fiili hakimiyet kurması, borcun ifası olarak kabul edilse dahi, bu takdirde alıcının bir hak sahibi olduğunun kabulü gerekmektedir. Nihayet maddi fiil kabul edildiğinde hukuki işleme dair hükümler uygulama alanı bulamayacağı için sınırlı ehliyetsizleri koruyan hükümler ve özellikle temsil müessesesine başvurmak imkansız hale gelecektir⁴⁰.

c. Kanaatimiz

Kripto varlık üzerinde ilgili kişinin her ne kadar hukuk düzenince korunan ve ilgili kişiye de bu korumadan yararlanma yetkisi tanıyan bir menfaati söz konusu olsa da, bu hak, niteliği itibarıyla devre konu olabilecek bir hak değildir. Kaldı ki blockchain ağında gerçekleştirilen işlem çerçevesinde fiili olarak da bir hak devri söz konusu değildir. Bu açıklamalar ışığında kripto varlıklar üzerinde gerçekleştirilen devir işlemlerinin ancak maddi fiil olarak değerlendirilmesi gündeme gelecektir. Bu görüşün en önemli sonucu, devir işlemlerinin

39 Sebastian Omlor, "Kryptowährungen im Geldrecht" ss.294-345, *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* Cilt 294, 2019, s.327; Christoph G. Paulus, Robin Matzke, "Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts?", *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* Cilt 431, 2018, s.451; Martin Heckelmann, "Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts", *Neue Juristische Wochenschrift*, Cilt 8, ss.504-510, s.508; Christian Engelhardt, Sascha Klein, "Bitcoins – Geschäfte mit Geld, das keines ist Technische Grundlagen und zivilrechtliche Betrachtung", *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, Cilt 6, 2014, ss.355-360, s.357; Erdem Kütük, Christoph Sorge, "Bitcoin im deutschen Vollstreckungsrecht Von der „Tulpenmanie" zur „Bitcoinmanie", *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, Cilt 10, 2014, ss.643-646, s.644); Möllenkamp, Shmatenko, Kn. 70.

40 Linardatos, s. 182 vd.

ancak borçlandırıcı işlem aşamasında önem arz etmeleridir. Blockchain ağındaki hak sahipliği ise fiili duruma göre belirlenecek, fiilen kim özel anahtar vesilesiyle söz konusu kayıt üzerinde işlem yapma yetkisini haiz ise, bu kişinin kayıt üzerindeki hakkı, devre değil, korunmaya layık bir hak olarak değerlendirilebilecektir. Devir işleminin borçlandırıcı işlem aşamasıyla sınırlı kalması ve aynı hak çerçevesinde sonuç doğurmaması ise, özellikle aynı haklar çerçevesinde bir korumanın gündeme gelmeyeceği tehlikesini doğuracaktır. Bu açıklamalar ışığında taraflar arasında gerçekleştirilen borçlandırıcı işlemin de niteliği itibarıyla satış sözleşmesi olarak değil, ancak sui generis niteliğinde bir sözleşme olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmektedir⁴¹.

2. Ödeme Birimi Olarak Kripto Varlık

Özellikle Ethereum blockchain ağında “akıllı sözleşmeler” vesilesiyle ether kripto para birimi karşılığında ürün ya da hizmet alınması mümkündür⁴². Bir diğer ifade ile ether bu sistemde bir ödeme birimi olarak işlev göstermektedir.

Yukarıda etraflıca incelendiği üzere kripto varlığın devrini esas alan sözleşmeler sui generis niteliği taşıdığı için kripto varlığın ödeme birimi olarak kararlaştırıldığı sözleşmeler açısından da aynı sonuca varmak mümkündür.

Bu çerçevede sözleşme ilişkisi kapsamında meydana gelen ifa engelleri açısından sözleşmenin içeriğine göre satış, eser, hizmet ya da vekalet hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkün gözükmektedir. Ancak bu çerçevede her somut olay özelinde bir değerlendirme yapmak gerekecektir.

Bununla birlikte şayet taraflar, sözleşmenin akdedilmesi esnasında para borcu üzerinden anlaşmış, fakat ardından bedelin kripto varlıkla da ödenebileceğini kararlaştırmışlarsa, bu takdirde ortada bir satış sözleşmesi bulunmakla birlikte, ifa uğruna yahut ifa yerine edim müesseselerinin incelenmesi gerekecektir.

Tasarruf işlemi açısından kripto varlığın devredilmesi hususunda yukarıda yapılan açıklamalar aynı şekilde bu çerçevede de söz konusu olacaktır.

B. Değeri Kendi Dışında Bir Varlığa Göre Belirlenen Kripto Varlıkların Borçlandırıcı İşlem ve Tasarruf İşlemi Açısından İncelenmesi

Değeri kendi dışında bir varlığa göre belirlenen kripto varlıkların borçlandırıcı işlem çerçevesinde devrinin taahhüt edilmesi, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında gerçekleşecektir. Bununla birlikte bu tür kripto varlıkların asıl

41 Know-how sözleşmeleri çerçevesinde benzer şekilde bkz. Ögüz, s. 37 vd.

42 Akıllı sözleşmeler hakkında daha geniş bilgi için bkz. Çekin, s. 315 vd.; Pınar Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, passim.

amacı, bunlara bağlı kılınan ve blockchain ağı dışında olan bir varlığın devrinin, kripto varlığın devri ile eş zamanlı olarak gerçekleştirilmesidir. Bir gram altın, bir varil petrol gibi varlıkların, blockchain ağında kripto varlığın devredilmesiyle birlikte eş zamanlı olarak devri amaçlanmaktadır.

Bu çerçevede hukuki durumun, kendi başına değer arz eden kripto varlıklardan çok daha sorunlu olduğuna işaret etmek gerekecektir. Gerçekten de kripto varlık transferinin, kripto varlıkta temsil edilen varlığın devrini nasıl gerçekleştireceği de son derece tartışmalıdır. Bir diğer ifade ile her ne kadar fiili olarak kripto varlığa bir malvarlığı değeri atfediliyor olsa da, kripto varlığın transferi ile söz konusu malvarlığı değerinin de eş zamanlı olarak transfer edilip edilemeyeceği incelenmeye muhtaçtır.

Kural olarak bir taşınır eşya üzerinde mülkiyet hakkının devren kazanılabilmesi için söz konusu eşya üzerinde zilyetlik ve mülkiyetin devredilmiş olması gerekmektedir. Oysa yukarıda belirtilen bazı kripto varlık türlerinin amacı, malvarlığı üzerindeki tasarrufları kolaylaştırmaktır. Kripto varlığın devri ile birlikte kripto varlığın temsil ettiği malvarlığı da eşzamanlı olarak devredilecektir. Ancak bunun için kripto varlık ile kripto varlığın temsil ettiği malvarlığı arasında hukuki açıdan bir bağlantının tesis edilmesi gerekecektir.

Bununla birlikte hukuk düzenimiz, kıymetli evrak bağlamında kıymetli evrakın teslimiyle, söz konusu evrakın temsil ettiği hakkın da teslim edilmiş olduğunu varsayan hükümler içermektedir. Bu çerçevede özellikle alacak hakkını ve bilhassa para alacağını temsil eden tahviller (TTK m. 504 vd.) ve kambiyo senetleri zikredilmelidir. Para dışında alacağı temsil eden kıymetli evraka örnek ise konşimentodur (TTK 1228 vd.). Pay senetleri ise şirket sermayesinin belirli bir oranını temsil etmekte ve sahiplerine bir takım ortaklık hakkı sağlamaktadır. Eşya üzerindeki aynı hakkı temsil eden evrak ise, emtia senetleridir. Bu çerçevede mülkiyet hakkını temsil eden makbuz senedi ve rehin hakkını temsil eden varant söz konusudur. Zira makbuz senedi, umumi mağazalara tevdi edilen malların üzerindeki mülkiyet hakkını temsil etmektedir (UMK m. 2). Yine MK m. 980 f. 1'e göre emtiayı temsil eden senetlerin teslimi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurmaktadır. Karma nitelikli senetlerde ise para alacağı içeren bir alacak hakkı ve bunun yanında taşınmaz rehni ya da taşınmaz yükü söz konusudur. Medeni Kanun bu çerçevede ipotekli borç senedi ve irat senedini öngörmüştür.

Görüldüğü üzere hukuk düzenimizde kripto varlıkların çeşitli kullanım alanını ve işlevini karşılayacak, kullanım amacına hizmet edecek farklı yöntemler mevcuttur. Bu çerçevede bir para alacağının, genel olarak bir alacak hakkının, eşya üzerindeki aynı hakkın ve sınırlı aynı hakların kripto varlık vesilesiyle

temsil edilmesi düşünülebilecektir. Ancak bunun için, blockchain ağındaki kripto varlığın bir kıymetli evrak olarak nitelendirilebilmesi gerekmekte, ancak bu takdirde kripto varlığa bağlı bir hakkın da, kripto varlıkla birlikte devri mümkün hale gelmektedir. Kıymetli evraktan bahis açılabilmesi için öncelikle evrakın temsil ettiği hak ile senet arasında ayrılmaz bir bağ olmalıdır. Petro örneği ele alındığında söz konusu varil üzerindeki mülkiyet hakkının münhasıran kripto varlık sahibi tarafından ileri sürülebilmesi gerekmektedir. Burada adi borç senedi ile kıymetli evrak arasındaki farka da değinmekte fayda olacaktır. Adi borç senedinde senet, içerdiği hakkı takip eder ve dolayısıyla bu hakkın kaderine tabidir. Kıymetli evrakta ise hak senedi takip eder, hak senedin kaderine tabidir. Kıymetli evrakta senedin sahibi hakkın da sahibi, adi borç senedinde ise senedin sahibi olmak için önce hak sahibi olunması gerekmektedir⁴³. Dolayısıyla şayet kripto varlık tarafından temsil edilen malvarlığı değeri, münhasıran kripto varlık üzerindeki tasarruf yetkisine bağlanmışsa, bu çerçevede bir adi borç senedi değil, kıymetli evrakın varlığı gündeme gelecektir. Kaldı ki, ihraççıya karşı bir alacak hakkının varlığı kabul edilse dahi, söz konusu alacak hakkının devri için yapılan sözleşmenin şekil şartına tabi olması gerekecek, ancak blockchain protokolü bu şartı karşılayamayacaktır.

Keza kıymetli evrakın kabul edilebilmesi için bir evrak gerekmektedir. Kuşkusuz söz konusu evrakın elektronik ortamda düzenlenmesi de düşünülebilir. Zira TTK m. 653, çeşitli kıymetli evraka ilişkin özel hükümleri saklı tutmaktadır. Ancak blockchain teknolojisine dair bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla kripto varlık üzerindeki tasarruf imkanının devredilmesiyle, kripto varlığın temsil ettiği malvarlığı değerinin de kripto varlığa bağlı olarak devri için hukuki altyapının henüz mevcut olmadığı kanaatine varılmaktadır.

Nihayet kripto varlıkların Sermaye Piyasası Kanunu m. 3 f. 1 b. ş) kapsamında türev araç olarak değerlendirilmesi düşünülebilse de, Kurul'un buna dair bir kararı henüz mevcut değildir. Yine aynı hüküm b. u) kapsamında türev araçlar açısından da henüz bir netlik söz konusu değildir. Sermaye Piyasası Kurul Karar Organı'nın 27/09/2018 tarih ve 47/1102 sayılı Kararı Uyarınca Yapılan Duyuru çerçevesinde ICO'lara yönelik yapılan açıklamada, "*halka arz ve kitle fonlaması faaliyetlerine benzer yönleri ve farklılıkları bulunan "token satışı" uygulamalarının Kurulumuzun düzenleyici sınırlarına girip girmediği durum bazında farklılık gösterecektir*" ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla kripto varlıkların farklı yönleri dikkate alındığında bu bağlamda somut olay bazında bir değerlendirme yapmak gerekecektir.

43 Abuzer Kendigelen, İsmail Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 10.

Sonuç itibariyle bu bağlamda hukuki açıdan bir belirsizlik söz konusu olduğu için kanuni altyapının sağlanması amacıyla kanun koyucunun, şayet söz konusu teknolojilerin yaygınlaşması amaçlanıyorsa, bir an önce gerekli düzenlemeleri hayata geçirmesi gerekmektedir. Bu bağlamda son bölümde mukayeseli hukukta mevcut ve öngörülen düzenlemelere dair bazı örnekler yer verilecektir.

III. Mukayeseli Hukuktan Örnekler⁴⁴

A. Lihtenştayn

Dağıtık ağ teknolojisine dayalı malvarlıkları hususunda ilk düzenlemelerden birisi, Lihtenştayn'da yürürlüğe girmiştir. 3 Ekim 2019 tarihli Token ve Güvenilir Teknoloji Hizmet Sağlayıcıları hakkında Kanun⁴⁵, özellikle söz konusu teknolojilere dayalı işlemlerin medeni hukuk boyutuna dair önemli düzenlemeler içermektedir.

Bu bağlamda kanun, Art. 2 f. 1 b. c) hükmünde kripto varlığı güvenilir teknoloji sisteminde bir bilgi olarak tanımlamaktadır. Söz konusu bilgi, bir kişiye karşı alacak ya da üyelik hakları, eşya üzerinde ya da diğer mutlak ya da nisbi hakları temsil edebilecektir ve belirli bir kullanıcıya atfedilebilmelidir. Bununla birlikte farklı kripto varlık türleri tanımlanmamış, özellikle genel ve farklı teknolojileri kapsayacak bir tanıma yer verilmeye çalışılmıştır. Kripto varlığın hukuki niteliği noktasında kanun, Art. 4'e göre bir malvarlığı değerinden bahis açmaktadır.

Özel anahtar sahibi kişi, tasarruf gücünü haiz, tasarruf gücünü haiz kişi ise devir hakkını haiz kişi olarak kabul edilmektedir (Art. 5). Bu sayede iyiniyetli hak iktisabı da mümkün kılınmaktadır. Zira iyi niyetle ve ivazlı olarak kripto varlık devralan, devreden devir yetkisine sahip olmasa da, Art. 9 çerçevesinde korunmaktadır. Ancak devralan devir yetkisinin eksikliğini biliyor ya da bilebilir konumdaysa iyi niyetli hak iktisabı mümkün değildir. Ayrıca artık devir işlemi maddi fiil olarak nitelendirilmemekte, bilakis yasal zemine kavuşturulmaktadır.

44 Bu çerçevede önem arz eden bir düzenleme, "UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records" olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar ilgili Model Kanun, kripto varlıkların düzenlenmesi aşamasında bazı ülkelerce dikkate alınmış olsa da, Art. 1 f. 3 düzenlemesine göre kıymetli evrak türleri kapsam dışı bırakıldığı için bundan sonraki açıklamalar ışığında etraflıca incelenmemiştir. Model Kanun metni için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook_e.pdf (21.01.2022).

45 Liechtensteinisches Landesgesetzblatt, Jahrgang 2019 Nr. 301 ausgegeben am 2. Dezember 2019; İngilizce metin için bkz. <https://www.regierung.li/files/medienarchiv/950-6-01-09-2021-en.pdf> (21.01.2022).

Kripto varlık üzerinde tasarruf, tasarruf yetkisinin devri ya da kripto varlık üzerinde bir teminat ya da irtifak hakkının kurulması olarak tanımlanmaktadır (Art. 6 f. 1). Devri işlemi için sistem gereksinimlerine göre kripto varlığın devredilmesi gerekmektedir. Ayrıca devreden ve devralan, tasarruf yetkisinin devri hususunda anlaşmış olmalı ve devreden tasarruf yetkisini haiz olması gerekmektedir. Tasarruf işleminin hukuki dayanaktan yoksun olması halinde ise sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca devreden kripto varlığı devralandan geri isteyebilecektir. Dolayısıyla Lihtenştayn hukukundaki mevcut düzenlemelerin aksine, işlem güvenliği esas alınarak borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasında soyutluk ilkesini benimsenmiştir.

Nihayet Art. 7, kripto varlığın devrinin, aynı zamanda kripto varlığın temsil ettiği hakkın da devri sonucunu doğuracağını belirtmektedir. Devralanın hakkı ayrıca iflas halinde de aynı hak gibi korunmaktadır.

B. Almanya

Almanya, doğrudan blockchain teknolojisine mahsus bir düzenleme sevk etmek yerine, genel olarak elektronik kıymetli evrak ve özel olarak “kripto kıymetli evrakı” esas alan “Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu”nu 9 Haziran 2021 tarihinde yürürlüğe koymuştur⁴⁶. Kanunun amacı, Alman sermaye piyasasının çekiciliğini artırmak ve sermaye çekme yarışında Almanya’nın rekabet gücünü artırmak olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu yasa, bütün elektronik evrak türlerine mahsus genel hükümler ile özel olarak elektronik kıymetli evrak ve yine özel olarak kripto kıymetli evrak türlerine mahsus hükümler içermektedir.

Kanun’un en çarpıcı yanı, genel hükümler kısmında elektronik kıymetli evrakın Alman Medeni Kanunu (‘BGB’) § 90’a göre eşya olarak tanımlanmasıdır. Dolayısıyla veri, cismani bir varlık olmamasına rağmen ilk defa kanuni bir varsayıma binaen eşya olarak nitelendirilmektedir (§ 2 f. 3 eWPG). Bu sayede aynı haklara ilişkin koruma mekanizmaları, özellikle borçlunun iflası halinde kripto varlıklara da uygulanabilecektir⁴⁷. Ancak kanun koyucu, halihazırda kıymetli evraka dair hükümlerin aynen geçerliliğini koruyacağını, bununla birlikte sadece yeni bir ihraç yönteminin kabul edildiğini vurgulamaktadır⁴⁸. Lihtenştayn

46 Gesetz zur Einführung von elektronischen Wertpapieren, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_elektronische_Wertpapiere.pdf;jsessionid=5E2EB52E2B27FC9724767F61F59264A5.1_cid324?__blob=publicationFile&v=2 (21.01.2022).

47 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren (EvEW Gereççe), https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Einfuehrung_elektr_Wertpapiere.pdf?__blob=publicationFile&v=3, (21.01.2022), s. 31.

48 EvEW Gereççe, s. 43.

örneğine benzer şekilde veri tabanında kripto varlık üzerinde işlem yapma imkanına sahip olan kişi, aynı zamanda kripto varlık üzerinde hak sahibi olan kişi olarak kabul edilmektedir (§ 3 f. 1). Elektronik sicillerin aleniyet ilkesine tabi olduğu⁴⁹ dikkate alındığında iyi niyetli hak iktisabı da mümkün hale gelmektedir.

Kripto kıymetli evrakın merkezi sicillerde tutulması, dağıtık veri ağı prensibine aykırı olacağı için Kanun, üçüncü bölümde kripto kıymetli evrak sicillerine mahsus özel düzenlemeler içermektedir (§ 16 vd.). Ne var ki kanun, sicilin tutulması ve ilgili kişilerin bilgilendirilmesi hususunda bazı yükümlülükler öngördüğü için sicil kaydını tutan bir kuruluşun belirlenmesi gerekmektedir. Bu gerçek, Alman kanun koyucunun özellikle kitlesel fonlama amaçlı kripto varlık sistemlerini esas aldığı göstermektedir. Bu kapsamda sicilin tutulması bir finansal hizmet olarak nitelendirilmekte ve dolayısıyla kredi hizmetleri regülasyonlarının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Sicili tutan kişi, ihraç esnasında ihraççı tarafından belirtilen gerçek ya da tüzel kişidir. Şayet böyle bir kişi belirtilmediyse ihraççı sicilin tutulmasından bizzat sorumlu kılınmaktadır.

Kripto kıymetli evrak sicilin içeriğini düzenleyen § 17 hükmüne göre hakkın içeriği, ihraç kapsamı, ihraççı, kaydın niteliği, hak sahibi, devir engelleri ve üçüncü kişilerin hakları gibi hususların belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca kripto kıymetli evrakın sicile kaydedilmesi (sicilin hayata geçirilmesi), resmi gazetede ilan edilmek zorundadır (§ 20). Bunun sebebi ise, kripto varlığa kıymetli evrak niteliği kazandırıldığında bunların artık regüle edilen piyasalara dahil edilmesi ve aleni şekilde ilan edilmesi zorunluluğudur. Ancak belirtildiği üzere bu yükümlülük, sadece kıymetli evrak niteliğini haiz olan dağıtık veri tabanı sistemleri için geçerlidir. Ayrıca ihraççının sistemin işleyişi ve sağlamlığını sağlamak şeklinde bir sorumluluğu mevcuttur. İhraççı bu kapsamda gerekli bütün idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır (§ 20). Sicile güvenin korunduğu dikkate alındığında bu yükümlülük, söz konusu güvenin tesis edilebilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Devir işleminin, bir diğer ifade ile tasarruf işleminin geçerliliği için ise elektronik kıymetli evrak üzerinde tasarruf yetkisini haiz olan kişinin talimatı üzerine karşı tarafa devredilmesi, her iki tarafın da mülkiyetin devri hususunda anlaşmaları gerekmektedir. Devir işlemi gerçekleşene kadar mülkiyet devredende kalmaktadır (§ 25 f. 1). Fıkra 2'ye göre ise kıymetli evrakın temsil ettiği hak, kıymetli evrakla birlikte devredilmektedir. Sicilin aleniyeti ilkesinin bir sonucu olarak iyi niyetli hak iktisabı da mümkün kılınmaktadır (§ 26). Bu bağ-

49 EvEW Gereke, s. 10.

lamda iyi niyetli devralanın sicil içeriğinden haberdar olması gerekmemektedir. Bununla birlikte iyi niyet, sadece devreden devir yetkisiyle sınırlıdır. Bunun ötesinde devreden temyiz kudreti, fiil ehliyeti, temsil yetkisinin varlığı, tasarruf engelleri gibi hususlar bu kapsama dahil edilmemiştir⁵⁰. Ayrıca kripto varlık sahibinin kural olarak kripto varlığın temsil ettiği malvarlığı üzerinde de mülkiyet sahibi olduğu, karine olarak kabul edilmektedir (§ 27).

Kanun koyucunun gerekçesinde de bizzat belirttiği üzere düzenleme genel bir blockchain yasası değil, sadece kitlesel fonlama işlemlerini esas alan ve şirket finansmanını kolaylaştırmayı amaçlayan sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Kanun koyucu bu bağlamda özellikle kripto varlıkların hukuki niteliği hakkında genel bir düzenleme yapma amacının olmadığını belirtmektedir⁵¹.

C. İsviçre

İsviçre hukukunda da blockchain teknolojisine dayalı olarak malvarlığına tedavül kazandırmanın, söz konusu dağıtık veri tabanlarındaki kayıtlara kıymetli evrak niteliği kazandırmakla mümkün olacağı kanaati hakimdir⁵². Bu çerçevede özellikle kıymetli evraka dair mevcut düzenlemelerin elektronik kayıtlara da uygulanabileceği düşünülmektedir. Bu doğrultuda İsviçre’de 1.2.2021 tarihinde “Federal Hukukun Dağıtık Elektronik Sicil Teknolojilerine Uyumuna Dair Kanun” yürürlüğe girmiştir⁵³. Ancak İsviçre’de yürürlüğe giren Kanun, kendi başına değer arz eden değil, değeri bir diğer varlığa bağlı olan kripto varlıkları esas almaktadır. Zira Kanun gerekçesinde Bitcoin gibi kripto varlıklara dair özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmadığı belirtilmektedir⁵⁴.

İsviçre Borçlar Kanunu (“OR”) Art. 973d vd. hükümlerinde, kıymetli evrakın işlevini görecektir şekilde kıymet haklarının⁵⁵ elektronik bir sicile kaydı öngörülmektedir. Söz konusu sicil, taraflar arasında bir irade uyuşmanın varlığı halinde aşağıdaki işlemlere sahip olacaktır:

Art. 973d vd. OR hükümlerinde kıymetli evrakın işlevini görecektir şekilde hakların elektronik sicile kaydı öngörülmektedir. Bu sicil, taraflar arasında

50 EvEW Gerekçe, s. 77.

51 EvEW Gerekçe, s. 31.

52 Bkz. Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register vom 27. November 2019, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2020/233.pdf> (21.01.2022).

53 Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2021/33/de> (21.01.2022).

54 Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (EdTVER Gerekçe), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/16/de> (21.01.2022), s. 242.

55 “Wertrecht” kavramı hakkında daha geniş bilgi için bkz. için Asuman Turanboy, *Varakasız Kıymetli Evrak*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998.

bu doğrultuda bir iradi uyuşma olduğu takdirde, kıymetli evrakta olduğu gibi devir, meşruiyet ve işlem güvenliği işlevlerine sahip olacaktır. Devir işlevi, manipülasyona karşı güvenli bir şekilde hakların sicilde hukuki açıdan geçerli olarak kaydedilmesi ve devrini esas almaktadır. Hak sahibi, ancak söz konusu sicilde kayıtlı kıymet hakkı üzerinde tasarrufta bulunabilecektir. Dolayısıyla sicilin bir devir işlevi söz konusudur. Ancak burada önemli bir sınırlandırmaya dikkat çekmekte fayda vardır. Kanun, tedavül niteliği kazandırmayı amaçladığı hakları, kıymetli evraka bağlanabilen haklarla sınırlandırmıştır. Bir diğer ifade ile kıymetli evrak ile temsil edilebilen haklar elektronik kıymetli evraka konu olabilmektedir. Dolayısıyla alacak haklarının tümü, anonim şirket payları, aynı haklarda ise ancak ipotekli borç senedi (MK m. 898 vd.), irat senedi, taşınmaz rehniyle güvence altına alınan ödünç senetleri (MK m. 930 vd.) söz konusu düzenleme kapsamındadır. Bununla birlikte taşınır üzerindeki mülkiyet hakkı bu işleme konu olamaz. Bu çerçevede ancak sözleşmeden doğan taşınırın malikine karşı alacak hakkı kıymetli evraka, yani elektronik kıymetli evraka konu olabilir. Meşruiyet işlevinden kasıt ise, hakların ancak sicilde kayıtlı olması şartıyla talep edilmesi ve devre konu edilebilmesidir. Kim sicilde kayıtlı ise, kıymet hakkı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini haiz kişi olarak değerlendirilecektir. Nihayet işlem güvenliği işlevi açısından tarafların sicil kayıtlarına güvenebilmesi gerekmektedir. Zira iyi niyetle sicil kayıtlarına güvenenin güveni korunmaktadır. Bu güvenin temeli sicil kayıtları olacağından, sicilin doğru tutulması büyük önem arz etmektedir.

Yukarıda belirtilen şartlar karşılandığı takdirde tarafların anlaşmasına binaen artık hakkın evrak üzerinden talep edilmesi değil, elektronik sicil üzerinden talep edilebilmesi mümkün hale gelmektedir. Bu sayede halihazırda mevcut ya da kayıtlı birlikte doğan sicilde kayıtlı bir kıymet hakkı meydana gelmektedir.

Lihtenştayn ya da Alman hukukunun aksine İsviçre hukukunda borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasında bağımlılık öngörülmektedir. Oysa blockchain teknolojisinde kayıtların değiştirilmediği gerçeği dikkate alındığında, borçlandırıcı işlemin herhangi bir sebeple geçersiz hale gelmesi durumunda tasarruf işleminin de bundan etkileneyeceği, dolayısıyla fiili sicil kaydı ile hukuki durumun birbirinden farklılaşması sıkça rastlanacak bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple kanaatimizce soyutluk ilkesi, blockchain teknolojisinde kayıtların değiştirilemezliği dikkate alındığında daha isabetli bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de soyutluk ilkesi sayesinde sicildeki kaydın geçerliliği, tasarruf işleminin sebebi olan borçlandırıcı işlemin akıbetinden bağımsız hale getirilmekte, bu sayede özellikle birbirini tanımayan

ağ katılımcılarının sistemdeki kayıtlara güveni daha iyi korunabilmektedir.

Art. 973f OR hükmünde sicil üzerinde kayıtlı kıymet hakkının devri noktasında alacağın temlikinin aksine şekil şartı öngörülmemektedir. Kıymet hakkının konusu şayet bir alacak hakkı ise, söz konusu hakkın devri de aslında yazılı şekil şartına tabi olmalıydı. Ancak Kanun, işlemin sicil üzerinden gerçekleştirilmesini yeterli bulmaktadır. Ayrıca devir işleminin, sicilin teknik altyapısı, işleyiş şekli ve tarafların iradelerine göre değişiklik arz edebileceği belirtilmektedir. Bu noktada önemli olanın, sözleşme hükümlerinde devir şartlarının anlaşılır ve şeffaf bir şekilde belirtilmiş olmasıdır⁵⁶.

Alman hukukuna kıyasla İsviçre, teknik altyapıya dair düzenleme yapmaktan imtina etmekte, bilakis teknolojik açıdan “tarafsız” bir düzenleme öngörmektedir. Bunun arkasında yatan sebep muhtemelen irade serbestisi ilkesi ve inovasyonun engellenmemesi olabilecektir.

Devir işleminin tamamlanmış olması ve sicil üzerindeki kıymet hakkının artık devralana geçtiğinin kabulü için, devredenin işlemini iptal edemediği an esas alınmaktadır. Bu zamanın belirlenmesi ise sicilin işleyiş şekline göre belirlenecek, ancak her halükarda en geç 24 saat içinde gerçekleşmiş olacaktır⁵⁷.

Ayrıca kanun, ihraççıya Art. 973i kapsamında sicilde hak sahibi olan alacaklıların tümünü işleyiş ve potansiyel riskler hakkında kapsamlı şekilde bilgilendirme yükümlülüğü öngörmektedir.

Sonuç

Yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde Türk Hukukunda an itibarıyla blockchain teknolojilerine dayalı olarak gerçekleştirilen işlemler açısından bir belirsizliğin söz konusu olduğu, hatta kripto varlığın bir malvarlığı değerini temsil etmesi halinde salt kripto varlık devri ile temsil edilen malvarlığı değerinin de eş zamanlı olarak devrinin mümkün olmadığı neticesine varılmıştır. Dolayısıyla blockchain teknolojisinin kullanımı yaygınlaştırılacaksa bu teknolojinin hukuki altyapısını da kurmak gerekecektir. Bu bağlamda mukayeseli hukuktan verilen örneklerin farklılık arz ettiğini söylemek mümkündür. Bunun sebebi ise ülkelerin hukuk politikası açısından farklı amaçlar gütmesidir. Dolayısıyla hukuk politikasına göre farklı çözümler gündeme gelecektir.

Bu çerçevede belirtildiği üzere blockchain teknolojisinin ve kripto varlıklarının farklı işlevlerine işaret edilmiştir. Ödeme birimi, yatırım aracı, teminat aracı ya da bir malvarlığının temsili ile bunların devrine hizmet eden farklı kripto varlık türleri mevcuttur. Blockchain teknolojisinin bu farklı uygulama alanları

⁵⁶ EdTVER Gerekçe, s. 286.

⁵⁷ EdTVER Gerekçe, s. 287.

dikkate alındığında hukuk politikası açısından öncelikle bunların tümüne mi, yoksa sadece belirli türlere mi müsaade edileceği sorusuna yanıt aramak gerekecektir. Zira kripto varlıkların türlerine göre farklı menfaatlerin korunması gündeme gelecektir. Gerçekten de kripto varlıkların bir yatırım aracı, kitlesel fonlama türü olarak kullanılması halinde yatırımcıların ve özellikle tüketicilerin korunmasına dair menfaatler doğrultusunda değerlendirme yapmak gerekecektir. Öte yandan kripto varlıkların salt ödeme aracı olarak kullanılması halinde bu sefer de para politikaları açısından farklı bir tablo söz konusu olacaktır. Nihayet kripto varlıkların malvarlığı değişimi için bir araç olarak kullanılması, teminata konu olması gibi durumlarda yine taraf menfaatlerinin isabetli bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir.

De lege feranda bir çözüm olarak öncelikle kripto varlıkların türünden bağımsız şekilde MK m. 762 bağlamında taşınır mülkiyetine tabi tutulması düşünülebilecektir. Ancak bu takdirde taşınır mülkiyetinin korunması, zilyetlik, zilyetliğin korunması, aleniyetin sağlanması gibi hususların da düzenlenmesi gerekecektir. Bu çerçevede öncelikle eşya niteliğini haiz olmayan dijital varlıkların açıkça eşya olarak tanımlanması düşünülebilecektir. Ayrıca bu varlıklar üzerindeki tasarrufların özellikle aleniyet ilkesi ve belirlilik ilkesine uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için, blockchain ağına aleniyet ilkesine tabi bir sicil niteliğini kazandırmak imkan dahilinde gözükmektedir. Bununla birlikte söz konusu sicilin aleniyetinin sağlanması için gerekli şartların da oluşturulması gerekmektedir. Bu sayede kripto varlıklar üzerindeki haklar, aynı haklar için öngörülen koruma mekanizmaları çerçevesinde değerlendirilebilecek, özellikle iflas gibi durumlarda mülkiyet hakkının sağladığı imkanlardan istifade edilebilecektir. Bu çerçevede tıpkı Almanya örneğinde olduğu gibi kripto varlığa eşya niteliği ya da Lihtenştayn'da yapılan düzenleme ışığında sui generis bir hak niteliği kazandırıp özellikle tasarruf işlemi boyutuyla ilgili düzenlemeler yapmak mümkün olabilecektir. Bu sayede taraflar arasındaki ilişki, münhasıran borçlandırıcı işlem boyutuyla sınırlı kalmamakta, bilakis eşya hukukunda öngörülen koruma mekanizmalarından da istifade edilmesi mümkün hale gelmektedir.

Öte yandan kripto varlıklara ilişkin bu denli kapsamlı bir düzenlemenin eşya hukuk ilkeleri ile çelişmeyecek şekilde kaleme alınabilmesi etraflı ve titiz bir çalışmayı gerektirmektedir. Kanun koyucunun bu denli bir değişiklik yerine kripto varlıkların alacak hakkını ya da bir emtiayı temsil etmesi işleviyile sınırlı bir düzenleme yapması da düşünülebilecektir. Bu takdirde özellikle kıymetli evraka dair hükümler temel alınarak kripto varlıkların düzenlenmesi gündeme gelecektir. Şayet kanun koyucu, münhasıran kripto varlıkların anılan

işlevleriyle sınırlı bir düzenleme yapmak niyetindeyse bu sefer de, kripto varlıkların hangi şartlar altında (elektronik) kıymetli evrak niteliğini haiz olacağı, bunların ne şekilde devredilebileceği, iyi niyetli hak iktisabının mümkün olup olmayacağı gibi hususları, yine kıymetli evraka ilişkin hükümlerle uyumlu bir şekilde düzenlemesi gerekecektir. Bu açıdan İsviçre örneğinde yer verilen açıklamalar ışık tutucu niteliktedir.

Buna karşılık kripto varlıkların münhasıran yatırım aracı olarak değerlendirilmesi halinde, bunların Sermaye Piyasası Kurulu tarafından sermaye piyasası aracı olarak kabul edilmesi dahi yeterli olacaktır. Ancak son dönemlerde kripto varlık borsalarında yaşanan sorunlar dikkate alındığında bu tür bir düzenlemenin, yatırımcıların korunmasını esas alan hükümler içermesi kaçınılmaz olacaktır. Kripto varlıkların alım, satım ve takas işlemlerinde aracılık eden hizmet sağlayıcıların yükümlülüklerinin belirlenmesi, bunların faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler, hizmet sağlayıcılar ile yatırımcılar arasındaki ilişkiler ve hukuki sorumluluk rejimi, özellikle dikkate alınması gereken hususlar olarak değerlendirilebilecektir. Her ne kadar bu sayede yatırım aracı sıfatıyla kripto varlıkların önemli bir işlevi düzenlemeye tabi tutulmuş olsa da, kanaatimizce özellikle web3, metaverse gibi kavramların hayatımızda her geçen gün önem kazandığı bir dönemde kripto varlıkları sadece yatırım aracı boyutuna indirmek, bu teknolojilerin barındırdığı potansiyel açısından hukuki belirsizliklere sebebiyet verecek, her halükarda eksik kalacak ve gelecekte daha fazla düzenleme ihtiyacını da beraberinde getirecektir.

Çatışma Beyanı: *Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.*

KAYNAKLAR

- Aksoy Retornaz, Eylem; Güçlütürk, Osman Gazi (Ed.), *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I – Blockzincir ve Hukuk*, Oniki Levha, İstanbul 2021.
- Bilgili, Fatih; Cengil, M. Fatih, *Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713 (21.01.2022).
- Çağlayan Aksoy, Pınar, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- Çekin, Mesut Serdar, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 77 Sayı 1, 2019, s. 315 vd.
- Dural, Mustafa; Sarı, Suat, *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Engelhardt, Christian; Klein, Sascha, “Bitcoins – Geschäfte mit Geld, das keines ist Technische Grundlagen und zivilrechtliche Betrachtung”, *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, Cilt 6, 2014, s. 355 vd.
- Esen, Sinan, *Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgede Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.
- Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona; Arpacı, Abdulkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona; Arpacı, Abdulkadir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- Heckelmann, Martin, “Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Cilt 8, s. 504 vd.
- Kaulartz, Markus; Matzke, Robin, “Die Tokenisierung des Rechts”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Cilt 45, 2018, s. 3278 vd.
- Kendigelen, Abuzer; Kırca, İsmail, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- Kocayusufoğlu, Necip; Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona; Arpacı, Abdulkadir, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Köndgen, Johannes, “Zahlungsdienste und E-Geld”, Ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann, *BeckOGK zum Zivilrecht*, C.H. Beck Verlag, Münih, 2021.
- Kumpan, Christoph, “Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG)” Ed. Eberhard Schwark / Daniel Zimmer, *Kapitalmarktrechts-Kommentar*, 5. Baskı, C.H. Beck Verlag, Münih, 2020.
- Kütük, Erdem; Sorge, Christoph, “Bitcoin im deutschen Vollstreckungsrecht Von der „Tulpenmanie“ zur „Bitcoinmanie“, *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, Cilt 10, 2014, s. 643 vd.
- Linardatos, Dimitrios, “Der Mythos vom “Realakt” bei der Umbuchung von Bitcoins – Gedanken zur dinglichen Erfassung von Kryptowährungen”, Ed. Elena Beyer, Katharina Erler, Christoph Hartmann, Malte Kramme, Michael F. Müller, Tereza Pertot, Elif Tuna, Felix M. Wilke, *Privatrecht 2050 - Blick in die digitale Zukunft*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2020.

- Maume, Philip; Fromberger, Mathias, “Die Blockchain-Aktie”, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, Cilt 185, 2021, s. 507-555.
- Möllenkamp, Stefan; Shmatenko, Leonid, „Blockchain und Kryptowährungen“ Thomas Hoeren, Ulrich Sieber, Bernd Holznagel, *Handbuch Multimedia-Recht*, 51. Baskı, C.H. Beck Verlag, Münih, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Omlor, Sebastian, “Kryptowährungen im Geldrecht” ss.294-345, *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* Cilt 294, 2019, s. 294 vd.
- Ögüz, Tufan, *Know-how Sözleşmesi*, 2. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 2018.
- Parlar, Ali, *Bilişim Alanında İşlenen Suçlar*, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2011.
- Paulus, Christoph G.; Matzke, Robin, “Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts?”, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* Cilt 431, 2018, s. 451 vd.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Tandoğan, Haluk, *Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 6. Baskı 1990, Ankara.
- Tevetoğlu, Mete, *Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı*, Aristo, 2. Baskı, İstanbul 2021.
- Tönnissen, Stefan; Beinke, Jan Heinrich; Teuteberg, Frank, “Understanding token-based ecosystems – a taxonomy of blockchain-based business models of start-ups”, *Electron Markets*, Cilt 30, s. 307 vd., 2020.
- Turanboy, Asuman, *Varakasız Kıymetli Evrak*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Yazıcıoğlu, Yılmaz, “Hackerler ve Bilişim Sistemine Girme Suçu”, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II*, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi ve Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, s. 1254 vd.

Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler*

Some Evaluations on Commercial Customs as a Source of Commercial Law

Muhammed SULU**

ÖZ

Hitap ettiği kişi topluluğunun müşterek vicdanına bir hukuk kuralı gibi yerleşecek kadar uzun süreden beri uygulanagelen kaideler olan örf ve adet kurallarının, zaman içinde kodifiye edilip kanunlaştırılan hükümlerin kaynağı oldukları düşünüldüğünde ne denli büyük öneme sahip oldukları anlaşılabilir. Buna mukabil örf ve adetin günümüz uygulamasında sahip olması gereken yerden çok geride olduğu, ifade yerinde ise uygulamacılar tarafından unutulduğu ve bu durumun da pek çok soruna sebebiyet verdiği görülmektedir. Bu itibarla ticari örf ve adetin teorik ve pratik bakımdan yeniden değerlendirilmesi çalışmanın dayanak noktasını teşkil etmektedir. Ticari örf ve adetlerin tespit edilip ilan edilmesi görevi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 12. maddesi ile ticaret odalarına ve 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 50. maddesi ile Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı'na verilmiştir. Çalışmada ticari örf ve adetin unsurları, önemi, amacı ve işlevi irdele-nirken Mecelle-i Ahkam-ı Adliye hükümlerinden, güncel mukayeseli hukuktan ve uygulama örneklerinden faydalanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk kaynağı, örf, adet, ticari hükümler, ticari örf ve adet

ABSTRACT

Considering that the rules of customs and usages, which have been applied for a long time to settle into the common conscience of the people they address as a rule of law, are the sources of the provisions codified and enacted in time, it can be understood how important they are. On the other hand, it is seen that the customs and usages are far behind where they should be in today's practice, and they are forgotten by the practitioners, and this situation causes many problems. In this

* Makale Gönderim Tarihi: 15.03.2022, Makale Kabul Tarihi: 26.04.2022, Muhammed Sulu, "Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022; s. 217-241; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.1.08>

** Dr. Öğr. Üye., İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, msulu@29mayis.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9634-2272>

respect, the theoretical and practical re-evaluation of commercial customs is the mainstay of the study. The duty of determining and declaring commercial customs and usages has been given to the chambers of commerce in accordance with the Article 12 of the Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey and the Law on Chambers and Commodity Exchanges, and to the Ministry of Justice Education Department with the Article 50 article of the Presidential Decree No. 1 on the Presidential Organization. In the study, while examining the elements, importance, purpose and function of commercial customs, the provisions of Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, current comparative law and application examples will be used.

Keywords: The source of law, custom, usage, commercial provisions, commercial customs and usages

Giriş

Hemen her işin, piyasanın ve kurumun birbirleri ve bağları ile ilgili olan ilişkilerini düzenleyen yazılı-yazısız kuralları mevcuttur. Ticaret hayatını da bu durumdan bağımsız düşünmek mümkün değildir. Ne var ki, ticaret hayatının kurallarına yalnızca ilişkilerin daha nazik, kolay ve menfaat temin edici olması amacıyla değil, ticari örf ve adete Ticaret Kanunu'nun bağladığı sonuçlar sebebiyle de uyulur. Hukuki bir yargının gerekçelendirilmesi için kullanılan her şey hukukun kaynağıdır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde örf ve adet hukuku, yazılı olmayan bağlayıcı hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesine göre, hakim, hukuki uyuşmazlığı çözerken kullanacağı hükmü mevzuatta (yazılı ve bağlayıcı hukuk kaynağında) bulamaz ise örf ve adet hukukuna bakmak zorundadır. Örf ve adet kuralları, genel bir söyleyiş ile; uzun süreden beri uygulanagelen ve böylece ilgili somut uyuşmazlıkta uyulmasının zorunlu olduğu yolunda yaygın bir inanışın kişilerde yerleştiği davranış kaideleridir. Tarihsel süreçteki neredeyse tüm hukuk kurallarının örf ve adetlerden türediği, bunların zaman içinde kodifiye edilip kanunlaştırıldığı dikkate alındığında örf ve adetin ne denli büyük önemi haiz olduğu anlaşılabilir. Nitekim topraklarımızda kodifiye edilip pek çok ülke hukukunu yüzyıllar boyunca etkileyen Corpus Iuris Civilis ve Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, kendi zamanlarına kadarki örf ve adet kurallarının bir nevi derlenmesinden oluşmuşlardır.

Türk Medeni Kanunu'nun *ayrılmaz bir parçası* olan Türk Ticaret Kanunu'nda ticaret hayatının gereklerine uygun özel, teknik bilgi ve usullerden dolayı TMK'dan farklılaşan bazı düzenlemeler mevcuttur. Örf ve adet hukukunun normlar hiyerarşisindeki yeri de bunlardan biridir. TTK m. 1/2'ye göre, örf ve adet kuralları, ticari bir uyuşmazlığa genel hükümlerden (TBK, TMK vb.)

önce uygulanır. Objektif hukuk kuralı mahiyetindeki ticari örf ve adet kurallarının hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Bu denli büyük önemi haiz olan ticari örf ve adetin günümüzde uygulamacılar tarafından ihmal edilmesi, ticaret mahkemelerimizin ticari örf ve adet kuralı incelemesinden önce genel hükümlere göre kararlar vermesi, ticaret hukukunun önemli bir kaynağı olarak ticari örf ve adeti gündeme almayı elzem kılmaktadır.

Ticari örf ve adetlerin tespit edilip somut uyuşmazlıklara uygulanması da önemli bir meseledir. Kanun koyucu, bu kuralların tespit edilip ilan edilmesi görevini, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 12. maddesi ile ticaret odalarına vermiştir. Ne var ki, ticaret odalarının da kanun ile kendilerine yüklenmiş bu görevi yerine getirip getirmediği hususunda soru işaretleri mevcuttur. Ayrıca yakın dönemde Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi'ne geçilmesinden sonra, 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 50. maddesi ile Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı da bu görev ile yetkilendirilmiştir.

Günümüzde mahkemelerin iş yoğunluğu başta olmak üzere çeşitli sebeplerle yargılamalarda ihmal edilen ticari örf ve adetin teorik ve pratik anlamda yeniden değerlendirilmesi, çalışmanın dayanak noktasını teşkil etmektedir. Bu bakımdan, ticari örf ve adetin unsurları, önemi, amacı ve işlevi eleştirel bir bakış açısıyla yeniden incelenirken Mecelle-i Ahkam-ı Adliye hükümlerinden, karşılaştırmalı hukuktan ve yargı kararlarından faydalanılacaktır.

I. Genel Olarak Hukukun Kaynakları

Hukuki yargıların gerekçelendirilmesinde kullanılan her şeye hukuk kaynağı denir¹. Bu bağlamda “yazılı hukuk” olarak adlandırılabilir bazı hukuk kuralları yetkili kamu kurumları tarafından konulurken, bazı hukuk kuralları da içtihat hukuku olarak hakimlerin verdikleri kararlarla şekillenir. Bunların dışındaki hukuk kaynaklarından bazıları hukuk kurallarını eleştiren, geliştiren hukukçu bilim adamlarının yazdıkları bilimsel eserlerle yani doktrin ile şekillenirken, nihai olarak çalışmanın konusu bakımından birtakım hukuk kurallarının gelenek ve göreneklerden ortaya çıktığı, yazısız oldukları ve örf-adet hukuku kuralları olarak nitelendirildikleri görülmektedir. Örf-adet huku-

1 Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 16. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 166 vd; Muhammet Özeker, *Temel Hukuk Bilgisi, On İki Levha Yayınları*, İstanbul, 2019, s. 67 vd; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 36. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 35 vd..

ku kuralları; gelenek hukuku², teamül hukuku³, töre hukuku⁴ veya yapılageliş hukuku⁵ gibi isimler ile de adlandırılmaktadır. Dolayısıyla kıta Avrupası hukuk sisteminde; gelenek hukuku, yazılı hukuk, içtihat hukuku ve öğreti olmak üzere dört temel hukuk kaynağının bulunduğu bahsedilebilir. Bu hukuk kaynaklarından yazılı hukuk, yani mevzuat ifade yerinde ise yukarıdan aşağıya, devletten vatandaşa dayatılırken; yazılı olmayan gelenek hukuku aşağıdan yukarıya vatandaşın devlete doğru kendisini kabul ettirmekte ve devletin de ilgili örfü meşru kabul etmesi ile bir hukuk kaynağı mertebesine ulaşmaktadır⁶. Bunlardan içtihat ve öğretiye dayanılmadan verilecek mahkeme kararları hukuken sakat olmazlar. Başka bir deyişle, içtihat veya öğretiye uymamak, ilgili kararın bir üst mahkeme tarafından bozulması için yeterli sebep değildir. Buna mukabil, örf ve adet hukukuna veya yürürlükteki yazılı hukuka uyulmadan verilen kararlar hukuken sakat olacaklarından dolayı üst mahkemeler tarafından bozulabilirler.

Sosyal davranışların tekdüze ve kesintisiz bir şekilde süregelmesi, yaşayan herhangi bir kimsenin o davranışların aksinin yapıldığına şahit olmaması halinde söz konusu davranışların bir hukuk kuralına vücut vermesi mümkün olmaz. Zira bir sosyal davranış kaidesinin ihlali halinde hukuk düzeninin bu aykırılığa nasıl bir karşılık vereceğinin bilinmesi lazımdır⁷. Başka bir deyişle, basit bir akıl yürütmesi ile, kuralların tamamına uyulduğu bir toplumda herhangi bir kuraldan bahsedilemez⁸.

II. Ticaret Hukukunun Temel Kaynakları

Ticaret hayatının gereklerine uygun özel ve teknik bilgiler mucibince ticari faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hükümler, genel hükümlerden ayrı olarak TTK'nın 1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre TTK'da düzenlenen hükümler ile bir ticari işlemi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer ka-

2 Aydın Aybay; Rona Aybay, *Hukuka Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 123 vd..

3 Selahattin Sulhi Tekinay, *Medenî Hukukun Genel Esasları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992; Jale G. Akipek, *Türk Medeni Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973, s. 80; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 104 vd..

4 Rona Serozan, *Medeni Hukuk*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 104 vd..

5 Pazarıcı, s. 104 vd..

6 Serozan, s. 105.

7 Munroe Smith, "Customary Law I", *Political Science Quarterly*, Vol. 18, No. 2, 1903, s. 274-275.

8 Bu duruma ilişkin olarak hukukun paradokslar üzerinde temellenen bir sistem olduğu yönünde bkz. Gürke Çataloluk, *Bir Hukuk Paradoksu Olarak Güven*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 122-123.

nunlarda yazılı özel hükümler ticari hükümler olarak kabul edilmektedir. Yine Ticaret Kanunumuzun ilk maddesi, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, hakimın ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar vereceğini belirtmektedir. Tüm bu bilgiler çerçevesinde bir ticari uyumsuzluğa sırası ile uygulanacak hukuk kaynakları şu şekildedir⁹: Öncelikle somut bir ticari uyumsuzluğa hangi kanunda yer alırsa alsın, kanunun emredici hükümleri (âmir kaideler, “*jus cogens*”) uygulanır. Daha sonra taraflar arasında kararlaştırılmış ve hukuken muteber kabul edilen sözleşme hükümleri ve akabinde emredici olmayan tamamlayıcı (ihtiyari) veya yorumlayıcı (tefsir edici) diye tabir edilen yedek ticari hükümler ticari uyumsuzluğun çözümünde hukuki dayanak olarak kullanılır. Somut ticari uyumsuzluğa uygulanacak yedek ticari hükümler Ticaret Kanununda olabileceği gibi, kuşkusuz Faiz Kanunu, Çek Kanunu gibi diğer ticari mevzuatta da bulunabilirler. Bunlardan sonra ise dördüncü sırada, bu çalışmanın da konusunu oluşturan ticari örf ve adet, ondan sonra ise Medeni Kanunumuzun 1. maddesinde sayılan genel hükümler, yani; diğer kanunların emredici olmayan hükümleri, adi örf ve adet hukuku kuralları ile son olarak hakimın kendisi kanun koyucu olsaydı vazedeceği kurala göre bir ticari uyumsuzluk çözümlenecektir. Bu sıralamaya uyulmadan karar verilmesi, yani bir üst norm mevcut iken bu normu görmezden gelip ona aykırı alttaki norma göre somut olayın çözümlenmesi, kararın bozulmasını gerekli kılar¹⁰.

Konumuz bakımından bir örf ve adetin hukuk kaynağı olarak kabul edilmesi için de üst normun örf ve adeti “hukuk yaratıcı olay” veya başka bir ifade ile hukuk kaynağı olarak kabul etmesi gerekmektedir¹¹. Roma ve Kilise hukuku dönemlerinde ise örf ve adetlerin kanunu değiştirebilme kuvvetinin olduğu

9 Hüseyin Ülgen; Mehmet Helvacı; Arslan Kaya; Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 117 vd.; Rıza Ayhan; Hayrettin Çağlar; Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 62 vd.; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 25. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 99 vd.; Reha Poroy; Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 122 vd..

10 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasındaki, SerPK'ya dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağını belirten düzenleme, bu durumun istinası olarak örnek gösterilebilir. SerPK ve Sermaye Piyasası Kurulu tebliğleri temellerinde yükselen özel ve teknik bir alan olan Sermaye Piyasası Hukuku bağlamında genel prensipten ayrılmak makul karşılanabilir. Bununla birlikte uygulamadaki bazı problemler için bkz. Mehmet Bahtiyar, *Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 17. Yine normlar hiyerarşisinden farklılık gösteren bir diğer düzenleme, sigorta sözleşmeleri hakkında TTK'da hüküm bulunmayan haller bakımından doğrudan Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağını işaret eden TTK'nın 1451. maddesidir.

11 Bkz. Kemal Gözler, “Türk Anayasa Hukukunda Teamül Olabilir mi?”, *Türkiye Günlüğü*, S. 56, Yaz 1999, s. 43. (Teamül)

kabul edilmekteydi¹². Osmanlı İmparatorluğu'nun son döneminde kabul edilen Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin 45. maddesindeki "Örf ile tayin nass ile tayin gibidir." hükmü de Osmanlı hukukunda örfün gücünü göstermektedir. Bunun yanında Osmanlı döneminde örf ve adetler, hazırlanan kanunnamelerin temelini oluşturmuşlardır¹³.

III. Genel Olarak Örf ve Adet

Ticari örf ve adetin ne ifade ettiğini belirlerken örf ve adet terimlerinin kelime anlamları üzerinde durmak faydalı olacaktır. Örf, Arapça "urf" kökünden gelmekte ve "iyi olan, yadırganmayan, bilinen, tanınan, peşpeşe gelen" veya "aklı selimin iyi gördüğü şey"¹⁴ gibi anlamlara gelmektedir. Günlük dilde sıklıkla kullanılan "arif, maruf" gibi sözcükler de bu kökten türemiştir. Adet ise yine Arapça "avd" kökünden türemiş ve "özel bir çaba harcamaksızın bir işi alışkanlık haline gelinceye kadar tekrar etmek" anlamına gelmektedir¹⁵. Dolayısıyla örf ifadesi, iyi bir alışkanlık, töre, gelenek görenek¹⁶ kavramlarını işaret ederken, adet ise örfün aksine olumsuz gelenekleri de niteleyebilir¹⁷. Buna mukabil hukuki anlamda örf ve adet kelimeleri aynı manayı işaret etmektedir¹⁸. Keza geçmişte de örf ve adet terimlerinin hukuki anlamda aynı manayı belirttiklerini Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin 36. maddesi şu şekilde göstermektedir: "Adet muhakkemdir. Yani hükmi şeriyi ispat için örf ve adet hakem kılınır."¹⁹.

12 Şevket Memedali Bilgişin, *Ticaret Hukuku Prensipleri I*, 3. Bası, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950, s. 66.

13 M. Âkif Aydın, *Osmanlı Hukuku*, İSAM Yayınları, Ankara, 2020, s. 62.

14 Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Güney Matbaacılık, Ankara, 1948, s. 95.

15 İbrahim Kâfi Dönmez, "Örf", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. 34, İstanbul, 2007, s. 87; Melikşah Yasin, "Örf ve Adet Kuralları ile İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 15, S. 2, Yıl 2012, s. 29-30.

16 Örf ve adet kurallarının görgü kuralları olarak kullanıldığı bir inceleme için bkz. Sadri Maksudi Arsal, *Hukukun Umumi Esasları I*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1937, s. 42-43. "Medeni camialarda en az kuvvet ve ehemmiyeti haiz olan içtmai kaideler Yusun (örf ve adet) kaideleridir. Burada yusun tabiriyle kastettiğimiz kaideler, muâşeret ve nezaket kaideleriyle umum bayram, düğün, doğum ve ölüm gibi hadiseler münasebetiyle yapılan merasimlerde riayet olunması lazım sayılan kaidelerdir. Bu yusunlardan bazılarının camianın yaşaması ile uzaktan alakası olabilir. Diğerleri ise ancak hayatı süsleme kaidelerinden ibaretir... Örf ve adetlerden inhiraf çok garip bir şekil aldığı zaman, ihlal eden gülünç olur, onu istihfaf ederler. Fakat örf ve adetleri ihlal eden adama karşı camianın aksülameli hiçbir zaman nefret, husumet derecesine varmaz. Daima o gibi adamı cezalandırmak ihtiyacı da duymaz."

17 "Örf" ve "adet" kavramlarının farklı anlamları ve İslam hukukundaki yeri hakkında bkz. İsmail Hakkı İzmirli, "Örfün İslam Hukukundaki Yeri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 5, Yıl 2005, s. 207 vd..

18 Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 124.

19 İslam hukukunda örf ve adetin bir hukuk kaynağı olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. Mehmet Şener, *İslam Hukukunda Örf, Öğrenci Basımevi, İzmir, 1987, s. 118 vd..*

İnsanoğlunun yeryüzünde tecrübe ettiği ilk şeyler, hayatta kalmak ve mümkün olduğunca rahat içinde yaşamak için gerekenlerdi. Bu hedefin peşinde olan pek çok kişi neyin en iyi ve en verimli biçimde gerçekleştiğini tecrübe etti ve her biri diğerinin tecrübesinden faydalandı. Dolayısıyla bir müddet sonra neyin en iyi ve verimli olduğu yönündeki fikirler örtüştü. Nihai kertede ise herkes aynı amaç için aynı usulü benimsedi ve çeşitli yapılageliş biçimleri geleneklere, örflere dönüştü²⁰. Modern hayattaki en değerli şeyin zaman ve zamandan tasarruf etmenin en kolay yolunun da tecrübelerden faydalanmak olduğu göz önünde bulundurulduğunda örf ve adetin önemi daha kolay anlaşılabilir²¹. Örf ve adetler, belirli kişilerden oluşan kanun koyucu eli ile değil, bizatihi hayatın kendisi tarafından üretilen hukuk prensipleri olmalarından dolayı, diğer bazı hukuk kuralları cebri icra tehditleri ile varlıklarını sürdürürken örfler, ilgili kişi grupları bakımından zaten avantajlı olduğundan dolayı gönüllülük esası ile var olur²². Hobbes da bundan yüz yıllar önce, akla ve mantığa uygun olan örflerin dikkate alınması gerektiğini, hangi örflerin akla uygun olduğuna ise kanun koyucu olan meclisin veya hükümdarın karar verebileceğini belirtmiştir²³.

Genel itibarıyla, uzun zamandan beri uygulanagelen ve bunun sonucunda ilgili somut uyumsuzlukta uyulmasının zorunlu olduğu yolunda yaygın bir inanın yerleşmiş olduğu davranış kurallarına örf ve adet kuralı denir²⁴. Uzun zamandan beri uygulanagelme (süreklilik) ve ilgili kurala uyma zorunluluğu hissine (*Opinio necessitatis*) devlet desteğinin de eklenmesi ile örf ve adet hukuku kuralı tecessüm eder. Hukuk kaynağı gücündeki örf ve adetin üçüncü unsuru olan devlet desteği, örf ve adeti teamülden ayırır. Başka bir deyişle,

20 İlk toplumlarda örf ve adet hukukunun gelişimi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Viktor V. Boçarov, *Hukuk Antropolojisi*, Doğu Kütüphanesi, İstanbul, 2020, s. 19 vd..

21 "Hukuk"un insanların onu üretip değiştirmesinden önce de var olduğuna dair bkz. Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, 3. Bası, Londra, 1982, s. 73.

22 Gerald J. Postema, "Custom, Normative Practice, And The Law", *Duke Law Journal*, Vol. 62, No. 3, 2012, s. 709.

23 Thomas Hobbes, *Leviathan*, 6. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 191. Hobbes, örf ve adeti; doğal hukuka aykırı olmadıkları sürece ve imparatorun zımni onayı ile, kanun hükümünde olup yasalara benzeyen toplum kanunları olarak tanımlamaktadır. Bkz. Hobbes, s. 202.

24 Gözler, s. 57; Özkes, s. 77; Gökhan O. Antalya, *Hukuk Metodolojisi II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 282 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 84; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 110.

teamül²⁵, hukuki unsurdan (devlet desteğinden) yoksun alışkanlıklardır²⁶. Mevzuatımızdaki “işlerin olağan akışına göre”, “işin özelliğine göre” gibi ifadeler, ilgili somut olaylarda taraflar arasında bir anlaşma olmaması halinde genel teamülün geçerli olacağına işaret etmektedir. Kanaatimizce devlet desteği unsurunu, ilgili kuralın daha önce devlet tarafından yaptırıma bağlanmış olması veya mahkemelerce uygulanması şeklinde değerlendirmemek gerekir. Bu unsur, ilgili örf ve adetin, genel hukuk prensiplerine uygun olup olmadığı hususunda belirleyici rol oynar. Yoksa henüz mahkemelerdeki somut uyuşmazlıklara yansımamış örf ve adetler de pekala mevcut olabilir²⁷. Nitekim 2001 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre, devlet müeyyidesiyle teyit edilmemiş olan örf ve adet hukuku kurallarının da hakim tarafından göz önünde bulundurulması gerekmektedir²⁸. Yine bu noktada örf ve adet hukuku kuralına ilişkin uzun zaman (süreklilik) unsuru üzerinde durmakta fayda vardır. Mecelle'nin 166. maddesindeki “Kadim odur ki evvelini bilir kimse olmaya.” kaidesi dikkate alındığında örf ve adet kuralının çok uzun zamanlarda oluştuğu akla gelebilir. Oysaki ticaret hukukunu diğer hukuk disiplinlerinden ayıran en önemli özellikler; ticaret hayatının gerektirdiği hızlilik, kolaylık ve güvenlik ihtiyaçlarıdır. O halde hızlılığın bu kadar önemli olduğu bir alanda çok uzun sürede oluşan ve çok yavaş değişen örf ve adetin yerinin olmaması gerekirdi. Fakat bilakis ticari işlerde örf ve adete yüklenilen rol daha büyüktür. Dolayısıyla uzun süre unsurunun; çevreye, ilgili döneme, hayatın akış hızına, ilgili somut olayların sık veya seyrek olarak ortaya çıkışına göre değişkenlik gösterebileceğini belirtmemiz gerekir. Burada önemli olan, herhangi bir örf ve

25 TTK m. 2/1'e göre, “Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır.” Nitekim 1956 tarihli Ticaret Kanununun ilgili madde gerekçesine göre, *teamülün objektif hukuk kaidesi seviyesine yükselebilmesi, buna riayetin kanun gibi mecburi olduğu hususundaki inancın tahakkük etmesiyle olur*. Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 157. maddesinde de sözleşmelerin, iyi niyet doğrultusunda teamülün dikkate alınarak yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD E. 1989/8848 K. 1991/875 T. 12.2.1991 (<http://www.kazanci.com.tr>)(Erişim Tarihi 04.10.2021): “Ticari ilişki ve akitlerin taraflar arasındaki mevcudiyeti yazılı delille ispat edilmek gerekir. Ancak T.T.K.nun 2/II maddesi hükmünce bir bölgede veya bir ticaret şubesinde akitlerin şifahen yapılabileceği yolunda ticari örf ve adet mevcut ise, aktin mevcudiyeti belgeler başka delillerle de ispat edilebilir.”

26 Birçokları yerine bkz. Charles Szladits, *Guide to Foreign Leg Materials: French, German, Swiss*, Oceana Publications, New York, 1959, s. 135.

27 Gözübüyük'e göre “devlet desteği” genellikle kanunlardaki göndermelerle sağlanmaktadır. Bkz. A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 39. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 58.

28 “...Davaya bakan mahkemenin kanun boşluklarını doldururken Devlet Müeyyidesiyle teyit edilmemiş olan örf ve adeti, bir başka deyişle Örf ve Adet Hukukunu göz önünde tutabilir...” Yargıtay HGK. E. 2001/7-182, K. 2001/242, T. 14.03.2001. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)(Erişim Tarihi 04.05.2021).

adet kuralının ilgililerin şuuruna yerleşmesi için sürenin yeterli olmasıdır. Bu süre bazen yüz sene, bazen de on sene olabilir²⁹. Örfler; kamuya mâl olmaları, uzun süreli olmaları, somut ve içsel olarak birbirlerine bağlı olmaları sebebiyle sıradan alışkanlıklardan ayrılırlar³⁰. Bununla birlikte örf ve adetler de sonsuza kadar varlıklarını sürdüremezler. Açık veya örtülü bir şekilde ortadan kaldırılabirler³¹. Fakat, bir örf ve adet kuralının yürürlükten kalkması ile yargıçların yürürlükteki örfü tespit etmek adına yapmaları gereken incelemeyi yapmaması arasındaki farkı önemle belirtmek gerekir.

Bir örf ve adet hukuku kuralının hitap ettiği kişilerin şuuruna yerleşmesinden, yani *opinio necessitatis* unsurunun varlığından bahsedebilmek için kişilerin, örf ve adeti oluşturan eylemi veya eylemsizliği gerçekleştirirken bir görevi veya hakkı ifa ettiklerine inanmaları gerekmektedir. Bununla birlikte eylemin veya eylemsizliğin bir yasal norma dayandığına inanmaları şart değildir³². *Opinio necessitatis*in varlığı birkaç şekilde anlaşılabilir: Kanun hükümleri ilgili örf ve adet kuralına atf yapabilir, belirli yönde müstakar yargı kararları oluşabilir veyahut bilimsel eserlerde ilgili örf ve adet kuralları hakim görüş olarak ortaya çıkabilir³³. Nihai olarak bir yargılamada ise hakim örf ve adetin tespitini fiilen kendisi yapamayacağından, teknik ve özel bilgi gerektiren bu hususun tespiti için yetkili mercilere başvuracaktır. Bu sorgulama; ticaret ve sanayi odalarından, deniz ticaret odalarından, Borsa İstanbul gibi borsalardan, Bankalar Birliği gibi kuruluşlardan veya herhangi bir meslek sahibi bilirkişiden yapılabilir³⁴.

29 Antalya, s. 282.

30 Postema, s. 726.

31 Postema, s. 726-727.

32 Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952, s. 307.

33 Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997, s. 100; Antalya s. 283.

34 "...Somut olayda, mahkemece, zeytinyağının satıcıya teslimi konusunda yöresel örf ve âdet araştırması yeterli değildir. Zira; tek bir kooperatiften uygulama sorulup, tanıklar dinlenmiştir. Bu itibarla, mahkemece, kooperatife emanet makbuzları ile teslim edilen zeytinyağından sonra, satıcıya ihtiyacı nedeniyle teslim edilen zeytinyağı için belge düzenlenip düzenlenmediği, emanet makbuzundan teslim edilen miktarın indirilip indirilmediği hususunun öncelikle, Torbalı Ticaret Odasından sorulmak ve gerektiğinde bu hususta yerel bilirkişi mütalâasına başvurmak ve böyle bir örf ve âdetin mevcut olduğu anlaşıldığı takdirde, mevcut tanık ifadeleri değerlendirilmek ve yeminin de, yemin teklif edildiği zamanki kooperatif temsilcisine yaptırılmak suretiyle sonucuna göre karar vermek gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir..." Yargıtay 11. HD., E. 2003/11, K. 2003/5784, T. 02.06.2003. (www.lexpera.com.tr)(Erişim Tarihi 04.010.2021).

Örf ve adet hakkında; ticari örf ve adet-adi (alelade) örf ve adet, genel (umumi) örf ve adet-yerel³⁵ (bölgesel) örf ve adet³⁶ gibi ayrımlar yapılmaktadır. Ticaret Kanunumuzun 2. maddesinin 3. fıkrası da bir bölgeye³⁷ veya bir ticaret dalına özgü ticari örf ve adetlerin genel olanlara üstün tutulacağını, şayet taraflar aynı bölgede değilse ve aksi de kararlaştırılmamışsa ifa yerindeki ticari örf ve adetin uygulanacağını vurgulamaktadır. İlgili bölgenin çoğunluğunun belli yöndeki alışkanlığı takip etmesi ile yerel adet meydana gelir ve mahkemelerce kendisine devamlı olarak hukuk kaynağı olarak başvurulması halinde alışkanlık güçlü bir örf olarak tecessüm eder³⁸.

Kanun olmaksızın bir suç ve ceza belirlenemeyeceği, veya vergi ihdas edilemeyeceği hakikatleri göz önünde bulundurulduğunda klasik anlayışa göre, ceza ve vergi hukuku gibi kamu hukuku disiplinlerinde örf ve adet kural olarak bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmez³⁹. Buna karşılık, örneğin Ceza Kanunundaki hükümlerin yorumlanmasında örf ve adete –kuşkusuz hukuka aykırı bir yoruma izin vermeden- başvurmak kaçınılmazdır⁴⁰. Örf ve adet pek çok ceza normundaki davranışların anlamını, kapsamını ve sınırlarını belirler⁴¹. Keza Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun vergiden istisna tutulan intikallerin belirtildiği 4. maddesindeki örf ve adete yapılan gönderme, örf ve adetin öneminin özel hukuka münhasır olmadığını göstermektedir. Bahsi geçen ve uygulaması da sık olan hükme göre, gayrimenkuller hariç olmak üzere, örf ve adete göre verilmesi mutat bulunan hediye, cihaz, yüzgörümlüğü ve drahomalar veraset ve intikal vergisinden muaftır. Bu hükmün yorumlanıp uygulanmasında örf ve adete bir hukuk kaynağı olarak başvurulması şarttır.

35 Mevzuatımızda yerel örf ve adetlere yapılan göndermeler için bkz. TMK m. 650, m. 653, m. 684, m. 815 ve TBK m. 357.

36 Mecelle m. 36: “Adet muhakkemdir. Yani hükm-i şer’iyi ispat için örf ve adet hakem kılınır. Gerek âmî olsun ve gerek hâs olsun.”

37 Yerel örf ve adet ile ilgili bir çalışma için bkz. Tevhit Kahraman, “Erzincan İli ve Yakın Çevresinde Uygulanan Ticari Örf - Adet ve Teamüller”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, s. 92-102.

38 Szladits, s. 134.

39 Kamu hukukunda örf ve adetin rolü ve önemi ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, 4 Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 59 vd..

40 Bkz. Işıktaç s. 61 vd.; Salih Özkan, *Ceza Hukukunda Önemsizlik*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 214 vd.; Abdullah Batuhan Baytaç, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 124 vd..

41 Hüsamettin Uğur, “Kanunların Ruhu veya Ruhunu Arayan Kanunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 17, Ocak 2008, s. 161.

IV. Ticari Örf ve Adetin Önemi

Ticari iş ile iştigal edenlerin zihninde o yönde bir hukuk kuralı mevcutmuş gibi sürekli olarak gerçekleştirilen ticari alışkanlıklar, ticari örf ve adet olarak tanımlanabilir. Alışkanlıklar, kişilerin hayatını kolaylaştırarak onları her durumda yeniden tercih yapmak külfetinden kurtarır⁴². Hirsch'e göre, "Ticarî örf ve teamül, fiilî bir ticarî itiyattır ki ya mahdut ve şahsan muayyen bir zümre ve muhitteki ticaret münasebetlerinden doğar veyahutta umumî bir şekilde meydana gelir ve ait olduğu ticarî muamelâta kendisile amel olunur."⁴³ Yine Hirsch'e göre, Roma hukukundan bu yana ticari örf ve adet hukuku, sistemli bir tasnif ve bilimsel eserler sayesinde kanunlaştırılmışlardır⁴⁴. Günümüzde de örf ve adet hukuku kurallarının, yasama organını kanun hükmünü değiştirmeye veya yeni bir kanun hükmünü kabule zorlamaya muktedir olduğu kabul edilmektedir⁴⁵.

Kıta Avrupası hukukundaki ticari örf ve adetin mahiyetine bakıldığında İsviçre Borçlar Kanunu'nda doğrudan ticari örf ve adete ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, Kanuna serpiştirilmiş çeşitli hükümlerin olduğu⁴⁶; Alman Ticaret Kanunu'nda ise⁴⁷ –hukukumuzdaki teamül düzenlemesinde olduğu gibi- taraf iradelerinin yorumunda ticari örf ve adetin dikkate alınacağını düzenlediği görülmektedir. Bunlara mukabil Amerikan doktrininde taraflar arasındaki ticari ilişkileri belirsizleştireceği, sözleşmelere uyulmasını engelleyeceği, kanunun her halükarda yeterli olduğu gibi gerekçelerle ticari örf ve adetin uygulanmaması gerektiği yönünde görüşler⁴⁸ öne sürülmeye başlasa da⁴⁹, Anglosakson hukuku da temellerini örf ve adetlerde bulmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanunlaştırılmamış örf ve adetin sözleşmeyi bertaraf edici bir gücünün olması beklenemez⁵⁰.

42 Işıktaç, s. 21.

43 Ernst E. Hirsch, *Türk Ticaret Kanununun Esaslarına Göre Ticaret Hukuku*, Cihan Kitaphanesi, İstanbul, 1935, s. 24-25.

44 Hirsch, s. 24.

45 Oğuzman, Öz, s. 117.

46 Örneğin OR Art. 14/2, 81/2, 124/3, 211, 212, 240, 257c, 266b, 266c, 266d, 296, 302, 303, 304, 321c, 327c, 364, 398, 418n, 418t, 432, 485, 1122. Doğrudan ticari teamüle yapılan göndermeler için bkz. OR Art. 212/3, 429, 430, 1031, 1122.

47 HGB § 346.

48 Pek çokları yerine bkz. Lisa Bernstein, "The Myth of Trade Usages: A Talk", *Barry Law Review*, Vol. 23, No. 2, 2018, s. 119 vd..

49 Ticari örf ve adetin taraflar arasındaki sözleşmeyi manipüle edebileceği yönündeki bazı ilk dönem Amerikan yargı kararları için bkz. *Mutual Safety Insurance Co. v. Hone, Receiver, etc* ((i849) 2 N. Y. 235, 241.), *Vail v. Rice*, (i851) 5 N. Y. 155.

50 "...Ticaret ve Sanayi Odasının 19/12/2013 havale tarihli yazısında depolara bırakılan malların sahipleri ile alıcıların anlaştığı, bu anlaşmalar üzerine mal sahiplerince verilen sözlü talimat doğrultusunda depo sahipleri tarafından malların alıcılara teslim edildiği ve teslimine dair yazılı

Örf ve adetin ticaret hukukundaki yeri TMK'nın *ayrılmaz bir parçası* olan TTK'yı TMK'dan ayıran hususlardan biridir. Öncelikle TTK m. 1/2'ye göre, örf ve adet kuralı ticari bir uyumsuzluğa ticari mevzuat dışındaki diğer mevzuat hükümlerinden önce uygulanır⁵¹. Objektif hukuk kuralı mahiyetindeki ticari örf ve adet kurallarını hakim in kendiliğinden dikkate alması gerekmektedir⁵². Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 33 uyarınca hakim, Türk hukukunu re'sen uygular⁵³. Ticaret hukukunda örf ve adetin diğer alanlara göre daha öncelikli olmasının sebepleri; tacirlerin ticaretteki menfaatlerini herhangi bir kanun koyucudan daha iyi bilmelerine ilişkin inanış, ticari ilişkilerin imkan dairesinde “kanuni vesayetten” kurtarılacak günün şartlarına kolay adapte olmasının sağlanması ve iktisadi ilişkilerin geliştirilmesi gibi hususlardır⁵⁴. Kaldı ki, tüm ticaret hukuku da ilk başta örf ve adet hukuku olarak doğup gelişmiştir⁵⁵. Öte taraftan zaten tacirlerin hukuki bilinçlerinde var olan kaideler, TTK m. 1/2 uyarınca doğrudan bir hukuk kuralına dönüşmekte, başka bir deyişle tacirlerin yaşadıkları usuller, pek çok kanun hükmünden daha önce uygulanması gereken bir hukuk kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim uluslararası ticaret hukukunda da ticari örf ve adetin *lex mercatoria* bağlamında hukukun asli

belge verilmesinin bir istisna olduğu, belge verilmemesinin gelenek haline geldiği belirtilmişse de bir örf ve adet kuralının doğması için maddi ve manevi unsurların bir arada gerçekleşmesi zorunludur. Maddi unsur, aynı tip olaylarda olaya katılanların benzer davranması ve bunun süreklilik arz etmesidir. Manevi unsur ise aynı tip olaylarda olaya katılanların benzer davranması konusunda ortak bir kanaatin olmasıdır. Dosya kapsamından davalı tarafça giriş ve çıkışlarda imzalı belge tanzim edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda sözlü talimat ile teslim yapıldığına dair bir örf adet kural olduğunun kabulü yerinde değildir...” Yargıtay 11. HD. E. 2016/11771 K. 2018/3811 T. 22.5.2018 (www.lexpera.com.tr)(Erişim Tarihi 05.12.2021).

51 Bu kuralın Ticaret Kanunundaki tek istisnası TTK m. 1451/1 hükmüdür. Bu hükme göre, sigorta sözleşmeleri ile ilgili olarak ticari örf ve adetten önce TBK hükümleri uygulanır.

52 Bu durumun tek istisnası TTK m. 2/3 hükmüne göre, ticari örf ve adeti bilmeyen/bilmesi gerekmeyen ve tacir olmayanların dahil olduğu ticari uyumsuzluklarda söz konusu olur.

53 Uluslararası ticaret hukuku bağlamında bu ilkenin geçerli olmadığı ve ticari adetin varlığını iddia eden tarafın bunu ispatla yükümlü olduğu yönünde bkz. Ayoğlu s. 166. Uluslararası ticari örfün varlığının mahkemelerce, uzman bilirkişilerden, uluslararası sözleşmelerden, uluslararası organizasyonların yeknesak kurallarından, standart sözleşmelerden veya doktrinden tespit edileceği yönünde bkz. Roy Goode, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1, 1997, s. 15.

Ayrıca uluslararası ticaretteki örf adetlerin tarihsel gelişimi hakkında bkz. Harold J. Berman, “Law of International Trade: Contract, Custom and Codification”, *Harvard International Review*, Vol. 6, No. 3, 1983, s. 44.

54 Hirsch, s. 25; Erol Ulusoy, *Ticari Örf ve Adet Hukuku*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 69-70.

55 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, s. 115.

kaynaklarından⁵⁶ olmasının sebebi budur⁵⁷. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 9. maddesinde de tarafların, kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlı oldukları belirtilmekte, ilgili ticari sektörde yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamülleri sözleşme akdedilirken tarafların zımnen kabul ettikleri varsayılmaktadır.

Uzun⁵⁸, kesintisiz ve yeknesak uygulamalar neticesinde hukuk kaidesi haline gelen alışkanlıkların ticaret hukuku bakımından öneminin kayda değer bir boyutu, ticaret hayatındaki güvenin korunması ile ilgilidir. Bu konuda Amerikan mahkemelerinde verilmiş ve daha sonra pek çok karara örnek teşkil eden *Ghen v. Rich*⁵⁹ davasında Massachusetts Körfezinde balina avcılığı ve ticareti hususunda mahkeme, balınayı ilk vuran kişinin balınanın sahibi olacağına karar vermiştir. İlgili karara göre, balınayı vuran balıkçı onu ele geçirememiş olsa ve balina kıyıya vursa veyahut başka bir balıkçının eline geçse dahi malik yine balınayı ilk vuran balıkçıdır. Massachusetts Mahkemesi, bu örfün uzun yıllardır herkesçe bilindiğini ve kabul edildiğini, ticari piyasaların böyle alışkanlıklara dayandığını ve nihai olarak ilgili örf ve adete duyulan güvenin korunması gerektiğini vurgulamıştır.

Ticari uyumsuzluklarda tahkimin yoğun olarak tercih edilme sebeplerinden biri de uyumsuzluğun ilgili alandaki ticari örf ve adeti bilen, uzmanlaşmış kişiler marifetiyle çözümlenmesi amacıdır. Hakikaten çoğu tahkim merkezinin kuralları incelendiğinde örf ve adete yapılan göndermelerin sıklığı dikkat çekmektedir. Bunlara örnek olarak; İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları m. 29, ICC Tahkim Tüzüğü m. 17 (2), Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları m. 33 (3), Milano Ticaret Odası Tahkim Kuralları m. 3 (4), Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Mahkemesi Kuralları m. 13 (1), Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi Kuralları m. 31 (3) zikredilebilir. Yazılı hukuk kaynaklarındaki hükümlerin sınırlı, buna mukabil hayat olaylarının sınırsız olduğu düşünüldüğünde örf ve adet hukukuna düşen/düşmesi gereken rol daha iyi anlaşılabilir.

56 Bkz. Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 163 vd..

57 Örnek olarak bkz. ICC Tahkim Kuralları m. 21 ile UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu m. 28/4.

58 Ticari örflerin hukuk kuralı olması için uzun zaman şartının bulunmadığı yönünde bkz. B. A. Wortley, "Mercantile Usage And Custom", *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Jahrg. 24, H. 2, 1959, s. 261.

59 F. 159 (D. Mass. 1881). (<https://cite.case.law/f/8/159/>)(erişim:10.03.2022).

V. Günümüzde Ticari Örf ve Adete İlişkin Bazı Meseleler

Modern toplumlarda ticari örf ve adetlere örnek bulmanın zor olduğu sıklıkla dile getirilmektedir⁶⁰. Oysaki modern ticari hayatta da her şeyin yazılı olmadığı ve yargı mercii tarafından kendisine hukuk kaynağı olarak başvurulmadığından dolayı unutulmaya yüz tutmuş pek çok ticari örf kuralının mevcut olduğu gözlemlenebilir. Örneğin, İstanbul'da geçerli olan bir ticari örf ve adet olarak; “*Akaryakıt piyasasında yakıt bedeli 15 gün içinde ödenmediği takdirde vade farkı uygulanır.*”⁶¹ kuralı, doğrudan doğruya modern toplum için geçerli olabilecek bir kaidedir. Bundan uzun yıllar önce bir akaryakıt piyasasının mevcut olduğundan bahsedilemez. Veyahut “*Kuyumculuk sektöründe, işveren tarafından işçisine genel olarak senetsiz, elden altın veya nakit olarak borç verilmesinin örfeye uygun olduğu*” İstanbul Ticaret Odası tarafından ilan edilmiş usul hukukuna ilişkin bir ticari örf ve adet kuralı örneği olarak mevcuttur.

TOBB'un internet sitesindeki örf ve adetlere ilişkin veri tabanında ilan edilen kararların çoğunluğunun ticari malların fire ve zayıf oranları ile ilgili olduğunu belirtmek gerekir⁶². Bu kararlardan biri olarak; İzmir Ticaret Odası *ihraç edilen kutulu incirlerin yolda yüzde 1 oranında fire vermesinin teamül icabı* olduğunu belirtmiştir⁶³. Bunların yanında bononun üstünün çizilmesi veya büyük harfler ile iptal yazılması, bonodaki imza kısmının yırtılması, faturanın alt kısmının kapatılarak imzalanması öğretide ve içtihatla borcun ödendiğini gösteren teamül kuralları olarak kabul edilmektedir⁶⁴.

TTK m. 2/3 hükmüne göre, ticari örf ve adet tacirler bakımından mutlak olarak, tacir olmayanlar bakımından ise ilgili kuralın bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi şartı ile uygulanır. Dolayısıyla uyumsuzluğun tacir olan taraflarınca bilinmeyen ticari örf ve adet kurallarına da objektif bir hukuk kuralı olarak genel hükümlerden önceki hukuk kaynağı olarak başvurulmalıdır. Önceki hukukumuzda, Mecelle'nin 43 ve 44. maddeleri⁶⁵ tacirler arasında örf niteliğinde olan bir hususun, tacirler arasında şart koşulmuş, anlaşılmış gibi olduğunu belirtmektedir. Tespitlerimize göre örf ve adetin mahiyetine ve hükümlerine ilişkin hükümler Mecelle'nin 36 ila 45. maddelerinde düzenlenmiştir. Mecel-

60 Pek çokları yerine bkz. Serozan, s. 105-106.

61 <http://sanayi.tobb.org.tr/orf2.php> (Erişim Tarihi 05.01.2022).

62 Ticari Örf, adet ve teamüller ile fire ve zayıf kararlarından önemli örnekler için bkz. Ulusoy, s. 114 vd..

63 Hepsini için bkz. <http://sanayi.tobb.org.tr/orf1.php> (Erişim Tarihi 05.01.2022).

64 Oğuzman, Barlas, s. 114 vd.; Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2011, s. 57.

65 Mecelle m. 43: “Örfen maruf olan şey, şart kılınmış gibidir.” Mecelle m. 44: “Beynet-tüccar mâruf olan şey, beynlerinde meşrut gibidir.”

le'deki, örf ve adetin hakem kılınacağına dair 36.; insanların alışkanlıklarının kendileriyle hareket edilmesini gerektiren deliller olduğuna dair 37.; adet olarak gerçekleşmesi mümkün olmayan şeylerin, hakikatte de gerçekleşmesinin imkansız olduğuna dair 38.; örflerin zamanın değişmesiyle değişebileceğine ilişkin 39.; bir sözün, ifadenin örfen başka bir anlamda yerleşmesiyle o konudaki gerçek anlamın terk edileceğine ilişkin 40.; adetin muteber olabilmesi için, devamlılık arz eder şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin 41. maddeler günümüz uygulamalarına da ışık tutabilecek hükümlerdir.

Çalışmanın başında teamülün hukuki unsurdan (devlet desteğinden) yoksun örf olduğu belirtilmişti. Bununla birlikte, Borçlar Kanununda teamül ifadesinin örf ve adet yerine kullanıldığı görülmektedir. Bazı malların daralı satışına ilişkin TBK m. 233/3'te, komisyoncunun malı veresiye satışında ilişkin TBK m. 536'da ve komisyoncunun garantisine ilişkin TBK m. 537'de ticari teamüle yapılan göndermelerde kanaatimizce "ticari teamül" ifadesi kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmayıp belirtilmek istenen ticari örf ve adettir. Nitekim pek çok yargı kararında da⁶⁶ "ticari teamül" ifadesinin "ticari örf ve adet" yerine kullanıldığı gözlemlenebilir.

2004 Tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 12. maddesinin f bendine göre *çalışma alanları içindeki ticarî ve sınaî örf, adet ve teamülleri tespit etmek, Bakanlığın onayına sunmak ve ilân etmek* görevi, ticaret odalarına yüklenmiştir. Dolayısıyla hakimlerin somut olaya uygulanacak ticari örf ve adetlerin tespiti için öncelikle ticaret odalarına başvurmaları gerekir. Ticaret odalarından gelen cevabi yazı ise kesin deliller gibi mutlak surette hakimi bağlayıcı olmasa dahi, bilirkişi delilinden daha kuvvetli bir dayanaktır. Poroy/Yasaman'a göre, hakim gelen cevaba göre karar vermek zorundadır⁶⁷. Kanaatimizce burada dikkat edilmesi gereken, ticaret odasından gelen cevabın mutlak surette ticari örfün karşılığı olup olmadığı hususunda hakimde uyandırdığı inanıştır. Hakim kendi değer yargılarından veya olması gereken hukuka dair düşüncelerinden bağımsız bir şekilde hukuka uygun örf kuralını somut olaya uygulamak durumundadır. Başka bir deyişle, hakim ticari örfün doğru tespit edildiği yönünde kanaat sahibi oldu ise ilgili cevaba göre karar vermek zorundadır. Aksi halde ilgili ticari örf ve adetin tespitine dair araştırmalarına devam etmek durumundadır. Gelen cevabın; hayatın olağan akışına uygun olması, aynı piyasadaki tacirler tarafından teyit

66 Örnek olarak bkz. Yargıtay 23. HD. E. 2016/5906 K. 2019/1553 T. 29.4.2019; Yargıtay 11. HD. E. 2019/3467 K. 2019/6798 T. 4.11.2019; Yargıtay 19. HD. E. 2017/2169 K. 2019/2384 T. 9.4.2019; Yargıtay 19. HD., E. 2017/2432 K. 2019/139 T. 15.1.2019 (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi 05.01.2022).

67 Poroy, Yasaman, s. 125.

edilmiş olması, uzun zamandan beri o bölgede uygulandığına dair emarelerin bulunması, problemi çözücü bir şekilde etkili ve işlevsel olması, örf ve adetin doğru tespit edildiğine dair deliller olabilir.

2018 Tarihli ve 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 50/1-f bendindeki düzenlemeye göre, “*Yazılı olmayan hukuk kuralları ile örf ve adetleri ve eski hukuk kaynaklarını araştırmak, toplamak ve yayımlamak*” görevi Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığının görev ve yetkileri arasındadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçilmesinden sonra, ticaret odaları ile birlikte bahsi geçen Daire Başkanlığı da örf ve adetleri araştırma, toplama ve yayınlama görevine sahip olmuştur. Mahkemelerin somut uyuşmazlıklarda uygulamak üzere, ticaret odaları ile birlikte ilgili daire başkanlığından da örf ve adet sorgulamasını yaptırılmaları gerekecektir.

5174 sayılı kanunda ticaret odalarına yüklenen, ticari örfleri tespit edip Ticaret Bakanlığının *onayına sunmak* görevi hatalı anlaşılmaya uygundur. Şöyle ki, bir örf ve adet kuralının varlığı için Ticaret Bakanlığının onayı şart değildir. Bakanlıkça henüz onaylanmamış bir teamülün de örf ve adet mertebesine ulaşması mümkündür. Bununla birlikte, davranış şekillerinin/teamülün Bakanlık tarafından örf olarak kabul edilmeyip reddedilmesi, örf ve adetin yokluğuna işaret eder. Eldeki çalışmanın hazırlandığı zaman itibarıyla, çoğu ticaret odasının kendilerine kanun ile yüklenen; ticari örfleri tespit edip Ticaret Bakanlığının onayına sunup, son aşamada da ilan etmek görevini yerine getirmediği müşahade edilmektedir. Çoğu ticaret ve sanayi odasının internet sitesinde ticari örf ve adetlere ilişkin bilgilendirici bölümler mevcut değildir. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin internet sitesindeki⁶⁸ “Örf Adet ve Teamül Kararları Arama” şeklindeki arama motorunun da işlevsel ve amaca uygun olduğundan bahsedilememektedir.

Orta çağ dönemi Fransız hukukunda bazı girift uyuşmazlıklarda, yalnızca ülke sınırları dahilindeki örflerin değil, komşu ülkelerin örflerinin de hükme dayanak yapılabileceği kabul edilmekteydi⁶⁹. Pozitif hukukta rastlanmayan bu uygulamayı, hakim in TMK m. 1/2 bağlamında hukuk yaratırken göz önünde bulundurması faydalı olabilir. Bu noktada yalnızca komşu ülkelerin değil, uygulaması örnek teşkil edebilecek belli başlı ülkelerin gelenek hukukları somut olaya uygulanabilir örf ve adetin tespiti için incelenebilir.

68 <http://sanayi.tobb.org.tr/orf1.php> (Erişim Tarihi 02.05.2021).

69 Alan Watson, “An Approach to Customary Law,” *University of Illinois Law Review*, No. 3, 1984, s. 570-571.

Tarihsel arka plana bakıldığında, hemen tüm temel kaidelerin örf ve adet kurallarından türediği, bunların zaman içinde kodifiye edilip kanunlaştırıldığı hakikati bilindiğinde örf ve adetin ne denli büyük önemi haiz olduğu anlaşılabilir⁷⁰. Topraklarımızda meydana getirilip tüm dünyayı yüzyıllar boyunca etkileyen iki büyük kodifikasyon vardır⁷¹. Bunlardan ilki Doğu Roma İmparatoru Justinianus'un 6. yüzyılda hazırlattığı Corpus Iuris Civilis ve diğeri 19. yüzyılın ikinci yarısında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki komisyonca hazırlanan Mecelle-i Ahkam-ı Adliyedir. Bu iki kodifikasyon da kendi zamanlarına kadarki örf ve adet hukuku kurallarının bir nevi derlenmesinden oluşmuşlardır. Haddizatında örf, adet ve teamül gibi kavramlar belirsizlik yaratıp hukuk güvenliğini sarsmak adına kötüye kullanılmaya müsaittir⁷². O bakımdan bizim hukukumuzda Mecelle'den önce de bazen çeşitli nizamnameler ve kanunnameler ile bazen de kadı sicilleriyle örf ve adetler yazılı hale getirilip umuma ilan edilmiştir. Örneğin Osmanlı dönemindeki İstanbul Mahkemesine ait 24 numaralı kadı sicilinde⁷³ tacirlere, esnaflara, zanaatkarlara yönelik pek çok örf ve adet kuralına tesadüf etmek mümkündür⁷⁴. Günümüzde de ticari örf ve adetlerin uygulamada yitirdikleri önemi yeniden kazanabilmeleri için hakimlerin ticari mevzuatta ve taraflar arasındaki sözleşmede davaya uygulanacak hüküm tespit edememeleri halinde ilgili ticaret ve sanayi odalarından mutlaka sorgu yapturmaları gerekmektedir. Kanuni bir zorunluluk olan ticari örf ve adet araştırmaları artırıldıkça somut ticari uyuşmazlıklara hakkaniyete uygun çözümler bulunabileceği veyahut hiç olmazsa hukuka uygun kararların verileceği beklenmektedir. Zira ticari örf ve adet araştırması yapılmadan genel hükümlere göre kararlar verilen günümüz uygulamasını göz önünde bulundurduğumuzda pek çok ticaret mahkemesi kararının hukuka aykırı olarak verildiği ve sakat olduğu sonucuna varılmaktadır⁷⁵.

70 Özellikle Ticaret Kanunları bakımından bu görüşte olanlar için bkz. Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk*, 2. Basi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1984, s. 111, Adil İzveren, "Ticari Örf ve Ticari İlişkilerdeki Önemi", *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 37. Günümüzdeki ceza hukuku normlarının önemli kısmının da ilk ortaya çıkışının örf ve âdet kurallarına dayandığı yönünde bkz. Baytaç, s. 125.

71 Örf ve adetlerin kodifiye edilmesinin yabancı sistemlerin "saldırılarına" karşı önemli bir önlem olduğuna ilişkin Afrikalı hukukçu bakış açısı için bkz. T. W. Bennett, T. Vermeulen, "Codification of Customary Law", *Journal of African Law*, Vol. 24, 1980, s. 210.

72 Bkz. Gözler, Teamül, s. 44.

73 <http://www.kadısicilleri.org> (Erişim Tarihi 02.01.2022).

74 Ayrıca ticari uyuşmazlıklar ile ilgili bkz. İstanbul mahkemesine ait 97 numaralı kadı sicili. (<http://www.kadısicilleri.org/veri/gorselx/icn/ist097icn.pdf>) (Erişim Tarihi 02.01.2022).

75 "...Davacılar vekili tahkikat sırasında ... bölgesindeki mısır satışları ile ilgili ticari örf ve adetlerine dayanmış ve bu hususun araştırılmasını 19.10.2017 tarihli dilekçesi ile mısır üreticisinin ürününü tartan mısır alıcısı tüccarın tartım nedeniyle üretici satıcıya kantar fişi vermiş olmasının ürünün satımının

VI. Ticari Örf ve Adet Kurallarına Örnekler

Ticari davalara uygulanacak önemli bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmelerine rağmen ticari örf ve adet kurallarına bir bilgi kaynağı olarak erişmek güçtür. Konu ile ilgili doktrindeki çalışmaların azlığı⁷⁶, ticaret odalarının tespitlerinin yetersiz oluşu ve yargılamalarda uygulayıcıların önemli bir kısmının ticari örf ve adete karşı ilgisizliği bu güçlüğün en önemli sebepleridir. Eldeki çalışmanın yapıldığı ana kadar örf ve adetlere ilişkin en kapsamlı veri tabanı olan “<https://sanayi.tobb.org.tr/orf2.php>” adresinde –fazlaca tekrar barındırmakla birlikte- toplamda 596 adet örf ve adet bulunmaktadır. Bunların kayda değer bir kısmı sosyal davranış kurallarını değil, ticari satışlarda makul karşılınması gereken fire ve zayıyat olanlarını belirlemektedir. Bahsi geçen veri tabanındaki örf ve adet kararlarını; fire ve zayıyat oranlarını belirleyenler, usul hukukuna ilişkin olanlar, ücretin belirlenmesine ve ödeme zamanına ilişkin olanlar şeklinde gruplandırmak mümkündür.

yapılarak alıcıya teslim edildiği hususunda ticari örf ve adet olarak kabul edilip edilmediğinin araştırılması istenmiş olup, mahkemece bu hususun bölge ziraat odası, ticaret odası ve ticaret borsasından sorularak araştırılması gerekirken bu husus nazara alınmaksızın eksik tahkikatla verilen karar doğru olmaması bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 19HD. E. 2018/1482 K. 2019/1273 T. 28.2.2019 “...mahkemece, sigorta ettiren ile davalının ticari defterlerinin incelenerek, aralarında düzenlenen poliçelerin prim ödemeleri sebebi ile nasıl bir ticari örf geliştiğinin de tartışılması ve irdelenmesi gereklidir. Zira sunulan bu belge, prim tahsiline ilişkin olarak taraflar arasında peşin ve makbuz ile ödeme dışında bir ödeme şeklinin kabul edildiğini düşündürmektedir. Bu nedenle sigorta ettiren ile davalı arasında prim ödenmesine ilişkin oluşan ticari örfün de araştırılarak davaya konu olayda prim ödenmemesi sebebi ile poliçe tanziminden 6 gün sonra poliçelerin iptal edilmesinin geçerli olup olmadığına Türk Medeni kanununun 2. maddesi çerçevesinde tartışılması gereklidir...” Yargıtay 17 HD. E. 2019/6423 K. 2020/4594 T. 9.7.2020 “...mahkemece mahalli Ticaret ve Sanayi Odası’ndan bu konudaki uygulama sorulmadan eksik incelemeyle hüküm tesisi doğru değildir...” Yargıtay 15HD E. 1992/1272 K. 1992/1408 T. 19.03.1992 “...Somut olayda, mahkemece, zeytinyağının satıcıya teslimi konusunda yöresel örf ve adet araştırması yeterli değildir. Zira; tek bir kooperatiften uygulama sorulup, tanıklar dinlenmiştir. Bu itibarla, mahkemece, kooperatife emanet makbuzları ile teslim edilen zeytinyağından sonra , satıcıya ihtiyacı nedeniyle teslim edilen zeytinyağı için belge düzenlenip düzenlenmediği, emanet makbuzundan teslim edilen miktarın indirilip indirilmediği hususunun öncelikle, Torbalı Ticaret Odasından sorulmak ve gerektiğinde bu hususta yerel bilirkişi mütalaasına başvurmak ve böyle bir örf ve adetin mevcut olduğu anlaşıldığı takdirde, mevcut tanık ifadeleri değerlendirilmek ve yeminin de ,yemin teklif edildiği zamanki kooperatif temsilcisine yaptırılmak suretiyle sonucuna göre karar vermek gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir...” Yargıtay 11HD E. 2003/11 K. 2003/5784 T. 02.06.2003 “...Bu durumda mahkemece, taşıma sözleşmesinde, her taşıma öncesi ve sonrasında makbuz verilmesi hali ile davalı tarafın imza ve kaşesini taşımayan bu makbuzların ücretin ödenmediğine karine teşkil edip etmeyeceği, makbuzların davalı aleyhine delil teşkil edip etmeyeceği konusunda ticari örf ve adet olup olmadığının TTK.nun 1/2 nci maddesi uyarınca araştırılması gerekirken, bu konuda bir araştırma yapılmadan yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 11HD E. 2003/13566 K. 2004/8290 T. 14.09.2004 (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi 02.02.2022).

76 Doktrindeki sınırlı örneklerden bazıları için bkz. Ulusoy, s. 113 vd.; Kahraman, s. 95 vd..

A. Fire ve Zayıt Oranlarını Belirleyen Bazı Örf ve Adet Kuralları

Ticari bir malın saklanması ve taşınması sırasında niceliğinden gerçekleşen azalmalar ile ilgili olarak Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin örf ve adetlere ilişkin veri tabanında pek çok kural bulunmaktadır⁷⁷. Örneğin, Adana Ceyhan Ticaret Borsası tarafından alınan ve veri tabanına işlenen bir kurala göre, preseli pamukların, ihtiva ettiği rutubet nispeti, depolama şekli ve süresi ile hava şartları dolayısıyla yüzde 2'ye kadar fire vermesi teamül icabıdır. İzmir Ticaret Odası'nın belirlediği bir fire kaidesine göre ise, ihraç edilen kutulu incirlerin taşıma sırasında yüzde 1 civarında fire (zayıt) vermesi teamüldendir. Bazı örf kurallarının ise tanımlayıcı mahiyette olduğu görülmektedir. Örneğin, Adana Kozan Ticaret Borsası fireyi, rutubetin sebep olduğu eksilme olarak tanımlamış ve başka bir sebeple malın ıslanmasını hasar olarak nitelendirmiştir. Malatya Ticaret Borsası da, hububat çeşitlerinin depolarda bir sene beklemesi halinde bu ürünlerin yüzde 2 oranında fire vermesinin olağan karşılanması gerektiğini belirlemiştir. Kerestecilik sektörüne özgü bir fire ve zayıt kuralı olarak ise İzmir Ticaret Odası, tomruk uçlarından kereste imal edilirken tomruk uçlarının yüzde 50 oranında zayı olabileceğine karar vermiştir.

Satış sözleşmesinde kararlaştırılan malın niceliği ile teslim sırasındaki nicelik arasında farkın olması önemli uyumsuzluklara sebep olabilmektedir. Bu gibi durumlarda ticari örf ve adet hukukunun uygulama alanı geniş ve işlevseldir. Ticari malların mutad fire ve zayıt miktarları, kanun ile düzenlenmeye elverişli değildir. Bununla birlikte bu oranların belirlenmesi meselesi, her bir somut olay özelinde yargı kararlarına veya öğretiyeye de bırakılmaya uygun olmayıp, doğrudan ticari örf ve adet hukukunu ilgilendirmektedir.

B. Usul Hukukuna İlişkin Bazı Örf ve Adet Kurallar

TOBB'un ülkemizdeki tüm ticaret ve sanayi odaları ile ticaret borsalarından temin ettiği örf ve adet kurallarından oluşan veri tabanında, ticari ilişkinin tarafları arasındaki bazı davranışlara hangi anlamların verileceği, ticari uyumsuzlukların çözümünde kullanılacak ispat araçlarının neler olabileceği gibi çeşitli usul düzenlemelerini içeren örf ve adet kurallarına tesadüf edilmektedir.

Usul hukukuna ilişkin Konya Ticaret Odası'nın belirlemiş olduğu bir örfe göre, hayvan borsası dışındaki canlı hayvan alım satımları genellikle pazarlık usulü sözlü anlaşmaya göre yapıldığından, pazarlığın veya alım satımın ispatı bakımından şahit dinlenmesi örf ve teamüldendir. Buna mukabil canlı hayvan satışında yazılı bir anlaşma var ise yazılı belgelere itibar edilir. Yine Manisa

77 TOBB'un hususen fire ve zayıt oranları için hazırladığı ve daha kapsamlı olan veri tabanı için bkz. <https://sanayi.tobb.org.tr/fire2.php> (Erişim Tarihi 02.03.2022).

Akhisar Ticaret ve Sanayi Odası'nın belirlemiş olduğu bir örf ve adet kuralına göre, fatura istenmeyen ticari satışlardan doğan alacak davalarında şahit dinlenmesi mümkündür. Tacirler arasında vuku bulan ihtilafların çözüm yeri hususunda belirsizlik olması durumunda uyuşmazlıkların hakem vasıtası ile çözümleneceği İzmir Ticaret Odası tarafından kabul edilmiş bir örf kuralıdır. Malatya Ticaret Borsası da, Osmanlı dönemindeki loncaların benimsediği usuldeki gibi, meslek grubuna göre doğacak anlaşmazlıkların ilgili meslek grubu tarafından oluşturulacak üç kişilik hakem heyeti tarafından çözümlendiğini bir yerel örf kuralı olarak tespit etmiştir.

C. Ticari Satışlardaki Ücretin Belirlenmesine ve Ödenmesine İlişkin Bazı Örf ve Adet Kuralları

Uygulamada ticari satışlara ilişkin vuku bulan uyuşmazlıkların istatistiki bakımdan önemli bir kısmı mal ve hizmetin bedelinin belirlenmesi ve ödenmesine ilişkindir. Bununla paralel olarak da TOBB'un örf ve adet veri tabanındaki kayıtların yarısına yakını sözleşmelerdeki ücretin belirlenmesi ve ödenmesine ilişkindir. Örneğin, Alanya Ticaret ve Sanayi Odası'na göre, sabah saat 6'dan önce otele gelen müşterilerden saat 13'e kadar bir gecelik ücret alınması Alanya bölgesine ait bir örf kaidesidir. Yine aynı ticaret odası otel rezervasyonunu 24 saat öncesine kadar iptal ettirmeyen müşterinin otelde kalmasa dahi bir gecelik otel ücretini ödemekle yükümlü olduğunun bir yerel örf olduğunu tespit etmiştir. İzmir Ticaret Odası, İzmir'de tütün alım ve satım işlerinde simsara ödenecek ücreti, satım bedelinin % 2'si olduğunun teamül icabı olduğunu belirtmiştir. *Taraflar arasında yazılı bir anlaşma olmadıkça, emlak alım-satımında, satış bedeli üzerinden alıcıdan ve satıcıdan % 2'ser + KDV, kiralamada yalnız kiracıdan bir defaya mahsus olmak üzere kontrat süresi ne olursa olsun yıllık kira bedelinin % 10'u + kdv oranında komisyon alınmasının teamülden olduğu* İstanbul Ticaret Odası tarafından tespit ve ilan edilmiş bir örf kuralıdır. Aynı odanın bir başka kararında ise, İstanbul kitap yayın piyasasındaki kitap türlerinin ve asgari-azami mutad baskı sayıları şu şekilde belirlenmiştir: *Kültür Kitapları: 1.000-3.000 arası, Aktüel Kitaplar: 1.000-5.000 arası, Dini Kitaplar: 2.000-10.000 arası, Ders Kitapları: 50.000-200.000 arası, Yardımcı Ders Kitapları: 10.000-50.000 arası, Eğitim Kitapları: 1.000-3.000 arası*. Tarsus Ticaret ve Sanayi Odasının tespit etmiş olduğu bir adete göre ise, mısır ticaretinde ücretin vadeli olarak ödenmesi kararlaştırılmış ise, bu yönde bir anlaşma olmasa dahi, ödeme kambiyo senedi ile gerçekleştirilebilir.

Bahsi geçen veri tabanında, sözleşmede kararlaştırılan ücretin indirilmesine dair yerel örf ve adetlere de rastlanmaktadır. Örneğin, Manisa Akhisar Ticaret ve Sanayi Odası, tam yağlı satılıp da; yağsız çıkan peynirler için mal

bedelinin %40'ının, yarım yağlı çıkan peynirler için mal bedelinin dörtte birinin indirilmesinin örf kuralı olduğunu tespit etmiştir. Afyon Ticaret Borsası, beyaz ve mavi haşhaş tohumlarında, yabancı maddenin %1'den %2'ye kadar fazla bulunması halinde malın fiyatından fazlalık oranında, %2'den %3'e kadar fazla bulunması halinde ise, fazlalığın iki katı kadar indirim yapılmasının örf icabı olduğunu ilan etmiştir.

Sonuç

Kıta Avrupası hukuk sisteminin dört temel hukuk kaynağından biri olan gelenek hukukunu oluşturan hukuk kuralları örf ve adettir. İlgili kişi kesiminin bilincinde oluşan bu kurallar, tüm hukuk kurallarını etkileme gücüne sahiptir. Hakikaten, hukuk örflerden türer. Toplumların hayatında kökleşmiş meşru örflere ve adetlere dayanmayan hukuk kurallarının uzun süre yürürlükte kalması beklenemez. Hukuk, toplumun tekamülünü yansıtan bir ayna olmak durumundadır. Toplumdaki meşru örf ve adetlerden kendini uzaklaştıran hukuk sistemi kendi otoritesini zayıflatır. İlgili kişi topluluğunun müşterek vicdanına bir hukuk kuralı gibi yerleşecek kadar uzun süreden beri uygulanagelen kaideler olan örf ve adetin ticaret hukukundaki önemini Türk Ticaret Kanununun 1. ve 2. maddeleri ortaya koymaktadır. Ticari bir uyumsuzluğa genel hükümlerden, yani örneğin TMK ve TBK'dan önce uygulanması gereken ticari örf ve adet, günümüz uygulamasında sıklıkla göz ardı edilmektedir. Bu noktada, yazılı hukuk normlarının zaten örf ve adete dayandığı, pek çok ticari örf ve adet kuralının kanunlaştırılarak ticari hüküm olarak somut olaylara uygulandığı argümanları akla gelebilir. Ne var ki, çalışmada örnek kabilinden paylaşılan Yargıtay kararlarında da görülebileceği üzere, halihazırdaki uygulamamızda ticari mevzuatta hüküm bulunmayan haller için doğrudan genel hükümlere göre karar verilmesi neredeyse mahkemelerimizin teamülü haline gelmiştir. Ticaret hayatına ilişkin tüm yaşam olaylarının çözümüne ilişkin kaideleri ticari mevzuatta bulmak şüphesiz mümkün değildir. Ticari örf ve adet tetkiki yapılmadan genel hükümlere göre verilen kararların ne ölçüde sıhhatli olduğu TTK m. 1/2 hükmü uyarınca bellidir. Ticaret hukukunun en zengin kaynaklarından biri olan ticari örf ve adetin yeniden gündeme alınması, kanaatimizce ticaret hukuku doktrininin en önemli meselelerinden biri olmalıdır. Ticari örf ve adetin doktrinde ve uygulamada hak ettiği değeri bulabilmesi için ilk önce tüm ticaret odalarının kanunla kendilerine verilmiş olan ticari örf ve adetlerin tespiti, onaya sunulması ve ilanı görevlerini *hatırlamaları* ve yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu durum hem ticari örf ve adet ile teamül gibi kavramların hukuk güvenliğini sarsmak adına kötüye kullanılmasını engellemek hem de ticari uyumsuzluklara çok yönlü çözümler bulabilmek adına önem arz eder.

Ayrıca bu husus, her şeyden önce, mahkemelerde verilen pek çok kararın TTK m. 1/2 hükmüne uygun olması sonucunu doğuracaktır. Bir kısmı, çalışmada paylaşılan Yargıtay kararlarında da görülebileceği üzere, uygulamada ticari mevzuatta ilgili somut olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmayan çoğu halde doğrudan genel hükümlere göre kararlar verildiği görülmektedir. Kanuna açıkça aykırı bu halin terk edilerek, ticari mevzuatta çözüm için dayanılacak bir kural bulunmadığı her durumda mutlak surette ticaret odalarından veya yetkili mercilerden ticari örf ve adet sorgularının yaptırılması hukuk devleti olmanın gereği bağlamında hakimlere düşen vazifelerden biridir. Ticari örf ve adetlerin pek çoğunun –maalesef- unutulduğu günümüzde teorisyenlerin ve uygulamacıların bu mesele üzerinde yoğunlaşmaya başlaması ile birlikte ticari uyumsuzluk çözümlerinin farklı bir boyuta taşınacağı öngörülmektedir.

Çatışma Beyanı: *Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.*

KAYNAKLAR

- Akipek, Jale G., *Türk Medeni Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.
- Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Antalya, Gökhan O., *Hukuk Metodolojisi II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 25. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.
- Arsal, Sadri Maksudi, *Hukukun Umumi Esasları I*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1937.
- Aybay, Aydın; Aybay, Rona, *Hukuka Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.
- Aydın, M. Âkif, *Osmanlı Hukuku*, İSAM Yayınları, Ankara, 2020.
- Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin; Özdamar, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Ayoğlu, Tolga, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Baytaç, Abdullah Batuhan, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Bennett, T. W.; Vermeulen, T., “Codification of Customary Law”, *Journal of African Law*, Vol. 24, 1980, s. 206-219.
- Berki, Ali Himmet, *Hukuk Mantiği ve Tefsir*, Güney Matbaacılık, Ankara, 1948.
- Berman, Harold J., “Law of International Trade: Contract, Custom and Codification”, *Harvard International Review*, Vol. 6, No. 3, 1983, s. 44-46.
- Bernstein, Lisa, “The Myth of Trade Usages: A Talk”, *Barry Law Review*, Vol. 23, No. 2, 2018, s. 119-127.
- Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, 36. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Bilgişin, Şevket Memedali, *Ticaret Hukuku Prensipleri I*, 3. Bası, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950.
- Boçarov, Viktor V., *Hukuk Antropolojisi*, Doğu Kütüphanesi, İstanbul, 2020.
- Çataloluk, Gökçe, *Bir Hukuk Paradoksu Olarak Güven*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, “Örf”, *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C. 34, İstanbul, 2007.
- Edis, Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997.
- Goode, Roy, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1, 1997, s. 1-36.
- Gözler, Kemal, “Türk Anayasa Hukukunda Teamül Olabilir mi?”, *Türkiye Günlüğü*, S. 56, Yaz 1999, s. 36-44. (Teamül)
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 16. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 39. Bası, Turhan

Kitabevi, Ankara 2017.

- Hayek, Friedrich A., *Law, Legislation and Liberty*, 3. Bası, Londra, 1982.
- Hirsch, Ernst E., *Türk Ticaret Kanununun Esaslarına Göre Ticaret Hukuku*, Cihan Kitaphanesi, İstanbul, 1935.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, 6. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007.
- Işıktaç, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, 4 Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.
- İzmirli, İsmail Hakkı, “Örfün İslam Hukukundaki Yeri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 5, Yıl 2005, s. 207-216.
- İzveren, Adil, “Ticari Örf ve Ticari İlişkilerdeki Önemi”, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 31-37.
- Kahraman, Tevhit, “Erzincan İli ve Yakın Çevresinde Uygulanan Ticari Örf- Adet ve Teamüller”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, s. 92-102.
- Karahan, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2011.
- Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, Rinehart, New York, 1952.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Medeni Hukuk*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Köprülü, Bülent, *Medeni Hukuk*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1984.
- Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Özekes, Muhammet, *Temel Hukuk Bilgisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Özkan, Salih, *Ceza Hukukunda Önemsizlik*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Poroy, Reha; Yasaman, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Postema, Gerald J., “Custom, Normative Practice, And The Law”, *Duke Law Journal*, Vol. 62, No. 3, 2012, s. 708-738.
- Serozan, Rona, *Medeni Hukuk*, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Smith, Munroe, “Customary Law I”, *Political Science Quarterly*, Vol. 18, No. 2, 1903, s. 256-281.
- Szladits, Charles, *Guide to Foreign Leg Materials: French, German, Swiss*, Oceana Publications, New York, 1959.
- Şener, Mehmet, *İslam Hukukunda Örf*, Öğrenci Basımevi, İzmir, 1987.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukukun Genel Esasları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Uğur, Hüsamettin, “Kanunların Ruhu veya Ruhunu Arayan Kanunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 17, Ocak 2008, s. 157-166.
- Ulusoy, Erol, *Ticari Örf ve Adet Hukuku*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2001.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kaya, Arslan; Nomer Ertan, Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

- Watson, Alan, “An Approach to Customary Law,” *University of Illinois Law Review*, No. 3, 1984, s. 561-576.
- Wortley, B. A., “Mercantile Usage and Custom”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Jahrg. 24, H. 2, 1959, s. 259-269.
- Yasin, Melikşah, “Örf ve Adet Kuralları ile İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 15, S. 2, Yıl 2012, s. 29-44.
- <https://karararama.yargitay.gov.tr>
- <http://sanayi.tobb.org.tr/orf1.php>
- <https://sanayi.tobb.org.tr/fire2.php>
- <http://www.kadiscilleri.org>
- <http://www.kazanci.com.tr>
- <http://www.lexpera.com.tr>

Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Fiili Yönetim Organı Anlamındaki Hukuki Sorumluluğu*

The Legal Liability of Shareholders in Joint Stock Companies With Regard to Factual Managing Bodies

Aydın Alber YÜCE**

Öz

Anonim şirket tipik bir sermaye şirkettir. Pay sahiplerinin kişisel özellikleri değil, şirkete getirdikleri sermaye tutarı ön plandadır. Bu doğrultuda, anonim şirket pay sahiplerinin tek borçları, taahhüt ettikleri fakat ödemedikleri sermaye borçlarıdır. Bu sorumluluk sadece şirkete karşıdır. Pay sahiplerinin şirketin borçları için herhangi bir sorumluluğu yoktur. Bu sorumsuzluğu aşacak herhangi bir yükümlülüğün kabul edilmesi, anonim şirketler hukukuna oldukça yabancıdır.

Tek borç ilkesi gereğince pay sahipleri başka yükümlülüklerin muhatabı olmamalıdır. Bunun gibi, yönetim kurulu üyeleri veya yöneticilerin taşıdığı sorumluluğa benzer bir sorumluluk pay sahipliği konumu için uygun değildir. Kanunda da bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat, bazı hallerde, pay sahiplerinin özellikle sahip oldukları sermaye oranına göre fiili yönetim organı özelliğini taşıdıkları görülmektedir. Özellikle, sahip olunan sermaye oranına göre şirket yönetimine talimat verilmesi, alınan kararlar üzerinde doğrudan etkili olunması ve sonuç olarak alınan kararların şirket ve diğer pay sahiplerinin menfaatleri aleyhine olması ihtimaller dahilindedir. Bu halde büyük pay sahiplerinin, formel yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler gibi bir sorumluluğun muhatabı olup olmadıkları tartışılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Yönetim kurulu, *Büyük pay sahibi*, *Küçük pay sahibi*, Ana pay sahibi, Hukuki sorumluluk, Fiilî organ.

ABSTRACT

A typical equity firm is a joint stock company. The quantity of capital shareholders contribute to the company is by far the most significant element, not the shareholders' personal characteristics. The only debts that the joint stock company's sha-

* Makale gönderim tarihi: 20.12.2021. Makale kabul tarihi: 19.03.2022. Aydın Alber Yüce, "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Fiili Yönetim Organı Anlamındaki Hukuki Sorumluluğu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2022, s. 243-266; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2022.09.1.06>

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, Öğretim Üyesi; E-mail: aayuce@erciyes.edu.tr; <https://www.orcid.org/0000-0002-6178-9143>.

reholders have are the capital debts that they have committed but not paid. This is solely a corporate duty. The company's debts are not the obligation of the shareholders. Accepting any obligation that goes beyond this level of irresponsibility is against the law of joint stock companies.

Shareholders should not be the target of other obligations, according to the sole debt principle. Likewise, a shareholder position should not have a responsibility similar to that of a board member or director. There is no provision in the laws for this. Nevertheless, in some circumstances, the shareholders appear to be the de facto ruling body, particularly when the capital ratio is high. It is possible, for example, that the company management is instructed based on the capital held ratio, that the decisions made as a consequence will be directly influenced, and that the decisions made as a result will be against the business's and other shareholders' interests. In this scenario, it should be debated if major shareholders, such as formal board members and managers, are responsible for any liability.

Keywords: Board of directors, Major shareholder, Minor shareholder, Main shareholder, Legal responsibility, De facto body.

Giriş

Anonim şirket pay sahiplerinin tek borçları, taahhüt edip de ödemedikleri sermaye tutarıdır. Bu sorumluluk da sadece şirkete karşıdır. Söz konusu prensibe tek borç ilkesi denir. Pay sahiplerinin sermaye borçları dışında bir borcun muhatabı kılınmaları anonim şirketler hukukuna çok yabancı bir yaklaşımdır. Bununla beraber, pay sahiplerinin sermayedeki katılım oranlarına göre şirkette sahip olabilecekleri hukukî pozisyonun önemi tartışmadan uzaktır.

Pay sahipleri, sermayedeki katılım oranları genel kurulda alınacak bazı kararlar için yeterli olduğunda, tek başlarına dahi şirkette tek hâkim durumunda olabilmektedirler. Bazı kararlardan kasıt, bilhassa yönetim kurulu üyelerinin seçilmeleri ve görevden alınmalarına ilişkin kararlardır. Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 418 ve devamı hükümlerinde yer alan nisaplar dikkate alınır, şirketteki oy haklarının çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahiplerinin istedikleri genel kurul toplantısında yönetim kurulunu görevden alabilecekleri ve yerlerine yeni üyeler seçebilecekleri görülür. Böylesine bir hâkimiyetin, yönetim kurulu üyeleri üzerinde de fiilî bir otorite yaratacağına kuşku yoktur¹. Bu özellikteki bir pay sahipliği kompozisyonu ve yapıda büyük pay sahipleri, şirketin TTK m. 553 anlamında sorumluluğa muhatap bir mevkiinde bulun-

1 Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1995, s. 8.

madıkları halde şirketin iktisadî kaderi üzerinde söz sahibi olabilmektedirler.

Özellikle, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmakla yönetim üzerindeki hâkimiyetini kullanan pay sahiplerinin yönetim organını, azınlıkta kalan pay sahiplerinin aleyhine kararlar almaya zorlaması ihtimaller dahilindedir. Anılan hâkimiyet, sadece azınlıkta kalan pay sahiplerinin değil; bizatihi şirketin ve alacaklıların dahi aleyhine sonuçlar doğurabilir.

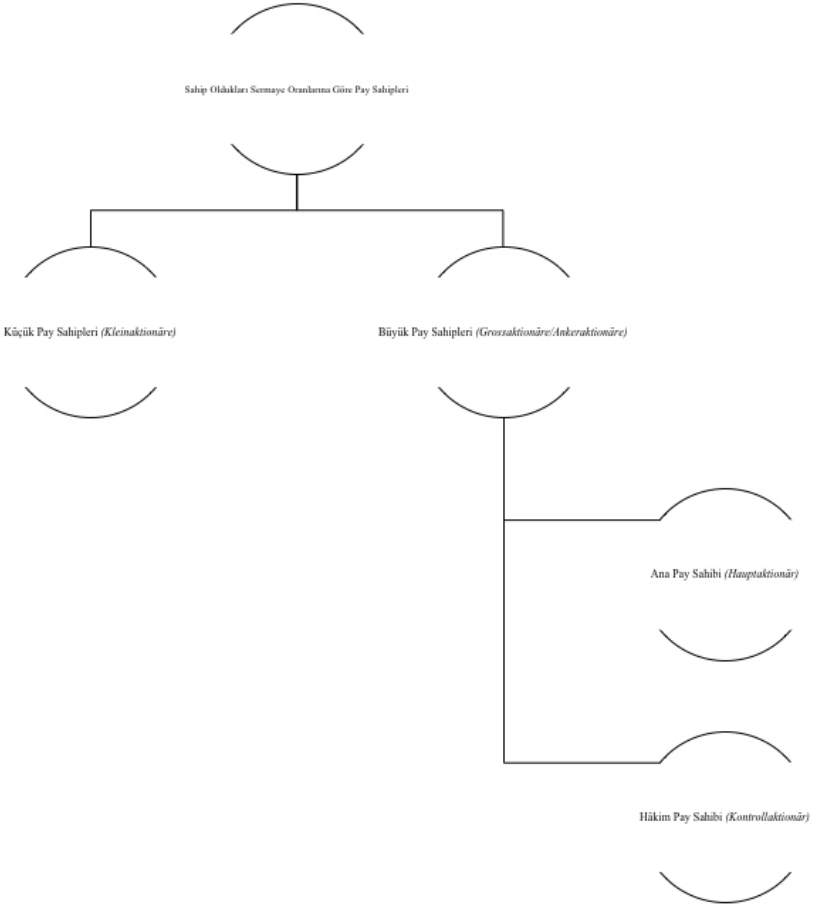
TTK'da, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin hukukî sorumluluğu düzenlenmiş; fakat, (TTK m. 202 hükmü bir kenara bırakılırsa) yukarıda temas edilen nitelikteki bir sorunu engellemeye yönelik hukuk kuralına yer verilmemiştir. Elbette, bu halde, büyük pay sahiplerinin şirkete, diğer pay sahipleri veya alacaklılara hâkimiyetlerini fiilî organ fonksiyonunu ifa ederek kullanmalarıyla verecekleri zararların herhangi bir yaptırıma tabi olmadığı düşünülmemelidir. Bu çalışmada, büyük pay sahiplerinin şirketin yönetim organı üzerindeki etkileri ve bu etkinin doğurduğu olumsuz sonuçların ne anlama geldiği ve pay sahiplerinin bu anlamda bir sorumluluğun muhatabı olup olmadıkları incelenmektedir.

I. Sahip Oldukları Pay Oranına Göre Pay Sahipleri

Sermayedeki katılım oranlarına göre pay sahipleri; büyük pay sahibi (*Großaktionär*) ve küçük pay sahibi (*Kleinaktionär*) olmak üzere ikiye ayrılabilir². Büyük pay sahipleri de kendi aralarında, ana pay sahibi (*Hauptaktionär*) ve hâkim pay sahibi (*Kontrollaktionär*) olarak ikili bir tasnife tabi tutulabilir³.

2 Valentin Jentsch, *Transaktionsvereinbarungen bei öffentlichen Übernahmen*, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht, Schulthess Verlag, Schulthess Verlag, Zürich, 2015, §2, N. 45 vd..

3 Jentsch, §2, N. 46 ve 49; Benzer bir tasnif için bkz. Lorenzo Olgiati, *Aktionärsvertreter im Verwaltungsrat von Publikumsgesellschaften – Möglichkeiten und Schranken der Einflussnahme durch Grossaktionäre*, Kapitalmarkt - Recht und Transaktionen XIII, EIZ - Europa Institut Zürich, Schulthess Verlag, Zürich, 2019, s. 69.

Şema – I⁴

Aşağıda da ifade edileceği üzere, bu kavramlar arasında kesin bir sınır çizmek mümkün değildir. Ancak bizim tercih ettiğimiz ve isabetli gördüğümüz kullanıma göre şekli hâkim pay sahibi (*formeller Kontrollaktionär*), sahip olduğu pay oranına göre şirket yönetimi üzerinde somut etkisi bulunan pay sahibidir^{5, 6}. Buna göre hâkim pay sahibinin, ortağı bulunduğu şirketteki oy

4 Şema, Jentsch, §2, N. 45 ve 51 ile Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag, Bern, 1996, §3, N. 36 vd. yer alan bilgilerden hareket edilerek hazırlanmıştır.

5 Jentsch, §2, N. 46.

6 Örneğin, tek pay sahipli bir şirkette, yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahibi ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi arasındaki olası etkileşim, fiili organ sayılmak bakımından yeterli olabilir. Zira, tek pay sahibinin yönetim kurulu üyesi üzerinde idare ve temsil anlamında tesirli olması büyük olasılıktır (Hasan Pulaşlı, “Tek Ortaklı Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu ve

haklarının en az yüzde ellisinden fazlasını kullanabiliyor olması gereklidir⁷. Bu oranın altında kalmasına rağmen yine de şirketi kontrol edebilecek güce sahip pay sahibi, fiili hâkim pay sahibi (*faktischer Kontrollaktionär*) olarak nitelendirilmektedir⁸. Ana pay sahibi ise, şirket üzerinde herhangi bir kontrol gücü bulunmayan; fakat, sahip olduğu pay oranına göre⁹ kendisine bazı haklar tanınan (azınlık hakları gibi) pay sahibidir¹⁰.

Ana pay sahibi ve büyük pay sahibi kavramları, öğretide çerçevesi kesin olarak çizilmiş kavramlar değildir. Bu kavramlar bazen birbirinin yerine geçmek üzere kullanılmaktadır. Örneğin, İsviçre öğretisinde bazı yazarlara göre büyük pay sahibi, sermayedeki katılım oranı ana pay sahibi kadar olmasa da diğer pay sahiplerine nazaran, şirket yönetiminde etkili olabilecek düzeyde paya ve oy hakkına sahip olan pay sahibidir¹¹. Bazı başka yazarlara göre ise, büyük pay sahibi kavramı (*Grossaktionäre, Ankeraktionäre*), şirketteki konum açısından bir üst kavramdır. Buna göre, büyük (çapa) pay sahibi, genel kurulda sahip olduğu oy miktarı açısından şirket üzerinde etki sahibi olan ve bu yönüyle fiili bir hâkimiyet sahibi kişidir¹².

Büyük pay sahibi olmak bakımından sahip olunması gerekli sermaye oranı açısından da bir görüş birliğinin olduğundan söz edilemez. Bazı yazarlara göre, şirkette yüzde yirmi ya da yüzde otuz üç veya daha fazla oranda sermaye sahibi olmak büyük pay sahibi sayılmak için yeterlidir¹³. Uygulamada diğer bazı hallerde ise, yüzde yirmi beşlik paya sahip olmak büyük pay sahibi sayılmak bakımından yeterli görülmüştür¹⁴. Yine, yeknesak olmayan bu belirlemelerden bazılarına göre ana pay sahibi, sermayedeki katılım oranı yüzde elli ve üzerin-

İsviçre Federal Mahkemesi'nin Buna İlişkin Üç Kararı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 25, S. 4, 2009, s. 114).

7 Jentsch, §2, N. 47; Sahip olunan oy sayısı bakımından "%50+1" oranının oldukça yüksek bulunduğu bir değerlendirme için bkz. Carsten Schäfer, "Rechte und Pflichten des privaten Großaktionärs (1/2)", *ZHR- Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, Cilt 185, Sayı 2-3, 2021, s. 229.

8 Jentsch, §2, N. 48.

9 İsviçre öğretisinde bu noktada, %3'ten %15'e kadar bir aralık verilmektedir (Olgiati, s. 69).

10 Jentsch, §2, N. 49-51.

11 Örneğin, İsviçre uygulamasında, büyük pay sahiplerinin yaygın bir biçimde şirket yönetiminde etkili oldukları yönünde bkz. Daniel M. Häusermann, "Minderheitenschutz in der «Aktionärsdemokratie»", *GesKR- Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, Sayı 1, 2014, s. 210.

12 Jürg E. Hartmann, Ilona Singer, "Gross- und Ankeraktionäre von kotierten und nichtkotierten Publikums-Aktiengesellschaften", *GesKR- Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, Sayı 4, 2012, s. 540.

13 Hartmann ve Singer, s. 540.

14 Häusermann, s. 210'da dn. 4; Yüzde yirmibeşlik oranın yinlendiği bir başka somut olay için bkz. Daniel Daeniker, "Wer kontrolliert die Aktiengesellschaft?", *SZW- Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Sayı 5, 2016, s. 439.

de olan pay sahibidir¹⁵. Ana pay sahibi, şirkete en fazla miktarda sermayeyi getirerek aynı zamanda en fazla oranda oy hakkına da sahip olmuştur. İşaret edilen yazarlara göre, uygulamada ana pay sahiplerinin şirketin idaresi kapsamında yöneticilere emirler verdiği ve hatta yönetim kurulu toplantılarına katıldığı dahi görülmektedir¹⁶.

İstikrarlı olmayan ve karmaşa yaratan bu kullanıma rağmen şu tespiti yapmak mümkündür: Büyük pay sahibi-küçük pay sahibi ayrımını belirginleştirmek üzere, önceden ve kesin olarak bir belirlemenin yapılması mümkün değildir. Bu konuda her somut olaya ve her şirkete göre ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir. Bununla beraber, söz konusu ayırım için bazı tespitler yapılması mümkündür. Buna göre, geniş pay sahipliği çevresine sahip şirketlerde örneğin %5 paya sahip olmak büyük önem arz edebilirken¹⁷; dar pay sahipliği çevresine sahip şirketlerde bu oranın bir etkisi bulunmayabilir. Halka açık şirketlerde ve halka açık olmayan şirketlerde de bu açıdan bir farklılık bulunacağına kuşku yoktur. Ana pay sahibi ve büyük pay sahiplerinin ortak noktası, sermayedeki katılım oranlarının büyüklüğü dolayısıyla şirket yönetiminde ve dolayısıyla şirketin kaderi üzerinde etkili olabilmeye güçleridir. Örneğin, şirketin yönetim kurulunu seçebilme ve görevden alabilmeye varacak kadar kontrol sahibi olmak durumunda böyledir¹⁸. Bu güç, büyük pay sahiplerinin fiili organ olarak nitelendirilmesinin yolunu açmaktadır¹⁹. Fiili organ olmaya sebep olabilecek gücün yanında bir sorumluluğun da söz konusu olup olmadığı tartışılmalıdır.

15 Hans Caspar von der Crone, Catherine Chammartin, “Bemerkungen zu dem Décharge beschluss: Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 i.S. A. AG (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen B., C. und D. (Beklagte und Berufungsbeklagte)”, *SZW/RSDA-Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Sayı 6, 2005, s. 332; Rolf Watter, “Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern – Teil II: Die Theorie”, *RR-VR- Recht relevant. für Verwaltungsräte*, Sayı 2, 2019, s. 6.

16 von der Crone ve Chammartin, s. 332.

17 Şirket yönetimi üzerinde etkili olabilmek bakımından, bazı durumlarda azlık sıfatını taşımanın dahi önemli olabileceği yönünde bkz. Ali Pash, “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 56, Sayı 2, 2008, s. 346.

18 Pash, s. 346.

19 Bu yönde bir değerlendirme için bkz. Aslı E. Gürbüz-Usluel, “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 29, S. 1, 2013, s. 158.

II. Fiilî Organ Kavramı

A. Genel Olarak

Fiilî organ (*olgu organ, faktische Organe*²⁰), aslında şirket organı olmadıkları halde, esasında bir şirket organına (örneğin, TTK m. 375 veya m. 408 anlamında) ait olan yetkiyi fiilen kullanarak şirketin iradesinin ortaya çıkması sürecinde etkili olan kişilerdir²¹. Fiilî organ sıfatı tartışılan kişiler, anonim şirketin herhangi bir yetkili organının seçim kararı olmaksızın, şirket organlarına ait fonksiyonları sürekli ya da geçici olarak kullanarak şirketin kaderi üzerinde etkili olmaktadır²². Bu etkili olma olgusu²³, yönetim yetkisinin yönetim üzerinde tesirli olan kişilere delege edilmesi yönünde bir hukukî işlem olmaksızın gerçekleşmektedir²⁴. Dolayısıyla, “fonksiyonel organ” olarak nitelendirilmek ve sorumluluk dairesinde sayılmak için şirket yönetimi üzerinde etkili olmak yeterli olup; ayrıca, resmî olarak da organ sıfatını kazanmak şart değildir²⁵.

-
- 20 Fiilî yönetim organı için “örtülü yönetim kurulu” ifadesi de kullanılmaktadır (Alexander Vogel, “Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht”, in: *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag*, Zürich 2002, s. 623'te dn. 59); Bu kullanım için ayrıca bkz. Botschaft über die Revision des Aktienrechts, 83.015, 23.2.1983, BBl 1983 II 745, s. 935.
- 21 Patrick Schmidt, Christoph Burckhardt, “Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019 (zur Publikation vorgesehen), A. AG gegen B. Inc., Vertretung der AG (Art. 718 und 32 ff. OR), faktische Organschaft”, *AJP- Aktuelle Juristische Praxis*, Sayı 1, 2020, s. 129; Meinrad Vetter, Roman S. Gutzwiller, “Faktische Organschaft im Konzern - Ein kurzer Überblick”, *GesKR-Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, Sayı 2, 2010, s. 225; Simon Lang, “Die faktische Organschaft”, *GesKR-Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, Sayı 1, 2019, s. 111; Zühtü Aytaç, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 29, S. 4, 2013, s. 12; Helvacı, s. 7; Necla Akdağ-Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 147; Pınar Altınok-Ormancı, “Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri İle Hukukî İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 79, S. 4, s. 1268; BGE 141 III 159, s. 162; Halit Aker, “Hâkim İşletme İle Bağımlı Şirket Arasındaki Hukukî İlişki ve Hâkim İşletmenin Sadakat Borcu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 22, S. 2, 2003, s. 167; bger.ch, E.T. 11.7.2021; BGE 128 III 29, s. 33; bger.ch, E.T. 11.7.2021.
- 22 Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 34; Akdağ-Güney, s. 147; Altınok-Ormancı, s. 1268; Harun Eryiğit, “İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Organ Sıfatı”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2015, s. 216, 217; Mert Aktan, “Genel Kurul-Yönetim Kurulu Arasındaki Fonksiyon/Görev Ayrılığının Türk Ticaret Kanunu ve Kurumsal Yönetim Açısından Değerlendirilmesi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, S. 1, 2015, s. 249.
- 23 Etkili olma olgusu, öğretide *kontrol sahibi* olma olarak da nitelendirilmektedir. Buna göre, yönetim organı olmayan ancak yönetimi etkileme kudretine sahip olan kişiler kontrol sahibidir (Pash, s. 345).
- 24 Meinrad Vetter, *Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, SSW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 261*, Dike Verlag, Zürich, 2007, §3, s. 21; Altınok Ormancı, s. 1268.
- 25 Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Gülören Tekinalp, “Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 45-47, S. 1-4, 1981, s. 349.

Fiilî organ olarak nitelendirilecek kişiler gerçek ya da tüzel kişi olabilir²⁶. Bu gerçek ya da tüzel kişi, şirketin idaresine ilişkin işlemlere karışmakta, seçilmiş yönetim kurulu üyelerine talimat vermekte ve (bir kısım ya da bütün) pay sahipleri tarafından seçilmediği ya da gerçek yönetim kurulu tarafından görevlendirilmediği halde sürekli olarak şirket iradesi üzerinde etkili olmaktadır²⁷.

Şirketin kaderi üzerinde etkili olma durumu, tek başına fiilî organ olarak değerlendirilmek için yeterli değildir. Bunun aksine, fiilî organ sıfatı tartışılan kişinin etkili olduğu alan, o organa has görevlerin ifası içerisinde mütalaa edilebilmelidir²⁸. Örneğin, TTK m. 375 hükmüne göre yönetim teşkilatının belirlenmesi yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerindedir. Buna göre, büyük pay sahiplerinden birinin fiilî organ olarak değerlendirilebilmesi için, sahip olduğu oy miktarı ile tek başına ya da diğer pay sahipleriyle beraber, yönetim kurulu üyelerini ve ayrıca ticari temsilci ve ticari vekilleri genel kurulda kullandığı oylarla belirlemesi yeterli olabilir²⁹. Aslında, pay sahibinin oy hakkı, pay sahipliğinden kaynaklanan bir haktır. Fakat, her hakta olduğu gibi, oy hakkında da hakların başkalarına en az zarar verecek şekilde kullanılması prensibi geçerlidir. Böylece, büyük pay sahipleri, örneğin, şirket yönetimindeki kötü şöhreti herkesçe malum birini sırf kendilerinin menfaatini muhafaza yönünde genel kurulda oy kullanarak seçemez. Ancak, bir pay sahibinin genel kurulda yönetim kurulunun ibrasında oy kullanmasıyla ibra kararının alınmasını sağlaması bu kapsamda değildir³⁰. Zira, büyük pay sahibinin fiilî organ olarak değerlendirilmesi için dikkate alınacak etki doğurucu davranışlar daha çok genel kurul toplantıları dışında ortaya çıkmaktadır³¹.

Fiilî organ sayılmak açısından kritik olan, büyük pay sahibinin işlem ve eylemleriyle adeta gerçek bir organ gibi davranması, açık deyişle ve örnek açısından, kendisi tek başına yönetim kurulu üyesi olsaydı nasıl davranacak idiye öyle hareket etmesi ve şirketin kaderi üzerinde etkili olmasıdır³². Söz gelimi,

26 Aytaç, s. 12; Vetter ve Gutzwiller, s. 225; Vogel, s. 623; Peter V. Kunz, "Materielle Organshaft („faktische VR“): Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht", in: Kunz, Jörg, Arter (Hrsg.) *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX*, Stämpfli Verlag, Bern 2014, s. 178, Yazar haklı olarak, bu anlamda sorumluluğun gerçek ve tüzel kişiler yanında fiilî organ fonksiyonunu üstlenen adi şirket gibi yapılara da teşmil edilmesi gerektiği görüşündedir (a.g.e., s. 179).

27 Botschaft über die Revision des Aktienrechts, 83.015, 23.2.1983, BBl 1983 II 745, s. 935.

28 Kunz, s. 179.

29 Kunz, s. 180.

30 Peter Böckli, Christoph B. Bühler, "Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft", *Philippin, Edgar; Gilliéron, Philippe; Michel, Jean-Tristan; Vullemain, Pierre-François (Ed.), Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Lausanne, 2009, s. 23, 24.

31 Böckli ve Bühler, s. 24.

32 Lang, s. 112; Vetter, §9, s. 112; Şirketin idaresiyle görevli kişiler üzerindeki *etkinin*, genel kurul

büyük pay sahibi bütün yönetim kurulu toplantılarına istisnasız olarak davet ediliyor ve alınan kararlarda oy kullanarak ya da kullanmayarak etkili oluyorsa fiilî organdır³³. Buna karşılık, pay sahibinin alınan karar alma süreçlerini *sadece* asiste etmesi, bazı hazırlık işlemlerine yardım etmesi, pay sahibine fiilî organ sıfatını kazandırmaz³⁴. Bu bakımdan, organ sıfatı tartışılan kişinin imza yetkisinin bulunması da tek başına bir gösterge değildir³⁵. Şirkette, imza yetkisi olduğu halde karar alma süreçlerinde etkisiz olan ve buna karşılık imza yetkisi bulunmadığı halde şirket yönetimi üzerinde büyük etkisi olan kişilerin bulunması mümkündür³⁶.

B. Büyük Pay Sahiplerinin Şirket Organı Gibi Davranmaları

1. Hukuka Aykırılık Sorunu

Pay sahiplerinin, sahip oldukları pay oranlarına göre şirket içinde edindikleri pozisyonu bir şirket organı gibi kullanmaları her şeyden önce, şirketin bağımsızlığı önünde bir engeldir. Çünkü, şirket bir tüzel kişi olarak kendi kendini yönetmelidir³⁷. Öte yandan, pay sahiplerinin şirket organı gibi davranmak suretiyle yönetim üzerinde etkili olmaları anonim şirketin temel yapısına aykırıdır³⁸. Ayrıca bu durum, yönetim kurulu üyelerinin bu görevlerini şahsen ifa etmeleri yönündeki yükümlülüğün de ihlâli anlamına gelir^{39, 40}.

2. Şirket Yönetimi Üzerinde Tek Başına veya Diğer Pay Sahipleriyle Birlikte Etkili Olma

Pay sahiplerinin şirket sermayesindeki katılım oranlarını kullanarak şirketin yönetim organı gibi hareket etmeleri, tek başına hareket ya da başka pay sahipleriyle birlikte hareket etmek suretiyle gerçekleşebilir. Esasında, şirket yönetiminde şirketin yetkili organları tarafından seçilen, göreve getirilen ve

toplantıları dışında ortaya çıkabileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Kunz, s. 179; Böckli ve Bühler, s. 24. Kanaatimizce burada, etkinin kural olarak genel kurul toplantılarında ortaya çıkabileceği yönündeki görüşte isabet bulunmamaktadır. Zira, pay sahibinin salt bu sıfatından kaynaklanan bir hakkını kullanması onun fiilî organ olarak görülmesi için yeterli değildir (Lang, s. 112).

33 Kunz, s. 180.

34 Roman S. Gutzwiller, *Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung*, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Dike Verlag, Zürich, 2017, s. 396, N. 587; Vetter ve Gutzwiller, s. 225; Lang, s. 112; Akdağ-Güney, s. 148.

35 Akdağ-Güney, s. 148.

36 Akdağ-Güney, s. 148.

37 Böckli ve Bühler, s. 25.

38 Böckli ve Bühler, s. 25.

39 Böckli ve Bühler, s. 25.

40 Şahsen ifa yönündeki bu gereklilik dolayısıyla, anonim şirketin fiilî organların yapacakları hukukî işlemlerle bağlanamayacağı ve bu halde sözleşme dışı sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olabileceği yönünde bkz. Schmidt/Burckhardt, s. 129.

ayrıca üçüncü kişilerce de malum olan kişiler dışındaki öznelerin etkili olması arzu edilen bir durum değildir. Zira anonim şirket bağımsız bir tüzel kişidir ve şirket organıymış gibi hareket eden büyük pay sahiplerinin şirket yönetimi üzerinde etkili olması, şirketin idari anlamda bağımsızlığına aykırıdır⁴¹. Bununla birlikte, uygulamada büyük pay sahiplerinin sermayedeki katılım oranlarıyla bu istenmeyen durumu yarattıkları gözlenmektedir. O halde, şirket yönetiminde bu şekilde etkili olan kişilerle sıradan pay sahiplerini birbirinden ayırmak gerekir. Bu sebeple, tek başına ya da birlikte hareket etmek suretiyle şirket yönetimi üzerinde etki etme gücünü yakalayan ve şirket organı gibi hareket eden pay sahiplerinin yönetim kurulu üyeleri gibi sadakat yükümlülüğüne tabi olması da doğaldır⁴². Ancak bu ihtimal dışında pay sahipleri, sermaye borçları haricinde bir yükümlülüğün; bu arada sadakat yükümlülüğünün de muhatabı değillerdir⁴³.

Ayrıca, pay sahiplerinin şirket yönetimi üzerindeki etkisi, üçüncü kişiler vasıtasıyla da gerçekleşebilir. Bu anlamda, yönetim kurulu üyeleri üzerindeki etki pay sahibinin talimatlarıyla bağlı bir üçüncü kişi tarafından da sağlanabilir⁴⁴. Bu halde dolaylı da olsa şirket yönetimi üzerinde yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler dışında kişilerin etkili olması söz konusu olduğundan fiili organ varlığını gösterir⁴⁵.

3. Sürekli veya Münferit Etki

Pay sahiplerinin fiili organ sayılmaları için şirket işlerine yönelik müdahalelerinin süreklilik arz etmesi gerekmez⁴⁶. Zira öğretilerde de haklı olarak ifade edildiği gibi⁴⁷, bir pay sahibinin sahip olduğu katılım oranını kullanmak suretiyle ortaya çıkardığı tek seferlik etki dahi şirketin büyük zararlara uğramasına sebep olabilir. Bu sebeple, şekli organ sıfatını taşımayan pay sahibinin zarar doğurucu kararın alınmasında etkili olması, fiili organ sayılması açısından yeterli olur⁴⁸. Bu noktada önemli olan etkinin ne sıklıkta ortaya çıktığı değil; aksine, ortaya çıkan etkinin hukuka aykırılığı ve gerçekleşen zarar arasındaki uygun illiyet bağıdır⁴⁹.

41 Böckli ve Bühler, s. 24.

42 Böckli ve Bühler, s. 24.

43 Böckli ve Bühler, s. 19.

44 Vetter ve Gutzwiller, s. 225.

45 Vetter ve Gutzwiller, s. 225.

46 Lang, s. 113.

47 Vetter ve Gutzwiller, s. 225; Lang, s. 113.

48 Sefer Oğuz, "Bankacılık Kanunu Kapsamında Banka Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, S. 1, 2017, s. 258.

49 Lang, s. 113.

4. Büyük Pay Sahiplerinin Yönetim Kurulu İçinde Doğrudan Temsil Edilmesi

Büyük pay sahiplerinin şirketin yönetim organını belirleyebilecek düzeyde oya sahip olduğuna kuşku yoktur. Ancak, büyük pay sahiplerinin doğrudan şirketin yönetim organında yer almasına yönelik düzenlemeler getirilmesi de mümkündür. TTK m. 360 hükmünün ilk iki cümlesine göre⁵⁰, esas sözleşmede öngörülmek şartı ile; belirli pay gruplarına, *özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine* ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Hükümde yer alan “özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturma” olgusu, büyük pay sahiplerinin durumuna uygun düşmektedir. Büyük pay sahiplerinin TTK m. 360 anlamında yönetim kurulunda yer alması durumunda, bu kişilerin sorumluluğu -aşağıda ayrıntılarına temas edilecek- kurallara göre değil, TTK m. 549 vd. hükümlerine göre tespit edilir. Çünkü, bu halde organ sıfatı pay sahipliği sıfatından önce gelmektedir. Oysa, büyük pay sahiplerinin organ sıfatına sahip olmaksızın şirket yönetimi üzerinde etkili olması da mümkündür.

5. Fiilî Organın Hukukî İşlemleri

Anonim şirketin yetkili organları tarafından seçilmemiş olmakla birlikte şirketin yönetimi üzerinde fiilen etkili olan pay sahiplerinin hukukî işlemleri, bu kişilerin anonim şirketi temsil yetkisinin bulunmamasından ötürü şirketi bağlamaz⁵¹. Burada, borçlar hukuku anlamında anonim şirketin yetkisiz temsil edilmesi söz konusudur⁵². Buna göre, fiilî organ sıfatıyla anonim şirket adına işlem yapan pay sahiplerinin bu işlemlerinden doğan sonuçların şirketi bağlaması ancak şirketin (yetkili organları aracılığı ile) onaması halinde şirketi bağlar (Türk Borçlar Kanunu [TBK] m. 46/I). Şirketin yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemi onaylamaması halinde bu işlem geçersizdir (TBK m. 47/I).

III. Pay Sahiplerinin Yönetim Üzerindeki Etkisinin Sorumluluğa Yol Açması

A. Genel Olarak

Kuruluş sürecinde kurucuların sorumluluğu bir kenara bırakılırsa, kural olarak, pay sahiplerinin anonim şirketler hukukunda sorumluluk rejimine so-

50 Karş. OR Art. 709/1 ve 2.

51 Altınok-Ormancı, s. 1281.

52 Altınok-Ormancı, s. 1281.

rumlu bir süje olarak dâhil edilmesi mümkün değildir. Çünkü, ortaklık haklarının kullanıldığı genel kurulda alınan bir kararın kanuna ya da esas sözleşmeye aykırı olmasından zarar görecektir olan kişiler öncelikle pay sahipleridir⁵³. Bununla beraber, büyük pay sahiplerinin yönetim üzerinde sahip oldukları etki ve kontrol hakları dolayısıyla diğer pay sahiplerini ya da şirket alacaklılarının bir zarara uğramasına sebep olmaları olasıdır.

B. Sorumluluğun Hukukî Temeli

Pay sahiplerinin tek başlarına ya da diğer pay sahipleriyle birlikte oluşturacakları güçle birlikte şirket organı gibi davranarak ya da doğrudan şirket organları üzerinde hâkimiyet kurarak şirketin finansal kaderi üzerinde etkili olmaları mümkündür. Böyle bir durumda alınan kararlar yüzünden şirketin uğradığı zararlardan şirket organı gibi davranan ya da şirket organları üzerinde etkili olan pay sahipleri de sorumludur⁵⁴. Bu sorumluluk haksız fiil temelidir⁵⁵. Bu sebeple, fiilî organ olarak hareket eden pay sahipleri, uygun illiyet bağının kurulabildiği sürece, doğrudan ya da yansıma yoluyla sebep oldukları zararlardan sorumludurlar⁵⁶.

Bu kabulün, yürürlükteki TTK açısından da hiç değilse yapılacak bir kıyas ile geçerli olduğu söylenebilir. Zira, TTK m. 202 hükmünde hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması düzenlenmektedir. TTK m. 202/1-a hükmüne göre, hâkim şirket hâkimiyetini, bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanamaz. TTK m. 195 hükmünde ise, hâkim şirket-bağlı şirket ilişkisi düzenlenmekte olup; bu ilişki, sahip olunan sermayenin esas sermayeye oranı açısından büyük pay sahipleri ile şirket arasındaki ilişkiye benzetilebilir⁵⁷. Hâkim şirket, fiilî veya hukukî hakimiyetini kullanarak, TTK m. 202/1-a hükmünde sayılan işlem veya eylemleri gerçekleştirmek suretiyle şirketi kayba uğrattırsa şirketin kayıplarını denkleştirmek ya da denk değerinde bir istem hakkı tanımak zorundadır. TTK m. 202/1-b hükmüne göre, bunun gerçekleşmemesi, bir *tazminat yükümlülüğü*

53 Adrian Plüss, "Haftung aus faktischer Organschaft – Risiken von Aktionärpools, Beiräten und Steueraussschüssen", *Insolvenz- und Wirtschaftsrecht*, Sayı 1, 2002, s. 26.

54 Helvacı, s. 8; Gutzwiller, s. 395, N. 587.

55 Böckli ve Bühler, s. 25 ve 26.

56 Gutzwiller, s. 397, N. 588.

57 Yaşar Karayalçın, "Üst Kuruluşlar Hukuku", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 16, S. 1, 1991, s. 35; Hasan Pulaşlı, "Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukukî Sorumluluğuna Etkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 36, S. 4, 2020, s. 34, 35; Aktan, s. 249; Benzer yönde bkz. Aytacı, s. 12; Direnç Akbay, "Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Konusu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, S. 2, 2019, s. 654; Murat Gürel, "Bağlı Şirket Genel Kurulunda Alınan Yapısal Değişiklik Kararları Nedeniyle Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin TTK m. 202.2'nin Gerekliliği Üzerine", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 32, S. 2, 2016, s. 235; Aker, s. 167; Helvacı, s. 8.

doğurur. Hâkim şirket için geçerli olan bu sorumluluk sisteminin, hâkim şirket pozisyonunda aynı nitelikteki eylem ve işlemleri gerçekleştiren bir büyük pay sahibi için geçerli olmaması düşünülemez. Her ne kadar TTK içerisinde bu yönde doğrudan bir hüküm bulunmasa da şirket içindeki hukukî ya da fiilî hakimiyetini bu şekilde hukuka aykırı olarak kullanan büyük pay sahiplerinin de fiilî organ sıfatıyla ancak haksız fiil hükümlerine göre tazminat yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmek gerekir.

C. Teselsül

Fiilî organ sıfatıyla hareket eden büyük pay sahibi ve onun talimat verdiği asıl yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumludurlar⁵⁸. Bu halde, birden çok kişinin birlikte (şirketin uğradığı) bir zarara sebep olması veya aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olmaları durumu gerçekleşmektedir⁵⁹.

D. Sürekli veya Münferit Etki Açısından

Fiilî organ olarak değerlendirmeye yol açan olgu bir seferlik yönetime müdahale şeklinde gerçekleşmiş ise, yönetim üzerinde etkili olanların sorumluluğu, anılan müdahale neticesinde ortaya çıkan zararlarla sınırlıdır⁶⁰. Fiilî organ niteliğindeki büyük pay sahiplerinin sorumluluğu, yönetim üzerinde sürekli olarak etkide bulunması durumunda genişler. Buna göre, yönetimde etkili olan büyük pay sahibi, etkili olduğu yönetim sahasında gerçekleşen bütün zararlardan sorumludur⁶¹. Sorumluluk haksız fiil temeline dayalı olduğundan, bu kişilerin müdahalelerinin bulunmadığı alanlarda gerçekleşen zararlardan sorumlu olmaları düşünülemez⁶².

IV. Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Fiilî Organ Sıfatıyla Muhtemel Hukukî Sorumluluğu

A. Sorumlulukla İlgili Temel İlkeler

Anonim şirketlerde, pay sahiplerinin sahip oldukları pay oranına göre olası sorumlulukları ile ilgili prensipler ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna dair temel esaslar büyük ölçüde benzerdir. Zira pay sahiplerinin sahip oldukları pay oranlarına göre şirket içindeki konumları değişmekte, bu oran arttıkça pay sahiplerinin şirketin yönetimi ve temsili üzerindeki etkileri artmaktadır. Bu doğrultuda, anonim şirketler hukukunda pay sahiplerinin fiilî organ anlamındaki muhtemel hukukî sorumlulukları, borçlar hukukunun ge-

58 Böckli ve Bühler, s. 25.

59 Bu konuda bkz. TBK m. 61.

60 Vetter ve Gutzwiller, s. 225.

61 Vetter ve Gutzwiller, s. 225.

62 Vetter ve Gutzwiller, s. 225.

nel hükümlerindeki haksız fiil sorumluluğuna benzer bir biçimde tespit edilmiştir⁶³. Buna göre hukukı sorumluluğun şartları; hukuka aykırı bir fiilin bulunması, bu hukuka aykırı fiilin kusurla işlenmesi, kusurlu hukuka aykırı fiil ile bir zararın ortaya çıkması ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının kurulabilmesidir⁶⁴.

Yukarıda sayılan şartlardan hukuka aykırılık şartı, anonim şirketler hukukuna göre tespit edilirken; diğer şartlar borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde değerlendirilir⁶⁵. Bu bağlamda, anonim şirketlerde hukukı sorumluluğun, genel hükümlere nazaran bazı farklılıkları vardır. Bu farklılıklar şunlardır⁶⁶: 1- Şirketin uğradığı zararlar için şirket dışındaki kişilerin de (pay sahipleri ve alacaklılar) doğrudan dava açabilmesi, 2- Şirketin içindeki idarî pozisyonlarına ve zararın ortaya çıkmasındaki etkilerine bakılmaksızın birden fazla kişinin birlikte dava edilebilmesi, 3- Dava masraflarının karşılanması konusunda, davacı lehine kolaylıkların kabul edilmiş olması. Özellikle yukarıdaki üçüncü madde, davacı pay sahiplerinin dava sonucunda hükmedilebilecek tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilmeleri (TTK m. 555/1⁶⁷) açısından önemlidir. Zira, davacı pay sahibi ödenecek tazminattan ancak dolaylı olarak ve sermayedeki katılım oranına göre faydalanabilecektir. Öyleyse, dava masraflarının karşılanması bakımından davacılar lehine düzenlemeler (TTK m. 555/2⁶⁸) kabul edilmesi doğaldır⁶⁹. TTK'da hukukı sorumluluk m. 549 vd. hükümlerinde⁷⁰ düzenlenmektedir. Söz konusu hükümlerle anonim şirkete ve

63 Jean Nicolas Druey, Eva Druey Just, Lukas Glanzmann, *Gesellschafts- und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl*, 11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2015, §14, N. 2.

64 Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2009, §18, N. 359; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 3; Marc Bauen, Robert Bernet, *Schweizer Aktiengesellschaft Aktienrecht - Fusionsrecht - Börsenrecht - Steuerrecht*, Schulthess Verlag, Zürich 2007, s. 190, N. 548; Fabian Akeret, *Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren*, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2018, s. 9; Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2000, §72, N. 2; CHK OR, Binder, Roberto, Vorbemerkungen zu Art. 752-763, N. 2; Urteil des Bundesgerichts vom 22. Mai 2013; 4A_127/2013, Erw. 3; swisslex.ch, E.T. 28.6.2021; Urteil der I. Zivilabteilung i.S. X. AG gegen A., B. und C. AG (Berufung), BGE 132 III 342, Erw. 4.1, Dat. 10.1.2006; swisslex.ch, E.T. 28.6.2021.

65 Guhl, Koller, Schnyder, Druey, §72, N. 3; Druey, Druey Just, Glanzmann, §14, N. 2.

66 Druey, Druey Just, Glanzmann, §14, N. 18, 19, 20.

67 Karş. OR Art. 756/1.

68 Karş. (yürürlükten kalkmış olan) OR Art. 756/2 hükmü. Konu ile ilgili yürürlükteki hüküm için bkz. ZPO Art. 107/1, b ve f bentleri.

69 Druey, Druey Just, Glanzmann, §14, N. 20.

70 Karş. OR Art. 753 vd. ve AktG §46-§53.

pay sahiplerine karşı olan sorumluluk sözleşmeler hukukundan kaynaklanır⁷¹. Zarara uğrayan şirketin iflâsı halinde şirket alacaklıları da sorumluluk davası açabilir (TTK m. 556⁷²). Alacaklıların sorumluluk davası ise haksız fiil temeline dayanmaktadır⁷³.

TTK'da kabul edilmiş sorumluluk sisteminin bir diğer özelliği de kişisel sorumluluğun benimsenmiş olmasıdır⁷⁴. Dolayısıyla, hukuka aykırı fiil sonucu gerçekleşen zarardan organ olarak değil; ancak bireysel olarak sorumluluk esaslı geçerlidir⁷⁵. Mutlak teselsül anlayışı yerine farklılaştırılmış teselsül anlayışının geçerli olması da bunun bir göstergesidir^{76, 77} (TTK m. 557).

B. Bazı Örnekler

Fiilî organ gibi hareket ederek şirketin ekonomik kaderi üzerinde etkili olan büyük pay sahiplerinin hukukî sorumluluğuna yol açabilecek bazı örnek işlem ve eylemlerin neler olabileceği konusunda TTK m. 202 hükmünden yararlanılabilir. Buna göre, aşağıdaki eylem veya işlemlerin gerçekleştirilmesi fiilî organ olarak hareket eden pay sahiplerinin hukukî sorumluluğunu doğurur:

- Şirketi, şirket açısından malî kayba yol açacak şekilde iş, varlık, fon, personel, alacak veya borç devri gibi hukukî işlemler yapmaya zorlamak.
- Şirketin kârını azaltmaya zorlamak.
- Şirketin kârını başka kişi veya şirketlere aktarmaya zorlamak.
- Şirketin malvarlığını aynı ya da şahsî haklarla tahdit etmeye zorlamak.
- Şirketi kefalet, garanti veya aval gibi sorumluluklar yüklenmeye zorlamak.
- Şirketi ödemelerde bulunmaya zorlamak.
- Şirketin tesislerini haklı bir sebep olmaksızın yenilememeye ya da âtil kalmaya zorlamak.
- Haklı bir gerekçe olmaksızın şirketi yatırımlarını kısıtlamaya ya da durdurmaya zorlamak.

71 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 36; Druey, Druey Just, Glanzmann, §14, N. 9.

72 Karş. OR Art. 757 ve AktG §93/5.

73 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 38; Druey, Druey Just, Glanzmann, §14, N. 9.

74 İsviçre hukuku açısından bkz. CHK OR, Binder ve Roberto, Vorbemerkungen zu Art. 752-763, N. 2.

75 Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2007, §16, 573; CHK OR, Binder, Roberto, Vorbemerkungen zu Art. 752-763, N. 2.

76 İsviçre hukuku açısından inc. Oliver Hablützel, *Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, SSHW-Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band/Nr. 278, Dike Verlag, Zürich, 2009, 47 vd.

77 Farklılaştırılmış teselsül, zarara sebep olmak bakımından illiyet bağının her sorumlu için ayrı ayrı tetkik edilmesini gerektirir (Hablützel, s. 49).

- Şirket faaliyetlerini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya zorlamak.

- Şirketi, gelişmesini sağlayacak önlemler almaktan alkoymak.

- Haklı bir sebebi bulunmayan ve şirketi kayba uğratan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemler.

- Şirket üzerindeki etkinin, şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanılması sonucunu doğuran her türlü diğer işlem ve eylemler.

C. Pay Sahiplerinin Fiili Organ Anlamındaki Hukukî Sorumluluğun Şartları

1. Zarar

a. Genel Olarak

Zarar, şirketin mevcut malvarlığı durumu ile hukuka aykırı fiil olmasaydı bu malvarlığının bulunacağı durum arasındaki farktır⁷⁸. Bu anlamda aktiflerdeki eksilme, pasiflerdeki artış ya da yoksun kalınan kazanç zarar demektir⁷⁹.

Anonim şirketlerde hukukî sorumluluk bakımından öncelikli şart (tespit edilebilir) bir zararın ortaya çıkmasıdır⁸⁰. Öğretide, hukuka aykırılık bulunsa dahi zarar miktarı tespit edilemiyorsa sorumluluk davasının kabulünün mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁸¹. Ancak, TBK m. 50/II hükmü karşısında bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı açıktır⁸². Söz konusu zararın ortaya çıkmasıyla, sorumlu kişilerin bir menfaat elde etmesi ya da en azından bir menfaat elde etme niyetini taşıması önemli değildir⁸³.

Şirket yönetimini esas sözleşmeye göre ya da fiili olarak edilen bulunduran kişilerin, kanun ya da esas sözleşmeye göre yerine getirmekle yükümlü oldukları, özellikle sadakat ve özen yükümlülüklerinin ihlali şirketin zarara uğraması için tek başına yeterli olabilir⁸⁴. Örneğin, yönetimle görevli kişilerin bir işletmenin devralınması sürecinde yeteri kadar özenli davranmayıp, hâkim pay sahiplerinin etkisinde kalarak söz konusu işletmeyi değerinden daha fazla

78 Claudia Suter, *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, SSHW-Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Dike Verlag, Zürich, 2010, s. 13; Bauen/Bernet, s. 196, N. 561; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 58.

79 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 58.

80 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 57.

81 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 57.

82 TBK m. 50/II: "Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışımı ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakaniyete uygun olarak belirler."

83 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 60.

84 Hans Caspar von der Crone, *Aktienrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020, §21, N. 1846.

ödemek suretiyle devralmalarında şirketin zarara uğradığına kuşku yoktur⁸⁵.

b. Doğrudan-Yansıma Yoluyla Zarar Ayrımı

Doğrudan ve yansıma yoluyla zarar ayrımı, sorumluluk davasının açılması bakımından ve aktif dava ehliyeti açısından önemlidir⁸⁶. Fiilî organ özelliğinde olmayan pay sahipleri veya alacaklılar, uğradıkları doğrudan zararlar için sorumlu kişilere (konumuz açısından fiilî organ niteliğindeki büyük pay sahiplerine) dava açabilir ve bu dava sonucunda hükmedilebilecek tazminat kendilerine ödenir⁸⁷. Ancak, yansıma yoluyla zararlar şirketin doğrudan zararları olduğu için açılacak davada tazminat ancak şirkete ödenebilir⁸⁸.

Doğrudan zarar, sorumluluğa sebep olan yapma ya da yapmama şeklinde bir fiilin doğrudan doğruya sorumluluk davası açan kişinin malvarlığında sebep olduğu eksilme, pasiflerde artış ya da bir kazançtan yoksun kalmadır⁸⁹. Şirketin malvarlığındaki eksilmeleri sebebiyle uğradığı zararlar doğrudan zarar niteliği taşır. Aynı şekilde, yalnızca pay sahipleri ve alacaklıların malvarlığı üzerinde etki doğuran zararlar da doğrudan zararlardır⁹⁰. Örneğin, çoğunluğun baskısıyla yönetim organının rüçhan haklarını haklı bir sebep olmaksızın kaldırması durumunda azınlıkta kalan pay sahipleri direkt zarara uğramış olurlar⁹¹.

Yansıma yoluyla zararın varlığında ise, sorumluluk doğuran hukuka aykırı fiil sebebiyle gerçekleşen zarar davacının (örneğin şirket alacaklısının) değil, doğrudan şirketin malvarlığında ortaya çıkmaktadır⁹². Burada şirket alacaklısının dolaylı zararını doğuran olgu, şirketin malvarlığındaki eksilme sebebiyle, artık bu kişinin (şirketten olan) alacağıının tam olarak karşılanamıyor olmasıdır⁹³. Anonim şirketler hukukunun doğrudan doğruya alacaklıları korumayı hedefleyen bir hükmüne aykırı bir hukukî işlem (örneğin bir yönetim kurulu kararı) varsa, gerçekleşen zarar alacaklının doğrudan zararıdır⁹⁴. Aynı hukukî işlem şirket paylarının değerini düşürecek etkiye de sahipse, bu kez (şirketin

85 von der Crone, §21, 1846.

86 Bauen ve Bernet, s. 196, N. 561.

87 Bauen ve Bernet, s. 197, N. 562.

88 Bauen ve Bernet, s. 197, N. 562; Ayrıca bkz. TTK m. 555 ve 556 hükümlerine göre, şirketin uğradığı zararın tazminini şirket ve her bir pay sahibi ve iflâs halinde alacaklılar da talep edebilir. Bu hükümlere göre, pay sahipleri ve alacaklılar tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler.

89 Böckli, §18, N. 361.

90 von der Crone, §21, 1848; Druey, Druey Just, Glanzmann, §14, N. 97.

91 von der Crone, §21, N. 1850.

92 BGE 122 III 176, 190, Erw. 7-b, Dat. 8.3.1996, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021; Druey/Druey Just/Glanzmann, §14, N. 98.

93 BGE 122 III 176, 190, Erw. 7-b, Dat. 8.3.1996, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021.

94 BGE 125 III 86, 88, Erw. 3-a, Dat. 11.12.1998, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021.

doğrudan zararı yanında) şirket yönetiminde etkili olan büyük pay sahipleri dışındaki pay sahibinin elinde bulundurduğu payların değerinin düşmesi sebebiyle uğradığı yansıma yoluyla zararlar ortaya çıkar⁹⁵.

2. Kanun ya da Esas Sözleşme Gereğince Yerine Getirilmesi Gerekli Bir Yükümlülüğün İhlâli

Pay sahiplerinin tek borcu taahhüt edip de ödemedikleri sermaye borçlarıdır. Büyük pay sahiplerinin yönetim organı gibi davranmaları durumunda, yukarıda da temas edildiği üzere, bu borca sadakat borcu da eklenecektir. Aynı zamanda, yönetim organı fonksiyonunu kullanan pay sahipleri, aslında hukuka aykırı olan bu pozisyonları içinde, hiç değilse yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilere düşen asgari yükümlülükleri yerine getirmelidir. Bu doğrultuda, hukukî sorumluluğun diğer şartının, hukuken sorumlu tutulan (yönetim kurulu üyesi ya da fiilî organ olarak davranan pay sahibinin) bir kişinin kanun ya da esas sözleşme uyarınca muhatabı olduğu yükümlülüklerle aykırı davranması olduğu söylenebilir⁹⁶. Bu yükümlülüklerin neler olduğu konusunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, TTK içerisinde ilgili birçok konu içinde dağınık olarak yönetim kurulunun görev ve yetkileriyle yükümlülüklerine dair belirlemeler bulunmaktadır. Bu konuda yol gösterici hükümlerden biri, yönetim kurulunun devredilemez yetkilerini sıralayan TTK m. 375 hükmüdür. Devredilemez yetkilerin başka kişi ya da kurullara veya yönetim kurulunun oluşturduğu komite veya komisyonlara devredilmesi bu anlamda şirkete ya da pay sahiplerine (veya alacaklılara) doğrudan ya da dolaylı olarak zarar verebilecek bir kusur olacaktır. Bu halde dahi, devredilmesi yasak olan yetkileri devralan kişilerin fiilî organ oldukları kabul edilmeli ve bu kişiler, pay sahipleri, şirket veya şirket alacaklılarına verdikleri zararlardan ötürü sorumlu tutulmalıdır⁹⁷.

Alacaklılar açısından kanunî ya da esas sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlâlinin sorumluluk sebebi teşkil etmesi, ihlâl edilen normun münhasıran alacaklıları koruması halinde mümkündür⁹⁸. Bunun aksine, sadece şirketi ya da pay sahiplerini koruyucu bir kanun ya da esas sözleşme hükmünün ihlâli,

95 BGE 131 III 306, 310, Erw. 3.1.1, Dat. 9.11.2004, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021; Bauen ve Bernet, s. 197, N. 561.

96 BGE 110 II 391, 394, Erw. 2, Dat. 10.04.1984, swisslex.ch, E.T. 28.6.2021; Böckli, §18, N. 361; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 70.

97 Himmet Koç, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, S. 1, 2020, s. 74.

98 BGE 110 II 391, 395, Erw. 2-b, Dat. 10.04.1984, swisslex.ch, E.T. 28.6.2021.

alacaklılar açısından sorumluluk davası açmak için yeterli olmaz⁹⁹. Yükümlülüğün ihlâli sebebiyle zarar gören kişinin, zararın ortaya çıkmasına rızası varsa, yine sorumluluk düşer¹⁰⁰.

3. Kusur

Hukukî sorumluluk için gerekli kusur kasıt ya da ihmâl derecesinde olabilir¹⁰¹. Buna göre, anonim şirketlerde sorumluluğun kabul edilebilmesi için hafif kusurun varlığı dahi yeterlidir¹⁰². İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre¹⁰³ kusur, zarar veren kişinin kendi eyleminin (zarara uğrayan için) zarar verici olabileceğinin bilincinde olmasıdır. Karara göre burada, zarar verici niteliğin öngörülebilmesi yeterli olup; bu niteliğin kesin olarak bilinir olması aranmaz. Zarar veren kişiden beklenen dikkat ve özene göre, bu kişinin somut zarar tehlikesinin farkında olması yeterlidir. Bu anlamda, hukuken sorumlu kişinin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği kesin olarak tespit edilebiliyorsa kusur da var demektir¹⁰⁴. Organ sıfatı taşımayan ancak şirket yönetimi üzerinde etkili olan kişiler açısından bu yöndeki kusurun tespiti nispeten kolaydır. Çünkü, fiilî organ sıfatıyla sorumlu tutulan büyük pay sahibi, aslında organ sıfatı taşımadığının bilincindedir. Buna rağmen şirket yönetimi üzerinde etkili olması, kusurlu davranışın kanıtı olarak gösterilebilir.

Ayrıca, kusurun varlığı için ayırt etme gücü yeterli olup; hukukî işlem ehliyetinin bulunması zorunlu değildir¹⁰⁵. Bu açıdan kusur, gerçekleştiği zaman bakımından dikkate alınmalıdır. Bunun aksine, sorumluluğun tartışıldığı tarihteki koşullar esas alınarak geriye dönük değerlendirme yapılmamalıdır¹⁰⁶.

4. Uygun İliyet Bağı

Uygun illiyet bağı, kanun ya da esas sözleşme gereğince yerine getirilmesi gerekli bir yükümlülüğün ihlâlinin somut zarara sebep olmasıdır¹⁰⁷. Diğer bir deyişle, anonim şirket organlarının ya da bu organların fonksiyonlarını kullanan kişilerin kanun ya da esas sözleşme hükümlerine göre üstlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemeleri ile şirketin (veya pay sahipleri ya da ala-

99 BGE 110 II 391, 395, Erw. 2-b, Dat. 10.04.1984, swisslex.ch, E.T. 28.6.2021; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 73.

100 Bauen ve Bernet, s. 200, N. 585.

101 von der Crone, §21, N. 1856.

102 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 75; Bauen ve Bernet, s. 201, N. 587.

103 BGE 99 II 176, 179, Erw. C-1, Dat. 18.9.1973, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021.

104 Bauen ve Bernet, s. 201, N. 587.

105 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 78.

106 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 79.

107Böckli, §18, N. 416; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 91.

caklıların) uğradığı zararlar arasında doğrudan bir bağlantı bulunmalıdır¹⁰⁸.

Öğretide “uygun” sözcüğü bilinçli olarak kullanılmaktadır. Çünkü, hukuka aykırı fiil ve zarar arasındaki her türlü illiyet bağı değil ancak zarara sebep olmaya elverişli, uygun illiyet bağı esas alınır¹⁰⁹. Bu doğrultuda, İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararına göre¹¹⁰ anonim şirketlerde sorumluluk alanında uygun illiyet bağı, kanun ya da esas sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmesi gerekli bir yükümlülüğün ihlâlinin, hayatın olağan akışı ve genel yaşam tecrübelerine göre gerçekleşen zararın ortaya çıkmasına elverişli olmasını ve zarar ile zarara yol açan olgu arasında hâkim nezdinde kesin bir bağlantının bulunmasını gerekli kılar. Buna karşılık, hukuka aykırı davranış olmasaydı dahi zarar gerçekleşecek idiyse uygun illiyet bağının varlığından söz edilemez¹¹¹. Zarara, üçüncü kişinin fiilinin yol açması durumunda da illiyet bağı kesilir¹¹². İlliyet bağının bulunmadığı durumlarda da sorumluluktan söz edilemez¹¹³.

Sonuç

Anonim şirket pay sahiplerinin şirket borçlarından sorumluluğu bulunmaması tek borç ilkesi olarak ifade edilmektedir. Tartışmalar kısmında da ifade edildiği üzere, pay sahiplerini sermaye borcunu aşan bir borcun muhatabı kılmak radikal bir yaklaşımdır. Ancak, pay sahiplerinin sermayedeki katılım oranlarına göre şirkette hâkim konuma geldikleri de bir vakaadır.

Pay sahibinin şirket içindeki hâkim konumunu kullanmasıyla, istediği kişiyi yönetim kurulu üyesi olarak seçmesi, istediği zaman bu kişiyi görevden alması ve hatta seçtiği kişilere istediği kararları aldırması mümkündür. Bu kararlar, bizatihi şirketin menfaatlerine, diğer pay sahiplerinin ya da alacaklıların menfaatlerine aykırı olabilir. Bu halde, şirketin ekonomik kaderi üzerinde söz hakkı sahibi olan kişilerin şekli yönetim kurulu üyeleri gibi bir sorumluluğun muhatabı kılınmaları düşünülmelidir.

Büyük pay sahiplerinin, şirketin yönetimi üzerinde doğurdıkları etkiyle beraber şirketin, diğer pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının zarara uğramasına sebep olmaları, haksız fiil temelinde bir sorumluluk doğurmaktadır. Zira TTK m. 553 ve devamı hükümlerinde yönetim kurulu üyeleriyle yöneticiler zikredilirken; pay sahiplerinin olası fiilî organ sıfatları anılmamıştır. Bu durum kanun koyucunun meseleye tamamen yabancı olduğunu göstermez. Zira

108 Böckli, §18, N. 416; von der Crone, §21, N. 1855.

109 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 92.

110 BGE 113 II 52, 57, Erw. 3-a, Dat. 7.4.1987, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021.

111 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, §36, N. 94.

112 Böckli, §18, N. 423.

113 Böckli, §18, N. 417.

TTK m. 202 hükmünde, hâkim şirket-bağlı şirket bahsinde, benzer bir hukukî ilişki için tazminat sorumluluğu kabul edilmiştir. O halde, benzer kararları bir büyük pay sahibinin aldırması halinde de bu pay sahibi (ya da pay sahipleri) hâkim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı olarak kullanmasında olduğu gibi benzer bir sonucun muhatabı olmalıdır.

Çatışma Beyanı: *Yazar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.*

KAYNAKLAR

- Akbay, Direnç, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Konusu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, S. 2, 2019, s. 629-660.
- Akdağ-Güney, Necla, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Aker, Halit, “Hâkim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukukî İlişki ve Hâkim İşletmenin Sadakat Borcu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 22, S. 2, 2003, s. 153-206.
- Akeret, Fabian, *Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren*, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2018.
- Aktan, Mert, “Genel Kurul/Yönetim Kurulu Arasındaki Fonksiyon/Görev Ayrılığının Türk Ticaret Kanunu ve Kurumsal Yönetim Açısından Değerlendirilmesi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, S. 1, 2015, s. 245-270.
- Altınok-Ormancı, Pınar, “Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri İle Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 79, S. 4, 2021, s. 1261-1283.
- Aytaç, Zühtü, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 29, S. 4, 2013, s. 5-58.
- Bauen, Marc; Bernet, Robert, *Schweizer Aktiengesellschaft Aktienrecht - Fusionsrecht - Börsenrecht - Steuerrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 2007.
- Böckli, Peter, *Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2009.
- Böckli, Peter; Bühler, Christoph B., “Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft”, Philippin, Edgar; Gilliéron, Philippe; Michel, Jean-Tristan; Vulliemin, Pierre-François (Ed.), *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Lausanne 2009, s. 17-41.
- Çamoğlu, Ersin, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Daeniker, Daniel, “Wer kontrolliert die Aktiengesellschaft?”, *SZW-Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Sayı 5, 2016, s. 434-443.
- Druey, Jean Nicolas; Druey Just, Eva; Glanzmann, Lukas, *Gesellschafts- und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl*, 11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2015.
- Eryiğit, Harun, “İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Organ Sıfatı”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2015, s. 213-228.
- Forstmoser, Peter; Meier-Hayoz, Arthur, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2007.
- Forstmoser, Peter; Meier-Hayoz, Arthur; Nobel, Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag, Bern, 1996.
- Guhl, Theo; Koller, Alfred; Schnyder, Anton K.; Druey, Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2000.
- Gutzwiller, Roman S., *Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie ei-*

ner Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Dike Verlag, Zürich, 2017.

- Gürbüz-Usluel, Ash E., “Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılanma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukukî Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 29, S. 1, 2013, s. 141-172.
- Gürel, Murat, “Bağlı Şirket Genel Kurulunda Alınan Yapısal Değişiklik Kararları Nedeniyle Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin TTK m. 202.2'nin Gerekliliği Üzerine”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 32, S. 2, 2016, s. 211-242.
- Hablützel, Oliver, *Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, SSHW-Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band/Nr. 278, Dike Verlag, Zürich 2009.
- Hartmann, Jürg E.; Singer, Ilona, “Gross- und Ankeraktionäre von kotierten und nichtkotierten Publikums-Aktiengesellschaften”, *GesKR-Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, Sayı 4, 2012, s. 539-558.
- Häusermann, Daniel M., “Minderheitenschutz in der «Aktionärsdemokratie»”, *GesKR-Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, Sayı 1, 2014, s. 210-220.
- Helvacı, Mehmet, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1995.
- Jentsch, Valentin, *Transaktionsvereinbarungen bei öffentlichen Übernahmen*, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht, Schulthess Verlag, Zürich 2015.
- Karayalçın, Yaşar, “Üst Kuruluşlar Hukuku”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 16, S. 1, 1991, s. 7-48.
- Koç, Himmet, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, S. 1, 2020, s. 62-82.
- Kunz, Peter V., “Materielle Organshaft („faktische VR“): Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht”, in: *Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.) Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX*, Stämpfli Verlag, Bern 2014, s. 173-195.
- Lang, Simon, “Die faktische Organshaft”, *GesKR-Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, Sayı 1, 2019, s. 111-117.
- Oğuz, Sefer, “Bankacılık Kanunu Kapsamında Banka Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, S. 1, 2017, s. 255-286.
- Olgiati, Lorenzo, *Aktionärsvertreter im Verwaltungsrat von Publikumsgesellschaften – Möglichkeiten und Schranken der Einflussnahme durch Grossaktionäre*, Kapitalmarkt - Recht und Transaktionen XIII, EIZ - Europa Institut Zürich, Schulthess Verlag, Zürich, 2019.
- Pashı, Ali, “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 56, Sayı 2, 2008, s. 345-358.
- Plüss, Adrian, “Haftung aus faktischer Organshaft – Risiken von Aktionärpools, Beiräten und Steuergauschüssen”, *Insolvenz- und Wirtschaftsrecht*, 1/2002, s. 25-28.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Tekinalp, Gülören, “Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 45-47, S. 1-4, 1981, s. 347-398.
- Pulaşlı, Hasan, “Tek Ortaklı Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumlu-

luğu ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin Buna İlişkin Üç Kararı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 25, S. 4, 2009, s. 97-134.

- Pulaşlı, Hasan, "Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukukî Sorumluluğuna Etkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 36, S. 4, 2020, s. 5-40.
- Roberto, Vito; Trüeb, Hans Rudolf (Hrsg.), *Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR – VegüV*, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016. (Anılış: CHK OR, Yazar, Art. -, N. -)
- Schäfer, Carsten, "Rechte und Pflichten des privaten Großaktionärs (1/2)", *ZHR-Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, Cilt 185, Sayı 2-3, 2021, s. 226-248.
- Schmidt, Patrick; Burckhardt, Christoph, "Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019 (zur Publikation vorgesehen), A. AG gegen B. Inc., Vertretung der AG (Art. 718 und 32 ff. OR), faktische Organschaft", *AJP- Aktuelle Juristische Praxis*, Sayı 1, 2020, s. 126-130.
- Suter, Claudia, *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, SSHW-Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Dike Verlag, Zürich, 2010.
- Vetter, Meinrad, *Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR*, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/ Nr. 261, Diker Verlag, Zürich, 2007.
- Vetter, Meinrad; Gutzwiller, Roman S., "Faktische Organschaft im Konzern - Ein kurzer Überblick", *GesKR-Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, Sayı 2, 2010, s. 224-229.
- Vogel, Alexander, "Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht", in: *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag*, Zürich, 2002, s. 607-635.
- von der Crone, Hans Caspar, *Aktienrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2020.
- von der Crone, Hans Caspar; Chammartin, Catherine, "Bemerkungen zu dem Déchargebeschluss Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005 i.S. A. AG (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen B., C. und D. (Beklagte und Berufungsbeklagte)", *SZW/RSDA-Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Sayı 6, 2005, s. 329-338.
- Watter, Rolf, "Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern – Teil II: Die Theorie", *RR-VR- Recht relevant. für Verwaltungsräte*, Sayı 2, 2019, s. 5-7.

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

- A. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) hakemli dergi statüsünde yılda iki sayı olarak (Haziran, Aralık) olarak yayımlanmakta ve **TR Dizin (ULAKBİM)**, **SOBİAD** ve **Index Copernicus International dizinleri ile HeinOnline, ICI World of Journals ve EBSCO veri tabanları** tarafından taranmaktadır. Eserlerin değerlendirilmesi çift kör hakem sürecine uygun olarak yapılır.
- B. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde makale, karar incelemesi ve mevzuat değerlendirmesi şeklindeki akademik çalışmalar kabul edilmektedir.
- C. Dergiye gönderilen eserler, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, eser göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır. Eser, DergiPark (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd>) üzerinden veya "hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr" adresine Word formatında (.doc, .docx) gönderilebilir.
- D. Dergiye değerlendirilmek üzere gönderilen bütün çalışmalarda eser sahiplerinin ORCID numarası (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası) alması ve çalışmalarında ORCID numaralarını belirtmeleri gerekir.
- E. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Editör Kurulu herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
- F. Eserlerin dergiye gönderilmesinden sonra eser değerlendirme süreci, ön inceleme aşaması, hakem değerlendirme aşaması ve gerekli olduğu takdirde düzeltme aşaması şeklinde gerçekleşir.
- Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek tüm akademik çalışmalar aşağıda verilen şekil şartlarına göre hazırlanmalıdır.
1. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
 2. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlıklar, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanır.

3. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a. – i.** sistemini takip etmelidir. Giriş ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır. Ayrıca, makale içi başlıkları dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.
 4. Başlık kısmının altında iki yana yaslı olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna “*” koyularak dipnotta yazarın unvanı, görevi, ORCID numarası ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
 5. Yazarın bilgilerinin altında “Öz” (Türkçe özet) yazılmalıdır. “Abstract” (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra “Résumé” (Fransızca özet) veya “Zusammenfassung” (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda “Anahtar kelimeler” kısmı yer almalıdır. “Keywords” ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna “Mots-clés” veya “Schlüsselwörter” eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.
 6. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonuna ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir.
 7. Referans ve ek açıklamalar için dipnotlar tek satır aralığı ile 10 punto ile metin içinde ilgili yerde satır üstüne küçük rakamla (1,2,3...) sıra numarası konarak verilir. Dipnotları sayfa altında gösterilir.
 8. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına “-” koyulmalıdır.
 9. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
- Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.
10. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, “bölüm adı”, Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
- Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, “An Overview of International Sanctions’ Impact on Treaties and Contracts”, Ed. Natalino Ronzitti, *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.

11. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, “makale adı”, *dergi adı*, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.

12. Dipnotlarda online kaynaklara atıf için [(varsa) yazarın adı soyadı, (varsa) *sayfa başlığı*, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?*, <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations> (01.12.2019).

13. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atıf için [yazarın adı soyadı, “madde başlığı”, *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: F.V. Garcia-Amador, “Organization of American States”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.

14. Dipnotlarda teze atıf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitü” ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü” Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.

15. Tercüme eserlerde mütercimın adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.

Ör.: Klaus Tiedemann (Terc. Ayşe Nuhoglu), *Ekonomi Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 89.

16. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Aydın, s. 95.

17. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).

Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.

18. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir. Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.
19. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır.
20. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar arasında “;” kullanılmalıdır.
21. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde “Kaynaklar”, İngilizce makalelerde “Bibliography”, Fransızca makalelerde “Bibliographie”, Almanca makalelerde “Literatur” başlığını taşımaktadır. Faydalanılan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.
22. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasına virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.

