



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 8 - Sayı: 2 - Temmuz 2022

Anadolu Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi
Prof. Dr. Fuat ERDAL

Yayın Kurulu Başkanı
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ

Baş Editör
Doç. Dr. Tolga AKKAYA

Editör
Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK

Editör Yardımcısı
Arş. Gör. Neyzen Fehmi DOLAR
Arş. Gör. Burak IŞIK
Arş. Gör. Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80 - 2240
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd>


Yayına Hazırlayan
Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Ankara | Temmuz 2022

e-ISSN
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan hakemli bir hukuk dergisidir.

AndHD,  **Jurix** veritabanında da indekslenmektedir.

Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Danışma Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniv., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. İbrahim KAYA
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL
Prof. Dr. Uğur YİĞİT

^(*) Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve alfabetik sıraya göre gösterilmektedir.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ("AndHD")

Amaç

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hukukun her alanında hazırlanan özgün ve bilimsel çalışmaların elektronik ortamda yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Kapsam

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergide hukukun her alanından hakemli makale, çeviri, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilmektedir. Yazı dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Etik İlkeler ve Yayın Politikası

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği AndHD'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

Yazarlar

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Çok yazarlı çalışmalar için **Katkı Oranı Beyan Formunun** her bir yazar tarafından imzalanarak sisteme yüklenmesi gerekir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekirken, bu kişiler ilgili çalışmadan sorumlu tutulmazlar. Bu kişilerin çalışmaya katkıları, çalışmanın ilk sayfasında başlığa eklenecek bir yıldızlı dipnotla belirtilir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

Hakemler

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir. Hakemin ilgili çalışmanın değerlendirilmesi hususunda kendini yetkin görmemesi halinde hakemlik görevinden kaçınılmalıdır.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmalarını tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.

- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceği kanaatine varması halinde, zaman kaybetmeden editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

Editörler

AndHD dergi editörleri OPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu’nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- AndHD’ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde ayrımcılığa sebebiyet verecek herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem değerlendirmeleri sonucunda yayıma uygun bulunan çalışmaların, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilmesi mümkündür.
- Dergiye gönderilen çalışmanın; derginin amaç ve kapsamına ile yazım kurallarına ve yayın politikasına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmemesi halinde hakeme gönderilmeden editör tarafından reddedilmesi mümkündür. Bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlerin, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editör, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editör, görevini burada ve atıf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri listeden çıkarır.
- Editör, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

Yazım Kuralları

Yazım Dili

Çalışmaların dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Dosya Formatı

Çalışmalar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

İletişim Bilgileri

Çalışma dosyaları ile birlikte yazarın adına ve soyadına, unvanına, çalıştığı kuruma, ORCID numarasına, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler editöre ulaştırılmalıdır.

Ana başlık Öz ve Anahtar Kelimeler

Dergiye gönderilen makaleler Türkçe ve yabancı dilde (İngilizce veya Almanca) başlık, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ile ilgili makaledeki konuyu tanımlayan en az beş anahtar kelimeyi içermelidir.

Sayfa Düzeni

Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.

- Kâğıt boyutu: A4
- Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
- Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı

Yazının Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır.

Yazarın (varsa) görev yaptığı kurum ve unvanı, e-posta adresi ve ORCID numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.

Başlıklar

Bölüm başlıkları, "I, II, III, ..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, "A, B, C..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar "1, 2, 3, ..." ve ardından gelenler "a, b, c..." "aa, bb, cc...", "aaa, bbb, ccc..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

(Örnek:

I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK

A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük)

Kısaltmalar

Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek: İlk kullanım için Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım için TMK)

Atıf Kuralları

Hazırlanan çalışmalarda atıflar dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden önce kullanılmalıdır.

Metin içinde yer verilen yazar soyadları ilk harfi büyük ve italik olarak yazılır.

(Örnek: Eren,)

Dipnotlar

Dergiye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.

Bir yazarlı kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır. Tek baskı olanlarda baskı sayısının belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.

(Örnek: EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018, s. 10.)

Makalelerde, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayımlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ARSEBÜK, A. Esat: "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 7.)

Birden fazla yazarlı kitap ve makalelerde, yazarların ad ve soyadlarının arasına "/" işareti koyulmalıdır.

(Örnek: AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 10)

Editörlü kitaplar ve sempozyum vb. yayınlarında, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, (Ed.) kısaltması, editör veya çevirmenin soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55.)

Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb. yayınlarda, yayımlayan, yayının adı, yayın tarihi, sayfa numarası ("s.") sırasıyla verilmelidir.

(Örnek: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission): Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010), 2010, s. 13.)

Yüksek lisans ve doktora tezlerinde, yazarın soyadı ve adı, italik olarak tez başlığı, üniversite ve enstitü adı, şehir, yıl ve sayfa numarası belirtilmelidir.

(Örnek: MANAVGAT, ÇAĞLAR: *Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1988, 42.)

İlk kullanımdan sonraki dipnotlarda, sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10.)

Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ve kaynakçada ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda; yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarası usulü izlenmelidir.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, *Başlangıç Hükümleri*, s. 10.)

Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında ";" işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10; ARSEBÜK, s. 13.)

Yargı kararlarına yapılacak atıflarda; mahkeme adı, dairesi, karar tarihi, esas ve karar numarası belirtilmelidir.

(Örnek:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı:

AİHM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) §

Anayasa Mahkemesi kararı:

AYM, T. 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararı:

AYM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) §

Uyuşmazlık Mahkemesi kararı:

UYM, T. 15.11.1999, E. 1999/24, K. 1999/31

Yargıtay kararı:

Yargıtay, 2. HD., T. 02.01.2015, E. 2012/01, K. 2015/03

Danıştay kararı:

Danıştay, 13. D., T. 08.07.2020, E. 2020/1825, K. 2020/1848

Bölge Adliye Mahkemesi kararı:

Ankara BAM, 1. HD., T. 02.10.2017, E. 2017/696, K. 2017/976

Bölge İdare Mahkemesi kararı:

Ankara BİM, 2. İDD., T. 27.04.2018, E. 2017/13600, K. 2018/998

Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd> E.T.: 07.07.2019)

Mevzuata yapılacak atıflarda, ilgili mevzuatın yayımlandığı Resmî Gazete'nin tarih ve sayı bilgileri belirtilmelidir.

(Örnek: ... tarihli ve ... sayılı Resmî Gazete.)

Kaynakça

Kaynakça, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile eserin kaynakçada yer verilmiş biçimi aynı olmalıdır.

Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri, editörlü kitap bölümü vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

Örnek:

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

ARSEBÜK, A. Esat, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.

ROHE, Mathias: “Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55-70.

Değerlendirme Süreci

Yayın Etiği Bakımından Değerlendirme

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler. Bu doğrultuda, *AndHD*'ye gönderilen çalışmaların değerlendirme süreci derginin Etik İlkeleri ve Yayın Politikası çerçevesinde yürütülür. İlgili ilke ve kuralların ihlal edildiğinden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları uygulanır.

Öninceleme ile Yazım ve Dil Denetimi

Dergide yayımlanması istenen çalışmalar başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak verildiği kabul edilir. Editör Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu saptanan yazılar hakeme gönderilmeksizin gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.

Tüm çalışmalar yayımlanmadan önce, tekrar, ilgili Yazım ve Dil Editörünün denetiminden geçer.

Hakem Değerlendirme Süreci

Değerlendirme süreci çift taraflı kör hakemlik yöntemiyle yürütülür. Editör Kurulu tarafından gerçekleştirilen ilk incelemeden geçen çalışmalar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemler ilgili çalışmanın aynen yayımlanmasını, düzeltilmesini yahut yayımlanmamasını önerir.

Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise çalışma üçüncü hakeme gönderilerek gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır.

Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan çalışmalar, Editör Kurulu gerek gördüğü takdirde, bir kez daha hakeme gönderilebilir. Tüm hakem raporları beş yıl boyunca saklanır.

Diğer Çalışmaların Değerlendirilmesi

Hakemli makaleler ve çeviriler dışındaki çalışmaların yayımlanması Editör Kurulunun kararına bağlıdır. Çevirilerin değerlendirmeye alınabilmesi için metin ile birlikte yazının kaynak dildeki özgün metni ve sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan çeviri izni de gönderilmelidir.

İntihal Politikası ve Benzerlik Raporu

İntihal Politikası

Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir. Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.

Dergiye gönderilen çalışmaların değerlendirilmesi sırasında intihalden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınır.

Benzerlik Raporu

Tüm araştırma makaleleri **iThenticate** veya **Turnitin** üzerinden alınan benzerlik raporu ile birlikte gönderilmelidir. Dergide yayımlanması istenen araştırma makalesi için benzerlik raporu alınması mümkün değil ise ilgili çalışma gönderilmeden önce Editörlük ile iletişime geçilmesi önerilir.

AndHD'nin intihal politikası bağlamında belirli bir benzerlik oranı belirlenmemiş olup çalışmanın değerlendirme sürecine alınıp alınmayacağına, çalışmanın niteliği ve benzerlik raporunda tespit edilen benzerliklerin durumuna göre Editör Kurulu tarafından karar verilir.

Telif Politikası ve Yayın Lisansı

Yazarlar çalışmalarını AndHD'ye gönderirken Telif Hakkı Formunu imzalarlar. Bu form ile, AndHD'de yayımlanmak üzere gönderdikleri çalışmalarının,

- AndHD Etik İlkeler ve Yayın Politikası ile Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde hazırlandığını,
- Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olduğunu,
- İlgili çalışma üzerindeki, işleme, çoğaltma, temsil, basım, yayım, dağıtım ve internet yoluyla iletim de dâhil olmak üzere her türlü umuma iletim ve mali haklarını Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisine devretmeyi kabul ve taahhüt ederler.

AndHD tarafından yayıma kabul edilen çalışmalar Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) lisansı ile yayımlanır. Bu lisansla kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verilir.

Açık Erişim Politikası

AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) ile lisanslıdır. Bu lisans, kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verir.

Ücret Politikası

Dergide makale yayımı ve değerlendirme süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için gönderim ya da yayım ücreti alınmaz, hakemlik faaliyeti için ücret ödenmez. AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü okuyuculara ücretsiz olarak sunulur.

Sunuş

Değerli Okuyucular,

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin (AndHD) Temmuz 2022 sayısı, DergiPark üzerinden elektronik olarak yayımlanmıştır. Bu sayıda kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında kaleme alınan hakemli araştırma makalelerine, bir makale çevirisine ve güncel yargı kararlarının özetlerine yer verilmiştir.

Derginin araştırma makaleleri bölümünde, “İnternet Ortamında ve Sosyal Ağlarda İşlenen Cinsel Suçlar”, “Eser Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin İfası”, “İdare Hukuku Açısından Yazma Eser Kütüphanelerinin Yönetimi”, “Egemenlik ve Evrensel Yargı Yetkisi İlişkisinin Uluslararası Ceza Hukuku Boyutu”, “Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 Sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme” ve “Garanti Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları” başlıklı çalışmalara yer verilmiştir. Hakemli çeviriler bölümünde ise “*Warfare, Political Leadership, and State Formation: The Case of the Zulu Kingdom, 1808-1879*” isimli makalenin Türkçe çevirisi yayımlanmıştır.

Güncel yargı kararları bölümünde ise Türk ve yabancı yargı mercilerinin bazı önemli kararları özetlenmiştir. Fakültemiz araştırma görevlilerince hazırlanan ve aralarında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararlarına ilişkin kısa değerlendirmelerin de yer aldığı özetlerde; medeni hukuk, ticaret hukuku, iş hukuku, usul hukuku, rekabet hukuku, milletlerarası özel hukuk, idare hukuku ve devletler hukuku alanlarındaki güncel ve ilgili alanda önemli bir gelişme olarak nitelendirilebilecek kararlar okuyucularımızın bilgisine sunulmuştur.

Dergimizin bu sayısının yayımlanmasında emeği geçen değerli yazarlara, hakemlere, yayın sürecine destek sağlayan Seçkin Yayınevi yönetici ve çalışanlarına içten teşekkür eder, bu sayının hukuk öğretisi ve uygulaması için yararlı olmasını dileriz.

AndHD Editör Kurulu

İçindekiler

Araştırma Makaleleri

İnternet Ortamında ve Sosyal Ağlarda İşlenen Cinsel Suçlar

Sex Crimes Committed on the Internet Environment and Social Media

Murat BALCI - Kerim ÇAKIR 201

Eser Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin İfası

Performance of Third Person in the Contract of Work

Melek BİLGİN YÜCE - Gül ARSLAN YILMAZ 215

İdare Hukuku Açısından Yazma Eser Kütüphanelerinin Yönetimi

Administration of Manuscript Libraries in Terms of Administrative Law

Barış ACUN 247

Egemenlik ve Evrensel Yargı Yetkisi İlişkisinin Uluslararası Ceza Hukuku Boyutu

The International Criminal Law Dimension of the Relationship between Sovereign and Universal Jurisdiction

Merve ŞAHİN AKDEMİR 261

Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 Sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme

The Legal Status of the Staff at Foundation Higher Education Institutions and an Evaluation on the Implementation of Tax Concessions Stipulated in Law No. 2914 in Taxation of Wages of These Staff

Yunus Anıl AY 277

Garanti Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları

Validity Conditions of the Guarantee Contract

Sinem ATAĞLU 309

Hakemli Çeviri

Harp, Siyasi Liderlik ve Devlet Oluşumu: Zulu Krallığı, 1808-1879

Warfare, Political Leadership, and State Formation: The Case of the Zulu Kingdom, 1808-1879

Çev. Melih ÇİÇEKÇİ 329

Yargı Kararları

Güncel Yargı Kararları 351

Araştırma Makaleleri

İnternet Ortamında ve Sosyal Ağlarda İşlenen Cinsel Suçlar^(*)



Sex Crimes Committed on the Internet Environment and Social Media

Murat BALCI



Profesör Doktor

*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı*

Kerim ÇAKIR



Doktor Öğretim Üyesi

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı*

Anahtar Kelimeler

*Cinsel Taciz,
Görüntüye Dayalı
Cinsel İstismar,
İntikam Pornosu,
Çocuk Pornografisi,
Müstehcenlik.*

Keywords

*Sexual Harassment,
Image Based Sexual
Abuse,
Revenge Porn,
Child Pornography,
Obscenity.*

Öz

İnternetin ve sosyal ağların hayatımıza girmesiyle birlikte cinsel suçların ve cinsel şiddetin ortaya çıkış biçimleri değişmiştir. Özellikle cinsel görüntülerin rıza dışı alınması ve yayımlanmasıyla birlikte gündeme gelen intikam pornosu, çocuk pornografisi, çocukların cinsel istismarı ve cinsel şantaj şeklindeki suçlar, internet ortamında sıklıkla işlenmeye başlanmıştır. Çalışmada, öncelikle internetin ve sosyal ağların cinsel suçların işlenmesindeki rolü incelenecek daha sonra rıza dışı elde edilen cinsel içerikli görüntülerin ifşa edilmesi (pornografi/intikam pornosu), çocuk pornografisi ve müstehcenlik suçlarının internet ortamında ve sosyal ağlarda işlenmesiyle ilgili bilgi verilecektir. Ayrıca rızaya dayalı olarak alınan cinsel içerikli görüntülerin cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de tartışılacaktır.

Abstract

With the introduction of the internet and social networks into our lives, the emergence of sexual crimes and sexual violence has changed. Especially non-consensual creation of sexual images and crimes of revenge porn, child pornography, sexual abuse of children and sexual blackmail, which are the crimes that raised in this context, have started to be committed frequently on the internet. In the study, first, the role of internet and social media in committing sexual crimes will be examined and then, information regarding the committing of the crimes on the internet and social media such as the revealing the sexual images which were acquired in a non-consensual way, child pornography and crime of obscenity will be given. In addition, the study will discuss if consensual sexual images can be considered as crimes against sexual immunity.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 06.06.2022, Kabul Tarihi: 19.07.2022.

I. GENEL OLARAK

Günümüzde birçok klasik suç tipinin bilgisayar destekli, özellikle de internet ortamında ve sosyal ağlarda işlenmesi olağan bir hal almıştır¹. Bu konuda akla ilk gelen suç tipleri bilişim suçları ve malvarlığına karşı suçlar olsa da cinsel dokunulmazlığa karşı suçların da yoğun bir biçimde işlendiği görülmektedir. İnternet ve bilgi teknolojileri her geçen gün yenilenmekte ve daha önemli hale gelmekte, buna paralel olarak iletişim teknolojilerinde ve sosyal ağlarda bireyin özel hayatından toplum hayatına kadar değişimler yaşanmaktadır.

İnternetin hayatın her alanında etkin rol alması ve gelişen teknoloji ile çocuk pornografisine ulaşmak ve çocuk pornografisi içeren ürünlerin yayılmasını sağlamak çocuk istismarcıları ve pedofiller² için basit bir hal almıştır³. İnternetin sayısız imkân ve fırsat sunduğu bilinmekle birlikte, internet ortamının⁴ kötü niyetli kimseler bakımından bir suç mahalline dönüştüğüne şahit olmaktayız⁵.

Cinsel şiddetin ve cinsel şantajın internet ortamına aktarılmasıyla birlikte ceza kanunlarında yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların biçimi değişmiştir. Özel cinsel görüntülerin rıza dışı oluşturulması ve dağıtılmasıyla görüntüye dayalı cinsel saldırı ve istismar suçlarının yeniden tanımlanması ve kavramsallaştırılması gereği ortaya çıkmıştır. Gerçekten teknolojiyle birlikte dijital siber takip, siber pornografi, çocukların kolaylıkla yetişkinlerin girebileceği pornografik sitelere giriş yapması ve çocuk pornografisi içeren görüntülerin yayınlanması ve yayılması gibi birçok tehditle karşı karşıya kalınmaktadır⁶.

Cinsel suçlardan cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar anlaşılır. TCK'nın ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar"a ilişkin altıncı bölümünde cinsel saldırı (m. 102), çocukların cinsel istismarı (m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104) ve cinsel taciz (m. 105) suçları düzenlenmiştir. Bu suçlardan özellikle cinsel taciz, internet aracılığıyla sıklıkla işlenmeye başlamıştır. Bununla birlikte siber cinsel suçluluk kapsamında fail ile mağdur arasında fiziksel teması konu almasına rağmen, çocukların cinsel istismarı suçu ile müstehcenlik suçunda yer verilen çocuk pornografisi internet ortamında ve sosyal ağlarda işlenir hale gelmiştir⁷.

II. İNTERNETİN CİNSEL SUÇLARIN İŞLENMESİNDEKİ ROLÜ

İnternette yüksek derecede anonimlik, buna bağlı denetimsizlik ve hemen her yerden erişim imkânı ile artan medya ekipmanları sanal ortamda cinsel suçların işlenmesini kolaylaştırmaktadır⁸. Bu da internet aracılığıyla işlenen suçlar şeklinde yeni bir suçluluk alanının ortaya çıkmasına neden olmaktadır⁹. İnternetin cinsel amaçlı kullanımı kural olarak suç teşkil etmese de "siber cinsel suçlar" şeklinde ahlaka aykırı bir takım sapkın davranışların cezalandırılması gerektiği ortadadır.

¹ SIEBER, Ulrich: "Bilgisayar Suçluluğu", (Çev.) ÜNVER, Yener, (Ed.) ÜNVER, Yener: *İnternet Hukuku-Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 17.

² Pedofili, belirli yaştaki bir kimsenin ergenlik öncesi çocukları cinsel açıdan çekici bulması ve cinsel eğiliminin çocuklara yönelik olmasına neden olan psikoseksüel rahatsızlık. Bu rahatsızlığa sahip kişilere pedofili denir. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Pedofili>, (E.T.: 07.05.2022).

³ ATILLA ÖZTÜRK, Gülden: *Türk Ceza Kanunu'nda Müstehcenlik Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 170.

⁴ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2'nci maddesinin (g) bendinde yapılan tanıma göre internet ortamı, haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı; (ğ) bendine göre ise internet ortamında yapılan yayın, internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıdaki kişilerin ulaşabileceği verileri ifade eder.

⁵ DERELİ, Alparslan: "İsrarlı Takip ve Taciz (Stalking) Kavramı ve Suçu", (Ed.) KOCA, Mahmut: *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1373; CİBOOĞLU, Atay: "Siber Zorbalık, Siber Zorbalık Kavramı ve Kavramın Yetersizliği", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2020, Cilt 94, Sayı 2, s. 146.

⁶ SABANCA, Mustafa Serkan: *Sosyal Paylaşım Siteleri ve Çocuk İstismarı, Siber Suçlar, Tehditler, Farkındalık ve Mücadele*, Global Politika ve Strateji Yayınları, Ankara, 2015, s. 43.

⁷ DÜLGER, Murat Volkan: "İnternet Aracılığıyla İşlenen Cinsel Suçlar", 2021 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3792316>, E.T.: 21.04.2022), s. 8.

⁸ KATZER, Catarina: *Cybermobbing - Wenn das Internet zur W@ffe wird*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2014, s. 3; ATILLA ÖZTÜRK, s. 268.

⁹ DÜLGER, s. 5.

İnternetteki yasa dışı içerikle mücadele, internetin yalnızca sayısal boyutu dikkate alındığında dahi fazlasıyla zorluk ihtiva etmektedir. Örneğin internetteki iletişim hizmetleri, hizmet sağlayıcılarının sayıca fazla olması, şifre sorgulama teknikleri ile erişim engelleri oluşturma ve şifreleme teknikleri aracılığıyla içeriği, istenmeyen erişime karşı korunma mümkündür. Bilgisayar ve internet teknolojisi çağında bu bakış açısı, sanal temsillerin yeni teknik olanakları açısından önem kazanır. İnternet ortamında hayali pornografik yazılar artık herhangi bir gerçek şablon kullanılmadan bilgisayarda oluşturulabilmektedir. Yüksek performanslı bilgisayarlar ve modern grafik ve görüntü oluşturma programları ile dijital kökeni pek görülemeyen görüntüler veya filmler üretmek mümkün hale gelmiştir. Belirtelim ki suç teşkil eden içeriğin internette izlenebilmesi, bu içeriği oluşturan kimsenin tespit edildiği anlamına gelmez. İnternetteki içeriğin pornografiyi tasvir edip etmediği genellikle somut olay üzerinden tartışılır¹⁰. Özellikle ilgili içerik sanatsal bir karaktere sahipse tanımlama ve sınıflandırma yapma zorlaşır. İçeriğin sanatsal karakteri, onun pornografi niteliğinden kurtulmasına yol açabilir. Bunun için sanatçının öncelikle cinsel uyarınları değil de belli bir mesajı iletmek istediği veya sanatsal karakterin gösterilen cinsel süreçte nasıl tasvir edildiği değerlendirilir¹¹.

Bilgi ve iletişim teknolojisindeki teknik gelişmeler her zaman yasa dışı içeriği yaymak için kötüye kullanıma imkân vermektedir. Pornografik yazıların (suç unsuru barındıran) dağıtımıyla birlikte medyadaki her yeni gelişme, yasama organı ve kolluk kuvvetleri için yeni zorluklara neden olmaktadır. İletişim ve medya araçlarındaki modern görüntü ve video işleme seçenekleri ile bağlantılı olarak iletişim hizmetlerinin kitlelere uygunluğu ve dünya çapında erişilebilirliği kötü niyetli kişilerin dikkatini çekmektedir. Ayrıca internet hizmetinden faydalanmanın kolaylığı, çok az teknik bilgiye sahip kullanıcıların dahi internet üzerinden pornografik materyal elde etme veya sunma konusunda herhangi bir engelle karşılaşılmaması pornografik görüntü ve yazıların yayılmasını ve çoğaltılmasını kolaylaştırmaktadır¹². İnternet siteleri, haber portalları, dosya paylaşım sistemleri ve özellikle de sosyal medya mecraları bu amaçlar kapsamında sıklıkla kullanılmaktadır. Nicel gelişmenin yanı sıra artan tüketimle birlikte giderek daha vahşi ve sapkın şiddet tasvirlerine olan talebin arttığı gözlemlenebilmektedir¹³. Bu eğilim, interneti düzenli olarak anonim veya takma adla kullanan bireysel kullanıcılara garanti edilmiş gibi görünen anonimlik tarafından da önemli ölçüde desteklenmektedir.

Faille mağdur arasında fiziksel teması şart kılan cinsel saldırı şeklindeki suçlar bakımından internetin ve sosyal ağların hazırlık hareketleri kapsamında aracı olarak kullanılması dikkat çekicidir. Bu durum dahi tek başına internetteki suçlulukla mücadelenin önemini ortaya koymaktadır¹⁴. İnternette kötü niyetli kişilerin çocuklarla iletişim kurması ve çocukların bu durumu ebeveynlerinden saklaması çok daha kolaydır. Çocuklarla iletişim kuran ve onları cinsel faaliyetlere, fotoğraflara ve videolara dahil etmeye çalışan kimseler sosyal ağları kullanır. Ayrıca çocukların siber zorbalık veya siber takip denen olayların kurbanı (veya faili) olma riski de vardır. Öyle ki ortaya çıkan mağduriyetin zihinsel stres, şiddetli depresyon ve kaygıdan intihara kadar uzanan ağır sonuçlarıyla karşılaşılmaktadır¹⁵.

III. İNTERNET ARACILIĞIYLA İŞLENEN CİNSEL SUÇLAR

A. Cinsel Taciz

Cinsel taciz suçu, 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" isimli ikinci kısmının, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı altıncı bölümünde 105'inci maddede düzenlen-

¹⁰ HILGENDORF, Eric / FRANK, Thomas / VALERIUS, Brian: *Computer- und Internetstrafrecht*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2005, s. 101, kn. 366.

¹¹ HILGENDORF / FRANK / VALERIUS, s. 101, kn. 366.

¹² HILGENDORF / FRANK / VALERIUS, s. 102, kn. 371.

¹³ HILGENDORF / FRANK / VALERIUS, s. 103, kn. 377.

¹⁴ DÜLGER, s. 9.

¹⁵ GRISSE, Karina: "Elterliche Sorge und Aufsichtspflichten bei der Nutzung digitaler Medien durch Kinder", *NZFam*, 2022, s. 193; BEIER, Klaus M.: "Die Zukunft einer Pandemie- Sexueller Kindesmissbrauch als weltweite Herausforderung", *ZRP*, 2020, s. 255.

miştir¹⁶. Madde gerekçesinde cinsel tacizin “*mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlar*” olduğuna işaret edilmiştir. Cinsel tacizin internet ortamında ve sosyal ağlarda en sık işlenen suçlardan olduğunu belirtmemiz gerekir¹⁷.

Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli diğer halleri 105’inci maddenin 2’nci fıkrasında düzenlenmiştir. Konumuzla ilgili olarak, cinsel tacizin posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi nitelikli hal sayılmıştır (m. 105/2-d). Örneğin, failin mağdura internet yoluyla cinsel içerikli mesaj göndermesi halinde verilecek ceza artırılır.

B. Çocukların Cinsel İstismarı

Cinsel istismar amacıyla internette çocuklarla iletişim kurmak, son yıllarda gözlemlenen ve özellikle sosyal ağların anonimliğinden faydalanılarak tercih edilen bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁸. İnternet kullanımının artmasıyla çocuklara yönelik çevrimiçi tehditler çeşitlilik göstermeye başlamış ve çevrimiçi istismar sayılarında önemli artışlar yaşanmıştır¹⁹. Bu sebeple internet ortamını ve sosyal ağları her boyutuyla disipline etme zarureti ortaya çıkmış ve çocukların cinsel açıdan kötüye kullanılması (*grooming*²⁰), çocuk pornografisi ve hatta çocuk istismarına varan fiiller TCK’nın 103’üncü maddesinde yer alan çocukların cinsel istismarı suçunu yeniden tartışmaya açmıştır.

Çocukların cinsel istismarı suçu 5237 sayılı TCK’nın 103’üncü maddesinde yaptırım altına alınmıştır. Buna göre “(1) *Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (...) Cinsel istismar deyiminden; a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır.*”.

İnternet ortamında ve sosyal ağlarda kendilerine karşı işlenen fiillerin cinsel içeriklerine anlam yükleyemeyen ve bu konuda entelektüel birikime sahip olmayan çocukların korunması bakımından kanun koyucunun cinsel istismara yüklediği anlamı değerli görmek ve fail ile mağdur arasında fiziksel temas bulunmasa dahi çocuk pornografisinde cinsel istismar suçunu gündeme getirmek gerekmektedir²¹.

Burada önemli olan hususlardan biri de failin eylemin ne olduğunu kavrayamayan ve algılayamayan çocukları suçta araç olarak kullanması halidir. Hile, cebir ve/veya tehditle iradesi zayıflatılmış olan çocuğu suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kimse, dolaylı fail sıfatıyla sorumlu tutulur (bkz. TCK m. 37/2).

¹⁶ TCK’nın 105’inci maddesi; “(1) *Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Suçun; a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, e) Teşhir suretiyle işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz*” şeklindedir.

¹⁷ “*Sanığın, kendisini bayan ismiyle tanıtarak arkadaş olduğu on bir yaşındaki mağdureye olay günü internet üzerinden cinsel içerikli yazılar göndermesi eyleminin mağdurenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyip, bedensel temas içermemesi sebebiyle cinsel taciz suçunu oluşturduğu...*” Yargıtay, 14. CD., T. 07.06.2021, E. 2017/1651, K. 2021/4103. “*Sanığın, mağdureye hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın, elinde mağdureye ait resimler bulunduğunu, bu resimleri montajlayarak kötü sitelere ve ailesine göndereceğinden bahisle mağdureyi tehdit ederek internetten görüntülü görüşme yaptığı mağdurenin elbiselerini çıkartmasını, cinsel içerikli hareketler yapmasını temin etmekten ibaret eylemlerinin 5237 sayılı TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek, çocuğun basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...*” Yargıtay, 14. CD., T. 22.03.2016, E. 2014/3380, K. 2016/2793.

¹⁸ ESSER, Robert: “Strafrechtliche Aspekte der Social Media”, (Hrsg.) HORNING, Gerrit / MÜLLER-TERPITZ, Ralf: *Rechtshandbuch Social Media*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2015, s. 243, kn. 114.

¹⁹ ÜNLÜ, Derya / TÜRK, Hülya / ARTAN, Taner: “Kamu Sorumluluğu ve Sosyal Hizmet Perspektifinden Çocukların Çevrimiçi Cinsel İstismarı: Bir Olgu Sunumu”, *Omdusman Akademik*, 2020, Yıl 7, Sayı 13, s. 229.

²⁰ *Grooming*, internet üzerinden çocukların cinsel niyetle talep edilmesi, çocukların çevrimiçi cinsel katılımı ve cinsel sohbet olarak bilinmektedir. Bkz. ÜNLÜ/ TÜRK/ ARTAN, s. 232.

²¹ DÜLGER, s. 28, 29.

Çocukların cinsel istismarı suçunun internet ortamında ve sosyal ağlarda işlenmesi son yıllarda tartışılan önemli konulardandır. Suç teşkil eden davranışlar ve suçun yapısı dikkate alındığında çocuk pornografisi ile başlayan hukuka aykırılıkların sonrasında çocukların cinsel istismarına dönüşeceğini belirtmemiz gerekir. Öyle ki Japonya ve Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı ülkelerde bilgisayar marifetiyle cinsel aktivitelerinin tasvirinin yasaklandığı görülmektedir. Çocukları konu alan cinsel aktivitelerin ve cinsel fantezilerin başlangıçta müstehcen görüldüğü, sonrasında da istismar boyutuna varabileceği belirtilmektedir²².

İnternet ortamında gerçekleştirilen davranışın çocuk istismarı olarak değerlendirilmesi yakın tarihte İsveç Mahkemesinin kararına konu olmuş ve fail 10 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Fail, yirmi altı kız ve bir erkek çocuğunun fotoğraflarını pornografi sitelerinde yayınlamak veya kendisi izlerken cinsel ilişkiye girmezlerse akrabalarını öldürmekle tehdit etmiştir. İsveç Mahkemesi ilk kez bir kişiyi internet üzerinden istismar suçundan mahkûm etmiştir. Mahkeme, failin *web* kamerasında mağdurları cinsel eylemlerde bulunmaya zorladığını tespit etmiş ve davayı “çevrimiçi tecavüz” olarak nitelendirmiştir. Kararı çocuk istismarı bakımından özel kılan husus ise failin mağdurlarla yüz yüze gelmemesine ve mağdurların vücuduna temas edici bir davranışta bulunmamasına rağmen, fiilinin istismara eş değer görülmesi olmuştur²³.

Bu sebeple Yargıtay 14. CD.’nin 22.03.2016 tarih ve 3380/2793 sayılı kararına konu olayı ve benzerlerini²⁴ bugün için çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında tartışmak gerekir. Suçun işleniş şekli ve mağdurun üzerindeki etkileri dikkate alındığında, fiilin istismar edici bir yönünün olduğu görülecektir²⁵. Kararda “*Somut olayda ise sanığın, mağdureye hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın, elinde mağdureye ait resimler bulunduğunu, bu resimleri montajlayarak kötü sitelere ve ailesine gönderinceğinden bahisle mağdureyi tehdit ederek internetten görüntülü görüşme yaptığı mağdurenin elbiselerini çıkartmasını, cinsel içerikli hareketler yapmasını temin etmekten ibaret eylemlerinin 5237 Sayılı TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek, çocuğun basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi ...*” denilmektedir.

Bedensel temas içermeyen yapılan her türlü cinsel davranışı doğrudan cinsel taciz suçu kapsamında mütalaa etmek düşüncemize göre doğru değildir. Özellikle internet ortamında ve sosyal ağlarda çocukları bedensel temas olmasa dahi istismar edici fiiller TCK’nın 103’üncü maddesi kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin bir çocuğa bilgisayarının kamerasını açtırıp çocuğa cinsel organını gösteren ya da çocuğun cinsel bölgelerini görmeyi talep eden failin, ortaya çıkan mağduriyet, suçla korunan hukuki değer, fiilin internet ortamında işlenmesinin ileriye dönük çocuk bakımından olası zararları dikkate alınarak, çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılması gerekir. Bu durumda failin mağdura temas etmesi ve mekânsal bir yakınlığın bulunmasına da ihtiyaç yoktur. Her çeşit engellemelere rağmen, önüne geçilemeyen cinsel taciz fiillerinin on sekiz yaşından küçük çocuklardaki etkileri,

²² Bkz. WEAVER, Russell L.: “İnternet, İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukuku: Şimdi İnternette Bir Uluslararası Antlaşma Zamanı mı?”, (Çev.) BİÇİMSEVEN, Zeynep, (Ed.) ÜNVER, Yener: *İnternet Hukuku-Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 149.

²³ Bkz. <https://www.vice.com/de/article/gydbdq/10-jahre-gefangnis-erstmal-wird-ein-mann-fur-online-vergewaltigung-verurteilt> (E.T.: 13.03.2022).

²⁴ “*Sanığın, internet üzerinden irtibat kurduğu on bir yaşındaki mağdureye kendisini kız çocuğu olarak tanıtmak suretiyle kandırıp cinsel içerikli görüşmeler yaptığı ve onu ikna ederek kamera karşısında soyunmasını sağladığı olayda, herhangi bir görüntü kaydı ile depolama işleminin de yapılmadığı nazara alındığında mevcut haliyle bedensel temas içermeyen eylemlerin zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilerek 5237 sayılı TCK’nın 105/1, 43. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek çocuğun cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...*” (Yargıtay, 14. CD., T. 08.01.2020, E. 016/5721, K. 2020/173). “*On dört yaşındaki mağdure ile internette görüntülü konuşmaya başlayan sanığın, bu ortamda soyunmasını istediği mağdurenin olumsuz yanıt vermesi üzerine şantaj içerikli sözler sarf ederek herhangi bir kayıt işlemi yapmaksızın bilgisayar kamerası açırken soyunmasını sağlamaktan ibaret eyleminin şantaj suçunun yanı sıra fiziksel temas içermemesinden dolayı (...) 5237 sayılı TCK’nın 105/1. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek çocuğun cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...*” (Yargıtay, 14. CD., T. 29.04.2021, E. 2017/2247, K. 2021/3400).

²⁵ “*Bu görüş ilk bakışta suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıymış gibi görünse de suç normu dikkatli bir şekilde incelendiğinde bu ilkeye bir aykırılık olmadığı görülmüştür. Ayrıca tarihi yasa koyucunun bu suç tipini oluşturmaktaki amacı ve gelişen toplum ve ortaya çıkan sorunlar karşısında yapılması gereken amaca uygun yorum metodu esas alındığında bu normun işletilmesi gerekir.*” bkz. DÜLGER, s. 28.

onları değersizlik duygusuna, depresyona, duygusal olarak içe kapanmaya, çaresiz hissetmelerine ve psikolojik sorunlarla birlikte intihar etmelerine sebebiyet verdiği de göz ardı edilmemelidir²⁶.

C. Rıza Dışı Elde Edilen Cinsel İçerikli Görüntülerin İfşası

1. Genel Olarak

Görüntüye dayalı cinsel saldırı/istismar; internette işlenen cinsel suçların daha iyi anlaşılmasını sağladığı için, “intikam pornografisi”, “rıza dışı pornografi” veya “istem dışı porno” gibi kavramları da kapsayacak bir kullanıma sahiptir²⁷. Görüntüye dayalı cinsel istismar kavramı, özel cinsel görüntülerin tasvir edilen kişinin rızası olmadan oluşturulduğu ve/veya dağıtıldığı bir dizi yolu kapsar. Gizli görüntülerin alınması ve daha sonra dağıtılmasıyla ilgili olarak rızanın yokluğu açıktır. Ayrıca cinsel içeriği bulunan görüntünün kamuya açık mahallerde çekildiği ancak bireyin bunun gerçekleştiğinden habersiz olduğu durumlarda da rızanın varlığından bahsedilmez. Belirtelim ki kişinin fotoğrafın çekildiğinin farkında olması, hatta bu fotoğrafı kendisinin çekmesi, rızanın varlığı konusunda fikir verse de belirleyici değildir²⁸. Benzer şekilde görüntünün rızaya dayalı olduğu ancak sonraki süreçte görüntünün dağıtımının rızaya dayalı olmadığı durumlarda da rızanın olmadığı yahut sınırlandırılması gerektiğinden bahsedilebilir. Görüntünün belirtilen grubun ötesinde ifşa edilmesi durumunda görüntünün dağıtımını rıza dışıdır. Sınırlanmış bir rızanın varlığının tespit edilmesi halinde rızanın geniş yorumlanması sonucu çıkarılamaz²⁹.

Pornografinin toplum bakımından kabul edilebilir bir yönü bulursa da ahlaki bir kötülük olarak görüldüğü ortadadır. Müstehcen yazıların dağıtılmasına ilişkin ceza hukuku yasağı başlangıçta toplumda hâkim olan ahlaki görüşlerle uyumluyken 1960’lardan sonra bu tutumda açık bir değişiklik olmuştur. Yasal olarak belirli bir ahlaki şart koşan ve bunu yetişkinlerin kendi kaderini tayin etme kararına bırakmak istemeyen çok sayıda cinsel ceza hukuku hükmü, artık bu tip suçların meşrulaştırılması aşamasında tartışmalara neden olmuştur³⁰.

İntikam pornosu çok çeşitli rıza dışı görüntüye dayalı zararları içerecek şekilde kapsayıcı bir terim olarak kullanılmaktadır. Ancak bu terimin medyada müstehcen bir şekilde kullanıldığı ve daha çok zararlarına odaklanılmadığı görülür. Porno teriminde, cinsel görüntülerin rıza olmaksızın yaratılması ve/veya dağıtılması tartışılır. Özel cinsel görüntülerin rıza dışı oluşturulması veya dağıtılması olarak tanımladığımız “görüntüye dayalı cinsel istismar” kavramı, ceza kanunlarında yer alan cinsel saldırı/istismarın teknoloji araçlarıyla işlenmesindeki bağlantıyı ortaya koymaktadır³¹.

2. Cinsel ve Özel Görüntüler

Özel cinsel görüntülerin rıza dışı elde edilmesiyle veya dağıtılmasıyla bu görüntülerde tasvir edilenlere karşı bir suç işlendiği ve zarar verildiği kabul edilir. Neyin cinsel olduğuna ilişkin yargılar farklılık gösterse de mağdurun cinsel kimliğinin sömürülmesi yoluyla bir tür istismar, cinsel haysiyet ve özerklik zarar görmektedir. Belirtelim ki özel cinsel görüntüler seksüeldir ve cinsel suçların düzenlenmesiyle konuyu aydınlatmak zordur. Bu sebeple diğer cinsel eylemleri de kapsayacak şekilde genişletilmiş bir tanım yapmak yerinde olacaktır³². Belirli vücut bölümlerine odaklanmanın yanı sıra, bir bütün olarak söz konusu görüntü, kişinin cinsel olduğu düşüncesi uyandırıyorsa cinsel olarak tanımla-

²⁶ ATILLA ÖZTÜRK, s. 168, 169.

²⁷ McGLYNN, Clare / RACKLEY, Erika: “Image-Based Sexual Abuse”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, Volume 37, Issue 3, s. 535; SAKA, Dilek: *İfşanın Sosyal Medyada İntikam ve Cezalandırma Aracı Olarak Kullanımı: Facebook, Twitter ve Instagram Örneği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 38 vd.

²⁸ McGLYNN / RACKLEY, s. 543.

²⁹ McGLYNN / RACKLEY, s. 543.

³⁰ HILGENDORF / FRANK / VALERIUS, s. 101, kn. 366.

³¹ McGLYNN / RACKLEY, s. 537.

³² McGLYNN / RACKLEY, s. 540.

nabilir. Bugün için oluşan mağduriyet ve maruz kalınan zararların niteliği dikkate alınarak daha geniş yaklaşımların tercih edilmesinin haklı nedenlerinin olduğu anlaşılacaktır.

Cinsel içerikli görüntüler, özel olması şartıyla anlamlı hale gelir. Kamusal-özel ayrımı dikkate alınarak bir bireyin kendi cinsel benliğini gönüllü olarak ifşa ettiği durumlar bakımından belirli bir vücut bölümünün toplum içinde görülüp görülmemesinden ziyade hem görüntüyü gören kişi hem de görüntünün çekildiği koşullar açısından bireyin seçimlerine öncelik verilmesi gerekir. Bu nedenle pornografik bir dergi için çekilmiş çıplak bir kişinin fotoğrafı cinsel bir görüntüdür ancak özel bir görüntü değildir³³. Benzer şekilde, cinsel içerikli mesaj hem özel hem de cinsel bir içeriğe sahip olabilir. Görüntünün özel olup olmadığı, o görüntüde temsil edilen kişinin niyetleri ve beklentileri ile belirlenir. Gerçekten de görüntüde temsil edilen kişi, bunların belirli bir kişiye veya belirli bir gruba yayınlanmasını istemedikçe veya kabul etmedikçe tüm cinsel görüntüler, varsayımsal olarak özeldir. Bu gibi durumlarda kişi, çıplak vücudunu veya cinsel eylemini kimin göreceğini kontrol etmekten gönüllü olarak feragat etmiştir ve kendisini kimin göreceği hakkında fikir sahibi değildir.

Cinsel ve özel görüntülerin özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile bağlantısı bulunmaktadır. Hayatın özel yanı her hukuk devletinde koruma altına alınmıştır. Özel hayat, hayatın gizli alanına dahil olmayan, sınırlı sayıda kişiyle paylaşılan durum ve olayları ihtiva eden hayat alanıdır. İnsan yaratılışı gereği, kendisi ile ilişkili olsun veya olmasın bazı faaliyetlerini üçüncü kimselerden saklama ihtiyacı hissederek. Böylece kişi kendini güvende ve özgür hisseder. Burada kişilerin özel hayatlarına makul saygı beklentisi de bulunmaktadır. Başkalarının bilmediği ve bilmesi gerekmediği, kişinin herkesten gizlediği özel hayatı bu beklentiyi haklı kılmaktadır³⁴. Örneğin eşiyle veya sevgilisiyle birlikte iken mahrem olan fotoğrafları veya videoları sosyal medya üzerinden yayınlanan kişinin özel hayatının gizliliği ihlal ediliyor demektir. Hayatın gizli alanı, sadece ferdi ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girebilmesi asla kabul edilemez; bu sebeple de dokunulmazdır. Özel hayatın gizliliğinin internet aracılığıyla ihlal edilmesi halinde ivedi önlemler alınması ve yayına erişimin engellenmesi gerekmektedir. Öncelikle en fazla ihlalin yaşandığı sosyal ağlara (*Facebook, Twitter, Instagram veya Youtube* gibi) müracaat etmek gerekir. Bu ağlar, kullanıcıların talep ve şikayetlerini işleme olarak erişimi engelleyebilir. Mümkün olmadığı takdirde, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümleri uyarınca harekete geçmek gerekir. Belirtelim ki telafisi mümkün olmayacak zararlara engel olmak için özel hayatının gizliliği ihlal edilen kimsenin müracaatı ile sosyal ağların müdahalede bulunarak içeriğe erişimi engellemesi ve özel hayatı ihlal edici yayınların kaldırılması yerinde olacaktır.

Kişinin mahremi niteliğindeki çıplak görüntülerinin, bilgisi dışında internet ortamında veya sosyal ağlarda yayımlanması halinde ise fail TCK'nın 134'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan cezalandırılır³⁵.

³³ McGLYNN / RACKLEY, s. 542.

³⁴ KILINÇ, Doğan: "5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 20, Sayı 2, s. 587.

³⁵ Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, TCK'nın 134'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Madde "(1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. (2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolünür" şeklindedir. Madde ile gizli yaşam alanına girilerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır. Elde edilen saptama ve kayıtlardan herhangi bir suretle yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya basın ve yayın yoluyla açıklanması suçun ağırlaştırılmış şeklini oluşturmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu görüntü veya sesler, örneğin soruşturma kapsamında hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olabileceği gibi birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle de elde edilmiş olabilir. İkinci fıkrada tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir.

3. Cinsel Görüntülerin Rıza Dışı Oluşturulması ve Siber Alanda Dağıtılması

Cinsel görüntülerin rıza dışı oluşturulması (intikam pornosu) genellikle bir erkeğin eski partnerine ait özel cinsel resimlerini, ilişkilerinin bitmesinin ardından “intikam” almak için çevrimiçi olarak dağıtması şeklinde tanımlanır. Cinsel içerikli görüntüler, internet aracılığıyla intikam almak için internet sitelerinde hızla *viral* hale gelir. Kötü niyetli kimseler bu görüntülerden kazanç elde etmek, taciz veya şantajda bulunmak, hatta kişiyi küçük düşürmek amacıyla harekete geçer. İntikam pornosu uygulaması internetten önce de vardı ancak görsel medyanın ve kişisel bilgilerin artık çevrimiçi olarak paylaşılabilmesi bahse konu fiillerin daha kolay işlenebilmesi sonucunu doğurmuştur. İntikam pornosu, bilgisayar korsanlığı ve hırsızlık yoluyla elde edilen çıplak görüntülerin dağıtımını da içerecek şekilde esasında geniş bir tanıma sahiptir. Dağıtım, hem “birincil” dağıtıcıyı (örneğin eski erkek arkadaş veya bilgisayar korsanı) hem de daha sonra görüntüyü ileten “ikincil” dağıtıcıları kapsar. İkincil dağıtıcıların dâhil edilmesi kavramsal olarak önemlidir çünkü görüntülerin “*viral* olmasını” sağlayan onların eylemleridir ve özellikle tehdit edici ve taciz edici metinler dikkate alındığında, yaptıkları dağıtma eylemleri maruz kalınan zararları artırır niteliktedir³⁶.

Rıza dışı oluşturulmuş özel cinsel görüntülerin en rahatsız edici örneğini tecavüz veya diğer cinsel saldırı biçimlerinin kaydedilmesi oluşturur. Görüntüler daha sonra mağduru suçlamak, ölümle tehdit etmek suretiyle taciz etmek ve aşağılamak için kullanılır. Benzer şekilde, özel cinsel görüntüler cinsel şantaj (seksüel zorlama) için de kullanılabilir. Cinsel görüntüler, daha fazla görüntü ve/veya cinsel uygulama talep etmek için kullanılan tehditler ve şantajla, genellikle *web* kameraları aracılığıyla paylaşılır. Rıza dışı oluşturulmuş ve dağıtılmış özel cinsel görüntülerin başka bir kategorisi, kişinin görüntülerinin değiştirildiği veya “fotoşoplendiği” (*photoshopped*)³⁷, böylece bireyin belirli cinsel faaliyetlerde bulunduğu izlenimini verme halidir. Buna cinselleştirilmiş “fotoşoplama” (*sexualised photoshopping*) denir³⁸.

Teknolojideki gelişmelerin, bu tür görüntülerin manipüle edildiğini ortaya koymakta zorlandığını belirtmemiz gerekir. İnternet ortamı cinsel içerikli görüntülerin bireyin rızası olmaksızın ifşasını kolaylaştırır. Öyle ki cinsel içerikli görüntülerin internet aracılığıyla yayılması, aktarılması veya üretilmesi farklı bir boyut kazanır. Doktrinde siber alan; bilişim sistemleri, elektronik haberleşme araçları ve internet ortamını kapsayacak bir biçimde geniş tanımlanmaktadır³⁹. Bu tanımdan hareketle, cinsel içerikli görüntülerin bireyin rızasına aykırı olarak ifşa edilmesi halinin TCK’da bir suç olarak düzenlenmesi ve suçun siber alanda işlenmesine maddi unsurda yer verilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰. Düşüncemize göre vücuda temas niteliği bulunmayacak şekilde internet ortamında veya sosyal ağlarda çocukları istismar edici fiillerin taciz değil, istismar kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Suçun koruduğu hukuki değer, ortaya çıkan mağduriyet, özel nitelikli cinsel görüntülerin internet ortamında hızla yayılması ve kaydedilip kalıcı olmasının sağlanması fiilin istismar niteliğinde görülmesini haklı kılmaktadır.

Avrupa Konseyi Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi’nde (Budapeşte Sözleşmesi) içeriğe ilişkin suçlar arasında cinsel içerikli görüntülerin rızaya aykırı olarak ifşası suçunun yer almaması eleştirilmekte ve konuyla ilgili siber ortamda işlenen cinsel içerikli görüntülerin rızaya aykırı olarak ifşası eyleminin suç olarak ihdas edilmesine ilişkin ek protokole ihtiyaç olduğu belirtilmektedir⁴¹. Düzenleme, taraf devletlere hangi davranışların intikam pornosu sayılacağı konusunda yol gösterecektir.

³⁶ McGLYNN / RACKLEY, s. 540.

³⁷ *Photoshop*, piksel tabanlı görüntü, resim ve fotoğraf düzenlemede sayısal fotoğraf işleme yazılımıdır. Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Adobe_Photoshop (E.T.: 01.05.2022).

³⁸ McGLYNN / RACKLEY, s. 540.

³⁹ RETORNAZ, Eylem Aksoy: *Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 106.

⁴⁰ RETORNAZ, s. 106, 107.

⁴¹ RETORNAZ, s. 58.

D. Çocuk Pornografisi

Çocuk pornografisi TCK'da açıkça düzenlenmemişse de TCK'nın "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Genel Ahlak Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümünün altında 226'ncı maddede düzenlenmiştir. "Müstehecenlik" başlıklı 226'ncı maddenin üçüncü fıkrasında, çocuk pornografisinin müstehecen içeriğine işaret edilmiş ve bu nitelikteki fiiller yaptırım altına alınmıştır⁴².

Suç tipi hem genel adaba aykırı düşen hem de suçun maddi konusunu oluşturan çocukların psikolojik ve fiziksel bütünlüğüne zarar veren davranışları yasaklanmıştır. Başlangıçta belirtelim ki çocukların psikolojik ve fiziksel bütünlüğünü koruma bakımından "müstehecen" gibi genel bir kavram yerine, çocukları koruma adına toplumun dikkatini çekecek şekilde "pornografi" ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır⁴³.

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesi de özellikle internet teknolojisindeki gelişmeler çocuk pornografisi içerikli yayınlara talebi artırmış ve internet yayınların dağılımını kolaylaştıran önemli bir alternatif meydana getirmiştir⁴⁴.

Çocukların cinsel istismardan korunması alanındaki içerik açısından odaklanma, yalnızca Almanya'daki yasal önceliklerle paralellik göstermekle kalmaz; aynı zamanda çocukların cinsel istismarı ile daha etkin bir şekilde mücadele etmek için 2020'de yayınlanan ve son raporlama döneminde zaten sunulan AB stratejisini de takip eder⁴⁵.

Çocuk pornografisi, "belirli bir yaşın altındaki çocuklara ait cinsel davranışların görsel olarak tasvir edildiği" materyal olarak tanımlanmaktadır. Mukayeseli hukukta Amerika Birleşik Devletleri'nde çocuk pornografisi bilgisayar yoluyla olanlar dâhil olmak üzere yasaktır. Federal Yasa (18 U.S.C. §§ 2252, 2252A) "çocuk pornografisini", çocukların yer aldığı "cinsel içerikli davranışın görsel tasviri" olarak; "cinsel içerikli davranış" ise sadece çeşitli cinsel hareketler değil, bunun yanında "herhangi bir kişinin cinsel organlarının ya da cinsel organ çevresinin şehvet uyandırıcı nitelikte sergilenmesini kapsayacak şekilde tanımlamıştır (18 U.S.C. § 2256)⁴⁶. Alman Ceza Kanunu'nun 176'ncı maddesi, çocukların fiziksel temas içeren cinsel istismar vakalarını kapsarken Ceza Kanunu'nun 176a maddesi, fiziksel temas olmaksızın cinsel istismar vakaları cezalandırılmaktadır⁴⁷.

Çocuk pornografisinin yaygınlaşmasına bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin neden olduğunu iddia etmek yanlış olmayacaktır. İnternetteki pornografik içeriği erişilebilir hale getirme eylemi, bilgisayar ekranında resim ya da pornografik bir film göstererek gerçekleştirilebilir. Ayrıca pornografik içerikli dosyaların erişim için internet iletişim hizmetlerindeki sunucularda kullanılabilir hale getirilmesi de yeterlidir. Cezalandırma bakımından pornografik bir yayının 18 yaşından küçük bir kişinin erişimine açılması yeterli olup failin 18 yaşın altındaki kişiyi muayyen kılması gerekli değildir⁴⁸. 18 yaşından küçüklerin pornografik içeriğe erişebilecekleri bir alanda olmaları da yeterlidir. Buna göre pornografik materyali 18 yaşından küçük kişilerin erişebileceği veya görebileceği bir yerde kullanıma sunmak suçtur. Ancak bu hüküm kapsamında cezalandırılan yalnızca pornografik belgeleri sağlayan kişiler değildir. Bu kişilerle birlikte, bu tür dosyaların başka bir şekilde farklı kişilerin erişimine sunan kişiler de sayılacaktır⁴⁹.

⁴² TCK'nın 226'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında "Müstehecen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır" denilmektedir.

⁴³ DÜLGER, s. 27.

⁴⁴ KÖNIG, Sabine: *Kinderpornographie im Internet*, Würzburg Univ., Diss., Würzburg, 2003, s. 239.

⁴⁵ GERCKE, Marco: "Die Entwicklung des Internetstrafrechts 2020/2021", *ZUM*, 2021, s. 928.

⁴⁶ Rapor: Müstehecenlik, Çocuk Pornografisi ve Ahlak Aykırılık: Kısa Arkaplan ve Mevcut Gelişmeler, (Çev.) ERTAŞ, Türker, (Ed.) ÜNVER, Yener: *İnternet Hukuku-Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 363.

⁴⁷ GERCKE, s. 926.

⁴⁸ HILGENDORF / FRANK / VALERIUS, s. 111, kn. 404.

⁴⁹ HILGENDORF / FRANK / VALERIUS, s. 111, kn. 406.

Çocuğun kendi kendine cinsel eylemler gerçekleştirdiği bir video kaydına, kendisi pornografik karakter verebilir. Çocuktan bunu yapmasını başka bir kişi istemiş ve kaydı içeriğinden bu durum anlaşılıyorsa Ceza Kanunu'nun müdahil olması gerektiğini söyleyebiliriz. TCK'daki düzenlemeler reşit olmayan kişilerin cinsel gelişimini korumayı amaçlar. Buna göre çocukların ve gençlerin pornografik materyalleri görüntülemelerini önlemek için uygun güvenlik önlemleri alınabilirse Ceza Kanunu'na başvurulmasına ihtiyaç kalmayacaktır. Bu nedenle, internette pornografik dosya sağlayıcıları uygun teknik veya diğer güvenlik önlemlerini alarak suç teşkil eden fiillerin olası sonuçlarından çocukları koruyabilir. Bu durum, herhangi bir kötüye kullanımı kesin olarak önleyecek nitelikte değildir. Ancak alınan önlemler, gençlerin pornografik materyalleri görmelerini engellemek için etkili bir engel oluşturabilir⁵⁰. Örneğin televizyondaki şifreli yayınlar, şifre çözme için gerekli olan dekoderlerin başlangıçta sadece yetişkinlere satılması bu duruma örnek teşkil eder. Benzer şekilde sisteme kayıt aşamasında öngörülen yaş sınırı ile reşit bir kimsenin kimlik kartını kullanması durumunun gerekliliği de reşit olmayanları koruyabilir. İnternette ve sosyal ağlarda etkili bir yaş doğrulama sisteminin olmadığı ortadadır. Kredi kartı bilgilerini paylaşmak veya kimlik bilgilerini kullanmak sonucunda bunların kolayca değiştirilme imkânının bulunması, yaş doğrulama konusunun etkili bir yol olmadığını göstermektedir. Belirttiğimiz korumalar ve engellemeler önemli olsa da gençlerin ve çocukların pornografik içeriklere internet ortamında erişmelerine engel olunamamaktadır.

Burada düşünülmesi gereken hususlardan biri de mağdurun adı altında bir sosyal medya hesabının oluşturulması, daha sonra üçüncü şahıslarla cinselleştirilmiş bir dille iletişim kuruluyor olmasıdır⁵¹. Belirtelim ki Ceza Kanunu'nun amaçları arasında cinsiyet alanında yetişkin vatandaşlarla ilgili ahlaki bir standart oluşturmak yoktur. Ancak toplumun sosyal düzeni içerisinde bireyin cinsel dokunulmazlığını rahatsız edici fiillerden ve tacizlerden korunması gerekmektedir. Pornografik tasvirlerde kişilerin bozulmamış cinsel gelişim, fiziksel bütünlük ve nihayetinde insanlık onuru mutlak surette korunmalıdır⁵². Bu konuda Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ile çocukların cinsel sömürüsü ve çocuk pornografisiyle mücadeleyle yönelik 22 Aralık 2003 tarihli Konsey Çerçeve Kararı, Avrupa'da belirleyici öneme sahiptir⁵³. Konseyin çocukların cinsel sömürüsü ve çocuk pornografisi ile mücadeleye ilişkin çerçeve kararı, çocuk pornografisiyle mücadelede yargı ve kolluk kuvvetleri arasındaki iş birliğini daha etkin hale getirmek için ulusal hukuk sistemlerini uyumlu hale getirmeyi amaçlamakta ve bu konuda özellikle internet ortamının ve sosyal ağların zararlarına dikkat çekilmektedir.

Cinsel içerikli görüntüler konusunda karşımıza çıkan bir diğer kavram “*sexting*”dir. *Sexting* olarak kısaltılan cinsel içerikli mesajlaşmalar, özellikle 13-18 yaş arası gençlerin tamamen veya kısmen çıplak fotoğraflarını veya cinsel içerikli sözlerini internetteki dijital platformlarda veya sosyal ağlarda paylaşması anlamına gelmektedir. Cinsel içerikli paylaşımı bizzat çocuk yaptığından bu tür paylaşımların çocuk pornografisi suçunu oluşturmayacağını belirtmemiz gerekir⁵⁴.

IV. MÜSTEHCENLİK VE ŞANTAJ SUÇUNUN CİNSEL SUÇLARLA İLİŞKİSİ

A. Müstehcenlik

Genel ahlaka karşı suçlar, TCK'nın özel hükümlere ilişkin ikinci kitabının, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının, yedinci bölümünde düzenlenmiştir. Müstehcenlik suçu da bu bölümde, 226'ncı maddede düzenlenmiştir. Müstehcen ürünlerin yayımı internet ortamında gerçekleştiği takdirde, bu ortamı kullananlar TCK'nın 226'ncı maddesinin 2 ve 5'inci fıkralarında düzenlenen suçun faili olarak cezalandırılır. Müstehcen içeriğin yayılması internet aracılığıyla gerçekleştiği takdirde fıkranın

⁵⁰ HILGENDORF / FRANK / VALERIUS, s. 111, kn. 406.

⁵¹ KRETSCHMER, Joachim: “Der neue § 238 StGB: Cyberstalking und andere Änderungen”, *JA*, 2022, s. 44.

⁵² HILGENDORF / FRANK / VALERIUS, s. 114, kn. 417.

⁵³ HILGENDORF / FRANK / VALERIUS, s. 122, kn. 449.

⁵⁴ ATILLA ÖZTÜRK, s. 192.

uygulanması açısından belirsiz sayıda kişinin ulaşma imkânının bulunması gerekir. Ürünün yalnızca belli bazı kişilere ulaştırılması ya da internetin bireysel bir iletişimi gerçekleştirmek amacıyla kullanılması halinde TCK m. 226/5 fıkrasındaki suçun unsuru gerçekleşmeyecektir⁵⁵.

TCK'nın 226/3'üncü maddesinin 1'inci cümlesindeki düzenlemede, “*müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanmak*” suç olarak tanımlanmıştır. Üretmek kelime anlamıyla oluşturmak, yaratmak ve meydana getirmek anlamlarına gelmektedir. Çocuğun müstehcenlik içeren görüntüsünün, resminin veya sesinin kullanılması, yazı veya ses içeriğinde çocuğun yer alması bu suçun oluşumu için yeterlidir⁵⁶.

Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 34'üncü maddesi, taraf devletlerin, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suiistimale karşı koruma güvencesi vereceğini ifade eder. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol'ün 1'inci maddesi de şu şekildedir: “*Taraf Devletler çocuk satışını, çocuk fahişeliğini ve çocuk pornografisini bu Protokol uyarınca yasaklayacaklardır.*” Protokol'ün 2'nci maddesinin çocuk pornografisini tanımlayan (c) bendine göre “*Çocuk pornografisi, çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi anlamına gelir.*”. Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesinde, “Çocuk Pornografisiyle İlişkili Suçlar” başlığı altında çocuk pornografisi suçuyla ilgili çeşitli fiillere yer verilmiştir. Buna rağmen “çocuk pornografisi” başlığı altında ayrı bir suç tipi, 5237 sayılı TCK'da düzenlenmemiştir. Çocuk pornografisi, TCK'da müstehcenlik suçu ile yaptırım altına alınmıştır⁵⁷. Cinsel ve özel görüntüler kısmında belirttiğimiz üzere, müstehcenlik suçunun da özel hayatın gizliliğini ihlal suçuyla birlikte değerlendirilmesi gerekir⁵⁸.

B. Şantaj

Cinsel içerikli görüntü paylaşımı konusunda mağduru tehditle birlikte failin bir yarar sağlama maksadı varsa TCK'nın 107'nci maddesinde yer alan şantaj suçu oluşur⁵⁹. Hürriyete karşı suçlardan olan şantaj, TCK'nın 107'nci maddesinde “(1) *Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya*

⁵⁵ “*Sanığın mağdureye ait müstehcen görüntüleri, mağdurenin ağabeyi ve ablasına facebook isimli sosyal paylaşım sitesinin özel mesaj uygulaması ile gönderdiğinin kabul edildiği eylemde, müstehcen içerikli görüntülerin yalnızca belirli kişilere paylaşılması nedeniyle atılı suçun yasal unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden hüküm kurulması...*” Yargıtay, 18. CD., T. 31.05.2017, E. 2017/1867, K. 2017/6815.

⁵⁶ “*Sanığın, internet ortamında tanıştığı ve suç tarihinde onsekiz yaşından küçük olan katılan çocuğun müstehcen nitelikteki çıplak görüntülerini internet üzerinden bilgisayar kamerası ve özel bir yazılım aracılığıyla kaydetmesi şeklindeki eyleminin, TCK'nın anılan maddesinde düzenlenen 'müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanma' suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, beraat kararı verilmesi...*” Yargıtay, 18. CD., T. 22.2.2017, E. 2015/29886, K. 2017/2091.

⁵⁷ ATILLA ÖZTÜRK, s. 87.

⁵⁸ “*Mağdurun fiziksel mahremiyetine ilişkin çıplak fotoğraflarını, onun bilgisi ve rızası dışında ifşa eden sanığın eyleminde TCK'nın 134/2. madde ve fıkrasında tanımlanan görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu; ayrıca, 16 yaşındaki mağdurun, cinsel arzuları tahrik ve istismar eden, toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki müstehcen görüntüsünü, internet üzerinden yayımlayan sanığın TCK'nın 226/5. madde ve fıkrasında tanımlanan müstehcenlik suçunu da işlediği, bir fiili ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığın, TCK'nın 44. maddesi gereğince, daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, mağdura ait fotoğrafların onun rızası olmaksızın internette yayımlandığı kabul edilmesine rağmen mağdurun yaşı ve tespit edilen fotoğrafların özellikleri dikkate alınmaksızın, eylem sadece görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilerek, yazılı şekilde hüküm kurulması...*” Yargıtay, 12. CD., T. 11.3.2020, E. 2019/1077, K. 2020/2700. “*Sanığın yaşı küçük katılan ...'a ait çıplak fotoğrafları, şantajla ele geçirmesi şeklinde kabul edilen eyleminin TCK'nın 226/3. maddesinin ilk cümlesinde düzenlenen müstehcenlik suçunu oluşturduğu gözetilmeden, eylemin TCK'nın 226/3. maddesinin son fıkrası ve aynı Kanun'un 134. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturduğundan bahisle ayrı ayrı mahkumiyet hükümleri kurulması...*” Yargıtay, 4. CD., T. 22.12.2021, E. 2021/14728, K. 2021/29898.

⁵⁹ “*Elektronik posta ve facebook adreslerine erişimini engelleyip katılana MSN üzerinden "camı aç, senin resimlerini herkese göstereceğim, benimle konuş, Recep ile yaptığın yazışmaları internete verirsem senin için kötü olur, resimlerini montaj yaparak meydana getirdiğim cinsel içerikli mesajları arkadaşlarına göndereceğim" içerikli mesajlar gönderdiği belirtilen sanığın tehdit suçunu işlemediğini savunması karşısında, suçta konu mesaj içerikleri denetime olanak verecek şekilde dosya içeriğine yansıtılmadan, tartışılmadan ve sübutu halinde, eylem zarar verebilecek bir hususu açıklamaya tehdidinde bulunarak yarar sağlama niteliğinde olup şantaj suçunun oluşup oluşmayacağı da tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması...*” Yargıtay, 8. CD., T. 07.10.2015, E. 2015/1647, K. 2015/22235.

yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, (...) cezalandırılır. (2) Kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde de birinci fıkraya göre cezaya hükümlenir” şeklinde düzenlenmiştir. Şantaj suçunda kişi, hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle mağduru belli bir şekilde harekete zorlamaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere kişinin kendisine ya da başkasına yarar sağlamak amacıyla bir başkasının şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması şantajdır. Şantaj suçunun oluşması için mağdurun zorlanması yeterlidir⁶⁰.

Şantaj suçunda, bir kimsenin şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği söylenir. Bu durumda fail, internet ortamında ve sosyal ağlarda mağdura ait olan ve rıza ile veya rıza dışı elde edilen görüntüleri ifşa edeceğinden bahisle şantajda bulunur⁶¹. Örneğin cinsel ilişki sırasında çekilmiş fotoğrafların ya da özel cinsel görüntülerin internete konulması tehdidi ile mağduru para vermeye zorlamak şantaj suçuna vücut verir.

V. RIZA DIŞI ELDE EDİLEN CİNSEL İÇERİKLİ GÖRÜNTÜLERİN MAĞDUR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

TCK’da tanımlanan cinsel suçlardan farklı olarak internette ve sosyal ağlarda işlenen cinsel suçlar mağdurun fiziksel veya zihinsel olarak hastalanmasına neden olabileceği gibi haysiyetini, mahremiyetini ve cinsel özerkliğini kaybetmesine neden olabilmektedir. Hatta çok daha ileri boyutuyla mağdurun intihar ettiği de görülmektedir. Başlangıçta belirtelim ki intikam pornosunun yayılması, mağduru fiziksel, psikolojik ve finansal olarak doğrudan ve dolaylı bir biçimde etkilemektedir⁶².

Görüntüye dayalı cinsel istismar mağdurları ağırlıklı olarak kadınlardır. Toplumsal cinsiyet eşitsizliği, kadınlara yönelik aşağılanma ve utancın ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Rıza dışı elde edilen cinsel içerikli görüntüler mağdurun kişisel ve bedensel bütünlüğü ile haysiyet ve mahremiyetini ihlal etmektedir. Görüntüye dayalı cinsel istismarın zararları düşünüldüğünde, belki de en bilindik olanı, görsellerde tasvir edilen kişilerin fiziksel ve ruhsal sağlığına ani ve doğrudan verilen zararlardır⁶³. Tipik olarak, çevrimiçi (pornografi internet siteleri veya sosyal medya aracılığıyla) dağıtılan görüntülere iletişim bilgileri, sosyal medya bağlantıları ve ev adresleri de dahil olmak üzere bireyi tanımlayan bilgiler ve mağdur hakkında asılsız [internette ifşa etme (*doxxing*⁶⁴)] iddialar da mağduriyeti artırıcı niteliktedir. Kesintisiz çevrimiçi istismara maruz kalma, mağduriyeti derinleştirmektedir⁶⁵. Öyle ki mağdurlar genellikle hem çevrimdışı hem de çevrimiçi kamusal alanlardan uzaklaşmaya başlar. İş bırakma, okul değiştirme, kamusal söylemlerden çekinme, fikirlerini ifade etmekten kaçınma ve sosyal medya hesaplarını kapatma gibi sonuçlar cinsel içerikli görüntülerin zararlarını göstermektedir.

⁶⁰ Geniş bilgi için bkz. CENTEL, Nur: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Şantaj Suçu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 9, Sayı 2, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan Özel Sayısı, s. 101 vd.

⁶¹ “Suç tarihinden önce sosyal medya üzerinden tanışıp arkadaş olduğu on dört yaşındaki mağdure ile internette görüntülü konuşmaya başlayan sanığın, bu ortamda soyunmasını istediği mağdurenin olumsuz yanıt vermesi üzerine şantaj içerikli sözler sarf ederek herhangi bir kayıt işlemi yapmaksızın bilgisayar kamerası açıkken soyunmasını sağlamaktan ibaret eyleminin şantaj suçunun yanı sıra fiziksel temas içermemesinden dolayı (...) 5237 sayılı TCK’nın 105/1. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanlıya düşülerek çocuğun cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...” Yargıtay, 14. CD., T. 29.04.2021, E. 2017/2247, K. 2021/3400).

⁶² DÜLGER, s. 20.

⁶³ McGLYNN / RACKLEY, s. 545.

⁶⁴ Doxxing; bir kişi veya kuruluş hakkında özel veya tanımlayıcı bilgileri (özellikle kişisel olarak tanımlayıcı bilgiler) araştırmak ve kamuya açık platformlarda yaymaktır. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Doxing> (E.T.: 01.05.2022).

⁶⁵ ABD Siber Sivil Haklar Girişimi tarafından yapılan bir araştırma, “intikam pornosu” mağdurlarından yüzde 80’inden fazlasının ciddi duygusal sıkıntı ve endişe yaşadığını tespit etmiştir. İntikam pornosu gençlerde intiharla birlikte eğitim ve duygusal gelişim üzerinde de derin etkiler göstermektedir. Bkz. McGLYNN / RACKLEY, s. 545.

Görüntüye dayalı cinsel istismar, mağdurların öz değerlerini kasıtlı olarak ihlal ederek ve onlara saygılı davranmayarak haysiyetlerini ihlal eder. Görüntüye dayalı cinsel istismar, sadece mağdurun değil, genellikle kadınların o toplumda yaşayan tüm üyelerinin haysiyetini tehlikeye atar. Cinsel istismarın görüntüye dayalı olması, özellikle çevrimiçi ortamda rahat olamama ve bu tür tehditlerle karşı karşıya gelebileceği mesajı verir. Yaşanan mağduriyetleri tazminat yollu telafi etmek, suç teşkil eden fiilleri medeni hukuk korumasıyla önlemek tek başına yeterli değildir. Medeni hukukun yanı sıra ceza hukukunun önleyici gücünden de faydalanmak gerekir⁶⁶.

Görüntüye dayalı cinsel istismarın çeşitli biçimleri göz önüne alındığında, manipüle edilmiş görüntüler (cinselleştirilmiş “fotoşoplama”) dahil olmak üzere özel cinsel görüntülerin rıza dışı oluşturulması ve dağıtımı suç teşkil etmektedir⁶⁷. Manipüle edilmiş özel cinsel görüntülerin neden olduğu zarar da dikkate alınırca yasal korumanın haklı olduğu anlaşılacaktır. Mağdurların görüntüye dayalı cinsel istismarı bildirme konusunda çekingen davrandıkları ve isteksiz oldukları da bilinen bir gerçektir. Kamusalığın bu zararı yalnızca artıracakı gerçeği göz önüne alındığında, bu durumun şartırtıcı olmadığı görülecektir⁶⁸.

SONUÇ

Ceza hukukunda suç teşkil eden fiiller, günümüzde “çevrimdışı” işlenmekle birlikte giderek “çevrimiçi” sanal alanda da işlenmeye başlamıştır. Ceza hukuku başta olmak üzere, hukuk bu sosyal ve teknik gelişmeyi takip etmek durumundadır. İnternet ortamında ve sosyal ağlarda işlenen, çocukların cinsel açıdan kötüye kullanılması (*grooming*), çocuk pornografisi ve hatta çocuk istismarına varan olaylar nedeniyle internet ortamını ve sosyal ağları her boyutuyla disipline etme zaruretini ortaya çıkarmıştır. Cinsel taciz, cinsel şiddet ve şantaj bireyin hem cinsel dokunulmazlığını hem de hürriyetini tehdit eden hukuka aykırı davranışlardır. İnternet ve sosyal ağların günümüzdeki etkinliği bahse konu suçların önemini artırmış ve suçla mücadelede farklı bir boyut kazandırmıştır.

Özel cinsel görüntülerin, tarafın rızası olsun veya olmasın, cinsel veya cinsel olmayan amaçlarla alınması veya dağıtılması suçtur. Aslında bu suç sürekli işleneğelen ve tarihçesi olan bir suç tipidir. Suç tipinin yeniden gündeme gelmesinin sebebi, bahse konu fiillerin kolaylıkla işlenmesini sağlayan teknolojik ilerlemelerin kötü niyetli kimselere sunduğu imkânlardır. Teknolojik gelişmeler, bahse konu suçlarda bireysel ve kolektif zararların niteliğini artırmıştır.

İnternete erişimin yaygınlığı ve internette anonim kalma imkânının bulunması başta özel cinsel görüntüler oluşturma olmaz üzere cinsel taciz, cinsel istismar ve müstehcenlik suçlarının kolaylıkla işlenmesine yol açmıştır. Bu durum, özel hukuk boyutuyla tazminat talepli zarar telafileri dışında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların yeniden gözden geçirilmesini ve yeni suç tiplerinin ihdası noktasında tartışmaları da gündeme getirmiştir. Fakat bugün için kabul gören anlayışa göre internetin ve sosyal ağların kendine özgü yapısı, ihlallerin önüne geçmeyi zorlaştırmaktadır. Özellikle görüntüye dayalı cinsel istismarın internette hızla yayılması, failin anonim kalması, failin sosyal ağlardaki takipçi sayısı ile sosyal ağları kullananların sayısı dikkate alındığında meselenin sadece ceza kanunlarına havale edilmesinin yeterli olmayacağı anlaşılacaktır. Sonuç olarak cinsel istismarın görüntüye dayalı olarak ani ve uzun vadeli fiziksel ve psikolojik zararları hesaba katılarak hukuk reformları hızlandırılmalıdır.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya Prof. Dr. Murat BALCI ve Dr. Öğ. Üyesi Kerim ÇAKIR eşit oranda katkı sağlamıştır.

⁶⁶ McGLYNN / RACKLEY, s. 561.

⁶⁷ McGLYNN / RACKLEY, s. 556.

⁶⁸ McGLYNN / RACKLEY, s. 557.

KAYNAKÇA

- ATILLA ÖZTÜRK, Gülden: *Türk Ceza Kanunu'nda Müstehcenlik Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BEIER, Klaus M.: "Die Zukunft einer Pandemie- Sexueller Kindesmissbrauch als weltweite Herausforderung", *ZRP*, 2020, s. 255-258.
- CENTEL, Nur: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Şantaj Suçu", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 9, Sayı 2, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan Özel Sayısı, s. 101-122.
- CİBOOĞLU, Atay: "Siber Zorbalık, Siber Zorbalık Kavramı ve Kavramın Yetersizliği", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2020, Cilt 94, Sayı 2, s. 145-159.
- DERELİ, Alparslan: "İsrarlı Takip ve Taciz (Stalking) Kavramı ve Suçu", (Ed.) KOCA, Mahmut: *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1389-1410.
- DÜLGER, Murat Volkan: "İnternet Aracılığıyla İşlenen Cinsel Suçlar", 2021, s. 1-33 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3792316>, E.T.: 21.04.2022).
- ESSER, Robert: "Strafrechtliche Aspekte der Social Media", (Hrsg.) HORNING, Gerrit / MÜLLER-TERPITZ, Ralf: *Rechtshandbuch Social Media*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2015, s. 203-321.
- GERCKE, Marco: "Die Entwicklung des Internetstrafrechts 2020/2021", *ZUM*, 2021, s. 921-936.
- GRISSE, Karina: "Elterliche Sorge und Aufsichtspflichten bei der Nutzung digitaler Medien durch Kinder", *NZ Fam*, 2022, s. 189-198.
- HILGENDORF, Eric / FRANK, Thomas / VALERIUS, Brian: *Computer- und Internetstrafrecht*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2005.
- KATZER, Catarina: *Cybermobbing - Wenn das Internet zur W@ffe wird*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2014.
- KILINÇ, Doğan: "5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 20, Sayı 2, s. 577-623.
- KÖNIG, Sabine: *Kinderpornographie im Internet*, Würzburg Univ., Diss., Würzburg, 2003.
- KRETSCHMER, Joachim: "Der neue § 238 StGB: Cyberstalking und andere Änderungen", *JA*, 2022, s. 41-46.
- McGLYNN, Clare / RACKLEY, Erika: "Image-Based Sexual Abuse", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, Volume 37, Issue 3, s. 534-561.
- RETORNAZ, Eylem Aksoy: *Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- SABANCA, Mustafa Serkan: *Sosyal Paylaşım Siteleri ve Çocuk İstismarı, Siber Suçlar, Tehditler, Farkındalık ve Mücadele*, Global Politika ve Strateji Yayınları, Ankara, 2015.
- SAKA, Dilek: *İfşanın Sosyal Medyada İntikam ve Cezalandırma Aracı Olarak Kullanımı: Facebook, Twitter ve Instagram Örneği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- SIEBER, Ulrich: "Bilgisayar Suçluluğu", (Çev.) ÜNVER, Yener, (Ed.) ÜNVER, Yener: *İnternet Hukuku-Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 13-58.
- ÜNLÜ, Derya / TÜRK, Hülya / ARTAN, Taner: "Kamu Sorumluluğu ve Sosyal Hizmet Perspektifinden Çocukların Çevrimiçi Cinsel İstismarı: Bir Olgu Sunumu", *Omdusman Akademik*, 2020, Yıl 7, Sayı 13, s. 227-252.
- WEAVER, Russell L.: "İnternet, İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukuku: Şimdi İnternette Bir Uluslararası Antlaşma Zamanı mı?", (Çev.) BİÇİMSEVEN, Zeynep, (Ed.) ÜNVER, Yener: *İnternet Hukuku-Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 143-170.

Eser Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin İfası^(*)*Performance of Third Person in the Contract of Work***Melek BİLGİN YÜCE**

Doçent Doktor

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Gül ARSLAN YILMAZ

Avukat

İstanbul Barosu

Anahtar Kelimeler

Üçüncü Kişinin İfası,
Eser Sözleşmesi,
Nama İfa,
TBK m. 473/II,
TBK m. 113/I.

Öz

Eser sözleşmesinde, genel kuraldan farklı olarak, yüklenicinin bizzat ifa yükümlülüğü bulunmaktadır. Eser sözleşmesinde yüklenicinin bizzat ifa borcu, TBK m. 471/III'te düzenlenmektedir. Ancak bu mutlak bir kural olarak düzenlenmemekte; eserin yüklenicinin kendi yönetimi altında yaptırılacağı de öngörülmektedir. Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri ve becerisi ifa bakımından önemli değilse yüklenicinin eseri bizzat meydana getirme borcu olmaz. Bu halde yüklenici eserin meydana getirilmesi sırasında üçüncü kişilerden yararlanabilir. Bunlar yardımcı kişiler olabileceği gibi alt yükleniciler de olabilir. Çalışmada yüklenicinin işin hangi aşamalarında üçüncü kişiden yararlanabileceği, üçüncü kişinin ifaya katılmasının hangi kapsamda olması gerektiği ve bunlara dayalı sonuçlar, eser sözleşmesi özelinde ele alınmaktadır. Bu çalışma ile eserin üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi bakımından sadece yüklenicinin üçüncü kişiyi ifaya katması değil, alacaklının iradesine dayalı üçüncü kişi tarafından ifanın yapılması ve sonuçları da yine eser sözleşmesine özel olarak incelenmiştir. Bir üçüncü olasılık olarak da üçüncü kişinin, alacaklı ya da borçlunun iradesi olmaksızın, inisiyatif alarak eseri meydana getirmesi hali değerlendirilmiştir. Ayrıca son durum olarak icra kanalıyla üçüncü kişiye yaptırma hali irdelenmiştir.

Keywords

Performance of the
Third Party,
Contract of Work,
Substitute
Performance,
TCO Art. 473/II,
TCO Art. 113/1.

Abstract

In the contract of work, unlike the general rule, the contractor has a personal obligation to perform. The contractor's personal performance obligation in the contract of work is regulated in Turkish Code of Obligation (TCO) Article 471/III. However, this is not regulated as an absolute rule; it is also envisaged that the work could be made under the contractor's management. If the personal characteristics and skills of the contractor are not important in terms of performance in the creation of the work, the contractor does not have the obligation to create the work himself. In this case, the contractor may benefit from third parties during the creation of the work. These may be subcontractors as well as auxiliary persons. In the study, at which stages of the work the contractor can benefit from the third person, to what extent the third person's participation in the performance should be and the results based on these are discussed specifically in the context of contract of work. In this study, in terms of the performance of the work by the third party, not only the contractor's involvement of the third party in the performance, but also the performance by the third party based on the will of the creditor and its results were also examined. As a third possibility, the situation where the third person takes the initiative and creates the work without the will of the creditor or debtor has been evaluated. In addition, as the last case, the case of having it done by the third party through the execution channel has been examined.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 25.06.2022, Kabul Tarihi: 05.07.2022.

Bu makale, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı çerçevesinde "Yüklenicinin Borçlarının Üçüncü Kişiyi Yaptırılması ve Sonuçları" adlı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

GİRİŞ

İşgörme sözleşmeleri grubunda yer alan hizmet ve vekâlet sözleşmelerinde olduğu gibi, eser sözleşmesi bakımından da, genel kural olan Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 83'ten farklı olarak, bizzat ifa yükümlülüğü bulunmaktadır. Eser sözleşmesinde yüklenicinin bizzat ifa borcu, TBK m. 471/III'te düzenlenmektedir. Buna göre, kural olarak, “*Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak ya da kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür.*”. Düzenlemeden görüldüğü üzere, yükleniciye bizzat ifa borcu yüklenmekte ancak işin niteliği gereği mutlak bir kural olarak düzenlenmemekte; eserin kendi yönetimi altında yaptırılabilmesi de öngörülmektedir. Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri ve beceri, kıdem, hâkimiyet ve bunun gibi nitelikleri, yüklenicinin eseri bizzat meydana getirmesi gerektiğine dair kuralın temel gerekçesidir¹.

Bu hüküm, işgörme edimlerinin kural olarak şahsen ifayı gerektirdiğine dair genel kuralın eser sözleşmesine yansımış şeklidir². Eser sözleşmesi bakımından iş sahibinin, vekili seçmesi gibi, yükleniciyi verdiği iş ile ilgili olarak becerisi, işe yatkınlığı, kıdemi gibi hususları göz önünde bulundurarak ve güvenerek seçmesi söz konusudur. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirmesi bakımından “*ratio legis*”i, başka bir anlatımla amacı, iş sahibinin seçimini korumaktır. Eser sözleşmesi bakımından yüklenicinin kişiliğinin, yeteneğinin ve diğer kişisel özelliklerinin önemli olduğu düşünülmekte ve yasal düzenleme ile iş sahibinin, yükleniciyi seçme iradesine önem verilmektedir. Esasen TBK m. 471'deki düzenleme, TBK m. 83 düzenlemesinin tam tersi şeklindedir. TBK m. 471'de asıl olan, yüklenicinin ifasını kendi yapması; istisna olarak da alacaklının menfaati dikkate alındığında, yüklenicinin kişisel özelliklerinin, yeteneğinin önemi olmaması halinde üçüncü kişiye yaptırabilmesidir. Borcun üçüncü kişiye yaptırılması, alacaklının ifa ile elde etmek istediği sonuca engel olmamalıdır.

Çalışmada yüklenicinin işin hangi aşamalarında üçüncü kişiden yararlanabileceği, üçüncü kişinin ifaya katılmasının hangi kapsamda olması gerektiği ve bunlara dayalı sonuçlar, eser sözleşmesi özelinde ele alınmaktadır. Bu çalışma ile eserin üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi bakımından sadece yüklenicinin üçüncü kişiyi ifaya katması değil, alacaklının iradesine dayalı üçüncü kişi tarafından ifanın yapılması ve sonuçları da yine eser sözleşmesine özel olarak incelenmeye çalışılmıştır. Bir üçüncü olasılık olarak da üçüncü kişinin alacaklı ya da borçlunun iradesi olmaksızın, kendisi inisiyatif olarak eseri meydana getirmesi hali değerlendirilmiştir.

Bu bağlamda aşağıda önce üçüncü kişinin ifası kavramına ve bunun eser sözleşmesi bakımından görünümüne değinilecek; daha sonra ise üçüncü kişinin ifaya ne şekilde ve kimin iradesine dayalı olarak katıldığı tespiti yapılarak bu ayrıma dayalı sonuçlar incelenecektir. Ayrımlara dayalı sonuçlar arasında benzerlikler ve farklar da uygulama bakımından önemli olduğu ölçüde tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BIZZAT İFA BORCU

A. Genel Olarak Bizzat İfa Borcu

İfa “*borçlanılan edimin yerine getirilmesidir*”³. Borçlu taahhüt altına girdiği borcu kendisi ifa edebilir. Ancak bu zorunlu olmayıp kural olarak ifayı başkasına da yaptırabilir. İfada borçlunun rolüne

¹ EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Özel Hükümler), N. 2076; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Eser, Vekâlet, Simsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti, Cilt II*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Özel Hükümler), s. 11-12; GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler: *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 23; ŞENOCAK, Zarife: *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002 (Ayıbın Giderilmesi), s. 19-20.

² ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 19.

³ NOMER, Haluk Namı: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Genel Hükümler), s. 327; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, N. 783; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Cilt 3*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 7; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Genel Hükümler), s. 669; AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri*, 29. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 9.

baktığımızda, buna ilişkin temel kural, TBK m. 83'te yer alır. Yedek hüküm niteliğindeki, “*Şahsen ifanın zorunluluğunun olmaması*” başlıklı m. 83'e göre “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.*” Bu genel kural çerçevesinde borçlunun bizzat ifası aranmaz; üçüncü kişi de borcu ifa edebilir⁴. Bu kurala doktrinde “ifanın gayri şahsiliği ilkesi” denilmektedir⁵. Bu kural aslında yine alacaklının menfaati dikkate alınarak getirilmiş bir düzenlemedir ve alacaklının menfaatini zedeleyecek bir sonuç yaratmaz. Hatta borçlunun rızası olmadan da üçüncü kişinin borcu ifa edebileceği kabul edilmektedir⁶.

Borçlunun borcunu üçüncü kişiye yaptırması, borcunu ifa ederken yardım alması şeklinde olabileceği gibi, TBK m. 83 kapsamında alacaklının bizzat borçlunun ifasında menfaati bulunmamaktaysa borcun özelliğine göre işi tamamen başkasına ifa ettirmesi şeklinde de olabilir⁷.

İfanın bizzat borçlu tarafından yapılmasının önem arz edip etmediği her borç bakımından somut olayın özelliklerine bakılarak değerlendirilmelidir⁸. Değerlendirme yapılırken, borçlunun ifayı bizzat yapmasının, yapılan iş bakımından, borçlusunun beceri düzeyi, kıdemi, hâkimiyeti, bilgi birikimi ve diğer kişisel özellikleri dikkate alınarak, borçlunun şahsen ifasının, alacaklının daha menfaatine olup olmadığı, dürüstlük kuralına göre tespit edilmelidir⁹.

Bir borcun ifasının üçüncü kişi tarafından yapılıp yapılamayacağı değerlendirilirken öncelikle *borcun içeriğini ve konusunu oluşturan*¹⁰ edime bakılması gerekir. Edim alacaklısına maddi ya da manevi yarar sağlayan her türlü davranış olabilir¹¹. Edimler; konu, nitelik, süre ve davranış biçimi şeklinde çeşitli açılardan sınıflandırılmaktadır. Üçüncü kişinin ifası bakımından değerlendirme yapılırken edimin davranış biçimi bakımından yapılan ayrımı bize yol gösterir. Edimler davranış biçimi olarak verme, yapma ve yapmama olarak ayrılmaktadır. Verme ve yapma edimleri olumlu edimler grubundayken, katlanma ve kaçınma alt ayrımı yapılan yapmama edimi olumsuz edim grubunda yer alır. Verme borçlarının konusu genelde bir eşyadır; bir hakkın devri söz konusu olduğunda da verme borçlarından bahsedilir. Bunlarda alacaklının menfaati, devir konusu olan şeye veya hakka ilişkindir; bu nedenle ifada borçlunun rolü önemli değildir. İfanın kimin tarafından yapıldığından bağımsız olarak, vermenin konusu olan şey üzerinde hak sahibi olabilmek önemli olur. Bu nedenle üçüncü kişi bir verme borcunu her zaman ifa edebilir; yeter ki tasarruf yetkisi olsun. Bir makinenin mülkiyetini devretme, 100.000 TL ödeme ya da bir alacak hakkının devri bu tür borçlara örnek olarak gösterilebilir. Yapmama borçlarında borçlunun ifada rolüne bakıldığında ise bu tür bir borcun her zaman borçlunun kendisi tarafından yerine getirilmesi gerektiği açıkça görülür. Örneğin bir rekabet etmeme borcu söz konusu olduğunda, bu borcun ifasının üçüncü kişi tarafından yapılması alacaklı açısından anlamlı değildir. Bizzat ifa borcu, yapmama borçları açısından net olup üçüncü kişi yapmama borcunu ifa edemez. Verme ve yapmama borçları bakımından, edimin içeriğinin ne olduğuna bakılmaksızın sonuçta varılabilirken yapma borçlarında her bir edimde ayrı değerlendirme yapılması zorunludur.

⁴ TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, N. 1114; OĞUZMAN / ÖZ, N. 793; NOMER, *Genel Hükümler*, s. 336; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 22.

⁵ EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Genel Hükümler), N. 2852.

⁶ Üçüncü kişi tarafından yapılan ifada, borçlunun rızasının ya da haberinin olmaması halinde, Kanun'da ifanın gerçekleşmiş sayılıp sayılmayacağına dair düzenleme bulunmamaktadır. Öğretideki görüşe göre üçüncü kişinin yaptığı ifaya borçlunun rızası bulunmasa bile alacaklı ifayı kabul ederse borç sona erer. Borçlunun üçüncü kişinin ifasına rıza göstermemesi halinde, üçüncü kişinin ifa teklifini kabul etmeyen alacaklı, temerrüde düşmez. Diğer hallerde ise üçüncü kişinin ifa teklifi, diğer koşulları da varsa gereği gibi ifa teklifi niteliği taşıy ve alacaklı temerrüdü gündeme gelir. NOMER, *Genel Hükümler*, s. 336; OĞUZMAN / ÖZ, N. 813; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 27; SEROZAN, Rona / BAYSAL, Başak / SANLI, Kerem Cem: *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 34.

⁷ NOMER, *Genel Hükümler*, s. 336.

⁸ OĞUZMAN / ÖZ, N. 792; EREN, *Genel Hükümler*, N. 2855 vd.

⁹ OĞUZMAN / ÖZ, N. 790; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 23.

¹⁰ EREN, *Genel Hükümler*, N. 270.

¹¹ AKINTÜRK / ATEŞ, s. 9; OĞUZMAN / ÖZ, N. 22.

Yapma borçları şahıs varlığı ile yerine getirilir ve alacaklının ifaya menfaati, olumlu bir edimin borçlu tarafından maddi bir fiil ile yerine getirilmesi sonucunda sağlanır. Buna dayalı olarak o işin yapılmasında borçlunun kişisel özelliklerinin, yeteneklerinin öneminin olup olmadığı değerlendirilmeksizin üçüncü kişiye ifayı yapma konusunda izin vermemiz mümkün olmaz.

Konumuz olan eser sözleşmesine bakıldığında yüklenicinin borcu, işgörme edimi ile teslim edeceği eseri meydana getirmektir. Eserin meydana getirilmesi, işgörme edimi olup yapma borcunun konusudur¹². Bu sebeple eser sözleşmesinde yüklenici, her zaman bir yapma borcu altına girer. Bazı hallerde yapma borcunun sonucunda ortaya çıkan eserin teslimi gerekmezken bazı hallerde teslimi de gerekir. Teslim kavramı, maddi bir eser ortaya çıkarıldığında gündeme gelir ve bu halde yüklenicinin yapma borcu sonrasında verme borcu da bulunur. Örneğin bir havai fişek gösterisi düzenlendiğinde teknik anlamda bir verme fiilini gerektiren teslim kavramı gündeme gelmezken bir masa siparişi verildiğinde yapma edimi sonrasında ortaya çıkan maddi eser olan masanın iş sahibine teslimi de¹³ gerekir. Verme kısmının üçüncü kişi tarafından ifasında, yukarıda açıklandığı üzere bir özellik bulunmaz.

Eser sözleşmesi de olsa üçüncü kişinin ifası, yapma edimi aşamasında özellik taşır. Bu bağlamda, masanın meydana getirilmesi bakımından üçüncü kişinin neyi yapıp yapamayacağı değerlendirilmeli; masa imal edilip de teslim, başka bir anlatımla verme edimi aşamasına geçildiğinde, sözleşme, işgörme sözleşmesi olsa dahi, masanın teslimini herkesin ifa edebileceği sonucuna ulaşılmalıdır. Bu nedenle değerlendirme, yapma borcunun ifasına ilişkindir.

B. Eser Sözleşmesi Bakımından Bizzat İfa Borcu

Genel kural ifanın bizzat borçlu tarafından yapılmasının gerektirmediği yönünde ise de kanun koyucu, işgörme sözleşmeleri bakımından bu kuralı uygun bulmamış; bu kuralın aksi yöndeki düzenlemelere özel hükümlerde yer vermiştir. Kanun'da düzenlenen temel işgörme sözleşmeleri olan hizmet, eser ve vekâlet sözleşmelerinin tümünde de TBK m. 83'ün aksi yönünde düzenlemeler bulunur¹⁴.

Hizmet sözleşmesinde TBK m. 395, vekâlet sözleşmesinde TBK m. 506 ve eser sözleşmesinde TBK m. 471/III borçlunun bizzat ifa borcu altında olduğunu düzenleyen hükümlerdir. Borçlar Kanunu'nun genel kısmındaki kuraldan farklı olarak işgörme sözleşmelerinde kanun koyucu bizzat ifa kuralını temel kural olarak kabul eder.

Hizmet ve vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, eser sözleşmesi bakımından da bizzat ifa yükümlülüğü getirilmiştir. Bizzat ifa, TBK m. 471/III'e göre, kural olarak, "*Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak ya da kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür.*". Düzenlemeden görüldüğü üzere yükleniciye bizzat ifa borcu yüklenmekte ancak işin niteliği gereği de mutlak bir kural olarak da düzenlenmemekte; kendi yönetimi altında yaptırabileceği de öngörülmekte-

¹² KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2021 (Genel Hükümler), s. 6; NÖMER, *Genel Hükümler*, s. 16; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 6.

¹³ Eser sözleşmesinde meydana getirilen eserin teslimi gerektiğinde, bu teslimin her zaman aynı sonuca yönelik olmadığına da dikkat edilmelidir. Malzemenin kime ait olduğuna göre teslim fiili yanında gereken irade uyuşmasının sonucu görülmektedir. Taşınır bir eşyanın meydana getirilmesinde, malzeme yükleniciye ait olduğundan, eserin teslimi mülkiyetin devrine yöneliktir. Taşınırın malzemesi iş sahibine ait olduğunda, zilyetliğin devrini hedefleyen bir teslim söz konusu olur. Örneğin tik ağacından yapılacak olan bir masa söz konusu olduğunda, ağaçların mülkiyeti yükleniciye ait olduğu bir durumda masa nihai halini aldığı anda, ortaya çıkan bu eserin mülkiyeti yine yükleniciye aittir; bu halde yüklenicinin aynı zamanda mülkiyeti devir borcu söz konusu olur. Oysa tik ağaçlarının iş sahibi tarafından yurtdışından satın alınmış ve yükleniciye masayı imal etmesi için verilmiş olduğu ihtimalde, imal edilen masa yüklenicinin atölyesinde bulunsun dahi, masanın mülkiyeti iş sahibine ait olur. Bu durumda yüklenici fer'i dolaysız zilyet iken iş sahibi asli dolaylı zilyettir. Teslim ile de zilyetliğin iadesi gerçekleşir. Taşınmaz üzerinde meydana getirilen bir eser söz konusu olduğunda ise, malzemenin kime ait olduğundan bağımsız olarak, yapılan yapı TMK m. 718 uyarınca arazinin bütünlüleyici parçası halini alır ve taşınmaz kime ait ise yapı da kanun gereği kendiliğinden o kişiye ait olur. Malzemenin yükleniciye ait olmasının önemi bulunmaz. Teslim konusunda bkz. KURT, Leyla Müjde: *(6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 67 vd.; AYAN, Serkan: *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 49 vd.; ŞAHİNİZ, Cevdet Salih: *Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 3 vd.

¹⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet: "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresinde Altında Yaptırma Borcu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1975, Cilt 32, Sayı 1 (Eser), s. 185-186.

dir¹⁵. Buna göre yüklenici¹⁶, borçlandığı eseri ya doğrudan doğruya kendisi yapar ya da ya da kendi yönetimi altında yaptırır¹⁷. Kural olarak kabul edilen, yüklenicinin kişisel niteliğinin önemli olduğudur¹⁸.

TBK m. 471/III hükmü, işgörme edimlerinin, kural olarak, şahsen ifayı gerektirdiğine dair genel kuralın eser sözleşmesine yansımış şeklidir¹⁹. Eser sözleşmesi bakımından iş sahibinin vekili seçmesi gibi, yükleniciyi verdiği iş ile ilgili olarak becerisi, işe yatkınlığı, kıdemi gibi hususları göz önünde bulundurarak ve güvenerek seçmesi söz konusudur²⁰. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirmesi bakımından “*ratio legis*”i, başka bir anlatımla amacı, iş sahibinin seçimini korumaktır.

Yüklenici, kural olarak eser meydana getirme borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür ancak istisna olarak eserin üçüncü kişiye yaptırılması mümkündür²¹. Yüklenicinin bizzat ifa borcunda olmayacağı durumlar, “*eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir*” şeklinde açıklanmaktadır. Bu cümleyle, yüklenicinin eserin meydana getirilmesi bakımından edimini şahsen ifa etmesi sözleşme bakımından özellik arz etmiyorsa üçüncü kişinin ifayı gerçekleştirebileceği düzenlenmektedir. Esasen TBK m. 471’deki düzenleme, TBK m. 83 düzenlemesinin tam tersi özelliktedir. TBK m. 471’de asıl olan, yüklenicinin ifasını kendi yapması; istisna olarak da alacaklının menfaati dikkate alındığında yüklenicinin kişisel özelliklerinin, yeteneğinin önemi olmaması halinde üçüncü kişiye yaptırılmasıdır. Borcun üçüncü kişiye yaptırılması, alacaklının ifa ile elde etmek istediği sonuca engel olmamalıdır.

Fikir ve sanat eserlerinde olduğu gibi, bazı eserlerde yüklenicinin bireysel yetenekleri eserin meydana getirilmesinde o kadar önemlidir ki yüklenici, kendi yönetimi altında dahi olsa, eseri başkasına yaptırdığında aynı sonuç ortaya çıkmaz²². Bu durumda yüklenicinin eseri meydana getirmesi, eserin orijinalliğini ve değerini belirler²³ ve eser özelliğini kendisini meydana getiren kişiden alır. İşte bunun gibi yüklenicinin eser sözleşmesi ile borçlandığı edim kişiye sıkı şekilde bağlı bir edim ise “mutlak şahsilik ilkesi” geçerli olur. Yüklenici, edimi bizzat kendisi meydana getirmek zorundadır ve işin yapılması sırasında yardımcı kişi de kullanamaz²⁴. Bir sanatçının beste yapmayı borçlanması halinde iş sahibi, bizzat o sanatçının bestesini talep ettiğinden ve borçlanılan o sanatçının eseri olduğundan, bestenin başka birine yaptırılması ya da başka birinden bestenin tamamlanması için yardım alın-

¹⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Keفاءet ve Garanti Sözleşmeleri, Cilt II*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Özel Borç İlişkileri), s. 70 vd.; GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 11 vd.; KILIÇOĞLU, *Eser*, s. 185 vd.; TANDOĞAN, Haluk: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1986, Cilt 13, Sayı 3-4 (Eser Sözleşmesi), s. 57 vd.; AVCI, Mehmet Özgür: “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Bizzat İfa Borcu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, s. 303 vd.

¹⁶ Yüklenici tüzel kişi ise zaten işin bizzat yapılması söz konusu olamayacağından iş, tüzel kişinin yönetiminde yetkili organlarca ya da gerçek kişilerce yapılacaktır. Bu durumda tüzel kişinin bir eseri bizzat meydana getirme borcu sözleşme ile öngörülmüş olsa dahi, eserin tüzel kişinin kontrolünde yapılıyor olması yeterlidir. YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt 2*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022 (Özel Hükümler), s. 1108; UYGUR, Turgut: *Açıklamalı ve İçtihatlı İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılıklı İnşaat Sözleşmesi*, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1993, s. 120.

¹⁷ Yüklenici tarafının birden fazla kişiden oluşması halinde bu kişilerin her biri, iş sahibine karşı tek başına borç altına girebileceği gibi, edimin tümünden ortak bir ilişki içinde borçlanabilirler. Ortak ilişki söz konusu olduğunda çoğunlukla görülen, adi ortaklık şeklinde ortaya çıkan bir “*joint venture*” durumudur ve bu durumda tüzel kişilikten bahsedilemez. Bu adi ortaklığı oluşturan ortaklardan birinin ölümü, iflası, kısıtlanması, ortaklıktan ayrılması, tüzel kişi ise tüzel kişiliğinin sona ermesi gibi durumlarda TBK m. 486 kıyasen uygulanmalı ve sözleşme, işe devam edemeyen ortağın kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış işe iş sahibi diğerleriyle sözleşmenin devam etmesine rıza göstermedikçe sözleşmenin sona erdiği kabul edilmelidir. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1110.

¹⁸ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1107-1108.

¹⁹ ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 19.

²⁰ GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 23; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 19-20; EREN, *Özel Hükümler*, N. 2076.

²¹ KILIÇOĞLU, *Eser*, s. 188.

²² TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 71; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 19-20.

²³ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 71; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020 (Kısa Ders Kitabı), s. 338-339; UYGUR, s. 119.

²⁴ ŞENOCAK, s. 20; EREN, *Özel Hükümler*, N. 2077; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1109; UYGUR, s. 119.

ması²⁵, borçlanılan edimin gereği gibi yerine getirilmediği anlamına gelir. Benzer şekilde, ressamın şahsen tablo yapmayı borçlanması örneğinde olduğu gibi sanat eserlerinde sıkça görülebilmektedir; bununla birlikte bu kural, sadece sanat eserleri ile sınırlı değildir. Sanat eserleri dışında da başka eserler bakımından yüklenicinin maddi ve fikri bağlamda kişisel yetenekleri, işin şahsen yapılmasını gerektirebilir. Bu hallerde, yüklenicinin yönetiminde olsa dahi, başka biri tarafından meydana getirilen eser, yüklenici tarafından bizzat meydana getirilen eser ile aynı olmayacaksa eser, yine yüklenici tarafından bizzat meydana getirilmek zorundadır²⁶. Bir başka ifadeyle işin görülmesinde yardımcı kişiler kullanılarak meydana getirilen sonuç, sözleşme ile amaçlanandan daha düşük kalitede olacak ise yardımcı kişi kullanılmasının mümkün olmaz²⁷.

Bizzat ifa borcu altında bulunduğu durumlarda dahi bazı kısımların üçüncü kişilerce yapılması zorunlu olabilir. Yüklenicinin ifasını şahsen yerine getirmesi gereken durumlarda dahi bu şekilde bir özellik söz konusu ise ilgili kısmın başkasına yaptırılması yine hukuka uygundur²⁸. Yüklenicinin tablo yapma borcu altına girdiği bir eser sözleşmesinde tablonun çerçevelenerek teslim edilmesi borcu taahhüt edildiğinde, yüklenici ressam tabloyu bizzat meydana getirmelidir. Tablonun çerçevelenmesi ya da boyanın korunması için gerekli olan ilaçlama yapılması, borcun konusu olan tablonun tamamlanmasını sağlayacak olmakla borçlunun kişisel özelliklerinin ya da yeteneklerinin önemi olan edimler değildir. Bu bakımından borçlunun bizzat ifa borcu sadece onun yeteneklerinin, kişisel özelliklerinin dikkate alındığı boyutlarla bağlantılıdır.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu işgörme edimi ise de salt işgörme ediminin yapılması yeterli olmayıp sözleşme taahhüt edilen sonucun da ortaya çıkması gerekir. Edim sonucu maddi ve devredilebilen cismani bir varlık olarak ortaya çıktığında, verme borcu ve buna bağlı olarak teslim kavramı gündeme gelir. Taahhüt edilen eser için yüklenicinin bizzat ifa yükümlülüğü bulunsa dahi, teslimi yüklenici dışında başka biri de yapabileceğinden, teslim için şahsen ifa aranmaz²⁹. Zira alacaklı için önemli olan eserin yüklenicinin emeğinin ürünü olması olup eserin teslim edilmesinin bizzat yüklenici tarafından yapılmasını gerektiren bir özellik ya da durum bulunmaz. Yüklenici eserin teslimini çalışanı olan ya da olmayan bir üçüncü kişiye yaptırabilir. Tablo örneğimizden devam edersek bir tablo yapma borcunda olan yüklenici, bizzat ifa ile yükümlüdür ancak tablonun tamamlanmasından sonra teslimi üçüncü bir kişi aracılığıyla, örneğin özel bir kargo şirketi ile yapılabilir. Eserin meydana getirilmesi aşamasına kadar olan bizzat ifa borcu, teslim için söz konusu değildir. Bu nedenle bu tür bir durumda gereği gibi ifa teklifi yapılmış olur.

Eserin meydana getirilmesi bakımından üçüncü bir kişinin ifaya dâhil edilmesi, anlatılanlardan anlaşıldığı üzere her zaman eseri tamamen üçüncü kişinin meydana getirmesi anlamına gelmemektedir. Yüklenicinin üçüncü kişiyi ifaya katması iki şekilde görülebilir. Yüklenici, işin yapılması sırasında ifa yardımcısı kullanabilir; bu halde aslında onun gözetimi altında üçüncü kişinin meydana getirme aşamasına katkıda bulunması şeklinde olur. Gömleği dikme borcu altına giren terzi işin tamamını kendi yapabileceği gibi, atölyesinde teğeli yapan, ütü yapan elemanlar istihdam ediyor olabilir; bu kişiler ifaya katılırlar ve ifa yardımcısı olurlar. Borçlu dışında olan bu kişiler de sözleşme ilişkisi bakımından üçüncü kişidirler ancak bunların eserin meydana getirilmesinde rol almaları, teknik anlamda üçüncü kişinin ifası niteliği taşımaz. Bazen işin niteliği de ifa yardımcılarının kullanılmasını zorunlu kılar. Örneğin bir inşaatın yapılması konulu eser sözleşmesinde, eserin sadece borçlu yüklenici tara-

²⁵ Bir bestenin tamamlanması için belli aşamalarda üçüncü kişilerden yardım alınması mümkündür. Örneğin bestenin aranjmanının yapılması, flüt kısmı için bir flütistten fikir alınması hallerinde borca aykırılık gündeme gelmez. Ancak bestenin bir kısmının tamamının yapılmasının başkasına bırakılması halinde borca aykırılık oluşur.

²⁶ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1109.

²⁷ ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 109 vd.; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1109.

²⁸ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 74; KILIÇOĞLU, *Eser*, s. 188.

²⁹ Ayrıca yine bizzat ifa ile meydana getirilecek bir eserin borçlanıldığı bir sözleşme bakımından yüklenici malzeme sağlamayı da taahhüt etmişse malzemenin sağlanması ve teslimi borcu da şahsen ifa kapsamı dışında kalır. TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 72.

findan yapılamayacağı tartışmasızdır. Bunun dışında yüklenicinin yine kendi gözetiminde olmakla birlikte ifayı başkasına yaptırması, işin bir bölümünün veya tamamının alt eser sözleşmeleri ile bağımsız bir üçünü kişiye yaptırılması halinde görülür. İnşaat sözleşmesinde elektrik işi, tesisat döşenmesi, kapı ve pencerelerin yaptırılması konulu alt eser sözleşmelerinin akdedilmesi, çoğu olayda zorunlu bir sonuç olup asıl yüklenicinin gözetiminde bu işlerin üçüncü kişiye yaptırılması hukuka uygundur. Bu durumlarda da borçlunun rızasıyla ifaya katılan bu kişiler ifa yardımcısı statüsüne sahiptir ancak bir alt sözleşme ilişkisine dayalı olarak, asıl yükleniciye karşı kendi borçlarını ifa eden üçüncü kişiler konumuna da sahiptirler. Üçüncü kişinin eserin meydana getirilmesine ilişkin son ihtimal de yüklenicinin bizzat ifa borcu altında olmadığı borçlar bakımından, işin tamamen üçüncü kişiye yaptırılmasıdır. Elbette bunun olabilmesi için yüklenicinin kişisel özelliklerinin, yeteneğinin vb. önemi olmayan bir edimin var olması ve sözleşme ile üçüncü kişinin ifasının yasaklanmamış olması gerekir. Burada dahi sonucun sorumluluğu asıl yüklenicidedir.

TBK m. 471/III emredici nitelik taşımamaktadır ve yüklenicinin edimini şahsen ya da kendi yönetimi altında başkasına yaptırmasına gerektiğine dair genel kuralın ve işin başkasına yaptırılabilmesine dair istisna halin aksinin taraflarca sözleşmede düzenlenmesi mümkündür³⁰. Bu bağlamda taraflar, sözleşme ile işin kısmen ya da tamamen başka bir şahsa devredilebileceğini kabul edebilecekleri gibi, hiçbir şekilde işi başkasına yaptırılmayacağına dair yasaklama da getirebilirler. Bu anlaşma eserin değerini etkileyecek olsa dahi tarafların iradesi esas alınır; aksine düzenleme yapabilirler³¹.

Tarafların ifanın üçüncü kişi tarafından yapılıp yapılamayacağına dair anlaşmaları, mutlaka sözleşme görüşmelerinde olması gerekmez; bu yönde bir anlaşma daha sonradan yapılabileceği gibi yüklenici, kendisine eseri yapmadan önce yetki verilmemesine rağmen, eseri meydana getirmiş olsa dahi, iş sahibi sonradan onay verebilir³². Sonradan iş sahibinin onay vermesi ihtimalinde, esasen iş sahibi borca aykırılığa dayalı tazminat talep edebilecekken, bundan vazgeçmiş olduğu ve adeta baştan beri taraflar arasında işin başkasına yaptırılabilmesi yönünde anlaşma varmış gibi kabul edilmesi gerekir.

II. ESERİN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE YAPTIRILMASI VE SONUÇLARI

Eserin üçüncü kişi tarafından meydana getirilmesinin çeşitli görünüşleri bulunmaktadır. Bu başlık altında üçüncü kişinin ifaya nasıl ve kimin tarafından katıldığına bakılarak bazı sonuçlara varılmaktadır. Borçlu yüklenicinin üçüncü kişileri ifaya dâhil etmesi ile alacaklı iş sahibinin mahkeme kararıyla ifayı üçüncü kişiye yaptırması arasında fark olacağı tartışmasızdır. Aşağıda öncelikle yüklenicinin ifaya üçüncü kişi dâhil etmesi, daha sonra alacaklı tarafından işin üçüncü kişiye yaptırılması ve son olarak da üçüncü kişinin, alacaklının ya da borçlunun rızası olmaksızın ifayı yapmasının sonuçları irdelenmektedir.

A. Yüklenicinin İradesiyle Yaptırılması ve Sonuçları

1. Yardımcı Kişi Kullanılması

Yüklenicinin bizzat ifa borcu altında olduğu hallerde de, kural olarak, yardımcı kişi kullanmasına engel bulunmaz³³. Zira günümüz koşullarında hemen her işin bir uzmanlık alanı vardır; birçok eserin meydana getirilmesinde iş bölümü yapılması ve yardımcı kişiler kullanılması bir zorunluluktur³⁴. Örneğin bir inşaat işinin yapılmasında birden fazla uzmanlık alanının devreye gireceği açıktır. Yine bir

³⁰ ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 536; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1108; EREN, *Özel Hükümler*, N. 2079; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 24.

³¹ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 73; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 24.

³² ŞENOCAK, Zariye: *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1995 (Borçlunun Sorumluluğu), s. 159; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 73.

³³ OĞUZMAN / ÖZ, N. 791; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 74.

³⁴ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 74; UYGUR, s. 120.

makine imalatı borcu altına girildiğinde, sadece mekanik bilgi yeterli olmayıp yazılım bakımından bilgisayar uzmanı, elektrik ve elektronik boyutlarda o alanların uzmanlarından yararlanılması gerekir. Bu tür eserler bakımından işin tamamen üçüncü kişiye yaptırılması mümkün olmasa dahi, borçlunun gözetiminde yardımcı kişi kullanılması zorunlu olur. Yardımcı kişi kullanılması, uzman olan kişilerden destek alınması, çoğu imalat bakımından zorunlu olduğu gibi, zorunluluk arz etmeyen bazı durumlarda da, ifanın yapılması bakımından zamandan ve masraftan tasarrufun sağlanması açısından yapıcı olabilir.

Eser sözleşmesi ile yüklenicinin borçlandığı edim, fikir ve sanat eserlerinde genel olarak görüldüğü gibi, yüklenicinin kişiliğiyle, yeteneğiyle sıkı şekilde bağlı, başka bir anlatımla şahsen ifası zorunlu bir edim olmamakla birlikte yüklenicinin özellikleri önem taşımakta ise yüklenici edimi kendi ifa eder ancak bazı hususlara ilişkin kendi yönetimi altında yardımcı kişiler kullanabilir. Bizzat ifa borcu altında olan yüklenicinin yardımcı kişi kullanması, eserin niteliğini değiştirmemekte, bu durumda, borçlu yüklenicinin ifasının gereği gibi olmasına engel olmamaktadır³⁵. Yüklenici, borcun ifası sırasında yardımcılarından yararlanmaktaysa da eserin meydana getirilmesi onun kontrolindedir; yapım aşamasını hala yüklenici yönetmektedir³⁶. Burada yüklenicinin bizzat ifa borcu bulunmakla birlikte, kanuni düzenlemenin sonucu olarak, yüklenicinin üçüncü kişiden yardım alma hakkının olduğunun kabulü gerekir. Örneğin gelinlik için ünlü bir modacı ile anlaşma yapıldığında modacının kişisel özellikleri, yetenekleri dikkate alınarak eser sözleşmesi akdedildiği açıktır; bu halde, modacı bizzat ifa borcu altındadır. Modacının, bu şekilde borç altına girmesi, gelinliğin yapım aşamasında hiçbir şekilde yardımcı kişilerden yararlanamayacağı anlamına gelmez. Tasarımın modacı tarafından yapılmasından sonra modacı; kesim, dikim, işleme, ütü vb. aşamalarının hiçbirini bizzat yapmak zorunda değildir. Beste yapmaktan farklı olarak burada, modacıdan beklenen, asıl olarak tasarım olup sonrasında o tasarımın düzgün bir şekilde ortaya çıkarılmasıdır. Kontrolü altında yardımcı kişilerden yararlanılarak ortaya çıkan modacının tasarımı olan gelinliğin teslimi halinde, borç bizzat modacı tarafından ifa edilmiş olarak kabul edilmelidir. Ancak modacı tasarımı dahi başkasına yaptırdığı takdirde, borcunu gereği gibi ifa etmiş olmaz.

Yardımcı kişi kullanma ile işi bağımsız olan bir başkasına yaptırma farklı kavramlardır. Yardımcı kişi, yüklenicinin yönetiminde ve iş sahibine karşı yükleniciyle bağlantılı olarak iş görür. Yüklenici şahsen ifa ile yükümlü olduğu bir durumda işi, kendi kontrolünde olmayacak şekilde, alt eser sözleşmesi ile bağımsız bir ifa yardımcısı niteliğindeki alt yükleniciye yaptıramaz. Bizzat ifa borcunun olduğu durumlarda yüklenici, işi kendi yönetimi ve sorumluluğu altında, kendisi ile iç ilişkide tabiiyet hali bulunan bağımlı ifa yardımcılarını yaptırmaz³⁷. Yüklenicinin eseri kendisinin bizzat yapması ya da kendi yönetimi altında yaptırması borcu bulunduğu hallerde, bu yükümlülükler aykırı davranması sözleşmeye aykırılık oluşturur³⁸.

İşi yönetimi altında iken yardımcı kişiler aracılığıyla bir kısmını da olsa başkasına yaptırabilen yüklenici, borcunu ifa ederken yönetimi altında iş yaptırmayı sebebiyle doğan yükümlülüklerine de uygun davranmalıdır. Güvenlik önlemlerinin alınması, çalışma araçlarının sağlanması, yardımcı kişilere talimat verilmesi, bu kişilerin denetim altında bulundurulması, işin gerek maddi ve gerekse de kişilerin seçilmesi bakımından planlanması, ifayı gereği gibi yapabilecek kişilerin seçilmesi gibi yükümlülükler yardımcı

³⁵ ŞENOCAK, ZARİFE, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 20; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1108-1109; UYGUR, s. 120.

³⁶ EREN, *Özel Hükümler*, N. 2078.

³⁷ GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 339; UYGUR, s. 120.

³⁸ Tandoğan, yüklenicinin işi kendi yönetimi altında yaptırmasının gerekip gerekmediğinin tespiti bakımından, eserin nerede meydana getirileceğini ve malzemenin kimin tarafından sağlanacağı hususlarının önemli olduğunu belirtmektedir. Bu bakış açısı ile yüklenicinin zaten eserin ayıplı olması ya da geç teslimi nedeniyle sorumluluğunun olması ve hasarın da teslimden önce yükleniciye ait olması sebepleriyle, eserin yüklenicinin yerinde ve onun malzemesiyle hazırlandığı eser teslimi sözleşmelerinde, kural olarak, yüklenicinin işi yönetimi altında yaptırması sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak yapı işlerinde yüklenicinin eseri gereği gibi yapmaması, ayıplı eser olmasının yanında iş sahibine ve hatta üçüncü kişilere de zarar verebilir ya da tamir edilecek şeye ya da malzemeye zarar verilmesi halinde ayıp sorumluluğunu aşacağından, bu kapsamda yüklenicinin işi yönetimi altında yaptırması çok daha fazla önem taşır. Bkz. TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 74-75.

kişi kullanılarak yönetim altında iş yaptıran yüklenicinin borcunun kapsamındadır. Yüklenicinin işi yardımcı kişi kullanarak yapması durumunda, yüklenici işi kendi yönetimi altında yaptırma borcuna aykırı hareket ederse borca aykırılık teşkil eden bu davranışı sebebiyle sorumluluğu doğabilir³⁹.

Yüklenici bu yükümlülüklerini yerine hiç ya da gereği gibi getirmez ise “yönetimi altında iş yaptırma borcuna” aykırı davranmış olur ve iş sahibinin bu sebeple zararının oluşması durumunda, yüklenicinin “kendi davranışlarından” sorumluluğu gündeme gelir. Bu durumda, yüklenici kusurlu olmadığını ispat edemezse yönetimi altında iş yaptırma borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle, iş sahibinin zararını, TBK m. 112 gereğince, gidermekle yükümlü olur⁴⁰.

Borçlunun, ifaya kendi rızasıyla üçüncü kişileri dâhil etmesi halinde bu kişiler TBK m. 116 uyarınca ifa yardımcısı sıfatına sahip olurlar. Yüklenicinin rızasıyla ifaya katılan yardımcı kişiler, bu bağlamda ifa yardımcılarıdır. Yüklenici yardımcı kişi kullanma yükümlülüğüne aykırı davranırsa dahi, yardımcı kişilerin diğer tarafa verdikleri zararlardan TBK m. 116 kapsamında sorumludur. TBK m. 116/I’ye göre, “*Borçlu, borcun ifasını ya da bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*”⁴¹. Burada farazi kusur söz konusudur ve borçlunun kendisinin kusurlu davranışı olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir⁴². Bunun dışında yardımcı kişiler ile yüklenicinin bir çalışma ilişkisi söz konusu olup emir talimat ilişkisi içinde çalışma ilişkisine bağlı olarak çalışanın, işin görülmesi sırasında bir kişiye zarar vermesi de mümkündür. Çalışanın hukuka aykırı fiillerinden sorumluluğu düzenleyen TBK m. 66, çalıştırılan yardımcı kişinin sözleşme dışı üçüncü kişiye verdiği zarara dair sorumluluğu düzenlemekte iken; TBK m. 116 düzenlemesi, sözleşmenin karşı tarafına verilen zararlara ilişkindir⁴³. Bu iki hükmün yarıştığı durumlar da gündeme gelebilir. TBK m. 116, ifa yardımcısının borcun ifası sırasında alacaklıya verdiği zararlardan dolayı borçlunun sorumluluğunu düzenleyen genel bir hükümdür⁴⁴. Her durumda ifa yardımcısının ya da çalışan olan kişinin sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu temeline dayanır; şartları oluşmuşsa iş sahibi haksız fiile dayalı olarak yardımcı kişiye tazminat davası açabilir.

Tarafların TBK m. 116/I’in aksi yönde anlaşma yapabileceği TBK m. 116/II düzenlemesi ile mümkün kılınmakla birlikte, bu yöndeki anlaşmalara TBK m. 116/III ile sınırlama getirilmektedir. Söz konusu düzenlemelere göre, yardımcı kişilerin kullanılması sebebiyle borçlunun sorumluluğu, taraflarca ancak borçlu yetkili makam ya da kanunun tanıdığı izinle uzmanlık gerektiren bir hizmet, meslek ya da sanat faaliyeti yürütmekte değilse bir sorumsuzluk anlaşması ile kısmen ya da tamamen kaldırılabilir. Taraflarca sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne getirilen genel kısıtlamaların bu tür sorumsuzluk anlaşmaları için de geçerli olduğu unutulmamalıdır⁴⁵.

Yüklenicinin, TBK m. 116/I gereğince, alacaklıya tazminat ödemek zorunda olması, onun yardımcı kişilerin sebep olduğu bu zararları yardımcı kişiden talep edemeyeceği anlamına gelmez⁴⁶. Yüklenici, bu durumda yardımcı kişiye rücu ederek kanun gereği tazmin etmek zorunda kaldığı bedeli, yardımcı kişiden talep edebilir⁴⁷.

³⁹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1109.

⁴⁰ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 76. ŞENOCAK, *Borçlunun Sorumluluğu*, s. 110; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1109.

⁴¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, *Genel Hükümler*, s. 826 vd.

⁴² EREN, *Genel Hükümler*, N. 1917.

⁴³ TBK’da adam çalıştırmanın sorumluluğu m. 66 ve m. 116 olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmiştir. TBK m. 66 ve TBK m. 116 arasındaki farklar için bkz. EREN, *Genel Hükümler*, N. 1916 vd.

⁴⁴ EREN, *Genel Hükümler*, N. 1918; ŞENOCAK, *Borçlunun Sorumluluğu*, s. 170. Bazı yazarlara göre yardımcı kişi kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığı fark etmeksizin yardımcı kişilerin işi gereği gibi ifa etmemeleri halinde, yüklenicinin iş sahibine karşı TBK m. 116’ya göre sorumluluğu doğar. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1109.

⁴⁵ ŞENOCAK, *Borçlunun Sorumluluğu*, s. 239.

⁴⁶ ŞENOCAK, *Borçlunun Sorumluluğu*, s. 261.

⁴⁷ ŞENOCAK, *Borçlunun Sorumluluğu*, s. 262.

2. Alt Yüklenici Kullanılması

a. Alt Eser Sözleşmesi Akdedilmesi

Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımamakta ise başka bir anlamla eserin sonuç olarak ortaya çıkması için gerçekleştirilen işgörme edimini yerine getirenin borçlu olmaması alacaklının ifaya menfaatini zedelemeyecekse yüklenici, işi tamamen ya da kısmen üçüncü kişiye yaptırabilir. Hatta yüklenicinin bizzat ifa borcu altında olduğu bazı hallerde dahi eserin zorunlu olarak bir başkasına yaptırılması gereken belli bir kısmı için alt yüklenicilerden yardım alınması mümkün olabilir. Yüklenici, eser meydana getirme borcunu üçüncü kişiye yaptırırken genelde işi yapacak olan kişi ile alt eser sözleşmesi akdeder⁴⁸. Bu durumda asıl yüklenici iş sahibi sıfatı ile, kendi adına ve hesabına alt eser sözleşmesi akdederek eseri meydana getirme işini, bağımsız ifa yardımcısı konumundaki bir alt yükleniciye bırakır⁴⁹. Asıl eser sözleşmesi bakımından yüklenici konumunda olan borçlu, alt eser sözleşmesinde iş sahibi konumuna geçer. Uygulamada alt eser sözleşmelerine taşeronluk sözleşmesi de denir.

Yüklenicinin üstendiği işin tamamını ya da bir kısmını kendi sorumluluğunda olmak üzere üçüncü bir kişiye yaptırması halinde, alt yüklenicilik ilişkisi söz konusu olur⁵⁰ ve asıl yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun ifasını, bir eser sözleşmesi ile bıraktığı ve genel kabule göre kendi hesabına çalışan kişi de alt yüklenicidir⁵¹. Yüklenici ile alt yüklenici belli bir bedel karşılığında eser meydana getirmek üzere anlaşılır. Asıl yüklenici, bu sözleşmeyi iş sahibi adına değil, kendi nam ve hesabına yapar⁵². Alt yüklenici, asıl eser sözleşmesinin konusu olan eseri ya da bir kısmını asıl yüklenici ile yaptıkları sözleşme ile borçlanmaktadır. Bu sebeple, yüklenicinin alt yüklenici ile yaptığı eser sözleşmesinde, iş sahibi sıfatı bulunur⁵³. İş sahibi ile aralarındaki sözleşme, asıl eser sözleşmesi ve yüklenici de asıl yüklenici olarak adlandırılır⁵⁴.

İş sahibi, asıl yüklenici ile alt yüklenicinin arasında akdedilen sözleşmenin tarafı değildir. Alt eser sözleşmesi, iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki eser sözleşmesinin konusunun ifa edilmesine yönelik olup asıl eser sözleşmesine dayalı olarak akdedilmiş olmasına rağmen, eser sözleşmesi ile alt eser sözleşmesi birbirinden bağımsızdır. Her iki sözleşmenin birbirinden bağımsız olmalarının sonucu olarak, asıl eser sözleşmesinin alacaklısı alt eser sözleşmesinin alacaklısından ve borçlusunu da alt eser sözleşmesinin borçlusundan farklıdır. Sözleşmelerin geçerliliği birbirine bağlı değildir.

Alt yüklenici ile asıl yüklenici arasında eser sözleşmesi bulunmaktadır ve yüklenici, iş sahibi konumundadır. Eser sözleşmesinin özellikleri dikkate alındığında, alt yüklenicinin asıl yükleniciden aldığı talimatlara bağlı kalması gerekmektedir birlikte, alt yüklenici ile asıl yüklenici arasında bağımsız temelli bir ilişki bulunmalıdır⁵⁵.

b. Alt Yüklenicinin Varlığı Halinde Asıl Yüklenicinin Sorumluluğu

Asıl yüklenicinin bizzat borcu altına olmadığı ya da zorunlu olarak işin bir kısmının başkasına yaptırılmasının gerektiği durumlarda, alt eser sözleşmesi yoluyla bağımsız bir başka yükleniciye eseri

⁴⁸ GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 11 vd.; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 76 vd.

⁴⁹ GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 340; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 20.

⁵⁰ EREN, *Özel Hükümler*, N. 2080.

⁵¹ UYGUR, s. 121; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1111; EREN, *Özel Hükümler*, N. 2080.

⁵² GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 340; EREN, *Özel Hükümler*, N. 2080.

⁵³ UYGUR, s. 121.

⁵⁴ EREN, *Özel Hükümler*, N. 2083 vd.

⁵⁵ Alt yüklenicinin yükleniciden bağımsız olmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre alt yüklenici, asıl yükleniciye bağımlı değildir, asıl yükleniciden bağımsız olarak işini yapar ve alt yüklenicinin bağımsız olmasının bir sonucu olarak, asıl yüklenicinin denetim ve gözetim yetkisi yoktur. Bu görüşe göre alt yüklenici, alt yüklenici ile tabiiyet ilişkisi içinde değildir ve yükleniciden bağımsız olarak hareket etme yetisine sahiptir. Bkz. EREN, *Özel Hükümler*, N. 2080; GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 339; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1111. Ancak diğer bazı yazarlara göre ise alt yüklenicilik sözleşmesinin eser sözleşmesi olması sebebiyle, kural olarak, alt yüklenici, bağımsız yardımcı kişidir ancak bununla birlikte alt yüklenicinin mutlaka asıl yükleniciden tam bağımsız olarak hareket etmesi şart değildir. Bu düşünceye göre tam bir bağımlılık olmamakla birlikte alt yüklenicinin asıl yüklenicinin yönetimi altında çalışması da mümkündür. Bkz. TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 79.

tamamen ya da kısmen yaptırması halinde, yüklenicinin iş sahibine karşı sorumluluğu sona ermez. Her ne kadar eser veya bir kısmı onun tarafından meydana getirilmemiş olsa dahi sonuçtan sorumluluk ona aittir. Bu nedenle alt yüklenicilerin varlığı asıl yüklenicinin, asıl eser sözleşmesine dayalı borcunun kapsamına etki etmediği gibi, sorumluluğunu da sona erdirici bir etkiye sahip değildir. Sözleşme ile alt yüklenicilere işin devrine izin verilmesi halinde dahi sonuç değişmez.

aa. Sözleşmeye Uygun Olarak Alt Yüklenici Kullanılması Halinde Sorumluluk

Yüklenici yetkisi ile yönetimi altında olmadan işi alt yükleniciye bırakabilmekte ise de kendi sorumluluğunun görünümü olarak işin yüklenicinin gözetimi altında meydana getirilmesi borcu devam eder. Bu bağlamda işi bağımsız bir alt yükleniciye devretmiş olsa bile sonuç sorumluluğunun devam etmesine bağlı olarak alt yüklenici iyi bir şekilde seçme ve onu işin görülmesi sırasında gözetim altında bulundurma borçları devam etmektedir. Bu borçlar, yüklenicinin işi özenle yapma ve işin kendi gözetimi altına yapılmasına ilişkin borçların görünümü olarak ortaya çıkar.

Yüklenicinin alt yüklenicileri özenli bir şekilde seçmemesi, onların yaptıklarını kontrol etmemesi ya da onları işin görülmesi aşamasında doğru bir şekilde yönlendirememesi halinde sorumluluğu söz konusu olur. Bu sorumluluğunu yerine getirmemesi sebebiyle kusurlu olan yüklenicinin, iş sahibine karşı borcunu gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle, TBK m. 112 gereğince sorumluluğu doğar⁵⁶. Doktrinde *Tandoğan* alt yükleniciye işi devreden yüklenicinin, yönetimi altında yardımcı kişi çalıştırmadaki sorumluluktan farklı olarak, alt yükleniciyi yönetme borcu bulunmadığından, alt yükleniciyi iyi göz etmediğinden bahisle sorumluluk yüklenemeyeceğini belirtir⁵⁷. Yüklenicinin yanında bağımlı çalışan bir işçiye ilişkin denetleme ve gözetim borcu ile alt yüklenicilere ilişkin denetim ve gözetim borcu arasında farklılık olması en doğal sonuçtur. Alt yüklenicilere yaptırılan işlerin çoğu; zemin etüdü, bir makine imalatındaki yazılım veya metal testleri vb., uzmanlık gerektiren alanlardır. Bu bağlamda gözetim borcunun kapsamında bir farklılık olması doğalsa da kanımızca yüklenicinin gözetimi altında yaptırma borcu her işe karışması anlamında olmayıp eserin meydana getirilmesi sürecinin düzgün devam etmesinin kontrol edilmesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda alt yüklenicilerin işlerini bağımsız yürütmesi, onların işlerinin yüklenici tarafından kontrol edemeyeceği anlamına gelmemelidir. Alt eser sözleşmesindeki iş sahibi sıfatına dayalı olarak eserin durumunu kontrol etme yetkisi de zaten söz konusudur.

Asıl yüklenicinin kendi borcunun ifasına rıza ile kattığı her kişi, onların yüklenici ile ilişkisi bakımından hangi sığata sahip olduğundan bağımsız olarak, alacaklı bakımından ifa yardımcısı sıfatını taşırlar. Eş deyişle, yüklenici eserin meydana getirilmesinde alt yüklenici ile anlaşarak tamamen ya da kısmen borcunu alt yükleniciye meydana getirttiğinde alt yüklenici, bağımsız bir kişi olsa dahi, yine de ifa yardımcısıdır⁵⁸; asıl borçlu hâlâ yüklenicinin kendisidir. Bu nedenle borçlu yüklenici olup onun rızası ile borcun ifasına katılmış üçüncü kişi konumundaki alt yüklenici ifa yardımcısıdır. Buna bağlı olarak yüklenici alt yüklenicinin, borcun ifası sırasında alacaklı konumundaki asıl iş sahibine borca aykırılık çerçevesinde verdiği zararlardan, TBK m. 116 gereğince, kusursuz olarak sorumludur. Kanun'da bu halde bir kurtuluş imkânı dahi yoktur ancak doktrinde kendi yapsaydı da bu sonucun ortaya çıkacağını ispatlaması halinde sorumluluktan kurtulması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁹.

Alt yüklenici bağımsız bir ifa yardımcısı olduğundan, başka bir ifadeyle asıl yüklenici ile bir çalışma ilişkisi, emir talimat ilişkisi bulunmadığından çalışan sıfatına sahip değildir. Oysa yüklenicinin yanında çalışan bir işçi, hem ifa yardımcısı hem de çalışan sıfatına sahiptir. Alt yüklenicinin bağımsız olarak işi görmesine bağlı olarak, yüklenici açısından, bağımlılık temelli getirilmiş olan TBK m. 66 çerçevesinde bir sorumluluk söz konusu olmaz.

⁵⁶ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 93.

⁵⁷ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 93.

⁵⁸ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 94.

⁵⁹ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 94; UYGUR, s. 122.

Alt eser sözleşmesinin varlığı halinde, alt yüklenicinin borca aykırılığı söz konusu olduğunda iş sahibi asıl yükleniciye eserin nihai sonucu bakımından kötü ifa çerçevesinde imkânlarla sahiptir. Eserde olmaması gereken bir özelliğe dayalı olarak, düzeltilmesi mümkün olmayacak şekilde bir zarar doğmuş olması halinde TBK m. 112 çerçevesinde tazminat istenmesi söz konusu olur. Ayrıca eserin, ister yükleniciden kaynaklı isterse alt yükleniciden kaynaklı olsun önemi olmaksızın, ayıplı olarak meydana getirilmiş olması halinde asıl iş sahibi, ayıplı kısmın kimin tarafından yapıldığından bağımsız olarak ayıp hükümlerinden yararlanabilir; seçimlik haklarını sözleşmenin karşı tarafı olan asıl yükleniciye karşı kullanabilir. Bu tür durumlarda iş sahibinin TBK m. 116 çerçevesinde kusursuz sorumluluğa gitme imkânı olmaz; asıl borca ve ondan kaynaklı sorunlara dayalı hakları söz konusu olur.

Bunun dışında, borcun ifası sırasında ifa yardımcısı konumundaki alt yüklenicinin borca aykırı davranışına dayalı olarak alacaklı konumundaki iş sahibinin zarara uğraması halinde TBK m. 116 devreye girer. Sorumsuzluk anlaşmasının olmaması ya da olmasına rağmen geçersiz olması hallerinde iş sahibi, alt yüklenicinin davranışına dayalı olarak zarara uğramış olsa dahi, iradesiyle borcun ifasına bir başka kişiyi dâhil etmiş olan asıl yükleniciye kusursuz sorumluluğuna dayalı başvurarak zararlarının tazminini talep edebilir. Fabrika inşaatına ilişkin eser sözleşmesi akdetmiş olan yüklenici, elektrik tesisatı konusunda bir elektrik mühendisi ile alt eser sözleşmesi akdettiğinde ve elektrik tesisatının yapımı aşamasında kabloların yanlış bağlanması nedeniyle yangın çıkması ihtimalinde TBK m. 116'nın koşulları oluşur. Bu bağlamda iş sahibi, yapının içinde bulunan ve yangın sırasında yanan makinelerine ilişkin olarak doğan zararına ilişkin TBK m. 116'ya dayanarak tazminat davası açabilir.

Alt yüklenicinin eserin meydana getirilmesi aşamasında hukukun beğenmediği bir davranışı olsa dahi, borç ilişkisinin nisbiligi ilkesince alt yüklenici ile asıl iş sahibi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, alt yüklenici asıl iş sahibine karşı borca aykırı davranmış olmaz. Alt yüklenicinin hukuka aykırı davranışının borca aykırılık oluşturması asıl eser sözleşmesi bakımındandır ve bu, doğrudan ya da dolaylı biçimde, asıl yüklenicinin borca aykırılığı sonucunu doğurur. Bu bağlamda asıl iş sahibi, ifayı yapan üçüncü kişi konumundaki alt yükleniciye borca aykırılık çerçevesinde başvuramaz. Alt yüklenici ile asıl iş sahibi arasında bir borç ilişkisinin bulunmamasına dayalı olarak iş sahibi, ancak haksız fiilin şartları oluşmuşsa alt yükleniciye başvurabilir. Alt yüklenicinin yangın çıkaran davranışı dikkatsizlik ile oluşmuş ise kusurunun varlığına dayalı olarak, hukuka aykırı fiili ile nedensellik bağı içinde ortaya çıkan üçüncü kişi konumundaki asıl iş sahibini zararlarını haksız fiil çerçevesinde tazmin etmekle yükümlü olur. Bu halde farklı hukuki sebeplere dayalı olsa da aynı zararlı sonuçtan birden fazla kişi sorumlu olduğundan yüklenici ve alt yüklenici müteselsilen sorumlu olur. Asıl yüklenici sonradan alt yükleniciye rücu edebilir. Haksız fiil koşullarının oluşması halinde alt yüklenicinin sorumluluğu doğmaz. Alt yüklenicinin yukarıdaki örnekte, işin yapılması sırasında kalp krizi geçirmesi nedeniyle elindeki kablunun yere düşmesi sonucunda yangın çıkması ihtimalinde, kusuru olmayacağından sorumluluğu da söz konusu olmaz.

Klasik bakış açısı ile temel kurallara dayalı bir değerlendirme sonucunda, alt yüklenici ile asıl iş sahibi arasında bir borç ilişkisi olmaması nedeniyle ve borç ilişkisinin nisbiligi uyarınca asıl iş sahibinin alt yükleniciye bir sözleşmeye dayalı taleple başvurması mümkün değildir. Günümüz uygulamalarında alt yüklenicilere başvurmanın çoğu eser bakımından kaçınılmaz olması gerçeği karşısında, iş sahibini haksız fiilden daha fazla koruma amacıyla doktrinde iş sahibinin alt yükleniciye doğrudan başvurabilmesi için vekâlet sözleşmesinden yararlanılması gerektiği savunulmaktadır. Doktrinde vekâlet sözleşmesinde, müvekkilin alt vekillere karşı sahip olduğu talep hakkının eser sözleşmesine de uygulanabileceği savunulmaktadır.

Bu görüşü savunan yazarlara göre⁶⁰, TBK m. 502/II'nin⁶¹ atfıyla bir işgörme sözleşmesinde boşluk söz konusu olduğunda vekâlet hükümleri uygulanır. Doktrinde bu hükmün atfını dikkate alarak, TBK m. 507'de yer alan ve alt vekile doğrudan talepte bulunma imkânı veren hükmün eser sözleşmeleri

⁶⁰ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1114; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 85.

⁶¹ TBK m. 502/II: "Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır".

bakımından da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Borç ilişkisinin nisbiliğine bir istisna getiren TBK m. 507/III'e göre, "Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir". Doktrinde "doğrudan talep" olarak adlandırılan⁶² bu düzenlemenin, alt eser sözleşmesinin varlığı hâlinde de uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Her ne kadar eser sözleşmesi kanunda düzenlenen bir sözleşme ise de, alt eser sözleşmesinin varlığı halinde bu hükmün kıyasen burada da uygulanabileceği düşünülebilir. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, alt yüklenicilerin davranışı⁶³ da borca aykırılık teşkil edeceğinden, asıl iş sahibi aralarında bir sözleşme ilişkisi olmasa dahi, kanundan dolayı sahip olduğu hak çerçevesinde alt yükleniciye de doğrudan başvurulabilir. Öğretideki aksi yöndeki görüşe göre ise bu hüküm vekâlete özgü özel bir hükümdür, bu nedenle diğer işgörme sözleşmeleri bakımından uygulanması söz konusu değildir⁶⁴. Kanımızca eser sözleşmesinde eserin yapım aşamasının önemine bağlı olarak, iş sahibine alt yüklenicilere yönelik olarak da haklarını kullanma imkânı verilmesi yerinde olur.

bb. Sözleşmeye Aykırı Olarak Alt Yüklenici Kullanılması Halinde Sorumluluk

Asıl yüklenicinin işi bizzat ifa borcu altında olduğu ya da sözleşme ile alt yüklenici kullanımının yasak olduğu hallerde, yüklenicinin kanundan ya da sözleşmeden kaynaklı bizzat ifa borcuna aykırı davranarak işi devretmesi ihtimalinde, alt yüklenicinin işi yaparken vereceği zararlardan dolayı sorumluluğun dayanağının ne olacağı tartışmalıdır⁶⁵.

Bazı yazarlara göre asıl yüklenici, hem yetkisi olmadan işi devretmesi hem de alt yüklenicinin verdiği zarar gerekçesiyle, iş sahibine borçlanılan borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle TBK m. 112 kapsamında sorumludur⁶⁶. Bu görüşe göre TBK m. 116'da düzenlenen borcun ifası ile ilgili yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun esas alınması mümkün değildir. Zira TBK m. 116'nın uygulanması için alt yükleniciye işin devredilmesinin caiz olması gerekir ve asıl yüklenicinin sözleşmeye göre ya da yasal olarak yetkisi olmadan işi devretmesi halinde, ortada caiz bir yardımcı çalıştırma durumu bulunmamaktadır. Bu nedenle de ifa yardımcılarının borca aykırılığında kaynaklı kusursuz sorumluluk devreye girmez; üçüncü bir kişinin ifaya dâhil edilmesi, sonuçtan bağımsız olarak borçlu açısından borca aykırılık oluşturur.

Yavuz'a göre asıl yüklenici işi devretmeye yetkili olmadığı halde, işi alt yükleniciye bırakmış ve alt yüklenici de işi hiç ya da gereği gibi yapmayarak iş sahibini zarara uğratmış ise bu zararlardan dolayı asıl yüklenici, iş sahibine karşı TBK m. 112 gereğince sorumlu olur ve bu sorumluluk esası, TBK m. 507/I'deki vekilin yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumlu olacağına dair düzenlemeye de uygundur⁶⁷.

Öğretide hâkim olan diğer görüşe göre ise alt yükleniciye işin yaptırılmasının caiz olup olmaması fark etmeksizin TBK m. 116 uygulanmalıdır ve yüklenici, iş sahibine karşı hem TBK m. 116 hem de TBK m. 112 gereği sorumlu olur⁶⁸. Bu görüşe göre alt yükleniciye iş bırakılması caiz olsa da olmasa

⁶² YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1310; AVCI, s. 317-318.

⁶³ *Tandoğan*'a göre TBK m. 507/III'nin kıyasen uygulanması, yüklenicinin, iş sahibinin menfaatini ileri sürmemesi ya da yüklenici borç ödemekten aczi hallerinde faydalı da olur. Çünkü bu düzenleme, borçlunun işi bıraktığı kişiye doğrudan talep hakkı vermektedir. Bu bakımdan *Tandoğan*'a göre iş sahibinin, alt yükleniciden alt yüklenicilik sözleşmesindeki haklara dair doğrudan talepte bulunabilmesi için alt yüklenicilik sözleşmesinin iş sahibi yararına yapılmış bir sözleşme niteliği taşıması gerekmemekle birlikte, alt yüklenicinin edimi asıl iş sahibinin arsası ya da binası üzerine bir şey yapmak ise işin kötü yapılması halinde, asıl işverenin bu varlığının edime yakınlığı nedeniyle uğradığı zararın tazminini alt yüklenicilik sözleşmesi gereği borçlu olduğu özen yükümlülüğüne dayanarak alt yükleniciden doğrudan talep edebilmelidir. Bkz. TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 86-87. Üçüncü kişi yararına sözleşme ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, N. 1127 vd.; FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, N. 1743 vd.

⁶⁴ GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 340.

⁶⁵ GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 339-340.

⁶⁶ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1112-1113.

⁶⁷ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1112-1113; UYGUR, s. 122.

⁶⁸ ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 20; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 92-93.

da alt yüklenicinin verdiği zararlardan dolayı, iş sahibince, yüklenicinin TBK m. 116 kapsamında sorumluluğuna gidilebilir⁶⁹. TBK m. 116'daki “*kanuna uygun surette bırakmış olsa bile*” ibaresi engel olarak düşünülmemelidir zira bu ibare yüklenicinin yetkili olmaması sebebiyle caiz olmayan bir iş yaptırma durumunun olduğu hallerde, alt yüklenicinin yardımcı kişi olması sonucunu doğurmaz⁷⁰. Alt yüklenicinin asıl yükleniciye karşı sorumluluğunun var olup olmaması da, var olan sorumluluğun kapsamı da, TBK m. 116 kapsamında asıl yüklenicinin iş sahibine sorumluluğunu etkileyen etkenler değildir⁷¹. Alt yüklenicinin eyleminden doğan ayıp sebebiyle, asıl yüklenicinin iş sahibine olan kusura dayalı olmayan sorumluluğu, TBK m. 116'dan bağımsız olarak ortaya çıkar ancak yine alt yüklenicinin eyleminden kaynaklanan ayıp sebebiyle doğan zarar bakımından ise TBK m. 116'nın uygulanması gündeme gelebilir⁷². *Yavuz ve Tandoğan*'a göre alt yüklenici, işi yaptırdığı alt yüklenicinin verdiği zarardan da TBK m. 116 uyarınca sorumlu olur⁷³.

Kanımızca yüklenicinin alt yükleniciye yaptırması mümkün olmamasına rağmen yaptırması halinde, bu davranışı bizzat borca aykırı olup; TBK m. 112 çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olur. Ancak alt yükleniciyi rızası ile kendi borcunun ifasına katmış olduğu için, kendi borca aykırı davranışı dışında alt yükleniciyi ifa yardımcısı yapmıştır. Bu nedenle hem TBK m. 112 hem de TBK m. 116 çerçevesinde sorumlu olduğunu kabul etmek gerektiğini düşünülmektedir.

B. İş Sahibinin İradesiyle Yaptırılması ve Sonuçları

İşin üçüncü kişiye yaptırılması, sözleşmelerin taraflarından sadece yüklenicinin iradesi ile olmaz ve iş sahibinin iradesine dayalı olarak da üçüncü kişinin ifası söz konusu olabilir. Alacaklı konumundaki iş sahibinin, kural olarak, ifa aşamasına müdahale etmesi söz konusu değildir. Ancak borçlunun borca aykırılığının mevcut olduğu ya da borca aykırılığının ortaya çıkacağına anlaşıldığı bazı hallerde kanun koyucu, belli koşulların da gerçekleşmesiyle iş sahibine ifayı tamamlatma ya da tamamen yaptırma imkânı tanır. Borçlunun eseri meydana getirmesinde temerrüde düşmesi (TBK m. 113/I) ya da eserin meydana getirilmesi sırasında ayıplı olacağına ortaya çıkması (TBK m. 473/II) halleri bu duruma örnek verilebilir. Bunun dışında da alacaklı iş sahibinin üçüncü kişiyi ifaya katması söz konusu olabilir.

Aşağıda öncelikle iş sahibinin bir mahkeme kararı olarak ifayı üçüncü kişiye yaptırması incelenecek, daha sonra mahkeme kararına ihtiyaç olmadan üçüncü kişiye yaptırma imkânları değerlendirilecektir.

1. Mahkeme Kararıyla Yaptırma (TBK m. 113/I)

a. Genel Olarak

İş sahibi, yüklenicinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde hâkimden izin alarak ifayı kendisi yapabilir ya da üçüncü kişiye yaptırabilir. İş sahibinin bu durumda dayanacağı hüküm TBK m. 113/I olup düzenleme “*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masraflı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi ya da başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*” şeklindedir.

Doktrinde nama ifa olarak adlandırılan bu hukuki imkân, yapma borçları bakımından ifanın borçlu tarafından yapılmaması halinde ifanın borçlu yerine alacaklı ya da üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi şeklinde karşımıza çıkar⁷⁴. Nama ifa ile elde edilmek istenen sonuç, yapma borcunu yerine

⁶⁹ EREN, *Özel Hükümler*, N. 2092.

⁷⁰ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 92-93.

⁷¹ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 93.

⁷² TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 93.

⁷³ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1113; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 93.

⁷⁴ FURRER / MULLER-CHEN / ÇETİNER, N. 1610 vd.; NOMER, *Genel Hükümler*, s. 419; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 192; AYDINCIK, Şirin: *Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında, Nama İfa, Vedat Kitapçılık*, İstanbul, 2013, s. 73; EREN, *Genel Hükümler*, N. 3239 vd.

getirmeyen borçlunun taahhüt ettiği sonucun sağlanabilmesidir. Bu sonucu, her halde masrafı borçluya ait olmak üzere, alacaklının kendisi sağlayabileceği gibi, yine hâkimin iznine dayalı olarak üçüncü kişi de sağlayabilir. Borçlunun temerrüdü düştüğü edim sonucuna bu şekilde ulaşılmış olur.

TBK m. 113/I'de düzenlenen nama ifanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu husustaki farklı düşünceleri cebri icra görüşü, ifa görüşü, tazminat görüşü ve ikame değer teorisi adı altında dört farklı ana görüş altında toplamak mümkün olmakla birlikte bu görüşler içinde dahi fikir ayrılıkları bulunmaktadır⁷⁵. Aşağıda bu görüşleri kısaca açıklayarak kendi görüşümüzü belirteceğiz.

b. TBK m. 113/I'de Hükümün Hukuki Niteliği Hakkındaki Görüşler ve Değerlendirmemiz

Alacaklı tarafından işin bizzat yapılması ya da üçüncü kişiye yaptırılmasının, nama ifa özelliğinde olup olmadığının tespiti bakımından, ayırt edici hususların değerlendirilmesine dair öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre yapma borçlarında, nama ifa özelliği olmadan, alacaklı borcunu her zaman üçüncü kişiye yaptırabilir ya da alacaklı kendisi bizzat yapabilir ve bu sebeple de burada önemli olan husus, “*hasarın ve masrafın borçluya yükletilebilmesi*”dir⁷⁶. Zira nama ifa kapsamında iş gördürülmesi durumunda, işi üçüncü kişi yapsa dahi, hasar ve masraf borçluya ait olur⁷⁷. *Aydıncık*'a göre ise sadece ekonomik bakımdan değerlendirme yapılması sebebiyle bu yorum eksiktir zira alacaklının işi başkasına yaptırmakta ya da kendisi yapmakta yetkili olması da nama ifa bakımından önemlidir⁷⁸. Zira Türk hukukundaki genel kurala göre ihkak-ı hak yasak olup istisnai düzenlemeler ile izin verilen haller dışında kişinin hakkını zorla alması yasaktır⁷⁹. Alacaklının ifayı üçüncü kişiye yaptırmasında borçlunun şahsi alanına girilmesi söz konusudur. İhkak-ı hak yasağı gereği alacaklı, borçlunun alanına yetkili makamdan izin almadan giremez⁸⁰. Aksi halde borçlunun alanına izinsiz girilmesi tecavüz oluşturur ve alacaklının borçlunun zararını gidermesi zorunluluğu gündeme gelir. Bu izin şartı, nama ifanın genel kural olarak düzenlendiği TBK m. 113/I'de de yer almaktadır. Bu çerçevede doktrinde oluşan dört görüş kısaca açıklanmıştır.

aa. Görüşler

aaa. Cebri İcra Görüşü

Bu konuda ilk görüş, “cebri icra görüşü”dür. TBK m. 113/I'in yapma edimine kanundaki haklara ek olarak getirildiğini ifade eden yazarlara göre söz konusu hüküm, aynen ifanın cebri icra imkânı ile sağlanması amacıyla düzenlenmiştir⁸¹. Bu görüşe göre TBK m. 113/I icra hukukuna ilişkin bir nitelik taşıdığından bu düşünce, cebri icra görüşü olarak adlandırılır. Cebri icra görüşünü savunanlara göre alacaklı tarafından işin bizzat yapılabilmesi ya da alacaklının işi üçüncü kişiye yaptırabilmesi için hâkimden alabilmesi, bu izinden önce açmış olduğu eda davası sonucunda borçlunun aynen ifa yapması yönünde verilmiş kararının varlığını gerektirir⁸². Borçlu bu ilamın gereğini yerine getirmemiş ise karara aykırı olarak yerine getirilmeyen yapma borcunun ifası TBK m. 113/I ile sağlanacaktır. Bu düşünceye göre borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekmediği gibi ihtar çekilmesine de gerek bulunmamaktadır⁸³. İcra ve İflas Kanunu (İİK)⁸⁴ m. 30 uyarınca işin üçüncü kişiye yaptırılması hususunda aşağıda açıklama yapılacaktır. Ancak şimdilik

⁷⁵ Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDINCIK, s. 87 vd.; BAŞOĞLU, Başak: *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 (Aynen İfa), s. 78 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 224 vd.; KURT, s. 200 vd.; ŞENOCAK, *Ayabın Giderilmesi*, s. 193 vd.

⁷⁶ AYDINCIK, s. 73.

⁷⁷ ERDOĞAN, Ersin: “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 75, Sayı 2, s. 157; AYDINCIK, s. 74.

⁷⁸ AYDINCIK, s. 74.

⁷⁹ İstisnai düzenlemeler TBK m. 54/3 ve eski BK m. 52/3'teki düzenlemelerdir.

⁸⁰ AYDINCIK, s. 74.

⁸¹ ŞENOCAK, *Ayabın Giderilmesi*, s. 193; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 221.

⁸² ŞENOCAK, *Ayabın Giderilmesi*, s. 193; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 222.

⁸³ ŞENOCAK, *Ayabın Giderilmesi*, s. 193.

⁸⁴ 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete.

icra emri gönderilen borçlunun icra emrine rağmen yapma borcunu ifa etmemesi halinde, işin İİK m. 30/II uyarınca icra yoluyla yapılabileceğini belirtmek isteriz. Bu görüşe göre TBK m. 113/I ile İİK m. 30/II yarı-şan hükümlerdir. Alacaklının hem TBK m. 113/I uyarınca yetki alması hem de İİK m. 30 gereği icra kana-lyla borcun ifa edilebilmesi halinde, borçluya karşı seçimlik hakkı olduğu kabul edilir⁸⁵. Her ikisi de ifanın cebren yaptırılması sonucunu doğurur. Bu görüşe göre TBK m. 113/I icra hukukuna ilişkin olduğundan ve aynen ifanın cebri icra yoluyla yerine getirilmesi amacı içerdiğinden, borçlunun borcu ifa etmemede kusur-unun olması aranmaz⁸⁶. Alacaklı, borçludan borcunu ifa etmesi kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın isteyebilir ve bu sebeple TBK m. 113/I'in uygulanması için de borçlunun kusurlu olması aranmaz. Ancak kusurlu olan borçludan ayrıca ifa etmeme sebebiyle neden olduğu zararın tazmini de talep edilebilir⁸⁷. Za-ten TBK m. 113/I'deki "*her türlü giderim isteme hakkı saklıdır*" ifadesi ile bu hususu açıkça vurgulamıştır.

bbb. İfa Görüşü

Doktrinde bulunan diğer bir görüş, ifa görüşüdür. İfa görüşüne göre ise alacaklının nama ifaya izin verilmesine yönelik talebi, aslında ifa talebinin bir parçasıdır⁸⁸. Zira nama ifaya izin talebi, niteliği itibarıyla, aynen ifa talebidir. Başka bir anlatımla borçlu ifayı yapmazsa alacaklı aynen ifayı nasıl talep edebiliyorsa aynen ifa mahiyetinde olan nama ifada da alacaklı, ayrıca bir işlem yapmasına gerek kal-maksızın, hâkime başvurarak ifa talebinde bulunabilir⁸⁹. Bu halde TBK m. 113'e dayalı açılan dava, esasen eda davası olup borçlunun ifayı yapması istenmekte; o yapmadığı takdirde de onun borçlu ol-duğu edimin ifasının başkası tarafından yapılmasına mahkemece izin verilmesi istenmektedir. Kanun koyucunun amacı, işin borçlu tarafından istenmeyerek yapılmasından doğabilecek sakıncalarına karşı alacaklıyı koruyarak yapma borcunun zorla elde edilmesini mümkün kılmaktır⁹⁰. İfanın üçüncü kişi ya da alacaklı tarafından yapılması sonucu elde edilen menfaat, borçlunun ifayı kendisinin bizzat yapması sonucu elde edilecek olandan daha düşük oldu ise alacaklı borçludan aradaki farkı da talep edebilir⁹¹. İfaya dair kurallar, icra hukukunun değil, maddi hukuk kurallarıdır. Bu sebeple TBK m. 113/I'in de icra hukukuna değil, maddi hukuka ilişkin bir sorunu düzenlediği kabul edilir⁹².

Alacaklının, TBK m. 113/I gereği, hâkime başvuru yapması için borcun muaccel olması, borçlu-nun borcu ifa etmemesi gerekli ve yeterlidir⁹³. TBK m. 113/I ile borcun aynen ifası sonucu elde edil-mek istenir; ifa istendiği için de alacaklının hala ifa yönünde talep hakkı olması gerekir. Borcun ifası imkânsız ise ya da ifadan vazgeçilip olumlu zarar istenmişse TBK m. 113/I'e dayanılmaz.

Yargıtay, TBK m. 113/I uyarınca, nama ifa yetkisi verilmesi için eda hükmü içeren mahkeme ka-rarı aramamaktadır⁹⁴. Ayrıca kararlarında, nama ifanın aynen ifa talebi kapsamında olduğu da belirtil-mektedir⁹⁵. Bu kararlardan hareketle uygulamada, TBK m. 113/I'in hukuki niteliği bakımından ifa teorisinin benimsendiği söylenebilir⁹⁶.

⁸⁵ OLGAÇ, Senai / KÖYMEN, Haydar: *Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanunu*, 2. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1965, s. 163; ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 376.

⁸⁶ ERDOĞAN, s. 165.

⁸⁷ BAŞOĞLU, Aynen İfa, s. 85; AYDINCIK, s. 90; Yargıtay, 15. HD., T. 28.04.1987, E. 1986/2352, K. 1987/1846 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.02.2022).

⁸⁸ AYAN, s. 178-179; DAYINLARLI, Kemal: *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, 4. Baskı, Dayınlarlı Yayınevi, Ankara, 2003, s. 75; EREN, *Genel Hükümler*, N. 3239.

⁸⁹ KURT, s. 201.

⁹⁰ TEKİNAY, Selahattin / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 922.

⁹¹ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 923.

⁹² KURT, s. 201.

⁹³ GÜNDOĞDU, Fatih: *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f. 2)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Başkasına Yaptırma), s. 134.

⁹⁴ Yargıtay, 15. HD., T. 04.07.2004, E. 2004/2951, K. 2004/3735 (https://legal.com.tr/, E.T.: 01.08.2021).

⁹⁵ Yargıtay, 15. HD., T. 03.03.2009, E. 2008/6908, K. 2009/1163 (https://legal.com.tr/, E.T.: 01.08.2021).

⁹⁶ KURT, s. 202.

ccc. Tazminat Görüşü

Maddedeki talebin niteliğine ilişkin üçüncü görüşe göre ise TBK m. 113/I, yapma borçlarının ifasının imkânsız olduğu durumlarda uygulanmak üzere, alacaklının zararının giderilmesine yönelik tazmin amaçlı bir düzenlemedir⁹⁷. İmkânsız olarak değerlendirilirken ifa alacaklı ya da başka biri tarafından yapılabilecek olsa dahi, borçlu tarafından ifa edilmemesi sebebiyle artık borcun imkânsızlaştığının ve artık tazminat ile zararı gidermenin gündeme gelmesi gerektiği ifade edilir. Bu görüşü savunanlar, TBK'nın sistematığına göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirterek TBK m. 113'ün bir önceki madde olan ve tazminat imkânı getiren TBK m. 112'nin yapma borçları bakımından özel hali olduğunu ileri sürerler⁹⁸. Buna göre TBK m. 112'de borçlunun borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde tazmin yükümlülüğü düzenlenir; yapma borçları bakımından da bu tazmin yükümlülüğünü TBK m. 113/I düzenler⁹⁹. Alacaklının, mahkemedeki aldığı izin uyarınca, masraflar borçluya ait olduğundan, alacaklı borçludan bu masrafları sözleşmenin ifası olarak isteyebilir¹⁰⁰. Alacaklı, masraf dışında borcun ifa edilmemesi sebebiyle oluşan başka zararı varsa bu zararların tazminini de TBK m. 113/I'deki "her türlü giderim isteme hakkı saklıdır" ifadesinde de belirtildiği gibi isteyebilir.

Bu görüşü savunan yazarlara göre TBK m. 113/I'nin uygulanması için önce TBK m. 112'de belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekir. TBK m. 112'deki şartların aranması sonucu olarak tazminat görüşünde, TBK m. 113/I gereği, işin alacaklı tarafından bizzat yapılması ya da üçüncü kişiye yaptırılması için, borcun ifa edilmemesi bakımından borçlunun kusuru da bulunmalıdır. Kusurun aranması da özellikle tek taraflı yükletilmiş borçlar bakımından cebri icra görüşüne göre hakkaniyetli görülür¹⁰¹. TBK m. 113/I ancak borcun borçlunun sorumlu olduğu bir imkânsızlık sebebiyle hiç ya da gereği gibi ifa edilemediği hallerde uygulanabilir¹⁰². Borçlu, TBK m. 113/I'nin uygulanmasını borcu ifa ederek ya da borcun imkânsız olmadığını ispat ederek engelleyebilir¹⁰³.

ddd. İkame Değer Teorisi

Bu görüşe göre, ifa görüşünde olduğu gibi, TBK m. 113/I'nin maddi hukuka ait bir kavram olduğu kabul edilir. Ancak ikame değer teorisinde, aynen ifa yükümlülüğü sona erdikten sonra TBK m. 113/I'nin uygulama alanı bulacağı düşünüldüğünden, ifa teorisi ile bu yönden ayrılırlar¹⁰⁴. İkame değer teorisine göre nama ifa, aynen ifa değildir. Borcun sübjektif imkânsızlığı söz konusu olduğunda, TBK m. 113/I kapsamında, edim masrafı borçluya ait olmak üzere, iş ancak bu şekilde alacaklı tarafından yapılabilir ya da üçüncü kişiye yaptırılabilir¹⁰⁵. Borcun sübjektif imkânsızlığından başka, alacaklı TBK m. 125'teki seçimlik haklarından biri olan aynen ifadan vazgeçme seçimlik hakkını kullanırsa da TBK m. 113/I'nin uygulanmasını isteyebilir¹⁰⁶. Bu görüşü savunan yazarlar, borçlunun borcunu ifa etmemesini ve sübjektif ifa imkânsızlığını, TBK m. 112 ile bağlantılı bir ihlal olarak görmektedirler ve TBK m. 112'deki talep gibi, aynen ifadan vazgeçildiğine dair bildirim yapılmasına gerek olmaksızın borcun sona ereceğini düşünürler¹⁰⁷.

İkame değer teorisine göre imkânsızlık söz konusu değilse alacaklı, borçluya borcu ifa etmesi hususunda ihtar göndermelidir ve aynen ifa için süre vermelidir. Borçlu verilen sürede ifayı gerçekleştir-

⁹⁷ ÖZ, M. Turgut: *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (İnşaat), s. 135; KURT, s. 201; OĞUZMAN / ÖZ, N. 1413; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 194.

⁹⁸ ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 194; OĞUZMAN / ÖZ, N. 1413.

⁹⁹ OĞUZMAN / ÖZ, N. 1413; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 194.

¹⁰⁰ ÖZ, *İnşaat*, s. 135; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 194; OĞUZMAN / ÖZ, N. 1414.

¹⁰¹ OĞUZMAN / ÖZ, N. 1413.

¹⁰² OĞUZMAN / ÖZ, N. 1414; AYDINCIK, s. 95.

¹⁰³ OĞUZMAN / ÖZ, N. 1416.

¹⁰⁴ KÜRŞAT, Zekeriya: *İnşaat Sözleşmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 392-393; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 194.

¹⁰⁵ ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 194.

¹⁰⁶ ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 194.

¹⁰⁷ ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 194.

tirmez ise alacaklı borçluya aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmelidir¹⁰⁸. Bu bakımdan TBK m. 113/I, alacaklıya ifayı ikame etme ve masrafları borçludan isteme olanağı verir¹⁰⁹.

İkame değer teorisini savunanlar, TBK m. 113'ün uygulanması için borçlunun kusurlu olmasını da arar. Bu düşünceye göre, imkânsızlık bakımından TBK m. 112 ile bağlantılı olması sebebiyle, borçlu kusurlu olmalıdır. Borçlu temerrüdü söz konusu olduğunda da halin icabından kusurlu olması gerektiğinin anlaşıldığı belirtilir.

bb. Kanaatimiz

Her görüşün haklı gerekçeleri olmakla birlikte biz, ifa görüşünü savunan yazarların tespit ettiklerinin daha uygun olduğu düşüncesindeyiz. Madde düzenlemesi ile yapma borcunda temerrüde düşen borçlunun borcunu ifa etmemesi sonrasında, alacaklının ifaya menfaatinin sağlanması amaçlanmaktadır. İfa ikamesi olarak değil, üçüncü kişiye ifanın yaptırılması ile bu sonuç sağlanmaktadır. Eğer bir tazminat hükmü olsaydı, her türlü yapma borcu bakımından olması gerekirdi oysa TBK m. 113/I'deki yapma borçları, sadece üçüncü kişinin ifa edebileceği türdeki yapma borçlarıdır. Borçlunun bizzat ifa borcu altında olduğu bir yapma borcuna ilişkin TBK m. 113/I uygulanamaz. Masa imalatı söz konusu olduğunda üçüncü kişinin ifası ile aynı sonuç sağlanabilir ancak bir ameliyat yapma borcunda üçüncü kişiye yaptırmak mümkün değildir, bu halde TBK m. 113 uyarınca değil, TBK m. 112 uyarınca tazminat talep edilir. Aynı gerekçelerle hükmün cebri icra olamayacağı da söylenebilir. Bizzat ifa borcunun olduğu bir durumda, üçüncü kişiye yaptırma imkânı olmadığından cebri icra da söz konusu olamaz. Bu nedenle borçlunun bizzat ifa borcu altında olmadığı durumlarda devreye giren TBK m. 113/I ile aslında borcun ifası üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.

Karşılıklı akitte asli borçta temerrüt halinde alacaklının ifadan vazgeçip olumlu zarar isteme imkânı vardır. Bu halde olumlu zararların kapsamına alacaklı iş sahibinin eseri üçüncü bir kişiye tamamlama masrafı da girer. Bu halde olumlu zarar ile alacaklının ifaya menfaatinin tazmin edilir; eserin meydana getirilmesi için yapılan masraf da bu tür bir zarar kalemidir. Alacaklı iş sahibi, ifadan vazgeçip olumlu zarar talep ettiğinde, mahkeme kararına ihtiyaç duymadan ve beklemesine gerek olmadan, seçeceği yeni bir yükleniciye eseri tamamlama imkânına sahiptir. Hal böyleyken alacaklının niye üçüncü kişiye yaptırmak için uzun bir süreç olan mahkemeden karar alma yoluna gitmesi gerektiği düşünülmelidir. TBK m. 113/I çerçevesinde mahkemeden karar alarak üçüncü kişiye yaptıran iş sahibinin, mahkeme kararı olmadan yaptıran bir iş sahibine göre avantaja sahip olması gerektiği açıktır. Aynen ifa talebi olarak kabul edilmesi halinde, alacaklının haklarında farklılık olmaktadır. Bunlara aşağıda değinilecektir. Aynen ifa olarak kabul edilmesine ilişkin ikinci gerekçemiz ise ifadan vazgeçme imkânının sadece karşılıklı akitte asli borçta temerrüde düşülmesi halinde mevcut olmasıdır. İfadan vazgeçip olumlu zarar isteme hakkı her borç için öngörülmediğinden, TBK m. 113/I hükmünün bu sonucu her yapma borcu için sağladığını söylemek kanımızca mümkün değildir. Örneğin bir komşumuzun salonumuzu boyamayı taahhüt etmesi ve bizim de kabul etmemiz halinde tek tarafa borç yükleyen bir işgörmeye akdi söz konusu olur. Bu halde komşumuza ilişkin tek hakkımız aynen ifa istemektir; ifadan vazgeçip olumlu zararımızı istemek ya da dönme hakkımız söz konusu değildir. Eğer TBK m. 113/I'ın ifadan vazgeçerek olumlu zararı isteme hakkı verdiği kabul edilirse üçüncü kişinin ifasının mümkün olduğu ve yapma borcu yükleyen tek tarafa borç yükleyen akitlerde ya da yan borçlarda da ifadan vazgeçip olumlu zarar istenebileceği kabul edilmiş olur. Mevcut TBK sisteminde bu sonuç bize uygun gözükmemektedir.

TBK m. 113/I'deki talep, aynen ifada ısrar etme yönünde bir talep olup borçludan hala borcunu ifa etmesi istenmektedir. Borçlu mahkeme karar verene kadar ifasını yaparak temerrüdünü sona erdirebilir. İfadan vazgeçip olumlu zarar istenmesi niteliğinde bir talep olsaydı, borçlunun bu yönde bir

¹⁰⁸ GÜNDOĞDU, Fatih: *Borça Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014 (İfa İmkânsızlığı), s. 319 vd.; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 194-195.

¹⁰⁹ ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 196.

imkânı söz konusu olmazdı. Mahkeme, alacaklının talebi üzerine üçüncü kişiye yaptırma izni verdiği borçlunun pasifindeki yapma borcu sona ermez; üçüncü kişi tarafından ifa edilen borç hala asıl borçlunun borcu olmaya devam eder. İfayı yapan kişi, adı üstünde, üçüncü kişidir ve başkasının borcunu ifa etmektedir.

İfa edilen borçtan sorumluluk devam ettiği için, aynen ifa ile birlikte istenilen gecikme tazminatından da sorumlu olunması en doğal sonuçtur. İfa tamamlanana kadar gecikmeden doğan zararlardan sorumluluk devam eder. TBK m. 113/I içeriğinde hasarın¹¹⁰ borçluya ait olacağı açık olarak belirtilmemektedir. Ancak öğretilerdeki hâkim görüşe göre düzenlemede açıkça yazılmamış olması, hasarın borçluya ait olmayacağı sonucu doğurmaz ve borçlunun borcunu ifa etmemesi sebebiyle alacaklı nama ifaya başvurmuşsa borç ifa edilinceye kadar edim konusuna gelen zararların, başka bir anlatımla hasarın sorumluluğu borçluya aittir¹¹¹. Bu temerrütte olan borçlunun kazadan sorumlu olmasını düzenleyen TBK m. 119 ile de uyumlu bir sonuçtur.

TBK m. 113/I hükmündeki talebin aynen ifa talebi olmasıyla uyumlu olarak, ifaya eklenen ceza koşulu talep edilebilir; seçimlik ceza koşulu istenemez¹¹². Bilindiği üzere seçimlik ceza koşulu, kural olarak ifadan vazgeçme halinde istenebilen bir ceza koşuludur; bu nedenle aynen ifadan sorumluluk devam ettiği için sadece ifa ile birlikte istenebilen ceza koşulu talep edilir. Üçüncü kişinin ifasına izin verildiğinde teminatlar sona ermez. Ancak teminatların sona ermemesi diğer görüşler bakımından da aynı sonuca sahiptir; aynen ifa görüşünü destekler bir özellik yoktur. İfadan vazgeçme halinde de borç ilişkisi devam ettiğinden teminatların devam etmesi doğal bir sonuçtur¹¹³.

Bu görüşler bakımından, ceza koşulunun türündeki değişiklik dışında, iki hususa ilişkin olarak sonuçlarda farklılık bulunur. Bunlardan biri ifa yardımcılarından borca aykırılıklarından borçlunun sorumluluğuna ilişkindir. Mahkemenin izniyle alacaklının ifaya kattığı üçüncü kişi, eğer ifa yardımcısı ise borçlunun onun davranışlarından sorumlu olması gerekir. Eğer bu kişi ifa yardımcısı sıfatını haiz değilse borçlunun bu kişinin davranışlarına dayalı bir sorumluluğu olmaz. Borçlunun borcunun sona erip tazminat istendiğinin kabul edildiği görüşler bakımından, mahkeme kararı sonrasında borçlunun pasifindeki borcu yapma değil, tazminat ödeme borcudur; yani artık borçlu bir para borcu altındadır. Para borcu altında olan borçlunun artık kendisine ait olmayan bir borcun ifasını yapan kişinin davranışlarından da sorumlu olması düşünülemez. Oysa TBK m. 113/T'deki talebin, cebri ya da aynen ifanın devamı niteliğinde olduğu fark etmeksizin, ifa olduğunun kabul edildiği hallerde borçlunun pasifindeki yapma borcu devam eder. Mahkemece üçüncü kişinin ifaya katılması için izin verildiğinde bu izin, borçlunun irade beyanı ile kendi borcunun ifasına üçüncü bir kişiyi katması gibi sonuç doğurur; borçlunun iradesi ile borcun ifasına katılan bu kişi de ifa yardımcısı sıfatını taşır. Buna bağlı olarak da asıl borçlunun borcunu borçlunun yerine geçerek iradeyle ifaya katılan ifa yardımcısı sıfatındaki üçüncü kişinin, borcun ifası sırasında gerçekleştirdiği borca aykırılıklardan kusursuz olarak sorumluluğu devam eder. Bağımsız bir alt yüklenicide olduğu gibi, TBK m. 116'daki sorumluluk devam eder; bir çalışma ilişkisi mevcut olmadığından TBK m. 66 gündeme gelmez. Açıklanan bu nedenlere dayalı olarak, TBK m. 113/I kapsamında borçlunun üçüncü kişinin davranışlarından sorumluluğunun kapsamı öğretide tartışmalıdır¹¹⁴. Biz, üçüncü kişinin ifaya katılmasına izin veren mahkeme kararının borçlunun ifayı yapmaması sonrasında adeta borçlunun iradesi ile üçüncü kişi ifaya katılmış gibi kabul etmekteyiz; buna bağlı olarak borçlunun borcunun ifasına rıza ile katılmış olan üçüncü kişinin borca

¹¹⁰ Hasar, borç ilişkisinin kurulmasından sonra ifadan önce taraflardan birinin malvarlığında kaza ya da tesadüfi bir olay neticesinde meydana gelen azalma olarak tanımlanır. Bkz. AYDINCIK, s. 111.

¹¹¹ SELİÇİ, Özer: *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 81; KURT, s. 196; AYDINCIK, s. 112; ATEŞ, Derya: *Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 175.

¹¹² SÜTÇÜ, Nezihe: *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Cilt 2, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 1020; AYDINCIK, s. 117.

¹¹³ CANSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt 1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 40; AYDINCIK, s. 118.

¹¹⁴ Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDINCIK, s. 319 vd.

aykırı davranışlarından sorumluluğun devam ettiğini düşünmekteyiz. Bu ağır bir sonuç olarak düşünülse de borçlunun temerrütte olduğuna mahkemece karar verilene kadar hala kendisinin müdahale ederek ifayı yapabileceği ya da yaptırabileceği de unutulmamalıdır.

Tazminat olarak kabul eden görüşlerle, borçlunun borcunun ifasının yaptırılması olarak kabul eden görüşler arasında diğer bir sonuç farklılığı da ayıba ilişkin sorumluluğun devam edip etmediğidir. Eğer borçlunun borcu ifa ediliyorsa onun borcunun ifa yardımcısı sıfatını taşıyan üçüncü kişi tarafından yapılması ile aslında onun borcunun ifası sonucu doğar. Bu halde ifası yapılan asıl borçlunun borcu olduğundan ve onun pasifinde hala borçla sorumluluk bulunduğundan, ayıpların varlığı halinde de sorumluluğun devam ettiği kabul edilmelidir. Oysa bu taleple borçlunun borçtan sorumluluğu sona erip tazminat sorumluluğu doğduğu kabul edilirse üçüncü kişi yeni bir yüklenici gibi kendi borcunu ifa ediyor olur. Bu görüşlerde borçlunun ayıplardan da sorumluluğu gündeme gelmez. Ancak aynen ifa talebi olduğu, borçlunun ifasının yapıldığı kabul edildiğinde ortaya çıkan sonuçtan sorumluluk da hala asıl borçluya ait olmalıdır. Üçüncü kişiye karşı ya haksız fiil ya da kıyasen uygulamanın kabul edilmesi halinde TBK m. 507 kapsamında “doğrudan talep”le başvurma hakkı söz konusu olabilir. Üçüncü kişi ifa etmiş olsa dahi, borçtan sorumluluğu devam eden borçlunun devamında kötü ifa görünümünden biri olan ayıptan sorumluluğu da gündeme gelmelidir.

TBK m. 113/I ile çerçevesinde, konumuz olan eser sözleşmesindeki sonuçlar netleştirilmek istendiğinde ortaya çıkan hususlar şu şekilde sıralanabilir: Eser sözleşmesinde de yüklenicinin borcunun yapma borcu özelliğine bağlı olarak TBK m. 113/I hükmü uygulanır. Yüklenicinin temerrüdü halinde alacaklı konumundaki iş sahibi mahkemeden üçüncü kişiye eseri meydana getirtmek konusunda izin alabilir. Kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde iş sahibinin talebi aynen ifa talebi olup dava, eda davası niteliğindedir. Mahkemece üçüncü kişiye yaptırılmasına izin verilmesi halinde bu kişi, iradeyle borcun ifasına katılan ifa yardımcısı sıfatını taşır. Üçüncü kişi, borçlunun pasifindeki borcun ifasını yapmakta olduğundan, ifanın yapılması sırasında bir borca aykırı davranışı olması halinde borçlunun TBK m. 116’ya dayalı sorumluluğu doğar. Bu şekilde üçüncü kişinin eseri meydana getirmesi halinde asıl yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borcu ifa ile sona erer. İfanın tamamlanmasına kadar, ifayla birlikte istenebilen gecikme tazminatı ya da ifaya eklenen ceza koşulu talep edilebilir. Aynı zamanda eserin meydana getirilmesinden sonra eserin ayıplı olduğunun anlaşılması halinde asıl yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu söz konusu olur.

Mahkeme kararı ile üçüncü kişiye eseri tamamlattıran iş sahibinin bu avantajlara sahip olması en doğal sonuçtur. Üçüncü kişiye yaptırılmasının masrafını eserin gecikmesine dayalı olarak meydana gelen malvarlığı azalmalarını olumlu zarar olarak isteyebilecek olan iş sahibi, yüklenicinin temerrüdüne dayanarak sözlü olarak dahi ifadan vazgeçerek olumlu zararlarının tazminini isteyebilir. Bu husus, aşağıda mahkeme kararı olmaksızın iş sahibinin eseri üçüncü kişiye yaptırması hallerinden biri olarak incelenecektir.

2. Mahkeme Kararı Olmaksızın

İş sahibi, mahkeme kararı olmaksızın da eseri yüklenici dışında üçüncü kişiye yaptırma imkânına sahiptir. İş sahibine eseri üçüncü kişiye yaptırarak masraflarını yine borçlusu yükleniciden talep edebilme imkânı tanıyan TBK kapsamında iki hüküm bulunmaktadır. Bunlardan birinden yararlanarak üçüncü kişiye eseri yaptıran iş sahibi, düzenlemenin koşullarını gerçekleştirdiğinde yükleniciden bu hükümlere dayalı talepte bulunabilir.

Aşağıda öncelikle eser sözleşmesine özel hüküm olan TBK m. 473/II hükmüne¹¹⁵, daha sonra da karşılıklı akitte asli borçta temerrüt halinde gündeme gelen ifadan vazgeçip olumlu zarar istenmesi halini düzenleyen TBK m. 125 hükmüne dayalı inceleme yapılacaktır.

¹¹⁵ GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 111 vd.

a. TBK m. 473/II Uygulaması

Eser sözleşmesinde eserin meydana getirilmesi bir süreci gerektirir ve bu süreç sonrasında eser ortaya çıkar. Edim fiili ve edim sonucunun birlikte anlamlı olduğu yüklenicinin borcunun bu özelliği nedeniyle iş sahibinin eserin yapılması sırasında eseri denetleme hakkı¹¹⁶ söz konusudur¹¹⁷. İşin yapılmasının kontrol edilmesinin sonucu olarak iş sahibinin işin zamanında bitirilemeyeceğini anlaması ya da eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı yapılacağını görülmesi halinde, iş sahibinden haklarını sürenin tam olarak dolmasını bekledikten ya da eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak sona erdirilmesinden sonra sunması beklenemez. Eser sözleşmesi bakımından bu durum göz önüne alınarak TBK m. 473 ile öncelenmiş borca aykırılık (sözleşmenin müspet ihlali) hali¹¹⁸ düzenlenir. Maddenin ilk fıkrasında borçlunun ifa zamanına ilişkin bir sorun yaşayacağını önceden belli olması hali, ikinci fıkrasında da eserin ayıplı olacağını önceden anlaşılması hali düzenlenmektedir. Bu bağlamda, genel kurala göre alacaklının borcun sözleşmeye uygun olarak ifasının yapılmasına dair talepte bulunması, borcun muaccel olması ile mümkün iken Kanun'daki bu genel kuralın istisnası niteliğindeki düzenlemelerden¹¹⁹ biri olan TBK m. 473'ün ilk fıkrası¹²⁰ zamansal olarak, ikinci fıkrası da niteliksel sebeplerle borcun muaccel olmasından önce borç ilişkisine müdahale etme imkânı verir¹²¹.

Konumuz iş sahibinin iradesi ile işin başkasına yaptırılması olduğundan, çalışmada maddenin sadece ikinci fıkrası, işin yalnızca üçüncü kişiye yaptırılmasının sonuçları bakımından incelenmiştir¹²². TBK m. 473/II'ye göre “*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği ya da vereceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın ya da aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın ya da işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*”.

TBK m. 473/II, TBK m. 113/I'deki genel uygulama alanı olan hüküm karşısında eser sözleşmesine yönelik olarak düzenlenmiş bulunan özel hükmüdür (*lexspecialis*)¹²³. TBK m. 473/II hükmüne ilişkin

¹¹⁶ Hatta önemli inşaat işlerinde işin yapılmasını kontrol etmek için iş sahibinin birini görevlendirmesi gerektiğini, aksi halde kusurlu sayılabileceğini savunanlar dahi vardır. Bkz. TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 61.

¹¹⁷ KOSTAKOĞLU, Cengiz: *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 356; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 61.

¹¹⁸ Bu konudaki çalışma için bkz. BAŞOĞLU, Başak: “Öncelenmiş Borca Aykırılık”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2008, Cilt 66, Sayı 2 (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287 vd. Muacceliyetten önce borca aykırılığın olacağını işaretlerinin olduğu ve buna müdahale imkânı veren bu tür durumlar doktrinde ağırlıklı olarak “sözleşmenin müspet ihlali” şeklinde adlandırılmaktadır. BAŞOĞLU, *Öncelenmiş Borca Aykırılık*, s. 296; BİLGİN YÜCE, Melek: *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015 (İfa Zamanı), s. 23.

¹¹⁹ “*Bunun dışında bazı özel sözleşme tiplerinde de borçlunun aczi halinde alacaklıyı koruyan özel hükümler mevcuttur. Kiracının iflas etmesi haline ilişkin Borçlar Kanunu'nun 261. maddesi, karz sözleşmesinde ödünç alanın aczini düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 310. maddesi, hizmet sözleşmesinde işverenin aczi halinde işçiye fesih hakkı tanıyan Borçlar Kanunu'nun 346. maddesi ile yaygın sözleşmesinde yayıncının iflasına ilişkin Borçlar Kanunu'nun 384. maddesinin 3. fıkrası hep bu yönde hükümlerdir. Ancak görüldüğü üzere gerek Borçlar Kanunu'nun 82. maddesi, gerekse de saymış olduğumuz bu özel hükümler hep borçlunun aczine ilişkindir.*” Bkz. BAŞOĞLU, *Öncelenmiş Borca Aykırılık*, s. 289. Ayrıca taksim, ihtiyati haciz, iflas vb. hâllerde de benzer düzenlemeler vardır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 54-56; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 804-805.

¹²⁰ ÖZ, M. Turgut: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1989 (Eser Sözleşmesi), s. 47 vd.; AYAN, s. 323 vd.; ÜREM, Müge: *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 53 vd.

¹²¹ “*Alacaklının borcun muaccel olmasından önce de korunması gereken bazı durumlara dayalı olarak, kamunda alacaklıya, henüz muacceliyet gerçekleşmeden sağlanan başka haklar ya da imkânlar bulunmaktadır. Bu hâllerde ortak olan nokta, alacaklıyı talep hakkının doğmadığı dönemde, koruma ihtiyacı yaratan bir durumun ortaya çıkmasıdır. Koruma ihtiyacı yaratan bu durumlar, esasen borçludan kaynaklanan durumlar olup, çoğu durumda, ifa zamanının beklenmesi hâlinde borcun ifasında sorun yaşanacağını önceden öngörülebildiği hâllerdir. Bu konuya ilişkin olarak da verilebilecek en iyi örneklerden ikisi TBK m. 98 ile TBK m. 473 düzenlemeleridir. (...) Muacceliyetten önce alacaklıya tanınan bu tür müdahale örneklerine diğer kanunlarda da rastlamak mümkündür. Bunlar içinde en barizi iflasın açılmasıyla birlikte tüm alacakların muaccel olmasıdır (İİK m. 195). Örnek olarak belirtilen maddelerden, bu tür düzenlemelerin genel amacı net bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Örneklerden bir tanesi olan, eser sözleşmesinde eserin ifa zamanında yetişmeyeceğinin veya yüklenicinin ifa zamanına riayet etmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda, iş sahibine henüz ifa zamanı gelmeden, yani borç muaccel olmadan haklar veren TBK m. 473/II hükmüdür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da, borcun muaccel olmasını beklemeksizin, bu sefer eserin imalat aşamasında mevcut ayıba müdahale imkânı tanınmaktadır. Maddede düzenlenmiş olan her iki müdahale de sözleşmenin müspet ihlali olarak değerlendirilebilecek durumlara ilişkin olup, muacceliyetten önce alacaklıya haklar tanınmaktadır.*” Bkz. BİLGİN YÜCE, *İfa Zamanı*, s. 21 vd. Ayrıca bkz. BAŞOĞLU, *Öncelenmiş Borca Aykırılık*, s. 289 vd.

¹²² Maddenin uygulama koşulları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 145 vd.

¹²³ GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 353.

olarak da tazminat talebi olduğu yönünde görüş olmakla birlikte, ağırlıktaki görüş uyarınca TBK m. 473/II de ifanın bir görünümü olarak kabul edilmektedir¹²⁴. Eser sözleşmesinde iş sahibine ifayı üçüncü kişiye yaptırma imkânı tanıyan hükmün genel hükümlerde yapma borcundaki düzenlemeden temel farkı, hâkim kararına gerek olmaksızın bu hakka sahip olunmasıdır¹²⁵. İş sahibinin maddeye uygun bir ihtarı ve yükleniciye ayıbı düzeltmesi için verilen uygun sürenin sonrasında¹²⁶ iş sahibinin üçüncü kişiye yaptırma hakkı doğmaktadır. İş sahibi tarafından gönderilen ve uygun süreyi içeren ihtarda, iş sahibinin talebinin yerine getirilmemesi halinde ayıbın giderilmesinin ya da işin tamamlanmasının üçüncü kişiye yaptırılacağı ve hasarın ve masrafların yükleniciye ait olacağı da yükleniciye bildirilmesi gerekir¹²⁷.

TBK m. 473/II ile iş sahibine tanınan, esasen eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak yapılmasını engelleme imkânıdır¹²⁸. Eserin olması gereken özellikleri taşımaması ya da sözleşmeye uygun olmaması ayıplı olması sonucunu doğurur ve ifanın ayıplı ifa olduğu kabul edilir. Normalde ayıptan doğan sorumluluk ancak teslimden sonra ya da en erken teslim anında gündeme gelmesine rağmen burada borç henüz muaccel olmadan ve teslim de gerçekleşmeden, hatta ayıp ortaya dahi çıkmadan ya da esere henüz başlanmadan eserin niteliksel olarak sözleşmede öngörülene uygun olmayacağı açıkça görüldüğünde¹²⁹, eserin alacaklısına işin başkasına yaptırabilmesine dair olanak tanınmaktadır¹³⁰. Başka bir anlatımla TBK m. 473/II'de aranan ayıp ya da sözleşmeye aykırılık¹³¹ durumu, eserin tamamlanıp teslim edilmesi sırasında görülen değil, meydana getirilmeden önce ya da en son meydana getirilme sırasında¹³² ortaya çıkmıştır¹³³.

İş sahibinin şartları taşıyan ihtarına rağmen yüklenici, eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olarak teslim edilmesini sağlayacak düzeltmeleri yapmazsa iş sahibi, hasar ve masrafları yükleniciye ait ol-

¹²⁴ Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 111 vd.

¹²⁵ ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 191; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 65; GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 353-354. Bu sonucun düzenlemenin acil önem alma amacından doğduğu belirtilmektedir. Bkz. TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 65.

¹²⁶ İhtar ve süre hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 171 vd. Ayrıca bkz. GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 353; EREN, *Özel Hükümler*, N. 2153.

¹²⁷ ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 191; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 62; GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 354.

¹²⁸ TBK m. 473/II'de kusur şartına yer verilmişse de ayıplı ifada yüklenicinin sorumluluğu için kusurlu olması aranmaz. Bu sebeple TBK m. 473/II'deki kusurun kapsamının, eserin ayıplı olmasına iş sahibinin sebep olduğu durumlara yer verilen TBK m. 476'daki düzenlemeyle uyumlu olarak, iş sahibinin kusurlu olmaması dışındaki haller olarak kabul edilmesi gerekir. TBK m. 473/II'de yer verilen kusurun bu şekilde geniş yorumlanması gerekliliği sonucu, iş sahibine yüklenebilir bir kusurun bulunmaması halinde, ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın yüklenicinin kusuruna dayandığı kabul edilmelidir ve TBK m. 473/II'in kusur bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağına dair sonuca buna göre gidilmelidir. Bkz. TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 64; EREN, *Özel Hükümler*, N. 2152; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 200; GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 353.

¹²⁹ İş sahibinin bu müdahale hakkını kullanabilmesi için eserin yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı olacağı ya da sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceğinin belirgin ve şüphesiz bir şekilde anlaşılması gerekir. Bkz. EREN, *Özel Hükümler*, N. 2152.

¹³⁰ Bu aşamada TBK m. 125'in uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmek de yerinde olacaktır. Zira yüklenicinin kendisine verilen uygun sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı düzeltmemesi halinde, TBK m. 473/II'deki şartlar oluşsa dahi, iş sahibi, işi başkasına yaptırmak zorunda değildir. İş başkasına bırakabilme hakkını kullanıp kullanmama iş sahibinin inisiyatifinde olup iş sahibinin imkânı olmasına rağmen işi başkasına yaptırmaması, diğer haklarını kullanmasına engel olamaz. Yükleniciye verilen uygun mehilde işi yapması aksi halde işin başkasına yaptırılacağını içeren ihtar, iş sahibinin müspet zararının tazminini üçüncü kişiye aynen ifa ettirerek sağlayabileceğini bildirmesi amaçlı olup seçimlik haklarından feragat ettiği anlamına gelmez. Bu sebeple de öğretideki hâkim görüşüne göre TBK m. 473/II'de işin başkasına yaptırılabilmesi için aranan şartların mevcut olması halinde, iş sahibi, bu imkânını çalıştırmak yerine, yüklenicinin özen borcuna aykırılığının varlığı ve bunun da sözleşmenin müspet ihlali olarak kabul edilmesi sonucunda, yeniden mehil vermeye gerek olmadan, TBK m. 125'deki seçimlik haklarını kullanarak yükleniciden aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebilir ya da aynen ifadan ve gecikme tazminatından vazgeçip yükleniciden müspet zararının tazmini isteyebilir ya da sözleşmeden dönerek yükleniciden menfi zararını isteyebilir. Bkz. TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 65-66; EREN, *Özel Hükümler*, N. 2155; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 192. Yargıtayın da bu yönde kararları mevcuttur. Bkz. Yargıtay, 15. HD., T. 17.09.2007, E. 2007/1704, K. 2007/5393, (<https://legal.com.tr/>, E.T.: 01.09.2021).

¹³¹ TBK m. 473/II'in içeriğinde ayıplı ifa ya da eserin sözleşmeye aykırı olarak yapılması arandığı belirtilmiş ise de özen ya da sadakat yükümlülüğünün ihlali de sözleşmeye aykırılık olarak iş sahibine müdahale yetkisi verebilir. TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 60-62; EREN, *Özel Hükümler*, N. 2152.

¹³² "Zira ayıbın mümkün olduğunca erken tespit edilerek giderilmesi her iki tarafın da yararına olduğundan, bu hükmün uygulanmasının TBK m. 475'e oranla daha avantajlı, en azından daha masrafsız bir sonuç doğuracağı ortadadır. Böylelikle ayıbın meydana getirdiği sonuçları ortadan kaldırmaya yönelik 'ortadan kaldırıcı' bir hüküm olarak değerlendirilebilecek olan TBK m. 475 karşısında TBK m. 473 f. 2 hükmü ayıplı ya da sözleşmeye aykırılığı 'önleyici' bir düzenleme olarak nitelendirilebilecektir.". Bkz. GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 112.

¹³³ EREN, *Özel Hükümler*, N. 2152.

mak üzere¹³⁴, onarımı ya da işe devamı üçüncü kişiye bırakabilir¹³⁵. Burada bahsedilen “hasar” işin başkasına yaptırılması sırasında tesadüfi ya da kazaen meydana gelen zararları ve “masraflar” da işin başkasına yaptırılması sebebiyle doğan harcamalar ile işin yaptırıldığı üçüncü kişi tarafından ödenmeyen giderlerdir¹³⁶. İş sahibinin yükleniciye yapmadığı ödemesi bulunmakta ise iş sahibi, bu hasar ve masrafı yüklenicinin ücretinden mahsup edebilir¹³⁷.

Maddede ifanın devamının ve gereği gibi olmasının sağlanması amacı bulunması ile maddede açıkça hasarın yükleniciye ait olduğunun belirtilmesi nedeniyle, yüklenicinin üçüncü kişinin borca aykırı davranışlarından sorumlu olduğu kabul edilmektedir¹³⁸. Bununla birlikte iş sahibinin işi yaptırdığı üçüncü kişinin kusurlardan ya da iş sahibinin kötü talimat vermesi sebebiyle oluşan zararlardan, yüklenicinin sorumlu tutulması doğru olmaz¹³⁹.

TBK m. 113 hükmüne ilişkin yapılan tartışmalara temel olacak hususlar, TBK m. 473 hükmü için de geçerlidir. Temelde aynen ifa talebi ile tazminat talebi olup olmadığı yönünde görüşlere dayalı olarak farklı sonuçlara varılması, bu hüküm bakımından da mümkündür. Hükümün lafzından aynen ifanın istendiği görülmektedir; kanımızca da hüküm TBK m. 113 ile bağlantılıdır ve gereği gibi ifanın hala sağlanmasının hedeflendiği bir talep sağlamaktadır. Bu bağlamda üçüncü kişi konumundaki ikinci yüklenicinin borca aykırılıklarından kusursuz olarak sorumluluğu söz konusu olacağı gibi, TBK m. 473/II'nin verdiği hakka dayalı olarak iş sahibinin iradesiyle ifaya katılmış ikinci yüklenicinin ortaya çıkardığı eserdeki ayıplardan da teslimden sonra sorumlu olmaya devam eder. Çünkü bu hükmün ifaya yönelik bir talep olduğu kabul edildiğinde eserin üçüncü kişi tarafından meydana getirilmesi ve teslim edilmesiyle asıl yüklenicinin borcu sona ermektedir.

İş sahibinin iradesiyle ifaya katılarak ayıbı düzelten ya da sonrasında eseri tamamlamaya devam eden ikinci yüklenici, kendisine iş sahibi tarafından üçüncü kişinin işe dâhil edileceği konusunda yapılan ihtar karşısında suskun kalan asıl yüklenicinin, adeta verilen uygun sürenin sonunda iş sahibinin seçtiği üçüncü kişinin ifaya katılmasına rızası varmış, bir başka ifadeyle susmasına kanun tarafından bağlanan sonuç çerçevesinde rıza vermiş gibi¹⁴⁰, ifa yardımcılarının borca aykırı davranışlarından sorumluluğu gündeme gelir. TBK m. 473/II hükmünün, özellikle yüklenicinin eserden tamamen el çektilmesi talebinin, ifadan vazgeçip olumlu zararı isteme olduğu kabul edilirse elbette bu sonuç kabul edilemez. Benzer yaklaşımla eserin tesliminden sonra da ayıplar bakımından asıl yüklenicinin sorumluluğu devam eder; iş sahibi borcunu üçüncü kişi aracılığıyla ifa etmiş olan yüklenicisinden ayıba dayalı taleplerde bulunabilir.

¹³⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 272 vd.

¹³⁵ TBK m. 473/II'nin lafzında, eser sözleşmesinde yüklenicinin yapılan işe uygun olarak seçileceğinden ve genel olarak eser sözleşmesine konu olan işlerin teknik bilgi ve birikim gerektirebileceğinden hareketle, işin iş sahibi tarafından bizzat yapılmasına yer verilmemiş ise de doktrinde TBK m. 113'ün kıyasen uygulanmasıyla iş sahibinin kendisinin de ayıbı giderebileceği kabul edilmektedir. Bkz. ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 191; GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 255.

¹³⁶ GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 282 vd.; ŞENOCAK, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 204; TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 62.

¹³⁷ TBK m. 473/II hükmüne dayalı olarak eserdeki ayıbın düzeltilmesine ilişkin yapılan masraf, eser sözleşmesi kapsamında iş sahibinin sahip olduğu bir alacak hakkıdır. Her ne kadar kanundan doğan bir yetkinin kullanılması sonrasında bu para alacağı doğmuşsa da aynı ifadan vazgeçip olumlu zararı isteme, sözleşmeden dönme, ayıpta indirim vb. hallerdeki tazminat talepleri gibi, borcun kaynağı yine eser sözleşmesinin kendisidir; sözleşme ilişkisindeki bir borca aykırılık kaynaklı bir alacak söz konusu olup başka bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. Eş deyişle TBK m. 473/II'deki hakkın kullanılmasıyla iş sahibi ile asıl yüklenici arasında kanundan doğan ya da vekâletsiz iş-görme gibi farklı bir borç ilişkisi gündeme gelmez. Yüklenicinin TBK m. 473/II'ye dayalı doğan “para” alacağı da eser sözleşmesinden doğar. Bu nedenle aynı borç ilişkisinden doğan iki “para” alacağına ilişkin, karşılıklı olan bu alacakların küçüğü oranında azaltılması şeklinde yapılan hesaplaşma “mahsup” ilişkisi yaratır. Bu durumda farklı borç ilişkilerinden doğan, aynı cinsten olan karşılıklı alacak haklarına ilişkin bir kurum olan takas hakkının varlığından bahsetmek kanımızca mümkün değildir. Aksi görüş için bkz. GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 262, 267.

¹³⁸ “İş sahibi TBK m. 473 f. 2 kapsamında eserin iyileştirilmesi ya da tamamlanması işini bir üçüncü kişiye verdiğinde, ikinci yüklenicinin, ilk yüklenicinin ifa yardımcısı olmadığı ve dolayısıyla onun davranışlarından sorumlu olmasını gerektiren bir durumun bulunmadığı söylenmelidir. Ancak TBK m. 473 f. 2'de iş sahibinin işi bir başkasına hasar ve masrafları ilk yükleniciye ait olmak üzere yaptırabileceğinin belirtilmesi sebebiyle ilk yüklenici ikinci yüklenicinin davranışlarından Kanun gereği sorumlu olacaktır. Bu durumda ikinci yüklenicinin Kanundan kaynaklanan bir sebeple ilk yüklenicinin ifa yardımcısı konumuna geldiği söylenebilecektir. Burada ikinci yükleniciyi ilk yüklenicinin değil iş sahibinin seçmiş olması durumu değiştirilmeyecektir.”. Bkz. GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 269-270 (özellikle dn. 35, 36, 37'de anılan yazarlar).

¹³⁹ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 63.

¹⁴⁰ *Gündoğdu*, bu sonucun kanundan doğduğunu kabul etmektedir. Bkz. GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 270.

Esasen TBK m. 113'ten farklı olarak bir ihtar sonrası bu ağır sonuçların doğmasının uygulama bakımından sorun yaratabilecek potansiyele sahip olduğunu düşünmekteyiz. Bir mahkeme kararı olmaksızın, bir başka ifadeyle şartlarının oluşup oluşmadığının mahkemece tespit edilmeksizin, üçüncü kişiye yaptırma söz konusudur. Kaldı ki çoğu olayda iş sahibinin yüklenicinin düzeltmediği ya da düzeltmek istemediği bir ayıba müdahale etmesi, dışarıdan başka bir yükleniciyi ve onun ifa yardımcı-larını meydana getirme aşamasına dâhil etmesi, elbette iş sahibi ile yüklenici arasındaki ilişkiyi bozmaktadır. Oysa TBK m. 473/II hükmündeki amaç, yüklenicinin tamamen işten el çektilmesi değil, sadece ileride sorun çıkaracak kısmın düzeltilmesinin sağlanmasıdır. Uygulamada insan doğasına bağ-lı olarak bu sonucun çoğu olayda gerçekleşmeyecek olması nedeniyle, ayıp işin bir kısmında olsa dahi, iş sahibinin işi üçüncü kişiye tamamlaması gündeme gelmektedir. Kanımızca bu gibi bir durum-da, TBK m. 113 hükmünde olduğu gibi, bir tespit hükmüyle hâkimden karar almak tavsiye edilebilir. Aksi takdirde ileride, TBK m. 473/II ile iş sahibine tanınan hakkın çerçevesi içinde kullanılıp kullanılmadığı tartışma konusu olabilir. Doktrinde işin sadece ayıbın giderilmesi olarak üçüncü kişiye ve-rilmesi, ayıbın giderilmesini sağlamayacaksa ya da işin devamında, iş sahibi ile yüklenici arasında, ihtar ya da ayıbın giderilmesi için başka yüklenicinin çalıştırılması sebebiyle, geçimsizlik oluşacaksa ya da eserin süresinde teslim edilmemesi ihtimali bulunmakta ise işin tamamının üçüncü kişiye yaptırılmasının da gerekebileceği; bu gibi durumlarda, iş sahibinin işin devamını üçüncü kişiye TBK m. 473/II kapsamında yaptırılabilmesi kabul edilir¹⁴¹.

b. TBK m. 125/II Uygulaması

Borca aykırılıklar içinde zamana dayalı olarak hiç ifanın yapılmaması halinde gündeme gelen temerrüt, uygulamada çok sık karşımıza çıkmaktadır. Nitelikli bir gecikme olarak da adlandırılan temerrüdün oluşması için öncelikle borcun muaccel olması gerekir¹⁴². İfa mümkün olduğu sürece aynen ifa istenebilir; temerrüt oluşuktan sonra ise ifa ile birlikte gecikme tazminatı (TBK m. 118) istenebilir. Genel bir sonuç olan, eş deyişle para borcu dışında her türlü borçta temerrüt halinde istenebilecek olan gecikme tazminatı dışında borçlu temerrüdünün diğer genel sonucu, kazadan sorumluluktur (TBK m. 119). Borçlu temerrüdünün genel sonuçları dışında bir de özel sonuçları bulunur. Bunlardan en önem-lilerinden biri iki tarafa borç yükleyen, yani sinallagmatik (karşılıklı) akitlerde aslı borçlarda temerrü-de düşülmesi halidir. Böyle bir durumda alacaklının iki seçimlik hakkı bulunur: ifadan vazgeçerek olumlu zararları istemek ve sözleşmeden dönerek olumsuz zararlarını istemek. Alacaklı, kural olarak uygun sürenin sonunda bu seçimlik haklardan birini tek taraflı irade açıklamasıyla kullandığında, borçlunun iradesine bakılmaksızın, borç ilişkisi bakımından farklı sonuçlar ortaya çıkar.

Sözleşmeden dönülmesi halinde sonuçlar tartışmalı¹⁴³ olmakla birlikte borç ilişkisinin devam etmediği ya da tasfiye ilişkisine döndüğü kabul edilir. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, sözleşme iliş-

¹⁴¹ TANDOĞAN, *Özel Borç İlişkileri*, s. 64; GÜMÜŞ, *Kısa Ders Kitabı*, s. 354; GÜNDOĞDU, *Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 253.

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN / ÖZ, N. 1498 vd.; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 911 vd.; KOCAYUSUF-PAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 216 vd.; BİLGİN YÜCE, *İfa Zamanı*, s. 33 vd.; AYAN, s. 91 vd.; KIZIR, Mahmut: *Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi*, Anadolu Yayınevi, Ankara, 2012, s. 55 vd.; AKKANAT, Halil: "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, Beta Yayıncılık (Borçlu Temerrüdü), s. 1 vd.; BARLAS, Nami: *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 21 vd.; KURT, s. 89 vd.; ÖZ, *Eser Sözleşmesi*, s. 153 vd.; ATAMULU, İsmail: *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 87 vd.

¹⁴³ Dönme hakkına ilişkin doktrinde dört görüş bulunur. Klasik görüş uyarınca dönme bozucu yenilik doğuran hak olup sözleşme ilişkisi baştan itibaren hükümsüz olur ve iade edilmesi gereken şeyin özelliğinden bağımsız sebebin sonradan ortadan kalkmasına dayalı sebepsiz zenginleşme oluşur. Aynı etkili dönme teorisine göre dönme bozucu yenilik doğuran haktır ancak, sebebe bağlılığın her aşamada kabul edilmesi nedeniyle, tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğu durumlarda borçlandırıcı işlemin geçersizliği tasarruf işleminin de hükümsüzleşmesine yol açar ve verilenlerin iadesi istihkak davası ile istenir. Yasal dönme teorisine göre iade talebi kanuna dayanır; bu nedenle sözleşme ilişkisi yerine, iadeler bakımından kanundan doğan bir borç ilişkisi meydana gelir. Bu teoride ilişkiyi değiştiren bir hak olarak görüldüğünden, dönme değiştirici yenilik doğuran hak olarak ele alınır. Günümüzde daha fazla taraftarı olan yeni dönme teorisi ise dönme beyanıyla sözleşme ilişkisinde edimlerin yönünün değiştiğini, buna bağlı olarak tasfiye kapsamında iade taleplerinin de sözleşmeye dayalı talepler olduğunu kabul eder. Bu görüşe göre de dönme değiştirici niteliktedir. Konu hakkında bkz. OĞUZMAN / ÖZ, N. 1688 vd.; BUZ, Vedat: *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 117 vd.; ÖZ, *Eser Sözleşmesi*, s. 225 vd.; AYAN, s. 252 vd.; KURT, s. 283 vd.; BİLGİN YÜCE, Melek: "Ticari İşletmenin Devrinde Borca Aykırılık", (Ed.) TOKBAŞ, Hakan: *I. Borçlar Hukuku Kongresi*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020 (Ticari İşletmenin Devri), s. 436-437; ATAMULU, s. 142 vd.; ŞAHİNİZ, s. 158 vd.

kisindeki menfaatin sağlanmasına yönelik zararlar talep edilemez; sadece sözleşme ilişkisinin hükümsüzlüğüne dayalı meydana gelen olumsuz zararlar istenir. Böyle bir halde iş sahibinin artık yüklenici ile arasında, ifaya menfaatini sağlayacak bir bağ kalmaz. Elbette iş sahibi, sözleşmeden dönme halinde de eserin yapılması konusunda yeni bir yüklenici ile anlaşılabilir ama artık bu yeni bir sözleşme olur ve eski yüklenicinin bu sözleşme ilişkisi ile herhangi bir hukuki bağı söz konusu olmaz. Yeni yüklenici ile yapılan sözleşmeye dayalı herhangi bir tazminat talebi gündeme gelemez.

İfadan vazgeçildiği hâlde esasen sözleşme ilişkisi taraflar arasında hâlâ varlığını sürdürür; borç ilişkisi içinde tek değişen kalem, temerrüde düşülmüş ve değiştirici yenilik doğuran hak ile tazminat borcuna dönüştürülmüş olan aslı borçtur¹⁴⁴. Diğer bütün anlaşılan hususlar aynı kalır; borçlar sona ermediği için kefalet, rehin vb. feriler de sona ermez; diğer hususlar aynı kaldığından alacaklı da kendi edimini ifa ile yükümlü olmaya devam eder. Bu halde alacaklı tarafından istenebilecek olan olumlu zarar kaleminin hesaplanmasında alacaklının ifaya menfaati temel alınır. Bu bağlamda borçlu ifasını düzgün yapsaydı alacaklının malvarlığının alacağı durum dikkate alınarak farazi bir hesaplama yapılır. İfadan vazgeçip olumlu zararını isteme hakkını kullanan iş sahibi artık ifaya menfaati sağlamak adına üçüncü kişiye ifayı yaptırıp ya da tamamlattırıp üçüncü kişiye ödediği ücreti borçludan olumlu zarar olarak tazmin edebilecektir¹⁴⁵. İş sahibinin menfaati, eserin tamamlanması olduğundan eserin meydana getirilmesi için yapılan masrafların iş sahibinin cebinden çıkmaması, bunların yüklenici tarafından ödenmesi gerektiği açıktır¹⁴⁶.

İfadan vazgeçip olumlu zarar isteme hakkının kullanılması halinde artık borçlu yüklenicinin pasifinde eser meydana getirme borcu sona erer; yerine para borcu olan tazminat borcu haline döner. Bu halde iş sahibinin üçüncü kişi ile anlaşmasının asıl yüklenicinin borcu ile bağı bulunmaz; artık üçüncü kişi ayrı bir eser sözleşmesine dayalı olarak ifa yapar, üçüncü kişinin meydana getirmesi asıl yüklenicinin borcunun ifası değildir. Üçüncü kişi ile yapılan sözleşme nedeniyle ödenen ücret ya da diğer masraflar, iş sahibi bakımından olumlu zarar kalemleridir ve ifaya menfaati eserin tamamlanması olduğundan bunları tazminat olarak talep edebilir. Üçüncü kişinin ifası kendi borcunun ifası olup, asıl yüklenicinin borcuyla bir bağı bulunmadığından, ifa yardımcısı sıfatı yoktur, kendisi borçludur.

İfadan vazgeçme hakkının kullanılması sonrasında eserin meydana getirilmesini üstlenen, ilk sözleşme bakımından üçüncü kişi olan yüklenicinin borca aykırılıkları asıl yüklenicinin sorumluluğuna yol açamaz ve ortaya çıkan sonuçtan da sadece üçüncü kişi sorumludur, asıl yüklenicinin artık ortaya çıkan sonuçtan sorumluluğu söz konusu değildir.

C. Üçüncü Kişinin İradesiyle Eserin Yapılması ve Sonuçları

Eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu, üçüncü kişi tarafından doğrudan kendi iradesi sonucu da ifa edilebilir. Borcun bu şekilde ifa edilebilmesi için, elbette, borcun üçüncü kişi tarafından ifa edilebilir bir borç olması gerekir. Üçüncü kişinin ifası borçlunun rızasına bağlı değildir; hatta borçlu üçüncü kişinin kendi borcunu ifa etmesine karşı çıksa dahi, alacaklı kabul ettiği takdirde üçüncü kişi borçlunun borcunu ifa edebilir¹⁴⁷. Borçlunun üçüncü kişinin ifasına rıza göstermemesinin tek sonucu, alacaklı ifayı kabul ettiğinde alacaklı temerrüdüne düşmemesindedir. Yoksa bu hâlde dahi, alacaklı ifayı kabul

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYAN, s. 228 vd.; ATAMULU, s. 135-137.

¹⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYAN, s. 237 vd.

¹⁴⁶ "İfa edilmeyen edimin değeri, bir görüşe göre, eserin tamamlanmış halinin değeridir. Örneğin, bu değer inşaat sözleşmeleri bakımından bağımsız bölümlerin rayiç satış bedelidir. Yargıtay'ın da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından bu görüş yönünde kararları mevcuttur. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, ifa edilmeyen edimin değeri, tamamlanmış eserin değerine değil, işin tamamlanması için gereken masraflara tekabül eder. Zira eser tamamlanınca iş sahibi zaten kendiliğinden eserin tamamlanmış halinin değerine sahip olacaktır." Bkz. KURT, s. 266-297.

¹⁴⁷ "Nitelikli bir kişisel borç olmadıkça, ifa üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilebilir. Üçüncü kişi, borçlunun onayı üzerine ifada bulunabileceği gibi, onun onayı olmadan dahi ifada bulunabilir; İsviçre Hukuku'nda bu son durum için müdahale (l'intervention; die Intervention; l'intervento) kavramı kullanılır." Bkz. TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, N. 1038. Bu tür bir müdahalenin görünimleri için bkz. KOCAYUSUPFAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 24 vd.

edebilir ve borçlunun borcu ifa ile sona erer. Bu kural ilk başta yanlış gibi görünmekteyse de aslında alacaklıyı koruyan bir hüküm olup alacaklının ifaya menfaatinin sağlanması hedeflenir.

Eser sözleşmesinde de yüklenicinin ifasının üçüncü kişi tarafından yapılabildiği durumlarda, üçüncü kişi yüklenicinin iradesi olmaksızın da eseri meydana getirebilir. Eserin meydana getirilmesi bizzat yüklenici tarafından yapılması gereken durumlarda yüklenicinin vefatı ile kendiliğinden borç sona erer ancak bizzat ifa borcunun olmadığı bir durumda borç mirasçılara intikal eder. Mirasçıların ifayı yapmasında bir özellik söz konusu değildir çünkü onlar borçtan kanunen müteselsil sorumlu olduklarından üçüncü kişi değildirler. Oysa iflasın eşliğinde olan bir yüklenicinin vefat etmesi halinde yüklenicinin yine inşaat sektöründe çalışan kardeşi, ev hanımı olan yengesi ile iki yaşındaki yeğeninin işi yapamayacağını düşünerek eseri kendi adamları ile meydana getirip teslim etmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Benzer şekilde kalp krizi geçirerek yoğun bakıma alınan komşusu ile aynı işi yapan boya ustası, arkadaşının aldığı bir işi, o yoğun bakımdayken ücreti alabilsin diyerek tamamlayabilir. Üçüncü kişinin ifasının borçlunun iradesine dayanmaksızın gerçekleşmesi halinde de borç ifa ile sona erer. Buna bağlı olarak fer'iler de sona erer (TBK m. 131)¹⁴⁸.

Ifaya katılan borçlu dışındaki bir kişinin ifa yardımcısı sıfatını taşıyabilmesi için borçlunun kendi iradesiyle, bir üçüncü kişiyi kendi borcunun ifasına katması gerekir¹⁴⁹. Üçüncü kişinin ifaya katılması iradesini, borçlunun bu konuda yetki verdiği diğer ifa yardımcıları ya da yetkili temsilcileri de açıklayabilir. Bu halde de üçüncü kişi ifa yardımcısı sıfatını taşır ve borçlu bu kişinin borca aykırı davranışlarından dolayı TBK m. 116 çerçevesinde kusursuz olarak sorumlu olur. Borçlunun ya da onun yetkili temsilcisinin iradesine dayalı olarak ifaya katılmış olan üçüncü kişi ile borçlu arasında bir çalışma ilişkisi var ise, ayrıca TBK m. 66'ya dayalı adam çalıştırmanın hukuka aykırı fiillerinden sorumluluğu da gündeme gelebilir. Ancak üçüncü kişi ile bir çalışma ilişkisi, eş deyişle bir emir talimat ilişkisi olmadığına, örneğin bağımsız bir alt eser sözleşmesine dayalı bir ilişki olduğunda, TBK m. 66 sorumluluğundan bahsedilemez.

Bahsettiğimiz bütün bu sonuçların doğabilmesi için borçlunun iradesi gerekir. Oysa üçüncü kişi, borçlunun rızası olmaksızın, onun bilgisi dahi olmadan ifayı yaptığında ya da rızası hilafına¹⁵⁰ borcu ifa ettiğinde borçlunun ifaya üçüncü bir kişiyi katma iradesinden bahsedilemez. Borçlunun iradesi olmadığından üçüncü kişi ifa yardımcısı sıfatını taşımaz; bu nedenle de borçlunun TBK m. 116 ya da m. 66 çerçevesinde bir sorumluluğu gündeme gelmez.

¹⁴⁸ Üçüncü kişinin ifası ile borcun sona ermesi kural ise de kanunda istisnai hallerde üçüncü kişinin ifası halinde halefiyet kurumu öngörülmektedir. Ancak kanunda sayılan hallerde mümkün olan halefiyet halinde borç sona ermez; buna bağlı olarak fer'iler de sona ermez ve ifayı gerçekleştiren üçüncü kişi alacaklının haklarına sahip olur. Kanunda halefiyet hallerinin çoğunda üçüncü kişinin borçla bir bağı bulunmaktadır. Ifayı yapan kişinin kefil, rehin veren kişi olması ya da bölünemeyen edimin borçlularından biri olması hallerinde halefiyet gündeme gelmektedir. Ancak aslında bu kişiler tam anlamıyla bu borca yabancı da değildirler. Müteselsil ya da bölünemeyen edimin borçlularından birinin borcu ifa etmesi halinde üçüncü kişinin ifasından bahsedilemez. Kefalet ya da rehin sözleşmesine dayalı olarak teminat veren kişinin ifasında, teminat veren asıl borç ilişkisi bakımından üçüncü kişi olsa dahi, kendi borçları için öngörülen asıl borçlunun borca aykırılığı şeklindeki geciktirici koşulun gerçekleşmesi halinde onlar da borçlu sıfatını taşırlar. Bu nedenle asıl borçla hiçbir bağı olmaksızın ifayı yapan üçüncü kişinin alacaklıya halef olması ancak TBK m. 127b.1 uyarınca mümkündür. Hükme göre borçla ilişkisi olmaksızın ifayı yapan üçüncü kişinin bu ifaya dayalı olarak, borcun sona ermeden, üçüncü kişinin alacaklının yerine geçebilmesi için ancak borçlunun alacaklıya en geç ifa anına kadar bildirimde bulunması gerekir. Bizim açıkladığımız olasılık, borçlunun üçüncü kişinin ifasından haberdar olmaması ya da rızası olmaması temellidir. Bu nedenle bu şekilde yapılan bir ifa ile üçüncü kişinin alacaklıya halef olması söz konusu olmaz. Halefiyet konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.; *Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979 (Halefiyet), s. 3 vd.; NOMER, Haluk Nami: "Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyet", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1997, Cilt 55, Sayı 3 (Halefiyet), s. 243 vd.; KORKMAZ, Ekin: *Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Halefiyet), s. 7 vd.; KORKMAZ, Ekin: "Bir Kanunî Rücu Aracı Olarak Halefiyetin Türk Borçlar Hukuku ve İsviçre Borçlar Hukukunda Geçerli Olan Rücu Sistemlerindeki Yeri", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 1 (Rücu Aracı Olarak Halefiyet), s. 444 vd.

¹⁴⁹ "Buradaki yardımcıdan maksat, borçlunun açık veya örtülü muvafakatıyla ifa (veya hakkı kullanma) fiillerine katılan herhangi bir şahıstır.". Bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 891. Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 288 vd.

¹⁵⁰ "Müdahale eden bunu bağışlama kastıyla (TBK m. 285 vd.) veya borçlunun işini görmek amacıyla yapabilir (TBK m. 526 vd. uyarınca vekâletsiz iş görme). Üçüncü kişi, borcu borçlunun iradesi hilafına dahi ifa edebilir. Bu durumda borçlu, kendisine rağmen, borcundan kurtulmuş olur; zira alacaklının ifaya olan menfaatinin borçlunun menfaatinden üstün olduğu kabul edilir.". Bkz. TERCER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, N. 1039. Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 26 vd.

Üçüncü kişinin meydana getirdiği eserin ayıplı olması halinde yüklenicinin sorumlu olmadığını söylemek mümkün olmaz. Alacaklının üçüncü kişinin ifa teklifini kabul etmesi gerekir, aksi halde alacaklı temerrüdüne düşer. Hal böyle olunca üçüncü kişinin meydana getirdiği eseri de kabul etmek durumundadır. Kabul edilen eserde gizli bir ayıbın olması, daha sonradan iş sahibi tarafından yapılan gözden geçirme ya da kullanma ile ayıbın tespit edilmesi halinde, yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğu doğar. Yüklenicinin ifayı kendisinin yapmamış, üçüncü kişiyi seçmemiş, onu ifaya katmamış olmasının sorumluluğun doğumuna herhangi bir etkisi bulunmaz¹⁵¹. Kanundan doğan bir sorumluluk olması, ayrıca yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak sorumluluğun bulunması nedenleriyle ifanın üçüncü kişi tarafından yapılmasının önemi bulunmaz. Borçlunun iradesi dışında dahi olsa, üçüncü kişinin kendi inisiyatif ile meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmesiyle, yüklenicinin borcu sona erer¹⁵². Bu nedenle yüklenici, zaten borçlu olduğu eserin ayıplarından da, kanun gereği sorumlu olmaya devam eder. Elbette eserin teslim anında ayıplı olması halinde, ortada gereği gibi ifa teklifi olmayacağından alacaklı kabul etmek zorunda olmaz.

D. İcra Kanalıyla (İİK m. 30/II) Yaptırılması ve Sonuçları

Yapma borçları bakımından, borçlunun temerrüdünde aynen ifaya zorlama ve nama ifa, TBK m. 113/I gibi, İİK m. 30'da da düzenlenmiştir¹⁵³. İİK m. 30'daki düzenleme, borcun cebri icra yoluyla ve masrafı borçlu ait olmak üzere nama ifa edilmesidir.

İİK m. 30/I, “*Bir işin yapılmasına mütedair ilam icra dairesine verilince icra memuru 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya ilamda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmağı emreder.*” şeklinde olup bu düzenlemeye göre yapma edimi içeren mahkeme kararı, başka bir anlatımla mahkeme ilamının icrası için alacaklı tarafça icra müdürlüğüne yapılan başvuru üzerine, icra müdürlüğünce icra emri borçluya tebliğ edilir. İcra emri para ve teminattan başka borçlar hakkında ilamların icrasına dair düzenleme olan İİK m. 24'te belirtilen şekilde düzenlenir ve icra emrinde, yapma ediminin mahkeme ilamında hükmedilen sürede ve belirtilmişse hükmedilen şekilde yapılması emredilir. Mahkeme kararında borçlunun yapma edimini yerine getirmesi hususunda süre belirlenmemiş ise de icra müdürlüğünce işin mahiyetine göre, işin başlanacağı ve bitirileceği süreler de belirlenecektir ve icra emrinde bu süreler de borçluya bildirilecektir.

Gerekli ihtarları içeren icra emrine rağmen borçlu, ilam gereği yükümlü olduğu yapma borcu ifa etmezse İİK m. 30/II'ye göre iş, icra müdürlüğünce üçüncü kişiye yaptırılabilir. İİK m. 30/II'ye göre “*Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz ya da bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lazımgelen masraf icra memuru tarafından ehli-vukufa takdir ettirilir. Bu masrafın ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine vermek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun کافی miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır.*”.

¹⁵¹ Borçlunun üçüncü kişinin ifasına karşı çıkması ve alacaklıya da üçüncü kişinin yaptığı ifa teklifini kabul etmemesine ilişkin bir bildirimde bulunduğu halde, üçüncü kişinin ifa teklifi gereği gibi olsa dahi alacaklı kabul etmediğinde alacaklı temerrüdü gündeme gelmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOÇ, Nevzat: *İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü*, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1992, s. 96 vd.; BAYRAM, Aziz Erman: *Alacaklının Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 181 vd.; ÖZAY, Osman Levent: *Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Alacaklı Sifatıyla Temerrüdü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 115 vd.; ÜÇER, Mehmet: *Alacaklının Temerrüdü*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 77; AKINCI, Şahin: “Alacaklının Temerrüdü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, Cilt 7, Sayı 1-2, s. 97 vd.; AKKANAT, Halil: “Alacaklı Temerrüdü ve Diğer Haller”, *Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 (Diğer Haller), s. 345 vd. Aynı halde alacaklının borçlunun iradesini bilmesine rağmen üçüncü kişinin ifasını kabul edip sonrasında ayıplardan dolayı asıl yükleniciye başvurması halinde çelişkili davranış yasağı olduğu düşünülebilir. Elbette her olayda kesin olarak bu sonucun doğduğunu söylemek mümkün değildir ancak olayların çoğunda dürüstlük kuralına aykırı bir durum oluşacağı düşünülmektedir. Borçlunun üçüncü kişinin ifasını istememesine rağmen alacaklının bu durumdan haberdar olmaması halinde elbette çelişkili bir davranışın varlığından da bahsedilemez.

¹⁵² TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 769; TERCIER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, N. 1039.

¹⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. YAZICI TIKTIK, Çiğdem: “Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, s. 2735-2776; OLGAC / KÖYMEN, s. 163 vd.; ÜSTÜNDAĞ, s. 376 vd.

Düzenlemeye göre borçlu, belirlenen sürelerde işe başlamaz ya da bitirmez ve alacaklının da talebi bulunmakta ise gerekli masraf, icra memuru tarafından bilirkişi marifetiyle hesaplatılır. Buradaki masraf üçüncü kişiye yaptırılması, başka bir anlatımla nama ifa için hesaplanmakta olup bu sebeple de hükme konu yapma borcunun borçlu tarafından bizzat ifası zorunlu olmamalıdır. Aksi halde işin başkasına yaptırılması mümkün olmaz.

Kanun hükmünden de anlaşıldığı gibi işin yaptırılmasının masrafı borçluya aittir. Bilirkişi raporu ile hesaplanan masrafını alacaklı, ileride ayrıca mahkeme kararına gerek olmaksızın tahsil olunup kendisine verilmek üzere ödemeyi kabul ederse, masraf alacaklıdan alınarak karar ile hükmedilen iş yaptırılır. Alacaklının bu yönde bir muvafakati bulunmamakta ise, ayrıca mahkeme kararına gerek olmaksızın, borçlunun yeteri kadar malı haczedilip satılarak elde edilen masraf ile borç üçüncü kişiye ifa ettirilir. Bu bağlamda, cebri de olsa, bir ifa söz konusu olduğundan ilama dayalı olarak da aynen ifa talebinin devamı niteliğinde olacağından, kanımızca, ifaya ilişkin sonuçların doğması gerekir.

SONUÇ

İşgörme sözleşmelerinden biri olan eser sözleşmesinde yüklenicinin bizzat ifa borcu düzenlenmekle birlikte, yüklenicinin zorunlu olan durumlarda ya da alacaklının ifaya menfaatinin zedelenmeyeceği hallerde, ifası bakımından üçüncü kişilerden yararlanabileceği de öngörülmektedir. İfaya katılan üçüncü kişilerin konumları her zaman aynı olmadığı gibi, üçüncü kişinin ifaya katılma biçimine göre de sonuçlar farklılık gösterir.

Yüklenici, eserin meydana getirilmesinde üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmeler çerçevesinde onları kendi borcunun ifasına katabilir. Yüklenicinin bir hizmet sözleşmesi ile yanında çalıştırdığı kişi de ifaya katıldığında borç ilişkisinin nisbiliği bakımından üçüncü kişidir. Ancak yüklenicinin ifa yardımcısı olan bu kişilerin varlığı, ifanın bizzat yüklenici tarafından yapıldığı sonucunu değiştirmez. Yüklenici borcun kapsamında yer alan bazı işleri alt eser sözleşmeleri ile bağımsız yüklenicilere de yaptırabilir. Bu halde asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında bir çalışma ilişkisi olmamasına rağmen, yüklenicinin iradesine dayalı ifaya katılmaktadır. Bu halde ifa tamamen üçüncü kişiye bırakılmamakta, yüklenicinin gözetimi altında yapılmaktadır. Bağımsız bir yüklenici de olsa ifaya katılma aşamasında yüklenicinin iradesinin varlığına dayalı olarak alt yükleniciler, ifa yardımcısı sıfatını taşırlar. Yüklenicinin işi tamamen bir alt yükleniciye bırakması halinde de ifa üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleşir; bu halde dahi yapılan ifa asıl yüklenicinin borcuna ilişkin ve yüklenici hiçbir şey yapmasa da ifasına kattığı üçüncü kişi konumundaki alt yüklenici onun ifa yardımcısı olur. Bu hallerin hepsinde yüklenici ifa yardımcılarının borca aykırılıklarına dayalı kusursuz sorumludur; meydana getirilen sonuç onun borcu olup sonrasında eserin ayıplarından da sorumluluğu devam eder. Alt yükleniciler ile yüklenicinin çalışanları bakımından fark, TBK m. 66'da yer alan çalışanın işin görülmesi sırasında üçüncü kişilere hukuka aykırı bir davranışla verdiği zararlardan sorumluluk bakımındandır. Çalışanları ile emir talimat ilişkisi söz konusu olduğundan yüklenicinin sorumluluğu söz konusu iken alt yükleniciler, asıl yüklenicinin işini yapıyor olsalar dahi, bağımsız bir ilişki çerçevesinde işlerini görürler; bu halde, olayda başka bir özellik olmadıkça, yüklenicinin TBK m. 66 sorumluluğu gündeme gelmez.

İfanın üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi sadece yükleniciden kaynaklı olmayabilir. İş sahibinin de belli koşulların gerçekleşmesi halinde eseri üçüncü kişiye yaptırma imkânı vardır. Yüklenicinin temerrüdüne ilişkin özel hüküm yoktur; bu nedenle genel hükümler uygulanır. Genel hükümlerde yapma borçlarında temerrüt halinde alacaklıya, işi üçüncü kişiye yaptırma imkânı veren TBK m. 113/I hükmü, eser sözleşmelerinde yüklenicinin meydana getirme borcu bakımından gündeme gelir. Hükümde yer alan üçüncü kişiye yaptırma talebinin niteliği konusunda doktrinde tartışmalar bulunmakla birlikte, bizim kanaatimiz TBK m. 113/I'e dayalı açılan davanın bir eda davası olup talebin de aynen ifa olduğu yönündedir. Buna dayalı olarak, mahkemece izin verilmesiyle artık ifaya katılan üçüncü kişinin, mahkemenin verdiği karar ile adeta yüklenicinin iradesiyle ifaya katılan üçüncü kişi konumuna geldiğini ve buna dayalı olarak ifa yardımcısı olduğunu kabul etmekteyiz. Bu halde TBK m. 116

sorumluluğu söz konusu olduğu gibi, ayıptan sorumluluk da devam eder çünkü mahkemece izin verilerek ifaya katılan üçüncü kişi, yüklenicinin borcunu ifa eder. İş sahibinin üçüncü kişiye yaptırabileceği bir diğer durum da karşılıklı akitte asli borçta temerrüde düşülmüş olması sonrasında iş sahibinin ifadan vazgeçip olumlu zararı istemesi halidir. Bu halde iş sahibinin ifaya menfaati eserin bitirilmesine ilişkin olduğundan, üçüncü kişiye yaptırıp masraflar tazminat olarak istenebilir. Bu ihtimalde yüklenicinin pasifindeki borç atık eser meydana getirme değil, olumlu zararları tazmindir. Bu durumda üçüncü kişi kendi borcunu ifa eder; meydana getirilen eserin yüklenicinin sözleşmede öngörülen borcu ile alakası olmaz. TBK m. 116 sorumluluğu söz konusu olmayacağı gibi ayıptan sorumluluk da bulunmaz. İfadan vazgeçip olumlu zararı istediğinde, uzun bir mahkeme süreciyle uğraşmadan ve masraf yapmadan üçüncü kişiye ifayı yaptırarak masraflarını yükleniciden alabilecek olan iş sahibinin mahkeme süreciyle uğraşmasının, iş sahibi bakımından daha anlamlı olması gerekir. Bu nedenle kusura bağlı olmayan aynen ifa talebi olarak kabul edilmesi, kanımızca hem iş sahibi bakımından daha anlamlı hem de kanun sistematigi açısından daha uygundur.

Sözleşmenin tarafları olan yüklenici ve iş sahibi dışında üçüncü kişi de kendi iradesiyle, sözleşme taraflarının iradesine ihtiyaç duymaksızın, yüklenicinin borcunu ifa edebilir. Hatta yüklenicinin karşı çıkmasına rağmen borç üçüncü kişi tarafından ifa edilebilir. Üçüncü kişinin ifa teklifi diğer açılardan gereği gibi olduğu takdirde, borçlunun durumdan haberi olmasa da, alacaklı kabul etmek zorundadır; aksi halde alacaklı temerrüdü gündeme gelir. Ancak yüklenicinin üçüncü kişinin ifa teklifini kabul etmesini alacaklıya yasaklamış olduğu ihtimalde iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmez. İş sahibi, yüklenicinin yasakladığı bu durumda dahi, üçüncü kişinin ifasını kabul edebilir. Üçüncü kişi kendi inisiyatif kullanarak yüklenicinin iradesi bulunmaksızın onun borcun ifa ettiğinde ifa yardımcısı olmaz, bu nedenle yüklenicinin ifa aşaması bakımından kusursuz sorumluluğu gündeme gelmez. Ama nihai olarak ortaya çıkan eserin iş sahibine teslimi ile yüklenicinin borcu ifa edilmiş olduğundan, sonrasında ortaya çıkan ayıptan dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir.

Bunlar dışında eserin meydana getirilmesi bakımından bir ilam alındığında İİK m. 30'a dayalı olarak icrası gündeme gelir. Bu halde de üçüncü kişinin ifasının mümkün olduğu bir yapma borcu söz konusu ise icra kanalıyla eserin üçüncü kişiye yaptırılması masraflarının tahsili söz konusu olur. Kanımızca bu durumda da ifası yapılan borç asıl yüklenicinin borcudur. Buna dayalı sonuçlar, bu ihtimalde de gündeme gelir.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya Doç. Dr. Melek BİLGİN YÜCE ve Av. Gül ARSLAN YILMAZ eşit oranda katkı sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin: “Alacaklının Temerrüdü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, Cilt 7, Sayı 1-2, s. 97-113.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri*, 29. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- AKKANAT, Halil: “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000 (Borçlu Temerrüdü), s. 1-49.
- AKKANAT, Halil: “Alacaklı Temerrüdü ve Diğer Haller”, *Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014 (Diğer Haller), s. 345-357.
- ATAMULU, İsmail: *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- AVCI, Mehmet Özgür: “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Bizzat İfa Borcu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, s. 303-322.
- AYAN, Serkan: *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- AYDINCIK, Şirin: *Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında, Nama İfa*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- ATEŞ, Derya: *Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- BARLAS, Nami: *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- BAŞOĞLU, Başak: “Öncelenmiş Borca Aykırılık”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2008, Cilt 66, Sayı 2 (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287-310.
- BAŞOĞLU, Başak: *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- BAYRAM, Aziz Erman: *Alacaklının Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- BİLGİN YÜCE, Melek: *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015 (İfa Zamanı).
- BİLGİN YÜCE, Melek: “Ticari İşletmenin Devrinde Borca Aykırılık”, (Ed.) TOKBAŞ, Hakan: *I. Borçlar Hukuku Kongresi*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020 (Ticari İşletmenin Devri), s. 403-440.
- BUZ, Vedat: *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- CANSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- DAYINLARLI, Kemal: *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, 4. Baskı, Dayınlarlı Yayınevi, Ankara, 2003.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Özel Hükümler).
- ERDOĞAN, Ersin: “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 75, Sayı 2, s. 147-175.
- FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- GÜNDOĞDU, Fatih: *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014 (İfa İmkansızlığı).
- GÜNDOĞDU, Fatih: *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f. 2)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Başkasına Yaptırma).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Eser, Vekalet, Sımsarlık, Vekaletsiz İş Görme, Hava- le, Saklama, Kefalet ve Garanti, Cilt II*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Özel Hükümler).

- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020 (Kısa Ders Kitabı).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Genel Hükümler).
- GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler: *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979 (Halefiyet).
- KILIÇOĞLU, Ahmet: “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresinde Altında Yaptırma Borcu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1975, Cilt 32, Sayı 1 (Eser), s. 185-199.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2021 (Genel Hükümler).
- KİZİR, Mahmut: *Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi*, Anadolu Yayınevi, Ankara, 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Cilt 3*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- KOÇ, Nevzat: *İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü*, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1992.
- KORKMAZ, Ekin: *Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Halefiyet).
- KORKMAZ, Ekin: “Bir Kanunî Rücu Aracı Olarak Halefiyetin Türk Borçlar Hukuku ve İsviçre Borçlar Hukukunda Geçerli Olan Rücu Sistemlerindeki Yeri”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 1 (Rücu Aracı Olarak Halefiyet), s. 441-515.
- KOSTAKOĞLU, Cengiz: *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- KURT, Leyla Müjde: *(6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- KÜRŞAT, Zekeriya: *İnşaat Sözleşmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- NOMER, Haluk Nami: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Genel Hükümler).
- NOMER, Haluk Nami: “Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1997, Cilt 55, Sayı 3 (Halefiyet), s. 243-260.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- OLGAÇ, Senai / KÖYMEN, Haydar: *Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanunu*, 2. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1965.
- ÖZ, M. Turgut: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1989 (Eser Sözleşmesi).
- ÖZ, M. Turgut: *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (İnşaat).
- ÖZAY, Osman Levent: *Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- SELİÇİ, Özer: *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- SEROZAN, Rona / BAYSAL, Başak / SANLI, Kerem Cem: *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- SÜTÇÜ, Nezhir: *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi*, Cilt 2, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

- ŞAHİNİZ, Cevdet Salih: *Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- ŞENOCAK, Zariife: *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002 (Ayıbın Giderilmesi).
- ŞENOCAK, Zariife: *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1995 (Borçlunun Sorumluluğu).
- TANDOĞAN, Haluk: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1986, Cilt 13, Sayı 3-4 (Eser Sözleşmesi), s. 57-89.
- TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Cilt II*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Özel Borç İlişkileri).
- TEKİNAY, Selahattin / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. Baskı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- UYGUR, Turgut: *Açıklamalı ve İçtihatlı İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1993.
- ÜÇER, Mehmet: *Alacaklının Temerrüdü*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- ÜREM, Müge: *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt 2*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022 (Özel Hükümler).
- YAZICI TIKTIK, Çiğdem: “Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s. 2735-2776.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

İdare Hukuku Açısından Yazma Eser Kütüphanelerinin Yönetimi^(*)



*Administration of Manuscript Libraries in
Terms of Administrative Law*

Barış ACUN



Araştırma Görevlisi

*Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı*

Anahtar Kelimeler

*Yazma Eser,
Taşınır Kültür Varlığı,
İdari Teşkilat,
Kamu Tüzel Kişiliği,
Cumhurbaşkanlığı
Kararnamesi.*

Keywords

*Manuscript,
Movable Cultural
Property,
Administrative
Organization,
Public Legal Entity,
Presidential Decree.*

Öz

Devlet tüzel kişiliği ve diğer kamu tüzel kişilerinin idaresinde farklı kamu kütüphane idareleri bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi de Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığıdır (Başkanlık). Yazma eser kütüphanelerinin idaresinde görevli ve yetkili olan bu kurum 28.12.2010 Tarih ve 6093 sayılı Kanun'la kurulmuştur. 2017 Anayasa değişikliğinin ardından Başkanlık, 4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile yeniden kurulmuştur. Bu çalışmanın amacı, Başkanlığı idare hukuku açısından incelemektir. Çalışmada, Başkanlığa ilişkin temel düzenlemeler olan 6093 sayılı Kanun ve 4 numaralı CBK hükümleri incelenmiş; yazma ve nadir basma eserlerin hukuki niteliği, Başkanlığın kuruluşu, idari teşkilat içerisindeki yeri, teşkilâtı, görev ve yetkileri ve işlemlerine ilişkin birtakım hukuki sonuçlara varılmıştır.

Abstract

There are different public library administrations affiliated to the State and other public legal entities. One of them is the Presidency of the Turkish Manuscripts Institution (Presidency). This Presidency, which is responsible and authorized in the administration of manuscript libraries, was established by Law dated 28 December 2010 and No. 6093. After the 2017 Constitutional amendment, the Presidency was reestablished with the Presidential Decree No. 4. The aim of this study is to examine the Presidency in terms of administrative law. In the study, Law No. 6093 and Presidential Decree No. 4, which are the main regulations regarding the Presidency, were examined. We reached conclusions regarding the legal status of manuscripts, the establishment of the Presidency, its place in the administrative organization, its organizational structure, its duties, authorities, and acts.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 04.01.2022, Kabul Tarihi: 03.03.2022.

GİRİŞ

Latince elle yazılmış belge anlamına gelen *manuscriptum* sözcüğünden türeyen İngilizce *manuscript* (el yazması) sözcüğü “*basılı herhangi bir şeyden -özellikle matbaa kullanılmadan önce yazılanlardan- farklı olarak, mürekkep, kurşun kalem vb. ile elle yazılmış kitap, kâğıt veya diğer belgeler*” anlamına gelir¹. Lynn el yazmasını, “*genellikle kâğıt veya parşömen üzerine yazılarak doğrudan yazarın kendisi tarafından meydana getirilmiş ve çoğu kez yazarın kendi el yazısıyla yazılmış orijinal ve yayınlanmamış doküman*” olarak tanımlamaktadır². Türkiye’de yazma eserden anlaşılan elle yazılmış kitaptır. Elle yazılmakla birlikte kitap dışındaki materyallerin yazma teriminin dışında olduğu düşünülmektedir³. Türk hukuku açısından yazma eser kavramına baktığımızdaysa yazma eserin kapsamına kitap dışı materyaller de dâhildir. Başkanlığın kuruluşunu düzenleyen 4 numaralı CBK⁴ uyarınca yazma eser, “*elle yazılmış, tarihi, sanat veya içerik değeri olan kitap, mecmua, mektup, ferman, berat, levha, hat ve benzeri eserleri*” ifade eder. Ayrıca Başkanlığın görev alanına giren eserler yazma eserlerle de sınırlı değildir. 4 numaralı CBK uyarınca, yeni Türk harflerinin kabulünden önce eski harfle basılmış eserler de Başkanlığın görev alanına girer⁵.

Türk-İslam geleneğinde kitap ve kitabi bilgi kutsaldır. Türk-İslam yazma geleneğinin temsilcisi olan yazma eserleri baskı eserlerden farklı kılan temel özellik, her bir nüshanın birbirinden farklı özelliklerinin bulunması ve çoğu zaman birden fazla kişinin yoğun emeği sonucunda ortaya çıkmasıdır. Yazma eserler; medeniyetimize ait sosyal, bilimsel, kültürel, entelektüel ve geleneksel birikimi içermeleri ve gelecek kuşaklara aktarılması istenen veya istenmeyen kimlik bilinci için orijinal bilgi kaynakları olmaları, nadir ve tek nüsha oldukları için özel bir koruma ve saklamaya ihtiyaç duymaları ve içeriğinde yer alan tüm insanlığa faydalı bilgi ve mesajların anlaşılması ve geleceğe aktarılması gerekliliği gibi ortak sebeplerden dolayı kültür mirasıdır⁶.

Bu çalışmanın birinci bölümünde yazma eserlerin kültür varlığı niteliği araştırılmış, ikinci bölümünde ise Başkanlığın kuruluşuna ilişkin Kanun ve CBK hükümleri incelenerek Başkanlığın idari teşkilat içerisindeki yeri saptanmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümünde Başkanlığın idari faaliyet alanı tespit edilerek bu alana ilişkin görev ve yetkileri dört başlık altında toplanmış, dördüncü bölümünde ise Başkanlığın idari teşkilatının genel görünümü çizilmeye çalışılmıştır. Sonuç bölümünde ise ulaşılan hukuki sonuçlara yer verilmiştir.

I. YAZMA ESERLERİN TAŞINIR KÜLTÜR VARLIĞI NİTELİĞİ

Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili 1970 UNESCO Sözleşmesi, 14 Kasım 1970 yılında Paris’te 122 devlet tarafından imzalanmıştır. Türkiye ise söz konusu sözleşmeye katılmayı 25.12.1979 tarihinde 2256 sayılı Kanun’la⁷ uygun bulmuş ve Sözleşme 13.10.1980 tarihinde Bakanlar Kurulu kararıyla⁸ onaylanmıştır. Sözleşme’nin 1. maddesinde farklı kategorilerdeki kültür varlıkları tanımlanmıştır. Sözleşme’nin 1.

¹ Online Etymology Dictionary (<https://www.etymonline.com>, E.T.: 20.12.2021).

² LYNN, M. Stuart: *Bilgi Ortamının Değiştirilmesinde Dijital ve Dijital Olmayan İşlemler Arasındaki Münasebetler Konusunda Açıklamalı Teknik Terimler Sözlüğü*, (Çev.) İLEMİN, Necla / BÜYÜKKIRCALI, Necla, T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Cumhuriyet Arşivi Daire Başkanlığı Yayını, Ankara, 1994, s. 18.

³ KOZAN, Tuğçe: *Türkiye’de Yazma Eser Kütüphanelerinin Organizasyonu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 17.

⁴ 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete.

⁵ 4 numaralı CBK m. 723/1: “(...) e) Eski harfli nadir basma eser: 1/11/1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunun yürürlüğe girdiği 3/11/1928 tarihinden önce eski harfle basılmış eserleri, (...) g) Yazma eser: Elle yazılmış, tarihi, sanat veya içerik değeri olan kitap, mecmua, mektup, ferman, berat, levha, hat ve benzeri eserleri, ifade eder.”.

⁶ RUKANCI, Fatih: “Kültürel Mirasın Gelecek Kuşaklara Aktarılması ve Tanıtımında Yazma Eser Kütüphaneciliği”, *Erdem Dergisi*, 2018, Sayı 74, s. 102-104.

⁷ 06.01.1980 tarihli ve 16861 sayılı Resmî Gazete.

⁸ 26.01.1981 tarihli ve 17232 sayılı Resmî Gazete.

maddesine göre “*Bu sözleşme hükümlerine göre, dinsel nitelikte olsun olmasın, her devlet tarafından arkeoloji, tarih öncesi, tarih, edebiyat, sanat veya bilim için önemli olarak gösterilen ve aşağıdaki kategorilere giren değerler kültür varlığı sayılırlar: (...) h) az bulunur el yazmaları, 1500 yıllarından önce yapılmış baskılar, tarih, edebiyat ve bilim yönünden özel önem taşıyan eski kitaplar, yayınlar, belgeler (tek veya koleksiyon halinde)*”⁹. Sözleşme uyarınca nadir el yazmaları ve tipografinin en erken döneminde basılan kitapları -yani 1450’lerde Avrupa’da tipografik baskı sanatının icadından 15. yüzyılın sonuna kadar olanlar- ifade eden incunabula¹⁰ bu Sözleşme kapsamındaki kültür varlıklarındandır.

Türk hukuku bakımından kültür varlıklarına ilişkin temel düzenleme ise 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu¹¹ (KTVKK)’dur. KTVKK’nın 23. maddesinde korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları düzenlenmiştir. KTVKK’nın 24. maddesi uyarınca korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarından devlet malı niteliğinde olanların devletin elinde ve müzelerde bulundurulması, korunması ve değerlendirilmesi devlete aittir. Kültür ve Turizm Bakanlığı, taşınır kültür ve tabiat varlıklarını elinde bulunduran gerçek ve tüzel kişilerden değerini ödeyerek satın alabilir.

Bir eserin bu Kanun kapsamında taşınır kültür ve tabiat varlığı olması onu kendiliğinden kamu malı haline dönüştürür mü? *Giritli ve Bilgen*, 1979 tarihli “İdare Hukuku Dersleri” isimli kitaplarında mahiyetleri gereği kamu mallarından bahsetmektedir. Yazarların yaptığı sınıflandırmaya göre mahiyeti gereği kamu mallarından biri de taşınır kamu mallarıdır. Yazarlar, Fransız yargı kararlarına atıfla bir kamu hizmetine tahsis edilen taşınır mallardan kolaylıkla ve derhal yerine konulamayanlar ve bu yüzden de hizmetin görülmemesi ya da çok zor görülmesi sonucunu doğuracak olanların taşınır kamu malı sayılacağını ifade etmişler ve 25.04.1973 tarih ve 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu’nun¹² 3. maddesini örnek göstererek bu çözümün Türk hukuku bakımından da geçerli olduğunu belirtmişlerdir¹³. Mülga Eski Eserler Kanunu’nun 3. maddesine göre “*Devlete ait arazi ve emlak ile, özel ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan emlak ve arazide, varlığı bilinen veyahut ileride meydana çıkacak olan her çeşit anıtlar, bütün taşınır ve taşınmaz eski eserler Devletin malıdır. Bunların kazılarla meydana çıkarılmaları, yerlerinde korunmaları, taşınır eski eserlerin müzelerde toplanmaları bu kanun hükümlerine göre yürütülür.*” Aynı Kanun’un 4. maddesine göre de “*Taşınır ve taşınmaz eski eserleri, yeniden bulanlar, malik oldukları veya işgal ettikleri arazinin içinde eski eser bulunduğunu bilenler veya böyle bir eserin varlığından haberdar olan malik ve zilyedler, bunu (...) bildirmeye mecburdurlar.*” Bu hükümlere ilave olarak taşınır eski eserlere ilişkin 20. maddede idareye taşınır eski eserleri usulüne uygun olarak tasnif ve tescil etme ve bunları müzelere alma yetkisi verilmiş, eski eser olmadıkları için tasnif ve tescil dışı bırakılanlarınsa sahiplerine veya zilyetlerine geri verileceği düzenlenmiştir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Eski Eserler Kanunu uyarınca bir taşınır malın eski eser niteliğinde olup olmadığını belirleme yetkisi idareye aittir. Yetkili idare, malın eski eser niteliğinde olduğuna karar verdiğinde onu müzelere alma yetkisine de sahiptir. Ancak bu hükümlerden kimi taşınır malların mahiyeti gereği kamu malı olduğu sonucunu çıkarmak kanaatimce mümkün değildir. Eski Eserler Kanunu’na göre kanunda belirtilen eski eser kategorilerinden birine giren bir taşınır malın idare tarafından eski eser niteliğinde olup olmadığına ilişkin bir belirleme yapılmasına gerek vardır. Böyle bir belirlemeye ihtiyaç duyulduğuna göre bu taşınır mal kategorisinin “mahiyeti gereği” kamu malı olduğundan bahsedilemez.

Öğretide *Özel*, özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan eserlerin kültür varlığı olarak nitelense bile kamu malı niteliğine sahip olmadığını ileri sürmektedir¹⁴. Çünkü Türk idare hukuku öğretisinin genel kabul-

⁹ Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için 8/1768 sayılı Bakanlar Kurulu kararının ekinde yer alan resmi çeviri esas alınmıştır. Sözleşme’nin orijinal metni için bkz. UNESDOC Digital Library, (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000133378>, E.T.: 20.12.2021).

¹⁰ Encyclopedia Britannica (<https://www.britannica.com>, E.T.: 20.12.2021).

¹¹ 23.07.1983 tarihli ve 18113 sayılı Resmî Gazete.

¹² 06.05.1973 tarihli ve 14527 sayılı Resmî Gazete.

¹³ GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev: *İdare Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1979, s. 105-106.

¹⁴ ÖZEL, Sibel: “Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, Cilt 24, Sayı 1, s. 216.

leri uyarınca bir malın kamu malı olarak nitelendirilebilmesi için iki şartın birlikte varlığı gereklidir. Bunlar, malın bir kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunması şartı ile malın kamu hizmetine tahsis şartıdır. Malın özel hukuk gerçek veya tüzel kişinin mülkiyetinde olması halinde ilk şart gerçekleşmediği için söz konusu malın kamu malı olarak nitelendirilmesine imkân bulunmamaktadır¹⁵. Bu kapsamda özel hukuk kişilerinin mülkiyetindeki taşınır kültür varlıklarının mahiyeti gereği kamu malı olduğu görüşü kabul edilemez¹⁶.

KTVKK'nın 5. maddesinde devlet malı niteliği düzenlenmiştir. Buna göre “Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir.” Aynı Kanun'un 24/1. maddesine göre “Devlet malı niteliğini taşıyan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının Devlet elinde ve müzelerde bulundurulması ve bunların korunup değerlendirilmeleri Devlete aittir. Bu gibi varlıklardan gerçek ve tüzel kişilerin ellerinde bulunanlar, değeri ödenerek Bakanlık tarafından satın alınabilir.” Her iki madde birlikte değerlendirildiğinde şu sonuca varmak mümkündür: KTVKK kapsamında taşınır kültür varlıkları üzerinde devlet mülkiyeti iki biçimde kurulmaktadır. Bunlardan ilki 5. madde uyarınca yeni bulunan taşınır arkeolojik eserin kanun gereği devlet malı olması, diğeri ise devletin satın alma veya bağış yoluyla kültür varlığının mülkiyet hakkına sahip olmasıdır. Her iki durumda da devlet mülkiyetindeki kültür varlıkları, kamu malıdır ve kamu mallarının hukuki rejimine tabidir. KTVKK'nın 5. maddesi uyarınca yeni bulunan taşınır arkeolojik eserin kamu malı olduğunda tartışma bulunmazken devletin satın alma veya bağış yoluyla kültür varlığının mülkiyetine sahip olduğu durumda da kültür varlığı, devlet mülkiyetine kamu hizmetine tahsis suretiyle geçtiği için kamu malıdır¹⁷.

KTVKK'nın 23/a maddesinde korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları arasında “yazma ve tezhipli kitaplar” da sayılmıştır. KTVKK kapsamında yazma ve tezhipli kitaplar, korunması gerekli taşınır kültür varlığı olmakla birlikte el yazması kitap dışı materyallerin, korunması gerekli taşınır kültür varlığı olup olmadığı tartışılabilir. 4 numaralı CBK uyarınca yazma eser, “elle yazılmış, tarihi, sanat veya içerik değeri olan kitap, mecmua, mektup, ferman, berat, levha, hat ve benzeri eserleri” ifade eder. 4 numaralı CBK uyarınca yazma eserler yalnızca kitaptan ibaret olmayıp kitap dışı materyaller de elle yazılmış olması ve tarihi, sanat veya içerik değeri olması halinde yazma eser kavramına dâhildir. KTVKK'nın 23/a. maddesinin lafzında ise “kitap” ibaresi yer aldığı için el yazması kitap dışı materyallerin KTVKK kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlığı olmadığı düşünülebilir. Ancak KTVKK'nın 23/a maddesine göre “(...) tarihi devirlere ait, (...) sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü kültür varlıkları” da korunması gerekli taşınır kültür varlığıdır. Kendine özgü özellikleri dikkate alındığında, bu madde kapsamındaki kriterleri sağlayan el yazması kitap dışı materyaller de korunması gerekli taşınır kültür varlığıdır.

Gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde KTVKK kapsamında korunması gerekli taşınır kültür varlığı olarak tasnif ve tescil edilebilecek yazma eserler bulunabilir. KTVKK'nın 25. maddesi uyarınca bunlar bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tabi olup Devlet müzesinde bulunması gerekli görülenler usulüne uygun olarak müzelere alınır. Tasnif ve tescil edilen yazma eserler, korunması gerekli taşınır kültür varlıkları olup ve bunlar KTVKK'nın 24. maddesine göre devlet tarafından satın alınabilir. KTVKK'nın 24/1. maddesine göre gerçek ve tüzel kişilerin ellerinde bulunan taşınır kültür varlıklarını değerini ödeyerek satın almaya Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilidir. Ancak maliklerin satma yükümlülüğünden bahsedilemez¹⁸. Korunması gerekli kültür varlığı olan yazma eserlerden

¹⁵ GÜLAN, Aydın: *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999, s. 23, 24.

¹⁶ ÖZEL, s. 224.

¹⁷ ÖZEL, s. 225.

¹⁸ ÖZEL, s. 230, 231.

devletin mülkiyetinde bulunanların kamu malı niteliğinde olduğunu ve kamu mallarının hukuki rejimine tabi olduğunu ifade etmek gerekir.

II. BAŞKANLIĞIN KURULUŞU VE İDARİ TEŞKİLAT İÇERİSİNDEKİ YERİ

A. Tarihsel Bilgi: Kanunla Düzenlenme

Yazma eserler; halk kütüphaneleri, kamu kurum ve kuruluşlarının (üniversiteler, mahalli idareler vb.) kütüphaneleri gibi farklı kamu kütüphanelerinde bulunabilir¹⁹. Yazma eserlerin çağdaş eserleri kamunun yararlanmasına sunan halk kütüphanelerinin idaresinde olması, hizmetin gereği gibi yerine getirilmesi bakımından geçmişte eleştirilmiştir. *Sefercioğlu* 1988 tarihli yazısında yazma eserlerin halk kütüphanelerinde dağınık, bakımsız ve işlemsiz olarak bulunması yerine belli merkezlerde topluca, bakımlı ve bibliyografik işlemleri tamamlanmış olarak hizmete sunulması gerekliliğini dile getirmiş, bu kapsamda yazma eserlerin Milli Kütüphane idaresine alınmasının uygun olacağını ifade etmiştir²⁰.

Yazma eserlerin merkezi idareden ayrı bir idari teşkilat içerisinde bulunması ve bu eserlere ilişkin kamu hizmetlerinin Kültür ve Turizm Bakanlığından ayrı bir idari teşkilat tarafından sunulmasına ilişkin tercih, Milli Kütüphane idaresi lehine değil yeni bir kamu kurumu lehine olmuştur. Başkanlık ilk defa 28.12.2010 tarihli ve 6093 sayılı “Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun”²¹ ile kurulmuştur.

6093 sayılı Kanun’un 3. maddesi uyarınca Başkanlık; Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı olup tüzel kişiliğe ve özel bütçeye sahiptir. Başkanlık, 3046 sayılı Kanun’un²² mülga 10. maddesi uyarınca bakanlık bağlı kuruluşudur. 3046 sayılı Kanun uyarınca Bakanlık bağlı kuruluşu ise “*bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetlerini yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlardır*”. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca bağlı kuruluş, merkez teşkilatı ve ihtiyaç halinde kurulan taşra teşkilatından oluşur. Bu dönemde Başkanlık merkez ve taşra teşkilatından oluşur biçimde teşkilatlandırılmıştır.

6093 sayılı Kanun’un 3. maddesine göre Başkanlığın merkezi İstanbul’dur. 6093 sayılı Kanun Tasarısının genel gerekçesinde²³, yazma eserlerin daha çok başta Süleymaniye yazma eser kütüphanesi olmak üzere İstanbul’daki kütüphanelerde bulunduğu ve bu kütüphanenin sahip olduğu eser koleksiyonu ve yerine getirdiği görevlerle yazma eserler anlamında bir merkez niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Süleymaniye yazma eser kütüphanesinin zenginliği ile bu kütüphanenin diğer yazma eser kütüphanelerine sağladığı teknik desteğin, Başkanlığın merkezinin İstanbul olarak belirlenmesinde etkili olduğu söylenebilir.

Başkanlık, 6093 sayılı Kanun’un 3. maddesi uyarınca tüzel kişiliğe sahiptir. Kanun, Başkanlığın kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmadığına ilişkin açık bir belirlemede bulunmamıştır. 2017 Anayasa değişikliğinden önceki halinde Anayasa’nın 123/3. maddesine göre kamu tüzel kişiliği kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak idari işlemle kurulabilir²⁴. Kanunla kurulmakla birlikte kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu kanunda açıkça belirtilmeyen kuruluşların kamu tüzel kişisi olup olmadığı; kamu gücü ayrıcalıkları kullanıp kullanmadığı, kanuni bir tekel olup olmadığı, mal, gelir ve personelinin statüsü gibi kriterlere göre

¹⁹ 6093 sayılı Kanun geçici m. 1/3 uyarınca Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı kütüphaneler, müzeler ve Milli Kütüphanede bulunan eserlerden Bakanlıkça uygun bulunanlar iki yıl içinde yazma eser kütüphanelerine devredilecektir.

²⁰ SEFERCİOĞLU, Necmeddin: “Milli Kütüphane’nin Devlet Teşkilatındaki Yeri”, *Türk Kütüphaneciler Derneği Bülteni*, 1988, Cilt 2, Sayı 1, s. 2.

²¹ 30.12.2010 tarihli ve 27801 sayılı Resmî Gazete.

²² 09.10.1984 tarihli ve 18540 sayılı Resmî Gazete. 3046 sayılı Kanun’un 10. maddesi, 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. 09.07.2018 tarihli ve 30473 sayılı Resmî Gazete.

²³ Türkiye Yazma Eserler Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe ile Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonları Raporları (1/772) TBMM Dönem: 23 S. Sayısı: 472.

²⁴ 2017 değişikliğinden önce Anayasa m. 123/3: “*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulur.*”

belirlenir²⁵. Genel olarak kamu gücü ayrıcalıkları; tüzel kişinin tek yanlı irade açıklamalarıyla kişi ve nesnelere hukuki durumlarında değişiklik yapabilen idari işlemler tesis edebilmesi, bunları resen icra edebilmesi, resen icraya engel olanlara zor kullanabilmesi, tesis ettiği idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, gelirlerinin kamu geliri sayılması ve tahsillerinin özel kanunlara konu olması, malvarlıklarının kamu malı statüsünde olması, vergi istisna ve muafiyetlerine sahip olmasıdır²⁶.

Kamu gücü ayrıcalıklarından biri de vergi muafiyet ve istisnalarına sahip olmadır²⁷. 6093 sayılı Kanun'un 13. maddesine²⁸ göre Başkanlığın yaptığı işlemler ve düzenlediği kâğıtlar, damga vergisi ve harçtan müstesnadır. Başkanlığın damga vergisi ve harçlardan müstesna tutulması, kendisine tanınan bir kamu gücü ayrıcalığıdır. Ayrıca Kanun'un 12. maddesine²⁹ göre Başkanlığa düzenleme görev ve yetkisi tanınmış, bu kapsamda yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. Anayasa'nın 124/1. maddesi³⁰ uyarınca kamu tüzel kişileri yönetmelik çıkarmaya yetkilidir. Başkanlığa bir kamu gücü ayrıcalığı olan vergi muafiyeti tanınması ve yönetmelik çıkarma yetkisinin tanınması hususları birlikte düşünüldüğünde Başkanlığın bir kamu tüzel kişisi olduğu söylenebilir³¹. Kamu tüzel kişiliğine ilişkin kapsamlı bir çalışmada da Başkanlık, kamu tüzel kişiliğine sahip Kültür ve Turizm Bakanlığının bağlı kuruluşu ve bilimsel-teknik kamu kurumu olarak değerlendirilmiştir³².

B. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Düzenlenme

2017 Anayasa değişikliği sonucunda yürütmenin asli düzenleme aracı olarak CBK'ler hukukumuzda farklı bir anlamla giriş yapmıştır. Yürütme yetkisine ilişkin konularda Anayasa'nın 104/17. maddesindeki³³ sınırlamalara uygun olmak koşuluyla CBK çıkarılabilmektedir. Anayasa'nın 104/17. maddesinin 3. cümlesine göre kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen birçok konunun CBK ile düzenlenebilmesi amacıyla ilgili kanunlar yürürlükten kaldırılmıştır. Uyum düzenlemeleri adı verilen bu düzenlemelerden biri 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'dir (KHK)³⁴. 703 sayılı KHK'nin 103. maddesiyle 6093 sayılı Kanun'un adı "Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığının Muafiyetlerine İlişkin" Kanun olarak değiştirilmiş ve 13, 15, 16 ve geçici 1. maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

703 sayılı KHK'nin ardından 4 numaralı "Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında" CBK ile Başkanlık yeniden kurulmuştur. 4 numaralı CBK'nin 724. maddesine göre Başkanlık, Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı, tüzel kişiliğe

²⁵ GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2017, s. 78, 79; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 203; SEVER, D. Çiğdem: *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 171.

²⁶ GÜNDAY, s. 78, 79; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 208; ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları", *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi*, 2016, Sayı 7, s. 384 vd.

²⁷ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 208; ÇAĞLAYAN, s. 396.

²⁸ 6093 sayılı Kanun mülga m. 13: "Başkanlık tarafından yapılan bütün işlemler ve düzenlenen kağıtlar, damga vergisi ve harçtan müstesnadır. Başkanlık, taraf olduğu davalarda ve icra takiplerinde yargı harçlarından ve teminat yatırma mükellefiyetinden muafur."

²⁹ 6093 sayılı Kanun mülga m. 12: "Başkanlık, Kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinleri düzenlemekle görevli ve yetkilidir."

³⁰ 2017 değişikliğinden önce Anayasa m. 124/1: "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler."

³¹ Kanun tasarısının 12. maddesinde yönetmeliklerin kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içerisinde Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından çıkarılacağı düzenlenmişti. Ancak tasarı, Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonunda değişmiş Başkanlığa düzenleme (yönetmelik) çıkarma yetkisi verilmiştir. Komisyon Raporu'nda Başkanlığın tüzel kişiliğe sahip olması sebebiyle düzenleyici işlemler tesis edebilmesi değişikliğin gerekçesi olarak ifade edilmiştir. Bkz. TBMM Dönem: 23 S. Sayısı: 472.

³² İSBİR, K. Begüm: *Kamu Tüzel Kişiliği*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 412 vd.

³³ Anayasa m. 104/17: "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir."

³⁴ 09.07.2018 tarihli ve 30473 sayılı Resmî Gazete.

sahip, özel bütçeli bir kuruluştur³⁵. 6093 sayılı Kanun'da olduğu gibi 4 numaralı CBK'de de Başkanlığın kamu tüzel kişisi olup olmadığına ilişkin açık bir belirleme bulunmamaktadır.

Bu aşamada söz konusu Başkanlık gibi ilgili CBK'de yalnızca tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilen kurum ve kuruluşların özel hukuk tüzel kişisi olup olamayacağı, başka bir ifadeyle CBK ile özel hukuk tüzel kişisi kurulup kurulamayacağı sorusu tartışılmaya değerdir. Öğretide *Yasin*, Anayasa'da kamu tüzel kişiliğinin bir tanımının bulunmaması ve bir tüzel kişinin özel hukuk tüzel kişisi kategorilerinden biri biçiminde kurulmasının o tüzel kişinin kamusal faaliyet üstlenmesi gerçeğini değiştirdiğini ifade etmiş ve kanunla kurulması gereken kamu tüzel kişisini kanun koyucunun özel hukuk tüzel kişisi biçiminde kurabileceğini ve Cumhurbaşkanı'nın kamusal bir faaliyeti üstlenmek üzere özel hukuk tüzel kişisi kurabileceğini ifade etmiştir³⁶.

Cumhurbaşkanına kamu tüzel kişisi kurma yetkisi veren Anayasa'nın 123/3. maddesine göre "*Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*". Bu hükümden anlaşılacağı üzere hem kanun koyucu ve hem de Cumhurbaşkanı kamu tüzel kişisi kurma konusunda yetkilidir. Fakat kanunun tabi olmadığı ancak CBK'nin tabi olduğu birtakım konu bakımından yetki sınırlamaları söz konusudur. Olağan dönem CBK'lerin hukuki rejimini, esas olarak, Anayasa'nın 104/17. maddesi düzenlemektedir. Anayasa'nın 104/17. maddesinin 3. cümlesi uyarınca kanunda açıkça düzenlenen bir konuda CBK çıkarılması mümkün değildir³⁷.

Özel hukuk tüzel kişilerinin dernek, vakıf, sendika, şirket gibi çeşitli türleri bulunmakta olup özel hukuk tüzel kişilerinin kuruluşunun düzenlendiği kanunlar mevcuttur. Örneğin derneğin kuruluşuna ilişkin konulardan sayılabilecek dernek tüzel kişiliğinin kazanılma anı konusu, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 59. maddesinde; vakfın kuruluşuna ilişkin konulardan sayılabilecek vakfın tüzel kişilik kazanma anı ise TMK'nın "Kuruluş şekli" başlıklı 102. maddesinde, düzenlenmiştir. Vakıflar Kanunu'nun 5. maddesinde de yeni vakıfların TMK hükümlerine göre kurulacağı hüküm altına alınmıştır. Bunun gibi birçok özel hukuk tüzel kişisi kategorisinin kuruluşuyla ilgili olarak çeşitli kanunlarda hükümler bulunmaktadır. Özel hukuk tüzel kişilerinin kuruluşu konusu kanunlarla düzenlendiğinde, bu özel hukuk tüzel kişisi yapısında bir tüzel kişinin CBK ile kurulması ancak ilgili kanuna uygun olması halinde mümkün olacaktır³⁸. Bu sebeple Cumhurbaşkanı'nın CBK ile genel geçer bir biçimde özel hukuk tüzel kişisi kurabileceğini iddia etmek mümkün değildir.

Ayrıca ilgili CBK'de yalnızca tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilen kuruluşların kimi faaliyetlerinde özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış olması, bu kuruluşların özel hukuk tüzel kişisi olduğunun değil, olmadığının bir belirtisi olarak da kabul edilebilir. Kamu gücü ayrıcalıklarına sahip ve kamusal faaliyet yürüten ancak hukuki ilişkilerinin bir kısmı özel hukuk alanında kalan tüzel kişilerin kimi faaliyetlerinde özel hukuka tabi kılındığının belirtilmesi, kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olmalarına rağmen bunları özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirmeyi gerektirmemektedir.

³⁵ 4 numaralı CBK m. 724/1: "*Bu Bölümün uygulanmasını sağlamak ve mevzuatla kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere Bakanlığa bağlı, tüzel kişiliği haiz, özel bütçeli ve merkezi İstanbul'da olan Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı kurulmuştur.*"

³⁶ YASİN, Melikşah: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, Cilt 36, Sayı 1, s. 321.

³⁷ AYM, kanunda açıkça düzenlenen konu sınırını incelerken öncelikle o konuda çıkarılmış -CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade eden- bir kanun olup olmadığını ve kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığını tespit edeceğini ifade etmiştir. "... Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz denilmiştir. Buna göre öncelikle CBK'ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir...". Bkz. AYM, T. 22.01.2020, E. 2018/125, K. 2020/4. AYM başka bir kararında kanunda açıkça düzenlenen konuda CBK çıkarılmayacağına ilişkin sınırlamayı belirginleştirmiş ve açıkça düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevabını vermiştir. "... Bu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır..." Bkz. AYM, T. 23.01.2020, E. 2019/31, K. 2020/5.

³⁸ SEVER, s. 185.

Başkanlığın kanunla düzenlendiği dönemde kamu tüzel kişisi olduğuna ilişkin sonuca varmamızı sağlayan vergi muafiyeti günümüzde de geçerlidir. Şöyle ki 6093 sayılı Kanun'un yürürlükte kalan nadir hükümlerinden biri bu hususa ilişkindir. Ayrıca Başkanlığa bağlı kütüphanelerde bulunan yazma eserlerin kamu malı niteliğinde olması da Başkanlığın kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilebilmesine imkân tanıyan bir kamu gücü ayrıcalığı olarak düşünülebilir. Ayrıca kanunla düzenlenme döneminde Başkanlığa tanınan görev ve yetkilerle CBK ile düzenlenme döneminde tanınan görev yetkiler bir istisna haricinde bire bir aynıdır³⁹. Sonuç olarak Başkanlığın kamu tüzel kişiliğine sahip bir hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olduğu sonucundan ayrılmayı gerektiren herhangi bir sebep bulunmamaktadır.

III. BAŞKANLIĞIN GÖREV VE YETKİLERİ

Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları, bilgi ve uzmanlık gerektiren belirli bir kamu hizmetine kamu tüzel kişiliği tanınmasıyla oluşur. Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları kamu kurumları olarak da ifade edilmektedir. Belirli bir kamu hizmetinin devlet tüzel kişiliği dışında başka bir kamu tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesinin hizmet gerekleri açısından daha uygun olacağı düşünülerek kamu kurumu kurulur. Bu sebeple kamu kurumlarında uzmanlık (ihtisas) ilkesi geçerlidir. Bu ilke uyarınca bir kamu kurumu yalnızca belirli bir kamu hizmetini yerine getirir. Ayrıca kamu kurumlarının faaliyet alanı coğrafi açıdan sınırlı olmayıp tüm ülke onların faaliyet alanını oluşturur⁴⁰. Uzmanlık (ihtisas) ilkesinin gereği olarak kamu kurumunun görev ve yetkileri, yerine getirdiği kamu hizmetine bağımlı olup ikincisi birincisinin sınırını oluşturur. Kamu kurumlarını kamu idarelerinden ayıran temel özellik budur⁴¹.

Başkanlık da bir kamu kurumu olduğu için görev ve yetkilerinin sınırını da yerine getirdiği kamu hizmeti belirler. Başkanlığın kuruluşunun düzenlendiği temel düzenleme günümüzde 4 numaralı CBK'dir. 4 numaralı CBK'nin "Amaç ve kapsam" başlıklı 722. maddesi uyarınca Başkanlığın faaliyet alanını, yazma eser kütüphanelerinin etkin bir biçimde hizmet sunmasına yönelik faaliyetlerle yazma ve nadir basma eserlerin toplanması, korunması, geleceğe ulaştırılması ve hizmete sunulmasına yönelik faaliyetler oluşturur. Başkanlığın görev ve yetkilerinin bu faaliyet alanına uygun olarak düzenlendiği söylenebilir.

Başkanlığın görev ve yetkileri, 4 numaralı CBK m. 724'te düzenlenmiştir. Başkanlığın görev ve yetkilerini dört başlık altında toplamak mümkündür. Yazma eser kütüphanelerinin etkin bir biçimde hizmet sunmasına ilişkin olanlar şunlardır: Başkanlık; kütüphaneleri eşgüdüm içinde yönetir, kütüphanecilik standartları oluşturur ve kütüphanecilik hizmeti sunar (CBK m. 724/1-a), eserlerle ilgili ilkeleri belirler ve ilgili mevzuatı oluşturur (CBK m. 724/1-b). Eserlerin toplanmasına ilişkin olanlar şunlardır: Başkanlık; kütüphane koleksiyonlarını zenginleştirir, eserlere ilişkin bilimsel çalışmaları destekler, eserlerin kayıtlanma ve tasniflenme işlemlerine ilişkin çalışmalar yürütür, veri tabanları oluşturur (CBK m. 724/1-d). Eserlerin korunması ve geleceğe ulaştırılmasına ilişkin olanlar şunlardır: Başkanlık; eserlerin saklanması sağlar (CBK m. 724/1-c), restorasyon ve konservasyon çalışmalarıyla ilgili ARGE faaliyetleri yürütür, malzeme temin eder ve bu çalışmaları yapar (CBK m. 724/1-ç), özel hukuk kişileriyle diğer kamu kurum ve kuruluşlarında bulunan eserlerin talep üzerine bedelli veya bedelsiz restorasyon ve konservasyon çalışmalarını yapar (CBK m. 724/1-j), eserlerin dijital ve dijital olmayan arşivlerini oluşturur ve arşivleri hizmete sunar (CBK m. 724/1-ğ). Eserlerin bilim, kültür ve sanat dünyasının hizmetine sunulmasına ilişkin olanlar şunlardır: Başkanlık; eserlerin çeviri, sadeleştirme, tıpkıbasım çalışmaları ile içerik incelemelerini yapar, bu tür çalışmaları destekler ve çalışma sonuçlarını yayınlar (CBK m. 724/1-e), eserlerin yazıldıkları alfabenin en kolay şekliyle basımını gerçekleştirir (CBK m. 724/1-f), yazma eserler alanıyla ilgili yayınlar yapar ve yaptırır, yapılan yayınları kullanıma

³⁹ Söz konusu istisna ise şudur: 6093 sayılı Kanun'un 3/2-1. maddesinde "Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak" Başkanlığın görevi iken 4 numaralı CBK'nin 724/1- 1. maddesine göre "Kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle verilen diğer görevleri yapmak" Başkanlığın görevidir.

⁴⁰ ÖZAY, İl Han: *Günışığında Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 127 vd.

⁴¹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN Turgut: *İdare Hukuku C. 1 Genel Esaslar*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 242.

sunar (CBK m. 724/1-g), eserlerin tanıtımına ilişkin etkinlikler düzenler, yazma eserler alanına giren konular ve Türk el sanatlarıyla ilgili eğitim programları düzenler, Türk el sanatlarına ilişkin faaliyetler yürütür ve bu tür faaliyetleri destekler (CBK m. 724/1-ı), yurt içi ve yurt dışındaki kurum ve kuruluşlarla faaliyet alanına giren konular hakkında iş birliği yapar (CBK m. 724/1-i).

IV. BAŞKANLIĞIN İDARİ TEŞKİLATI

A. Merkez Teşkilatı

Başkanlık, merkez ve taşra teşkilatından oluşur. Başkanlığın kanunla düzenleme döneminde merkez teşkilatı hizmet birimleri; ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimleri olarak üçe ayrılmıştır.

Tablo 1: Kanunla Düzenleme Dönemi Başkanlık Merkez Teşkilatı

Başkan	Ana Hizmet Birimleri	Danışma Birimleri	Yardımcı Hizmet Birimleri
	Yazma ve Nadir Eserler Dairesi Başkanlığı	Hukuk Müşavirliği	İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı
	Çeviri ve Yayın Dairesi Başkanlığı	Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı	
	Kitap Şifahanesi ve Arşiv Dairesi Başkanlığı	Başkanlık Müşavirleri	

CBK’de ise Başkanlığın merkez teşkilatında ana hizmet-danışma-yardımcı hizmet birimleri ayrımı kaldırılmıştır. Merkez teşkilatı, hizmet birimleri çatısı altında toplanmış; İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığının adı Personel ve Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı olarak değiştirilmiştir. Hizmet birimlerinin görevleri 4 numaralı CBK’nin 726. maddesinde düzenlenmiştir.

Başkanlığın merkez teşkilatını incelerken Başkan’ın hukuki statüsünü de ele almak gerekir. Başkan, 3 numaralı “Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair” CBK’nin⁴² I sayılı cetvelinde yer alan ve bu sebeple CBK’nin 2/2. maddesi uyarınca doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanan bir üst kademe kamu yöneticisidir. 4 numaralı CBK’nin 724/5. maddesine göre Başkanlığın en üst yöneticisi olan Başkan, Kültür ve Turizm Bakanına karşı sorumludur. Başkan, Başkanlık teşkilatının faaliyet, işlem ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir. Başkan, Bakana karşı sorumlu olmakla birlikte Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta ve görevden alınmaktadır⁴³.

Merkez teşkilatına ilişkin olarak yapılan değişikliklerden biri de Başkanlık Müşavirlerine ilişkindir. 6093 sayılı Kanun’un 4/8. maddesinde ise en fazla iki müşavirin görevlendirilebileceği düzenlenmişti. Ancak 4 numaralı CBK’de Başkanlık Müşavirleri bir hizmet birimi olarak oluşturulmakla birlikte müşavirlerin sayısına ilişkin bir sınırlandırma yapılmamıştır. 4 numaralı CBK’de sayısal bir sınırlandırma yapılmamış olmasının Başkana sınırsız sayıda müşavir görevlendirme imkânı yarattığı düşünülebilir. Ayrıca 6093 sayılı Kanun’un 4/8. maddesinde müşavirlerin özel önem ve öncelik taşıyan konularda görevlendirilebileceği düzenlenmişken 4 numaralı CBK’de bu yönde bir sınırlama yapılmamıştır. Buradan hareketle Başkanın özel önem ve öncelik taşımayan konularda da müşavir görevlendirmesi söz konusu olabilecektir. Başkana müşavir görevlendirme konusunda verilen bu yetkinin kanunla düzenlenme dönemindeki sınırlamalardan arındırılmış olması söz konusu yetkinin kamu hizmetlerinin gereklerine uygun olarak kullanılmamasına sebep olacağı düşünülebilir.

⁴² 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete.

⁴³ Kanunla düzenlenme döneminde de Başkan Bakana karşı sorumlu olmakla birlikte müşterek kararnameyle atanmaktaydı. Başkanın atanmasındaki asıl irade Bakana aitti. Bkz. 6093 sayılı Kanun mülga m. 8: “Başkan, dört yıllık süre için müşterek kararname ile atanır. Görev süresi dolan yeniden atanabilir. ... Yeniden atanmayan Başkan, kazanılmış hak aylık derecesine göre durumuna uygun başka bir kadroya atanır...”.

B. Taşra Teşkilatı ve Bunlara Bağlı İdari Birimler

Başkanlığın taşra teşkilatı Ankara, İstanbul ve Konya Bölge Müdürlüklerinden oluşur. Her bir bölge müdürlüğüne bağlı yazma eser kütüphaneleri 4 numaralı CBK'nin ellinci bölümünün sonunda gösterilmiştir. "Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Eser Sağlama Kurulu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" (Eser Sağlama Yönetmeliği) m. 15/1'de bölge müdürlükleriyle bunlara bağlı yazma eser kütüphanelerinin yazma ve nadir basma eserlerin bağış başvurularını kabul edeceği düzenlenmişse de bunun bağış başvurularını kayıt altına almaktan ibaret olduğunu ifade etmek gerekir⁴⁴.

C. Sürekli Kurullar

1. Genel Olarak

Sürekli Kurullar hakkında yapılacak açıklamalar için gerekli olması sebebiyle Başkanlığın 6093 sayılı Kanun'a dayanarak çıkardığı düzenleyici işlemlerin akıbetini değerlendirmek önemlidir. Başkanlığa 6093 sayılı Kanun'un mülga 12. maddesiyle açıkça düzenleme yetkisi tanınmış, bu kapsamda Başkanlığın 2010 yılından itibaren yaptığı düzenleyici işlemler yürürlüğe girmiştir. 6093 sayılı Kanun'un birçok hükmü 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmakla birlikte söz konusu KHK'nin geçici 16. maddesinde bu KHK'nin yürürlüğe girdiği tarihten önce, bu KHK ile değişiklik yapılan kanunlar gereği yürürlüğe konulan işlemlerin yürürlükten kaldırılmadığı müddetçe geçerliliklerini sürdüreceği hüküm altına alınmıştır⁴⁵. Bu hüküm sebebiyle Başkanlığın 2010 yılından itibaren yaptığı düzenleyici işlemler halen yürürlüktedir.

Sürekli Kurullara ilişkin CBK ile yapılan değişiklik, bazı üyelerin görev sürelerine ilişkindir. 6093 sayılı Kanun'da Sürekli Kurulların bakanlıkça belirlenen üyeleri olan öğretim üyelerinin görev süresi iki yıl olarak belirlenmişti. Görev süresi sona eren üyenin yeniden seçilebilmesi mümkündür⁴⁶. 4 numaralı CBK'de ise Sürekli Kurulların bakanlıkça belirlenen öğretim üyelerinin görev süresi belirlenmemiş, 6093 sayılı Kanun'da yer alan görev süresine ilişkin hüküm de 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 6093 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Eser Sağlama Yönetmeliği'nin 5/3. maddesinde bakanlıkça belirlenen üyelerin görev süresinin iki yıl olduğu ve görev süresi dolanların yeniden seçilebileceği düzenlenmiştir. 6093 sayılı Kanun'daki görev süresine ilişkin hükmün yürürlükten kaldırılması sebebiyle söz konusu yönetmelik hükmünün günümüzde hukuka aykırı hale geldiği söylenebilir. Şöyle ki idarenin türev düzenleme aracı olan yönetmelikler, Anayasa'nın 124/1. maddesi uyarınca kanunların ve CBK'lerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilir. Günümüzde 6093 sayılı Kanun'da üyelerin görev süresine ilişkin hiçbir belirleme olmadığı için başka bir ifadeyle söz konusu yönetmelik hükmünün herhangi bir kanuni dayanağı kalmadığı için hukuka aykırı hale geldiği söylemek mümkündür. Ayrıca 6093 sayılı Kanun'da Sürekli Kurullarda Başkanlık dışından üye olarak görev yapanlara huzur hakkı ödenmesi öngörülmüşken⁴⁷ bu husus 4 numaralı CBK'de öngörülmemiştir. 6093 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Eser Sağlama Yönetmeliği'nde ise Eser Sağlama Kuruluna Başkanlık dışından katılan üyelere huzur hakkı ödenmesi düzenlenmiştir⁴⁸. Yukarıda görev süresine ilişkin yönetmelik hükmü için yaptığımız yorum burada da

⁴⁴ Bkz. Bölüm IV-C-3.

⁴⁵ 703 sayılı KHK geçici m. 16: "Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, Bu Kanun Hükmünde Kararname ile değişiklik yapılan kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin ilgili maddeleri gereğince yürürlüğe konulmuş olan tüzükler, nizamnameler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür."

⁴⁶ 6093 sayılı Kanun mülga m. 5/2: "Kurulların Bakanlıkça belirlenen üyelerinin görev süresi iki yıldır. Görev süresi dolan üye yeniden seçilebilir..."

⁴⁷ 6093 sayılı Kanun mülga m. 5/2: "Danışma Kuruluna Kurum dışından katılan üyelere yılda iki toplantıdan fazla olmamak üzere toplantı başına (5.000); Eser Sağlama Kuruluna Kurum dışından katılan üyelere de yılda altı toplantıdan fazla olmamak üzere toplantı başına (3.000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpılması sonucu bulunacak tutarda huzur hakkı ödenir."

⁴⁸ Eser Sağlama Yönetmeliği m. 11/1: "Kanunun 5 inci maddesi uyarınca, Kurula Başkanlık dışından katılan üyelere, yılda altı toplantıdan fazla olmamak üzere toplantı başına 3000 gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpılması sonucu bulunacak tutarda huzur hakkı ödenir."

geçerli olup huzur hakkı ödenmesinin dayanağı olabilecek kanun hükmü yürürlükten kaldırıldığı için söz konusu yönetmelik hükmü de hukuka aykırı hale gelmiştir. Sonuç olarak söz konusu Yönetmelik, 703 sayılı KHK'nin geçici 16. maddesi uyarınca yürürlükte olmakla birlikte yukarıda bahsedilen hususlara ilişkin yönetmelik hükümlerinin kanuni dayanağı kalmadığı için hukuka aykırı hale geldiği söylenebilir.

6093 sayılı Kanun'da Başkanlık bünyesinde oluşturulan ve Danışma Kurulu ile Eser Sağlama Kurulundan ibaret olan Sürekli Kurullar 4 numaralı CBK'de de öngörülmüştür.

2. Danışma Kurulu

4 numaralı CBK'nin 727/1. maddesine göre Danışma Kurulu; Kültür ve Turizm Bakan Yardımcısı, Yazma Eserler Kurumu Başkanı, Devlet Arşivleri Başkanı, Kütüphaneler ve Yayınlar Genel Müdürü ile Bakanlıkça üniversitelerin bazı bölümlerinden⁴⁹ altı öğretim üyesi olmak üzere on kişiden oluşur. Kanunla düzenlenme döneminde Kültür ve Turizm Bakanlığı Müsteşarı üyeyken yeni dönemde Kültür ve Turizm Bakan Yardımcısı üyedir⁵⁰. Kanunla düzenlenme döneminde Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürü Danışma Kurulu üyesiyken CBK ile düzenlenme döneminde Devlet Arşivleri Başkanı üyedir⁵¹. Kanunla düzenlenme döneminde Milli Kütüphane Başkanı da Danışma Kurulu üyelerinden biriydi. Ancak Milli Kütüphane Başkanlığı görevi günümüzde bulunmamaktadır⁵².

4 numaralı CBK'nin 727/1. maddesi uyarınca Danışma Kurulu, Başkanlığın faaliyet alanını oluşturan yazma ve nadir basma eserlerin toplanması, korunması, geleceğe ulaştırılması ve hizmete sunulmasına ilişkin konulardaki yaklaşım, uygulama ve öncelikleri belirlemek amacıyla tavsiye ve görüş niteliğinde kararlar alır.

3. Eser Sağlama Kurulu

Başkanlık bünyesindeki bir diğer Sürekli Kurul da Eser Sağlama Kuruludur. 4 numaralı CBK'nin 727/2. maddesine göre Eser Sağlama Kurulu; Yazma ve Nadir Eserler Dairesi Başkanı, Bölge Müdür-

⁴⁹ 4 numaralı CBK m. 727: "... Türk dili ve edebiyatı, Arap dili ve edebiyatı, Fars dili ve edebiyatı, tarih, kütüphanecilik, arşivcilik, bilgi ve belge yönetimi, sanat tarihi bölümleri ve ilahiyat fakültelerinden dört öğretim üyesi ile taşınır kültür varlıklarının korunması ve restorasyonu, Türk el sanatları, kimya ve biyoloji bölümlerinden belirlenen iki öğretim üyesi ...".

⁵⁰ 2017 Anayasa değişikliği sonrasında Bakanlık teşkilatları 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK ile düzenlenmiş, yeni sistemde müsteşarlık görevine yer verilmemiş, onun yerine bakan yardımcılığı görevi ihdas edilmiştir. Bkz. 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde müsteşar, kariyer ve liyakat ilkelerine göre bir devlet memuruyken yeni sistemde bakan yardımcısı devlet memuru olmak zorunda değildir. Bkz. BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı ile Önceki Sistemdeki Bakan Yardımcısı ve Müsteşarın Kıyaslanması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 1, s. 296.

⁵¹ 2017 Anayasa değişikliği sonucunda Başbakanlık kaldırılmış, Başbakanlığa bağlı Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Devlet Arşivleri Başkanlığı adı altında Cumhurbaşkanlığına bağlanmıştır. Devlet Arşivleri Başkanlığı 11 numaralı Devlet Arşivleri Başkanlığı Hakkında CBK ile düzenlenmiştir. Bkz. 16.07.2018 tarihli ve 30480 sayılı Resmî Gazete.

⁵² Milli Kütüphane Başkanlığı, 703 sayılı KHK yürürlüğe girmeden önce Kültür ve Turizm Bakanlığı ana hizmet birimlerinden biridir. Bkz. 16.04.2003 tarih ve 4848 sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m. 7/1: "*Kültür ve Turizm Bakanlığının merkez teşkilatındaki ana hizmet birimleri şunlardır: ... 1) Milli Kütüphane Başkanlığı...*". Milli Kütüphane Başkanlığının hukuki statüsü ise 23.03.1950 tarih ve 5632 sayılı Milli Kütüphane Kuruluşu Hakkında Kanun'la düzenlenmiştir. Bkz. 29.03.1950 tarihli ve 7469 sayılı Resmî Gazete. 5632 sayılı Kanun uyarınca Ankara'da kurulan Milli Kütüphane, Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlıydı. Ancak 703 sayılı KHK ile 4848 sayılı Kanun ve 5632 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış; Kültür ve Turizm Bakanlığı, 1 numaralı CBK ile düzenlenmiş ancak Milli Kütüphane Başkanlığı Kültür ve Turizm Bakanlığının merkez teşkilatında ayrı bir birim olarak teşkilatlandırılmıştır. Milli Kütüphaneyle bağlantılı görev ve yetkiler, Bakanlığın hizmet birimi olan Kütüphaneler ve Yayınlar Genel Müdürlüğüne verilmiştir. Bkz. 1 numaralı CBK m. 282/1: "*Kütüphaneler ve Yayınlar Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkileri şunlardır: (...) k) Milli Kütüphaneye şahıslar ve kurumlar tarafından, bağış suretiyle yapılacak kitap ve eşya yardımlarını kabul etmek, bunların ne şekilde kullanılacağı hakkında usul ve esasları belirlemek, ...*". 1 numaralı CBK m. 282/2: "*Milli Kütüphanenin bünyesinde oluşturulan Bibliyografya Merkezinin görev ve yetkileri Bakanlıkça belirlenir.*". Tüm bu değişikliklerin sonucunda Milli Kütüphane ayrı bir idari birim olmaktan çıkartılmış, Milli Kütüphanenin Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı diğer kütüphanelerden herhangi bir farkı kalmamıştır. Böylelikle 1946 yılında kuruluş adımları atılan ve 1950 yılında resmi olarak kurulan ve günümüze kadar varlığını sürdüren Milli Kütüphanenin birikimi ve deneyimi göz ardı edilmiştir. Türk Milli Kütüphanesinin güncel durumundaki belirsizliği ve kütüphanecilik hizmetleri açısından yaşanan endişeleri dile getiren bir yazı için bkz. YILMAZ, Bülent: "Türk Milli Kütüphanesi ile İlgili Güncel Durum Üzerine", *Türk Kütüphaneciliği*, 2019, Cilt 33, Sayı 3, s. 165 vd.

leri ve Bakanlıkça üniversitelerin bazı bölümlerinden⁵³ üç öğretim üyesi olmak üzere yedi üyeden oluşur. 4 numaralı CBK ile Eser Sağlama Kurulunun üye kompozisyonunda değişiklik yapılmamıştır.

Yazma ve nadir basma eserlerin kütüphanelere kazandırılması günümüzde iki yoldan olmaktadır. Bunlardan biri satın alma, diğeri ise bağıştır. Eserlerin mübadele yoluyla kütüphanelere kazandırılması fikri, 1925 yılında *Hamit Zübeyr* tarafından ortaya atılmışsa da bu fikir itibar görmemiştir. Günümüzde de mübadele yoluyla kazanımın kabul edilemez olduğu savunulmaktadır⁵⁴. 4 numaralı CBK'nin 727/2. maddesine göre Eser Sağlama Kurulunun görev ve yetkisi, yazma ve nadir basma eserlerin Başkanlık kütüphanelerine satış ve bağışlama yoluyla kazandırılmasına yönelik kararları almaktır. Eser Sağlama Kurulu, satış yoluyla Başkanlığa kazandırılacak eserleri ve bunların maddi değerlerini tespit eder. Eser Sağlama Kurulu kararları Başkanın onayı ile yürürlüğe girer⁵⁵.

Bağış kabulüne ilişkin hem 4 numaralı CBK'de hem de Eser Sağlama Yönetmeliği'nde hükümler bulunmaktadır. 4 numaralı CBK'nin 727/2. maddesine göre “*Kurul, (...) eserlerin Başkanlık kütüphanelerine kazandırılması amacıyla (...) bağış kabulüne yönelik karar alır.*”. Eser Sağlama Yönetmeliği'nin 6/1-b. maddesine göre bağış başvurularının kabulüne yönelik karar alma Eser Sağlama Kurulunun görevidir. Ancak Eser Sağlama Yönetmeliği'nin 15/1. maddesine göre “*Başkanlığa bağlı Bölge Müdürlükleri ve Yazma Eser Kütüphaneleri, koleksiyonlarını zenginleştirmek üzere bağış başvurularını kabul eder.*”. O halde, eser bağışının kabulünde hangi idari birim yetkilidir? Eser bağışlamak için bağışlayanın bölge müdürlüğü veya buna bağlı yazma eser kütüphanelerine başvuru yapması gerekir. Bağış bir özel hukuk sözleşmesi olduğu için bağışlayanın irade açıklaması öneri olarak kabul edilebilir⁵⁶. Bağışlayana bağışlamak istediği eserin geçici olarak alındığına dair bir form verilir (Eser Sağlama Yönetmeliği Ek-3). Bu aşamada söz konusu eserin bağışlanmak istendiği bu idari birimler tarafından kayıt altına alınmaktadır. Eser Sağlama Yönetmeliği'nin 6/1-b. maddesi uyarınca bağış başvurularının kabulüne yönelik karar almak Eser Sağlama Kurulunun görevi olduğu⁵⁷ ve aynı yönetmeliğin 15/1-a. maddesi⁵⁸ uyarınca bölge müdürlüklerinin ve yazma eser kütüphanelerinin bağışı kabul edilebilecek eserlerin listesini Başkanlığa ulaştıracağı düzenlendiği için bir eserin bağışının kabulünde yetkili olan idari birim Eser Sağlama Kuruludur. Eser Sağlama Kurulu, bağışlanmak istenen eserlerin Başkanlık tarafından kabul edilmesine ilişkin karar alır. Başkanın onayıyla yürürlüğe girecek olan bu kararın Başkanlığın kabul beyanı olduğu söylenebilir. Sonuç olarak Başkanlığın taşra teşkilatına dahil bölge müdürlükleriyle bunlara bağlı yazma eser kütüphanelerinin bağış kabul etme yetkisinden değil, bağış başvurularını kayıt altına alma yetkisinden bahsedilebilir.

D. Araştırma ve Eğitim Merkezi

4 numaralı CBK'nin 728. maddesine göre Başkanlık, Araştırma ve Eğitim Merkezi kurabilir. Kurulacak Araştırma ve Eğitim Merkezi, 4 numaralı CBK'nin 724/1-ı. maddesindeki görevi yerine getirmekle görevlidir. Araştırma ve Eğitim Merkezi, Başkanlığın faaliyet konularıyla ilgili eğitim ve kurslar düzenler. 4 numaralı CBK'nin 728/2. maddesinde Araştırma ve Eğitim Merkezinin kuruluş ve çalışma usul ve esaslarının yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir. Kamu tüzel kişiliğine sahip

⁵³ 4 numaralı CBK m. 727/2: “... kütüphanecilik, arşivcilik, bilgi ve belge yönetimi, Türk dili ve edebiyatı, Arap dili ve edebiyatı, Fars dili ve edebiyatı, tarih, Türk el sanatları, taşınır kültür varlıklarının korunması ve restorasyonu, sanat tarihi bölümleri veya ilahiyat fakültelerinden belirlenen üç öğretim üyesi ...”.

⁵⁴ CUNBUR, Müjgan: “Yazma Kütüphanelerimiz Bugünkü Durumları ve Meseleleri”, *Türk Kütüphaneciliği*, 1970, Cilt 19, Sayı 1, s. 13.

⁵⁵ 4 numaralı CBK m. 727/2: “... Kurul kararları Başkanın onayı ile yürürlüğe girer...”.

⁵⁶ Öneri ve kabul beyanları hakkında bkz. EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 243 vd.

⁵⁷ Eser Sağlama Yönetmeliği m. 6: “Kurulun görevleri şunlardır: a) Bu Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde atıf yapılan kriterler doğrultusunda satın alınacak eserlere karar vermek ve eserlerin maddi değerlerini tespit etmek, b) Bölge ve Kütüphane Müdürlüklerine yapılan bağış başvurularının kabulüne yönelik karar almak.”.

⁵⁸ Eser Sağlama Yönetmeliği m. 15/1-a: “Bölge Müdürlükleri ve Kütüphane Müdürlükleri tarafından bu Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde atıf yapılan kriterler doğrultusunda bağışı kabul edilebilecek eserlerin listesi, Kurul toplantısından önce Yazma ve Nadir Eserler Daire Başkanlığına ulaştırılır.”.

olan Başkanlığın kuracağı idari birimin kuruluş ve çalışma usul ve esaslarını kendi çıkaracağı yönetmelikle düzenlemesi gerekir.

SONUÇ

Yazma eser kütüphanelerinin yönetimi 2010 yılında kanunla kurulan Başkanlığa verilmiştir. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında Türk idari teşkilatında yapılan ilk değişikliklerle Başkanlık CBK ile yeniden düzenlenmiştir. 6093 sayılı Kanun, 4 numaralı CBK ve Başkanlığa ilişkin diğer düzenleyici işlemlerden ulaşılan sonuçlar şu şekildedir:

1. Başkanlığın kamu tüzel kişiliğine sahip olması bakımından herhangi bir değişiklik yaşanmamıştır. Başkanlık halen kamu tüzel kişiliğine sahip olup bir hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşudur.
2. Başkanlığın faaliyet alanı, yazma eser kütüphanelerinin etkin bir biçimde hizmet sunmasına ve yazma ve nadir basma eserlerin toplanması, korunması, geleceğe ulaştırılması ve hizmete sunulmasına ilişkin faaliyetler olduğu için görev ve yetkileri de bununla ilgili ve sınırlıdır. Başkanlığın görev ve yetkilerini dört başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar; yazma eser kütüphanelerinin etkin bir biçimde hizmet sunmasına ilişkin olanlar, eserlerin toplanmasına ilişkin olanlar, eserlerin korunması ve geleceğe ulaştırılmasına ilişkin olanlar ve eserlerin bilim, kültür ve sanat dünyasının hizmetine sunulmasına ilişkin olanlardır.
3. Başkanlık merkez ve taşra teşkilatından oluşmaktadır. Merkez teşkilatında ana hizmet-danışma-yardımcı hizmet birimleri ayrımının kaldırılması ve teşkilatın, hizmet birimleri çatısı altında toplanması dışında önemli bir değişiklik olmamıştır. Başkan, Cumhurbaşkanı tarafından atanmakla birlikte Kültür ve Turizm Bakanına karşı sorumludur. Başkanlık müşavirlerine ilişkin kanunla düzenleme dönemindeki sayı ve “özel önem ve öncelik taşıyan konularda görevlendirme” kriteri kaldırılmıştır. Başkanlığın taşra teşkilatı üç Bölge Müdürlüğünden oluşmaktadır. Eser Sağlama Yönetmeliği’nde bölge müdürlükleriyle bunlara bağlı yazma eser kütüphanelerinin bağış başvurularını kabul edeceği düzenlenmişse de bu yetki, bağış başvurularını kayıt altına almaktan ibarettir.
4. Başkanlık bünyesindeki Danışma Kurulu ve Eser Sağlama Kurulundan oluşan Sürekli Kurullar CBK ile devam ettirilmiştir. Sürekli kurullara ilişkin CBK ile yapılan değişiklik, bazı üyelerin görev sürelerine ilişkindir. Bakanlıkça belirlenen üyelerin görev sürelerine ilişkin iki yıllık süre CBK’de öngörülmemiştir. 6093 sayılı Kanun’da yer alan görev süresine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırıldığı için Yönetmelik’te yer alan söz konusu üyelerin görev sürelerine ilişkin iki yıllık süre sınırı hukuka aykırıdır. Benzer biçimde Başkanlık dışından Sürekli Kurullara seçilen üyelere ödenecek huzur hakkına ilişkin düzenlemeye de CBK’de yer verilmemiştir. 6093 sayılı Kanun’da yer alan huzur hakkına ilişkin hüküm de yürürlükten kaldırıldığı için huzur hakkına ilişkin Yönetmelik hükmü de hukuka aykırıdır. Danışma Kurulunun kararları tavsiye ve görüş niteliğindedir. Bağış başvurularını kabul etme yetkisi Eser Sağlama Kuruluna aittir.
5. Başkanlığın 2010 yılından itibaren yapmış olduğu düzenleyici işlemler 703 sayılı KHK’nın geçici 16. maddesi uyarınca halen yürürlüktedir. Başkanlık satım ve bağış gibi özel hukuk işlemleriyle üçüncü kişilerle hukuki ilişkiye girmektedir. Bu işlem türleriyle özel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınır kültür varlığı niteliğindeki yazma eserlerin mülkiyetini kazanmakta ve böylece söz konusu eserler kamu hizmetine tahsis edildiğinde kamu malı haline gelmektedir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı ile Önceki Sistemdeki Bakan Yardımcısı ve Müsteşarın Kıyaslanması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 1, s. 287-303.
- CUNBUR, Müjgan: “Yazma Kütüphanelerimiz Bugünkü Durumları ve Meseleleri”, *Türk Kütüphaneciliği*, 1970, Cilt 19, Sayı 1, s. 3-17.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Sayı 7, s. 373-398.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev: *İdare Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1979.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN Turgut: *İdare Hukuku, Cilt 1 Genel Esaslar*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- GÜLAN, Aydın: *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999.
- GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2017.
- İSBİR, K. Begüm: *Kamu Tüzel Kişiliği*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- KOZAN, Tuğçe: *Türkiye’de Yazma Eser Kütüphanelerinin Organizasyonu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016.
- LYNN, M. Stuart: *Bilgi Ortamının Değiştirilmesinde Dijital ve Dijital Olmayan İşlemler Arasındaki Münasebetler Konusunda Açıklamalı Teknik Terimler Sözlüğü*, (Çev.) İLEMİN, Necla / BÜYÜKKIRCALI, Necla, T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Cumhuriyet Arşivi Daire Başkanlığı Yayını, Ankara, 1994.
- ÖZAY, İl Han: *Günüşiğinde Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- ÖZEL, Sibel: “Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, Cilt 24, Sayı 1, s. 215-238.
- RUKANCI, Fatih: “Kültürel Mirasın Gelecek Kuşaklara Aktarılması ve Tanıtımında Yazma Eser Kütüphaneciliği”, *Erdem Dergisi*, 2018, Sayı 74, s. 99-116.
- SEFERCİOĞLU, Necmeddin: “Milli Kütüphane’nin Devlet Teşkilatındaki Yeri”, *Türk Kütüphaneciler Derneği Bülteni*, 1988, Cilt 2 Sayı 1, s. 1-2.
- SEVER, D. Çiğdem: *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- YASİN, Melikşah: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019, Cilt 36, Sayı 1, s. 315-333.
- YILMAZ, Bülent: “Türk Milli Kütüphanesi ile İlgili Güncel Durum Üzerine”, *Türk Kütüphaneciliği*, 2019, Cilt 33, Sayı 3, s. 165-167.

Egemenlik ve Evrensel Yargı Yetkisi İlişkisinin Uluslararası Ceza Hukuku Boyutu^(*)



*The International Criminal Law Dimension of the
Relationship between Sovereign and Universal Jurisdiction*

Merve ŞAHİN AKDEMİR



Araştırma Görevlisi

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Egemenlik,
İç Egemenlik,
Evrensel Yargı Yetkisi,
Uluslararası Suç,
Jus cogens.*

Öz

Uluslararası düzeni bozan kimi suçların faillerinin buldukları yerde yargılanmaları gerekebilir. Çalışmamızda, bırakmış olduğu etki bakımından uluslararası suçların yargılanabilmesine dayanak oluşturan evrensel yargı yetkisinin ne olduğu izah edilecektir. Bu bağlamda devletin sahip olduğu egemenlik yetkisinin sınırlandırılabilmesinin dayanak noktaları açıklanacaktır. Bilhassa *jus cogens* norm olarak nitelendirilen ve örf ve âdet hukukunun da kaynağını oluşturduğu normların evrensel yargı yetkisinin kullanılabilmesi bakımından önemi ortaya konulacaktır. Evrensel yargı yetkisi, devletin suçun işlendiği yere, mağdurun ve failin vatandaşlığına bakılmaksızın yargılama bakımından yetkili olması anlamına gelmektedir. Bu bakımdan evrensel yargı yetkisi, suç işleyen failin vatandaşı olduğu ülkenin ve suçun işlendiği yerdeki devletin iç egemenliğine doğal olarak birtakım sınırlandırmalar getirmektedir.

Keywords

*Sovereignty,
Internal Sovereignty,
Universal Jurisdiction,
International Crime,
Jus cogens.*

Abstract

The perpetrators of some crimes that disrupt the international order may need to be tried where they are found. In our study the universal jurisdiction which forms the basis for the prosecution of international crimes in terms of the effect it has left will be analyzed. In this context, the basis of limiting the sovereign power of the state will be explained. In particular, the importance of the norms, which are defined as *jus cogens* norms and from which the customary law originates, will be revealed in terms of the use of universal jurisdiction. Universal jurisdiction, where jurisdiction is committed, the victim is likely to be close and likely to fail. In this respect, universal jurisdiction naturally imposes some limitations on the internal sovereignty of the country where the perpetrator is a citizen and the state where the crime was committed.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 17.05.2022, Kabul Tarihi: 20.07.2022.

GİRİŞ

Evrensel yargı yetkisinin ne olduğu ve kapsamına hangi suçların dâhil olduğu, uzun zamandır tartışılabilen konulardan biridir. Tarihsel açıdan evrensel yargı yetkisi, devletin egemenliğine sınırlama getiren yetkilerden biri olarak görülmüştür. Zira devletin sahip olduğu yargı erki, evrensel yargı yetkisinin kapsamına giren suçlar söz konusu olduğunda büyük ölçüde sınırlanmakta; başka bir devlet, yargı yetkisine sahip olan devlete ait yetkileri kullanmaktadır. Söz konusu durum evrensel yargı yetkisinin kullanılabilmesi bakımından tartışmalara yol açmaktadır.

Çalışmamızda evrensel yargı yetkisinin ne olduğu, bu yetkinin kaynağı ve sınırları incelenecektir. Yetkinin kaynağı olan uluslararası örf ve âdet hukuku ile örf ve âdet hukukunun bir unsuru olan *opinio juris*'in evrensel yargı yetkisi hususundaki önemi ortaya konulacaktır.

I. ULUSLARARASI HUKUK VE BAĞLANTILI OLARAK ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

Uluslararası hukukun gelişiminin incelenmesi, çalışmamız bağlamında ele alınan evrensel yargı yetkisinin nasıl uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı olarak tanındığı hususunda büyük önem arz etmektedir. Zira bu yetki birdenbire tanınmamış, uluslararası hukuk ve uluslararası hukuk alanında oluşan örf ve âdet hukuku kurallarının gelişimini izlemiştir.

16. yüzyıldan sonra gelişmeye başlayan uluslararası hukukun tarihi açıdan incelenmesi çok daha sonra mümkün olmuştur. Bu inceleme 20. yüzyıla kadar gerçekleşmemiş, 1960'lardan sonra başlamıştır. Zira 1960'lı yıllara kadar uluslararası hukuk, Avrupa ve Yakın Doğu sınırları içerisinde dikkate değer görülmüştür¹.

Uluslararası hukukun gelişimi, hukukun tek tek devletler bazında gelişiminden farklı olarak gerçekleşmiştir. Zira uluslararası hukukta her devletin kendi sınırları içerisinde egemenlik hakkı söz konusudur. Uluslararası alanda egemenlik hakkına sahip olan bu devletler, ancak egemenliklerini sınırlandırma noktasında rıza gösterdikleri zaman kurallara dayalı bir hukuk düzeni kurulabilmektedir. Uluslararası örgütler ve uluslararası anlaşmalar da devletlerin rızaları dâhilinde kurulmakta ve yapılmaktadır. Verilen rıza ya sözleşmelere taraf olma ya da örf ve âdet kuralına uyma şeklinde gerçekleşmektedir².

Mezopotamya'da Sümerler Dönemi, Nil Nehri'nde Mısırlılar Dönemi hukukun gelişmeye başladığının gözlemlendiği en erken dönem olarak kabul edilmektedir. Ancak bu dönemde de ulusal sınırlar dışında gerçekleştirilen işlemler için hukuk kuralları mevcut olmayıp günümüz anlamında bir uluslararası hukuk düzeni söz konusu değildir. M.Ö. 1450'den 1200'e kadar Mısır, Babil, Küçük Asya Hitit Krallığı, Mezopotamya ve Asur İmparatorluğu'nun sahip olduğu güç ve eşitlik, geniş çapta ticari ilişkiler ve kültürel bağlantılar sayesinde -tam anlamı ile olmasa da- uluslararası hukukun temelinde önemli bir yer edinmiştir. Bilhassa Hititler, mevcut ilişkilerini oluşturmuş olduğu kurallar dâhilinde gerçekleştirmiş, bu hususta önderlik etmiştir. M.Ö. 15 ve 16. yüzyılda ise Mısır, küçük ölçekli de olsa uluslararası hukuk bağlamında değerlendirilebilecek kurallar ve ilişkilere imza atmıştır. Zira ticareti anlaşmalar vasıtasıyla gerçekleştirmiş, bu hususta örnek olmuştur³.

Uluslararası hukuk, gerçek anlamda, pozitif okulun gelişimini izlemiştir. Pozitif okulun babası olarak kabul edilen *Moser*, uluslararası hukukta mevcut anlaşmalarla hangi kuralların konulduğunu ve kurallara uymanın hangi düzeyde olduğunu incelemiş ve uluslararası hukukun gelişimine katkı sağlamıştır⁴.

¹ AMERASINGHE, C. F.: "The Historical Development of International Law - Universal Aspects", *Archiv des Völkerrechts*, 2001, Band 39, No 4, s. 370.

² THIRLWAY, Hugh: *The Sources of International Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2019, s. 6.

³ AMERASINGHE, s. 370-371.

⁴ MAXEY, Edwin: "Development of International Law", *American Law Review*, 1906, Volume 40, Issue 2, s. 188.

Moser ile birçok açıdan ortak görüşe sahip olan Göttingen Üniversitesi profesörü *Martens* ise 1788 yılına geldiğinde “Anlaşmalar ve Kullanımı Üzerine Kurulan Modern Avrupa Uluslararası Hukuku’nun (*International Law of Modern Europe Founded on Treaties and Usage*)” özetini yayımlayarak uluslararası hukuk alanında etki doğuran ve yetkinliğini muhafaza eden önemli bir çalışmaya imza atmıştır. Bu önemli çalışma daha sonraları da *Martens*’in halefleri tarafından genişletilmiştir. Bunun yanı sıra 1791 yılına geldiğinde karşımıza çıkan barış anlaşmaları, ittifak vb. derlemeleri oldukça önem arz eden ve *Martens*’in özetinden çok daha geniş yankı uyandıran bir metin olmuştur⁵.

Uluslararası hukukun teorik bakımdan gelişimi bu şekilde seyretse de uluslararası hukukun gelişimi açısından en büyük etkiyi doğuran olay Viyana Kongresi olmuştur. Napolyon’un ardından bozulan güç dengesi, Viyana Kongresi ile yeniden kurulmaya başlamıştır. Bu durum, uluslararası hukukun sağlıklı bir şekilde gelişimi için oldukça önemlidir. Viyana Kongresi sayesinde, savaşlar neticesinde bozulan güç dengesi tekrar inşa edilmiş, uluslararası hukukun gelişiminin durması engellenmiştir. Viyana Kongresi bu dengesizlik durumunu değiştirerek güçler dengesi ilkesinin tanınmasına ve ortak sularda daha özgürce hareket edilmesine, diplomatik ajanların bugünkü anlamda sınıflandırılmasına büyük etki etmiştir⁶.

Uluslararası hukukun ne olduğunun tam anlamıyla izah edilmesi çok daha sonra gerçekleşmiştir. Uluslararası hukuk, geleneksel anlayışa göre devletlerarası ilişkiler bağlamında ele alındığından “devletlerarası ilişkileri düzenleyen kurallar düzeni” olarak tanımlanmaktadır. Toplumbilimci görüşe göre ise uluslararası hukuk, toplumu oluşturan bireylerden oluşan insanlığın tümüne ait bir hukuk dalıdır. Buna göre bireyler, tek ya da topluca bağlandıkları siyasal toplumlar aracılığıyla ilişkilerini uluslararası düzeyde kurmaktadır. Konuyu daha karma biçimde inceleyen görüş ise uluslararası hukuku bireyler düzeyinde ele alması da uluslararası alanda kişiliği bulunan örgütlenmeler arasındaki ilişkileri düzenleme altına alan hukuk dalı olarak tanımlamaktadır⁷.

Modern uluslararası hukukun gelişimi ile uluslararası hukukun ne anlama geldiğini ifade etmek daha da güçleşmiştir. Önceleri yapılan uluslararası hukuk tanımlamalarında ise bu tür bir güçlük bulunmamaktadır. Örneğin *J. Wastlake*; uluslararası hukuku, devletlerin eylemlerinde ve birbirleriyle olan ilişkilerinde uygulamakla yükümlü olduğu kuralların bütünü olarak tanımlamıştır⁸. Modern anlamda uluslararası hukuk, devletlerin kendileri ve vatandaşları için diğer devletlerden talep edebileceği hakların ve devlete karşı yerine getirilmesi gereken görevlerin tamamı olarak tanımlanabilir⁹.

Uluslararası hukukun gelişimini, uluslararası ceza hukukunun gelişimi izlemiştir. Uluslararası alanda devletler tarafından işlenen bazı suçların muhakeme edilebilmesi, yaptırımın doğrudan devlet tüzel kişisi adına uygulanamaması nedeniyle bireyler hakkında sorumluluk yolu açılması gerekliliği, uluslararası ceza hukukuna duyulan gerekliliği açığa çıkarmıştır. Devletlerin uluslararası alanda suç işlemiş olan yetki sahibi kişileri yerel mahkemelerinde yargılamaları, uluslararası ceza mahkemelerinin ortaya çıkışına zemin hazırlamış, bilhassa II. Dünya Savaşı’ndan sonra Nürnberg ve Tokyo mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler, ilk kez uluslararası alanda işlenen suçların; insanlığa karşı suçlar, barışa karşı suçlar ve savaş suçları olarak gruplara ayırma yoluna gitmiştir¹⁰.

Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinin kurulmasının ardından Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluşu gerçekleşmiştir. Uluslararası Ceza Mahkemesinin 20. yüzyılın sonuna kadar kurulmamasının nedeni, devletlerin en temel yetkilerinden biri olan yargı yetkisini ve bağımsızlığını sınırlayıcı herhangi bir durumu kabul etmemelerinden, bu hususta taviz vermeme bakımından taşımış oldukları inançtan kaynaklanmıştır¹¹.

⁵ MAXEY, s. 188.

⁶ MAXEY, s. 189.

⁷ PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 4.

⁸ JENNINGS, Robert Y.: *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier Science Publishers, New York, 1984, s. 278

⁹ JENNINGS, s. 280.

¹⁰ AKSAR, Yusuf: *Uluslararası Hukuk II*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013 (Uluslararası Hukuk II), s. 140-142.

¹¹ AKSAR, *Uluslararası Hukuk II*, s. 143-144.

II. EGEMENLİK VE ULUSLARARASI HUKUK

Egemenlik, devletin sınırları açıkça çizilmiş bir bölge içerisinde, en üst düzeyde otoriteyi kullanma hususundaki talebinin tanınması olarak tanımlanmaktadır¹². Egemenliğin içkin niteliğinde bulunan üstünlük, sınırları açıkça belirli olan devlet ile yetki ve tanınma kavramları yoruma açık, tartışılabilir kavramlardır. Üstünlük, egemenlik yetkisini elinde bulunduran kişiden daha üstün konumda bir kişinin olmaması anlamına gelmektedir. Sınırları açıkça belirli olan devletten ne anlaşılması gerektiği ise açık değildir. *Barry Buzan*, devletin birbiriyle bağlantılı üç bileşenden oluştuğunu öne sürmüştür: birincisi, devletin duygulanımsal boyutu veya fikri (gelenekleri, tarihi, kültürü ve ideolojisi); ikincisi, devletin fiziksel temeli (bölgesi, nüfusu ve kaynakları) ve üçüncüsü, kurumsal ifadesi (hükümeti, yasaları ve kurumları)¹³. Yetki ve tanınma kavramları ise egemenliğin ne olduğunun anlaşılabilmesi için hayati öneme sahip kavramlardır. Yetki, kişilerin devlet içerisinde sahip oldukları konum nedeniyle diğer kişilerin bir şey yapmasına izin verme hakkına sahip olmasını ifade etmektedir¹⁴. Bu açıdan egemenliğin içkin niteliğini oluşturan yetki, bu erki elinde bulunduran kişinin gücünü kullanmasının meşru olması ve kişinin koymuş olduğu kurallara gönüllü olarak itaat edilmesi, kurallara uymanın zorlama veya ikna olmaksızın sağlanabilmesini ifade eder¹⁵. Egemenlikle ilişkili bu kavramların izahı oldukça güç olmakla beraber kavramlar tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

Egemenliğin özerklik, bölge, nüfus, otorite, tanınma ve benzeri birçok kavram ile ilişkisinin bulunması, kavramın hem siyasi hem yasal niteliğe kavuşmasına neden olmakta; bu da tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu durum egemenliğin tam olarak açıklanmasının önünü kapatmaktadır. Ancak egemenlik, kısaca, otoritenin nihai kaynağını ve yönetim ile otorite ilişkisinin temelini oluşturmaktadır. Genel olarak egemenlik, sınırları belirli bir alan içerisinde, nihai otoritenin kullanılmasına ilişkin isteğin tanınması olarak ifade edilebilir¹⁶.

Egemenlik, çağdaş uluslararası hukuk sistemi ile zamanla aşındırılmış ve karşılıklı tanıma ile ortak beklentilerin uluslararası toplum tarafından paylaşılması boyutunu kazanmıştır. Bu açıdan devletin otoritesinin arttığını ileri sürenler olduğu gibi egemenliğin içkin niteliğinde bulunan kontrol yetkisinin zamanla azaldığını ileri sürenler de mevcuttur¹⁷.

Egemenliğin ne olduğuna ilişkin tartışmaların dört farklı şekilde gruplandırılması mümkündür. Bunlar; uluslararası yasal egemenlik, Vestfalya egemenliği, iç egemenlik ve karşılıklı bağımlılık egemenliğidir. Uluslararası yasal egemenlik, resmi hukuki bağımsızlığa sahip olan devletlerin karşılıklı olarak birbirlerini tanımaları ile bağlantılı olarak; Vestfalya egemenliği, belirli bir bölgede oluşturulan otoritelerden dış aktörlerin dışlanması temel alan örgütlenme biçimi olarak; iç egemenlik, devletlerin kendi siyasi sınırları içerisinde sahip oldukları otorite ve otoritelerine ait olan politikaları etkin bir biçimde uygulayabilmeleri ve uygulamaları kontrol edebilmeleri olarak; karşılıklı bağımlılık egemenliği ise devlet içerisinde kontrol gücünü elde bulunduranların bilgi, fikir, mal, insan veya sermaye akışını kontrol mekanizmalarının sınırları dâhilinde düzenlemeleri ve düzenleme hususunda yeterli güce sahip olmaları şeklinde açıklanmaktadır¹⁸.

Uluslararası yasal egemenlik ve Vestfalya egemenliği devletin otoritesi ve meşruiyetine ilişkin hususları içerisinde barındırır. Her iki egemenlik türünün ortak noktaları bulunsa da temelde birbirlerinden ayrılan birçok niteliği bulunmaktadır. Uluslararası yasal egemenlik, devletlerin tanınması hususunu resmi olarak hukuki bağımsızlığa sahip olan devletlere kadar genişletir ve kapsar. Vestfalya

¹² ZAUM, Dominik: *The Sovereignty Paradox*, Oxford University Press, New York, 2007, s. 28.

¹³ ZAUM, s. 29.

¹⁴ ZAUM, s. 29-30.

¹⁵ ZAUM, s. 30.

¹⁶ ZAUM, s. 28.

¹⁷ KRASNER, Stephen: *Sovereignty*, Princeton University Press, United Kingdom, 1942, s. 3.

¹⁸ KRASNER, s. 3-4.

egemenliği ise otoriteden, ister *de facto* ister *de jure* olsun, diğer devletleri dışlar. Hukuki varlığa sahip olan devletleri dahi kapsayıcı özellik göstermez. İç egemenlik ise yönetim şekli içerisindeki meşru otoritenin belirlenmesini, bu otoritenin kontrol yetkisini içerisinde barındırır. Son olarak karşılıklı bağımlılık egemenliği, devletin sahip olduğu sınırlar dışında bulunan bölgelerde işlem yapabilme, kontrol edebilme yetkisini barındırır. Karşılıklı bağımlılık egemenliğinde otoriteden söz edilemez¹⁹.

İç egemenlik, herhangi bir yasal kısıtlamaya tabi olmaksızın yasa yapma gücü, toplum tarafından itaat edilen kişinin sahip olduğu güç şeklinde izah edilebilir. Bu bakımdan egemen güç, üzerinde hâkimiyet kurduğu bölgede herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın yetkilerini kullanabilir²⁰. İç egemenlik yetkisinin sınırlandırılabilir bir yetki olmadığı tarih boyunca kabul edilmiştir²¹.

Egemenlik, tarih boyunca öncelikle iç egemenlik kavramını karşılamak için kullanılmıştır. Egemenliğin ne olduğu üzerine çalışan *Machiavelli*, *Hobbes*, *Bodin* ve *Locke*, kavramı farklı şekillerde izah etmişlerdir²².

Machiavelli, egemenliğin mutlak ve sınırlandırılmaz olduğunu ileri sürmüştür. Egemenlik, toplum üzerinde mutlak bir güç olarak tanınmaktadır. Halkın refahı açısından da bir egemenin varlığı gerekli olup birlik ve bütünlük içerisinde olan bir iktidar halkın teminatı olarak görülebilir²³. Egemen, her şeyi yoktan vara çeviren ve varlığına tartışmasız ihtiyaç duyulan kişidir. *Machiavelli*, iktidarı her şeyin üstünde tek ve mutlak olarak kabul etmiş ve temel amacın bunun teminatını sağlamak olduğunu belirtmiştir. Bu açıdan halk, yalnızca araç konumundadır; halk egemen gibi amaçsallaştırılmaz. Egemenliğin meşruiyetini “ortak iyi” sağlamıştır ve ortak iyiyi iktidar olarak açıklamıştır. Egemenliğin hiçbir şekilde parçalanamayacağını ileri sürmüştür. Bu açıdan egemenin sınırsız, mutlak ve sorgulanamaz bir yanı olduğunu kabul etmiştir. *Machiavelli*, egemenliği hükümdarın gücüne dayalı olarak açıklamıştır²⁴.

Klasik anlamda egemenliğin temelleri ise 16. yüzyıla dayanmakta olup²⁵ *Bodin*, bugünkü anlamda egemenlik kuramının kurucularından biri olarak kabul edilmektedir²⁶ ve ilk kez egemenliğin iç ve dış boyutlarını birleştirmiştir²⁷. *Bodin*'in egemenlik anlayışına göre egemenlik, mutlak olup egemenin iradesi ile açıklanabilir. Bu bakımdan egemenin üstünde herhangi bir otorite bulunmamaktadır²⁸. Egemen; yasa yapma, kaldırma ve değiştirme hususunda tam yetkiye sahiptir. Egemenin iradesine dayalı olarak oluşturulan yasalar, bu nedenle hukukun üstünde olup hukuk, etik anlamına gelmektedir. Devleti oluşturan tüm iktidarlar, egemenin iktidarına tabi olup yargı iktidarının yasama iktidarından bağımsız olarak hareket etmesi veya yasalara aykırı davranması kabul görmemektedir²⁹.

¹⁹ KRASNER, s. 4.

²⁰ MACCORMICK, Neil: *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, New York, 2002, s. 127.

²¹ LOWELL, A. Lawrence: “The Limits of Sovereignty”, *Harvard Law Review*, 1888, Volume 2, Issue 2, s. 70.

²² KRASNER, s. 11. Benzer şekilde *Hinsley*, egemenlik hakkındaki düşüncelerini “Egemenlik, nihai ve mutlak siyasi otoritedir, başka bir yerde ayrıca bir mutlak otoriteden söz edilemez.” şeklinde ileri sürmüştür. Bkz. KRASNER, s. 11. Bu açıdan egemenlik, dört farklı şekilde izah edilse de kavramdan temelde ele alınan iç egemenliktir.

²³ MACHIAVELLI, Niccolo: *Selected Political Writings: The Prince, Selections from The Discourses, Letter to Vettori*, Hackett Publishing, USA, 1994, s. 69.

²⁴ CASSIRER, Ernst: *The Myth of State*, Yale University Press, London, 1946, s. 144.

²⁵ Modern anlamda egemenlik 19. yüzyıla kadar var olmamıştır. Egemenlik modern devletin ürettiği bir şeydir. Egemenlik kuramının öncülerinden kabul edilen *Bodin*, *Hobbes*, *Locke*'un görüşlerini ileri sürdüğü dönem de dâhil olmak üzere modern anlamda devlet mevcut değildir. Detaylı bilgi için bkz. JACOBSEN, Trudy / SAMPFORD, Charles / THAKUR, Ramesh: *Re-Envisioning Sovereignty*, Ashgate Publishing, USA, 2008, s. 24.

²⁶ KORKUT, Levent: “Ulus Devletin Ortaya Çıkışından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramlaşmaları”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 2, Sayı 1, s. 31.

²⁷ JACOBSEN / SAMPFORD / THAKUR, s. 27.

²⁸ *Locke*, *Mill*, *Marx*, *Dahl*, egemenliğin kaynağının nihai bir otorite olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Bkz. KRASNER, s. 11.

²⁹ BODIN, Jean: *On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, s. 23.

Egemenliğin doğasının ne olduğu hususu oldukça tartışmalıdır ve çoğu zaman gizlenir. Egemenlik; tanrıyla, prensle, kralla, ulusla parlamentoyla, halka ilişkilendirilir ve bu şekilde açıklanır³⁰. Ancak *Bodin*'e göre egemenlik daimidir. Başka bir ifade ile egemenlik, egemenlik yetkisini elinde bulunduran kişilerden bağımsız olarak varlığını daima devam ettirir. Egemenlik yetkisini elinde bulunduran kişinin değişmesi, egemenliği ortadan kaldırmadığı gibi sınırlandırmamaktadır³¹.

Bodin her ne kadar egemenlik yetkisinin mutlak olduğunu belirtse de bu yetkinin zaman zaman doğal hukuk sınırlandırmasına tabi tutulacağını, bu yolla egemenliğin çerçevesinin çizilebileceğini belirtmiştir³². *Bodin*'e göre hükümdar, daima doğal hukuka ve Tanrı'nın buyruklarına uymakla yükümlüdür, bu noktada sınırsız egemenlik anlayışı kabul edilemez³³.

Hobbes, devletin olmadığı bir durum hayal etmiş ve bu durumda savaşın olacağını ileri sürmüştür. İnsanlığı savaş hâliinden kurtaracak olan tek şeyin sözleşme yolu ile doğal hâldeki haklarını bir egemene devretmesi olduğunu kabul etmiştir. Herkesin sözleşme yolu ile bu şekilde birleştikleri hâl, devlet olarak kabul edilebilir. Devletin meşruiyetini sağlayan sözleşme, hakların devredilmesi sonrasında ortadan kalkmış ve meşruiyet egemenin iradesi ile izah edilmiştir. Zira sözleşmenin daha sonra hükümdarın egemenliğine sınırlama getirme korkusu oluşmuştur. Egemenlik; mutlak, bir, sınırsız ve bölünmez niteliğe sahiptir³⁴.

Hobbes'e göre egemen, devlet içerisinde gerçekleştirilen tüm iş ve işlemler bakımından sınırsız yetkili bir konuma sahiptir. Zira egemenin sınırsız yetkilerinin olduğu bu hâl, egemenin bulunmadığı savaş hâliinden daha iyi bir hâldir. *Hobbes*, ileri sürmüş olduğu bu görüş ile Leviathan'a itaatın gerekliliğini meşrulaştırmış görünmektedir³⁵. Sözleşme ile birlikte haklarını egemene devreden halk için devlet kurulduktan sonra sözleşmenin bir önemi kalmadığından görevler sıralanmaya başlamış, haklar ortadan kaldırılmıştır³⁶.

Egemenliğin ne olduğuna dair ileri sürülen bu görüşler zamanla etkisini yitirmeye başlamış, egemenliğin sınırlandırılabilmesi fikri doğmuştur. Devletin sahip olduğu bu egemenlik yetkisinin *jus cogens* normlarla koruma altına alınan insan hakları normları ile sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Bu açıdan *jus cogens* normlar söz konusu olduğunda iç egemenlik, dış kısıtlamalara ve sınırlandırmalara tabi olmalıdır³⁷.

Jus cogens normlar, uluslararası hukukta özel önemi haiz normlar içerisindedir. İçkin niteliğinde, güvenlikten siyasete ve eşitlik hakkına kadar birçok konuyu ilgilendiren normlar mevcuttur. *Jus cogens* normlar³⁸ o denli önemlidir ki normlara aykırı hareket etmek uluslararası hukuk tarafından hiçbir zaman kabul görmez. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53 ve 54. maddelerinde de *jus cogens* normların bu tavizsiz niteliği önemle vurgulanmıştır. Başka bir ifade ile *jus cogens* normlar devlet iradesinin üstünde kabul edilmekte, bu açıdan devlet egemenliğini sınırlamaktadır. Zira normların üstünlüğü, devletlerin birbirlerine ve vatandaşlarına karşı yapabilecekleri hususunda kırmızı bir çizgi vazifesi görmektedir. Kölelikten işkenceye, saldırı yasağından ırk ayrımcılığına, kendi kaderini tayin hakkından silahlı çatışmalarda uygulanabilecek olan insancıl hukuk ilkelerine kadar kabul edilmiş birçok *jus cogens* normu bulunmaktadır³⁹.

³⁰ JACOBSEN / SAMPFORD / THAKUR, s. 23.

³¹ BODIN, s. 3

³² FRANKLIN, Julian H.: *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973, s. 30.

³³ JACOBSEN / SAMPFORD / THAKUR, s. 27.

³⁴ HOBBS, Thomas: *Leviathan*, 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1993, s. 131-136.

³⁵ HOBBS, s. 135.

³⁶ HOBBS, s. 17-18.

³⁷ PAVEL, Carmen E.: *Divided Sovereignty*, Oxford University Press, New York, 2015, s. 59.

³⁸ *Jus cogens* normlar aynı zamanda kesin normlar olarak kabul edilmektedir. Bkz. PAVEL, s. 15.

³⁹ PAVEL, s. 15.

Jus cogens normlar, devletlerin kendi iradeleri ile egemenliklerini sınırladıkları anlaşmalara taraf olmaktan farklılık arz eder. Zira devletler; ticaret düzenlemeleri, karşılıklı yardımlaşma, bilimsel iş birliği, tarihi alanların korunması, ekonomik yardım veya deniz yaşamının korunması gibi pek çok amaçla uluslararası sözleşmelere dâhil olur. Ancak bu dâhil olma durumu zorlayıcı bir durum değildir. Diğer bir deyişle devletlerin anlaşmalara dâhil olmama hususunda özgürlük alanları mevcuttur. Aynı şekilde devletler, anlaşmalara dâhil olduktan sonra her daim çıkma hakkına sahiptir, başka bir ifade ile “devre dışı bırakma” maddesi bütün anlaşmalarda mevcuttur. Devletler arasında yapılan anlaşmalar, bu açıdan bireylerin birbirleriyle yapmış oldukları anlaşmalara benzer niteliktedir. Devletler de bireyler gibi anlaşma yapıp yapmama veya yapmış oldukları anlaşmalardan ayrılma hakkına sahiptir. *Jus cogens* kuralları söz konusu olduğunda ise kuralları uygulayıp uygulamamak devletlerin özgürlük alanına dâhil edilmemiştir. Örneğin soykırım, savaş suçu, insanlığa karşı suç gibi birtakım suçlar devletler tarafından takdir yetkilerine bağlı olarak işlenememektedir⁴⁰. Bu nedenle egemenliğin sınırlandırılabilir olduğu fikri zamanla kabul görmüş, egemenliğe dair değerlendirmeler bu kapsamda yapılmaya başlamıştır.

III. EVRENSEL YARGI YETKİSİ VE EGEMENLİK

Yerel mahkemeler, devletin sınırları içinde işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisini kullanır. Ancak bazı hâllerde, devletin egemenlik sınırları dâhilinde işlenen suçlar bakımından yargı yetkisini kullanabileceği hâller sınırlandırılır ve sınır ötesi yargı yetkisinin kullanılması söz konusu olur. Sınır ötesi yargı yetkisinin kullanılabilmesi çok ciddi suçların yargılanması “evrensel yargı yetkisi”nin kapsamında değerlendirilir⁴¹.

Geleneksel uluslararası hukukta, evrensel yargı yetkisinin nasıl tanımlanması gerektiğine dair doktrinel bir uzlaşma bulunmamaktadır. Üzerinde uzlaşmaya varılmamış olması, kavramın tanımlanmaya muhtaç yanını ortadan kaldırmamaktadır. Kavram, yargı yetkisinin ülke ve milliyetten bağımsız olarak kullanılması ile ilgilidir. Kısaca evrensel yargı yetkisi, devletin toprakları dışında işlenen suç hakkında, suçun mağduru ile faili vatandaşı olmasa dahi, kendi kanunlarını uygulama yetkisini ifade eder⁴². Bu açıdan evrensel yargı yetkisinde, devletin sınırları dâhilinde olan veya olmayan suçlar bakımından -mülklik ve şahsilik ilkesi gibi- aranan ülke, suç, fail ve mağdur gibi hususlar aranmamaktadır⁴³.

Cezasızlık ve Uluslararası Adalet için Brüksel İlkeleri’nin 13. maddesinde evrensel yargı yetkisi tanımlanmıştır. Buna göre evrensel yargı yetkisi; devletin, suçun işlendiği yere, suçu işleyen faile ve suçun mağdurunun uyruğuna bakılmaksızın yetkili olmasını ifade etmektedir. Devlet bu yetkiyi, suçun kendi topraklarında veya kendi toprakları dışında işlenip işlenmediğine bakılmaksızın kullanır. Ayrıca bu yetki, yargılama yetkisine sahip olan devletin iç hukukuna göre tanınmamış olsa da uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı kapsamında kullanılabilir⁴⁴.

Evrensel yargı yetkisi, uluslararası alanda meydana gelen insancıl hukukun ağır ihlallerini önleyerek adaleti sağlamak amacıyla 1990’lardan itibaren tanınmaya başlamış bir kavramdır. Bu ilke uyarınca devletler, mağdur veya failerin uyruklarına bakılmaksızın insancıl hukuk bakımından ağır ihlâl niteliği bulunan suçları işleyen faileri adalete teslim etmektedir⁴⁵.

⁴⁰ PAVEL, s. 60.

⁴¹ BUTLER, A. Hays: “The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of Literature”, *Criminal Law Forum*, 2000, Volume 11, Issue 3, s. 354.

⁴² HESENOV, Rahim: “Universal Jurisdiction for International Crimes - A Case Study”, *Avrupa Suç Politikası ve Araştırma Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 3, s. 275.

⁴³ KOCAOĞLU, S. Sinan: “Evrensel Yetki”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Sayı 60, s. 193.

⁴⁴ Brussels Group for International Justice: Brussels Principles Against Impunity and For International Justice, (Brüksel, 11 Mart, 2002) 2002, s. 7-8 (<https://www.legal-tools.org/doc/7205b9/pdf/>, E.T.: 11.04.2021).

⁴⁵ RYNGAERT, Cedric: “Universal Criminal Jurisdiction”, *Criminal Law Forum*, 2008, Volume 19, Issue 2, s. 353.

20. yüzyılda yaşanan eşi benzeri görülmemiş suçlar, devletlerin evrensel yargı yetkisine tabi tutulması gerektiği hususunu ortaya koymuştur. Bu açıdan egemenlik, sınırlandırılabilir hâle gelmiş; Lahey’de kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi yetkili kılınmıştır. Bunun yanı sıra devletler de egemenlik sınırlarında işlenen suçlar bakımından yargılama yetkisini yerel mahkemeler vasıtasıyla -soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları gibi suçlar bakımından- kullanmaya devam etmiştir⁴⁶.

Evrensel yargı yetkisi, *Hugo Grotius*’un “*Ya geri ver ya cezalandır.*” sözünü kaynak edinerek ortaya çıkmış bir ilke olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Suç, doğal hukuka veya insanlığın tümüne karşı işlendiğinde yargılama yetkisinin kapsamının değiştiği kabul edilmekte ve suçun cezasız kalmasının uluslararası toplumda infial yarattığı düşünülmektedir. Bu açıdan evrensel yargı yetkisi, uluslararası toplumun mağdur olduğunun kabul edildiği suçlarda uygulama alanı bulmaktadır. Evrensel yargı yetkisi uyarınca devletler, mülkiyet ve şahsîlik ilkelerini bir yana bırakarak failin veya mağdurun uyruğuna ve suçun işlendiği yere bakmaksızın kendilerini yargılama hususunda yetkili kılmaktadır. Evrensel yargı yetkisinin kullanılabilmesi için, ilk olarak, belirli bir suçun uluslararası hukukun temel bir normu ile çelişmesi ve dolayısıyla bir *jus cogens* normunu ihlâl etmesi; ikinci olarak, suçun uluslararası toplum için bir tehdit oluşturacak kadar ciddi olması gerekir⁴⁸. Ancak burada değinilmesi gereken temel nokta, evrensel yargı yetkisinden söz edilebilmesi için suçun tüm devletler bakımından suç olarak tanınması gerekliliğidir⁴⁹.

Doğal hukuk öğretisine göre de işlenen bazı suçlar uluslararası hukuk düzenini bozduğundan faillerin cezalandırılması gerekmekte, bu açıdan egemenlik sınırlandırılabilir kabul edilmektedir. Zira bu tür suçlar yalnızca suçun işlendiği yerin kanuni düzenini bozmakla kalmayıp tüm insanlığa karşı işlenmiş kabul edilmektedir⁵⁰. Egemenliğin, yani devletin sahip olduğu yetkinin, sınırsız olmadığı öne sürülmektedir. II. Dünya Savaşı’ndan sonra devletlerin sahip olduğu yetki sınırlandırılmış ve “ülke dışı yargılama yetkisi” kavramı ortaya atılmıştır⁵¹. Uluslararası hukuk anlamında bir suçun işlenmesi hâlinde devletin egemenliğinin (yargı yetkisinin) sınırlandırılması asgari gerekliliktir.

Aut dedere aut judicare ilkesi, evrensel yargı yetkisi bakımından önem taşıyan, evrensel yargı yetkisinin bir alt ilkesidir. Söz konusu ilkeye göre fail, ya bulunduğu devlet tarafından yargılanmakta ya da iade edilmektedir⁵². Zira çekirdek suç olarak kabul edilen bazı suçlar -savaş suçu, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar gibi- nerede ve kim tarafından işlenmiş olursa olsun yargılanmalı ve bu failler cezalandırılmalıdır⁵³.

IV. EVRENSEL YARGI YETKİSİNİN ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Örf ve âdet kuralları, diğer bir deyişle uluslararası örf ve âdet hukuku, uluslararası uygulamalardan kaynaklanmaktadır. Devletlerin uygulaması, belirli koşullar altında kesin eylemde bulunmalarından veya tam tersine eylemden kaçınmalarından ibaret olabilir. Devletlerin tekrarlama eylemlerinin varlığında uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşma olasılığını reddetmek için hiçbir neden yoktur. Yasa, eylemden kaçınma pratiği ile kurulur. Belirli koşullar altında eylemden kaçınma geleneği kuşkusuz hukuki bir norm hâline gelebilecek bir davranış kuralının yaratılmasına yol açar. Bu ba-

⁴⁶ WILKE, Christiane: “A Particular Universality: Universal Jurisdiction for Crimes Against Humanity in Domestic Courts”, *International Journal of Critical and Democratic Theory*, 2005, Volume 12, Issue 1, s. 83.

⁴⁷ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa R. / ÖNOK, Murat: *Uluslararası Ceza Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 129.

⁴⁸ BUTLER, s. 356.

⁴⁹ DOĞRU, Sami: “Deniz Haydutlarının Yargılanması Sorunu: Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatı”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 9, Sayı 1, s. 29.

⁵⁰ TEZCAN, Durmuş: “Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi ve Belçika Kuralı”, *Hukuk Kurultayı 2004-2*, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2004, s. 129.

⁵¹ KOCAOĞLU, s. 190-191.

⁵² International Justice Project in the International Secretariat of Amnesty International: Universal Jurisdiction, The Duty to Enact and Enforce Legislation, Londra, 2001, s. 2-3 (<https://www.amnesty.org/en/documents/ior53/002/2001/en/>, E.T.: 11.05.2022).

⁵³ KOCAOĞLU, s. 68.

kimden süreklilik ve uzun zaman uygulanma, uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının unsurları olarak kabul edilmektedir⁵⁴. İstisnaen, güçlü devletlerin bir defaya mahsus uygulamalarının da örf ve âdet hukuku kuralı olarak kabul edilebildiği gözlemlenmektedir⁵⁵.

Devletlerin eylemlerinin tekrarlanması örf ve âdet kurallarının oluşumunun çıkış noktasıdır. Çoğu durumda, tam olarak benzer durumlarda belirli eylemlerin tekrarı, bu tür sonuçlara yol açmaktadır. Uygulamalar zamanla bir davranış kuralı hâline gelmektedir. İstisnaen bir emsal olay, uluslararası örf ve âdet hukuku kuralının temelini oluşturabilir ancak bu çok az karşılaşılan bir durumdur. Süre, diğer bir deyişle uzun süre uygulanma, uluslararası örf ve âdet hukuku kuralının temelini oluşturmaktadır⁵⁶.

Uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının gelişiminin başlangıcı bakımından örfün oluşumu, uluslararası hukukun bir örf ve âdet normunun ortaya çıkış sürecinde belirli bir aşamayı ifade eder. Bu sürecin tamamlanması, örf ve âdetlerin hukuken bağlayıcı olacak şekilde devletler tarafından tanınması, başka bir deyişle örf ve âdet davranış kuralının bir uluslararası hukuk normu olarak tanınmasıdır. Ancak böyle bir tanımın bir sonucu olarak bir örfi uluslararası hukuk normunun oluşum süreci tamamlanır ve uluslararası örf (kullanım), uluslararası bir hukuk örf ve âdeti, yani uluslararası hukukun örf ve âdet normu hâline gelir⁵⁷.

Bir devlet tarafından örf ve âdet kuralının bir hukuk normu olarak tanınması veya kabulü, hukuki anlamıyla, devletin örf ve âdet kuralını uluslararası hukukun bir normu olarak kabul etme iradesinin bir ifadesidir. Bu tür bir tanıma veya kabul, diğer devletlere bu kuralı bir uluslararası hukuk normu olarak kabul etmeleri yönünde zımnen bir öneriyi temsil eder. Böyle bir zımni önerme, diğer devletler tarafından kabul edilirse -başka bir ifade ile diğer devletler, verilen örf ve âdet kuralının hukuken bağlayıcı olduğunu kabul ettiklerini eylemleriyle gösterirlerse- bir örf ve âdet uluslararası hukuk normunun ortaya çıktığı kabul edilebilir. Böylece -daha önce uluslararası hukukun tarihi gelişimi sürecine dair başlıkta da belirttiğimiz üzere- uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının da esasında devletler arasında yazılı olmayan bir anlaşma ile oluştuğu görülmektedir⁵⁸.

Öğretide uluslararası örf ve âdet hukuku kuralının yazılı olmayan bir anlaşmaya dayandığını reddeden görüşler de mevcuttur. Bu görüşler, uluslararası hukukun örf ve âdet normlarıyla ilgili olarak anlaşma kavramını reddederken örfün böyle bir kuralın hukuk (*opinio juris*) olarak tanınmasına tanıklık eden emsallerin sonucu gibi görüldüğünü belirtmekte ve uluslararası hayatın gereklerinden kendiliğinden doğan örf ve âdet normlarının, onları uluslararası hayatta tatbik etme gücüne sahip olanlar tarafından kabul edilerek olumlu bir karakter kazandığını ileri sürmektedir. Bu yazarlar, *opinio juris*'e uluslararası hukukun geleneksel bir normunun temel bir unsuru olarak atıfta bulunurlar. *Basdevant*'ın görüşüne göre *opinio juris*, “ilgili kuralın bir hukuk normu olarak kabul edildiği” anlamına gelmektedir⁵⁹. Bu bakımdan *opinio juris*, bir kuralın örf ve âdet hukuku kuralı olarak kabul edilerek uygulanması gerektiğine dair taşınan inanç olarak kabul edilebilir.

Gerçekten de *opinio juris* kurallar, devletlerin böyle bir kuralın bulunduğu dair taşıdıkları inançtan kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan kuralların uygulanması devletlerin kuralı uygulama noktasındaki zımni anlaşmasından çok daha önce gelmekte, kuralın uygulanması gerektiğine dair sahip olunan inançtan kaynaklanmaktadır⁶⁰.

⁵⁴ TUNKIN, G. I.: “Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law”, *California Law Review*, 1961, Volume 49, Issue 3, s. 421.

⁵⁵ DOĞAN, İlyas: *Devletler Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 109; AKSAR, Yusuf: *Uluslararası Hukuk I*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 71.

⁵⁶ DOĞAN, s. 107.

⁵⁷ AYBAY, Rona / ORAL, Elif: *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 125.

⁵⁸ TUNKIN, s. 423.

⁵⁹ TUNKIN, s. 423.

⁶⁰ DOĞAN, s. 110.

Opinio juris, devletlerin geleneksel normu hukuken bağlayıcı olarak ele aldığı anlamına gelir⁶¹. Başka bir ifade ile *opinio juris*, devletlerin bir kuralı örf ve âdet hukuku kuralı gibi zımnen tanınmasına dayanak oluşturmaktadır.

Çok sayıda devlet tarafından bu şekilde kabul edilen geleneksel uluslararası hukuk normlarının diğer tüm devletler için bağlayıcı olması gerektiği kavramı, aslında devletlerin çoğunluğunun uluslararası ilişkilerde herkese uluslararası hukuk normlarını dikte edebileceği varsayımına dayanmaktadır. Bu kavram, *Quadri* tarafından birden çok devletin ortak kararı ile ifade edilmektedir⁶².

Evrensel yargı yetkisinin kapsamında bulunan *jus cogens* normlar da uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları temel olarak oluşturulduğundan devletlerin bu kurallara uyma noktasında *opinio juris*, diğer bir deyişle kuralın uygulanması gerektiğine dair taşıdıkları inanç bulunmaktadır.

V. EVRENSEL YARGI YETKİSİNİN KAPSAMI

Evrensel yargı yetkisinin kaynağını uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları ve anlaşmalar oluşturur. Uluslararası örf ve âdet hukukunun maddi ve manevi unsuru evrensel yargı yetkisinin kabulü bakımından da karşımıza çıkmaktadır. Buna göre evrensel yargı yetkisinin kabulünün maddi unsuru, yetkinin devletlerce tanınarak uygulanmasını; manevi unsuru ise devletlerin gerçekleştirdiği bu uygulamanın temelinde hukuki bir yükümlülük bulunduğu dair taşıdıkları inancı, yani *opinio juris*'i ifade etmektedir⁶³. Zira evrensel yargı yetkisinin temelini oluşturan *jus cogens* normların kaynağında uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları bulunmaktadır⁶⁴.

Evrensel yargı yetkisi, devletlerin iç egemenliğine sınırlama getiren önemli bir yetkidir. Başlangıçta bu yetki yalnızca *terra nullius*, başka bir deyişle sahihsiz, hiçbir devletin egemenliği altında olmayan topraklarda uygulanabilmiştir⁶⁵. Daha sonra devletlerin egemenliği altında bulunan topraklarda da evrensel yargı yetkisi belli suçlar bakımından uygulanabilir hâle gelmiştir. Evrensel yargı yetkisinin temeli *Pinochet* davasına dayanmaktadır. Söz konusu davada Pinochet'in yargılanması yapılarak uluslararası ceza hukuku bağlamında suç olarak kabul edilen fiillerden uyruklarına ve suçu işledikleri yere bakılmaksızın diktatörlerin de yargılanabilmesinin önü açılmıştır⁶⁶.

Uluslararası suçlar, uluslararası toplumun mağduru olduğu, etkisini ulusal sınırlar dışında gösteren suçlardır⁶⁷. Evrensel yargı yetkisinin kapsamında bulunan suçlar ise haksızlık içeriği nedeniyle uluslararası barış ve güvenliğin sarsılmasına neden olan ve koruduğu hukuki konu itibarıyla ihlâlinin uluslararası alanda etki doğurduğu suçlardır⁶⁸. Evrensel yargı yetkisinin bulunduğu suçlar da uluslararası yönü bulunan suçlardır.

⁶¹ TUNKIN, s. 424

⁶² TUNKIN, s. 427.

⁶³ BROWNLIE, Ian: *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 510.

⁶⁴ CZAPLINSKI, Wladyslaw: "Concepts of *jus cogens* and erga omnes in the Light of Recent Developments", *Polish Yearbook of International Law*, 1997, Volume 23, s. 87.

⁶⁵ HESENOV, s. 276

⁶⁶ TEPPERMAN, Jonathan D., "Princeton Principles on Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, 2002, Volume 81, Issue 2, s. 207. Uzun süre evrensel yargı yetkisinin uygulanması tartışmalara yol açmıştır. Örneğin Uluslararası Adalet Divanının 2002 tarihinde verdiği *Arrest Warrant* kararı evrensel yargı yetkisi dar yorumlanması gerektiğini ortaya koymuştur. Karara göre devlet başkanları, hem göreve geldiklerinde hem de görev süresinin bitiminde işlemiş olduğu suçlardan dolayı bağışıklığa sahiptir. Bu nedenle devlet başkanı, uluslararası hukuk bağlamında suç işlemiş olsa dahi yargılanamaz ve tutuklanamaz. Bkz. ROTH-ARIZZA, Naomi: "Universal Jurisdiction Spain Extraterritorial Jurisdiction Genocide 1948 Genocide Convention Construed Crimes Against Humanity Guatemala". *American Journal of International Law*, 2006, Volume 100, Issue 1, s. 212. Kararın ne verildiği tarihte ne de günümüzde kabul edilebilir yanı bulunmaktadır. Zira, uluslararası düzeni bozan ve *jus cogens* normları ihlal eden bu nedenle de devletlere evrensel yargı yetkisinin tanındığı suçlar bakımından devlet başkanlarına dokunulmazlık tanınması mümkün değildir.

⁶⁷ DOĞRU, s. 26

⁶⁸ KEÇELİGİL, Hasan Tahsin: "Evrensel Yargı Yetkisi: Ceza Hukuku Bağlamında Evrensellik İlkesine Bakış", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018, Sayı 143, s. 131-132.

Evrensel yargı yetkisinin kapsamında bulunan suçlar, üç ayrı şekilde incelenebilir. İlki, *jus cogens* olarak kabul gören savaş suçu, saldırı suçu, insanlığa karşı suçlar, soykırım suçu, deniz haydutluğu, kölelik, ırk ayrımcılığı ve işkence⁶⁹ suçlarıdır. İkincisi, *jus cogens* norm olmayan ancak gittikçe bu kapsamda incelenebilmesi mümkün görülen terörizm, uyuşturucu madde ticareti, sahte para kalpazanlığı⁷⁰, uçak kaçırma, organize suçlar, patlayıcı kullanımı, ulusal zenginliklerin tahribi ve çalınması, uluslararası düzeyde koruma altına alınan kişilere karşı suçlardır. Üçüncüsü, yabancı kamu görevlisinin işlediği rüşvet suçu, uluslararası denizaltı kablolarına haksız müdahale etme suçu gibi suçlardır⁷¹.

1927 tarihli Birinci Ceza Hukuku Uyumlaştırma Konferansı'nda evrensel yargı yetkisinin bulunduğu suçlar Varşova Formülü ile ortaya konulmuştur. Konferans kapsamında “a) korsanlık, b) madeni para, banknot ve menkul kıymetlerde kalpazanlık, c) köle ticareti, d) kadın veya çocuk ticareti, e) kamu tehlikesi oluşturabilecek herhangi bir aletin kasıtlı kullanımı [terörizm], f) narkotik ticareti, g) müstehcen yayınlarda trafik” suçları sayılmış, bu suçların işlenmesi hâlinde failin, suçun işlendiği yere ve uyuşuna bakılmaksızın, yargılanabileceği belirtilmiştir⁷².

Kölelik ve köle ticareti bakımından evrensel yargı yetkisi; Açık Denizlere İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nde, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde, 1926 Köle Ticaretini ve Köleliği Bastırma Sözleşmesi'nde, 1953 tarihli Protokol ve 1956 tarihli Ek Sözleşme ile güvence altına alınmıştır⁷³.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin (UCM) kuruluş metni olan Roma Statüsü'nde de uluslararası hukuk bağlamında evrensel yargı yetkisini doğuran suçlar ayrıca tanımlanmış ve güvence altına alınmıştır. Roma Statüsü'nün 5. maddesine göre soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, saldırı suçu UCM'nin yargı yetkisinin kapsamındadır⁷⁴. Roma Statüsü'nde sayılan bu suçlara ilişkin kurallar, evrensel yargı yetkisinin kaynağını oluşturan *jus cogens* normlar olarak kabul edilmektedir.

⁶⁹ İşkence suçu, Roma Statüsü'nde sayılan suçlardan olmasa da günümüzde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) vermiş olduğu kararlarda da işkence suçunun *jus cogens* norm niteliği vurgulanarak ihlal kararları verilmekte, normun uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı olması hususu kaynak alınmaktadır. AİHM, Jones ve Diğerleri/Birleşik Krallık davasında şu ifadelere yer verilmiştir: “... Uluslararası toplum, konu bakımından bağışıklığın ileri sürülmesinin mümkün olmadığı bir suç yaratmıştır. Uluslararası hukukun, bir *jus cogens* niteliğine sahip ama aynı zamanda bu suçun kabul ettirmeyi amaçladığı yükümlülükle bir arada duran bir bağışıklık sağladığı düşünülemez... Bir yandan işkence yasağının *jus cogens* niteliğinden ötürü, işkenceye zemin sağlayan anlaşmalar ya da geleneksel kuralların başından itibaren hükümsüz olacaklarını ileri sürerken ... *Hükümet, hem Temyiz Mahkemesi'nin hem Lordlar Kamarası'nın, işkence yasağının jus cogens niteliği nedeniyle devletlerin bu yasağın ihlali iddialarına karşı yabancı devletlere bağışıklık tanınamaları gerektiği yönündeki argümanı reddetmekte haklı olduklarını ileri sürmüştür. Bu argüman birkaç sebepten dolayı geçersizdir. Birincisi, devletin bağışıklığı kuralı işkenceye izin veriyor veya göz yumuyor değildir; dolayısıyla işkence yasağıyla uzlaşmaz değildir. Sadece her ihlali başka bir uzlaşma metoduna yönlendirmiştir. İkincisi, söz konusu argüman bir uluslararası mahkeme önünde her ileri sürüldüğünde reddedilmiştir. (Diğerlerinin yanı sıra, bkz. yukarıda geçen the Arrest Warrant davası ve Al-Adsani). Üçüncüsü, işkence için devlete bağışıklık tanınmaması sorusu, BM Yargısal Bağışıklıklara İlişkin Sözleşme'nin müzakereleri sırasında ortaya çıkmış ve bu müzakereler sırasında uluslararası örf ve âdet hukukunun güncel durumu temelinde, herhangi bir istisna öngörülemezliğine karar verilmiştir. Son olarak, mevzu bahis argüman aynı soruyla karşı karşıya kalan çoğu ulusal mahkeme tarafından da reddedilmiştir (bkz. diğerlerinin yanı sıra yukarıda atf yapılan Bucheron, Siderman de Blake, Princz ve Bouzari davaları). Her ne kadar Yunanistan ve İtalya'da bazı ulusal mahkemeler *jus cogens* argümanını kabul etmiş olsa da, bu davalar ikna edici nitelikte olmamış ve uluslararası hukukta genel olarak kabul edilmiş bir uygulamanın yerleşmesine yol açmamıştır. Münferit kararlara dayanmak örf ve âdet hukukunda bir değişiklik yaratmak için yeterli değildir. Bu bakış açısı UAD'nun, devlet uygulamalarının kapsamlı bir incelemesi ve analizine dayanan ve titizlikle gerçekleştirilmiş olan Almanya-İtalya kararıyla da desteklenmiştir. Hükümet ayrıca, devletin uyuşu olmayan kişilerce deniz aşırı topraklarda gerçekleştirilen uluslararası hukukun ağır ihlalleri üzerinde yargılama yetkisini tanıyan Birleşik Devletler içtihadının, diğer uluslar arasında yaygın olarak tanınan ve kabul edilen ilkeleri yansıtmadığını eklemiştir...”. Bkz. AİHM, Jones/Birleşik Krallık, B. No: 34356/06, T. 02.06.2014.*

⁷⁰ Yasadışı uyuşturucu madde ticareti ve sahte para kalpazanlığı suçları II. Dünya Savaşı öncesinde evrensel yargı yetkisinin söz konusu olduğu suçlardır. Suçlar, 1929 tarihli Sahte Para Kalpazanlığı Sözleşmesi ve 1936 tarihli Yasadışı Uyuşturucu Ticareti Sözleşmesi ile devletlerin evrensel yargı yetkisinin kapsamına dahil edilmiştir. Bkz. KOCAOĞLU, s. 197.

⁷¹ KÜLÇÜR, Erdem İzzet: *Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulama Alanı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 121.

⁷² LEMKIN, Raphael: “Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offences Against the Law of Nations”, *5th Conference for the Unification of Penal Law in Madrid (14-20 October 1933)*, 1933 (<http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>, E.T.: 11.04.2021).

⁷³ HESENOV, s. 275.

⁷⁴ HESENOV, s. 277.

1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin⁷⁵ 6. maddesi: “*Bir Taraf Devlet, eldeki bilgilerin incelenmesinden sonra, ülkesinde 4. maddede⁷⁶ sözü edilen suçu işlediği ileri sürülen bir kimsenin bulunduğu inandığında, onu yakalar ya da gözaltında bulunmasını sağlamak üzere başka yasal önlemlere başvurur. Yakalama ve öteki yasal önlemler, bu Devletin yasalarına göre olur. Ancak bu durum, bir ceza kovuşturması ya da geri verme işleminin gerektirdiği sürece uygulanır. Bu Devlet, hemen bir ilk soruşturmaya girişir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre gözaltında bulunan bir kimsenin, uyuşunda bulunduğu Devletin en yakın uygun temsilcisiyle ya da devleti yoksa, genellikle oturduğu Devletin temsilcisiyle hemen ilişki kurması sağlanır. Bir Devlet, bu madde uyarınca bir kimseyi gözaltına aldığı anda, 5. maddenin 1. fıkrasında anılan Devletlere, böyle bir kimsenin gözaltında olduğunu duyurarak tutuklanmasını haklı gösteren koşullar konusunda hemen bilgi verir. Bu Maddenin 2. fıkrasında öngörülen ilk soruşturmayı yapan Devlet, zaman geçirmeksizin bulgularını adı geçen Devletlere bildirerek yargı yetkisini kullanmak amacıyla olup olmadığını duyurur.*” şeklindedir. İlgili maddede işkence suçunu işleyen failin suçu işlediği yere iade edilmesi veya bulunduğu yerde hakkında kovuşturma yapılması gerektiği hususu düzenlenmiştir⁷⁷.

Evrensel yargı yetkisinin kapsamına dâhil edilen bu suçlar uluslararası alanda yargılama yapılması hususunda önem arz etmektedir. Zira bu yetki, devletin sahip olduğu egemenlik yetkisine geniş ölçüde sınırlama getirmekte, bu da egemenliğin artık belirli durumlarda sınırlandırılabilceği fikrini doğrulamaktadır.

SONUÇ

Devlet, kendi sınırları içerisinde, ki sınırları hem hava hem kara hem de deniz ülkesini kapsamaktadır, yargılama yapma yetkisine sahiptir. Aynı şekilde devlet, kendi sınırları içerisinde işlenmemiş dahi olsa suç işleyen fail ya da suçun mağduru kendi vatandaşı ise yargılama hususunda yetkili kılınmıştır. Ancak uluslararası alanda büyük etki doğuran suçlar söz konusu olduğunda bu yargı erkini elinde bulduran devletin egemenliğinin sınırlandırılması gerekebilir.

Evrensel yargı yetkisi, failin ve mağdurun uyuşuna ve suçun işlendiği yere bakılmaksızın devletin yargılama yapma hususunda yetkili olabilmesini ifade etmektedir. Ancak bu yetki devletlere her durumda tanınmamış; uluslararası alanda büyük etki doğuran, uluslararası kamu düzeninin korunabilmesi için cezalandırma yetkisinin kullanılabilceği hallerle sınırlı olarak kabul edilmiştir. Uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının kaynağını oluşturduğu *jus cogens* normlar ihlal edildiğinde -başka bir ifade ile savaş suçu, saldırı suçu, insanlığa karşı suçlar, soykırım suçu, işkence suçu ve benzeri suçlar işlendiğinde- evrensel yargı yetkisinin bulunduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Zira bu kabulün temelinde, uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının manevi unsurunu oluşturan kuralın bir hukuk kuralı olduğuna dair taşınan inanç (*opinio juris*) bulunmaktadır. Bu da devletlerin evrensel yargı yetkisinin kullanılmasına itiraz etmelerini engellemektedir.

⁷⁵ Ayrıca Sözleşme'nin 5. maddesinde yargılama yetkisi, “1. Her bir Taraf Devlet dördüncü maddede belirtilen suçlar hakkında kendi yargılama yetkisini tespit etmek için aşağıdaki hâller ile ilgili olarak gerekli düzenlemeleri yapar:

a) Suçların kendi egemenlik alanı içinde bulunan ülkelerde veya kendisine kayıtlı bir gemide veya uçakta işlenmesi hâli;

b) Suçu işlediği iddia edilen kişinin kendi vatandaşı olması hâli;

c) Kendisinin gerekli görmesi durumunda mağdurun kendi vatandaşı olması hâli.

2. Her bir Taraf Devlet, fail olduğu iddia edilen kimsenin kendi egemenlik alanı üzerinde bulunması ve bu kimseyi sekizinci madde gereğince aynı maddenin birinci fıkrasında belirtilen devletlere iade etmemesi hâlinde, aynı şekilde bu tür suçlar hakkında gerekli görüldüğü düzenlemeleri yapar.

3. Bu Sözleşme, iç hukuka uygun olarak kullanılan bir cezai yargılama yetkisini ortadan kaldırmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. (https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafilisoz/bm/bm_10.pdf, E.T.: 11.04.2021).

⁷⁶ Sözleşme'nin 4. maddesi, “Taraf her Devlet, tüm işkence eylemlerinin ceza yasasına göre suç sayılmasını sağlar. Bunun yanında, işkenceye kalkışan ve işkenceye ilişkin olan ya da katılan bir kimsenin eylemi de suç sayılır.” şeklinde düzenlenmiştir. (https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafilisoz/bm/bm_10.pdf, E.T.: 11.04.2021).

⁷⁷ ROTH, Kenneth: “The Case for Universal Jurisdiction”, *Foreign Affairs*, 2001, Volume 80, Issue 5, s. 151.

Jus cogens normlar ile *jus cogens* norm niteliği taşımamakla birlikte evrensel yargı yetkisinin içkin niteliğinde bulunan kimi normlar, günümüzde devletlerin sahip olduğu egemenliği sınırlandırmış ve artık devletlerin egemenlik yetkilerinin sınırsız olmadığı anlayışı kabul edilmiştir. Bu kabul, uluslararası sözleşmelerin hükümlerine de yansımış ve devletlerin evrensel yargı yetkisi kapsamında yargılama yapmalarının yolunu açmıştır. Söz konusu gelişmeler neticesinde günümüzde devletlerin mutlak egemenliği anlayışı terk edilerek sınırlı egemenlik anlayışına geçiş yapılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKSAR, Yusuf: *Uluslararası Hukuk I*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- AKSAR, Yusuf: *Uluslararası Hukuk II*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013 (Uluslararası Hukuk II).
- AMERASINGHE, C. F.: "The Historical Development of International Law - Universal Aspects", *Archiv des Völkerrechts*, 2001, Band 39, No 4, s. 367-393.
- AYBAY, Rona / ORAL, Elif: *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.
- BODIN, Jean: *On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- BROWNLIE, Ian: *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- BUTLER, A. Hays: "The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of Literature", *Criminal Law Forum*, 2000, Volume 11, Issue 3, pp. 353-373.
- CASSIRER, Ernst: *The Myth of State*, Yale University Press, London, 1946.
- CZAPLINSKI, Wladyslaw: "Concepts of *jus cogens* and *erga omnes* in the Light of Recent Developments", *Polish Yearbook of International Law*, 1997, Volume 23, pp. 87-103.
- DOĞAN, İlyas: *Devletler Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- DOĞRU, Sami: "Deniz Haydutlarının Yargılanması Sorunu: Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatı", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 9, Sayı 1, s. 13-50.
- FRANKLIN, Julian H.: *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973.
- HESENOV, Rahim: "Universal Jurisdiction for International Crimes - A Case Study", *Avrupa Suç Politikası ve Araştırma Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 3, s. 275-283.
- HOBBS, Thomas: *Leviathan*, 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1993.
- International Justice Project in the International Secretariat of Amnesty International: Universal Jurisdiction, The Duty to Enact and Enforce Legislation, Londra, 2001 (<https://www.amnesty.org/en/documents/ior53/002/2001/en/>, E.T.: 11.05.2022).
- Brussels Group for International Justice: Brussels Principles Against Impunity and For International Justice, (Bruksel, 11 Mart, 2002) 2002 (<https://www.legal-tools.org/doc/7205b9/pdf/>, E.T.: 11.04.2021).
- JACOBSEN, Trudy / SAMPFORD, Charles / THAKUR, Ramesh: *Re-Envisioning Sovereignty*, Ashgate Publishing, USA, 2008.
- JENNINGS, Robert Y.: *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier Science Publishers, New York, 1984.
- KEÇELİGİL, Hasan Tahsin: "Evrensel Yargı Yetkisi: Ceza Hukuku Bağlamında Evrensellik İlkesine Bakış", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018, Sayı 143, s. 123-141.
- KOCAOĞLU, S. Sinan: "Evrensel Yetki", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Sayı 60, s. 189-213.
- KORKUT, Levent: "Ulus Devletin Ortaya Çıkışından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramlaştırmaları", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 2, Sayı 1, s. 31-78.
- KRASNER, Stephen: *Sovereignty*, Princeton University Press, United Kingdom, 1942.
- KÜLÇÜR, Erdem İzzet: *Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulama Alanı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- LEMKIN, Raphael: "Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offences Against the Law of Nations", *5th Conference for the Unification of Penal Law in Madrid (14-20 October 1933)*, 1933 (<http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>, E.T.: 11.04.2021).
- LOWELL, A. Lawrence: "The Limits of Sovereignty", *Harvard Law Review*, 1888, Volume 2, Issue 2, pp. 70-87.

- MACCORMICK, Neil: *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, New York, 2002.
- MACHIAVELLI, Niccolo: *Selected Political Writings: The Prince, Selections from The Discourses, Letter to Vettori*, Hackett Publishing, USA, 1994.
- MAXEY, Edwin: "Development of International Law", *American Law Review*, 1906, Volume 40, Issue 2, pp. 188-195.
- PAVEL, Carmen E.: *Divided Sovereignty*, Oxford University Press, New York, 2015.
- PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- ROTH, Kenneth: "The Case for Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, 2001, Volume 80, Issue 5, pp. 150-154.
- ROTH-ARIZZA, Naomi: "Universal Jurisdiction Spain Extraterritorial Jurisdiction Genocide 1948 Genocide Convention Construed Crimes Against Humanity Guatemala", *American Journal of International Law*, 2006, Volume 100, Issue 1, pp. 207-213.
- RYNGAERT, Cedric: "Universal Criminal Jurisdiction", *Criminal Law Forum*, 2008, Volume 19, Issue 2, pp. 353-357.
- TEPPERMAN, Jonathan D., "Princeton Principles on Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, 2002, Volume 81, Issue 2, p. 207.
- TEZCAN, Durmuş: "Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi ve Belçika Kuralı", *Hukuk Kurultayı 2004-2*, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2004, s. 128-145.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa R. / ÖNOK, Murat: *Uluslararası Ceza Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- THIRLWAY, Hugh: *The Sources of International Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2019.
- TUNKIN, Grigori I.: "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", *California Law Review*, 1961, Volume 49, Issue 3, pp. 419-430.
- WILKE, Christiane: "A Particular Universality: Universal Jurisdiction for Crimes Against Humanity in Domestic Courts", *International Journal of Critical and Democratic Theory*, 2005, Volume 12, Issue 1, s. 83-102.
- ZAUM, Dominik: *The Sovereignty Paradox*, Oxford University Press, New York, 2007.

Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 Sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme^(*)



*The Legal Status of the Staff at Foundation Higher Education Institutions
and an Evaluation on the Implementation of Tax Concessions Stipulated in
Law No. 2914 in Taxation of Wages of These Staff*

Yunus Anıl AY
Araştırma Görevlisi



Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anahtar Kelimeler

*Vakıf Yükseköğretim Kurumu,
Personel,
Ücret,
Gelir Vergisi,
Vergi Kolaylıkları.*

Öz

Çalışmanın birinci bölümünde vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan personelin hukuki niteliği irdelenmiştir. Bu irdeleme, yükseköğretim mevzuatı ve yüksek mahkemelerin kararları göz önüne alınarak yapılmıştır. Buna göre vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının idari hizmet sözleşmesiyle çalışan kamu görevlisi niteliğinde personel olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Diğer yandan idari personelin hukuksal niteliğinin belirlenmesinde güçlükler yaşanmaktadır. Çünkü yükseköğretim mevzuatı, özellikle bu kapsamdaki personelin niteliğini belirleme konusunda, açık düzenlemeler ortaya koymamaktadır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise vakıf yükseköğretim kurumu personelinin ücret gelirlerinin vergilendirilmesinde 2914 sayılı Kanun'da düzenlenen vergi kolaylıklarının uygulanıp uygulanmayacağı konusu üzerinde durulmuştur. Bu konuda birtakım vergi idarelerinin muhtelif zamanlarda verdikleri sirküler ve özelgeler de göz önüne alınarak ilgili vergi kolaylıklarının vakıf yükseköğretim kurumları personeli için de uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Keywords

*Foundation Higher Education Institution,
Staff,
Wage,
Income Tax,
Tax Concessions.*

Abstract

The legal status of the staff at foundation higher education institutions is examined in the first part of this study. This examination is carried out by considering the legislations on the higher education institutions and the decisions of high courts. According to this, it is concluded that the academic staff at the foundation higher education institutions are the staff serving as public servants employed under administrative employment contracts. On the other hand, there are difficulties in terms of determining the legal status of the administrative staff since the legislations on the higher education fail to set forth explicit regulations regarding the status of such administrative staff within this context. In the second part, concerning the taxation of the earnings, issue of whether the staff at the foundation higher institutions can benefit from the tax concessions stipulated in the Law No. 2914 is addressed. Within this scope, considering the circular notes and special notices issued by some taxation offices at different times, it is concluded that the relevant taxation concessions should be fulfilled for the staff at the foundation higher education institutions.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 06.06.2022, Kabul Tarihi: 19.07.2022.

I. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARININ VE PERSONELİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Yükseköğretim Kurumlarının Hukuki Niteliği

Anayasa¹ (AY) m. 130/1'in

“Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur.”

şeklindeki hükmü, yükseköğretim² kurumlarının kurulmasını iki temel amaca dayandırmaktadır. Bunlardan birincisi nitelikli iş gücü (insan) yetiştirmek, ikincisi ise nitelikli bilgi üretmektir³. Özellikle ikinci amacın yükseköğretime yönelik bir fark oluşturduğu düşünülmektedir. Çünkü genel olarak ilk ve ortaöğretimin genel amacı da 1739 sayılı Milli Eğitim Kanunu⁴ m. 2'ye göre insan yetiştirmektir.

Yükseköğretim ile ilk ve orta öğretimin ortak denilebilecek amaçlarının insan yetiştirmek olduğu düşünülmektedir. İnsan yetiştirmek amacı kapsamındaki faaliyetlerin de eğitim-öğretim hizmeti kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir. Bundan sonra ise bu hizmetin kim tarafından sağlanacağı sorusu ortaya çıkar. Eğitim-öğretim hizmetlerinin faydasının bölünebilir ve fiyatlandırılabilir olduğu göz önüne alındığında, bu hizmetin kamu kesimi dışında özel kesim tarafından da sunulabilir olduğu sonucuna ulaşılabilir⁵. Bu sayede kamu kesiminin büyüyen hacmiyle ortaya çıkardığı sosyal maliyetin bir kısmı özel kesime yüklenerek ve belli standartlar dâhilinde hizmetin üretimi denetlenerek bu konudaki maliyetin azaltılması sağlanabilir. Diğer yandan faydanın bölünemediği ve fiyatlandırılmadığı *tam kamusal mal ve hizmetler*de hem üretim maliyetleri oldukça yüksektir hem de faydasından kimse dışlanamaz⁶. Ayrıca bunların üretimi, özellikle hizmetten faydalanan tarafın talebini gizlemesi dolayısıyla, özel kesimce yüklenilmek istenmez⁷. Bu noktada, Anayasa tarafından ortaya konulan yükseköğretim faaliyetinin nitelikli iş gücü yetiştirmek amacı dışındaki nitelikli bilgi üretmek amaç ve işlevinin tam kamusal hizmetler kapsamında mı, yoksa yarı kamusal hizmetler kapsamında mı kaldığını belirleme girişiminde bulunabilir. Bu yöndeki belirleme girişiminde ise AY m. 130/2'nin “Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir.” şeklindeki hükmü oldukça önemli bir sınırlama getirerek bu yöndeki yaklaşımı ortaya koyduğu düşünülmektedir. Gerçekten de bu hükümde yer alan *kazanç amacına yönelik olmamak* koşulundan dolayı yükseköğretim hizmetlerinin, özel kesimin büyük bir bölümü tarafından üstlenilemeyeceği anlaşılmaktadır. Elbette vakıflar da özel hukuk tüzel kişileri olarak özel kesimde yer alsalar da vakıfların esaslı amaçları kâr elde etmek değildir ve nihayetinde bunların teşkili ve faaliyetleri belli bir

¹ 09.11.1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmî Gazete.

² Anayasa'nın kullandığı kavram, madde başlığında *yükseköğretim* iken madde içeriğinde *üniversite* ifadesi de yer almaktadır. Bu yöndeki ayrılığın, mekanizmanın amacını ortaya koyması bakımından, bir farklılık oluşturmadığı düşünülmektedir. Bu yöndeki ayrılığa aşağıda değinilecektir.

³ İlgisi yönünden bkz. ÜÇİŞİK, Fehim: *Vakıf Üniversiteleri Hukuku*, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2014, s. 16 vd.; GÜNGÖR GÖKSU, Gonca: “Türkiye’de Yükseköğretim Finansmanı: Önerilen Alternatif Modellerin Karşılaştırılması”, *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 2, Sayı 1, s. 15.

⁴ 24.6.1973 tarihli ve 14574 sayılı Resmî Gazete.

⁵ Yarı kamusal mal ve hizmetlerle ilgili olarak bkz. AKDOĞAN, Abdurrahman: *Kamu Maliyesi*, 18. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017 (Kamu Maliyesi), s. 46-47; MUTLUER, Kamil / ÖNER, Erdoğan / KESİK, Ahmet: *Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 133. İlgisi yönünden bkz. KILIÇ, Ramazan: “Yükseköğretim Mal/Hizmetinin Nitelikleri”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2002, Sayı: 6, s. 12-13; YİĞİT ŞAKAR, Ayşe: *Vergi Hukuku Açısından Vakıf Üniversiteleri*, Beta, İstanbul, 2011, s. 1-2.

⁶ Bkz. ULUATAM, Özhan: *Kamu Maliyesi*, 13. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014, s. 38-40; AKDOĞAN, *Kamu Maliyesi*, s. 41-46.

⁷ ULUATAM, s. 38-40.

sosyal, kültürel veya ekonomik faydaya özgülenebilir⁸. Bunlar, belli bir mal topluluğundan meydana geldiklerinden dolayı, özgülünen amacın gerçekleştirilmesi için ortaya çıkabilecek ekonomik ihtiyaçları karşılama ve bunları sosyal faydaya dönüştürme işlevini yerine getirebilir⁹. Dolayısıyla Anayasa'nın yükseköğretim ile ilgili düzenlemesi, bu hizmetin tam kamusal mal ve hizmetler kapsamında değerlendirilmesini gerektirmektedir. Çünkü Anayasa, vakıflar dışında diğer özel hukuk tüzel kişilerin yükseköğretim hizmeti sunumuna izin vermemektedir. Vakıflarca yükseköğretim hizmeti sunulmasına izin verilmesinin ise tarihsel bir anlamı olduğu düşünülmektedir. Gerçekten de Türk mali tarihinde vakıflar, kamu hizmetlerini üstlenen oluşumlar olarak ortaya çıkmışlardır¹⁰. Kamu hizmetleri Osmanlı Devleti tarafından yerine getirilirken merkez maliyesi ve taşra maliyesinin yanında vakıflarca da bu hizmetlerin önemli bir kısmının üstlenildiği belirtilmelidir¹¹. Dolayısıyla vakıfların bugün için özel hukuk kişiliğine sahip şekilde faaliyetlerde bulunmaları aslında oldukça yeni bir eğilim olarak kabul edilebilir. Türk mali tarihi içinde bunların daha çok kamu kesimine özgü faaliyetleri üstlendiği söylenebilir. Bunu hem 1961 Anayasası'nın¹² üniversitelerin ancak devlet eliyle kurulabileceği¹³ düzenlemesi hem de 1982 Anayasası ile düzenlenen yükseköğretim düzenlemesinin kendi zamanı içinde vakıflara sağlanan kabiliyetin, onların bir tüzel kişiliği olduğunu kabul eden ama bunu açıkça özel hukuk niteliğine hasretmeyen mülga 1932 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun¹⁴ düzenlemesi ile açıklamak da mümkün görünmektedir.

Anayasa'nın yükseköğretimi kamusal mal ve hizmetleri olarak düzenlemesi eğilimi ve isteğinin sebebinin, özellikle, nitelikli bilgi üretme amacı ve işlevinin olmasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Çünkü bu yöndeki amaç dolayısıyla nitelikli bilginin, özellikle teknik bilginin, üretimi, teknolojik altyapının sağlanması gerekliliğiyle de yakından ilgili olmaktadır. Bu yöndeki faydanın da bölünemez olduğu ve dolayısıyla da artık bu hizmetin fiyatlanamaz olduğu söylenebilir. Ayrıca bu yönde bir düzenleme yapılmasının başka bir sebebi, devlet egemenliğinin -özellikle idari, askeri ve adli alanlarda- kurumsallaştırılması çabasının, tarihten bugüne gelen bir eğilimle, akademik yönden de devamı olduğu düşünülebilir¹⁵.

AY m. 130, yükseköğretim kurumlarını öngörürken sadece *üniversiteden* bahsetmektedir. Ancak yükseköğretimin tanımını 2547 sayılı Kanun¹⁶ m. 3/1-a'da "*Yükseköğretim: Milli eğitim sistemi içinde, ortaöğretime dayalı, en az dört yarıyı kapsayan her kademedeki eğitim-öğretimin tümüdür.*" şeklinde yapmakta ve m. 3/1-c yükseköğretim kurumlarını,

⁸ Vakıflarla ilgili olarak bkz. DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: *Türk Özel Hukuku Cilt 2 Kişiler Hukuku*, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 334 vd.; OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 399-410.

⁹ *Gözler / Kaplan*, Türkiye'de bir vakıf tarafından kurulmuş üniversite olmadığını belirtmektedir. Bu yaklaşıma katılmak gerekir. Gerçekten de vakıf üniversitesi olarak nitelendirilen üniversiteler, esasında bir kuruluş kanunu ile teşkil edilmektedirler. Ardından da mali ve idari konuların yönetimi vakıflara terk edilmektedir. Bunların, deyim yerindeyse, devlet tarafından kurulan ancak yönetimleri ilgili vakfına terk edilen kurumlar olduğu söylenebilir. Bu konuda bkz. GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s. 242-243.

¹⁰ "... İmparatorluğun en yüksek ilim müessesesi olarak yaptırılan Semâniye medreselerine gelince, buraya yetkinlik gösteren her Müslüman çocuğu kabul olunurdu. Talebenin bütün masrafları vakıf gelirinden sağlanırdı. Yüksek dinî ilimlerle beraber aklî ve naklî ilimler (tababet, astronomi, matematik) okunurdu. Fâtih, bu medreselerin teşkilâtlandırılmasında Türkistan'dan getirttiği meşhur astronomi âlimi Ali Kuşçu'dan istifade etmiştir. Her sene sonunda müderrislerle personelin ileri gelenleri bir toplantı yaparlar, işlerin vakfiyeye göre yürütülüp yürütülmediğini kontrol ederler, kusuru görülenleri cezalandırırlardı. Vakıf kendi idarî ve malî işlerinde özerk olup yılda bir hesaplar yerel kadı tarafından kontrol edilirdi. Vakfın genel nâzırı bizzat padişahı..." İNALCIK, Halil: *Devlet-i Aliyye I. Cilt*, 34. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, s. 127. İlgisi yönünden bkz. KILIÇ, Ramazan: "Türkiye'de Yükseköğretimin Kapsamı ve Tarihi Gelişimi", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 1999, Sayı 3, s. 6-8.

¹¹ GİRAY, Filiz: *Maliye Tarihi*, 5. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2014, s. 138. İlgisi yönünden bkz. YİĞİT ŞAKAR, s. 14-24.

¹² 31.05.1961 tarihli ve 10816 sayılı Resmî Gazete.

¹³ Bkz. YİĞİT ŞAKAR, s. 53-54.

¹⁴ 13.06.1935 tarihli ve 3027 sayılı Resmî Gazete.

¹⁵ Bkz. ÖZKAL SAYAN, İpek: "Türkiye'de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2009, Cilt 64, Sayı 01, s. 204-207.

¹⁶ 06.11.1981 tarihli ve 17506 sayılı Resmî Gazete.

“... Üniversite ile yüksek teknoloji enstitüleri ve bunların bünyesinde yer alan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuvarlar, araştırma ve uygulama merkezleri ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı meslek yüksekokulları ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın ve kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından kurulan meslek yüksekokullarıdır.”

şeklinde tanımlamaktadır. Kanun’da aslında *üniversite, yüksek teknoloji enstitüsü, enstitü, fakülte, yüksekokul, meslek yüksekokulu, araştırma ve uygulama merkezi, konservatuvar* yükseköğretim kurumu olarak sayılmaktadır. Kamu tüzel kişiliği şeklinde kurulabilme kabiliyeti, bunlardan sadece üniversitelere ve yüksek teknoloji enstitülerine tanınmaktadır (2547 s. K. m. 3/1-c.2, d). Diğer yandan Anayasa, yüksek teknoloji enstitüsü şeklinde bir kavram kullanmamaktadır. Gerçi Anayasa’nın yükseköğretim düzenlemesi içinde üniversite dışında bir belirleme girişimi de bulunmamaktadır. Ancak Anayasa, özellikle kamu tüzel kişiliği şeklinde kurulma kabiliyetini üniversitelere tanımaktadır. Kanun’da yüksek teknoloji enstitülerine ve meslek yüksekokullarına da kamu tüzel kişiliğini bulundurma kabiliyeti vermek, Anayasa hükmünün doğrudan sınırlandırıcı bir yapı içermemesinden¹⁷ ve kamu tüzel kişiliğinin kanunca kurulabilmesi olanağı bulunduğundan, Kanun’un bu yöndeki düzenlemesinin doğrudan bir aykırılık teşkil etmediği düşünülebilir.

Yüksek teknoloji enstitüsü, üniversite ve meslek yüksekokulu arasındaki belirgin fark ise yüksek teknoloji enstitülerinin belli bir teknik veya fenni konuya özgülünen akademik birimlerden oluşabileceği (2809 s. K. m. ek m. 27¹⁹); üniversitelerin ise bünyelerinde fen bilimleri, sosyal bilimler, sağlık bilimleri ve başka konularla ilgili bilimsel alanlarda çalışmalar ve araştırmalar yapabilecek farklı akademik birimlerin bir araya getirilerek ve üniversite tüzel kişiliğine bağlanarak örgütlenmesi şeklinde olabileceği (2809 s. K. m. 3) ve meslek yüksekokullarının da belli bir alandaki teknik personelin yetiştirilmesine özgülünenmesi şeklinde olabileceği yönlerinden olmaktadır (2547 s. K. m. 3/1-ı).

Yükseköğretim kurumunda yer alan temel iki organ *senato ve üniversite yönetim kuruludur* (2547 s. K. m. 14 ve 15)²⁰. Bu organların üyeleri öğretim elemanlarından oluşmaktadır. Senato, yükseköğretim kurumunun *akademik organı* olarak kabul edilmektedir. Ancak bunların idari alanda kalan görevleri de bulunmaktadır. Kanun’un yükseköğretim kurumunun karar organını ve yönetimini öğretim elemanlarına -özellikle de öğretim üyelerine- bırakmasının, bu faaliyetlerin yerine getirilmesinde nitelikli iş gücünün yetiştirilmesi ve nitelikli bilginin üretilmesi için sağlanacak ortamın aradığı koşulları oluşturmak olduğu düşünülmektedir. Aksi halde, bu kamusal örgütlenmelerin idaresi de genel idare esasları kapsamında ele alınsaydı, Anayasa tarafından sağlanan bilim ve sanat hürriyetinin işlevsel kullanılabilmesi pek mümkün olmayabilirdi. Dolayısıyla Anayasa’nın ve Kanun’un bu yönde özel bir idari teşkilat ile özel bir idari işleyiş mekanizması öngörmesi, yükseköğretim faaliyetlerinin de özel idare hukuku²¹ kapsamında değerlendirilmesini gerekli ve mümkün kılmaktadır. Elbette bu durum, devlet ile yükseköğretim kurumu teşkilatı ve personeli arasındaki ilişkinin niteliğini doğrudan etkilemez. Bunu daha çok yükseköğretim idare hukukunun genel idare hukukuna ait karakteristik özellikleri tamamlayıcı biçimde, boşluklar ortaya çıktığında ve kendi bünyesine uygun düştüğü ölçüde kullanabileceği şeklinde anlamak gerekir.

Yükseköğretim kurumları kapsamında önemli ve yaygın bir yeri olan yükseköğretim kurumu türü, Anayasa’nın ilgili hükümde bahsettiği üniversitedir. Üniversiteler, kamu tüzel kişiliğini ve bilimsel özerkliği haiz kurumlar olarak nitelendirilmektedir (AY m. 130/1). Diğer yandan Anayasa, 6771 sayılı

¹⁷ Anayasa Mahkemesinin “kanunla kurulma” ifadesini yorumlaması yönünden tartışılabilir.

¹⁸ 30.03.1989 tarihli ve 18003 sayılı Resmî Gazete.

¹⁹ Türkiye’de yüksek teknoloji enstitüsü olarak hâlihazırda faaliyette bulunan tek örnek *İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü*’dür. *Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü* ise 21.10.2014 tarihli ve 6562 sayılı Kanun m. 1 ile değiştirilerek *Gebze Teknik Üniversitesi* olmuştur (2809 s. K. m. 19 ve ek m. 157).

²⁰ Ek m. 12’ye göre vakıf yükseköğretim kurumlarında *akademik kurul* senatonun, *yönetim kurulu* üniversite yönetim kurulunun yetkisini kullanır ve görevini yapar.

²¹ Kavram hakkında bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 56.

Kanun²² ile değiştirildikten sonra, kamu tüzel kişiliğinin bir kanun veya cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabileceğini öngörmektedir (AY m. 123/3)²³. Yine bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünün de mutlaka bir kanunla kurulması gerekir (2547 s. K. m. 5/1-f).

B. Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği

Yükseköğretimin önemli unsurlardan biri bilim insanlarıdır. Bunların bilimsel faaliyetlerinin sınırlarını ise AY m. 130/4'te, "Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırmaya ve yayında bulunabilirler. Ancak, bu yetki, Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma serbestliği vermez." şeklinde ortaya koymaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, yükseköğretim hizmetinde görevlendirilebilecek kişileri genel olarak *öğretim elemanı* kavramı içinde değerlendirmektedir. Buna göre öğretim elemanı; yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileridir (2547 s. K. m. 3/1). Kanun, *öğretim üyesini* yükseköğretim kurumlarında görevli profesör, doçent ve doktor öğretim üyeleri olarak tanımlarken *öğretim görevlisini* ise yükseköğretim kurumlarında okutulan dersleri vermek, uygulama yapmak veya yaptırmakla yükümlü olan öğretim elemanı olarak tanımlamaktadır (2547 s. K. m. 3/m ve 3/n). Bunlar arasındaki farkın, öğretim görevlilerinin eğitim-öğretim hizmetlerini yerine getirmesi ve öğretim üyelerinin de bilimsel çalışmalar yapması yönlerinden belirginleştiği düşünülmektedir. Elbette öğretim üyesi, bilimsel çalışma ve araştırma yapmak dışında eğitim-öğretim faaliyetlerine de doğrudan katılmaktadır (2547 s. K. m. 23). Diğer yandan öğretim görevlisine özgülenmiş asıl görevin eğitim-öğretim hizmeti sağlamak olduğu ifade edilebilirse de bunların, asli görevlerini aksatmadıkları sürece, akademik çalışmalar yapmasında bir sakınca bulunduğu söylenemez (2547 s. K. m. 31). Ayrıca Kanun'un eski ifadesiyle *öğretim yardımcısı* kapsamında, şimdiyse öğretim elemanı kapsamında değerlendirilen *araştırma görevlisi* de özellikle araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olacak olan bir akademik personel olarak tanımlanmaktadır (2547 s. K. m. 33/a). Kanun'un, araştırma görevlilerinden doktoralarını, uzmanlıklarını²⁴ veya sanatta yeterliklerini tamamlamamış olanları, eğitim ve öğretim faaliyetlerinde görevlendirilmelerini kabul etmeyerek, bunları esas olarak akademik araştırma geleneği içinde yetişen kişiler olarak değerlendirdiği ve böylece ülke geneline yayılan yükseköğretim hizmeti için öğretim üyesi ihtiyacını karşılamayı amaçladığı düşünülebilir²⁵ (2547 s. K. m. 33, m. 35, m. 50, ek m. 30, ek m. 38.).

Öğretim elemanlarının unvanlarının kazanımı ve özlük işleri²⁶ ağırlıklı olarak 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Gerçekten de bu personelin atanması²⁷, çalışma esasları²⁸, emeklilikleri²⁹ ve tabi oldukları disiplin kuralları³⁰, bu Kanun'un muhtelif hükümlerinde düzenlenmektedir. Diğer yandan akademik personelin sınıflandırılması³¹ ve mali hakları da 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu³² ile düzenlenmektedir.

²² 11.02.2017 tarihli ve 29976 sayılı Resmî Gazete.

²³ 6718 sayılı Kanun ile değişik Anayasa m. 123/3 hükmü şu şekildedir: "Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur."

²⁴ Kanun'a göre burada kullanılan uzmanlık kavramı; tıpta, diş hekimliğinde, eczacılıkta ve veteriner hekimlikte uzmanlığa hak kazananlar olarak anlaşılmalıdır (2547 s. K. m. 3/1-t).

²⁵ İlgisi yönünden bkz. BAYINDIR, M. Savaş: "2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35. Maddesinin Getirdiği Düzenleme ve Bu Düzenlemenin Uygulanmasından Doğan Sorunlar", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 15, Sayı 2, s. 216-217.

²⁶ Özlük işleri, "görevlilerin çalışmalarını, yükselmelerini, disiplin durumlarını gösteren işler" şeklinde tanımlanmaktadır. YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 1356.

²⁷ Örneğin 2547 sayılı Kanun'a göre doktor öğretim üyesinin atanma şekli m. 23'te, doçentlik kadrosuna atama şekli m. 24'te ve profesörlüğe atama şekli de m. 26'da düzenlenmektedir. Diğer yandan öğretim üyesi dışında kalan öğretim elemanlarının atama şekliyle ilgili olarak bkz. "Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" (09.11.2018 tarihli ve 30590 sayılı Resmî Gazete).

²⁸ Örneğin 2547 sayılı Kanun'a göre, kural olarak, öğretim elemanları üniversitelerde devamlı statüde görev yaparlar.

²⁹ 2547 sayılı Kanun'a göre emekliliğe tabi yaş haddi, 67 yaştır. Ancak emekli olan öğretim elemanının çeşitli şartlarda çalışması mümkün kılınmıştır.

³⁰ 2547 sayılı Kanun'un öğretim elemanlarıyla ilgili disiplin hükümleri, m. 53 ilâ 53/G'de yer almaktadır.

³¹ Bkz. ÖZKAL SAYAN, s. 211-212.

Öğretim elemanları, bir yükseköğretim kurumu teşkilatı içinde akademik pozisyonunun yanında idari bir pozisyonda da bulunabilir. Hatta bir yükseköğretim kurumunun en üst düzey idarecisi konumunda yer alan *rektör ve rektör yardımcıları* ancak profesör unvanına sahip öğretim üyelerinden olabilir (3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi³³ m. 3/5; 2547 s. K. m. 13/3). Benzer bir durumun yükseköğretim kurumunun bünyesi içinde örgütlenen akademik birimlerde de bulunduğu söylenebilir. Örneğin fakültede yürütülecek akademik idari faaliyetlerin organizasyonu sağlamak için rektör tarafından atanacak *dekan* da profesör unvanına sahip bir öğretim elemanı olmalıdır (2547 s. K. m. 16/1-a).

Devlet yükseköğretim kurumlarında, öğretim elemanlarının kadrosu 2 sayılı Genel Kadro ve Usulüne İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi³⁴ (CBK) ile belirlenmektedir³⁵. Bu Kararname'nin kapsamı ise m. 2'de "5018 sayılı Kanun'da ön görülen cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıkları hakkında uygulanır." şeklinde düzenlenmiş ve bu kapsamda yer alan idarelere kadro ihdasının da CBK ile yapılacağı düzenlenmiştir (2 s. CBK m. 5). Yine buna göre öğretim elemanları kadroları da (III) sayılı Cetvel'de düzenlenmektedir (2 s. CBK. m. 4/1-c)³⁶.

Öğretim elemanlarının Kanun'a göre statü hukukuna tabi ve devamlı olarak ve kadro içinde görevlendirilmeleri de yükseköğretim kurumu ile öğretim elemanı arasında kurulan ilişkinin niteliğinin belirlenmesinde rol oynar. Öğretim elemanları, kural olarak devamlı statüde görev yapar³⁷ (2547 s. K. m. 36, m. 60). Ancak öğretim görevlileri ve araştırma görevlileri açısından farklı uygulamaların ortaya çıkması ihtimali Kanun tarafından düzenlenmiştir. Örneğin kurumunca yetiştirilmeye özgülenmemiş araştırma görevlilerinin ilgili kadrosuna en çok üç seneliğine atanabilmesi (2547 s. K. m. 33/a); öğretim görevlilerinin boş bir öğretim üyeliği kadrosuna iki seneliğine atanabilmesi gibi düzenlemeler, genel kuraldan ayrılan düzenlemelerdir (2547 s. K. m. 31). Devamlılık ve kadro esasları dışında kısmi zamanlı ve sözleşmeye dayalı³⁸ çalışma şekli de Kanunca kabul edilmektedir (2547 s. K. m. 30, 31 ve 36/4/5/6). Yine Kanun'un özellikle öğretim üyelerinin çalışma esaslarını statü rejimine ve kadro esasına bağlaması, bu nitelikteki personele -sağlanmaya çalışılan akademik özgürlüğün de bir gereği olarak- devamlılık gibi³⁹ belli çalışma güvencesi şartlarının sunulmasını amaçlamakta olduğunu düşündürmektedir⁴⁰. Elbette bir memurun görevinin devamlılığını amaçlayan şekilde, onun memuriyetini statü rejimine bağlı olacak bir güvence sağladıktan sonra, özgürlüklerden yararlanmayı daha çok gerektiren ve bir kamusal hizmetin gereğinin yerine getirilmesini amaçlayan yükseköğretim faaliyetlerinde yer alan akademik personeli bu güvenceden mahrum bırakmak isabetli olmazdı.

Öğretim elemanlarının mali haklarına yönelik düzenlemelerin ayrı bir Kanun'da düzenlenmesi de bunlarla ilgili farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Gerçekten de 2914 sayılı Kanun m. 1'in,

³² 13.10.1983 tarihli ve 18190 sayılı Resmî Gazete.

³³ 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete.

³⁴ 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete.

³⁵ Bu konu, bundan önce 02.09.1983 tarihli 78 sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmekteydi. 02.07.2018 tarihli 703 s. KHK geç. m. 10 ile bu KHK kaldırılmış ve ihtiva ettiği cetvellerle ilgili 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne yollanmada bulunulmuştur. Örneğin bu CBK'nin işlenemeyen hükümleri kısmında yer alan 35. paragrafta 28.7.2020 tarihli 31199 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 65 sayılı Bazı Yükseköğretim Kurumlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde birtakım yükseköğretim kurumlarına ilişkin kadro ihdası gerçekleştirilmiş ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesinin 29.04.2021 tarihli 2020/71 Esas ve 2021/33 Karar sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Yüksek Mahkeme, üniversitelere ilişkin kadroların kanunla düzenlenebileceğini ve dolayısıyla CBK ile yapılan düzenlemenin AY m. 104/17'ye aykırı olduğuna hükmetmiştir. Karar için bkz. 16.06.2021 tarihli ve 31513 sayılı Resmî Gazete.

³⁶ İlgisi yönünden bkz. AYM, T. 11.6.2020, E. 2018/119, K. 2020/25 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 15.02.2022).

³⁷ Farklı yönde bkz. SANCAKDAR, Oğuz / ÖNÜT, Lale Burcu / US DOĞAN, Eser / KASAPOĞLU TURHAN, Mine / SEYHAN, Serkan: *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 342. Ayrıca, Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliği (12.06.2018 tarihli ve 30449 sayılı Resmî Gazete) m. 7, doktor öğretim üyeleri yönünden bir atanma süresi ön görmektedir. Bu hükmün 2547 sayılı Kanun ile uyumlu bir düzenleme olmadığı düşünülmektedir.

³⁸ İlgisi yönünden bkz. Bkz. ÖZKAL SAYAN, s. 215-216.

³⁹ İlgisi yönünden bkz. Bkz. ÖZKAL SAYAN, s. 215.

⁴⁰ Bkz. ÖZKAL SAYAN, s. 215.

“Bu Kanunun amacı, 4/11/1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda yer alan öğretim elemanları tanımına giren personeli sınıflandırmak, aylıklarını ve ek göstergelerini düzenlemek, derece yükseltilmesi ve kademe ilerlemesinin şekil ve şartları ile, sosyal haklardan yararlanma, ek ders ücreti, üniversite, idari görev ve geliştirme ödeneklerinin miktarını tespit etmek, emekli ve yabancı öğretim elemanlarının sözleşmeli olarak çalıştırılma usul ve esaslarını belirlemektir.”

şeklindeki düzenlemesi, bu personelin ayrı bir idari personel rejimine tabi tutulması gerekliliği yaklaşımını desteklemektedir. Dikkat edilirse bu Kanun’un kapsamında, öğretim elemanı haricindeki yükseköğretim kurumu personeli sayılmamıştır⁴¹. Diğer yandan bu Kanun 657 sayılı Kanun’u⁴² da tamamlayıcısı olarak kabul etmektedir (2914 s. K. m. 3/2, 4/2, 10, 12/1, 13/2, 14/1, 15 ve 20).

Yükseköğretim kurumlarını özel idare hukuku esaslarına tabi şekilde düzenledikten sonra onun özellikli personeli için ayrı bir özel idari rejim belirlemek de anlaşılabilir bir durumdur. Bu durum, bu nitelikteki faaliyetlerin özel öneminden kaynaklanır. Dolayısıyla genel idare hukuku esaslarının burada katı şekilde uygulanması mümkün olmaz. Örneğin kamu personeli kapsamında değerlendirildiğinde idari personelin hiyerarşi içinde görevlerini yerine getirmesi veya bu hiyerarşinin daha kuvvetli veya yoğun bir şekilde askeri personele uygulanması bir gereklilikten doğarken, akademik personele bu yönde yoğun bir hiyerarşik çalışma esası benimsenmesi, onun yerine getirdiği faaliyetlerin niteliğine uygun düşmez⁴³. Elbette, 2547 sayılı Kanun’un öğretim elemanları arasında bu yönde bir hiyerarşi ilişkisi kurduğunu söylemek de oldukça zordur. Bunlar arasında kurulan ilişki daha çok kılavuzluğa ve yardımlaşmaya dayalı bir iş bölümü, iş dağılımı veya iş birliği ilişkisini andırmaktadır. Yine benzer şekilde, bunların disipline konu öngörülen fiilleri hakkında da Kanun’da öngörülen özel nitelikli soruşturma usulünün⁴⁴ ve disiplin yaptırımlarının uygulanması mümkündür (2547 s. K. m. 53/c ve 53/b-5). Ayrıca, özellikle öğretim üyeleri bakımından, bunların genel idare esaslarına tabi personel gibi sürekli olarak kendilerine tahsis edilen yerlerde bulunmaları gibi bir yükümlülükleri de bulunmaz⁴⁵.

Yükseköğretim kurumunun saf idari işleri, bünyesinde yer alan ve öğretim elemanı olmayan idari işlere yardımcı idari personel tarafından yerine getirilir ki bunlar da kendilerine, kısmen ve bazı yönlerden, 2547 sayılı Kanun’da yer bulsalar da aslında genel idare hukukunun esaslarına tabi olarak görev yapar. Bu personelin faaliyetlerine konu hizmet gerekleri, idari işleyişin gereklerini yerine getirmek dâhilinde olduğundan bunlara idare hukukunun genel esaslarının uygulanması mümkün görünmektedir. Zaten Kanun da bu kapsamdaki ilgili personelin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi tutulmaktadır (2547 s. K. m. 51/1).

Yükseköğretim kurumlarının saf idari hizmetleri bir *genel sekreterlik* organına bağlı olarak ve *genel sekreterin* başkanlığında buna bağlı görev yapan idari birimler ve bunların personeli tarafından yerine getirilir⁴⁶. Genel sekreterin ve yardımcılarının öğretim elemanı olma şartı bulunmaz (124 s.

⁴¹ Elbette burada 2547 sayılı Kanun m. 62’nin öngörüsü ihmal edilmemelidir. Bu hükme göre özlük haklarıyla ilgili olarak öğretim elemanları ile memur ve diğer görevliler için 2547 sayılı Kanun’a, burada hüküm bulunmaması durumunda 2914 sayılı Kanun’a bakılmalı ve burada da bir öngörü yoksa genel hükümlere gidilmelidir. Ancak 2914 sayılı Kanun’a göre memur ve diğer görevlilerin dâhil edilebileceği tek hükmün m. 18’in “*Öğretim elemanları ile tabi oldukları özel kanunlarda mani hüküm bulunmayan diğer kamu görevlileri rektörün görüşü veya ilgili kuruluşun muvafakatı ile yükseköğretim üst kuruluşlarında her seferinde altı ayı geçmemek üzere geçici olarak görevlendirilebilirler.*” şeklindeki düzenlemesiyle birlikte bir olasılık olarak bulunmaktadır. İlgisi yönünden bkz. 2914 sayılı Kanun geç. m. 7.

⁴² 23.07.1965 tarihli ve 12056 sayılı Resmî Gazete.

⁴³ Personellerin hakları ve yükümlülükleriyle ilgili karşılaştırma için bkz. ÖZKAL SAYAN, s. 217-222.

⁴⁴ İlgisi yönünden bkz. AYTURAN, Berkan: “Yükseköğretim Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Soruşturulması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Sayı 34, s. 431 vd.

⁴⁵ “... Diğer tarafları, Anayasa’nın 130. maddesinde bilimsel özerkliğe sahip olduğu belirtilen üniversitelerde görev yapan öğretim üyeleri de kamu görevlisi olmakla birlikte, bilimsel araştırma ve incelemeler yaptıkları, derslere girdikleri gibi hususlar ve akademik hayatın niteliği göz önünde bulundurulduğunda, mesaiye devamları açısından, diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilmelerine olanak bulunmamaktadır...” Danıştay, 8. D., T. 01.06.2015, E. 2014/10203, K. 2015/5308 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 10.02.2022).

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. 124 sayılı Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumlarının İdari Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 25, 124 sayılı KHK m. 26’ya göre üniversite idari teşkilatı şunlardan oluşmaktadır: *genel sekreterlik, yapı işleri ve teknik daire başkanlığı, personel daire başkanlığı, kontrolörlük daire başkanlığı, öğrenci işleri daire başkanlığı, sağlık, kültür ve spor daire başkanlığı, bilgi işlem daire başkanlığı, hukuk müşavirliği, destek hizmetleri daire başkanlığı, üniversite hastanesi baş müdürlüğü.* Ayrıca akademik birimlerin teşkilatı hakkında bkz. KHK m. 38, m. 39, m. 40.

KHK⁴⁷ m. 27/1). Genel sekreter, idari teşkilatın çalışmasından rektöre karşı sorumludur (124 s. KHK m. 27/2) ve yükseköğretim kurumunun akademik organlarıyla idari organları arasındaki koordinasyonu sağlar. Diğer yandan idari personelin görevlendirilmeleri, çalışma esasları, özlük ve mali hakları da kural olarak kadro esasına ve 657 sayılı Kanun hükümlerine tabi tutulmaktadır. Ancak bunların sözleşmeyle istihdamı da Kanunca mümkün kılınmıştır (2547 s. K. m. 52/e).

C. Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının ve Personelinin Hukuki Niteliği

1. Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Hukuki Niteliği

2547 sayılı Kanun'a 17.8.1983 tarihli 2880 sayılı Kanun⁴⁸ m. 32 ile vakıflarla ilgili eklenen ek m. 2,

“Vakıflar, kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen usul ve esaslara uymak kaydıyla, yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını kurabilirler.”

şeklinde düzenlenmişti. Ancak 3.4.1991 tarihli 3708 sayılı Kanun m. 2 ile 2547 sayılı Kanun m. 5/1-f'ye üniversitelerin ve yüksek teknoloji enstitülerinin kanunla kurulabileceği hükmü eklendi. Dolayısıyla vakıfların üniversite ve yüksek teknoloji enstitüleri kurmaya yönelik kurucu iradelerinin tanınması kabiliyetinin artık Kanunca terk edilmiş olduğu düşünülmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yaklaşımının da bu durumun ortaya çıkmasında etkili olduğu söylenebilir⁴⁹. Şunu da belirtmek gerekir: 2547 sayılı Kanun m. 3/1-c, yükseköğretim kurumlarının tanımını yaparken, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü dışında tanımlanan yüksekokul, fakülte, konservatuvar gibi yükseköğretim kurumu niteliğindeki akademik birimlerin, bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü bünyesinde yer alması gerekliliğine işaret ediyor gibidir. Ancak farklı bir durum, bir vakıfça kurulacak meslek yüksekokulu bakımından ortaya çıkmaktadır. 2547 sayılı Kanun m. 3, meslek yüksekokulunu tanımlanırken bunun için de bir kamu tüzel kişiliği özelliği belirtmemiştir. Kanun ek m. 2, bir vakfın müstakil şekilde kamu tüzel kişiliğini haiz olan bir meslek yüksekokulu kurabileceğini düzenlemektedir⁵⁰. Ancak ek m. 2'nin son revizyonundan sonra Kanun, bir vakıfça meslek yüksekokulunun kuruluşuna dair Cumhurbaşkanlığı kararı⁵¹ gerekliliği arayarak, bir nevi vakıfların yükseköğretim kurumu kurma kabiliyetlerinin artık olmadığı bir şekle evrilmiştir. Çünkü kurucu işlemi gerçekleştirme yetkisi yönünden düşünüldüğünde, yükseköğretim kurumu kurma kabiliyeti, özellikle Kanun m. 5/1-f gereği, kanun koyucudur. Diğer yandan vakıf meslek yüksekokulu kurma kabiliyeti de kanun koyucuyla birlikte Cumhurbaşkanlığına aittir. Ancak belirtmelidir ki müstakil şekilde kurulacak meslek yüksekokulları bakımından kurucu işlemi gerçekleştirme yetkisi Cumhurbaşkanlığına verilmemiş olsaydı bile mevcut anayasal sistemde, vakıfların müstakil olarak kendi iradeleriyle bir meslek yüksekokulu kurmaları sorunlu bir düzlemde değerlendirilebilirdi⁵². Bunun bir sebebinin de meslek yüksekokullarının

⁴⁷ 21.11.1983 tarihli ve 18228 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁸ 19.08.1983 tarihli ve 18140 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁹ “... Eğer bir üniversitenin kurulması idarî bir kararla mümkün olsaydı idarî yargı denetimi yerindelik açısından yapılamayacağına, yasama organı da devre dışı bırakılmış olacağına göre Anayasa'daki bu kuralın gözetilme yolları kapatılmış olacaktır. Devletin bir üniversite, bir fakülte, yüksekokul ya da enstitü kurabilmek için yasaya gereksinim duyacağı, buna karşılık vakıflara bağlı bir üniversitenin kurulması için ise basit bir idarî işlemin yeterli olduğu sonucuna varılacaktır ki, Anayasa'nın gerek söz ve amacından, gerek yorumundan böyle bir sonuca varmak mümkün değildir...” AYM, T. 30.05.1990, E. 1990/2, K. 1990/10 (www.anayasa.gov.tr, E.T. 15.07.2022). İlgisi yönünden bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 242-243; ÜÇİŞİK, s. 62-67; ÖNÜT, Lale Burcu: “Vakıf Üniversitesinin Faaliyetlerinin Durdurulması ve Garantör Üniversitenin İşlevi”, *Istanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 17, Sayı 1, s. 98-99.

⁵⁰ İlgisi yönünden bkz. ÖNÜT, s. 98.

⁵¹ Ek madde 2'ye 18.6.2008 tarihli 5772 sayılı Kanun m. 7 ile “... Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur” ifadesi eklenmişti. 2.7.2018 tarihli 703 s. KHK m. 135 ile de bu ifade yer alan “Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Bakanlar Kurulu” ibaresi “Cumhurbaşkanı” olarak değiştirilmiştir ve mevcut hali “Cumhurbaşkanı kararı ile kurulur” şekline bürünmüştür. Ancak AY m. 123/3 hükmünün de “Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı karamamesiyle kurulur.” şeklinde değiştirildiğinden Kanun hükmünün Anayasa'nın bu hükmüyle uyumluluğu tartışılabilir görünmektedir.

⁵² Kamu kurumunun kamu idaresi tarafından kurulabileceğine yönelik bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 554-555.

da kamu tüzel kişiliğini haiz olması gerekliliği şeklinde düzenleyen Kanun ile AY m. 123/3'ün kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya cumhurbaşkanı kararnamesiyle kurulabileceği şeklindeki yeni düzenlemesinden kaynaklandığı söylenebilir⁵³. Ayrıca belirtmek gerekir ki hali hazırda 2547 sayılı Kanun ek m. 2'nin de cumhurbaşkanı kararnamesi değil de cumhurbaşkanı kararı ile bu işin gerçekleştirilebileceği öngörüsünün AY m. 123/3'e göre sorunlu bir hale geldiği düşünülebilir⁵⁴.

Tatbikatta da vakıfların yönetimine bırakılan yükseköğretim kurumlarının Devletçe, kanuni bir düzenlemeyle tesis edildikleri görülmektedir⁵⁵. Gerçekten de 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu m. 7 ilâ ek m. 204 hükümlerinde, üniversite şeklinde kurulan her bir vakıf yükseköğretim kurumuna ilişkin esas düzenlemeler yer almaktadır.

Kurulan vakıf yükseköğretim kurumunun, vakıf tüzel kişiliğinden ayrı olarak müstakil bir kamu tüzel kişiliği bulunur. Kurumun gelirleri, vakıf mamelekine veya hesaplarına intikal ettirilemez. Bunlara doğrudan bağış ve yardım yapılması mümkündür (2547 s. K. ek m. 6). Bunlar, askeri ve emniyetle ilgili eğitim kurumu veya birimlerinin idarelerini üstlenemez (2457 s. K. ek m. 4). Ayrıca kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinemezler (2547 s. K. ek m. 2). Elbette vakıf yükseköğretim kurumlarına ayrı bir kamu tüzel kişiliği kazanma kabiliyeti tanıdıktan, gelir ve mal varlıklarını vakıf tüzel kişiliğinden ayırdıktan sonra, Anayasa'ya aykırı olacak şekilde, kamulaştırma yapma kabiliyetlerini ortadan kaldırmanın ise anlaşılabilir bir durum olduğu söylenemez⁵⁶ (2547 s. K. ek m. 7/2). Ayrıca bunların mallarının, hak ve alacaklarının, 2004 sayılı Kanun⁵⁷ m. 82/1-1 kapsamında devlet malı kapsamında olmadığı ve kendi kanunlarında da bu konuda bir öngörü bulunmadığından haczinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁵⁸.

⁵³ AY m. 123/3 hükmünün 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki halinde *kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak* kamu tüzel kişiliği kurulması olanağı, kanunun açıkça verdiği bir yetkiyle birlikte bir idari işlemle gerçekleştirilebileceği kabul edilmekteydi. Bu durumda ise yeni vakıfların özel hukuk tüzel kişileri olarak tesis ettikleri işlemlerin idari işlem niteliği kazanma yönünden sorunlu bir zeminde bulunduğu düşünülebilir. Elbette hukukumuzda özel hukuk kişileri bakımından tesis edilen idari işlem niteliğinde işlemler yok değildir. Dolayısıyla kanun, bir vakfın açıkça kamu tüzel kişiliğini haiz bir yükseköğretim kurumu kurabileceğini söyledikten sonra, bu yönde irade ortaya koyan vakıfların iradelerine kurucu bir nitelik tanımak bir dereceye kadar anlaşılabilir görünmektedir. Aslında Anayasa ve Kanun, vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumları bakımından, sadece kamuya yararlı vakıflara böyle bir kabiliyet tanısaydı veya benzer bir kistas getirseydi belki bu yönde ortaya çıkabilecek hukuki zorluklarda birtakım rahatlamalar sağlanabilirdi. Diğer yandan Anayasa'nın bu yöndeki rahatlamayı vakıfların kazanç amacı olmadan böyle bir faaliyete girişebileceklerini söyleyerek yaptığı düşünülebilir. Bu da aslında bir özel hukuk kişiliği faaliyeti içinde olsa bile kazanç amacının dışlanarak kamu yararı amacının belirginleştirilmesiyle ve faaliyetlerinin denetimiyle bunların kurdukları yükseköğretim kurumlarında kamu tüzel kişiliği şartı aramadan da gerçekleştirilebileceğini düşündürmektedir. Ancak özellikle Anayasa'nın kanunla kurma ve tüzel kişilik kazanma konusunda ortaya koyduğu düzenlemeden dolayı tercihini bu yönden kullanmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Kamu hizmeti konusunda bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 528-532. Özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem niteliği taşıyan işlemleri hakkında bkz. KAPLAN, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, s. 224-225.

⁵⁴ "... Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası 'Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulur' şeklinde iken 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 'Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur' şeklinde değiştirilmiştir. Yürürlükteki Anayasa hükmüne göre kamu tüzel kişiliği ancak kanunla ya da CBK'yla kurulabilir. Aynı şekilde bir kamu tüzel kişiliği ancak kanunla ya da CBK ile kaldırılır. 6771 sayılı Kanun'dan önceki dönemde yürürlükte olan 'Kamu tüzel kişiliği, ... kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulur' hükmü yürürlükte olmadığından kamu tüzel kişiliğinin artık kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulması veya kaldırılması mümkün değildir... Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamu tüzel kişiliğinin, kanunla veya CBK ile kurulacağı şeklindeki düzenleme kamu tüzel kişiliğine sahip sulama birlikleri yönünden de geçerlidir. Kamu tüzel kişiliğinin veya organlarının kanunla veya CBK'ya dayanarak kurulması zorunluluğu, kamu tüzel kişiliğinin veya organlarının ortadan kaldırılması bakımından da geçerli olacaktır. Bu durumda bir kamu tüzel kişiliği de ancak kanunla ya da CBK ile kaldırılabilir. Dolayısıyla birliklerin DSİ'nin teklifi üzerine Bakan onayı ile feshedileceğini öngören dava konusu (1) numaralı fıkra Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasıyla bağdaşmamaktadır. 263. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 123. maddesine aykırıdır. İptali gerekir..." AYM, T. 16.7.2020, E. 2018/104, K. 2020/39 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 13.02.2022).

⁵⁵ İlgisi yönünden bkz. ZAFER, Hamide: "Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Sayı 2, s. 221.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. UZ, Abdullah: "Sehven mi Kasten mi?: Kanun Koyucu ya Açıkça Anayasaya Aykırı Bir Düzenleme Yapmış ya da Zimnen Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Kamu Tüzel Kişiliğini Sona Erdirmiştir", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Sayı: 138, s. 77 vd.

⁵⁷ 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁸ "... Tüm bu açıklamalara göre; Haczedilmezlik kuralının, gerek uluslararası karşılaştırmalı hukukta gerek öğretide, gerekse son yıllarda geliştirilen Anayasa Mahkemesi ve yargısal görüşlerde sınırlandırılması gerektiği ve bu düzenlemenin son derece ayrıksal (istisnai) durumlarda söz konusu olması gerektiği bu bağlamda bir kamu tüzel kişisinin mal ve gelirlerinin haczedilmemesi için özel yasasında açık hükmün bulunması gerektiği, aslolanın her özel ve tüzel kişinin borcunu zamanında ödemesi olduğu, bunun gerek hukuk devleti ve hak arama özgürlüğünün gerekse de ekonomik ve sosyal hayatın bir sarsıntıya uğramadan devamının sağlanmasını gereği olduğu, bu ne-

Vakıf yükseköğretim kurumlarının akademik organları ve öğretim elemanlarının nitelikleri de devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının niteliklerine eşdeğerdir; ayrıca eğitim-öğretim esasları, öğretim süreleri ve öğrenci hakları da 2547 sayılı Kanun'a tabidir (2547 s. K. ek m. 8, 9). Vakıf yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğini, esas olarak, *mütevelli heyet* temsil eder ancak mütevelli heyetinin yetkilerini ilgili üniversite yöneticilerine devretme kabiliyeti de bulunmaktadır⁵⁹ (2547 s. K. ek m. 5/2).

Nihayetinde vakıflarca idare edilecek yükseköğretim kurumlarının da bir kamu tüzel kişiliklerinin olması ve faaliyetlerinin de -özellikle kazanç amacına özgülenmeme şartından dolayı- kamu yararına yönelik bir kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi mümkün olmaktadır. Nitelikli iş gücü yetiştirme amaç ve fonksiyonları kapsamında verilen eğitim-öğretim hizmeti yönünden bunların kamu hizmetlerinin hukuki rejiminde idari kamu hizmetleri bağlamında⁶⁰ ve nitelikli bilgi üretimi amaç ve fonksiyonları yönünden de bilimsel-kültürel kamu hizmetleri bağlamında değerlendirerek kamu hukukuna tabi tutulmaları gereken⁶¹ kamu kurumları⁶² oldukları düşünülmektedir. Elbette 2547 sayılı Kanun ek m. 2'nin "*Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında...*" ifadesinin kendine özgü gerekliliklerden doğan yapısı nedeniyle dar olarak yorumlanması gerektiği düşünülmektedir. Gerçekten de mali konularda vakıfların idaresine tabi yükseköğretim kurumlarına *kamu idare bütçeleri*⁶³ içinde pay ayrılmamıştır. Çünkü bunlara böyle bir pay ayrılışaydı, yükseköğretim kurumlarının bir kısmını vakıfların idaresine bırakma düşünce ve amacı dayanaksız kalırdı. Dolayısıyla da Devlet, yükseköğretim hizmetlerinin sağladığı faydanın farkında olmakla birlikte, bunun gerektirdiği ve getirdiği olağanüstü mali külfetleri de azaltmak gayreti içinde⁶⁴ böyle bir öngörüle bulunarak gerek kuruluş yönünden zaruri altyapısal ve fiziki yatırım maliyetlerinden dolayı gerekse de hizmetin sürdürülebilirliği yönünden katlanılacak personel maliyetleri gibi cari harcamaları⁶⁵ vakıfları da bu alana dâhil ederek onlara bir kabiliyet alanı tanımış ve böylece mali külfetlerin büyük bir bölümünden kurtularak aynı sosyal faydayı sağlamayı amaçlamıştır. Elbette vakıfların mal toplulukları olarak öngörülen yapısı da onları bu kurguyu karşılayabilecek uyumlu bir araç haline dönüştürmektedir. Ayrıca Kanun, *de jure* olarak tüm vakıflara böyle bir imkân sağlasa da her vakfın *de facto* bu durumun gerekliliklerini taşıyamayacağını farkındadır. Dolayısıyla bir vakfın, yükseköğretim kurumunun idaresini üstlenme girişimi, Kanun'un öngördüğü birtakım şartların gerçekleştirilmesiyle birlikte Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün olumlu görüşüne ve nihayetinde kuruluşun bir kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Karar(ı)(namesi) ile yapılmasına bağlı olmaktadır. Bu türdeki bir girişimin de ancak bir iş birliği ile tesis edilebileceğini söylemek gerekir (2547 s. K. ek m. 3, ek m. 2, ek m. 5/1-f). Ayrıca ku-

denlerle davacı-borçlu vakıf üniversitesinin, davaya konu P... Thermal Resort Otelinin bankalardaki gelirlerinin ve Başkent Üniversitesi Ankara Hastanesinin döner sermayesinin gelirlerinin haczedilebileceği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle direnme kararı hatalıdır..." Yargıtay, HGK, T. 26.02.2003, E. 2003/116, K. 2003/111 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 14.02.2022). Ayrıca bkz. YAĞCI, Pınar: "Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kamu Mallarının Haczedilmezliği Üzerine Bir Değerlendirme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 2, s. 607-608.

⁵⁹ "... Bu durumda; sözleşmenin sonlandırılması işleminin, ilgili mevzuat uyarınca davalı üniversite mütevelli heyeti tarafından alınacak bir karar veya bu heyetin yetkisini devretmek suretiyle yetkilendirdiği üniversite yöneticisi tarafından yapılması gerekmekte olup, bu prosedür işletilmeksizin genel sekreter tarafından anılan işlemin tesis edildiği görüldüğünden, dava konusu işlemlerde yetki unsuru yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır..." Danıştay, 8. D., T. 25.10.2021, E. 2018/901, K. 2021/4747 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 15.02.2022).

⁶⁰ İlgisi yönünden bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 535-536.

⁶¹ İlgisi yönünden bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 535-536.

⁶² İlgisi yönünden bkz. SANCAKDAR / ÖNÜT / US DOĞAN / KASAPOĞLU TURHAN / SEYHAN, s. 491 ve 497.

⁶³ 5018 sayılı Kanun'un ikinci kısmını adlandırmak için *kamu idare bütçeleri* kavramı kullanılmaktadır. Yine bu kısımda m. 12, bütçe türleri ve özelliklerini düzenlerken (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan idarelerden kamu idareleri olarak bahsetmektedir. 5018 sayılı Kanun'un kullandığı *kamu idaresi* kavramı ile idare hukukunda kullanılan *kamu idaresi* ve *kamu kurumu* kavramları birbirleriyle uyusmamaktadır. Çünkü örneğin devlet yükseköğretim kurumları da idare hukukuna göre kamu kurumu niteliğinde kabul edilirler. Ancak 5018 sayılı Kanun'a göre bunlar merkezi yönetim bütçesinde (II) sayılı Cetvel'de özel bütçeli idareler kapsamında yer alırlar. Dolayısıyla metin içinde kullanılan bu kavram 5018 sayılı Kanun'a göre anlaşılmamalıdır. İdare hukukunda kamu idareleri ve kamu kurumları kavramlarının ayrımı için bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 102-104.

⁶⁴ Devletin kamu hizmeti yükünü azaltıcı etkisiyle ilgili bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 400 vd.

⁶⁵ Yükseköğretim kurumlarının finansman modelleri hakkında bkz. GÜNGÖR GÖKSU, s. 17-19.

ruluştan sonra da faaliyetlerin uygunluğunun denetiminin, belli standartlar dâhilinde yükseköğretim kurulu eliyle gerçekleştirileceği söylenebilir (2547 s. K. ek m. 11, Yön.⁶⁶ m. 24-26).

Vakıf yükseköğretim kurumlarının bütçeleri, bunların idaresiyle yetkilendirilmiş vakfın müteveli heyeti tarafından onaylanır (2547 s. K. ek m. 5/2). Bunların önemli finansman kaynaklarından biri, verilen eğitim-öğretim hizmeti karşılığında, öğrencilerden elde ettikleri öğrenim ücretleridir (2547 s. K. ek m. 9/3). Elbette vakıfların kâr amacı olmadan⁶⁷ yükseköğretim faaliyetlerine girişmelerinin mümkün olması ve nihayetinde kurulan yükseköğretim kurumunun müstakil bir kamu tüzel kişiliğinin bulunması dolayısıyla bu yönde yaratılan finansman kaynağı belli bir ölçüye göre Yükseköğretim Kurulunun gözetim ve denetimine tabidir⁶⁸ (2547 s. K. ek m. 10, ek m. 11/2). Diğer yandan bunlarca sunulan hizmetler de kamusal niteliktedir. Vakıf yükseköğretim kurumlarına bütçeden bir pay ayrılmasa da bunlar da devlet yükseköğretim kurumları için sağlanan mali kolaylıklarla ilgili düzenlemelerden faydalanır⁶⁹. (2547 s. K. ek m. 7, m. 56).

2. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Personelinin Hukuki Niteliği

a. Öğretim Elemanları Yönünden

Vakıf yükseköğretim kurumlarını kamu kurumu ve faaliyetlerini de kamu hizmeti kapsamında değerlendirdikten sonra öğretim elemanı ile arasında kurulan ilişkiyi de kamu hukuku karakterli olduğunu söylemek gerekir⁷⁰. Çünkü bu, bir kamu hizmetinin yürütülmesine dair kurulan bir ilişkidir. Dolayısıyla vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanının kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi mümkündür⁷¹. Bu öğretim elemanlarının, bir devlet yükseköğretim kurumu öğretim elemanı gibi tam anlamıyla bir statü ve kadro dâhilinde görevlendirilmemeleri, kamu görevlisi sayılmalarını etkilemez. Bu durum, vakıf yükseköğretim kurumlarının oluşum amacı ve işlevinin tabiatından kaynaklanmaktadır. Vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının nitelikleri ve özlük hakları yönünden Kanun bunları devlet yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarından ayırt etmemiştir⁷² (2547 s. K. ek m. 8/1, m. 62). Yönetmelik m. 23/2'nin

⁶⁶ Vakıf Yüksek Öğretim Kurumları Yönetmeliği (31.12.2005 tarihli ve 26040 sayılı Resmî Gazete.).

⁶⁷ "... Vakıf yükseköğretim kurumu olarak ifade edilen üniversiteler, kazanç amacı gütmeksizin Devletçe kurulmuş, onu kuran vakıf ile hiç bir gelir ilişkisi olmayan, kamu tüzel kişiliğine sahip kurumlar olup; devlet üniversiteleri ile aynı hak, ayrıcalık ve mali kolaylıklara sahiptirler. Dolayısıyla üniversite sahip ve yöneticilerinin, amacı ticari kazanç olan tacir, üniversite faaliyet alanının da bir ticarethane niteliğinde değerlendirilemez. Nitekim, eğitim ve öğretim hizmetleri karşılığı öğrencilerden alınan ücretler araç, gereç, ısınma, aydınlatma ve personel giderleri karşılığıdır. Gider karşılığı alınan bu ücretler nedeniyle üniversitelerin iktisadi işletme niteliği kazanması olası değildir. Bu özellikleriyle vakıf üniversiteleri birer sosyal hizmet kurumları statüsündedir..." İstanbul 14. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 16.12.2021, E. 2020/474, K. 2021/1115 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 27.4.2022).

⁶⁸ Bu konuda bkz. YILDIRIM, Turan: "Vakıf Üniversitelerinin Denetlenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2015, Cilt 21, Sayı 2, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan Özel Sayısı, s. 479.

⁶⁹ Bkz. "Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği" m. 30; Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında 2809 Sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununun Ek 177'nci Maddesi Uyarınca Özel Hesabın Oluşturulması, Kullanımı ve Denetimine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 4, m. 5 ve m. 7. Ayrıca vakıf yükseköğretim kurumlarının KDV mükellefi sayılmamaları gerektiği ya da en azından 3065 sayılı Kanun m. 17/1'de öngörülen istisnalardan faydalandırılmalarının gerekliliği yönündeki yaklaşım için bkz. MUTLUER, Kamil / DAYANÇ KUZEYLİ, Nilay: "Vakıf Üniversitelerinin Katma Değer Vergisi Yükümlülüğü", *Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan*, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 400-402.

⁷⁰ İlgisi yönünden bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 535.

⁷¹ Bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 243 ve 619. Daha farklı bir yaklaşım için bkz. SANCAKDAR / ÖNÜT / US DOĞAN / KASAPOĞLU TURHAN / SEYHAN, s. 342. Ceza hukuku anlamında kamu görevlisi olmadıkları yönünde bkz. ZAFER, s. 223-225.

⁷² "... Değinen maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alan akademik ve idari personelin çalışma esaslarının, 2547 sayılı Kanun'da Devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabi olduğu belirtilerek Anayasa'nın 130. maddesine ve 2547 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine uygun bir düzenleme yapılmıştır. Diğer bir ifadeyle, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alan akademik personelin mesleki güvenceleri ile devlet yükseköğretim kurumlarında görev alan akademik personelin mesleki güvenceleri arasında ayırım yapılmamış, bu yönden bilimsel özerklik ilkesine uygun bir düzenleme öngörülmüştür..." Danıştay, 8. D., T. 30.01.2017, E. 2016/8936, K. 2017/339 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 15.02.2022). Bunların, disiplin hükümleri yönünden de devlet yükseköğretim kurumlarındaki muadilleriyle aynı kapsamda değerlendirilmeleri gerekir. "... Bu durumda, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alan akademik personelin mesleki güvenceleri ile Devlet yükseköğretim kurumlarında görev alan akademik personelin mesleki güvenceleri arasında ayırım yapılmadığı göz önüne alındığında, davacının disipline konu filleri üzerine disiplin soruşturması açılarak 2547 sayılı Kanun çerçevesinde fiiline uyan disiplin cezası ile cezalandırılması gerekirken, bu yönde bir değerlendirilme yapılmadan sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin işleme hukuka uyarlık bulunmamaktadır..." Danıştay, 8. D., T. 03.03.2021, E. 2017/6921, K. 2021/1303 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 15.02.2022).

“Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.”

şeklindeki ifadesi de bunların kamu görevlisi olduğu yönündeki değerlendirmeyi dışlamamaktadır. Kaldı ki Danıştay, bu Yönetmelik hükmünde geçen *özlük hakları* ibaresinin iptaline karar vermiş⁷³ ve bu karar da onanmıştır⁷⁴.

2547 sayılı Kanun, öğretim elemanını, genel olarak, kadro esasına dayalı sürekli statüde görev yapan bir şekilde düzenlemiştir⁷⁵. Ancak yukarıda da ifade edilmeye çalışıldığı gibi vakıf yükseköğretim kurumu elemanları için doğrudan bir kadro öngörüsünde bulunmamış ve bunları aslında sözleşme esasına dayalı çalışan personel olarak değerlendirmiştir (2547 s. K. ek m. 5/2). Bununla birlikte 2547 sayılı Kanun ek m. 5/2'nin “... Yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapar, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylar...” ifadesinde *sözleşme* dışında kullanılan *görevlendirme*, *atama yapma* ve *görevden alınma* ifadeleri dikkat çekicidir. Aslında bu ifadeler, Kanun'un vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının da kamu görevlisi kapsamı içinde değerlendirilmesi görüşünü kuvvetlendirmektedir. Çünkü ifadelerin bu şekilde seçilmesi, bunların da aslında kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik faaliyetlerde görevlendirme esasına bağlı çalışacakları anlamına gelmektedir. Kaldı ki bu görevlendirmeyi onaylayacak olan da -her ne kadar ilgili vakfın mütevelli heyetine verilse de- esasında yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğidir. Bununla birlikte bu görevlendirme veya atama işleminin önemli bir tamamlayıcısı, öğretim elemanlarıyla vakıf yükseköğretim kurumu arasında yapılacak sözleşmedir. Ancak bu sözleşmenin niteliğinin de tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir.

Öğretide bir görüş, bu sözleşmenin iş sözleşmesi olduğuna yönelik bir yaklaşım sergilemektedir⁷⁶. Başka bir görüş ise sözleşmenin niteliğinin idari hizmet sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir⁷⁷. Yargı da bu sözleşmenin nitelendirilmesinde farklı kararlar verebilmektedir. Gerçekten de Danıştay, bu sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir⁷⁸. Diğer yandan Yargıtay, sözleşmenin niteliği konusunda çelişkili kararlar verebilmektedir. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, güncel kararlarında sözleşmenin kurulmasında vakıf yükseköğretim kurumlarınca bir kamu gücü ayrıcalığı kullanılmaması dolayısıyla bu sözleşmelerin açıkça iş sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmektedir⁷⁹.

⁷³ Danıştay, 8. D., T. 29.04.2011, E. 2008/8234, K. 2011/2452; Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği (31.12.2005 tarihli ve 26040 sayılı Resmî Gazete).

⁷⁴ Danıştay, İDDK, T. 27.03.2014, E. 2011/1493, K. 2014/1351 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 15.02.2022).

⁷⁵ Aksi yönde bkz. SANCAKDAR / ÖNÜT / US DOĞAN / KASAPOĞLU TURHAN / SEYHAN, s. 342.

⁷⁶ Bkz. İZMİRLİOĞLU, Fatma Ayça: *Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademik Personelin Hukuki Statüsü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2017, 356 vd. İş sözleşmesi yaklaşımını benimseyenlerin görüşleri için bkz. İZMİRLİOĞLU, s. 350-352. Bunların fikir işçisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği önerisi hakkında bkz. İZMİRLİOĞLU, s. 357. Bkz. DEMİRCİOĞLU, Murat / KAPLAN, Hasan Ali: “Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.5.2012, 5.11.2012 ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri ile Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Prof. Dr. M. Polat SOYER'e Armağan Özel Sayısı, s. 77-78; GÖKTAŞ, Seracettin: “Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 1, s. 617; ZAFER, s. 221-222.

⁷⁷ GÖZLER / KAPLAN, s. 243 ve 620. İdari hizmet sözleşmesi yaklaşımını benimseyenlerin görüşleri için bkz. İZMİRLİOĞLU, s. 352-353. İlgisi yönünden bkz. AVCI, Mustafa: “Yükseköğretim Kurumlarında Akademik Personel Atama Usulü”, *Amme İdaresi Dergisi*, 2016, Cilt 49, Sayı 1, s. 64.; ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif: “Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanlarının ‘Yıllık İçin Hakkı’nın Tabi Olduğu Hukuksal Rejim”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 20, Sayı 1, s. 63 vd.

⁷⁸ “... Bu durumda, vakıf yükseköğretim kurumu ile davacı arasında yapılan sözleşme, idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunduğundan, bu sözleşmenin feshine ilişkin işlemin de idari yargının görev alanına girdiğinin kabulü ile işin esasının incelenmesi gerekirken, davanın görev yönünden reddine dair verilen istinaf kararında hukuki isabet görülmemiştir...” Danıştay, 8. D., T. 17.03.2021, E. 2017/6130, K. 2021/1639. Aynı yönde bkz. Danıştay, 8. D., T. 04.02.2003, E. 2002/5557, K. 2003/561 (karararama.danistay.gov.tr, E.T.: 10.02.2022).

⁷⁹ “... Ancak, bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenebilmesi için sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması koşulları her zaman yeterli olmayabilir. Bu durumda idare ile karşı taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerinin incelenerek, tarafların idareye kamu gücünden doğan üstün yetkiler tanımak suretiyle, sözleşmeye idari sözleşme niteliği vermek amacıyla olup olmadıklarının araştırılması gerekir. Özel hukuk sözleşmelerinde düşünülmesi bile imkânsız olan bazı üstün yetkilerin tanınması, idari sözleşmeleri ötekilerden ayıran temel, en belirgin özelliklerdir ... Tüm bu maddi ve hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde, özellikle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek. 11. Maddesine, 6745 sayılı Kanun ile

Daha eski başka bir kararında ise sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğu yaklaşımını sergilemektedir⁸⁰. Bununla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun verdiği güncel kararlarda da bir çelişkinin bulunduğu görülmektedir⁸¹.

Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları bakımından ise daha dikkatli bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının sözleşmeyle ilgili olarak vakıf yükseköğretim kurumunun işlemlerine karşı açtıkları davalarda Uyuşmazlık Mahkemesi, vakıf yükseköğretim kurumunun kamu tüzel kişisi olduğunu, ilgili öğretim elemanının da kamu personeli olduğunu ve sözleşmenin feshine yönelik işlemin bir idari işlem olduğunu belirtmekte ve bundan dolayı uyuşmazlığın çözümünde idari yargıyı görevli kabul etmektedir⁸². Ancak Yüksek Mahkemenin bu yönde verdiği kararlarda genelde sözleşmenin niteliği konusunda doğrudan doğruya bir belirleme yapma girişiminde bulunmadığı görülmektedir. Bununla birlikte bir kararında, bilinçli bir tercihle mi olup olmadığı pek anlaşılammakla beraber, görevli yargı kolunu idari yargı olarak belirlemekle birlikte sözleşmeyi *iş akdi* olarak ifade etmektedir⁸³. Güncel bir kararında ise bunu açıkça bir *idari sözleşme* olarak yorumlamaktadır⁸⁴. Ancak yine güncel tarihli bir kararında öğretim elemanının alacağına yönelik başlattığı icra takibi ve bu takibe karşı yapılan itirazın iptali davası bakımından yaptığı incelemede, bu kez daha açık ve önceki kararları yönünden de yaklaşımını ortaya koyar şekilde, *iş akdi*

20/08/2016 tarihinde getirilen 10. bentte, hizmet sözleşmeleri hususunda 4857 sayılı İş Kanunu'na atf yapılması ve taraflar arasında imzalanmış sözleşmelerde, sözleşmelere idari sözleşme niteliği verecek, kamusal yetkinin getirdiği üstünlük ve ayrıcalığın bulunmaması nedeniyle idareye tanınan üstünlük ve otorite ölçütünü yokluğu, davacı ile davalı Üniversite arasında bağtlanan sözleşmelerin bireysel iş sözleşmesi olduğunu, dolayısıyla bu iş ilişkisinin özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel hukuk ilişkisi olduğunu göstermektedir. Davalı Vakıf Üniversitesinin, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmalarını, öğretim elemanlarının sağlanmasını ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi olması, davacının iş sözleşmesi ile çalışma olgusunu ve buna bağlı olarak İş Mahkemesinin görevini ortadan kaldırmaz. Uyuşmazlık, Adli Yargı yolunda ve İş Mahkemesinde çözümlenmelidir. ... **BOZULARAK...**" Yargıtay, 9. HD., T. 11.03.2021, E. 2020/1953, K. 2021/6122 (www.yargitay.gov.tr, E.T.: 14.02.2022). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 9. HD., T. 06.10.2021, E. 2021/9659, K. 2021/13698; Yargıtay, 9. HD., T. 08.03.2021, E. 2020/1518, K. 2021/5718, (www.lexpera.com.tr, E.T.: 15.02.2022).

⁸⁰ Bkz. Yargıtay, 9. HD., T. 06.12.2018, E. 2015/25912, K. 2018/22600 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 15.02.2022).

⁸¹ Sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğuna yönelik Yargıtay HGK kararı: "... Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, vakıf üniversitelerinde görev yapan öğretim elemanları ile yapılan sözleşmenin idari sözleşme olduğuna yönelik bir düzenleme olmadığı, mali ve idari konular yönünden taraflar arasında yapılan sözleşmenin sözleşme özgürlüğüne dayalı bir özel hukuk sözleşmesi olduğu, buradan hareketle özel hukuka tabi bu ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda adli yargı yerinin görevli olduğu görüşü dile getirilmiş ise de, yukarıda açıklanan nedenlerle bu görüş çoğunluk tarafından benimsenmemiştir. Hâl böyle olunca davanın adli yargı yerinde görülmesi mümkün olmadıktan, ön sorun bulunduğu ve direnme kararının bu değişik gerekçe ile bozulması gerektiği sonucuna varılmıştır..." Yargıtay, HGK, T. 18.03.2021, E. 2016/1872, K. 2021/293 (www.yargitay.gov.tr, E.T.: 13.02.2022). Sözleşmenin iş sözleşmesi olduğuna yönelik Yargıtay HGK kararı: "... Belirtilen yasal düzenlemeler dosya kapsamı tüm bilgi ve belgeler hep birlikte değerlendirildiğinde, davacının davalı Üniversitede üstlendiği görevini davalı Vakıf Üniversitesi ile yaptığı bir sözleşme gereği yürüttüğü, anılan sözleşmenin Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23. maddesine istinaden ve bu maddenin verdiği yetkiye göre yapıldığı, anılan maddeye ve yapılan sözleşmeye göre davacıyla davalı arasındaki ilişkinin özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel hukuk ilişkisi olduğu ortadadır. Kanunlarımızda öğretim elemanları ile yapılan sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğuna yönelik bir düzenleme bulunmaması, mali ve idari konular taraflarca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirildiğinden yapılan sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesinin mümkün olmaması, vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki sözleşmenin, sözleşme özgürlüğüne dayalı, kuralları tarafların serbest iradeleriyle belirlenen bir özel hukuk sözleşmesi olması nedenleriyle Üniversite ile öğretim elemanı arasındaki işçi-işveren ilişkisinden kaynaklı özel hukuka tabi bu ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözümünde adli yargı görevli olduğu ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi gereği uyuşmazlığın iş mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır..." Yargıtay, HGK, T. 30.09.2021, E. 2017/3094, K. 2021/1118 (www.yargitay.gov.tr, E.T.: 14.02.2022).

⁸² "... Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bu açıdan davacının, sözleşmesinin feshine ilişkin işlemin de 2577 sayılı Kanunun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde tanımlanan iptal davasına konu edilebilecek nitelikte birer idari işlem niteliği taşıdığı; bu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin de, Anayasayla bu denetim için oluşturulan idari yargının görev alanında bulunduğu sonucuna varılmıştır..." UYM, T. 24.12.2012, E. 2012/223, K. 2012/282. Aynı yönde bkz. UYM, T. 24.12.2012, E. 2012/273, K. 2012/289 (12.2.2013 tarihli ve 28557 mükerrer sayılı Resmî Gazete); UYM, T. 24.10.2016, E. 2016/544, K. 2016/522 (18.11.2016 tarihli ve 29892 sayılı Resmî Gazete); UYM, T. 21.5.2012, E. 2012/15, K. 2012/109 (18.06.2012 tarihli ve 28327 sayılı Resmî Gazete). Ayrıca bkz. ÜÇİŞİK, s. 67-69.

⁸³ "... Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bu açıdan davacının, iş akdinin feshine ilişkin işleminin de 2577 sayılı Kanunun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde tanımlanan iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem niteliği taşıdığı; bu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin de, Anayasayla bu denetim için oluşturulan İdari Yargı'nın görev alanında bulunduğu sonucuna varılmıştır..." UYM, T. 05.11.2012, E. 2012/189, K. 2012/234 (kararlar.uysuzmazlik.gov.tr, E.T.: 16.02.2022).

⁸⁴ "... Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu, aralarında düzenledikleri sözleşmenin de idari sözleşme niteliği taşıdığı açıktır..." UYM, T. 20.09.2021, E. 2021/477, K. 2021/461 (kararlar.uysuzmazlik.gov.tr, E.T.: 16.02.2022).

nitelendirmesi yaptığı görülmektedir⁸⁵. Diğer yandan Yüksek Mahkeme, vakıf yükseköğretim kurumunun öğretim elemanına karşı açtığı davada, genel olarak idari yargıda davalının idare olabileceği gerekçesiyle hareket etmekte ve görevli yargı kolunu adli yargı olarak belirlemektedir⁸⁶. Fakat bu yöndeki başka bir kararında da aradaki sözleşmeyi; yine bilinçli bir tercihle mi olup olmadığı anlaşılama-makla birlikte iş akdi olarak zikretmektedir⁸⁷.

Uyuşmazlık Mahkemesinin bu konuda verdiği kararlarda, gerek tarafları *öğretim elemanı* ve *vakıf yükseköğretim kurumu* gerekse de tarafları *vakıf yükseköğretim kurumu* ve *öğretim elemanı* olan uyuşmazlıklar bakımından, birincisi için görevli yargı kolunu idari yargı olarak kabul etmekte; ikincisini ise adli yargı olarak kabul etmekle birlikte her ikisinde de sözleşmenin niteliğini idari sözleşmeden çok iş sözleşmesi olarak yorumladığı sonucu çıkarılmaya oldukça elverişli olduğu gözükmektedir⁸⁸. Yüksek Mahkemenin, özellikle vakıf yükseköğretim kurumunun öğretim elemanına karşı açtığı dava yönünden görevli yargı kolunu adli yargı olarak kabul etmesi de bu yöndeki yaklaşımı kuvvetlendirmektedir. Gerçi Mahkeme, burada adli yargının görevli olabilmesi yönündeki yaklaşımını idari yargılamada davalının idare olması gerekliliği ile açıklamaktadır. Ancak konuya 2577 sayılı Kanun⁸⁹ m. 2/1-c'nin "... kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar..." ifadesi yönünden yaklaşıldığında, aslında bu yöndeki bir idari sözleşmeden doğan uyuşmazlık bakımından idari yargının görevsizliği sonucunu doğuracak bir durum ortaya çıkmamaktadır⁹⁰. Bu durum, Yüksek Mahkemenin birtakım kararlarında geçen iş akdi şeklindeki ifadeleriyle birleşince de onun bu konudaki sözleşmeleri iş sözleşmesi olarak kabul ettiği yönünde bir sonucu çıkarmaya oldukça elverişli hale getirmektedir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, aradaki sözleşmeyi idari sözleşme olarak kabul ediyorsa vakıf yükseköğretim kurumu tarafından öğretim elemanına karşı ve sözleşmeye aykırılık dolayısıyla tazminat istemi niteliğindeki davanın tam yargı davası olarak idari yargı yerinde çözümünü kabul etmesi de beklenebilirdi. Gerçi Yüksek Mahkemenin konuya bu şekilde yaklaşımının 2577 sayılı Kanun m. 2/2'nin "*İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır...*" şeklindeki ifadesinden kaynaklandığı da düşünülebilir. Bu ifade daha çok idari yargı yetkisinin yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağını söylemektedir. Ancak idari eylem ve işlemler ibaresiyle yapılacak hukukilik denetiminin de sadece bunlar üzerinde gerçekleştirileceğine yönelik bir anlama karşılık gelmektedir. Dolayısıyla özel hukuk kişilerinin idari yargıda davalı olarak bulunmaları, işlemlerine veya eylemlerine idari bir nitelik yüklenebilen durumlar dışında pek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla Yüksek Mahkemenin *vakıf yükseköğretim kurumu* karşı *öğretim elemanı* şeklinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda adli yargıyı görevli kabul etmesi yaklaşımı anlaşılabilir.

⁸⁵ "... Vakıf Üniversitelerinde görev yapan akademik personelin çalıştığı üniversite ile ilgili iş akdinden kaynaklı uyuşmazlıklarda idari yargının, alacağın tahsili amacıyla yürütülen icra takiplerine yapılan itirazın iptali davalarında adli yargının görevli olduğu Uyuşmazlık Mahkemesinin istikrar kazanmış kararlarından. Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, Trabzon İdare Mahkemesi, 16/03/2021 tarihli ve E. 2020/449 sayılı dosyasında, bu doğrultuda, davacının ödenmeyen maaşlarının, özlük haklarından olan kıdem ve ihbar tazminatının, fazla mesai ile yıllık izin ücretlerinin tazmini istemi hakkında açtığı davada görevli olduğuna karar vermiştir..." UYM, T. 05.07.2021, E. 2021/213, K. 2021/416 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 17.02.2022). Bu kararla ilgili belirtmek gerekir ki mahkemenin iş akdi değerlendirmesi dolayısıyla kararın buraya eklenmesi uygun görülmüştür. Yoksa bu kararında, 2004 sayılı Kanun m. 42/3'ün 2018 senesi değişikliğiyle birlikte değerlendirerek idari yargıyı görevli kabul ettiği anlaşılmaktadır.

⁸⁶ UYM, T. 23.11.2020, E. 2020/640, K. 2020/715 (kararlar.uyusmazlik.gov.tr, E.T.: 16.02.2022).

⁸⁷ "... Bu durumda, davanın, ortada idarece kamu gücüne dayalı olarak ve idari usul ve esaslara göre re'sen ve tek yanlı biçimde tesis edilmiş bir işlem veya eyleminden dolayı hak ve menfaati ihlâl edilenler tarafından idare aleyhine açılmış 2577 sayılı Yasa'nun 2. maddesinde belirtilen davalardan biri olmayıp; davacı Üniversite tarafından, davalı tarafın iş akdini sonlandırmasına rağmen yedinde kalan iş ve maaş avanslarının toplamı olan 45.093,80-TL'nin davalıdan tahsili istemiyle, gerçek kişi aleyhine açılan dava olması karşısında, idari yargının görevine giren bir dava bulunduğundan söz etmek olanaksızdır..." UYM, T. 21.10.2019, E. 2019/594, K. 2019/675 (kararlar.uyusmazlik.gov.tr, E.T.: 16.02.2022).

⁸⁸ Ayrıca sözleşmeden ayrılabilir işlemler yönünden ortaya çıkan uyuşmazlıklar ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında bkz. SANCAKDAR / ÖNÜT / US DOĞAN / KASAPOĞLU TURHAN / SEYHAN, s. 549-554; GÜNDAY, Metin: *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 122-123.

⁸⁹ 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁰ "... Tam yargı davalarında da yönetim, kural olarak, davalı durumundadır. Yönetmelik sözleşmelerden doğan tam yargı davalarında, gerçek kişiler, ya da özel hukuk tüzel kişileri de davalı durumunda olabilir..." GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: *Yönetmelik Yargı*, 33. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 281. Aynı yönde bkz. TAN, Turgut: *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 985; KAPLAN, s. 280.

Aynı konuyla ilgili farklı Yüksek Mahkemeler tarafından farklı yaklaşımların benimsenmesi, özellikle hukuki öngörülebilirlik ve hak arama hürriyeti açısından konuya yaklaşıldığında, oldukça sakıncalı görünmektedir. Diğer yandan görev ve hüküm uyumsuzluklarının davaların süresini uzatması da mümkündür ki bunun da makul sürede yargılanma ilkesine karşı sakıncalı bir durum oluşturabileceği düşünülebilir⁹¹. Aslında yargı kolu uyumsuzluklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin yaklaşımlarının benimsenmesi gerektiği düşünülmektedir. Çünkü bu mahkemenin amaç ve işlevi zaten yargı kolları arasında ortaya çıkan görev ve hüküm uyumsuzluklarını gidermektir. Dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesinin bu yönde ortaya koyduğu bir yorumun *otantik* niteliğinin, onun kararlarını ve bunlara konu olan yaklaşımlarını diğerlerine karşı üstün tutmayı gerektirdiği söylenebilir⁹². 2247 sayılı Kanun⁹³ m. 30/son (2.7.2018 tarihli 703 s. KHK⁹⁴ m. 183 ile mülga), bu durumu özellikle görev uyumsuzluğu yönünden ortaya koymaktaydı. Artık 2247 sayılı Kanun m. 29'un "*Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları kesindir. Başkanın uygun göreceği kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır.*" şeklindeki ifadesinin Mahkemenin önüne gelen somut davalar için geçerli olabileceği düşünülmektedir. Bunun ileriye etkili olacak şekilde, aynı veya benzer durumdaki davalar bakımından geçerli olması gerektiği savunulursa - mahkemelerin bağımsızlığı yönünden konuya yaklaşıldığında- diğer Yüksek Mahkemelerin yargısal fonksiyonlarına yönelik bir müdahale tehlikesi doğabilir⁹⁵. Özellikle m. 30/son hükmünün ilga edilmesinde sonra 2247 sayılı Kanun m. 20'nin de bu konuda bir rahatlama sağlayabilmesi olanağı da bu yönde karar verebilecek ilgili yüksek mahkemelerin tercihine bırakılmış gibi görünmektedir⁹⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki Yüksek Mahkemenin yargı yolu belirlemesi yönündeki otantik nitelikli karar sonucuna sadık kalmakla beraber buna dayanak olan yorumun dışlanma kabiliyeti olup olmadığı meselesi de ayrıca tartışılabilir. Örneğin bir idari yargı merci, Uyuşmazlık Mahkemesinin idari yargının görevli olduğu sonucu yönünden onun bu kararına sadık kalarak ilgili uyumsuzluklarda kendi yargı kolunu görevli kabul etse bile onun sözleşmenin nitelendirilmesiyle ilgili yaklaşımını dışlayarak sözleşmeyi idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirebilir.

Sözleşmenin iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi veya idari hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumlarının öğretim elemanlarının akademik çalışma güvencelerinin sağlanması yönünden avantajları ve dezavantajları tartışılabilir görünmektedir⁹⁷. Diğer yandan vakıf yükseköğretim kurumunun, öğretim elemanı pozisyonunda görevlendirilme talebinde bulunan başvurucunun talebini, görevlendirme yapma konusunda yükseköğretim mevzuatındaki esas ve usuller içinde kalması gerekliliği göz önüne alındığında, iş sözleşmesindeki sözleşme serbestisi alanının oldukça daraldığı düşünülmektedir. Gerçi iş hukukunun işçiyi koruyan nisbi emredici hükümleri düşünüldüğünde iş hukukunun zaten tamamıyla özel hukuk karakterli bir alan olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, yükseköğretim mevzuatından kaynaklanan şartlar dolayısıyla, işveren pozisyonundaki vakıf yükseköğretim kurumu, sözleşmenin karşı tarafında yer alan öğretim elemanını seçme ve görevlendirme konusunda oldukça sınırlı bir iradeye sahip hale gelmektedir⁹⁸. Başvurucu, ilgili vakıf yükseköğretim kurumunca açılan ve usulüne uygun ilan edilen öğretim elemanı pozisyonuna ilişkin genel ve özel şartları hukuki yönden yerine getiriyorsa yükseköğretim kurumunun bu başvuruyu reddetme olasılığı pek mümkün

⁹¹ İlgisi yönünden bkz. İZMİRLİOĞLU, 321.

⁹² GÖZLER, Kemal: *Hukuka Giriş*, 12. Baskı, Ekin, Bursa, 2015, s. 279-280.

⁹³ 22.06.1979 tarihli ve 16674 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁴ 09.07.2018 tarihli ve 30473 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁵ İlgisi yönünden bkz. DEMİRCİOĞLU / KAPLAN, s. 67-70; İZMİRLİOĞLU, s. 320.

⁹⁶ İlgisi yönünden bkz. DEMİRCİOĞLU / KAPLAN, s. 69-70.

⁹⁷ İlgisi yönünden bkz. Yargıtay, 9. HD., T. 11.03.2021, E. 2020/1953, K. 2021/6122 (www.yargitay.gov.tr, E.T.: 14.02.2022); ÇELİK, Nuri: "Vakıf Üniversitesi Öğretim Üyeleri ile Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, s. 13-15; YILDIRIM, Turan / SAMURAY, Figen: "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Sayı 1, s. 94.

⁹⁸ Bu konuda idari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasındaki farklar için bkz. SANCAKDAR / ÖNÜT / US DOĞAN / KASAPOĞLU TURHAN / SEYHAN, s. 549.

görünmemektedir⁹⁹. Benzer şekilde öğretim elemanlarının işlerine son verme sebep ve yöntemleri yönünden de -özellikle idari yargının konuya yaklaşımıyla birlikte düşünüldüğünde- iş hukukundan önemli ölçüde ayrılan hususların bulunduğu görülmektedir. En azından özel hukuk sözleşmesi olmanın gerektirdiği sözleşme serbestisi temel ilkesi bakımından düşünüldüğünde, bu konuda önemli derecede sahip olunması beklenen serbestliğe sahip olamadığı düşünülmektedir¹⁰⁰.

Yine Kanun, bu sözleşmenin niteliğiyle ilgili olarak, 2547 sayılı Kanun ek m. 11/10'da gerçekleştirilecek durum haricinde, açık bir yollamada bulunmadığından da bu sözleşmeyi doğrudan iş sözleşmesi olarak nitelendirmek kolay değildir. Kaldı ki Kanun, bu durumda dahi doğrudan bir iş sözleşmesi nitelendirmesi yapmamış, ilgili vakfa kayyım tayin edilmesi veya vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyet izninin kaldırılması durumlarından biri gerçekleşirse *bu vakıf yükseköğretim kurumunda çalışmakta olan akademik ve diğer personelin hizmet sözleşmeleri hakkında* 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir¹⁰¹ (2547 s. K. ek m. 11/10). Dolayısıyla bu iki olasılıktan birinin gerçekleşmesi hali dışında, ilgili sözleşmenin iş sözleşmesi olarak sayılması mümkün olmayacaktır. Diğer bir deyişle bu hükmün yorumunda *argumentum a contrario* ile hareket edilirse normal durumda vakıf yükseköğretim kurumu ile öğretim elemanı arasındaki sözleşmenin niteliğinin iş sözleşmesi olarak kabulü mümkün hale gelmez. Benzer durumu, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği m. 23/2'nin;

“Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.”

şeklindeki ifadesinde de görmek mümkündür. Bu hüküm, idarenin de konuya yaklaşımının iş sözleşmesi olmadığı sonucunu doğurmaktadır. Dikkat edilirse *özlük hakları* ibaresi Danıştay tarafından iptal edildikten sonra geriye kalan ifade, 4857 sayılı Kanun¹⁰² hükümlerinin sadece personelin aylıklarıyla ilgili konularda uygulanabileceğini ifade etmektedir.

Başka ve aslında sözleşmenin iş sözleşmesi olmadığı konusunda daha ikna edici görünen bir hüküm de 2547 sayılı Kanun'un disiplin hükümlerinde yer alan m. 53/b'nin

“... Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanlarına uygulanabilecek disiplin cezaları uyarı, kınama, aylıktan veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır. (Ek cümleler: 15/4/2020-7243/7 md.) Öğretim elemanları dışında iş sözleşmesiyle çalışan personel 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu ve iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesine tabidir. Memurlar hakkında ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci maddesi uygulanır.”

şeklindeki ifadesinden kaynaklanmaktadır. 2020 senesinde 7243 sayılı Kanun m. 7 ile yapılan bu eklemeye öğretim elemanları dışında çalışan personelin iş sözleşmesiyle çalıştığına yönelik bir anlam ortaya çıkmakta gibidir.

Diğer yandan vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu kurumu niteliğini taşımaları, faaliyetlerinin kamu hizmeti kapsamında değerlendirilmesi ve fakat öğretim elemanlarıyla yaptıkları sözleşmelerde

⁹⁹ Bkz. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği m. 23/1-2. cümle.

¹⁰⁰ İlgisi yönünden bkz. SANCAKDAR / ÖNÜT / US DOĞAN / KASAPOĞLU TURHAN / SEYHAN, s. 549.

¹⁰¹ Buna göre Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yaklaşımının isabetli olmadığı düşünülmektedir: “... özellikle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek. 11. Maddesine, 6745 sayılı Kanun ile 20/08/2016 tarihinde getirilen 10. bentte, hizmet sözleşmeleri hususunda 4857 sayılı İş Kanunu'na atıf yapılması ve taraflar arasında imzalanmış sözleşmelerde, sözleşmelere idari sözleşme niteliği verecek, kamusal yetkinin getirdiği üstünlük ve ayrıcalığın bulunmaması nedeniyle idareye tanınan üstünlük ve otorite ölçütünün yokluğu, davacı ile davalı Üniversite arasında bağtılan sözleşmelerin bireysel iş sözleşmesi olduğunu, dolayısıyla bu iş ilişkisinin özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel hukuk ilişkisi olduğunu göstermektedir...” Yargıtay, 9. HD., T. 11.03.2021, E. 2020/1953, K. 2021/6122 (www.yargitay.gov.tr., E.T.: 15.02.2022). İlgisi yönünden bkz. ÖNÜT, s. 101.

¹⁰² 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmî Gazete.

kamu hukukundan doğan ve idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerinin bulunduğu¹⁰³ hususunun belirgin olmayışı, sözleşmeyi idari hizmet sözleşmesi olarak değerlendirmeye yönelik yaklaşımı zayıflatmaktadır. Ancak diğer sözleşme çeşitlerine nazaran idari hizmet sözleşmesi yaklaşımının buna rağmen daha isabetli olduğu düşünülmektedir. Özellikle 2547 sayılı Kanun ek m. 11'e yönelik 2016 senesinde yapılan düzenlemeden sonra bu durumun biraz daha belirginleştiği söylenebilir. Kaldı ki öğretim elemanı ile kurulan ilişkinin tarafı bir kamu tüzel kişisidir ve konusu da bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkindir¹⁰⁴. Nihayetinde Kanun açık bir öngöründe bulunmadığı sürece sözleşmenin niteliğiyle ilgili tartışmalar devam edecek gibi görünmektedir.

b. İdari Personel Yönünden

Vakıf Yükseköğretim Kurumunda çalışan öğretim elemanı kapsamı dışında kalan personelin hukuki niteliğinin belirgin olduğu söylenemez. 2547 sayılı Kanun'un vakıf yükseköğretim kurumlarıyla ilgili düzenlemeleri içinde kurumun saf idari işleriyle ilgilenen idari personelin niteliğine yönelik yapılabilecek çıkarımlar birkaç dolaylı ifadeden hareketle tespit edilmeye çalışılabilir. Bu bağlamda Kanun ek m. 5/2'nin "... Yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapar, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylar..." şeklindeki ifadesi, ek m. 8/1'in "... Devlet yükseköğretim kurumlarında çalışmalarını yasaklanmış veya disiplin yoluyla bu kurumlardan çıkarılmış kişiler, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alamazlar..." şeklindeki ifadesi ile ek m. 11/10'un "... Bu vakıf yükseköğretim kurumunda çalışmakta olan akademik ve diğer personelin hizmet sözleşmeleri hakkında 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır..." şeklindeki ifadesi bir fikir vermektedir. Münhasıran *atama yapma* ve *görevden alma* kavramlarının kullanılması ya da disiplin yoluyla çıkarılmış kişileri çalıştırma yasağının öğretim elemanlarıyla birlikte idari personeli de kapsadığı düşünüldüğünde, akademik ve idari personel arasında ayrı bir rejimin belirlenmediği yönünde bir sonuca ulaşılabilmektedir. Ancak özellikle ek m. 11/10 yönünden yukarıda vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarıyla ilgili yapılan çıkarımı, idari personelle ilgili olarak da kabul etmek gerekir. Dolayısıyla yine ek m. 11/10'un;

"Kurucu vakıflarına kayyım tayin edilen veya faaliyet izni kaldırılan vakıf yükseköğretim kurumu mütevelli heyet başkanı ve üyeleri ile tüm yöneticilerinin görevleri kendiliğinden sona erer. Bu vakıf yükseköğretim kurumunda çalışmakta olan akademik ve diğer personelin hizmet sözleşmeleri hakkında 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır."

şeklindeki ifadesinden yola çıkılırsa kayyım tayin edilen bir vakıf veya faaliyet izni kaldırılan vakıf yükseköğretim kurumundan bahsedilmediği sürece idari personelin sözleşmelerinin niteliğini iş sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Çünkü "... Bu vakıf yükseköğretim kurumunda çalışmakta olan ..." ibaresinde geçen "bu" sıfatı, hükümde öngörülen iki olasılığın gerçekleşmediği vakıf yükseköğretim kurumları personelinin dışlanması gerektirmektedir.

Bununla birlikte, 2547 sayılı Kanun m. 53/b'ye 2020 yılında 7243 sayılı Kanun¹⁰⁵ m. 7 ile eklenen ek cümlede "*Öğretim elemanları dışında iş sözleşmesiyle çalışan ...*" ibaresi dolayısıyla öğretim elemanı dışında kalan personelin iş sözleşmesi ile çalıştığına yönelik bir anlamı dolaylı yoldan çıkarmaya oldukça elverişli görünmektedir. Aslında vakıf yükseköğretim kurumunda yer alan ve öğretim elemanı dışında kalan tüm personelin kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik faaliyetlerinin olup olmadığı

¹⁰³ Bu konuda bkz. SANCAKDAR / ÖNÜT / US DOĞAN / KASAPOĞLU TURHAN / SEYHAN, s. 548-549; *Gözler / Kaplan*'a göre kanunla nitelendirilmiş olmayan bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığı belirlenirken içtihadî kriterlerden hareketle, sözleşmenin taraflarından birinin kamu tüzel kişisi olması ve sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması veya bu sözleşmenin özel hukuku aşan hükümlerinin bulunması gerekir. Dolayısıyla *kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma* ve *özel hukuku aşan hükümlerin bulunması* şartlarının bir arada bulunması gerekmez. Bunlardan birinin bulunmasıyla birlikte taraflardan birinin kamu tüzel kişiliğinin bulunması şartları gerçekleştiğinde ilgili sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır. Bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 458.

¹⁰⁴ Bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 458-459.

¹⁰⁵ 17.04.2020 tarihli ve 31102 sayılı Resmî Gazete.

veya bunların sözleşmelerinde özel hukuku aşan hükümlerin bulunup bulunmadığı hususları da bu konudaki yaklaşımı etkileyebilir görünmektedir¹⁰⁶. Örneğin 124 sayılı KHK'ya göre genel sekreterin ve kendisine bağlı idari birim yöneticilerinin öğretim elemanı olma şartı bulunmamaktadır. Bu personelin yükseköğretim kurumlarına özümlenen idari işleri yerine getirme görevlerinin de kamu hizmetinin yürütülmesi kriterini¹⁰⁷ sağlayıp sağlamadığı tartışılabilir. Benzer durumun yükseköğretim kurumu içinde yer alan akademik birimlerin idari işlerini yerine getiren personel için de geçerli olabileceği düşünülebilir. Diğer yandan bunlar dışında kalan nitelikli iş gücü yetiştirme ve nitelikli bilgi üretme ile ilgili doğrudan veya dolaylı yönden ilişkisi kurulamayacak hizmetler yönünden -örneğin kurumun temizliğine, güvenliğine, bakım ve onarımına veya benzer hizmetlere özümlenen işlerin- kamu hizmetinin yürütülmesi kriterini karşıladığını söylemek zordur. Bu durumda vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanı dışında kalan personelin idari sözleşme dışında iş sözleşmesiyle istihdam edilebilecek personelin bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. Başka bir deyişle vakıf yükseköğretim kurumlarında öğretim elemanı dışında çalışan personelin bir kısmı idari sözleşmeyle istihdam edilirken bir kısmının da iş sözleşmesiyle çalışabileceği düşünülmektedir¹⁰⁸.

II. VAKIF YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI PERSONELİNİN ÜCRET GELİRLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİNİN 2914 SAYILI KANUN BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Akademik Personel Yönünden

1. Ücretin Belirlenmesi

15.4.2020 tarihli 7243 sayılı Kanun m. 11 ile 2547 sayılı Kanun ek m. 8'de düzenleme yapılarak vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının ücretlerini ilgilendiren bir hüküm ihdas edilmiştir. 7243 sayılı Kanun m. 11 ile eklenen 2547 sayılı Kanun ek m. 8/2 şöyledir:

“Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına, unvanlarına göre Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücret tutarından az ücret verilemez. Bu fıkra kapsamında Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen emsal ücretin hesaplanmasında ilgili mevzuat uyarınca aylıklara ilişkin hükümlerin uygulandığı kadroya bağlı ödemeler dikkate alınır.”

Bu düzenlemeden önce vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının ücretlerinin nasıl belirlendiği konusunda ise ilgili hükmün 7243 sayılı Kanun m. 11'in teklif metninde yer alan gerekçesi bir fikir vermektedir:

“Vakıf yükseköğretim kurumlarının bazılarında, öğretim elemanlarına asgari ücret seviyesinde ücretler ödendiği görülmektedir. Eğitim öğretim hizmetinin kamu hizmeti niteliği ve çalışan kimselerin vasfı dikkate alındığında bu kimselere ödenecek ücretin Devlet yükseköğretim kurumlarındaki emsallerinden aşağı olmaması gerekmektedir. Madde ile, vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının mali haklarının Devlet yükseköğretim kurumlarında çalışan emsalleri ile eşitlenmesi öngörülmektedir.”

Gereğede bahsedilen olumsuz durumun giderilmesi için vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının da devlet yüksek öğretim kurumlarında çalışan emsalleriyle eş değer şekilde kendi niteliğine özgü bir asgari ücretle görevlendirilmeleri sağlanmıştır. Ancak ek m. 8/2 ile getirilen yeni düzenlemeyle birlikte ücretin belirlenmesi konusunda birtakım sorunların da ortaya çıkabileceği düşü-

¹⁰⁶ Özel hukuku aşan şartlar konusunda bkz. AYHAN, Önder: “İdari Sözleşmeler”, *Danıştay Dergisi*, 1979, Sayı 32-33, s. 107-108.

¹⁰⁷ İdari hizmet sözleşmesinin organik ve maddi kriterleriyle ilgili olarak bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 452-456.

¹⁰⁸ 2547 sayılı Kanun oldukça fazla değişikliğe uğramıştır. *Yiğit Şakar*'ın isabetle belirttiği gibi yükseköğretimle ilgili mevzuat oldukça karmaşık bir hale gelmiştir. Yazarmın da işaret ettiği gibi ek maddeler ve geçici maddelerin toplam sayısı, Kanun'un esas madde sayısını aşmıştır. Bu kadar çok değişikliğe uğrayan bir kanunun ise sistemli bir uygulama ortaya koymasını beklemek hiç de kolay değildir. Bkz. YİĞİT ŞAKAR, s. 223-224.

nülmektedir. Bu sorunlardan biri vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarının ücretlerinin devlet yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarının brüt ücretine mi yoksa net ücretine mi eşitleneceğidir. Ücretin brüte mi yoksa nete mi eşitleneceği meselesinin önemi, vakıf yükseköğretim elemanlarıyla devlet yükseköğretim elemanlarının sosyal güvenlik prim kesintileriyle ilgili farklılıkla da bir ilişki kurmayı gerektirebilir. Gerçekten de genel olarak, birincisi 5510 sayılı Kanun¹⁰⁹ m. 4/1-a kapsamında değerlendirilirken, ikincisi 5510 sayılı Kanun m. 4/1-c kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla yapılacak prim kesintileri farklılık gösterecektir. Benzer şekilde devlet yükseköğretim kurumu öğretim elemanı ile vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanı arasındaki ücret kesintisiyle ilgili başka bir fark da işsizlik sigortası prim kesintileriyle ilgilidir. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği m. 25/1-a.7 hükmünde öngörülen kesintilerin biri de *işsizlik primi* olarak yer almaktadır. Diğer yandan 4447 sayılı Kanun¹¹⁰ m. 46/2, 5510 sayılı Kanun m. 4/1-a kapsamında olanlardan bir hizmet akdine bağlı olarak çalışan sigortalıları da kapsamına almaktadır. Kavramın özellikle *hizmet akdi* olarak kullanılması, bu konuda idari hizmet sözleşmesi ile çalışmayı da kapsama alabilecek şekilde anlaşılmaya elverişli olsa da 4447 sayılı Kanun m. 51'in öngörüsünden hareket edilirse bunun daha çok iş sözleşmesi ve 6098 sayılı Kanun¹¹¹ anlamında bir hizmet sözleşmesi olduğu anlaşılabilir. Bununla birlikte mezkûr Yönetmelik hükmü dolayısıyla vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının ücretlerinden de sosyal güvenlik priminin yanında işsizlik sigortası primi kesintisinin düzenlendiği görülmektedir. Her ne kadar kavram *işsizlik primi* şeklinde zikredilse de sosyal güvenlik primi kesintisiyle birlikte anıldığından dolayı bunun işsizlik sigortası primi olduğu sonucuna varılabilir. Böyle bir kesintinin yapılması, vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının sözleşmelerinin yapısıyla uyumlu kabul edilebilir¹¹² ve Kanun hükmünün idarece geniş yorumlanarak bu yönde bir düzenleme yapılmasının anlaşılabilir olduğunu söylemek gerekir. Elbette işsizlik sigortası bakımından devlet yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının hak edişlerinde ise böyle bir prim kesintisi yapılmamaktadır. Çünkü 4447 sayılı Kanun, 2914 sayılı Kanun'a tabi olan devlet yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının bu kapsamda olmadığını açıkça belirtmektedir (4447 s. K. m. 46/3).

Yine belirtmek gerekir ki 2547 sayılı Kanun ek m. 8/2, vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının ücretlerinin belirlenmesinde devlet yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının bağlı oldukları kadroya ilişkin ödemelerin dikkate alınacağından bahsetmektedir. Bu da aslında ücret eşitlemesi yapılacak devlet yükseköğretim kurumu öğretim elemanının kademe ve derecesinin de dikkate alınarak bir belirleme yapılması gerektiği şeklinde yorumlanabilir. Dolayısıyla, örneğin devlet yükseköğretim kurumunda beş yıl boyunca profesör kadrosunda çalışan bir öğretim üyesi ile vakıf yükseköğretim kurumunda profesör kadrosunda beş yıldır görev yapan öğretim üyesinin alacağı ücretin hesaplanmasında muadili olan kadroda görev yapan öğretim üyesinin derece ve kademesi de etkili olduğundan bu miktar üzerinden bir belirleme yapılması gerekecektir. Aksi halde kıdem yönünden aynı durumda olan eşdeğer nitelikteki iki öğretim üyesi arasında kazanç farklılığı doğacaktır. 2547 sayılı Kanun ek m. 8/2'nin ikisinin arasındaki kazanç farkını ortadan kaldırmayı amaçladığı düşünüldüğünde, bu durumu aksi şekilde yorumlamak mümkün olmaz.

Ücretin belirlenmesiyle ilgili son olarak söylenebilir ki devlet yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanları 2914 sayılı Kanun'a tabi olduklarından dolayı ücret gelirlerinin vergilendirilmesi konusunda mezkûr Kanun'da düzenlenen vergi kolaylıklarından yararlandırılmaları noktasında

¹⁰⁹ 16.06.2006 tarihli ve 26200 sayılı Resmî Gazete.

¹¹⁰ 08.09.1999 tarihli ve 23810 sayılı Resmî Gazete.

¹¹¹ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

¹¹² İŞIKLI, İbrahim: "Vakıf üniversitesinde çalışanların işsizlik sigortası primi", 2014 (<https://www.dunya.com/kose-yazisi/vakif-universitelerinde-calisanlarin-issizlik-sigortasi-primi/19845>, E.T.: 17.02.2022). Ayrıca bkz. ÇOŞKUN KARADAĞ, Neslihan: "2547 Sayılı Yasaya Tabi Akademik Personelin Gelir ve Giderlerinin Vergi Hukuku Açısından İncelenmesi: Vergi Matrahının Tespitinde: 'Mesleki Yayın Giderleri'nin İndirim Konusu Yapılmasına Dair Bir Öneri'", *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2014, Cilt 23, Sayı 2, s. 162.

bir sorun ortaya çıkmaz. Ancak vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının bu kolaylıklardan yararlandırılmalarına yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının ücretlerinin vergilendirilmesinde farklı vergi daireleri tarafından farklı uygulamaların yapılması ihtimalinin bulunduğu düşünülmektedir. Bu durum da vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanının eline geçecek ücretin azalması sonucunu doğurabilecektir.

2. Ücretin Vergilendirilmesi

Türk vergi sisteminde vergilendirmenin konusu; gelir, servet ve harcamalar olmak üzere üçlü bir ayırımı incelenmekte, ücret bu ayırımı gelirden alınan vergiler kapsamında değerlendirilmektedir¹¹³. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu¹¹⁴ m. 61/1'e göre ücret, "işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir." şeklinde tanımlanmaktadır. O halde vergi hukuku anlamında ücretin genel tanımı, öğretimin de ortaya koyduğu şekilde, gerçek kişilerin fiziksel veya zihinsel ve vasıflı veya vasıfsız emeklerine dayanan ve bir iş yerinde¹¹⁵ bağımlı çalışmalarının karşılığı olarak para veya ayın şeklinde ödenen bir bedeldir¹¹⁶. Ancak vergi hukuku açısından değerlendirildiğinde ücret, özel hukuk veya kamu hukuku alanlarında yer aldığı şekildeki kavram ve kurumların her ikisini de kapsamaktadır. Örneğin iş hukuku bakımından işçinin ücreti ile 657 sayılı Kanun kapsamında çalışan memurun aylığı arasında vergi hukuku bakımından bir ayırım yapılmaz; burada esas olan kazancın mahiyetidir (193 s. K. m. 61/2).

Bu bağlamda yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının da bir işverene bağımlı ve onun tahsis ettiği iş yerinde zihinsel emekleri ile çalıştıklarını ve bu çalışmanın karşılığında elde ettikleri kazançları¹¹⁷ ücret kapsamında değerlendirilerek gelir vergisine tabi olduğu söylenebilir. 2914 sayılı Kanun'un öğretim elemanlarının gelirini de ilgilendiren vergi kolaylıklarıyla ilgili düzenlemeleri ise şunlardır: M. 12/3, üniversite ödeneğinin damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulamayacağını; m. 14/3, geliştirme ödeneğinin damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulamayacağını; ek m. 1, eğitim öğretim ödeneğinin damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulamayacağını; ek m. 2, makam tazminatının damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulamayacağını; ek m. 3/2, yükseköğretim tazminatının damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulamayacağını; ek m. 4/3, akademik teşvik ödeneğinin¹¹⁸ damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulamayacağını ve Kanun'a işlenemeyen 27.1.2000 tarihli 4505 sayılı Kanun¹¹⁹ m. 5/b, temsil tazminatının damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulamayacağını belirtmektedir.

¹¹³ Bkz. ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami / GÖKER, Cenker: *Vergi Hukuku*, 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, 305-307.

¹¹⁴ 06.01.1961 tarihli ve 10700 sayılı Resmî Gazete.

¹¹⁵ *Öner*'in inisabete belirttiği gibi iş yeri kavramı bugün için daha farklı anlaşılmalıdır. *Home office* gibi evden, iletişim olanakları ile görülen işler de, işverene bağımlılık unsuru devam ettiği sürece, iş yeri kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. ÖNER, Erdoğan: *Türk Vergi Sistemi*, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 91 (22. dipnot). İş yerine bağlılık fiili bağlılıktan ziyade hukuki bağlılıktır. Bkz. ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 305-309.

¹¹⁶ ERGİNAY, Akif: *Vergi Hukuku*, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 167-168; Bkz. ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 306; SABAN, Nihal: *Vergi Hukuku*, 8. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 245. İş hukukunda işçinin temel ücreti nakden (para) olarak ödenir. Temel ücret dışındaki ödemelerde ise aynı ödemeler yapılabilmektedir. SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 358; Bkz. AKDOĞAN, Abdurrahman: *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 13. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017, s. 269.

¹¹⁷ Memur maaşının hukuki niteliği hakkında bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 656.

¹¹⁸ 193 sayılı Kanun m. 29/1'e göre de "İlim ve fenni, güzel sanatları, tarımı, hayvan yetiştirilmesini ve memleket bakımından faydalı olan diğer işleri ve faaliyetleri teşvik maksadıyla verilen ikramiyeler ve mükafatlar" gelirden istisna edilmektedir. Ancak 2914 sayılı Kanun ek m. 4 bu konuda zaten akademik teşvik ödeneği adı altında bir öngöründe bulunmakta ve damga vergisi hariç diğer vergilerden ilgili ödemeleri bağışık tutmaktadır. Dolayısıyla m. 29/1 ile ilgili tartışmalara girilmeyecektir.

¹¹⁹ 12.02.2000 tarihli ve 23962 sayılı Resmî Gazete.

Aynı şekilde 375 s. KHK¹²⁰ m. 2'nin

“Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ... 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu hükümlerine göre almakta olan personelden, (kadro karşılık gösterilmek suretiyle sözleşmeli olarak çalışan personel dahil), Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığınca müştereken belirlenen dillerden yine bu iki kurum tarafından tespit olunan esas ve usuller çerçevesinde yapılan yabancı dil seviye tespiti sonunda her bir dil için ... sonucu bulunan tutarı geçmemek üzere Cumhurbaşkanlığı kararı ile belirlenecek miktarlarda aylık yabancı dil tazminatı ödenebilir ... Yabancı dil tazminatına hak kazanmada ve ödemelerde aylıklara ilişkin hükümler uygulanır ve damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz.”

şeklindeki düzenlemesi¹²¹ ile 375 s. KHK ek m. 9'un

“Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa göre almakta olan personele ... hesaplanan tutarda ek ödeme yapılır ... Ek ödemeye hak kazanılmasında ve bu ödemenin yapılmasında aylıklara ilişkin hükümler uygulanır. Bu maddeye göre yapılacak ek ödeme damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz ve ...”

şeklindeki düzenlemesi dolayısıyla da bu kapsamda yer alan öğretim elemanlarına yapılan bu ödemelerin damga vergisi hariç bir vergiye tabi tutulmayacağı belirtildiğinden, vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanları için de aynı miktara karşılık gelen tutarlar ücret gelirinin vergilendirilmesinde matrah dışı bırakılmalıdır. Elbette KHK m. 2'de düzenlenen *dil tazminatı* ve KHK ek m. 9'da düzenlenen *ek ödeme* için de öğretim elemanlarının kıdemleri ve dil tazminatı yönlerinden de ilgili şartları sağlayıp sağlamadığına göre bir değerlendirme yapılması gerekir.

2914 sayılı Kanun'da öngörülen bu vergi kolaylıklarının, gelire yönelik bir vergi istisnası mı yoksa mükellefe yönelik bir vergi muafiyeti mi olduğu hakkında Kanun'un bir belirleme girişimi bulunmasa da teknik olarak konuya yaklaşıldığında, bu kolaylıkların mahiyetinin ortaya çıkarılması, vakıf yükseköğretim kurumlarında görevlendirilen öğretim elemanlarına da uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun cevabını etkileyebilir¹²².

Vergi hukukunda *istisna*, yükümlülüğün konu yönünden (objektif) sınırlandırılması; *muafiyet* ise yükümlülüğün kişi yönünden (subjektif) sınırlandırılmasıdır¹²³. Başka bir deyişle muafiyet, mükellefin kişiliğine özgü özellikleri dolayısıyla vergi bağıışıklığını; istisna ise verginin konusu yönünden ortaya çıkan özellikli durum dolayısıyla yapılan bir vergi bağıışıklığını ifade etmektedir¹²⁴. Bununla birlikte, özellikle kanunların doğrudan bir belirleme yapmadığı durumlarda, bir vergi kolaylığının muafiyet mi yoksa istisna mı olduğunu belirlemek kolay olmayabilir. Burada da çok belirgin olmamakla birlikte 2914 sayılı Kanun'da yer alan ödemelerin damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaması ile vergi istisnası niteliğinde düzenlemelerin ortaya koyulduğu düşünülmektedir. 2914 sayılı Kanun'da yer alan ödeme kalemleri öğretim elemanlarının unvanları, idari görevleri, çalışma yerleri vb. konularda öğretim elemanının niteliğine özgülenen farklılıklar içermekteyse de sonuçta ilgili yapılan ödemenin vergi dışı bırakılması dolayısıyla bunların istisna kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir.

¹²⁰ 30.6.1989 tarihli ve 20211 mükerrer sayılı Resmî Gazete.

¹²¹ Ayrıca bkz. “Yabancı Dil Bilgisi Seviye Belirleme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” (04.01.2013 tarihli ve 28518 sayılı Resmî Gazete.).

¹²² İstisna ve muafiyet ile ilgili olarak bkz. MUTLUER, Kamil / DAYANÇ KUZEYLİ, Nilay: *Vergi Teorisi ile İlişkilendirilmiş Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 82.

¹²³ ZÜHRA, Yıldız: “Türk Gelir Vergisi Kanunundaki Muafiyet ve İstisna Uygulamalarının Amaçlarının Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi*, 1999, Cilt 7, Sayı 7, s. 142; Bkz. MUTLUER / ÖNER / KESİK, s. 263-264; AKDOĞAN, *Kamu Maliyesi*, s. 158-159; ULUATAM, s. 302; ŞEN, Hüseyin / SAĞBAŞ, İsa: *Vergi Teorisi ve Politikası*, 3. Baskı, Barış Arıkan Yayınları, Ankara, 2017, s. 126-127.

¹²⁴ İlgisi yönünden bkz. ÜYÜMEZ, M. Erkan: *Gelir Kavramı ve Türk Vergi Hukukunda Gerçek Gelir*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 1998, s. 92-94; TAYLAR, Yıldırım: *Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 209-210.

2914 sayılı Kanun doğrudan devlet yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarıyla ilgili düzenlemeler içerdiğinden vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının mali haklarına yönelik yaklaşımın ne olması gerektiği sorusu sorulabilir. 2914 sayılı Kanun her ne kadar yükseköğretim kurumlarından bahsetse ve 2547 sayılı Kanun'a doğrudan atıf yapsa da 2547 sayılı Kanun ek m. 2 vakıf yükseköğretim kurumları bakımından idari ve mali konularda ayrılığı benimsediğinden 2914 sayılı Kanun'un doğrudan doğruya vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarına uygulanma imkânı yoktur. Çünkü 2914 sayılı Kanun, devlet yükseköğretim kurumlarındaki özel nitelikli memur kapsamında değerlendirilebilecek öğretim elemanlarının mali durumlarına özgülenmiştir. Bununla birlikte Kanun'da vergi ile ilgili öngörülen düzenlemelerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarına da uygulanmasında bir sakınca yoktur. Çünkü özellikle gelir vergisi bakımından ücretin vergilendirilmesinde, mükellefin çalışmasının mahiyeti ve buna dayanak kazancı, vergi hukukunun kendi düzleminde ele alınarak değerlendirilmelidir (193 s. K. m. 61/2).

Bu bağlamda konuya yaklaşıldığında 2914 sayılı Kanun, devlet yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının haklarını düzenliyor olsa da öngördüğü vergi kolaylıkları, işi yapanın niteliği ve yapılan işin niteliği değişmediği sürece doğrudan bu Kanun'a tabi olmama ve ödemeyi yapan kişinin değişikliği durumları açısından sonucu değiştirmeyecek ve dolayısıyla da vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanları açısından da bir farklılık yaratmayacaktır¹²⁵. Kaldı ki 2914 sayılı Kanun, vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarını kapsamasa da bu öğretim elemanlarının da kamu görevlisi niteliğinde bir personel olduğu vurgulanmalıdır.

Benzer yaklaşımı birtakım vergi idarelerinin verdikleri sirküler¹²⁶ ve özelgelere¹²⁷ de görmek mümkündür. Elbette bu yaklaşımla hareket eden vergi idareleri, özellikle 2547 sayılı Kanun ek m. 7 ve m. 56/b hükümlerinden hareket etmektedir. Her ne kadar ek m. 7 ve m. 56/b hükümleri ilgili yükseköğretim kurumu personeli için değil, kurum tüzel kişiliği için mali kolaylıkların uygulanabileceğini söylese de vergi idarelerinin bu hükümleri geniş yorumlayarak personelin de bu kolaylıklardan faydalanacakları şeklinde yaptıkları yorumlar isabetsiz değildir. Gerçi burada bir tartışma çıkacak olsaydı; bu, hükmün yorumunda kıyasa başvurulduğu ve verginin asli unsurlarından olan muafiyet ve istisnalarda da kıyas yasağının devam etmesi dolayısıyla bu hükümlerin doğrudan vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarına uygulanamayacağı şeklinde bir yaklaşımı gündeme getirebilirdi. Ancak burada, bir kıyastan ziyade geniş bir yorum yapıldığı düşünülmektedir. Vergilerin kanuniliği yönünden de hürriyetlerin kıyasa varmayacak şekilde geniş yorumlanmalarında bir sakınca yoktur. Gerçekten de AY m. 73'ün ve vergi kanunlarının ortaya koyduğu vergi ödevi ve mükellefiyetleri düşünüldüğünde bunlar, esasında Anayasa'da öngörülen temel mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir *istisna* anlamını taşımaktadır. Vergi istisnaları ve muafiyetleri ise sınırlandırmaya ilişkin getirilen

¹²⁵ İlgisi yönünden bkz. YİĞİT ŞAKAR, s. 164 vd.; BATI, Murat: "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Maaşlarındaki Mali Haklar Sorunsalı", (<https://t24.com.tr/yazarlar/murat-bati/vakif-universitesi-ogretim-elemanlarinin-maaslarindaki-mali-haklar-sorunsali,34812,E.T.:22.4.2022>).

¹²⁶ "... Bu hükümlere göre, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununa tabi vakıf üniversitelerinde görevli öğretim elemanlarına, 'üniversite ödeneği' ve 'eğitim öğretim ödeneği' adı altında yapılan ve ücret niteliğinde olan ödemelerin, 2914 ve 2547 sayılı Kanunlarda öngörülen tutara kadar olan kısmının gelir vergisinden istisna edilmesi gerekir." Gelirler Genel Müdürlüğü'nün 31.10.2003 tarihli GVK-5/2003-5/Ücretler-1 sayılı Sirküleri, (<https://www.gib.gov.tr/node/87148,E.T.:16.02.2022>).

¹²⁷ "... Bu hüküm ve açıklamalara göre, akademik personele makam tazminatı, yabancı dil tazminatı, ek ödeme, temsil tazminatı, görev tazminatı ve geliştirme ödeneği olarak yapılacak ödemeler ile idari personele ek ödeme ve özel hizmet tazminatı olarak yapılacak ödemelerde, 2914 ve 2547 sayılı Kanunlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve ilgili Bakanlar Kurulu kararlarında öngörülen tutara kadar olan kısımların gelir vergisinden istisna edilmesi gerekeceği tabii olup, bu tutarların aşılması halinde aşan kısmı üzerinden Gelir Vergisi Kanununun 61, 94, 103 ve 104 üncü maddeleri kapsamında ücret olarak değerlendirilerek tevkifat yapılması gerekmektedir..." İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü'nün 13.05.2013 tarihli 62030549-120[61-2012/542]-710 sayılı Özelgesi (<https://www.gib.gov.tr/node/92989,E.T.:16.02.2022>). "... Bu hüküm ve açıklamalara göre, akademik personele makam tazminatı, yabancı dil tazminatı, ek ödeme, temsil tazminatı, görev tazminatı, geliştirme ödeneği, akademik teşvik ödeneği ve yüksek öğretim tazminatı olarak yapılacak ödemeler ile idari personele ek ödeme ve özel hizmet tazminatı olarak yapılacak ödemelerde, 2914 ve 2547 sayılı Kanunlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve ilgili Bakanlar Kurulu kararlarında öngörülen tutara kadar olan kısımların gelir vergisinden istisna edilmesi gerekeceği tabii olup, bu tutarların aşılması halinde aşan kısmı üzerinden Gelir Vergisi Kanununun 61, 94, 103 ve 104 üncü maddeleri kapsamında ücret olarak değerlendirilerek tevkifat yapılması gerekmektedir..." Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri ve KDV ve Diğer Vergiler Grup Müdürlüğü'nün 23.08.2016 tarihli "B.07.1.GİB.4.06.17.02-155.01.05.02[2015/295]-207082" sayılı Özelgesi, (<https://www.gib.gov.tr/universite-tarafindan-akademik-personele-yapilan-odemeler-ile-idari-personele-yapilan-ek-odeme-ve,E.T.:16.02.2022>).

istisnaların istisnalarıdır ki bu da onları yeniden hakka veya hürriyete döndürür¹²⁸. Dolayısıyla istisna-
nın istisnası olarak yeniden anayasal hürriyete dönülmesi sayesinde de bunların geniş yorumlanmasın-
da bir sakınca bulunmaz¹²⁹. Çünkü bu, “Hürriyetler geniş, istisnalar dar yorumlanır.” ilkesinin bir ge-
reğidir¹³⁰. Bu yönde geniş yorum yapmak, AY m. 10 anlamında değerlendirildiğinde eşitlik ilkesine ve
AY m. 73’e göre özellikle mali güce göre vergilendirme ilkesine de uygun olmaktadır. Gerçekten de
esasinda aynı durumda olanları, aynı şartlara tabi tutmak gerekir¹³¹. Kaldı ki yükseköğretim faaliyetleri
ve personeliyle ilgili açık bir ayırım AY m. 130 ile de yapılmamaktadır. Anayasa’nın ve 2547 sayılı
Kanun’un ortaya koyduğu düzenlemelerde bunlar arasında yapılan ayırım mali ve idari yönlerden olsa
da bu ayırım, devlet yükseköğretim kurumlarına yönelik yatırım harcamalarının ve cari harcamaların
ayrılması ve bu külfetlerin vakıflarla birlikte paylaşılması ve böylece yükseköğretim hizmetinin sağla-
dığı faydayı azami seviyede gerçekleştirme amacından doğmaktadır. Aksi takdirde vakıf yükseköğre-
tim kurumları ve bunların personellerince gerçekleştirilen faaliyetlerin niteliği yönünden bir ayırım
yapılmamıştır. Kaldı ki verginin, işin niteliğini kavramaya yönelik amacı açısından konuya yaklaşıldı-
ğında da farklı bir durum ortaya çıkmamaktadır. Aynı şekilde, 2914 sayılı Kanun’da devlet yüksekög-
retim kurumu öğretim elemanlarına yapılacak ödemelerin kalemler şeklinde ayrılması ve farklı şekilde
isimlendirilmeleri de bu yönde bir ayırım yapma gerekliliğini doğurmaz. Çünkü 193 s. K. m. 61/2’nin

*“Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (Mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, ai-
dat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir
ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş
bulunması onun mahiyetini değiştirmez.”*

şeklindeki ifadesi tam da bu durumu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla vergi hukuku, ücretin farklı şe-
killerde adlandırılmasıyla ilgilenmemekte, onun niteliğini kavramaya yönelmektedir. Onun niteliğinin
belirlenmesinde ise *gelirin elde edildiği kaynak, gelirin elde edilme şekli* ve de *geliri elde eden mükel-
lefin özellikleri* göz önünde bulundurulur. Gelirin elde edildiği kaynak yönünden, devlet yüksekög-
retim kurumu ile vakıf yükseköğretim kurumunun her ikisi de işveren niteliğini haiz kamu tüzel kişisi-
dir. Gelirin elde edilme şekli yönünden, her ikisinin çalışanları da bağımlı çalışma kapsamında nitelik-
li bilgi üretme ve nitelikli iş gücü yetiştirme faaliyetlerinin karşılığında gelir elde etmektedir¹³². Geliri
elde eden mükellefin özellikleri yönünden ise hem Anayasa hem de 2547 sayılı Kanun, devlet yükse-
köğretim kurumu ile vakıf yükseköğretim kurumunda çalışacak öğretim elemanları arasında bir ayırım
yapılamayacağını söylemektedir ve bunların çalışmaya başlamaları, çalışma şartları ve tabi tutuldukları
disiplin kuralları aynıdır. Vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanları da devlet yüksekög-
retim kurumlarında çalışan muadilleriyle aynı şartlarda aynı unvanları kazanan, kullanan ve bu unvanla-
rıyla ilgili alanlarında çalışan kamu görevlisi niteliğinde personeldir. Bu durumda, 2914 sayılı Ka-
nun’da öngörülen ödeme kalemlerinin kim tarafından ve ne ad altında yapıldığına bakılmaksızın, gelir
vergisi yönünden matrah dışı bırakılan kümülatif miktarın vakıf yükseköğretim kurumları öğretim
elemanlarının ücretlerinin vergilendirilmesinde de matrah dışı bırakılması gerektiği söylenebilir. El-
bette bu yönde yapılacak uygulamada öğretim elemanlarının niteliklerine uygun düştüğü suretle¹³³ -

¹²⁸ İstisnanın istisnasının geniş yoruma tabi tutulacağı hakkında bkz. GÖZLER, Kemal: “Yorum İlkeleri”, (Ed.) ERGÜL, Ozan: *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2013 (Yorum İlkeleri), s. 40-41.

¹²⁹ İlgisi yönünden bkz. GÖZLER, *Yorum İlkeleri*, s. 40.

¹³⁰ İlkeyle ilgili olarak bkz. GÖZLER, *Yorum İlkeleri*, s. 57. Hürriyet geniş, yasak dar yorumlanır hakkında bkz. GÖZLER, Kemal: *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, s. 148.

¹³¹ Bu yönde verilen Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ilgili olarak bkz. GEREK, Şehnaz / AYDIN, Ali Rıza: *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s. 118-119; KARAKOÇ, Yusuf: *Türk Hukuku’nda Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 166-180.

¹³² *Gözler / Kaplan’a* göre memurun maaşı ile işçinin ücreti arasındaki fark; maaşın yapılan işin karşılığı değil, işgal edilen memuriyetin karşılığı olmasıdır. Hukuki nitelendirme yönünden böyle bir yaklaşım kabul edilebilir görünmekle birlikte vergi hukuku anlamında her ikisinin de gelir kapsamında değerlendirilebileceğine şüphe yoktur. Dolayısıyla metinde yapılan açıklamalar vergi hukuku bağlamında değerlendirilmelidir. Bu konuda bkz. GÖZLER / KAPLAN, s. 656.

¹³³ İlgisi yönünden bkz. ÇOŞKUN KARADAĞ, s. 169.

örneğin unvanları, idari bir görevlerinin bulunup bulunmaması, kıdemleri ya da tam veya kısmi çalışma esaslarına tabi olup olmama gibi- vakanın somut özellikleri dikkate alınarak bir hesaplama yapılması gerekmektedir. Örneğin 2914 sayılı Kanun m. 14'te öngörülen geliştirme ödeneği, Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenecek yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına ödenmekte olduğundan, bu belirleme dâhilinde olmayan yerlerde çalışan vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının bu kapsamda öngörülen vergi kolaylığından yararlanmaları mümkün olmaz. Ya da 2914 sayılı Kanun ek m. 2'de öngörülen makam tazminatına Kanun'un bu cetvelinde öngörülen rektörler, profesörler ve kazanılmış hak aylıkları birinci dereceye isabet eden doçentler yararlanabileceği için bunlar dışında kalan öğretim elemanlarının ücretlerinde, bu miktar matrahtan başışık tutulamaz. Burada şu durumu da vurgulamak gerekir: Derece ve kademeye göre yapılan belirlemelerde vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanının sicil ve çalışma süresinin buna uyarlanarak bir belirlemede bulunulması gerektiği düşünülmektedir. Bu yapılamasaydı bile en azından ilgili devlet yükseköğretim öğretim elemanı için öngörülen asgari ödemenin matrah dışı bırakılması beklenirdi.

Ayrıca eklemek gerekir ki 2547 sayılı Kanun ek m. 8/2'ye eklenen ve vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının ücretlerinin devlet yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının aylıklarından daha az olamayacağı şeklinde ortaya koyulan irade ile öğretim elemanları arasında bunların hak edişleri yönünden de bir nitelik farklılığı olmadığı görüşü, kanunca da kabul edilmiş olmaktadır. Benzer şekilde, sorunlu bir yapıda bulunsada, 2809 sayılı Kanun ek m. 177 ve buna dayanak ihdas edilen *Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında 2809 Sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununun Ek 177 nci Maddesi Uyarınca Özel Hesabın Oluşturulması, Kullanımı ve Denetimine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik* hükümleri göz önüne alındığında birtakım şartları sağlayan vakıf yükseköğretim kurumlarının personelinin ücretlerinden kesilecek gelir vergilerinin özel bir hesapta toplanması ve bu hesabın kullanımının vakıf yükseköğretim kurumlarının idarelerine bırakılarak onların eğitim öğretim ve araştırma ve yatırıma özgülünen harcamaları yönünden kullanılabilmesinin düzenlenmesi, bu kurumlarda çalışan personelin ücretlerinin vergilendirilmesiyle elde edilecek gelirin aslında yine yükseköğretim faaliyetlerinin sübvansiyonu için kullanılmasını amaçlamaktadır. Aslında bu da dolaylı yoldan vakıf yükseköğretim kurumları personellerinin ücret gelirlerini vergilendirmek konusunda yukarıda bahsedilen yaklaşımla uyumlu bir sistemin benimsendiği konusunda fikir vermektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu özel hesap kendine özgü nitelikte bir fon olarak değerlendirilmeye elverişli olduğundan, doğrudan vergilerle finanse edilmesinin isabetli bir düzenleme olmadığı düşünülmektedir. Yönetmelik m. 5, özel hesaba yapılacak aktarımın, vergiyi tahsil eden vergi daireleri tarafından gerçekleştirileceğini söylemekteyse de tahsil edilen bir verginin, öncelikle hazineye kamu geliri olarak intikal ettirilmesi ve harcanırken de 5018 sayılı Kanun'a uygun olarak ve nihayetinde hem gelir hem de harcama aşamalarının Bütçe Kanunu'na uygun şekilde bütçeleştirilmesi gerekir.

Yine ilgisi olduğu için dikkat çeken bir durumu daha belirtmek gerekir. 2914 sayılı Kanun m. 14/3'ün öngördüğü geliştirme ödeneği ve ek m. 1'in öngördüğü eğitim öğretim ödeneğinde Kanun, bir vergi ve *kesintiye* tabi olmamadan bahsetmektedir. Burada yer alan *kesinti* ifadesinin gelir vergisiyle ilgili olmadığı söylenebilir. Gerçi bu, ücretin vergilendirilmesinin yöntemi kapsamında da değerlendirilmeye elverişli bir ifadedir. Ancak ilgili hükümler zaten vergi yönünden başışıklığı sağladıktan sonra başka bir kesintiye tabi tutulmama ifadesini kullanmaktadır. Dolayısıyla bu ifadenin diğer kesintiler yönünden bir başışıklık sağladığı anlaşılmaktadır. Bu diğer kesintilerin ise tüm öğretim elemanları yönünden sosyal güvenlik primi kesintileri olduğu ve bununla birlikte vakıf yükseköğretim öğretim elemanlarının ücretlerinden kesilen işsizlik sigortası primi kesintileri olduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla 2914 sayılı Kanun'a göre bir öğretim elemanı, geliştirme ödeneği ve eğitim öğretim ödeneğinin şartlarını sağladıysa bu kolaylıkların gelir vergisi matrahının yanı sıra sosyal güvenlik prim matrahı ve işsizlik sigortası primi matrahlarına da uygulanması gerektiği söylenebilir. Ancak konu, 5510 sayılı Kanun'un ve 4447 sayılı Kanun'un ilgili düzenlemeleriyle birlikte değerlendirildiğinde, doğrudan böyle bir çıkarım yapılabilmesi güçleşmektedir. Çünkü bu kanunlar, primin kendi belirledikleri ölçüler üzerinden ödenmesinde, özellikle m. 4/1-a'ya tabi sigortalılar yönünden, oldukça katı bir tutum sergilemektedir. Gerçekten

de 5510 sayılı Kanun m. 80/1-c'nin "... Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmaz." şeklindeki ifadesi ile 4447 sayılı Kanun m. 49/5'in "İşsizlik sigortası primleri ile ilgili olarak; 5510 sayılı Kanunun 80, 82, 86, 88, 89, 90, 91, 93 ve 100 üncü madde hükümleri uygulanır." şeklindeki ifadeleri birlikte değerlendirildiğinde ve vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının 5510 sayılı Kanun m. 4/1-a kapsamında oldukları göz önüne alındığında, 2914 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinde geçen *kesintiye tabi tutulmaz* ifadesi işlevsiz kalıyor gibi görünmektedir. Ancak 5510 sayılı Kanun m. 80/3, m. 4/1-c kapsamında kalan yükseköğretim kurumları öğretim elemanları yönünden bu konuda aynı katı tutumu sergilememektedir. Ayrıca bunlardan zaten işsizlik sigortası primi de kesilmemektedir.

Vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanları bakımından sigorta prim kesintisine yönelik bu durumun tartışmalı bir zeminde bulunduğu düşünülebilir. Bu yöndeki tartışma ise ilgili kanunlar yönünden *lex specialis* ve *lex posterior* tartışmasını gündeme getirebilir. Bu durumda 5510 sayılı Kanun'un sosyal güvenlik hukukuna ilişkin genel normlar öngören bir kanun olarak kabul edilmesi halinde 2914'ün ilgili özel hükümlerine *lex specialis derogat legi generali* ilkesi gereği üstünlük tanımak gerekir. 5510 sayılı Kanun'un özel kanun olarak kabul edildiği olasılıkta ise *lex posterior derogat legi priori* sebebiyle üstünlüğünün tanınması gerekebilir. Elbette bir kanunun özel veya genel olması, onun tüm hükümlerini de aynı standartta değerlendirmeyi veya bir özel hüküm var diye genel hükmü her zaman dışlamayı gerektirmez¹³⁴. Konu, tartışılmaya elverişli olsa da 5510 sayılı Kanun m. 80'in açık ifadesinden dolayı 2914 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde geçen kesintiye tabi tutmama yönündeki ifadelerinin vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının sosyal güvenlik ve işsizlik sigortaları prim kesintilerinde matrahın hesaplanması yönünden işlevsiz kaldığı düşünülmektedir.

2914 sayılı Kanun ile ön görülen vergi kolaylıklarıyla ilgili olmamakla birlikte güncel bir düzenleme olduğundan ve öğretim elemanlarının ücret gelirlerini de etkilediğinden 193 sayılı Kanun'da ücret ile ilgili 22.12.2021 tarihli 7329 sayılı Kanun m. 2 ile eklenen düzenlemenin irdelenmesi gerekir¹³⁵. Buna göre 193 sayılı Kanun m. 23/18 şöyledir:

"Hizmet erbabının, ödemenin yapıldığı ayda geçerli olan asgari ücretin aylık brüt tutarından işçi sosyal güvenlik kurumu primi ve işsizlik sigorta primi düşüldükten sonra kalan tutarına isabet eden ücretleri (Şu kadar ki, istisnayı aşan ücret gelirinin vergilendirilmesinde verginin hesaplanacağı gelir dilim tutarları ve oranları, istisna kapsamındaki tutarlar da dikkate alınarak belirlenir. Ödenecek vergi tutarı, bu suretle bulunan vergi tutarının içinde istisna tutara isabet eden kısım düşülmek suretiyle hesaplanır. İstisna nedeniyle alınmayacak olan vergi ilgili ayda aylık asgari ücret üzerinden hesaplanması gereken vergiyi aşamaz. Birden fazla işverenden ücret alanlarda bu istisna sadece en yüksek olan ücrete uygulanır.)"

Bu istisna ile bağımlı çalışan tüm mükelleflerin asgari ücretin brüt tutarından sosyal güvenlik sigorta primi ve işsizlik sigortası primi düşüldükten sonra kalan miktarın matrahtan istisna edileceği düzenlenmektedir. Ancak parantez içinde yer alan ifadeye göre, asgari ücretin üzerinde ücret kazancı olan mükelleflerde istisna matraha işletilmeyecek ve böylece matrahın 193 sayılı Kanun m. 103'te bulunan dilimden kayması, bir başka deyişle dilimin bir alt basamağa düşmesi¹³⁶ ve isabet eden vergilendirme oranının azalması engellenmiş olacaktır. Bu da miktara denk gelen verginin hesaplanarak ödenecek vergi miktarından indirim yapılarak formüleştirilmektedir. Hüküm, bu haliyle, vergi istisna-

¹³⁴ İlgisi yönünden bkz. ÇAĞA, Tahir: "Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder mi?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991, Cilt 3, Sayı 3, s. 373.

¹³⁵ Akademik personelin ücret dışında elde ettikleri gelirlerin vergilendirilmesi ve bununla ilgili öneriler hakkında bkz. ÇOŞKUN KARADAĞ, s. 167 vd.

¹³⁶ Burada kullanılan *dilimin bir alt basamağa düşmesinden* anlaşılması gereken 193 sayılı Kanun m. 103'te öngörülen tabloda yer alan basamağın yukarı çıkmasıdır. Çünkü bu tabloya göre 1. basamakta yer alan dilimin %15, 2. basamakta yer alan dilimin %20, 3. basamakta yer alan dilimin %27... ve son dilimin de %40 oranında vergilendirileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla metin içinde dilimin bir alt basamağa düşmesinden kasıt, dilime denk gelen vergi oranının düşmesi sonucunu doğuracak şekilde ilgili tabloya göre yukarı doğru çıkmasıdır.

sı özelliğini kaybetmiştir. Çünkü istisna ile esasında kazanç konusu objektif yönden matrah dışı bırakıldığına göre istisnaya isabet eden miktar matrahtan ayrılarak gerçek matrah diliminin ortaya çıkarılması ve buna denk gelen doğal kanuni oranıyla buluşturulması beklenir¹³⁷. Oysaki hüküm, matrahını hukuken azalttığı mükellefe, buna uygun olan dilimi ve doğal oranını değil, vergi dışı bıraktığı miktarı yeniden matraha ekleyerek görünüşte bir matrah elde etmekte ve bunu üst dilime yerleştirerek buna denk gelen yapay oranı uygulamayı amaçlamaktadır. Elbette bu durum, dilim geçişleri arasında farkın azaldığı matrah miktarlarında uygulanacak vergi oranının değişikliği yönünden bir fark yaratacaktır. Dolayısıyla bu yeni düzenlemenin gelir vergisi sisteminin ücret kazancının safi tutarını kavrama amacından uzaklaşan ve genel olarak mali güce göre vergilendirme ilkesiyle de uyumlu olmayan bir vergi istisnası olarak sorunlu bir düzenleme olarak değerlendirilebileceği söylenebilir. Elbette bu doğrultuda yapılan yorum, düzenlemenin 193 sayılı Kanun'un *müteferrik istisnalar* kapsamında ve ücretler için öngörülen istisnalar içinde ve ayrıca kendisinden de bir istisna olarak bahsederek bir vergi istisnası olarak düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda bunun niteliği itibarıyla bir istisna olarak kabul edilemeyeceği düşünülmektedir. Bu düzenlemenin gerçek mahiyeti bir vergiden indirim olarak yorumlanabilir. Hükümün gerçek mahiyeti vergiden indirim olmasına rağmen istisna kısmında düzenlenmesi ve kendisinden bir istisna olarak bahsetmesi ise gerek 213 sayılı Kanun m. 3/A yönünden gerekse de AY m. 2 ve m. 73 yönlerinden vergilerin kanuniliği ile ilişkilendirilen haliyle sorunlu bir yapıdadır¹³⁸. Belirtmek gerekir ki 213 sayılı Kanun m. 3/A, vergi kanunlarının lafzı ve ruhu ile hüküm ifade edeceğini söyledikten sonra lafzın açık olmadığı hallerde tarihsel yorum¹³⁹ ve sistematik yoruma başvurulacağını ifade etmektedir. Bu durum aynı zamanda, ilgili düzenlemenin vergilerin kanuniliğinin sağladığı asgari korumaya takılabileceği şeklinde de değerlendirilebilir¹⁴⁰. Dolayısıyla kendisini açıkça istisna olarak öngören bir hüküm, vergi istisnası olmanın gereklerini taşımadığından, düzenlemenin parantez içinde kalan ilgili bölümünün vergi hukuku ilkeleri ve Anayasa bakımından sorunlu bir hale geldiği düşünülmektedir.

¹³⁷ İlgisi yönünden bkz. ÖZDİLER KÜÇÜK, Eda: "Gelir Vergisi Kanunu Tasarlamak: İlke ve Teknik", *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, Cilt 76, Sayı 1, s. 229.

¹³⁸ İlgisi yönünden bkz. GEREK / AYDIN, s. 41-42.

¹³⁹ Hükümün konuluştaki maksat ile kastedilenin tarihsel yorum olduğu, dolayısıyla tarihsel yorumda kanun koyucunun amacının araştırılması gerektiği düşünülmektedir. Amaçsal yorum ise yasa koyucunun değil, yasa koyucunun elinden çıkıp yürürlüğe giren ve kendi varlığını kazanan kanunun ne amaçladığı ile ilgili olmaktadır. 213 sayılı Kanun m. 3/A, vergi kanunlarının lafzı ve ruhu ile hüküm ifade edeceğini belirtmektedir. Ancak sonra gelen ifadesinin oldukça sorunlu olduğu düşünülmektedir. Gerçekten de "... *Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır.*" şeklindeki ifadede, lafız açık değilse kullanılacak yorum yöntemlerinden bir sıra içinde mi bahsetmektedir? Bu konuda bir açıklık yoktur. Bir sıra olmasa bile lafzın açık olmadığı hallerde tarihsel yoruma ve sistematik yoruma atıf yapıyor ve amaçsal yorumla ilgili bir öngörüde bulunmuyor gibidir. Yine ayrıca hükme göre eğer lafız açık olsa artık diğer yorum yöntemlerine başvurulmayacağı yönünde bir anlam ortaya çıkmaktadır. Benzer şekilde, lafız açık değilse tarihsel yoruma ve sistematik yoruma mutlaka birlikte mi başvurulmak zorundadır, yoksa bunlardan biri mi tercih edilecektir? Aslında *lafzı ve ruhu ile ifade eder* derken amaçsal yorumun göz önüne alınması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak lafzın açık olmadığı şartta, doğrudan amaçsal yorum sayılmamıştır. Bu yöntem, 213 sayılı Kanun m. 3/B'de yer almakta görünmekle birlikte ispat ve somut olayın niteliğinin ortaya çıkarılmasında işletecek bir yorum yöntemi gibi düzenlenmiştir. Aslında yorum yöntemleri, soyut hukuk kurallarının anlamlarını çözmek için kullanılan yöntemlerdir. Somut olayın niteliğini çözmeye işinde bir yorum yönteminin kullanılmasının ise isabetli olmadığı düşünülmektedir. Elbette bu, somut olayın niteliğinde işin esasını ve gerçek mahiyetini araştırmayı önlemez. Sadece hukukta kullanılan yorum yöntemlerinden biri olan amaçsal yorumun 213 sayılı Kanun tarafından pek de isabetli olmayan bir şekilde anlamlandırıldığını göstermektedir. Nihayetinde m. 3/A "*Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder*" dedikten sonra susmalıydı. Kanun koyucunun, vergi kanunlarının yorumuna yardımcı olması için ortaya koyduğu bu hüküm, ne yazık ki farklı sorunlara yol açma potansiyeline sahip gibi görünmektedir. Gerçekten de 213 sayılı Kanun m. 3/A'nın lafzı açık değildir. Öyleyse hükme kendi öngörüsünü uygulamak gerekir. Hükümün, 30.12.1980 tarihli 2365 sayılı Kanun m. 1'in komisyon metninde yer alan gerekçesinde "... *Öngörülen yorum metoduna göre, olaya ilişkin kesin bir lafzın kanunda mevcut bulunmaması halinde olay için uygulanacak işlem tayin edilirken veya bir çözüm yolu aranırken, önce vergi kanununun konuda taikibettiği maksat, hükümleri kanun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle bağlantısı nazara alınmak suretiyle bir sonuca varılması ve bu sonuca göre hükümlerin uygulanması derpiş olunmaktadır.*" denmektedir. Dolayısıyla hükümün konuluştaki maksadına bakıldığında lafız açık değilse önce amaçsal yorum yöntemine başvurulabileceği şeklinde bir anlam çıkarılabilir. 2365 sayılı Kanun m. 1'in gerekçesi hakkında bkz. (https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c002/mgk_01002028ss0084.pdf, E.T.: 15.02.2022). Vergi hukukunda yorum yöntemleri hakkında bkz. ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 26-28; KARAKOÇ, Yusuf: *Genel Vergi Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 170-178. Subjektif-teleolojik tarihi yorum hakkında bkz. İŞIKTAÇ, Yasemin / METİN, Sevtap: *Hukuk Metodolojisi*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 201 vd. Tarihi yorum hakkında bkz. SÖZER, Ali Nazım: *Hukukta Yöntembilim*, 4. Baskı, Beta, 2013, s. 67 vd. Subjektif ve objektif yorum teorileri hakkında bkz. RUTHERS, Bernd / FISCHER, Christian / BIRK, Axel: *Hukuk Teorisi*, (Çev.) DOĞAN, İlyas / ALDUDAK, Rukiye / EYMAN AYDIN, Huri, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s. 441.

¹⁴⁰ İlgisi yönünden bkz. ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 27.

B. İdari Personel Yönünden

Vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının ücretlerinin belirlenmesi konusunda 2547 sayılı Kanun ek m. 8/2'nin ortaya koyduğu özel nitelikli asgari ücret düzenlemesinin vakıf yükseköğretim kurumlarının idari personeli yönünden uygulanması mümkün görünmemektedir. Bu yöndeki belirlemede, bu kişilerin sözleşmelerinin vakıf yükseköğretim kurumlarının takdir yetkisi ön plana çıkmaktadır. Elbette 4857 sayılı Kanun m. 39/1'in

“İş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir.”

şeklindeki ifadesi ile Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği m. 23/2'nin ücret konusunda İş Kanunu hükümlerine yaptığı atf birlikte değerlendirildiğinde, bu personelin ücretleri de asgari ücretin altında kararlaştırılmayacaktır. Bununla birlikte ve yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, bu personel ile yapılan sözleşmelerin de yapılan işin niteliğine göre idari hizmet sözleşmesi veya iş sözleşmesi kapsamında ortaya çıkabileceği söylenebilir. Ancak bu sözleşmenin özellikle 2547 sayılı Kanun m. 51 ve 52 hükümleriyle ilgili esasları memur hukuku yönünden ele aldığından dolayı bunlar, vakıf yükseköğretim kurumları personeline uygulanma kabiliyeti olan hükümler değildir. Diğer bir deyişle Anayasa ve Kanun, öğretim elemanları dışında kalan yükseköğretim kurumları personeli için devlet yükseköğretim kurumları ve vakıf yükseköğretim kurumları arasında nitelik yönünden bir eşitleme yapmamıştır. Kaldı ki *mali ve idari hususlar dışında kalma* ifadesi kullanıldığından, idari hususların saf idari işleri yürütme faaliyetlerini gerçekleştiren idari personel yönünden de bir ayrılık oluşturacağı söylenebilir. Dolayısıyla Kanunca doğrudan bir sınırlama alanı bu personel yönünden oluşturulmadığından, vakıf yükseköğretim kurumu idaresi ile idari personeli arasında yapılacak sözleşmelerde idarenin üstün ve ayrıcalıklı bir takdir yetkisiyle hareket kabiliyetinin çok daha geniş olduğu ve asgari ücretin altına düşmemek suretiyle bir ücret belirlenmesinin yapılabileceği söylenebilir.

Vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarında olduğu gibi idari personeli de 5510 sayılı Kanun m. 4/1-a kapsamında sigortalı sayılır ve sigorta prim kesintileri buna göre yapılır. Aynı şekilde 4447 sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak ve Yönetmelik'te belirtildiği üzere işsizlik sigortası prim kesintilerinin yapılması gerekir. Bunlar da sosyal güvenlik sigortası ve işsizlik sigortası primleri yönünden ilgili matrahlarının hesaplanmasında 2914 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinden yararlanamaz.

Gelir vergisi yönünden ise ücretlerinin vergilendirilmesi konusunda vergi idarelerinin 2914 sayılı Kanun'da yer alan birtakım ödemelere sağlanan kolaylığın bunların ücretlerinin vergilendirilmesi yönünden de dikkate alınması gerekliliğine yönelik verdikleri görüşler önemlidir. Buna göre vakıf yükseköğretim kurumunda çalışan idari personele niteliklerine uygun düştüğü suretle, devlet yükseköğretim kurumlarında muadillerine yapılan *ek ödeme* ve *özel hizmet tazminatı* ödemelerine eşdeğer miktarın ücretlerinin gelir vergisi yönünden matrah dışı bırakılması gerekecektir. Vergi idarelerinin konuyla ilgili olarak verdikleri özelgelerde, vakıf yükseköğretim kurumu idari personelinin ücretlerinin vergilendirilmesi konusunda işaret ettikleri¹⁴¹ 17.4.2006 tarihli 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na¹⁴² göre ödenecek *özel hizmet tazminatı*, 3809 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile de geçerliliğini korumaktadır¹⁴³. Dolayısıyla devlet yükseköğretim kurumlarında görev yapan idari personele nitikle-

¹⁴¹ “... ile idari personele ek ödeme ve özel hizmet tazminatı olarak yapılacak ödemelerde, 2914 ve 2547 sayılı Kanunlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve ilgili Bakanlar Kurulu kararlarında öngörülen tutara kadar olan kısımların gelir vergisinden istisna edilmesi gerekeceği tabii olup, bu tutarların aşılması halinde aşan kısmı üzerinden Gelir Vergisi Kanununun 61, 94, 103 ve 104 üncü maddeleri kapsamında ücret olarak değerlendirilerek tevkifat yapılması gerekmektedir...” İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğünün 13.05.2013 tarihli 62030549-120[61-2012/542]-710 sayılı Öznelgesi; “... ile idari personele ek ödeme ve özel hizmet tazminatı olarak yapılacak ödemelerde, 2914 ve 2547 sayılı Kanunlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve ilgili Bakanlar Kurulu kararlarında öngörülen tutara kadar olan kısımların gelir vergisinden istisna edilmesi gerekeceği tabii olup, bu tutarların aşılması halinde aşan kısmı üzerinden Gelir Vergisi Kanununun 61, 94, 103 ve 104 üncü maddeleri kapsamında ücret olarak değerlendirilerek tevkifat yapılması gerekmektedir...” Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri ve KDV ve Diğer Vergiler Grup Müdürlüğünün 23.08.2016 tarihli “B.07.1.GİB.4.06.17.02-155.01.05.02[2015/295]-207082” sayılı Öznelgesi.

¹⁴² 17.04.2006 tarihli 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (05.05.2006 tarihli ve 26159 sayılı Resmî Gazete).

¹⁴³ 3809 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı (10.04.2021 tarihli ve 31450 sayılı Resmî Gazete).

rine göre yapılan ödeme miktarı, vakıf yükseköğretim kurumlarındaki muadillerinin ücretleri vergilendirilirken bu miktarın da matrah dışı tutulması gerekir. Yukarıda vergi idarelerinin geniş yorum ile vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarını vergi kolaylıklarından yararlanmalarına yönelik yaptığı yorumun vakıf yükseköğretim kurumu idari personelini de kapsamı isabetlidir. Çünkü özellikle 193 sayılı Kanun m. 61/2'nin ücretin mahiyetine yönelik vergilendirilmesi konusunda ortaya koyduğu anlamı bu personel için de geçerlidir.

Elbette 193 sayılı Kanun m. 23/18'in öngördüğü vergi kolaylığından sonra ek ödeme ve özel hizmet tazminatı ödemelerine isabet eden tutarın gelir vergisi bakımından matrah dışı bırakılması durumu, vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan ancak asgari ücretin üzerinde hak edişe sahip personel için uygulanmaya elverişli bir hale gelmiştir.

SONUÇ

Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının hukuki niteliklerinin belirginleştirilmesi ihtiyacı devam ediyor gibi gözükmektedir. Çünkü bu konuda kanuni bir düzenleme yapılmadığı sürece tartışmaların devam edeceği söylenebilir. Yüksek mahkemelerin bu konuda özellikle sözleşmeler hakkında farklı yaklaşımlarla içtihat oluşturmaları, bu öğretim elemanlarının hak arayışlarında sorunlar ortaya çıkarmaya elverişlidir. Özellikle görevli yargı kolunun tespitinin güçlüğü, makul sürede yargılanma hakkını; farklı yüksek mahkemelerin farklı içtihatlar oluşturmaları da hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedeler niteliktedir.

Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanları, nitelikleri bakımından Anayasa ve Kanunca devlet yükseköğretim kurumlarında çalışan muadillerinden farklı görülmemiştir. Ayrıca bu öğretim elemanları, kamu hizmetinin yürütülmesi kapsamında çalıştıkları için kamu görevlisi niteliğinde bir personeldir. 2547 sayılı Kanun ek m. 8/2'nin ihdas edilmesinden sonra da mali haklar yönünden bir ayırım yapılamayacağı şeklinde bir düzenlemenin ihdas edilmesi, devlet yükseköğretim kurumu öğretim elemanı ile vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanı arasında nitelik farkı olmadığı durumunu desteklemektedir.

Vergilendirme yönünden ise 2547 sayılı Kanun ek m. 8/2 ihdas edildikten sonra vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarının gelir vergisi mükellefiyetleriyle ilgili 2914 sayılı Kanun'da düzenlenen vergi kolaylıklarının uygulanması sorununun yeniden gündeme geldiğini belirtmek gerekir. Çünkü 2547 sayılı Kanun ek m. 8/2'nin ücret eşitlemesiyle ilgili düzenlemesi, özellikle ücretin brüt olarak belirlendiği durumda öğretim elemanının hak edişinin ne kadarının vergilendirileceği sorununu da gündeme getirmektedir. Bu konuda çeşitli vergi idarelerinin, vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının da 2914 sayılı Kanun'da öngörülen vergi kolaylıklarından faydalandırılmalarına ilişkin verdikleri sirküler ve özelgelerde gösterdikleri yaklaşımın isabetli olduğu görülmektedir. Elbette bu yaklaşımın tüm memleket genelinde geçerli olmak üzere Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir tebliğ ile ortaya konulmasının faydalı olacağı düşünülmektedir. Gerçekten de bugün için vakıf yükseköğretim kurumlarının sayısının hiç de az olmadığı ve bunların çalıştırdıkları öğretim elemanlarının da önemli bir mükellef grubunu oluşturduğu düşünüldüğünde, farklı vergi idareleri tarafından farklı uygulamaların yapılması ihtimalinin ortadan kaldırılması gereği ortaya çıkmaktadır. Çünkü yükseköğretim mevzuatının genişliği ve karmaşıklığından dolayı farklı vergi uygulamalarının ortaya çıkması ihtimali bulunmaktadır.

Vakıf yükseköğretim kurumu öğretim elemanlarıyla ilgili benzer çekince ve önerilerin vakıf yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanı kapsamında olmayan personeli için de geçerli olduğu söylenebilir. Bu personelin hukuki niteliğinin belirlenmesinde güçlükler yaşanmaktadır. Açık bir düzenleme ortaya koyulmadığı sürece bu personelin de benzer sorunlarla karşılaşabileceği düşünülmektedir. Diğer yandan bunların gelir vergisi kolaylıklarından yararlandırılmalarına yönelik durumun bir tebliğ ile belirginleştirilmesinde de -öğretim elemanlarında olduğu gibi- fayda vardır.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN, Abdurrahman: *Kamu Maliyesi*, 18. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017 (Kamu Maliyesi).
- AKDOĞAN, Abdurrahman: *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 13. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017.
- ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif: “Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanlarının ‘Yıllık İzin Hakkı’nın Tabii Olduğu Hukuksal Rejim”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 20, Sayı 1, s. 47-86.
- AVCI, Mustafa: “Yükseköğretim Kurumlarında Akademik Personel Atama Usulü”, *Amme İdaresi Dergisi*, 2016, Cilt 49, Sayı 1, s. 57-117.
- AYHAN, Önder: “İdari Sözleşmeler”, *Danıştay Dergisi*, 1979, Sayı 32-33, s. 86-134.
- AYTURAN, Berkan: “Yükseköğretim Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Soruşturulması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Sayı 34, s. 429-467.
- BATI, Murat: “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Maaşlarındaki Mali Haklar Sorunsalı”, 2022 (<https://t24.com.tr/yazarlar/murat-bati/vakif-universitesi-ogretim-elemanlarinin-maaslarindaki-mali-haklar-sorunsali,34812>, E.T.: 22.4.2022).
- BAYINDIR, M. Savaş: “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 35. Maddesinin Getirdiği Düzenleme ve Bu Düzenlemenin Uygulanmasından Doğan Sorunlar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 15, Sayı 2, s. 215-234.
- ÇAĞA, Tahir: “Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991, Cilt 3, Sayı 3, s. 366-375.
- ÇELİK, Nuri: “Vakıf Üniversitesi Öğretim Üyeleri ile Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, s. 3-16.
- ÇOŞKUN KARADAĞ, Neslihan: “2547 Sayılı Yasaya Tabii Akademik Personelin Gelir ve Giderlerinin Vergi Hukuku Açısından İncelenmesi: Vergi Matrahının Tespitinde: ‘Mesleki Yayın Giderleri’nin İndirim Konusu Yapılmasına Dair Bir Öneri””, *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2014, Cilt 23, Sayı 2, s. 161-176.
- DEMİRCİOĞLU, Murat / KAPLAN, Hasan Ali: “Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 21.5.2012, 5.11.2012 ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri ile Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan Özel Sayısı, s. 51-80.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: *Türk Özel Hukuku Cilt 2 Kişiler Hukuku*, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- ERGİNAY, Akif: *Vergi Hukuku*, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.
- GEREK, Şenaz / AYDIN, Ali Rıza: *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- GİRAY, Filiz: *Maliye Tarihi*, 5. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2014.
- GÖKTAŞ, Seracetin: “Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 1, s. 581-621.
- GÖZLER, Kemal: *Hukuka Giriş*, 12. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015.
- GÖZLER, Kemal: *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.
- GÖZLER, Kemal: “Yorum İlkeleri”, (Ed.) ERGÜL, Ozan: *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2013, s. 15-119 (Yorum İlkeleri).
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: *Yönetmelik Yargısı*, 33. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÜNDAY, Metin: *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

- GÜNGÖR GÖKSU, Gonca: “Türkiye’de Yükseköğretim Finansmanı: Önerilen Alternatif Modellerin Karşılaştırılması”, *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 2, Sayı 1, s. 13-39.
- IŞIKLI, İbrahim: “Vakıf üniversitesinde çalışanların işsizlik sigortası primi”, 2014 (<https://www.dunya.com/kose-yazisi/vakif-universitelerinde-calisanlarin-issizlik-sigortasi-primi/19845>, E.T.: 17.02.2022).
- IŞIKTAÇ, Yasemin / METİN, Sevtap: *Hukuk Metodolojisi*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- İNALCIK, Halil: *Devlet-i Aliyye 1. Cilt*, 34. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.
- İZMİRLİOĞLU, Fatma Ayça: *Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademik Personelin Hukuki Statüsü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2017.
- KAPLAN, Gürsel: *İdari Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.
- KARAKOÇ, Yusuf: *Genel Vergi Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- KARAKOÇ, Yusuf: *Türk Hukuku’nda Vergi Kamunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- KILIÇ, Ramazan: “Türkiye’de Yükseköğretimin Kapsamı ve Tarihi Gelişimi”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 1999, Sayı 3, s. 289-310.
- KILIÇ, Ramazan: “Yükseköğretim Mal/Hizmetinin Nitelikleri”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2002, Sayı 6, s. 51-69.
- MUTLUER, Kamil / DAYANÇ KUZEYLİ, Nilay: “Vakıf Üniversitelerinin Katma Değer Vergisi Yükümlülüğü”, *Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan*, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 389-404.
- MUTLUER, Kamil / DAYANÇ KUZEYLİ, Nilay: *Vergi Teorisi ile İlişkilendirilmiş Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- MUTLUER, Kamil / ÖNER, Erdoğan / KESİK, Ahmet: *Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.
- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami / GÖKER, Cenker: *Vergi Hukuku*, 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- ÖNER, Erdoğan: *Türk Vergi Sistemi*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- ÖNÜT, Lale Burcu: “Vakıf Üniversitesinin Faaliyetlerinin Durdurulması ve Garantör Üniversitenin İşlevi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 17, Sayı 1, s. 95-125.
- ÖZDİLER KÜÇÜK, Eda: “Gelir Vergisi Kanunu Tasarlamak: İlke ve Teknik”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, Cilt 76, Sayı 1, s. 219-244.
- ÖZKAL SAYAN, İpek: “Türkiye’de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2009, Cilt 64, Sayı 1, s. 201-245.
- RUTHERS, Bernd / FISCHER, Christian / BIRK, Axel: *Hukuk Teorisi*, (Çev.) DOĞAN, İlyas / ALDUDAK, Rukiye / EYMAN AYDIN, Huri, Astana Yayınları, Ankara, 2020.
- SABAN, Nihal: *Vergi Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- SANCAKDAR, Oğuz / ÖNÜT, Lale Burcu / US DOĞAN, Eser / KASAPOĞLU TURHAN, Mine / SEYHAN, Serkan: *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- SÖZER, Ali Nazım: *Hukukta Yöntembilim*, 4. Baskı, Beta, 2013.
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.
- ŞEN, Hüseyin / SAĞBAŞ, İsa: *Vergi Teorisi ve Politikası*, 3. Baskı, Barış Arıkan Yayınları, Ankara, 2017.
- TAN, Turgut: *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- TAYLAR, Yıldırım: *Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ULUATAM, Özhan: *Kamu Maliyesi*, 13. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014.

- UZ, Abdullah: “Sehven mi Kasten mi?: Kanun Koyucu ya Açıkça Anayasaya Aykırı Bir Düzenleme Yapmış ya da Zımnen Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Kamu Tüzel Kişiliğini Sona Erdirmiştir”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Sayı 138, s. 71-86.
- ÜÇİŞİK, Fehim: *Vakıf Üniversiteleri Hukuku*, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2014.
- ÜYÜMEZ, M. Erkan: *Gelir Kavramı ve Türk Vergi Hukukunda Gerçek Gelir*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 1998.
- YAĞCI, Pınar: “Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kamu Mallarının Haczedilmezliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 2, s. 600-616.
- YILDIRIM, Turan / SAMURAY, Figen: “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Sayı 1, s. 81-95.
- YILDIRIM, Turan: “Vakıf Üniversitelerinin Denetlenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2015, Cilt 21, Sayı 2, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan Özel Sayısı, s. 450-480.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- YİĞİT ŞAKAR, Ayşe: *Vergi Hukuku Açısından Vakıf Üniversiteleri*, Beta, İstanbul, 2011.
- ZAFER, Hamide: “Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Sayı 2, s. 213-226.
- ZÜHRA, Yıldız: “Türk Gelir Vergisi Kanunundaki Muafiyet ve İstisna Uygulamalarının Amaçlarının Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi*, 1999, Cilt 7, Sayı 7, s. 141-149.



Garanti Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları^(*)



Validity Conditions of the Guarantee Contract

Sinem ATAÖĞLU



Öğretim Görevlisi

Bozok Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

Anahtar Kelimeler

Garanti Sözleşmesi,
Geçerlilik Koşulları,
Ehliyet,
Şekil,
Kişisel Teminat.

Öz

Garanti sözleşmesi Kanun'da düzenlenmemiş bir şahsi teminat sözleşmesidir. Verilen şahsi teminatın niteliğinin belirlenmesi önemlidir çünkü sözleşmenin geçerlilik şartları ve hukuki sonuçları buna göre belirlenecektir. Şahsi teminatlardan biri olan kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi arasındaki ayrımın doğru yapılması önemlidir. Her ne kadar benzer yönleri çok olsa da her iki sözleşmenin geçerlilik koşulları ve hukuki sonuçları bakımından farklar bulunmaktadır.

Garanti sözleşmesi, tarafların sözleşmeye ilişkin esaslı noktalar üzerinde anlaşmalarıyla kurulur. Bu çalışmada, geçerli bir garanti sözleşmesinden bahsedebilmek için gerekli olan şartlar incelenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesindeki düzenlemeler de dikkate alınarak garanti sözleşmesinin geçerliliği için bulunması gereken özel şartlar, eşin yazılı rızasının alınması, ehliyet, şekil şartı ve genel geçerlilik şartları garanti sözleşmesinin özellikleri de göz önünde bulundurularak incelenmiştir.

Keywords

Guarantee Contract,
Terms of Validity,
Capacity,
Form,
Personal Guarantee.

Abstract

A guarantee contract is a personal guarantee agreement and is not regulated by law. It is important to determine the legal character of the given personal guarantee because the validity conditions and legal consequences of the contract will be determined accordingly. In practice, it is especially important to make the distinction between the surety and the guarantee contracts accurately. Although they have a lot in common, there are significant differences with regards to the validity conditions and legal consequences of these contracts.

The guarantee contract is established by the agreement of the parties on the essential elements. This study examines the necessary conditions of a valid guarantee contract. In the light of Article 603 of the Turkish Code of Obligations, the special conditions required for the validity of the guarantee contract, the written consent of the spouse, qualification, the form condition and the general validity conditions were examined by taking the characteristics of the guarantee agreement into account.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 10.06.2022, Kabul Tarihi: 25.07.2022.



GİRİŞ

Borçlar hukuku alanında herhangi bir sözleşmenin varlığından söz edilebilmesi, bu sözleşmenin kurulması yönünde irade ve kabul beyanlarının bulunmasına bağlıdır. Sözleşmeye taraf olanların, sözleşmede bulunması gerekli olan esaslı unsurlar üzerinde anlaşmaları gerekmektedir. Aynı şekilde tarafların özgür iradeleriyle kurdukları sözleşmenin sınırlanmasına yol açan Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 27. maddesinde belirtilen koşullara aykırılık da bulunmamalıdır¹. TBK'nın 27/1. maddesine göre Kanun'da sayılan emredici mahiyetteki düzenlemeler, ahlaki kurallar, kamusal düzen ve kişilik haklarına aykırılık oluşturan yahut konusu bakımından imkânsızlığı öne sürülebilen sözleşmeler kesin hükümsüz sayılmaktadır².

TBK'da düzenlenen teminat amaçlayan sözleşmelere yönelik hükümlerin uygunlukları ölçüsünde Kanun'da düzenlenmeyen teminat sözleşmelerine de uygulanabileceğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla TBK'nın 603. maddesiyle garanti sözleşmelerinin geçerlilik koşulları belirlenebilmektedir³. TBK'nın 603. maddesinde “*kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*” denilmektedir. Buna göre Kanun'da yer verilen bu hüküm sadece gerçek kişiler tarafından yapılmakta olan garanti sözleşmeleri için geçerli olacak, bu nedenle tüzel kişiler tarafından kurulan garanti sözleşmeleri genel hükümlere tabi olacaktır⁴.

TBK kapsamında düzenleme altına alınan sözleşmelerin tabi olduğu genel geçerlilik koşulları garanti sözleşmeleri bakımından da geçerli kabul edilmektedir⁵. TBK'nın 27/1. maddesine göre kanunla yasak oldukları belirtilen yahut ahlâka aykırı sonuçlar ortaya çıkaran garanti sözleşmelerinin hükümsüz olduğunun söylenebilmesi mümkündür. Diğer bir deyişle, bu gibi durumlarda verilen garantiler geçerli kabul edilmeyecektir⁶.

Bazı durumlarda, üçüncü bir kişinin taahhüdü halinde kanuna ya da ahlaka aykırılığından dolayı hükümsüz kabul edilebilecek bir sözleşme, garanti verenin üstlenmesi durumunda hüküm doğurabilmektedir⁷. Garanti sözleşmeleri bakımından imkânsızlık konusunun da irdelenmesinde yarar bulunmaktadır. TBK'nın 27/1. hükmüne göre konusunun imkânsızlığı dolayısıyla sözleşmelerin hükümsüzlüğüne gidilebilmektedir. Garanti sözleşmeleri bakımından garantide bulunanın borcunun konusunun genel olarak para borcu olması nedeniyle, bu sözleşmelerde imkânsızlığın farklı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

I. GARANTİ VERENİN SORUMLU OLDUĞU MİKTARIN BELİRTİLMESİ

Yürürlükten kaldırılan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun (eBK) uygulandığı dönemde garanti sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin koşullar bakımından bir miktar belirtilmesi gerekliliğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişti. Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, karşı tarafın uğrayabileceği ekonomik bir rizikonun karşılanmasını üstlenmesi nedeniyle bir miktar para borcudur. Bu borç,

¹ OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 401; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 784.

² KAHRAMAN, Zafer: *Saf Garanti Taahhütleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 165; CANBOLAT, Ferhat: *Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009 (Genel Hükümler), s. 163.

³ ÖZEN, Burak: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 48; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 773; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 354; OĞUZMAN / ÖZ, s. 397; BARLAS, Nami: “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, *Makalelerim, Cilt I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 386.

⁴ KÖROĞLU, Kübra: *Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmelerinin Tabi Olduğu Geçerlilik Şartları*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 58.

⁵ CANBOLAT, s. 163.

⁶ REİSOĞLU, Seza: *Garanti Mukavelesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963, s. 145.

⁷ ASLAN, Burcu: *Garanti Sözleşmeleri*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 31. Konu ile ilgili örnekler için bkz. REİSOĞLU, s. 146.

sözleşmenin kurulması esnasında götürü usulüne göre veya borç miktarı için üst bir sınırın konulması ya da garanti alan kişinin uğrayacağı zararın hesaplanması yoluyla belirlenebilmekteydi. Uygulamaya bakıldığında bankalarca akdedilen garanti sözleşmelerinde verilen garantilerin azami limit belirlendiği yahut asıl sözleşmede yer alan rizikonun tümünü kapsayacak biçimde götürü usul ile garanti sözleşmesi yapıldığı görülmüştür⁸.

Garanti sözleşmesine ilişkin olarak TBK kapsamında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişse de -daha önce ifade edildiği gibi- kefalet sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulan düzenlemelerin şahsi teminat sözleşmeleri açısından da uygulanabilmesi mümkündür. Zira TBK'nın 603. maddesine göre kefalet sözleşmesinin biçimi, kefil olma ehliyeti, eş tarafından verilmesi zorunlu rıza konusundaki düzenlemeler garanti sözleşmelerine de uygulanabilecektir. Bu kapsamda kefalet sözleşmelerinin geçerliliği konusundaki TBK'nın 583. maddesindeki düzenleme garanti sözleşmeleri bakımından da geçerli kabul edilmelidir⁹. Dolayısıyla garanti sözleşmelerinin geçerli kabul edilebilmesi bakımından garantide bulunan azami tutarın sözleşmeyle açık bir şekilde belirtilmesi ve el yazısı ile yazılması gereklidir. Ancak saf garanti taahhütleri¹⁰, kefalet benzeri teminat niteliğinde olmadığından bu kuralın dışında kalacaktır ve bu sözleşmelerin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için sorumlu olunacak azami miktarın açık bir şekilde el yazısı ile belirtilmesi zorunluluğu aranmayacaktır¹¹.

Yargıtaya göre garanti sözleşmelerinde hangi riskin temin edildiğinin belirli ya da belirlenebilir olması, hatta riskin boyutlarının dahi tereddüt yaratmayacak şekilde belirlenebilir olması gereklidir¹². Temin edilen ve ödeneceği garanti edilen borcun hangi borç ilişkisinden doğduğu ya da doğacağıın belirli ya da belirlenebilir olması gerekmektedir¹³.

II. YAZILI ŞEKİLDE YAPILMASI

TBK m. 12 uyarınca “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”. Düzenlemede sözleşmelerin geçerli kabul edilebilmesi bakımından, kanunla başka bir hüküm öngörülmediği müddetçe, herhangi bir şekil zorunluluğu bulunmadığı belirtilmektedir¹⁴. Kanun'da sözleşmeler bakımından öngörülmüş olan şeklin genel itibarıyla geçerlilik şartı olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu Kanun'un öngördüğü şekle uyulmadan kurulan sözleşmelerin de hüküm doğurmayacağı düzenlemeden anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeye göre aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, sözleşmenin tarafların özgür iradeleriyle ve şekil serbestisi içerisinde akdedilebilmesi mümkündür. Fakat Kanun'da sözleşmeye yönelik bir biçim koşulunun öngörüldüğü durumlarda düzenlemede belirtilen genel kuralın dışına çıkılabilmektedir¹⁵.

⁸ DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 178.

⁹ TBK'nın 583. maddesinde “Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.” denilmektedir.

¹⁰ Garanti sözleşmesinin teminat amaçlı ve saf garanti şeklinde iki temel görünümü vardır. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinde, asıl borç ilişkisinde alacaklının karşılaşacağı ekonomik bir riskin garanti veren tarafından üstlenilmesi söz konusudur. Saf garanti taahhüdü şeklindeki garanti sözleşmesinde ise garanti alanı belirli bir davranışa yönlendirme amacıyla o davranıştan doğacak ekonomik risklerin üstlenilmesi söz konusudur.

¹¹ KAHRAMAN, s. 169.

¹² GÜMÜŞ, s. 502; DOĞAN, Vahit: *Banka Teminat Mektupları*, 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 40-41; KAHRAMAN, s. 33.

¹³ GÜMÜŞ, s. 502-503; KAHRAMAN, s. 33.

¹⁴ DOĞAN, s. 53; CANBOLAT, s. 163; TURAN, Gamze: “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 66, s. 28.

¹⁵ ASLAN, s. 33.

818 sayılı eBK döneminde tüm garanti sözleşmeleri bakımından şekil serbestisinin hâkim olduğunu söylemek mümkündür¹⁶. Fakat garanti sözleşmelerinin uygulamasına bakıldığında bu sözleşmelerin -kolaylık sağlamasından dolayı- yazılı biçimde yapıldığı ve garanti verenin borçlu olduğu miktarın belirtildiği dikkat çekmektedir¹⁷. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesindeki düzenlemeyle, kefalet sözleşmesinin şekil, ehliyet ve eşin rızasına ilişkin hükümlerinin, diğer gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanmasıyla, teminat amaçlı garanti sözleşmeleri için şekil şartı getirilmiştir. Tarafların aralarındaki esas ilişkinin bir biçim koşuluna bağlı bulunması halinde de garanti sözleşmesinin şekle tabi olduğu söylenemeyecektir¹⁸. Garanti sözleşmesi, şekle tabi olmadığı için kefaletin aksine iş hayatında hız ve zamandan tasarruf sağlar¹⁹.

Garanti sözleşmelerinin kişisel teminat sözleşmeleri arasında olmasının yanı sıra daha önce de ifade edildiği üzere TBK'nın 603. maddesindeki düzenleme gerçek kişiler tarafından verilmekte olan şahsi teminatlarla sınırlandırılmıştır. Maddede açık bir şekilde gerçek kişilerce verilen teminatlar belirtildiğinden, düzenlemenin yalnızca gerçek kişilerce verilmekte olan garantilere uygulanabileceği söylenebilir. Garanti sözleşmesinde garanti veren taraf bir gerçek kişiye kefalet sözleşmesinin sıkı şekil kurları ile kefil olma ve eşin rızası hükümlerine tabi olacaktır²⁰. Burada kanun koyucunun amacı, fer'i olarak sorumlu olan kefilin daha kapsamlı düşünmesi ve hukuki açıdan tehlikelerden korunabilmesi için getirilen sıkı şekil kurallarının, bağımsız olarak teminat sorumluluğu altına giren ve böylece kefilin daha ağır şartlara tabi olan garanti veren kişinin gerçek kişi olması halinde aynı şekil şartlarına ve korumaya sahip olmasıdır. Ayrıca Kanun'da düzenlenmeyen garanti sözleşmesinde yabancı olduğu bir borç ilişkisinden doğacak ekonomik riskleri üstlenen garanti veren açısından koruyucu bir hüküm getirilmiştir²¹.

Bahse konu yeni düzenleme ile “gerçek kişilerin” garanti sözleşmesi yapmaları kefaletin şekil şartlarına bağlanmıştır. Dolayısıyla özel hukuk tüzel kişiliği bulunan bankalarca verilen banka teminat mektuplarının TBK'nın 603. maddesi çerçevesinde değerlendirilebilmesine olanak yoktur. Garanti verenin gerçek kişi olması halinde, garanti sözleşmelerinin yazılı olması koşulu gerçekleşmedikçe ve garantiyi verenin sorumluluğuna ilişkin en yüksek miktarın belirtilmemesi durumlarında sözleşmenin geçerliliği kabul edilmeyecektir.

Garanti sözleşmelerinin türlerinden birisi olan saf garanti taahhütleri bakımından TBK'nın 603. maddesinin tatbik edilemeyeceği ve sözleşme konusunda şekil serbestisinin bulunduğu ileri sürülmektedir²². İlgili düzenleme uyarınca yazılı şekilde yapılma zorunluluğu sadece kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmeler için söz konusudur. Saf garanti taahhütlerinde kişisel bir güvence verilmesi durumu yoktur ancak bu sözleşmelerde de risk unsuru, kefalet sözleşmesine oranla önemli ölçüde yüksek olduğu için bu sözleşmelerin de yazılı olarak yapılmasında yarar vardır²³. Zira ispat hukukunda yazılı şekil şartının önemli olması nedeniyle yazılılık koşulunun zorunlu tutulması önem arz etmektedir.

¹⁶ Yargıtay, 19. HD., T. 05.01.1999, E. 1999/4084, K. 2000/4634; Yargıtay, 11. HD., T. 27.02.1990, E. 1989/4046, K. 1990/8459 (www.lexpara.com, E.T.: 10.01.2022); DEVELİOĞLU, s. 155; CANBOLAT, s. 163.

¹⁷ YENER COŞKUN, Hilal: *Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 102; DEVELİOĞLU, s. 154; Yargıtay, 11. HD., T. 27.12.1990, E. 1989/4046, K. 1990/8459 (www.lexpara.com, E.T.: 10.01.2022).

¹⁸ Yargıtay, 19. HD., T. 13.06.1995, E. 1994/4559, K. 1995/5295; Yargıtay, 13. HD., T. 11.02.1986, E. 1985/7796, K. 1986/739 (www.uyap.gov.tr, E.T.: 10.01.2022); WEBER, Rolf H.: *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband Beziehungen zu Dritten Artikel 110-113*, Stämpfli, Bern, 2002, s. 129; DEVELİOĞLU, s. 155; TUNÇOMAĞ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 221 vd.; SCYBOZ, Georges: “Garantievertrag und Bürgschaft”, (Hrsg.) VISCHER, Frank: *Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2: Obligationenrecht- Besondere Vertragsverhältnisse*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 1979, s. 17; ARIK, Fikret: “Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1955, Cilt 10, Sayı 2, s. 63.

¹⁹ WEBER, Art. 111, s. 130; DEVELİOĞLU, s. 156.

²⁰ ÖZEN, s. 48; BARLAS, s. 386; GÜMÜŞ, s. 354.

²¹ ÖZEN, s. 48; EREN, *Genel Hükümler*, s. 773;

²² KAHRAMAN, s. 169.

²³ REİSOĞLU, s. 148. Yazar da bizimle aynı görüşte olup “garanti sözleşmesinde risk unsuru kefaletle oranla oldukça yüksek olmaktadır. Çünkü, garanti verene kefile tanınmış bulunan korumalardan herhangi birisi tanınmamıştır. Tehlikenin yüksekliği, şekle ihtiyaç olmadığı konusunda bir delil olamayacaktır.” demektedir.

Saf garanti taahhütleri ve tüzel kişiler tarafından garanti verilmesi durumlarında, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar dilerlerse sözleşmeyi belirli bir şekle tabi olarak yapmayı kararlaştırabilirler. Bu durumda kararlaştırılan şekil şartı geçerlilik şartı olacaktır²⁴. Taraflar şekil şartını belirlemeye yönelik bu anlaşmayı diledikleri şekilde yapabilirler²⁵.

Garanti sözleşmelerinin bir şekle tabi bulunmasının zorunlu olmadığını savunan görüşlere göre²⁶ kefalette söz konusu olan şekil şartı garanti sözleşmelerini kapsamayacaktır. Çünkü sürecin en başında sorumluluğunun ağırlığını hissetmeyen kefilin, yalnızca yardımda bulunduğu düşüncesi ile borçlunun ödeme gücüne güvendiği görülür. Kefalet için söz konusu olan şekil şartı, kefil kendisine karşı korumayı amaçlamaktadır ve teminatın fer'i özelliği ile ilgilidir. Garanti veren ise böyle bir korumaya muhtaç değildir. Zira başlangıçtan itibaren bağımsız bir borç altına girmektedir.

Garanti sözleşmesinde öngörülen garantiden doğan alacağın talep edilmesi, ispat hukukuna ilişkin kurallar çerçevesinde senetle ispat zorunluluğuna tabi olabilir. Ancak ispat şekline ilişkin bu zorunluluk sözleşmenin geçerliliği bakımından önem taşımaz, sadece alacağın ifasının mahkemede veya icra dairesinde talep edilmesi halinde alacağın varlığının ispatı bakımından önemlidir²⁷.

III. EŞİN RIZASININ ALINMIŞ OLMASI

Garanti sözleşmeleri bakımından, öteki sözleşmelerde olduğu gibi, genel ehliyet kuralları geçerlidir. Fakat TBK'da yer verilen bir düzenlemeyle eşlerin hem kendi aralarında hem de öteki kişilerle yapacakları tüm hukuki muameleleri serbest bir şekilde yapabilmeleri mümkün hale getirilmiştir²⁸. Fakat TBK m. 584'te kefalet sözleşmesine ilişkin olarak yer verilen “eşlerden birinin kefil olması halinde, haklarında ayrılık kararı verilmedikçe veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça diğer eşin yazılı rızasını almak zorundadır” düzenlemesi, aynı Kanun'un 603. maddesinde yer alan “Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.” ifadelerinden dolayı tatbik imkânı bulmaktadır. Ehliyet konusundaki bu sınırlama göz önünde bulundurulmaksızın akdedilen garanti sözleşmelerinin kesin hükümsüzlüğü yoluna gidilebilecektir²⁹. Dolayısıyla evli kişilerin kefalet sözleşmesi yapma ehliyeti -tıpkı kendisine yasal danışman atanmış kişilerininki gibi- sınırlandırılmıştır³⁰. Bu çerçevede söz konusu hüküm ile kefalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı genişletilmiştir. Hükmün gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla başka ad altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını düzenlemek suretiyle, Kanun'un dolanılmasını önlemeyi amaçladığı görülmektedir. Ancak saf garanti taahhütleri için TBK m. 603 tatbik edilemeyeceğinden kıyas yoluyla teminat amaçlı garanti sözleşmelerine de uygulanan eşin rızasına ilişkin kural, bu sözleşmeler için söz konusu olmayacaktır³¹.

²⁴ Taraflar, yapacakları sözleşmenin geçerliliğini değil ispatını şekle bağlı tutabilirler. Ancak taraflar, herhangi bir açıklama yapmaksızın aralarındaki sözleşmenin şekle tabi olacağını kararlaştırmışlarsa karine olarak geçerlilik şartını istedikleri sonucunun çıkarılması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. EREN, *Genel Hükümler*, s. 241.

²⁵ BÜSSER, Andres: *Einreden und Einwendungen der Bank als Garantien gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten: eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie*, Universitätsverlag, Fribourg, 1997, s. 59; CANBOLAT, s. 163.

²⁶ KLEINER, Beat: *Bankgarantie: Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantieggeschäftes*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zurich, 1990, s. 154 vd.

²⁷ CANBOLAT, s. 164; EREN, *Genel Hükümler*, s. 243-244.

²⁸ BAŞ, Ece: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2012, Cilt 70, Sayı 2, s. 116; KIRCA, İsmail: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Kefalette Eşin İzni”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 438.

²⁹ GÜMÜŞ, s. 348; ÖZEN, s. 181; KIRCA, s. 448.

³⁰ SCYBOZ, s. 78; ŞİPKA, Şükran: *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 30.

³¹ KAHRAMAN, s. 169; BADUR, Emel, “Eşin Rızası”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Cilt 26, Sayı 109, s. 287; ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2012, Cilt 8, Sayı 89-90, s. 119; BİLGİN, Mahmut: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 66.

Diğer eşin rıza göstermediği durumlarda sözleşmenin, şekil eksikliğinden dolayı geçersiz olacağını savunan görüşlerin yanında fiil ehliyeti eksikliğinden dolayı geçerliliğini yitireceği yönünde görüşler de mevcuttur³². Fiil ehliyeti eksikliği olduğunu düşünen görüşe göre kefalet sözleşmesinde rıza göstermekten kaçınan eşin bu tutumuna karşı hâkimin müdahalesini talep etme imkânının Kanun'da düzenlenmemiş olması da söz konusu diğer eşin rızasının aranmasının, ehliyet sınırlaması olduğu yönündeki görüşü destekler niteliktedir³³. Üçüncü bir görüş ise diğer eşin rızasının aranması şartını, eşlerin sözleşme özgürlüğüne kanunla getirilen bir sınırlama olarak görmektedir³⁴. Bu görüşe göre, TMK m. 193 gereği, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça eşlerden her biri, diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir. Kanunda açıkça ortaya koyulan sözleşme özgürlüğüne TBK m. 584 ile getirilen sınırlama ile evli kişilerin ayrı bir ehliyet grubuna sokularak sınırlı ehliyetli kişi haline getirilmemesi gerektiği kabul edilmektedir³⁵.

Eşin rızası, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi gereği yazılı olarak verilmelidir. Eşin rızasının adi yazılı şekle tabi olması esastır³⁶. Adi yazılı şekil kapsamında eş, rızasını herhangi bir makamın tasdik ya da işaretine ihtiyaç duymadan, sadece anlaşlıkları hususları el ya da herhangi bir alet ile herhangi bir şey üzerine yazdıktan sonra imzalaması ile vermiş olur.

TBK'nın 584. maddesinin birinci fıkrasına göre mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı varsa garanti sözleşmesinde eşin rızası aranmayacaktır. Hükümün amacı ailenin ekonomik bütünlüğünü, gelecekte doğması muhtemel bir tehlikeye karşı korumaktır. Bu çerçevede mahkemece ayrılık kararı verilmesi durumunda ailenin ekonomik bütünlüğü bozulmuş olduğundan, hükümün uygulama amacı da ortadan kalkmış olacaktır³⁷.

Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 170. maddesine göre boşanma talep edilen bir davada, hâkim boşanmaya karar verebileceği gibi, tarafların barışma ihtimalinin bulunduğu hallerde, ayrılığa da hükmedebilir. Hâkimin ayrılık kararı vermesiyle eşlerin hak ve yükümlülükleri kısmen değişmekte iken evlilik birliği varlığını sürdürmektedir. Yine Türk Medenî Kanunu'nun 171. maddesine göre ayrılık süresi bir yıldan üç yıla kadar olabilir. Ayrılık süresinin tespiti, boşanma sebebinin ağırlığı, tarafların barışma olasılığının gerçekleşebilmesi süresi, eşlerin ve çocukların durumları dikkate alınarak hâkim tarafından takdir edilir. Bu süre, ayrılık kararının kesinleşmesiyle işlemeye başlar. Dolayısıyla ayrılık kararının kesinleştiği tarihten itibaren, hâkimin ayrılık kararında belirtmiş olduğu sürenin sonuna kadar eşlerden birinin yapacağı garanti sözleşmesinde diğer eşin rızası aranmayacaktır³⁸. Ancak doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre ayrılık kararının kesinleşmesi beklenilmeden, mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmesiyle eş, diğer eşin rızasını almadan garanti sözleşmesi akdedebilir.

Mahkeme kararı olmaksızın eşlerin ayrı yaşama hakkının doğması neticesinde eşlerden birinin diğer eşin rızasını almadan garanti veren olması konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür³⁹. Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre ayrı yaşama hakkının doğmasıyla herhangi bir mahkeme kararına gerek olmaksızın eşlerden biri diğer eşin rızasını almadan garanti sözleşmesi yapabilir. Ancak eş, ayrı yaşama hakkına sahip olmasına rağmen birlikte yaşamaya devam ediyorsa garanti vermek isteyen taraf, eşinin rızasını almak zorundadır⁴⁰. Doktrinde ileri sürülen karşıt görüşe göre ise eşlerin hâkim kararı olmaksızın fiilen ayrı yaşamaları durumunda garanti sözleşmesi yapılabilmesi için, haklı sebeplerin olup olmadığına bakılmaksızın, eşin rızasının alınması gerekir⁴¹.

³² Doktrinde diğer eşin rızasının kefalete özgü bir kural olduğu belirtilerek sadece şekil şartı olduğu kabul eden görüşler de mevcuttur. Bkz. BAŞ, s. 117-118; REİSOĞLU, s. 89-90.

³³ ÖZEN, s. 183 vd.; GÜMÜŞ, s. 341; KIRCA, s. 488; ÖKTEM ÇEVİK, s. 119; DEVELİOĞLU, s. 178; ŞIPKA, s. 45-50.

³⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Medeni Kanun'unuzum Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 48-49.

³⁵ KILIÇOĞLU, s. 49.

³⁶ GÜMÜŞ, s. 343; KIRCA, s. 447; ÖZEN, s. 180.

³⁷ BAŞ, s. 117-118; ÖKTEM ÇEVİK, s. 119.

³⁸ ÖZEN, s. 176; REİSOĞLU, s. 89.

³⁹ ÖKTEM ÇEVİK, s. 119; REİSOĞLU, s. 90; BİLGİN, s. 66; BADUR, s. 279.

⁴⁰ BAŞ, s. 118-119.

⁴¹ GÜMÜŞ, 343; KIRCA, s. 439; ÖZEN, s. 176.

TBK'nın 584. maddesinde belirtilen koşulun garanti sözleşmesinin kurulduğu esnada aranması gerekir. Diğer bir deyişle eş tarafından daha sonra sözleşme yapılması hususunda icazette bulunulması halinde sözleşme geçerli hale gelmeyecektir⁴². Düzenlemenin 3. fıkrasında eşin rızasına ilişkin koşula bir istisna öngörülmüştür.

TBK'nın tacirler ve esnaflara yönelik garanti sözleşmeleri açısından eşin rızası konusundaki istisnası şöyledir: “*Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz*”⁴³.

IV. EHLİYET ŞARTI

Garanti sözleşmeleri TBK'da özel olarak düzenlenmediğinden bu sözleşmelerin tabi olacağı kuralların, borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde, kendi içerik ve amaçlarından çıkarılması gerekmektedir⁴⁴.

A. Garanti Veren Açısından

Garanti sözleşmesi, garanti alanla garanti veren arasında şekle tabi olmaksızın kurulan ve genellikle borcun tek tarafa yüklendiği bir teminat sözleşmesidir. Garanti verenin, bir borç yüklendiğinden, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olması gerekir. Garanti veren gerçek veya tüzel kişi olabilir⁴⁵. Garanti veren ayırt etme gücüne sahip değilse yani tam ehliyetsiz ise garanti sözleşmesi kesin hükümsüz olur⁴⁶.

Vaat edenin sınırlı ehliyetsiz olması durumunda garanti sözleşmesi askıda geçersiz olacaktır. Yasal temsilcinin işleme icazet vermesi durumunda işlem hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacak; icazet vermemesi durumunda ise işlem baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır⁴⁷. TMK m. 449'da sınırlı ehliyetsizin yasal danışmanının izniyle dahi yapamayacağı yasak işlemler tahdidi olarak sayılmıştır⁴⁸. Garanti sözleşmesi bu işlemler arasında sayılmadığından vaat eden sınırlı ehliyetsiz ise yasal danışmanının izni ile geçerli bir şekilde garanti sözleşmesi kurabilecektir⁴⁹.

⁴² DEVELİOĞLU, s. 179.

⁴³ TBK m. 584/3 (Ek fıkra: 28/3/2013-6455/77 m.).

⁴⁴ REİSOĞLU, s. 137; BİLGİN YÜCE, Melek: *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 62; KAYAK, Sevgi: *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 217; ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 424 vd.

⁴⁵ REİSOĞLU, s. 137; BİLGİN YÜCE, s. 62; SCYBOZ, s. 327.

⁴⁶ Yargıtay, 19. HD., T. 03.06.2004, E. 2004/9057 K. 2004/6639: “*Somut uyuşmazlıkta kefil N.G.'de ipotek akit tablosunun düzenleme tarihi itibarıyla hukuki ehliyetine müessir olayları kavrayıp onlardan sağlıklı sonuçlara varabilme yeteneğini ortadan kaldıracak mahiyet ve derecede olan 'rezidüel şizofreni' akıl hastalığının saptandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi yerindedir.*” (www.legalbank.net, E.T.: 10.01.2022).

⁴⁷ HELVACI, Serap: *Gerçek Kişiler*, 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013. Yargıtay, 19. HD., T. 02.10.2001, E. 2001/2053, K. 2001/6100: “*Hacir altına alınan kişinin vesayeti sona ermeden imzaladığı kefalet akdi geçersizdir. Geçerlilik kazanabilmesi için, vesayet sona erdikten sonra akdi benimsemenin de yazılı şekilde yapılması gerekir.*” (www.uyap.gov.tr, E.T.: 10.01.2022).

⁴⁸ TMK m. 449'da yasak işlemler belirtilirken kanun koyucunun ihmali nedeniyle garanti sözleşmesine yer verilmeyerek bilinçsiz bir boşluğun meydana geldiği görülmektedir. Çünkü garanti sözleşmesiyle kefalet sözleşmesinden daha ağır bir sorumluluk üstlenildiği, maddenin de ehliyetsizi korumak amacıyla tesis edildiği açıktır.

⁴⁹ *Serozan'a göre TMK m. 449'da belirtilen yasak işlemler listesi yetersizdir. Örneğin hâkimin izniyle bir hayır kurumuna önemli bağışta bulunamayan yasal temsilci, ehliyetsizi ömür boyu borç altına sokabilecek uzun vadeli kredi anlaşması yapabilecek, bu kapsamda ağır aynı teminatlar verebilecektir. Ya da mirastan feragat edebileceği gibi mirası kabul edebilecektir. Dava açıp feragat, kabul veya sulh beyanlarıyla davayı sonuçlandırabilecektir. Bu nedenle ehliyetsiz için sakıncalı olabilecek bütün bu işlemlerde temsil yetkisi sınırları bağlamında, yetkisiz temsil konusundaki hukuki kıyas önerilerine ve bilhassa kayım atama zorunluluğuna dayanılarak sahip çıkılması gerekmektedir. Bkz. SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 433 vd.*

Kendisine yasal danışman atanmış kişiler, garanti veren sıfatları ile kefalet benzeri garanti sözleşmesi yapabilmektedir. Fakat borçlandırıncı nitelik taşıyan bu sözleşmeler, TMK m. 429/I'de değinilen işlemler arasında yer aldığından, yalnızca yasal danışman tarafından verilen izin ile geçerlilik kazanabilir. Yasal danışman izni bulunmaksızın veya yasal danışman tarafından sınırlı ehliyeti bulunan kişi hesabına tek başına yapılan sözleşmeler geçersiz olacaktır. Bahsi geçen geçersizlik durumu, tek taraflı bağlamazlık niteliği taşır⁵⁰.

Bir üçüncü şahsın fiilinin taahhüt edildiği garanti sözleşmelerinde üçüncü kişi sözleşmede taraf değildir. Bu yüzden sözleşme ehliyetine sahip olmasına gerek yoktur. Garantinin geçerli olması için söz konusu fiilin üçüncü kişilerce yapılabileceği düşünülmesi göz önünde bulundurulmalıdır. Tersî durumda, imkânsız bir netice garanti edilmiş olur⁵¹.

B. Garanti Alan Açısından

Garanti alan tarafın, kural olarak, temyiz kudretine sahip olması yeterlidir⁵². Garanti sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme şeklinde kurulduğu durumlar haricinde, garanti alan sınırlı ehliyetsiz olsa dahi bu işlem geçerli olarak yapılabilecektir. Aksi takdirde sözleşme tam iki tarafa borç yüklüyorsa sınırlı ehliyetsiz garanti alanın tam ehliyetli olması ya da yasal temsilcisinin izni gerekecektir⁵³.

Alacaklılarının taraf olmamasından dolayı, garanti alanın garanti verene karşı bir talep hakkı bulunmaz. Garanti alan tarafından girişilecek bir teşebbüsün garanti edilmesi alacaklılar adına bir teminat teşkil etmekte ise de bu durum dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Alacaklılar yalnızca müteşebbise karşı harekete geçebilmektedir. Garanti veren, alacaklılardan haberdar olsa da garanti alan tarafa ödemede bulunarak borcundan kurtulabilir. Gerçekleştirilen ödemenin garanti alan tarafından başka şekilde kullanılması bir değişikliğe yol açmaz. Garanti sözleşmesi, garanti alanın girdiği borç ilişkisinden veya giriştiği bir teşebbüsten doğabilecek tüm risk ve tehlikeleri karşılamayı üstlenmektedir⁵⁴. Ancak garanti sözleşmesinin üçüncü kişi lehine şart şeklinde yapılması ile teşebbüsün alacaklılarının doğrudan doğruya garanti verene başvurmaları sağlanmış olur.

Kendisine yasal danışman atanan sınırlı ehliyetli kişiler ise esasında tam ehliyetli kabul edildiğinden garanti alan taraf sıfatı ile -yasal danışmanın rızasının alınması gerekliliği bulunmaksızın- tek başına geçerli olacak şekilde kefalet benzeri garanti sözleşmesi yapabilecektir⁵⁵.

V. KONUNUN KANUNA, EMREDİCİ HÜKÜMLERE, AHLAK VE ADABA AYKIRI OLMAMASI

Garanti sözleşmesi de diğer sözleşmeler gibi TBK'nın genel hükümlerine tabidir. Garanti edilen neticenin ahlaka, adaba veya kanuna aykırı olması halinde garanti sözleşmesi kesin hükümsüzdür⁵⁶. Kesin hükümsüz olmanın sonucu olarak bu geçersizlik hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Örneğin A'nın B'ye, üçüncü kişi C lehine yalancı şahitlik edeceğini garanti etmesi, bir kimsenin randevu evi işleten diğerine ayda belirli miktarda kazanacağını garanti etmesi, bir hırsıza mahalle bekçi-

⁵⁰ REİSOĞLU, s. 27; GÜMÜŞ, s. 16; ERZURUMLUOĞLU, Erzan: *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 207 vd.

⁵¹ BİLGİN YÜCE, s. 62.

⁵² SCYBOZ, s. 327; BİLGİN YÜCE, s. 63; REİSOĞLU, s. 128; SEROZAN, s. 432.

⁵³ DEVELİOĞLU, s. 95; BİLGİN YÜCE, s. 63; ŞAHİN, Turan: *Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 84; KAYAK, s. 218.

⁵⁴ Garanti sözleşmesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz karşılığında değil, yalnızca onu bir teşebbüse yönlendirmek amacıyla bağımsız şekilde, teşebbüsün riskini üzerine alır. Bkz. REİSOĞLU, s. 9.

⁵⁵ KAYAK, s. 217.

⁵⁶ DEVELİOĞLU, s. 185; ARIK, s. 54; BÜSSER, s. 315; ARKAN, Sabih: "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1992, Cilt 16, Sayı 4, s. 69; EREN, *Genel Hükümler*, s. 1111; CANBOLAT, s. 166.

sinin kendisini yakalamayacağını ya da kırdığı kasada en az 10.000 TL bulunacağını garanti edilmesi gibi hallerde geçerli bir garanti söz konusu olamaz⁵⁷. Yüklenilen riziko, kanuna ve ahlaka aykırı bir neticeye ilişkin olduğundan bu tür bir sözleşmenin geçerli kabul edilmemesi doğaldır.

Kimi durumlarda, bilhassa üçüncü tarafın fiilini taahhüt amacıyla akdedilen garanti sözleşmelerinde, söz konusu üçüncü tarafın verdiği garantinin kanuna veya adaba aykırı olmasından ötürü hükümsüz sayılacak bir sözleşmenin garanti veren tarafından geçerli kabul edilmesi mümkündür. Örneğin bir kimsenin bir diğeriyle evlenmeyeceğini taahhüt etmesi hükümsüzdür. Buna karşılık X'in Y ile evlenmeyeceği yönündeki taahhüt gayri ahlaki değildir. Zira bu taahhüt ile X bir mükellefiyet altına sokulmadığından, X'in hürriyetinde bir kısıtlama olması, evlenmesini sözleşme ile sınırlaması söz konusu olmayacaktır. Bir kimsenin ömrü boyunca rekabet etmeyeceğini vaat etmesi hali de diğer bir örnek olabilir. Böyle bir taahhütle hürriyetin aşırı sınırlandırılması hukuk tarafından kabul edilmemektedir. Vaat geçerli değildir. Fakat aynı garantiyi diğer bir kimse verirse -üçüncü kişinin rekabet etmeyeceği garantisini- geçerli bir garanti sözleşmesi ortaya çıkacaktır. Zira burada garanti edilen neticenin kendisi -evlenmeme, rekabet etmeme- kanuna veya ahlaka aykırı değildir⁵⁸.

Garanti sözleşmesi, garanti alana asıl sözleşmenin geçersiz olması durumunda dahi ifa edebileceği bir teminatın sağlanmasıdır. Yargıtay da çeşitli kararlarında söz konusu düşünceyi destekler neticelere varmıştır. Örneğin taksitle yapılan satışta, satış bedelinin tek bir taksitin ödenmediği durumlarda muacceliyet kazanacağını şart edilmesi alt sözleşme bağlamında mümkün olmasa dahi böyle bir edim garanti edilebilir⁵⁹.

Buna karşılık bir babanın çocuklarından birinin evlenmeyeceğini garanti etmesi, bir vasinin küçüğün rekabet etmeyeceğini vadetmek hallerinin geçerli olup olmayacağı tartışma konusu olabilir. Babanın çocuğa evlenmesi için izin vermesinin, vasinin küçüğün belirli bir işte çalışmasına rıza göstermesinin gerekli olduğu hallerde böyle bir garanti hükümsüz olacaktır. Zira bu ve buna benzer hallerde kişi hürriyetinin ahlaka aykırı şekilde sınırlandırılması söz konusu olur⁶⁰.

Garanti sözleşmesinde borcun, yani konusu bir miktar para ödeme borcu olan bir sözleşmenin kanuna, ahlaka yahut kamu düzenine aykırı olduğu bir örnek göstermek güçtür. Ancak garanti sözleşmesi kapsamında verilen garantinin kişilik haklarını ihlal etmesi, bilhassa garanti veren tarafın iş yaşamında tecrübeli olmayan gerçek bir kişi olduğu durumlarda söz konusu olabilir⁶¹.

VI. EDİMLERİN İMKÂNSIZ OLMAMASI

A. Garanti Alan Tarafından Girişilen Teşebbüsün İmkânsız Olması

TBK m. 27'ye göre bir sözleşmenin konusunun imkânsız olması sözleşmeyi geçersiz kılar. Bahsi geçen imkânsızlık başlangıçta söz konusu olan objektif imkânsızlık olup edanın imkânsız olması halinde sözleşmenin konusu da imkânsız olacaktır. Fakat garanti sözleşmesi yönünden edanın imkânsız olması düşünülmeyecektir. Bu mükellefiyet bir para borcundan ibarettir ve para borcunun niteliği de cins borç olduğundan imkânsız bir edimden bahsedilemeyecektir⁶².

Garanti sözleşmelerinde imkânsızlığın farklı açılardan ele alınması gerekmektedir. Şayet garanti edilen neticeyi yaratacak teşebbüs -sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra- imkânsızsa sonucun gerçekleşmesi de imkânsızdır. Bir kişiye bir eşyanın satışından belli oranda kâr vaat edilirse sorumlu-

⁵⁷ REİSOĞLU, s. 145.

⁵⁸ REİSOĞLU, s. 146; KAHRAMAN, s. 166.

⁵⁹ Yargıtay, 11. HD., T. 09.05.1974, E. 1974/951, K. 1974/1601 (www.kazanci.com, E.T.: 10.02.2022).

⁶⁰ REİSOĞLU, s. 146;

⁶¹ SCYBOZ, s. 18; WEBER, Art. 111, s. 136; DEVELİOĞLU, s. 189.

⁶² REİSOĞLU, s. 147; BİLGİN YÜCE, s. 65; KAHRAMAN, s. 167; CANBOLAT, s. 164-165; BÜSSER, s. 299.

luk eşyanın satılmasıyla ortaya çıkacaktır. Ancak ilgili eşyanın satılmadan yanması ve satışının imkânsız hale gelmesi, garanti konusunun imkânsız oluşu sebebiyle garanti sözleşmesini de sona erdirecektir. Bir demiryolu inşaatının sonuçlanması halinde, müteşebbise malın taşınmasından belli oranda bir kârın garanti edilmesi durumunda, kâr ya da zarar ihtimali demiryolunun inşaatına bağlı olarak ortaya çıkacaktır. Demiryolunun inşası, mesela arazinin sarp olması yüzünden, imkânsızsa teşebbüste ki bu imkânsızlık garanti sorumluluğunun da ortaya çıkmasını engelleyecektir. Öte yandan demiryolu inşa edilir fakat tarafların bilmediği çok daha ucuz nakliye imkânları yüzünden kâr edilemezse neticenin imkânsızlığı garanti verenin tazminat ödemesini gerektirir. Sorulması gereken soru, yüklenilen tehlikenin ne ile ilgili olduğu hususuna ilişkindir. Mesela demiryolunun bu sarp arazide inşası garanti edilmiş olursa inşanın imkânsız oluşu; teşebbüsün değil, neticenin imkânsızlığı sayılacaktır⁶³.

B. Neticenin İmkânsız Olması

Bir neticenin meydana gelmeyeceği garanti edildiği halde garanti edilen neticenin sözleşmenin kurulmasından önce meydana gelmiş olması veya sonradan meydana gelmesinin kesin olması halinde ya da belirli bir neticenin meydana geleceği garantisinde neticenin meydana gelmesinin başlangıçtan itibaren imkânsız olmasında geçerli bir garanti sözleşmesinden bahsedilebilecek midir? Başka bir ifadeyle garanti edilen neticenin objektif imkânsızlığı sözleşmeyi geçersiz hale getirmeye yeterli midir?

Doktrinde hâkim görüş yalnızca objektif imkânsızlık durumunun hükümsüzlük açısından yeterli sayılmayacağı şeklindedir⁶⁴. Garanti sözleşmesine ilişkin tehlike yüklenilmesi unsuru, sözleşmenin amacı gereği sübjektif niteliktedir. Garanti veren, garanti alan tarafı bir faaliyete sevk etme, böylece hiçbir zarara uğramayacağını garantilemeyi istemektedir. Garanti alanın taraflarca farkında olunmayan imkânsızlıktan ötürü tazminat talebi hakkından mahrum edilmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır. Başlangıçta bilinmeyen imkânsızlık garanti verenin tehlike yüklenmesine dâhildir⁶⁵.

Bir müzayedede A tarafından satın alınan tablonun orijinalliğinin garanti edildiği farz edilsin. Tablonun orijinal olup olmadığı gelecekte gerçekleşecek bir durum olmayıp tablo sahteyse sonucun gerçekleşmesinde başlangıçtan itibaren objektif bir imkânsızlık söz konusu olacaktır. Fakat taraflarca bilinmeyen bu objektif durum garanti verenin bir riziko yüklenmesine sebep olmaktadır⁶⁶. Garanti sözleşmesi açısından önem taşıyan sonuç muhakkak gelecekte gerçekleşmek zorunda olmasa da bunun gelecekte tespit edilmesi gerekmektedir.

C. İmkânsızlığın Taraflarca Bilinmesi

İmkânsızlığın sözleşmenin kurulmasına etkisi bakımından tarafların bu durumu bilip bilmedikleri dikkate alınacaktır. Objektif imkânsızlık halinde garanti sözleşmesinin varlığı hakkında aşağıdaki gibi tasnif yapmak mümkündür. Sözleşmenin kurulması anında hem garanti veren hem garanti alan objektif imkânsızlığı biliyor ise -örneğin garanti edilmek istenen zarar zaten meydana gelmişse- bir tehlike yüklenilmesinden, dolayısıyla garanti sorumluluğundan bahsedilemeyecektir⁶⁷.

Garanti alan ve garanti veren taraflar imkânsızlıktan haberdar değilse garanti sözleşmesi geçerlidir⁶⁸. İmkânsızlığın daha sonra tespit edilmesi halinde garanti veren zararın tazminiyle yükümlüdür. Garanti veren tarafın imkânsızlıktan haberdar olması durumunda, tehlike unsuru bulunmayacağından garanti sözleşmesi doğmamış olacaktır.

⁶³ REİSOĞLU, s. 147; BİLGİN YÜCE, s. 64; KAHRAMAN, s. 167.

⁶⁴ REİSOĞLU, s. 147; BİLGİN YÜCE, s. 65; BÜSSER, s. 299 vd.; CANBOLAT, s. 165.

⁶⁵ REİSOĞLU, s. 148-149; KAHRAMAN, s. 168.

⁶⁶ REİSOĞLU, s. 148; TANDOĞAN, Haluk: *Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1959, s. 4.

⁶⁷ DEVELİOĞLU, s. 193.

⁶⁸ REİSOĞLU, s. 149; KAHRAMAN, s. 168.

Garanti veren tarafından imkânsızlığın bilinmiyor olmasına karşılık garanti alanın imkânsızlıktan haberdar olması halinde geçerli bir garanti sözleşmesi ortaya çıkaracaktır. Zira bu, yalnızca garanti verene mükellefiyet yükleyen bir sözleşmedir. Fakat garanti verenin karşı tarafın hilesini öne sürmek suretiyle sözleşmeyi feshetmesi mümkündür⁶⁹.

Sadece garanti alanın imkânsızlıktan haberdar olması, buna rağmen garanti sözleşmesini akdetmesi halinde garanti verenin hile hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi ya da hile def'inden faydalanması mümkündür⁷⁰. Hile def'inin düzenlendiği TBK m. 72/f. 2 uyarınca “*haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanasına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir*”⁷¹.

VII. İRADELERİN SAĞLIKLI OLUŞMASI

Türk hukukuna göre sözleşme, yalnızca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları üzerine kurulabilir. Ancak bu sözleşmeler kurulurken taraflardan birinin gerçek iradesi ile beyan edilen iradesi arasında fark varsa sakatlanmış iradeyle borç altına giren bu kimse sözleşmeyi iptal hakkına sahip olacaktır⁷². İrade sakatlıkları, garanti sözleşmelerinde genellikle garanti veren açısından gerçekleşir. Bu çalışmada irade sakatlıklarının garanti sözleşmesine sonuçları yanılma, aldatma ve korkutma halleri için ayrı ayrı incelenmiştir.

Garanti sözleşmesi, asıl sözleşmenin taraflarınca asıl sözleşmenin geciktirici şartı olarak kabul edilmiş ise sözleşmenin sonradan irade sakatlığı sebebiyle iptal edilmesi halinde, muhatabın garanti sözleşmesi yapılmaydı asıl sözleşmeyi yapmayacağını, dolayısıyla asıl sözleşmenin hüküm doğurmayacağını kabul etmek gerekecektir⁷³.

A. Yanılma

TBK m. 30'da yer alan “*Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz.*” hükmü ile yanılma konusunu düzenlemiş, kanun koyucu yanılmaya ilişkin ayrıca bir tanım yapmamıştır⁷⁴. Yanılmanın sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurması için önemli olması gerekir. Kanun da sadece esaslı yanılmayı sözleşmeyi iptal etme hakkı doğuran bir yanılma hali olarak kabul etmektedir. Kanun esaslı yanılma kapsamına sözleşmenin niteliğinde yanılma, edimlerin konusunda ve kişide yanılma, miktarda yanılma hallerini almıştır. Kural olarak saik yanılması esaslı yanılma olarak kabul edilmemekle birlikte istisnai olarak bazı şartların varlığı saik yanılmasının esaslı yanılma olarak kabul edilmesini mümkün kılmaktadır.

1. Sözleşmenin Niteliğinde Yanılma

Yanılan taraf, işlem iradesine uygun bir sözleşme yapmak isterken, yanlışlıkla kurulmasını istediği sözleşmeden farklı bir sözleşme için iradesini açıklamışsa sözleşmenin niteliğinde yanılma söz konusudur. Mevcut halde kurulan sözleşmenin tipi ile kurulmak istenen sözleşmenin türü, içeriği ve hukuki niteliği birbirinden farklıdır⁷⁵. Bir kişinin sözleşme yapma iradesi bulunmamasına rağmen yanlışlıkla, istemeden beyanda bulunması hali de sözleşmenin niteliğinde yanılma olarak değerlendirilir⁷⁶.

⁶⁹ REİSOĞLU, s. 150; KAHRAMAN, s. 168.

⁷⁰ ARIK, s. 52; REİSOĞLU, s. 149-150; KAHRAMAN, s. 168.

⁷¹ *Kahraman*'a göre garanti verenin hileye uğramış olması bir haksız fiil teşkil ettiğinden, hiçbir hak düşürücü süreye yahut zamanasını süresine takılmaksızın, her zaman hile def'inden faydalanarak ödemededen kaçınması mümkündür. Bkz. KAHRAMAN, s. 169.

⁷² DEVELİOĞLU, s. 194.

⁷³ DEVELİOĞLU, s. 194.

⁷⁴ DEVELİOĞLU, s. 195.

⁷⁵ OĞUZMAN / ÖZ, s. 96; ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2*. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul 2019, s. 222; EREN, *Genel Hükümler*, s. 384.

⁷⁶ EREN, *Genel Hükümler*, s. 384.

TBK m. 31/I'e göre kefalet sözleşmesi akdetmek isterken garanti sözleşmesi yapan bir kimse için sözleşmenin niteliğinde yanılma söz konusu olacaktır ve yanılanın sözleşmenin iptalini talep etme olanağı bulunmaktadır⁷⁷. Kefil olma iradesiyle hareket eden bir kimsenin, kendisine sunulan metnin niteliğinin kefalet olduğu düşüncesiyle, daha önceden hazırlanarak üzerinde garanti ibaresine yer verilen bir sözleşmeyi imzalaması durumunda sözleşme, garanti sözleşmesi olarak kurulmakla beraber garanti veren tarafın bir yıl içerisinde sözleşmenin iptalini talep etme hakkı bulunmaktadır⁷⁸. Bir kimsenin garanti veren olarak garanti sözleşmesi yapmak isterken kefil sıfatı ile kefalet sözleşmesi yapması halinde, sözleşmenin niteliğinde yanılma nedeniyle iptali olasılığının -garanti veren tarafa kıyasla kefilin avantajlı oluşu göz önünde bulundurularak- daha düşük olacağı söylenebilir. Öte yandan kefil yerine garanti veren taraf olmak isteyen bir bankanın bu hakkı kullanabilecek olduğu düşünülebilir.

Taraflar kefalet benzeri garanti yapmak isterken eşin rızasının kefalet sözleşmesi için verildiği durumlar yine TBK m. 31/I uygulama alanına girmektedir. Eşin sözleşmenin niteliğinde yanılma ileri sürmesi neticesinde, eş rızası ve dolayısıyla kefalet benzeri garanti eş rızası eksikliği sebebiyle hükümsüz olacaktır⁷⁹.

2. Sözleşmenin Konusunda ve Kişide Yanılma

Garanti verenin, garanti vermek istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için garanti vermesi durumunda sözleşmesinin konusunda yanılma söz konusudur. Örneğin garanti verenin garanti alan bankaya, üçüncü bir kişinin taşıt kredisi için kefalet benzeri garanti sözleşmesi yapmak isterken aynı kişinin konut kredisine garanti veren olması hali, sözleşmenin konusunda yanılma olarak değerlendirilebilecektir⁸⁰.

Garanti sözleşmelerinin çoğunda ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etme ihtimali yüksek olduğu için garanti veren bakımından alacaklının kimliği oldukça önemlidir. Bu nedenle garanti verilen tarafın kişiliğinde yanılma esaslı bir yanılma olarak değerlendirilir⁸¹. Öğretide garanti verenin hata ile karşılık sözleşmesinde muhatap olarak belirlenen kimseden başka bir kimseyle garanti sözleşmesi imzalaması halinde, sözleşmeyi hata hükümlerine dayanarak feshedebileceği kabul edilmektedir. Aynı zamanda, esas borçlunun şahsında hatanın mümkün olduğu da ifade edilmektedir. Ancak bu son halde asıl borçlu garanti sözleşmesinin tarafı olmadığından şahısta hatanın ileri sürülebilmesi mümkün değildir⁸².

3. Miktarda Yanılma

Garanti sözleşmesinde garanti veren tarafın borçlandığı edimin kastettiğinden çok fazla veya çok az olması halinde miktarda yanılma söz konusu olur⁸³. Dolayısıyla istenilen miktarla sözleşmede fiilen kararlaştırılan miktarın aşırı derecede birbirinden farklı olması halinde TBK m. 31 b. 5 kapsamında yanılmaya dayanılabilir⁸⁴.

Garanti sözleşmesinin de miktarda hata nedeniyle iptal edilebileceği kabul edilmektedir. Örneğin garanti verenin, birinin orijinal belge diğerlerinin kopya olduğu düşüncesiyle, aslında üç adet 50.000 TL tutarında orijinal belge imzalaması ve 50.000 TL tutarında bir borç altına girdiğini zannederken aslında 150.000 TL'lik borç altına girmesi veya garanti verenin avro kısaltması ile TL kısaltmasını karıştırmaması durumunda, sözleşmenin miktarda yanılma sebebiyle iptal edilmesi mümkün olacaktır⁸⁵.

⁷⁷ DEVELİOĞLU, s. 196; ÖZEN, s. 199; REİSOĞLU, s. 36.

⁷⁸ DEVELİOĞLU, s. 197; Yargıtay, 1. HD., T. 16.06.2010, E. 2010/5112, K. 2010/7027 (www.legalbank.net, E.T.: 10.01.2022).

⁷⁹ DEVELİOĞLU, s. 197.

⁸⁰ KAHRAMAN, s. 201 vd.

⁸¹ TANDOĞAN, s. 735 vd.; REİSOĞLU, s. 34 vd.; ÖZEN, s. 199; DEVELİOĞLU, s. 199 vd.; BİLGİN YÜCE, s. 68 vd.

⁸² Aksi yönde görüş için bkz. REİSOĞLU, s. 66

⁸³ EREN, *Genel Hükümler*, s. 385.

⁸⁴ EREN, *Genel Hükümler*, s. 385.

⁸⁵ DEVELİOĞLU, s. 203; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968, s. 48.

4. Esaslı Saik Yanılması

TBK m. 30 uyarınca sözleşmenin geçerliliğine etkide bulunacak yanılmaların “esaslı” olması gerekir. Fakat TBK m. 32’de⁸⁶ saik yanılmasının esaslı olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla kural olarak saik yanılması sözleşmenin sıhhatine etkide bulunmaz. Ancak bu kuralın istisnasız kabul edilmesi adaletsiz sonuçlara neden olacaktır. Dolayısıyla TBK m. 32 ile bu kurala bir istisna getirildiğini söylemek mümkündür. Bu maddede öngörülen şartlar mevcutsa esaslı bir saik yanılması mevcuttur ve böyle bir yanılma sözleşmenin geçerliliğine etkide bulunacaktır⁸⁷.

Garanti sözleşmeleri açısından borçlunun ödeme güçlüğü, mali durumu veya garanti verenin üstlendiği ekonomik risk üzerindeki hataları, esaslı hata olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu sözleşmelerin amacı, alacaklıyı esas sözleşmeden doğan borç miktarının ifa edilememesi ya da gerektiği gibi ifa edilememesi hallerinde doğabilecek malvarlığı zararına karşı korumaktır; garanti veren alacaklıya asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde ifada bulunmayı taahhüt eder.

İçtihatlarda⁸⁸ ve öğretide temel hatasının dayandığı olayların belli bir özellikte olması gerektiği kabul edilmektedir; spekülatif özellik arz eden veya riskler içeren olaylar bu şartı yerine getiremez. Garanti sözleşmelerinin de riskli ve spekülatif özelliği ön plandadır. Zaten garanti verenin üstlendiği yükümlülük belirsiz bir sonuçtur.

Garanti sözleşmelerinde garanti alanın ödeme gücü, mali durumu, garanti veren tarafından üstlenilmiş ekonomik risk üzerindeki hatalar ve benzerleri TBK m. 32 uyarınca esaslı hata değildir. Bu sayılan haller, garanti verenin sözleşme ile üstlendiği risk kapsamında değerlendirilmelidir. Aksinin kabul edilmesi, çoğu garanti sözleşmesinin yanılma sebebiyle iptaline yol açacaktır⁸⁹.

B. Aldatma

Genel olarak aldatma, bir kimsenin bir hukuki işlemi yapmasını sağlamak amacıyla o kişinin yanlış bir düşünceye sahip olmasına kasten sebep olmak olarak nitelendirilebilir⁹⁰. Aldatmanın bir kimsenin kasten saik hatasına düşürülmesi olduğu ifade edilmektedir⁹¹.

Garanti sözleşmesi bakımından ise garanti verenin yükümlülük altına girmesinin sebebinin alacaklının ya da üçüncü bir kişinin hileli davranışları oluşturuyorsa garanti veren, TBK m. 36⁹² hükmüne dayanarak sözleşmeyi iptal ettirme hakkına sahiptir. Aldatılma sonucu yanılmaya düşen kefil, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyi iptal ettirebilir.

Garanti sözleşmesi her ne kadar garanti veren ve garanti alan arasında yapılıyor olsa da sözleşmenin garanti verenin aldatılarak kurulması durumunda üçüncü kişinin aldatması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla alacaklı TBK m. 36/II gereğince sözleşmenin iptalini talep edebilecektir⁹³. Örneğin lehtarın kira sözleşmesiyle ilgili olarak garanti verilmesini sağlama amacıyla garanti verene imzalayacağı sözleşmenin kira sözleşmesi eki olduğu veya herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği yönünde

⁸⁶ TBK m. 32 metni şu şekildedir: “Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir.”.

⁸⁷ OĞUZMAN / ÖZ, s. 85; EREN, *Genel Hükümler*, s. 347.

⁸⁸ Yargıtay, 11. HD., T. 07.05.2007, E. 2006/5467, K. 2007/6184; Yargıtay, 11. HD., T. 17.07.2012, E. 2011/5124, K. 2012/12347; Yargıtay, 11. HD., T. 24.02.2014, E. 2013/13532, K. 2014/3303 (www.uyap.gov.tr, E.T.: 06.07.2022).

⁸⁹ DEVELİOĞLU, s. 209.

⁹⁰ ANTALYA, s. 65; OĞUZMAN / ÖZ, s. 111.

⁹¹ ANTALYA, s. 236; EREN, *Genel Hükümler*, s. 397; OĞUZMAN / ÖZ, s. 111.

⁹² TBK m. 36 hükmüne göre “Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, sözleşmeyle bağlı değildir.”.

⁹³ YENER COŞKUN, s. 258 vd.

yanlış yahut eksik bilgi vermesi sonucunda garanti verenin sözleşmeyi imzalamasını sağlaması durumunda üçüncü kişinin aldatması söz konusu olabilecektir⁹⁴.

Garanti sözleşmeleri bakımından aldatma hususunun doktrinde detaylı biçimde ele alınmamış olduğu görülmektedir. Garanti alan tarafın garanti veren tarafı aldatması veya lehtar tarafından aldatılmasını önlememesi durumunda, garanti veren sözleşmeyi iptalini talep edebilecektir⁹⁵. Aldatma ile garanti veren tarafın borç altına girmesi arasında illiyet bağı bulunuyor ise veya garanti alan taraf garanti veren tarafı aldattığı takdirde sözleşmeyi iptal etme hakkı mevcuttur⁹⁶. Diğer yandan aldatma fiili lehtar tarafından gerçekleştirilmiş ve garanti alan taraf aldatmadan haberdar değil ise garanti veren sözleşmeyi iptal hakkına sahip değildir. Garanti alanın lehtarın aldatmasından haberdar olması durumunda ise garanti veren taraf sözleşmeyi iptal hakkına başvurabilir⁹⁷.

C. Korkutma

Korkutma bir kimsenin diğer tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla bilerek korku yaratması veya var olan bir korkudan yararlanmasıdır⁹⁸. TBK m. 38/f. 1’de⁹⁹ hangi durumlarda korkutmanın gerçekleşmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre garanti veren, kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın zarar tehlikesinin bulunduğu inanmakta haklı ise korkutma var demektir¹⁰⁰.

Garanti veren, korkutma fiilinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal hakkını kullanabilecektir. Korku ve tehdidin devam ettiği zamanda garanti alanın ödeme talebinde bulunması durumunda garanti veren, gerekli savunmayı yaparak garanti bedelini ödemekten kaçınmalıdır. Garanti sözleşmesinde korkutma durumu diğer sözleşmelere nazaran farklı herhangi bir özellik göstermez. Korkutma ile ilgili temel kurallar garanti sözleşmesi için de uygulanır.

SONUÇ

Şahsi bir teminat sözleşmesi olan ve TBK’da özel olarak düzenlenmeyen garanti sözleşmesinin geçerlilik koşulları değerlendirilirken büyük oranda TBK’nın “Genel Hükümler” kısmında yer alan genel geçerlilik koşulları dikkate alınacaktır. Genel geçerlilik şartlarından biri olan ehliyetle ilgili olarak garanti sözleşmesi için düzenleme öngörülmemiştir. Tüm sözleşmeler için aranan genel ehliyet şartı garanti sözleşmesi için de aranacaktır. Garanti sözleşmesi genellikle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için sözleşmenin geçerliliği için genellikle garanti verenin ehliyeti önem taşımaktadır.

Garanti sözleşmesi ile ilgili olarak hukukumuzda herhangi bir özel şekil şartı bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 603. maddesi gereğince kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelerden sayılan, teminat amaçlı garanti sözleşmesine de uygulanmasının tartışmasız olarak kabul edilmesi gereklidir. Zira garanti sözleşmesinin kefalet sözleşmesinden daha ağır sorumluluk doğurduğu düşünüldüğünde, bu sözleşmenin kefalet sözleşmesinden daha hafif geçerlilik koşullarına tabi olması amaca aykırılık teşkil edecektir. Yine aynı durum, kefalet sözleşmesi ile fer’î sorumluluk altına giren kefilin sorumlu-

⁹⁴ DEVELİOĞLU, s. 211.

⁹⁵ DEVELİOĞLU, s. 215 vd.

⁹⁶ DEVELİOĞLU, s. 212.

⁹⁷ DEVELİOĞLU, s. 215.

⁹⁸ ANTALYA, s. 243; EREN, *Genel Hükümler*, s. 402; NOMER, Haluk: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 67; OĞUZMAN / ÖZ, s. 115-116.

⁹⁹ TBK m. 38/f. 1 hükmüne göre “Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır.”.

¹⁰⁰ ANTALYA, s. 245; EREN, *Genel Hükümler*, s. 404; NOMER, s. 67; OĞUZMAN / ÖZ, s. 117.

luğuyla ilgili olarak uyarılması ve korunması amacıyla, sözleşmeyi nitelikli yazılı şekle uyararak yapması gerekliliği bakımından da söz konusudur. Bu çerçevede garanti sözleşmesi ile bağımsız bir sorumluluk altına giren garanti verenin de evleviyetle şekil aracılığıyla uyarılmaya ve korunmaya ihtiyacı olduğundan nitelikli yazılı şekle uyararak hareket etmesi gerekir. Ayrıca nasıl ki evli bir kişi, eşinin rızası olmadan kefalet sözleşmesinde fer'î bir sorumluluğa giremiyorsa pek tabii eşinin rızası olmadan garanti sözleşmesinde kefaletten daha ağır ve bağımsız nitelikte bir sorumluluk altına girememelidir.

TBK m. 583'te kefalet sözleşmesi için nitelikli adi yazılı şekil aranmaktadır. Kefalet sözleşmesi için öngörülen nitelikli adi yazılı şekil şartının, başka adlarla yapılacak sözleşmelerle dolanılmasının önlenmesi amacıyla TBK m. 603 düzenlenmiştir. Böylece gerçek kişilerce verilecek kişisel teminatlarla; kefaletin şekline, kefalet ehliyetine ve eşin rızasına dair hükümlerin uygulanması zorunlu kılınmıştır. Ancak saf garanti taahhütleri kefalet benzeri bir teminat olmadığından bu sözleşmeler bakımından şekil serbestisi geçerlidir.

Garanti sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasına engel oluşturan nedenlerden biri de emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmasıdır. Böyle bir aykırılık sözleşmenin geçersizliğine neden olur ve bu geçersizlik ilgililer tarafından ileri sürülebilir.

Garanti sözleşmesinde sonraki imkânsızlık durumu garanti veren tarafından üstlenilen bir risktir. Garanti veren, beklenilmeyen hâl ve mücbir sebep hallerinde olduğu gibi, garanti edilen edimin sonradan imkânsız olması halinde de sorumlu olmaya devam eder. Buna karşılık garanti alan, garanti sözleşmesinin kurulması esnasında başlangıçtaki objektif imkânsızlıktan haberdar ise garanti veren sözleşmenin yanılma sebebiyle geçersiz olduğunu ileri sürebilecektir. Eğer imkânsızlıktan sözleşmenin her iki tarafı veya sadece garanti veren haberdar ise sözleşme geçerlidir ancak bu sözleşmeyi risk unsuru mevcut olmadığı için garanti sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün değildir. Başlangıçtaki subjektif imkânsızlık konusunda da aynı sonuçlara varılabilir.

Garanti sözleşmesi iki taraflı bir hukuki ilişkidir. Tarafları, garanti veren ile garanti alanıdır. Sözleşmenin kurulması için garanti veren ile garanti alanın birbirine uygun irade beyanlarının bulunması yeterli olup lehtarın rızası aranmaz. Garanti sözleşmesinin geçerlilik koşullarından biri de tarafların iradesinin yanılma, aldatma, korkutma gibi irade bozuklukları sebebiyle sakatlanmamış olmasıdır. Eğer taraflardan birinin iradesi bozukluğa uğramışsa yanılma veya aldatmanın öğrenilmesinden, korkutma söz konusuysa korkutmanın etkisinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde yapmış olduğu sözleşmeyi onaylayabilme veya onaylamayarak sözleşmenin geçersizliğini sürdürme imkânı bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı*, Seçkin Yayınları, İstanbul 2019.
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ARIK, Fikret: "Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1955, Cilt 10, Sayı 2, s. 45-75.
- ARKAN, Sabih: "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1992, Cilt 16, Sayı 4, s. 59-84.
- ASLAN, Burcu: *Garanti Sözleşmeleri*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.
- BADUR, Emel: "Eşin Rızası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Cilt 26, Sayı 109, s. 251- 302.
- BARLAS, Nami: "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", *Makalelerim, Cilt I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 357-399.
- BAŞ, Ece: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2012, Cilt 70, Sayı 2, s. 115-144.
- BİLGİN, Mahmut: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- BİLGİN YÜCE, Melek: *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- BÜSSER, Andres: *Einreden und Einwendungen der Bank als Garant gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten: eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie*, Universitätsverlag, Fribourg, 1997.
- CANBOLAT, Ferhat: *Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- DOĞAN, Vahit: *Banka Teminat Mektupları*, 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan: *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- HELVACI, Serap: *Gerçek Kişiler*, 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- KAHRAMAN, Zafer: *Saf Garanti Taahhütleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- KAYAK, Sevgi: *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Medeni Kanun'unumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- KIRCA, İsmail: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Kefalette Eşin İzni", *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- KLEINER, Beat: *Bankgarantie: Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zurich, 1990.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968.
- KÖROĞLU, Kübra: *Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kefalet Benzeri Garanti Sözleşmelerinin Tabi Olduğu Geçerlilik Şartları*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.

- NOMER, Haluk: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2012, Cilt 8, Sayı 89-90, s. 113-133.
- ÖZEN, Burak: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- REİSOĞLU, Seza: *Garanti Mukavelesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963.
- SCYBOZ, Georges: “Garantievertrag und Bürgschaft”, (Hrsg.) VISCHER, Frank: *Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2: Obligationenrecht- Besondere Vertragsverhältnisse*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 1979, s. 317-370.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- ŞAHİN, Turan: *Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- ŞİPKA, Şükran: *Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- TANDOĞAN, Haluk: *Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1959.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.
- TURAN, Gamze: “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 66, s. 27-50.
- WEBER, Rolf H.: *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband Beziehungen zu Dritten Artikel 110-113*, Stämpfli, Bern, 2002.
- YENER COŞKUN, Hilal: *Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

**Hakemli
Çeviri**

Harp, Siyasi Liderlik ve Devlet Oluşumu: Zulu Krallığı, 1808-1879^(*)



*Warfare, Political Leadership, and State Formation:
The Case of the Zulu Kingdom, 1808-1879^(**)*

Çev. Melih ÇİÇEKÇİ



Araştırma Görevlisi

Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Devlet Oluşumu,
Sınırlanma Teorisi,
Zulu Krallığı,
Kurumsallaşmış
Liderlik,
Erken Devlet.*

Öz

19. yüzyıl Zulu Krallığı'nın kökeni ve evrimi, iki karşıt devlet oluşumu (*state formation*) teorisini incelemek için kullanılmıştır: *Robert Carneiro*'nun sınırlandırma teorisi (*circumscription theory*) ve *Elman Service*'in kurumsallaşmış liderlik teorisi. Her iki teori de Zulu'ların siyasi gelişimini kısmen berraklaştırmıştır. *Carneiro*'nun teorisi devletin kökenini ve bölgesel genişliğini açıklarken *Service*'in teorisi Zulu devletindeki siyasi rollerin farklılaşmaya başlamasını açıklayabilmektedir. Zulu devlet oluşumunun nedenlerinin iki alternatif izahı, *Carneiro* ve *Service*'in birbirlerinden ayrılan teorik perspektiflerini bütünleştirmek için tartışılmıştır. İlk olarak Zulu Kralı Shaka'nın rolü, yalnızca Shaka'nın fetih mücadelesinin Zulu Krallığı'nın birleşmesi için araçsal olduğu ölçüde siyasi olarak anlamlı kabul edilmelidir. İkinci olarak Zulu siyasetindeki diğer gelişmeler, dağınık bir kabilede sistematik bir askeri devlete uzanan sınırlı yapısal değişiklikleri içermektedir. Doğuşu ve sonraki dönüşümleri dahil olmak üzere siyasi oluşumların analizi, "tek hatlı evrim (*unilineal evolution*)" terimleriyle değil, çok boyutlu süreçsel bir bakış açısıyla yapılmalıdır¹.

Keywords

*State Formation,
Circumscription
Theory,
Zulu Kingdom,
Institutionalized
Leadership,
Early State.*

Abstract

The origin and evolution of the 19th-century Zulu Kingdom are used to examine two competing state formation theories: *Robert Carneiro*'s circumscription theory and *Elman Service*'s theory of institutionalized leadership. Both theories partly clarify Zulu political developments. *Carneiro*'s theory explains the origin and territorial expansion of the Zulu empire, while *Service*'s theory can account for the beginning differentiation of political roles in the Zulu state. Two alternative explanations of the causes of Zulu state formation are discussed to integrate the diverging theoretical perspectives of *Carneiro* and *Service*. First, the role of the Zulu King, Shaka, should be considered politically relevant only inasmuch as Shaka's wars of conquest were instrumental for the unification of the Zulu Kingdom. Second, further developments in Zulu politics involved limited structural change from dispersed tribes to a unified military state. The analysis of political formations, including their origin and further transformation, should not be conducted in unilinear evolutionary terms, but from a multidimensional processual perspective.

^(*) Çeviri.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 29.12.2021, Kabul Tarihi: 20.07.2022.

^(**) Mathieu Deflem, "Warfare, Political Leadership, and State Formation: The Case of the Zulu Kingdom, 1808-1879", *Ethnology*, Vol. 38, No. 4 (Autumn, 1999), pp. 371-391.

¹ Paul Shankman'a bu makalenin hazırlanmasındaki yardımları için minnettarım. Ben de Robert L. Carneiro, Eve Darian-Smith, Paul Roscoe ve son olarak Elman R. Service'e bir önceki taslak üzerinde yararlı yorumları için teşekkür ederim. Makalenin daha önceki bir versiyonu Kuzeydoğu Antropoloji Derneği lisansüstü öğrenci makale yarışmasını kazanmıştır.

Zulu Krallığı'nın gelişimi, kapsamlı olarak belgelenmiş olup devlet oluşumu kavramının en dikkat çekici çalışma alanlarından biri olmaktadır. Zulu Krallığı'nın nispeten kısa bir süre içinde yükselişi, geniş bir alan üzerinde, şiddet ve korkuyla birlikte, güçlü bir şekilde genişlemesi ve Avrupalılar tarafından rejimin acımasızca devrilmesi uzun zamandır Afrika siyaset tarihçilerinin, antropologlarının ve sosyologlarının dikkatini çekmiştir. Bu makalede Zulu Krallığı'nın siyasi gelişimine devlet oluşumuna ilişkin iki farklı teori uygulanmaktadır: *Robert Carneiro*'nun sınırlanma teorisi² ve *Elman Service*'in kurumsallaşmış liderlik teorisi³. Bu iki teori devlet oluşumunun tarihsel çalışmalarında iki etkili bakış açısını temsil etmektedir ancak her iki teori de henüz Zulu Krallığı olgusu göz önüne alınarak incelenmemiştir. Her iki teorinin yaygın olarak kabul edilen analitik değeri ve Zulu siyasi yapısının evriminin tarihsel önemi göz önüne alındığında bu teorilerin test edilmemiş olması dikkat çekicidir. Çalışma Afrika iç siyasetinin önemli bir bölümü ışığında devlet oluşumuna ilişkin iki teorinin güçlü yanlarını ve sınırlarını belirlemek için değerli olabilecek bir incelemeyi üstlenecektir. Ayrıca Avrupa'nın siyasi süreçlerine yönelik neredeyse münhasır bir yönelim nedeniyle çok yaygın olarak tutulan devlet oluşumu süreçlerinin tüm kavramlarının bertaraf edilmesine yardımcı olabilecek fikirleri bulmaya gayret edecektir. Benim analizim, siyasal sistemlerin sömürge öncesi Afrika'sında (ve başka yerlerde) devlet oluşumu açısından tartışılacak kadar girift bir zamanda, özerk olarak geliştiği varsayımına dayanmaktadır ancak bu sistemlerin Avrupalı muadillerinden ayıran belirli zaman ve mekân koşullarını dikkate alan teorik modellerle açıklanması gerekmektedir.

Carneiro'nun sınırlandırma teorisi ve *Service*'in kurumsallaşmış liderlik teorisi ana hatlarıyla özetlendikten ve iki perspektifin mukayesesinden test edilebilir önermeler türetildikten sonra; Zulu Krallığı'nın oluşumundan imparatorluğun Avrupalılar tarafından yıkımına (1808-1879) kadar kısa bir tarihi sunulmuş ve Zulu siyasetinin *Carneiro* ve *Service*'in devlet oluşumu teorileri açısından Zulu siyasetinin evrimini ortaya çıkarabilecek faktörlerin izi sürülmüş, teorilerin güçlü yanlarını ve sınırlarını belirtilmiştir. Zulu siyasi süreçlerinin iki alternatif açıklaması da dikkate alınmıştır: Zulu krallarının rolü, bilhassa Shaka ve dağınık kabilelerden birleşik bir siyasi varlığa uzanan Zulu siyasal gelişmelerinin tabiatı. Zulu krallarının rolü ve Zulu siyasal gelişmelerinin tabiatı, *Carneiro* ve *Service*'in devlet oluşumuna ilişkin teorilerinin Zulu Krallığı'na uygulanabilmesinin tartışılmasına yol açmıştır. Siyasi oluşumların ve dönüşümlerin dinamik doğasını açıklamak için zorlayıcı ve bütünleştirici mekanizmaları birleştiren çok boyutlu bir siyasi süreç çerçevesine ihtiyaç duyulduğu ileri sürülerek sonuca varılmıştır.

DEVLET OLUŞUMUNA DAİR İKİ TEORİ

Siyasi sistemlerin tarihsel çalışmasında, münhasıran batı harici (*non-Western*) bağlamlarda, en önemli sorunlardan biri toplulukların devletli topluma dönüşümüdür. Dönüşüm, gruplardan kabilelere ve kabile şefliklerinden devletlere geçişte gözlenmektedir⁴. Gruplar siyasi organizasyonun en basit biçimleridir: Aileler soy bağı gruplarında örgütlenirken diğer bütünleştirici liderlik mekanizmaları büyük ölçüde mevcut değildir. Kabileler, farklı gruplarını soy bağına göre birleştiren büyük topluluklardır. Şeflikler siyasal rolleri farklılaştıran ilk sosyal biçimlerdir: Soylar, otoriter liderliği belirlemek için şefin soy grubunun diğerlerinin üzerine koyulduğu bir hiyerarşide sıralanır. Şefin gücü merkezî ve nispeten istikrarlıdır, ayrıca ekonomik düzen bir dereceye kadar şefin idaresi (emeğin organizasyonu ve servetin yeniden dağıtılması yoluyla) tarafından yapılandırılmıştır. Devletlerde hükümet, soy bağından ayrılmış ve son derece profesyonel bir iktidar organı olarak siyasi, ekonomik ve hukuki meseleleri çözmek için oluşturduğu kurumlarla merkezileşmiştir. Güç kullanımının veya tehdidinin meşru-

² CARNEIRO, Robert L.: "A Theory of the Origin of the State", *Science*, 1970, Volume 169, pp. 733-738 (A Theory).

³ SERVICE, Elman R.: *Origins of the State and Civilization: The Process of Cultural Evolution*, W.W. Norton & Company, New York, 1975 (Origins).

⁴ FLANNERY, Kent V.: "The Cultural Evolution of Civilization", *Annual Review of Ecology and Systematics*, 1972, Volume 3, pp. 401-404; LEWELLEN, Ted C.: *Political Anthropology: An Introduction* South Hadley, Bergin & Garvey, Massachusetts, 1983, pp. 18-38; WALTER, Eugene V.: *Terror and Resistance: A Study of Political Violence*, Oxford University Press, New York, 1969, pp. 56-86.

laştırılmış tekeli devletlerin göze çarpan özelliklerinden biridir. Gruplardan devletlere geçiş konusunda küçük bir ihtilaf vardır ancak *Carneiro* ve *Service*'in devlet oluşumu teorileri bu siyasi dönüşümün koşulları konusundaki tartışmalarda iki önemli ve rakip bakış açısını temsil etmektedir.

Harp ve Sınırlandırma

Robert Carneiro'nun sınırlandırma teorisi devletlerin oluşumunu düzenli ve belirli bir kültürel sürecin sonucu olarak açıklamıştır⁵. *Carneiro* farklı devletlerin dünyanın çeşitli dönemlerinde farklı tarihsel zamanlarda bağımsız olarak ortaya çıktıklarından dolayı, kökenlerinin genel bir teori tarafından açıklanması gerektiğini ileri sürmektedir. *Carneiro*'ya göre savaş, devletlerin ortaya çıkmasında en belirleyici rolü oynamakla birlikte savaşla birlikte üç sosyo-ekolojik koşulun da karşılanması gerekmektedir.

Öncelikle, devletler tarım arazilerinin varlığının kısıtlı olduğu alanlarda ortaya çıkmaktadır. Devletlerin tarım arazilerinin seyrek olduğu alanlarda ortaya çıkması, çevresel sınırlamanın ekolojik koşulunu ifade etmektedir. Tarım arazileri kolayca erişilebilir olduğunda savaş köylerin dağılmasına yol açacaktır çünkü temel geçim kaynakları başka bir yerde kolayca bulunabilecektir. Öte yandan ekilebilir arazinin sınırlarına ulaşıldığında köyler artık başka bölgelere yayılamamaktadır. Sonra tarımsal kaynak elde etmek için savaş başlamakta ve bazı köyler daha baskın gruplaşmalar tarafından siyasi olarak boyunduruk altına alınmaktadır. Eskiden özerk olan köyler böylece daha büyük siyasi oluşumlara dahil olmuştur: Şeflikler oluşmuş ve en üstün şefin kontrolü altına girmişlerdir. Arazi üzerinde artan rekabet daha büyük siyasi birimler (bileşik ve konsolide şeflikler) oluşturmak için savaş ve siyasi boyun eğdirme sürecini hızlandırmaktadır. Nihayetinde, bir bölge yeterince büyük olduğunda ve kesin bir şekilde çevrelendiğinde içsel olarak farklılaşmış ve son derece merkezi devletler oluşmaktadır. Sonra da savaş kahramanları yasaları kararlaştırmak ve uygulamak için siyasi vazifeleri üstlenmektedir: vergileri toplamak, işgücünü organize etmek ve savaşacak yeni askerleri seçmek.

Kaynak temerküzü, savaşın devlet oluşumuna yol açmasının ikinci koşuludur. Kaynak temerküzü, sömürülebilir alanların tamamen işgal edilebilmeleri için bir bölgedeki gıda erişiminin kısıtlanabileceği olgusunu ifade eder. Gıda erişimi kısıtlandığında, ekilebilir arazi üzerindeki rekabet artacaktır. Ekilebilir arazi üzerindeki rekabet, siyasi toplulukların birleştiği ve nihayetinde siyasi boyun eğdirme süreçlerinin ilerlemesi yoluyla bir devlet oluşturacak kadar kızılabilen çatışmalara ve savaşa yol açacaktır.

Son olarak *Carneiro*, nüfus baskısının, sosyal sınırlandırmanın ve savaşın devlet oluşumuna nasıl yol açtığını açıklayabileceğini savunmuştur. Nüfus baskısı mevcut araziye göre nüfusun yoğunluğunu ifade eder. Bir bölgenin merkezine yakın köylerdeki yüksek nüfus yoğunluğu, tarım arazilerini işgal etmek için artan baskılara neden olabilmektedir. Savaş ortaya çıkar, giderek yoğunlaşır ve tarım arazilerinin fethine dönüşür. Böylece savaş daha büyük siyasi birimlerin oluşmasına neden olmakta ve nihayetinde devlet oluşumuna vücut vermektedir. Devletin bölgesel sınırlarına, yeterince konsolide olmuş grupların kendisine denk derecede sofistike diğer toplumsal oluşumlarla bulunduğu noktada ulaşılır. Devletin coğrafi yayılımı sosyal sınırlandırma nedeniyle durdurulmuş olur.

Merkezi Liderliğin Kurumsallaşması

Elman Service devlet oluşumunun kökenini merkezî liderliğin kurumsallaşması sürecine yerleştirmiştir⁶. Liderlik, bir kişinin veya bir grubun itaatini idare etmenin ve/veya direnişine karşı mücadele

⁵ CARNEIRO, Robert L.: "A Theory of the Origin of the State", *Science*, 1970, Volume 169 (A theory), pp. 733-738; CARNEIRO, Robert L.: "The chiefdom: precursor of the state", (Ed.) JONES, Grant D. / KAUTZ, Robert B.: *The Transition to Statehood in the New World*, Cambridge University Press, New York, 1981 (The Chiefdom), pp. 834-871; CARNEIRO, Robert L.: "The role of warfare in political evolution: past results and future projections", (Ed.) AUSENDA, Giorgio: *Effects of War on Society*, Center for Interdisciplinary Research on Social Stress, San Marino, 1992 (The Role), pp. 87-102.

⁶ SERVICE, *Origins*.

etmenin görece bir kabiliyeti olarak tanımlanan güç kullanımını ifade eder. Bir topluluğun devlet haline gelebilmesi için siyasal örgütlenmesinin liderlik gücünün sadece hiyerarşik ilişkiye dayanan bir otoriteye değil, aynı zamanda güç tekelini tasdik edecek bir hukuk sistemine dayanacak şekilde gelişmesi gerekmektedir. Kalıtsal aristokrasiye dayanan başlangıçtaki liderlik biçimi, dağıtımına dayanan ve saray ekonomisine (*redistributive economy*) benzer bir ekonomik model sağlayan bürokratik bir sisteme dönüşebilmektedir. Devletin ortaya çıkışı siyasal iktidarın merkezi bir bürokraside biçimsel olarak kurulmasıyla oluşan bir süreçtir.

Eşitlikçi toplumlarda (gruplar ve kabileler) pekiştirme mekanizmaları geleneksel hısımlık yapısı içinde bir ödül ve ceza sistemiyle çalışmıştır. Topluluk; alışkanlıklara, geleneklere ve içsel güce dayalı olarak sorunlarını gayri resmi bir şekilde çözebilecek kadar küçük olduğundan, toplulukta davranışı düzenleyen resmi bir yasa yoktur. Liderlik süreklilik ihtiva etmeyip süresiz sayılabilecek ve üçüncü bir kişi olarak müdahale etme gücünden ziyade bir bireyin karizmatik nitelikleri, kamuoyuna duyarlılığı ve doğru nasihatleri nedeniyle kabul görmüştür. Uyuşmazlıklardaki arabuluculuk büyük ölçüde yargıdaki uzlaşmaya dayanmıştır. Bir anlaşmazlık kolayca çözülemediğinde umumi bir düello ihtilafı çözmüş veya farklı topluluklar söz konusu olduğunda kuralı ihlal eden kişi kendi hısımları tarafından cezalandırılmıştır. Topluluklar arasındaki savaş her zaman önlenememiştir ancak gruplar arası evlilikler ve farklı topluluklar arasındaki mübadele barışı korumak için önemli araçlar sunmuştur.

Şeflikte liderin kişisel gücü, vazifeler hiyerarşisi oluşturmak için kurumsallaşmıştır. Bu otorite hiyerarşisi, mal ve hizmetlerin topluma yeniden dağıtılmasına ve böylece hısımlık yapısının siyasi öneminin azaltılmasına hizmet etmiştir. Şef emeğe hükmetmiş ve malların nasıl ve kime tahsis edildiğine karar vermiştir. Bir şeflikteki liderlik, aşiret toplumlarına göre daha köklü ve merkezîdir ayrıca siyasal örgütlenmenin sınırları daha belirgindir. Şeflikler ideolojik olarak liderin karakterinin oğullarına özellikle de ilk doğanlara (*primogeniture*) iletildiği inancı ve liderin otoritesine atfedilen doğaüstü konumuyla desteklenmiştir. Şeflikler arasındaki anlaşmazlıklar büyük ölçüde bölgesel grupların geleneksel gayri resmi yaptırımlarıyla çözülmüştür. Arabuluculuk mirası şeflik aristokrasisine kalmıştır, böylece yaşlıların hısımlık temelli statüsü kademeli olarak değersizleşmiştir. Artan siyasi merkezileşme, şeflerin anlaşmazlıklara müdahale etmesini ve savaşı komuta etmesine olanak sağlamış ancak mübadele ve barışı korumanın diğer araçları da dış ilişkilerin düzenlenmesinde eşit derecede önemli olmuştur.

Service, eşitlikçi toplumlardan devlet toplumlarına geçişte şeflikleri bir ara basamak olarak görmektedir. Siyasi devletlerin en önemli özelliği merkezi otoritenin resmi olarak düzenlenmiş kurumlarda tamamen yerleşik ve kurumsallaşmış olmasıdır. Devlet kontrolündeki yasalar resmîdir ve yargı kurumları üçüncü kişi olarak hareket etmekle görevlendirilmiştir. Şefliklerin aksine devletlerin siyasi yapısı tamamen farklılaşmıştır, görünür haldedir ve toprakla sınırlandırılmıştır. Devletler hem ülke sınırlarının içinde kalanlara, baskıcı yasaların resmi bir yargı ve ceza sistemi sayesinde, hem de ülke sınırlarının dışında kalanlara, teşkilatlanmış bir düzenli ordu sayesinde, cebri şiddetin kullanılmasının veya kullanılma tehdidinin üzerinde tekeldir.

Çevrelenmiş Savaşa Karşı Kurumsallaşmış Liderlik

Carneiro ve *Service*'in teorilerinin karşılaştırılması, bakış açılarının bazı zıt özelliklerini ve modern devlet kuramlarındaki iki farklı entelektüel geleneğe dayandıklarını vurgulamaktadır. *Carneiro*'nun devlet oluşumu teorisi, ekilebilir toprakların fethine yönelik savaşın belirli sınırlandırma koşullarında devlet oluşumunun merkezi mekanizması olduğunu ileri sürmektedir⁷. *Carneiro* insanların egemenliklerinden gönüllü olarak vazgeçmelerinin beklenmemesi gerektiğini varsaydığından toplumsal sözleşmeye veya iş birliğine dayalı gönüllü veya bütünleştirici devlet teorilerini reddetmiştir. Aksi-

⁷ Devlet oluşum teorilerinin genel tartışmaları için, özellikle batılı olmayan toplumlar için geçerli olduğu gibi, bkz. *Carneiro* ve *Service*'in kuramları arasındaki zıtlıklar *Carneiro*'da ele alınmıştır, *A Theory: 733-734, Cross-currents: 760-762, The Circumscription*; GRABER/*ROSCOE Introduction*; HAAS *The Evolution: 71-85, 133-136*; SCHACHT, *Circumscription*; SERVICE, *Origins* ve ROSCOE *From Big Men*.

ne fetih mücadelesinde ortaya konan “rekabetçi dışlama” ilkesi devletlerin kökenini açıklamak için en önemli güçtür⁸. Savaşı, devlet oluşumunun ilk itkisi olarak kabul etmiştir çünkü verimli bir toprak üzerindeki bir mücadelede savunma veya saldırı amacıyla ortaklaşa hareket eden köyler arasındaki ittifaklar eskiden otonom olan köylerin birleşmesine yol açmıştır.

Carneiro'nun sınırlandırma teorisi, *Herbert Spencer*'in çalışmalarına açık bir minnettarlık ortaya koymaktadır. *Spencer*⁹ evrimci sosyolojisinde devletin oluşumunu siyasal farklılaşma ve bütünleşme sürecine bağlamıştır. Evrim, esasen askeri kökenlidir ve savaş için giderek büyüyen örgütlenme daha küçük toplulukların daha büyük topluluklara dâhil olmasına neden olmuştur: “*Askeri örgütlenme, diğer tür örgütlenmelerin yolunu açan birincil örgütlenme türüdür*”¹⁰. Başarılı savaşçılar askeri ve siyasal egemenliğe dayanan bir birlik kurmak için siyasal liderler olabilirlerdi. *Spencer* bu dönüşüm sürecinin genel olarak maddi koşullar ve özellikle çevresel kısıtlamalar tarafından belirlendiğini (veya engellendiğini) savunmaktadır¹¹. *Carneiro*'nun sınırlandırma teorisi, *Spencer*'in çevresel kısıtlama koşulları altında toprak fethine ve eski otonom toplulukların boyun eğdirilmesine yönelik olan dışsal rekabeti vurgulayan evrimsel bakışıyla örtüşmektedir.

Service'in kurumsallaşmış liderlik teorisi, öncelikle devlet oluşumuna yol açan içsel bütünleştirici sürece odaklanmıştır. *Service*'e göre devletlerde liderlik ilk etapta hegemonyasını korumaya çalışır ve bu nedenle merkezileştirilmelidir ve işlevsel olarak farklılaşan siyasal rollere ayrıştırılmalıdır. *Service*, istisnai durumlarda devletlerin güç kullanabileceğini ve savaşa girebileceğini kabul etmiştir ancak normal şartlar altında sınırlı kaynakların dağıtımı ve bir hukuk sisteminin kurulmasıyla barışı sürdürme mekanizmalarının varlığı daha önemlidir. Siyasi liderlik bu amaca ancak farklı siyasal roller merkezi olarak kurumsallaştırdığında ulaşabilir.

Service'in kurumsallaşmış liderlik teorisi, *Max Weber*'in devlet teorisinden türemiş gibidir. Savaş, *Weber*'in devlet teorisinde küçük bir rol oynamaz¹², *Weber* devleti belirli bir toprak üzerindeki güç tekeli açısından tanımlamıştır. *Weber*, fiziksel güç kullanımının veya güç kullanma tehdidinin devlete özgü bir araç olduğunu savunmuşken, güç kullanımını devletin daha da gelişmesi için tek başına yeterli bir koşul olarak görmemiştir. Devlet iktidarının resmi olarak yürürlüğe konan bir yasa sistemi tarafından meşrulaştırılması ve devlet kontrol araçlarının işlevsel olarak uzmanlaşmış bir bürokratik aygıtta tahsisi gerekmektedir. Böylece devlet, bürokratik otoritenin (iç ve dış zorlama, yasama, adalet ve idare) ve bürokratik yönetimin (piyasa ekonomisini düzenlemek) çeşitli işlevlerini yerine getirebilmiştir. *Service*'in teorisi de devletin oluşumunda baskıcı kuvvetin başlangıçtaki ilişkisini inkâr etmemiştir ancak *Weber* gibi *Service* de baskıyı askeri tehdidi sürdürmek için siyasal rollerin farklılaşması ile takip edilmesi gereken asgari bir koşul olarak görmüştür. Bu süreçte *Service*, *Weber*'in karizmatik, geleneksel ve rasyonel meşruiyet arasındaki ayrımı eşitlikçi toplumlar, şeflikler ve devletlerde sırasıyla liderliğin doğasına karşılık geldiğini varsaymıştır¹³. Buna ek olarak *Service*, liderliğin kurumsallaşmasını, ekonomik ürünlerin adilane idaresinin bir gerekliliği olarak tasavvur etmiştir (Marksist düşüncenin aksine).

Özetle, *Carneiro*'nun ve *Service*'in teorileri iki konuda birbirleriyle zıtlamıştır: a) *Service*'in bütünleştirici yaklaşımındaki yaptırım ve yeniden dağıtım sisteminin geliştirilmesine karşılık *Carneiro*

⁸ CARNEIRO, Robert L.: “Political expansion as an expression of the principle of competitive exclusion”, (Ed.) COHEN, Ronald / SERVICE, Elman R., *Origins of the State: The Anthropology of Political Evolution*, Institute for the Study of Human Issues, Philadelphia, 1978 (Political), pp. 205-223.

⁹ SPENCER, Herbert: *The Principles of Sociology, Volume II-I*, D. Appleton and Company, New York, 1896.

¹⁰ SPENCER, p. 280.

¹¹ SPENCER, pp. 268-272.

¹² WEBER, Max: “Politics as a vocation”, (Ed.) GERTH, Hans Heinrich / MILLS, Charles Wright: *From Max Weber: Essays in Sociology*, Oxford University Press, New York, 1958, pp. 77-128; WEBER, Max: “Political Communities”, (Ed.) RHEINSTEIN, Max: *Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, New York, 1954 (Politics), pp. 338-348.

¹³ SERVICE, *Origins*, p. 40.

kendi bakış açısında sınırlanmış savaşa baskın bir rol biçmiştir; b) *Carneiro* devletin kökenini açıklamak için dağınık köylerin bölgesel birleşimini vurgulamış, buna karşılık *Service* bir devlet oluşumu sürecini aydınlatmak için bürokrasideki siyasal kurumların işlevsel farklılığına atıfta bulunmuştur. Bu konular sonraki bölümlerde Zulu Krallığı olgusuyla ilgili iki teorinin de güçlü yönlerini ve sınırlarını değerlendirmek için önemli bir kılavuz işlevi görecektir.

ZULU KRALLIĞI'NIN YÜKSELİŞİ VE DÜŞÜŞÜ¹⁴

Zulu siyasal yapısının tarihsel gelişiminde üç döneme dikkat çekilmiştir. Her dönem, Zulu yönetiminin doğasındaki belirgin kırılmaları göstermiş ve Güney Afrika'daki Zulu Krallığı'nın oluşmasına yol açmış, kayda değer olaylarla karakterize olmuştur. 1808'deki kuruluşundan 1879 Anglo-Zulu savaşındaki yıkılışına kadar beş kral Zulu Krallığı'na hükmetmiştir.

Zulu Krallığı'nın Temelleri

Zulu Krallığı'nın tarihi, Güneydoğu Afrika'daki Bantu nüfusunun Nguni dilini konuşan bir grubu olan Mthethwa'nın şefi Dingiswayo'nun hükümdarlığı ile başlamıştır. 1808'den 1818'e kadar süren hükümdarlığı sırasında Dingiswayo Mthethwa bölgesini çevreleyen birçok şefliği fethetmiştir. Dingiswayo'nun fetih mücadelesinin ana dürtüsü farklı topluluklar arasındaki iç çatışmaları sona erdirmeye ve toplulukları tek bir boyunduruk altında toplama arzusu olmuştur. Dingiswayo'nun askerî seferleri büyük ölçüde başarılı olmuştur çünkü Dingiswayo farklı soylardan askerleri birleştirmiş ve onları yaşa dayalı bir düzenle yeniden yapılandırmıştı. Bu askeri yeniden yapılanma toprak temelli hısmılık ilişkilerinin etkisini zayıflattığı için önemli sosyo-politik sonuçlar doğurmuştu. Dingiswayo aynı zamanda fethedilen bölge üzerindeki gücü merkezileştirerek siyasal düzeni de değiştirmişti. Mağlup şefler onun hâkimiyetini kabul ettiklerinde veya o, mağlup şefleri sadık adamları olarak ilan ettiğinde şeflerin üzerindeki hâkimiyeti artmıştır. Dingiswayo'nun güç kullanımının savaş hali olmadığına nispeten ılımlı olduğu söylenmiştir ve Dingiswayo onun gücüne boyun eğip haraç teklif eden şefliklere büyük ölçüde dokunmamıştır.

O zamanlar yaklaşık 2.000 kişiden oluşan küçük bir soy olan Zulular, Mthethwalılar tarafından fethedilmiştir. Zulu reisinin gayrimeşru oğlu Shaka Mthethwalılara sığınmış ve ordularına katılarak en cesur savaşçılarından biri olmuştur. Zulu şefi öldüğünde Shaka iktidarı ele geçirmiş ve Zulu topluluğunu, Mthethwa askeri düzeni gibi, soy bağı yerine yaşa dayalı bir askeri düzenle organize etmiştir. Dingiswayo 1818'de Ndwanwe topluluğuyla savaşırken ölmüştür. Bundan sonra Shaka Dingiswayo'nun meşru varisini öldürmüş, yeni Mthethwa şefi olarak kendi adamlarından birini atamıştır ancak kısa süre sonra Zulu kontrolü altındaki Mthethwa alaylarını da ele geçirmiş ve kendini Zulu Krallığı'nın yeni hükümdarı olarak ilan etmiştir.

Gözdağına Dayalı Despotizm Dönemi

Shaka'nın hükümdarlığı Zulu Krallığı tarihinde önemli bir aşamaya işaret etmektedir. Shaka iktidarı ele geçirdikten sonra ordunun örgütlenme disiplinini daha da geliştirmiştir. Assegai'yi (kısa ve ucu sivri bir mızrak) orduya kazandırmış ve orduyu düşmanı kalkandan kalkana (*shield-to-shield*) oluşan bir düzende kuşatması için eğitmiş, böylece ordusunu rakip savaşçıları kalbinden bıçaklayabilir hale getirmiştir. Askeri teknikteki bu yenilikler muazzam bir siyasi öneme sahip olmuştur. Askeri aygıtın verimliliği Shaka'nın çok sayıda şefliği tek bir oluşumda toplamasına ve yenilen birlikleri Zulu ordusuna dâhil etmesine olanak sağlamıştır. Bazı şeflikler diğer bölgelere dağılabilmiş olsa da Shaka'nın savaşları öncesinde özerk olan yaklaşık 300 şefliğin Zulu Krallığı'na katmıştır.

¹⁴ Zulu devletinin evriminin bu sunumu büyük ölçüde Walter, *Terror*: 109-243; Gluckman *The Rise, The Individual*; Gump, *The Dust*; Ritter *Shaka*; ve Romm *Political*'a dayanmaktadır. Becker *Rule*; Guy *The Destruction*: 3-40; Laband, *Kingdom*; Morris, *The Washing* ve Thompson, *Co-operation*: 336-364 gibi ek materyaller de kaynak olarak kullanılmıştır.

Krallık'ın siyasi yapısı Shaka rejimi sırasında önemli ölçüde değişmiştir, Shaka savaşçılarına bekâr kalmalarını emretmiş ve yaşlarına göre derecelenmiş alayların örgütlenmesini kendi şahsına bağlı hale getirmiştir, geleneksel hısımlık bağlarını ve büyüklerin (*elders*) etkinliklerini merkezi otoritesi lehine daha da zayıflatmıştır. Shaka ayrıca Zulu büyücülerinin iktidarını etkisiz hale getirmek için şiddete başvurmuş, böylece büyüye ilişkin konuları da tekeline almıştır. Buna ek olarak savaşta korkaklık etmiş olanlar, Shaka'nın annesine kötü davranmış akrabalar ve Shaka tarafından keyfi olarak rastgele seçilmiş herkes yakalanıp öldürülmüştür. Ama Shaka'nın otoriter yönetimi kırılğan bir yetkilendirilmiş şeflik iktidarı sistemine dayanmıştır. Shaka'ya kraliyet *kraalinde* (merkezinde kralın evinin ve büyükbaş hayvan sürüsünü koruyan çitlerle çevrilmiş alanın bulunduğu kraliyet hanesi) eşlik eden bir şeflerden oluşan bir kadro yardımcı olmuştur. Shaka emellerini yerine getirmek için şeflere ihtiyaç duysa da şeflerin güçlerini sınırlamaya ve aralarında rekabet uyandırmaya dikkat etmiştir, böylece şefler birbirlerini göz hapsinde tutmuşlar fakat Zulu'nun iradesine asla karşı gelmemişlerdir.

Shaka'nın otoriter yönetiminin istikrarsız dengesinin şeflerin çoğulluğuna bağlı olması ve hem kendi topraklarında hem de dış topraklarda gözdağı ve şiddet ile tüketilmesi, bu dengenin sürdürülebilirliğini sonlandırmıştır. Annesi öldükten sonra Shaka'nın gözdağına dayanan sistemi tamamen kontrolden çıkmıştır. Yeterli kederi göstermeyenler katledilmiştir ve Shaka tebaası arasında cinsel ilişkinin yasak olduğunu, bir yıl boyunca hiçbir ineğin sağılmayacağını ve ekin ekilmeyeceğini ilan etmiştir. Yıkım ve kurban verme rejimi sonunda halkın Shaka'ya olan güveni zedelenmiş ve halk arasında isyana neden olmaya başlamıştır. 1828'de ikisi Shaka'nın kardeşi olan üç suikastçı onu bıçaklayarak öldürmüştür. Suikastçılardan biri ve Shaka'nın kardeşi olan Dingane diğer suikastçı arkadaşlarını öldürmüş ve Zulu'nun yeni kralı olmuştur.

Dingane'in yönetimi Shaka rejiminin Zulu siyasi düzenini ne ölçüde derinden etkilediğini ve değiştirdiğini açıkça göstermektedir. Dingane başlangıçta ülkede barış ve mutluluğu geri getirme sözü verirken gözdağına ve yığıya dayanan sistemi hızlıca geri getirmiştir. Shaka'nın ölümü merkezi siyasi düzenin zayıflamasına neden olmuş, böylece onun yönetimi altında birleşen farklı kabileler kendilerini Zulu otoritesinden uzaklaştırmaya çalışmıştır. Krallığı bir arada tutmak için Dingane, Shaka'nın hükümdarlığı sırasında ortaya çıkan şiddet yöntemlerine başvurmadan başka bir yol bulamamıştır. Topraklara yeniden sirayet eden korku Zulu Krallığı'nın komşusu olan Avrupalılarla ilişkilerini giderek çalkantılı hale getirmiştir. Shaka rejimi sırasında bölgedeki İngiliz ve Boer yerleşimciler büyük ölçüde Shaka ordusunun askeri kudretine karşı koyamadıkları için Zulu yönetimine müdahale etmemişlerdir. Ancak Avrupalıların varlığı güçlendikçe ve Avrupalıların Zulular ile ticaretinin ekonomik avantajları azaldıkça Zulu siyasi gelişmelerinin bağımsızlığı dalgalanmıştır. Dingane'in kardeşi Mpande Avrupalılara katılmış ve askeri güçlerini birleştirerek Zulu kralına karşı ayaklanmış. Dingane Svaziland'a çekilmiş ama 1840'ta Zulu tahtını ele geçiren Mpande'nin gönderdiği suikastçılar tarafından öldürülmüştür.

Zulu Krallığı'nın Çelişkileri ve Çöküşü

Zulu siyasi düzeninin despotik doğasının bazı özellikleri Mpande'nin iktidarı sırasında canlı ve ayakta kalabilmişken gözdağının boyutu genel olarak etkisini yitirmiştir. Mpande'nin yönetimi seleflerinin rejimlerine kıyasla barışçıl olmuştur. Mpande kanlı fetih seferlerine girmek yerine askeri birlikleri ekonomik dağıtım sistemine entegre etmiştir. Dolayısıyla siyasi sistem daha konsolide hale gelmiş ve ekonomik açıdan meşru bir rejime işlevsel olarak farklılaşmıştır. Ancak aynı zamanda resmi olarak hala Kralın sadık görevlileri olarak kabul edilen şefler kendileri için daha özerk bir güç üstlenmeye başlamışlardır. Siyasi uzlaşmazlıklar ve merkezi sistemin zayıflaması Zulu siyasi düzeninin geçici olmasının ilk göstergelerini işaret etmektedir. Mpande 1872 yılında, 30 yıldan fazla hüküm sürdükten sonra doğal ölümle öldüğünde, oğlu Cetshwayo Zuluların yeni kralı olmuştur.

Cetshwayo'nun hükümdarlığı kısa ömürlü olmuştur. Zulu şefleri Kral'ın otoritesine ket vurmaya başlamış, Cetshwayo onların rızası olmadan ülke çapında önemli kararlar alamaz hâle gelmiştir. Av-

rupa'nın Zulu devleti üzerindeki baskıları da güçlendi. 1873'te Natal İçişleri Bakanı Theophilus Shepstone, Cetshwayo'ya taç giydirmişti fakat Cetshwayo'nun düşündüğü gibi taç giydirilmesinin nedeni onun bağımsız krallık otoritesini tanımak değil, aksine Zulu Kralı'nın egemenliğinin İngiliz sömürge yönetimiyle bağdaşmaması olmuştur. Cetshwayo'nun taç giyme töreni Zulu Krallığı'nın sadece İngiliz İmparatorluğu'nun merhameti sayesinde var olduğunu sembolize etmiştir. 1878'de, Güney Afrika İngiliz Yüksek Komiseri Bartle Frere, Cetshwayo'nun Zulu ordusunu dağıtmasına, infazları durdurmasına, Shepstone'un Cetshwayo'nun taç giyme töreni sırasında tavsiye ettiği gibi misyonerlere öğretme özgürlüğü vermesine ve genç Zulu erkeklerine evlenme özgürlüğü sağlanmasına dair bir ultimatom vermiştir. Zulu Kralı bu taleplere uymayı reddettiğinde Zulu ve İngilizler arasında birbiri ardına gelen kanlı çatışmalar 1879 Anglo-Zulu savaşına yol açmış ve ardından Zulu Krallığı İngiliz sömürge yönetimi altına alınmıştır. Cetshwayo daha sonra İngiltere'ye gitmiş ve Kraliçe'ye kendisine ait kraliyet statüsünü geri vermesi için çağrıda bulunmuştur. Bu statü birkaç kısıtlama koşuluyla geri verilmiş ve Cetshwayo'ya tekrar Zulu Kralı sıfatıyla taç giydirilmiştir. Zulu ve Zibhebhu kabilesi arasındaki askeri çatışma sonucunda Zibhebhu kabilesi bir zamanların kudretlisi olan Zulu Krallığı'na son darbeyi indirmiştir. Cetshwayo, Zibhebhu ile olan çatışmadan kaçmış ve 1884'te ölü bulunmuştur. Üç yıl sonra Zulu toprakları İngiliz himayesi altında ilan edilmiş ve 1897 yılında Natal'ın bir parçası olmuştur.

ZULU DEVLET OLUŞUMUNA DAİR KURAMSAL AÇIKLAMALAR

Zulu Krallığı'nda Sınırlandırılma ve Kurumsallaşmış Liderlik

Zulu Krallığı'nın evriminin daha önce bahsedilen teorilere dayanarak incelenmesi Zulu siyasi yapısının Carneiro'nun savaşın rolü hakkındaki iddiasına uygun olduğunu göstermektedir. Bu konudaki veriler çok kuvvetlidir ve savaşmanın önceleri dağıntık bulunan kabileleri birleştirerek tek bir ulusa (*nation*) çevirdiği konusunda şüpheye yer bırakmamaktadır. Dingiswayo'nun yönetimi altında başlatılan ve Shaka tarafından ivmesi arttırılan fetih mücadelesi Zulu Krallığı'nın kayda değer coğrafi genişlemesinin ana itici gücü olmuş ve daha önce bağımsız olan birçok şefliği birleşik siyasi bir düzenin altında toplamıştır.

Carneiro'nun savaşı devlet oluşumu için bir sebep olarak gördüğü koşullara da destek bulunabilmektedir. Öncelikle, çevresel sınırlama ile ilgili olarak, Zulu Krallığı bir kez geniş bir bölge üzerinde yayıldıktan sonra gerçekten de coğrafi sınırlar tarafından çevrelenmişti. Kabileler birliği doğuda Hint Okyanusu'ndan batıda Buffalo Nehri'ne, kuzeyde Phongolo ve Mhkuze nehirlerinden güneyde Thukela Nehri'ne kadar uzanmaktaydı¹⁵. İkinci olarak, kaynak temerküzünün de krallığın oluşumunda bir rolü olmuştur. Kıyı bölgesi büyük ölçüde insanlar veya sığırlar için uygun olmayan çalılıklarla kaplıydı. Ancak daha iç kesimler sığır çobanlığı için uygun şeker otunu ve Zulu halkının çoğunluğu barındırmaktaydı¹⁶. Tarımsal kaynakların temerküzü aynı zamanda nüfus baskısı unsuruyla da ilgili olmaktadır. Zulu topraklarının (*Zululand*) merkezinde stok oluşturmak için bulunan gıda mevcudiyeti daha yüksek nüfus yoğunluğuna neden olmuş, bu durum da diğer bölgelere göçlere yol açmıştı. Ancak komşu bölgeler zaten işgal edilmiş olduğundan veya ekolojik olarak sürdürülebilir bir yaşama alanı sunmadığından nispeten yüksek nüfus oranı da göz önüne alındığında bölgedeki üretimi artırmanın sınırları vardır. Nüfus yoğunluğu ve kullanılabilir alanların varlığı arasındaki dengesizlik hayati kaynaklara erişim için yoğun bir mücadelenin ve şiddetin patlak vermesiyle sonuçlanmıştır¹⁷. Zulu krallarının başlattığı fetih mücadelesi bu sosyo-ekolojik koşullarda iç çatışmaları nötralize etmek ve diğer

¹⁵ GUY, Jeff J.: *The Destruction of the Zulu Kingdom: The Civil War in Zululand, 1879-1884*, Longman, London, 1979 (The Destruction), pp. 3-5; WALTER, Eugene V.: *Terror and Resistance: A Study of Political Violence*, Oxford University Press, New York, 1969.

¹⁶ GUMP, James: "Ecological Change and Pre-Shakan State Formation", *African Economic History*, 1989, Number 18 (Ecological), pp. 57-71.

¹⁷ GUY, *Ecological*, pp. 9-10; STEVENSON, Robert F.: *Population and Political Systems in Tropical Africa*, Columbia University Press, New York, 1968, pp. 40-52.

bölgelerde ekilebilir topraklar aramak için önemli bir ivme bulmuştur. Ek olarak, çevresel sınırlamanın daha önce bahsedilen öneminin sosyal sınırlama unsuruyla birlikte göz önünde bulundurulması gerektiği unutulmamalıdır. Zulu Krallığı fiziksel sınırlarla sınırlandırılrsa da bu sınırlar aynı zamanda farklı sosyo-politik oluşumlar arasındaki bölünmeleri de tayin etmiştir. Zuluların hareket özgürlüğü imkânı kuzeyde Swazi ve Tembe Thonga, batıda Boers ve Basuto güneyde ise İngilizlerin varlığıyla sınırlandırılmıştır¹⁸. Bu sınırlamalar fiziksel sınırlardan daha fazlasını ifade etmektedir: Siyasi açıdan önemli faaliyetler doğal sınırların belirlediği hudutlar tarafından mümkün veya olanaksız hale getirilmekte ve ayrıca bu sınırlar görece iyi kurulmuş sosyal birimleri de birbirinden ayırmaktadır.

Service'in teorisi de Zulu devlet oluşumunu açıklamak için kıymetlidir. Siyasi rollerin farklılaşması göz önüne alındığında şefliğin işlevinin zaten Dingiswayo döneminde genişlemiş olduğu görülmektedir. Örneğin anlaşmazlıkların çözümü Zulu kralı ve sadık şeflerinin kontrolüne geçmiştir. Daha sonraki gelişmeler liderliğin kurumsallaşmasını ve bir dereceye kadar uzmanlaşmış siyasi roller arasındaki farklılaşmayı arttırmıştır¹⁹. Shaka rejimi sırasında akrabalık bağları yaşa dayalı alayların oluşturulmasıyla zayıflamıştır. Askeri sistem (tamamen olgunlaşmış siyasi roller olmadan) ön plana geçmiş ve Zulu siyasetinin baskın değerleri savaşa ilişkin olmuştur²⁰. Shaka'nın yönetimi merkezileştirilmiş ve otoriterdir ama yine de yerel şefler bazı özerk güçleri korumuşlardır. Dingane şefleri merkeze getirmiş egemen otoritesini daha da güçlendirmiştir. Yönetiş işlevleri Mpande'nin yönetimi altında daha da kurumsallaşmıştır. Mpande, oğullarını önemli idari ve ekonomik konumlara yerleştirmiş, böylece veraset temelli bir siyasi sistem daha olası hale gelmiştir. Bazı uyuşmazlıkları resmi bir yasa ile düzenlenebilecek hale gelmiştir (örneğin kral tek başına infaz emri verebilecektir).

Service'in teorisi aynı zamanda liderliğin ekonomik rolüne de işaret etmektedir: Lider kendi toplumunu korumak için kaynakların eşitlikçi (ya da eşitliği meşrulaştırabilmiş) şekilde dağıtımını sağlamak zorundadır. Nitekim Zulu savaşında ele geçirilen mallar yalnızca kraliyet *kraalinde* stoklanmak için istiflenmemiş, aynı zamanda daimî orduyu sürdürmek ve geniş Zulu nüfusu arasındaki onur ve ödül sistemini kontrol etmek için de kullanılmıştır. Shaka ele geçirdiği ganimeti savaşçıları arasında dağıtmıştır ama özellikle Dingane ve Mpande döneminde kralın ödül ve yiyecek dağıtımını gözdağına dayanan iç sisteme karşı önemli bir denge sağlamıştır. Siyasi liderliğin ekonomik açıdan işlevsel kurumsallaşması Mpande ve Cetshwayo döneminde artık savaşa girişmeyen askeri alayların sığırlara bakması ve yiyecek dağıtımını güvence altına alınmasıyla daha da genişlemiştir²¹. Zulu Krallığı artık siyasi olarak kontrol edilen, merkezi bir ekonomi ve hukuk sisteminin başlangıcına sahip olmuştur.

Teorilerin Güçlü Yanları ve Sınırları

Bu analize dayanarak *Carneiro* ve *Service*'in teorilerinin her ikisi de Zulu devlet oluşumu ile ilgili verilerle örtüşmektedir. Ancak teoriler arasındaki keskin zıtlıklar her iki teorinin de basitçe kabul edilmesine izin vermemektedir. Zulu siyasi dönüşümüne ilişkin birtakım düşünceler ve teorilere yönelik genel eleştiriler bu konuda daha dengeli bir değerlendirmeye yol açabilir.

Öncelikle, *Carneiro*'nun teorisini göz önüne alınırsa devlet oluşumunda savaşa atfettiği ilkel rol Zulu olgusunda muazzam bir destek bulmaktadır. Eklemlenici savaşlar Zulu devlet oluşumu ve bölgesel genişlemesi için şüphesiz çok önemli olmuştur. Ancak *Carneiro*'nun teorisi Zulu İmparatorluğu'ndaki önemli bir savaş ve gözdağı unsurunu ihmal ediyor gibi görünmektedir. *Walter*²² Zulu siyasi

¹⁸ GLUCKMAN, Max: "The kingdom of the Zulu of South Africa", (Ed.) FORTES, Meyer / EVANS-PRITCHARD, Edward E.: *African Political Systems*, Oxford University Press, London, 1940 (The Kingdom), pp. 25-55; WALTER, pp. 247-248.

¹⁹ ROMM, Stuart: "Political conflict, role differentiation and state formation: a case study of the Zulus", *Social Science Information*, 1986, Volume 25, Number 3 (Political), pp. 607-645.

²⁰ UZOIGWE, G. N.: "The Warrior and the State in Precolonial Africa", *Journal of Asian and African Studies*, 1977, Volume 12, pp. 20-47; GLUCKMAN, *The Kingdom*, p. 31.

²¹ GLUCKMAN, *The Kingdom*, p. 133; WALTER, pp. 192-195.

²² WALTER.

şiddetinin çeşitli şekillerde oluştuğunu hayli ikna edici bir biçimde göstermiştir. Yılıya dayanan Zulu rejimi (özellikle Shaka döneminde) yalnızca daha fazla toprak ele geçirerek değil, büyüyen siyasi otoriteyi birleştirmek suretiyle de düzeni sağlamıştır. *Carneiro*²³ savaşın devlet oluşumu için ilk fakat gerekli adım olduğunu söylemiş ve dağıtıcı (*dispersive*) savaş ile eklemleyici (*aggregative*) savaşı birbirinden ayırmıştır²⁴. Yine de savaşın iç siyasi düzende bütünleştirici bir rol oynayabileceği ihtimalini de göz ardı etmiş gibi görünmektedir. Zulu devletinde şiddet ve korkunun varlığının sürmesi *Carneiro*'nun dışa dönük fetihlerde (rekabetçi dışlanım) savaşa atfettiği rol ile açıklanamamaktadır, şiddet ve korku aynı zamanda siyasi hegemonyayı sürdürmek için “zoraki katılmanın” bir iç mekanizması olarak da açıklanmalıdır. Zulu'nun eklemleyici savaşı, birleşme sürecinin dışsal baskısı olarak madalyonun bir yüzüyse madalyonun diğer yüzünü içsel baskının eklemleyici mekanizması tamamlamaktadır. Dahası savaş yalnızca devlet oluşumunun bir nedeni olarak görülmemeli, ayrıca devlet oluşumunun bir sonucu olarak kabul edilmelidir²⁵. *Carneiro*²⁶ savaşı “ulusal siyaseti sürdürmek için güç kullanan, bağımsız ve egemen siyasi birimlerin bir faaliyeti” ve devleti ise “kendi topraklarındaki pek çok topluluğu kapsayan ve vergi toplama, iş veya savaş için adam hazırlama ve kanunları oluşturup uygulama yetkisini haiz, merkezi bir hükümete sahip özerk bir siyasi birim” olarak tanımlamıştır²⁷. Savaşın siyasi sistemin oluşumunda ve varlığının sürmesinde oynadığı ikili rol şaşırtıcı değildir. Örneğin *Weber* de savaşın siyasi topluluklar için çift taraflı önemine işaret etmiştir²⁸. Fakat görünen odur ki savaşın siyasi açıdan farklı yan etkilerini göstermek için savaşın türleri (örneğin bir ulus inşa etmek için yapılan savaş ve devlet iktidarının sonucu olan savaş) arasında daha belirgin ayrımlar yapmak gerekmektedir²⁹.

Zulu devlet oluşumunda kaynak temerküzünün rolü nüfus yoğunluğunun rolüne göre daha belirsizdir. Bu konuda *Fortes* ve *Evans-Pritchard* tarafından yürütülen ilgi çekici bir tartışma³⁰ yalnızca nüfus büyüklüğünün devletlerin oluşumunda önemli olacağı, nüfus yoğunluğunun ise sadece ekolojik koşullar ve geçim biçimleriyle ilgili olacağı tezine odaklanmıştır. *Gluckman*³¹ tezi desteklemiş ve Zulu nüfus yoğunluğunun mil kare başına 3,5 olduğunu hesaplamış ve bu oranın nispeten düşük olduğunu savunmuştur. Öte yandan *Stevenson*³², *Gluckman*'ın Zulu nüfusunu doğru bir tahmin ettiğini fakat bu sayıyla beraber ölçülmesi gereken alanın aslında (*Gluckman*'nın hesapladığından) daha küçük olduğunu, böylece Zulu nüfus yoğunluğunun *Gluckman*'ın hesapladığından daha yüksek olduğunu (Shaka öncesi zamanlarda mil başına yaklaşık 10 ve 1850 civarında 20) savunmuştur. Tabi ki bu çalışmanın gayesi, Zulu nüfus yoğunluğu sorununu çözmek değildir ama *Carneiro*'nun nüfus yoğunluğunu değil, mevcut kaynaklara görece erişimine göre nüfus yoğunluğunu (nüfus baskısı) devlet oluşumuna yol açan savaşın bir koşulu saydığı unutulmamalıdır. Bazı kültürler arası kanıtlar bu tezi desteklemektedir.

²³ CARNEIRO, Robert L.: “The Circumscription Theory: Challenge and Response”, *American Behavioral Scientist*, 1988, Volume 31, Number 4 (The Circumscription), pp. 503-507.

²⁴ CARNEIRO, Robert L.: “Chiefdom-level warfare as exemplified in Fiji and the Cauca valley”, (Ed.) HAAS, Jonathan: *The Anthropology of War*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990 (Chiefdom), pp. 190-211; CARNEIRO, *The role*.

²⁵ COHEN, Ronald: “Warfare and state formation: wars make states and states make war”, (Ed.) FERGUSON, R. Brian: *Warfare, Culture, and Environment*, Academic Press, New York, 1984 (Warfare), pp. 329-358.

²⁶ CARNEIRO, *The role*, p. 96.

²⁷ CARNEIRO, *A Theory*, p. 733.

²⁸ WEBER, *Political*, p. 342.

²⁹ Siyasi karmaşıklık artmasına (Shankman, *Culture*; Knauff, *Warfare*) ve ekolojik kısıtlamaların belirli bir kültürel miras ışığında sosyopolitik açıdan uygun hale gelmesine yol açan şey, savaşın yalın varlığı değil; savaşın belirli ekolojik koşullar altında gerçekleşmiş olmasıdır. (Peoples, *Political*). Zulu Krallığı'nda, savaş unsuru, savaş yapma kapasitesi yerine, örgütsel yapıları ve savaşma kararları üzerindeki yetkili komuta açısından değerlendirilmelidir (Otterbein, *The evolution*; Peires, *Introduction*: 9-10; Ferguson *Explaining*: 47-51). Benzer şekilde, devlet otoritesinin kurulmasıyla savaşın hiyerarşik olarak çözüme dönüştürülmesinin genellikle siyasi güç ve ekonomik kaynaklar üzerinde yeni, iç çatışmalara yol açtığı (Chase-Dunn ve Hall, *Comparing*: 869-870) ve bu nedenle el değmemiş devletlerin başlangıçtan itibaren ileriki genişlemeler tarafından hedef tahtasında olduğu ileri sürülmektedir (Algabe *Expansionary*).

³⁰ FORTES, Meyer / EVANS-PRITCHARD, Edward E.: “Introduction”, (Ed.) FORTES, Meyer / EVANS-PRITCHARD, Edward E.: *African Political Systems*, Oxford University Press, London, 1940, pp. 1-23.

³¹ GLUCKMAN, Max: “The rise of a Zulu empire”, *Scientific American*, 1960, Volume 202, Number 4 (The Rise), pp. 166-168.

³² STEVENSON, pp. 40-62.

Örneğin *Keeley*³³, nüfus baskısının avcı-toplayıcıların sosyo-ekonomik karmaşıklığıyla olumlu bir ilişkisi olduğunu göstermiş ve birinden diğerine geçiş yapan iki avcı-toplayıcı türünü tanımlamıştır. Araştırmalar ayrıca nüfus baskısının en azından tarımsal kalkınmanın yüksek olduğu toplumlarda artan sosyal karmaşıklığın bir ön koşulu olduğunu göstermektedir³⁴. Zulu ile ilgili veriler bu konuda kesin olmamakla birlikte kültürler arası bulgular ışığında *Carneiro*'nun sınırlandırılma teorisi reddedilememektedir.

Service'in kuramı, siyasal oluşumlar bölgesel olarak kurulduktan sonra siyasal oluşumlarda meydana gelen evrimlere daha fazla önem vermiştir. *Service*, liderliğin kurumsallaşmasından siyasal devlet oluşumlarında karmaşıklığın artmasının sorumlu olduğunu savunmuştur. Zulu Krallığı söz konusu olduğunda bu faktörler arasında yaşa göre düzenlenmiş alayların kurulması, kralın yerel şeflerle ilişkilerinin yeniden düzenlenmesi, anlaşmazlıkların çözümü için ortaya çıkan merkezileşme, saray ekonomisi sisteminin kademeli olarak kurulması ve siyasal rollerin farklılaşmaya başlaması yer almıştır. Ama Zulu'ya ilişkin veriler ışığında *Service*'in teorisine iki eleştiri yapılabilir. İlk olarak, *Service* devletlerdeki ekonomik sistemlerin yeniden dağıtım mekanizmaları için çok iyimser bir resim tasvir etmiş olabilir. Örneğin *Fried*³⁵, devletin tabakalaşmış bir düzen olarak görülmesi gerektiğini, toplumun farklı üyelerinin hayatın temel ihtiyaçlarına erişim imkânlarının farklı olduğundan hareketle savunmuştur. Devletler malların adil bir şekilde dağıtımını sağlamak yerine, stratejik kaynaklara erişimin eşit olmayışını dengeleyebilir. İkinci olarak, Zulu'ya ilişkin literatür Zulu Krallığı'nda merkezi hukuk ve ekonomi sistemlerinin gelişmediğini açıkça göstermektedir. Bu tür sistemlerin temelleri mevcuttur ancak kalıcı bir bürokraside tam olarak kurumsallaşmamıştır. Ek olarak, Zulu devletinin oluşumunda fetih mücadelesi ve Krallık kurulduktan sonraki içsel gözdağının rolü *Service*'in teorisinde yeterince açıklanamaz. *Service* isabetli bir şekilde siyasal topluluklar bölgesel olarak kurulduktan sonra faaliyetlerinin gerekli şekilde izlenmesine dikkat çekse de savaşın başlangıçta büyük bir nüfusun bölgesel birleşmesine yol açtığı gerçeğini açıklayamaz. Dışa dönük şiddet ve güç, çeşitli kabileleri tek bir Zulu Krallığı'nda birleştirmek için hayati önem taşımıştır ve içsel gözdağı sisteminin Zulu halkına bıraktığı etki siyasal düzenin meşrulaşmasına yardımcı olmuştur³⁶. Siyasi olarak yönlendirilen ekonomik sistemin az ya da çok yeniden dağıtıcı olup olmadığından³⁷ veya eşitsizliklerin sürdürülmesine neden olup olmadığından bağımsız olarak³⁸ şiddet örüntüleri her zaman Zulu'nun değişen ekonomik ve hukuki düzenlemeleriyle birlikte işlemiştir.

ZULU DEVLET OLUŞUMUNUN ALTERNATİF AÇIKLAMALARI

Zulu Krallığı'na ilişkin literatürde Zulu devlet oluşumunu ve evrimini açıklamak için iki ek unsur daha tartışılmıştır: Birincisi, Shaka'nın rolü ve onun yönetimi altında geliştirilmiş gözdağı sistemi; ikincisi, Zulu siyasal gelişmelerin dağılık kabileler ve şefliklerden birleşik bir devlete uzanan hassas yapısıdır. İki hususun kısa bir tartışması, tartışmanın ilerde *Carneiro* ve *Service*'in teorilerini değerlendirmek için önemli olduğunu kanıtlayacaktır.

Tarihte Birey: Shaka'nın Rolü

Shaka'nın Zulu devletinin oluşumundaki rolü, *Sahlins*'in³⁹ göz ardı edilemeyecek şekilde iddia etmiş olduğu gibi tarih, kralların tarihi ya da "kahramanlık tarihi" olabilmektedir. Kralların tarihi, kül-

³³ KEELEY, Lawrence H.: "Hunter-gatherer economic complexity and 'population pressure': A cross-cultural analysis", *Journal of Anthropological Archeology*, 1988, Volume 7, Issue 4, pp. 373-411.

³⁴ HARNER, Michael J.: "Population pressure and the social evolution of agriculturalists" *Southwestern Journal of Anthropology*, 1970, Volume 26, Number 1, pp. 67-86; VENGROFF, Richard: "Population density and state formation in Africa", *African Studies Review*, 1976, Volume 19, Number 1, pp. 67-74.

³⁵ FRIED, Morton H.: "The state, the chicken, and the egg; or what came first?", (Ed.) COHEN, Ronald / SERVICE, Elman R.: *Origins of the State: The Anthropology of Political Evolution*, Institute for the Study of Human Issues, Philadelphia, 1978, pp. 35-47.

³⁶ WALTER, pp. 250-254.

³⁷ SERVICE, *Origins*.

³⁸ FRIED.

³⁹ SAHLINS, Marshall: "Other Times, Other Customs: The Anthropology of History", *American Anthropologist*, 1983, Volume 85, Number 3, pp. 518-522.

türel düzen kralın sosyal sistemdeki eylemlerini “abarttığına” ve efsane (*myth*) tarihe dönüştüğünde ortaya çıkmaktadır. Tarihsel kanıtlar Zulu kralların gerçekten de ne denli güçlü bir sosyo-politik role sahip olduğunu göstermektedir. Zulu ideolojisi ulusun kralın bedeni olması gerektiğini ve ülkedeki tüm davranışların onun iradesinden kaynaklanması gerektiğini savunmuştur. Zulu halkı kendilerini “*as abantu be nkosi* (kralın halkı)” olarak konumlandırmış ve kral “*Wena Baba* (ulsun babası)” olarak anılmıştır⁴⁰. Bu tür bir despotik teşkilatlanmayla (*constitutionalism*) Shaka’nın gözdağına dayanan rejimi uzun bir süre ayakta kalabilmiş ve barışçıl bir şekilde hüküm sürmek isteyen haleflerinin üzerine gölgesini düşürmüştür.

Shaka’nın kişiliği genellikle Zulu Krallığı’ndaki gözdağını açıklamak için⁴¹ kullanılmıştır⁴². Zulu devlet oluşumunu sosyo-yapısal terimlerle tanımlayan antropolog *Max Gluckman* bile Shaka’yı “gizli bir homoseksüel ve muhtemelen psikotik” olarak nitelendirmeye karşı koyamamıştır⁴³. Çağdaş bir yazar Shaka’yı “olağanüstü niteliklere ve cesarete sahip bir adam, gerçek bir dahi” olarak tanımlamıştır⁴⁴. Shaka’nın annesinin ölümünden sonra meydana gelen olaylar ışığında (yaklaşık 6.000 kişinin öldürülmesi de dâhil)⁴⁵, Shaka’nın rahatsız bir psikoseksüelliğe sahip bir psikopat olduğu sonucuna varırken, *Kunene*⁴⁶ olayın “bir şekilde onu şaşırttığını” yazmıştır.

Shaka’nın karakteriyle ilgili psikolojik tartışmalar, bilhassa bugünün milliyetçilik ve etnik kimlik anlayışında ele alındığında, büyük ideolojik öneme sahiptir⁴⁷ ama mevcut bağlamla ilişkisi Zulu devlet oluşumu için sahip olabileceği gerçek etkileri haricinde kapsam dışı bırakılmalıdır. Sunulan analiz için uygun bir ölçekte değerlendirildiğinde, Shaka’nın askeri kahramanlıklarının ve gözdağı hükümdarlığının toplumsal ve siyasi etkileri Zulu siyasi gelişiminde önemli bir dönüm noktası olmuştur. *Carneiro*’nun teorisiyle örtüşecek biçimde, Shaka’nın savaşları Zulu devletinin genişlemesinde başat bir adımdır ve despot rejimi siyasi politikasını ortaya koymuştur, niyeti bu değilse bile fetih mücadelesinin kesinlikle siyasi açıdan önemli etkileri olmuştur⁴⁸. Fetih mücadelesi, yaş dereceli alayların örgütlenmesi, esas otoritenin yeniden yapılandırılması, akrabalık bağlarının ve büyücülerin iktidarının zayıflatılması ve iç şiddet sisteminin Zulu halkı üzerinde bıraktığı etki Zulu siyasi düzeni için geniş kapsamlı sonuçlar doğurmuştur. Shaka’nın karakterinin analizleri ne getirirse getirsin, devlet oluşumu teorileri açısından önemli olan şey Shaka’nın fetih mücadelesinin siyasi sonuçları ve Zulu Krallığı içindeki rolü olmuştur.

Bu tartışma, Shaka’nın savaşları ve Zulu siyasi yapısında meydana gelen değişikliklerin geleneksel şeflikteki gelişmelerden mi yoksa tam tersine Zulu topraklarının dışında meydana gelen olaylardan

⁴⁰ CHANAIWA, David S.: “The Zulu Revolution: State Formation in a Pastoralist Society”, *African Studies Review*, 1980, Volume 23, Number 3, pp. 1-20.

* *Constitution* kelimesi Türkçe’de Anayasa kavramıyla karşılanmaya çalışılsa da anayasa kavramı *constitution* kelimesinin içeriğiyle büsbütün örtüşmemektedir. *Constitution* kavramı yasaların kendisinden tevellüt olduğu bir üst yasa bütününe değil üzerine siyasal yapının inşa edildiği temel çerçeveyi ifade eder. -ç.n.

⁴¹ LEWY, Ernst: “Historical charismatic leaders and mythical heroes” *Journal of Psychohistory*, 1979, Volume 3, Number 6, pp. 377-392.

⁴² Shaka’nın kişiliğinin ötesinde, *fecane* (tarumar etme) bu konuda sürekli bir tartışma konusu olmuştur. *Fecane* 1820’lerde Güney Afrika’nın büyük bir bölümünü bozan ve Güney Afrika’da geniş bir alanın nüfus azalmasına yol açmış olabilecek Zulu terörünü ve savaşı ifade eder (Gump *Origins*: 534; Wright *A.T. Bryant*). Ancak Zulu savaşının şiddetine ilişkin kanıtlar, Zulu devletinin birleşmesinin ötesine giden sonuçlara izin vermez ve Cobbing’in (*The Mfecane*) iddia ettiği gibi, bu olayların siyahın siyaha olan baskısı açısından incelenmesi, barış ve güvenliğin Avrupalılar tarafından yeniden kurulmasıyla savaşın sona erdirilmesi, daha çok ideolojik amaçlara hizmet etmektedir. Ancak bu, Zulu topraklarında eklemleyici savaş şeklindeki iç dinamiklerin varlığını inkâr etmek anlamına gelmemektedir. (Bkz. Eldredge *Sources*; Hamilton *The Character*; Ömer-Cooper, *Has* ve Peires, *Paradigm*).

⁴³ GLUCKMAN, *The Rise*, pp. 157-168.

⁴⁴ KUNENE, Mazisi: “Shaka the Great: warrior-king and founder of the Zulu nation”, *Journal of African Civilizations*, 1987, Volume 9, pp. 251-281.

⁴⁵ GLUCKMAN, Max: “The Individual in a Social Framework: The Rise of King Shaka of Zululand”, *Journal of African Studies*, 1974, Volume 1, Issue 2 (The Individual), pp. 113-144.

⁴⁶ KUNENE, p. 275.

⁴⁷ GOLAN, Dafnah: *Inventing Shaka: Using History in the Construction of Zulu Nationalism*, L. Rienner, Boulder, 1994; HAMILTON, Carolyn A.: *Terrific Majesty: The Powers of Shaka Zulu and the Limits of Historical Invention*, Harvard University Press, Cambridge, 1998 (Terrific).

⁴⁸ WALTER, pp. 244-263.

mı kaynaklandığı sorusunu gündeme getirmektedir. Bazı yazarlar Zulu ulusunun saflığını incelemiş⁴⁹ ve Avrupalı komşuları ve ziyaretçileri ile ticaret yapmanın Zulu devlet oluşumu için belirleyici bir faktör olduğunu savunmuş, tıpkı başka yerlerde de ticaretin siyasi gelişmeleri etkilediğinin gözlemlenmiş olduğu gibi⁵⁰. Bu argüman, Zuluların siyasi genişlemesinin Avrupalı yerleşimcilerle yaptıkları fildişi ticaretini manipüle etmek ve tekeline almak için başlattığını iddia etmiştir⁵¹. Avrupalı topluluklarla girilen temaslara da Zulu askeri yapılanmasında payı olmuş olabilir. Örneğin Dingiswayo'nun siyasi yönetimi genişletmeyi, alay düzenini ve savaş disiplini öğrenmiş olabileceği beyaz bir gezginle çalıştığı kayıtlara geçmiştir⁵². O halde bazı kanıtlar Zulu devlet oluşumunun kusursuz bir izolasyon içinde gerçekleşmediğini ileri sürerken dış etkiler meydana gelen değişikliklerin tümünü açıklamaktan acizdir. Aslında çoğu araştırma, Zulu kralları tarafından özünde bir avlanma pratiği olarak başlatılan askeri-politik yapılanmanın Krallık'ın daha da genişlemesi ve pekişmesi için belirleyici olduğunu göstermiştir⁵³. Örneğin Shaka yaşa dayalı askeri birlikleri sağlam bir şekilde kurmuş, yüzlerce kabileyi (on yılı aşmayacak bir süre zarfında) birleştirmiş, büyüklerin ve büyücülerin iktidarını zayıflatmış ve sadık şeflerinin de yardımıyla bir düzenli orduyu kontrol etmiştir. Halefleri bu stratejileri koruyup güçlendirmiştir. Bu iç süreçler, halihazırda devam eden gelişmeleri hızlandırmak için katalizör görevi gören dış etkilerden çok daha ağır basmaktadır.

Zulu Siyasi Dönüşümlerinin Doğası

Yeterli şekilde çözülmemiş bir diğer sorun da Zulu topraklarındaki siyasi değişikliklerin geleneksel güç yapılarından radikal bir kopuşa yol açıp açmadığıdır. Zulu toplumunun siyasi reformları, geleneksel şeflik yapısından kaynaklanan iç gelişmelerle tutarlı olsa da Zulu Krallığı'nın geleneksel şefliklerden radikal şekilde farklı bir siyasi varlığa dönüşüp dönüşmediği belirsizdir. Bu bağlamda siyasal antropolog *Southall*⁵⁴ modern Batı devletlerinin tanımının sömürge öncesi Afrika'ya uygulanamayacağını savunmuştur. Afrika bağlamında meydana gelen siyasi gelişmeleri geleneksel ve modern siyaset arasındaki ikili ayrım ile açıklamak kolay değildir. Bu, modern devletlere dönüşmeyen ya da modern devletlere nazaran sıra dışı kalan ancak temelde hem şefliklerin hem de devletlerin farklı unsurları arasındaki tamamlayıcı bir karşıtlıkla karakterize edilen Afrika devletlerinin çoğuna uymayacaktır. Bu açıdan bakıldığında *Lewellen*⁵⁵ Zulu Krallığı'nın Batılı bir devlet gibi görülmemesi gerektiğini ileri sürmektedir çünkü Avrupa modern devletlerinin özelliklerinin yanında (örneğin eski özerk grupların birleşmesi ve güç tekeli iddiası), hala geleneksel şefliklerin damgasını (örneğin tamamen gelişmiş mesleki uzmanlığın eksikliği ve bağımsız aşiretlerin öneminin devam etmesi) taşımaktadır.

Farklı zamanlar ve farklı yerler, benzer hedefler kendilerine kılavuzluk ettiği (yönetimin doğasını ve evrimini belirlemek) farklı analizler talep etmektedir, yine de sömürge öncesi Afrika bölgesine özgü bu nedenleri ve koşulları bulmak amaçlanmıştır⁵⁶. Devletler "tarihsel olarak özel" diye nitelendirildiğinde⁵⁷, kendi tarihleri açısından analiz edildikleri sonucu çıkmalıdır. Zulu olgusu ışığında daha

⁴⁹ LEWELLEN, Ted C.; WRIGHT, Henry T.: "Recent Research on the Origin of the State", *Annual Review of Anthropology*, 1977, Volume 6 (Recent), pp. 379-397.

⁵⁰ KIPP, Rita Smith / SCHORTMAN Edward M.: "The political impact of trade in chiefdoms" *American Anthropologist*, 1989, Volume 91, Number 2, pp. 370-385; PASTORE, Mario: "Taxation, Coercion, Trade and Development in a Frontier Economy: Early and Mid-Colonial Paraguay", *Journal of Latin American Studies*, 1997, Volume 29, Number 2, pp. 329-354.

⁵¹ GUMP, James: "Origins of the Zulu kingdom", *The Historian*, 1988, Volume 50, Number 4 (Origins), pp. 521-534; GLUCKMAN, *The Rise*, pp. 158-160; WALTER, pp. 115.

⁵² WALTER, p. 117.

⁵³ CHANAIWA, p. 6-12; STEVENSON, pp. 33.

⁵⁴ SOUTHALL, Aidan: "State formation in Africa", *Annual Review of Anthropology*, 1974, Volume 3, pp. 153-165.

⁵⁵ LEWELLEN, pp. 35-36

⁵⁶ Sömürge sonrası Afrika için de aynı şekilde geçerli bir anlayış için bkz. STARK, Frank M.: "Theories of Contemporary State Formation in Africa: A Reassessment", *Journal of Modern African Studies*, 1986, Volume 14, Issue 2, pp. 335-347.

⁵⁷ DENIS, Claude: "The genesis of American capitalism: an historical inquiry into state theory" *Journal of Historical Sociology*, 1989, Volume 2, Issue 4, pp. 328-356.

fazla değerlendirmek için *Gluckman*⁵⁸, Zulu üzerine daha sonraki çalışmalarından birinde, bu duruma destek sağlayan ilginç bir yorum sunmuştur⁵⁹. Zulu siyasetinin radikal dönüşümü hakkındaki daha önceki bazı iddialarını reddeden⁶⁰ görüşleri Zulu siyasi gelişiminde bazı önemli belirsizliklere işaret etmiş ve eşitlikçi toplumlardan daha karmaşık ve farklılaşmış toplumlara kadar olan gelişmelerin uzun vadeli bir süreç olarak düşünülmesi gerektiğini savunmuştur⁶¹. Zulular düşünüldüğünde bu, siyasi reformların artan karmaşıklığı ve geleneksel yapıların sürekli direnişi arasındaki belirsizliğin hesaba katılması anlamına gelmektedir. Bir diğer taraftan Zulu ordusunun özellikle Shaka'nın hükümdarlığı sırasında yeniden örgütlenmeleri hısımlığa dayalı siyasi ittifakların zayıflamasında etkili olmuştur. Zulu Krallığı sınırları içerisindeki askeri düzenlemeler, modern devlette siyasi rollerin farklılaşmasına benzeyen, yaşa dayalı alaylar kurulması için coğrafi sınırları aşabilmiştir. Öte yandan *Gluckman*⁶² ayrıca Zulu siyasi dönüşümlerinin yalnızca askeri nitelikte olduğu için sınırlı kaldığını, merkezi ve bürokratik açıdan farklılaşmış bir devlete yönelik daha fazla siyasi gelişmenin Zulu Krallığı'nın sahip olduğu maddi temellerin sınırlayıcılığı nedeniyle engellendiğini belirtmiştir. Maddi temellerin sınırlayıcılığı, Shaka'nın "orduların ele geçirdiği sığırların kullanılamamasını, sığırları halkı arasında dağıtmak ve sığırların büyük halk ziyafetleri sağlamak için kesilmesi" ile kanıtlanmıştır⁶³. *Gluckman*, Zulu siyasi sistemindeki gelişmelerin önemli olduğunu ama radikal olmadığını söylemiştir: Askeri yeniden yapılanma ve farklı şefliklerin eklemleyici savaş yoluyla birleşmesi nedeniyle önemli ancak teknoloji ve ekonomideki daha fazla siyasi gelişmeyi yasaklayan sınırlamalar nedeniyle radikal değildir. Zulu Krallığı'nın oluşumunun sınırlı yapısal değişim içerdiği ve radikal değişimin ancak Anglo-Zulu Savaşı ve devletin yok edilmesiyle birlikte geldiği sonucuna varmıştır.

Gluckman'ın tutumu *Carneiro*'nun ve *Service*'in teorilerinin kısmi uygulanabilirliklerinin aslında Zulu siyasi yapısındaki belirsizlikleri ve gerginlikleri nasıl yansıttığını açıklamıştır. Zulu savaşlarının ve savaş kahramanlarının siyasalmsı (*quasi-political*) vazifelere atanmasının Zulu topraklarının genişlemesi ve birleştirilmesiyle sonuçlanması *Carneiro*'nun teorisine uymaktadır. Öte yandan *Service*'in teorisine göre eğer askerî temelli otorite konumlarının hakiki siyasi kurumlara dönüştürülebilmesi halinde siyasi hegemonyanın doğru bir konsolidasyonu ortaya çıkmayacaktır. Siyasi örgütlenmenin geleneksel ve çeşitlendirici ilkeleri varlıklarını hala sürdürüyor olsa da öncelikli olarak askeri güçle bütünleşmiş ve askeri düzen boyunca yeniden örgütlenen Zulu Krallığı aslında geçiş sürecinde siyasi bir oluşumdur, tam olarak konsolide bir devlet haline gelmek için epey ilerlemiştir ancak kompleks siyasi devletlerin farklılaşması ve özgülenmesinden mahrumdur ki orada bulunan ve bu noksanlıktan dolayı Zuluları kendi kontrolü altına alacak olan İngilizler için bu karakteristik bir özellik olmuştur. Zulu Krallığı'nın siyasi yapısını oluşturan değişikliklerin Zulu Krallığı sınırlarının dışından gelen etkilerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusundaki tartışma bu nedenle sınırlı bir ilgi düzeyine sahip olduğunu kanıtlamaktadır. Bu tür katı ayrımlar sosyo-politik gelişmelerin bir boşlukta gerçekleşebileceği kurgusuna dayanmaktadır. Siyasi toplulukların her zaman komşu rejimleri karşısında nispeten özerk varlıklar oluşturduğunu kabul etmek daha iyi görünmektedir. Zulu Krallığı olgusunda, örneğin, bazı dış etkenler mevcuttur ancak onların rolleri sadece Zulu topraklarında hali hazırda başlamış olan süreçleri kolaylaştırmada var olmuştur. Avrupalıların rejimi devirmesini kolaylaştıran, bu sürecin tamamlanmamasının trajedisi olmuştur.

⁵⁸ GLUCKMAN, *The Individual*.

⁵⁹ MACMILLAN, Hugh: "Return to the Malungwana Drift - Max Gluckman, the Zulu Nation and the Common Society", *African Affairs*, 1995, Volume 94, pp. 39-65.

⁶⁰ GLUCKMAN, Max: *Analysis of a Social Situation in Modern Zululand*, Rhodes-Livingstone Papers, Number 28, Manchester University Press, Manchester, 1958 (Analysis); GLUCKMAN, *The Rise*.

⁶¹ GLUCKMAN, *The Individual*.

⁶² GLUCKMAN, *The Individual*.

⁶³ GLUCKMAN, *The Individual*, p. 143.

SONUÇ

Bu analize dayanarak *Carneiro*'nun teorisi Zulu Krallığı'nın geniş ama sınırlanmış bir bölge üzerinde ilk kez ortaya çıkışını yeterince açıklayabilmektedir. Veriler Zulu Krallığı'nın gelişiminde eklemleyici savaşın önemini ortaya koymaktadır ve -nüfus yoğunluğu unsuru üzerinde anlaşmazlıklar olsa da- *Carneiro*'nun devlet oluşumunun sosyo-ekolojik koşulları hakkındaki yardımcı hipotezleri Zulu örneğinde genellikle kendine destek bulmaktadır. Bir diğer taraftan *Service*'in teorisi ise Zulu siyasi düzenindeki bazı iç gelişmeleri de hesaba katmaktadır. Shaka'nın kişisel rolü ne olursa olsun sadece siyasi sonuçları açısından önemli bir konu olan Dingiswayo döneminde başlatılan ve Shaka ile yoğunlaşan toprak genişlemesi, siyasi ve ekonomik düzeyde, yeniden örgütlenmelere yol açmıştır. Değişimler kurumsallaşmış bir bürokratik sisteme dönüşmemiştir, daha ziyade onun ilkel temellerini sunmuştur. Dahası *Service*'in iç kontrolün zorlayıcı ve baskıcı mekanizmalarına atfettiği sınırlı rol Zulu Krallığı'ndaki korku ve şiddetin etkisini ihmal etmektedir. Yönetimin korkutucu doğası Mpande ve Cetshwayo döneminde siyasi rollerin henüz tam olarak farklılaşmadığı dönemde de devam etmiştir. *Carneiro*'nun teorisinde bu zorlama unsuru devlet oluşumunun iradeciliğe karşı bileşeni "içe dönük" olarak daha kolay açıklanabilmektedir: Savaş eklemleyici veya dağıtıcı olabilir, aynı zamanda siyasi otoritenin pekiştirilmesi gibi içsel bir işlevi de olabilir. Ancak her iki kuramsal bakış açısı da Zulu siyasi dönüşümlerinin kararsız durumunu ve bunların daha karmaşık oluşumlara dönüşmesini ihmal ediyor gibi görünmektedir⁶⁴. *Gluckman*'ın Zulu siyasi gelişmeleri olgusundaki sınırlı yapısal değişimlere, bakış açısına uygun olarak Krallık'ın yerli bir Afrika devletine dönüştüğünü ancak Avrupalılar tarafından yıkılmasına karşı çıkmak için gerekli olan karmaşıklık ve işlevsel farklılaşmadan yoksun olduğunu iddia ediyorum.

Dönüşümleri tek hatlı evrim terimleriyle yakalamaya çalışan siyasi gelişimin hem baskıcı hem de bütünleştirici evrimsel modelleri siyasi oluşumların muğlak durumunu açıklayamamaktadır. Böylesi daha dinamik ve karmaşık bir bakış açısı devlet oluşumunun siyasi antropolojisindeki güncel ve gelişmiş teorilerden bazılarıyla uyumludur. Örneğin *Cohen*⁶⁵, siyasal devletlerin oluşumu, dönüşümü ve (olası) deformasyonu sürecini önermek için "merceksi" bir devlet teorisini savunmuştur. Aynı şekilde *Roscoe*⁶⁶ (1988, 1992, 1993) topografik ve askeri açılımların diğer koşullarını da hesaba katan, özellikle kültürel pratikteki maddi olmayan ve sembolik faktörlerin de nasıl göz önünde bulundurulması gerektiğini öne süren bir süreçsel devlet oluşumu perspektifi önermiştir. Zulu devletinin gelişmesi, bu tür tek hatlı evrimci bakış açılarına karşı uzun zamandır dile getirilen eleştirileri doğrulamaktadır. Zulu Krallığı'nda mevcut olan gerilimi açıklamak için, eşi benzeri olmayan bir alanı kapsasa bile, çok boyutlu süreçsel bir devlet oluşumu modelinin gerekli olduğu görülmektedir. Herhangi bir siyasi topluluk ister az çok eşitlikçi ister farklılaşmış olsun zaman içinde herhangi bir noktasındaki konumu açısından tanımlanmalıdır: Siyasi oluşumlar her zaman tarihsel bir değişim süreci gerektirmektedir ve -Doğu Avrupa'daki güncel olayların ne yazık ki gösterdiği gibi- süreç her zaman ilerleme anlamına gelmemektedir. Bu nedenle Zulu konusu siyasal yapıların değişen doğasını açıklamak için devlet oluşumu ve dönüşümüne ilişkin dinamik bir bakış açısına (önceden belirlenmiş evrimci bir şemaya değil, çeşitli güçlerden etkilere izin veren bir şemaya dayanan) ihtiyaç olduğunu göstermektedir. O halde Zulu Krallığı siyasi olarak olgunluğa erişmemiş bir askeri devlet olarak nitelendirilebilir. Tam olarak da organizasyonun birbiriyle çatışan ilkelerinin yaratmış olduğu belirsizlik, Krallık'ı dış saldırıya karşı savunmasız bırakmıştır. Bununla birlikte paradoksal olarak Zulu devletinin tarihi, Zulu devletinin oluşumuna ilişkin bir problem olduğu gibi devletin yıkılışına da ilişkin bir probleme dönüşür.

⁶⁴ LEWELLEN, pp. 1-12.

⁶⁵ COHEN, Ronald: "The state: a lenticular perspective", *Political and Legal Anthropology Review*, 1993, Volume 16, Number 1, pp. 1-7, (The State).

⁶⁶ ROSCOE, Paul B. "Practice and Political Centralisation: A new approach to political evolution", *Current Anthropology*, 1993, Volume 34, Number 2, pp. 111-140, (Practice); ROSCOE, Paul: "From Big-Men to the State: A Processual Approach to Circumscription Theory", *American Behavioral Scientist*, 1988, Volume 31, Number 4, pp. 472-483, (From Big-Men); ROSCOE, Paul B.: "Warfare, Terrain, and Political Expansion", *Human Ecology*, 1992, Volume 20, Number 1, pp. 1-20, (Warfare).

KAYNAKÇA

- ALGAZE, Guillermo: "Expansionary Dynamics of Some Early Pristine States", *American Anthropologist*, 1993, Volume 95, Number 2, pp. 304-333.
- BECKER, Peter: *Rule of Fear: The Life and Times of Dingane*, Green and Co. London Longmans, 1964.
- CARNEIRO, Robert L.: "Cross-currents in the theory of state formation", *American Ethnologist*, 1987, Volume 14, Number 4 (Cross-currents), pp. 756-770.
- CARNEIRO, Robert L.: "Political expansion as an expression of the principle of competitive exclusion", (Ed.) COHEN, Ronald / SERVICE, Elman R., *Origins of the State: The Anthropology of Political Evolution*, Institute for the Study of Human Issues, Philadelphia, 1978 (Political), pp. 205-223.
- CARNEIRO, Robert L.: "The chiefdom: precursor of the state", (Ed.) JONES, Grant D. / KAUTZ, Robert B.: *The Transition to Statehood in the New World*, Cambridge University Press, New York, 1981 (The Chiefdom), pp. 834-871.
- CARNEIRO, Robert L.: "The Circumscription Theory: Challenge and Response", *American Behavioral Scientist*, 1988, Volume 31, Number 4 (The Circumscription), pp. 497-511.
- CARNEIRO, Robert L.: "The role of warfare in political evolution: past results and future projections", (Ed.) AUSENDA, Giorgio: *Effects of War on Society*, Center for Interdisciplinary Research on Social Stress, San Marino, 1992 (The Role), pp. 87-102.
- CARNEIRO, Robert L.: "A Theory of the Origin of the State", *Science*, 1970, Volume 169 (A Theory), pp. 733-738.
- CARNEIRO, Robert L.: "Chiefdom-level warfare as exemplified in Fiji and the Cauca valley", (Ed.) HAAS, Jonathan: *The Anthropology of War*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990 (Chiefdom), pp. 190-211.
- CHANAIWA, David S.: "The Zulu Revolution: State Formation in a Pastoralist Society", *African Studies Review*, 1980, Volume 23, Number 3, pp. 1-20.
- CHASE-DUNN, Christopher / HALL, Thomas D.: "Comparing World-Systems: Concepts and Working Hypotheses", *Social Forces*, 1993, Volume 71, Number 4, pp. 851-886.
- COBBING, Julian: "The Mfecane as Alibi: Thoughts on Dithakong and Mbolompo", *Journal of African History*, 1988, Volume 29, Number 3, pp. 487-519.
- COHEN, Ronald: "Introduction", (Ed.) COHEN, Ronald / SERVICE, Elman R.: *Origins of the State: The Anthropology of Political Evolution*, Institute for the Study of Human Issues, Philadelphia, 1978 (Introduction), pp. 1-20.
- COHEN, Ronald: "The state: a lenticular perspective", *Political and Legal Anthropology Review*, 1993, Volume 16, Number 1 (The State), pp. 1-7.
- COHEN, Ronald: "Warfare and state formation: wars make states and states make war", (Ed.) FERGUSON, R. Brian: *Warfare, Culture, and Environment*, Academic Press, New York, 1984 (Warfare), pp. 329-358.
- DENIS, Claude: "The genesis of American capitalism: an historical inquiry into state theory" *Journal of Historical Sociology*, 1989, Volume 2, Issue 4, pp. 328-356.
- ELDRIDGE, Elizabeth A.: "Sources of Conflict in Southern Africa, c. 1800-30: The 'Mfecane' Reconsidered", *Journal of African History*, 1992, Volume 33, Number 1, pp. 1-35.
- FERGUSON, R. Brian: "Explaining war", (Ed.) HAAS, Jonathan: *The Anthropology of War*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 26-55.
- FLANNERY, Kent V.: "The Cultural Evolution of Civilization", *Annual Review of Ecology and Systematics*, 1972, Volume 3, pp. 399-426.
- FORTES, Meyer / EVANS-PRITCHARD, Edward E.: "Introduction", (Ed.) FORTES, Meyer / EVANS-PRITCHARD, Edward E.: *African Political Systems*, Oxford University Press, London, 1940, pp. 1-23.
- FRIED, Morton H.: "The state, the chicken, and the egg; or what came first?", (Ed.) COHEN, Ronald / SERVICE, Elman R.: *Origins of the State: The Anthropology of Political Evolution*, Institute for the Study of Human Issues, Philadelphia, 1978, pp. 35-47.

- GLUCKMAN, Max: *Analysis of a Social Situation in Modern Zululand*, Rhodes-Livingstone Papers, Number 28, Manchester University Press, Manchester, 1958 (Analysis).
- GLUCKMAN, Max: "The Individual in a Social Framework: The Rise of King Shaka of Zululand", *Journal of African Studies*, 1974, Volume 1, Issue 2 (The Individual), pp. 113-144.
- GLUCKMAN, Max: "The kingdom of the Zulu of South Africa", (Ed.) FORTES, Meyer / EVANS-PRITCHARD, Edward E.: *African Political Systems*, Oxford University Press, London, 1940, (The Kingdom), pp. 25-55.
- GLUCKMAN, Max: "The rise of a Zulu empire", *Scientific American*, 1960, Volume 202, Number 4 (The Rise), pp. 157-168.
- GOLAN, Dafnah: *Inventing Shaka: Using History in the Construction of Zulu Nationalism*, L. Rienner, Boulder, 1994.
- GRABER, Robert B. / ROSCOE Paul: "Introduction: Circumscription and the evolution of society", *American Behavioral Scientist*, 1988, Volume 31, Number 4, pp. 405-415.
- GUMP, James: "Ecological Change and Pre-Shakan State Formation", *African Economic History*, 1989, Number 18 (Ecological), pp. 57-71.
- GUMP, James: "Origins of the Zulu kingdom", *The Historian*, 1988, Volume 50, Number 4 (Origins), pp. 521-534.
- GUMP, James: *The Dust Rose Like Smoke: The Subjugation of the Zulu and the Sioux*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1994 (The Dust).
- GUY, Jeff J.: "Ecological factors in the rise of Shaka and the Zulu kingdom", (Ed.) MARKS, Shula / ATMORE, Anthony: *Economy and Society in Pre-Industrial South Africa*, Longman, London, 1980, pp. 102-119 (Ecological).
- GUY, Jeff J.: "Review of Terror and Resistance by E.V. Walter", *African Affairs*, 1971, Volume 70, Issue 281, pp. 414-415 (Review).
- GUY, Jeff J.: *The Destruction of the Zulu Kingdom: The Civil War in Zululand, 1879-1884*, Longman, London, 1979 (The Destruction).
- HAAS, Jonathan: *The Evolution of the Prehistoric State*, Columbia University Press, New York, 1982 (The Evolution).
- HAMILTON, Carolyn A.: "'The character and objects of Chaka': a reconsideration of the making of Shaka as 'Mfecane' motor", *Journal of African History*, 1992, Volume 33, Number 1 (The Character), pp. 37-63.
- HAMILTON, Carolyn A.: *Terrific Majesty: The Powers of Shaka Zulu and the Limits of Historical Invention*, Harvard University Press, Cambridge, 1998, (Terrific).
- HARNER, Michael J.: "Population pressure and the social evolution of agriculturalists" *Southwestern Journal of Anthropology*, 1970, Volume 26, Number 1, pp. 67-86.
- KEELEY, Lawrence H.: "Hunter-gatherer economic complexity and 'population pressure': A cross-cultural analysis", *Journal of Anthropological Archeology*, 1988, Volume 7, Issue 4, pp. 373-411.
- KIPP, Rita Smith / SCHORTMAN Edward M.: "The political impact of trade in chiefdoms" *American Anthropologist*, 1989, Volume 91, Number 2, pp. 370-385.
- KNAUFT, Bruce: "Warfare, Western Intrusion and ecology in Melanesia [Comment]", *Man*, 1992, Volume 27, Number 2, pp. 399-401.
- KUNENE, Mazisi: "Shaka the Great: warrior-king and founder of the Zulu nation", *Journal of African Civilizations*, 1987, Volume 9, pp. 251-281.
- LABAND, John: *Kingdom in crisis: The Zulu response to the British Invasion of 1879*, Manchester University Press, Manchester, 1992.
- LEWELLEN, Ted C.: *Political Anthropology: An Introduction* South Hadley, Bergin & Garvey, Massachusetts, 1983.

- LEWY, Ernst: "Historical charismatic leaders and mythical heroes" *Journal of Psychohistory*, 1979, Volume 3, Number 6, pp. 377-392.
- MACMILLAN, Hugh: "Return to the Malungwana Drift - Max Gluckman, the Zulu Nation and the Common Society", *African Affairs*, 1995, Volume 94, pp. 39-65.
- MORRIS, Donald R.: *The Washing of the Spears: A History of the Rise of the Zulu Nation under Shaka and Its Fall in the Zulu War of 1879*, Simon and Schuster, New York, 1965.
- OMER-COOPER, John D.: "Has the Mfecane a future? A response to the Cobbing critique" *Journal of Southern African Studies*, 1993, Volume 19, Issue 2, pp. 273-294.
- OTTERBEIN, Keith F.: "The evolution of Zulu warfare", (Ed.) BOHANNAN, Paul: *Law and Warfare: Studies in the Anthropology of Conflict*, Natural History Press, Garden City, New York, 1967, pp. 351-357.
- PASTORE, Mario: "Taxation, Coercion, Trade and Development in a Frontier Economy: Early and Mid Colonial Paraguay", *Journal of Latin American Studies*, 1997, Volume 29, Number 2, pp. 329-354.
- PEIRES, Jeffrey B.: "Introduction", (Ed.) PEIRES, Jeffrey B.: *Before and After Shaka: Papers in Nguni History*, Institute of Social and Economic Research, Rhodes University, Grahamstown, 1981 (Introduction), pp. 9-10.
- PEIRES, Jeffrey B.: "Paradigm Deleted: The Materialist Interpretation of the Mfecane", *Journal of Southern African Studies*, 1993, Volume 19, Number 2 (Paradigm), pp. 295-313.
- PEOPLES, James G.: "Political Evolution in Micronesia", *Ethnology*, 1993, Volume 32, Number 1 (Political), pp. 1-17.
- ROSCOE, Paul: "From Big-Men to the State: A Processual Approach to Circumscription Theory", *American Behavioral Scientist*, 1988, Volume 31, Number 4 (From Big-Men), pp. 472-483.
- ROSCOE, Paul B.: "Practice and Political Centralisation: A new approach to political evolution", *Current Anthropology*, 1993, Volume 34, Number 2 (Practice), pp. 111-140.
- ROSCOE, Paul B.: "Warfare, Terrain, and Political Expansion", *Human Ecology*, 1992, Volume 20, Number 1 (Warfare), pp. 1-20.
- RITTER, E. A.: *Shaka Zulu: The Rise of the Zulu Empire*, Longmans Green and Co., London, 1955 (Shaka).
- ROMM, Stuart: "Political conflict, role differentiation and state formation: a case study of the Zulus", *Social Science Information*, 1986, Volume 25, Number 3 (Political), pp. 607-645.
- SAHLINS, Marshall: "Other Times, Other Customs: The Anthropology of History", *American Anthropologist*, 1983, Volume 85, Number 3, pp. 517-544.
- SCHACHT, Robert M.: "Circumscription theory: a critical review", *American Behavioral Scientist*, 1988, Volume 4, Number 31, pp. 438-448.
- SERVICE, Elman R.: "Classical and modern theories of the origins of government", (Ed.) COHEN, Ronald / SERVICE, Elman R.: *Origins of the State: The Anthropology of Political Evolution*, Institute for the Study of Human Issues, Philadelphia, 1978 (Classical), pp. 21-34.
- SERVICE, Elman R.: *Origins of the State and Civilization: The Process of Cultural Evolution*, W.W. Norton & Company, New York, 1975 (Origins).
- SHANKMAN, Paul: "Culture Contact, Cultural Ecology, and Dani Warfare" *Man*, 1991, Volume 26, Number 2, pp. 299-321.
- SOUTHALL, Aidan: "State formation in Africa", *Annual Review of Anthropology*, 1974, Volume 3, pp. 153-165.
- SPENCER, Herbert: *The Principles of Sociology, Volume II-I*, D. Appleton and Company, New York, 1896.
- STARK, Frank M.: "Theories of Contemporary State Formation in Africa: A Reassessment", *Journal of Modern African Studies*, 1986, Volume 14, Issue 2, pp. 335-347.
- STEVENSON, Robert F.: *Population and Political Systems in Tropical Africa*, Columbia University Press, New York, 1968.

- THOMPSON, Leonard: "Co-operation and conflict: the Zulu kingdom and Natal", (Ed.) WILSON, Monica / THOMPSON, Leonard M.: *The Oxford History of South Africa*, Oxford University Press, New York 1969, pp. 334-390.
- UZOIGWE, G. N.: "The Warrior and the State in Precolonial Africa", *Journal of Asian and African Studies*, 1977, Volume 12, pp. 20-47.
- VENGROFF, Richard: "Population density and state formation in Africa", *African Studies Review*, 1976, Volume 19, Number 1, pp. 67-74.
- WALTER, Eugene V.: *Terror and Resistance: A Study of Political Violence*, Oxford University Press, New York, 1969.
- WEBER, Max: "Political communities", (Ed.) RHEINSTEIN, Max: *Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, New York, 1954 (Political), pp. 338-348.
- WEBER, Max: "Politics as a vocation", (Ed.) GERTH, Hans Heinrich / MILLS, Charles Wright: *From Max Weber: Essays in Sociology*, Oxford University Press, New York, 1958 (Politics), pp. 77-128.
- WRIGHT, Henry T.: "Recent Research on the Origin of the State", *Annual Review of Anthropology*, 1977, Volume 6 (Recent), pp. 379-397.
- WRIGHT, John: "A.T. Bryant and 'The Wars of Shaka'", *History in Africa*, 1991, Volume 18 (A.T. Bryant), pp. 409-425.

Yargı Kararları



Güncel Yargı Kararları

Anayasa Mahkemesi, T. 21.04.2022, E. 2021/42, K. 2022/45

Karara konu olayda Danıştay 12. Dairesi, itiraz yoluyla 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesi (h) bendinin, Anayasa'nın 13, 20 ve 128. maddelerine aykırılığını ileri sürerek iptali için AYM'ye başvurmuştur. Özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartları düzenleyen kanun hükmünün itiraza konu bendi ise “*h) Güvenlik soruşturması olumlu olmak.*” şeklindedir. Olay tarihinde güvenlik soruşturması faaliyetleri mülga 4045 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülmekte olduğundan kurala ilişkin esas incelemesi mülga 4045 sayılı Kanun'a göre yapılan güvenlik soruşturması yönünden gerçekleştirilmiştir.

Başvuruda, özetle, itiraza konu kuralın, güvenlik soruşturmasının yalnızca hangi kamu görevlileri hakkında yapılacağına ilişkin olarak düzenleme getirdiği, özel güvenlik görevlisi olma şartları arasında güvenlik soruşturmasının olumlu olmasının sayıldığı ancak elde edilecek verilerin kullanımına ilişkin temel ilkelerin kanunla belirlenmediği belirtilmiştir.

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, Anayasa'nın 20/3 maddesi kapsamında güvence altına alınmıştır. Bu çerçevede Mahkeme, güvenlik soruşturması neticesinde elde edilen verilerin kişisel veri niteliğinde olduğunun; Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikteki yasal düzenlemeler ile sınırlanabileceğinin altını çizmiştir. Bu bakımdan itiraz konusu hükmün 7/4/2021 tarih ve 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 4045 sayılı Kanun uyarınca yapılan güvenlik soruşturmaları yönünden Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Arş. Gör. Sümeyra Sena KURT

• • •

Anayasa Mahkemesi, T. 21.06.2022, E. 2022/7, K. 2022/79

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 375'te yargılamanın iadesi sebepleri düzenlenmiştir. Mezkûr maddenin birinci fıkrasının (i) bendinde “*İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi*” yargılamanın iadesi sebebi olarak belirlenmiştir. HMK m. 377'de yargılamanın iadesine yoluna başvuru için hak düşürücü süreler konulmuştur. Mezkûr maddenin birinci fıkrasının (e) bendinde HMK m. 375/1-(i)'de sayılı sebepten dolayı, AİHM'in kesinleşmiş kararının tebliğinden itibaren üç ay ve her halde iade talebine konu hükmün kesinleşmesinden itibaren on yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştü. HMK m. 375/1-(i)'ye göre yargılamanın iadesi için başvuru ilki derece mahkemeleri, somut norm denetimi yolu ile HMK m. 377/1'de düzenlenen on yıllık hak düşürücü sürenin Anaya-

sa'ya aykırı olduğundan bahisle iptal talebi ile Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. İptal talebinin gerekçesi; HMK m. 375/1-(i)'de öngörülen yargılamanın iadesi sebebinin Kanun'da öngörülen diğer sebeplerin aksine yargılamadan daha sonra ortaya çıkması, diğer yargılamanın iadesi sebeplerinde ise sebeplerin ilgililer tarafından bilinmese de yargılama sırasında var olması, HMK m. 375/1-(i)'de ise gelecekte var olma ihtimali mevcut olan bir olgudan dolayı on yıllık sürenin öngörülmesinin Anayasa m. 36'da düzenlenen hak arama hürriyeti ile bağdaşmayacağı değerlendirilmesidir. Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun m. 43 uyarınca başvuruyu Anayasa m. 36 yönünden değil temel hak ve hürriyetlerin korunması başlıklı Anayasa m. 40 hükmü uyarınca incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, AİHM'e başvurudan önce Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma şartının mevcudiyeti ve AİHM'in iş yükü nedeniyle başvurucudan kaynaklanmayan sebepler ile HMK m. 377/1'de öngörülen on yıllık azami sürenin HMK m. 375/1-(i) bakımından yargılamanın iadesi yolunu işlevsiz kılabileceğini değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesine göre Anayasa m. 40'ta düzenlenen temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen kimse için yetkili makama başvuru hakkının, etkili bir başvuru imkânı, başarı şansı sunması gerekir. Anayasa Mahkemesi, HMK m. 377/1'deki on yıllık azami sürenin, HMK m. 377/1-(i)'deki hükmü işlevsiz kılabileceğini değerlendirdiği için, HMK m. 377/1'de öngörülen yargılamanın iadesi için öngörülen on yıllık azami sürenin HMK m. 377/1-(e) bendi yönünden iptaline oybirliği ile karar vermiştir.

Arş. Gör. Onur TABAK

• • •

Anayasa Mahkemesi, T. 24.02.2022, E. 2021/34, K. 2022/21

Anayasa Mahkemesi 24.02.2022 tarihinde E. 2021/34 numaralı dosyada, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinin "kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin 2. fıkrasına göre "*Miktar veya değeri ...¹ lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir. Ancak manevi tazminat davalarında verilen kararlara karşı, miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabilir.*". Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin 2. fıkrası istinafa başvuruda parasal sınırı düzenlemektedir. Hükümde var olmayan "kamulaştırma bedelinin tespitine" ilişkin ifadenin iptal edilmesinin nasıl bir etki doğuracağı tartışmaya açıktır.

Arş. Gör. Gökçe VAROL

• • •

Anayasa Mahkemesi, B. No. 2018/10055, T. 16.03.2022

AYM sınır dışı veya yurda giriş yasağı kararı nedeniyle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddialarını içeren başvurular sonucunda birçok kararında aile birliğinin varlığını tespit ederken normal, duygusal bağların ötesine geçen bağımlılık unsuru aramış ve bu unsurun bulunduğu kanaat getirmediği müddetçe iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (AYM B. No. 2017/11905, T. 21.07.2012; AYM B. No. 2015/19795, T. 09/01/2019). Ancak başlıkta numarası verilen kararda AYM aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda evlilik dışı çocuğu olan kadın sınır dışı edilmek istenmiştir. Başvurucu; Türk vatandaşı ile birlikteliğinden bir bebek dünyaya geldiğini,

¹ Miktar ve değer her sene yeniden değerlendirilmesinden, karar özetinde ilgili kısım boş bırakılmıştır.

babanın yabancı dilinin ve uluslararası geçerliği olan bir mesleğinin bulunmaması sebebiyle kendisiyle birlikte sınır dışı edildiği ülkeye gelemeyeceğini, bu nedenle sınır dışı edilmesi hâlinde aile birliğinin ortadan kalkacağını iddia etmiştir. Sınır dışı kararı alındığında evlilik dışı ilişkiden yeni doğmuş bebeği bulunan ve bebeğin babası olarak Türk vatandaşı erkeğin kaydedildiği başvuruda Mahkeme, bebeğin babasından ayrılmasına razı olmamış, bebeğin annenin bakımına ihtiyacı olduğuna ve sınır dışı kararı ile aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Karar, AYM'nin yabancının sınır dışı edilme kararına karşı aile hayatına saygı hakkının ihlali iddiasını değerlendirmesinde aile birliğinin varlığını tespiti bakımından önem taşımaktadır.

Arş. Gör. Cansu KAYA ÜLKEN

• • •

Anayasa Mahkemesi, B. No. 2018/27658, T. 06.10.2021

Kararda, 6684 sayılı Kanun ile onaylanan AIHS Ek 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesi ve anılan düzenlemeye dayanan Yargıtay içtihadı dikkate alındığında boşanma ve ayrılık durumunda velâyetin ebeveynler tarafından ortak kullanılmasının mümkün olduğu ancak ortak velâyete ilişkin karar veren yerel mahkeme tarafından ortak velâyetin çocuğun üstün yararına olup olmadığı hususunda somut olayın koşulları dikkate alınarak yeterli bir incelemenin ve değerlendirmenin yapılmadığı ve kişisel ilişki kurulmasına dair tedbirlerin çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil etmediği ve uygulanabilir olduğuna ilişkin yeterli sebepler ortaya konulmadığı gerekçesiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı, velâyet ve kişisel ilişki kurma bakımından verilen kararların çocuğun üstün yararı gözetilerek verilmesi gerektiği hususunun vurgulanması açısından oldukça önemlidir. Her ne kadar ortak velâyet artık Türk kamu düzenine aykırı bir uygulama olarak kabul edilmiyor olsa da -bu durumda davanın taraflarının ortak velâyete ilişkin bir talebi olsun ya da olmasın- mahkemece ortak velâyete hükmedilebilmesi için çocuğun üstün yararının yeterli ve gerekli inceleme sonucunda ortak velâyete uygun olduğunun tam olarak tespiti gerekir.

Arş. Gör. Salih Can POLAT

• • •

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T. 21.12.2021, E. 2019/7454, K. 2021/29698

Adil yargılanma hakkının yalnızca kovuşturma evresinde geçerli olduğunu ileri sürmek isabetsizdir. Hatta öyle ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 06.06.2000 tarihli Magee v. Birleşik Krallık kararında da adil yargılanma hakkının salt olarak kovuşturma evresinde gözetilmesinin, ceza uyuşmazlığının hakkaniyetini ciddi bir biçimde etkileyebileceği ifade edilmiştir.

Önemle ifade etmek gerekir ki 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 22. maddesi ve devamındaki hükümlerde hâkimin yasaklı olduğu haller ve hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşürebilecek sebeplerden dolayı reddi müesseseleri düzenlenmiştir. Ancak hukukumuzda Cumhuriyet savcılarının bakımından bu konuda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının mağduru olduğu olaya ilişkin olarak iddianame düzenlemesini doğrudan yasaklayan bir norm da hukukumuzda mevcut değildir. Bunun yanında Cumhuriyet savcısının şahıs olarak olmasa da en azından makam olarak bir taraf olduğu kabul edildiğinde, zaten taraf olan bir makamın tarafsızlığını sağlama çabalarının isabetsiz olduğu da ileri sürülebilir. Ancak iş bu hususlar dahi Cumhuriyet savcısının objektif davranma yükümlülüğü altında olması gerektiği sonucunu değiştirmemektedir. Aksi yöndeki bir kabulde, kamunun gözündeki söz konusu ceza muhakemesi faaliyetinin adil bir biçimde yürütüldüğüne dair olan inanç sağlanamaz.

Netice olarak karar; hukukumuzda açık olarak düzenlemeyen bir probleme dikkat çekmesi, bu problemi insan hakları hukukuna işaret ederek çözmesi ve doktrindeki konuya ilişkin önerileri yansıtması açısından son derece yerinde ve önemlidir.

Arş. Gör. Emirhan AYDIN

• • •

Yargıtay, 3. Hukuk Dairesi, T. 14.03.2022, E. 2022/1046, K. 2022/2167

Somut uyuşmazlıkta tüketici mahkemesi, aleyhine kendisine başvuru tüketici hakem heyeti kararına ilişkin olarak değiştirerek onama kararı vermiş ve hakem heyeti kararının "...2.000 TL bedelin iadesi ve sözleşmenin iptaline..." kısmını karar metninden çıkararak "... sözleşmenin iptaline..." şeklinde değiştirmiştir. Davalının hakem heyeti kararına karşı süresinde itiraz edilmediğine ilişkin iddiası tüketici mahkemesi tarafından değerlendirilmemiştir. TKHK m. 70/5 uyarınca tüketici hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itirazlar üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir. Kesin olan bu karara karşı Adalet Bakanlığı tarafından kanun yararına temyiz başvurusunda bulunulmuştur. Başvuru üzerine Yargıtay, tüketici mahkemesine itirazın süresinde yapılmadığına ilişkin iddianın mahkemece değerlendirilmemiş olmasını hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. İtiraz süresinin hesaplanması bakımından PTT internet sitesinde yer alan tarihin değil Tebliğ Kanunu m. 23'e uygun olarak tebliğ mazbatasında yer alan tarihin tebliğ tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. TKHK m. 70/4 uyarınca, aleyhine tüketici mahkemesine başvuru tüketici hakem heyeti kararları esas yönünden kanuna uygunsa bunlar hakkındaki değiştirerek veya düzelterek onama kararları dosya üzerinden verilir. Ancak somut uyuşmazlık bakımından Yargıtay, dosya üzerinden karar verilmiş olmasını hukuki dinlenilme hakkının ve hak arama özgürlüğünün ihlali olarak yorumlamıştır. Değiştirerek onama kurumunun amacına aykırı şekilde uyuşmazlığın esasına girilerek verilecek kararların önlenmesi bakımından Yargıtayın bu değerlendirmesi önemlidir.

Arş. Gör. Barış TANRIVERMİŞ

• • •

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 26.04.2022, E. 2022/3398, K. 2022/5294

Somut uyuşmazlıkta arabulucunun araştırma ve davet yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumu söz konusudur. Söz konusu durumda arabuluculuk bakımından "dava şartı" gerekliliğinin yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacağı hususunda, benzer uyuşmazlıklarda, aynı Bölge Adliye Mahkemesinin farklı daireleri tarafından farklı kararlar verilmiştir. Bu kararlardan ilkinde, davalı tarafın usulüne uygun şekilde davet edilmeden ve iletişim kurulmadan arabuluculuk son tutanağının düzenlenmesi durumunda dava şartının yerine getirildiğinden söz edilemeyeceği ve bu nedenle usulden ret kararı verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Diğer kararda ise arabulucunun işvereni usulüne uygun davet etmediği sonucuna ulaşılsa bile bu durumun arabulucunun sorumluluğunda olan bir konu olduğu, işçiye yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle söz konusu durumda dava şartı yokluğu nedeniyle usulden ret kararı verilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise konuya ilişkin olarak arabuluculuğa başvuru tarafın arabulucunun araştırma ve davet yükümlülüğünü yerine getirmemesinin sonuçlarına katlanmasının mahkemeye erişim hakkını ölçsüz şekilde sınırlandıracağını belirterek söz konusu durumda dava şartı yokluğu nedeniyle usulden ret kararı verilmemesi ve mahkemece davaya devam edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Karar, Yargıtayın konuya ilişkin görüşünün açıklığa kavuşturulmuş olması açısından önemlidir.

Arş. Gör. Mehmet Şükrü YILDIZ

• • •

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 21.03.2022, E. 2022/3222, K. 2022/3813

Dava şartı/zorunlu olarak arabuluculuk uygulaması, hukukumuzda girdiği andan itibaren sadece usul hukuku açısından değil, maddi hukuk açısından da çok farklı ve önemli konuları gündeme getirmektedir. Özellikle yürütülen arabuluculuk sürecinin borçlunun temerrüde düşürülmesi noktasındaki etkisi, yargı uygulamasında belirsizlik arz eden ancak netleştirilmesi gereken konulardan biridir. Bu bağlamda, işçilik alacaklarına ilişkin bölge adliye mahkemeleri kararları arasındaki uyuşmazlığı gidermek amacıyla toplanan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, daha öncesinde henüz borçlu temerrüde düşürülmemiş ise davalı tarafın arabuluculuk başvurusuna konu edilen alacaklar yönünden son tutanak tarihi itibarıyla temerrüde düştüğünü ve talep edilen alacaklara bu tarihten itibaren temerrüt faizi uygulanabileceğini kabul etmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, ihtarin “borcun ödenmesi isteğinin kesin ve açık biçimde ortaya konularak borçluya ulaştırılması” niteliğinden hareket ederek, arabulucuya başvuru tarihi itibarıyla borçlunun temerrüde düşeceği yönündeki Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararına (E. 2021/18933 K. 2021/4438 T. 13.9.2021) nazaran daha yerinde bir karar vermiştir. Ancak kararda bahsi geçen borçlu davalının usulüne uygun davet edilmesine rağmen arabuluculuk görüşmelerine katılmadığı durumlarda da aynı sonucun geçerli olacağı şeklindeki kabule katılmamız mümkün görünmemektedir. Zira çoğu zaman davet mektubunda uyuşmazlık içeriğine -bir diğer deyişle borca- ilişkin detay verilmeksizin taraflar arabuluculuk sürecine davet edilmekte, uyuşmazlıktan genel ifadelerle birkaç cümle ile bahsedilmektedir. Bu gibi istisnai durumlar için bütün davet mektuplarını kapsayacak şekilde genel bir kabul ortaya koymak yerine, her bir somut olay bağlamında değerlendirme yapılmasının temerrüt kurumunun özüne daha uygun düşeceği kanaatindeyiz.

Arş. Gör. Abdülhamit YILMAZ

• • •

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 08.12.2021, E. 2020/306, K. 2021/6945

Karar, anonim şirket genel kurulunun şirketin önemli miktarda varlığının toptan satışı kararı alınması için gerekli olan nisaplara ilişkindir. Yargıtay, kanunda veya esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı hüküm bulunmadığı sürece genel kurul nisaplarına TTK m. 418’in uygulanması gerektiğini, önemli miktarda varlığın toptan satışı için kanunda ve ilgili şirketin esas sözleşmesinde genel kuralın aksine ağırlaştırıcı düzenleme bulunmadığını belirtmiş ve her ne kadar doktrinde önemli miktarda mal varlığının toptan satışı kararında TTK m. 538/2’nin atfıyla TTK m. 421/3-4’teki nisaplara uyulması gerektiği ve tasfiye halinde olmayan şirketler için bu hususa yer verilmemesinin unutulma eseri olduğu yönünde görüşler olsa da kanun koyucunun nitelikli nisaplar istemesi halinde bunu açıkça öngörmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca unutulma hali mevcut olsaydı bile yasa değişikliği ile bu durum düzeltilebileceği için bu hususun unutulma eseri olarak kabul edilemeyeceğini, kanunda nisaplar bakımından açıkça düzenleme bulunmadığı takdirde tüm genel kurul kararları TTK m. 418’deki nisaplara tabi olduğundan bu yönde bir kanun boşluğunun bulunmadığını, ayrıca Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik’in 22/12. maddesinde faal ve tasfiye halinde şirket ayrımı yapılmaksızın önemli miktarda şirket aktifinin toptan satış kararının nitelikli nisaba tabi olduğu düzenlenmişse de bu nisabın tasfiye halindeki şirketler için öngörülen TTK m. 538/2’nin atfıyla TTK m. 421/3-4 hükmünde düzenlenen nisap olduğunu ve bu nisabın faal şirketler için uygulanmasının normlar hiyerarşisine aykırı olduğunu belirtmiş ve önemli miktarda şirket varlığının toptan satışına ilişkin genel kurul kararında TTK m. 418’de gösterilen nisaplara uyulması gerektiğine karar vermiştir.

Arş. Gör. Mehmet Emin AYDEMİR

• • •

Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, T. 02.12.2019, E. 2019/1075, K. 2019/7666

Karara konu olayda ilk derece mahkemesi, belirtilen yerlere belirtilen ürünlerin ticaretini on beş yıl süreyle yasaklayan hisse devri ve ortaklığın giderilmesi sözleşmesinin ilgili hükmünün davacının ticari hayatını engellediği, süre ve coğrafi sınırın çok geniş olduğu, sözleşmenin bu haliyle kelepçeleme sözleşmesi haline geleceği, bu nedenlerle sözleşme hükmünün geçersiz olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Davalı vekilinin bölge adliye mahkemesine yaptığı istinaf başvurusu sonucunda, somut olayda rekabet yasağının süre (on beş yıl), coğrafi alan (ABD ve Kanada) ve faaliyet (şirketin üretimini yaptığı bazı ürünler) yönlerinden açık bir şekilde sınırlandırıldığı, yasağın davacının çalışma hak ve özgürlüğüne zarar vermediği, aksine bu özgürlüklerini sözleşmedeki süre, coğrafi alan ve faaliyet sınırları dışında her yerde ve her şekilde kullanarak ticari faaliyette bulunabileceği, bu nedenle sözleşmenin hükmünün geçersiz olmayacağı; davacı tacirin 1.000.000,00 USD bedelli cezai şartta indirimle gidilmesi talebinin ise tacirlerin -TTK m. 22 uyarınca- kural olarak cezai şartın fahiş olduğundan bahisle indirim isteyemeyeceği gerekçeleriyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilmiştir. Bu kararın davacı vekilince temyizi talebi Yargıtayın ilgili dairesi tarafından reddedilmiş, bölge adliye mahkemesinin kararının onanmasına karar verilmiştir. Bu kararla sözleşmeyle kararlaştırılan on beş yıl süreli rekabet etmeme yükümlülüğünün coğrafi alan ve faaliyet türünün sınırlanması nedeniyle uzun bir süre olmadığı ortaya koyulmuştur.

Arş. Gör. Sevtap YÜCEL

• • •

Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, T. 03.12.2021, E. 2021/1534, K. 2021/6811

Karar, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 444-447’te düzenlenen rekabet yasağının ihlaline dair uyuşmazlıklara bakmakla iş mahkemelerinin mi yoksa ticaret mahkemelerinin mi görevli olduğuna ilişkin Bölge Adliye Mahkemelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki görüş farklılıklarının giderilmesine yöneliktir.

Yargıtay, Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) ve TBK’nın Türk Medeni Kanunu ile bağlantı kuran hükümleri nedeniyle (TTK m. 1 ve TBK m. 646) TBK’da düzenlenen hükümlerin diğer kanunlarla ilişkilendirilmesine ilişkin yorum faaliyetinde, yöntemsel olarak, söz konusu üç temel kanuna yansıyan bu bütünlüğün göz önünde bulundurulması gerektiği,

- İş mahkemelerinin görev alanını 5521 sayılı Kanun’a nazaran genişletmiş olan 7036 sayılı Kanun ile TBK’da düzenlenen hizmet sözleşmesine tabi işçilerin, işverenleri ile “iş ilişkisi” nedeniyle sözleşme ve kanundan doğan hukuk uyuşmazlıklarını da iş mahkemelerinin görevi kapsamına aldığı ancak TBK’da yer alan rekabet yasağına ilişkin hükümlerin, doğrudan hizmet sözleşmesinin bir unsuru olarak görülemeyeceği gibi rekabet yasağının işçi-işveren arasındaki hizmet sözleşmesinin ve buna bağlı olarak iş ilişkisinin sona ermesinden sonra hüküm ifade edecek mahiyette olması, işçinin tek taraflı bir taahhüdü suretiyle de oluşturulması mümkün bulunmakla, rekabet yasağının ihlali halinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların iş ilişkisinden yahut hizmet sözleşmesinden kaynaklandığının kabul edilemeyeceği,
- İşçinin bizatihi hizmet sözleşmesinden ve buna bağlı olarak oluşan iş (hizmet) ilişkisinden kaynaklanan rekabet etmeme ve işverene ait sırları saklama yükümlülüğünün, TBK m. 396’da tanımlanan ve kanundan kaynaklanan işçinin özen ve sadakat borcu ile ilişkili olduğu, TBK m. 444’te tanımı yapılan ve taraf iradesine bağlı olarak ortaya çıkan rekabet etmeme taahhüdünün ise açıklanan bu karakteri nedeniyle işçinin kanundan kaynaklanan özen ve sadakat yükümlülüğünün bir devamı yahut işçinin bu borcunun, sözleşme sona erdikten sonra da devamına olanak sağlayan bir düzenleme niteliğinde olmadığı,

- İş mahkemeleri ile ticaret mahkemeleri arasında görev alanları bakımından bir hüküm uyuşmazlığından bahsedilemeyeceği gibi 7306 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile TBK'daki rekabet yasağına ilişkin hükümlerin mutlak ticari dava olarak tanımlanmasına ilişkin TTK'nın 4. maddesi hükmünün zımnen ilga edilmiş olduğunun da ileri sürülemeyeceği,

gerekçeleriyle TBK m. 444 -447'den doğan rekabet yasağının ihlaline dair uyuşmazlıklara bakma görevinin TTK m. 4/1-c ve m. 5 uyarınca ticaret mahkemelerine ait olduğuna karar vermiştir.

Arş. Gör. Neyzen Fehmi DOLAR

• • •

Danıştay 4. Daire, T. 17.2.2022, E. 2018/487 K. 2022/898

Karara konu olayda, davacı mükellef aleyhine sahte fatura kullandığı gerekçesiyle re'sen tarhiyat yapılarak vergi ziyai cezası ve ayrıca özel usulsüzlük cezası kesilmiştir. Bunun üzerine mükellef tarhiyatın ve cezalarına kaldırılması için vergi mahkemesinde dava açmıştır. Mükellefe tarhiyat yapılmasının ve ceza kesilmesinin gerekçesi ise sahte fatura kullandığına dair düzenlenen vergi inceleme raporudur. Mükellef nezdinde yapılan vergi incelemesinde mükellefe ait firmanın metalden kapı ve bunların kasaları ile kapı eşiklerinin perakende ticareti faaliyetinde bulunmak üzere mükellefiyet tesis ettirmesine rağmen düzenlenen faturaların içeriğinin faaliyet alanı ile ilgili olmaması, mükellefin yapılan yoklamalarda faaliyet konusu ile ilgili emtiasının bulunmaması ve işçi çalıştırmaması, işyeri büyüklüğünün 25 m² olması, şube ve deposunun bulunmaması gibi hususlar değerlendirilerek beyan edilen KDV matrahının yüksekliği ve bu miktarda bir faaliyeti gerçekleştirmesinin görülen ticari organizasyonla mümkün olmadığından söz konusu mükellefin sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlediği sonucuna varılmıştır. Davacının açtığı dava, vergi mahkemesi tarafından reddedilmiş ancak Bölge İdare Mahkemesi tarafından istinaf talebi kabul edilerek vergi mahkemesi kararı kaldırılmıştır. Bunun üzerine davacı bu kararı temyiz etmiştir. Temyiz başvurusunu inceleyen Danıştay dairesine göre vergi inceleme raporunda tespit edilen hususlar dikkate alındığında mükellefin ileri sürdüğü şekilde bir ticari faaliyeti gerçekleştirmesi mümkün olmayıp ilgili faturalar üzerinden hesaplanarak indirim konusu yapılan verginin reddi suretiyle davacı adına yapılan cezalı tarhiyatlarda hukuka aykırılık görülmemiştir ve Bölge İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır. Belirtilen sebeplerle Danıştay dairesi kararın bozulmasına hükmetmiştir.

Arş. Gör. Dr. Özge MUTLU KAYA

• • •

Danıştay 10. Hukuk Dairesi, T. 20.01.2022, E. 2021/3093, K. 2022/289

Dava, Türk vatandaşı ile evli Bulgaristan uyruklu kişinin evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmak amacıyla idareye yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkindir. İlk derece mahkemesi, 5901 sayılı TVK m. 16/1-c gereğince Türk vatandaşlığına alınabilmek için öngörülen millî güvenlik, kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması koşulu ile TVKUY m. 72/5'te bulunan ertelenmiş olsa da 6 aydan fazla hapis cezası alanların Türk vatandaşlığına alınamayacağı yönündeki düzenleme gereğince "İmar kirliliğine neden olmak" suçundan 10 ay hapis cezasıyla cezalandırılan ve hükmolunan bu hapis cezası 5271 sayılı CMK m. 321 uyarınca ertelenen davacının Türk vatandaşlığına alınmaması yönünde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

TVK'nın ilgili madde gerekçeleri incelendiğinde Türk vatandaşlığına alınacak kişilerin milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunup bulunmaması noktasında,

kişilerce işlenen suçların değerlendirilmesi aşamasında, kanun koyucunun iradesinin, devletin varlığına ve işleyişine yönelik olarak kamu düzenini ciddi düzeyde bozan suçları işleyenlerin Türk vatandaşı olmasının engellenmesi yönünde olduğu ve davacının işlediği imar kirliliğine neden olmak suçu, davacının Türk vatandaşı olmasına engel teşkil edecek nitelikte olmadığından davacının Türk vatandaşlığına alınma talebiyle yaptığı başvurunun reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı sebebiyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar verilmiştir. Bu karar TVKUY m. 72/5'te yer alan düzenlemenin TVK'da düzenlenen Türk vatandaşlığına alınmayı engelleyen halleri kanun gerekçesine aykırı olarak genişletmesi nedeniyle uygulanmaması açısından önem taşımaktadır.

Arş. Gör. Gülser Banu USLU YİĞİT

• • •

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Akkad v. Türkiye, B. No. 1557/19, T. 21.06. 2022

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararında Türkiye Cumhuriyeti tarafından kendisine 2018'de geçici koruma statüsü tanınan Suriye vatandaşı başvuru Muhammed Fevzi Akkad'ın hakkında herhangi bir sınır dışı kararı bulunmamasına karşın Suriye'ye gönderilmesinin başvuru Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 3 (kötü muamele yasağı) kapsamında aykırı muamelelere maruz bırakabileceğini, bu nedenle Türkiye'nin bu bağlamda doğacak şüphe ve riskleri tespit etme yükümlülüğü altında olduğunu ancak Türkiye'nin bu yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar vermiştir. Zira ilgili tarihlerde başvuru gönderildiği Suriye'nin kuzeyinde savaş devam etmektedir ve Suriye hükümetinin bu bölgenin kontrolünü elinde bulundurması başvuru karşılaştığı riskleri ortadan kaldırmamaktadır. Bununla birlikte her ne kadar başvuru Türk yetkililer tarafından menşe ülkedeki genel durum ve güvenlik durumu hakkında bilgilendirilse de bu bilgilendirme başvuru Suriye'deki bireysel durumuna yönelik herhangi bir değerlendirme içermemekte ve başvuruya geçici koruma statüsünün tanınmasını meşru kılacak potansiyel risklerin neden artık mevcut olmadığını açıklamamaktadır.

Yukarıda değinilen hususlar doğrultusunda başvuru gönüllü geri dönüş adı altında zorla ve hukuka aykırı bir şekilde Suriye'ye gönderilmesinin, sevk esnasında ellerinin başka bir Suriyeliye kelepçelenmesinin Sözleşme'nin 3. maddesini; geri gönderilmesi karşısında kendisine herhangi bir itiraz imkanının tanınmamasının Sözleşme'nin 13. maddesini (etkili başvuru hakkı); Yunanistan sınırında yakalandığı andan Suriye'ye geri gönderilmesine kadar geçen süreçte özgürlüğünden yoksun bırakılması ve yasal güvencelerden yararlandırılmamasının da Sözleşme'nin 5. maddesinin (özgürlük ve güvenlik hakkı) 1, 2, 4 ve 5. fıkralarını ihlal ettiğine oybirliğiyle karar verilmiştir.

Mahkeme'nin oldukça yakın tarihli bu kararı, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Konvansiyonu kapsamında kabul edilen geri gönderme yasağına aykırı devlet eylemlerinin, ne şekilde Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında ihlal teşkil edebileceğine ilişkin önemli tespitler içermektedir.

Arş. Gör. Sümeyya MURAT

• • •

Uluslararası Adalet Divanı, Karayip Denizi'nde Egemenlik Haklarının ve Deniz Alanlarının İhlali Davası (Nikaragua-Kolombiya)

Nikaragua, Divan'ın 19 Kasım 2012 tarihli "Kara ve Deniz Uyuşmazlığı Kararı" ile ilan edilen egemenlik haklarının ihlal edildiği ve Kolombiya'nın güç kullanma tehdidinde bulunduğu iddiası ile 26 Kasım 2013'te Divan'a başvurmuştur. Nikaragua, başvurusunda Kolombiya'nın uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğinin ve eylemlerinin yol açtığı zararın tazmin edilmesine karar verilmesini

talep etmiştir. Divan, Kolombiya'nın yargı yetkisi hakkındaki itirazlarını yerinde bulmamış ve yargı yetkisinin bulunduğu karar vermiştir.

Kolombiya, Nikaragua'nın iddialarına karşı dört farklı iddiada bulunmuştur. Bunlardan ilki, Nikaragua'nın Karayip Denizi'nin güneybatısındaki deniz ortamını korumak ve muhafaza etmek için gereken özeni gösterme görevini ihlal ettiği iddiasıdır. İkinci iddia, Nikaragua'nın San Andrés Takımadaları sakinlerinin sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevreden yararlanma hakkını korumaya yönelik gerekli özeni gösterme görevini ihlal ettiği iddiasıdır. Üçüncüsü, Nikaragua'nın San Andrés Takımadaları sakinlerinin balıkçılık alanlarına erişme ve bunlardan yararlanma konusundaki haklarını ihlal ettiği iddiasıyla ilgilidir. Son iddia ise Nikaragua'nın, Kolombiya'ya göre, düz temeller oluşturan ve Nikaragua'nın iç sularını ve deniz yetki alanlarını uluslararası hukukun izin verdiği kadar genişleten 19 Ağustos 2013 tarihli Kararname'yi kabul etmesiyle ilgilidir.

15 Kasım 2017 tarihli kararda Divan, Kolombiya tarafından sunulan birinci ve ikinci iddiaların bu haliyle kabul edilemez olduğuna ve devam eden yargılamaların bir parçasını oluşturmadığına, Kolombiya'nın üçüncü ve dördüncü iddialarının ise devam eden yargılamaların bir parçasını oluşturduğuna karar vermiştir. Davanın esasına ilişkin kamuya açık oturumlar, 20 Eylül ile 1 Ekim 2021 tarihleri arasında yapılmıştır. Divan, 21 Nisan 2022'de Kolombiya'nın Nikaragua'nın münhasır ekonomik bölgesindeki egemenlik haklarını ihlal ettiğine karar vermiştir.

Arş. Gör. Mukaddes KORKMAZ SÜRER

• • •

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Illumina v Commission, T-227/21

2020 yılında genetik analiz için entegre sistemler, özellikle de kanser tarama testlerinin geliştirilmesinde kullanılan yeni nesil genomik dizileyiciler geliştiren, üreten ve pazarlayan ABD merkezli Illumina, bu tür kanser tarama testleri geliştirmek için genomik dizileme kullanan ABD merkezli bir diğer şirket olan Grail isimli teşebbüsü devralmış; işlemle ilgili olarak, tarafların cirolarının AB ve üye ülkelerin ilgili eşiklerini aşmaması sebebiyle işlemin Avrupa Birliği Birleşme Tüzüğü'nün 1. maddesi kapsamına girmediği yönündeki öngörüsüyle, Avrupa Komisyonuna ve üye ülkelerin rekabet otoritelerine bildirimde bulunulmamıştır. Ardından ulusal rekabet otoritelerinin, Avrupa pazarını doğrudan etkilemeyen ancak üye devletler arasındaki ticareti etkileyen ve Avrupa'daki rekabeti önemli ölçüde sınırlandıran yoğunlaşmaların incelenmek üzere Komisyona havale edilmesini talep etmesini mümkün kılan Tüzük'ün 22. maddesi uyarınca devralma işlemiyle ilgili olarak üye devletler sürece müdahil olmaya davet edilmiştir. İşlemin “öldürücü devralma (*killer acquisition*)” olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olması, üye ülkeler arasındaki ticareti etkilemesi ve üye ülkenin iç pazarında rekabeti sınırlayıcı etki doğurması ihtimallerinden hareketle başta Fransa olmak üzere birtakım üye devletler Komisyonun bu davetine olumlu karşılık vermiştir. İşlem taraflarınca Komisyonun bu yöndeki girişiminin yargıya taşınmasının ardından Avrupa Birliği Adalet Divanı, Komisyonun yaklaşımını hukuka uygun bulmuştur. Karar, Komisyonun eşik altı yoğunlaşmalara müdahalesinin önünü açarken öldürücü devralma işlemlerinin Komisyon tarafından daha yakından denetleneceğine işaret etmektedir.

Arş. Gör. Burak IŞIK