

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜHF

Cilt / Volume: 72 • Sayı / Number: 2 • Yıl / Year: 2023

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Üniversitesi Basımevi
<http://basimevi.ankara.edu.tr>

80.YIL

YAYIN SAHİBİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Fakülte Dekanı Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. İsmail DEMİR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR, Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

İNGİLİZCE DİL EDITÖRÜ

Dr. Deniz POLAT AKGÜN

ALMANCA DİL EDITÖRÜ

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

FRANSIZCA DİL EDITÖRÜ

Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

EDİTÖR YARDIMCILARI

Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN, Dr. Öğr. Üyesi Emriye Özlem ŞEKER, Dr. Deniz POLAT AKGÜN, Arş. Gör. Merve İrem YENER, Arş. Gör. Hira Nurhacı ÇERİ, Arş. Gör. Sümeyye Sena FIRAT, Arş. Gör. Alaz TARHAN, Arş. Gör. Kardelen ALTUN

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Üniversitesi)

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN (Çankaya Üniversitesi)

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Merih ÖDEN (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Tufan ÖGÜZ (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat DOĞAN (Erciyes Üniversitesi)

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (AHBV Üniversitesi)

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Nevin Ünal ÖZKORKUT (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN (Ankara Üniversitesi)

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. A. Lale SİRMEN (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)

Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU (Atılım Üniversitesi)

Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Asuman TURANBOY (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Fikret EREN (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Hakan KARAN (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Levent AKIN (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara Üniversitesi)

Prof. Dr. Sabih ARKAN (Atılım Üniversitesi)

Prof. Dr. Süha TANRIVER (Çankaya Üniversitesi)

Prof. Dr. Tuğrul ARAT (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)

Prof. Dr. Zariye ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)

YAYIN İDARE MERKEZİ ADRESİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cemal Gürsel Caddesi, No:58 06590 Cebeci, Ankara-TÜRKİYE

SÜRDÜRÜM VE İLETİŞİM

auhfd@law.ankara.edu.tr

URL: <http://auhfd.ankara.edu.tr/auhfd/>

YAYIN İDARE MERKEZİ TELEFONU: 0 (312) 595 50 00

FAX: 0 (312) 363 56 96

YAYININ TÜRÜ: Yerel Süreli Yayın

YAYININ ARALIĞI: Yılda dört sayı olarak yayınlanan, ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında taranan hakemli bir dergidir.

DİLİ: Türkçe ve yabancı diller

BASIM YERİ: Ankara Üniversitesi Basımevi, İncitaşı Sokak No:10, 06510 Beşevler/ANKARA Tel: 0 (312) 213 66 55

BASIM TARİHİ: 00/00/2023

ISSN 1301-1308

© Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Bu Derginin tamamı ya da Dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı Yasanın hükümlerine göre

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ya da herhangi bir kayıt sistemiyle çoğaltılamaz, yayımlanamaz.

İÇİNDEKİLER / Contents

MAKALELER / Articles

KAMU HUKUKU

Celâl İŞIKLAR

İdari Yargılama Usulünde Yeni ve Özel Bir Yetki Kuralı: Askeri Hizmete İlişkin Uyuşmazlıkların Bölge İdare Mahkemesinin Bulunduğu Yerdeki İdare Mahkemesinde Görülmesi

A New and Special Jurisdiction Rule in Administrative Jurisdiction Procedure: Resolution of Disputes Relating to Military Service at the Administrative Court Where the Regional Administrative Court Is Located 447

Fatma Gül KARAGÖZ

19. Yüzyılda Niş ve Leskofça Çiftlikleri'nde Mülkiyet ve "Ceza Hukuku" Sorunları: Sadrazam Kıbrıslı Mehmed Emin Paşa'nın Teftiş Raporları Çerçevesinde

The Problems of Property and Criminal Law in the Farms of Niş and Leskofça in 19th Century in the Scope of Inspection Reports of Sadrazam Kıbrıslı Mehmed Emin Paşa 503

Osman Vahdet İŞSEVENLER

Yazarın Haklarından Metnin Haklarına: Yapıt Olarak Hukuk ve Yorumu
From Rights of Author To Rights of Text Law As a Text and Its Interpretation 547

Furkan YILDIZ

Terör Örgütü Varlığının Hukuken Tespiti
*Legal Determination of The Existence of Terrorist Organization.....*563

Nadire ÖZDEMİR/Nevin BİRİNCİ

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine
Dair Kanun'daki Destek Hizmetlerinin Dönüştürücü Adalet Bağlamında
Değerlendirilmesi
*Support Services in Law to Protect Family and Prevent Violence Against
Women (LAW NO 6284) in the Context of Transformative Justice* 619

Selin ESEN/Bahadır YEŞİLİRMAK

Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye'de Torba Kanun
Omnibus Law in the Comparative Constitutional Law and Türkiye..... 643

Atacan KÖKSAL

Yargıtay Kararları Işığında Elektronik Belgede Sahteciliğe İlişkin Bazı
Değerlendirmeler
*Some Evaluations on Counterfeiting in Electronic Document in the Light
of the Decisions of the Court of Cassation* 691

Güneş OKUYUCU ERGÜN

Machina Sapiens
Machina Sapiens..... 717

Zeynep ARIKAN/Abdullah ARIKAN

Vergi Usul Kanunu'nun 11. Maddesinin 3. ve Devamı Fıkralarında
Düzenlenen Mütessesil Sorumluluk Esasının Değerlendirilmesi
*Evaluation of the Principle of Joint Liability Regulated in the 3rd and
Continuation Clauses of Article 11 of the Tax Procedure Code.....* 759

ÖZEL HUKUK

Levent BÖRÜ

Yargı Kararları Işığında New York Sözleşmesi'ne Göre Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Engeli Olarak Hukuki Dinlenilme Hakkı Üzerine Bazı Değerlendirmeler

In the Light of Judicial Decisions Some Evaluations on the Right to Be Heard as an Impediment to the Enforcement of Foreign Arbitrator's

Decisions in Turkey 811

Emel BADUR, Nesibe KURT KONCA

Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması
Putting an Annotation About Constraint on Disposition to the Land Registry

During the Mediation Process..... 845

Emir GÖKA

Seçimlik Yarışma Kavramı ve Buna Duyulan İhtiyaç Üzerine

On the Concept of Elective Concurrence and the Need Thereof 881

Xuewei ZHANG

The Disappearance of the “Private” Element From the Concept of Theft: A Historical Explanation

Hırsızlık Kavramından “Özel” Unsurunun Kaybolması:

Tarihsel Bir Açıklama..... 949

MAKALELER / *Articles*

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE YENİ VE ÖZEL BİR YETKİ KURALI: ASKERİ HİZMETE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN BÖLGE İDARE MAHKEMESİNİN BULUNDUĞU YERDEKİ İDARE MAHKEMESİNDE GÖRÜLMESİ

*A New and Special Jurisdiction Rule in Administrative Jurisdiction
Procedure: Resolution of Disputes Relating to Military Service at the
Administrative Court Where the Regional Administrative
Court Is Located*

Celâl İŞIKLAR*

ÖZ

İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (İYUK) 20/C maddesinin birinci fıkrasına 30.6.2022 tarih ve 7415 sayılı Kanunla yeni bir yetki kuralı eklenmiştir. Buna göre, anılan maddede öngörülen “uyuşmazlıkların çözümünde ilgilinin görev yaptığı yerin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkilidir.” Bu özel ve istisnai yetki kuralı, Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile yükümlü askerleri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanır. Kural İYUK'ta mevcut genel ve özel yetki kurallarına (m.32-37) göre öncelikle uygulanır. Kurala göre mahkemenin yetkisi ilgilinin son görev yaptığı yere göre belirlenmelidir. Kural hem iptal davaları hem de tam yargı davaları için geçerlidir. Bazı durumlarda iptal davası ile tam yargı davasında farklı mahkemeler yetkili olabilir. Ancak yargı kararlarının uygulanmaması hâlinde İYUK m.28 hükmü uygulanmaya devam edilir. Bu kuralla söz konusu uyuşmazlıklara bakacak yetkili mahkemelerin sayısı dokuza

Makalenin Geliş Tarihi: 29.08.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.03.2023.

* Av. Doç. Dr., AYİM Başsavcısı (Em.), KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Ankara Barosu Avukatı, E-posta: celal.isiklar@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7239-6142.

indirilmiştir. Bundan maksat uygulama ve karar birliğini sağlamaktır. Ancak mahkemeler davacılara uzak ise yargılama masrafları ve süresi artabilir.

Anahtar Kelimeler: Yetki kuralları, İYUK m.20/C-1, Askeri hizmet, Görev yeri, kamu görevlileri.

ABSTRACT

A new jurisdiction rule has been added to art.20/C-1 of Administrative Jurisdiction Procedural Law (AJPL) with the Law No. 7415 dated 30.6.2022. According to this, in the settlement of disputes in the article, “the administrative court in the place where the regional administrative court of the place where the relevant person is affiliated in terms of administrative jurisdiction is located is authorized.” This special and exceptional authorization rule is applied in disputes related to military service, which concern public officials working in the Ministry of National Defense and conscripts. It takes precedence over other authorization rules in AJPL (art. 32-37). The jurisdiction of the court should be determined according to the last position of the person concerned. The rule applies to both annulment actions and full remedy actions. In some cases, different courts may be competent between them. However, in case the judicial decisions are not implemented, the AJPL art. 28 continues to be applied. Thus, the number of competent courts has been reduced to nine. The purpose is to ensure implementation and decision unity. However, if the courts are far from the plaintiffs, the costs and duration of the trial may increase.

Keywords: Jurisdiction rules, AJPL art.20/C-1, The military service, Place of duty, The public officials.

GİRİŞ

İdari Yargılama Usulü Kanunu’na 24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle “Askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklara dair hükümler” başlıklı 20/C maddesi eklenmiştir. 30.06.2021 tarihinde yürürlüğe giren bu maddede, Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile 25/6/2019 tarihli ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili dilekçelere yazılması gereken ilave hususlarla bu dilekçelerin en yakın

âmirlere verilebileceğine, savaş hâlinde ve olağanüstü hâller sebebiyle alınan tedbirlerin uygulanmasında görevlendirilenlerin naklen atanmalarına ilişkin iptal davalarında yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceğine ve Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğuna dair hükümlere yer verilmiştir.¹

7329 sayılı Kanun'un yürürlüğe girişinden bir yıl sonra 30.6.2022 ve 7415 sayılı Kanun'un sekizinci maddesiyle İYUK'un 20/C maddesinin birinci fıkrasına, "Bu uyuşmazlıkların çözümünde ilgilinin görev yaptığı yerin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkilidir." hükmü ilave edilmiştir.² Bu ek hükümlerle, askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların bakılacağı idare mahkemelerine ilişkin yeni ve özel bir yetki kuralı belirlenmiştir. Bu yeni ve özel yetki kuralı, İYUK'un 32. maddesindeki genel ve 33 ilâ 37. maddelerinde yer alan özel yetki kurallarının uygulama alanını askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar yönünden değişikliğe uğratmıştır.

Kanun teklifinin gerekçesinde, askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan davaların "Türkiye genelindeki idare idari yargı mercilerinde görülmesinin farklı kararlar verilmesine yol açtığı, bunun da askeri hizmetin sürekliliğini, askeri disiplinin tesis ve idamesini olumsuz yönde etkilediği, verilen kararlarda yeknesaklığın sağlanması ve uygulama birliğinin tesisi amacıyla anılan davaların" belli ve ismen belirtilen belli "Bölge İdare Mahkemelerinin bulunduğu idare mahkemelerinde görülmesinin amaçlandığı" ifade edilmektedir.³

¹ İdari Yargılama Usulü Kanunu'na 24.06.2021 ve 7329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesiyle eklenen İYUK m.20/C maddesi 30.06.2021 tarih ve 31527 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İYUK 20/C maddesini ilişkin daha geniş bilgi için bkz. Celâl Işıklar, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'na 24.06.2021 Tarih ve 7329 Sayılı Kanunla Eklenen 20/C Maddesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi," *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no.1, (Ocak 2022): 354-359 (İYUK m.20/C).

² 30.6.2022 ve 7415 sayılı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 13 Temmuz 2022 tarih ve 31892 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³ Kanun teklifinde ismen ve sâdece Ankara, İstanbul, İzmir, Konya, Adana ve Erzurum idare mahkemeleri yetkili kılınmış iken, metin Komisyon'da verilen önerge ile metin son şeklini almıştır. Kanun Teklifinin 8. Madde hükmü şöyledir: "Bu uyuşmazlıkların

Bilindiği gibi, idari davalarda genel yetki durumunu düzenleyen 32. madde gereği, İYUK'ta veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir. Ancak özel bir düzenleme varsa öncelikle bu uygulanacaktır.⁴ Çalışma konumuz hükümlerle de sâdece bu genel yetki kuralına bir istisna getirilmemiş, kanaatimizce aynı zamanda İYUK m.33 ilâ 37. maddesi hükümleri de ikinci plana bırakılmıştır.

Bu makalede önce 7415 sayılı Kanunla getirilen yeni ve özel yetki kuralının kapsam ve içeriği, ardından diğer yetki kurallarıyla aralarındaki etkileşim ve ilişki ele alınacak, sonra da muhtemel yetki uyuşmazlıkları ve sorunları üzerinde durulacaktır. Aşağıda açıklanacağı üzere İYUK m.20/C kapsamındaki davalar genellikle idare mahkemelerinde ve bazı hâllerde ilk derece yargı yeri sıfatıyla Danıştay'da açılabilir. Bu uyuşmazlıklar idare mahkemelerince büyük ölçüde toplu/heyetli olarak çözümlenir ise de Kanunda aranan şartların gerçekleşmesi halinde tek hâkimle de görülebilir. Bu durum yetki meselesinden çok görev ve iş bölümü konusuyla ilgili olduğundan çalışmamızda genel görevli idare mahkemesi dikkate alınacaktır.⁵

çözümünde bölge idare mahkemesinin bulunduğu Ankara, İstanbul, İzmir, Konya, Adana ve Erzurum idare mahkemeleri yetkilidir. Bu mahkemelerin; bu maddede belirtilen uyuşmazlıklar bakımından yargı çevresi ile aynı yerde birden fazla bulunması halinde bu uyuşmazlıkların hangi idare mahkemesinde görüleceği Hâkimler ve Savcılar Kurulunca tespit olunur. Bu kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır." Bkz. "TBMM Web Sitesi 343 sıra sayılı Milli Komisyon raporu", Erişim 10 Ağustos 2022, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k7415.html>.

⁴ Şu var ki göreve ilişkin hükümler saklıdır, yâni görev konusu önce geldiğinden yetkili mahkeme görevli mahkemeye göre belirlenecektir. Bunun anlamı uyuşmazlık konusunda kanun belirli bir (Danıştay gibi) veya birden fazla yargı yerini görevlendirmişse, bu merci tek bir yer ise artık yetki sorunu çıkmayacak; ancak görevli mahkeme birden fazla ise bunlardan biri yetkili mahkeme olacaktır. Yeni yetki kuralı açısından bakıldığında, (ilgilinin görev yaptığı yerin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesinin yetkilendirilmesi sebebiyle) yetki artık Türkiye'de mevcut bölge idare mahkemelerinin yargı çevresi itibarıyla tayin ve tespit edilecektir.

⁵ Aynı idare mahkemesinde heyetle ve tek hâkimle bakılan uyuşmazlıklar arasındaki konu itibarıyla yetkinin görev veya iş bölümü mü olduğu ve dolayısıyla görev uyuşmazlığı oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır. Danıştay'a göre tek hâkimle çözülmesi gereken bir uyuşmazlıkta, mahkeme heyetince görev uyuşmazlığı

I. GENEL OLARAK YETKİ KAVRAMI VE YETKİ KURALLARI

A. Yetki kavramı ve Kapsamı

Yargılama hukukunda geniş anlamda yetki, kanunun bir yargı merciine tanıdığı belli bir uyuşmazlığı çözmesi gücü, yâni davaya bakabilme ehliyetidir. Esasen Türk usul hukukunda bir mahkemenin çözüme bağladığı uyuşmazlığın mahiyetine, yâni konu bakımından yargılama yetkisine görev denmektedir. Buna karşılık dar anlamda yetki terimi coğrafi yer bakımından yargılama yetkisini ifade etmektedir.⁶ Yetki (kuralları), bir davanın ülke coğrafyasının hangi yerindeki aynı yargı düzenine tâbi görevli mahkeme tarafından görüleceğini gösterir.⁷ Her mahkemeye özgü ve coğrafi sınırları

çıkarılamaz: 3.D, E.1986/52, K.1986/383, 6.2.1986 (Danıştay Dergisi, S. 64-65, 106). Bu görüşte, Celal Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Cilt 2, 5. Baskı (Ankara: Kendi Yayını, 2001), 1535. Aksi görüşte, Ramazan Yıldırım, “Türk İdari Yargısında Görev ve Yetki”, *Amme İdaresi Dergisi* 29, no:3 (Aralık 1985), 113; Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, *Türk İdari yargılama Hukuku Dersleri*, (Ankara: Astana Yay., 2018), 177.

⁶ Gürsel Kaplan, “İdari Yargı Yerlerinin Yetkisinin Kamu Düzeninden Sayılmasının Yol Açtığı Olumsuz Sonuçlar ve Çözüm Önerileri Hakkında Bir İnceleme”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, 23, Kitap1(2008): 40 (Bir İnceleme); Yıldırım, 87; R. Cengiz Derdiman, Kamu görevlilerine İlişkin İdari Davalarda Yetki Belirsizlikleri, *Hukuki Yaklaşım Sitesi*, Erişim 15 Temmuz 2022, https://www.hukukiyaklasim.com/makaleler/idari-yargida-yetki-belirsizlikleri/#_ftn1 (Yetki Belirsizlikleri); R Cengiz Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları*, 3. Baskı (Bursa, Aktüel Yay., 2014), 106, 355; İsa Aydemir, “İdari Yargılama Usulünde Yetki Kuralları” (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2007), 5-6 (Yetki Kuralları). Yetki teriminin yargılama usulündeki anlamları için bkz. Kerim Anadolu, *İdari yargıda Görev ve Yetki* (Ankara: Kendi Yayını, 2003), 3-4. Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı-İdarenin Hukuka Zorlanması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 246.

⁷ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 5.Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 209; Kazım Yenice ve Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü* (Ankara: Kendi Yayını, 1983), s.627; A. Şeref Gözübüyük, *Yönetsel Yargı*, 26. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), 351; A. Şeref Gözübüyük ve Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 2. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 1999) 805; Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 4.Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 881; Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4.Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 721; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 3.Baskı (Bursa: Ekin Kitabevi, 2018), 141; İbrahim Topuz ve Kadir Özkaya, *Açıklamalı İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, (Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2002), 776; Reşit Gürbüz, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, Ankara 2020), 206;

belirli bu yargı yetkisi alanına yargı çevresi de denir.⁸ Yargı çevrelerinin tayin ve tespitinde genellikle mülki taksimat dikkate alınır.⁹ İdari yargıda yetki ancak idare mahkemelerinin veya vergi mahkemelerinin arasında söz konusu olabilir.¹⁰ Bu paralelde, İYUK m.20/C-1 kapsamındaki uyuşmazlıklarda yetki konusu yalnızca idare mahkemeleri arasında gündeme gelebilecektir.

Anayasa hükümleri gereği mahkemelerin yetkisi ancak kanunla düzenlenebilir (m.142) ve hiç kimse kanunen tâbi oluşu, yâni kanunla yetkili kılınan mahkemeden başka bir mahkeme önüne çıkarılamaz (m.37/1). Anayasal bir ilke olan doğal hâkim ilkesi sonucu mahkemelerin yetkisi ancak Kanun koyucu tarafından ve Kanun şeklindeki yasama işlemiyle belirlenebilir.¹¹ Bundan dolayıdır ki, cumhurbaşkanlığı kararnamesi, tüzük ve yönetmelik ile diğer adsız düzenleyici işlem hükümleriyle yetki kuralları konulamaz.

Ülkenin hukuk politikası çerçevesinde kural olarak ve öncelikle bütün davalarda uygulanmak üzere genel bir yetki kuralı konulur. Bunun yanında durumun gerektirdiği şart ve ihtiyaçlara bağlı olarak genel kuralın dışında davacının konumuna ve/veya davanın konusuna göre ilgilinin ikametgâhı veya bulunduğu yer, kamu görevi unvanı, çalışma yeri, sözleşmenin veya işlemin tesis yeri, taşınırın veya taşınmazın bulunduğu gibi değişik ölçütlere göre değişik ve ilkinde göre özel yetki kuralları da öngörülebilir. Genel yetki kuralına belirlenen mahkemeye genel yetkili mahkeme, özel yetki kuralına bağlı mahkemeye ise özel yetkili mahkeme denir.¹²

Karahanoğulları, 280; Nihat Kayar, *Yönetmelik Yargı-Kuruluş ve İşleyiş* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2010), 233.

⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 209; Karavelioğlu, 1440; Candan, 881. Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 16.Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 266; Kahraman Berk, *İdari Yargılama Usulü Kapsamında İlk İnceleme* (İstanbul: Alfa Yayınları, 2008), 59.

⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *İdari Yargılama Hukuku*, 6.Baskı, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 209; Aydemir, *Yetki Kuralları*, 6.

¹⁰ Yenice ve Esin, 630; Gözübüyük, 351; Gözübüyük ve Dinçer, 805; Yıldırım ve Çınarlı, 182; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 989, 996.

¹¹ Gözübüyük, 357, 359; Anadolu, 38-39; Tan, 989, 999.

¹² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, 210.

B. İdari yargılama Usulünde Yetki Kuralları ve Özellikleri

Yetki bir davanın aynı türden olan mahkemelerin yer bakımından hangisinde çözümleneceğini belirlediğinden, idare yargılama usulünde yetki sorunu sâdece aynı derecedeki yargı mercileri arasında çıkabilir. Bu cümleden olarak yetki uyuşmazlığı ancak idare (ve vergi) mahkemelerinin ve bölge idare mahkemelerinin kendi aralarında çıkabilir. Bir idare (vergi) mahkemesiyle bir bölge idare mahkemesi veya Danıştay arasında, ya da bir bölge idare mahkemesiyle idare (vergi) mahkemesi veya Danıştay arasında yetki uyuşmazlığı söz konusu olamaz.¹³ Tek ve en üst dereceli idari yargı merci olan Danıştay'ın görev alanına giren uyuşmazlıklarda, İYUK m.32/1'de "Göreve ilişkin hükümler saklı kalma şartıyla" denildiğinden yetki kurallarının uygulanması söz konusu değildir.¹⁴

Bir davaya yer itibarıyla bakma iktidarına sahip mahkemeyi, yâni yetkili mahkemeyi düzenleyen ve belirleyen kurallara yetki kuralları denir.¹⁵ İdari yargılama usulünde yetki kuralları medeni usulden gerek nitelik gerek kapsam ve içerik bakımından farklıdır. Bir kere hukuk yargılamasından farklı olarak¹⁶ idari yargılama usulünde yetki, İYUK m.32/1'de de açıkça belirtildiği üzere kamu düzenindedir.¹⁷ Keza idare mahkemeleri önüne gelen bir uyuşmazlığı kendi görevine girse bile kanunla yetkilendirilmediği

¹³ Gözübüyük ve Dinçer, 805; Zehreddin Arslan ve diğerleri, *Açıklamalı İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 370; Anadolu, S.83

¹⁴ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 212. Bu Doğrultuda, Dan. 6.D., E. 2007/7876, K.2008/1684, 11.3.2008.

¹⁵ Zühal Çokar, "Genel Olarak Görev ve Yetki Konusu", *İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi* 6, No. 1-3 (Aralık 1995): 43; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdari Yargılama Usulü*, 2. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 1999), 765; Kaplan, 141; Aydemir, "Yetki Kuralları", 6.

¹⁶ Medeni usulde yetki kuralları ve bunların idari yargılama usulündeki yetki kurallarıyla karşılaştırılması için bkz. Kaplan, 142-143; Aydemir, "Yetki Kuralları", 7 vd.

¹⁷ Gözübüyük, 356; Anadolu, 37; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 13. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 280; Gözübüyük ve Dinçer, 810; Kalabalık, 266; ; Yıldırım ve Çınarlı, 182; Arslan ve diğerleri, 370; Berk, 60; Kaplan, 141; Karavelioğlu1452; Tan, 997-999; Topuz ve Özkaya, 776; Gürbüz, 207. Bu Yönde, Dan. 5.D., E.1985/813, K.1987/837, 25.6.1987 (DD, S.68-69, 418); Bununla birlikte, yetkinin kamu düzeninden sayılmaktan çıkarılmasının ve yetkili mahkemenin sözleşme ile de tayin imkânının tanınması gerektiği, bu sebeple yetkisizlik kararının itiraz üzerine veya resen sâdece dosya tekemmül edinceye kadar verilebilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Kaplan, "Bir İnceleme", 74.

takdirde çözemeyeceğinden, yetki konusu idari yargıda dava ön şartı olarak kabul edilmiştir.¹⁸

Yetkinin kamu düzeninden sayılmasının ve buna bağlı olarak dava şartı olarak kabulünün birçok sonucu vardır:¹⁹

- Öncelikle hiçbir idari yargı yeri, yetkisine girmeyen bir davaya bakamayacağı gibi yetkisi dâhilindeki bir davaya da bakmaktan kaçınmaz (m.36/2).
- Tıpkı görev konusunda olduğu gibi, yetki hususu istisnasız olarak ve taraflar ileri sürmese bile idari yargılamanın her aşamasında kendiliğinden göz önünde bulundurulur ve re'sen incelenir.²⁰
- Kamu düzenine ilişkin olduğundan kesin yetki kurallarının uygulama alanını kıyas yoluyla genişletmek mümkün değildir.²¹
- Taraflar aralarında anlaşarak veya yetki sözleşme yoluyla yetkili mahkemeyi değiştiremezler.²²
- İdari yargılama usulünde idare mahkemelerinin verdiği yetkisizlik kararlarına karşı istinaf ve temyiz yolu kapalıdır (İYUK m.15/4).²³
- Yetkisiz bir mahkemenin davaya bakması kanun yollarında kaldırma/bozma sebebidir.²⁴
- İdari yargılama usulünde yetkiye ilişkin kuralların uygulanması taraflar için usulî kazanılmış (müktesep) hak doğurmazlar. Bu

¹⁸ Selami Demirkol ve Zuhale Bereket Baş, *Teori ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü*, 2.Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2001), 37; Karahanoğulları, 246; Derdiman, "Yetki Belirsizlikleri".

¹⁹ Bu sonuçlar için bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 210; Kaplan, 142-143.

²⁰ Yenice ve Esin, S.643; Gözübüyük, 356, 359; Gözübüyük ve Dinçer, 810; Çağlayan, 280; Ulusoy, 721; Kaplan, 141; Karavelioğlu, 1452; Tan, 999; Kalabalık, 266; Berk, 60; Arslan ve diğerleri., 370; Demirkol ve Bereket Baş, 37; Topuz ve Özkaya, 776; Gürbüz, 207; Karahanoğulları, 281; Fatma Korkmaz, "İdari Yargıda Görev ve Yetki", (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2009), 88.

²¹ Karavelioğlu1452.

²² Yenice ve Esin, 643; Gözübüyük, 356; Gözübüyük ve Dinçer, 810; Anadolu, 37; Kaplan, 142; ; Tan, 999; Kalabalık, 266; Yıldırım ve Çınarlı, 182; Arslan ve diğerleri, 370; Demirkol ve Bereket Baş, 37; Topuz ve Özkaya, 776.

²³ Kaplan, 143.

²⁴ Gözübüyük ve Dinçer, 810; Tan, 999; Çağlayan, 280; Kalabalık, 266. Bozma sebebi sayılmasının yararsızlığı hakkındaki görüş için bkz. Ulusoy,721-722; Berk, 60-61.

itibarla, derdest bir davada yetki kuralının kanunla değiştirilmesi hâlinde, -aksi öngörülmedikçe- mahkeme artık davaya devam edemez; yetkisizlik kararı vererek kanunun belirlediği yeni yargı merciine göndermek zorundadır.²⁵

İdari yargılama hukuku alanında ana kanun olarak İYUK'ta hem genel hem de özel yetki kuralları düzenlenmiştir. Mahiyeti gereği özel kural hâlinde genel kural göz ardı edileceğinden, uyumsuzlukla ilgili İYUK'ta veya başka kanunlarda özel bir yetki kuralına yer verilmişse genel yetki kuralına başvurulamaz. Başka bir yaklaşımla özel yetki kurallarına dâhil olmayan konularda genel yetki kuralı geçerlidir.²⁶ İdari davalarda yetki ile yetkisizlik hallerinde yapılacak işlemlerle ilgili kurallar esasen İYUK'un 32 ilâ 44. maddelerinin yer aldığı İkinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölümün "İdari davalarda genel yetki" başlıklı ilk maddesi idari yargılamada yetkili mahkemeyi göstermektedir: "*Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir (m.32/1).*"

İYUK'un genel kurala ilişkin 32. maddesini takip eden maddelerde özel kurallar düzenlenmiştir. Bu çerçevede 33. madde kamu görevlileri ile ilgili davalardaki, 34. madde taşınmaz mallara ilişkin davalardaki, 35. madde taşınır mallara ilişkin davalardaki, 36. madde tam yargı davalarındaki ve 37. madde vergi uyumsuzluklarındaki yetkili mahkemeyi göstermektedir. Müteakip beş madde bağlantılı davalar ve bunlarla ilgili esaslara (m.38-42), 43. madde görevsizlik ve yetkisizlik hallerinde yapılacak işlemlere ve nihayet 44. madde merci tayinine ilişkindir.

İYUK'ta yetkisizlik hallerinde yapılacak işlem konusunda medeni usulden farklı bir uygulamaya yer verilmiştir. Şöyle ki, İYUK m.43'a göre; idare ve vergi mahkemesi, idari yargının görev alanına giren bir davada yetkisizlik sebebiyle davanın reddine karar verirse dosyayı Danıştay'a veya

²⁵ Yetki kuralları görev gibi usuli nitelik taşıdıklarından, yetkili mahkemeyi değiştiren yeni düzenlemede hali hazırda derdest davaya bakan mahkemenin davaya devamını sağlayan istisnai ve geçici bir hüküm varsa yetkisizlik kararı verilemez. Kaplan, 141; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 210.

²⁶ Çağlayan, 281; Kalabalık, 266. Bu yönde, Dan. 10.D., E.2001/5093, K.2001/4850, Yakup Bal, Mustafa Karabulut ve Yahya Şahin, *İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003), 797.

görevli ve yetkili idare veya vergi mahkemesine gönderir. Yetkisizlik sebebiyle dosyanın gönderildiği mahkeme kendisini yetkisiz gördüğü takdirde, yetki uyuşmazlığı söz konusu mahkeme aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde ise bölge idare mahkemesi; aksi halde Danıştay tarafından çözümlenir.

Bundan başka, ister ilk inceleme aşamasında olsun ister esasa geçilmiş olsun, idari yargı yeri tarafından idari yargının görevli olduğu konularda davanın yetki yönünden reddine ilişkin kararlara karşı istinaf ya da temyiz yoluna başvurulamaz (İYUK m.15/4). Bu takdirde yetkisizlik kararının kesinleşmesiyle birlikte dava dosyasının yetkili mahkemeye gönderilmesiyle yetinilir.

Son olarak eklemek gerekir ki, medeni usulden farklı olarak idari yargılama usulünde her bir dava veya tek bir yer mahkemesi belirlenmiştir. Bunun tek istisnası İYUK m.33'deki kamu görevlilerinin atanması ve nakilleriyle ilgili davalarda kamu görevlilerinin hem eski, hem yeni görev yerinin yetkili kılınmasıdır.²⁷

II. ASKERİ HİZMETE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARA ÖZGÜ YENİ YETKİ KURALININ KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak Düzenleme Şekli

7415 sayılı Kanunla getirilen yetkiyle ilgili yeni kuralın mahiyetinin tespiti için İYUK'un 20/C maddesinin Birinci fıkrasının tümüne bakılması gerekmektedir. Bu maddenin başlığı ve konumuzu ilgilendiren ilk fıkrası şu şekildedir:

“Askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklara dair hükümler:

Madde 20/C- (Ek:24/6/2021-7329/16 md.) 1. Bu madde; Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile 25/6/2019 tarihli ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erleri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. (Ek cümle:30/6/2022-7415/8 md.)
Bu uyuşmazlıkların çözümünde ilgilinin görev yaptığı yerin idari yargı

²⁷ Kaplan, 142.

yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkilidir.”

Görüldüğü üzere düzenlemenin son şekli itibariyle, askeri faaliyet şeklindeki milli savunma hizmeti ve bu faaliyeti gören kişilerle ilgili davalar yönünden, genel ve diğer özel yetki kurallarının içerdiğinden farklı ve yeni bir yetki kuralı ölçütü söz konusudur: Askeri faaliyetle ilgili kişinin görev yaptığı yer ölçütü. Yeni düzenlemeyle bu ölçüt askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklarda eskisinden farklı olarak aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde tek bir idare mahkemesini yetkilendirmektedir. Bu ölçüt, temelde hem ilgili kişinin statüsünün hem de uyuşmazlık konusunun esas alınması sebebiyle, İYUK’un 32 ilâ 37. maddelerindeki genel ve özel yetki kurallarından ayrılmaktadır. İYUK m.20/C-1’deki kuralın söz konusu yetki kuralları gibi tek boyutlu değil iki boyutlu olduğu görülmektedir. Kural adeta aynı zamanda bir görev kuralı gibidir. Bu yönüyle, Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yerine getiren yedek subaylar ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erlerin,²⁸ askeri hizmete ilişkin davalarında bu yetki ölçütü öncelikle ve özellikle uygulanmak durumundadır. Ancak aşağıda açıklanacak temel şartlardan biri bulunmasa bile artık bu ölçüt esas alınamayacak, sırasıyla önce özel, sonra genel yetki kuralı uygulanacaktır.

B. Yetki Kuralının Uygulanabileceği Hâl ve Şartlar

Askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklara özgü yetki kuralı ancak iki hâl ve şartın birlikte (kümülatif) gerçekleşmesi hâlinde uygulanabilecektir. İYUK m.20/C-1’nin birinci cümlesinde düzenlenen bu iki temel hâl ve şarttan ilki yetkinin kişi, ikincisi konu yönüyle ilgilidir. Bu hükümlerin tarihsel kaynağı, Anayasa’nın mülga 157 ve mülga 1602 sayılı Askeri Yüksek İdaresi Mahkemesi Kanunu’nun 20. maddesidir.

²⁸ Kanundaki bu uzun niteleme yerine bundan sonra kısaca “MSB’de çalışan kamu görevlileri ve yükümlü askerler” deyimini kullanılacaktır.

1. İdari İşlem veya Eylemin Milli Savunma Bakanlığında Çalışan Kamu Görevlilerini ve Yükümlü Askerleri İlgilendirme Hâl ve Şartı²⁹

İYUK 20/C-1 maddedeki yetki kuralının uygulanabilmesi için gerekli ilk hâl ve şart askeri hizmete ilişkin uyumsuzlukların ilgilendirdiği kişinin hukuki statüsüne ilişkindir. Buna göre, uyumsuzluk “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında çalışan kamu görevlilerini ve yükümlü askerleri ilgilendir(mek)” zorundadır.

Her şeyden önce “MSB’deki kamu görevlileri ve yükümlüleri ilgilendiren” işlem veya eylem ifadesini, “MSB’deki kamu görevlileri ve yükümlüler ile ilgili” işlem veya “MSB’deki kamu görevlileri ve yükümlülere yönelik” eylem olarak, yâni işlem ve eylemlerin hem bu kişilerce yapılması, hem de bu kişilere yönelik şekilde anlamak gerekir.³⁰

²⁹ Bu başlık altında yetki kuralının kapsamını göstermek üzere zorunlu olarak yaptığımız açıklamalar dp.1’de gösterilen makalemizin ilgili kısmından kısaca özetlenmiştir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Işıklar, “İYUK m.20/C”, 362-381.

³⁰ İYUK m.20/C-1”deki metnin kaynağı olan 1602 SK m.20 hükmünün uygulamasında, AYİM önceleri davacının asker kişi olması göz önünde bulundurmuş iken, daha sonraları genişletici bir yorumla idari işlemin asker kişi dikkate alınarak yapılmasını aramıştır. Bkz. Gürbüz Gümüşay, “Askeri İdari Yargının Görev Alanı” (Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 2007), 63; Celâl Işıklar, “Askerlik Yükümlülüklerinden Doğan Uyumsuzlukların Yargısal Denetiminde Görev”, *Ankara Barosu Dergisi* 62, no.2 (2011): 151 (Görev); Celâl Işıklar, *Türkiye’de Askerlik Usulleri ve Askerlik İşlemlerine İlişkin İdari ve Adli Davalar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 296 (Askerlik Usulleri).

AYİM’in ilk yıllardaki kararları: AYİM 2.D, E.1987/231, K.1987/212, 10.12.1987 (AYİMD, S.7, K.1, 112-114); 1.D, 278/729, 27.06.1995 (AYİMD, S.10, 283-284).

AYİM’in davacının asker kişi olmasını şart koşmadığı sonraki yıllara ait kararları: 3. D, E.2006/1424, K.2006/1314, 2.11.2006 (AYİMD, S.22, 121 vd.); 3. D, E.2006/1529, K.2006/1570, 14.12.2006 (AYİMD, S.22, K.1, 127 vd.); 3. D, E.2006/1266, K.2006/1136, 12.10.2006 (AYİMD, S.22, K.1, 131 vd.); 3. D, E.2010/542, K.2010/420, 25.3.2010 (AYİMD, S.26, 95-97); 2. D, E.2012/928, K.2012/938, 17.10. 2012 (AYİMD, S.27, 41-43); 2. D, E. 2013/41, K.2013/65, 23.01.2013 (AYİMD, S.29, 40-43); 2. D, E.2014/593, K.2014/525, 2.4.2014 (AYİMD, S.30, 50), Bu ve diğer kararlar için bkz. Gümüşay, 63 vd.; Işıklar, “Görev,” 151 ve *Askerlik Usulleri*, 296.

Uyumsuzluk Mahkemesi kararları da bu paralelde gerçekleşmiştir; UM Hukuk Bölümü, E.2004/51, K.2004/59, 4.10.2004. Davacının asker kişi olmasının aranmadığı diğer kararlar için bkz. UM Hukuk Bölümü, E.2004/99, K.2004/91, 6.12.2004; E.2007/539, K.2008/65, 3.3.2008; E.2013/1835, K.2014/149, 3.3.2014; E.2015/122, K.2015/139, 2.3.2015; E.2015/256, K.2015/267, 6.4.2015; E.2015/ 258,

Bu kavramla, davacı belirtilen kişilerden olsun olmasın “askeri hizmete ilişkin işlemin tesisinde hükümde sayılanların hizmet yönünden beceri, yeterlik ve yeteneklerinin, hâl ve hareketlerinin, hizmet safahatının, yetki, hak ve ödevlerinin göz önünde tutulması ile işlemin doğrudan doğruya bu kişiler göz önünde tutularak yapılması, bunların hak ve menfaatlerini etkilemesi” gibi hâller anlatılmak istenmektedir.³¹ Buna karşılık bir idari eylemin “MSB’deki kamu görevlileri ve yükümlüleri ilgilendirmesi” ise, eylemden doğan maddi ve/veya manevi zararın bizzat bu kişilerin vücut bütünlüğü ve mal varlığı üzerinde gerçekleşmesi demektir.³²

Bu hâl ve şartın kapsamına görevde iken işlem veya eyleme muhatap olan, fakat başvuru esnasında görevden ayrılmış personelin de girdiği kabul edilmelidir. Bununla birlikte işlem ve eylem ilgilinin statüye girmeden önceki veya statüden çıktıktan sonraki süreçte gerçekleşmişse m.20/C-1 hükümleri değil,³³ 32 ilâ 37. maddelerdeki genel ve özel kurallar uygulanmalıdır.

a. İlgili Kişiler: Milli Savunma Bakanlığında Çalışan Kamu Görevlileri ve Yükümlü Askerler

Maddenin birinci fıkrası itibariyle ilgililerin tespitinde kamu görevlileri yönünden MSB teşkilatının, yükümlüler yönünden ise doğrudan belli statüdeki kişilerin esas alınması gerekmektedir.

i. Milli Savunma Bakanlığında Çalışan Kamu Görevlileri

Maddede sâdece “TSK kadrolarında” değil, “Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında” çalışan tüm kamu görevlileri kapsama alınmıştır.

K.2015/277, 4.5.2015, bu kararlar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, erişim 10 Temmuz 2022, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>.

³¹ Gümüşay, 150. Bu ifadelerin geçtiği kararlara örnek, UM Hukuk Bölümü, Eb1989/39, K.1989/40, 13.10.1989 ve E.1989/27, K.1989/26, bu diğer kararlar için bkz. Karavelioğlu911-933.

³² AYİM ve UM uygulaması da bu doğrultuda gerçekleştiği hakkında, Serdar Özgüldür, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 1996), 176-177. Bu doğrultuda AYİM 2. D, E.2008/813, K.2009/532, 6.5.2009 (AYİMD, S.25, 109); 2.D, E. 2013/213, K.2013/169, 13.02.2013 (AYİMD, S.29, .37-39) ve UM Hukuk Bölümü, E.2002/29, K.2002/51, 7.10.2002, nakleden Bedriye Şenol İspartalı, “Askeri İdari Eylemden Doğan Mali Sorumluluk.” (Yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2009), 109.

³³ Bu doğrultuda, AYİM 2. D, E.2014/593, K.2014/525, 2.4.2014 (AYİMD, S.30, 50-53; AYİM 2. D, E.2012/928, K. 2012/938, 17.10. 2012 (AYİMD, S.28, 41-43).

Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminde artık “Millî Savunma Bakanlığı kadroları” daha geniş bir kapsama sahip olduğundan tüm TSK personelini içine almaktadır. Zira 2016’daki darbe teşebbüsünden sonraki süreçte Genelkurmay Başkanlığı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarının Millî Savunma Bakanı’na bağlı hâle getirilmiş bulunmaktadır.³⁴

Merkezi/genel idarenin içinde yer alan Millî Savunma Bakanlığı 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ne (CBK) göre merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatından oluşmaktadır (m.337 vd). 1 sayılı CBK’nın bu ve 509. maddeleriyle, 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum Ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümleri dikkate alındığında Millî Savunma bakanlığı kadrolarında bulunan ve kamu görevlisi istihdam eden kurum ve kuruluşları şu şekilde sıralayabiliriz: *Genelkurmay Başkanlığı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıkları, Harita Genel Müdürlüğü, MSB Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme (ANT) Başkanlığı, Millî Savunma Üniversitesi.*

Sonuç olarak Millî Savunma Bakanlığı’nda çalışan kamu görevlileri; a) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na (DMK) tâbi memurlar ile diğer sözleşmeli personel, b) 926 sayılı TSK Personel Kanunu ve TSK İç Hizmet Kanunu’na tâbi muvazzaf ve 4678 sayılı Kanun’a tâbi sözleşmeli subay ve astsubaylar, c) 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu’na tâbi uzman erbaşlar, d) 6191 Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu’na tâbi sözleşmeli erbaş ve erler, e) Başta MSÜ olmak üzere diğer MSB kadrolarındaki 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu’na tâbi öğretim elemanları, f) 399 ve 375 sayılı KHK ile diğer mevzuata göre istihdam edilen üst yöneticiler ile sözleşmeli personelinden oluşmaktadır.³⁵

ii. Askerlik Yükümlüleri

Kamu görevlileri ibaresi askerlik yükümlülerini kapsamadığından bunlar maddede ayrıca sayılmıştır. Dolayısıyla Anayasanın 72. maddesi çerçevesinde 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında askere alınan yedek subay ve yedek astsubaylar ile yine bu Kanun uyarınca askerlik

³⁴ Geçmişte birçok cepheden farklı bir hukuki yapısı bulunan Türk Silahlı Kuvvetleri’nin artık tamamen MSB teşkilatı içinde yer aldığı görüşü için bkz. Işıklar, “İYUK m.20/C”, 365-366.

³⁵ İYUK m.20/C-’de sayılmayan askeri öğrencilerin madde kapsamına dâhil edilmeleri gerektiğine ilişkin görüşümüz için bkz. Işıklar, “İYUK m.20/C”, 380-381.

hizmeti gördürülen erbaş ve erler de İYUK m.20/V-1 hükme kapsamına dâhildir. Hemen belirtelim ki 20/C maddesinin tatbiki bakımından yükümlü yedek subay, yedek astsubay ve erbaş ve erlerin MSB kadrolarında istihdamı şart değildir. Bu itibarla örneğin yedek subay öğretmen ve er öğretmen olarak Milli Eğitim Bakanlığında görevli yedek subaylar ile kolluk personeli olarak Jandarma Genel Komutanlığı (dolayısıyla İçişleri Bakanlığı) kadrolarında çalıştırılan yükümlü erbaş ve erler hakkında da 20/C maddesi hükmünün uygulanması gerekir.

b. İdari İşlem veya Eylemin Askerî Hizmete İlişkin Olması Hâl ve Şartı³⁶

İYUK m.20/C hükmü “askerî hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygula(nacaktır).” Dolayısıyla yeni kuralın kapsamının tayin ve tespitinde, sâdece kişi yönünden değil uyuşmazlık konusu itibarıyla de temel bir hâl ve şart söz konusudur.

i. Genel Olarak Askerî Hizmet Kavramı

“Hizmet” terimi 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu’nun (İçHK) 6. ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun 12. maddelerinde “mevzuatın veya âmirin yapılmasını/yapılmamasını emrettiği işler” şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde bu mevzuat da dikkate alınarak yapılan bir tanıma göre askeri hizmet, “TSK’nin, İç Hizmet Kanunu’nda belirtilen görevleri yerine getirebilmesi bakımından kanun, tüzük, yönetmelik ve yönergelerde belirtilen etkinlikler ile mevzuatta tanınması hâlinde âmirlerin takdir yetkisi içerisinde kalarak verdiği emirlerle yaptırdığı işler” olarak tanımlanabilir.³⁷

ii. İşlem ve Eylemlerin Askerî Hizmete İlişkinliği

AYİM uygulamasına göre askeri hizmete ilişkin olma şartının artık daha dar yorumlanacağı kanaatindeyiz. Askerî hizmete ilişkin işlem ve eylemler, somut olarak ve doğrudan doğruya olağan ve günlük askeri hizmet

³⁶ Bu başlık altında zorunlu olarak yaptığımız açıklamalar dp.1’de gösterilen makalemizin ilgili bölümünden kısaca özetlenmiştir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. İşıklar, “İYUK m.20/C”, s.353-362.

³⁷ Bu tanımın esas alındığı daha ayrıntılı tanım için bkz. AYİM Başsavcılığı’nın Uyuşmazlık Mahkemesinde olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması için verdiği 17.05.1989 tarih ve 1989/78 sayılı “Görevlilik Kararının Reddine İlişkin Karara Yapılan İtirazın Reddine Dair Kararı,” 1994, (8), AYİMD, s.170-175. Aynı geniş tanım için bkz. Özgüldür, 190.

ve faaliyetler olarak kabul edilebilir.³⁸ Zira maddi ve fonksiyonel niteliği dikkate alındığında askeri hizmet kavramının gerek milli güvenlik gerek bunun bir alt kavramı olan milli savunma kavramlarından daha dar bir anlama sahip olduğu görülmektedir. Bu itibarla, MSB'deki kamu görevlileri ve yükümlüleri ilgilendiren her türlü işlem ve eylemin Bakanlığın iş ve faaliyetleriyle ilgili olsa da 20/C maddesi kapsamında görülmesi mümkün değildir.³⁹ Bir idari işlemin askeri hizmete ilişkin olması, o işlemin bir askeri hizmetin yürütülmesi veya yerine getirilmesi maksadıyla yapılması demektir.⁴⁰ AYİM'in yerleşik içtihatlarına göre, "(e)ğer idari işlem askeri gereklere, askeri usul ve yöneme ve askeri hizmete göre tesis edilmiş ise bu işlemin askeri hizmete ilişkin olduğu kabul edilmelidir."⁴¹ Buna karşılık askeri idari eylem, kanunların ve nizamların TSK'ye verdiği yetki ve görevlerin ifasına yönelik olarak askerî kural ve gerekler çerçevesinde yürütülen askerî hizmet sırasındaki bir hareket, tutum veya meydana gelen olay ya da getirilen bir olay" olarak ifade edilebilir. Bu takdirde bu eylemin askeri hizmete ilişkin olması da "askeri hizmet yürütülürken meydana gelen sonuçla bu eylem arasındaki bağıllık" demektir.⁴² AYİM uygulamasında, idari eylemin askeri hizmete ilişkin olması için, o eylemin, askeri makamlarca tesis edilmesi veya bir askeri hizmetin yerine getirilmesi sırasında meydana gelmesi aranmıştır.⁴³

³⁸ Bu görüşte, Anadolu, s.58

³⁹ Bu yönde, Anadolu, s.58. Milli savunma ve askerlik hizmetleri ilişkisi için bkz. Halit Yılmaz, "Türk Silahlı Kuvvetleri ve Milli Savunma Hizmeti," *AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no.4, (2004): 413; Şenol İspartalı, 62. Ayrıca Bkz. Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2009), 24 vd.; Ramazan Yıldırım, *İdare Hukuku Dersleri*, Cilt II, (Konya: Mimoza Yayınları, 2010), 117-133.

⁴⁰ Şenlen Sunay, s.128.

⁴¹ Bu ifade için bkz. AYİM 3.D, E.2010/542, K.2010/420, 25.03.2010 (AYİMD, S.27, 95-97). Bu doğrultudaki, diğer AYİM kararları: 1. D, 2001/1289, K.2001/1234, 20.11.2001 (AYİMD, S.17, K.1, 343-345); 3.D, E.2004/362, K.2005/235, 10.2.2005 (AYİMD, S.20, K.1, 125-127); 3. D, E.2007/633, K.2007/759, 31.05.2007 (AYİMD, S.23, 179-181); 2. D, E. 2013/41, K.2013/65, 23.01.2013 (AYİMD, S.29, 40-43); 3. D, E.2012/161, K.2012/93, 19.01.2012 (Bu kararlar için bkz. Işıklar, *Askerlik Usûlleri*, 297-298, dp.70; Işıklar, "Görev," 152, dp.50; Gümüşay, 85 vd. UM'nin aynı paralelde kararları: UM Hukuk Bölümü, E.1999/14, K.1999/15, 3.5.1999 (RG. 8.6.1999, S.23719, 45-49); E.2016/230, K.2016/273, 9.5.2016 (Karar yayımlanmamıştır); E.2015/174, K.2015/533, 28.11.2016 ve E.2016/183, K.2016/534, 28.11.2016, nakleden Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 128, dp.22.

⁴² Bu tanımlamalar için bkz. Özgüldür, s.193. Bu yönde, Gümüşay, 912; Şenol İspartalı, s.57.

⁴³ Gümüşay, 90; Şenol İspartalı, 57. Geniş bilgi ve somut karar örnekleri: Özgüldür, 194-210, 288-317, 91-106. UM Hukuk Bölümü'nün aynı yöndeki kararları:

Bize göre gerek idari işlem gerek idari eylem yönünden İYUK m.20/C-1'e göre açılacak davanın ölüm vb. hallerde bizzat işlemin ilgilendirdiği kişi veya eylemin yöneldiği kişi tarafından açılması beklenmemelidir. İdari işlem yönünden işlem sebebiyle menfaati ihlal olanlar da Kanunda kişileri ilgilendiren askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklarda yerine göre davacı olabilirler. İdari eylem açısından kural olarak davacının eylemin ilgilendirdiği, yâni eylemden zarar gören kişi olması gerekir ise de destekten yoksun kalanlar da dava açabilirler.

Ekleme gerekir ki, geçmişte doğrudan “askeri hizmet” niteliği bulunmamakla beraber onunla sıkı sıkıya bağlı görüldüğü için AYİMK m.20/1 kapsamında değerlendirilen askerlerle ilgili OYAK'ın ve SGK'nın (eski TC Emekli Sandığı'nın) vazife malulü aylığı bağlanmaması işlemlerinin artık 20/C maddesi kapsamında kabul edilmemesi mümkündür. Bu ve benzeri durumlarda yetkili mahkeme doğrudan doğruya İYUK'un 32 ilâ 27. maddelerindeki kurallara göre belirlenebilir.

C. Yetkili Mahkeme: İlgilinin Görev Yaptığı Yerin İdari Yargı Yetkisi Yönünden Bağlı Olduğu Bölge İdare Mahkemesinin Bulunduğu Yerdeki İdare Mahkemesi

Yeni kurala göre yetkili mahkemenin belirlenmesinde yukarıda açıklanan iki kümülatif temel şarta bağlı olarak “ilgilinin görev yaptığı yer” ölçütü öngörülmüştür. Madde kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümünde, önce bu yerin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesi tespit edilecek, sonra da bu bölge idare mahkemesinin bulunduğu coğrafi yer itibarıyla yetkili ve görevli idare mahkemesinin adı ve unvanı belirlenecektir. Şimdi sırasıyla bu kavramları inceleyelim.

1. İlgilinin Görev Yaptığı Yer Ölçütü

Burada “ilgilinin görev yaptığı yer” kavramını açıklamak için ayrı ayrı “ilgili (kişi)” ve “görev yaptığı yer” terimleri üzerinde durmak gerekir. Bunlardan ilki insan, ikincisi ise coğrafya unsuruyla ilgilidir.

E.2003/89, K.2003/88, 17.11.2003, RG. 5.1.2004, S.25337; E.2003/99, K..2003/92, 17.11.2003, RG. 5.1.2004, S.25337; E.2016/33, K.2016/69, 15.2.2016, RG. 8.6.2016, S.29647E.2016/73, K.2016/106, S.15.2.2016.

a. İlgili (kişi)

Yetkili mahkemenin tayininde görev yeri itibariyle esas alınan ilgili kişiden kasıt, askeri hizmete ilişkin işlemin ilgilendirdiği ve eylemin yöneldiği kişidir. Kural olarak ve çoğunlukla söz konusu idari işlem ve eylemlerin muhatabı aynı zamanda davacı sıfatını da taşır. Bununla birlikte birçok hâlde davacı taraf ilgili kişiden farklı bir kimse olabilir. Zira fıkranın ikinci cümlesindeki “ilgili” ibaresi birinci cümledeki hükmün muhatabına yollamada bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak yetkili mahkeme, MSB kadrolarında çalışan kamu görevlileri ve askerlik yükümlülerinin görev yaptığı yere göre belirlenecektir. Bu kişilerle ilgili şöyle bir örnek verebiliriz: Kastamonu Askerlik Şube Başkanlığında görevli bir astsubay (A)’nın kendisine disiplin cezası veren amiri (B)’yi bu sebeple yaraladığını farz edelim. Burada “ilgili” kişiler ceza işlemi yönünden (A), yaralama eylemi yönünden ise (B)’dir. Yine bu şubede askerlik hizmeti gören yükümlü er (E) nöbetçiyken silahlı saldırı sonucu öldürülmüş, erin Karaman’da ikamet eden ebeveyninin idareye yaptığı tazminat ve şehit sayılma başvuruları da reddedilmiş olsun. Bu takdirde, gerek saldırı eyleminin yöneltildiği gerek işlemin ilgilendirdiği kişi (E) olduğu halde ebeveyn anne ve baba davacı olabilecektir.

İYUK m.20/C-1 kapsamındaki askeri uyuşmazlıklarda ilgili kişi işin mahiyeti gereği gerçek kişi olmak durumundadır. Başka bir deyişle işlem veya eylem bir grup kamu görevlisini veya yükümlüyü ilgilendirse bile, kural olarak ilgili kişi tüzel kişi olamaz. Buna karşılık işlem ve eylemin muhatabının gerçek kişi olduğu bazı hallerde davacının tüzel kişi olması mümkündür. Örnek vermek gerekirse, MSB’nin belli bir birimindeki tüm sivil memurların askeri tatbikatta görevlendirilmesine ilişkin işlem aleyhine bunların üyesi olduğu sendika da dava açabilir.

Askeri hizmete ilişkin bir düzenleyici işlem MSB’de çalışan belirli bir kamu görevlisinin ve/veya askerlik yükümlülerinin tamamını ya da yalnızca belli bir statü kesimini muhatap almış olabilir. Bu durumda düzenleyici işlemin muhatap aldığı statüyü haiz herkes ilgili kişi konumundadır. Meselâ, Millî Savunma Bakanlığı Personeli Yer Değiştirme Yönetmeliği’nin ilgili kişileri 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak çalışan Devlet memurları, Subay Sicil Yönetmeliği’nin ilgili kişileri TSK’ndeki subaylar ve Askeralma Yönetmeliği’nin ilgili kişileri genelde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan, askerlik çağı içerisindeki her erkek, İYUK m.20/C-1 hükmü yönünden ise özelde silahlıdaki yedek subay ve yedek astsubaylar ile erbaş ve erlerdir.

Bu itibarla, askeri hizmete ilişkin düzenleyici işlemlere ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme ilgilendirdiği statüdeki her bir kişinin görev yaptığı yer itibariyle ayrı ayrı belirlenmelidir. Meğerki başka bir yargı merci görevlendirilmiş olmasın. Söz gelimi bir Cumhurbaşkanlığı (kararname hariç) düzenleyici işlemi veya başka bir makamın ülke çapında uygulanan yönetmeliği askeri hizmete ilişkin ise, ilgili MSB çalışanı kamu görevlisi veya yükümlü asker olsa bile, görev yetki konusunu öncelikle açılacak davanın görüleceği yer Danıştay'dır (2575 s. Danıştay Kanunu m.24/1-b ve c). Hiç şüphesiz düzenleyici işlem ile buna dayanan uygulama işlemlerinin dava şekline göre görevli yargı merci, buna bağlı olarak da yetkili mahkeme değişebilecektir. Şöyle ki, MSB'ce çıkarılan Subay Sicil Yönetmeliği hükümlerinin iptali için açılacak davalara her hâlükârda Danıştay'da bakılması gerekir. Buna karşılık bu Yönetmeliğin uygulama işlemine, meselâ belli bir döneme ilişkin bir subay sicil notunun veya bir erin terhis edilmeme işlemlerine karşı açılacak idari davalarda yetkili mahkeme ilgili subayın veya erin görev yaptığı yere göre belirlenir.

b. Görev Yapılan Yer Kavramı

Askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeyi tespitte benimsenen ilgilinin “görev yaptığı yer” ölçütü, İYUK'taki kamu görevlileriyle ilgili özel yetki kurallarındaki “görev yeri (m.33/1)” ve “görevli bulunduğu yer (m.33/3)” ibareleriyle benzerlik göstermekte ise de m.33/2 ve 33/4'deki terimlerle aynı anlama sahip olduğu açıktır.⁴⁴

“Görev yaptığı yer” her şeyden önce ilgilinin görev yapmakta olmasını, yâni kamu hizmetine bizzat ve şahsen girmiş ve onun unsuru haline gelmiş olmasını ifade eder. Bu husus zaten “MSB kadrolarında çalışan kamu görevlisi ve askerlik yükümlüsü olma” şartının bir sonucudur. Bütün kamu görevlileri hizmet vermek üzere tanımlanmış bir kadroyu işgal eder. Her bir kişinin statüsüne mahsus bu kadro görevini ilgililer, -tıpkı tek tek gözlerden oluşan peteklerin konduğu ve muhafaza edildiği bir kovandaki arılar gibi- idari bir organize sistem içinde ve birlikte ifa ederler. Bu idari teşkiller TSK'da takım, bölük, alay, ordu, gemi, filo gibi askeri kıt'a veya askerlik şubesi, fabrika, tersane gibi askeri kurum ile bunların karargâhları şeklinde

⁴⁴ İYUK'un 33. maddelerindeki benzer terimlerden “görev yaptığı yer”, ilgilinin görev yapmasını, yâni fiilen kamu hizmetinin parçası olmasını; “görevlinin bulunduğu yer” ise ilgilinin geçici de olsa kamu görevlisi olarak çalıştığı yeri ifade etmektedir. Berk, s.71.

görünür. Bütün bu teşkiller doğası gereği mevcut varlıkları itibariyle yeryüzünde –sabit veya seyyar- fiziki ve maddi bir mekân kaplar. Bu bakımdan ilgilinin görev yaptığı yer tâbirindeki “yer” kelimesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamak gerekir. Esasen “yer” kelimesinin sözlüklerde coğrafyadaki arzın bir bölümü ve mıntıka anlamı dışında, araziden mekân ve mahale, bir şeyin belli bir kısmından makam ve mevkiye kadar birçok anlamı bulunmaktadır.⁴⁵ Hükümde geçen ilgilinin görev yaptığı “yer” ise, hem bir işin yapıldığı ve bir şeyin olduğu mahal şeklinde somut ve fiziki, hem de makam, memuriyet, pozisyon, konum gibi soyut ve idari olmak üzere iç içe geçmiş iki anlama birden sahiptir. Başka bir ifadeyle, yapılan görev bağlamında dile getirildiğinde yer deyiminin, kişinin gerek bir idari yapı içindeki kadro pozisyonunu, gerek pozisyonuyla bulunduğu mahali kapsayacak biçimde bir ve aynı anlamda kullanıldığı söylenebilir. Ancak biz m.20/C-1’in ikinci cümlesinde ilk anlamın ikincisini öncellediği ve ilgilinin idari konumun esas alınması gerektiği kanaatindeyiz. Sonuç olarak, kamu hizmetinde görev yapılan yer dendiğinde mekândan önce çalışılan idari birimdeki konum, sonra da bunun konuşlandığı coğrafi yer akla gelmelidir. Bununla beraber ilki daima ikincisine muhtaç ve mecbur olduğundan, birinden söz edildiğinde diğeri de kastedilmiş olur. Örneğin bir asker hakkında görev yaptığı yer Anıtkabir Komutanlığı denildiğinde, onun buranın kadrosunda ve Ankara’da bulunduğunu anlarız.

Bu konudaki az sayıdaki kararlardan birinde, son olarak Hakkari ilinde görev yapan bir astsubayın 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 35/D-1 maddesi uyarınca rütbesinin geri alınmasına ilişkin 18.7.2022 tarihli MSB işleminin iptali için açılan dava, Ankara İdare Mahkemesi uyuşmazlığı 15.8.2022 tarihinde yetki yönünden reddedilmiştir. Dosyanın gönderildiği Erzurum İdare Mahkemesi de aksi gerekçeyle davanın yetki yönünden reddine karar vermiştir. Yetki uyuşmazlığı üzerine başvuru Danıştay da verdiği Yetkili Yargı Yerinin Belirlenmesi Kararı ile, uyuşmazlığı askeri hizmete ilişkin görmüş ve “görev yaptığı yer” ibaresinin “son görev yapılan yer olarak anlaşılması gerektiğine işaretle İYUK m.20/C-1 uyarınca Erzurum İdare Mahkemesini yetkili bulmuştur.⁴⁶

⁴⁵ Bunlarla birlikte yer kelimesinin on beş ayrı tanımı için bkz. Türk Dil Kurumu, “Yer”, *Türkçe Sözlük*, 10. Baskı (Ankara: TDK Yayını, 2005),2167; İlhan AYVERDİ, “Yer”, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, Cilt III, (İstanbul: Kubbealtı Yay., 2006), s.3408-3412. (Kubbealtı Lügati).

⁴⁶ Dan. 5.D., 13.10.2022, E.2022/1326, K.2022/6918. Bunun gibi, Dan. 5.D., 13.12.2022, E.2022/14922, K.2022/10216. Emeklilikte tesis edilen rütbenin geri

c. İlgilinin Görev Yaptığı Yerin Atandığı Yerden Farklı Olması

Görev yapılan yer kavramı, her şeyden önce ilgilinin atanmak suretiyle istihdam edildiği kadro görevine tekabül eder. Bununla beraber, genelde madde kapsamındaki tüm personelin, özelde ise askerlerin gerek birey olarak gerek idari birimiyle beraber farklı bir yerde görev yapmaları mümkündür.

i. İlgilinin Kurum ve Birlik Hâlinde Başka Bir Mahalde Görevlendirilmesi

MSB'ye bağlı idari teşkiller personeliyle birlikte asıl bulunduğu mahalın dışında, başka bir bölgede görev yapıyor olabilir. Devlet Memurlarının bu durumla karşılaşması küçük bir ihtimal ise de TSK'nın ve askeri faaliyetlerin yapı ve mahiyeti gereği askerlerin birliklerinin tümü veya bir kısmıyla beraber kıta intikali, harekât kontrolü, emre girme gibi usullerle, asıl atandıkları mahalden uzak bir mesafedeki bir muntıkada (kışla, çadırli ordugah, üs bölgesi gibi) konuşlandırılmaları mümkün ve olağan bir uygulamadır. Örneğin Edirne'deki bir tugayın tank taburunun bir kısmının Güney-Doğu Anadolu'ya intikal ederek Siirt ili kırsalındaki bir üs bölgesinde geçici olarak konuşlandırıldığını farz edelim. Bu takdirde taburun intikalle yeni üs bölgesine gelen kısmındaki personelin görev yaptığı yer Siirt olduğundan yetkili mahkeme buna göre belirlenecek; taburun geri kalanındakiler için ise yine Edirne'nin esas alınmasına devam edilecektir.

iii. İlgilinin Bireysel Olarak Görevlendirilmesi

İlgili kişi atanmak suretiyle görev yaptığı olduğu asıl kurum ve birliğinin konuşlandığı yerden ayrı ve uzak bir mahalde bireysel bir pozisyonda askeri hizmet yapabilir. Bu takdirde ilgilinin kadrosunda yer aldığı idari teşkilin yer değiştirmesi söz konusu değildir. Bu konumlanma şekli mevzuata göre geçici bir görevlendirme şeklinde olabileceği gibi,⁴⁷

alınması işlemiyle ilgili olarak: Dan. 5.D., 21.12.2022, E.2022/14521-K.2022/10515; 5.D., 13.10.2022, E.2022/13626, K.2022/6918 (kararlar yayımlanmamıştır).

⁴⁷ MSB'de çalışan kamu görevlileri 657 sayılı DMK (Ek m.8), 375 s. KHK (Ek m.25) ile Kurumlar Arası Geçici Görevlendirme Yönetmeliği (3.55.2019- 30763 ss RG) başka kurumların emrine ve kurumların kadro/pozisyonlarına görevlendirebilirler (m.4, 5 ve 6). Bunların ikincisinde personelin kadro veya pozisyona asaleten atamada aranan tüm şartları taşıması gerekir. Mevzuatta kurum için geçici görevlendirme konusunda bir hüküm yoksa da zorunluluk ve kamu yararı hâlinde belirli süreyle geçice görevlendirme yapılabileceği kabul edilmektedir. Askerlere ilişkin geçici görevlendirme usulü ise TSK Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliği'nin 13/f ve g

kurs vb. sebeplerle de yapılabilir. Bize göre, bu gibi durumlarda belli ve münhal bir kadro ve pozisyona görevlendirilsin görevlendirilmesin veya kursiyer olsun olmasın, artık ilgili başka bir idari görevi yürüttüğünden yetkili mahkemenin tayin ve tespitinde bu yeni ve hali hazır konumunun dikkate alınması gerekir. Yukarıdaki örnekte, personelin birliğiyle Siirt'teki üs bölgesine intikal eden personelin buradayken Ankara'da bir askeri okulda kursiyer olarak gönderilmesi veya öğretmen olarak geçici olarak görevlendirilmesi hâlinde, görev yaptığı yer Ankara olduğundan buradayken muhatap olduğu işlemlerle ilgili davalarda Ankara İdare Mahkemesi yetkili olacaktır.

Karşılaştırmak gerekirse, Danıştay'ın, askeri hizmetle ilgisi olmayan kamu görevlileri hakkında geçici görevdeyken tesis edilen işlemlere ilişkin davalarda son görev yeri ölçütü itibarıyla geçici görevli olarak bulunan yer idare mahkemesini yetkili gördüğü söylenebilir.⁴⁸

2. Yetkili İdare Mahkemesi

Askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili görevli ve yetkili mahkeme, İYUK'ta mevcut kurallara göre belirlendiğinden Türkiye'deki tüm idare mahkemeleri yetkili idi. Ancak 7415 sayılı Kanunla bir istisna getirilerek İYUK m.20/C-1 kapsamındaki uyuşmazlıklarda artık sâdece dokuz bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkili kılınmıştır. Bunlar Ankara, İstanbul, İzmir, Konya, Adana, Erzurum, Bursa, Gaziantep ve Samsun İdare Mahkemeleridir. Daha önce belirtildiği üzere, Kanun teklifinde benimsenen yargı çevrelerinin Hâkimler ve Savcılar Kurulunca belirlenecek beş idare mahkemesinin yetkilendirilmesi usulünden

maddesinde düzenlenmiştir. 6413 s. TSK Disiplin Kanunu belli süreli kurs ile geçici görevlendirmelerde bu kurum amirlerinin disiplin amiri olarak disiplin cezası verebilmesine imkân tanımaktadır (m.8/8).

⁴⁸ Bu hususta henüz doğrudan bir karar örneği gösterilemez ise de Danıştay'ın kamu görevlisinin geçici görevlendirildiği yerde ilişkisinin kesilmesi işlemini ilişkin açılan davadaki kararı emsal alınabilir. Danıştay da SSK Bursa Sigorta Müdürlüğü'nde icra memuru olarak görev yapmakta iken 6 ay süreli olarak Diyarbakır Sigorta Müdürlüğü emrinde icra memuru olarak görevlendirilen davacının kurumla ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle SSK Genel Müdürlüğü'ne karşı açtığı davada davacının son görev yaptığı yer (geçici görevli) idare mahkemesi olan Diyarbakır İdare Mahkemesi'ni yetkili görmüştür. Davacının kadrosunun Bursa'da bulunmasını da bu durumu değiştirecek nitelikte görmemiştir. Danıştay 10. D., E.2000/1128, K.2000/1601, 17.4.2000 (Topuz ve Özkaya, 792).

vaz geçilerek bölge idare mahkemesi esası kabul edilmiştir. Bu suretle yetkili mahkemeyi belirlemek kolaylaştırıldığı gibi, teklife oranla sayı artığından mahkemeye erişim yolu da genişletilmiştir. Fakat bu durum, aynı bölge idare mahkemesinde bulunan belirli ve yalnızca bir adet idare mahkemesi yerine, aynı yargı çevresine sahip birden fazla idare mahkemesinin yetkili olmasına yol açmıştır.⁴⁹

Kanun'un gerek teklif olunan gerek yürürlüğe konan metnindeki idare mahkemelerinin bulunduğu yerlere ve sayısına bakıldığında, ağırlığın Türkiye'nin batı yarısına verildiği görülmektedir. Özellikle TSK birliklerinin ve mensuplarının ülkenin doğu bölgelerinde konuşlandırıldığı ve görevlendirildiği dikkate alındığında mahkeme dağılımının dengeli olduğu söylenemez. Diğer taraftan teklifte (Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından yapılacak iş bölümüne göre) her yargı çevresinde tek bir idare mahkemesinin yetkilendirilmesi öngörülmüşken, kabul edilen metin itibarıyla söz konusu uyumsuzluklara aynı yargı çevresinde birden fazla idare mahkemesinin bakması gibi bir durum ortaya çıkmıştır. Zira bu dokuz merkezin hepsinde de birden fazla idare mahkemesi bulunmaktadır. Dolayısıyla mevcut hükmün bu hâliyle ilk bakışta uygulama ve karar birliğini sağlamaktan uzak olduğu değerlendirilebilir. Bu olumsuz sonuç her bölge idare mahkemesinin vereceği kararların zamanla istikrara kavuşmaları ve/veya HSK'nın her bölgede bir idare mahkemesini yetkilendirmesiyle ortadan kaldırılabilir.

Bundan başka idare mahkemelerinin bulunduğu yerler ve baktığı yıllık dosya adedi, MSB ve TSK'da çalışan personelin ülke yüzeyindeki dağılımı karşılaştırıldığında da durumun, özellikle mahkemelere uzak, ücra ve küçük yerleşimlerde, hatta kırsalda görev yapan asker kişilerin aleyhine olduğu görülmektedir. Bu olgu, duruşmaya ve keşfe katılamama gibi hâller düşünüldüğünde büyük bir asker kesimin mahkemeye erişim hakkını etkileyecek gibi gözükmektedir. Buna bağlı olarak, yargılama giderlerinde artışla birlikte gerek dava sürelerinin uzaması, gerek davanın süjelerinin vakit ve emek kaybı söz konusu olabilir. Bu durumla en çok, personelin ülkenin bir ucundan diğer ucuna atama ve görevlendirmelerinde karşılaşılacaktır. Biz çözüm olarak (İYUK m.33/1'deki gibi) önceki ve yeni görev yeri arasında seçimlik bir hak tanınmasını ve/veya (ilgili kişi dışında yakınlarının da davacı olabileceği göz önünde bulundurularak) ikamet yeri esasının da kabulünü teklif ediyoruz.

⁴⁹ Bkz. yuk. dp. 3 civarında yaptığımız açıklamalar.

III. ASKERİ HİZMETE İLİŞKİN YETKİ KURALININ İDARİ YARGILAMA KANUNU'NDAKİ YETKİ DÜZENLEMELERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Yetki Kurallarının Karşılaştırılması

İYUK m.20/C-1 hükmüne ilişkin açıklamalarımızın daha iyi anlaşılabilmesi için mevcut genel ve özel yetki kurallarıyla karşılaştırarak aradaki farkları ortaya koymak faydalı olacaktır.

1. Genel Yetki Kuralı (İYUK m.32/1) Yönünden

İYUK m.32/1'de düzenlenen idari davalara ilişkin genel yetki kuralına göre, “göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.” Genel yetki kuralına göre yetkili idare mahkemesi, idari dava konusu işlemi veya sözleşmeyi yapan idari makamın bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.⁵⁰ Bu kural öncelikle idare mahkemelerin görev alanına giren iptal davaları ve bu işlemlerden doğan tam yargı davaları bakımından geçerlidir. Kuralın kapsamına idari eylem ve idari sözleşmelerden kaynaklanan tam yargı davaları dâhil değildir.⁵¹ Belirtmek gerekir ki özel yetki kurallarının bulunmadığı durumlarda genel yetki kuralı uygulanır. Başka deyişle idari yargıda özel yetki genel yetkiyi kaldırır.⁵²

⁵⁰ Gözübüyük, 356; Karavelioğlu 1443; Arslan vd., 370; Berk, 62; Kayar, 233; Gürbüz, 207. İhaleden yasaklama kararını veren üniversitenin bulunduğu yer itibarıyla Konya İM'nin yetkili olduğu hakkında, D.13.D., 16.03.2015, E.2015/943, K.2015/1047, Levent Kızılel, “İdari Dava Türlerinde Dava Dilekçeleri Üzerinde İlk İnceleme”, (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2016), 38; Adalet Bakanlığı ile yapılan protokol kapsamında ÖSYM tarafından Ankara'da yapılan icra müdür ve müdür yardımcılığı sınavının iptali için açılan davada İYUK m.32/1 uyarınca işlemi tesis eden idari merciin bulunduğu yer itibarıyla Ankara idare mahkemesinin yetkili olduğu hakkında, Dan. 5.D., E.2007/1525, K.2007/766, 16.4.2007, nakleden Cafer Ergen, *İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi*, (Ankara: Seçkin Yay. 2008), 350.

⁵¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 210; Berk, 62-63.

⁵² Gözübüyük, 356; Tan, 1000; Kalabalık, 267; Sabri Coşkun ve Müjgan Karyağdı, *İdare Yargılama Usulü*, (Ankara: Seçkin Yay. 2001), 115; Yıldırım ve Çınarlı, s.182-183, 186; Gürbüz, 207; Yıldırım, 102.

Konu askeri hizmete ilişkin (birel veya düzenleyici) bir idari işlem olduğunda, şayet uyuşmazlık MSB’de çalışan kamu görevlileri ve yükümlü askerleri ilgilendiriyorsa artık yetkili mahkeme m.20/C-1’e göre tayin ve tespit edilecektir. Yâni buradaki yetki kuralı daha özel olduğundan gerek diğer özel yetki kurallarını, gerekse genel yetki kuralını önceler. Ancak bu temel şartlardan birinin yokluğunda veya idari işlem ve eylem temel şartları taşısa bile davacıların bununla ilgisi yoksa, duruma uyduğu ölçüde m.33 ilâ 37’deki özel yetki kuralları, uymuyorsa genel yetki kuralı uygulanacaktır.⁵³ Geçmişte benzeri yaşanmış bir örnek verelim: MSB uzun süredir üniformaya takılmakta olan ve askeri kahramanlığı sembolize eden bir rozetin kaldırılmasını kararlaştırmış olsun. Bu işleme karşı MSB’de çalışan kamu görevlileri ve yükümlü askerler göreve yaptıkları yerlerde dava açabilecek iken, örneğin İstanbul’da oturan emekli bir subay aynı karara karşı m.32/1 hükmü gereği MSB’nin bulunduğu Ankara’daki bir idare mahkemesinde dava açacaktır.

Askeri hizmete ilişkin görülse bile, genellikle idari sözleşmeler MSB’de çalışan kamu görevlileri ve yükümlü askerleri birey olarak ilgilendirmez. Bununla birlikte idare ile sözleşmeli subay/astsubaylar, uzman erbaşlar ve sözleşmeli erler gibi bazı personel arasındaki sözleşme idari hizmet sözleşmesi niteliğindedir. Bu takdirde dahi sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarla ilgili davalarda m.32/1 değil, m.20/C-1 uygulanmak durumundadır.⁵⁴

İYUK m.32/1’de “Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla” denildiğinden, görevi düzenleyen başka kanun hükümlerinin ve özellikle 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinin uygulandığı uyuşmazlıklarda yetki meselesi gündeme gelmez.⁵⁵ Bu şart özel yetki kurallarını, dolayısıyla m.20/C-1 hükmünü de kapsamaktadır. Bizim tespitimize göre, MSB’de çalışan kamu görevlileri ve yükümlü askerleri ilgilendiren askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde başka yargı

⁵³ Çağlayan, 281.

⁵⁴ Şunu da belirtelim ki, Danıştay idari hizmet sözleşmeler bakımından m.32/1 hükmünü değil, kamu görevlileriyle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yetki kuralını uygulamaktadır, Dan. 2.D., E.2010/471, K.2010/2761, 15.6.2010, (DD, S.125, 137-138).

⁵⁵ Yıldırım, 103. Bu yönde, Danıştay 6.D., E. 2007/7826, K.2007/1684, 11.3.2008 (Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 212); 14.D., E.2018/2278, K.2018/8005, 29.11.2018 (Derdiman, Yetki Belirsizlikleri).

yerini görevlendiren özel ve ayrık bir düzenleme bulunmadığından, yetkili mahkemenin tayininde -anılan 2775 SK m.24'deki (belli düzenleyici işlemler ile Cumhurbaşkanlığı kararlarına ilişkin) hüküm hariç,- her hal ve şartta m.20/C-1 hüküm esas alınacaktır.

2. Kamu Görevlilerine İlişkin Yetki Kuralı (İYUK m.33) Yönünden

Şurası bir gerçektir ki idari yargıda karşılaşılan davalar çoğu zaman idari ile kamu görevlileri arasındaki uyuşmazlıklarla ilgilidir. Esasen m.20/C-1'deki uyuşmazlıklar da yükümlü askerleri kapsama dâhil edip etmememize göre tamamen geniş veya dar anlamda kamu görevlilerine ilişkindir. Bu m.33'teki yetki kuralı üzerinde daha çok durulabilirse de m.20/C-1 hükmünün daha özel ve ayrık bir durumda uygulandığı muhakkaktır. Bununla birlikte İYUK m.33 çeşitli ihtimallere göre farklı hüküm öngördüğünden konuyu ayrı ayrı ele alacağız.

Kamu görevlilerinin atanması ve nakilleri ile ilgili davalarda yetkili mahkeme kamu görevlilerinin yeni veya eski görev yeri idare mahkemesidir (m.33/1). Görüldüğü üzere burada (m.20/C-1 dâhil) hiçbir mevzuatta yer almayan seçimlik bir yetki kuralına yer verilmiştir. Bu itibarla bir yerden başka bir yere veya göreve atanan kamu görevlileri isteklerine göre bu işlem aleyhine eski görev yerindeki idare mahkemesinde dava açabilecekleri gibi, yeni görev yerindeki idare mahkemesine de başvurabileceklerdir.⁵⁶ Davacılar kolaylık sağlayan bu hüküm aynı anda birden fazla ve farklı (iki) idare mahkemesini yetkili kılan tek düzenlemedir.⁵⁷ Seçimlik hakkın kullanılmasıyla, yâni eski veya yeni görev yerlerinin birinde dava açılmasıyla hakkın verdiği yetki sona erer; artık öteki yerde dava açılmaz⁵⁸ veya nakledilemez. Atama bir kamu görevlisinin işgal ettiği kadrodan başka bir kadroda görevlendirilmesi veya bir kimsenin açıktan veya ilk defa bir kadroda görevlendirilmesidir.⁵⁹ Nakil, burada sözlük anlamları dışında bir

⁵⁶ Bu doğrultuda, Danıştay 5.D., 09.10.2014, E.2012/11852, K. 2014/6593; 2.D., 19.11.2014, E.2014/8674, K.2014/10474; 5.D., 11.12.2014, E.2014/8605, K. 2014/9311; 5.D., 14.05.2015, E.2015/2091, K.2015/5247 (bu kararlar için bkz. Kızılel, 40).

⁵⁷ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 212.

⁵⁸ Bunların ikisinde de dava çalması hâlinde ilk davanın açıldığı mahkeme yetkili sayılmalıdır, Berk, s.68-69. Bu doğrultuda, Danıştay 10.D., E.2000/4527, K.2000/4809, 26.9.2000, nakleden Bal, Karabulut ve Şahin, 819.

⁵⁹ Gözübüyük ve Dinçer, 813.

kamu personelinin bir yerden bir yere atanması anlamında kullanılmaktadır.⁶⁰ Bu bağlamda naklen atanma, kamu görevlilerinin yer değiştirmek suretiyle naklen atanması, personelin görevlerinin ve görev yerlerinin kurumlarınca değiştirilmesi ve sınıf değişikliği yapılarak atama gibi birçok atama şeklini kapsamaktadır.⁶¹ Bu noktada, hükümdeki naklen atama kavramının Danıştay tarafından muvafakat verilmeme,⁶² görev, sınıf ve her türlü yer değişikliğini kapsayacak şekilde geniş yorumlandığı söylenebilir.⁶³ Geçici görevlendirmede bu kapsamda görülebilir.⁶⁴ Ancak

⁶⁰ Aynı zamanda naklen atama kısaca yer ve/veya görev değişikliği demektir. Bkz. Seçkin Yavuzdoğan, *Devlet Memurları Kanununun Uyarınca Naklen Atama*, 2.Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 47-48.

⁶¹ Bu çerçevede kanunlarda farklı şekillerde tasnif edilmek ve adlandırılmakla birlikte, 657 s. DMK'da; bir sınıftan başka bir sınıfa geçme (m.71, yer değiştirme suretiyle atama (m.72), karşılıklı yer değiştirme (m.73), bir kurumdan diğerini nakil (m.74), kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi suretiyle (daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara) naklen atama (m.76), olağanüstü usulle üst derecelere atama (m.68) ve (uygulamada) başka bir göreve atanmak üzere görevden alma gibi nakil (naklen atama) türleri bulunmaktadır. Bkz. Yavuzdoğan, s.492 vd.

⁶² Danıştay, 10.D, E.2002/1655, K.2002/1655, 18.4.2002, nakleden Bal, Karabulut ve Şahin, 818; 5.D., E.2011/4414, K.2011/4123, 11.7.2011. Muvafakat verilememesi işlemlerinde 11.7.2011 tarihli karara dayanılarak m.33/1 hükmünün uygulandığı belirtildiği gibi (Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 213.), aksine Danıştay'ın genel kuralı uyguladığı da ifade edilmektedir (Kaplan, 144). Oysa Danıştay'ın bu kararının son cümlesi aynen şöyledir: "Davacının, kurumlar arası nakil suretiyle Bolu Valiliği emrine atanmasına muvafakat verilmemesi işleminin iptali istemiyle açılan davaya konu uyuşmazlığın çözümünde, 2577 sayılı Yasanın 33/1 maddesi uyarınca davacının görev yaptığı yer Samsun İdare Mahkemesi yetkili bulunmaktadır."

⁶³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 212; Gözübüyük ve Dinçer, 815. Bu doğrultuda, DİDDK, E.2012/981, K.2014/4274, 19.11.2014 (Kızılel, 41); Dan. 5.D., E.1986/1167, K.1986/949, 24.9.1986 (DD, S. 66-67, 254); öğretim üyesinin aynı üniversite bünyesindeki mevcut kadrosunun başka bir bölüme aktarılmasına yönelik talebinin m.33/1'deki atama ve nakil işlemleri kapsamında olduğuna dair, 8.D., E.2014/8966, K.2014/8035, 04.11.2014 (Kızılel, 41); Gümrük muhafaza amirliği görevinden alınarak aynı kurumda kısım amiri olarak istihdamın "atama ve nakil" kavramları içinde yer aldığı hakkında, 10. D., 1984/1126, K.1984/408, 27.2.1984 (DD, S.56-57, 424).

⁶⁴ Bu konuda güçlük çekilmekle beraber kamu personeli lehine m.33/1'deki özel yetki kuralının uygulanmasının yerinde olacağı hakkında, Kaplan, 145. Aksi görüşte, Gürbüz, 208. Görevlendirmenin gerek neticede görev yerini değiştirdiğinden atama ve nakil gibi özel yetki kuralına, gerek kadro şartı gerçekleşmediğinden genel yetki kuralına tâbi olabileceği hakkında, Derdiman, Yetki Belirsizlikleri. Danıştay, geçici olarak Kastamonu'da görevlendirilen memurun asli görevine iadesi döndürülmesi

başka yere ve kadroya atanma talebinin reddinde sâdece mevcut görev yeri mahkemesi yetkilidir.⁶⁵ Pek tabiidir ki, gerek aynı yargı çevresinde farklı göreve atama, gerek ilk defa kamu görevlisi olarak atanma isteğinin reddi işleminin iptaline ilişkin idari davalarda m.32'deki genel yetki kuralı uygulanır.⁶⁶

Kamu görevlilerinin görevlerine son verilmesi, emekli edilmeleri veya görevden uzaklaştırılmaları ile ilgili davalarda tek yetkili mahkeme ise, kamu görevlisinin son görev yaptığı yer idare mahkemesidir (m.33/2). Hükümde açıkça yazılmamış olan görevden çekilmiş sayılma,⁶⁷ kurumla ilişkin kesilmesi,⁶⁸ meslekten çıkarma,⁶⁹ kurul üyeliğine son verme,⁷⁰ sözleşmenin yenilenmemesi⁷¹ veya tekrar atamama gibi göreve son verme

yolundaki başvurusunun zımnen reddi üzerine açtığı davada ilgilinin geçici olarak bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili olduğuna karar vermiştir, 5.D., E.1997/2329, K.1999/3843, 24.11.1999 (Topuz ve Özkaya, 792).

⁶⁵ Bu görüşte, Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, Cilt II, (Ankara: Yetkin Yay. 2012), 481. Aynı doğrultuda, kamu avukatının eş durumundan Ankara'ya nakil talebinin reddinin iptali davasında görev yaptığı Gümüşhane'nin idari yargı yetkisi yönünden bağlı bulunduğu Trabzon İdare Mahkemesi'nin yetkili olduğuna dair, D. 10. D., E:1999/5424, K:2000/4808, 26.9.2000, nakleden Bal, Karabulut ve Şahin, 820; Dan. 2.D., E.2010/471, K.2010/2761, 13.6.2010 (DD, S.125, 136 vd). Aksine bu özel yetki kuralının uygulanacağı yönünde, 5.D., 2016/2311, K.2016/1968, 5.4.2016, Hüseyin Bilgin, *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yay. 2018), 550. Bu yetki belirsizliği hakkında bkz. Derdiman, Yetki Belirsizlikleri.

⁶⁶ Candan, 886; Arslan vd., .371; İsa Aydemir, "Kamu Görevlileri ile İlgili Davalarda Yetki Kuralları", *Terazi Hukuk Dergisi*, 6, no. 59 (Temmuz 2011): 45. Nitekim kamu kesimindeki bir işçinin Devlet Memurlarına atanma talebinin Adapazarı Orman Bölge Müdürlüğü'nce reddi işleminin iptali için açtığı davada, istemiyle açılan bir davada Sakarya İdare Mahkemesi yetkili görülmüştür: Dan. 10. D., E.1996/7072, K.1996/5687, 30.9.1996, nakleden Bal, Karabulut ve Şahin, s. 822. Benzer şekilde, Dan. 10.D., E.2010/15107, K.2010/10433, 6.12.2010, Aydemir, "Kamu Görevlileri", s.46.

⁶⁷ Kaplan, 144; Dan. 12.D., E.2009/6663, K.2011/5523, 02.11.2011 (Kızılel, 42); Dan. 31.10.1986, E.1985/814, K.1986/1336 (DD, S. 66-67, 252). Aksi görüşte, Candan, 887; Korkmaz, 97.

⁶⁸ Dan. 10.D., E.2000/1128, K.2001/1601, 19.9.2001, nakleden Bal, Karabulut ve Şahin, 824.

⁶⁹ Dan. 10.D., E.1984/1068, K.1984/304, 20.2.1984, DD, S.56-57, s.425 vd.

⁷⁰ Dan. 10.D., E.1998/5739, K.1998/4329, 28.9.1998, nakleden Bal, Karabulut ve Şahin, 826.

⁷¹ Üniversiteye bağlı yüksek okuldaki bir araştırma görevlisinin süre sonunda yeniden atanmamasına ilişkin kararın göreve son verme işlemi olarak kabulü hakkında, Dan. 10.D., E.1985/2464, K.1985/1903, 20.11.1985 (DD, S.62-63, 442).

olarak değerlendirilebilecek işlemler⁷² ile görevden ayrılmadan önce tesis edilmiş olan işlemlerin⁷³ de bu yetki kuralına tâbi olduğu kabul edilmektedir. Ancak görevle olan bağın geçici değil, temelli kesilmiş olması gerekir.⁷⁴ Keza Devlet memurluğundan çıkarma cezası önceki görev yerinde verilmiş olsa bile memurun ilişkisi sonradan atandığı kurumunda iken kesilmişse, açılacak davada yetki son görev yerine göre belirlenir.⁷⁵

Kamu görevlileri ile ilgili olup da İYUK'un 33. maddesinde gösterilmemiş olan uyuşmazlıklarda yetki m.32'deki genel yetki kuralına göre belirlenir. Yâni bu tür uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme ilgili kamu görevlisi hakkındaki idari işlemi yapan idari makamın bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.⁷⁶

İYUK m.33/3'te kamu görevlileri yönünden ilk iki fıkradan farklı bir ölçüt benimsenmiştir. Buna göre, kamu görevlilerinin (çıkarma hariç) disiplin cezaları ile ilerleme, yükselme, sicil, intibak ve diğer özlük ve parasal haklarıyla ilgili davalarda yetkili mahkeme ilgilinin görevli bulunduğu yer idare mahkemesidir.⁷⁷ Disiplin cezaları hariç bu tür işlemler

⁷² Yetkinin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle özel yetki kuralında geçen göreve son verme deyiminin geniş yorumlanmamasının gerektiği hakkında, Yenice ve Esin, 652-653.

⁷³ Örneğin, emekli olmadan önce verilmiş disiplin cezasında m.33/2'in uygulanacağı hakkında, 8.D., E.2014/11499, K.2014/10608, 22.12.2014 ve bu doğrultuda 12.D., E.2013/10656, K.2013/8991, 28.11.2013 (Kızılel, 43).

⁷⁴ Kalabalık, 269. Disiplin hükümleri gereği 6 ay süreli geçici olarak görevden çıkarılma işleminin iptali için açılan davada yetkili idare mahkemesinin genel yetki kuralına göre belirleneceği hakkında, Danıştay 10. D., E.1983/192, K.1983/568, 17.3.1983 (DD, S.52- 53, 514).

⁷⁵ Bu doğrultuda Nevşehir'e görev yaparken verilen Devlet memurluğundan çıkarma cezası Afyon'da görevli iken uygulanan ve memurlukla ilişkisi kesilen memurun açtığı iptal davasına m.33/2 gereği son görev yapılan yer olan Afyon ilini de yargı çevresine alan Eskişehir İdare Mahkemesi olduğu hakkında, Dan. 10. D., E.1987/485, K.1987/737, 8.4.1987 (Karavelioğlu 458); Kamu görevlisinin görevdeyken verilen disiplin cezasına karşı emekli olduktan sonra açtığı davada son görev yaptığı yer idare mahkemesinin yetkili olduğu hakkında, Dan. 8.D., E.1997/5324, K.1997/3368, 21.11.1997 (Ergen, 356).

⁷⁶ Dan. 5.D., E.1085/2475, K.1985/598, 19.11.1985, (DD, S.62-63 ve Ergen, 356); Kurs sonunda başarısız olan kaymakam adayının mesleğe kabul edilmemesi işlemine ilişkin uyuşmazlık genel yetki kuralına tâbidir, Dan., 12.D. E.2016/10255, K.2016/4974, 10.11.2016 (Bilgin, 539-540); İlk atanma talebinin reddi işlemiyle ilgili, 5.D., E.2011/5708, K.2011/4525, 13.09.2011 (Kızılel, 42).

⁷⁷ Bu doğrultuda, Dan.8.D., 21.05.2013, E. 2013/2828, K.2013/4065 (göreve son vermeyen disiplin cezasına ilişkin) ve 2.D., 14.05.2015, E.2015/1244, K.2015/5459 (Kızılel, 43).

kanun hükümleri doğrudan uygulanmak suretiyle gerçekleştirilmelidir.⁷⁸ Danıştay, Bölge Müdürü olan davacının 657 SK m.125/D-n uyarınca 1 yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla tecziye edilmekle birlikte yükselebileceği derecenin son kademesinde bulunduğundan, mevzuat gereği brüt aylığının ¼'ünün kesilmesine ilişkin merkez disiplin kurulu kararının iptali için açılan davada, bu işlemin görevle ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğurmadığını belirterek yetkili mahkemenin davacının görev yaptığı ilin bağlı olduğu Van İdare Mahkemesi olduğuna;⁷⁹ yine Adana Devlet Hastanesi'nde görevli bir teknisyenin çalışma süresinin günlük 5 saat olarak belirlenmesi yolundaki başvurusunun reddi işleminin iptali için açtığı davada, uyuşmazlık konusunun mesai saatleriyle, dolayısıyla özlük haklarıyla ilgili olduğu gerekçesiyle teknisyenin görevli bulunduğu yer idare mahkemesi olan Adana İdare Mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermiştir.⁸⁰

Karşılaştıracak olursak, m.20/C-1'deki düzenlemenin anılan kişilerle ilgili kamu görevliliğinden ve personel hukukundan doğan her türlü işlemi kapsamına aldığı görülmektedir. Öyle ki madde hükmü sâdece m.33'te açık veya örtülü olarak geçen ve yukarıda zikredilen işlemler değil, kursa tefrik edilmememe/gönderilmeme, yurt dışı göreve seçilmeme, üstün başarı kıdemi verilmeme, istihkakı olan kıyafet, donanım veya tayını alamama, kamu konutundan (lojmandan) çıkarılma gibi birbirinden farklı ve tasavvur edilemeyecek birçok işlem hakkında da uygulanabilir. Başka bir açıdan, bütün bu işlemlerden doğan zararların tazmini için açılacak tam yargı davaları da m.36'daki atıftan bağımsız olarak kapsama dâhildir. Buna karşılık, özellikle yer değiştirmek suretiyle yapılan atamalar ile garnizon dışı görevlendirmeler bakımından, m.33/1 hükmündeki seçimlik hakkın ilgililer lehine olduğu açıktır.⁸¹ Zira m.20/C kapsamına giren farklı illere yapılan atama ve geçici görevlendirmelerde, ilgilinin önceki görev yerinden ilişik kesmekle birlikte sonraki görev yerine henüz katılış yapmaması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda bunlardan sadece birinin yetkili olduğunun

⁷⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 212; Arslan vd., 373.

⁷⁹ Dan. 8. D., E.1997/5324, K.1997/3368, 21.11.1997 (DD, S. 96, 461 vd.).

⁸⁰ Dan. 10. D., 26.9.2000, E.1999/5293, K.2000/4810 (Bal, Karabulut ve Şahin), 833.

⁸¹ Her ne kadar, uygulamada aynı nakil işlemine karşı hem yeni hem eski görev yerinde mükerrer dava açılmasına sebebiyet verdiği için hükmün bunlardan sâdece birine imkân vermesinin daha uygun olacağı ileri sürülmekte ise de (Coşkun ve Karyağdı, 115), nadiren karşılaşılabilecek bu sorunun her zaman kolaylıkla aşılacağı ve seçimlik hakkın daha işlevsel ortadadır.

kabulü, iki yerden birini seçme imkânı veren m.33/1'e göre dezavantaj oluşturacaktır.

İYUK'un 33. maddesinin gerek 3. fıkrasındaki mahalli idarelerin organları ile bu organların üyelerine, gerek 4. fıkrasındaki hâkim ve savcılarının mali ve sosyal haklarına ve sicillerine ilişkin yetki kurallarının ise, konu ve kapsam itibariyle m.20/C-1 hükmüyle kıyaslamaya elverişli ve değer olmadığı ortadadır. Bununla birlikte m.20/C-1'de benimsenen esasın m.33/4'tekinden farkını somut bir karar üzerinden açıklamak gerekirse, Yargıtay'da tetkik hâkimi olarak görev yapan bir davacının Kadınhanı Cumhuriyet Savcısı iken hakkında düzenlenen müfettiş hal kâğıdının iptali için istemiyle açtığı davada, Danıştay yetkili mahkemenin İYUK m.33/4 gereği davacının dava açma tarihinde görevli yaptığı Konya ilinin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesine en yakın bölge idare mahkemesinin bulunduğu yer idare mahkemesi olduğunu kararlaştırmıştır.⁸² Buna karşılık, bir astsubayın Kadınhanı Askerlik Şubesinde görev yaparken verilen sicil notunun iptali için açacağı davada, Kadınhanı ilçesi idari yargı yetkisi yönünden Konya Bölge İdare Mahkemesine bağlı olduğundan bunun bulunduğu yer itibariyle Konya İdare Mahkemesi yetkilidir.

3. Taşınmaz Mallara İlişkin Yetki Kuralı (İYUK m.34) Yönünden

Taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasında veya bunlara bağlı her türlü haklara veya kamu mallarına ilişkin idari davalarda yetkili idare mahkemesi taşınmazın bulunduğu yere göre belirlenmektedir (m.34/1).⁸³ Burada söz edilen taşınmazın kendisi değil, onunla ilgili hak ve taleplerle ilgili davalardır.⁸⁴ Kanun maddesinde "gibi" ibaresi kullanıldığından imar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskan gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuata ilaveten taşınmaz mallarla ilgili kaynak, voli, dalyan, meni müdahale, gayri sıhhi müesseseler uygulaması, turizm teşvik belgesi, tapu tahsis belgesi, asker yasak bölge ilanı, işletmenin özelleştirilmesi ve işletmenin kapatılması kararı gibi konular da bu madde kapsamında kabul edilmelidir.⁸⁵

⁸² Bu doğrultuda, Dan. 2.D, E.2014/3556, K.:2014/4302, 07.05.2014 (Kızılel, 43).

⁸³ Örneğin, taşınmaz mala bağlı hak sahipliğini iptali davasında taşınmazın bulunduğu yerdeki idare mahkemesinin yetkilidir, Dan. 11.D., E.2005/1816, K.2006/1795, 11.4.2006 (DD, S. 113, 360 vd.).

⁸⁴ Candan, s. 889.

⁸⁵ Gözübüyük ve Dinçer, 821; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 215; Aydemir, "Yetki Kuralları", 62; Kalabalık, 272. Konuyla ilgili örnek karar için bkz. Ergen, 357-358.

İYUK m.20/C-1 hükmü taşınmazlarla ilgili özel yetki kuralını da incelemektedir. Gerçi MSB’de çalışan kamu görevlileri ve yükümlü askerleri ilgilendiren ve taşınmazın konu edildiği askeri hizmete ilişkin bir uyuşmazlık çıkma ihtimali yüksek değildir. Bununla birlikte çalışılan hizmet binalarının, askeri tesislerin ve arazinin kamu malı olduğu dikkate alındığında bunların çökmesi, yıkılması ve bozulması gibi olaylardan uğranılan zararlar, yine oturlan kamu konutlarının tahsisıyla ilgili konular bu kapsamda görülebilir. Bu gibi durumlarda m.20/C-1 gereği yetkili mahkeme bulunduğu yere bakılmaksızın ilgilinin görev yaptığı yere göre belirlenecektir. Burada kişinin taşınmazla olan bağı zaten yürütülen kamu hizmeti üzerinden kurulduğundan, yetkili mahkemenin görev yapılan yer esas alınarak tayininde m.34/1’e göre olumsuz bir durumla karşı karşıya olduğu söylenemez.

İYUK m. 20/C-1 hükmü ile m.34/2’deki özel yetki kuralının uygulandığı köy, belediye ve özel idarelerle ilgili uyuşmazlıklar arasında bir bağ ve münasebet bulunmamaktadır.

4. Taşınır Mallara İlişkin Yetki Kuralı (İYUK m.35) Yönünden

İYUK m.35’e göre taşınır mallara ilişkin el koyma, istimval, ithal izin verilmesi gibi uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, taşınır malın bulunduğu yer idare mahkemesidir.⁸⁶ Mühim olan taşınırın malın dava açıldığı andaki yeridir; taşınır malın yer değiştirmesi yetki kuralını değiştirmez.⁸⁷

Askeri hizmete ilişkin bir uyuşmazlıklarda taşınır mal iki şekilde bulunabilir: Kamu niteliğindeki bir askeri (hizmete mahsus) eşya olarak ya da kişinin mülkiyet veya zilyetliğindeki özel mal olarak. İdarenin, MSB’de çalışan kamu görevlileri ve yükümlü askerlerin şahsi eşyası üzerinde bir tasarrufta bulunmaları, onu hasara uğratmaları gibi haller söz konusu olabilir. Örneğin, istihkak olarak dağıtılan askeri kıyafetlerin iadesi, beylik tabanca verilmemesi gibi işlemler bu cümleden işlemler olarak görülebilir. Askeri eşyadan sayılan silah, harita, telsiz gibi şeyleri kaybeden ve hasara uğratan görevli memur ve askerlere ilişkin idarenin tazmin işlemlerinin de m.20/C-1 kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu takdirde yetkili

⁸⁶ Bir motorlu aracın trafik tescil kaydının düzeltilmesi talebinin reddine dair davada, m.35 uyarınca dava konusu aracın dava tarihi itibarı ile bulunduğu yerdeki idare mahkemesi olan Antalya İdare Mahkemesinin yetkili bulunduğu hakkında, 15.D., E.2014/2429, K.2014/3023, 22.04.2014 (Kızılel, 45).

⁸⁷ Tan, 1001; Kalabak, 273.

mahkeme m.35'e göre değil görev yapılan yere göre belirlenmelidir. Taşınır malın niteliğinin ve yerinin tespiti çoğu zaman müşkûlat çıkaracağından m.20/C-1 hükmünün daha kolay uygulanabileceği söylenebilir.

5. Tam Yargı Davalarında Yetki Kuralı (İYUK m.36) Yönünden

Tam yargı davalarında yetki konusu m.36'da üç farklı şekilde düzenlenmiştir. Maddenin (a) bendine göre, zararı doğuran idari uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili mahkeme aynı zamanda bunlarla ilgili tam yargı davalarında da yetkilidir. İYUK m.36/a hükmü idari işlemin yol açtığı zararlarla ilgili tam yargı davalarını kapsamaktadır.⁸⁸ İdari işlemin icrasından doğan iptal davaları da buna dâhildir.⁸⁹ Ancak idari sözleşme ve eylemlerden doğan zararlara ilişkin tam yargı davalarıyla yargı kararlarının gereği gibi uygulanmamasından doğan tazminat davaları bu hüküm kapsamına girmez.⁹⁰ Buna göre, zararı idari işlem veya yargı kararından doğması hâlinde, öncelikle bunlarla ilgili davalara bakmaya yetkili idare mahkemesi İYUK m.32'deki genel ve m.33-37'deki özel yetki kuralları esas alınmak suretiyle tespit edilecek, sonra buna göre aynı yerde tam yargı davası açılacaktır. Bunun için önceden iptal davası açılmış olması şart değilse de daha önce böyle bir dava açıldığı takdirde sonradan açılacak tam yargı davasına da aynı yerde bakılır.⁹¹ Örneğin A ilinden B iline atanan bir kamu görevlisi sâdece iptal davasını veya bununla birlikte tam yargı davasını m.33/1'e göre A veya B illerinden birinde açabileceği gibi, iptal davası açmamış olsa bile doğrudan açacağı tam yargı davasını A veya B illerinden birindeki idare mahkemesinde açabilir. Ancak seçimlik haklarını kullanarak bunlardan birindeki, söz gelimi B'de iptal davası açmışsa artık tam yargı davasını da aynı yerde, yâni B'de açmak zorundadır.⁹² Aynı husus yargı kararının yerine getirilmemesine ilişkin dava yönünden de geçerlidir.

⁸⁸ Gözübüyük ve Dinçer, 826; Kayar, 328-329.

⁸⁹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 218. Memurluğa atamama işleminin Ankara İM tarafından iptali üzerine Balıkesir'e atanan davacının gecikmeden doğan zararlarına ilişkin tazminat davasının Ankara İM'de görülmesi gerektiği hakkında, Dan. 10.D., E.2004/13770, K.2005/64 (Korkmaz, 117).

⁹⁰ Gözübüyük ve Dinçer, 826; Yenice ve Esin, 673.

⁹¹ Çağlayan, 283; Kalabalık, 273. Bu doğrultuda Dan. 5.D., E.2014/8681, K.2014/9686, 22.12.2014 (Kızılel, s.46); Görevden çıkarma cezasının iptali davasına İYUK m.33/2'ye göre ilgilinin görev yaptığı yer olan Erzurum idare mahkemesi tarafından bakıldığına göre, bunun iptalinden sonra açılan manevi tazminat davasının da m.36/a gereği aynı mahkemede görülmesi gerektiği hakkında, Dan.12.D., E.2008/5983, K.2010/4520, 28.9.2010 (DD, S.125, 407).

⁹² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 218; Çağlayan, 283-284.

Zarar, bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise, tam yargı davasına hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yerde bakılır (m.36/b).⁹³

Yukarıda belirtilen hâller dışında kalan hususlarda, yâni diğer hallerde yetkili mahkeme davacının ikametgâhının bulunduğu yer idare mahkemesidir (m.36/c). Burada söz edilen “diğer hâllere” ilişkin uygulamaya çok rastlanmamaktadır. Danıştay’ın idari işlem niteliğinde bulmadığı ve idari eylem de saymadığı haller⁹⁴ ile yargı denetimi dışında kalan işlemlerden⁹⁵ doğan zararlara ilişkin davalarda bu fıkradaki ölçütü uyguladığı görülmektedir. Danıştay yurt dışındaki çalışma ortamı ve fiziki şartlardan kaynaklanan zararlarda da aynı kuralı uygulamıştır.⁹⁶ Uygulama alanı kısıtlı olan bu bent hükmünün, özellikle idarenin herhangi bir eylemi bulunmamakla beraber terör ve kitle hareketleri gibi sosyal risk oluşturan hallerde üçüncü kişilerin verdiği zararlar sebebiyle idarenin sorumluluğuna ilişkin olduğu kabul edilmektedir.⁹⁷ Bundan başka mesleki risk⁹⁸ geçerli

⁹³ Örneğin, araç kazasının, dolayısıyla zararın gerçekleştiği yerin Ankara il sınırları içerisinde bulunması sebebiyle m.36/b hükmü uyarınca Ankara İdare Mahkemesinin yetkili olduğu hakkında, Dan. 15.D., E.2013/6178, K:2013/3082, 26.04.2013 (Kızılel, 46).

⁹⁴ Candan’a göre de askeri mühimmat imalathanesinin infilakının verdiği zararlar bu bendin kapsamına girmektedir. Candan, s.893. Danıştay, iskeleye bağlı hücumbotlardan birinin meçhul bir sebeple patlaması sonucu şahsın eşyasının kırılması üzerine açılan tam yargı davasında bu kuralı uygulamıştır, 6. D., E.1968/868, K.1971/427, 24.2.1971, nakleden s. 137.

⁹⁵ Yargı denetimine tâbi olmayan 1402 sayılı Sıkıyönetim kanunu kapsamında görevine son verilen kamu görevlilerinin açıkta geçen süreye ilişkin maaş vs. alacaklarıyla ilgili tam yargı davalarında m.36/c’ye göre işlemlerle Bu doğrultuda, Dan. 5.D., E.1989/2953-K.1989/2560, 27.12.1989. Ancak 10. Dairenin –bizim de katıldığımız- görüşü 36/a ve 33/2’nin uygulanmasının gerektiği yönündedir, E.11996/8656, K.1996/5951, 10.10.1996, kararlar ve bu tespit için bkz. Karaveli oğlu, 1487-1488; Berk, 85-86; Gürbüz, 210.

⁹⁶ Danıştay 10.D., E.2012/5152, K.2012/3993, 18.09.2012 (Kızılel, 47-48).

⁹⁷ Yenice ve Esin, 677-678. Aynı yönde, Karavelioğlu, 1487; Yıldırım ve Çınarlı, s.191; Yıldırım, 111; Berk, s.84; Karahanoğulları, 286-287. Yasa dışı örgüt mensupları tarafından inşaatta kullanılan iş makinelerinin yakıldığı bir olayda, Danıştay’ meydana gelen zararlara ilişkin tazminat davasının davacıların ikametgâhı mahkemesinde görüleceğini karar vermiştir, 10. D., E.1994/667, K.1994/1769, 20.4.1994, nakleden Gözübüyük, 310.

⁹⁸ Karaveli oğlu, 1488.

olduğu eylemlerle yurt dışında gerçekleşen eylemler⁹⁹ ilgili tam yargı davalarında da uygulanabileceği ileri sürülmektedir.

İYUK m.20/C -1 kapsamındaki bir işleme karşı açılan iptal davası sonrasında ilgili başka bir yerde görevlendirilmiş ise, görev yapılan yer değiştiğinden, aynı işlemde kaynaklanan tam yargı davasının açılacağı mahkeme konusunda tereddüt yaşanabilir. Hükmün lafzı itibariyle bu davanın en son görev yapılan yerde, yâni iptal davasından farklı bir mahkemede görülmesi mümkündür. Yargı içtihatlarının bu tür davaların aynı mahkemede görülmesi yönünde içtihat geliştirmesi beklenebilir ise de, hükmün bu doğrultuda düzenlenmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

Kamu görevlileri ve yükümlü askerlerin hizmet esnasında ve görev yaparken terör ve kitle hareketlerinden kaynaklanan bir zarara uğramaları hâlinde, aslında sosyal riskten ziyade mesleki riskten söz edilebilir. Bu bakımdan m.36/c'deki kuralın değil, yine m.20/C-1'deki ilgilinin “görev yaptığı yer” kuralının uygulanması gerekir. Buna karşılık, ilgili kamu hizmetinden ayrıldıktan, yâni statü dışına çıktıktan sonra geçmişte ifa ettiği askeri hizmet sebebiyle sosyal risk sayılan bir eylemden dolayı zarar gördüğü takdirde, kanaatimizce artık “ikametgâhın bulunduğu yer” kuralı uygulanabilir. Çünkü eylemde askeri hizmete ilişkinlik bulunmakla birlikte MSB'de çalışan kamu görevlisi ve yükümlü asker olma şartı söz konusu değildir.

Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin yetki kuralının (m.37) vergi mahkemelerinde uygulanacağı dikkate alındığında, m.20/C-1 hükmünü ilgilendirmediği açıktır.

Danıştay işlemde kaynaklanan bazı tam yargı davalarına ilişkin yargı yerinin belirlenmesi kararlarında, uyuşmazlığı İYUK m.20/C-1 maddesi kapsamında görmediğinden olsa gerek, yetki konusunda m.36/a hükmünün uygulanması gerektiğine karar vermiştir.¹⁰⁰ Buna karşılık askeri hizmete ilişkin eylemden kaynaklanan tam yargı davasında İYUK m. 36-b hükmünü değil, m.20/C-1, son cümle hükmünü uygulamıştır.¹⁰¹

⁹⁹ Meselâ Diyanet İşleri Başkanlığının düzenlediği hac organizasyonu sırasındaki eylemler gibi, bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 220. Aynı görüşte, Gürbüz, 210.

¹⁰⁰ Dan. 12. D., 20.10.2022, E.2022/4807, K.2022/5085; Dan. 12. D., 18.10.2022, E.2022/13793, K.2022/57257 (kararlar yayımlanmamıştır).

¹⁰¹ Dan. 12.D., 10.11.2022, E.2022/5087-K.2022/ 5347 (yayımlanmamıştır).

B. Yetki Sorun ve Uyuşmazlıklarının Çözümü Yönünden Karşılaştırma

1. Genel Olarak Yetkisizlik Durumu

İdari yargılama usulünde yetki konusu görevden sonra gelir. Bunun anlamı görevli olmayan yargı mercii görevliymiş gibi veya görev konusunu atlayarak doğrudan yetki konusunu değerlendiremez. Danıştay'da açılan davaların görev yönünden reddi bunun istisnasıdır. Danıştay görevsizlik kararı verdiği takdirde yetkili idare mahkemesini de göstermek ve dava dosyasını buraya göndermek zorundadır. Örneğin, Aydın Askerlik Şubesi Başkanlığında görev yapan bir kamu görevlisinin veya yükümlü askerin Danıştay'da açtığı bir davada, uyuşmazlığın salt askeri hizmeti ilgilendiren birel işleme ilişkin olduğu kanaatine varılırsa, davanın görev yönünden reddine ve dosyanın görevli ve yetkili İzmir İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilir.¹⁰²

İdari yargılama usulünde yetki konusu gerek ilk incelemede gerek davanın diğer aşamalarında her zaman re'sen dikkate alınır. Taraflar da yetkisizlik iddiasında ve itirazında bulunabilirler. Mahkeme bu iddia ve itirazı öncelikle değerlendirerek yetkili olduğu düşüncesinde ise itirazı reddeder ve davaya bakmaya devam eder.¹⁰³ Yetkisizlik iddiasının açıkça karara bağlanmasına gerek yoktur, mahkemenin davaya devamı kendini yetkili gördüğünü gösterir.¹⁰⁴ Bununla beraber açıkça yetki itirazını ret kararı alırsa, bu karar davayı sonuçlandıran nihai bir karar değil, usulî bir ara karardır. Dolayısıyla ancak usule veya esasa ilişkin nihai bir karar ile birlikte istinaf veya temyiz edilebilir.¹⁰⁵ Bu bakımdan makale konusu bakımından özellik arz eden bir durum söz konusu değildir.

İdare mahkemesi, dava konusunun idare mahkemesinin görev alanına girmekle beraber kendi yetkisine girmediği kanaatine ulaşırsa, davayı yetki yönünden reddeder ve dava dosyasının kendisine göre yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verir (m.15/1-a, 43).¹⁰⁶ Bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz (m.15/4). Konumuz itibarıyla normal şartlarda¹⁰⁷ kendini

¹⁰² Tan, 1002; Kayar, 236.

¹⁰³ Gözübüyük, 359; Tan, 1002; Kalabalık, 275-276.

¹⁰⁴ Karahanoğulları, 281.

¹⁰⁵ Tan, 1002; Kalabalık, 276.

¹⁰⁶ Gözübüyük ve Dinçer, 865; Ulusoy, 722; Kaplan, 375. Yetkisizlik ve gönderme kararı örnekleri için bkz. Demirkol ve Bereket Baş, 50-52.

¹⁰⁷ Bazı hallerde dava Bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yerine tereddüde düşülerek aynı yargı çevresindeki bir başka idare mahkemesinde

görevli fakat yetkisiz bulan idare mahkemesinin yetki yönünden reddettiği dava dosyasını dâhil olduğu Bölge İdare Mahkemesinin yargı çevresinin dışında kalan bir idare mahkemesine göndermesi gerekir. Ancak dosyanın gönderileceği bu merciin ilgilinin görev yaptığı yerin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi olması gerekir. Örnek vermek gerekirse, Aydın ilinde görevli bir subayın Kastamonu’da kursta iken İzmir İdare Mahkemesinde açtığı sicil iptal davasında, görev yapılan yerin kursiyer olarak bulunulan Kastamonu ili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiş olsun. Bu takdirde dava dosyası Kastamonu ilinin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu Ankara Bölge İdare Mahkemesinin bulunduğu yerdeki Ankara İdare Mahkemesine gönderilmelidir.

2. Olumsuz Yetki uyuşmazlığının çözümü

Olumsuz yetki uyuşmazlığı birden fazla idare mahkemesinin karşılıklı olarak birbirini yetkiyi görmesi hâlidir. Yetkisizlik kararı verilerek dosyanın gönderildiği idare mahkemesi de uyuşmazlığın kendi yetkisine girmediğini, aksine gönderen yer idare mahkemesinin yetkili olduğunu değerlendirebilir. Bu sebeple davanın yetki yönünden ret kararı vermesi hâlinde karşılıklı yetkisizlik kararlarından dolayı iş çıkmaza girmiş olabilir. Meselâ yukarıdaki örnekte Ankara İdare Mahkemesi de İzmir İdare Mahkemesinin yetkili olduğunu kabulle, pekâlâ davanın yetki yönünden reddine karar verebilir. İşte bu gibi durumlarda İYUK’un 43. maddesi devreye girecektir. İYUK’un “Görevsizlik ve yetkisizlik hallerinde yapılacak işlem” başlıklı 43. maddesi hükmüne göre, *“İdare ve vergi mahkemeleri, idari yargının görev alanına giren bir davada (...) yetkisizlik sebebiyle davanın reddine karar verirlerse dosyayı (...) yetkili idare (...) mahkemesine gönderirler. (...) Yetkisizlik sebebiyle dosyanın gönderildiği mahkeme kendisini (...) yetkisiz gördüğü takdirde, söz konusu mahkeme ile ilk (...) yetkisizlik kararını veren mahkeme aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde ise, uyuşmazlık bölge idare mahkemesince, aksi halde Danıştayca çözümlenir. (...) yetki*

açılmış olabilir. Burası uyuşmazlığın m.20/C-1 kapsamında olduğu tespit ettiği anda eğer ilgilinin görev yaptığı yer yine aynı BİM çevresinde kalıyorsa dosyanın bu BİM’in bulunduğu yerdeki idare mahkemesine gönderilmesi gerekir. Örneğin Kastamonu Askerlik şubesindeki bir erin ölümüne ilişkin tazminat davası sehven Kastamonu İdare Mahkemesinde açılmış olsun. Bu takdirde Kastamonu idari mahkemesi kararı vererek dosyayı görevli ve yetkili olan Ankara İdare Mahkemesine göndermelidir.

uyuşmazlıklarında Danıştay ve bölge idare mahkemesince verilen kararlar ilgili mahkemelere bildirilir ve bu husus taraflara tebliğ olunur. Danıştay ve bölge idare mahkemesince (...) yetki uyuşmazlıkları ile ilgili olarak verilen kararlar kesindir. Bu madde hükümleri gereğince verilen kararlar ile (...) yetkili kılınan mahkemeye yeniden dava açılması halinde harç alınmaz.”

Bu noktada işaret edelim ki, normal şartlarda işin mahiyeti gereği m.20/C-1'in uygulandığı uyuşmazlıklarda yetki uyuşmazlığının farklı Bölge İdare Mahkemesine bağlı idare mahkemeleri arasında çıkması beklenir.¹⁰⁸ Bu bakımdan m.20/C-1 kapsamındaki davalarla ilgili muhtemel yetki uyuşmazlıkların nihai çözüm yeri Danıştay'dır (m.43/1-b). Dolayısıyla kendisini yetkisiz bulan son idare mahkemesi talep olsun olmasın dosyayı Danıştay'a göndermek durumundadır. Yukarıdaki örnek üzerinden gidecek olursak, Ankara İdare mahkemesi de İzmir İdare Mahkemesinin yetkili olduğu gerekçesiyle davanın yetki yönünden reddine karar verdiği takdirde dosyayı Danıştay'a göndermek zorundadır. Çünkü her iki mahkemede konu edilen uyuşmazlığın niteliği gereği farklı bölge idare mahkemelerinin yargı çevresinde bulunmaktadır.¹⁰⁹

Dosyayı alan Danıştay (öncelikle ve re'sen görev konusunu da göz önünde bulundurarak görev sorunu yoksa) yetki uyuşmazlığını inceler ve çözer. Danıştay görev ve yetki konusu dışında davanın esasına veya diğer hususlara ilişkin bir karar veremez.¹¹⁰ Danıştay yetkisizlik kararı veren idare mahkemelerinden birini yetkili görebileceği gibi bunların dışında kalan bir idare mahkemesini de yetkili bulabilir. Sonuçta Danıştay bu hususta aldığı kararı ilgili mahkemelere bildirir ve dosyayı yetkili bulduğu mahkemeye gönderir.¹¹¹ Yetki uyuşmazlığına ilişkin karar taraflara tebliğ olunur.

¹⁰⁸ Esasen Bölge idare mahkemeleri arasında az da olsa yetki sorunu çıkabilir. Ancak bu gibi durumlarda bölge idare mahkemelerinin üst yargı yeri olduklarından “yetkisizlik” kararı değil, gönderme kararı vermeleri beklenir: Yenice ve Esin, s.630-631. Bu yönde, Dan. 3. D., E.2000/4283, K.2000/319911.10.2000 (Kızılel, 40).

¹⁰⁹ Tokat'ta görevli bir memurun Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi'nce düzenlenen yüksek lisans programına girmek için yaptığı başvurunun reddi işleminin iptali talebiyle açılan ve farklı bölge idare mahkemeleri yargı çevrelerinde bulunan Sivas İM ile Ankara 9. İM arasında ortaya çıkan yetki uyuşmazlığı Danıştay tarafından çözümlenmiştir, Danıştay, 10. D., E.2000/1053, K.2000/1435, 11.4.2000 (Topuz ve Özkaya, 843).

¹¹⁰ Ulusoy, 722; Kalabalık, 276.

¹¹¹ Gözübüyük ve Dinçer, 866. Örnek kararlar için bkz. Demirkol ve Bereket Baş, 52-54.

Danıştay tarafından m.43 kapsamında verilen kararlar kesin olup herkesi bağlar. Bu itibarla bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz.¹¹² Yetkili kılınan mahkeme davaya bakmak zorundadır, yeniden yetkisizlik kararı veremez.¹¹³

Maddenin 4. fıkrasında harç alınmayacağı belirtilmekte ise de bu hükmün, yetki uyuşmazlığı çıkararak iki yargı yerinin dışında başka bir yargı yerinin yetkili bulunması hâlinde uygulanacak bir kural olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.¹¹⁴

3. Olumlu Yetki Uyuşmazlığı ve Mercî Tayini

Eğer konusu ve sebebi aynı dava aynı kişiler tarafından birden fazla yargı yerinde açılır da, her biri kendini yetki görerek vaki yetkisizlik iddialarını reddederek yargılama yaparsa bu durumda olumlu yetki uyuşmazlığından bahsedebiliriz. Hattı zatında böyle bir uyuşmazlığın çıkma ihtimali çok zayıftır. Aynı durumun İYUK m.20/C-1 kapsamındaki davalarda yaşanması ihtimali yok gibiyse de, teorik olarak bir eyleme ilişkin tazminat davasının hem Ankara İdare Mahkemesinde, hem de İstanbul İdare Mahkemesinde açılmış ve yapılan yetki ve derdestlik itirazlarının reddedilmiş olmasını örnek verebiliriz. Bu durumda yine İYUK m. 44'teki mercî tayini hükümleri uygulanmalıdır.¹¹⁵ Bu maddeye göre, farklı yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine bağlı idare mahkemeleri olumlu yetki uyuşmazlığı çıktığı takdirde dosya Danıştay'a gönderilir. Danıştay konuyu inceler ve yetkili mahkemeyi kararlaştırır. Danıştay'ın bu konuda vereceği kararlar kesindir, temyize başvurulamaz.

Bundan başka, pratikte özellikle m.20/C-1 kapsamındaki uyuşmazlıklarda rastlanması beklenmez ise de, yetkili idare mahkemesinin yargı çevresinin sınırlarında tereddüde düşülebileceği gibi, mahkemenin davaya bakmasına engel fiili veya hukuki durum söz konusu olabilir. Esasen m.20/C-1 kapsamındaki uyuşmazlıklar bakımından aynı bölge idare mahkemesine bağlı bulunan idare mahkemelerinin kendi aralarındaki sınır uyuşmazlığının bir önemi yoktur. Zira zaten tek ve belli (BİM'in bulunduğu

¹¹² Gözübüyük ve Dinçer, 866. Ancak bu kesinlik bu aşamaya ilişkindir, davada daha sonra verilen kararın istinaf veya temyizi aşamasında yetki konusu yeniden ele alınabilir, Kaplan, 375.

¹¹³ Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 360; Tan, 1003; Topuz ve Özkaya, 838; Yıldırım, s.113.

¹¹⁴ Çağlayan, 288.

¹¹⁵ Gözübüyük, 361; Gözübüyük ve Dinçer, 872; Kaplan, 151; Kalabalık, 278.

yerdeki) idare mahkemesi yetkili kılınmıştır. Buna karşılık teorik de olsa iki bölge idare mahkemesinin yargı çevresi sınırlarında tereddüde düşülebilir. Buna yargı çevresi sınırları bitişik olan Ankara Bölge İdare Mahkemesine bağlı Ankara İdare Mahkemesi ile Konya Bölge İdare Mahkemesine bağlı Konya İdare Mahkemesi örnek verilebilir. Bu durumda da sorunun İYUK m.44'teki merci tayini usulüne göre çözümlenmesi gerektiğinden, dava dosyası kesin kararı alınmak üzere Danıştay'a gönderilir.

Merci tayini gerektiren bir başka durum da yetkili idare mahkemesinin davaya bakmasına engel fiili veya hukuki halin gerçekleşmesidir.¹¹⁶ Fiili ve hukuki engel hallerinde konumuz açısından önem arz eden mesele şudur: Bu durumda yine gönderen idare mahkemesiyle aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde bulunan bir idare mahkemesi mi yetkili merci olarak tayin edilmeli, yoksa farklı bölge idare mahkemeleri mi esas almalıdır? Kanaatimizce yeni merci öncekiyle aynı bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki, aynı il merkezindeki idare mahkemesi olmalıdır.¹¹⁷ Eğer hukuki ve fiili bir engelden dolayı bu mümkün olmazsa (meselâ deprem, yangın, çökme vb. sebeplerle mahkeme binası kullanılamayacak olursa veya salgın hastalık, büyük çaplı tedhiş gibi sebeplerle o şehirde iş yapılamazsa), aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki yakın ve uygun bir yerdeki idare mahkemesi yetkilendirilmelidir.¹¹⁸ Hal böyle olunca sorunu çözmeye, yâni yetkili idare mahkemesini tayin görevi, hukuki ve fiili engelle karşılaşan idare mahkemesiyle aynı yargı çevresindeki bölge idare mahkemesininidir. Bu gibi hallerde Danıştay'ın merci tayini yapabilmesi için söz konusu bölge idare mahkemesinin yargı çevresinde bulunan tüm idare mahkemelerinin (meselâ bir bölgenin tamamen düşman tarafından işgali gibi) eş zamanlı olarak aynı veya farklı fiili ve hukuki engellerle karşı karşıya kalması gerekir.

¹¹⁶ Fiili ve hukuki engel oluşturabilecek haller için bkz. Gözübüyük, 360; Tan, 1003-1004.

¹¹⁷ Zira Adalet Bakanlığı sitesindeki listelere bakıldığında, (Adana, Ankara, Bursa, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Konya ve Samsun Bölge İdare Mahkemesi olma üzere) 9 ayrı bölge idare mahkemesinin mevcut olduğu, bunların bulunduğu il merkezlerindeki idare mahkemelerinin birden fazla olduğu, yâni bu şehirlerde birden fazla sayıda idare mahkemesinin konuşlandığı görülmektedir.

¹¹⁸ Bölge idare mahkemeleri ile bunlara idari yargı yetkisi yönünden bağlı idare mahkemelerinin yargı çevresi için bkz. Erişim: 10 Ağustos 2022, <https://www.adalet.gov.tr/Birimler/B%C4%B0M> ve <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21f1838f-40cc-4024-af15-d9e23c3a0155.pdf>.

Yukarıda açıklanan bütün hâllerde İYUK m.44'te gösterilen merci tayini usulüne göre, İYUK m.20/C-1 ile ilgili bir davada yetki sorununun aynı yargı çevresindeki mahkeme veya mahkemeler arasında çıkması halinde, dosyanın merci tayini için yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, sair hallerde Danıştay'a gönderilmesi gerekir. Dosyayı alan Danıştay veya bölge idare mahkemesi konuyu inceleyerek yetkili mahkemeyi kararlaştırır. Danıştay veya bölge idare mahkemesinin bu konuda vereceği kararlar kesindir, temyize başvurulamaz.¹¹⁹

Danıştay ve BİM'in yetki uyuşmazlığının çözümü için veya kanun yolu aşamasında önüne gelen uyuşmazlıklarda, idare mahkemelerinin davayı İYUK m.20/C-1 kapsamında gördükleri takdirde yetkisizlik kararı vererek dava dosyasını yetkili gördükleri idare mahkemesine gönderdikleri görülmektedir. Bu konudaki az sayıdaki karardan birinde, Isparta/Eğirdir 16. Zh. Tug. K.lığında görevli iken ölen bir erin vazife malulü sayılmama işleminin iptali için mirasçılar tarafından (İYUK m.20/C Birinci fıkrasının son cümlesinin yürürlüğe girmesinden sonra 5.9.2022 tarihinde) açılan davada, Ankara İdare Mahkemesi uyuşmazlığı İYUK m.20/C kapsamında görerek 13.9.2022 tarihinde yetki yönünden reddetmiş, dosyanın gönderildiği Konya İdare Mahkemesi de 6.10.2022 tarihinde aksi gerekçeyle davanın yetki yönünden reddine karar vermiştir. Yetki uyuşmazlığı üzerine başvuru Danıştay, verdiği Yetkili Yargı Yerinin Belirlenmesi Kararı ile, işlemi tesis eden Sosyal Güvenlik Kurumunun Ankara'da bulunduğu gerekçesiyle 2577 SK m.32/1 uyarınca Ankara İdare Mahkemesini yetkili bulmuştur.¹²⁰

IV. ASKERİ HİZMETE İLİŞKİN YETKİ KURALININ UYGULAMASINDA KARŞILAŞILABİLECEK ÇEŞİTLİ DURUMLAR

İYUK m.20/C-1 hükmünün uygulanmasında ilgilinin yurt dışında bulunmasına göre veya görev yaptığı yerde fiilen çalışıp çalışmamasına bağlı olarak birçok sorunla karşılaşılabilir.

¹¹⁹ Gözübüyük, 361; Tan, 1004; Kalabalık, 278; Arslan vd., 375; Topuz ve Özkaya, 851.

¹²⁰ Dan. 12.D., 10.11.2022, E.2022/5087-K.2022/ 5347. Bunun gibi Dan. 5.D., 13.10.2022, E.2022/1326-K.2022/6918; Dan. 12. D., 20.10.2022, E.2022/4807, K.2022/5085; Dan.10.D., 13.9.2022, E.2022/5423, K.2022/ 3778. Keza Ankara BİM 1.İDD, 13.10.2022, E.2022/4191, K.2022/4276 (kararlar yayımlanmamıştır).

A. Kamu Personelinin Yurt Dışında Bulunması Hâlinde Yetkili Mahkeme

1. İYUK m.20/C-1 Kapsamına Girmeyen Kamu Personeline İlişkin Mevcut Uygulama

Kamu personeli yurt dışında görevli olabilir. Kamu personelinin yurt dışındaki görevleri esnasında karşılaşılabilecekleri işlem ve eylemlerle ilgili uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme konusu ayrı ve özel bir düzenlemeye tâbi tutulmamıştır. Bu alanda uygulamaya esas çok karar görülmediği gibi İYUK'taki genel ve özel yetki kurallarının uygulanma şekli konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte idari işlemler hakkında m.32'teki genel yetki kuralının, tam yargı davaları hakkındaysa m.36'daki özel yetki kuralının uygulanmasının gerektiği düşünülebilir. İdari işlem yönünden yurt dışı görev esnasında muhatap olunan ilişkin uyuşmazlıklarda nihayetinde faaliyeti yürüten idari teşkilin Türkiye'deki bağlı olduğu en yüksek makam esas alınabilir. Bu da genel olarak Ankara İdare Mahkemesinin yetkili olması demektir.¹²¹ Örnek olarak verilen bir karara göre, Danıştay Libya'da Trablus Büyükelçiliği İlköğretim Okulunda görevli bir öğretmene Trablus Büyükelçisi tarafından verilen aylıktan kesme disiplin cezasına karşı açılan davada Ankara İdare Mahkemesini yetkili görmüştür.¹²²

¹²¹ Kaplan tarafından, yurt dışında bulunan kamu görevlileriyle ilgili uyuşmazlıklarda İYUK m.33-37'deki yetki kurallarının değil, genel kuralın uygulanmasının gerektiği, buna göre yetkili mahkemenin eşyanın tabiatı gereği Ankara idare Mahkemesinin olduğu, dava konusu işlem yurt dışı makamlarca kesin şekilde yapılsa bile bu durumun değişmeyeceği, zira bu makamın bağlı bulunduğu Türkiye'deki birimin bulunduğu yerin kural olarak Ankara olduğu ifade edilmektedir, Kaplan, 146. Aynı görüşte, Gürbüz, s.209.

¹²² Bu kararda yetkiden çok husumet konusunun tartışıldığı görülmektedir. Zira Milli Eğitim Bakanlığı hasım gösterilerek açılan davada Ankara 11. İdare Mahkemesi esastan dava konusu işlemin iptaline karar vermiş; bu davalı idarenin temyizi üzerine Danıştay; “dava konusu işlemi tesis eden makamın Trablus Büyükelçiliği olması ve büyükelçilerin Dışişleri Bakanlığı personeli olması karşısında, İdare Mahkemesince 2577 sayılı Yasanın 15/1-c maddesi uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı yanında Dışişleri Bakanlığı'nın da davalı konumuna alınarak, dosyanın her iki idarenin de husumeti ile tekemmül ettirilerek bir karar verilmesi gerekirken, davacının Milli Eğitim Bakanlığı'nın kadrolu personeli olması nedeniyle sadece Milli Eğitim Bakanlığı husumeti ile dava sonuçlandırılarak verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir” gerekçesiyle kararı bozmuştur. Bkz. 12.D., E.2005/5634-2007/4579, 24.10.2007.

İdare eylemleriyle ilgili olarak Danıştay yurt dışındaki çalışma ortamı ve fiziki şartlardan ve Çernobil kazasından kaynaklanan zararlarda m.3/c'deki ikamet yeri kuralı uyguladığı görülmektedir.¹²³ Bunun yanı sıra Türkiye Cumhuriyeti idaresinin yurt dışındaki eylemlerinden (örneğin hac organizasyonu yapan Diyanet İşleri Başkanlığının yurt dışındaki eylemleri) kaynaklanan zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda m.36/c bendi hükmünün uygulanabileceği ifade edilmektedir.¹²⁴ Açıkça belirtilmemekle beraber bu örnekte kamu personeli dışındaki zarar görenlerin esas alındığı söylenebilir.

Yukarıda açıklanan esaslar aynı şekilde İYUK m.20/C kapsamındaki personele de uygulanabilir mi? Öncelikle İYUK 20/C hükmünde öngörülen iki temel şart birlikte bulunduğu sürece bu tür uyuşmazlıklarda diğer yetki kurallarının uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Sonra diğerlerinden farklı olarak burada "görev yapılan yer" şeklinde tek bir ölçüt benimsenmiştir.

2. İYUK m.20/C-1 Kapsamındaki Kamu Personelinin Yurt Dışında Bulunması

İYUK m.20/C kapsamındaki personel de birçok sebeple ve çeşitli pozisyonlarda yurt dışında bulunabilir. Şimdi konuyu çeşitli ihtimallere göre değerlendirelim:

a. Yurt Dışındaki Bir Kadroya Bireysel Olarak Atanmış veya Görevlendirilmiş Olma

MSB kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile yükümlü askerler büyükelçiliklerde veya NATO ve bir müttefik devlet askeri karargah ve birliklerinde bulunan bir görevde bulunabileceği gibi, yabancı bir ülkenin askeri kurumlarında ve üniversitelerinde öğrenim ve eğitim görüyor da olabilir. Bu gibi hallerde genellikle personelin atama yapılarak Türkiye'deki

¹²³ Yurt dışı temsilciliğindeki çalışma ortam ve şartlarının iyileştirilmemesinden kaynaklandığı ileri sürülen zararlara ilişkin uyuşmazlığın çözümünde, m.36/c uyarınca davacının ikamet ettiği yer idare mahkemesi olan Konya İdare Mahkemesinin yetkili olduğu hakkında, Danıştay 10.D., E.2012/5152, K.2012/3993, 18.09.2012 (Kızılel, 47-48). 1986 yılında meydana gelen Çernobil kazasından ölümüne kadar Karadeniz Bölgesinin muhtelif illerinde yaşayan ve radyasyona bağlı olarak maruz kalarak lösemi hastalığından ölen şahsın yakınlarının açtığı tam yargı davasında m.36/c uyarınca davacının ikamet ettiği yer idare mahkemesi olan Konya İdare Mahkemesinin yetkili olduğu hakkında, 10.D., E.2005/8889, K.2005/8105, 26.12.2005 (Kızılel, 47).

¹²⁴ Akylmaz, Sezginer ve Kaya, 220.

kurum ve birliğinden kadro bağı ve ilişkisi kesilmektedir. Bize göre bu takdirde ilgili hakkındaki idari işlem ve eylem ister oradaki ister yurt dışına çıkışından önce ve sonra Türkiye'deki makamlar tarafından gerçekleştirilmiş olsun, son tahlilde görev yapılan yer yurt dışındaki kuruluşun ve/veya personelin Türkiye'de bağlı olduğu üst hiyerarşik makam dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu da genellikle üst kurumun başkentte konuşlanmasından dolayı Ankara idare mahkemesinin yetkili olması demektir. Yine de işaret etmek gerekir ki personel, Ankara dışında konuşlu bir kurum veya birlikten doğrudan doğruya ve özlük hakları yönünden bağı devam edecek şekilde yurt dışına görevlendirilmiş ise, bu yargı çevresinin esas alınması yerinde olur.

b. Yurt dışındaki Daimi ve/veya Belli Süreli Olarak Bulunan Bir Birlikte Görevli Olma

MSB kadrolarında çalışan kamu görevlileri ile yükümlü askerler Türkiye sınırları dışında daimi olarak konuşlanmış bir birliğe atanmış veya bu birlikle beraber intikal ederek yurt dışında görevlendirilmiş olabilir. Bilindiği gibi, Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti başta olmak üzere birçok ülkede askeri eğitim vermek veya güvenlik sağlamak üzere görevlendirilmiş askeri varlığı bulunmaktadır.¹²⁵ Bu askeri varlığın türü birlik, ekip, gemi vb. olabileceği gibi, bulunuş şekli Kıbrıs Türk Barış Kuvvetlerinin (KTBK) gibi daimi (daha doğrusu belirsiz süreli) de olabilir. Askeri kuvvet bundan başka duruma göre geçici süreyle de yurt dışında bulunuyor olabilir. Bütün bu hallerde ilgilinin yabancı bir ülkede görev yaptığı birim ve birliğin yapısı ve genelde MSB, özelde TSK teşkilat içindeki yeri ve bağlantısı önem kazanmaktadır.¹²⁶ Eğer kişi Kara Kuvvetleri Komutanlığına bağlı olarak Kıbrıs'ta daimi surette konuşlandırılmış KTBK Komutanlığının personeli ise, İYUK m.20/C kapsamındaki uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme görev yaptığı yer itibarıyla Ankara İdare Mahkemesi olur. Yabancı ülkedeki birim ve birlik, başkent dışında başka bir ilde bulunan kurum veya kuruluşun hiyerarşik astı ise yetkili mahkeme o ilin yargı çevresi

¹²⁵ Bu askeri varlığın bir kısmı Birleşmiş Milletler (BM) ve NATO görevleri (uluslararası barış gücü) çerçevesinde bir kısmı ise ikili anlaşmalara göre yabancı ülkede bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Erişim 13 Ağustos 2022, <https://tr.euronews.com/2020/01/17/>, <https://www5.tbmm.gov.tr/develop/> ve <https://www.tsk.tr/Sayfalar?viewName=BarisiDestekleme>.

¹²⁶ KTBK.lığının doğrudan Türk Kara Kuvvetleri Komutanlığına bağlı olduğuna dair bkz. Erişim 13 Ağustos 2022, <https://www.kkk.tsk.tr/teskilat.aspx>.

dikkate alınarak belirlenir. Örneğin Somali’de belirli süreyle görevlendirilmiş bir taburun Muğla’daki alaya bağlılığı devam ediyorsa, bu görev esnasında yaralanan askerin açacağı tam yargı davasında İzmir İdare Mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmelidir.

Aynı kural Türkiye’nin güvenliğini sağlamak üzere geçici olarak Kuzey Irak ve Suriye’de konuşlanmış veya bu bölgelere operasyon yapmakta olan birliklerde bulunan personel için geçerlidir. Örneğin Tekirdağ’daki tugaya bağlı komando taburunun personeli, Kuzey Irak’ta bir meskûn mahâle bir süreliğine da olsa yerleştiği sırada veya bir harekât kapsamında seyyaren operasyonel faaliyet yürütürken idari bir işlem ve eyleme muhatap olursa, görev yapılan yer itibarıyla yetkili mahkeme İstanbul İdare Mahkemesi olacaktır.

B. Personelin Önceki Görev Yerinden Ayrıldıktan, Fakat Yeni Görev Yerine Başlamadan Önce Açacağı Davalarda Yetkili Mahkeme

İYUK m.20/C-1 kapsamındaki personel atama veya görevlendirme üzerine önceki görev yerinden ayrılmış olmakla beraber yeni görevini başlanmamış olabilir. Diğer kamu görevlileri için İYUK m.33/1 gereği hem eski hem de yeni görev yeri ölçütü uygulanabildiğinden bu konuda bir ihtilaf çıkması beklenmez. Burada ise sâdece önceki veya sonraki görev yerinin esas alınabileceği veyahut her ikisinin de mümkün olduğu şeklinde tartışma yaşanabilir. Kanaatimiz odur ki, böyle durumlarda ilgili ister atanmış olsun ister kurs vb. sebeplerle ayrılmış olsun, yetkili mahkeme daha önce görev yaptığı yere göre belirlenmelidir. Zira bir kere ilgili ilişik kesmekle beraber henüz yeni görev yerine katılmış ve oranın hizmetine amâde hâle gelmiş değildir. İkincisi, istifa, emeklilik ve göreve son verme gibi yollarla kamu görevlisi ve yükümlü asker statüsü sona eren sâbık personel hakkında nasıl son görev yeri kıstası uygulanacaksa, bu kişiler hakkında da kıyasen aynı esâsın uygulanması yerinde olur. Bu çıkarımıza örnek vermek gerekirse, Kastamonu’dan Edirne’ye veya kurs vb. sebeplerle görevlendirilen personel henüz katılış yapmamışsa, meselâ atama veya geçici görevlendirme işlemine karşı açacağı iptal davasını ve buna ilişkin tam yargı davasını Ankara İdare Mahkemesinde açabilecektir. Bize göre bu çıkarım hem ayrılmadan önce hem ayrıldıktan sonra karşılaşılan idari işlem ve eylemler için geçerlidir. Yâni on beş günlük mehil süresinde disiplinsizliğinden dolayı ikaz ettiği bir erin saldırısına uğrayan subay veya astsubayın açacağı tazminat davasında yetkili mahkeme önceki görev yeridir. Ancak önemle belirtelim ki, personel

yeni görev yerine hukuken katılış yapmışsa artık yetki buraya göre belirlenecektir. Bunun için ilgilinin daha önce görev yaptığı yer itibariyle yetkili mahkemede dava açmamış olması şarttır.

Özellikle başka bir ile atama ve görevlendirmelerde hem eski hem yeni görev yerinde dava açma imkânı tanıyan İYUK m.33/1'deki kuralın, m.20/C-deki tek ölçüte yer veren kurala göre daha kullanışlı ve davacılar lehine olduğunu ifade edelim.

C. Personelin Daha Önce Açtığı İptal Davasını Müteakip Görev Yaptığı Yerin Değişmesi Üzerine Sonradan Açacağı Tam Yargı Davasında Yetkili Mahkeme

Normal şartlarda görev yapılan yer değişmedikçe veya yapılan görev değişikliği yargı çevresini etkilemedikçe, iptal davasını takiben açılan tam yargı davalarına aynı idare mahkemesinde bakılacaktır. İYUK m.20/C kapsamı dışında kalan uyuşmazlıklarda kamu görevlilerine ilişkin tam yargı davaları, idari işlemde kaynaklandığı takdirde iptal davasına bakmaya yetkili mahkemede görülür (m.36/a). Buna karşılık tam yargı davası eyleme ilişkin ise bunun gerçekleştiği yerdeki idare mahkemesinde görülmesi gerekir (m.36/b). Ancak bu yaklaşım, herhangi bir işlemde dolayı açtığı iptal davası sonuçlanmadan veya sonuçlanmakla birlikte henüz dava açma süresi dolmadan önce başka yargı çevresinde bulunan ildeki bir göreve atanmış veya görevlendirilmiş İYUK m.20/C kapsamındaki personel için geçerli değildir. Bu personel önceden iptal davası açmış olsun olmasın aynı konudaki tam yargı davasını yeni katıldığı görev yerinde açmak zorundadır.

Görüldüğü gibi İYUK m.36'dan farklı olarak işleme ilişkin iptal davası ile bundan doğan tam yargı davalarının farklı idare mahkemelerinde görülmesi söz konusudur. Açıkçası böyle kısıtlı hallerde de olsa konuya vâkıf ve hâkim ilk mahkeme varken tam yargı davasının başka bir idare mahkemesinde görülmesinin pek isabetli olduğu söylenemez. Bazı belgelerin sonraki mahkeme tarafından yeniden ve tekrar toplanıp incelenmesi söz konusu olabileceğinden, bu uygulamanın en azından usul ekonomisi bakımından gereği ve yararı tartışılır. Bununla birlikte davacılar yönünden de kolaylık ve tasarruf sağlayacağı da açıktır. Bu hususta, Ağrı'da görevli olup, Erzurum İdare Mahkemesinde açtığı sicil iptal davası sürerken Aydın'a atanan bir davacının, yargılamanın sonuçlanmasından sonra, sicil işleminden dolayı uğradığı zararlara ilişkin tam yargı davasını İzmir İdare Mahkemesinde açmak durumunda olması örnek verilebilir.

D. İlgilinin Çeşitli Sebeplerle Atamalı Olduğu Kurum ve Birliğinden Başka Yerde Bulunması Hâlinde Yetkili Mahkeme

İlgili, bir hastalıktan dolayı asıl görev yerinden uzakta bir hastanede tedavi görüyor veya aldığı izin, istirahat ve hava değişimi sebebiyle memleketinde bulunuyor olabilir. Yahut ilgili kişi hakkında görevden uzaklaştırma tedbiri uygulanması yahut izin aşımı ve firar gibi sebeplerle kurum ve birliğinden ayrı olabilir. Söz konusu hâllerdeki hukuki durum kurs, geçici görevlendirme gibi hâllerden farklıdır. Zira ilgili hizmet vermesi gereken yerden başka bir yerde görevlendirilmediği gibi, idarenin iradesiyle veya iradesi dışında hizmet dışıdır. Bu bakımdan bu durumdakilerin görev yaptığı yer atandıkları ve hizmet vermeleri gereken son kurum veya birliktir

E. İYUK m.20/C kapsamında Verilen Yargı kararlarının uygulanmaması halinde Yetkili Mahkeme

İdare mahkemelerin İYUK m.20/C kapsamında verdiği kararları tam olarak veya kısmen uygulamamış olabilir. Hâlbuki İYUK m.28/1 gereğince idare “mahkemelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre (...), gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.”

Kanun kararları uygulamayan idare aleyhine açılacak davalar konusunda m.28’de özel bir düzenleme yapmıştır. Görevli ve yetkili mahkemeyi belirleyen bu hükme göre bu uyuşmazlıklarla ilgili olarak sâdece ve sâdece tazminat davası açılabilir. İYUK m.28/3 hükmü şöyledir: “*İdare (...) mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.*” Bunun anlamı, söz konusu idare aleyhine açılacak tazminat davalarında ilgisine göre kararı uygulanmayan Danıştay veya idare mahkemesinin görevli ve yetkili olmasıdır.¹²⁷

Görüldüğü üzere İYUK m.28’deki yetkiyi düzenleyen hüküm, 32 ilâ 37. maddelerde öngörülen yetki kurallarını dışlayan, onlara göre daha özel ve istisnai bir yetki kuralı ihtiva etmektedir. Peki, aynı husus İYUK m.20/C

¹²⁷ Karavelioğlu, 1287; Gözübüyük ve Dinçer, 719, 826; Çağlayan, 757; Berk, 81. Bu yönde, Dan. 10.D., E.1999/2502, K.2001/3825, 8.5.2001, nakleden Bal, Karabulut ve Şahin, 821.

kapsamındaki uyuşmazlıklara ilişkin ilgilinin “görev yaptığı yerin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi”nin yetkili olması esası bakımından da geçerli midir? Bu soruya cevabımız, “evet, İYUK m.20/C kapsamındaki davalarda verilen iptal, yürütmenin durdurulması, tazminat ödenmesi vb. kararlar, idare tarafından en geç otuz gün içinde gereği gibi yerine getirilmediği takdirde, idare aleyhine açılacak tazminat davasını görmeye yetkili mahkeme uygulanmayan kararı veren mahkemedir.” İYUK m.28/3 hükmü m.20/C-1’deki kurala göre de önceliklidir.

Bu açıklamalara göre, İYUK m.20/C kapsamında açılan davalarda verilen kararların yerine getirilmemesine ilişkin tazminat davalarında yetkili mahkemenin kararı uygulanmayan idare mahkemesi olduğunu söyleyebiliriz. Ancak MSB’de çalışan kamu görevlileri ve yükümlü askerler, Danıştay’ın görevine giren (askeri hizmete ilişkin Cumhurbaşkanı kararı, yönetmelik gibi) bir konuda dava açmış da bu karar uygulanmamışsa bu sefer tazminat davası Danıştay’da görülecektir.¹²⁸ Şunu da belirtelim ki, yukarıda ifade edildiği üzere söz konusu tazminat davasının açılabilmesi için, doğal olarak kararın farklı mahkemelerin çözümü bağladığı iptal veya tam yargı davasına ilişkin olup olmadığına göre değişik olabilecektir.

F. Derdest Davaların Durumu

Bilindiği gibi normal şartlarda kanun yolunda dahi yetkisizlik kararı verile gelmektedir. Ancak davaların uzamasına sebebiyet verdiği gerekçesiyle bu uygulamanın ilk inceleme aşamasıyla sınırlı tutulması gerektiği savunulmaktadır.¹²⁹ Hemen belirtelim ki, ülkemizde İYUK’un ilk halinde mevcut bu tür hükümler sonradan kanunla ilga edilmiş bulunmaktadır. Keza davanın ileri aşamalarında yetkisizlik kararı verilmesini engelleyen hükümler Fransa’da da kanun yoluyla konmuştur.¹³⁰

¹²⁸ Yurt dışında sürekli görevlendirmeye ilişkin kararnamenin iptali için açılan davada işlemin Danıştay tarafından iptaline rağmen (5.D., 20.3.1996, E.1994/5014, K.1996/1184) idarenin atama başvurularını reddetmek suretiyle kararı uygulamadığı olayda, bundan dolayı açılan tazminat davasının Danıştay yerine İdare mahkemesinde çözüme bağlanması usule uyarlı görülmemiştir. 5.D., E.1997/2385, K.1997/2883, .. 4.12.1997 (Arslan vd., 379-380).

¹²⁹ Bu yöndeki eleştiriler için bkz. Ulusoy, 721-722.

¹³⁰ Esasen içtihadî bir ilke olan idari yargıda yetkinin kamu düzeninden sayılması ilk defa 1982 tarihli İYUK’da pozitif kurala bağlanmıştır. Keza bu Kanun’daki “İdari sözleşmelerde, sözleşme ile yetkili mahkeme belirlenebilir” kuralı (m.32/2) 10.6.1994

Bu itibarla yargılamanın makul sürede tamamlanması gerektiği görüşüne katılmakla birlikte, benzer sınırlamanın ancak pozitif bir hükümle yapılabileceğini değerlendiriyoruz.

Aynı şekilde yetki kuralının değişmesinin usul ekonomisi ve doğal hâkim ilkeleri gereği derdest davaları etkilememesinin gerektiği, hatta bunun anayasaya aykırı olduğu düşünülebilir. Bizse, tam aksine, yargılamanın yeni kuralın öngördüğü mahkemede yapılmamasının doğal hakim esasıyla bağdaşmayacağı ve kanunun olduğu yerde (aksi öngörülmedikçe) usul ekonomisine başvurulamayacağı kanaatindeyiz. Kanun koyucunun takdirini kamu düzenin korunması yönünde kullanması Anayasayı aykırılık oluşturmamaktadır. Bizim de katıldığımız doktriner görüşlere ve aşağıda değinilecek yargı kararlarına göre, idari yargılama usulünde yetki kuralının kamu düzeninden kabul edilmesinden dolayı, görülmekte olan bir davada kanunla yetkili mahkeme değiştirildiği takdirde, davaya bakmakta olan ilk derece mahkemesi hangi aşamada olursa olsun ve bu konuda bir talep olmasa bile re'sen yetkili ilk derece mahkemesine dosyayı göndermek

tarih ve 4001 sayılı Kanunla, yine “İdare ve vergi mahkemelerinde yetkisizlik itirazı yapılmadığı takdirde temyiz ve itiraz aşamasında yetki itirazında bulunulamaz.” kuralı (m.43/5) 5.4.1990 tarih ve 3622 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

Fransa’da ise gel-gitli bir seyir izlemekle beraber önce 4.4.2000 tarihinde “yargının iyi idaresi” ilkesi gereği idare mahkemeleri ile idari istinaf mahkemelerinin yetkisinin kamu düzeninden sayılmasına ilişkin kural yürürlükten kaldırılmıştır. Ardından Fransız İdari Yargı Kodunun (Code de Justice Administrative) R.312-2/2. Maddesinde 19.4.2002 tarihinde yapılan değişiklikle yetkisizlik itirazına sınırlama getirilmiştir. Bu hükmün 2.11.2016 tarih ve 2016-1480 sayılı Kararname ile değişik son haline göre, sözleşmeler hariç coğrafi yetki yerleşim yeri seçimi veya taraflar arasındaki anlaşmalar yoluyla ortadan kaldırılamaz. Kodun R.351-3. Maddesindeki durum dışında ilk derece mahkemesinin dosyayı tekemmül ettirmesine kadar yetkisizlik savunması yapılmamışsa, artık daha sonra (istinaf ve temyiz aşamasında) yetki itirazı yapılamayacağı gibi hakimce de resen dikkate alınmaz. Bu değişiklikler ile yetkinin kamu düzenine ilişkinliğinin anlam ve sonuçları hakkında bkz. Gürsel Kaplan, “İdari Yargı Yerlerinin Yetkisinin Kamu Düzeninden Sayılmasının Yol Açtığı Olumsuz Sonuçlar ve Çözüm Önerileri Hakkında Bir İnceleme”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, No.1, 1. Kitap (2008), 39–78; Çağlayan, 280. Kanun metni için Erişim 22 Şubat 2023, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000033340864/2017-01-01>.

Bu gelişmelerin gai, tarihi ve sistematik yorumundan, kamu düzeninden sayıldığı ve aksi öngörülmediği sürece mahkemenin yetkisinin yargılamanın her aşamasında resen gözetileceği ve (aksi hüküm yoksa) gerektiğinde yetkisizlik kararı verileceği sonucu çıkmaktadır.

zorundadır. Zira usule ilişkin olan yetki kuralları Kanunda aksi öngörülmedikçe idari yargıda derhal uygulanırlar, usuli kazanılmış hak oluşturmazlar.¹³¹ Eğer yeni yetki kuralının derdest davaya bakan mahkemenin yetkisini kaldırmaması isteniyorsa, ya kanuna bunu sağlamaya yönelik açık bir hüküm konulma veya yetkiyi kamu düzeninden sayan hüküm kaldırılmalıdır.

Askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin yeni ve özel yetki kuralı öngören Kanun koyucu yaptığı düzenlemede derdest davalarla ilgili herhangi bir hükme yer vermemiştir. Zira burada Kanun koyucunun amacı zaman kaybetmeksizin “askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıkların” belli ve mümkün olduğu kadar az sayıdaki mahkemede görülmesini sağlamaktır. Bu durumda İYUK m.20/C-1 kapsamındaki davalara bakmakta olan “ilgilinin görev yaptığı yerin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu bölge idare mahkemesinin bulunduğu yer” dışındaki idare mahkemeleri yargılamayı sonlandırarak yetkisizlik kararı vermelidir. Normal şartlarda bunun “davanın yetki yönünden reddine ve yetkili mahkemeye gönderilmesine” kararı verilerek yapılması gerekir.

Yargı kararlarına bakıldığında, kuralın derdest davalara da hemen uygulamaya başlandığı ve hüküm kapsamındaki uyuşmazlıklarla ilgili dosyalarda yetkisizlik kararı verildiği görülmektedir. Konuyla ilgili az sayıdaki kararlardan birinde, Tekirdağ/Saray 41. Kom.Tug.K.lığı emrinde görev yapmakta iken Irak harekat bölgesinde mayın patlaması sonucu sakat kalan bir uzman çavuşun açtığı tam yargı davasında önce Ankara İdare Mahkemesi, 16.12.2021 tarihinde davanın yetki yönünden reddine karar vermiştir. Dosyanın gönderildiği Kahramanmaraş İdare Mahkemesi, uyuşmazlığı 30.6.2021 tarihinde yürürlüğe giren İYUK m.20/C kapsamında askeri hizmete ilişkin görerek 28.7.2022 tarihinde yetkisizlik kararı vermiş ve dosyayı yetkili gördüğü İstanbul İdare Mahkemesine göndermiştir. Bu mahkeme de Kahramanmaraş idare mahkemesinin yetkili olduğu gerekçesiyle 15.8.2022 tarihinde davanın yetki yönünden reddine ve dosyanın yetki uyuşmazlığının çözümü için Danıştay’a gönderilmesine karar vermiştir. Yetki uyuşmazlığı üzerine başvuru Danıştay 13.9.2022’de verdiği Yetkili Yargı Yerinin Belirlenmesi Kararı ile, İYUK m.20/C-1 uyarınca, ilgilinin görev yaptığı yerin idari yargı yetkisi yönünden bağlı olduğu İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare

¹³¹ Bkz. Kaplan, 141; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 210

mahkemesi olan İstanbul İdare Mahkemesini yetkili bulmuştur.¹³² Başka bir örnekte de Kayseri 1. Kom. Tug. K.lığında görevli bir uzman çavuşun sağlık durumuna uygun yere atanmaması işleminin iptali için açılan davada, Kayseri İdare Mahkemesince, 13.6.2022 tarihinde işlemin iptaline karar verilmiştir. Davalı idarenin istinaf başvurusu üzerine Ankara BİM 1.İDD, İYUK m.20/C kapsamındaki uyuşmazlığın aynı maddenin 1. fıkrasının son cümlesi gereği Ankara Bölge İdare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesinin, yâni Ankara İdare Mahkemesinin yetkili olduğu gerekçesiyle kararı kaldırılmıştır.¹³³

SONUÇ

7415 sayılı Kanunla İYUK 20/C-1'e eklenen yeni yetki kuralı, aslında bir yıl önce konulmuş olan hükmü tamamlayıcı niteliktedir. Kural sâdece MSB çalışanı kamu görevlileri ve yükümlü askerleri ilgilendiren askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerle ilgili davalarda uygulanabilecektir. Hüküm istisnai nitelikte olduğundan bu hâl ve şartların hayata geçirilmesinde aşırıya kaçılmamalı ve madde kapsamı dar yorumlanmalıdır. Bu itibarla kaldırılan AYİM kararlarında çizilen yetki ve görev alanının birebir uygulanması beklenmemelidir.

Diğer taraftan her ne kadar aynı bölümde düzenlenmemiş ise de bu istisnai kural İYUK'ta yer alan genel ve özel yetki kurallarından önce gelmektedir. Açıktır ki, m.20/C kapsamındaki uyuşmazlıklarda "ilgilinin görev yaptığı yer" ölçütü öncelikle uygulanacaktır. Ancak yargı kararlarının uygulanmamasından doğan zararlar için aynı şey söylenemez. Bu takdirde uyuşmazlık m.20/C kapsamında olsa bile, tazminat davasının Kanun'un 28. maddesine göre kararı uygulanmayan mahkemede açılması gerekmektedir.

¹³² Dan.10.D., 13.9.2022, E.2022/5423, K.2022/ 3778 (yayımlanmamıştır).

¹³³ Ankara BİM 1.İDD, 13.10.2022, E.2022/4191, K.2022/4276. Aynı doğrultuda, Danıştay 12.D., 24.11.2022, E.2022/5436, K.5747 ve dp.46'daki kararlar. Bu örneklerde olduğu gibi, Danıştay'ın bazı Yetkili Yargı Yerinin Belirlenmesi Kararlarında da idare mahkemelerinin hükmün yürürlüğe girdiği tarihte derdest davalarda İYUK m.20/C-1 uyarınca birbirlerini yetkili görerek yetki yönünden ret kararı verdiği görülmektedir. Dan. 2. D., 20.10.2022, E.2022/4807, K.2022/5085 (kararlar yayımlanmamıştır).

Bundan başka medeni usulde de davanın görülmesi sırasında yetki kuralının kanunla değişmesinin mahkemenin davaya devamını engelleyeceğine ilişkin bir İBK kararı bulunmaktadır. Yargıtay İBGK, 18.6.1958, E.1057/21, K.1958/10, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 210, dp.208.

Bununla birlikte “görev yapılan yer” ölçütünün diğer yetki kurallarına göre davacılara ve uygulamacılara kolaylık sağlayacağı gibi, pratikte karşılaşılabilecek çeşitli durumlarda yetkili mahkemeyi belirlemede güçlük çıkarmayacağı kanaatindeyiz. Ancak, naklen atama ve görev yeri değişikliği üzerine ayrılmadan önce veya yeni göreve başladıktan sonra ayrı ayrı açılacak iptal ve tam yargı davaları bakımından bazı zorluklar doğuracağı da kabul edilmelidir.

Askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklarda Türkiye genelindeki tüm idare mahkemeleri yetkili iken yeni düzenlemeyle sâdece dokuz idare mahkemesine yetki verilmesi, nispeten uygulama birliğini sağlayacaktır. Ancak yargılama faaliyetinin çoğu zaman işlem ve eylemlerin gerçekleştiği yerden daha uzakta yürütülmesinden dolayı da tahminimiz, yargılama süresinin uzayacağı yönündedir. Buna ek olarak mahkemelerin daha fazla emek harcayacağı ve davacıların yargılama masraflarının bir miktar artacağı da söylenebilir.

Sonuç olarak, askeri hizmete ilişkin uyuşmazlıklarda kısmen “vakit ve nakit” kaybı yaşanacaksa da belirli yerdeki idare mahkemeler giderek uzmanlaşacak gibi gözükmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *İdari Yargılama Hukuku*. 6.Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Anadolu, Kerim. *İdari Yargıda Görev ve Yetki*. Ankara: Kendi Yayını, 2003.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. 5.Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Arslan, Zehreddin ve diğerleri. *Açıklamalı İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Aydemir, İsa. "İdari Yargılama Usulünde Yetki Kuralları". Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2007.
- . "Kamu Görevlileri ile İlgili Davalarda Yetki Kuralları". *Terazi Hukuk Dergisi*, 6, no. 59 (Temmuz 2011): 44-48.
- Bal, Yakup, Mustafa Karabulut ve Yahya Şahin. *İdari Yargılama Usulü ile ilgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.
- Berk, Kahraman. *İdari Yargılama Usulü Kapsamında İlk İnceleme*. İstanbul: Alfa Yayınları, 2008.
- Bilgin, Hüseyin. *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Candan, Turgut. *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*. 4.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Coşkun, Sabri ve Müjgan Karyağdı. *İdare Yargılama Usulü*. Ankara: Seçkin Yayınevi. 2001.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. 13. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Çokar, Zühal. "Genel Olarak Görev ve Yetki Konusu". *İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi* 6, No. 1-3 (Aralık 1995): 43-64.
- Demirkol, Selami ve Zühal Bereket Baş. *Teori ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü*. 2.Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2001.
- Derdiman, R Cengiz. *İdari Yargının Genel Esasları*, 3. Baskı. Bursa, Aktüel Yayınları, 2014.
- . Kamu görevlilerine İlişkin İdari Davalarda Yetki Belirsizlikleri, *Hukuki Yaklaşım Sitesi*, Erişim 15 Temmuz 2022, https://www.hukukiyaklasim.com/makaleler/idari-yargida-yetki-belirsizlikleri/#_ftn1.

- Ergen, Cafer. *İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.
- Esin, Yüksel. *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları – Esas*. Ankara: Kendi Yayını, 1976.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetsel Yargı*. 26. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Güven Dinçer. *İdari Yargılama Usulü Kanunu*. 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 1999.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. *İdari Yargılama Usulü*, 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 1999.
- Gümüşay, Gürbüz. “Askeri İdari Yargının Görev Alanı.” Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 2007.
- Gürbüz, Reşit. *İdari Yargılama Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- İşiklar, Celâl. “Askerlik Yükümlülüklerinden Doğan Uyuşmazlıkların Yargısal Denetiminde Görev.” *Ankara Barosu Dergisi* 62, no.2., (2011): 139-170. (Görev)
- . *Türkiye’de Askerlik Usulleri ve Askerlik İşlemlerine İlişkin İdari Ve Adli Davalar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011. (Askerlik Usulleri)
- . “İdari Yargılama Usulü Kanunu’na 24.06.2021 Tarih ve 7329 Sayılı Kanunla Eklenen 20/C Maddesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi”. *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no.1 (Ocak 2022): 347-398. (İYUK m.20/C)
- Kalabalık, Halil. *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 16.Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Karavelioğlu, Celal. *İdari Yargılama Usulü Kanunu*. Cilt II. 5. Baskı. Ankara: Kendi Yayını, 2001.
- Karahanogulları, Onur. *İdari Yargı-İdarenin Hukuka Zorlanması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019. 246.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*, 3.Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi, 2018.
- . Gürsel. “İdari Yargı Yerlerinin Yetkisinin Kamu Düzeninden Sayılmasının Yol Açtığı Olumsuz Sonuçlar ve Çözüm Önerileri Hakkında Bir İnceleme”. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, No. 23, K.1 (2008): 39-78. (Bir inceleme)
- Kayar, Nihat. *Yönetsel Yargı-Kuruluş ve İşleyiş*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2010.
- Kızılel, Levent. “İdari Dava Türlerinde Dava Dilekçeleri Üzerinde İlk İnceleme”. Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2016.

Korkmaz, Fatma. "İdari Yargıda Görev ve Yetki". Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2009.

Özgüldür, Serdar. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1996.

Şenol İspartalı, Bedriye. "Askeri İdari Eylemden Doğan Mali Sorumluluk." Yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2009.

Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. Güncellenmiş 4. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Topuz, İbrahim ve Kadir Özkaya. *Açıklamalı İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*. Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2002.

Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*. 4.Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.

Yavuzdoğan, Seçkin. *Devlet Memurları Kanununun Uyarınca Naklen Atama*. 2.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Yenice, Kazım ve Yüksel Esin. *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*. Ankara: Kendi Yayını, 1983.

Yıldırım, Ramazan. "Türk İdari Yargısında Görev ve Yetki". *Amme İdaresi Dergisi* 29, no:3 (Aralık 1985): 87-115.

----- *İdare Hukuku Dersleri*. C.II. Konya: Mimoza Yayınları, 2010.

Yıldırım, Ramazan ve Serkan Çınarlı. *Türk İdari yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara: Astana Yayınları, 2018.

Yılmaz, Halit. "Türk Silahlı Kuvvetleri ve Milli Savunma Hizmeti." *AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no.4 (2004): 375-430.

Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku*. Cilt II. Ankara: Yetkin Yayınevi. 2012.

**SADRAZAM KIBRISLI MEHMED EMİN PAŞA’NIN
TEFTİŞ RAPORLARI ÇERÇEVESİNDE 19.
YÜZYILDA NİŞ VE LESKOFÇA ÇİFTLİKLERİ’NDE
MÜLKİYET VE “CEZA HUKUKU” SORUNLARI**

*The Problems of Property and Criminal Law in the Farms of Niş and
Leskofça in 19th Century in the Scope of Inspection Reports of
Sadrazam Kıbrıslı Mehmed Emin Paşa*

Fatma Gül KARAGÖZ*

ÖZ

19. yüzyılda Tanzimat dönemi boyunca Osmanlı hükümeti taşrada pek çok müfettiş görevlendirmiştir. Müfettişlerin görevlendirilmesinin arka planında farklı sebepler vardır: Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nun ilanının hemen akabinde, 1840 yılında, Ahmed Arif Hikmet Bey özellikle toprak rejimi hakkında bilgi toplamak ve halka Tanzimat sürecini anlatmak için Rumeli müfettişi olarak atanmıştır. Arif Hikmet Bey ayrıca halkın şikâyetlerini de dinlemiştir. Bu teftişin amacı yerel düzlemde bilgi toplayarak tarımsal üretimi yeniden düzenlemektir. 1858 yılında Kanunname-i Arazi’nin yürürlüğe girmesinden sonra da teftişler benzer kaygılarla, bazen de dış müdahalenin önlenmesi amacıyla, devam etmiştir. Bu teftişlerden biri de 1860 yılında Sadrazam Kıbrıslı Mehmed Emin Paşa’nın Rumeli’de gerçekleştirdiği teftiştir. Bu süreçte tutulan ve defter haline getirilmiş raporlar, 19. yüzyılın ikinci yarısında Bulgaristan ve Sırbistan’da toprak hukuku sorunları açısından

Makalenin Geliş Tarihi: 14.11.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 13.03.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, E-posta: fgkaragoz@gsu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3389-4752.

Bu makalede tartışılan konuların bir kısmı 11-15 Temmuz 2022 tarihinde Zagreb’de 15.’si düzenlenen “Uluslararası Osmanlı Ekonomik ve Sosyal Tarihi Kongresi’nde (International Congress of Ottoman Social and Economic History-ICOSEH) “Problems of Honour and Property: How Did Kıbrıslı Mehmed Emin Paşa and His Crew Cope with Local Administrators in Niş in 1860?” başlığıyla sunulmuştur. Makale, konferans sırasında gelen öneri ve eleştiriler değerlendirilerek kaleme alınmıştır.

önemli bir kaynak teşkil etmektedir. Ayrıca bu belgeler Osmanlı toplumunda yönetici sınıfıyla halk arasında ortaya çıkan cezai problemler hakkında önemli veri sunmaktadır. Bu makale Emin Paşa'nın teftişinde Niş ve Leskofça çiftliklerinde ortaya çıkan mülkiyet hukuku ve ceza hukukuna dair şikâyetlerin ve çözüm sürecinin hukukî analizine dayanmaktadır.

Anahtar kelimeler: Toprak mülkiyeti, Ceza hukuku, Nizamname, Niş, Leskofça.

ABSTRACT

In the *Tanzimat* period of the 19th-century, Ottoman government nominated various inspectors in provinces. These assignments have different purposes: In 1840, immediately after the declaration of *Gülhane Hatt-ı Hümayunu*, Ahmed Arif Hikmet Bey became the inspector of Rumeli in order to make a quest on the status of land and to explain the process of *Tanzimat*. He also listened the problems of locals. The purpose of this inspection was to contribute to the re-organization process of production by gathering local information. After the promulgation of 1858 Land Code, these quests continued with similar concerns and sometimes in order to eliminate foreign intervention. One of these inspections was made by Sadrazam Kıbrıslı Mehmed Emin Paşa at Rumeli during 1860. The reports that were kept and recorded in this process constitute an important source in terms of land law problems in Bulgaria and Serbia in the second half of the 19th century. Moreover, this documentation gives valuable data about the criminal problems between elite and non-elite members of Ottoman society. This paper is focused on the legal analyse of the criminal cases and property cases recorded about the çiftliks of Niş and Leskofça in Emin Paşa's survey.

Keywords: Land property, Criminal law, Bylaws, Niş, Leskofça.

GİRİŞ

Osmanlı İmparatorluğu'nda Tanzimat döneminde taşra bölgesinde yürütülen teftişler, reform sürecinin önemli araçlarından biri olmuştur. İdari, bürokratik ve hukuki anlamda yeni bir düzenin habercisi olan Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun ilanından (3 Kasım 1839) sonra merkezi yönetim pek çok bürokrati müfettiş olarak görevlendirmiştir. Müfettişlere belli oranda bütçe ve ek olarak resmi bir komite tayin edilmiştir. İmparatorluğun farklı coğrafyalarında yapılan bu teftişlerin amaçları değişebiliyordu. Bu

amaçlardan biri Tanzimat döneminin reformlarının yerel halka anlatılmasıdır. Müfettişler gezi sırasında halkın şikâyetlerini de dinleyerek sorunlara çözüm üretmeye çalışmışlardır. Bir diğer hedef Tanzimat reformlarıyla yerleştirilmesi hedeflenen yeni vergi hukuku sisteminin altyapısını hazırlamak için araştırma yapmaktır. Gülhane Hatt-ı Hümayunu'yla halka bazı yenilikler vaat edilmiştir ki bunlardan biri de eşit ve adil bir vergi düzeninin yerleştirilmesidir. Buna ek olarak, dönemin reformcuları, 17. ve 18. yüzyıl boyunca değişim geçiren toprak sisteminden kaynaklanan problemlerin farkındadırlar, bu problemlerden biri de devletin vergi gelirlerine hâkim olamamasıdır. Bu durum, reformcularda kimin hangi toprağı hangi haklara dayanarak ne şekilde ürettiğinin resmi kayıt altına alınması ve verginin tekelleşmesi gerektiği fikrinin yerleşmesine sebep olmuştur¹.

Hatt-ı Hümayun'un ilanının hemen akabinde, 1840 yılında Ahmed Arif Hikmet Bey Rumeli müfettişi olarak atanmıştır. İlmiye grubuna mensup olan Arif Hikmet Bey, aynı zamanda Meclis-i Ahkâm-ı Adliye üyesidir. Teftiş esnasında halkın şikâyetlerini de dinleyen Arif Hikmet Bey'in bu gezisinin amacı tam da toprağın niteliği hakkında bilgi toplamak ve bunu kayıt altına almaktır. Rumeli'de sürdürülen bu teftişin yanı sıra Anadolu'da da benzeri bir teftiş devam etmiştir. Arif Hikmet Bey'in gezisi ağırlıklı olarak Bulgaristan'a odaklanmıştır². Teftişin duraklarından biriye günümüzde Sırbistan'ın güneydoğusunda yer alan Niş (1841 yılının nisan ayında) idi. Arif Hikmet teftiş boyunca bir yandan halkın şikâyetlerini dinlerken bir yandan da aksadığını düşündüğü noktaları kayıt altına almıştır. Kendi halledebileceği meseleleri çözmeye çalıştığı ancak bazı konuları meclise gönderdiği anlaşılmaktadır. Halkın şikâyetleri çok farklı konulara değiniyordu; bunların arasında vergilendirilecek ürünlerin yeknesak olmayan bir araç (*şinik*³) ile ölçülmesinden kaynaklanan farklar, yerel görevlilere dair şikâyetler, aile hukukuna dair meseleler dahi mevcuttur.⁴

Bu makale, Ahmed Arif Hikmet Bey'in teftişinden yaklaşık yirmi yıl sonra Niş'i kapsayan başka bir teftiş sürecinden, Sadrazam Kıbrıslı Mehmed Emin Paşa'nın 1860 tarihinde Rumeli'de gerçekleştirdiği teftişten elde edilen

¹ Mahir Aydın, "Ahmed Arif Hikmet Beyefendi'nin Rumeli Tanzimat Müfettişliği ve Teftiş Defteri (19 resim ile birlikte)", *Bellekten*, C. 51, S. 215, (1992), s. 69.

² Aydın, 72.

³ Buğday ölçümünde kullanılan bir ağırlık birimi.

⁴ Aydın, 78-93. Belirtmek gerekir ki "aile hukuku"nu ilgilendiren tek bir olaydan bahsedilmektedir.

veriye dayanarak Niş ve Leskofça çiftliklerinde karşılaşılan bazı hukuki meselelerin değerlendirilmesine dayanmaktadır. 1858 tarihli Kanunname-i Arazi'nin yürürlüğe girmesinden⁵ sonra, yukarıda açıklananlara benzer gerekçelerle teftişler yapılmıştır. Mehmed Emin Paşa tarafından gerçekleştirilen teftişin bir diğer önemli gerekçesi Tırnova'da Hristiyan köylülerin ayaklanmasıdır; zira bu ayaklanma sonrasında Rusya'nın bölgeye bir komisyon göndermeyi düşündüğü bilinmektedir⁶. Teftişin tamamı dört ay sürmüştür ve bu dört ayın kırk iki günü Niş'e ayrılmıştır. Niş'in o dönemde Rusya sınırına yakın bir bölgede yer alması nedeniyle teftişin bu denli uzun sürdüğü tahmin edilebilir. Esasen bu dönemde Rusya'nın Sırbistan, Bulgaristan ve Niş'teki politik olayları takip ettiği bilinmektedir⁷. Ek olarak, yine sınırda yer alan Sırbistan'ın bağımsızlığını ve bütünlüğünü tamamlama süreci 19. yüzyıl boyunca devam etmiştir. Sırbistan'ın Osmanlı coğrafyasında meydana gelen isyanlar üzerindeki “kışkırtıcı” rolünün en azından bazı eserlerde abartıldığı üzerinde durulmuştur; tam ters kutupta da Niş'te meydana gelen her isyanın arkasında milliyetçiliğin etkisini ve bağımsızlık mücadelesini gören Sırbistan tarih anlatımı yer almaktadır.⁸ Jelena Radovanovic, her iki anlatıya da dikkatle yaklaşılması gerektiğinin altını çizerek bölgedeki mücadelenin temelde bir mülkiyet mücadelesi olduğu üzerinde durmaktadır⁹.

⁵ Bu kanunnamenin niteliği, uygulamada ne kadar yerini aldığı üzerinde literatüre dair değerlendirmeler için bkz. Mustafa Macit Kenanoğlu, “1858 Arazi Kanunnamesi ve Uygulanması”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 1, (2006 Bahar), 107-138; E. Attila Aytekin, “Hukuk, Tarih ve Tarihyazımı: 1858 Osmanlı Arazi Kanunnamesi'ne Yönelik Yaklaşımlar”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (TALİD)* C. 3, S. 5, (2005), 723-744.

⁶ Yonca Köksal, “19. Yüzyılda Kuzeybatı Bulgaristan Sessiz Toprak Reformu”, *Toplumsal Tarih*, S. 170, (2008), 26. Ahmet Cevdet Paşa bu konuda Rusya'nın haksız ithamlarda bulunup Avrupalılardan oluşan bir komisyon görevlendirmek istediğini yazmıştır. Paşa, böyle bir ihtimalden duyduğu endişeyi “Bulgarlar ele avuca sığmaz olub” sözleriyle anlatır. Bkz. Ahmet Cevdet Paşa, *Tezâkir 13-20*, haz. Cavid Baysun, (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1991), 100.

⁷ İlker Alptekin, *Midhat Paşa'nın Niş Valiliği (1861-1864)*, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, (Niğde: Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011), 131.

⁸ Jelena Radovanovic, *Contested Legacy: Property in Transition to Nation-State in Post Ottoman Nis*, yayınlanmamış doktora tezi, (New Jersey: Princeton Üniversitesi, 2020), 9-10; 25-26.

⁹ Radovanovic, 10.

Mehmed Emin Paşa'nın teftişi sırasında derlenen raporlar ve kararlar üç defter haline getirilmiştir. Bu raporların pek çok farklı tipte şikâyeti bir araya getirdiği görülmektedir. Nitekim raporların çeviriyazımını yapan Yonca Köksal ve Davut Erkan, heyetin uğraştığı konuların çeşitliliğinin altını çizmişlerdir. Yazarların yayınladıkları eserde sadece Mehmed Emin Paşa'nın notları yer almaz, aynı zamanda hükümete yollanan dilekçeler, aldığı cevaplar da defterin bir parçasıdır. Köksal ve Erkan, teftişin arka planında yer alan unsurlardan bahsederler, bunlardan ilki “devletin varlığının bölgede duyurulması”, ikincisi reform sürecinin denetlenmesi, üçüncü gerekçe ise bölgeye yabancı devletlerin müdahalesini engellemektir¹⁰. Bölgedeki sorunları haydutluk, görevlilerin istismarı, batılı devletlerin müdahalesi, çiftlik sorunları, göç ve bütçe, Bulgar kilisesi meselesi altında altı başlığa ayırırlar¹¹.

Arif Hikmet Bey'in teftişinde olduğu gibi Mehmed Emin Paşa da bir heyetle yola çıkmıştır. Heyetin üyeleri arasında geleceğin paşası Ahmet Cevdet Bey, Divân-ı Hümâyûn Beylikçisi Arif Bey, mütercim-i sâni Pavlaki, Meclis-i Vâlâ üyeleri Arif Bey ve Fotyadi, Bulgar milletinden Gavril, barutçubaşının oğlu ve Meclis-i Tahkik üyesi Artin gibi isimler yer almaktadır¹². Bu isimler defterin ikinci bölümünde yer alan ve çiftlikler hakkında bu makalede incelenecek bazı kararların altında görülebilir, karar sürecine bir biçimde katılmış oldukları bu nedenle düşünülebilir. Defterin ilk bölümündeki raporlardaysa bu isimleri görmek mümkün değildir. Heyetteki bazı üyeler hakkında daha geniş bilgi Ahmet Cevdet Paşa tarafından Tezahir'de verilmektedir; buna göre Arif Bey “*usul-ı Bab-ı Âli'yi ve nizâmât-ı seniye'yi*” bilir; Gavril Efendi Fransa'da ilm-i hukuk diploması almış ve ticaret mahkemesi üyeliği yapmıştır. Heyette “cinayet işleri” için de ayrıca müstantik ve katiplerin yer aldığını belirten paşa, heyet-i tahiririye reisi Kenan Bey'in Sadrazam emini ve mutemedi olduğunu ifade eder¹³. Diğer üyelerin de benzer uzmanlıkları olduğunu düşünmek yanlış olmaz. Yonca Köksal, bir tebliğinde Gavril, Futyadi ve Pavlaki'nin tercüman olarak da görev yaptığını belirtir¹⁴. Yazar bu tebliği Toplumsal Tarih dergisi için kaleme aldığı ve

¹⁰ Yonca Köksal ve Davut Erkan, *Sadrazam Kıbrıslı Mehmed Emin Paşa'nın Rumeli Teftişi*, (İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, 2007), 19.

¹¹ Köksal ve Erkan, 21.

¹² Köksal ve Erkan, 20; Ahmet Cevdet Paşa, *Tezahir*, 13-20, 101.

¹³ Ahmet Cevdet Paşa, *Tezahir* 13-20, 102.

¹⁴ Yonca Köksal, “Land reform in Northwestern Bulgaria”, *Perspective on Ottoman Studies, Papers From the 18th Symposium of the International Committee of Pre-*

Niş'teki arazi meselelerini inceleyen “Sessiz Toprak Reformu” başlıklı makalesi üzerinden geliştirdiğini belirtmektedir.

Teftiş sırasındaki kararların kısa ve genel bir değerlendirmesi Niş'in 1878'den sonra Sırbistan'ın bir parçası haline gelme sürecini ve özellikle mülkiyet meselelerini inceleyen Jelena Radovanovic'in Princeton Üniversitesi'nde tamamladığı doktora tezinde yapılmıştır¹⁵. Teftişten bahseden en yakın tarihli makale Yücel Terzibaşoğlu tarafından kaleme alınmıştır¹⁶. Bu makalede teftiş raporlarına önemli ölçüde yer verilmiş, ancak heyetin verdiği kararların niteliği ve değerlendirme sürecinden ziyade raporların çiftlikler hakkında verdiği iktisadi bilgi üzerinde durulmuştur. Yazar konuya özellikle Niş ve Leskofça'daki çiftliklerin yapısı, iş kalemleri ve ortak kullanıma açık topraklar üzerindeki sorunlar açısından yaklaşmıştır. Teftiş raporunu özellikle dikkate alan bu eserler haricinde bölgedeki isyanlar ve toprak meselesi bu çalışmada da yararlanılan çeşitli tarih araştırma eserlerine konu olmuştur.

Bu makalede teftiş defterinde Niş ve onun güneyinde yer alan (ve uzun bir süre Niş'e bağlı olan) Leskofça¹⁷ kasabasındaki çiftliklere dair kayda geçmiş hukuki sorunlar ve Sadrazam Mehmed Emin Paşa'nın teftiş heyetinin ürettikleri çözümler değerlendirilmiştir. Bu bağlamda çiftliğin üzerinde hak sahibi olanlar ve çiftliklerde çalışanlar arasındaki meselelerle köyler üzerinde hak iddia eden kişilerin iddiaları üzerinde durulmuştur. Radovanovic tezinde bu çiftliklerde görülen olayları değerlendirmiş ancak sürecin tam bir hukuki analizini yapmamıştır¹⁸. Bu makalede incelenen bazı olaylar üzerinden Mehmed Emin Paşa'nın teftiş heyetinin neredeyse bir olağanüstü yargı organı gibi hareket ettiğini söylemek mümkündür. Makalede tartışılan konuları değerlendirmek için tek bir kaynağın yeterli olmadığı düşünülebilir; sadece heyet raporları üzerinden Niş ve Leskofça'daki çiftliklerin hukuki düzenine

Ottoman and Ottoman Studies, haz. Ekrem Causevic, Nenad Moacanin ve Vjeran Kursar, (Berlin: Lit, 2010), 457.

¹⁵ Radovanovic.

¹⁶ Yücel Terzibaşoğlu, Landed Estates, Rural Commons and Collective Agriculture in Ottoman Niş and Leskofça in the Nineteenth Century, *Turkish Historical Review*, (2022-Ağustos, ayrı basım), 1-29.

¹⁷ Kaynaklarda genelde Delbocic olarak da anılan Leskofça'nın (Leskovac) 16. yüzyılda Niş kazasına bağlı olduğu zikredilmiştir. Machiel Kiel, “Leskofça”, *DİA*, EK-2, 2019, 156. 19. yüzyılda da şehrin Niş eyaletine tabi bir kaza olduğu teftiş defterindeki belgelerde zikredilmektedir. Köksal ve Erkan, 475.

¹⁸ Radovanovic 53-58.

dair bütüncül bir bilgi içermesi elbette mümkün değildir. Ancak, bu kaynağın kritik bir değerlendirmesiyle pek çok meselenin izlerine ulaşılabilir. Defterlerin sunduğu veriyi anlayabilmek için bölgedeki çiftlik yapılanmalarındaki hukuki rejimden ve sosyo-ekonomik gelişmelerden de bahsetmek gerekir. Makalenin ilk iki bölümünde bu konular değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümde bazı çiftliklerde üretici/işçi sıfatını haiz kişilerin çiftlik sahibine karşı kız kaçırma iddialarıyla birleşen hak gasbı iddiaları üzerinde durulmuştur. Son bölümde ise çiftlik sahibi olduğunu iddia eden elit kesim ve üretici/köylü arasında, heyetin çözmeye çalıştığı mülkiyet meselelerine dayanan bazı olaylar değerlendirilmiştir.

I. 19. YÜZYILDA NIŞ VE LESKOFÇA'DA ÇİFTLİK HUKUKU: NİZAMNAMESLER VE LAYİHALAR

Osmanlı İmparatorluğu'nun geleneksel yapısında tarımsal üretimin belkemiği miri arazi sistemidir. Bu düzenin temelinde toprağın tasarruf yetkisini haiz ve üretimden sorumlu olan raiyyet-köylü vardır. Köylü vergiyi sipahi/sahib-i arza ödemektedir. Sahib-i arz veya sipahi üretimden aldığı vergiler karşılığında yönetime asker temin etmekle sorumludur. Toprağın çıplak mülkiyeti ya da *rakabesiyse* devlete aittir. Bu rejim, 15. ve 16. yüzyıllarda genel ve özel nitelikteki kanunnamelerde yerini almıştır. Çiftlik kelimesi bu dönemdeki hukuki metinlerde köylünün tasarrufa dayalı olarak yararlandığı toprak birimi için kullanılmıştır. Ancak kelimenin bu tip “raiyyet çiftliği”nden farklı anlamlarda da kullanıldığı dikkati çekmiştir¹⁹. Bu makalede kullanılan çiftlik kelimesi ise büyük, plantasyon benzeri birimleri ifade etmektedir. Bu tip çiftliklerin Osmanlı İmparatorluğu'nun “Klasik Çağ”ında en iyi biçimiyle uygulandığı düşünülen miri arazi rejiminden sapmaya bağlı olarak ortaya çıktıkları düşünülmüş, büyük nitelikte, pek çok işçinin veya işçileşmiş köylünün çalıştırıldığı bu çiftliklerin özel mülk olup olmadığı literatürde tartışılmıştır.²⁰ “Büyük ticari çiftlik”lerin hukuki olarak

¹⁹ Osmanlı İmparatorluğu'nda çiftlik kelimesinin farklı anlamları için bkz. Ömer Lütfi Barkan, “Çiftlik”, *Türkiye'de Toprak Meselesi*, (İstanbul: Gözlem Yayınları, İstanbul, 1980), 789-797.

²⁰ Bu konuda epey geniş bir literatür bulunmakla beraber birkaç örnek için bkz. *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, haz. Çağlar Keyder ve Faruk Tabak, çev. Zeynep Altok, (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları), 1998; Bruce McGowan, *Economic Life in Ottoman Europe: Taxation, Trade and the Struggle for Land, 1600-1800* (Cambridge ve New York: Cambridge University Press, 1981); Aysel Yıldız,

detaylı bir biçimde düzenlenmesi nispeten geç tarihli bir olaydır. 1858 Kanunname-i Arazisi'nin 130. maddesi bir köyün tek bir kişiye ait olamayacağı kuralını içermektedir.²¹ Kanunnamenin şerhlerinde bu maddenin amacının halkın bir kısmının topraksız kalmasını engellemek olarak değerlendirildiği dikkati çekmiştir.²² 19. yüzyılda büyük çiftlikler hakkındaki asıl düzenleyici metinler, bölgesel uygulamaları sistematikleştirmek için yürürlüğe giren nizamname ve layihalardır ki bunların da bir tür kanun-yönetmelik olduğu düşünülebilir. Bu noktada söz konusu nizamnameler ile Kanunname-i Arazi arasındaki ilişki üzerinde durulması gerekir.

A. 1858 Kanunname-i Arazi Karşısında Niş ve Leskofça Nizamnameleri

19. yüzyılda arazi rejimini tekrar bir düzene oturtmak için çeşitli reformlar yapılmıştır. Miri arazinin modern anlamda kodifiye edilmesi de bu reform sürecinin bir parçasıdır. Arif Hikmet Bey'in 1849 tarihinde fetva mecmuası olarak yürürlükteki arazi hukuku hükümlerini bir araya getirdiği *El-Ahkamü'l-Meriyye fi Arazi'l-Emiriye* bu çerçevede gerçekleşen derlemelerden biridir. Ancak bu eserin tipik bir kanun şeklinde kaleme alınmamış olması 1858 tarihli Kanunname-i Arazi'nin yürürlüğe girmesine giden yolu açmıştır.²³ Bu kanunname temelde miri araziye dair düzenlemeleri içermektedir. Kanunname büyük çiftliklere dair sadece yukarıda zikredilen maddeyle bir kural getirmekle beraber hali hazırda mevcut olan çiftliklerin düzenine dair bir hüküm içermemektedir. Büyük çiftliklerin düzenlenmesi belli ölçüde nizamnameler üzerinden gerçekleştirilmiştir.

Bazı bölgelerde çiftliklerin rejimini sistematikleştirmeyi hedefleyen layiha ve nizamnameler, 19. yüzyılda sık sık yürürlüğe girmiştir; örnek olarak Bosna, Tırhala, Parga ve bu makaleyi ilgilendiren Niş ve Leskofça nizamnameleri verilebilir²⁴. Örnek verilen nizamnamelerin bir tür özel kanun

“Politics, Economy, and *Çiftliks*: The History of Four *Çiftliks* in Larissa (Yenişehir-i Fener)”, *Turkish Historical Review*, C. 11, (2020), 28-65.

²¹ “Kanunname-i Arazi”, *Tanzimat Sonrası Arazi ve Tapu*, Başbakanlık Osmanlı Arşivi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 128.

²² Kenanoğlu, 114-115; Ahmet Cevdet Paşa, *Tezâkir 40-Tetimme*, haz. Cavit Baysun, (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1991), 142-143.

²³ Mehmet Akif Aydın, “Kanunname-i Arazi”, *DİA*, C. 3, 1991, 346.

²⁴ Nizamnameler çeşitli çalışmalara konu olmuştur, örneğin, Alp Yücel Kaya ve Ali Onur Peker “Parga Çiftliği Kararnamesi”, *Üçüncü İktisat Tarihi Kongresi*, (İzmir: İzmir Demokrasi Üniversitesi Yayınları 2019), 1-13; Alp Yücel Kaya, “On the Çiftlik

olduğu düşünülebilir. Nitekim Mustafa Macit Kenanoğlu, Ahmet Cevdet Paşa'nın yazdıklarından hareketle, Bosna ve Niş'te Kanunname-i Arazi'nin uygulanmadığı üzerinde durmuştur²⁵. Ancak hem Ahmet Cevdet Paşa'nın hem de -yine Paşa'ya referansla- Kenanoğlu'nun altını çizdiği üzere bu istisnai durum Niş'in tamamına yönelik değildir²⁶. Dolayısıyla 1858 Kanunnamesi'nin Niş'te bir uygulama alanı olacağını düşünmek hatalı olmaz. Buna ek olarak, nizamnamelerdeki bazı maddelerin miri arazi sistemi için geçerli olan kurallarla benzerlik ihtiva ettiği görülebilir; ancak nizamnamedeki kurallar farklı bir yapıya adapte edilmiştir²⁷. Nizamnamelerde ayrıca Arazi Kanunnamesi'nde yer alamayacak nitelikte bazı maddeler de yer almıştır; bu maddeler özellikle çiftlikte üretici-işçi olarak çalışan kişilerin can, mal ve namus güvenliğini koruyabilecek nitelikte maddelerdir²⁸. Buradan yola çıkarak nizamnamenin çiftlikte, tarafların mülkiyet haklarının ötesinde daha geniş bir hukuki alanı düzenleyen bir belge olduğu düşünülebilir. Literatürde Niş'te miri nitelikte araziler de tespit edilmiştir; Terzibaşoğlu, Niş'te bazı bölgelerde Hıristiyan halkın miri toprağın *hakk-ı kararını*²⁹ haiz olduklarını ve sadece devlete oşür ve diğer vergileri ödediklerini belirtmiştir; buna karşın kiracı statüsünü haiz köylü-üreticiler de vardır³⁰.

Bölgede çiftlik düzeninin yanı sıra miri arazi rejiminin bir yandan devam ettiği Mehmed Emin Paşa'nın teftiş defterinde yer alan bazı belgelerde de ortaya çıkan bir bilgidir. Örneğin Şehirköy'ün dışında üzerinde mülk bina ve ağaçlar bulunan bir bahçenin yerinin miri arazi olduğu, Sofyalı Vasil'e ait olan bu araziye "vakıf dahilindedir" iddiasıyla zorla el konulduğu kayda geçmiştir³¹. Arazinin bir şekilde *mahlul* (dağılmış) kaldığı anlaşılmaktadır. Yine defterde Niş tapu memuruna yazılan bir notta arazi-yi emiriyeden olarak

Regulation in Tırhala in the Mid Nineteenth Century: Economists, Pashas, Governors, Çiftlik-Holders, Subaşıs and Sharecroppers", *Halcyon Days in Crete VII: Ottoman Rural Societies*, haz. Elias Kolovos, (Girit: Crete University Press, 2015), 333-379.

²⁵ Kenanoğlu, 124.

²⁶ Ahmet Cevdet Paşa'nın ifadesiyle: "...Niş'teki çiftlikler için dahi bir nizamname yapılmış ve Niş mülhakatından olan bazı mahallerdeki çiftlikler maktua merbut olarak teamül-i kadimi veçhile tasarruf olunmakta bulunmuştur." Bkz. Ahmet Cevdet Paşa, *Tezakir 40-Tetimme*, 142-143.

²⁷ Bkz. a.ş. I.B. Niş ve Leskofça Nizamnameleri'nde Toprak Sistemi.

²⁸ Bkz. a.ş. I.B. Niş ve Leskofça Nizamnameleri'nde Toprak Sistemi.

²⁹ Belirli şartlar altında kullanma ve tasarruf hakkı. Bkz. Ahmet Akgündüz, "Gedik", *DİA*, C. 13, 1996, 541.

³⁰ Terzibaşoğlu, 4-5.

³¹ Köksal ve Erkan, 249.

tanımlanan araziler kayda geçmiştir³². Bu belgeye göre bazı mezralar üzerindeki hak sahipliği iki köy arasında tartışma konusu olmuştur. Yapılan araştırma sonucunda toprağın bölünüp satılması karara bağlanmıştır.³³ Bazı çiftliklerde de mülk rejiminden ziyade miri rejime yakın bir sistemin yürütüldüğü görülmektedir³⁴. Çiftliğin “sahibi”, mülkiyete değil, tasarruf hakkına sahiptir; ancak klasik sistemde toprak üzerinde tasarruf yetkisini haiz ve bu hakkı korunan üretici-köylü artık bu statüsünü yitirmiştir. Terzibaşoğlu 1858’de Niş ve Leskofça’da köylülerin durumunun norma bir istisna değil; normdan küçük çaplı bir sapma olduğunu belirtir. Yazarın gerekçesi, Niş Yerel Meclis raporlarında köylülerin toprak üzerinde tasarruf hakkını haiz olmamaları ve kiracı olarak tanımlanmalarındır³⁵.

Büyük çiftliklere dair terminoloji kapsamında, bir çiftliğin bütünü üzerinde hak sahibi olan kişiler *eshab-ı (ashab-ı) alaka* veya *ashab-ı çiftlik* olarak zikredilmektedir. Bu bağlamda kullanılan *alaka* kavramının madenler ve/veya çiftlikler üzerinde mülkiyet, tasarruf veya müdahale haklarını kapsadığı dikkati çekmiştir.³⁶ Bu kişilerin genelde geniş alana yayılmış bir toprağı kontrol ettikleri ve yerli halkı bir tür işçiye çevirdikleri bilinmektedir. İşçi/üretici/kiracı niteliğini haiz olan köylünün durumunun bazı bölgelerde pek müreffeh olmadığı düşünülmektedir³⁷. Örneğin 1845 yılında Niş’te Bolotince çiftliği el değiştirirken çiftlikle birlikte köylülerin de alıcının zabt ve tasarrufuna gireceği belirtilmiş, “gerekir ki çiftlik reayası mersumun zabt ve tasarrufunda olub bir kimse tarafından dahl ve taarruz olunmaya”³⁸ ifadesi tapuda kaydedilmiştir. Köylünün toprağına bağlı olması 19. yüzyıla özgü bir olgu değildir; bu durum “Klasik Çağ” kanunnamelerinde de mevcuttur. Ancak bu tip büyük toprakların devrinde (veya tımar sistemi düşünüldüğünde arazi gelirlerinin beratla yeni bir kişiye tevcihinde) köylünün zabt ve tasarruf altına alınması ve kimsenin hak sahibine karışmamasından ziyade toprak üzerindeki gelirlerin zabt ve tasarrufuna kimsenin karışmaması kuralı ön

³² Köksal ve Erkan, 130.

³³ Kullanılan terminoloji “parça parça taliblerine bey’ ve furuhtu lazım gelmiş” şeklindedir.

³⁴ Bkz. aş. IV. Leskofça ve Niş Çiftliklerinde Mülkiyet ve Tasarruf Meseleleri

³⁵ Terzibaşoğlu, 315.

³⁶ Tevfik Güran ve Ahmet Uzun, “Bosna-Hersek’te Toprak Rejimi: Eshab-ı Alaka ve Çiftçiler Arasındaki İlişkiler (1840–1875)”, *Belleten* C. 70, S. 259, (2006), 876.

³⁷ Güran ve Uzun, 868.

³⁸ Terzibaşoğlu, 17-18.

plandadır. Bu bağlamda Terzioğlu'nun bulgusu köylünün durumunu ağırlaştırmış çiftlik yaşamına bir örnek teşkil edebilir. Çiftliği satın alan kişi Todori oğlu Kosti isimli bir kumaş taciridir; bu durum bölgedeki ekonomik ilişkilerin yürütülmesi açısından da fikir verebilir. Muhtemelen köy kökenli olmayan veya köyde ikamet etmeyen kişiler, kırsal alanda tarımsal üretimi bir yatırım aracı olarak kullanabilmişlerdir.

Yine de çiftlikte işçi statüsünü haiz köylülerin durumunun genelleştirilmesini engelleyecek veriler de bulunmaktadır. Örneğin Radovanovic, Niş'te bazı çiftliklerin "sahibine" sınırlı bir hak verdiğini, vergi veren köylülerin kendilerine ait *baştınalarının*³⁹ mevcut olduğunu, bunun da çiftliğin sahibinin haklarını kısıtladığını iddia eder⁴⁰. Üretici ve ashab-ı alaka haricinde çiftlikte bazen hak sahibi olan kahya gibi araçların da mevcut olduğu anlaşılmaktadır; *subaşı* gibi unvanları haiz ve vergi-kira gelirlerini toplayan bu kişiler bazı belgelerde adeta "günah keçisi" olarak işaret edilmiştir; ancak bu tip araçların problem çıkarmaları epey yaygın gözükmektedir. Subaşılardan vergi toplama sırasında çıkardıkları problemler, angarya gibi uygulamalarla köylüyü suiistimal etmeleri üzerine görevleri peyderpey ilga edilmiştir.⁴¹ Yerlerine seçimle gelen çorbacıların vergi toplaması karara bağlanmıştır. Tırnova'da 1857 yılında yürürlüğe giren nizamname çorbacıların statüsünü düzenlemektedir. Buna göre Tırnova'da çorbacı bir yıllığına seçilecek ancak tekrar seçilmeden iki yıl ara vermesi gerekecektir. Bu nizamname bir ay sonra sultanın onayıyla Niş için de kabul edilmiştir. Bu kabulün inisiyatifini alan kişi, Niş Mutasarrıfı Zeynel Abidin Paşa'dır⁴². İki yıllık ara süreç muhtemelen bir çorbacının bölgede hakimiyet kurmasını engellemek için yapılmıştır. Ancak bu nizamnameyle amaçlanan hedefin tam da gerçekleştiği söylenemez; bölgede çorbacıların kısa süre içinde eskiden subaşılardan yaptığına benzer biçimde davrandığı üzerinde durulmuştur⁴³.

1858 Kanunname-i Arazisi karşısında Niş ve Leskofça Nizamnameleri "özel kanun" niteliğine benzer nitelikte düzenlemeler getirmiştir. Ancak gerek Niş, gerek Leskofça nizamnamelerinde örf-adetin etkisini gösterdiği dikkati çekmektedir. Bu bilgidan hareketle bölgede toprak ve arazi hukuku

³⁹ *Baştına*, çiftlik anlamına gelen Slavca bir kelimedir.

⁴⁰ Radovanovic, 12.

⁴¹ Şentürk, 125-126.

⁴² Şentürk, 131.

⁴³ Terzibaşıoğlu, 25.

meselelerine dair uygulanması gereken hukukun yeknesak olmadığı, çiftlik ve miri arazi niteliğinde farklı birimlerin yan yana olduğu bir düzende pek çok istisnai uygulamanın bir arada görüleceği düşünülebilir.

B. Niş ve Leskofça Nizamnameleri'nde Toprak Sistemi

Teftiş defterinde sık sık atıf yapılan Niş Nizamnamesi'nin arka planında yer alan şikâyetlerden biri, köylülerin sık sık angarya uygulamasına maruz kalmalarına dair iddialarıdır.⁴⁴ 26 Temmuz 1859 (H. 25 Zilhicce 1275) tarihinde yürürlüğe giren nizamnamenin ilk maddesinde, Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda yer alan angarya yasağı tekrarlanmış ve bu uygulamayı devam ettiren çiftlik sahiplerinin cezalandırılacağı (*hükmünce tedib olunacaktır*) öngörülmüştür. Nizamnamenin ikinci maddesi üretici ve çiftlik sahibi arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Maddenin içeriğinden bu ilişkinin yer yer bir tür *müzaraa* akdini anımsattığı düşünülebilir; buna göre çiftlik sahibinin tohum getirmesi, köylünün ise emeğini koyması gerekmektedir⁴⁵. Ancak nizamnamenin bütününe bakıldığında kira akdine benzeyen bir sistemin ön planda olduğu görülebilir.

Nizamnamenin ilgi çekici maddelerinden biri, çiftlik sahibine kısıtlama getiren üçüncü maddedir. Eğer ashab-ı alakanın çiftlikte kendine ait bir evi yoksa bu durumda işçilerinin evinde kalarak çalışmalarına mani olması yasaklanmıştır: “...Ancak hanesi olmayanlar mevsim-i zer u hasadın gayri vakitlerde mücerred eğlence addiyle ahali hanelerinde ikamet ederek bî-huzur itmek ve işlerin tatiline sebep virmek gibi şeylerle işgal edemeyeceklerdir.”⁴⁶ Düzenleme çiftlik içinde kendine ait evi olmayan bir “çiftlik sahibinin” çiftlik halkının evinde ancak hasat ve ekim zamanı kalabileceğine dair “misafirlik”le sınırlı bir hak getirmektedir. Buna ek olarak, çiftlik ahalisinin eğlence düzenlemek için taciz edilmemesi gerektiği de açıkça yazılmıştır. Maddenin bu şekilde kaleme alınmış olması, benzeri olayların, yani çiftlik sahiplerinin keyifleri için işçilerin evinde vakit geçirmesinin sık sık gerçekleştiğini düşündürmektedir. Nitekim kayıtlarda açıkça zikredilmese de, bu maddeye dayanmış olabilecek bazı vakalardan aşağıda bahsedilecektir.

Nizamnamenin beşinci maddesine göre köylü/işçi eğer iki yıl üstüste *icare-i zemin* (yer kirası) olarak belirlenmiş 1/9 oranındaki kirayı ödemekten

⁴⁴ Şentürk, 133.

⁴⁵ Şentürk, 133.

⁴⁶ Şentürk, 134.

geçerli bir sebep olmaksızın imtina ettiyse bu durumda toprak aynı koşullarda bir başkasına verilebilir. Bu durum klasik dönemde mevcut olan miri arazinin hukuken geçerli bir sebep olmaksızın boş bırakılmaması gerektiğine dair düzenlemenin bu dönemde de devam ettiğini ve çiftliklerde de geçerli olduğunu göstermektedir. Yine de klasik dönemin miri arazisinde tasarruf yetkisini haiz köylüye göre çiftlikteki kiracının durumu ağırlaştırılmıştır, miri arazi sisteminde geçerli olan üç yıl⁴⁷ yerine iki yıllık bir üst limit söz konusudur. Ancak çiftlikte kiracının bir ortakçı kullanma hakkı vardır; eğer ki köylü kendi ekip biçecek durumda değilse bir başkasından yardım alabilir ve kirayı ödeyebilirse bu geçerli bir ödemedir, toprağı elinden alınmaz⁴⁸. Buna benzer bir hükmün klasik dönem kanunnamelerinde yer almadığını belirtmek gerekir. Bu tip maddelerin temel gerekçesi topraktan elde edilen vergi veya kira tipi gelirlerde devamlılığın sağlanmasıdır. Nizamnamede miri araziyle benzer bir düzenleme, ölüme bağlı devir meselesidir. Tıpkı miri arazide olduğu gibi, ölümden sonra köylü/üreticinin mirasçıları da, nizamnamenin yedinci maddesine göre toprağı kiracı olarak kullanmaya devam etmektedirler. Yedinci maddede oğlu, kızı ve başka akrabaları kaldığı takdirde toprağın onlara bırakılacağı belirtilmiştir.⁴⁹ 1858 Kanunname-i Arazisi'nde de bir oğlu ve bir kızı kalan müteveffanın arazisinin ikisine eşit olarak intikal edeceği düzenlenmiştir.⁵⁰ Bu bağlamda köylünün işçi haline gelmesi, fakat kiracılığın yine ömür boyu sürmesi söz konusudur.

Nizamnamede çiftlik sahibinin hakları kısıtlanmamış, ancak ashab-ı çiftliğin toprak ve çiftlik üzerindeki hakları tasarruf olarak tanımlanmıştır; bu durum nizamnameye atıfta bulunan defterdeki sadrazam emirnamelerinde de geçerlidir⁵¹. Radovanovic Osmanlı yönetiminin bu tip çiftlikleri özel mülk olarak kabul etmesinin, istisnai denebilecek bir olgu teşkil ettiği üzerinde durur; buna göre bazı çiftlikler mülk olarak kabul edilmiştir, ancak bu durum genele özgü değildir.⁵² Yazara göre layihalarla amaçlanan hedeflerden biri

⁴⁷ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri Cilt 2*, (İstanbul: Fey Vakfı Yayınları, 1990), 66.

⁴⁸ Şentürk, 134.

⁴⁹ Şentürk, 134.

⁵⁰ Kanunname-i Arazi", 113. Oğlan ve kız arasında miri arazi tasarrufunun eşit paylaşımı ilkesi ilk defa 1847 yılında kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin öncesinde köylünün bir oğlu ve bir kızı varsa tasarruf hakkı sadece oğlana bırakılırdı.

⁵¹ "...çiftlik sahipleri hukuk-ı tasarrufiyelerinden mahrum olmak...". Köksal ve Erkan, 177-178.

⁵² Radovanovic, 155.

çiftliklerde yeknesak bir üretim sürecini hukuki düzene bağlamaktır.⁵³ Ancak bu yeknesaklığın sadece tek bir kazayı kapsayacak nitelikte olduğu da açıktır. Osmanlı nizamnamelerinin esasen baştinalı, yani köylünün kendine ait ayrı bir toprağı olduğu çiftlikleri düzenlediğı ve diğer çiftliklerde toprak sahibinin köylüye kiraladığı durumlarla ilgilenmediğı üzerinde duran Radovanovic, köylünün sadece kiracı olduğu toprakta çiftlik sahibinin haklarının daha fazla olduğunun altını çizmektedir, ancak diğer durumda da yalnız tasarruf hakkından bahsedilemez⁵⁴. Yazarın temel kaygısı, “çiftlik sahipliğı”nin “mülk mü tasarruf mu” tartışmasından daha farklı bir biçimde tartışılabilmesidir.

Niş Nizamnamesi'yle aynı tarihte yürürlüğe giren Leskofça Nizamnamesi'nde de maddelerin önemli bir kısmı aynı biçimde yer almaktadır. Her iki nizamnamenin Vidin hakkında 1851 yılında yürürlüğe giren nizamnameyle benzerlikler taşıdığı dikkati çekmiştir⁵⁵. İrade Vidin'de *gospodar* adı verilen yerel elitin arazisinin esham bedeli karşılığı miriye devredilmesini ve reayaya satılmasını içermektedir.⁵⁶ Köylülerin toprağı kendilerine ait gördükleri, bu nedenle de tekrar para ödeyip toprağı “satın almaya” pek de hevesli olmadıkları anlaşılmaktadır. Leskofça Nizamnamesi bazı yerel uygulamaları kapsayan farklı maddeler içermektedir; örneğin baştinaların çayıra çevrilme yasağı bunlardan biridir⁵⁷.

Nizamnamelerle toprak ve çiftlik sorununa dair öngörülen çözümlerin ne ölçüde uygulanabildiğı problemlidir⁵⁸. Mehmed Emin Paşa Üsküp'teyken Niş valisine gerek Niş Çiftlik Nizamnamesi'nin gerek Leskofça çiftlikleri için hazırlanan nizamnamenin Bulgarcaya çevrilmesi ve bundan sonra bölge çiftliklerinde çalışan bütün *zürriya*⁵⁹ dağıtılmasına dair bir emir yazmıştır⁶⁰. Modernleşme öncesi dönemde yürürlüğe giren *kanunname* tipi belgelerin resmi görevlilere dağıtılması ve bu görevliler üzerinden halka duyurulması bilindik bir uygulamadır, ancak bir belgenin çevirisinin yapılması ve özellikle üreticiye dağıtılması artık yeni bir dönemin ruhunu işaret etmektedir. Öte yandan bu dağıtım işlemi nizamnamelerin yürürlüğe girmesinden neredeyse bir yıl sonra (kayıt H. 5 Rebiyülevvel 1277/M. 21 Eylül 1860 tarihlidir) düşünülmüştür; bu durum bir gecikme olarak kabul edilebilir. Sadrazamın

⁵³ Radovanovic, 38.

⁵⁴ Radovanovic, 154.

⁵⁵ Radovanovic, 39.

⁵⁶ Şentürk, 95.

⁵⁷ Farklar için bkz. Terzibaşıoğlu, 27.

⁵⁸ Köksal ve Erkan, 17.

⁵⁹ Ziraat eden, üretici.

⁶⁰ Köksal ve Erkan, 211-212.

emri bir yandan da Nizamnamelerin ne şekilde uygulanması gerektiğine dair bazı talimatlar içermektedir. Çiftlik yönetimi bakımından teamülün altı çizilmektedir. Özellikle üreticiden alınan kira konusunda kadimden beri alınan kiradan farklı bir miktarın alınmaması esastır, hatta valiye yollanan emirde, çiftlik sahibi ve üretici arasında teamül-i kadime uyulması gerektiği, eğer teamülde nizamnamede düzenlenenden daha az kira alınıyorsa bunun bozulmaması gerektiği düzenlenmiştir. Yine emirde, Nizamname tercüme edildikten sonra, iki taraf da bunu tercih ederse örf adete göre sözleşme yapılacağı da belirtilmiştir. Esasen, Niş Nizamnamesinin 12. maddesinde de icare-i zeminin örf adete göre, yani 1/9 oranında alınması gerektiği düzenlenmiştir⁶¹. Tercihin taraflara bırakılması bir yanı sıra potansiyel kötüye kullanımın mevcut olduğunu düşündürebilir, köylünün kendi arzusunu kabul ettirebileceği bir gücü olup olmadığı bu şüphelidir. Öte yandan teamüle uyulması talebi bazen üretici-köylüden de gelmektedir.

Gerek nizamnamelerde, gerek sadrazam emirlerinde teamülün üzerinde durulması reform süreci açısından yumuşak bir geçişin tercih edilmesine dair bir politikanın benimsendiğini de göstermektedir. Buna rağmen ani değişiklikler planlanmamış değildir. 1844'te Niş'te tımar sistemini kaldırmaya yönelik bir tasarı düşünülmüş ve buna dair bir emir 1845'te yürürlüğe girmiştir. Planın bir parçası da sipahilerin klasik imtiyazlarını kaldırmak ve onları maaşlı askere dönüştürmektir. Ancak bu plan tam da tasarlandığı gibi gitmemiştir. Nitekim 1860'larda ve 1870'lerde Niş'te halen miras gibi bırakılabilen tımarların mevcut olduğu dikkati çekmiştir⁶². Bölgedeki toprak yapısının karmaşık bir hukuki niteliği haiz olduğu kesindir. 1860'larda Rumeli'de aslında toplamın %80'ini oluşturan köylü çiftliklerinde de, büyük plantasyon tipi çiftliklerde de pazara yönelik bir tarımın yayıldığı tespit edilmiştir⁶³. Niş ve Leskofça'da yeknesak bir vergi-arazi sistemi oluşturmak yerine teamüllerin ve yerle özgü kuralların devam ettirilmesi benimsenmiştir. Bu çözümün 1840'lardan beri devam etmekte olan "isyan iklimi"ni yatıştırmak açısından ne derece faydalı olduğu ayrıca tartışılabilir. Ancak 1840-1860 yılları arasında yaşanan sürecin hem nizamnamelerin ortaya çıkmasında, hem de Mehmed Emin Paşa'nın teftiş için görevlendirilmesinde payı olduğu kesindir. Bir sonraki bölümde Niş ve Leskofça'nın içinde bulunduğu bu siyasi-sosyal durum dikkate alınacaktır.

⁶¹ Şentürk, 135.

⁶² Radovanovic 30-33.

⁶³ Kate Fleet ve Svetla Ianeva, *Ottoman Economic Practices in Periods of Transformation: The Cases of Crete and Bulgaria*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2014), 117.

II. 1840-1860 YILLARI ARASINDA NİŞ VE LESKOFÇA

Bu makalede Niş ve Leskofça’da toprak meselelerine dayanan bazı şikâyetlerin 1840’lardan beri süregelen sorunların bir sonucu olduğu düşünülebilir. Bazı siyasi koşullar ise çok daha uzun bir sürecin sonucunda ortaya çıkmıştır. 18. yüzyıl boyunca Osmanlı-Habsburg savaşlarının devam etmesi, sınır bölgesinde sık sık karışıklığın yaşanmasına ve toprağın el değiştirmesine yol açmıştır. Dini açıdan Niş kozmopolit bir şehirdir; ancak 18. yüzyıl boyunca Hristiyan nüfusla Müslüman nüfusun eşitlendiği bilinmektedir. 19. yüzyıldaysa şehirde Hristiyanların çoğunluğu söz konusudur. Az da olsa Yahudi nüfusun da şehirde barındığını belirtmek gerekir⁶⁴. 1837 yılında Niş bir veba salgını atlatmıştır ki; Machiel Kiel bu nedenle özellikle Müslüman nüfusun epey azalmış olduğunu belirtir. 1840 yılında bölgede ağırlığı Sırp’tan oluşan on altı bine yakın bir nüfus söz konusudur⁶⁵. İdari olarak 1831 yılında Niğbolu sancağının bir parçası olan Niş, 1834’ten itibaren Rumeli’de bazı eyaletlerin tekrar düzenlenmesini içeren reform sürecinden etkilenmiştir⁶⁶. Bazı kaynaklarda 1839 yılında, Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nun ilanından sonra Bulgaristan’ın, Niş, Vidin ve Silistre olarak üç vilayete ayrıldığı ifade edilmektedir⁶⁷. Radovanovic ise Niş’in 1836’dan sonra, yeni tipte nispeten küçük eyaletlerden biri haline geldiğini belirtir. Yazar ayrıca Niş’in 1847 (H. 1263) Salnamesi’nde “eyalet” olarak düzenlenmiş olduğunu ifade eder; ancak yazar doğrudan salnameye atıf yapmamıştır. Salnameye bakıldığında Niş’in eyalet olarak kaydedilmiş olduğu görülmektedir⁶⁸. Ancak isyanlar ve 19. yüzyılın idari reform sürecindeki yenilikler nedeniyle Niş’in statüsü de zaman içinde değişecektir⁶⁹.

⁶⁴ Florian Riedler, “Communal Boundaries and Confessional Policies in Ottoman Nish”, *Journal of the Economic and the Social History of the Orient* 61, (2018), 731.

⁶⁵ Machiel Kiel, “Niş”, *DİA*, C. 33, İstanbul, 2007, 148.

⁶⁶ A. Cevat Eren, “Niş”, *Milli Eğitim Bakanlığı İslam Ansiklopedisi*, (MEB İA), C. 9, 1988, 296; Mead Osmani, *19. Yüzyılda Niş Sancağı*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, (Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, 28.

⁶⁷ Şentürk, 91-92; Kiel, “Niş”, 149.

⁶⁸ Radovanovic, 13; *Salname-i Devlet-i Aliyye-i Osmaniye, 1263 (1847)*, İSAM Kütüphanesi Osmanlı

Salnameleri Veri Tabanı (çevrimiçi: <http://ktp.isam.org.tr/salname/sayilar.php?sidno=D02467> 08.02.2023), 81. (Sayfa numarası sonradan arşivciler tarafından eklenmiştir.)

⁶⁹ 1839 tarihli reform açısından Şentürk ve Kiel, Niş hakkında vilayet kavramını kullanırken Mead Osmani ve Salih Pay, A. Cevat Eren’e atıfla eyalet kavramını kullanmışlardır. Osmanlı idari düzeninde vilayet ve eyalet kavramlarının bazen aynı anlamda veya birbiri yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte vilayet

1840 yılında Niş'te cizyenin *kocabaşı* ve vekilleri tarafından toplanacağı düzene bağlanmıştır. Halil İncik bu değişimi gayrimüslim nüfus açısından olumlu bir gelişme olarak yorumlamaktadır. Ancak Hristiyan nüfusun sorunlarının bu düzenlemeden sonra da sürdüğünü belirtir⁷⁰. Esasen *kocabaşı* Tanzimat öncesi dönemden kalma bir görevlidir; nitekim İncik eski usul yerel görevlilerin Tanzimat düzeniyle tam bir uyum içinde çalışmadıklarını belirtmiştir. Bu uyumsuzluk 1849'da yerel beylerin isyanıyla reformun kesintiye uğradığı Bosna için de geçerlidir⁷¹. 17. yüzyıldan itibaren önce gayrimüslim reaya temsilcisi gibi bir görev üstlenen *kocabaş*ların yetkileri zaman içinde genişlemiştir. Ahmet Cevdet Paşa, *kocabaş*ları, çiftlik kiracılarının memnuniyetsizliğine esas sebep olan kişiler olarak işaret eder; Paşa'ya göre *ashab-ı alakanın* her zaman "hoş tuttuğu" *müstecirlerin*⁷² durumu, zenginleşen ve çiftlik "satın almaya" başlayan *kocabaş*lar yüzünden bozulmuştur⁷³.

Leskofça da, tıpkı Niş gibi kozmopolit niteliktedir; ancak şehirde Müslüman nüfus çoğunluktadır. 18. yüzyıldaki sınır ihtilaflarından Leskofça da etkilenmiştir. Şehir 19. yüzyıl başında Sırp isyanları sırasında sık sık savunma hattında kalmıştır⁷⁴. 1837 yılında Leskofça yaklaşık on beş bin nüfuslu bir yerdir. Niş ve Leskofça arasında Morava ovasının da verimli bir tarım merkezi olduğu anlaşılmaktadır.⁷⁵ Bağımsız Sırbistan kurulduktan sonra

kelimesi bazen sancak anlamında da kullanılmıştır. Bilindiği üzere modern dönem öncesinde Osmanlı İmparatorluğu'nda taşra idaresi eyaletler şeklinde düzenlenmiş idi. Eyaletler kendi içlerinde sancak-livalara ayrılırdı. Vilayet ve eyalet kavramları arasındaki ikilik 1864 ve 1870 nizamnameleriyle sona ermiştir. Bu iki nizamnamenin düzenlemelerine göre, sancak yerine kullanılan vilayet kavramı ve sancağın bir üst idari birimi olan eyalet kavramından ikincisi tamamen ilga edilmiştir. Bu iki nizamnamenin yürürlüğe girmesinden sonra artık il anlamında vilayet kelimesi kullanılmıştır. Bkz. Musa Çadırcı, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Türkiye'de Yönetim (1826-1839)", *Belleten*, C. 51, S. 201, (1987), 1222; (1215-1240) Halil Cin ve Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1994), 258; Osmani, Mead, ve Salih Pay, "Niş Sancağı'nın İdari Yapısı (1839- 1878)", *Vakanüvis-Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi*, C. 7, S. 1, (2022), 133.

⁷⁰ Halil İncik, *Tanzimat ve Bulgar Meselesi*, (İstanbul: Eren Yayınevi, 1992), s. 7.

⁷¹ İncik, 10.

⁷² Kiracı.

⁷³ Ahmet Cevdet Paşa, *Tezahir 13-20*, 106-107.

⁷⁴ Selim Aslantaş, *Osmanlı'da Sırp İsyanları 19. Yüzyıl Şafağında Balkanlar*, (İstanbul: Kitap Yayınevi, 2007), 124.

⁷⁵ Kiel, "Leskofça", 157.

ise sınıra en yakın olan kesimler için ilginç bir uygulama söz konusudur; 1830'ların başında İsvirlik Sırp'ların Osmanlı tarafında, Osmanlı tebaasının da Sırp tarafında toprakları kaldığı için karşılıklı geçişlere bir süre tahammül edilmiştir⁷⁶. Bu geçişlerin bir amacı toprakların ehil, araziye bilen kişiler tarafından işlenmesi olmalıdır; ancak birkaç yıl içinde bu uygulama son bulmuştur. Bölgede olayların karışmasında bu geçişlerin ne kadar etkisi olduğu tartışılabilir, iç dinamikler de isyanı hazırlamak açısından yeterli gözükmemektedir.

Niş'te 1841 yılında patlayan isyanın tekil bir vaka olmadığı, bölgenin yüzyıl başından beri Sırbistan'ın bağımsızlık mücadelesine tanık olduğu, 1830'lu yıllarda da aynı coğrafyada farklı şehirlerde küçük çapta ayaklanmaların gerçekleştiği bilinmektedir⁷⁷. 1841 yılının Mayıs/Haziran aylarında (H. Evail-i Rebiyülahir 1257), Rumili Müşiri Dilaver Paşa'ya Niş'te meydana gelen vergi isyanı hakkında bir ferman yollanmıştır. Bu fermanla Niş'teki isyanın Şehirköy'e de sıçradığı bilgisi yer almaktadır. Fermanın dili biraz eski tiptir, mühimme defterlerinde sık sık görülen "meseleyi araştırıp gereğini yapın" anlayışına benzer bir şekilde masum olanla olmayanın ayrılması, *fesadın* kim olduğunun tespit edilmesi ve "haklarından gelinmesi" için paşaya talimat verilmiştir⁷⁸. Niş isyanlarını inceleyen Ahmet Uzun da Ahmet Lütfi Efendi'nin Tarih-i Lütfi eserine atıfla, Arif Hikmet Bey'in bölgedeki vergi isyanlarında *fesadın* kışkırtıcı rolünün altını çizdiğine ve yerel yetkililerde pek de kusur bulmadığına dikkati çekmiştir⁷⁹. *Fesad* kavramı Osmanlı tarihinde pek çok farklı anlamda kullanılmıştır, örneğin erken modern dönemde haydutluk, tütün içmek, kahve içmek, kamusal düzeni bozan basit eylemler (laf atmak vb), zina vb benzeri fiiller *fesad* olarak kabul edilmiştir. İsyân niteliğinde bir eylemin de kamusal düzeni bozması hem de hali hazırda İslam ceza hukukundaki yeri⁸⁰ sebebiyle *fesad* olarak

⁷⁶ Yusuf Hamzaoğlu, *Balkan Türklüğü III (Osmanlı Öncesi, Osmanlı Dönemi ve Osmanlı Sonrası Sırbistan Türklüğü)*, (Üsküp: Logos, 2010), 374-375.

⁷⁷ Mark Pinson, "Ottoman Bulgaria in the First Tanzimat Period: The Revolts in Nish (1841) and Vidin (1850)", *Middle Eastern Studies* C. 11, S. 2, (1975), 105.

⁷⁸ Ahmet Refik Altınay, *Türk İdaresinde Bulgaristan*, (İstanbul: Enderun Kitabevi, 1989), 79-80.

⁷⁹ Ahmet Uzun, *Tanzimat ve Sosyal Direnişler: Niş İsyânı Üzerine Ayrıntılı Bir İnceleme (1841)*, (İstanbul: Eren Yayınevi, 2002), 45.

⁸⁰ İsyân (*bagy*) suçunun had cezasıyla mı yoksa tazirle mi cezalandırılması gerektiği konusunda bir tür belirsizlik olduğu söylenebilir. bkz. Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Bs., (İstanbul: Beta Yayınları, 2012), 184, 195.

değerlendirilmesi çok da şaşırtıcı olmasa gerektir. Aynı dönemde Yakup Paşa'nın olayları bir nebze daha farklı değerlendirdiği dikkati çekmiştir. Paşa'ya göre, Niş'te hali hazırda isyana meyilli bir reaya mevcuttur. Ancak olayları tırmandıran temel sebep vergi miktarının belirlenmesine dairdir. Niş halkı özellikle vergilendirme konusunda örf-adeti sık sık bir mazeret olarak ileri sürmüştür; bu durum yeni ortaya çıkan bir vergiye karşı halkın başlıca savunmasıdır⁸¹. Daha önce vergi mükellefi olmayan kesimlerin –Niş özelinde Müslüman halk ve Avrupalı tacirler- Tanzimat reformlarıyla mallarını mülklerini kaydettirmeye dair zorunluluklarla karşılaşmaları da hoşnutsuzluğu beslemiştir⁸². Nitekim malların *mülk* olarak kaydedilmesi süreci de problemlili geçmiştir; köylüler topraklarının olduğundan fazla gösterildiğini özellikle şikâyet etmişlerdir⁸³. Vergilendirmeden şikâyet edenlerin daha ziyade zengin köylü kesim olduğunu belirtmek gerekir⁸⁴.

Bölge halkının yerel yöneticilerden hoşnutsuzluklarını çeşitli şekillerde ifade ettikleri dikkati çekmektedir. Bu bağlamda şikâyet sistemi, halkın hukuksuzlukları dile getirmesini, merkezi yönetime daha yakın kesimle iletişim kurmasını sağlayan bir araç olarak etkisini sürdürmektedir. 1841 yılında Niş, Leskofça ve Ürgüp kazalarından Niş Paşası hakkında bir şikâyet gelmiştir. Bu şikâyetler farklı sebeplere dayanmaktadır; ancak bunların arasında ağır vergilendirme ve ahalinin kızlarının “*türkü çağırma ve hora oynama*”ya zorlanması gibi bazı ithamlar dikkati çekmektedir. Şikâyet metninin dilinden anlaşıldığı kadarıyla şarkı söyleme ve dans etme bir yere kadar “idare edilebilir”ken daha vahim ithamlar da mevcuttur; “*kızlarımızı zorla tasarruf etme*” bunlardan biridir⁸⁵. Bu ithamın cinsel suç kapsamına girmesi kuvvetle muhtemeldir; ancak elbette fiilin niteliği üzerinde durmak gerekir. Reayanın dilekçesine göre öncelikle Paşa onları “*kızlarınızı getirmez iseniz cümlelerinizi balta ile harab ederim*” diyerek tehdit etmiştir. Ayrıca subaşından kızları toplamasını, kızını yollamayanın meydanda dövülmesini de talep etmiştir. Aynı dilekçede Paşa'nın bir şikâyeti değerlendirmeyi reddettiği de kayda geçmiştir, ancak bunun arkasında köylülerin bir Müslümana karşı

⁸¹ Uzun, 46.

⁸² Uzun, 45-48, 51.

⁸³ Halil İnalçık, “Tanzimatın Uygulanması ve Sosyal Tepkiler”, *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, haz. Halil İnalçık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu, (İstanbul: Phoenix Yayınevi, 2006), 124.

⁸⁴ İnalçık, “Tanzimatın Uygulanması ve Sosyal Tepkiler”, 125.

⁸⁵ Uzun, 103.

Müslüman şahit getirememeleri yatmaktadır⁸⁶. Şer‘i hukuk bakımından düşünüldüğünde bu red geçerlidir; ancak dilekçenin içeriği yeni bir hak talebinin doğuşunu da işaret etmektedir. Kadı huzurunda adalet ararken bu yargının kurallarını bilen ve ona uygun davranan gayrimüslimler dilekçede Tanzimat döneminin eşitlik ilkesinden kaynaklanabilecek bir düşünceyi tercih etmektedirler. Bu dilekçenin özelinde şikâyet edilen olaylar arasında zorla İslam dinini kabul ettirme iddiasının olması da dikkate alınmalıdır. Dilekçenin bütününde Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nun olumlu bir şekilde değerlendirildiği görülebilir, hattın hem bir meşruiyet kaynağı, hem de bir refah aracı olduğu vurgulanmıştır⁸⁷. Yerli kadınlar ve yönetici elit arasındaki sorunların dile getirildiği farklı şikâyetler mevcuttur. Bunların bir kısmının abartılı iddialar olması mümkündür. Yine de bu tip gerginliklerin dikkat edilmesi gereken meseleler olduğu düşünülebilir. Niş’te bu yaşanan olaylar, Sabri Paşa’nın görevden alınmasıyla sonuçlanmıştır; gerekçe Paşa’nın olayı yeterince araştırmamış olmasıdır.⁸⁸

Halil İnalçık, tüm bu sorunların arasında Sırbistan’ın etkisine dikkat çeker. Kocabaşı Milyo tarafından yönetilen köylülerden oluşan isyancılar, bazı değirmenleri işgal etmiş ve Müslüman nüfusu katletmiştir⁸⁹. Rusya kökenli müfettişlerin raporları ise temel meselenin sultanın yerel görevlileri olduğunu belirtmektedirler. Rus raporlarına göre reformlar başarıya ulaşmamış; bu da zulmün devamına sebep olmuştur⁹⁰. Öte yandan, Tanzimat’ın yeni vergilendirme sistemi de köylüler için sorun yaratabiliyordu. Nitekim Arif Hikmet Bey, Niğbolu’dan Vidin’e giderken Müslüman ve Gayrimüslimlerden oluşan bir grubun şikâyetlerini dinler: “Köylüler ‘Bizlerin avuç içi kadar bağlarımız var, üzerlerimize anları emlak deyu tahrir etdiler’, şeklinde şikâyette bulunmuşlardır. Kendilerine ‘Eğerçi avuç içi kadar bağ mukabilinde on dört dönüm bağ vergüsü talep olunur ise, o zaman niza olunur. Şimdi mucib-i niza yoktur’ denilmiştir”⁹¹. Tartışmanın sonuna doğru köylüler yoksulluklarından bahsedip hiç vergi vermediklerini, eskiden ellerinde olan azıcık malın mülk kaydedilmesiyle geçim sıkıntısı yaşayacaklarını da belirtmişler: “Biz fukara güruhuyuz. Bizim beş on kuruşluk emvalimizi tahrir edüp bizlerden vergü talep edecekler imiş. Bizim

⁸⁶ Uzun, 51.

⁸⁷ Uzun, 105.

⁸⁸ Köksal ve Erkan, 19; Radovanovic, 22.

⁸⁹ İnalçık, 29-30.

⁹⁰ Pinson, 112.

⁹¹ Aydın, “Arif Hikmet Beyefendi”, 83-84.

asla vergü verdiğimiz yokdur."⁹² Arif Hikmet Beyefendi, verginin maddi güce oranlı olarak alınması gerektiğini yineler; içlerinden birkaçının kendisiyle birlikte Vidin'e gidip o dönemde oraya gidecek olan Niğbolu muhassılına şikâyetle bulunabileceğini söyler ancak köylüler bu ziyareti daha sonra gerçekleştirmeyi uygun bulurlar⁹³. Halkın öteden beri alışmış olduğu vergi düzeninin yönetim tarafından değiştirilmesi her şekilde tepkiye yol açmaktadır.

Bu dönemde genel bir çare olarak Arnavutların isyanı bastırmak için kullanılmaları söz konusu olmuştur; ancak bu çözüm de isyanı bastıran kişilerin yeni bir mağduriyet yaratmasıyla sonuçlanmıştır. Arnavutların yağma yapmamaya söz verdikleri ancak bu sözü tutmadıkları bilinmektedir⁹⁴. Osmanlı hükümetinin Niş'teki isyanın gerekçelerini araştırmak için Ahmet Tevfik Bey'i görevlendirildiği, vergide indirimle gidildiği anlaşılmaktadır, sultan af da ilan etmiştir⁹⁵. Mark Pinson, Niş isyanını değerlendirirken halkın Tanzimat reformlarını ne şekilde algıladığına dair literatürden örnekler üzerinde durur. Yazara göre gayrimüslimler için reformlar olumlu nitelikte olabiliyordu, oysa taşradaki muhafazakâr Müslüman yönetici kesimin imtiyazını kaybetmesi ve dolayısıyla reform sürecini uygulamaya geçirirken yavaş hareket etmesi söz konusuydu.⁹⁶ Yazar eski ve yeni arasındaki geçişin yarattığı probleme dair bir örnek de verir: Merkezi hükümet *muhassıl* gibi yeni memurları atarken eski dönemden kalma mültezimlerin görevden almamıştır. Aslında muhassılın mültezim tarafından yaratılan sorunları çözebilmesi beklenmiş, ama zaman içinde muhassıllar hakkında şikâyetlerin de azımsanmayacak hale geldiği görülmüştür.⁹⁷

1842 yılında Osmanlı yönetimi bölgedeki sorunları çözmek için bir vergi reformu yapmayı denemiştir. Reayanın cizye ödemeye yeterli gücü olmadığı tespit edildikten sonra vergilendirmede buna uyumlu bir indirim yoluna gidilir. Temel sorunlardan biri, kayıtlar ve gerçekte olan biten arasındaki uyumsuzluk iddialarıdır; örneğin yeterince verimli olmayan bir tarla verimli diye kaydedilince vergilendirmede problem çıkmaktadır⁹⁸. Problemler devam

⁹² Aydın, "Arif Hikmet Beyefendi", 83-84.

⁹³ Aydın "Arif Hikmet Beyefendi", 85.

⁹⁴ İnalçık, Tanzimatın Uygulanması ve Sosyal Tepkiler, 126.

⁹⁵ Uzun, 49.

⁹⁶ Pinson, 105.

⁹⁷ Pinson, 106.

⁹⁸ Uzun, 68-69.

ettiği için 1850 yılında Niş ve Vidin’de Ferik Rıza Paşa tarafından bir teftiş daha yapılmıştır. Ancak bu dönemde isyanların tekrar hareketlenmesi üzerine, içinde Âli ve Fuad Paşaların da yer aldığı özel bir komisyon görevlendirilir⁹⁹.

1858-1859 yılında Niş ve Leskofça’da Hristiyan köylü-üretici ve Müslüman çiftlik sahibi arasındaki sorunlar devam etmektedir. Yücel Terzibaşoğlu, Meclis-i Vâlâ kayıtları üzerinden köylülerin tapu ile tasarruf ettikleri toprak üzerinde çiftlik sahiplerinin haksız müdahalelerinden bahseder; bu şikâyetler yerel meclis üzerinden merkeze aktarılmıştır¹⁰⁰. Kiracılar çiftlik sahiplerini angarya benzeri uygulamaları sürdürmekle suçlamışlardır. Buna karşın toprak sahipleri de kiracıların toprak üzerindeki haklarını kullanmalarına engel olduğunu iddia etmektedirler. Bir yandan da yerel meclis üyeleriyle bağlantılı olup kararları istedikleri gibi geçiren ayanlar mevcuttur¹⁰¹. Mehmed Emin Paşa’nın raporlarında Niş’teki temel meseleler yerel memurları yozlaşmışlığı ve rüşvet gibi klasik ithamları içermektedir. Aynı belgelerde özellikle yerinden edilen, görevinden alınan ayanın adamlarının sorun yaratabildikleri üzerinde de durulmuştur¹⁰². Bu şikâyetler eski ve yeni arasındaki geçiş sancılarının bir sonucu olmalıdır. Yeni atanan memurların değişimi başlatacak kadar uzun bir süre yerlerinde kalmamaları da söz konusudur; özellikle Bulgaristan’da rotasyon süreci bir memurun tam yerleştiği ve bölgeyi tanıdığı zaman başka bir yerde görevlendirildiği dikkati çekmiştir. Bu durumda da aynı tanıma ve alışma süreci tekrar başlamaktadır¹⁰³.

Mehmed Emin Paşa’nın teftiş heyeti görev yaptığı süreç boyunca halkın seslerini yöneticilere duyurmak üzere başvurduğu mercilerden biri olmanın ötesinde, bir tür karar mercidir. Nitekim Radovanovic Mehmet Emin Paşa ve teftiş heyetinin bu süreçte geçici bir mahkeme olarak iş yaptığı kanısındadır¹⁰⁴. Makalenin bundan sonraki bölümü, heyetin çözüm bulmaya çalıştığı ve yukarıda Niş Paşası hakkındaki ithamla benzerlik taşıyan bazı olaylar üzerinden bu karar sürecini inceleyecektir.

⁹⁹ İnalçık, 22.

¹⁰⁰ Yücel Terzibaşoğlu, *The Ottoman Agrarian Question and the Making of Property and Crime in the 19th Century*, *Ottoman Rural Societies and Economies* ed. Elias Kolovos, (Girit: University of Crete Press, 2015), 313-314.

¹⁰¹ Köksal ve Erkan, 16.

¹⁰² Köksal ve Erkan, 184.

¹⁰³ Pinson, 103-104.

¹⁰⁴ Radovanovic, 46.

III. NİŞ ÇİFTLİKLERİNDE “CEZA HUKUKU”NA DAİR İDDİALAR

Teftiş defterinde yer alan ve makalenin bu bölümünde incelenecek olayların karmaşık iddialara dayandığı söylenebilir. Metinlerde tam anlamıyla ceza hukukuna dair herhangi bir terminolojinin kullanılmadığı dikkati çekmektedir. Bu eksikliğin çeşitli sebepleri olabilir. Köylülerin şikâyeti üzerine başlayan sürecin tam anlamıyla bir ceza yargısı olmadığı, dolayısıyla hukuki terimlerin kullanılmadığı düşünülebilir. Ama belgeler incelendiğinde, verilen kararlara bakılacak olursa heyetin bir tür karar yetkisi mevcuttur. Bu durum, konunun heyetçe “idari bir mesele” olarak algılanıp çözüme bağlandığını düşündürmektedir. Makalede “ceza hukuku” üzerinde durulmasının sebebi, çiftliklerde yaşayan kiracı-üreticilerin çiftlik sahipleri hakkındaki ithamlarının, kanıtlanamamış olsalar da, hem kadına karşı cinsel nitelikte saldırıyı, hem de bir hak gasbını içermesidir. Bu şikâyetlerin bir kısmının haksız nedenlerle yapılmış olabileceği dikkate alınması gereken bir ihtimaldir. Her halükârda iki olayda da gerçekleşen şikâyetin benzer nedenlere dayanması ve benzer iddia/savunmaları içermesi, özellikle *hora deptirmek* tarzında ithamların tekrar edilmesi bölgedeki ilişkilerin ve şikâyetler üzerine heyetin verdiği kararların değerlendirilmesi gerektiğini düşündürmektedir.

A. Maluşışna Çiftliğinde Namus ve Mülkiyet Meselesi

Niş bölgesinde Maluşışna adı verilen bir çiftliğin mensuplarından Yivan, çiftlik sahibi Abbas Bey hakkında bir dilekçeyle şikâyette bulunur¹⁰⁵. Şikâyetin konusu biraz karışıktır ve süreç boyunca iddialar farklı yönlere gitmektedir. Belgenin başında Yivan'ın iddiasına göre Abbas Bey, evini her ziyaret ettiğinde kızını kendisine hizmet etmeye ve şarap sunmaya zorlamaktadır. Buna ek olarak kızını kaçırmıştır. Yivan'ın iddiaları bu kadarla kalmaz, yine söylediği kadarıyla Abbas Bey Yivan'ın *poyatasını*¹⁰⁶ Jifko

¹⁰⁵ Terzibaşoğlu bu şikâyetten bahseder; ancak detaylı bir değerlendirmesini yapmaz. Bkz. Terzibaşoğlu, *Landed Estates*, 16.

¹⁰⁶ Metinde “koyunlarının durduğu” bir yer olarak tanımlanan bu birimin bir tür ağıl olması mümkündür. Ancak aynı zamanda Yivan poyatanın dağda olduğundan bahseder; dolayısıyla eve çok yakın olmayan bir tür ağıl veya arsa olabilir. bkz. Köksal ve Erkan, 426. Başka bir kaynakta, Kırklareli çevresinde hayvan otu konulan yerler için poyata kelimesinin kullanıldığı dikkati çekmiştir. Bkz. Hakkı Özkaya, “Kırklareli İli Ağızlarından Derleme Sözlüğüne Katkılar” *RumeliDE Dil ve Edebiyat Araştırmaları Dergisi* 3, (Nisan 2015), 37.

isimli *kavancıya*¹⁰⁷ vermiş, hıncından ağaçlarını kestirmiş ve subaşı Aziz aracılığıyla da tarlasına el koymuştur¹⁰⁸. Kayıttan olayın Mehmed Emin Paşa'ya aksettirildiği ve hem Yivan'ın hem de Abbas Bey'in huzura çağrıldığı anlaşılmaktadır. Dilekçenin doğrudan teftiş heyetine ve sadrazama verildiği belgenin dilinden yola çıkarak tahmin edilmektedir. Belgede kullanılan "*li ecli'l-muhakeme meclis-i acizanemize celb*" ifadesiyse heyetin bir tür yargılama faaliyeti gerçekleştirdiği fikrini pekiştirmektedir. Yivan'ın huzura çıktığında tercüman aracılığıyla sorguya çekildiği de kayda geçirilmiş, hatta Yivan'ın sözlü ifadesiyle dilekçesinin arasında tutarsızlık olduğu dile getirilmiştir.

Abbas Bey, Yivan'ın iddialarına karşı uzun zamandır çiftliğe uğramadığını, çiftlikte işi olduğu zaman kendi konağında oturduğunu, o zaman da sadece yaşlı bir Bulgar kadını hizmetçi olarak tuttuğunu belirtmiştir¹⁰⁹. Yivan'ın evinde üç-dört yıl önce Leskofça'dan dönerken hava koşulları nedeniyle kasabaya inemediği ve konağı o zaman harap olduğu için birkaç gece misafir olmak zorunda kaldığını, ancak bu süreçte herhangi bir hizmet beklemediğini ve kızına dair iddiaları asla kabul etmediğini belirtmiştir. Bu cevaptan sonra Yivan'ın iddiasını değiştirdiği görülür, Yivan burada bir mazeret olarak arzuhalcinin kendisini yanlış anladığını iddia eder. Abbas Bey'in kendi evinde konakladığı süreçte onun ağzından herhangi bir talep duymadığını belirten Yivan, buna karşın kızının Bey'in bulunduğu yerden hızla ayrılıp poyataya geldiğini ve Abbas Bey'in subaşısından Bey'in kızını ona yollamasını talep ettiğini duyduğunu, kendisi reddedince Bey'in gücendiğini ve subaşının poyatayı alıp Jifko'ya verdiğini, koruyu da Jifko ve Petre'ye kestirdiğini iddia eder. Bunun üzerine subaşı Aziz huzura çağrılır. Aziz'in tüm suçlamaları reddettiği, itham edilen Jifko ve Petre'nin de sorgulandığı kayda geçer. Her ikisi de suçlamaları reddederler; ancak Jifko on yıl önce bir baştinanın mahlul kaldığını, bunun Abbas'ın adamı Hasan tarafından Istoyalko'ya verildiğini belirtir. Istoyalko'nun birkaç sene sonraki ölümünden sonra baştina arazisi, yakında bir poyata inşa eden Jifko'ya verilmiştir ve kendisi de buradan elde ettiği gelire geçinmektedir. Jifko ayrıca baştinayla Yivan'ın poyatasının karşılıklı olduğunu söyler. Petre de bu ifadeyi onaylar. Bunun üzerine Yivan tekrar iddiasını değiştirir, metinde son iddialara

¹⁰⁷ "Çiftlik umurunu rüyet eden" şeklinde tanımlanmış bu kişinin bir tür kahya olması mümkündür. Köksal ve Erkan, 426.

¹⁰⁸ Köksal ve Erkan, 426.

¹⁰⁹ Köksal ve Erkan, 427.

karşı “*bunu def'e mecali kalmadığından*” ifadesi yer almaktadır. Abbas Bey'in, kızı yüzünden ona öfkelenmişliğini, bu yüzden Jifko'ya kendi poyatasına yakın bir toprak verildiğini iddia eder. Jifko ise iki arazi arasından yol geçtiğini ve kendi toprağının Yivan'a zarar veren bir inşaatı olmadığına dair cevabını verir¹¹⁰.

Netice itibarıyla çıkan karar Jifko lehine olur; Yivan, hem arazi üzerinde bir hak sahibi olduğunu kanıtlayamaz, hem de Jifko'yu meşgul ettiği için ona gündelik ücreti oranında bedel ödemesi gerektiğine karar verilir. Ancak Yivan bu sefer de ödemeyi def etmek için bazı mazeretler sunmuştur¹¹¹. Kız hakkında gerçekleştiği iddia edilen saldırıların meydana geldiği zaman dilimiyle diğer iddiaların meydana geldiği dilim arasında fark olduğu ve dolayısıyla arada bağlantı olamayacağı metinde açıkça belirtilmiştir. Yivan'ın Abbas Bey'den eski borçlara dair bazı talepleri de aynı belgede 30 Ağustos 1860 (H. 17 Safer 1277) tarihinde reddedilir. Belgeyi imzalayanlar Artin, Gavril, Futyadi, Pavlaki, Ahmed Cevdet, Besim ve Arif olarak kaydedilmiştir¹¹². Ancak bu belgenin hemen akabinde Abbas Bey hakkında aynı tarihte kaydedilmiş başka bir şikâyet daha mevcuttur.

Yine Maluşışna çiftliğinde meydana gelen olayları konu alan bu ikinci belgede Abbas Bey ve çiftliğin çorbacısı Nişli Sotraki hakkında çiftlik ahali olarak zikredilen kişiler dilekçe yoluyla bazı ithamlarda bulunurlar. İthamların arasında ahalinin elindeki toprağa el konması ve bu toprak yerine *çürük* tarla vermek, kızları oynattırmak ve onlara sakilik ettirmek gibi fiiller söz konusudur; buna ek olarak çiftlik halkı Abbas Bey ve Sotraki'nin kendilerine borçlu olduğunu ve bunların ödenmediğini iddia etmektedir. Abbas Bey huzurdadır, ahalinin de ileri gelenleri huzura çağrılır. Bey öncelikle çiftlikte birkaç hanenin Sotraki'ye ait olduğunu belirtir; kendisi de çiftliğe iki kardeşiyle birlikte hissedardır¹¹³. Hane üzerinden kurulan bu aidiyet, Terzibaşoğlu'na göre köylülerin toprak sahibine bağlı olduğunun bir göstergesidir¹¹⁴. Bey çiftliğe uzun süredir uğramadığını, kız oynatmak gibi iddiaların kendi zamanından önceye dayandığını, ancak asılsız olduğunu belirtir. Cevabın ilginç kısımlarından biri, Bulgaristan'da hasat zamanında

¹¹⁰ Köksal ve Erkan, 427.

¹¹¹ Köksal ve Erkan, 427-428.

¹¹² Köksal ve Erkan, 428.

¹¹³ Kararı inceleyen Terzibaşoğlu bu hane sahipliğini hane üzerinden kurulan bir ortaklık/müzaraa şeklinde değerlendirmektedir. bkz. Terzibaşoğlu, Landed Estates, 9.

¹¹⁴ Terzibaşoğlu, Landed Estates, 19.

kızların dans etmesinin *adet-i millet ü memlekette* olduğu savunmasıdır. Abbas Bey ancak harman vaktinde kızları “*hora deptirdiğini*”, bunun haricinde herhangi bir zorlamada bulunmadığını da zikreder¹¹⁵.

Abbas Bey ile ilgili bu ikinci şikâyetin ekonomik boyutu, Yıvan’ın şikâyetine göre daha tutarlı gözükmektedir. Bunların arasında sağlam tarlanın çürükle değiştirilmesinin yanı sıra, subaşların *mekulat* (yemek) ücreti, köylülerin kendilerine bırakılan aşar nedeniyle Abbas Bey’den alacaklı olmaları ve Sotraki’nin bina inşası sırasında kullandığı arabaların kira ücretini ödememesi gibi meseleler mevcuttur. Abbas Bey çürük tarla meselesinde sorumluluğu üzerinden subaşı Aziz ve kardeşlerinin vasisi müteveffa Molla Mustafa’ya atar. İddiasına göre kendisi yıllardır çiftliğe uğramamıştır ve muhtemelen ne haksızlık yapıldıysa bu ikisi tarafından yapılmıştır. Aziz, tarla konusunda durumu bildiğini, ancak meselenin köylülerin rızası dahilinde gerçekleştiğini ve meseleden Molla Mustafa’nın sorumlu olduğunu söyler. İsterlerse köylülere senet vereceğini de ekler. Subaşından olan alacak konusunda ise Abbas Bey iddiasına bunu köylülere ödemiştir. Öşrden kaynaklanan problemi de çözebilmek için Abbas Bey bu hususta da ödemeye hazır olduğunu beyan etmiştir. Söylenene göre Sotraki çiftlik ahalisinden araba kiralamış ve konak akçesi almıştır. Sotraki ise borçların babasından kalma olduğunu beyan eder¹¹⁶. Neticede çiftlik ahalisinin ekonomik iddiaları heyet tarafından kabul edilirken; “cezaî” sonuç doğurabilecek, kızların zorlanmasına dair iddialar kabul edilmez.

Abbas Bey’in adı defterde kayıtlı son bir olaya daha karışır. Bu sefer Abbas Bey Maluşka Köyü’nün sahibi olarak görülür. Sotraki ise bu olayda “Niş tüccarından” ve Abbas Bey’in ortağı olarak tanımlanır ancak bu son olayla doğrudan ilgisi yoktur.¹¹⁷ Bu kayıt birden fazla şikâyetin bir arada yer aldığı bir belgedir. Bu şikâyetleri değerlendiren Meclis-i Kebir-i Eyalet, yukarıda isimleri zikredilen komisyon üyelerini kararı izlemek üzere davet etmiştir. 4 Eylül 1860 (H. 17 Safer 1277) tarihinde karar çıkmış; 5 Eylül 1860 (H. 18 Safer 1277) tarihinde de komisyon üyeleri soruşturmaların başından sonuna mecliste bulduklarına dair bir şerh düşmüşler¹¹⁸. Abbas Bey’in isminin geçtiği kısımda rivayete göre Mekteb köyünden Maryan isimli bir kadının kızı kaçırılmıştır. Bu belgenin, Yıvan’ın ithamları dahil diğer bazı

¹¹⁵ Köksal ve Erkan, 429-430.

¹¹⁶ Köksal ve Erkan, 430.

¹¹⁷ Köksal ve Erkan, 438.

¹¹⁸ Köksal ve Erkan, 442.

olayları özetlediği dikkati çeker. Olayın kaleme alınışı, ithamların kesin bilgiye dayanmadığını göstermektedir, zira iddialar hakkında kullanılan ifade “*mervi olunub*”tur. Buna rağmen bazı gayrimüslimlerin huzura çağrılması ihtiyacı hissedilmiştir. Araştırma sırasında Mekteb diye bir köyün olmadığı ortaya çıkmış; ancak Mekbeş köyünde ve Maluşışna’da Maryan isimli bazı kişilerin bulunduğu tespit edilmiştir. Huzura çıkarılan iki adamın yaşının olayın tarihiyle tutmadığı anlaşılmıştır. Maluşışna’daki Maryan isimli adamın ise kızlarının yıllar önce evlendiği bir şekilde öğrenilir. Belgedeki ifadeye göre bu Maryan isimli adam kendi veya yakınlarının başına böyle bir olayın gelmediğini; buna benzer bir olayın gerçekleştiğine dair bir bilgisi de olmadığına duymadığına dair elini kalbine götürerek yemin eder¹¹⁹. Bu yemin ile Maryan’ın itham edilen kişilerin “hüsn-i haline şahadet ettiği”¹²⁰ de kayda geçer. Rivayete dayanan bu olayın soruşturulması, bölgedeki bazı şikâyetlerde bir gerçeklik payının bulunabileceğini düşündürmektedir ya da en azından yönetici kesim bu olayın soruşturulması gerektiğini hissetmiştir.

B. Leskofçalı Miloş ve Kahraman Ağa’nın “Davası”

Abbas Bey’in hikayesi dışında teftiş defterinde çiftlik sahibi ve ahalisi arasında benzeri bir diğer olay daha yer alır. Leskofça’dan Miloş, dilekçesinde yine aynı bölgede Graşınca köyünün Ağası Kahraman Bey’i kızkardeşini dans etmeye zorlamakla itham eder. İddiaya göre Miloş bunu kabul etmemiş ve Bey’in gücendiğini düşünerek Leskofça’ya gitmiştir¹²¹. Bey ise Miloş’un değirmenini yıktırılmıştır ve Miloş malın tazminini istemektedir. Taraflar huzura çağrılmıştır, ancak defterdeki kayda göre heyet Kahraman Bey’in otuz yıldır bir ayağından sakat olduğunu ve yetmiş yaşından fazla bir *pir-i fani* olduğunu fark etmiştir. Miloş bunun üzerine iddialarını düzeltir; on iki-on üç yıl önce Kahraman Bey değil ama oğlu müteveffa Salim Bey kızın dans etmesini talep etmiştir. Arzuhalcinin yanlış anlaması sonucu olay bu şekilde aksetmiştir. Kendisi Kahraman Bey’in çiftliğinde kiracıdır; ancak bahsi geçen değirmeni, kızkardeşinin dans etmeyi reddetmesi nedeniyle yıkılmış ve enkazı satılmıştır. Heyet olayı değerlendirmiş; yapılan araştırma sonucu değirmenin yıkılmasıyla kızın oynamamasından doğacak husumet arasında herhangi bir bağlantı olmadığı kayda geçmiştir. Zira değirmen, oyun iddiasında zikredilen zaman diliminden sonra inşa edilmiştir. Eğer Miloş ile çiftlik sahipleri

¹¹⁹ Köksal ve Erkan, 438-439.

¹²⁰ Köksal ve Erkan, 439.

¹²¹ Köksal ve Erkan, 430-431.

arasında bir husumet olsaydı bunun Salim Bey ile olması gerekeceği, Kahraman Bey ile husumet iddiasının “*hatır ü hayale gelmez bir hülya*” olduğu kayda geçirilmiştir. Nitekim Kahraman Bey de çiftliğe pek uğramadığını zikretmiştir. Değirmenin inşaatıyla ilgili izin dahi babasından habersiz Salim Bey tarafından verildiği anlaşılmıştır, burada Kahraman Bey “*Miloş her nasılsa oğlunun zihnini aldatıp*” ruhsatı aldığı tarzı bir ifade kullanmaktadır¹²². Miloş ruhsatı Kahraman’dan aldığı konusunda direktse de Kahraman Bey’in bunu inkar etmesi ve üzerine kendisine yemin teklif edilmesi söz konusu olmuştur. Böylece iddialar reddedilir.

C. İthamların Hukuki Gereçesi

Bu iki olayda benzer şekilde dile getirilmiş olan genç kızlara ve kadınlara saldırıyı konu alan ithamları hukuk tarihi çerçevesinden ne şekilde değerlendirmek gerekir? Öncelikle üzerinde durulması gereken bir mesele, şikâyetlerin ne derece haklı ne derece haksız olduğudur. Bu nedenle ikili bir ayırım yapmak gerekebilir. İthamların doğru olduğu ancak kanıt yetersizliği nedeniyle sonuca ulaşamadığı ihtimalinde, ashab-ı alaka ve yönetici elitin içinde 1840’lardan beri bir yozlaşma probleminin mevcut olduğu düşünülebilir. Özellikle Abbas Bey ile ilgili son olayda rivayetin dahi ciddiye alınıp araştırılmış olması, ortada pek de asılsız bir itham olmadığını ya da en azından bu tip olayların bölgenin bazı yerlerinde sık görüldüğünü düşündürmektedir. Heyetin şikâyetleri geçiştirmemiş olması, bölgedeki hoşnutsuzluğun farkında olmaları ve kıvılcım yaratacak bir sorunu bertaraf etmek istemeleriyle de ilgili olabilir.

Her iki olayın da Niş ve Leskofça çiftlik nizamnamelerinde yer alan ziyaret kısıtlamasına dair maddeyle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir; çiftlik sahibinin sırf kendi eğlencesi amacıyla işçiyi rahatsız edecek fiilleri meşru kabul edilmemektedir. Kız kaçırma gibi fiillerin şikâyet edilmesi için ayrıca böyle bir düzenleme gerekmeceği açıktır. Kız kaçırma, Mustafa Avcı tarafından zina suçu kapsamında tazirle cezalandırılan bir fiil olarak tasnif edilmiştir¹²³. Yazar ayrıca tazir niteliğinde farklı cinsel suçlardan da (örneğin laf atma) bahseder; ancak bu suçların arasında kadın oynatma görülmemektedir.¹²⁴ Şikâyetin kayda geçirildiği tarih 1860 olduğuna göre

¹²² Köksal ve Erkan, 431.

¹²³ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, 3. Bs., (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 298-299.

¹²⁴ Avcı, 623-631.

1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesi'nin olay esnasında yürürlükte olduğu düşünülebilir. Bu kanuna göre kaçırılan bülüğa ermemiş bir kız ise failin muvakkat kürektir. Buluğa ermiş bir genç kız için üç ay üç yıl arası hapis; evli kadınlar için ise yine muvakkat kürek cezası belirlenmiştir¹²⁵. Bu durumda sorulması gereken soru ise, şikâyette bulunan tarafların ceza kanununa ve/veya nizamnameye ne derece vâkıf olduğudur? Acaba Yıvan, Miloş vb kişiler bu ithamları hazırlarken nizamnamede yer alan yasağın bilincinde midirler? Öte yandan bu nizamnamelerin halka ulaştırılmaya çalışıldığı da bilinmektedir. Karar metinlerinde açıkça kanun veya nizamname maddeleri zikredilseydi bu konuda net bir fikir ortaya konulabilirdi. Yine de bir kişinin adalet arama sürecinde hangi haklarının olduğunu zaman içinde araştırıp öğrenebileceği ve buna göre hareket edebileceği düşünülebilir.

Niş ve Leskofça'da kadınlara dair meseleler hakkında Ahmet Cevdet Paşa, “*melûfiyet-i kadime mülasebesiyle zabtiye zabitanının ve kır serdarlarının Bulgar kızlarına sâkılık ettirmek gibi haller duyuldu*” diye yazmakla beraber ahlak bozukluğuna dair asıl büyük şikâyetlerin dini liderlerin hakkında görüldüğünü de eklemiştir¹²⁶. Öte yandan 16. yüzyıldan buna benzer hikâyeler mevcut gibidir; Yusuf Hamzaoğlu Vrane ve Leskofça'da “*Tumba Türk*” yani Türk olmayan Müslüman “ağa ve bey”lerin çiftliklerinde ırgatlık yapan Sırp kızlarını zorla kaçırıp evlendiğinden bahseder; yazar imparatorluğun son yüzyılında bu olayların arttığını, ancak Türklerin, Türk olmayan Müslümanlar üzerinde pek de etki etmediğini ekler¹²⁷. Yazarın anlatısında milliyetçi bir ton ağır basmakla birlikte, kullandığı kaynakların orijinal dilde olması önem ihtiva etmektedir. Nizamnamenin içeriği kanunnameyle ve bu iki anlatıyla birlikte değerlendirildiğinde belgede neden ceza hukuku terminolojisinin pek kullanılmadığına dair bir ipucu elde edilebilir: Kanunda kadın oynatma tipi bir suç tanımlanmamış; ancak ahlaki bir bozukluk olarak kayda geçmiştir. Kız kaçırma ise bir suçtur. Fakat bu suçu kanıtlayan herhangi bir delil de en azından heyetin araştırmalarında ortaya çıkmamıştır.

Her iki olayda da şikâyet sahibi tarafından açıkça kullanılan bir mazeret arzuhalcinin talebi yanlış aktardığı meselesidir. Yıvan için bir de dil farkı nedeniyle iletişim probleminden bahsedilmiştir. Bu durum gerek erken

¹²⁵ Avcı, 298-299.

¹²⁶ Ahmet Cevdet Paşa, *Tezâkir* 13-20, 105.

¹²⁷ Yusuf Hamzaoğlu, *Balkan Türklüğü III (Osmanlı Öncesi, Osmanlı Dönemi ve Osmanlı Sonrası Sırbistan Türklüğü)*, (Üsküp: Logos, 2010), 174.

modern dönemde gerek modern dönemde Osmanlı yargısına başvuran ve anadili Türkçe olmayan kişilerin kadı huzurunda bu engeli nasıl aştıkları konusunda biraz düşünmeyi gerektirmektedir. Veya şu soru da sorulabilir: Türkçe bilmeyen gayrimüslimler kadı huzuruna veya olaydaki gibi heyetlerin huzuruna çıkabiliyorlar mıydı? Olayda arzuhalcinin iki olayı yanlış aktarması tesadüf olabileceği gibi, farklı dilde sıklıkla karşılaşılan bir problem de olabilir, dil bilmeyenlerin kolaylıkla suiistimal ederek öne sürüp meşruiyet sağlayabilecekleri bir gerekçe de olabilir. İlk incelenen olayda, Yıvan dil probleminden bahsederken, Jifko ve Petre'nin böyle bir sorunları kayda geçmemiştir. Bu bağlamda sözlerinin iletilmesi bir şekilde daha doğru biçimde yapılmış olabilir. Ancak o ikisinin tanıklıkları bağlamında tercümanın sözü dahi edilmez, belki de bu durum dil bilmelerinden kaynaklanıyor olabilir. Türkçe konuşulan bir huzura çıkan kişinin, nasıl ki hukuken sahip olduğu imkanlara vakıf olarak çıkması, araştırma yapması söz konusuysa, dil konusunda da benzer bir yoldan geçilmesi ve en doğru arzuhalcinin bulunmasına çabalamak mümkün olabilir. 19. yüzyıl sonunda Osmanlıca ve konuşma diline hâkim birey sayısının Sırbistan'da az olduğunu da belirtmek gerekir. Ancak Niş'te yaşayan Sırp'ların Türkçe konuşabildikleri ve Osmanlı elçisinin 1884 yılında Türkçe bilenlerin bu dili rahatça kullandıklarını tespit ettiği de kayda geçmiştir¹²⁸. Şikâyetlerde sesi duyulmayan grup, olayın öznesi kadınlardır, oysa ki modernleşme öncesinde kadınların, toplum içinde yaftalanma pahasına tecavüz ve diğer cinsel suçlar hakkında kadı huzuruna çıktıkları bilinmektedir. Bu durum, olayda kız kaçırmaya dair ithamların daha büyük bir hikâyenin parçası olarak sunulmasıyla ilgili olabilir, yine de teftiş defterlerinde olaylara karışan kadınların huzura çağrıldığına dair bir ifade yoktur.

İthamda bulunan taraflar ister haklı, ister haksız olsunlar, bu olaylar çiftlik birimlerinin işletilmeleri ve hukuki yapıları hakkında önemli veri sunmaktadır. Hem Abbas Bey, hem de Kahraman Bey çiftliğe pek uğramadıkları iddiasındadırlar, daha ziyade aracı kullanılmaktadır. Çiftliklerde yaşayan ve kiracı sıfatını haiz ahali pek çok farklı üretim tipiyle uğraşmaktadır. Paylı tasarruf edilen çiftlik de görülmektedir, Sotraki'nin bir yandan ticaretle uğraşması da çiftliklerin belki de ticari tarıma yönelik olduğunu düşündürmektedir; belki de Sotraki ürünlerin pazarlamasıyla uğraşmaktaydı. Çiftlik içinde yer alan arazinin ne şekilde kullanılacağı, beyin köylünün arazisine "taarruz" etmesi ise yine çiftliğin niteliğine dair ipuçları

¹²⁸ Radovanovic, 4.

verir; belli ki bazı çiftliklerde yaşayan kiracı-üreticiye özgülenmiş ağıl, arazi, değirmen gibi bütünler mevcuttur. Bir sonraki bölüm, tamamen kendi çiftlikleri olduğu iddiasıyla köyler üzerinde hak iddia eden beylere dair bazı meseleleri dikkate almaktadır.

IV. NİŞ VE LESKOFÇA ÇİFTLİKLERİNDE MÜLKİYET VE TASARRUF MESELELERİ

Gerek Niş'te gerek Leskofça'da teftiş heyetinin ilgilendiği sorunlardan biri, bölgede toprak sahipliğine dair husumetlerdir. Heyet, hem Leskofça'da, hem de Niş'teki bazı çiftlikler hakkında iki seri halinde kararlar almış ve bunları kayda geçirmiştir¹²⁹. Bu kararların bölgedeki çiftliklerin hukukî yapısı, hak sahiplerinin karşı karşıya olduğu kısıtlamalar konusunda önemli bilgi ihtiva ettiği görülebilir.

A. Leskofça Çiftliklerinde Mülkiyete Dair Sorunlar

Defterdeki ilk karar serisi Leskofça'da on sekiz çiftlik için yapılan tetkike dayanmaktadır; bu serinin başlık-özet kısmında tekrar edilen “*muhakemeleri yapılmıştır*”¹³⁰ ifadesi yine heyetin olaylar hakkında yargı yetkisi olduğunu pekiştiren açık ifadelerden biridir. Kayıtlara göre bu çiftliklere dair sorunlar on altı yıldan beri süregitmektedir. Bu kemikleşmiş sorunların çözülebilmesi için çiftlikleri yerinde denetleyecek *mübaşir* ve *müvella*¹³¹lar görevlendirilmiştir. Belirtilene göre bu görevliler hem bölgedeki ashab-ı alaka ile hem de zürra ile konuşarak meseleyi anlamaya çalışmış ve “*marifet-i şerle mürafaları icra olunmuş*”tur¹³². Heyetin varlığı zürra ve ashab-ı çiftliğin bazı sorunların çözümünü onlardan talep etmelerine yol açmıştır. Bunun üzerine heyet, hem tarafları çağırması; hem de belge ve senetlerin huzurlarına gönderilmesini istemiştir¹³³. Bu bilgileri içeren genel girişten sonra her bir çiftlik hakkında tek tek kararlar açıklanır, yazılana göre dört çiftliğin davası düştüğünden toplam on beş karar mevcuttur. Kararların gösterdiği kadarıyla sorunların önemli bir kısmı toprağın kime ait olduğu ve toprak kirasının ödenip ödenmediği meselesidir. Yerel elit, bazı topraklar üzerinde

¹²⁹ Terzibaşoğlu ağırlıklı olarak bu kararların ekonomik tarafı üzerinde durur. Terzibaşoğlu, “Landed Estates”, 16-17.

¹³⁰ Köksal ve Erkan, 463.

¹³¹ Bir tür olağanüstü kadı.

¹³² Köksal ve Erkan, 463.

¹³³ Köksal ve Erkan, 463.

“çiftliğimdir” diye hak iddia ederken üreticiler bu toprakların çiftlik olmadığı ve kendilerine ait olduğu iddiasındadırlar. İlk karar¹³⁴ çiftlik sahipleri lehine çıkar, zira iddia sahibi İbrahim Bey bu iddiasını tapu ile kanıtlamış ve ayrıca kayıtlardaki bilginin de bunu doğruladığı görülmüştür. Ancak her çiftlik sahibi bu kadar şanslı ya da bu kadar haklı değildir. Nitekim ebeveynleri belli bir köy üzerinde tımar sahibi olan bazı kişilerin köyler hakkında çiftliğimdir diye iddiada bulunmaları kabul görmemiştir; zira bu tımarlar yenilenmemiştir. Bu gibi durumlarda köy halkı adına tapu senedi düzenlenmiştir¹³⁵.

Kayda geçmiş olaylar arasında, bir ailenin üç farklı köyün üzerinde hak iddiası, çiftlik sahiplerinin haklarının ne şekilde tanımlandığına dair önemli veriler içermektedir. Köylerin kendi çiftlikleri olduğunu ileri süren iddia sahipleri Zekeriya Bey ve akrabalarıdır. İlk köy Şişava isimli bir köydür. Ancak, köyün ahalisi ellerinde Zekeriya'nın babası ve bizzat Zekeriya tarafından imzalanmış tapuları göstermiş ve Zekeriya Bey de mührün doğruluğunu kabul etmiştir. Olaya dair çok fazla detay verilmese de, Zekeriya'nın babasının bir zamanlar köyün tımarını haiz olduğu anlaşılır. Kayıta “*tımar sahibinin tımarı çocuklara tefviz yoluyla devretmesi mümkün değildir*” kuralı yer alır¹³⁶. Köy ahalisine belli bir harcın ödenmesi karşılığı tapu senedi verilir. Bey ve akrabalarının hak iddia ettikleri Rudar köyünde de benzer bir durum söz konusudur. Ancak bu sefer Zekeriya Bey tapu senedi göstermiş; fakat komite senetlerin *şayan-ı itibar ve mamulün bih olmadığını* kayda geçirmiştir. Yine harç karşılığı arazi köy ahalisine tapu ile dağıtılır¹³⁷. Zekeriya Bey ve akrabaları son olarak Gubrofça köyü hakkında “çiftliğimizdir” diyerek hakk-ı tasarruf iddiasında bulunurlar. Bu köy hakkında da tapu temessükü sunmalarına rağmen belgenin yine geçersiz olduğu, zamanında babalarının köyü tımar olarak haiz olduğu, ancak Bey'in tımarın baş kalemi olarak Niş mal sandığından belli bir bedel aldığı tımar defterinde kayıtlı olduğu dikkate alınmıştır. Karar yine köy ahalisi lehinedir, tapuyu onlar alacaktır¹³⁸.

Bu köy ve çiftlikler üzerinde iddia edilenin mülkiyet değil; hakk-ı tasarruf olması özellikle dikkat çekicidir. Her üç çiftlik hakkında da Zekeriya Bey ve ortakları için “*çiftlik deyü iddia-yı hakk-ı tasarruf eden*” ifadesi

¹³⁴ Köksal ve Erkan, 464

¹³⁵ Köksal ve Erkan, 464.

¹³⁶ Köksal ve Erkan, 465.

¹³⁷ Köksal ve Erkan, 465.

¹³⁸ Köksal ve Erkan, 465-466.

kullanılmıştır¹³⁹. Resmî belgelerin hukuk dilinin süzgecinden geçmedikleri düşünülemez; ancak bu süzgeç devletin bu çiftlikleri tam bir özel mülk olarak kabul etmediğini de gösterir. Nitekim bir diğer kararda daha çiftlik üzerinde hakk-ı tasarruf talebi söz konusudur; ancak Kenofça isimli bu köyün de hem iddia sahibi senet gösteremediği, hem de beratı dahi olmadığı için hakk-ı kararın ahaliye tapulanması söz konusu olmuştur¹⁴⁰. Bir başka kararda ise Şumat köyü arazisinin hakk-ı tasarrufunun ferağ yoluyla çiftlik sahibinden köy halkına devredileceği kararlaştırılmıştır¹⁴¹. Aynı döneme dair Terzibaşoğlu'nun arşiv kayıtlarından tespit ettiği bir satım işlemi, Livice köyünden yirmi hanenin topraklarını çorbacı Sotraki'ye fûruht etmeleridir. Yazarın verdiği alıntıya göre köy ahalişi “*hakk-ı kararları sabit olan arazi-miriyeyi*”, “*marifet-i şer'le izn-i sahibü'l-arz ile fûruht etmiş*”tir ve bu devir usulünün bölgede geçerli olduğu kayıt altına alınmıştır. Metnin devamındaysa “*miri araziyi Sotraki çorbacıya satmışlar*” ifadesi geçer¹⁴². Yazarın bulduğu diğer devir örneklerinde teferruğ, tefevvuz gibi ferağ ve tefviz sözleşmesine dayanan yani tasarruf hakkının bedel karşılığı devrini içeren hukuki işlemler yer alır. Arazi devri hakkında satım ve tefviz kelimelerinin kullanımı, bölgede arazi mülkiyetinde miri ve mülk arası bir sistemin olduğunu düşündürülebilir, malın devrinin ne şekilde yapıldığı bazen belirsizleşmektedir. Nitekim *fûruht* kelimesi de satım anlamında kullanılmaktadır. Öte yandan mülkiyetin devrini konu alan bir satım sözleşmesinde sahib-i arz iznine gerek yoktur. Hal böyleyken bir arazinin sahib-i arzın izinle fûruht edilmesi acaba belgede ferağ mı kastedildi sorusunu sormayı gerektirmektedir ki muhtemelen olan da budur. Radovanovic, Huri İslamoğlu'nun miri kelimesinin anlam değiştirmiş olmasına referansla¹⁴³ mutasarrıf kelimesinin bu dönemki kullanımına dikkat edilmesi gerektiği üzerinde durmuştur; buna göre, mutasarrıf mülkiyet hakkı

¹³⁹ Köksal ve Erkan, 465-466.

¹⁴⁰ Köksal ve Erkan, 467.

¹⁴¹ Köksal ve Erkan, 470.

¹⁴² Terzibaşoğlu, Landed Estates, 23.

¹⁴³ Huri İslamoğlu, klasik İslam hukukunda mülk olarak tanımlanan hakkın arazi üzerinde tam anlamıyla mülkiyet olmadığını ve 1858 Arazi Kanunnamesi'nden sonra yeni bir mülk kavramının ortaya çıktığını savunur. Ancak miri arazi ve mülk eşya üzerinde hukukun neyin yapılabileceğini yapılamadığı dikkate alındığında, yazarın bu tespitine katılmak çok da mümkün değildir. Yine de 19. yüzyıl boyunca miri arazi üzerinde kullanıcı hakları 16. yüzyılda olduğundan hayli farklıdır. Bkz. Huricihan İslamoğlu, “Property as a contested domain: A Reevaluation of the Ottoman Land Code of 1858”, *New Perspectives on Property and Land in the Middle East*, ed. Roger Owen, (Boston: Harvard University Press, 2001), 3-61.

için de kullanılabilir¹⁴⁴. Bu bağlamda, 19. yüzyıl öncesinde sicillerde bağ, bahçe gibi mülk olabilen metanın veya “mülk tarla” olarak kayda geçmiş birimlerin satım (*bey’i kati*, *bey’i batt-ı sahih*) ile devredildiği zaman, “mülkiyet üzere mutasarrıf olsunlar” kalıbının sık sık kullanıldığını da hatırlamak gerekir¹⁴⁵. Ancak 19. yüzyılda zikredilen anlam kaymasının olup olmadığını anlamak için daha fazla örnekle karşılaştırma yapmak gerektiği de açıktır. Kararlarda dikkat çeken bir diğer husus da üreticilerin *müstecir* şeklinde anılmalarıdır. Üretenin hak sahibi olduğu sistemden farklı olarak artık açık bir kiracılık söz konusu gibidir. Bazı kararlar kiracıların ücreti eskiden beri nasıl ödedilerse o şekilde ödemeleri gerektiğine dairdir¹⁴⁶.

Her bir çiftlik hakkında ayrı ayrı verilen kararlardan sonra olayların kısa bir özeti kaleme alınmıştır. Özetin altında komisyon üyelerinden Artin, Gavril, Futyadi, Pavlaki, Ahmed Cevdet, Besim ve Arif’in imzaları yer almakta ve karar sadrazama iletilmektedir. Daha sonra Leskofça’daki çiftliklere dair iki adet liste yer alır, bunlarda ilki “*nizamname ita olunan*” çiftliklerin listesi, ikincisiyse nizamname ve mukaveleyle yönetilen ve baştina haricinde tarlası olan çiftliklerin listesidir¹⁴⁷. Baştinanın hukuken ayrı bir kategori oluşturmadığı ifade edilmiş ve statüsünün tartışmalı olduğu üzerinde durulmuştur. Buna göre, erken dönemde baştina miri arazinin temeli olan çift anlamında da kullanılmıştır. Ancak 19. yüzyılda Niş ve Leskofça’da baştinanın köylünün kendine ait tarlası anlamında kullanıldığı görülebilir¹⁴⁸. Bazı örneklerdeyse baştina hem mülk, hem miri niteliktedir¹⁴⁹. Terzibaşoğlu’nun verdiği bir diğer örnekte, çiftlik niteliğini haiz Emir Kotana köyünün bir bölümü baştinalara ayrılmıştır. Bunların hepsi tarla ve çayır niteliğinde toprakları bir araya getiren birimlerdir, bir kısmının dağınık nitelikte olduğu ve ortak kullanıma açık olduğu izlenimini yaratmaktadır¹⁵⁰.

Defterde yer alan tasnifte baştinalı çiftlik muhtemelen köylünün bağlı olduğu çiftlik haricinde kendisine ait –tasarrufa veya mülkiyete dayanan çiftlikleri kastetmektedir. Defterde her bir çiftliğin mutasarrıfının isimleri de

¹⁴⁴ Radovanovic, 159.

¹⁴⁵ Fatma Gül Karagöz, “18. Yüzyıl Şeriye Sicili Örneklerinde Arazi Üzerinde Mülkiyet ve Tasarruf Hakkını Tanımlayan Terimler”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 16 (2013 Güz-yayın yılı: 2019), 39.

¹⁴⁶ Köksal ve Erkan, 468.

¹⁴⁷ Köksal ve Erkan 471-475.

¹⁴⁸ Terzibaşoğlu, Landed Estates, 6.

¹⁴⁹ Terzibaşoğlu, Landed Estates, 7.

¹⁵⁰ Terzibaşoğlu, Landed Estates, 8.

kaydedilmiştir. Bu iki listeden sonra ise Leskofça'da Berstofça ve Koniş isimli iki çiftliğin mutasarrıfları ve müstecirleri arasında bir kontrato düzenlendiği kayda geçmiştir¹⁵¹. Bu son iki çiftliğin statüsü özel yapıda, “*nizamname-i mezkur ahkamı haricinde*” kabul edilmiş, ancak tarafların ilişkisinin kontratoya bağlanacağı belirtilmiştir. Bu durum hali hazırda Kanunname-i Arazi'ye istisna teşkil eden bir bölgede nizamnameyle düzenlenmiş olmasının dahi istisnalarının bulunduğunu göstermektedir.

B. Şehirköy Çiftliklerinde Angarya ve Vergi Meseleleri

Heyetin gördüğü ikinci karar serisi Niş'e bağlı Şehirköy'deki baştinalı çiftlikler hakkındadır. Şikâyetlerin bir kısmı teamül-i kadime göre çözülen icare-i zemin miktarıyla alakalıdır. Böylece üreticilerin eskiden beri ne ödüyorlarsa aynısını ödemeleri gerektiği karara bağlanmıştır¹⁵². Ödemenin hem nakit, hem de aynı ödeme –örneğin Berende çiftliğinde peynir ve yağ-¹⁵³ olarak yapılabileceği kabul edilmiştir. Bazı çiftliklerde ise kira bedeli azaltılmıştır; ancak bu azaltmanın gerekçesi her zaman kararda yer almamıştır¹⁵⁴. Şehirköy'de üreticinin çiftlik sahibine angaryayı anımsatan çeşitli şekillerde hizmet ettiği anlaşılmaktadır, bu hizmet metinde her zaman angarya olarak zikredilmez. Örneğin Vada ve Şeşti Gabar çiftliklerinde “amelelik” kadimden süregiden bir adet olarak belirlenmiştir, ancak bu adetin artık kaldırılması ve yerine arpa ve buğday üzerinden bir ödeme yapılması gerektiği düzenlenmiştir¹⁵⁵. Yine Veluşe çiftliğinde icare-i zemin karşılığında orakçı ve hizmetçi vermek şeklinde tanımlanan hizmetin *usul-i müttehize* aykırı olduğu ve kiracıların bundan memnun olmadığı gerekçesiyle aynı ödemeye değiştirilmesine karar verilmiştir¹⁵⁶.

Şehirköy kararlarında dikkati çeken bir husus, teamül-i kadimin vergilendirme açısından halen önemli bir meşruiyet kaynağı olduğudur; ancak bazı durumlarda, özellikle teamülün zorunlu çalıştırma veya angarya benzeri işleri de meşru kılması halinde artık uyulmayacağı görülmektedir. Bu yeniliğin gerekçesi, kuşkusuz öncelikle Gülhane Hatt-ı Hümayunu, ikinci olarak 1859 tarihli Niş Nizamnamesidir. Metinlerde amelelik, angarya, orakçı

¹⁵¹ Köksal ve Erkan, 475.

¹⁵² Köksal ve Erkan, 475-476.

¹⁵³ Köksal ve Erkan, 476.

¹⁵⁴ Köksal ve Erkan, 476; 477.

¹⁵⁵ Köksal ve Erkan, 476-477.

¹⁵⁶ Köksal ve Erkan, 476

ve hizmetçi vermek gibi farklı kelimeler kullanılmıştır¹⁵⁷. Her birinin farklı bir iş kolu olduğu veya angarya/zoraki çalıştırmaya dayalı işler olduğu tahmin edilebilir. Ayrıca Niş'te angaryanın önlenebilmesi için Miralay Emin Bey'in, ashab-ı çiftlik ve zürradan oluşan bir komisyon kurduğu anlaşılmaktadır¹⁵⁸. Bu durum bir yandan da Gülhane- Hatt-ı Hümayunu'nun ilanından neredeyse yirmi yıl geçmesine rağmen angarya gibi bazı geleneklerin kolay kaybolmadığının göstergesidir. Niş Nizamnamesi'nde Hatt-ı Hümayuna ek olarak bununla ilgili bir düzenlemenin olması da genel bir ilkenin kanun hükmü olarak somutlaştırılmasının gerekliliği olarak yorumlanabilir. Bazı çiftliklerden yine eskiden beri *bedel-i süvari* adı altında hane başına hizmetli istendiği görülmüştür ki; bu usulün de aynı ödemeyele değiştirilmesi söz konusu olmuştur¹⁵⁹.

Şehirköy'e dair karar serisinde her bir çiftliğin kendine göre bir teamülü ve ödeme biçimi olduğu görülmektedir. Örneğin Ravindol çiftliğinde icare-i zemin olarak yıllık her evden üçer kıyye yağ, altışar kıyye peynir, toplam altı araba kömür ve yine "*her haneden yirmi nefer süvari ve yirmi beş piyade tabir olunur iş işlemek*" istenirken Velkoviça çiftliğinde bu bedel senede bin kuruş akçe, yüz kıyye yağ ve yüz kıyye peynir ve her evden senede yedi gün çalışmadır¹⁶⁰. Süvari vermek tam anlamıyla asker vermekten ziyade belli işleri görmek şekline dönüşmüş gibidir; nitekim Bukurofça ve Lesok çiftlikleri için "*süvari ve iki piyade amele denir iş işlemek*" şeklinde tanımlanmasından bu durum ortaya çıkmaktadır¹⁶¹. Terzibaşoğlu, çiftliklerdeki iş yüküne dair teftiş heyetinin kararlarını değerlendirirken angaryanın ilgasının "aynı ödemeye" çevrilmesinin tam bir ilga kabul edilemeyeceğinin altını çizerek¹⁶². Yazara göre bu durum, iş ilişkilerinin niteliğini değiştirmekten uzaktır.

Heyetin çiftlikler hakkındaki karar verme sürecinin daha iyi anlaşılabilmesi için ek kaynakların gerekeceği açıktır. Teftiş sürecine dair Cevdet Paşa'nın yazdıkları bir bakıma Mehmed Emin Paşa'nın defterini tamamlamaktadır. Paşa'nın ifadesine göre çiftlik yargılamalarında çiftçilere "*ibtida devlet ile muhakeme olunacaksınız*" dendiğinde cevap "*Haşa, biz hükümet ile muhakemeyi kabul etmeyiz*" olmuştur. Burada biraz anakronik bir

¹⁵⁷ Köksal ve Erkan, 478.

¹⁵⁸ Köksal ve Erkan, 485.

¹⁵⁹ Köksal ve Erkan, 480-481.

¹⁶⁰ Köksal ve Erkan, 482.

¹⁶¹ Köksal ve Erkan, 483.

¹⁶² Terzibaşoğlu, "Landed Estates", 20.

bakışla çiftçilerin “idari yargı”ya karşı duydukları çekimserlikten bahsedilebilir. Heyetin bu itiraza cevabı, hükümetin de bir şahıs gibi olduğu ve hakların eşit kabul edildiğidir. Sürecin gelişimine dair not edilen diğer bir ilginç olay, çiftçilerin “*Bize ruhsat veriniz. Biz dışarı çıkıp ağamız ile lakırdı edelim*” talebinde bulunmaları ve huzur dışında ağa ile müzakereye gitmeleridir: “*Çıktılar söz ettiler, barıştılar, ağalarının hissesini bir bedele rabt ederek beyenlerinde sulhen tesviye-i maslahat ettiklerini içeri gelip haber verdiler.*”¹⁶³ Paşa bu olaydan itibaren çiftçilerin yavaş yavaş heyete güven duyduğunu da ekler. Olay bir yandan da 19. yüzyılda hak arama kültürü çerçevesinde müzakere fikrinin halen etkili olduğunun bir göstergesidir.

Özellikle Leskofça'daki kararlar dikkate alındığında senede ve yazılı belgeye verilen bu önem, delil sisteminde farklı bir dönemin başlangıcı olarak düşünülebilir. Araştırmayı yapan heyet bir tür olağanüstü yargı merci gibi hareket etmiştir. Şehadet kadar yazılı ve resmi delilin içerdiği bilgi dikkate alınmaktadır. Yine eski belgenin bağlayıcılığı da önem ihtiva etmektedir. Heyetin herhangi bir belgeyi neden *şayan-ı itibar değildir* gerekçesiyle kabul edip etmediği her zaman çok net biçimde ifade edilmemiştir; ancak heyetin belgeleri incelemeye tâbi tuttuğu kesindir. Şehirköy çiftliklerinde ise neredeyse her bir çiftliğin kendi nevi şahsına münhasır kuralları geçerlidir ki; bu durum üreticinin sorumluluğunu da etkilemekte ve muhtemelen farklı çiftliklerde yaşayan kiracılar arasında bir tür eşitsizlik yaratmaktadır. Teamül kavramının bu denli geniş yer aldığı bir sistemden bir anda vergide yeknesaklık ilkesine geçilmesi de çok kolay olmasa gerektir.

SONUÇ

19. yüzyıl boyunca vergi, toprak meseleleri ve yerel yönetiminden kaynaklanan hoşnutsuzluğa dayanan isyanlar, Osmanlı yönetimini hayli meşgul etmiştir. Balkan coğrafyasında bu tip isyanlar sık sık görülmüştür. Bu çalışmanın konusuna girmeyen Arnavutluk'ta 1823, 1826 ve 1828 yıllarında benzer sebeplerle ayaklanmalar ortaya çıkmıştır.¹⁶⁴ Bir diğer sorunlu yer de Bosna'dır, burada da çiftlik sahipleri ve ortakçılar arası problemler daha büyük sorunlarla birleşmektedir. 1859 yılında Bosna için de bir komite kurulmuştur; ancak bu komitelerin finansmanı ayrıca sorun yaratmaktadır¹⁶⁵.

¹⁶³ Ahmet Cevdet Paşa, *Tezakir* 13-20, 107-108.

¹⁶⁴ Osmani, 95.

¹⁶⁵ *Osmanlı Belgelerinde Bosna-Hersek*, (İstanbul: Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, 2009), 31.

Çiftlik sahipleri ve üretici/köylü/kiracılar arasındaki sorunlar bir yandan da yeni bir toprak ve vergilendirme sisteminin devreye sokulmak istenmesiyle birleşiyor; buna bürokrasinin her şeyi kaydetmeyi deneyen yeni hali de ekleniyordu. Taşrada gerçekleşen teftişler, merkezi yönetimin taşraya duyarsız olmadığını göstermektedir. Ancak teftiş sırasında kayda geçen detaylar, hukuk reformu sürecindeki sancıları net bir biçimde ortaya koymaktadır.

Mehmed Emin Paşa'nın Rumeli teftiş süreci, özellikle Niş teftişi, yabancılar tarafından olumlu algılanmıştır; Büyükelçi Ricketts bu araştırmayı bir reform sürecinin ilk ayağı olarak değerlendirmektedir¹⁶⁶. Sırp tarih yazımında teftişin "Mehmed Emin Paşa zamanı" olarak anıldığını ve teftişin amacının Sırp bağımsızlık hareketini bastırmak hedefiyle gerçekleşen bir olay şeklinde değerlendirildiği anlaşılmaktadır¹⁶⁷. Radovanovic teftişin hedefinde, dini fark etmeden, yönetici elitin olduğu üzerinde durmaktadır¹⁶⁸. Mehmed Emin Paşa'nın ve heyetin olaylara bulduğu çözümler eski ve yeni arasında kalmış gibidir; bir yandan bir reform süreci devam ederken, bir yandan da eski düzenden gelen görevliler yeni düzen içinde fazla bir değişim göstermeden yerlerini almıştır. Nitekim yer yer tekrar eden angarya gibi problemler de bunu işaret eder. Teftiş heyeti, bir yandan ahalinin bazen de abartılmış taleplerine çare bulmaya çalışırken, bir yandan da denge politikasını korumak zorundadır. Mağdur olan köylülerin bazen de durumu suiistimal ettiklerini veya en azından abarttıklarını düşündüren şikâyetler mevcuttur. Heyetin bir yargı merci gibi hareket ettiği açıktır; ancak bu yargı mercinin olağanüstü nitelikte olduğu düşünülebilir. Köksal, bu dönemde her çiftliğe özgü ayrı bir çözüm üretildiği için toprağın köylüye dağıtılması gibi bir çözüme asla gidilmediği üzerinde durur¹⁶⁹. Öte yandan, 1858 tarihli Kanunname-i Arazide örf-adet hukukunun halen bir yeri olduğu bilgisi çerçevesinde bu sürecin kolay geçmemesi de anlaşılabilir bir durumdur.

Çiftliklerin üzerinde ashab-ı alakanın haklarının hakk-ı tasarruf olarak belirtilmiş olması dikkat çekmektedir; nitekim çiftliklerin bir kısmı ferağ yoluyla devredilmiştir ki; bu da hakk-ı tasarrufun bir sonucudur. Eğer çiftlik özel mülk olsaydı, satım yoluyla devirleri konusunda herhangi bir engel bulunmayacaktır. Yukarıda incelenen örnekler "19. yüzyılda Niş'te ve

¹⁶⁶ Alptekin, 31.

¹⁶⁷ Radovanovic, 47-48.

¹⁶⁸ Radovanovic, 48.

¹⁶⁹ Yonca Köksal, Land reform, 458.

Leskofça'da mülk çiftlik yoktur" şeklinde yorumlanmamalıdır; ancak kararlara konu olan çiftliklerin arazileri halen özel mülk statüsünde değildir. Bu durum, 19. yüzyılda miri arazinin "mülkleşmesi" anlatısının en azından bazı örnekler üzerinden sorgulanması gerektiğini gösterir. Buna rağmen ashab-ı alakanın çiftlik ve zürra üzerinde epey geniş bir hak tanımı mevcuttur. Miri arazi sisteminde köylünün rolünü "daimi ve irsi bir kiracılık" şeklinde tanımlayan Ömer Lütfi Barkan'ın anlattığı ideal sisteme¹⁷⁰ nazaran, Niş ve Leskofça'daki çiftliklerin durumunun farklı olduğu açıktır. Öte yandan bir köyün tamamının çiftlik olduğunu iddia eden ashab-ı alaka bunu tımar iddiasına dayanarak yapmaktadır. Ancak çiftlik içinde köylünün yerini bu kez tam anlamında müstecir-kiracı-üretici almıştır ki; bu terminoloji, yani köylünün kiracı olarak anılması, örneğin klasik dönem kanunlarında pek de söz konusu değildir.

Teftişin bitiminden sonra Kıbrıslı Mehmed Emin Paşa, İstanbul'a döner ve 2 Şubat 1861 tarihinde Niş valisi Osman Paşa'nın görevinden alınması ve yerine güçlü iradeli bir valinin atanması gerektiğini belirtir. İşaret ettiği kişi Mithat Efendi'dir¹⁷¹. 4 Şubat 1861 tarihinde Mithat Paşa Niş valisi olarak atanmış ve 20 Mart'tan itibaren göreve başlamıştır¹⁷². Niş'teki valilik sürecinin daha sonra Tuna valiliği için bir tür ön deneyim olduğu düşünülebilir; Paşa reformlara hemen başlamış, özellikle adil verginin yerleşmesi için çaba harcamıştır¹⁷³. Bölgede huzursuzluk çıkartan eşkıyalık hareketleri konusunda alınan tedbirler, yol ve köprü yapımı posta teşkilatında yenileme, kanal açmak, iç ve dış göç etmiş olanların iskani, vergi borçlarını affetmek gibi bazı önlemler almıştır. Nitekim ilk defa 1863 yılında Niş'in Şehirköyü'nde kurulan Menafii Umumiye Sandıkları ise köylü/üreticinin makul bir biçimde kredi temin etmesi amacına hizmet etmektedir¹⁷⁴. Niş Valiliği'nin ötesinde, Mithat Paşa'nın Tuna valiliği, bölgede idari anlamda yeni bir dönemin ve yeni bir düzenin daha belirgin bir temsilcisidir; nitekim bu valilik de, daha sonraki idari reformlar için önemli bir model olmuştur. İhtiyaçlara ne kadar cevap verdiği ve ne ölçüde başarılı olduysa ayrıca tartışılabilir. Öte yandan, valilik sürecinin bölgeden gelen vergi gelirini

¹⁷⁰ Barkan, 789.

¹⁷¹ Alptekin, 33.

¹⁷² Nejat Göyünç, "Midhat Paşa'nın Niş Valiliği Hakkında Notlar ve Belgeler", *İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Enstitüsü Dergisi*, no. 12, (1982): 279.

¹⁷³ Bekir Koç, "Midhat Paşa'nın Niş ve Tuna Vilayetlerindeki Yenilikçi Valiliği", *Kebikeç*, no: 18, (2004), 410.

¹⁷⁴ Şentürk, 166-168.

artırdığı ve ekonomik açıdan kriz döneminden geçilmesine rağmen refahlı bir köylü toplumu yarattığı da zikredilmiştir¹⁷⁵.

Niş 1878'den sonra Osmanlı hakimiyetinden çıkıp Sırbistan hakimiyetine girince bölgede önemli bir toprak reform süreci başlayacaktır¹⁷⁶. Sırbistan hükümeti bu süreçte bölgede toprak reformuna ve çiftlik konusuna eğilecektir. 1880'li yıllarda Sırp hükümetiyle Osmanlı hükümetinin Belgrad elçisinin arasındaki yazışmalarda elçinin yaptığı çiftlik tanımı dikkat çekicidir: İki tip çiftlik vardır; birinde çiftlik sahibi mülkiyet hakkını (*propriété plaine*) haizken, diğerinde çiftlik sahibinin üreticilerle paylaştığı haklar söz konusudur (*partagée entre les propriétaires titulaires et ceux qui le cultivent*).¹⁷⁷ Bu ayrımın bir Osmanlı bürokratının kaleminden çıkmış olması önemlidir. Hukuk terminolojisinin bu tip çevirilerde kaybettiği ve kazandığı anlamların da üzerinde ayrıca durmak gerekir. Osmanlı İmparatorluğu'nun sınırları üzerinde kurulan yeni devletlerde arazi rejiminin aldığı yeni şekillerin değerlendirilmesi, eski rejim ve yeni rejim arasındaki geçişlerin değerlendirilmesi, Osmanlı arazi hukukunun farklı boyutlarının daha iyi anlaşılması bakımından da önemli olacak; bu süreçte yapılan çevirilerin araştırma konusu olması, arazi rejimine dair yeni ve farklı şeyler söyleyebilmeyi de mümkün kılacaktır.

¹⁷⁵ Micha Glenny, *The Balkans 1804-1999 Nationalism, War and The Great Powers*, (Londra: Granta Books, 2000), 89.

¹⁷⁶ Radovanovic, 143 vd.

¹⁷⁷ AS MID Rolna 58, 2/539 Sermed Efendi'den Ristić'e, 2/14 Mayıs 1880. Ayrıca bkz. AS MID Rolna 58, 1/26-1/32 Aktaran: Radovanovic, 159.)

KAYNAKÇA

- Ahmet Cevdet Paşa. *Tezakir 13-20*, haz. Cavid Baysun. Ankara : Türk Tarih Kurumu, 1991.
- Tezakir 40-Tetimme*, haz. Cavit Baysun. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1991.
- Akgündüz, A. (1990). *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri Cilt 2*. İstanbul: Fey Vakfı Yayınları.
- Akgündüz, A. (1996). Gedik. *DİA*, 13, 541-543.
- Alptekin, İ. (2011). *Midhat Paşa'nın Niş Valiliği (1861-1864), Yayınlanmamış yüksek lisans tezi*. Niğde: Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,.
- Altınay, A. R. (1989). *Türk İdaresinde Bulgaristan*. İstanbul: Enderun Kitabevi.
- Aslantaş, S. (2007). *Osmanlı'da Sırp İsyanları 19. Yüzyıl Şafağında Balkanlar*. İstanbul: Kitap Yayınevi.
- Aydın, M. (1992). Ahmed Arif Hikmet Beyefendi'nin Rumeli Tanzimat Müfettişliği ve Teftiş Defteri (19 Resim ile Birlikte). *Belleten*, 51(215), 69-199.
- Barkan, Ö. L. (1980). Çiftlik . Ö. L. Barkan içinde, *Türkiye'de Toprak Meselesi* (s. 789-797). İstanbul: Gözlem Yayınları.
- Fleet, K., & Ianeva, S. (2014). *Ottoman Economic Practices in Periods of Transformation: The Cases of Crete and Bulgaria*. Ankara: Türk Tarih Kurumu.
- Göyünç, N. (1982). Midhat Paşa'nın Niş Valiliği Hakkında Notlar ve Belgeler. *İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Enstitüsü Dergisi*(12), 279-316.
- Güran, T., & Uzun, Ahmet. (2006). Bosna-Hersek'te Toprak Rejimi: Eshab-ı Alaka ve Çiftçiler Arasındaki İlişkiler (1840–1875). *Belleten*, 70(259), 807-902.
- Hamzaoğlu, Y. (2010). *Balkan Türklüğü III (Osmanlı Öncesi, Osmanlı Dönemi ve Osmanlı Sonrası Sırbistan Türklüğü)*. Üsküp: Logos.
- İnalcık, H. (1992). *Tanzimat ve Bulgar Meselesi*. İstanbul: Eren Yayınevi.
- İnalcık, H. (2006). Tanzimatın Uygulanması ve Sosyal Tepkiler. H. İnalcık, & M. Seyitdanlıoğlu içinde, *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (s. 109-131). İstanbul: Phoenix Yayınevi.
- İslamoğlu, H. (2001). Property as a contested domain: A Reevaluation of the Ottoman Land Code of 1858. R. Owen içinde, *New Perspectives on Property and Land in the Middle East* (s. 3-61). Boston: Harvard University Press.
- Karagöz, F. G. (2013 (2019), 16). 18. Yüzyıl Şeriyeye Sicili Örneklerinde Arazi Üzerinde Mülkiyet ve Tasarruf Hakkını Tanımlayan Terimler . *iTürk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 23-62.

- Kaya, A. Y. (2015). On the Çiftlik Regulation in Tırhala in the Mid Nineteenth Century: Economists, Pashas, Governors, Çiftlik-Holders, Subaşıs and Sharecroppers. *Halcyon Days in Crete VII: Ottoman Rural Societies*, (s. 333-379). içinde Girit: Crete University Press.
- Kaya, A. Y., & Peker, A. (2019). Parga Çiftliği Kararnamesi. *Üçüncü İktisat Tarihi Kongresi* (s. 1-13). İzmir: İzmir Demokrasi Üniversitesi Yayınlar.
- Kenanoğlu, M. M. (2006, Bahar). 1858 Arazi Kanunnamesi ve Uygulanması. *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*(1), 107-138.
- Kiel, M. (2007). Niş. *DİA*, 33, 147-149.
- Kiel, M. (2019). Leskofça. *DİA*. içinde
- Koç, B. (2004). Midhat Paşa'nın Niş ve Tuna Vilayetlerindeki Yenilikçi Valiliği",. *Kebikeç*, 18, 407-415.
- Köksal, Y. (2008, Şubat). 19. Yüzyılda Kuzeybatı Bulgaristan Sessiz Toprak Reformu . *Toplumsal Tarih*(170), 24-30.
- Köksal, Y., & Erkan, D. (2007). *Sadrızam Kıbrıslı Mehmed Emin Paşa'nın Rumeli Teftişi* . İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınları.
- McGowan, B. (1981). *Economic Life in Ottoman Europe: Taxation, Trade and the Struggle for Land, 1600-1800* . Cambridge ve New York: Cambridge University Press.
- Osmani, M. (2011). *19. Yüzyılda Niş Sancağı, yayınlanmamış yüksek lisans tezi*. Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Osmani, M., & Pay , S. (2022, Mart). Niş Sancağı'nın İdari Yapısı (1839- 1878). *Vakanüvis-Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi*, 7(1), 303-350.
- Özkaya, H. (2015, Nisan). Kırklareli İli Ağızlarından Derleme Sözlüğü'ne Katkılar. *RumeliDE Dil ve Edebiyat Araştırmaları Dergisi* (2), 33-39.
- Paşa, A. C. (1991). *Tezakir 13-20* . (C. Baysun, Dü.) Ankara : Türk Tarih Kurumu.
- Paşa, A. C. (1991). *Tezakir 40-Tetimme*., (C. Baysun, Dü.) Ankara: Türk Tarih Kurumu.
- Pinson, M. (1975). Ottoman Bulgaria in the First Tanzimat Period: The Revolts in Nish (1841) and Vidin (1850). *Middle Eastern Studies*, 11(2), 103-146.
- Radovanovic, J. (2020). *Contested Legacy: Property in Transition to Nation-State in Post Ottoman Nis, yayınlanmamış doktora tezi* . New Jersey: Princeton Üniversitesi.

- Riedler, F. (2018). Communal Boundaries and Confessional Policies in Ottoman Nish. *JESHO*(61), 726-756.
- Şentürk, H. (1992). *Osmanlı Devleti'nde Bulgar Meselesi (1850-1875)*. Ankara: T.T.K. Yayınları.
- Terzibaşoğlu, Y. (2015). The Ottoman Agrarian Question and the Making of Property and Crime in the 19th Century ed. , (Girit: , 2015), . E. Kolovos içinde, *Ottoman Rural Societies and Economies* (s. 309-332). Girit: University of Crete Press.
- Terzibaşoğlu, Y. (2022, Ağustos). Landed Estates, Rural Commons and Collective Agriculture in Ottoman Niş and Leskofçe in the Nineteenth Century . *Turkish Historical Review*(ayrı basım), 1-29.
- Uzun, A. (2002). *Tanzimat ve Sosyal Direnişler: Niş İsyanı Üzerine Ayrıntılı Bir İnceleme (1841)*. İstanbul: Eren Yayınevi.
- Yıldız, A. (2020). Politics, Economy, and Çiftliks: The History of Four Çiftliks in Larissa (Yenişehir-i Fener) . *Turkish Historical Review*, 11, 28-65.
- Yonca Köksal. (2010). Land reform in Northwestern Bulgaria. M. N. Ekrem Causevic, & V. Kursar (Dü.), *Perspective on Ottoman Studies, Papers From the 18th Symposium of the International Committee of Pre-Ottoman and Ottoman Studies*, içinde (s. 455-462.). Berlin: Lit.

YAZARIN HAKLARINDAN METNİN HAKLARINA: YAPIT OLARAK HUKUK VE YORUMU

*'From Rights of Author to Rights of Text as a Text and it's
Interpretation*

O. Vahdet İŞSEVENLER*

ÖZ

Savigny, yorum hususunu tartışırken gramatik, tarihi, mantıki, sistematik unsurlardan bahsetmiştir. Bu açıklama günümüz Türkçe hukuk yazınında yorum yöntemleri adıyla ifade edilen ayrıma da temel vermektedir. Bununla beraber doktrinde, bu unsurlar genellikle birbirlerinden ayrı yorum yöntemleri olarak ifade edilmektedir. Aynı şekilde uygulamada yani mahkeme kararlarında da bu yorum yöntemlerinin birbiriyle rekabet halinde algılandığına şahit olmaktayız. Buna karşılık Dworkin'in çok yazarlı kitap metaforuna eşlik eden bütünlük ilkesi ve Umberto Eco'nun yazarın, okurun ve metnin hakları arasında yaptığı ayrım, yorum yöntemlerini rekabet halinde, birbiriyle yarışan bir şekilde ele almak yerine başarılı bir yorumun yapılabilmesi adına birer yorum unsuru olarak beraber kullanılmaları gerektiği hususunda hem ikna edici hem de yol gösterici bir katkı sunmaktadır. Böyle bir yaklaşımla tüm hukuk kaynakları bütünlüğü temin edilmeye çalışılan tek bir metin olarak görmek ve hukuki anlamın tespitinde yazarın yahut okurun değil metnin haklarının odağa alınmasıyla hukuk metodolojisinin ve bizatihi hukukun bir değer olarak kabul ettiği nesnellığe yaklaşmak da mümkün olur.

Anahtar Kelimeler: Bütünlük, Metnin hakları, Dworkin, Eco, Hukukta yorum.

Makalenin Geliş Tarihi: 19.12.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 03.04.2023.

* Dr. Öğr. Gör. Yalova Üniversitesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, E-posta: vahdetissevenler@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0287-0686.

ABSTRACT

Savigny mentioned grammatical, historical, logical and systematic elements while discussing the issue of interpretation. This explanation also gives the basis for the distinction expressed as interpretation methods in today's Turkish legal literature. However, in the doctrine, these elements are usually expressed as separate interpretation methods. In the same way, we witness that these interpretation methods are perceived in competition with each other in practice, that is, in court decisions. On the other hand I argued that multi-authored book metaphor used by Dworkin with the principle of integrity and the distinction made by Umberto Eco between the rights of the author, the reader and the text are both convincing and guiding that interpretation methods should not be handled in competition with each other, but should be used together as an element of interpretation in order to make a successful interpretation. With such an approach, it is possible to see all legal sources as a single text that tries to ensure the integrity, and by focusing on the rights of the text, not the author or the reader, it is also possible to approach objectivity, which is accepted as a value by the legal methodology and the law itself.

Key words: Integrity, Rights of text, Dworkin, Eco, Legal Interpretation

I- Hukukta Yorum İhtiyacı ve Handikapları

Modernlik koşullarında her ne kadar hukuki düzenlemelerin, mevzuat niteliğindeki hukuk kaynaklarının sayısı önceki çağlarla kıyaslanmayacak niceliğe erişse de hukukun mahiyetinden ileri gelen sebeplerle yorum ihtiyacının ortadan kalkması beklenemez; düzenlemeler ne kadar artsa yahut incelse de hiyerarşideki yeri fark etmeksizin tüm hukuk kaynakları yasalar, yönetmelikler, yönergeler anlamlandırılmaya muhtaçtır. Dolayısıyla her durumda öznenin edimine ihtiyaç duyulur. Bu nedenle yasama organının özgül yasama yetkisiyle, yargının hüküm kurma faaliyeti arasında bir gerilim bulunur. Lisanın mahiyetinden ileri gelen sebepler, yasaların doğal olarak çıkarıldıkları tarihten ilerideki bir vakitte gerçekleşen olayları düzenlemesi, kavramların çok anlamlılığı vb. birçok sebep nihayetinde hukukun yasama eliyle tek seferde mükemmel bir şekilde, hakime ihtiyaç kalmaksızın kurulabileceğine yönelik Aydınlanmacı ülküyü boşa çıkarır ve hakimin hükmün kuruluşundaki doğal yerini onar¹. Fakat yine de yargıdan hüküm

¹ Arslan Topakkaya, Hukuk Hermeneutiği, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2019), s.293.

kurma faaliyeti esnasında yasamanın yetkisini dikkate alması beklenir. Bu doğrultuda, hukukun nesnellik talebini de gerçekleştirmek üzere yoruma yol gösterici ilkeleri tespit etmek hukuk bilimcilerin mesaisi içerisindedir. Hukuk, nihai olarak uygulamada açığa çıkacağı için, yorumun doğru olması uygulamanın hukuki olması anlamına gelir. Hukuk metodolojisindeki yorum yöntemlerinin gerçekleştirmeye yöneldiği başarı budur. Buna karşılık yorum yöntemleri kimi zaman okur merkezli bir okuma diyebileceğimiz şekilde teraziye yargıdan yana kimi zaman da yazar merkezli okuma diyebileceğimiz şekilde teraziye bu sefer yasamadan yana ağırlaştırmanın perdesi olabilmektedir. Bu durumda, hükümde netice itibariyle yorum yöntemlerine dayanıldığı için yani görünüş itibariyle hüküm gerekçelendirildiği için, yorum yöntemleri varlık sebebini inkâr edecek şekilde arzu edilmeyen bu sonucun zırhı işlevi görür. Tüm hukuk kaynaklarını tek bir metin olarak görmenin ve yorumda metnin haklarını vurgulamanın yorum yöntemlerini aslına uygun bir şekilde bir arada kullanmaya teşvik edeceği ve bu suretle bu sonucun önüne geçilebileceği umulabilir.

Türkçe hukuk yazımında, farklı alt adlandırmalar gözlemlenebilse de, yorum yöntemleri kategorisinin varlığı ve bu kategorinin hangi türlerden oluştuğu hususunda görece bir uzlaşıdan bahsedilebilmektedir. Buna göre geniş kabul gören şekilde yöntemler lafzi yorum, tarihi yorum, sistematik yorum ve teleolojik (gai, amaçsal) yorum olarak sayılır². Bilindiği üzere bu yöntemler tarihsel olarak Savigny'in eserine dayanır³.

Savigny yorumun bir tür sanat olduğunu, belirli modellerin bu faaliyetin yetkinleştirilmesi için takip edildiğini ama nihayetinde başarı ihtimalinin yorumcunun eforunda saklı olduğunu ifade ettikten sonra⁴, hukukta yoruma daha yakından bakar. Ona göre yazılı yasanın yorumu, düşüncenin ifadede cisimleştiği diğer durumlardan örneğin filolojiden farklı değildir fakat yazılı yasanın yorumuna mahsus olan yan yorumu kurucu unsurlarına ayırdığımızda

² Abdullah Dinçkol, *Hukuka Giriş*, (İstanbul, Der Yayınevi, 2005), s. 130 vd.; Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim*, (İstanbul, Beta, 2012), s. 37 vd.; Arslan Topakkaya, *Hukuk Hermeneutiği*, s.301 vd.; Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, (İstanbul, Beta, 2010), s. 33 vd.; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, (Bursa, Ekin 2016), s.264 vd.; Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, (İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016) s.193 vd.

³ Topakkaya, *Hukuk Hermeneutiği*, s. 302.

⁴ Savigny, *System of the Modern Roman Law*, çev. William Holloway, (Higginbotham Publisher, 1867), s.170

ortaya çıkar. Söz konusu unsurlar yasa koyucunun düşüncesini aktardığı ortam olan kelimelere odaklanan gramer unsuru, düşüncenin parçalara ayrılmasına ve çeşitli parçalarının birbiriyle kurduğu mantiki ilişkiye odaklanan mantiki unsur, yorum konusu hukuk kaynağının yazıldığı tarih itibariyle hukuka getirdiği yeniliğe odaklanan tarihi unsur ve nihayet tüm hukuk kurallarının ve kurumlarının aralarındaki tabii bağlantılara odaklanan sistematik unsurdur⁵. Dört unsur ortaya koyduktan hemen sonra Savigny açıkça ifade eder: Bunlar, kişinin kendi damak tadına göre aralarından seçim yapabileceği dört yorum türü değil, yoruma ulaşılacaksa birlik içinde çalışması gereken farklı faaliyet biçimleridir⁶.

Savigny'in yorumun unsurları olarak bahsettiği elamanların her birinin kendi başına bir yorum yöntemi olarak algılanmaya başlanması ve bu doğrultuda birbiriyle rekabet eder hale gelmesi bu durum gerekçe gösterildiği nispette farklı hukuki cevapların rekabet etmesine neden olur. Böyle bir durumda hukuk metodolojisinin temin etmeye yöneldiği nesnellik de şüpheli hale gelir. Yöntemler aracılığıyla gerçekleştirilmeye çalışılan hukuk güvenliği, kanun önünde eşitlik gibi değerlere⁷ erişim güçleşir. Hukukta yorum ihtiyacının hukuki faaliyetin mahiyetinden ileri gelmesinin yanı sıra çağımızın da ayrıca yorum çağı olduğu, dile yönelik felsefi ilginin arttığı sıkça belirtilmekten geri durulmayan bir tespittir⁸. Bu doğrultuda edebiyat çalışmalarında da hukuk felsefesi alanında da yorum hem bir araştırma konusu pozisyonunda hem de yazarların genel tavırlarının belirleyici, karakter verici unsuru olmuştur. Ronald Dworkin ve Umberto Eco söz konusu ahvalde öne çıkan yazarlardandır.

Dworkin'in hukuku bir yorum faaliyeti olarak değerlendirip, yorumu özneliği ima etmeyecek şekilde ön plana çıkarışı ve hâkimin takdirine kalan durumlar için dahi pozitivistimin iddialarının aksine ihtilafli cevapları bertaraf edecek doğru cevabın olduğunu savunması gibi, Eco da yorum çeşitliliğini savunduktan sonra *Yorum ve Aşırı Yorum* başlıklı eserinde bu savunusunun

⁵ Savigny, System of the Modern Roman Law, s.172.

⁶ Savigny, System of the Modern Roman Law, s.173.

⁷ Sözer, Hukukta Yöntembilim, s.19.

⁸ Kasım Akbaş, "Ronald Dworkin: Pozitivizm ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir Yargılama Kuramına", içinde: Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, (İstanbul, İthaki, 2015), s. 195; Pınar Türkmen Birlik, "Dil Felsefesinden Hukuk Felsefesine Açılan Bir Kapı: Gadamer'den Dworkin'e Hermeneutik Yöntem", Temaşa Felsefe Dergisi, 15 (2021) 98-114, s.99, 104.

yanlış yorum olasılığını dışlamadığını belirtmek üzere argümanını genişletmiştir.

Bununla birlikte belirtmeliyim ki burada ne Dworkin'i yahut Eco'yu bir yorum anlayışı geliştirme ne de bu iki yazarın aynı görüşte olduğunu ispat çabasındayım. Her iki yazarın da yorum konusunda geliştirdikleri yaklaşımların belirli ortak noktaları olduğunu, bu yaklaşımların geleneksel yorum yöntemlerinin aslına rücu ettirilmesinde işe yarar görmekte ve bu sayede yarışan yöntemler olarak değil de mütakamil bir yorumun unsurları olarak ele alınabilmelerini temin etmenin mümkün olduğunu savlamaktayım. Yorum unsurlarının yarışma halindeki yorum yöntemleri değil mütakamil yorumun unsurları olarak dikkate alınması sadece hukuki muhakemenin yetkinliğine değil aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de uygulamada etkinliğinin artmasına destek verecektir zira bu yolla sözde yorum yöntemlerinin hakimlerin öznel kanaatlerinin yahut siyasilerin yargıdan beklentilerinin maskesi olarak kullanılması güçleşecektir. Hiç şüphesiz bu sakınılan durumların gerisinde hakimlerin bağımsızlığı, yargı kurumlarının itibarı vb. sosyolojik, politik etmenler de söz konusudur fakat kurumsal engeller bir yana hiç değilse kuramsal eksiklere bir katkı sunmak bu yolla mümkündür.

Çağımızda, tümellerin varlığına dair itirazın genel kabul görmüş olması, ihtilafa düştüğümüz hususlarda uygunluk kriterine başvurarak uyumsuzluğumuzu sonlandırma seçeneğini ikna edicilik noktasında elimizden almıştır. Adalet gibi ahlaki tümellerin nesnel varlığının ve bu ontolojik statü sayesinde erişilebilen söz konusu nesneye dair objektif bilginin reddedilmesi alternatif olarak uzlaşmaları yahut adlandırmayı ön plana çıkarmaktadır; tümellere dair nesnel bilgiye erişimin şüpheli görülmesi birbiriyle yarışan iddialar arasında seçim yapmak durumunda kaldığımızda başvurmak zorunda olduğumuz yanlış kategorisine ihtiyacımızı ortadan kaldırmış değildir. Bu iki durum neticesinde, bir yandan yorum kavramı ağırlık kazanmaktadır bir yandan da kuramcılar öznelliğe karşı argüman geliştirme çabasında olmaktadır. Dworkin'in ve Eco'nun bir ortak noktası da yorum söz konusu olduğunda doğru bir cevabın ve bunun yanında aşırı bir yorumun olduğudur. Dolayısıyla her iki yazarın da sunabileceği katkılar söz konusudur. Eco'nun ifade ettiği gibi kötü yorum nitelemesini haklı çıkarmak için iyi yoruma dair bir ölçüte ihtiyaç duyulur fakat hangi yorumun en iyi olduğunu belirleyecek

bir ölçüt yoksa da kötü yorumu ele veren kıstası aramak gerekir⁹. Bu minvalde aşağıda sırasıyla üzerinde duracağımız Dworkin'in bütünlük ilkesi ve Eco'nun metnin hakları kavramı hukukta yorumu mütakamil kılmada hiç değilse yorum adı altındaki keyfi tercihlerden kaçınmada birer imkân olarak durmaktadır.

II- Dworkin'in Bütünlük İlkesi ve Çok Yazarlı Kitap Metaforu

Hukuk kavrayışının merkezine yorum kurumunu yerleştiren Dworkin, yazın hayatı boyunca, zor, çetin davalarda dahi davayı çözüme kavuşturacak doğru cevaplara hukuki muhakemenin işletilmesiyle erişilebileceğini savunmuştur¹⁰. Hukuku bir yorum faaliyeti olarak görmek, yorumu öznellikte beraber düşünenler için yorum gibi hukuku da nesnellikten uzak bir konuma yerleştirmek anlamına gelecektir. Ne var ki Dworkin, yorum müessesesine odaklanmakla tam tersi bir sonuca varmayı murat etmiştir; ona göre her dava için, pozitif hukuk kaynaklarının suskun kaldığı davalar için dahi, hukuki muhakeme doğru cevaplara erişebilir. Bu iki husus yani yorumu hukuk için kurucu bir unsur olarak görmesi ve tek bir doğru cevap olmasa da her durumda açıklanabilir bir doğru cevaba erişilebileceğini düşünmesi Dworkin'in argümanını özel kılar. Genel argümanında bizim için öne çıkan hususlar, hukuku bir yorum faaliyeti olarak görmesi, bunu çok yazarlı bir roman metaforu ile anlatması ve bu romana tutarlılık kazandıran bütünlük ilkesidir.

Dworkin'e göre haklar ve yükümlülükler şeması olarak hukuk, kolektif gücün kullanılmasının *haklaştırılması*dır, şiddet tekelinin ne hakla kullanıldığının *gereğesidir*¹¹, hukukun amacı geçmiş siyasi kararların cebri nasıl *gereğçelendirdiğini* ortaya koymaktır¹², bu doğrultuda hukuki haklar geçmiş siyasi kararların en iyi *yorumuna* dayanır¹³. Tek bir seferde ifade etmeye kalkacak olursak Dworkin'e göre hukuk, geçmiş siyasi kararlardan hareketle kolektif gücü kullanımına sokan, hak ve yükümlülükler cinsinden bir *gereğçedir*. Hukuki haklar, onun bütünlük olarak hukuk anlayışına göre,

⁹ Umberto Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, çev. Kemal Atakay, (İstanbul, Ayrıntı, 2017), s.60.

¹⁰ Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, çev. Ertuğrul Uzun, (İstanbul, Nora, 2017), s.11-13.

¹¹ Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, s.127, 146, 241.

¹² Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, s.133, 145.

¹³ Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, s.131.

hukuk uygulamasını en iyi *gerekçelendiren* ilkelerin desteğini kazanmış haklardır¹⁴.

Hukuku çok yazarlı tek bir kitap olarak görmek, Dworkin'in bütünlük olarak hukuk anlayışının bir metaforudur. Buna göre hukuk, geçmişte kalmış belirli uzlaşımın tespiti yahut geleceğin kurgulanmasında bir araç değildir; hukuk, yorumlarıyla, uygulamalarıyla hukuk kitabının hem yazarı hem okuru olan hakimlerin, ne keşfettiği ne icat ettiği, geçmiş olgularla geleceği bir araya getirerek hem keşfettiği hem icat ettiği yorum yargılarından müteşekkildir¹⁵. Bu yaklaşımda hukuk, pozitivist bakış açısınca benimsendiği haliyle tamamlanmış ve hukuk biliminin gözlemlenebilir bir nesne olarak görülmez, yasamayla hukuk bilimi arasında bir köprü kurulur¹⁶. Diğer bir ifadeyle Dworkin, hukuki önermelerin anlamlarının nihayetinde birer yorum yargısı olduğunu ifade etmekle hem yasa koyucu ile hakim arasındaki gerilimi hem de hukuki önermelerin tarihi bir kararın mı yoksa evrensel bir hakikatin mi ürünü olduğu yönündeki gerilimi ne...ne bağlacını hem...hem ile değiştirerek aşmayı dener¹⁷. Dün, bugünde, bugün için yeniden üretilirken keşif ve inşa beraber icra edilir.

*"...bütünlük olarak hukuk bugünden başlar ve geçmişin peşine, ancak günümüz bakışının zorladığı ölçüde ve günümüzün bakışıyla düşer. Günümüz hukuku için bile, onu ilk yaratan siyasetçilerin ideallerini veya pratik amaçlarını hatırlatmayı amaçlamaz. Daha ziyade, bugün için anlatılmayı hak eden kapsayıcı bir hikâye içerisinde onların ne yaptığını gerekçelendirmeyi hedefler."*¹⁸

Bütünlük, geçmişten gelen beklentilerle geleceğe yönelik gereksinimleri birbirine bağlayacak olan erdemdir¹⁹. Bütünlüğü iki alt ilke olarak inceleyen Dworkin, yasama bütünlüğü ve yargı bütünlüğünü ayırır; yasamadan yetkisini kullanırken tutarlı olmasının beklenilmesi ilkinin, hukukun, ilgilendiği

¹⁴ Dworkin, Hukukun Hükümranlığı, s.196

¹⁵ Dworkin, Hukukun Hükümranlığı, s. 281.

¹⁶ Albert Calsamiglia, Dworkin and the Focus on Integrity, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 1994, Vol. 80, No. 1 (1994), ss. 52-65, s.54, 58.

¹⁷ Ronald Dworkin, "Law as Interpretation", Critical Inquiry, Vol. 9, 1982, ss. 179-200, s. 180 vd.

¹⁸ Dworkin, Hukukun Hükümranlığı s.284.

¹⁹ Ahmet Ulvi Türkbağ, Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin'in Adalet Prensibi, HFSA 9, İstanbul Barosu Yay., s. 92.

uyuşmazlık dolayısıyla, ne olduğunu söyleyen hakimin, hukuku tutarlı bir yapı olarak kabul edip öyle uygulamasına yönelik talep ikincisini karşılar; diğer bir ifadeyle siyasi bütünlük yasamadan ahlaken tutarlı bir bütün inşa etmesini bekleyen yasama ilkesi ve hakimden ise hukuku tutarlı görmesini bekleyen yargılama ilkesinden oluşur²⁰. Bütünlüğün iki yüzü, yasamada ve hüküm vermede bütünlük, yasamaya ve yargıya kısıt getirir; konumuz özelinde yargıya odaklanacak olursak, bütünlük hakimlerin hukuka baktıklarında tutarlı bir ilkeler seti görmelerini en başta hakimlerin neyi hukuk olarak kabul edeceklerini bu bakış açısından tespit etmelerini gerektirir²¹.

Çok yararlı zincirleme hukuk romanının yazarları konumunda olan hakimler, kendi kısımlarını yazmadan önce yazılmış olan sayfaları yorumlamak durumundadır, kendi bölümünü yazarken amacı romanı olabilecek en iyi hale getirmektir, bunu yaparken geçmiş sayfalarla çelişmeyecek bir ekleme yapmalı ve gelecek sayfaları da gözetmelidir, diğer türlü hukuk, tek bir yazarın elinden çıkmış bir hüviyete sahip olamaz²². Yorumcu yazar, öncüllerinin niyetinden ziyade metnin bütünlüğüne saygı duyacaktır²³. En iyi yorum bir edebiyat eserindeki gibi, eserin tüm unsurlarından, bütün sözcüklerinden olay örgüsünden vb. istifade ederek onu olabilecek en iyi anlatımına taşımaktır ve bu daha iyi bir yorum için eseri tahrif etmek anlamına gelemmez²⁴. Burada her bir yazar yorumcu faaliyeti yaratıcılığı da içerecek şekilde icra edilecektir²⁵. Hakim, geçmiş davaları

²⁰ Dworkin, Hukukun Hükümranlığı s.214, 224. İnsicam ve bütünlük arasındaki fark en belirgin olarak şu satırlarda bulunabilir: "Belli bir suç işleyen kişiler bugüne kadar cezalandırılmış ve bundan sonra da cezalandırılacaksa, bütün insanlar aynı muameleye maruz kalmalıdır...Eğer bir savcının bir kişiye dava açma gerekçesi bir siyasaya dayanıyorsa...bütünlük, bu siyasa nedenlerinin bulunmadığı veya aksi yönde olduğu bir durumda bir başka kişinin neden kovuşturulmaması gerektiğine dair bir neden sunmaz. Fakat bir olayda, kovuşturmanın aleyhindeki gerekçeler ilke meseleleri ise - mesela ceza kanunu yeterli süre vermediyse- bütünlük bu gerekçelerin herkes için kabul edilmesi gerektiğini söyleyecektir." (s.279, 280) Bütünlük ve insicam farkı için ayrıca bkz. s.170, 274 vd.

²¹ Dworkin, Hukukun Hükümranlığı s. 272,273.

²² Dworkin, Hukukun Hükümranlığı, s. 285 vd.; Dworkin, Law as Interpretation, s.193.

²³ Birlik, "Dil Felsefesinden Hukuk Felsefesine Açılan Bir Kapı: Gadamer'den Dworkin'e Hermeneutik Yöntem", s. 108.

²⁴ Sevtap Metin, Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, İÜHFİM, 61 (2011), ss. 35-83, s. 41.

²⁵ Dworkin, Law as Interpretation, s. 192.

devam etmekte olan romanı en iyi kılacak şekilde kendi yargısı doğrultusunda devam ettirmek üzere yorumlayacaktır²⁶. Ancak bu şekilde yani geçmiş hukuk kaynaklarının en iyi inşai yorumuyla hukukun cebir kullanımına neden izin verdiği açıklanabilir²⁷. Aksi durumda pozitivistin geçmiş uzlaşımları gerekçe gösteren, pragmatistin ise hakimden toplumun gelecek refahını dikkate almasını bekleyen, bizi hukuk güvenliği ve adalet arasında bir tercihe zorlayan tatminkar olmayan seçenekleri arasında kalırız²⁸.

Özetle bir uyuşmazlığımızın çözümünü beklediğimiz hakim mevcut hukuku yorumlayarak bizim uyuşmazlığımız için hukukun ne dediğini/olduğunu söyleyecektir, bunu yaparken kendisinden öncekilerin edimleriyle tutarlı olmak durumundadır. Bu yaklaşım bir yandan hakimin getirdiği yorumla hukuk inşa ettiğini ifade ederken bir yandan da bir yorum faaliyeti olan hukukun merkezine ne hakimi ne de yasamayı ama metin olarak hukuku koyar. Metin olarak hukuk hakimin öznel kanaatlerinin de yasamanın niyetinin de kısıtını temin eder²⁹.

III- Yazar ve Okur Arasında: Metnin Hakları

Eco'nun *Yorum ve Aşırı Yorum* adlı eseri bir telafi, iade teşebbüsü olarak değerlendirilebilir. Öyle ki Eco, eserin hemen başında, yorumcunun etkin rolünü savunduğu *Açık Yapıt* eserinden bu yana geçen otuz yıl içerisinde yorumcunun haklarının aşırı öne çıkarıldığına yönelik kanaatini paylaşır ve metnin yorum çeşitliliğine çipa temin edecek şekilde belirli bir kanıtlar

²⁶ Dworkin, Hukukun Hükümranlığı, s.298.

²⁷ Dworkin, Hukukun Hükümranlığı, s.327

²⁸ Calsamiglia, "Dworkin and the Focus on Integrity", s. 56, 57. "Fakat Dworkin'e göre hukuk ne uzlaşımlardan ibaret tamamlanmış bir yapıntı ne de adalet beklentisidir zira hukuk kuralların yanında ilkeleri içerdiği gibi bütünlük de kimi zaman adil sonuçlardan feragati gerektirir." Calsamiglia, "Dworkin and the Focus on Integrity", s.61.

²⁹ Dworkin, yasanın, tekil yasaların yorumlanmasında yasanın anlamını bulurken yasanın koyuluş amacını keşfetmek adına bu amacı yasanın yapıldığı dönemde aramayı gerektirecek şekilde yasanın metniyle eşitlenmesine karşı çıkar, yasanın olası anlamlarına metinleşmeden önceki ve sonraki hikayesini de dahil eder. Burada karşıtlık içerisinde olan yasa koyucunun niyetiyle yasa etrafında kümelenen yorum olasılıklarıdır. Dworkin'in yasanın metin olarak sabitlenmemesi gerektiğine yönelik ifadesi sadece yasanın hikayesinde metinleşme tarihindeki olaylara özel bir ağırlık verilmesine yönelik itiraz olarak görülmelidir. Karşı çıkışı konuşmacının kast ettiği anlam teorisine yöneliktir. Yoksa metnin ağırlığını reddetmez. (bkz. Dworkin, Hukukun Hükümranlığı, s.434)

kümesi temin ettiğini ifade eder, yazar ile okurun niyeti arasında savrulmanın panzehri olarak metnin niyetini öne sürer³⁰. Ona göre "Yazarın erişilemez niyeti ile okurun tartışmaya açık niyeti arasında, asılsız bir yorumu boşa çıkaran metnin saydam niyeti vardır."³¹

Eco, bir metnin ortaya çıkışını ve yorumunu mümkün kılan iletişim şemasının unsurları olarak örnek okur ve yazardan bahseder; ampirik okur ve yazardan ayırdığı bu kategorilerden, örnek okur, metnin talep ettiği bilgi birikimine sahip bir model olarak metnin bir parçasıdır³². Yazar metnini tek bir kişinin yani kendi niyetdaşının değil bir okur topluluğu için ürettiğini bilir, bu yüzden metni o dilde üretilmiş kültürel birikimin yarattığı iklimde bir anlama gelecektir ve bu durumda aynı şekilde okurun da bu birikimi dikkate alması gerekir³³. Dolayısıyla metnin yetiştigi kültürel iklim ondan beklenecek meyveden medet uman yazar için de okur için de bir kısıt tayin eder.

Eco'ya göre metin, nihayetinde kendi örnek okurunu üretmek amacıyla tasarlanmıştır, ampirik okur metnin öngördüğü örnek okur hakkında tahminde bulunan bir oyuncudur ve örnek okur da metni ampirik yazarın değil metnin niyetiyle okur³⁴. Bu şemanın bütünlük ilkesine riayet eden yasa koyucuyu ve hakimi çağrıştırdığı dikkat çekmiştir. Eco'nun örnek yazarı yasa koyucu, örnek okuru ise hakim olarak, belirli bir hakim değil bir soyutlama olarak, hukuk biliminin lügatine ithal edilebilir³⁵.

Eco, metnin okuru, okurun metni geçerli kıldığı bu şemanın hermenötik döngüyü³⁶ takip ettiğini belirtmekten geri durmaz ve örnek okurun tek doğru yorumu yapan okur olmadığını belirtirken³⁷ Dworkin'in yorumcu hukuk

³⁰ Umberto Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, s.32.

³¹ Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, s.87.

³² Liina Reisberg, Tartu, "Umberto Eco's Theory Of Interpretation As Textual Cooperation: Application To Legal Interpretation", *Rechtstheorie*, 48 (2017), s. 396

³³ Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, s.76.

³⁴ Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, s. 72.

³⁵ Tartu, "Umberto Eco's Theory Of Interpretation As Textual Cooperation: Application To Legal Interpretation", s.396.

³⁶ Hermenötik döngü, A'nın anlaşılmasının, anlaşılması A'nın anlaşılmasına bağlı olan B'nin anlaşılmasını varsaydığı döngüsellik durumunu ifade eder. Bu durum parça ile bütün arasındaki ilişkide görülür: Kitabın anlaşılması cümlelerin, cümlelerin anlaşılması için kitabın bütününe bağlıdır. Aynı şekilde cümle kelimeler anlaşıldığı takdirde anlaşılabilir fakat kelimelerin cümle içindeki anlamı da bağlamın, cümlenin gözetilmesini gerektirir. Bkz. Oxford Reference: (<https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095932789;jsessionid=832B89E7FF9143778C1FBEE823AFA1B5>)

³⁷ Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, s.73

anlayışına yaklaşır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere Dworkin'in şemasında hakim hüküm kurarken hukuk sistemini en iyi aydınlatacak yorumu inşa ediyordu ve bunu yapabilmesi hukukun bütünlüğünü, hukuk kitabının kendinden önce yazılmış kısmını dikkate alması sayesinde mümkün oluyordu. Bu doğrultuda Dworkin, bir yandan hukukun bir yorum faaliyeti olduğunu savlıyor bir yandan da tek bir doğru cevap olmasa da her durumda uyumsuzluğun çözümüne getirilecek doğru bir cevabın olduğunu belirtmiş oluyordu. Nitekim Eco'nun şemasında da, kanun koyucunun iradesi değil metnin yönlendirmeleri dikkate alınır; hukuk, model okurunu kendi içinde kurar³⁸. Tüm hukuk kaynakları bir nevi iç denetim işlevi görür.

Yine Dworkin de yaratıcı yorumun inşa etmeyle ilgili olduğunu, bir pratiği yorumlarken onu en iyi hale getirmek üzere o pratiğe bir amaç yükleyerek yaklaştığını ifade ederken yorumcunun yine de pratiğin veya nesnenin yani yorumun konusunun tarihi ve biçimiyle sınırlı olduğunu ifade eder³⁹. Diğer bir ifadeyle yorum nesnesinin amacını okurun getirmesi, okurun sınırsız olduğunu ima etmez; mümkün yorumlar kümesi, nesnece sınırlanır.

Eco, yazarın ve okurun niyeti arasındaki diyalektiği metnin niyetiyle çözüme kavuştururken metnin niyetine ilişkin bir çıkarımın tutarlılık testiyle sınanmasını önerir: metnin bir bölümünün yorumu, başka bir bölümle doğrulandığında kabul edilebilirken aksi durumda reddedilmelidir yani metnin tutarlılığı okurun denetçisidir⁴⁰. En başta yanlış yorumun bir ölçütünü aramak gerektiği ifade edilmişti, söz konusu tutarlılık testi okurun ve yazarın hakları arasındaki gerilimi, metnin çekim gücünü dikkate alarak çözen Popperci bir ilke olarak yorum evrenine giriş yapar; yorum çeşitliliği kabul edilebilir fakat bununla beraber ne zaman aşırıya kaçıldığı da hala tespit edilebilir⁴¹; metnin hakları, doğru yorumun ispatında hala birden fazla yoruma kaynak temin etse de aynı zamanda yanlış yorumu tespit edebilmek adına yanlışlanabilirlik imkanı temin etmek suretiyle artı bir değer üretir. Tüm hukuku bir yapıt olarak gördüğümüzde bu tutarlılık testinin Dworkin'in bütünlük ilkesiyle aynı istikameti işaret ettiğini ifade edebiliriz.

³⁸ Tartu, "Umberto Eco's Theory Of Interpretation As Textual Cooperation: Application To Legal Interpretation", s. 414.

³⁹ Dworkin, Hukukun Hükümranlığı, s.80.

⁴⁰ Eco, Yorum ve Aşırı Yorum, s.73.

⁴¹ Haluk Aşar, "Umberto Eco: Açık Yapıt ve Sınırsız Yorum Tartışması", Temaşa, Sayı: 5, 2016, s. 115.

Örnek okur bazlı yorum, metnin kısıtlamalarını yorum kriteri olarak kabul eder dolayısıyla bir yetki kullanımı olarak yorum, hukuk devleti ilkesiyle uyumlu icra edilmek durumundadır⁴². Buraya kadar ortaya koyduğumuz kavramsal set hukuku bir bütün olarak düşünmeye yönlendirdiği için sadece örnek okura değil örnek yazara da yani yasa koyucuya da hukuk kitabının kendisi üzerindeki sınırlarını tanımayı salık verir.

IV- Hukuku Yapıt Olarak Görmek: Örnek Olay

Şimdi bir örnekten hareketle Dworkin'in ve Eco'nun şemasının bir arada ne anlam ifade ettiğine ve bunun en baştaki hedefimize yani yorum yöntemlerinin rekabetini sonlandırıp onları birer unsur olarak ele almaya nasıl katkı sunduğuna bakalım. Dworkin'in kullandığı Elmer davası örneğini Eco'nun şemasını dahil ederek değerlendireceğim.

Kendisini mirasçı olarak tayin ettikten sonra, evlendiği için vasiyetini değiştirebilecek olan büyükbabasını, mirastan mahrum kalma endişesiyle öldüren torunun, mirasçılık haklarıyla ilgili olan bu davada, çoğunluk görüş, mirasa ilişkin düzenlemelerde bu yönde bir hüküm olmamasına karşılık davalının yani torunun mirastan mahrum bırakılmasını savunmuştur; onlara göre ilgili yasanın lafzında bu hususta bir istisna yer almayabilir fakat yasayı yapanların niyetinde bulunmayan bir şey yasanın lafzında yer alamaz yani gerçek yasa, yasanın metni değil yasa koyucunun niyetidir, yasanın lafzından ne anlaşılacağına ölçütü yasa koyucunun niyetidir, yasa, yasa koyucunun dikkate alsaydı kaçınacağı sonuçları içeremez⁴³. Olay özelinde diyebiliriz ki, uyuşmazlığın yaşandığı ülkenin mirasa ilişkin düzenlemelerinde bir kişinin kendi düzenlediği vasiyetname ile mirasçı kıldığı bir kimse tarafından öldürülmesi durumunda ne yapılacağına dair bir hüküm olmadığı için hakimler yasa koyucunun miras hususunda murisi yetkili kılmaktan maksadının bu tip durumları değerlendirmeden oluştuğunu, şayet dikkate alsa idi bir istisna getireceğini varsaymıştır. Mirasa ilişkin düzenlemelerin amacını tespit etmek için yasa koyucunun niyetine başvurmuştur. Fakat bu niyet okuma aslında bir tahminden fazlası değildir. Hayali bir yasa koyucu farz edilmiştir. Yasa koyucunun niyetini yasanın hazırlık çalışmalarına bakarak bulma şansı yoktur. Buna kalkışılrsa iki durum söz konusu olurdu. Ya

⁴² Tartu, "Umberto Eco's Theory Of Interpretation As Textual Cooperation: Application To Legal Interpretation", s. 414.

⁴³ Dworkin, Hukukun Hükümleri, s. 39 vd.

çalışmalarda da bir şey bulunamayacaktı ve başladığımız yere dönecektik ya da hazırlık çalışmalarına yani yasa metninde olmayan ve vatandaşın bilme yükümlülüğü bulunmayan bir kaynağa yasa gücü kazandırmış olacaktık⁴⁴. Yasayı kabul eden kişileri yargılama esnasında tekrar bulup sormak da çare değildir zira onlar şu an yetkili olmayabilirler. Şimdiki yetkililere de sormamız mümkün değildir çünkü bu yasayı onlar yapmadı⁴⁵. Kaldı bu iki durumda da bu soruşturmamız haksız yere yine yasa gücüne erişecektir. Öte yandan ilgili yasa koyucuların niyetlerinin ortaklaşacağına da garantisi yoktur. Nihayetinde böyle bir yöntem kullanışlı da değildir, her seferinde niyet açıklaması yapacak yasa koyucu arayışına girmek hukukun doğası göz önüne alındığında yargılamaları imkânsız kılacaktır.

Peki nasıl oluyor da herkes yasa koyucunun niyetinin ne olduğunu bilebiliyor? Aslında çoğunluk görüşünün diğer dayanağı bu soruyu cevaplar niteliktedir. Buna göre, bir yasa çıkarılırken hukukun genel ilkeleriyle ve mevcut hukuk külliyesiyle uyumlu olacağı düşüncesiyle çıkarılır⁴⁶. Esasen bu durumun ikinci bir dayanak olarak ifade edilmesine daha da önemlisi tekrar gerekçe olarak yasama niyetine dayandırılmasına ihtiyaç yoktur. İlk dayanakta yasa koyucunun niyetinin katili ödüllendirmek olmadığı sonucuna kolaylıkla varılmasını sağlayan şey somut olaydaki hukuksuzluğun, mirasa ilişkin düzenlemelerde bu hususta bir istisna olmamasına rağmen herkes tarafından kolaylıkla seçilebilmesidir. Hakimler, bu nedenle "pekâlâ yasa koyucular da böyle bir olay yaşanabileceğini öngörselerdi bu tespiti yapardı" diyebilmektedir. Dworkin'in aktardığına göre çoğunluk görüşü "kimse kendi kusurundan menfaat elde edemez" ilkesine dayanarak mirasçiyi mahrum bırakmıştır yani mirasa ilişkin düzenlemeleri değil o düzenlemelerin de bir parçası oldukları hukuk kitabının olayla ilgisi kurulabilen bir başka yerini kendisine dayanak almıştır. Mirasa ilişkin düzenlemelerin somut olay için istisna taşıyan bir anlamı olduğu yorumu, bu düzenlemelerin önündeki arkasındaki diğer sayfalara bakarak tespit edilmiştir. Hukuku yekûn bir kitap olarak göz önünde bulundurduğumuzda, bu durum metnin haklarını ön plana

⁴⁴ Sözer, Hukukta Yöntembilim, s. 91.

⁴⁵ Nitekim Dworkin'in incelediği bir sonraki davada mahkeme, *mevcut* yasama niyetini belli eden bir tavır sergilese de, yasa koyucunun niyeti hakkında spekülâtif çıkarımlarda bulunarak karar veremeyeceğini söyler. Dworkin, Hukukun Hükümleri, s.44, 45. Dworkin eserinde niyet tartışmasına ayrıca da yer ayırır bkz. yorum ve yazarın niyeti bölümü ile yasa koyucunun niyeti bölümü.

⁴⁶ Dworkin, Hukukun Hükümleri, s.41.

çıkarmak şeklinde, sistematik yorumla da hermenötik döngü ile de uyumludur. Bütünlük olarak hukuk anlayışı hermenötiğin tutarlılık ve uygunluk beklentilerine paraleldir⁴⁷. Parçanın anlamına bütünü gözetenilerek, bütünü anlamına ise parçalar bir araya getirilerek varılabileceği vurgusu hem bir hukuk kaynağının örneğin yasa maddesinin, içinde yer aldığı hukuk sisteminin diğer maddeleriyle eşzamanlı tutarlılığını gözeterek hem de hukukun geçmiş uygulamalarıyla tutarlılık arz edecek şekilde anlamlandırılmasını talep eder. Aynı şekilde sistematik yorum da kuralların normatif bütünlük içinde yer aldığını varsayar ve her normun dahil olduğu bağlam içerisinde anlam bulduğuna dikkat çeker⁴⁸. Bununla beraber sistematik yorumun kabul ettiği anlam bütünlüğü, normatif bütünlüğün, burada ima ettiğimiz haliyle hukuk kitabının esas yönelimlerini ve tanıdığı değerleri dikkate almayı salık verdiği için, geleneksel yorum yöntemlerinden addedilen teleolojik yorumla birlikte uygulanmak gibi doğal bir sonucu da içerir ve yorum yöntemlerinin rekabetine karşı çıkar, dahası ilkelerin söz konusu bütünlüğü temin etmesini bekler⁴⁹. Nitekim hermenötik döngü en baştan lafzı unsuru dikkate alır, lafzın anlamını bağlamda ararken de diğer normlarla ve normun bir bütün olarak normatif ağdaki işleviyle ilgilenirken de sistematik ve teleolojik unsuru dikkate alır⁵⁰. Bu durum aslında geleneksel yorum yöntemleri olarak ifade edilen yorum unsurlarının da en başından beri hukukun bir bütün olarak görülmesi ve ilkeleri de dikkate alacak şekilde yorum yapılması yönündeki Dworkin beklenenleri karşıladığını gösterir. Bu yüzden hayali yasa koyucunun yani örnek yazarın niyetinde en başından beri söz konusu istisnanın olduğunu varsayabiliyoruz ve hukuk kitabı, kendisinin tamamını dikkate alacak olan örnek okura seslendiği için, yani onu varsaydığı için, örnek okurun somut olayı tutarsızlık yaratacak şekilde yorumlamayacağını da öngörür. Dikkat edildiği takdirde fark edilecektir ki burada çekim gücü esasen ne niyet araştırması yapanların umduğu gibi (ampirik) yazarda ne de yetki gaspı yapılarak hukuk yaratıldığını savunanların iddia ettiği gibi (ampirik) okurdadır. Bu doğru cevaba ulaşılması, metnin haklarının yarattığı çekim gücü sayesinde mümkün olmaktadır.

⁴⁷ Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", s. 53.

⁴⁸ Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s.55.

⁴⁹ Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s.60, 61.

⁵⁰ Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s.292.

V- Sonuç

Hülasa, Dworkin'in doğrudan doğruya hukuk uygulamasını anlamak ve ilerletmek için oluşturduğu kuram da Eco'nun kötü yorumu ifşa etmek için oluşturduğu şema da bize aynı doğrultuda bir istikamet işaret etmektedir. Her ikisi de, hukuk için kanun koyucu diyebileceğimiz, yazarın niyetinin tespitinin güç olduğunu, metnin anlamını ortaya koymak için zorunlu bir unsur olmadığını, bu yıldız gökten silindiğinde yorumcu gemisinin tamamen pusulasız kalmadığını, sonsuz rotaların metnin çekim gücüyle sınırlandığını işaret etmektedir.

Okur perspektifinden konuya bakacak olduğumuzda, hatırlanacağı üzere en başta, yorum yöntemlerine yorumun öznelliğini engellemek için müracaat edildiği, yorum yöntemlerinin birbiriyle rekabet eder şekilde ele alınmasının ise yorum yöntemlerinin öznel/yanlış yorumların gerekçesi olmasına zemin hazırladığı ifade edilmişti. Nitekim yorumun yanlış olması da aslında ulaşılan sonucun hukuki olmadığı anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle bir hüküm, ne kadar kuvvetli gerekçelendirilir, yorumun doğruluğuna dair ne kadar kuvvetli bir izahta bulunulursa yorumcunun hukuk sınırları içerisinde hüküm kurduğundan da o nispette emin olunabilir. Buradaki önerimizin yani hukuk kaynaklarının tutarlı yekun bir metin olarak dikkate alınması ve yorumda okurun yahut yazarın değil metnin haklarına ağırlık verilmesi hem hukuk kaynaklarının denetim işlevini artırmak suretiyle hem de yöntemlerin bir arada uygulanma zorunluluğunu ifşa etmesi münasebetiyle bu hususta katkı sunduğu takdir edilecektir⁵¹.

KAYNAKÇA

Akbaş, Kasım "Ronald Dworkin: Pozitivizm ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir Yargılama Kuramına", içinde: Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İstanbul, İthaki, 2015.

⁵¹ Elbette öznenin edimine muhtaç olduğu nispette yanlış yorum riskini ortadan kaldırmak mümkün değildir. Aynı şekilde makale içerisinde de belirttiğimiz üzere kuramsal tedbirler kadar, örneğin hakimlerin bağımsızlığına yönelik kurumsal tedbirler de bu hususta önem arz etmektedir. Dahası yorumu mükemmelleştirmeye yönelik teşebbüslerin katkısı elbette hakimin rolünün daha fazla olduğu common law ülkelerinde daha fazla olacaktır. Fakat tüm bunlar hukukta yorumu ilkesiz, rehbersiz bırakmanın gerekçesi olamaz.

- Aşar, Haluk "Umberto Eco: Açık Yapıt ve Sınırsız Yorum Tartışması", Temeşa, Sayı: 5, 2016.
- Birlik, Pınar Türkmen "Dil Felsefesinden Hukuk Felsefesine Açılan Bir Kapı: Gadamer'den Dworkin'e Hermeneutik Yöntem", Temeşa Felsefe Dergisi, 15 (2021) 98-114.
- Calsamiglia, Albert Dworkin and the Focus on Integrity, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 1994, Vol. 80, No. 1 (1994), ss. 52-65.
- Dinçkol, Abdullah Hukuka Giriş, İstanbul, Der Yayınevi, 2005.
- Dworkin, Ronald, Hukukun Hükümranlığı, çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora, 2017.
- Dworkin, Ronald "Law as Interpretation", Critical Inquiry, Vol. 9, 1982, ss. 179-200.
- Eco, Umberto, Yorum ve Aşırı Yorum, çev. Kemal Atakay, İstanbul, Ayrıntı, 2017.
- Gözler, Kemal Hukuka Giriş, Bursa, Ekin 2016.
- Işıktaç Yasemin ve Metin Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Metin, Sevtap, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", İÜHF, 61 (2011), ss. 35-83.
- Oder, Bertil Emrah Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul, Beta, 2010.
- Savigny, System of the Modern Roman Law, çev. William Holloway, Higginbotham Publisher, 1867.
- Sözler, Ali Nazım Hukukta Yöntembilim, İstanbul, Beta, 2012.
- Tartu, Liina Reisberg, "Umberto Eco's Theory Of Interpretation As Textual Cooperation: Application To Legal Interpretation", Rechtstheorie, 48, 2017.
- Topakkaya, Arslan, Hukuk Hermeneutiği, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin'in Adalet Prensibi", HFSA 9, İstanbul Barosu Yay.

TERÖR ÖRGÜTÜ VARLIĞININ HUKUKEN TESPİTİ

*Legal Determination of The Existence of Terrorist
Organization*

Furkan YILDIZ*

ÖZ

Terör saldırıları ile karşı karşıya kalan devletler, varlıklarını sürdürebilmek için terörle mücadele etmek zorundadır. Bu mücadele saldırıları önleme, saldırılara karşılık verme ve uluslararası iş birliği yapma şeklinde olabilmektedir. Güçlü devlet yapıları, savunma yeteneği ve askeri müdahale kapasitesiyle bağlantılı olduğundan terörle mücadele sürecinde hayati öneme sahiptir. Sağlam ve etkili bir hukuk sistemi de güçlü devlet yapıları için olmazsa olmaz bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira etkin bir şekilde uygulanan hukuk kuralları terörizmle mücadele sürecindeki önleyici tedbirlerin başında gelmektedir. Uluslararası güvenliği her geçen gün daha fazla tehdit eden terörizm sorunu bu çalışmada hukuki boyutlarıyla incelenmiş, bu bağlamda bir organizasyonun hukuken terör örgütü olarak belirlenmesi sorunu ele alınmıştır. Bir organizasyonun terör örgütü niteliğinde olup olmadığının tespiti ve terör örgütü olarak tanıma yöntemleri hususunda Türk hukukunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda terör örgütlerinin varlığı ceza davalarında, yargı organları tarafından dosyadaki deliller kapsamında yapılan değerlendirme sonucunda belirlenmekte, terör örgütünün varlığı kesinleşen mahkeme kararlarıyla tescillenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Terörizm, Kamu Hukuku, Terör Örgütleri Listesi, Terörle Mücadele Kanunu, Milli Güvenlik Kurulu.

Makalenin Geliş Tarihi: 04.01.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 07.04.2023.

* Hukuk Subayı, Kara Kuvvetleri Komutanlığı, E-posta: furkan.yildiz.2306@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9279-4113.

Bu makale Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü'nde tamamlanan "Terör Örgütlerinin Hukuken Tespiti ve Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutları" başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

ABSTRACT

States faced with terrorist attacks have to fight against terrorism in order to maintain their existence. This struggle can be in the form of preventing attacks, responding to attacks and international cooperation. Strong state structures are vital in the counterterrorism process as it is linked to defense capability and military response capacity. A stable and effective legal system is also an indispensable factor for strong state structures. Because effectively implemented legal rules are at the forefront of preventive measures in the fight against terrorism. The problem of terrorism, which threatens international security more and more every day, is examined in this study with its legal dimensions. In this context, the problem of legally identifying an organization as a terrorist organization is discussed. There is no legal regulation in Turkish law regarding the methods of determining whether an organization is a terrorist organization and recognizing it as a terrorist organization. In this case, the existence of terrorist organizations is determined in criminal cases as a result of the evaluation made by the judicial organs within the scope of the evidence in the file, and the existence of a terrorist organization is registered with finalized court decisions.

Keywords: International Terrorism, Public Law, List of Terrorist Organizations, Counter Terrorism Law, National Security Council.

I. GENEL OLARAK TERÖRİZM

Latince *terre* kökünden türeyen terör kavramı Türkçede “korkutmak ve yıldırma” gibi anlamlara gelmektedir. “Dehşet” kökünden türeyen “tedhiş” kelimesi de terör kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır¹. Ne var ki “korkutma, yıldırma, dehşet saçma” gibi sözlük anlamları bir sosyal bilim terimi olarak terörizmi anlamlandırmada yetersiz kalmaktadır.

Toplumun her kesimine yöneltilen örgütlü ve kurlsız şiddet türlerini terör olarak ifade etmek mümkün olsa da terimsel olarak terörizmden söz edebilmek için bu eylemlerin siyasi amaçlarla yapılmış olması şarttır. Siyasi amaç için yapılmayan şiddet eylemleri örgütlü olsalar bile daha çok organize suç hareketi olarak kabul edilmektedir². Terörden kastedilen de çoğu zaman

¹ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük: “terör”, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 21.12.2022).

² Tülin G. İçli, “Terörün Sosyal Yapı Üzerindeki Etkileri”, *Dünyada ve Türkiye’de Terör*, Ed. Ali Tarhan, (Ankara: TCMB Yayınları, 2002), s. 171.

siyasi terör yani terörizmdir. Terörizm, terörün siyasi amaçlara ulaşmak için sistematik ve organize olarak kullanılmasıdır³.

Terörizm kavramı hukuk disiplini açısından “*demokratik düzeni yıkmak amacına yönelik olarak, karakterleri icabı korkuya açık olan toplum bireylerinin özellikle iradelerinin direncini kırmaya, azaltmaya elverişli sayılan vasıtalarla gerçekleştirilen ve tüm değerlere ilgisiz, bağışlamasız, acımasız bir şiddet kullanımı*” şeklinde tanımlanmaktadır⁴. Toplumsal ve siyasal düzeni bozmaya yönelik olarak gerçekleştirilen terör eylemlerinin cezai yaptırımlarla engellenmeye çalışılması terörizmin hukuki boyutunu oluşturmaktadır⁵.

Terörizmde şiddet eylemlerinin neticesinden ziyade doğurduğu etki önemlidir ve şiddet araç olarak kullanılmaktadır. Siyasi bir motivasyonla hareket eden teröristler için amaç mağdurlardan daha büyük kitleler arasında korku ve güvenlik endişesi yaratmak ve bu şekilde toplumun siyasi iradesini etkilemektir. Bu amaç terörizmi diğer adi suçlardan ayırmaktadır. Çünkü adi suçlular benzer şiddet eylemlerini şahsi menfaatleri için gerçekleştirmekte dahası bu eylemleriyle siyasi etki yaratma gayesi gütmemektedirler⁶.

Ortaçağ hukukundan mevcut olan “meşru amaca giden yolda her araç mübahtır” şeklindeki fikri benimseyen terör örgütleri siyasi amaçları için hukuk dışı yöntemlere başvurmak suretiyle çok ağır suçlar işleyebilmektedir. Günümüz hukuk anlayışı terör örgütlerinin faaliyetlerine referans aldıkları bu mantığı reddetmektedir.⁷ Terör örgütlerinin kullandıkları araç ve yöntemlerin gayrimeşru olması nedeniyle güttükleri davanın, siyasi görüşlerinin ve ideolojik söylemlerinin bir önemi kalmamakta, dolayısıyla bu örgütlerin hukuk karşısında kabul görülecek bir tarafı bulunmamaktadır.

“Şiddet yoluyla yapılan politika” şeklinde tanımlanan siyasi şiddet ise geniş anlamda siyasi iktidara veya hükümet politikalarına karşı gerçekleştirilen toplu saldırılardır. İktidara, rejim aktörlerine ve politikalarına

³ Sertaç H. Başeren, “Uluslararası Hukuk Açısından Terörizm”, *Dünyada ve Türkiye’de Terör*, Ed. Ali Tarhan, (Ankara: TCMB Yayınları, 2002), s. 183.

⁴ Zeki Hafızoğulları ve Günal Kurşun, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 71 (2007), s. 47.

⁵ Faruk Y. Turinay, *Ceza Hukukunda Terör Amaçlı Örgütlenme Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), s. 29.

⁶ Fatma Taşdemir, *Terörizm ve Ülke Dışı Kuvvet Kullanma Hukuku*, (Ankara: Nobel Yayıncılık, 2020), s. 21.

⁷ İzzet Özgenç, *Terörle Mücadele Kanunu*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2006), s. 21.

siyasi bir çerçevede yöneltilen ter türlü saldırı siyasal şiddet olarak yorumlanmaktadır. Bundan hareketle, terörizmin, siyasal şiddetin özel görünümümlü bir hali olduğu söylenebilir⁸. Bazı siyasi şiddet türlerinde amaç bir siyasi hedefi ortadan kaldırmakla sınırlı olabilir. Ancak terörizm şiddetin sistematik olarak sürdürülmesi ve dehşet doğurma kastı yönünden basit siyasi şiddet türlerinden ayrılmaktadır. Terörizm, bir kurum olarak devleti ortadan kaldırmayı hedefleyen anarşizmden de farklıdır. Çünkü terörizmde temel amaç devletin bütünlüğünü bozmak veya hukuki ve siyasi yapısını değiştirmektir⁹.

Terörizm, çoğu zaman etnik, dini veya siyasi bir grubun haksızlığa uğradığı inancıyla sürdürdüğü politik mücadelede radikal alt grupların şiddet kullanmasıyla başlamaktadır. Böyle bir süreçte terörizm çift yönlü olarak gelişebilir. Aşağıdan yukarıya doğru terörizmde kurulu düzeni ve siyasi otoriteyi devirmek isteyenler, halkın devlete olan güvenini yıkmak ve ihtiyaç halinde devletin aciz kaldığını hissettirmek için şiddete başvurarak masum sivil ayırt etmeksizin insan öldürürler. Terörist stratejide hedef sivil toplum olabileceği gibi devletin kendisi veya terörizmle mücadele organları da olabilir. Yukarıdan aşağıya doğru terörizm olarak sınıflandırabileceğimiz devlet terörizminde ise iktidar sahipleri mevcut düzenlerini ve otoritelerini korumak için şiddete başvururlar ve bu süreçte kendi vatandaşlarına karşı şiddet ve baskının her türlüünü kullanmaktan çekinmezler¹⁰. Ancak devlet tüzel kişiliği terör suçunun faili olamayacağından “devlet terörizmi” hukuki bir tanımlama olmayıp¹¹ siyasi bir duruma işaret etmektedir.

Devlet terörizmi, isyancı veya ayrılıkçıların şiddet hareketlerini bastırmak için reaksiyon olarak doğmuş olabileceği gibi terörist faaliyetlerden önce de doğmuş olabilir. Şu kadar var ki, devletin terörizme karşı hukuk düzeninde aldığı tedbirleri ve yürüttüğü silahlı mücadeleyi devlet terörü ile aynı bağlamda düşünmemek gerekir. Zira meşru güç kullanma tekeline sahip olması devleti diğer tüm oluşumlardan ayırmaktadır. Buradaki püf nokta devletin kamu düzenini ve toplumsal barışı korumak adına kullanmaktan

⁸ Yusuf F. Şen, “Şiddet, Siyasal Şiddet ve Terör”, Radikalleşme Şiddet ve Terörizm, Ed. Salih Zeki Haklı, (Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2018), s. 29-30.

⁹ Emre Öktem, “Uluslararası Hukukta Terörizm: Tanım Sorunu ve Milli Bağımsızlık Hareketleri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, C. 3, S. 5, (2004), s. 140.

¹⁰ Başeren, s. 186-187.

¹¹ Burak Boz, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, (2020), s. 155

çekinmediği silahlı gücün meşru ve hukuka uygun olmasıdır. Devlet terörünün terörizmle silahlı mücadeleden farkı şüphesiz sivil ve masum vatandaşlara yönelen şiddetin ulusal ve uluslararası toplum açısından meşru görülmemesidir.

Bağımsızlık hareketleri kapsamında gerçekleştirilen şiddet eylemleri ile terörizm arasındaki bulanıklık da her devlet tarafından farklı yorumlanmaktadır. Özellikle *self-determinasyon* kavramı (ulusların kendi kaderini tayin etme hakkı) bazı terörist gruplarca sıklıkla istismar edilmektedir. Sömürge düzenine karşı başlatılan kurtuluş mücadeleleriyle alakası olmayan birçok terörist grup bu kavramın arkasına sığınarak eylemlerini meşru göstermeye çalışmakta ve böylece uluslararası düzeyde destek bulabilmektedir¹².

Bazı terör örgütleri de vekalet savaşlarının bir unsuru olarak başka devletlerce kullanılabilir. Bu durumda terörist eylemler örgütün amaçlarından ziyade örgütü kullanan devletin çıkarlarına uygun olarak gerçekleştirilir. Hatta bu devletin siyasi çıkarlarından örgütün haberi dahi olmayabilir. Terör örgütlerinin eylemsel amaçları da nihai amaçlarıyla her zaman örtüşmeyebilir. Hiçbir terör oluşumu eylemsel amaçlarına ulaştığında kendini feshetme yoluna gitmeyeceğinden terör örgütlerinin nihai hedeflerine ve siyasi amaçlarına odaklanmak gerekir. Bu amaçlar anayasal düzeni değiştirmek veya yıkmak, bir bölgenin bağımsızlığını veya siyasi özerkliğini sağlamak, hükümet politikalarını değiştirmek veya yeni bir rejim kurmak olabilir¹³.

Günümüz modern devletlerinin kurumsal kapasitesini oluşturan siyasi, askeri ve ekonomik güçleri düşünüldüğünde terör örgütlerinin devletleri mağlup ederek başarıya ulaşması mümkün gözükmemektedir¹⁴. Bu noktada terörizm, meşru yollarla amacına ulaşamayan yahut ulaşma ümidi olmayan aktörlerin başvurduğu bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Lutz'un ifadesiyle terörizm, zayıfların silahıdır. Bundan dolayı teröristler toplumun güvensizlik algısını maksimum seviyeye çıkaracak hedef ve metotlara yönelirler. Bu durum terörist şiddetin neden askeri hedeflerden daha çok sivil

¹² Öktem, s. 146.

¹³ Mehmet Uğur Ekinci, *Radikalleşme Şiddet ve Terörizm*, Ed. Salih Zeki Haklı, (Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2018), s. 70.

¹⁴ Salih Zeki Haklı, *Modern Siyasî Kurumlar ve İdeolojiler*, (Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2021), s. 311.

hedeflere yöneltildiğini açıklamaktadır¹⁵. Korku, güvensizlik ve umutsuzluk yaratma amaçlarına bakarak terörizmi psikolojik savaşın bir türü olarak değerlendirmek de mümkündür¹⁶.

Terör eylemleri her ne kadar insanlık tarihi kadar eski olsa da modern anlamda siyasi şiddetin bir türü olarak terörizmin ilk kez Fransız İhtilali döneminde ve 19. yüzyılın sonlarına doğru Rusya’da devrime yönelik eylemlerde belirgin bir şekilde ortaya çıktığı ifade edilmektedir¹⁷. Bununla birlikte Roma İmparatorluğu’na karşı eylemleriyle bilinen Yahudi kökenli *Sicariiler* ve Selçuklu Devleti’ne karşı düzenledikleri intihar saldırıları ve suikastlar ile anılan *Haşhaşiler* tarihteki ilk terör örgütleri olarak kabul edilmektedir¹⁸.

Modern devletlerin doğuşundan sonraki süreçte dünya üzerinde yaşanan terör olayları literatürde genellikle dört dönem ve dört terör dalgası şeklinde sınıflandırılmaktadır. Buna göre 1870-1910 yıllarını kapsayan ilk dalga anarşizme dayalı terörizm dönemini, 1920-1960 yıllarını kapsayan ikinci dalga milliyetçiliğe dayanan terörizm dönemini, 1960-1980 yıllarını kapsayan üçüncü dalga marjinal sol ve Marksist ideolojiye dayanan terörizm dönemini ve 1970’lerden bugüne kadar uzanan son dalga din istismarına dayanan terörizm dönemini kapsamaktadır¹⁹. Ancak bu tasnif birçok karmaşık ve subjektif olgu içermektedir. Öncelikle Fransız İhtilali’nden sonraki süreçte jakoben yönetimin uyguladığı sistematik şiddet politikalarının terörizm kavramının siyaset ve hukuk alanlarına dahil olduğu düşünüldüğünde birinci terör dalgasının 1700’lü yılların sonunda başladığı kabul edilmelidir. Ayrıca bu dönemde terörizmin vatanseverlikle eş anlamlı olarak kullanıldığı göze çarpmaktadır²⁰.

¹⁵ Brenda Lutz ve James Lutz, “Terörizm”, Çağdaş Güvenlik Çalışmaları, Ed. Alan Collins, Çev. Nasuh Uslu, (İstanbul: Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi, 2017), s. 275.

¹⁶ Yakup Şahin, “Terörizm: Tanımı, Tarihi ve Genel Özellikleri”, Radikalleşme Şiddet ve Terörizm, Ed. Salih Zeki Haklı, (Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2018), s. 78.

¹⁷ Seda Öz Yıldız, “Yeni Terörizm Kavramı ve Terörizmin Değişimi Üzerine”, Radikalleşme Şiddet ve Terörizm, Ed. Salih Zeki Haklı, (Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2018), s. 117.

¹⁸ Sertaç C. Korkmaz, “Terör”, Ortadoğu: Aktörler, Unsurlar, Sistemler, Ed. Mehmet Şahin (İstanbul: Kopernik Yayınları, 2019), s. 634.

¹⁹ Yıldız, s. 117.

²⁰ Murat Saraçlı, “Uluslararası Hukukta Terörizm”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, (2007), s. 1052.

İkinci dalga olarak kabul edilen milliyetçiliğe dayanan terörizm döneminin başladığı savunulan 1920'li yıllar aynı zamanda ulusal kurtuluş hareketlerinin ve bağımsızlık mücadelelerinin yoğun olarak yaşandığı döneme denk gelmektedir. Dolayısıyla terörizm ile bağımsızlık hareketleri arasındaki karmaşık ilişki bu dönemde ortaya çıkmıştır. Ancak yine de I. Dünya Savaşı'nın bireysel bir terör vakası ile ateşlendiğini unutmamak gerekir²¹. Bu açıdan bakıldığında ikinci terör dalgası olarak ifade edilen bu dönem I. Dünya Savaşı ile bağlantılı görünmektedir²². Ancak bu dönemde Doğu dünyasında birçok milli kurtuluş mücadelesinin yaşanmış olması, bu tasnifin Batı kökenli bir tasnif olduğunu düşündürmektedir.

Üçüncü dalga olarak kabul edilen 1960'lı yıllar sol ve Marksist ideolojiye dayanan terörizm döneminin başlangıcı olarak ifade edilmektedir. Gerçekten de 1960'lar, yoğun siyasi şiddet olaylarının yaşandığı bir dönem olmuştur. 1963'te ABD Başkanı Kennedy, 1967'de Kübalı lider Che Guevara, 1968'de Amerikan yurttaş hakları hareketi önderi Martin Luther King öldürülmüş, Filistin Halk Kurtuluş Cephesi, Geçici İrlanda Kurtuluş Ordusu, İtalyan Kızıl Tugayları ve Japon Kızıl Ordusu'nun faaliyetleri bu dönemde tırmanışa geçmiştir²³. Ancak ikinci dalga döneminde karşılaşılan terörizm ve kurtuluş hareketi belirsizliği bu dönemde de görülmektedir. Örneğin 1960'ların başında başlayan ABD-Vietnam Savaşı sürecinde yaşananların bu dönem terörizm dalgasına dahil edilmesi subjektif bir yorum olacaktır.

Dördüncü dalganın başladığı iddia edilen 1970'ler Filistin Kurtuluş Örgütü gibi Ortadoğu merkezli siyasi hareketlerin gerilla savaşından şehir içi eylemlere yönelerek taktik değiştirdiği, İrlanda Cumhuriyet Ordusu (IRA) ve Bask Yurdu ve Özgürlük (ETA) gibi Avrupa merkezli örgütlerin de eylemlerini yoğunlaştırdığı döneme tekabül etmektedir. Bazı devletlerin terör örgütlerini desteklediği ve dış politikada vekil olarak kullandığı iddialarının sıkça tartışılması da bu döneme rastlamaktadır²⁴. Dini istismar eden terörizm dalgasının yine bu dönem içerisinde 1979 tarihinde yaşanan İran Devrimi'yle birlikte başladığı ve Sovyetler Birliği'nin Afganistan'ı işgaliyle birlikte hızla yayıldığı değerlendirilmektedir. 20. yüzyılın sonlarından günümüze kadar uzanan dönemde iyice belirginleşen ve ivme kazanan terörizm döneminin eski dönemlere kıyasla daha yıkıcı, daha şiddetli, daha öngörülemez ve daha sınır

²¹ Saraçlı, s. 1052-1054.

²² Yıldız, s. 118.

²³ Saraçlı, s. 1054.

²⁴ Saraçlı, s. 1054-1055.

tanımaz şekilde geliştiği görülmektedir²⁵. Ancak dördüncü dönem terörizm dalgasının yalnızca din istismarına dayanan terörizm dönemi olduğunu iddia etmek güçtür. Zira bu dönemde IRA, ETA ve PKK gibi birçok etnik/milliyetçi terör örgütü faaliyetlerini yoğun şekilde sürdürmüştür. Keza çoğu terör örgütünün etnik, dini ve siyasi ideolojileri zamana bağlı olarak değişken ve karmaşık şekilde kullandığı düşünüldüğünde böyle bir tasnifin genel geçer sonuçlar vermeyeceği açıktır. Sonuç olarak tarihi insanlık tarihi kadar eskiye dayanan ve gün geçtikçe boyut değiştiren terörizm olgusunu belirli birkaç dönem içerisinde incelemeye zorlamanın sorunun çözümüne yapacağı katkı henüz belirsizdir.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra devletlerin meşru müdafaa dışında kuvvet kullanmasının yasaklanmış olması bazı devletleri siyasi kazanımlar için terör örgütlerinin vekil olarak kullandığı vekalet savaşlarına itmiştir. Daha çok Soğuk Savaş döneminde görülen vekalet savaşları Arap Baharı'yla birlikte Ortadoğu özelinde yeniden yoğun bir gündem oluşturmuş ve devletlerin terör örgütleri üzerinden yürüttükleri güç mücadelesini bir kez daha gözler önüne sermiştir²⁶.

Aynı şekilde hükümetler, denetimi kaybettikleri merkezden uzak bölgelerde kontrolü yeniden sağlamak için bir örgütü başka bir örgüte karşı vekil olarak kullanabilmektedir. Bu militan kullanma metotları bir devlet tarafından kendi topraklarında kullanılabileceği gibi başka ülke topraklarında da kullanılabilir²⁷. Bu noktada çıkar ilişkisine dayalı vekâlet savaşları şiddeti tırmandırarak mevcut güvenlik sorunlarını arttırmaktadır.

11 Eylül 2001 tarihinin terörizmin uluslararası boyutta tartışıldığı son çağın başlangıcı olduğu kabul edilmektedir. 11 Eylül saldırıları ile birlikte terörizmin hem nicel hem de nitel anlamda büyük bir sıçrama gerçekleştirdiği görülmektedir²⁸. Gerçekten de daha çok ulusal ve bölgesel düzeyde varlık gösteren terörizm, 11 Eylül saldırılarından sonra artık küresel bir sorun olarak tartışılmaya başlanmıştır.

Terörizmin bireysel, toplumsal veya uluslararası boyutlu onlarca sebebi olabilmektedir. İnsanlık tarihinde hepsine örnek teşkil edecek veriler

²⁵ Yıldız, s. 118-120.

²⁶ Şahin, s. 87.

²⁷ Murat Yeşiltaş ve Burhanettin Duran, “Ortadoğu’da DDSA’ların Yükselişi”, Ortadoğu’da Devlet Dışı Silahlı Aktörler, (İstanbul: SETA Yayınları, 2019), s. 18-19.

²⁸ Saraçlı, s. 1056.

mevcuttur. Fakat terörle mücadelede bu sebeplerin her birine eşit rol biçilemez. Oluşturulacak stratejide her durumun özelliğine göre belli başlı nedenlere odaklanmak gerekir²⁹. Terörün nedenleri anlamak bu açıdan terörle mücadele stratejilerinin ilk adımını oluşturmaktadır.

Terörizmin nedenleri literatürde zaman zaman çekici faktörler ve itici faktörler olarak sınıflandırılmaktadır. Buna göre küresel, politik, sosyoekonomik, bireysel ve ailevi sorunlar itici faktörler arasında sayılırken ideoloji, sosyal bağ, aidiyet duygusu, gençlik heyecanı, intikam güdüsü ve kimlik kazanma ideali çekici faktörler arasında sayılmaktadır³⁰.

Terör örgütlerinin ve terörist kimliğin oluşması birçok siyasal, sosyal, psikolojik ve kriminolojik faktörle ve bu faktörlere bağlanan teorilerle de açıklanmaktadır. Terörizmin gerçekleştiği ortam ve koşullarla ilgilenen yapısal teori, birtakım yapısal nedenlerin terörü doğurduğu, geliştirdiği veya terörist faaliyetleri kolaylaştırıcı etki yaptığı tezi üzerinde durmaktadır. Ekinci, terörizmin nedenlerini ve amaçlarını incelediği makalesinde yapısal nedenleri siyasi, hukuki, sosyal ve ekonomik yapısal nedenler olarak ayırdıktan sonra yapısal sorunların makul sürede siyasi otorite tarafından çözümlenmesi durumunda terör gruplarının bu durumu kullanacağı ve devletin terör gruplarına karşı savunmasız kalacağını söylemiştir. Buna göre devlet otoritesinin ve siyasi yapının bozulması devletin meşruiyetinin sorgulanmasına, hukuki düzenin ve adalet anlayışının bozulması bireylerin kendi haklarını şiddete başvurarak aramasına, ekonomik yapının bozulması mali açıdan sıkıntı çeken bireylerin manipüle olmasına ve sosyal yapının bozulması topluma adapte olamayan bireylerin terör gruplarına yaklaşmasına neden olmakta ve tüm bu yapısal problemler terörizmin önünü açmaktadır³¹. Bunun yanında yapısal açıklamalar ile aktör bazlı açıklamaları birlikte ele alan karma teoriler, kriminal davranışların öğrenilmiş davranışlar olduğu ve bulaşıcı etki taşıdığından hareketle bireylerin suça bulaşmasında ve terörizmi benimsemesinde bireysel ve toplumsal faktörlerin birlikte etkili olduğunu savunmaktadır³².

²⁹ Hasan Basri Yalçın, “Terörle Mücadeleye Stratejik Yaklaşım”, Terörün Kökenleri ve Terörle Mücadele Stratejisi, Ed. Fahrettin Altun ve Hasan Basri Yalçın, (İstanbul: SETA Yayınları, 2018), s. 32.

³⁰ Korkmaz, s. 628.

³¹ Ekinci, s. 57-59.

³² Ekinci, s. 64.

Küreselleşme süreci ise, başlı başına terörizme sebep olan bir faktör olarak ele alınamasa da küreselleşmeyle bağlantılı faktörlerin terörizme ivme kazandırma etkisinden söz edilebilir. Zira birçok durumda terörizm küreselleşmeye bir tepki olarak görülmektedir³³. Gerçekten de küreselleşme ve modernleşmeyle birlikte toplumsal alanlarda artan karışıklıklar ve krizler terörizm için fırsatlar doğurmuştur³⁴.

Sonuç olarak, bireylerin siyasi şiddeti ve terörizmi benimsemesine neden olan faktörlerin kendine özgü olduğu düşünüldüğünde sayılan faktörlerin ancak hep birlikte terörizmi doğuran nedenler olarak değerlendirilmesi durumunda faydalı bir teorik temel oluşturacağı söylenebilir³⁵. Teröristlerin halkın geri kalan kısmına oranla daha fazla psikolojik sorun yaşamadığı, terörizmin görece fakir ülkelerde daha yoğun olmadığı ve eğitim seviyesi, ideoloji veya politik sistemler ile terörizm arasında doğrudan bağlantı kuracak herhangi bir veri ve kanıt bulunmadığından, terörizmin doğmasına veya gelişmesine katkıda bulunan spesifik faktörleri kendi özel durumları içerisinde değerlendirmek gerekmektedir. Hiçbir terör grubu veya örgüt üyesinin durumu bahsi geçen teorilerden biriyle tam olarak açıklanamamaktadır. Sonuçta terörizm, birçok nedenin farklı koşul ve durumlarda bir araya gelmesiyle doğmaktadır³⁶.

II. TERÖRİZMLE MÜCADELEDE HUKUKİ TEDBİRLER

A. Genel Olarak

Bir şiddet eyleminden çok daha fazlası olan terörizmin önlenmesi askeri mücadeleyle birlikte birçok tedbiri ve çok boyutlu bir mücadele stratejisini zorunlu kılmaktadır. Alex Schmid, Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi'nin (*UNODC: United Nations Office on Drugs and Crime*) yapmış olduğu bir tasniften hareketle terörle mücadelede sekiz temel kriterden (yönetim, ekonomi, psikoloji, askeri, hukuki, kolluk sistemi, istihbarat faaliyetleri ve diğer faktörler) söz ettikten sonra en önemli mücadele yöntemlerinin yönetim, demokrasi, hukuk ve sosyal adalet alanlarında olması gerektiğini savunmuştur. Buna göre, kötü bir yönetim, tepkisel şiddetin nedenidir. Demokrasi ise başlı başına terörizmin olmaması için bir garanti

³³ Lutz ve Lutz, s. 281.

³⁴ Ekinci, s. 59.

³⁵ Gus Martin, *Terörizm: Kavramlar ve Kuramlar*, Çev. İhsan Çapcıoğlu ve Bahadır Metin, (İstanbul: Adres Yayınları, 2017), s. 91.

³⁶ Lutz ve Lutz, "Terörizm", s. 281-282.

olmasa da sağlam bir hukuk düzeni ile birleştiğinde terör olaylarını azaltıcı bir etki yapacaktır. Zira insan haklarının ihlali ile terörizm arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Son olarak halkla ilişkiler, terör mağdurlarının desteklenmesi ve karşı propaganda terörle mücadelede çok önemli bir boyutu temsil etmektedir³⁷.

BM Genel Sekreterliği'nin 2006 tarihli terörizm raporunda devlet kapasitesinin güçlendirilmesinin, hukukun üstünlüğü ve iyi yönetimin, terörist grupların fiziksel temelini yok etmek için gerekli olduğu ve bu nedenle devletlerin kurumsal kapasitesini geliştirmenin küresel terörle mücadele sürecinin temel taşı olması gerektiği savunulmaktadır³⁸. Gerçekten de terörist gruplar kamu otoritesinin, etkili adalet sisteminin ve işleyen polis uygulamalarının olmadığı bir ortamda faaliyet göstermektedir. Bunların aksine fonksiyonları işleyen devletler içinde ise terör örgütlerinin hareketi kısıtlı ve zor olacaktır. Çünkü etkili kurumların varlığı terörist faaliyetlerin önünde bir engel olarak durmaktadır. Bu çıkarım, savunmasız ülkelerdeki devlet kurumlarının güçlendirilmesi halinde hem yerel hem de uluslararası terör tehdidinin önemli ölçüde azalacağı anlamına gelmektedir³⁹.

Bu kapsamda, uluslararası hukuk düzeninin her zamankinden daha karmaşık yapıda olduğu küreselleşme çağında, devlet otoritesinin yokluğunda oluşan problemler göz önünde bulundurulduğunda istikrarlı devletlerin hala uluslararası düzenin istikrarı için en önemli ön koşul olduğu söylenebilir⁴⁰. Ancak uluslararası tehditler doğaları itibarıyla öngörülemez nitelikte olduğundan güvenlik politikaları oluşturma süreci çoğu zaman kusurlu bir süreçtir⁴¹. Bu durumda devletlerin çeşitli menfaatleri için bölgesel güvenliği tehlikeye düşürecek müdahale ve politikalarından uzak durmasının, en azından çatışma durumunda olan devletlerin çöküşüne sebep olacak faaliyetlerden kaçınmasının bölgesel güvenliğin ve istikrarın sağlanması noktasında olumlu etki sağlayacağı söylenebilir.

³⁷ Alex P. Schmid, "Prevention of Terrorism: Towards a Multi-pronged Approach", *Root Causes of Terrorism: Myths, Reality and Ways Forward*, Ed. Tore Bjorgo, (Oxford: Routledge, 2005), s. 227-230.

³⁸ Aktaran: Edward Newman, "Weak States, State Failure, and Terrorism", *Terrorism and Political Violence*, C. 19, S. 4, (2007), s. 467.

³⁹ Newman, s. 467.

⁴⁰ Neyire Akpınarlı, *The Fragility of the 'Failed State' Paradigm: A Different International Law Perception of the Absence of Effective Government*, (Leiden: Brill, 2010), s. 229.

⁴¹ Barry Buzan, *İnsanlar Devletler ve Korku*, Çev. Ed. Emre Çıtak, (İstanbul: Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi, 2015), s. 124.

Uluslararası müdahalelerin de çoğu zaman otorite boşluğunda doğan sorunların etkili ve kalıcı çözümü olmadığı görülmektedir. Hatta insan hakları ihlalleri gerekçe gösterilerek yapılan müdahaleler sonucunda yine insan hakları ihlallerine sebep olduğu birçok kez tecrübe edilmiştir. Öyleyse insani müdahaleleri meşrulaştırmak dünyayı daha güvenli bir hale getirmemektedir. Bu noktada sorunun çözümü hukuki, ekonomik ve sosyal bir dizi tedbirin hayata geçirilebilmesine bağlıdır⁴². Bir çözüm olarak insani müdahaleler ve çatışan grupları destekleme faaliyetleri bölgesel güvenliği ve istikrarı sağlamada yeterli olmuyor; dahası daha büyük sorunlara yol açıyorsa bu durumda çatışmaları önlemenin pratik aynı zamanda hukuka uygun yollarının ne olduğu sorusu akla gelecektir.

Terörle mücadele süreçlerinde uygulanan hukuki önlemler uluslararası hukuk kurallarının oluşturulmasına katılma, uluslararası sözleşmeler yapma, ulusal mevzuatta gerekli değişiklikleri ve güncellemeleri yapma, yeterli sayıda mahkeme kurma ve yeterli sayıda hukukçu personel istihdam etme şeklinde bir dizi faaliyetten oluşmaktadır⁴³.

1960'lı yıllarla birlikte siyasi çatışmaların artması, 1970'lerde uluslararası terörizme evrilmesi ve 2001'de yeni bir boyuta ulaşması terörizmin uluslararası hukukun ilgi alanına girmesine neden olmuştur. Terörizmin ve terör suçlarının devletlerin iç hukukuna girmesi de terörizmin uluslararası boyuta ulaşmasıyla birlikte olmuştur. Buna karşın uluslararası hukukta terörizme karşı alınan tedbirler ve antlaşmaların başarılı sonuçlar doğurduğunu iddia etmek güçtür. Bazı devletler terörle mücadele konusunda yükümlülüklerini yerine getirmekte isteksiz davranmış bazı devletler ise suçluların iadesi, siyasi iltica ve faaliyetlerin yasaklaması gibi bazı konularda egemenliklerinden taviz vermemek adına işbirliğiyle bağdaşmayan bir tavır takınmışlardır. Ayrıca uluslararası hukuk metinleri terör suçları ve cezalarıyla alakalı detaylı düzenlemeler içermemektedir⁴⁴. Zira terörizm, doğası itibarıyla ceza hukuku başta olmak üzere büyük oranda devletlerin iç hukukunda düzenlenen bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çeşitli tedbirler içeren terörle mücadele antlaşmaları çoğunlukla terör eylemleri üzerinde yoğunlaşmakta ve terörün tanım ve kapsamıyla ilgili düzenlemeler içermemektedir. Bu metinlerde terörizm tanımının

⁴² Akpınarlı, s. 232-234.

⁴³ Schmid, s. 237.

⁴⁴ Öktem, s. 134-136.

bulunmaması, terörizmin zamana, mekâna ve kişiye bağlı olarak değişen içeriği ve anarşizm, siyasi şiddet ve gerilla savaşı gibi kavramlarla kasıtlı veya kasıtsız olarak karıştırılması terörizmle mücadelenin hukuki safhasını zorlaştırmaktadır. Çünkü terör örgütleri, terörizm tanımının muğlaklığından faydalanarak şiddet eylemlerini arttırmakta ve dahası bazı aktörlerden destek almaya devam etmektedir. Zira bazı aktörler, muhalif veya düşman devletin faaliyetlerini terörizm olarak nitelendirerek menfaat elde etmeye çalışmakta, bazıları ise destekledikleri örgütleri terör örgütü olarak nitelendirmekten kaçınarak bu örgütlere meşruiyet sağlamaya çalışmaktadır. “Birine göre terörist olan ötekine göre özgürlük savaşçısı olabilir” şeklinde sıklıkla ifade edilen bu durum hukukun üstünlüğünün reddi anlamına gelmektedir⁴⁵.

Görüldüğü gibi uluslararası toplum terörizm sorunuyla uğraşan devletlerin bu sorunları uluslararası hukuk çerçevesinde çözebilmesi için gerekli iş birliğini bugüne kadar sağlayamamıştır. Özellikle terör örgütlerinin dış politika aracı olarak kullanılması, terörist faaliyetlerin artmasına ve terörizmin uluslararası güvenlik için her geçen gün daha büyük bir tehdit boyutuna ulaşmasına neden olmaktadır. Terörizm konusundaki yaklaşımların uluslararası hukuk kurallarından daha çok politik çıkarılara dayalı olduğu bu sistemde, devletler terörle mücadele adı altında kontrolsüz ve orantısız güce de başvurabilmektedir. Ayrıca askeri müdahalelere ve terörist faaliyetlere karşı uluslararası toplumun sessiz kalması devletleri terörle mücadele faaliyetlerini iç hukuk kurallarıyla meşru hale getirmeye mecbur bırakmaktadır.

Uluslararası ilişkilerdeki baskın görüşe göre, uluslararası hukuk hegemon devletlerin çıkarlarına aykırı olduğunda görmezden gelinebilmektedir. Bu görüşe göre bir güç aleti olan uluslararası hukuk, çıkar paylaşımı ve güç dengesi olmadığında işlememektedir. Hegemonya kavramı, uluslararası sistemde bir devletin diğerlerine üstünlüğünü ifade etmektedir. Kavram realist düşüncede büyük güçlerin uluslararası düzeni yönetme gücünü açıklamak için kullanılmaktadır. Ancak uluslararası hukuk, “devletlerin eşitliği” ilkesine dayanmaktadır. BM Antlaşması’nın 2/1 maddesi “örgütün bütün üyelerin egemen eşitliği ilkesine dayalı” olduğunu belirtmektedir. Bu açıdan bakıldığında uluslararası hukuk ve hegemonya kavramları uzlaşmamaktadır, çünkü uluslararası hukukun oluşumunda hegemonya etkisi devletlerin iç işlerine karışmama normunun ihlal edilmesi anlamına gelmekte

⁴⁵ Öktem, s. 137.

ve dolayısıyla egemenlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Buna rağmen hukukçular dahi bugün uluslararası hukukta güç farklılıklarının etkisini kabul etmektedir. Birleşmiş Milletler'in örgütsel yapısı, bu duruma iyi bir örnektir. Güvenlik Konseyi'nin karar mekanizmasında yer alan II. Dünya Savaşı'nın galip devletlerinin veto yetkisi güç eşitsizliklerinin yasal olarak da kabulü anlamına gelmektedir ki bu durum devletlerin egemen eşitliğine dayalı uluslararası hukuka aykırı görünmektedir. Bu bağlamda, BM Güvenlik Konseyi'nin, beş daimî üyenin siyasi hegemonyasının "yasal temeli" olarak hizmet ettiği ifade edilmektedir⁴⁶.

Günümüzde de ABD'nin uluslararası teröre destek verdiği kanısında olduğu kişi ve kuruluşlar hakkında BM Güvenlik Konseyi aracılığıyla malvarlıklarının dondurulması yönünde kararlar çıkarılmaktadır. Bir mahkeme kararı veya başka bir delile ihtiyaç duyulmadan hazırlanan listelerin hukuk dışı bir yöntemle karara bağlandığı ve ABD'nin talimatı ile oluşturulduğu iddia edilmektedir⁴⁷. Gerçekten de ABD, özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra kendi norm tercihlerini tüm devletler için bağlayıcı hukuka dönüştürme noktasında başarılı olmuştur. Söz konusu saldırılardan sonra uluslararası hukukta alınan bir dizi karar ve imzalanan sözleşmeler, BM Antlaşması'nın tanıdığı meşru müdafaa hakkının terör saldırılarını da kapsayacak şekilde yorumlanması ve terör eylemleriyle bağlantılı devletlerin de uluslararası hukuk açısından sorumlu tutulması en önemli görülen değişimlerden⁴⁸. Bu durumda çoğu devlette hukuki önlemlerin terörle mücadele sürecinde taşıdığı kilit rol iç hukuk kuralları boyutuyla öne çıkmaktadır.

Terörizmle mücadelede ulusla düzeyde alınan hukuki tedbirler, diğer tüm mücadele yöntemlerini kapsayıcı gözükmemektedir. Çünkü hukukun üstünlüğü ilkesinin hakim olduğu bir devletin teröre karşı aldığı askeri, siyasi, sosyolojik, ekonomik, kültürel vs. tedbirlerin tamamının hukuki temelini bulunması gerekir. Zira devletleri terör örgütlerinden ayıran temel husus hukuka bağlılık ve meşruiyettir. Bu açıdan bakıldığında hukuki tedbirlerin diğer terörle mücadele yöntemlerinin ön şartı ve şemsiyesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

⁴⁶ Müge Kınacıoğlu, "War on Terror and Hegemony: International Law Making Regarding Terrorism After 9/11", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 8, S. 32, (2012), s. 68-72.

⁴⁷ Özgenç, 2006, s. 25-26.

⁴⁸ Kınacıoğlu, s. 81.

Ancak hukuk, güvenlik çalışmalarında çoğu zaman önemi anlaşılmayan ve göz ardı edilen bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁹. Avrupa ile Ortadoğu'yu bağlayan Türkiye gibi önemli stratejik konuma sahip bir ülkede iç ve dış tehditlerin sürekli bir olasılık olduğu⁵⁰ göz önünde bulundurulduğunda terörle mücadele faaliyetleri başta olmak üzere güvenlik politikalarının yürütülmesinde iç hukuk kurallarının üstlendiği kritik rol daha net anlaşılabilir. Hafizoğulları ve Kurşun'un konu ile ilgili olarak, *“terörün Türk toplumunun demokratik yaşam tarzının ve uygarlığının acımasız düşmanı olduğu, Anayasa'nın 14'üncü maddesi çerçevesinde devletin terörizme karşı ivedilikle tedbir alması gerektiği ve terörün yok edilmesinin ancak demokratik hukuk devleti ilkesi çerçevesinde alınacak hukuki tedbirlerle mümkün olacağı”* yönündeki tespitleri⁵¹ dikkate değerdir. Gerçekten de teröre karşı koyma isteğinin yok olduğu durumlarda hukuk devletinin çöküşü başlamış demektir. Bu nedenle varlığını korumak isteyen bir hukuk devleti ulusal güvenliğe, kamu düzenine ve toplumsal barışa yönelik diğer tehditler gibi terörizme karşı da etkili bir mücadele yürütmek ve gerekli hukuki düzenlemeleri yürürlüğe koymak zorundadır⁵².

Hukuk, yalnızca meşru bir amaca yönelik olarak kurulan ve meşru yöntemleri benimseyen organizasyonları örgütlenme özgürlüğü bağlamında görmektedir. Amacı, yöntemi veya faaliyetleri meşru olmayan örgütlere hukuk düzeninin müsaade etmesi mümkün değildir. Bu noktada devlet organlarının örgütler üzerinde gözetim faaliyeti yürüterek bu örgüt mensuplarının amaçlarını ve faaliyetlerini denetlemesi gerekmektedir. Etkin bir denetim mekanizmasının bulunmaması örgütlerin yasadışı faaliyetler yürütmesine ve suç işlemesine zemin oluşturabilmektedir. Özellikle terör örgütlerinin faaliyetlerini gizlilik içerisinde yürüttükleri düşünüldüğünde devletin denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi hukuk düzeni ve toplum barışı açısından telafisi güç kayıplara neden olabilmektedir⁵³.

⁴⁹ Sadi Çaycı, “Türkiye'nin Milli Güvenliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, (2016), s. 3336.

⁵⁰ Buzan, s. 105.

⁵¹ Hafizoğulları ve Kurşun, s. 55.

⁵² İbrahim Kaplan, “Demokrasi, Hukuk, Otorite”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 49, S. 1, (1994), s. 271.

⁵³ İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), s. 78-79.

B. Terörizmle Mücadele Mevzuatı

Terörizmle mücadele konusundaki yasal düzenlemeler; terörizme karşı kuvvet kullanma, terörist faaliyetlerin önlenmesi, terör örgütü mensuplarının cezalandırılması, terörizmin etkisinden toplumun korunması ve terörist faaliyetler sonucunda zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi gibi birçok alanı kapsayabilmektedir.

Terörist faaliyetler tüm modern devletlerde suç olarak görüldüğünden doğal olarak ceza hukukunun kapsamına girmektedir. Terör suçları kimi ülkelerde özel bir kanunla düzenlenirken kimi ülkelerde ise genel ceza kanununda yer almaktadır. Örneğin, ABD, İngiltere, Avustralya ve Kanada'da ayrı bir terörle mücadele kanunu varken; Fransa, Almanya, Belçika, İspanya ve İtalya'da terörizm diğer suçlarla beraber ceza kanununda düzenlenmektedir⁵⁴.

Dünyadaki ulusal hukuk düzenlemelerine bakıldığında 1970'lerden sonra geliştirilen terörle mücadele mevzuatlarında genellikle Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası modeli iki farklı eğilimin olduğu belirtilmektedir. ABD ve Birleşik Krallık'ın temsil ettiği Anglo-Sakson modelinde terörizmin olağan hukuk sisteminin dışında özel kurullarla düzenlendiği; Fransa'nın öncülük ettiği Kıta Avrupası modelinde ise terörizm suçlarının olağan hukuk sistemi içerisinde düzenlendiği göze çarpmaktadır⁵⁵.

Suç Örgütlerinin bir türü olan terör örgütlerinin ülkemizdeki varlığı ve terör kaynaklı şiddet eylemlerinin uzun yıllar boyunca devam etmesi Türkiye'de terörle mücadeleye yönelik özel bir kanun ihtiyacı doğurmuştur. Nitekim Türk hukukunda terör suçları uzunca bir süre 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleriyle düzenlenirken, 1991 yılında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) ile özel düzenlemeye gidilmiştir.

Kanunun sistematüğinden kısaca bahsetmek gerekirse, TMK'nın 1'inci maddesinde terör tanımı, 2'nci maddesinde terör suçlusu, 3'üncü ve 4'üncü maddesinde terör suçları, 5'inci maddesinde terör suçlarındaki ceza artırımı, 6'ncı maddesinde terörizm lehine açıklama ve yayma suçları, 7'nci maddesinde propaganda suçu ve terör örgütü bağlantılı diğer suçlar, 19'uncu maddesinde terörle mücadelede ödüllendirme, 21 ve 22'nci maddelerinde ise

⁵⁴ Faruk Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 116, (2015), s. 43-44; Hikmet Sami Türk, Terörizmle Mücadelenin Hukuki Boyutları, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), s. 254-268.

⁵⁵ Turinay, (2018), s. 129.

terör eylemlerinden zarar görenlere yapılacak yardımlar düzenlenmiştir⁵⁶. Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usuller ayrıca 5233 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir⁵⁷.

Terör örgütü kurma, yönetme ve bu örgüte üye olma suçları 2006 yılına kadar doğrudan TMK'nın 7'nci maddesi kapsamında cezalandırılmaktayken; 2006 yılında yapılan değişiklikle, TMK, terör örgütü suçlarına bizzat ceza vermemekte, genel kanun niteliği taşıyan Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun 314'üncü maddesine atıfta bulunmaktadır⁵⁸. Ayrıca Türk hukuk sistematigi içerisinde değerlendirildiğinde, terör suçunun bağımsız bir suç olmadığı, birtakım suçların belirli yöntem ve amaçlar içerisinde işlenmesi halinde oluşan bir suç kategorisi olarak düzenlendiği söylenebilir⁵⁹.

Terörizme finans sağlama suçu ise örgüt hiyerarşisine dahil olmamakla birlikte terör örgütlerine bilerek ve isteyerek yardım etme suçunun özel olarak düzenlenmiş halidir. Nitekim terör örgütlerine fon sağlama eylemleri 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun 169'uncu maddesinde örgüte yardım etme suçu kapsamında değerlendirilmekteydi⁶⁰.

Terörizmin finansmanına yönelik olarak Türk hukukunda ilk özel düzenleme Terörle Mücadele Kanunu'nun 8'inci maddesinde 2006 yılında yapılan değişiklikle yapılmıştır. Anılan maddede terörizme finans sağlayan kişilerin terör örgütü üyesi olarak cezalandırılması öngörülmekteydi⁶¹.

1999 tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme⁶² ve BM Güvenlik Konseyi'nin terörün finansmanı ile mücadeleyle ilişkin kararların uygulanması ve bu kapsamdaki malvarlıklarının dondurulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek ve terörizmin finansmanı suçunu düzenlemek amacıyla 6415 Sayılı Terörizmin Finansmanının

⁵⁶ 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, RG, 12.04.1991, S. 20843 (Mükerrer).

⁵⁷ 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, RG, 27.07.2004, S. 25535.

⁵⁸ 5532 sayılı Kanun, RG, 18.07.2006, S. 26232.

⁵⁹ Turinay, (2015), s. 48.

⁶⁰ Nurullah Bodur ve Eshat Özkul, Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), s. 235

⁶¹ Turinay, (2018), s. 256.

⁶² BM Genel Kurulunda 9 Aralık 1999 tarihinde kabul edilen ve 2001/1373 sayılı karar ile yürürlüğe giren Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Sözleşme Türkiye tarafından 27 Eylül 2001 tarihinde imzalanmıştır. RG, 01.04.2002, S. 24713.

Önlenmesi Hakkında Kanun kabul edilmiştir⁶³. Bu düzenlemeyle TMK kapsamındaki terör suçlarıyla birlikte, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yasaklanan suçlar ve herhangi bir devlete veya uluslararası kuruluşa karşı işlenen terör suçlarına fon sağlamak ve kaynak toplamanın terörizmin finansmanı suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir. 6415 sayılı Kanunun kabul edilmesiyle Terörle Mücadele Kanunu'nun 8'inci maddesi ilga edilmiştir⁶⁴.

Kanun 5'inci maddesinde BM Güvenlik Konseyi kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş ve organizasyonların tasarruflarındaki malvarlıklarının dondurulmasına ilişkin kararların Cumhurbaşkanı kararıyla (eskiden Bakanlar Kurulu Kararı) Resmî Gazete'de yayımlanmasını öngörmüştür. Bu kapsamda Bakanlar Kurulu'nun 30/09/2013 tarihli 2013/5428 sayılı kararıyla malvarlığı dondurulacak kişi, kuruluş ve organizasyonların listesi yayımlanmış, söz konusu liste en son 25/01/2022 tarihli 5131 sayılı Cumhurbaşkanı kararıyla güncellenmiştir⁶⁵.

Kanunun 6'ncı maddesinde ayrıca bir yabancı devlet hükümeti tarafından bir kişi, kuruluş veya organizasyonun tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulmasına ilişkin olarak Türkiye'den talepte bulunulması hâlinde, Değerlendirme Komisyonunca değerlendirilen taleplerin Cumhurbaşkanı tarafından karara bağlanacağı öngörülmüştür. Bu hususta en son 22 Mart 2022 tarihli ve 5347 sayılı Cumhurbaşkanı kararı⁶⁶ ile malvarlığı dondurulması kararı verilmiş ve bu karar 9 Aralık 2022 tarihli ve sayılı 6497 sayılı Cumhurbaşkanı kararı⁶⁷ ile güncellenmiştir.

⁶³ 6415 sayılı Kanun'un bir diğer kabul edilme sebebi de TMK'da yalnızca Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne karşı yönelen eylemlerin terörizm kapsamında değerlendirilmesi, bununla birlikte BMGK kararlarının taraf devletlere ilave yükümlülükler yüklemesi ve TMK'nın terörizm tanımı itibarıyla bu yükümlülükleri karşılayamamasıdır. Bkz. Bodur ve Özkul, s. 235.

⁶⁴ 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, RG, 16.02.2013, S. 28561.

⁶⁵ RG, 26.01.2022, S. 31731. Malvarlıklarının dondurulmasına ilişkin kararlar için bkz. <https://masak.hmb.gov.tr/bkk-ile-malvarliklari-dondurulanlar> (Erişim: 24.12.2022).

⁶⁶ RG, 23.03.2022, S. 31787.

⁶⁷ RG, 10.12.2022, S. 32039.

C. Terörün Yasal Tanımı

Her ne kadar uluslararası hukukta genel kabul gören bir terör ve terör örgütü tanımı bulunmasa da terörle mücadele ettiği iddiasında olan bir hukuk devletinden beklenen iç hukuk kurallarını terörle mücadelenin gereklerine göre düzenlemesi ve terör/terör örgütü gibi kavramların tanımını ve tespitini yasal zeminde net bir şekilde belirlemesidir⁶⁸.

Uygulamada devletler terörle mücadele mevzuatlarında veya ceza yasalarında doğrudan terör örgütü kavramını tanımlama yoluna gidebilmektedir. Bir başka ve daha yaygın olan uygulama ise terör suçlarının yasalarda tanımlanması ve tanımlanan suçların işlenmesi halinde terör örgütünün varlığının kabul edilmesidir. Örneğin Fransız Ceza Kanunu'nda terör eylemlerinin tanımıyla yetinilmiş⁶⁹, Birleşik Krallık Terörizm Kanunu'nda terörizm ve terörist tanımlarına da yer verilmiş⁷⁰, Belçika Ceza Kanunu'nda terör ve terör örgütü kavramları ayrıca tanımlanmış⁷¹, ABD Terörizmi Önleme Kanunu'nda ise uluslararası terörizm ve ülke içi terörizm tanımlarına ayrıca yer verilmiştir⁷².

Türk hukukunda bir organizasyonun terör örgütü olarak kabul edilebilmesi için Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan “terörizm” şartlarının ve TCK'nın 220'nci maddesinde düzenlenen “örgüt varlığı” şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir⁷³. Dolayısıyla terör örgütü olarak tanıma işlemleri terör ve terör örgütü tanımlarıyla yakından ilişkilidir. Özellikle Türk hukukundaki gibi terörizmin örgüt unsuru ile tanımlandığı sistemlerde terör örgütünün yasal tanımının yapılmış olması terörizm suçlarının takibi açısından büyük önem arz etmektedir.

Terör kavramı, Terörle Mücadele Kanunu'nun 1'inci maddesinde “*Cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış*

⁶⁸ Boz, s. 179.

⁶⁹ Türk, s. 8.

⁷⁰ Türk, s. 11.

⁷¹ Turinay, (2015), s. 56.

⁷² Türk, s. 21.

⁷³ Bodur ve Özkul, s. 41.

güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemler” şeklinde tanımlanmıştır.

Ancak kanunda tanımlanan kavramın terör değil terörizm olduğu görülmektedir. Hatırlanacağı üzere terör ile terörizm aynı anlama gelmemektedir. Terör kavramı siyasi amaç taşımaya da toplumda panik ve korku yaratan, kamu düzenini bozan eylemler için kullanılabilir⁷⁴. Terörizm bu noktada sistematik olması ve siyasi amaç taşımaya hasebiyle terörden ayrılmaktadır.

Kanundaki tanımdan yola çıkarak terörizmin, Türk hukukunda, Anayasa ile oluşturulan demokratik düzeni yıkmaya çalışan ve bir ideolojinin veya mağdur edildiği iddia edilen bir grubun savunucusu olarak türeyen veya türetilen örgütlü şiddet hareketlerini ifade ettiği söylenebilir⁷⁵.

Terörle Mücadele Kanunu’nda terörizm, amaç, yöntem ve hukuki nitelik unsurlarının yanında örgüt unsuru da kullanılarak tanımlanmaktadır. Diğer bir deyişle bir terör eyleminden veya teröristten bahsetmek için bir terör örgütünün varlığı olmazsa olmaz şart olarak öngörülmüştür⁷⁶. “Örgütsüz terörizm olmaz” şeklinde ifade edebileceğimiz bu kurala göre amacı, saiki, yöntemi ne şekilde olursa olsun terör örgütü bağlantısı olmayan bir eylemin Türk hukukunda terör eylemi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

2006 yılında yapılan kanun değişikliğinden önce TMK’nın 1’inci maddesinin 2’nci fıkrasında terör örgütü tanımı yer almaktaydı. Buna göre “İki veya daha fazla kimsenin birinci fıkrada yazılı terör suçunu işlemek amacıyla birleşmesi halinde...” terör örgütü meydana gelmiş sayılmaktaydı. Maddenin, terör örgütü tanımını içeren ikinci ve üçüncü fıkrası 2006 yılında yapılan değişiklikle yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁷. Örgüt kavramının tanımının TCK’da düzenlenmiş olması gerekçe gösterilerek yapılan değişiklikle birlikte, Türk hukukunda “terör örgütü” kavramına pozitif hukuki temel sağlayan hükümler yürürlükten kalkmıştır⁷⁸. Suç örgütü tanımı TCK’nın 220’nci maddesinde⁷⁹ tanımlanmış olmakla birlikte terör örgütü tanımının atıfla da

⁷⁴ Bodur ve Özkul, s. 38.

⁷⁵ Hafizoğulları ve Kurşun, s. 48.

⁷⁶ Türk, s. 7; Turinay, (2018), s. 197.

⁷⁷ 5532 sayılı Kanun, RG, 18.07.2006, S. 26232.

⁷⁸ Turinay, (2015), s. 62.

⁷⁹ Kanunun “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” başlıklı 220’nci maddesi şu şekildedir:

(1) “Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler,

olsa spesifik olarak düzenlendiği önceki düzenlemenin daha isabetli olduğu söylenebilir.⁸⁰

Terörle Mücadele Kanunu'nun "terör örgütleri" başlıklı 7'nci maddesinde *cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1'inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ve bu örgüte üye olanların Türk Ceza Kanunu'nun 314'üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılacağı* düzenlenmiştir. Terör örgütünün yasal tanımı hakkında çıkarım yapılabilecek 7'nci maddede terör amaçlı örgütlenme suçunun da Kanunun 1'inci maddesinde yer alan terör tanımına atıfta bulunularak düzenlediği görülmektedir.

Kanun koyucunun terör amaçlı örgütlenme suçunu düzenlerken terör tanımına atıfta bulunması, bir yandan da terör tanımında terör örgütünü zorunlu unsur olarak düzenlemiş olması kafa karışıklığına neden olmaktadır. Turinay bu noktada, kanun maddelerinin birbirlerine atıf yapacak şekilde düzenlenmesinin gayet normal olduğunu ancak iki maddenin karşılıklı olarak birbirine atıfta bulunarak düzenlenmesinin genel norm – özel norm ilişkisinin kurulmasını imkânsız kıldığını ve belirsizliğe yol açtığını ifade ederek TMK'nın 7'nci maddesini kanun yapma tekniği açısından eleştirmektedir⁸¹.

Yazara göre sorunun çözümü -mevcut sistematik korunacaksa- 7'nci madde hükmünün daha açık bir şekilde düzenlenmesidir. Daha kesin bir çözüm içinse örgütlenme suçlarının mevzuatta bağımsız olarak düzenlenmesi, dolayısıyla terör amaçlı örgütlenme suçunun da kanunun ilk halinde olduğu gibi unsurları ve özellikleri itibarıyla 7'nci maddede kapsamlı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir⁸². Bizce de örgüt suçlarının ayrı ayrı düzenlenerek iç içe geçen karmaşık yapısının çözülmesi uygun olacaktır.

örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir. (...)"

⁸⁰ Aksi yönde, Türk ceza hukuku sistematğinde üçlü örgüt tanımlamasının keyfi uygulamalara sebebiyet vermesi nedeniyle anılan değişikliğiyle TCK'nın 220 ve 314'üncü maddelerine işlerlik kazandırılmasının amaçlandığı yönündeki görüş için bkz. Özgenç, (2006), s. 63.

⁸¹ Turinay, (2018), s. 200-201.

⁸² Turinay, (2018), s. 207.

2006 yılında yapılan değişiklikten önce iki veya daha fazla kişiden oluşabilen terör örgütü, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7'nci maddesinin TCK'nın 314'üncü maddesine, bu maddenin de aynı kanunun 220'nci maddesine atıf yapması sebebiyle, en az üç kişiden oluşabilmektedir⁸³. Terör örgütünün amaçları ile genel suç örgütünün amaçları farklı olduğundan üye sayısı, sahip olunan araç gereçler ve diğer elverişlilik ölçütleri ayrıca değerlendirilmelidir. Her ne kadar terör örgütlerinin güçlü yapılanmalara sahip olması zorunlu olarak görülse de terör örgütün iki kişi tarafından da kurulabileceği gerçeği göz önünde bulundurulduğunda söz konusu değişikliğin işlevsel olmadığı söylenebilir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında Türk hukukunda terör örgütünün varlığından söz edebilmek için yöntem, amaç, araç, elverişlilik ve üye sayısı olmak üzere beş temel koşul olduğu görülmektedir. Buna göre yöntem olarak cebir ve şiddet kullanan, amaç olarak siyasi hedefler belirleyen, araç olarak silah kullanan, elverişlilik açısından güçlü bir yapılanmaya sahip olan ve nihayetinde üye sayısı olarak en az üç kişiden oluşan örgütler, terör örgütleri olarak nitelendirilebilir⁸⁴.

Terörle Mücadele Kanunu'nun terör tanımından hareketle terör örgütü kavramını "*üç veya daha fazla kimsenin korkutma, baskılama, yıldırma veya tehdit etme yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen cumhuriyetin niteliklerini değiştirmek, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, devletin ulusal güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir araya gelerek oluşturdukları silahlı organizasyon*" şeklinde tanımlamamız mümkündür.

Bu kapsamda terör ve terör örgütü kavramlarına Türk hukukunda çizilen yasal çerçeveye üç temel eleştiri yöneltilebilir. Bunlardan ilki terör örgütü tanımını içeren hükümlerin yürürlükten kaldırılmış olması ve tanımın doğrudan yapılmamış olmasıyla ilgilidir.

Mevcut haliyle TMK'nın terör örgütü ile ilgili düzenlemesi ile TCK'nın silahlı örgüt ve suç örgütü ile ilgili düzenlemeleri barındırdıkları ortak unsurlar sebebiyle karışıklığa neden olmaktadır⁸⁵. Bu bağlamda terör tanımıyla ve TCK'da yer alan örgüt tanımına atıf yapmakla yetinen kanunun,

⁸³ Bodur ve Özkul, s. 42; Turinay, (2015), s. 80.

⁸⁴ Ahmet Cemal Ruhi, TCK ve TMK Çerçevesinde Terör Örgütleri, Terör Suçları ve Örgütlü Suçlar, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), s. 49-53.

⁸⁵ Turinay, (2015), s. 75.

terör örgütü kavramının tanımlanmasını oldukça zorlaştırdığı görülmektedir. Zira yapılan değişikliklere rağmen terör örgütü, silahlı örgüt ve suç örgütü kavramlarının iç içe geçen yapısı çözülememiştir.

İkinci olarak Türkiye Cumhuriyeti'ni hedef alan fiillerin terörizm olarak tanımlanıp uluslararası örgütlerin veya Türkiye'nin diplomatik ilişki içinde bulunduğu devletlerin güvenliğine karşı işlenen suçların terör eylemi olarak nitelendirilmemesi eleştirilmektedir⁸⁶. Gerçekten de Türkiye'nin güvenliğiyle yakından ilgili ülkeler düşünüldüğünde, sözgelimi Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ni hedef alan bir örgütün terör örgütü olarak değerlendirilememesi bir sorun alanı olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁷.

Üçüncü olarak ise terör amacıyla işlenen suçların birçoğunun örgütsel bağlantısı olmayan kişi veya kişilerce işlenmesinin mümkün olduğu gerekçe gösterilerek terör eylemleri için örgüt mensubu olma şartının koyulmuş olması ve bireysel terör eylemlerinin TMK'nın kapsamı dışında bırakılmış olması eleştirilmektedir⁸⁸. Örneğin Fransa Ceza Kanunu'nda birçok Kıta Avrupası ülkesinde olduğu gibi bireysel faaliyetler terörizm kapsamına dahil edilmiştir. Benzer şekilde Belçika Ceza Kanunu'nda da terör suçlarında bireysel veya örgütlü şekilde bir ayırım benimsenmemiş ve örgüt bağı terör suçları için şart olarak düzenlenmemiştir⁸⁹.

Bununla birlikte anayasal düzene, devletin güvenliğine ve kamu düzenine karşı yürütülen faaliyetlerin ancak bir örgüt yapılanması çerçevesinde yürütülmesinin mümkün olduğu gerekçesiyle terör suçlarının örgüt olmadan iştirak halinde veya bireysel olarak işlenmelerine imkân olmadığı ifade edilmektedir⁹⁰. Türkiye'de de zaman zaman bireysel terör eylemlerinin varlığından söz edilse de genellikle toplumun belirli bir kesiminin harekete geçmesi ve şiddet eylemlerine başvurusuyla başlayan terörizm, tarihsel süreç içerisinde değerlendirildiğinde daima örgütlü bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır⁹¹. Gerçekten de terörizmin geçmişi ve terör

⁸⁶ Özgenç, (2006), s. 23.

⁸⁷ 20 Temmuz 1974 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri'nin başlattığı Kıbrıs Barış Harekati'nin nedenlerini oluşturan olaylar zincirinde EOKA adlı silahlı örgütün şiddet eylemlerini unutmamak gerekir. Bu konuda detaylı bilgiler için bkz. Ali Denizli, "Kıbrıs'ta Yunan Terör Örgütü EOKA ve Katliamları", Uluslararası Eğitim ve Tarih Araştırmaları Dergisi, S. 2, (2020), s. 1-25.

⁸⁸ Türk, s. 7.

⁸⁹ Turinay, (2015), s. 44.

⁹⁰ Ersan Şen, Suç Örgütü, (İstanbul: Yargın Hukuk Yayınları, 2013), s. 131

⁹¹ Hafizoğulları ve Kurşun, s. 53.

örgütlerinin tabiatı göz önünde bulundurulduğunda terörizm ile örgütlü suçluluk kavramlarının örtüştüğü görülmektedir. Bu açıdan literatürde “yalnız kurt eylemleri” olarak tabir edilen bireysel terör eylemlerinin terör suçları kapsamına alınmasının terörle mücadele sürecine yapacağı etki belirsizliğini korumaktadır. Bu kapsamda bahse konu eleştirilere karşılık TMK’nın “*Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenlerin terör suçlusu sayılacağını*” düzenleyen 2’nci madde hükmünün yeterli olduğunu ve bu doğrultuda kanun koyucunun, örgütlü yapılanmayı terör suçları için şart koştuğu düzenlemenin isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

III. TERÖR ÖRGÜTLERİNİN HUKUKEN TESPİTİ

A. Uluslararası Hukukta Terör Örgütlerinin Tespiti

Uluslararası hukukta devletlerin üzerinde uzlaştığı ortak bir terörizm tanımı ve terör örgütü listesi bulunmadığından devlet dışı silahlı aktörlerden hangilerinin terör örgütü olduğu çoğunlukla devletlerin iç hukukuyla belirlenmektedir. Bunun dışında uluslararası örgütler de terör örgütü listesi yayımlayabilmekte veya bir örgütün terör örgütü olduğunu kararlarında belirtebilmektedir. Bu başlıkta belli başlı uluslararası örgütlerin terör örgütü belirleme yöntemleri incelenecektir.

1. Birleşmiş Milletler Kararları

II. Dünya Savaşından sonra uluslararası barış ve güvenliği korumak için 51 ülke tarafından 26 Haziran 1945’te imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması⁹² “Uluslararası Terörizmin Ortadan Kaldırılmasına Yönelik Tedbirler” başlığı altında birçok karar almış, bildiri yayınlamış ve bu doğrultuda imzalanan sözleşmelere öncülük etmiştir. BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi’nin terörizmle mücadele adına aldığı kararlarda özetle terörizm eylemlerinin BM temel ilkelerini ağır bir şekilde ihlal eden eylemler olduğu, ne şekilde olursa olsun tüm terörizm eylem ve yöntemlerinin suç sayıldığı, terörist faaliyetlerin hiçbir suretle haklı görülemeyeceği, terörizme karşı tüm devletlerin somut tedbirler alması gerektiği ve üye devletlerin diğer devletlerdeki terörist eylemleri desteklemekten kaçınması gerektiği vurgulanmıştır⁹³.

⁹² Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın tam metni için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf (Erişim: 23.11.2022).

⁹³ BM Genel Kurul’un 1994 tarihli ve 49/60 sayılı kararı, 1996 tarihli ve 51/210 sayılı kararı, BM Güvenlik Konseyi’nin 1999/1269 sayılı kararı, 2001/1368 ve 2001/1373

BM Güvenlik Konseyi'nin 1999/1267, 2011/1989 ve 2015/2253 sayılı kararları doğrultusunda El Kaide ve DEAŞ ile bağlantılı kişi ve kurumların listesi BM tarafından yayınlanmaktadır. BM'ye üye devletlerce, listelenen kişi veya gruplara karşı mal varlıklarının dondurulması, silah ambargosu uygulanması ve seyahat yasağı getirilmesi şeklinde üç temel yaptırım uygulanması öngörülmektedir. Bu yaptırımlar ilk olarak 1999/1267 sayılı kararla Taliban'ın mal varlıklarının dondurulması ve hava ambargosu uygulanması için kabul edilmiştir. Ardından 2011/1989 sayılı kararla El Kaide ile bağlantılı kişi ve gruplar ayrı bir liste ile yayınlanmış ve benzer yaptırımlar bu kişi ve gruplar için de öngörülmüştür. Son olarak 2015/2253 sayılı karar ile BM Güvenlik Konseyi Komitesi listeye DEAŞ ile bağlantılı kişi ve gruplar da eklenmiş ve bu liste "İŞİD/DEAŞ ve El Kaide Yaptırım Listesi" olarak anılmaya başlanmıştır. Üye devletler tarafından yaptırım listesine eklenmesi talep edilen kişi veya gruplar hakkında BM Güvenlik Konseyi üyelerinden oluşan Yaptırım Komitesi tarafından değerlendirilmekte ve kararlar oybirliğiyle alınmaktadır⁹⁴. Halihazırda 258 kişi ve 87 kuruluşun adını içeren ve en son 17 Ocak 2022 tarihinde güncellenen yaptırım listesine ekleme veya çıkarma öngören kararlar gerekçesiyle birlikte BMGK'nın resmî sitesinde yayınlanmaktadır⁹⁵.

BM'nin terör yaptırım kararları El Kaide ve DEAŞ ile sınırlı değildir. Örneğin Güvenlik Konseyi'nin Somali'yle ilgili aldığı 2008/1844 sayılı kararıyla El Şebap örgütü yaptırım listesine alınmıştır. Benzer şekilde Konsey'in Orta Afrika Cumhuriyeti ile ilgili aldığı 2016/2262 sayılı kararı ile Lord'un Direniş Ordusu (LRA) örgütü de yaptırım listesine dahil edilmiştir. Nitekim BM'nin güncel terör yaptırım listesinde yüze yakın örgüt bulunmaktadır⁹⁶. Yaptırım uygulanan kişi ve grupların toplu listesi de Konsolide Liste olarak ayrıca yayınlanmaktadır⁹⁷.

sayılı kararları, 2011/1989 sayılı kararı bunlardan öne çıkanlardır. Kararların İngilizce ve Türkçe metinleri için bkz. Türk, s. 34-64.

⁹⁴ <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1267> (Erişim: 21.12.2022).

⁹⁵ https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1267/aq_sanctions_list/summaries (Erişim: 21.12.2022).

⁹⁶ BMGK Yaptırım listelerinin tamamı ve yaptırım gerekçelerinin özeti için Konsey'in resmî sitesine bakılabilir. <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/narrative-summaries> (Erişim: 21.12.2022).

⁹⁷ United Nations Security Council Consolidated List, <https://www.un.org/securitycouncil/content/un-sc-consolidated-list> (Erişim: 21.12.2022).

BM Antlaşmasının 25'inci maddesi⁹⁸ gereğince bu kararlar tüm üye devletler için bağlayıcıdır. Dolayısıyla BM'ye üye her devlet bu kararların iç hukuk açısından uygulanması için gerekli tedbirlerin alınmasından sorumludur. Ancak yine de bu kararların devletlerin iç hukukunda mali ve idari yaptırımlar dışında hukuki sonuç doğuracağını iddia etmek güçtür. Esasen bu kararlar, listelenen kişi ve kuruluşlara karşı yalnızca ekonomik ve idari birtakım yaptırımlar öngördüğünden bu kararları terör örgütlerinin hukukten tespit edilmesini sağlayan bir araç olarak görmek yerinde olmayacaktır. Kaldı ki terörizm, en başta bir kriminal vaka olarak ceza hukukunun alanına girmektedir ve terör suçunun oluşup oluşmadığı ceza yargılamaları sonucunda tespit edilmektedir. Terörizmle mücadele finans kaynaklarının engellenmesiyle birlikte askeri, adli, ve idari birçok önleme faaliyetini içerdiğinden bu listelere iç hukuk açısından hukuki sonuç bağlamak, dahası bununla yetinmek yerinde olmayacaktır. Aşağıda detaylıca izah edileceği gibi devletlerin terörle mücadele konusundaki uygulamaları birbirinden farklı yasal temellere dayanmaktadır.

2. Avrupa Birliği Kararları

Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun devamı olarak 1992 tarihli Maastricht Antlaşması ile kurulan, günümüzde 27 üyesi bulunan ve Türkiye'nin 1999 yılından itibaren aday statüsünde olduğu Avrupa Birliği (AB), 11 Eylül saldırılarından hemen sonra 21 Eylül 2001 tarihinde terörizmle mücadele konusunda iş birliğini arttırmak ve uluslararası hukuk kurallarını geliştirmek amacıyla Terörle Mücadele Eylem Planı'nı açıklamıştır. Ardından 12 Aralık 2003'te yapılan Brüksel Zirvesi'nde; terörizm başta olmak üzere kitle imha silahlarının, silahlı çatışmaların ve başarısız devletlerin tehdit olarak sayıldığı, Avrupa ülkelerinin terörizm için hedef olduğu ve terörizme karşı ortak bir tutumun Avrupa için zorunlu olduğu yönündeki değerlendirmeleri içeren Avrupa Güvenlik Stratejisi, AB Konseyi tarafından kabul edilmiştir. Son olarak 30 Kasım 2005 tarihinde Avrupa Güvenlik Stratejisi paralelinde, önleme (*prevent*), koruma (*protect*), izleme (*pursue*) ve karşılık verme (*respond*) şeklinde dört stratejiden oluşan AB Terörizmle Mücadele Stratejisi kabul edilmiştir⁹⁹. AB'nin Terörle Mücadele Stratejisi, üye devletlerin

⁹⁸ Antlaşmanın 25'inci maddesinde “Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Antlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır.” ifadesi yer almaktadır.

⁹⁹ Burak Tangör ve Sevinç Sayın, “Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı mı?”, Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 11, S. 1, (2012), s.

uluslararası terörizmle mücadelesinin etkili ancak insan haklarına saygılı bir şekilde sürdürülmesini öngörmekte ve uluslararası bir tehdit olan terörizmle mücadelenin, ulusal, bölgesel ve küresel düzeyde yürütülmesi gerektiğine işaret etmektedir.

AB, 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra 2001/1373 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı doğrultusunda AB Konseyi tarafından kabul edilen 2001/931/CFSP sayılı Ortak Tutum'da belirtilen ek önlemler kapsamında terör faaliyetlerine karışan ve kısıtlayıcı önlemlere tabi olan kişilerin, grupların ve kuruluşların bir listesini yayınlamıştır¹⁰⁰. Hem AB içindeki hem de dışındaki kişileri ve aktif grupları kapsayan ve her altı ayda bir güncellenen bu liste, El Kaide, Taliban ve DEAŞ ile bağlantılı kişilerin ve kuruluşların fonlarının dondurulması hakkındaki 2011/1989 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı kapsamında tanzim edilen ve sadece mali yaptırımlar öngören listeden farklıdır¹⁰¹. Bu liste, terör bağlantılı kişi ve gruplara üye devletler tarafından mali yaptırımlar dışında idari yaptırımlar uygulanmasını da öngördüğünden, uluslararası hukuk açısından emsal bir terör örgütü listesi niteliğindedir.

AB sınırları içerisinde eylem ve faaliyetleri bulunan terörle bağlantılı kişi ve gruplar Konsey tarafından ayrıca listelenmektedir. Halihazırda 21 örgütün yer aldığı bu liste en son 5 Şubat 2021 tarihli ve 2021/142 sayılı Konsey Kararı ile güncellenmiştir¹⁰². Listelemenin yasal dayanağı olan 2001/931/CFSP sayılı Ortak Tutum'a göre, BMGK'nın terörle bağlantılı olduğu gerekçesiyle hakkında yaptırım kararı aldığı kişi, grup ve kuruluşlar dışındaki kişi veya gruplar hakkında alınacak kararların ve yayınlanacak listelerin, adli makamlar veya eşdeğer yetkili makamlar tarafından alınan kararlara ve kesin bilgilere dayanması gerekmektedir¹⁰³.

88-93; Ayrıca bkz. <https://www.avrupa.info.tr/tr/terorle-mucadele> (Erişim: 21.12.2022).

¹⁰⁰ AB Resmî Gazetesi, 16.06.2009, s. L.151/46 – L.151/50, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009E0468&qid=1412596355797&from=EN> (Erişim: 21.12.2022).

¹⁰¹ <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/fight-against-terrorism/terrorist-list/> (Erişim: 21.12.2022).

¹⁰² AB Resmî Gazetesi, 08.02.2021, s. L.43/16 – L.43/17 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2021.043.01.0014.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2021%3A043%3ATOC (Erişim: 21.12.2022).

¹⁰³ Terörle mücadele için özel tedbirlerin uygulanmasına ilişkin 27 Aralık 2001 tarihli Konsey Ortak Pozisyonu, AB Resmî Gazetesi, 28.12.2001, s. L.344/93 – L.344/96,

Bir kişinin, grubun veya kuruluşun terör örgütü olarak belirlenmesi kararı, üye devletlerin veya üçüncü taraf devletlerin başvurusu ve ilgili Çalışma Grubu'nun (*COMET*) tavsiyesi üzerine Konsey tarafından alınmakta ve alınan kararlar AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmaktadır. Listede yer alan kişiler, gruplar ve kuruluşlar Konsey'den kararı gözden geçirmesini talep edebilmekte, Konsey kararlarına dayanak teşkil eden ulusal kararlara karşı iç hukuk kuralları kapsamında itiraz edebilmekte ve 2001/2580 sayılı Konsey tüzüğüne göre Konsey kararlarına karşı AB Adalet Divanı'na başvurabilmektedir¹⁰⁴.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki AB terör örgütü olarak nitelendirdiği organizasyonlarla bağlantılı kişilere her ne kadar birtakım idari ve mali yaptırımlar uygulanmasını öngörse de AB üyesi ülkelerde bu örgüt mensupları hakkında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda yalnızca bu şahısların suç eylemleri göz önünde bulundurulmaktadır. Terör örgütü listeleri örgüt mensuplarının terör suçlusu olarak kabul edilmeleri için yeterli dayanağı oluşturmamaktadır¹⁰⁵.

3. NATO Kararları

4 Nisan 1949'da ABD'de imzalanan ve Türkiye'nin 1952 yılında dâhil olduğu NATO Antlaşması'nın 5'inci maddesinde " *taraflardan birine veya birkaçına yöneltilen silahlı bir saldırının üye devletlerin hepsine yöneltilmiş bir saldırı olarak değerlendirileceği ve eğer böyle bir saldırı olursa BM Antlaşması'nın 51'inci maddesinde tanınan bireysel ya da toplu öz savunma hakkını kullanarak, Kuzey Atlantik bölgesinde güvenliği sağlamak ve korumak için bireysel olarak ve diğerleri ile birlikte, silahlı kuvvet kullanımı da dâhil olmak üzere gerekli görülen eylemlerde bulunarak saldırıya uğrayan taraf ya da taraflara yardımcı olacakları konusunda anlaşmışlardır*" belirtilmiştir¹⁰⁶. Madde metninde yer alan silahlı saldırı devletler tarafından gerçekleştirilen saldırıları ifade etmesine karşın gelinen aşamada terör eylemlerinin de silahlı

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001E0931> (Erişim: 21.12.2022).

¹⁰⁴ <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/fight-against-terrorism/terrorist-list/> (Erişim: 23.12.2022).

¹⁰⁵ Özgenç, (2018), s. 80.

¹⁰⁶ Antlaşmanın tam metni için bkz. https://www.nato.int/cps/fr/natohq/official_texts_17120.htm?selectedLocale=tr (Erişim: 28.11.2022).

saldırıları kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bu durum müteakip dönemlerde alınan karar ve bildirimlere de yansımıştır¹⁰⁷.

Terörizmle ilgili bir dizi karara imza atmış olmasına rağmen terör örgütleri konusunda üye devletlerin fikir birliği içerisinde olmaması nedeniyle NATO'nun terör örgütü belirleme noktasında özel bir uygulaması ve terör örgütü listesi bulunmamaktadır.

Nitekim NATO Genel Sekreteri Jens Stoltenberg, 11 Ekim 2019 tarihli basın toplantısında NATO'nun terör örgütlerini belirlediği bir listesinin olmadığını ve terörün her türlüyle mücadele edildiğini belirttikten sonra Türkiye'nin PYD/YPG'yi PKK terör örgütüyle eşdeğer görmesine karşın NATO müttefikleri arasında bu konuda farklı görüşlerin olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁸.

Buna rağmen NATO'nun almış olduğu kararlarda ve resmî açıklamalarında bazı grupların terör örgütü olarak ifade edildiği görülmektedir. Örneğin PKK, geçmişten günümüze birçok kararda ve resmî açıklamada terör örgütü olarak ifade edilmiştir. 17 Ekim 2007 tarihli basın brifinginde NATO'nun PKK'yı terör örgütü olarak tanıdığı NATO Sözcüsü James Appathurai tarafından ifade edilmiştir¹⁰⁹. Yine NATO Askeri Komite Sözcüsü Brett Boudreau, 14 Kasım 2007 tarihli basın brifinginde Türkiye'nin terör örgütü PKK'ya karşı mücadelesinde NATO'nun Türkiye'yi desteklediğini ifade etmiştir¹¹⁰. Son olarak dönemin NATO Genel Sekreteri Anders Fogh Rasmussen, 8 Ekim 2010 tarihinde yaptığı konuşmada NATO'nun PKK'yı terör örgütü olarak gördüğünü net bir şekilde ifade etmiştir¹¹¹.

¹⁰⁷ Nitekim 24 Nisan 1999 tarihinde Washington'da düzenlenen zirve toplantısı sonrasında alınan Yeni Stratejik Kavram (*The Alliance's Strategic Concept*) kararında "Üye devletlerin toprağına karşı yapılacak tüm silahlı saldırıların Antlaşmanın 5'inci ve 6'ncı maddeleri kapsamında olduğu, terörizm faaliyetleri ile diğer örgütlü suçların İttifakın güvenliğini tehdit ettiği" belirtilmiştir. Karar için bkz. Türk, s. 70-71.

¹⁰⁸ https://www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_169574.htm?selectedLocale=en (Erişim: 8.12.2022).

¹⁰⁹ https://www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_8514.htm?selectedLocale=en (Erişim: 8.12.2022).

¹¹⁰ https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_46405.htm?selectedLocale=en (Erişim: 8.12.2022).

¹¹¹ https://www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_66727.htm?selectedLocale=en (Erişim: 8.12.2022).

PKK dışında birçok örgütün de NATO karar ve bildirimlerinde yer aldığı görülmektedir. Örneğin 12 Temmuz 2018 tarihli “Afganistan’daki Kararlı Destek Misyonuna İlişkin” ortak açıklamada NATO müttefiklerinin, Afganistan hükümetinin, DEAŞ ve El Kaide bağlantılı örgütler başta olmak üzere her türlü terör tehdidini ortadan kaldırma konusundaki kararlılığını güçlü bir şekilde desteklediği belirtilmiştir¹¹². Aynı şekilde “ISAF’ın Stratejik Vizyonuna İlişkin” ortak açıklamada da NATO’nun ve Afganistan hükümetinin Taliban ve El Kaide gibi aşırılık yanlısı terör gruplarının Afganistan’ın kontrolünü yeniden ele geçirmesine ve bu bölgeyi tüm insanlığı tehdit edecek şekilde terör için bir üs olarak kullanmasına izin vermeyeceği ifade edilmiştir¹¹³.

4. İslam İşbirliği Teşkilatı Kararları

Müslüman coğrafyasında bulunan ülkelerin problemlerine çözüm üretmeyi misyon edinerek 1969 yılında Türkiye’nin de aralarında bulunduğu 25 kurucu üyenin öncülüğünde kurulan ve günümüzde 57 üyesi bulunan İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT), Filistin-İsrail çatışması başta olmak üzere barış ve güvenlik, yoksulluğun azaltılması, terörle mücadele, yatırım ve finans, iklim değişikliği gibi birçok konuda faaliyet yürütmekte ve kararlar almaktadır¹¹⁴.

İİT’nin 1972 tarihli kuruluş şartnamesinde terörle mücadele konusunda iş birliği yapmak; organize suçlarla, uyuşturucu kaçakçılığıyla, yolsuzlukla, kara para aklamayla ve insan kaçakçılığıyla mücadele etmek temel amaçlar arasında sayılmıştır¹¹⁵.

Teşkilat, 1999 yılında tüm üyeleri için bağlayıcı olan Terörle Mücadele Sözleşmesi’ni kabul etmiştir. Bu sözleşmede terörizm tanımının detaylandırılması, terör suçlarının önlenmesi, terör suçlarıyla mücadeleye yönelik tedbirler, üye devletler arasında güvenlikle ilgili çeşitli iş birliği ve koordinasyon alanlarının belirlenmesi, suçluların iadesine ilişkin konular dahil olmak üzere birçok konu ele alınmaktadır¹¹⁶. Üye devletler sözleşme ile

¹¹² https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_156625.htm?selectedLocale=en (Erişim: 8.12.2022).

¹¹³ https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_8444.htm?selectedLocale=en (Erişim: 8.12.2022).

¹¹⁴ https://www.oic-oci.org/page/?p_id=52&p_ref=26&lan=en (Erişim: 8.12.2022).

¹¹⁵ İslam İşbirliği Teşkilatı Kuruluş Şartnamesinin tam metni için bkz. https://www.oic-oci.org/upload/documents/charter/en/oic_charter_2018_en.pdf (Erişim: 23.12.2022).

¹¹⁶ Convention of the Organisation of the Islamic Conference on Combating International Terrorism, https://www1.oic-oci.org/english/convention/terrorism_convention.html (Erişim: 23.12.2022).

Müslüman coğrafyasının güvenlik ve istikrarını tehdit eden terör suçlarıyla mücadelede aralarındaki iş birliğini geliştirmeyi, terörün her türlü tezahürüyle mücadele etmeyi ve terörün insanların can ve mallarını hedef alan amaç ve sebeplerini ortadan kaldırmayı taahhüt etmiştir.

İİT'nin de NATO gibi yayımladığı bir terör örgütü listesi bulunmamaktadır. Ancak Teşkilat aldığı kararlarla bazı grupları terör örgütü olarak nitelendirmekte, bu örgütlerle mücadelede üye devletlerin iş birliğini öngörmektedir.

Örneğin 18-19 Ekim 2016 tarihlerinde gerçekleştirilen 43. Dışişleri Başkanları Konseyi Toplantısı'nda İİT, ülkemiz için son derece önemli bir karara imza atarak, FETÖ/PDY yapılanmasını terör örgütü olarak kabul etmiştir¹¹⁷. Anılan kararda özetle; Türkiye'nin ve diğer üye devletlerin kamu düzenine, güvenlik ve istikrarına, meşru kamu kurumlarına yönelik tehdit ve risk teşkil eden ve Fethullah Gülen tarafından yönetilen uluslararası ağın Türkiye tarafından terör örgütü olarak belirlendiğinin idrakine varılarak Fethullahçı Terör Örgütü'ne (FETÖ) mensup silahlı grup ve bu grubun sivil işbirlikçileri tarafından 15 Temmuz 2016'da Türk Anayasası'na, Cumhurbaşkanına, hükümetine ve halkına karşı gerçekleştirilen darbe girişimi şiddetle kınanmakta; üye devletler, FETÖ tarafından organize edilen ve yönetilen kuruluşlara ve gruplara karşı her türlü gerekli tedbiri almaya ve bu yönde Türkiye'yle işbirliği yapmaya davet edilmektedir¹¹⁸.

Teşkilat'ın terör örgütleriyle ilgili aldığı kararlar bununla sınırlı değildir. Nitekim FETÖ'nün terör örgütü olarak tanındığı toplantıda ayrıca DEAŞ, El Kaide, El Nusra, Boko Haram, El Şebap ve Taliban'ın terör saldırıları kınanmış ve üye devletlerin bu terör gruplarına karşı mücadele içinde olacağı vurgulanmıştır¹¹⁹.

Son olarak PKK da İslam İşbirliği Teşkilatı tarafından terör örgütü olarak nitelendirilmektedir. Teşkilat'ın 47. Dışişleri Bakanları toplantısında da 6/47-POL sayılı kararı ile terör örgütü PKK/YPG'nin Suriye'de gerçekleştirdiği

¹¹⁷ Fethullahçı Terörist Örgütü'ne (FETO) İlişkin 47/43-POL sayılı karar, <https://www.oic-oci.org/docdown/?docID=286&refID=22> (Erişim: 23.12.2022).

¹¹⁸ Kararın Türkçe metni için bkz. https://www.mfa.gov.tr/fethullahci-terror-orgutu-_feto_--hakkinda-iiit-disisleri-bakanlari-konseyi-43_-donem-toplantisinde-alinan-karar.tr.mfa (Erişim: 23.12.2022).

¹¹⁹ Kararın tam metni için bkz. https://www.oic-oci.org/subweb/cfm/43/en/docs/fin/43cfm_res_pol_en.pdf (Erişim: 23.12.2022).

saldırıları kınanmış, örgütün ve faaliyetlerinin ortadan kaldırılması için üye devletlerin iş birliği içerisinde olacağı teyit edilmiştir¹²⁰.

B. Mukayeseli Hukukta Terör Örgütlerinin Tespiti

Bir örgütün hukuken terör örgütü olarak tanınma süreci devletlerin uygulamalarında genellikle üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar yasama organı olan meclis vasıtasıyla belirlenme, yürütme organı olan idari makamlarca terör örgütü olarak ilan edilme veya yargı organı olan mahkeme kararlarıyla terör örgütü kabul edilme şeklinde olabilmektedir. Ancak aşağıda da görüleceği üzere yasama yürütme ve yargı organları terör örgütlerini belirleme faaliyetlerinde birlikte de çalışabilmektedir. Terör örgütü belirlemesi, listeleme şeklinde olabileceği gibi münferiden ilan şeklinde de olabilmektedir.

Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip birçok ülkede bir organizasyonun terör örgütü olarak nitelendirilmesi konusunda yasama veya yürütme organlarına yetki verildiği görülmektedir¹²¹. Kıta Avrupası ülkelerinde ise özel bir düzenlemeye yer verilmediği ve bu tespitin çoğunlukla ceza mahkemelerine bırakıldığı anlaşılmaktadır¹²².

Terör örgütlerinin hukuken tespitinde yasama organına görev yüklemek, kanun çıkarma sürecinin görece uzun olması nedeniyle yaygın bir uygulama olmasa da devletler zaman zaman terör örgütleriyle mücadele sürecinin kanuni altyapısını güçlü tutmak istediklerinde bu yola başvurabilmektedirler. Yasama süreci uzun ve zahmetli bir süreç olduğundan devletler terör örgütleriyle alakalı hukuki tespitleri genellikle idari işlemlerle düzenlemeyi tercih etmektedirler. Yurtiçinde ve yurtdışında faaliyet gösteren silahlı aktörleri terör örgütü ilan etme veya terör örgütü listesi yayımlama şeklinde gerçekleşen bu yöntem, genellikle Savunma Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı veya İstihbarat Başkanlığı tarafından çıkarılan karar, kararname veya yönetmelikler marifetiyle uygulanmaktadır.

Örneğin Birleşik Krallık Terör Yasası'na göre (*UK Terrorism Act*) İçişleri Bakanı (Kuzey İrlanda için Dışişleri Bakanı) kanunda belirlenen tanımlar ve şartlar çerçevesinde bir kuruluşu terör örgütü olarak

¹²⁰ <https://www.oic-oci.org/docdown/?docID=6626&refID=3255> (Erişim: 23.12.2022).

¹²¹ Turinay, (2018), s. 222.

¹²² Fransa, Belçika, Almanya ve İspanya Ceza Kanunlarında bu konuda özel bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

belirleyebilmektedir. Yasaklı kuruluş kabul edilen örgütler, İçişleri Bakanlığı'nın kararına karşı Yasaklı Kuruluşlar İtiraz Komisyonu'na (POAC) başvurabilmektedir. Komisyon itirazı kabul veya reddedebilmektedir. Komisyonun kararına karşı hem İçişleri Bakanlığı hem de yasaklanan kuruluş, Temyiz Mahkemesi'ne başvurabilmektedir. Temyiz Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda parlamento düzenlemeyi iptal etmekte veya onaylamaktadır. Ayrıca terör örgütü listesi üzerinde parlamentonun denetim yetkisi bulunmaktadır¹²³. Hâlihazırda 78 organizasyon içeren ve 2000 tarihli Birleşik Krallık Terör Yasası'na Ek-2 liste şeklinde eklenen Yasaklı Terör Örgütleri listesi¹²⁴ İçişleri Bakanlığı tarafından da yayımlanmaktadır¹²⁵.

Eski bir İngiliz sömürgesi olan Hindistan'da ise terör örgütleri bir dönem kanunla belirlenmekteydi. 2002 tarihli Terörizmi Önleme Kanunu'nun 18'inci maddesinde kanunun ekinde listelenen ve listelenen kuruluşlarla aynı ad altında çalışan örgütlerin terör örgütü olduğu belirtilmiştir. Aynı maddeye göre Merkezi Hükümet, Resmî Gazete'de yayımlayacağı emirle listeye bir organizasyon eklemek, listeden organizasyonu çıkarmak veya listeyi yenilemek konusunda yetkiliydi¹²⁶. Ancak söz konusu yasanın 2004 tarihinde yürürlükten kaldırılması ve terör eylemleriyle ilgili düzenlemelerin 1967 tarihli Yasadışı Faaliyetleri Önleme Yasası'na eklenmesiyle terör örgütü belirleme uygulaması da değişmiş oldu. Anılan kanunun 3'üncü maddesinde Merkezi Hükümetin, herhangi bir kuruluşun kanuna aykırı olduğu kanaatine vararak bu oluşumu yasadışı örgüt olarak ilan etme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Ancak kanunun 4'üncü maddesinde yasadışı bir örgütün tespit edilmesi durumunda merkezi hükümetin örgüt hakkında karar vermek üzere mahkemeye bildirim yapmasını öngörmektedir. Kanuna göre mahkeme, yapacağı soruşturma sonrasında örgütün yasaklanması için yeterli sebep bulunduğu kanaat getirirse bu örgütün yasadışı olduğuna karar verir ve bu kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır. Kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla terör örgütünün yasaklı kuruluş olduğu kararı

¹²³ United Kingdom Terrorism Act 2000, Part II, Proscribed Organisations, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/contents> (Erişim: 24.12.2022)

¹²⁴ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/schedule/2> (Erişim: 24.12.2022).

¹²⁵ <https://www.gov.uk/government/publications/proscribed-terror-groups-or-organisations--2/proscribed-terrorist-groups-or-organisations-accessible-version> (Erişim: 24.12.2022).

¹²⁶ The Prevention of Terrorism Act 2002, <https://indiankanon.org/doc/1778/> (Erişim: 26.12.2022).

kesinleşmektedir¹²⁷. Hindistan’da bu kapsamda 1967 tarihli Yasadışı Faaliyetleri Önleme Yasası’nın ekinde “Terörist Organizasyonlar” adıyla bir liste yayımlamıştır. En son 2019 yılında güncellenen listede hâlihazırda 32 örgüt bulunmakta, ayrıca BM Yaptırım Listesindeki örgütlerin de terör örgütü olarak tanındığı yasada belirtilmektedir¹²⁸. Sonuç olarak Birleşik Krallık’ta ve Hindistan’da terör örgütlerinin hukuken tespitinde hükümet, meclis ve mahkemelerin birlikte çalıştığı söylenebilir.

ABD’de ise yabancı terör örgütlerini belirleme yetkisi 1965 tarihli Göç ve Vatandaşlık Kanunu ile Dışişleri Bakanına verilmiştir¹²⁹. Ayrıca 2001 tarihli Terörizmi Önleme Yasası (*Patriot Act*) ile de terör örgütlerinin tespiti ve yasaklanması konusunda Dışişleri Bakanına yetki verilmiştir¹³⁰. ABD Dışişleri Bakanlığı bu yetki doğrultusunda Başsavcılığın talebi üzerine veya Başsavcı ve İç Güvenlik Bakanı ile yapılan istişareler neticesinde Terör Örgütleri Yaptırım Listesi yayımlamaktadır¹³¹. Yabancı terör Örgütleri Listesi de ayrıca yayımlanmaktadır¹³². Yasa gereği listeye bir örgüt ekleneceği veya listeden örgütün çıkarılacağı durumlarda Dışişleri Bakanlığı, Adalet Bakanlığı ve istihbarat kuruluşlarıyla birlikte çalışmaktadır. 2001 tarihli Terörizmi Önleme Yasası (*Patriot Act*) ile yapılan düzenlemede terör faaliyetleri geniş bir şekilde tanımlanmış ve terör örgütü belirleme yetkisine sahip olan Devlet Bakanı Kongreyi bilgilendirmekle yükümlü kılınmıştır¹³³.

Kanada Ceza Kanunu ise, Kamu Güvenliği Bakanı’nın tavsiyesi üzerine Özel Konsey Valisi’ne terör örgütü olarak tanıma yetkisi vermiştir. Buna göre Kamu Güvenliği Bakanı, Ceza Kanunu kapsamında terör örgütü niteliğinde olduğunu değerlendirdiği örgütleri Özel Konsey’e iletmekte, Konsey Valisi de çıkaracağı yönetmelikle bu oluşumları terör örgütü olarak ilan

¹²⁷ The Unlawful Activities (Prevention) Act 1967, <https://www.indiacode.nic.in/handle/123456789/1470> Erişim: 26.12.2022).

¹²⁸ The Unlawful Activities (Prevention) Act 1967, The First Schedule, <https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/1470/1/A1967-37.pdf> (E.T: 26 Aralık 2022).

¹²⁹ <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title8-section1189&num=0&edition=prelim> (Erişim: 26.12.2022).

¹³⁰ USA Patriot Act 2001, Section 411, <https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf> (Erişim: 26.12.2022).

¹³¹ <https://www.state.gov/terrorist-exclusion-list/> (Erişim: 26.12.2022).

¹³² <https://www.state.gov/foreign-terrorist-organizations/> (Erişim: 26.12.2022).

¹³³ Turinay, (2018), s. 222.

etmektedir¹³⁴. Söz konusu yönetmelikler Resmî Gazete’de (*Canada Gazette*) yayımlanmakta ve hâlihazırda 77 örgütün yer aldığı terör örgütü listesinin güncel hali Kamu Güvenliği Bakanlığı tarafından paylaşılmaktadır¹³⁵.

Benzer şekilde; Avustralya Ceza Kanunu’na göre İçişleri Bakanı’nın teklifi üzerine yapılan değerlendirme sonucunda Genel Vali, çıkaracağı yönetmelikle bir oluşumu terör örgütü olarak ilan edebilmektedir. Terör örgütü olarak kabul edilen organizasyonların toplu listesi de İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır. Parlamento, İstihbarat ve Güvenlik Ortak Komitesi’nin tavsiyesi üzerine bir örgütün listeye eklenmesini engelleyebilmektedir. Ayrıca mahkemeler de listenin yasal olup olmadığını inceleme yetkisine sahiptir. Bunun yanında terör suçlarıyla ilgili kovuşturmalarda bir örgütün terör örgütü olduğu mahkemelerce de belirlenebilmektedir¹³⁶. Avustralya İçişleri Bakanlığına bağlı Ulusal Güvenlik Departmanı tarafından yayımlanan terör örgütü listesinde hâlihazırda 29 örgüt bulunmaktadır¹³⁷. Terör örgütlerinin yönetmelik dışında ayrıca mahkeme kararlarıyla da belirlenebilir olması, terör örgütleri listesi üzerinde mahkemelerin ve meclisin denetim yetkisinin bulunması, ayrıca ilgili diğer devlet kurumlarının da süreçte aktif olarak çalışması nedeniyle Avustralya’daki terör örgütü belirleme sistemi ulusal hukuk düzenlemeleri açısından emsal niteliğindedir.

Son olarak, devletler yasadışı kuruluşları ve terör örgütlerini belirleme noktasında herhangi bir yasal düzenleme öngörmemiş olabilir. Bu durumda terör örgütleri ceza yargılaması sonucunda mahkeme kararlarıyla belirlenmektedir. Örneğin Rusya Federasyonu’nda terör suçları ceza kanununda düzenlenmiş olmakla birlikte kanunda terör örgütü tanımı ve terör örgütü belirleme yöntemi konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹³⁸. Dolayısıyla Rusya’da bir kuruluşun terör örgütü olup olmadığı mahkeme kararlarıyla belirlenmektedir. Mahkeme kararlarıyla terör örgütü olarak kabul

¹³⁴ Canada Criminal Code 1985, C-46, PART II, (83.05), <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf> (Erişim: 26.12.2022).

¹³⁵ <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/ntnl-scrt/cntr-trrrsm/lstd-ntts/crrnt-lstd-ntts-en.aspx> (Erişim: 26.12.2022).

¹³⁶ Criminal Code Act 1995, Part 5.3, Terrorism, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2020C00245> (Erişim: 26.12.2022).

¹³⁷ <https://www.nationalsecurity.gov.au/what-australia-is-doing/terrorist-organisations/listed-terrorist-organisations> (Erişim: 26.12.2022).

¹³⁸ The Criminal Code Of The Russian Federation, <http://www.russian-criminal-code.com/PartII/SectionIX/Chapter24.html> (Erişim: 26.12.2022).

edilen kuruluşlar resmi istihbarat kuruluşu olan Federal Güvenlik Servisi (FSB) tarafından topluca yayımlanmaktadır. “Terörist Olarak Tanınan Yabancı ve Uluslararası Kuruluşlar” adıyla yayımlanan listede hâlihazırda 43 örgüt bulunmaktadır¹³⁹.

Görüldüğü gibi bir oluşumu terör örgütü olarak belirleme sürecinde mahkemelerin rolü devletten devlete değişebilmektedir. Bu rol üç ayrı şekilde karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak mahkemeler Rusya örneğinde olduğu gibi terör örgütü belirlemenin tek yolu olarak öngörülmüş olabilir. İkinci olarak Avustralya’da olduğu gibi idari kararlarla birlikte mahkeme kararlarına da itibar ediliyor olabilir. Son olarak İngiltere ve Hindistan’da olduğu gibi mahkemeler yasama ve yürütme işlemlerinin denetim mekanizması olarak çalışıyor olabilir.

C. Türk Hukukunda Terör Örgütlerinin Tespiti

Türkiye’de terörle mücadele ile ilgili hususları içeren birçok yasal düzenleme bulunmasına rağmen TMK’da veya başka bir mevzuatta terör örgütü belirleme yöntemi ayrıca düzenlenmemiştir. Bu konuda çıkarım yapılabilecek tek yasal düzenleme 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun’da bulunmaktadır. Anılan Kanunun 7’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında “5’inci ve 6’ncı maddelerde düzenlenen hususlar dışında, **mahkemelerce terör örgütü olduğuna kesin olarak karar verildikten sonra 3 üncü ve 4 üncü madde kapsamına giren fiilleri gerçekleştirdiği hususunda makul sebeplerin varlığına istinaden kişi, kuruluş veya organizasyonların Türkiye’de bulunan malvarlığının dondurulmasına ve bu makul sebeplerin ortadan kalkması hâlinde malvarlığının dondurulmasının kaldırılmasına Değerlendirme Komisyonunun önerisi üzerine Hazine ve Maliye Bakanı ile İçişleri Bakanı tarafından birlikte karar verilebilir.**” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden anlaşılan Türk hukukunda bir organizasyonu terör örgütü olarak belirleme yetkisinin mahkemelerde olduğudur.

Terör suçları doğal olarak ceza hukuku sistematığı içerisinde düzenlendiğinden Türkiye’de bir oluşumun terör örgütü olduğunun hukuki olarak tespiti Rusya örneğinde olduğu gibi ancak ceza yargılamaları sonucunda mahkeme kararlarıyla mümkün olmaktadır. Geçmiş dönemlerde Bakanlar Kurulu kararlarıyla, 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden

¹³⁹ <http://www.fsb.ru/fsb/npd/terror.htm> (Erişim:24.12.2022).

sonra da Cumhurbaşkanı kararlarıyla yayımlanan kişi ve kuruluş yaptırım listeleri ise BMGK Kararları ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun çerçevesinde düzenlenmektedir. Bu kararlar terör örgütlerine ve örgüt mensuplarına mali yaptırımlar öngördüğünden terör örgütü olarak nitelendirme usullerinden ayrı düşünülmesi gereken bir uygulamadır. Yukarıda da açıklandığı üzere birçok devlet ve uluslararası örgüt BM Kararları çerçevesindeki kuruluş listesinden ayrı olarak terör örgütü listesi yayımlamaktadır.

Gerçekten de Türk hukukunda Anglo-Sakson sistemindeki eğilime karşın bir örgütün terör örgütü olarak belirlenmesinde yasama ve yürütme organları yetkili kılınmamıştır¹⁴⁰. Dolayısıyla bir organizasyonun terör örgütü olup olmadığına hiçbir idari ve siyasi makamın (Cumhurbaşkanı, Meclis, Kabine, Milli Güvenlik Kurulu, Bakanlıklar) karar verme yetkisi yoktur. Terör örgütü varlığının kabulü için savcılığın TMK’da düzenlenen terör suçlarından birinden iddianame düzenlemesi, mahkemenin iddianameyi kabul ederek dava açması, mahkeme kararında terör örgütü varlığının kabul edilmesi ve nihayet kararın Yargıtay tarafından onanarak kesinleştirilmesi gerekmektedir¹⁴¹.

Türkiye’de hiçbir idare organının terör örgütü belirleme yetkisi bulunmamasına karşın 2011 yılında EGM resmî sitesinde 12 kuruluştan oluşan “Türkiye’de Halen Faaliyetlerine Devam Eden Başlıca Terör Örgütleri” adlı bir liste yayımlanmıştır¹⁴². Hâlihazırda EGM resmî sitesinde bulunan Terör Arananlar sayfasında ise 20 terör örgütü bulunmaktadır¹⁴³. Referans niteliğinde olan söz konusu ilanlar mahkeme kararları sonucunda terör örgütü olarak kabul edilen bazı oluşumların tasnifini içermektedir.

1. Yargıtay Kararlarında Terör Örgütü Varlığı

Bir oluşumun terör örgütü niteliğinde olup olmadığının tespiti mahkemelerin yetkisine bırakılmış olmakla birlikte uygulamada terör örgütleri ile ilgili değerlendirmelerde mahkemeler tarafından EGM başta olmak üzere devletin ilgili kurum ve kuruluşlarından bilgi talep

¹⁴⁰ Turinay, (2018), s. 223.

¹⁴¹ Bodur ve Özkul, s. 50.

¹⁴² <https://web.archive.org/web/20130114042731/http://www.egm.gov.tr/temuh/terorgrup1.html> (Erişim: 23.11.2022).

¹⁴³ <http://www.terorarananlar.pol.tr/> (Erişim: 23.11.2022).

edilmektedir¹⁴⁴. Mahkemelerin emniyet birimleri başta olmak üzere idari makamlardan bilgi belge talep etmesi ve bu bilgi ve belgelere göre karar vermesi idari makamların dolaylı olarak terör örgütü belirleme yetkisine sahip olduğu iddia edilebilse de sadece uygulamaya bakılarak idari mercilerin terör örgütü belirleme yetkisine sahip olduğunu savunmak güçtür. Kuşkusuz nihai karar mahkemelerindir¹⁴⁵.

Sonuç olarak, Türkiye’de bir organizasyonun terör örgütü niteliğinde olup olmadığı konusunda son sözü, adli yargı mahkemeleri tarafından verilen kararların son inceleme merci olan Yargıtay’ın söylediğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu husus Yüksek Mahkeme’nin kararlarında da ifade edilmektedir:

“... Terörle Mücadele Kanunu ve Türk Ceza Kanunu kapsamında, bir oluşumun, örgüt niteliğinde bulunup bulunmadığı ve niteliğinin belirlenmesi hususunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yargılama safahatında, dava ya da soruşturmaya konu oluşumun nerede, ne zaman, kimler tarafından, ne amaçla kurulduğu, ülke genelinde amaca elverişli eylem ve faaliyetlerine ilişkin bilgiler ilgili Devlet kurumlarından dosyaya getirilmek suretiyle dosyada mevcut olay ve deliller doğrultusunda yargılama makamlarınca belirlenmekte ve yargı kararının kesinleşmesi ile oluşumun suç, terör ya da silahlı terör örgütü niteliğinde bulunup bulunmadığı kesin olarak tespit edilmektedir... Örgütün niteliklerinin mahkemece belirlenmesi bir tespit kararıdır. Önceden var olan ancak hakkında karar verilmediği için kamuoyu tarafından bilinmeyen örgütün hukuki varlık kazanması mahkemeler tarafından verilecek karara bağlı ise de, örgütün kurucusu, yöneticileri ya da üyeleri açısından, kuruluş tarihinden veya meşru amaçlarla kurulup daha sonra suç örgütüne dönüştüğü andan itibaren ceza hukuku bakımından işledikleri fiile göre sorumlu olacaklardır. Bu mensuplardan bir kısmı, oluşumun bir terör örgütü olduğunu bilmemesi (hata hükümleri) durumunda, “kusursuz ceza olmaz” ilkesi doğrultusunda uygulama yapılacağında bir tereddüt yoktur...”¹⁴⁶”

¹⁴⁴ Boz, s. 148.

¹⁴⁵ Turinay, (2018), s. 223.

¹⁴⁶ Yargıtay 16. CD, E.2018/3775, K.2018/5600, 31.12.2018. (www.corpus.com.tr)

Karar hükmünden hareketle bir oluşumun suç örgütü olarak faaliyette bulunmasının her zaman mümkün olduğunu, suç örgütü kabulü için mahkemenin bu yönde bir tespit yapmasının zorunlu olmadığını ve bu nedenle suç tarihi itibarıyla bir örgüt kararının verilmemiş olmasının, neticeyi bilerek ve isteyerek tipik hareketi gerçekleştiren örgüt mensuplarının yasal yünden sorumlu tutulmalarına engel teşkil etmeyeceğini önemle belirtmek gerekir¹⁴⁷. Terör örgütünün varlığı yönündeki kararlar soruşturma tarihi itibarıyla belirlenmektedir ancak bu durum terör örgütünün soruşturma veya kovuşturmadan önce hukuken var olmadığı ve terörizm faaliyeti yürütmediği anlamına gelmemektedir¹⁴⁸. Diğer bir deyişle bir örgütün terör örgütü olarak kabul edilmesi bir tespit kararı olduğundan, bu örgüt içerisinde bilerek ve isteyerek faaliyet gösteren üyelerin cezai sorumluluğu, örgütün terör örgütü olarak kabul edildiği tarihten bağımsız olarak belirlenmektedir.

BM Güvenlik Konseyi Kararları ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun çerçevesinde düzenlenen listelerin terör örgütlerinin varlığının tespiti için yeterli olmadığı hususu, Yargıtay kararlarıyla da benimsenmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin, 2013/5428 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla terörizmin finansmanının önlenmesine ilişkin yaptırım listesine alınan DEAŞ (İŞİD) örgütüne mensup bir sanık hakkında verdiği karar, konunun anlaşılması açısından büyük önem arz etmektedir:

“... Sanığın mensubu bulunduğu iddia edilen Irak Şam İslam Devleti (İŞİD) adlı oluşumun 3713 sayılı Kanununun 1, 7/1 ve TCK'nın 314. Maddelerinde tanımlanan terör örgütü ya da silahlı terör örgütü olduğunu gösterir; örgütün kuruluşu, kurucuları, lideri, amacı, stratejisi, eylemleri, Türkiye'de ve Türkiye dışında, Türk vatandaşları ya da Türkiye Cumhuriyeti kurum ve kuruluşlara karşı, gerçekleştirdiği eylem ve faaliyetlerinin bulunup bulunmadığı, varsa bu eylem ve faaliyetlerinin nelerden ibaret olduğu hususlarının İçişleri Bakanlığı ve ilgili kurumlardan sorulmasından ve örgütün niteliği hiç bir duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlenmesinden sonra, sanığın hukuki durumunun takdir ve tayin

¹⁴⁷ Yargıtay 16. CD, E.2016/7162, K.2017/4786, 18.07.2017. (www.corpus.com.tr)

¹⁴⁸ Bodur ve Özkul, s. 50.

edilmesi gerekirken, eksik araştırmayla yazılı biçimde hüküm kurulması kanuna aykırıdır...¹⁴⁹”

Karardan da anlaşılacağı gibi, DEAŞ Türkiye'nin mali yaptırım listesinde bulunmasına rağmen Yargıtay bu hususu yeterli görmeyerek örgüt hakkında detaylı araştırma yapılmasını talep etmiştir. Bahsi geçen karara imza atan Yargıtay 16. Ceza Dairesi bir ay sonra verdiği bir kararda ise DEAŞ'ın dosyadaki bilgiler ve İçişleri Bakanlığı'nın tarafından gönderilen belgeler doğrultusunda, TMK kapsamında bir terör örgütü yapılanması olduğuna hükmetmiştir¹⁵⁰. Dolayısıyla DEAŞ'ın Türk hukukunda terör örgütü olarak tescillendiği tarihin, örgütün mali yaptırım listesine alınmasını öngören Bakanlar Kurulu kararının Resmî Gazete'de yayınlandığı tarih değil, bu konuda verilmiş mahkeme kararının kesinleştiği tarih olduğu söylenebilir.

Benzer şekilde, BM Güvenlik Konseyi'nin 1999/1267, 2011/1988 ve 2011/1989 sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş ve organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulmasına ilişkin 2013/5428 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının¹⁵¹ ekindeki listede “*Alnusrah Front For The People Of The Levant*” adı altında belirtilen El Nusra adlı örgütün “terör örgütü” niteliğinde olduğu, Yargıtay'ın 16. 27.10.2016 tarihli kararıyla hukukten sabit olmuştur¹⁵².

Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme'nin çoğunlukla “terör örgütüne üyelik suçu” sebebiyle yürüttüğü yargılamalar kapsamında soruşturmaya konu örgütlerle ilgili yaptığı değerlendirmeler, Türkiye'de faaliyet gösteren terör

¹⁴⁹ Yargıtay 16. CD, E.2015/4588, K.2015/2132, 22.06.2015. (www.corpus.com.tr)

¹⁵⁰ “...Irak ve Şam İslam Devleti (İŞİD) isimli terör örgütü mensuplarınca ülkemize karşı gerçekleştirilen eylemler kapsamında ... mahkemece İçişleri Bakanlığına yazılan yazı cevabında da, sanığın üye olduğu **İŞİD'in Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bir terör örgütü yapılanması olduğu değerlendirilmiştir...**” Yargıtay 16. CD, E.2015/3515, K.2015/2323, 15.07.2015. (www.corpus.com.tr)

¹⁵¹ 30.09.2013 tarihli ve 2013/5428 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, 10.10.2013, S. 28791.

¹⁵² “...Suriye'de savaşmak üzere ülkemizden eleman ve maddi yardım toplaması bu kapsamda küçük çocukları ikna yöntemiyle Suriye'ye götürerek vatandaşlarımızın can güvenliğini ihlal etmesi, ülkemizden Suriye'deki çatışma bölgelerine illegal yoldan sınırı geçmek isteyen şahıslara aracılık etmeleri yanında ülke dışında fidye için adam kaçırmak, tarihi eser kaçakçılığı ile cebir şiddet içeren eylemleri göz önüne alındığında **El Nusra (Nusret Cephesi)/Fetih El Şam Cephesi'nin El Kaide terör örgütünün bir kolu olarak kurulduğu ve silahlı bir terör örgütü yapılanması olduğu değerlendirilmiştir...**” Yargıtay 16. CD, E.2016/4279, K.2016/5237, 27.10.2016. (www.corpus.com.tr)

örgütlerinin hukuken tespiti ve bu oluşumların hukuk alanında terör örgütü olarak tescillenmesini sağladığından oldukça önemlidir.

TMK'nın yürürlüğe girdiği 1991 yılı öncesinde Türk hukukunda terör örgütleri ve terör suçları konusunda 765 sayılı eski TCK'nın örgütlü suçları içeren 141, 142 ve 163'üncü maddeleri uygulanmıştır. Bununla birlikte Kanun'un 168'inci maddesinde daha ağır bir suç olarak düzenlenen ve TMK yürürlüğe girdikten sonra da varlığını sürdüren "silahlı cemiyet ve çete" suçu yer almıştır. TMK'nın yürürlüğe girdiği ilk dönemde "terör örgütü", "silahlı örgüt" kapsamında düzenlenmemiş, dahası terör örgütünün cezası, silahlı örgütün cezasından düşük tutulmuştu. Bu nedenle tehlikeli görülen terör örgütleri mahkeme kararlarında "silahlı çete", "silahlı cemiyet" şeklinde nitelendirilmiştir¹⁵³.

Gerçekten de PKK terör örgütü mahkeme kararlarında, TMK'nın kabul edilmesinden önceki dönemde "yasadışı/illegal örgüt" olarak¹⁵⁴, TMK'nın kabul edildiği ilk dönemde "silahlı çete" olarak¹⁵⁵, sonraki dönemde de "terör örgütü" olarak nitelendirilmiştir¹⁵⁶. PKK ile bağlantılı olan PYD/YPG¹⁵⁷ ve

¹⁵³ Turinay, (2015), s. 69-70.

¹⁵⁴ "... Sanık, Türkiye topraklarının bir kısmı üzerinde Marksist - Leninist İdeolojiye dayalı, bağımsız bir Kürt Devleti kurmak ve bu amaca ulaşmak için, öncelikle, ülke topraklarının bir kısmında, yoğun bir şekilde ayrı bir Kürt ırkı bulunduğu ve bunların egemen Türk Devleti tarafından sömürüldüğü hususunda inandırdıkları kişileri örgütleyerek, bu amaca yönelik eylemlere itmek suretiyle, ayaklanma hareketi başlatan **illegal PKK Örgütü**'nün silahlı militanıdır..." Yargıtay CGK, E.1990/301, K.1990/329, 10.12.1990. (www.corpus.com.tr)

¹⁵⁵ "...Yasadışı **PKK Örgütü'nün** ülke bütünlüğünü bozmak amacıyla eylemler yapan **silahlı çete niteliğinde** bir örgüt olduğu açıktır..." Yargıtay CGK, E.1999/33, K.1999/38, 16.03.1999. (www.corpus.com.tr)

¹⁵⁶ "... Sanık A. Öcalan'ın, Türkiye Cumhuriyeti Devletine ait topraklardan bir kısmını silahlı mücadele yoluyla devlet idaresinden ayırarak, bu bölgede Marksist-Leninist ideolojiye dayalı ayrı bir Kürt Devleti kurmak amacıyla oluşturulan **silahlı terör örgütü PKK'nın**, kurucusu ve en üst düzey sorumlusu olduğu, yakalandığı tarihe kadar aldığı kararlar, verdiği emir ve talimatlarla adı geçen örgüt militanlarının gerçekleştirilen çok sayıda silahlı saldırı, yol kesme, bomba atma, sabotaj, silahlı soygun eylemleri ile binlerce sivil vatandaş asker, polis, köy korucusu ve kamu görevlisinin öldürülmesi ve yaralanmasından sorumlu olduğu..." Yargıtay 9. CD, E.1999/1296, K.1999/3623, 22.11.1999. (www.corpus.com.tr)

¹⁵⁷ "... Dairemizin 18.01.2016 tarih ve 2015/8004 Esas 2016/306 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere silahlı terör örgütü PKK ile irtibatlı olan ve aynı amaçları gerçekleştirmek üzere oluşturulan PYD'nin alt yapılanması konumundaki **YPG'nin silahlı terör örgütü niteliğinde bulunduğu**..." Yargıtay 16. CD, E.2015/6752, K.2017/1089, 13.03.2017. (www.corpus.com.tr)

TAK¹⁵⁸ örgütleri de Yargıtay tarafından terör örgütü olarak nitelendirilmektedir. Hizbullah örgütü de benzer şekilde önceleri silahlı çete olarak¹⁵⁹ sonraki dönemde de terör örgütü olarak¹⁶⁰ nitelendirilmiştir. Aynı

¹⁵⁸ “...Suriye topraklarında **PKK/KCK silahlı terör örgütünün bir kolu olarak kurulan PYD/YPG'nin**; ülkemizin birliğini ve bütünlüğü bozmak amacıyla gerçekleştirdiği cebir şiddet içeren eylemleri ve vatandaşlarımızın can güvenliğini ihlal ettiği nazara alındığında, kuruluşu, amacı, stratejisi, yapılanması ve faaliyetleri itibarıyla, 3713 sayılı Yasanın 4928 sayılı Yasa ile değişik 1. maddesinde tarifini bulan silahlı bir terör örgütü olduğu anlaşılmaktadır... PKK'nın Türkiye'nin batısındaki eylemlerinden ve saldırularından sorumlu bir birim olan **TAK'ın PKK ile bağlantısı**, PYD/YPG'nin ortak amacı olan bağımsız Kürt devleti idealinin eylemsel biçimi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Türkiye için PKK/PYD/YPG/TAK bir ve eş değerdir...” Yargıtay 16. CD, E.2018/3775, K.2018/5600, 31.12.2018. (www.corpus.com.tr)

¹⁵⁹ “... Anayasal düzeni yıkarak şer'i esaslara dayalı teokratik bir devlet kurmak amacını gerçekleştirmek için tebliğ (propaganda), cemaat (teşkilatlanma) ve cihad (savaş) biçiminde üç aşamalı bir strateji takip eden, askeri ve siyasi kanat olarak hiyerarşik bir sistem içinde hücre tipi yapılanmaya sahip olan, silahlı tehdit, kaçırma ve öldürme yöntemlerine sıklıkla başvurduğu anlaşılan yasadışı **Hizbullah örgütünün TCY'nın 146ncı maddesindeki amaç suçu gerçekleştirmek üzere kurulmuş silahlı çete niteliğinde olduğu kuşkusuzdur...**” Yargıtay CGK, E.2002/60, K.2002/205, 12.03.2002. (www.corpus.com.tr)

¹⁶⁰ “... 17.1.2000 tarihinde **Hizbullah terör örgütüne** yönelik Beykoz operasyonu sırasında ele geçen kayıtlar ve tüm dosya kapsamı ile, Malatyalılar Grubu-Müslüman Gençlik olarak tanımlanan örgütün, Anayasada belirlenen laik Türkiye Cumhuriyeti'ni yıkarak tebliğ-cemaat- Jihad aşamalarından oluşan stratejileri sonucu şer-i esaslara dayalı bir din devleti kurmak amacını taşıyan **silahlı çete konumuna ulaşmış bir terör örgütü** niteliğinde bulunduğu anlaşılmış olup...” Yargıtay 9. CD, E.2002/1953, K.2002/2137, 07.11.2002. (www.corpus.com.tr)

şekilde THKP-C¹⁶¹, MLKP¹⁶², TKP/ML¹⁶³, DKP¹⁶⁴, TİKB¹⁶⁵ ve TKEP¹⁶⁶ adlı örgütlerin de kanunun yürürlükte olduğu ilk dönemlerde silahlı çete olarak nitelendirildiği göze çarpmaktadır.

Kanunun yürürlüğe girdiği ilk dönemde bir diğer ayırım olarak “silahlı terör örgütü” ile “silahsız terör örgütü” ayırımı göze çarpmaktadır. Zira silahsız terör örgütü olarak değerlendirilen örgüt mensupları TMK’nın 7’nci maddesi kapsamında cezalandırılırken, silahlı terör örgütü olarak değerlendirilen örgüt mensupları ise 765 sayılı TCK’nın 168’inci maddesi kapsamında cezalandırılmaktaydı. 2006 yılında TMK’nın 7’nci maddesinde yapılan değişiklikle silahlı ve silahsız terör örgütü ayırımı da ortadan kaldırılmıştır.

¹⁶¹ “... (Sanıkların) mensubu buldukları yasa dışı **THKP-C Eylem Birliği adlı silahlı çetenin** mevcut anayasal düzeni yıkıp, yerine Marksist - Leninist ilkelere dayalı bir rejim getirmek şeklindeki amacı doğrultusunda gerçekleştirdikleri mahkemece sabit kabul edilen eylemler...” Yargıtay 11. CD, E.1995/6, K.1995/6, 18.04.1995. (www.corpus.com.tr)

¹⁶² “... Kod adı kullanan sanıkların eylemlerinin niteliği, çeşitliliği ve sürekliliği dikkate alındığında **silahlı çete niteliğindeki MLKP isimli yasadışı örgütün** yan kuruluşu ENB’nin sair efradı oldukları...” Yargıtay 9. CD, E.2000/199, K.2000/1222, 01.05.2000. (www.corpus.com.tr)

¹⁶³ “... Sanığın mensup olduğu **TKP/ML - TİKKO örgütünün**, yerleşik uygulamalar ve Yargıtay’ın istikrar kazanmış kararları ile örgütün Türkiye’de mevcut anayasal düzeni silahlı mücadele ile ortadan kaldırarak yerine Marksist-Leninist ideolojiye dayalı bir rejim kurmak amacıyla TCK’nın 168.maddesi kapsamında yasadışı **silahlı çeteyi oluşturduğu**...” Yargıtay 9. CD, E.2002/455, K.2002/1243, 03.06.2002. (www.corpus.com.tr)

¹⁶⁴ “... (Sanığın) 1986 yılında yapılan ikinci kongresinde ülkede müesses anayasal nizamı silah yoluyla değiştirerek Marksist - Leninist ilkelere dayalı bir sistemi gerçekleştirmek kararı alan yasa dışı TKP/B örgütü ile bu örgütten 1989 yılında ayrılan **Devrimci Komünist Partisi’nin (DKP)** silahlı kanadı olan Silahlı Halk Birliklerinin (SHB) dönemler itibarıyla merkez komite üyeliği, Ortadoğu sorumluluğu, örgüt genel komutanlığı görevlerinde bulunduğu... (Diğer sanığın) **silahlı çete niteliğindeki örgütün** sair efradı olup... ” Yargıtay 9. CD, E.1992/10480, K.1992/11326, 28.12.1992. (www.corpus.com.tr)

¹⁶⁵ “... Mevcut anayasal düzeni silahlı ayaklanma ile yıkarak yerine marksist-leninist ideolojiye dayalı bir düzen getirmeyi amaçlayan yasadışı **silahlı çete niteliğindeki Türkiye İhtilalci Komünistler Birliği (TİKB) örgütü** mensubu olarak...” Yargıtay 9. CD, E.2001/2806, K.2002/214, 04.02.2002. (www.corpus.com.tr)

¹⁶⁶ “... Sanığın aşamalarda anlatımları, örgütün niteliğine ilişkin Emniyet Genel Müdürlüğü yazısı, evinde ele geçen **TKEP örgütü** 3. Kongre Program ve Tüzüğünde nihai amacın T.C. Anayasasının ortadan kaldırılması ve parlamentosunun dağıtılması olduğunun belirtilmesi, sanığın anlatımları ve tüm dosya içeriği karşısında; kurucusu ve lideri olduğu **silahlı çete niteliğindeki örgüt**...” Yargıtay 9. CD, E.2004/4315, K.2004/4949, 04.10.2004. (www.corpus.com.tr)

TBMM komisyon raporlarında ifade edildiği gibi artık terör örgütlerinin silahlı olması zorunlu tutulmuştur. Gerçekten de terörün tanımında yer alan cebir ve şiddet unsurlarının gerçekleşmesi için örgütün silahlı veya silaha ulaşabilir durumda olması gerekmektedir¹⁶⁷.

Özetle TMK'nın 1'inci maddesinde yer alan amaçları gerçekleştirmek için kurulan örgütlerin terör örgütü olarak kabul edilmesi için silahlı olmaları gerekmektedir. Silahlı olmayan örgütler hakkında TMK hükümlerinin değil TCK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Silahsız örgütlerin de terör örgütü olarak kabul edilmesi bazı suçların subjektif değerlendirmelerle terör suçu kapsamında değerlendirilmesini mümkün kılacak ve terörle mücadele mevzuatının etkinliğini azaltacaktır¹⁶⁸. Hakeri de TMK'nın 7'nci maddesiyle TCK'nın 314'üncü maddesinde düzenlenen "silahlı örgüt" suçuna atıf yapıldığı için terör örgütlerinin ancak silahlı örgütlerden oluşabileceğini ifade etmektedir¹⁶⁹.

Ancak Yargıtay'ın zaman zaman silahsız terör örgütü nitelendirmesini yapmaya devam ettiği görülmektedir. Örneğin Hizbut Tahrir¹⁷⁰ örgütü ile ilgili yapılan yargılamalarda örgütün "silahsız terör örgütü" olduğu yönünde kararlar verilmiştir¹⁷¹. Bununla birlikte silahsız örgütlerin elverişlilik şartını sağlamadığı için terör örgütü olamayacağına ilişkin görüşler kararların muhalefet şerhlerinde yer almıştır¹⁷². Yargıtay güncel kararlarında ise, kanımızca da isabetsiz olan yerleşik içtihadının aksine, silahlı olmayı veya

¹⁶⁷ Turinay, (2015), s. 73-75.

¹⁶⁸ Özgenç, (2006), s. 62-63.

¹⁶⁹ Hakan Hakeri, "Türk Hukuku'nda Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, (2013), s. 69.

¹⁷⁰ "...Yargıtay 9. Ceza Dairesinin somut olaydaki ve geçmişten beriki istikrarlı uygulamaları, yerel mahkeme kararları, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün dosyada mevcut yazılarından **Hizb-ut Tahrir örgütünün** 3713 sayılı Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan nitelikte bir **terör örgütü olduğu** hususunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır..." Yargıtay 16. CD, E.2016/3695, K.2017/5075, 26.09.2017. (www.corpus.com.tr)

¹⁷¹ "...3713 sayılı Kanunun 7/1. maddesi uyarınca **silahsız terör örgütü kabul edilen Hizbut Tahrir örgütüne üye olmak suçundan...**" Yargıtay 16. CD, E.2015/7734, K.2017/5200, 10.10.2017. (www.corpus.com.tr)

¹⁷² Karşı oy: "**Hizb-ut tahrir örgütü, Anayasal düzeni değiştirme veya ortadan kaldırmayı hedeflemesi nedeniyle yasalarımız tarafından himaye görmesi mümkün olmayan bir örgüt olmakla birlikte, cebir ve şiddeti öngörüp başvurmadığı için de terör örgütü sayılması Anayasa ve ceza kanunumuza uygun düşmemektedir...**" Yargıtay 16. CD, E. 2015/2460, K.2017/4845, 19.07.2017. (www.corpus.com.tr)

silahlara erişebilir olmayı terör örgütlerinin varlığı için zorunlu bir unsur olarak aramaktadır¹⁷³. Görüldüğü gibi 5237 sayılı TCK'nın kabul edildiği 2004 yılından sonra TMK'da birçok değişiklik yapılmıştır. Ancak TCK'da yer alan “silahlı örgüt” kavramı ile TMK'da düzenlenen “terör örgütü” kavramının birlikte varlığını sürdürmesi ve kavramların içerdikleri ortak unsurlar, önceki dönemde var olan belirsizliğin ve karışıklığın devam etmesine neden olmaktadır¹⁷⁴.

İçişleri Bakanlığı'nın “Terör Arananlar” adlı sitesinde yer alan MKP¹⁷⁵, DHKPC¹⁷⁶, Devrimci Karargâh¹⁷⁷, KİDH¹⁷⁸, El Kaide¹⁷⁹, Tevhid

¹⁷³ Yargıtay 16. CD, E.2016/7162, K.2017/4786, 18.7.2017. (www.corpus.com.tr)

¹⁷⁴ Turinay, (2015), s. 75.

¹⁷⁵ “... Tüm dosya kapsamına göre; Dairemizin 04.03.2013 tarih 2010/10955 Esas, 2013/3240 sayılı kararı ile silahlı terör örgütü MKP (Maoist Komünist Partisi) ile irtibatlı olduğu kabul edilen Demokratik Gençlik Hareketinin (DGH) faaliyetleri kapsamındaki ... eylemleri nedeniyle sanıkların **MKP silahlı terör örgütü** üyesi olduklarına ilişkin kabul ve uygulamada bir isabetsizlik görülmemiştir...” Yargıtay 9. CD, E.2014/4886, K.2014/11468, 14.11.2014. (www.corpus.com.tr)

¹⁷⁶ “... Türkiye Halk Kurtuluş Partisi/Cephesi (**THKP/C**) nüvelerinin 1965 yılında atıldığı, 1971 yılında yayınladıkları bildiri ile illegal olarak kurulan Marksist-Leninist ideolojiye mensup, devrimin halktan başlayan silahlı mücadele ile gerçekleşeceğini savunanak silahlı mücadele yöntemini benimseyen **silahlı terör örgütüdür**. Örgüt 1978 yılında Devrimci Yol ve Devrimci Sol olarak ikiye ayrılmış, devrimci sol kanadı 1994 yılında **DHKP/C** (Devrimci Halk Kurtuluş Partisi/Cephesi) adını alarak terör eylemlerine devam etmiştir...” Yargıtay 16. CD, E.2015/7466, K.2016/1025, 09.02.2016. (www.corpus.com.tr)

¹⁷⁷ “... (Üyeleri) Beka vadisinde askeri eğitim gördükten sonra 1987-1990 yılları arasında çok sayıda yağma, öldürme, yaralama ve bombalama eylemlerini gerçekleştiren 16 Haziran Hareketi örgütünün silahlı terör örgütü olduğu ... Tüm dosya kapsamından ... **Devrimci Karargah adlı örgütün silahlı terör örgütü olduğu** yönündeki mahkeme kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir...” Yargıtay 9. CD, E.2014/5464, K.2014/12447, 22.12.2014. (www.corpus.com.tr)

¹⁷⁸ “...(Sanıkların) mensubu oldukları iddia edilen **Kürdistan İslami Devrim Hareketi (KİDH) adlı örgütün** de amacı, stratejisi, yapılanması ve faaliyetleri itibarıyla 3713 sayılı Kanunun 4928 sayılı Kanun ile değişik 1. maddesinde belirtilen ve Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulmuş bir **terör örgütü niteliğinde bulunduğu** kabul edilmekle birlikte...” Yargıtay 9. CD, E.2012/1751, K.2012/10497, 05.10.2012. (www.corpus.com.tr)

¹⁷⁹ “... **El Kaide terör örgütü** Türkiye yapılanması üyesi ve bu örgüt adına 20.11.2003 tarihinde bombalama eylemini gerçekleştiren intihar eylemcisi tarafından verilen ve örgüt propagandasını içeren eğitimlere katıldıkları ve örgütle organik bağ kurdukları anlaşılan sanıklara atılı suçun sübuta erdiği...” Yargıtay 9. CD, E.2008/19693, K.2009/6067, 27.05.2009. (www.corpus.com.tr)

Selam/Kudüs Ordusu ve İslami Hareket¹⁸⁰ örgütleri de Yargıtay tarafından terör örgütü olarak nitelendirilmektedir.

Son olarak 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe girişiminin faili olan FETÖ/PDY örgütü ise Yargıtay tarafından “küresel güçlerin stratejik hedeflerini gerçekleştirmek üzerine kurulan bir maşa olarak; Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türkiye Devletini ve varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini yıkmak ve daha sonra ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini bozmak amacıyla kurulmuş bir terör örgütü” şeklinde tanımlanmıştır. Darbe girişiminden yaklaşık bir sene sonra verdiği kararda Yüksek Mahkeme, örgüt mensupları hakkında 15 Temmuz darbe girişiminden ve örgüte mensubiyetlerinden dolayı açılıp mahkemelerce karara bağlanan davalar, bu davalarda dinlenen itirafçı sanıkların savunmaları ve anlatımları, örgüt lider ve yöneticilerinin açık kaynaklardaki yazılı ve sözlü açıklamaları, EGM’nin örgüt hakkındaki raporu, Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin ilk derece olarak 2015/3 ve temyiz incelemesi sonucu verilen 2017/1443 esas sayılı dosyalardaki deliller ve kabul gerekçesi gibi olgu ve tespitler dikkate alınarak FETÖ/PDY örgütünün 5237 sayılı TCK’nın 314/1-2 maddesi kapsamında silahlı bir terör örgütü olduğuna hükmetmiştir¹⁸¹.

2. Genel Değerlendirme

Yukarıdaki örneklerde de görüldüğü gibi kimi devletler bir yasama işlemiyle, kimi devletler idari işlemlerle, kimisi de yargı kararları yoluyla bir örgütün terör örgütü olduğuna karar verebilmektedir. Dolayısıyla “terör örgütlerinin hukuken tespit edilmesi” sorunu devletlerin yasama yürütme ve yargı fonksiyonlarının tamamını ilgilendirebilmektedir. Yukarıda incelenen ülke uygulamalarındaki terör örgütü ilan etme ve listeleme işlemleri, devlet kurumları vasıtasıyla halkın bilgi edinmesini sağlamakta ve bu örgütlere

¹⁸⁰ “... Esasen, ‘Tevhid-Selam/Kudüs Ordusu Örgütü’nün silahlı terör örgütü niteliği ilk kez 12.11.2002 tarihinde Yargıtay’ca kabul edilmiş ve 08.11.2006 tarihinde de bu kabul sürdürülmüştür... ‘İslami Hareket Örgütü’nün silahlı terör örgütü niteliği de ilk kez 28.02.2002 tarihinde Yargıtay’ca kabul edilmiş ve 26.01.2011 tarihinde de bu kabul sürdürülmüştür ... (Netice itibarıyla) dava konusu **Tevhid-Selam/Kudüs Ordusu ve İslami Hareket Örgütlerinin silahlı terör örgütü niteliğinde bulunduğu...**” Yargıtay 9. CD, E.2013/14623, K.2014/3651, 31.03.2014. (www.corpus.com.tr)

¹⁸¹ Yargıtay 16. CD, E.2016/7162, K.2017/4786, 18.07.2017. (www.corpus.com.tr)

finans ve kaynak sağlama suçlarının önlenmesi noktasında da caydırıcılık sağlamaktadır. Bu işlemler ceza yargılamalarında mahkemelerin işini kolaylaştıracağı gibi güvenlik güçlerine yürüttükleri operasyonlar için yasal zemin sağlamaktadır. Ayrıca terör örgütü olarak tanıma ve listeleme işlemleri, terörist faaliyetlerin ve terörizme hizmet eden tüm teşebbüslerin engellenmesi için erken ikaz sistemi görevi görmektedir.

Özgenç bu noktada yabancı ülkelerde kurulan ve buralarda faaliyet gösteren silahlı örgütlerin terör örgütü olarak kabul edilmesi ve bu örgütlerin faaliyetlerinin Türkiye'nin egemenliği altındaki topraklarda yasaklanması yönünde yürütme organına yetki veren bir düzenleme yapılması gerektiğine işaret etmektedir.¹⁸² Yazarın görüşüne katılmakla birlikte terör örgütlerinin faaliyetlerinin ülkesel sınırlarla bölünmediği ve terörizmin günümüzde uluslararası boyuta ulaşan bir sorun olduğu gerçeği karşısında bu düzenlemenin yabancı ülkelerdeki örgütlerle sınırlı olmaması, Türkiye'de faaliyet gösteren silahlı örgütleri de kapsamaması gerektiği kanaatindeyiz.

Türk hukukunda henüz bu konuda yapılmış bir kanuni düzenleme olmadığından terör örgütü nitelendirilmesi ceza yargılamasının tespit aşamasında hâkim değerlendirmesiyle yapılmaktadır. Zira terör suçları hukukumuzda örgütlü suçlar olarak düzenlendiğinden ceza mahkemeleri terör suçundan yargılanan bir sanığın eylemlerini değerlendirirken ilişkili olduğu iddia edilen örgütün terör örgütü olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapmak mecburiyetindedir. Ancak bir örgütün terör örgütü olup olmadığını incelemek ve buna karar vermek yalnızca mahkemelerin görevi olmamalıdır. Terör örgütlerinin, ceza yargılamalarından önce tespit edilmesine olanak sağlayan mekanizmalar bu noktada, hükümet yetkililerinin terör örgütlerine yönelik yaptıkları açıklamaların keyfiyetini ortadan kaldırarak hukuk devletiyle bağdaşacak şekilde işlemlere ve söylemlere hukuki zemin sağlaması açısından son derece önemlidir. Yine de terör örgütlerinin varlığına yönelik alınacak kararlar ister idari karar olsun, ister mahkeme kararı olsun tespit kararından ibarettir. Zira kişilerin ceza sorumluluğunu tespit etmek mahkemelerin görevidir. Terör örgütü olarak belirlenen yapılara üyeliği olduğu iddia edilen kişilerin cezai sorumluluğu, hata durumu ve kusur ilkeleri kapsamında her somut olayda TCK ve TMK hükümleri ışığında değerlendirilecektir.

¹⁸² Özgenç, (2006), s. 23.

Burada çalışmamız açısından tartışılan konu Türk hukukunda henüz kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmadan bir yürütme işlemiyle diğer bir deyişle idari kararlarla bir örgütün terör örgütü olarak ilan edilip edilemeyeceği hususudur. Hatırlanacağı üzere yürütme işlemlerinin kural olarak yasama işlemlerine yani kanunlara uygun olması ve kanunlara dayanması gerekir. Dolayısıyla kanuni bir dayanağı olmadan salt idari işlemlerle bir örgütün terör örgütü olarak nitelendirilebilmesinin mevcut yasal çerçevede mümkün olmadığı söylenebilir. Zira Anayasamızın 13'üncü maddesinde açıkça ifade edildiği gibi hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. O halde yürütme organına terör örgütü belirleme yetkisi tanınacaksa bu yetkinin öncelikle kanunla düzenlenmesi gerekir. Bu şart sağlandığı takdirde yürütme organı bir yapıyı terör örgütü olarak nitelendiren kararlar alabilecektir. Ancak bu kararların da yargı denetimine açık olduğu düşünüldüğünde son sözü yine mahkemelerin söyleyeceği hususu gözden kaçmamalıdır. Gözden kaçırılmaması gereken diğer bir husus, önerilen düzenlemelerin ancak bir bütün halinde yani sistematik düzenlemelerle anlam ifade edeceğidir. Zira terör örgütü belirleme ve ilan etme mekanizmasının hayata geçirilmesi, terör örgütü tanımının kanunda net bir şekilde yapılmasına ve daha önemlisi kanunla yürütme organına terör örgütü belirleme yetkisi verilmesine bağlıdır.

3. MGK Kararları ile Terör Örgütü Tespiti Yapılabilir mi?

Anayasa'nın 118'inci maddesinde açıkça ifade edildiği gibi tavsiye niteliğindeki MGK kararlarının Cumhurbaşkanlığı başta olmak üzere devlet kurumları nezdinde hukuki bir bağlayıcı bulunmamaktadır. MGK'nın terör örgütlerine ilişkin değerlendirmeleri içeren kararlarının da bu kapsamda tavsiye niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de güncel bir kararında MGK'nın icrai karar alma yetkisine sahip olmadığını belirterek Cumhurbaşkanı tarafından ayrı bir kararla benimsenmemiş MGK kararlarının hukuki sonuç doğurmayacağını hükme bağlamıştır¹⁸³. Bu noktada

¹⁸³ Bahsi geçen kararda özet olarak, "...Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Genelkurmay başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca gündemi düzenlenen MGK'nın kararlarının hukuki niteliğinin Anayasa'nın 118. maddesinde açıkça belirlendiği, buna göre MGK'nın alacağı kararların tavsiye niteliğinde olduğu, bu itibarla istisnai nitelikte bir danışma organı olan MGK'nın icrai karar alma yetkisine sahip olmadığı gözetildiğinde Cumhurbaşkanınca ayrı bir kararla benimsenmemiş MGK kararlarına hukuki sonuç bağlanamayacağı ve bu kararların kendiliğinden icra edilemeyeceği" belirtilmiştir; Bu kapsamda dava konusu "...Milli Güvenlik Kurulunca

“MGK’nın tavsiye kararı üzerine Cumhurbaşkanı (eski sistemde Bakanlar Kurulu) tarafından alınan bir kararla bir örgütü terör örgütü olarak ilan etmek mümkün müdür?” sorusu akla gelecektir.

Yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararında MGK kararları hakkında başkaca icrai bir karar alınmadan bu kararlara hukuk aleminde sonuçlar bağlanmasının Anayasa’nın açık lafzıyla bağdaşmadığı ancak MGK’nın tavsiye niteliğindeki kararlarının yürütme organı tarafından dikkate alınmasının ve hukuk aleminde hayata geçirilmesinin mümkün olduğu vurgulanmaktadır¹⁸⁴. “MGK’nın icrai karar alma yetkisine sahip olmadığı gözetildiğinde Cumhurbaşkanınca ayrı bir kararla benimsenmemiş MGK kararlarına hukuki sonuç bağlanamayacağı ve bu kararların kendiliğinden icra edilemeyeceği” ifadesinin mefhumu muhalifinden anlaşılan da yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı’nın MGK kararları doğrultusunda icrai kararlar almasının mümkün olduğudur. Fakat temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sınırlandırılabilmesi göz önünde bulundurulduğunda Cumhurbaşkanının idari bir kararla terör örgütü ilan etme yetkisinden söz edebilmek için bu konuda kanuni düzenleme yapılmış olması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Milli güvenliğin sağlanması hususunda sorumlu olan ve MGK kararlarını dikkate alarak gereğini yerine getirmekle yetkili olan Cumhurbaşkanının bir organizasyonu terör örgütü olarak nitelendirebilir nitelendirememesi konusunda Şen ve Serdar da Anayasanın 104/17 maddesi kapsamında temel hak ve özgürlüklerin Cumhurbaşkanı Kararnemeleriyle sınırlandırılmayacağını gerekçe göstererek bu konuda Karar veya Kararname çıkarılmayacağını, ancak olağanüstü durumlarda Cumhurbaşkanının bu

Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplar... cümlesindeki ‘...Milli Güvenlik Kurulunca...’ ibaresi, tavsiye niteliğindeki MGK kararına kendiliğinden hukuki bir sonuç bağladığından ve MGK’nın kararları hakkında başkaca icrai bir karar alınmadan bu kararlara hukuk aleminde sonuçlar bağlanması Anayasa’nın açık lafzıyla bağdaşmadığından açıklanan nedenlerle kuralın Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline...” karar verilmiştir. AYM, E.2020/18, K.2021/38, 03.06.2021. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/38> (Erişim: 30.11.2022).

¹⁸⁴ “Şüphesiz MGK’nın tavsiye niteliğindeki kararlarının yürütme organı tarafından dikkate alınması ve hukuk aleminde hayata geçirilmesi mümkündür. Ancak MGK’nın kararları hakkında başkaca icrai bir karar alınmadan bu kararlara hukuk aleminde sonuçlar bağlanması Anayasa’nın açık lafzıyla bağdaşmamaktadır.”

yetkiyi kullanarak düzenleme yapabileceğini ifade etmektedir¹⁸⁵. Ancak Cumhurbaşkanına kanunla yetki verilmesi halinde Cumhurbaşkanı kararı vasıtasıyla bir organizasyonun terör örgütü olarak ilan edilmesi mümkün hale gelecektir.

Terörle bağlantılı kişi veya kuruluşların malvarlıklarının dondurulmasına ilişkin kararların alınması ve Resmî Gazete’de yayımlanması hususunda 6415 sayılı Kanun’la yürütme organına verilen yetkinin bir benzeri terör örgütlerinin tespiti için de uygulamaya sokulabilir. Bu kapsamda örneğin Terörle Mücadele Kanunu’nda Cumhurbaşkanı’na MGK’nın tavsiye kararları doğrultusunda terör örgütü ilan etme yetkisi verilmesi halinde mevcut sistemde yalnızca mahkemelerce yapılabilen terör örgütü tespitinin idari işlemlerle de yapılması mümkün olacaktır.

IV. SONUÇ

Terörizm günümüzde bir ülke veya bölge ile sınırlı kalmayıp uluslararası güvenliği tehdit eden bir soruna dönüştüğünden terörizmle etkin mücadele için uluslararası iş birliğinin şart olduğu gerçeği devletleri uluslararası organizasyonlar teşkil etmeye ve sözleşmeler yapmaya itmiştir. Bu kapsamda; Uluslararası terörizmi önlemeye yönelik olarak Birleşmiş Milletler başta olmak üzere uluslararası örgütler tarafından birçok karar, bildiri ve sözleşmeye imza atılmıştır. Ancak terörle mücadele konusunda uluslararası toplumun pozitif bir sicile sahip olmaması ve devletlerin menfaatlerine göre şekillenen politikalar sorunun uluslararası hukuk boyutuyla kısa vadede çözülemeyeceğini göstermektedir. Günümüzde terörizmle uluslararası düzeyde yürütülen mücadele devletlerin ulusal çıkarlarına sıkı sıkıya bağlı olduğuna göre devletlerin en azından iç hukuk kuralları açısından ortak bir tanım, belirli bir yöntem ve genelgeçer bir uygulama yürürlüğe koyma çabası daha dikkate değer görünmelidir.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan ve yukarıda detaylıca incelenen terör örgütlerinin hukuken tanımlanması ve tespit edilmesi, önleyici bir hukuk tedbiri olarak büyük önem arz etmektedir. Çalışmada ortaya konduğu üzere Türkiye’de yalnızca ceza mahkemeleri, TCK ve TMK kapsamında yürüttükleri yargılama faaliyeti sonucunda bir kuruluşun terör örgütü olup olmadığına karar verebilmektedir. Terörle mücadele süreci devletin bütün

¹⁸⁵ Ersan Şen ve Cem Serdar, “MGK Kararlarının Hukuki Niteliği”, (02.10.2021), <https://sen.av.tr/tr/makale/mgk-kararlarinin-hukuki-niteligi>, (Erişim: 28.12.2022).

kurumları arasında iş birliğini ve koordinasyonu zorunlu kıldığından terör örgütlerini hukuken tespit etme görevinin de ceza mahkemeleriyle birlikte devletin ilgili diğer kurum ve kuruluşları arasında paylaşılmasının daha pratik ve daha etkili olacağı aşikâr olmaktadır. Bir organizasyonun terör örgütü olarak belirlenebilmesi için mahkemeler tarafından yargılama yapılmasını beklemek, verilecek karara göre örgüt varlığını kesin olarak kabul etmek, terörle mücadele sürecinde önleyici faaliyetlerde bulunmayı hukuken zorlaştırmaktadır. Ceza hukukunda her ne kadar örgütlü suçların oluşması için silahlı saldırının gerçekleşmesi zorunlu değilse de, örgüt varlığının net bir şekilde kabul edilmesi için yargılamanın tamamlanması gerekmektedir ki bu süreç yıllar alabilmektedir. Terörizmle etkin bir mücadele için terörist faaliyetler gerçekleşmeden önce önlem alınması, terör örgütü mensuplarının tespit edilmesi, hukuki zeminde örgüt bağının ortaya koyulması ve en önemlisi kamuoyunun ve tüm devlet kurumlarının terör örgütünün varlığı konusunda hemfikir olması gerekmektedir. Terör örgütleriyle eşgüdüm içerisinde ve topyekûn mücadele edilmesi için terör örgütünün yasal olarak erkenden tespiti gerekmektedir ki bu da ancak terör örgütü olarak tanıma işlemleriyle mümkün olmaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki bir örgütün mahkeme kararlarında veya idari kararlarda terör örgütü olarak belirlenmemiş olması kolluk faaliyetlerini ve adli makamların bu örgütle bağlantılı kişiler hakkında soruşturma/kovuşturma yürütmesini engellemektedir. Bir idari karar olsun veya olmasın, ceza mahkemelerinin bir örgütü ve üyelerinin faaliyetlerini terör suçları kapsamında değerlendirme yetkisi doğal olarak her zaman vardır. Ancak uygulamada mahkemeler zaten emniyet birimleri başta olmak üzere güvenlik birimlerinden talep ettikleri bilgi ve belgelere istinaden terör örgütü tespiti yaptığından, bu konuda önceden alınmış olan idari bir karar ceza mahkemelerin de işini oldukça kolaylaştıracaktır.

Türkiye’de terörle mücadele görev ve yetkisi birçok bakanlık ve devlet kurumu arasında dağıldığı için terör örgütü belirleme işlemlerinde ilgili bakanlıkların ve kurumların koordinasyonu gerekmektedir. Türkiye’nin milli güvenliğine ilişkin konuların en üst seviyede görüşülüp karara bağlandığı ve terörle mücadele konusunda da bakanlıklar arası koordinasyonun yapılabileceği tek kurul olan Milli Güvenlik Kurulu’nun diğer tüm kararları gibi terör örgütleriyle ilgili olarak almış olduğu kararları da tavsiye niteliğindedir. MGK kararlarına hukuki sonuç bağlanabilmesi için bu konuda Cumhurbaşkanı tarafından alınmış bir karar olması gerekmektedir. Bu konuda

yapılacak yasal düzenlemeyle, MGK tarafından terör örgütleri ile ilgili olarak alınan tavsiye kararların milli güvenliğin sağlanmasından sorumlu olan Cumhurbaşkanı'nın onayını müteakiben Cumhurbaşkanlığı kararıyla düzenlenebilmesi ve terör örgütü olarak kabul edilen organizasyonların listesinin Resmî Gazete'de yayınlanmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

Sonuç olarak; Türkiye'de terörizmle mücadele sürecinde terör örgütü faaliyetlerinin somut bir şekilde ortaya konması ve devletin bütün kurumlarının ortak bir mücadele yöntemi benimsemesi için terör örgütü kavramının kanuni çerçevesinin netleştirilmesi ve terör örgütlerinin hukuken tespitini kolaylaştıran belirleme/listeleme mekanizmalarının geliştirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akpınarlı, Neyire, *The Fragility of the 'Failed State' Paradigm: A Different International Law Perception of the Absence of Effective Government*, Leiden: Brill, 2010.
- Başeren, Sertaç, "Uluslararası Hukuk Açısından Terörizm", *Dünyada ve Türkiye'de Terör*, Ed. Ali Tarhan, Ankara: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayınları, 2002.
- Bodur, Nurullah ve Özkul, Eshat, *Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Boz, Burak, "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, (2020), s. 131-186.
- Buzan, Barry, *İnsanlar Devletler ve Korku*, Çev. Ed. Emre Çıtak, İstanbul: Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi, 2015.
- Çaycı, Sadi, "Türkiye'nin Milli Güvenliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, (2016), s. 3327-3344.
- Denizli, Ali, "Kıbrıs'ta Yunan Terör Örgütü EOKA ve Katliamları", *Uluslararası Eğitim ve Tarih Araştırmaları Dergisi*, S. 2, (2020), s. 1-25.
- Ekinci, Mehmet Uğur, "Terörizmin Nedenleri ve Amaçları", *Radikalleşme Şiddet ve Terörizm*, Ed. Salih Zeki Haklı, Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2018.
- Hafizoğulları, Zeki ve Günal Kurşun, "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 71, (2007), s. 25-80.
- Hakeri, Hakan, "Türk Hukuku'nda Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, (2013), s. 60-77.
- Haklı, Salih Zeki, *Modern Siyasî Kurumlar ve İdeolojiler*, Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2021.
- İçli, Tülin Günşen, "Terörün Sosyal Yapı Üzerindeki Etkileri", *Dünyada ve Türkiye'de Terör*, Ed. Ali Tarhan, Ankara: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayınları, 2002.
- Kaplan, İbrahim, "Demokrasi Hukuk Otorite", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 49, S. 1, (1994), s. 267-271.
- Kınacıoğlu, Müge, "War on Terror and Hegemony: International Law Making Regarding Terrorism After 9/11", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 8, S. 32, (2012), s. 67-83.
- Korkmaz, Sertaç Canalp, "Terör", *Ortadoğu: Aktörler, Unsurlar, Sistemler*, Ed. Mehmet Şahin, İstanbul: Kopernik Yayınları, 2019.

- Lutz, Brenda ve James Lutz, “Terörizm”, Çağdaş Güvenlik Çalışmaları, Ed. Alan Collins, Çev. Nasuh Uslu, İstanbul: Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi, 2017.
- Martin, Gus, Terörizm: Kavramlar ve Kuramlar, Çev. İhsan Çapcıoğlu ve Bahadır Metin, İstanbul: Adres Yayınları, 2017.
- Newman, Edward, “Weak States, State Failure, and Terrorism”, Terrorism and Political Violence, C. 19, S.4, (2007), s. 463-488.
- Öktem, Emre, “Uluslararası Hukukta Terörizm: Tanım Sorunu ve Milli Bağımsızlık Hareketleri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, C. 3, S. 5, (2004), s. 133-147.
- Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Özgenç, İzzet, Terörle Mücadele Kanunu, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Ruhi, Ahmet Cemal, TCK ve TMK Çerçevesinde Terör Örgütleri, Terör Suçları ve Örgütlü Suçlar, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Saraçlı, Murat, “Uluslararası Hukukta Terörizm”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, (2007), s. 1049-1078.
- Schmid, Alex Peter, “Prevention of Terrorism: Towards a Multi-pronged Approach”, Root Causes of Terrorism: Myths, Reality and Ways Forward, Ed. Tore Bjorgo, Oxford: Routledge, 2005.
- Şahin, Yakup, “Terörizm: Tanımı, Tarihi ve Genel Özellikleri”, Radikalleşme Şiddet ve Terörizm, Ed. Salih Zeki Haklı, Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2018.
- Şen, Ersan, Suç Örgütü, İstanbul: Yargın Hukuk Yayınları, 2013.
- Şen, Ersan ve Cem Serdar, “MGK Kararlarının Hukuki Niteliği”, <https://sen.av.tr/tr/makale/mgk-kararlarinin-hukuki-niteliği>, (02.10.2021).
- Şen, Yusuf Furkan, “Şiddet, Siyasal Şiddet ve Terör”, Radikalleşme Şiddet ve Terörizm, Ed. Salih Zeki Haklı, Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2018.
- Tangör, Burak ve Sevinç Sayın, “Avrupa Birliği’nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı mı?”, Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 11, S. 1, (2012), s. 85-118.
- Taşdemir, Fatma, Terörizm ve Ülke Dışı Kuvvet Kullanma Hukuku, Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2020.
- Turinay, Faruk, Ceza Hukukunda Terör Amaçlı Örgütlenme Suçu, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Turinay, Faruk, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 116, (2015), s. 39-84.

Türk, Hikmet Sami, Terörizmle Mücadelenin Hukuki Boyutları, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

Yalçın, Hasan Basri, “Terörle Mücadeleye Stratejik Yaklaşım”, Terörün Kökenleri ve Terörle Mücadele Stratejisi, Ed. Fahrettin Altun ve Hasan Basri Yalçın, İstanbul: SETA Yayınları, 2018.

Yeşiltaş, Murat ve Burhanettin Duran, “Ortadoğu’da DDSA’ların Yükselişi”, Ortadoğu’da Devlet Dışı Silahlı Aktörler, İstanbul: SETA Yayınları, 2019.

Yıldız, Seda Öz, “Yeni Terörizm Kavramı ve Terörizmin Değişimi Üzerine”, Radikalleşme Şiddet ve Terörizm, Ed. Salih Zeki Haklı, Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2018.

İnternet Kaynakları:

<https://web.archive.org>

<https://www.adalet.gov.tr>

<https://www.anayasa.gov.tr>

<https://www.avrupa.info.tr>

<https://www.congress.gov>

<https://www.consilium.europa.eu>

<https://www.corpus.com.tr>

<https://www.eur-lex.europa.eu>

<http://www.fsb.ru>

<https://www.laws-lois.justice.gc.ca>

<https://www.legislation.gov.au>

<https://www.masak.hmb.gov.tr>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.mfa.gov.tr>

<https://www.mha.gov.in>

<https://www.nato.int>

<https://www.nationalsecurity.gov.au>

<https://www.oic-oci.org>

<https://www.publicsafety.gc.ca>

<https://www.sozluk.gov.tr>

<https://www.state.gov>

<http://www.terorarananlar.pol.tr>

Mahkeme Kararları:

- Anayasa Mahkemesi, E.2020/18, K.2021/38, 03.06.2021.
Yargıtay 9. CD, E.1992/10480, K.1992/11326, 28.12.1992.
Yargıtay 9. CD, E.1999/1296, K.1999/3623, 22.11.1999.
Yargıtay 9. CD, E.2000/199, K.2000/1222, 01.05.2000.
Yargıtay 9. CD, E.2001/2806, K.2002/214, 04.02.2002.
Yargıtay 9. CD, E.2002/455, K.2002/1243, 03.06.2002.
Yargıtay 9. CD, E.2002/1953, K.2002/2137, 07.11.2002.
Yargıtay 9. CD, E.2004/4315, K.2004/4949, 04.10.2004.
Yargıtay 9. CD, E.2008/19693, K.2009/6067, 27.05. 2009.
Yargıtay 9. CD, E.2012/1751, K.2012/10497, 05.10.2012.
Yargıtay 9. CD, E.2013/14623, K.2014/3651, 31.03.2014.
Yargıtay 9. CD, E.2014/4886, K.2014/11468, 14.11.2014.
Yargıtay 9. CD, E.2014/5464, K.2014/12447, 22.12.2014.
Yargıtay 11. CD, E.1995/6, K.1995/6, 18.04.1995.
Yargıtay 16. CD, E.2015/4588, K.2015/2132, 22.06.2015.
Yargıtay 16. CD, E.2015/3515, K.2015/2323, 15.07.2015.
Yargıtay 16. CD, E.2015/7466, K.2016/1025, 09.02.2016.
Yargıtay 16. CD, E.2016/4279, K.2016/5237, 27.10.2016.
Yargıtay 16. CD, E.2015/6752, K.2017/1089, 13.03.2017.
Yargıtay 16. CD, E.2016/7162, K.2017/4786, 18.07.2017.
Yargıtay 16. CD, E.2015/2460, K.2017/4845, 19.07.2017.
Yargıtay 16. CD, E.2016/3695, K.2017/5075, 26.09.2017.
Yargıtay 16. CD, E.2015/7734, K.2017/5200, 10.10.2017.
Yargıtay 16. CD, E.2018/3775, K.2018/5600, 31.12.2018.
Yargıtay CGK, E.1990/301, K.1990/329, 10.12.1990.
Yargıtay CGK, E.1999/33, K.1999/38, 16.03.1999.
Yargıtay CGK, E.2002/60, K.2002/205, 12.03.2002.

**6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE KADINA
KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR
KANUN'DAKİ DESTEK HİZMETLERİNİN
DÖNÜŞTÜRÜCÜ ADALET BAĞLAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Support Services in Law to Protect Family and Prevent Violence
Against Women (LAW NO 6284) in the Context of
Transformative Justice*

Nevin BİRİNCİ*
Nadire ÖZDEMİR**

ÖZ

Günümüzde aile içi şiddeti önlemeye ve şiddetle mücadele etmeye yönelik yaklaşımlar şiddetin sadece bireysel değil, toplumsal boyutlarını da hesaba katmakta ve tarafların sorumluluk almalarını ve değişmelerini teşvik etmeye yönelik araçlar ve programlar öngörmektedir. Bu amaca uygun bir şekilde 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, koruyucu ve önleyici tedbirlerin yanı sıra, uygulamada ve literatürde daha az bilinen 'destekleyici' tedbirleri de öngörmektedir. 6284 Sayılı Kanun'un 15 inci maddesi uyarınca düzenlenmiş olan bu destek hizmetleri, şiddet olgusuna yönelik dönüştürücü araçları sunması adına önem arz etmektedir. Bu çalışma, söz konusu destek hizmetlerinde amaçlanan hedefleri dönüştürücü adaletin bağlamsallık ve ilişkisellik vurgusu taşıyan ilkeleri eşliğinde ele alacaktır. Söz konusu ilkeler 'özgürleştirme', 'gücü değiştirme', 'hesap verilebilirlik', 'kültürel duyarlılık', 'sürdürebilirlik' ve

Makalenin Geliş Tarihi: 27.04.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 07.05.2023.

* Ankara 10. Aile Mahkemesi Hâkimi, E-posta: nevinbrnc@gmail.com, ORCID: 0009-0008-6901-9590.

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, e-posta: naozdemir@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1406-4833.

‘esneklik’dir. Bu ilkeler temelinde korunan kişiye, şiddet uygulayana ve çocuklara yönelik verilecek destekleyici tedbirler ayrı başlıklarda değerlendirilecektir. Teorik açıklamaları somutlaştırmak adına yargı kararlarına başvurulacak ve verilmiş tedbir kararları örnekleriyle çalışmanın temel iddiası açıklanacaktır.

Anahtar Sözcükler: 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, aile içi şiddet, tedbir kararları, destek hizmetleri, dönüştürücü adalet.

ABSTRACT

Today, approaches to preventing and combating domestic violence consider not only the individual but also the social dimensions of violence and provide tools and programs to encourage the parties to take responsibility and change. In line with this purpose, Law No. 6284 on the Protection of the Family and the Prevention of Violence Against Women ensures not only protective and preventive measures, but also 'supportive' measures, which are less known in practice and in the literature. These support services, regulated in Article 15 of the Law No. 6284, are significant in terms of providing transformative tools. This study will evaluate the aims of these support services in the context of transformative justice principles with an emphasis on contextuality and relationality. The principles in question are 'liberation', 'shifting power', 'accountability', 'cultural responsiveness', 'sustainability' and 'resilience'. Based on these principles, the supportive measures to be given to the protected persons, perpetrators and children will be evaluated under separate headings. In order to concretize the theoretical explanations and support the main argument of the study, judicial decisions will be used.

Keywords: Law No. 6284 to Protect Family and Prevent Violence Against Women, domestic violence, cautionary decisions, support services, transformative justice.

Giriş

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, koruyucu ve önleyici tedbirlerin yanı sıra, uygulamada ve literatürde daha az bilinen ‘destekleyici’ tedbirleri de öngörmektedir. İlgili Kanun’un 15 inci maddesi uyarınca belirtilen bu destek hizmetleri, şiddet olgusuna yönelik dönüştürücü araçları kullanmak adına önem arz etmektedir.

Her ne kadar kanunda söz konusu destekleyici hizmetlerin şiddet önleme ve izleme merkezleri (ŞÖNİM) tarafından verileceği belirtilmişse de hakimlerin verdikleri koruyucu ve önleyici tedbirlerle birlikte destek hizmetlerine hükmetmesi mümkündür. Bu hususa dikkat çekmek isteyen bu çalışma, 15 inci maddenin uygulayıcılar ve akademisyenler açısından önemini vurgulamak amacını taşımaktadır. Kanun'un amacı olan şiddeti önleme ve şiddetle mücadele etmede 15 inci maddede belirtilen destekler önemli araçlar sunmaktadır. Bu kapsamda söz konusu hükmün dönüştürücü etkilerine yönelik hususlar tedbir kararları örnekleri bağlamında tartışılacaktır.

I. Dönüştürücü Adalet ve Aile İçi Şiddet

Aile içi şiddet vakaları kendine özgü birtakım hassasiyetleri haizdir. Bu şiddet türünün aile üyeleri tarafından, yani şiddet görene yakın kişilerce gerçekleştirilmesi, çoğu zaman süreç içerisinde tekrar etmesi, özellikle ailede söz sahibi olan kişi tarafından şiddet göreni kontrol altına alma amacını içermesi¹ ve kimi zaman da toplumsal olarak bu şiddet türünün bir 'aile meselesi' olarak meşru görülmesi aile içi şiddetin farklılıklarına yönelik önemli özellikleridir.² Bu özelliklerden her biri aile içi şiddet olgusunun yapısal niteliklerine de işaret etmektedir. Öte yandan aile içi şiddet, vuku bulduğu her ailede farklı etki ve yıkımlara sahiptir. Her aile kendine özgüdür ve bu anlamda şiddet olgusuyla mücadele her aileye özgü olarak bireyselleştirilmiş araçları gerektirebilir. Gerek yakın ilişki şiddetinin yapısal niteliği gerekse her bir aileye özgü araçların gereksinimi bu vakaları ilişkisel ve bağlamsal bir şekilde ele almamız gerektiğini göstermektedir. Bu

* Ankara 10. Aile Mahkemesi Hâkimi

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, e-posta: naozdemir@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003- 1406-4833.

¹ Bu husus "yakın ilişki terörü" olarak da nitelendirilen, şiddet içeren veya içermeyen eylemlerin partner üzerinde kontrol amacıyla motive edilmesidir. Bu eylemler manipülasyonu ve duygusal istismarı da içerebilir. (*Restorative Justice and Domestic Violence*, s. 4, 17. Şu adresten erişilebilir: https://www.verwey-jonker.nl/wp-content/uploads/2020/07/Restorative-Justice-and-Domestic-Violence_7388_def-2.pdf (Erişim tarihi: 4.4.2023).

² Çiğdem Sever, "Kadına Karşı Eviçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Opuz v. Türkiye Kararı", *Atılım Sosyal Bilimler Dergisi* 1(2), 2011, s. 19, s. 21.

doğrultuda ilişkiselliği ve bağlamsallığı ön planda tutan dönüştürücü adalet yaklaşımları önem arz eder.

Her ne kadar anlamı ve tanımı üzerinde henüz bir mutabakata varılmamışsa da³ dönüştürücü adalet, onarıcı adalet yaklaşımına benzer şekilde, cezalandırıcı adalet yaklaşımlarının eleştirisi üzerine gündeme gelmiştir.⁴ Özellikle yakın ilişki şiddet mağdurlarının durumunu bütünsel bir şekilde ele almak ve yapısal şiddete çözüm bulmak amacıyla geliştirilmiş bir yaklaşımdır.⁵ Bu yaklaşım, çatışmaya sebep veren koşulları değiştirmek adına koşulları şekillendirmeyi hedefler.⁶ Cezalandırıcı adalet yaklaşımlarına bir alternatif olarak gelişen dönüştürücü adalet, uyumsuzluğu toplumu dönüştürmek adına bir fırsat olarak değerlendirir.⁷ Dönüştürücü adaletin bu hedeflerini hukuki veya hukukun dışındaki araçları da kullanarak birtakım ilkeler doğrultusunda gerçekleştirmesi söz konusudur. Bu araçlar kimi zaman hukuk sisteminin dışındadır, ancak yine de hukuki araçlarla harekete geçirilen yapıları bünyesinde barındırır. Örneğin, 15 inci maddede de belirtilen danışmanlık hizmetlerini psikologlar veya ilgili uzmanlar verebilir, ancak söz konusu hizmetle amaçlanan özerklik, hukukun korumak istediği bir değerdir.

Dönüştürücü adalet yaklaşımları, belli başlı birtakım ilkeleri temel almaktadır. Literatürde söz konusu ilkelere yönelik farklı nitelendirmeler olsa da, bu çalışmayla ilgili sayılabilecek ilkelere bir kısmı 'ölgürleştirme', 'gücü değiştirme', 'hesap verilebilirlik', 'kültürel duyarlılık', 'sürdürebilirlik' ve 'esneklik' olarak sayılabilir.⁸ Söz konusu ilkeler aslında dönüştürücü

³ Daire McGill, "Different Violence, Different Justice? Taking Structural Violence Seriously in Post-Conflict and Transitional Justice Processes," *State Crime Journal* 6, no. 1 (Spring 2017), s. 89.

⁴ İki yaklaşım arasındaki ilişki için bkz. Nadire Özdemir, *Kültürel Savunma: Dönüştürücü Adalet Yaklaşımıyla Bir Değerlendirme*, Ankara: Turkankitabevi, 2021, s. 101-107.

⁵ Jill C. Engle, "Sexual Violence, Intangible Harm, and the Promise of Transformative Remedies", *Washington and Lee Law Review* 79, no. 3 (Summer 2022), s. 1072.

⁶ Hannah Barrie, "No One Is Disposable: Towards Feminist Models of Transformative Justice," *Journal of Law and Social Policy* 33 (2020), s. 65-66.

⁷ Dönüştürücü adaletin gelişimine yönelik açıklamalar için bkz. Özdemir, s. 77-100.

⁸ Generation Five, *Ending Sexual Abuse: Transformative Justice Handbook*, s. 37. Şu adresten indirilebilir: <https://sites.uw.edu/qcenter/a-transformative-justice-handbook-generationfive-2017/> (Erişim tarihi: 07.02.2023).

adaletin ilişkilere ve bağlama dayalı olduğuna işaret etmektedir.⁹ Bu husus da aile içi şiddet vakalarını ele almak adına önemli bir zemin oluşturmaktadır. Bu çalışmada dönüştürücü adalete yönelik ilkeler, özellikle ilişkisellik ve bağlamsallık temelinde ele alınıp daha sonra yargı kararları ışığında bunların anlamları somutlaştırılacaktır.

Dönüştürücü adalet ilkelerinin işaret ettiği temel bir husus ilişkiselliğe olan vurgudur. İlişkisellik insanlar arasında var olan bağımlılıkların ve sergilenen davranışların bu bağımlılıklar gölgesinde gerçekleşebileceğinin göz önünde bulundurulmasıdır. Şiddete yönelik dönüştürücü adalet yaklaşımları, insanların karşılıklı olarak bağımlı olduğu gerçeğini gözetir, ortaya koyduğu hedeflerde bu bağımlılıklara öncelik verir ancak bu bağımlılıkların mümkün kıldığı şiddetin koşullarını da değiştirmeyi amaçlar.¹⁰ Dolayısıyla sorunlu ilişkileri olduğu gibi korumayı veya sorunlu şekilde yeniden kurmayı değil; bu ilişkileri daha eşit ve adil bir şekilde dönüştürmeyi hedefler.¹¹

Aile içi şiddet vakalarının yakın ilişkiler içerisinde vuku bulması ve bu ilişkilerdeki bireylerin birbirine olan bağımlılığı söz konusu çatışmadaki ilişkilerin ve bağımlılıkların farkında olarak çözüm önerileri üretmeyi gerektirmektedir. Aile içi şiddete dönüştürücü adalet doğrultusunda yaklaşmak, ilişkiselliğin iki temel unsurunu ön plana çıkarır: *Hesap verebilirlik* ve *gücü değiştirmek*.

Hesap verebilirlik, ilişkileri dönüştürmedeki önemli ilkelerden biridir. *Hesap verebilirlik*, zararlı davranışın sorumluluğunu üstlenmek ve söz konusu davranışa son vermek adına harekete geçmek anlamına gelir. Aynı zamanda hesap verebilmek, sebep olunan zarar için özür dilemeyi ve hasarı ortadan kaldırmak adına uygun adımları atmayı taahhüt eder.¹² Özellikle özür veya pişmanlık hususu, karşılıklı saygıyı ve bireysel özerkliği esas aldığından hesap verebilirlik ilkesinin yanı sıra özgürleşme ilkesini de vurgulamaktadır.¹³ Buradaki hesap verebilirlik, şiddet uygulayanın davranışlarının farkına varması ve buna yönelik sorumluluk almasını gerektirir. Bu farkındalığı

⁹ Bu iddiayı açıklayan bir çalışma için bkz. Özdemir, s. 243 vd.

¹⁰ Barrie, s. 66-67.

¹¹ Barrie, s. 76.

¹² Generation Five, s. 40.

¹³ Julie Stubbs, "Beyond Apology?: Domestic Violence and Critical Questions for Restorative Justice," *Criminology & Criminal Justice* 7, no. 2 (May 2007), s. 175.

sağlamak adına da dönüştürücü yaptırımlar önem arz eder. Zira hesap verebilirlik ceza adaleti sisteminde olduğu gibi hukuki suçlamaların ve yaptırımların formüle edilmiş bir listesini sunmak yerine, mağdurun uğradığı zararın gerçekten giderilmesi adına zararı doğuran yapıların değiştirilmesini ve bu değişime yönelik şiddet uygulayanın aktif rol oynamasını şart koşar.¹⁴ Şiddet uygulayana yönelik eğitim ve rehabilitasyon programlarının çoğunda kişinin davranışının sorumluluğu alması ve hesap verilebilmesi üzerinde durulmaktadır.¹⁵

İlişkisellekle ilgili bir başka dönüştürücü adalet ilkesi *gücü değiştirme*dir. Gücü değiştirme, güçsüz tarafı güçlendirme; güçlü tarafı ise gücünü sorumlulukla kullanmasını sağlamak anlamındadır. Bu ilke, gücün dayandığı yapısal kurumları, bu gücün nasıl elde tutulduğunu ve nasıl kullanıldığını mercek altına almaktadır.¹⁶ Bir ailede ekonomik kaynaklara kim(ler) sahiptir? Her türlü karar verme yetkisi kim(ler)dedir? Bunlar aile içi iktidarın önemli göstergeleridir. Gücün eşitsiz dağılımı şiddeti üretir.¹⁷ Eşitsiz güç dağılımını değiştirmek ilişkilerdeki yapısal adaletsizlikleri gözeterek bunların dönüştürülmesi demektir.¹⁸ Bu husus özgürleştirme veya özerkleştirme ilkesiyle de ilgilidir, zira güçsüz tarafın güçlendirilmesi onu özgürleştirip özerkleştirecektir. Bu anlamda güçsüzün güçlendirilmesi ve gücünün gücünü sorumlulukla kullanmasını öğrenmesiyle güç ilişkisinin dönüştürülmesi uzun vadeli sonuçlara sahiptir. Bununla ilgili olarak da *sürdürülebilirlik* ilkesi önem arz eder.

Sürdürülebilirliği birkaç farklı şekilde belirtmek mümkündür. Öncelikle sürdürülebilirlik, herhangi bir çözümün sonuçlarının uzun sürmesi, kalıcı

¹⁴ Andrea Durbach; Louise Chappell; Sarah Williams, "Special Issue on 'Transformative Reparations for Sexual Violence Post-Conflict: Prospects and Problems'," *International Journal of Human Rights* 21, no. 9 (November 2017), s. 1186, s. 1181.

¹⁵ Marianne Hester; Sarah-Jane Lilley, *Domestic and Sexual Violence Perpetrator Programmes*, s. 6, s. 10, s. 13. Metnin tamamı için bkz. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046e1f2> (Erişim tarihi: 5.4.2023).

¹⁶ Sean Molloy, "Conceptualising the transformative justice potential of peace processes", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 27, No. 2, 2023, s. 313.

¹⁷ Generation Five, s. 38.

¹⁸ Özdemir, s. 90.

olması anlamındadır. Dönüştürücü yöntemlerin, yapısal şiddete maruz kalan insanların gündelik yaşamları üzerinde somut ve olumlu etkileri olması gerekir.¹⁹ İkinci olarak sürdürülebilirlik, çözüm yöntemlerinin bir süre sonra insanların kendilerinden gelmesidir. Örneğin şiddeti önlemeye yönelik hedefler, kişileri tüketmek yerine onları güçlendirerek çabaların artmasına vesile olmalıdır.²⁰ Çözüm yöntemlerinin kişilerden gelmesi ise tutum ve davranışlarda farkındalıkla başlar.

Kıyasacı, *ilişkisellik* ilkesi *hesap verilebilirlik*, *özgürleştirme* (veya *özerkleştirme*), *gücü değiştirme* ve *sürdürülebilirlik* ilkeleriyle iç içe geçmiştir. Benzer şekilde *bağlamsallık* ilkesinin de ilgili olduğu diğer dönüştürücü adalet ilkeleri söz konusudur.

Bağlamsallık, her bir şiddet olgusunu kendi koşulları içerisinde değerlendirerek anlamayı ve her bir soruna özgü bireyselleştirilmiş çözüm yolları sunmayı sağlar. Bağlama duyarlı bir yaklaşım, soyut hak ve özgürlüklerin, şiddet içeren somut olayın koşullarına göre bütünsel bir açıdan yorumlanmasını şart koşar. Bu yorum, somut olaydaki tarafların kesişen özelliklerinin sebep olduğu dezavantajlılık durumlarını da fark edebilmeyi mümkün kılar. Örneğin, bir ailede şiddete uğrayan kadın aynı zamanda ekonomik olarak şiddet uygulayana bağımlı mıdır? Bu anlamda hem cinsiyeti hem yoksulluğu sebebiyle dezavantajlı konumu çoklu ayrımcılıklara sebep olabilir. Bu doğrultuda verilecek tedbirler de tüm bu dezavantajlılık durumlarını bütünsel bir şekilde değerlendirerek uygulanmalıdır.

Bağlama duyarlı yaklaşımı mümkün kılan ilkelerden biri *esnekliktir*. Esneklik, somut olaya yönelik olarak farklı olasılıkları değerlendirerek çeşitli çözüm olanaklarını sunmak anlamına gelmektedir.²¹ Dönüştürücü adalet yaklaşımı, esnek ve uyarlanabilir hukuki araç ve süreçleri öngörür.²² Bu anlamda esneklik, Kanun'da sayılan tedbirlerin dışında benzer tedbirlerin de verilebilmesine ve Kanun'un 15 inci maddesinde belirtilen destek hizmetlerinin uygulanmasına kavramsal bir zemin sunar.

¹⁹ McGill, s. 94.

²⁰ McGill, s. 94.

²¹ Kermitt Roosevelt III, "Certainty versus Flexibility in the Conflict of Laws", *Faculty Scholarship at Penn Carey Law*, 2019, s. 3. Makaleye şu adresten erişilebilir:

https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3031&context=faculty_scholarship (Erişim tarihi: 4.4.2023).

²² Barrie, s. 76.

Dönüştürücü adaletin bağlama duyarlı bir yaklaşımı öngörmesi, hukuki sorunu değerlendirirken ve buna yönelik çözüm sunarken *kültürel hassasiyetleri* de gözetmesini gerektirir. Her aile farklıdır. Her ailenin sosyo-kültürel dinamiği de farklıdır. Dolayısıyla verilecek tedbir kararının gerçekten etkili olabilmesi somut olaydaki aile dinamiğinin iyi analiz edilmesini ve buna ilişkin özgü çözüm yöntemlerinin sunulmasını gerektirir. Bu kapsamda 6284 Sayılı Kanun, hâkime geniş yetkiler vermektedir. Özellikle Kanun'da geçen "benzer tedbirler" (m. 3, m. 4, m. 5) ifadesi, Kanun'da sayılan tedbirlerin yanı sıra olaya ve aileye özgü başka tedbirlerin de verilebilmesine olanak tanımaktadır.²³ Dolayısıyla Kanun, olaya özgü dönüştürücü yaptırımları ve tedbirleri bulabilmesi adına uygulayıcıların elini güçlendirmiştir.

II. Şiddete Yönelik Bir Dönüşüm Sağlamak Adına Destek Hizmetleri

Günümüzde şiddeti önlemeye ve şiddetle mücadele etmeye yönelik yaklaşımlar şiddetin sadece bireysel değil, toplumsal boyutlarını da hesaba katmakta ve tarafların sorumluluk almalarını ve değişmelerini teşvik etmeye yönelik araçları öngörmektedir.²⁴ 6284 Sayılı Kanun da bu yaklaşımı mümkün kılan araçları haizdir. Kanun'da öngörülen koruyucu ve önleyici tedbirlerin yanı sıra, destekleyici tedbirler de söz konusu yaklaşım kapsamında dönüştürücü araçlar sunmaktadır. Belirtildiği üzere, dönüştürücü adalet, hukuki kararlar amaçlanan sonucu hukuki veya hukuk dışı araçlarla desteklemeyi öngörür.²⁵ Bu doğrultuda farklı içeriklere sahip dönüştürücü nitelikte destek araçlarının örneklerini 6284 Sayılı Kanun'da görmek mümkündür. Kanun'un 15 inci maddesinde destek hizmetleri şu şekilde düzenlenmiştir:

²³ Örneğin benzer tedbirler kapsamında, evdeki evcil hayvana şiddet uygulayan bir erkeğin, Hayvan Barınağında çalıştırılmasına hükmedilmiştir (bkz. İzmir 1. Aile Mahkemesi, Esas No: 2022/474, Karar Tarihi: 10/02/2022). Ev içi şiddetin evcil hayvanlara yönelik şiddetle ilgisi üzerine yapılan araştırmalar son yıllarda giderek artmaktadır (Bkz. Amy J. Fitzgerald, Betty Jo Barrett, Rochelle Stevenson and Patti A. Timmons Fritzi "Domestic Violence and Animal Abuse", *The Routledge International Handbook of Domestic Violence and Abuse* içinde, New York: Routledge, 2021, 325-339).

²⁴ Engin Fırat, *Kadına Karşı Şiddet Uygulayan Erkeklere Yönelik Sosyal Hizmet Uygulamalarının Değerlendirilmesi: Bir Model Önerisi*, Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022, s. 108-109.

²⁵ Engle, s. 1073-1075.

MADDE 15 – (1) Bu Kanun kapsamında şiddetin önlenmesi ve verilen tedbir kararlarının etkin olarak uygulanmasının izlenmesi bakımından şiddet önleme ve izleme merkezleri tarafından verilecek destek hizmetleri şunlardır:

a) Koruyucu ve önleyici tedbir kararları ile zorlama hapsinin verilmesine ve uygulanmasına ilişkin veri toplayarak bilgi bankası oluşturmak, tedbir kararlarının sicilini tutmak.

b) Korunan kişiye verilen barınma, geçici maddi yardım, sağlık, adli yardım hizmetleri ve diğer hizmetleri koordine etmek.

c) Gerekli hâllerde tedbir kararlarının alınmasına ve uygulanmasına yönelik başvurularda bulunmak.

ç) Bu Kanun kapsamındaki şiddetin sonlandırılmasına yönelik bireysel ve toplumsal ölçekte programlar hazırlamak ve uygulamak.

d) Bakanlık bünyesinde kurulan çağrı merkezinin bu Kanunun amacına uygun olarak yaygınlaştırılması ve yapılan müracaatların izlenmesini sağlamak.

e) Bu Kanun kapsamındaki şiddetin sonlandırılması için çalışan ilgili sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği yapmak.

(2) Korunan kişilerle ilgili olarak şiddet önleme ve izleme merkezleri tarafından verilecek destek hizmetleri şunlardır:

a) Kişiye hakları, destek alabilecekleri kurumlar, iş bulma ve benzeri konularda rehberlik etmek ve meslek edindirme kurslarına katılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmak.

b) Verilen tedbir kararıyla ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesine yönelik önerilerde bulunmak ve yardımlar yapmak.

c) Tedbir kararlarının uygulanmasının sonuçlarını ve kişiler üzerindeki etkilerini izlemek.

ç) Psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde yardım ve danışmanlık yapmak.

d) Hâkimin isteği üzerine; kişinin geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal, ekonomik ve psikolojik durumu hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak.

e) İlgili merci tarafından istenilmesi hâlinde, tedbirlerin uygulanmasının sonuçları ve ilgililer üzerindeki etkilerine dair rapor hazırlamak.

f) 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümleri uyarınca maddi destek sağlanması konusunda gerekli rehberliği yapmak.

(3) **Şiddet uygulayanla ilgili olarak şiddet önleme ve izleme merkezleri tarafından verilecek destek hizmetleri şunlardır:**

a) Hâkimin isteği üzerine; kişinin geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal, ekonomik ve psikolojik durumu ile diğer kişiler ve toplum açısından taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak.

b) İlgili makam veya merci tarafından istenilmesi hâlinde, tedbirlerin uygulanmasının sonuçları ve ilgililer üzerindeki etkilerine dair rapor hazırlamak.

c) Teşvik edici, aydınlatıcı ve yol gösterici mahiyette olmak üzere kişinin;

1) Öfke kontrolü, stresle başa çıkma, şiddeti önlemeye yönelik farkındalık sağlayarak tutum ve davranış değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına,

2) Alkol, uyuşturucu, uçucu veya uyarıcı madde bağımlılığının ya da ruhsal bozukluğunun olması hâlinde, bir sağlık kuruluşunda muayene veya tedavi olmasına,

3) Meslek edindirme kurslarına katılmasına,

yönelik faaliyetlerde bulunmak.

(4) Şiddet mağduru ile şiddet uygulayana yönelik hizmetler, zorunlu hâller dışında

farklı birimlerde sunulur.

Sayılan destekleyici tedbirler, şiddetin psikolojik, sosyo-kültürel veya ekonomik etkilerine odaklanıp sorunun temeline gitmesi bakımından önemlidir. Bu anlamda şiddet olgusunun kökenlerinde bir dönüşüm yaratmak bakımından etkili araçlar sunulmaktadır. Bu araçlar maddede sayıldığı üzere korunan kişilere yönelik olabileceği gibi şiddet uygulayana yönelik de olabilir. Bir önceki başlıkta açıklanan ilkelerin de bu madde kapsamında hayata geçirilebilmesi mümkündür. İlerleyen başlıklarda yargı kararlarından örneklerle dönüştürücü adalet ilkeleri ışığında destek hizmetlerine yönelik hususlar korunan kişiler; şiddet uygulayan ve çocuklar açısından ayrı ayrı tartışılacaktır.

A. Korunan kişilerle ilgili destekleyici tedbirler

6284 Sayılı Kanun'un 3 üncü ve 4 üncü maddeleri uyarınca şiddet mağdurunu koruma amaçlı önlemlere başvurulabilir. Bu doğrultuda, Kanun'da belirtilen merciler tarafından korunan kişi hakkında olayın niteliği dikkate alınarak koruyucu tedbir kararı verilebilir.²⁶ Ancak şiddet mağdurlarının travmatik deneyimlerinden ötürü kimi zaman özgüvenleri zedelenmekte, değersizlik hisleri artmakta ve hatta başka psikolojik rahatsızlıklar geliştirmektedirler.²⁷ Bu kapsamda, koruyucu (veya önleyici) tedbirlerle birlikte şiddet mağdurunu güçlendirmek adına destekleyici tedbirlere başvurmak önemlidir. Kanun'un 15/2 inci maddesi uyarınca korunan kişi yönünden destek hizmetlerinin verilmesi mümkündür. Söz konusu destekler meslek edindirme ve mesleğe yönlendirme veya psiko-sosyal ve ekonomik danışmanlık sağlama gibi farklı içeriklerde olabilir. Korunan kişilerle ilgili bu farklı içerikteki önlemler, yukarıda açıklanan özgürleştirme, gücü değiştirme, ilişkisellik, bağlamsallık, sürdürülebilirlik ve hesap verilebilirlik ilkeleriyle doğrudan ilgili görünmektedir.

Öncelikle, şiddete uğramış olan kişiyi güçsüz kılan yapısal pek çok etken olabilir. Dolayısıyla meseleye çok boyutlu ve bütünsel bir şekilde yaklaşarak "güçlendirme" araçları belirlenmelidir.²⁸ Bu doğrultuda Kanun'da belirtilen "*kişiye hakları, destek alabilecekleri kurumlar, iş bulma ve benzeri konularda rehberlik etmek ve meslek edindirme kurslarına katılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmak*" hükmü, kişinin özerkliğini ve özgürlüğünü güçlendirici amaçları içermektedir.

Korunan kişilere yönelik desteklerde özgürleştirme ilkesinin yanı sıra gücü değiştirme ilkesinin izlerini bulmak da mümkündür. 15/2(ç) maddesinde belirtilen psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümüne yönelik yardım ve danışmanlık hizmetleri hem korunan kişilerin özerkliklerini güçlendirmek,

²⁶ 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği, s. 3/k.

²⁷ Helene Flood Aakvaag; Kristin Alve Glad, "Domestic Violence and Abuse Through a Psychological Lens", (Eds) John Devaney, Caroline Bradbury-Jones, Rebecca J. Macy, Carolina Øverlien, Stephanie Holt, *The Routledge International Handbook of Domestic Violence and Abuse* içinde, New York: Routledge, 2021, 96-109: s. 97-99.

²⁸ Özlem Cankurtaran; G. Akoğlu; H. Sakarya, "Güçlenmeyi güç, güçsüzlük, baskı ve güç ilişkileri temelinde anlamak", *Toplum ve Sosyal Hizmet*, 31(4), 2020, s. 1926, 1928.

onları özgürleştirerek hayata katmak hem de ilişkilerdeki gücün değişmesine vesile olmak adına önemlidir. Tüm bu hizmetler, niteliği gereği dönüştürücü tedbirlere veya yaptırımlara örnektir. Zira hizmetin alınması sonucu ayrımcılığa veya mağduriyete sebep olan koşullarda yapısal değişiklik²⁹ ve ayrıca mağdurun özerkliğini güçlendirmek amaçlanmaktadır.³⁰

Şiddet olgusuna sebep olan koşulların yapısal değişiminden bahsetmek için, söz konusu koşulların tekrarlamaması gerekmektedir. Buna ilişkin 15 inci maddede belirtildiği üzere verilmiş olan tedbir kararıyla ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesine yönelik önerilerde ve yardımlarda bulunmak ve bunların sonuçlarını ve etkilerini izlemek hükmü düzenlenmiştir. Sürdürülebilirlik ilkesine de işaret eden bu hüküm, kararların verildikten sonra izlenmesi, verilen kararlarla amaçlanan sonuçların gerçekleşip gerçekleşmediğinin bilinmesi ve şayet gerekirse başka tedbirlerle yola devam edilmesi açısından önemlidir. Kararların izlenmesi ilişkisellik ve bağlamsallık ilkelerini de ön plana çıkarmaktadır. Zira verilen tedbirlerin sadece kişi üzerinde değil, çevresi üzerindeki etkisi de önemlidir. Verilecek desteklerin de Kanun'un 15/d maddesi kapsamındaki "*kişinin geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal, ekonomik ve psikolojik durumu hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu*"³¹ istenerek değerlendirilmesi mümkündür. Zira aile içi şiddetin ilişkisellik unsuru göz önünde bulundurulduğunda şiddet olgusunun yarattığı etkiyi tüm aile bakımından değerlendirerek uygun bir tedbir kararına hükmetmek gerekir. Bu doğrultuda 15 inci madde kapsamında ayrıntılı sosyal araştırma raporu istenebilir. Örneğin bu madde kapsamında istenmiş bir sosyal araştırma raporu kararında:

"Ayrıca iddialar ile tarafların anne, baba ve annearne olması nedeniyle aralarında yaşanan olayların tespiti ve değerlendirilmesi bakımından 6284 sayılı yasanın 15/3-a 'hakimin isteği üzerine; kişinin geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal, ekonomik ve

²⁹ Andrea Durbach; Louise Chappell; Sarah Williams, "Special Issue on 'Transformative Reparations for Sexual Violence Post-Conflict: Prospects and Problems'," *International Journal of Human Rights* 21, no. 9 (November 2017), s. 1186, s. 1189.

³⁰ Dafna Lavi, "The Promise of (Transformative) Mediation: The Transformative Model in Divorce Cases Involving Violence," *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 36, no. 1 (2020), s. 95.

³¹ Bu yönde bir karar için bkz. Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2016/114 D. İş, Karar Tarihi: 01/03/2016.

psikolojik durumu ile diğer kişiler ve toplum açısından taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak' maddesi gereğince Aile Bakanlığı'na yazı yazılarak risk analizi yapıp ayrıntılı sosyal araştırma raporu alınmasına... bu rapor geldikten sonra diğer tedbirlerin değerlendirilmesine" hükmedilmiştir.³²

Yukarıdaki karar, şiddet olgusundan etkilenen anne, baba ve anneannenin durumunu ayrı ayrı ve ilişkisel olarak değerlendirerek aileye özgü tedbirlerin değerlendirilmesini mümkün kılmak adına sosyal araştırma raporunun önemine örnek teşkil etmektedir.

Korunan kişilerle ilgili destek tedbirlerinde bağlamsallığa olan bir başka vurgu da “*Bu Kanun kapsamındaki şiddetin sonlandırılmasına yönelik bireysel ve toplumsal ölçekte programlar hazırlamak ve uygulamak*” hükmüdür. Zira söz konusu programların şiddetin vuku bulduğu bireysel veya toplumsal bağlamı analiz ederek hazırlanması gerekmektedir.

B. Şiddet uygulayana yönelik destekleyici tedbirler

Özellikle 1980'lerle birlikte, şiddet mağduru kadınların güvenliği ve şiddetin önlenmesi amacıyla şiddet uygulayanla birlikte çalışmak, aile içi şiddet destek hizmetlerinin temel bir unsuru olarak giderek daha fazla tanınmaya başlanmıştır.³³ Bu gelişmelerin izlerini 6284 Sayılı Kanun'da da görmek mümkündür. Kanun'un 5 inci maddesi uyarınca şiddet uygulayanlarla ilgili olarak önleyici tedbirlere hükmedilebilir. Ancak, her bir şiddet vakasının ve tarafların durumuna özgü bireyselleştirilmiş önleyici tedbirlerle birlikte verilecek destek hizmetleri, şiddet olgusunun temel sebeplerinde etki yaratması bakımından önemlidir. 15 inci maddede sıralanan destek hizmetleri şiddet uygulayanla ilgili olarak çeşitli araçlar sunmaktadır.

Şiddet uygulayanın tutum ve davranışlarında gerçek bir dönüşüm sağlamak her zaman için kolay değildir. Ancak Kanun, bunu sağlamaya ilişkin önemli araçları haizdir. Kanun kapsamında şiddet uygulayanın “*öfke kontrolü, stresle başa çıkma, şiddeti önlemeye yönelik farkındalık sağlayacak tutum ve davranış değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına; alkol, uyuşturucu, uçuucu veya uyarıcı madde bağımlılığının ya*

³² Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2019/401 D. İş, Karar No: 2019/406, Karar Tarihi: 26/07/2019.

³³ Hester; Lilley, s. 9.

da ruhsal bozukluğunun olması hâlinde, bir sağlık kuruluşunda muayene veya tedavi olmasına; Meslek edindirme kurslarına katılmasına” [madde 15/c (1) (2) (3)] yönelik destek hizmetleri dönüştürücü kanallar açmaktadır.

İlgili hüküm kapsamında, öfke kontrolü veya stresle başa çıkmaya yönelik farkındalık sağlayarak tutum ve davranış, değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına yönelik destekler, şiddet uygulayanın tutum ve davranışlarını dönüştürmek adına güçlü araçlardır. Şiddet uygulayana yönelik verilecek olan söz konusu eğitim ve rehabilitasyon programlarının önemine Adalet Bakanlığının "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanması" konulu 154/1 No'lu genelgenin güncelleme olan 154/2 No'lu Genelge'de de işaret edilmiştir.³⁴

Öfke kontrol programları önce farkındalık, sonra bu farkındalıkla değişim hedefleyen ve aynı zamanda hesap verilebilirliği de sağlayan programlardır.³⁵ Programa katılmış olanların geri bildirimleri ve yapılan araştırmalar göstermektedir ki programın farkındalık sağlama ve öfke kontrolü kazandırma konusundaki başarısı yüksektir.³⁶ Hatta programa katılmış olan erkek bireylerin bir kısmı, öfke kontrolüne ilişkin farkındalığın diğer erkeklerle olan ilişkilerini ve çevrelerini de dönüştürdüğünü belirtmektedirler.³⁷ Öfke kontrolü eğitimine katılmış ve bu anlamda olumlu yönde değişim sağlamış bir erkek, deneyimlerini şu şekilde aktarmaktadır:³⁸

“K: Çok yararlı yarayışlı odu. Öfke kontrolü, hakimiyet. Ben çok panik adamım, faydası oldu.

A: Örnek verebilir misiniz?

K: Mesela bir haksızlığa uğrasam önceden karşımda ne varsa vurur atardım. Tepkim büyük oluyordu. Şimdi normal, daha sakin.

A: Normal derken?

K: Daha soğukkanlı, anlayışlı. Her şeyde anlayış şart da ben bir lafi üç kez dedim mi çıldırırım.1 anlatıyorsun 2 anlatıyorsun 3. de anlamıyor.

³⁴ Bkz. Genelge no: 154/2, paragraf 17. Genelgenin tamamına şu adresten erişilebilir: <https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/154-2-sayili-aile-ici-ve-kadina-karsi-siddetin-onlenmesi-gengelgesi-yayimlandi> (Erişim tarihi: 6.4.2023).

³⁵ Fırat, s. 9; s. 127-128.

³⁶ Fırat, s. 140.

³⁷ Fırat, s. 290-292.

³⁸ Fırat, s. 290.

Adam adres soruyor, tarif ediyorum. Bana sor, tarif et Afrikaya giderim. 10 kere anlatıyorum...

A: En çok öfke kontrolü bölümünden yararlandınız? Başka ne değişti?

K: Ben duygusal insanım. Biri ağlasın ben de ağlayan biriyim. ... Ben çok yoksulluktan geldim. Öfke eğitiminin %60 etkili olduğunu diyebilirim.

A: Eğitim çocuğunuzla ilişkinizi etkiledi mi?

K: Eğitim olmasa ben oğlanın kolunu bacağını kırardım. Eğitimi birkaç arkadaşta da tavsiye ettim.”

15 inci maddede şiddet uygulayana yönelik sunulan dönüştürücü araçları, sadece aile içi şiddet olgusunda değil, kadına yönelik şiddetin temelinde yatan önyargıları ve ataerkil zihniyeti sarsmak adına da hayata geçirmek mümkündür. Örneğin otobüs durağında bekleyen bir kadına yaklaşıp küfreden ve “*senin gibilere insanların tecavüz etmesi ve öldürmesi gerekiyor, başınıza gelenleri hak ediyorsunuz*” şeklinde sözler söyleyerek kendisini takip eden bir şahsa yönelik İzmir 1. Aile Mahkemesince önleyici tedbirlerin yanı sıra 15/3 maddesi kapsamında şiddet uygulayan kişinin “*insan hakları, kadın ve erkek eşitliği, şiddetin türleri ve mağdur üzerinde ve toplumda yarattığı etki ve sonuçları konusunda eğitime tabi tutulmasına, bu tedbirin Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne yerine getirilmesine*” karar verilmiştir.³⁹ Bu karar şiddet uygulayanın sergilediği davranışın gerek mağdur gerekse toplum üzerindeki sonuçlarını anlaması ve üstlenmesi adına hesap verilebilirlik ve ilişkisellik ilkelerini ön plana çıkarmaktadır. Zira kararda vurgulandığı üzere sokaktaki tek bir kadını hedef alan şiddetin o kadınla sınırlı olduğunu düşünmek gerçekçi değildir. Bu şiddetin beslendiği yapısal adaletsizliğin sokaktaki diğer kadınlar üzerinde de etkisi olduğunu görmek önemlidir. Bu etkiyi görmüş olan hâkim, önleyici tedbirlerin yanı sıra şiddet uygulayanın bakış açısında değişim sağlamak adına insan hakları ve kadın erkek eşitliği üzerine eğitim almasını öngörmüştür. Zira, bu somut örnek açısından önleyici tedbirler [bu kararda 5/1(a) ve 5/1(c)] şiddet olgusunun temelinde yatan tutum ve zihniyeti değiştirmeye yeterli değildir.

Dönüşümü sağlamak adına farkındalık yaratmak önemlidir, ancak yeterli değildir. Değişimin sağlanması için davranışların belirli aralıklarla izlenmesi gereklidir.⁴⁰ Bu doğrultuda, verilmiş olan tedbirlerin sonuçlarını görmek adına

³⁹ İzmir 1. Aile Mahkemesi, Esas No: 2022/2274 D. İş, Karar Tarihi: 30/06/2022.

⁴⁰ Öfke kontrol programında yer alan profesyonellerin bazıları söz konusu eğitimin değişimden çok farkındalık yaratmak adına güçlü olduğunu; programın yapısı ve

Kanun “*ilgili makam veya merci tarafından istenilmesi halinde, tedbirlerin uygulanmasının sonuçları ve ilgililer üzerindeki etkilerine dair rapor hazırlamak*” destek hizmetine olanak tanımaktadır. Sürdürülebilirlik ilkesine işaret eden kararların etkisini raporlamak, daha etkili ve yerinde tedbirlerin verilmesine de olanak tanıyacaktır.

Verilen tedbir kararlarına aykırılık durumunda Kanun’un 13. maddesi uyarınca “*hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur.*” Dolayısıyla tedbir kararlarına uyulmaması durumunda şiddet uygulayana yönelik bir disiplin hapsi⁴¹ olarak zorlama hapsine başvurulabilecektir. Öte yandan zorlama hapsi verildiği kimi durumlarda zararın giderilmemesi ve zorlama hapsinden öncesine ve sonrasına ilişkin yapısal adaletsizliklerde bir düzelme olmaması söz konusu olabilmektedir. Bu anlamda zorlama hapsinin etki edemediği şiddet uygulayanın tutum ve davranışlarında bir farklılık yaratmak gerekmektedir. Her ne kadar zorlama hapsi bir ceza hapsi olmasa da odak noktamızı cezaya dayalı müdahalelerden adalete yönelik daha dönüşüme dayalı yaklaşımlara kaydırmak, bizi bireysel olayların karmaşık gerçeklerine, bağlama ve ilişkilere ve her bir bireyi farklı etkileyen koşullara götürür.⁴² Somut olayda “şiddet uygulayanı şiddet davranışından ötürü nasıl yaptırma maruz kılarız” sorusundan ziyade “bu ailede şiddeti nasıl sonlandırabiliriz” veya “şiddet uygulayanda tutum değişikliğine hukuki araçlarla nasıl çözüm bulabiliriz” sorularını sormak, 6284 Sayılı Kanun’un sunduğu araçları bu sorulara cevap bulmak adına harekete geçirmek önemlidir. Örneğin bu kapsamda değerlendirilmiş bir dosyada zorlama hapsiyle birlikte m. 15/3(1)-c hükmü gereğince infaz süresince “*öfke kontrolü, danışmanlık ve iletişim becerilerine ilişkin tedbir kararlarının infaz süresince ceza evinde görevli ilgili meslek elemanı tarafından yürütülmesine ve mahkememize bilgi verilmesine*”, şeklinde karar verilmiştir.⁴³ Bu kararda, tedbir kararlarına

süresinin gerçek bir değişime her zaman olanak tanımadığını, değişimin daha uzun süreli bir programla mümkün olabileceğini belirtmektedir (Fırat, s. 270-271).

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, zorlama hapsinin bir suç karşılığı uygulanan ceza hapsi değil; tedbir kararlarını uygulamaya yönelik bir disiplin hapsi olduğunu hükmetmiştir (RG: 27.03.2014, 28954).

⁴² Generation Five, s. 38.

⁴³ Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2021/535, Ara Karar Tarihi: 02/12/2021.

muhalefet eden şiddet uygulayanın sadece zorlama hapsiyle tutum ve davranışlarında bir değişiklik yaratılmayacağı düşünülerek beraberinde öfke kontrolü desteğine de hükmedilmiştir.

Şiddetin sebepleri arasında madde bağımlılığı veya ekonomik zorluklar da olduğu düşünüldüğünde şiddet olgusunun kökenine gitmek bakımından bu hususlara yönelik iyileştirme ve güçlendirmeler etkilidir. Kimi zaman madde bağımlılarının tedaviye yönelik tedbirlere aykırı şekilde hareket ettiği görülmektedir. Ancak bu aykırılık durumlarında madde bağımlılarına yönelik verilen zorlama hapsinin gerçekten tutum ve davranışlarda bir değişime yol açıp açmayacağı da bağlamsal olarak iyi değerlendirilmelidir. Şayet somut olayda zorlama hapsiyle şiddet olgusuna yönelik bir dönüşüm sağlanamayacaksa yine 15 inci madde kapsamında destek hizmetlerinden yararlanılabilir. Bu doğrultuda verilmiş olan bir kararda⁴⁴:

“Her ne kadar G. hakkında zorlama hapsi verilmesi yönünde ihbarda bulunmuş ise de G.’nin madde bağımlısı olup yaptığı eylemlerin iradi olmadığı anlaşıldığından zorlama hapsi verilmesine yer olmadığına;

Uzman raporları doğrultusunda, raporun bir örneğinin de eklenerek Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına yazı yazılarak G’nin sosyal güvencesinin bulunmaması nedeniyle tedavi giderleri resen karşılanmak üzere Ankara Üniversitesi’ne bağlı Amatem’de madde bağımlılığı ile ilgili tedavisinin yaptırılması ve psikolojik destek almasının sağlanması,

Aileye psiko eğitsel destek verilmesine,

İşkur ve çıraklık eğitim vasıtasıyla bir mesleğe yönlendirilmesi ve kişinin takibinin yapılmasına,

Mahkememize yapılan işlemlerle ilgili bilgi verilmesinin istenmesine” karar verilmiştir.

Yukarıdaki kararda dönüştürücü adaletin gerek ilişkisellik gerekse güçlendirme ilkelerinin yansımalarını görebiliriz. Aile üyelerinden birinin madde bağımlısı olması tüm aileyi etkilediğinden psiko eğitsel desteklerin sadece madde bağımlısı kişiye değil; ailenin diğer üyelerine de sağlanması uygun görülmüştür. Yine, madde bağımlısı kişinin sadece tedavisinin değil;

⁴⁴ Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2021/535, Ara Karar Tarihi: 02/12/2021.

bir mesleğe yönlendirilmesi adına eğitim verilmesi ve olumlu anlamda güçlendirilmesi şiddet olgusunun temeline inilmesi anlamında dönüştürücü etkileri haizdir.

Yukarıda zikredildiği üzere aile içi şiddetle mücadelede sürdürülebilirlik ilkesi de önemlidir. Sürdürülebilirlik, verilen tedbir kararıyla amaçlanan sonuçların kalıcı olmasını ifade eder. Bu husus da hâkimin tedbir kararlarını izlemesini ve “*tedbir sonunda yeniden risk analizi yapılarak tedbirlerin devam edip etmeyeceğinin değerlendirilmesini*”⁴⁵ şart koşar. Bu değerlendirme sonucunda şayet verilen tedbir kararları yetersiz kalmışsa yeni tedbir kararlarına hükmedilmesi gerekir.⁴⁶

Tüm bu araçlar, şiddetin çok boyutlu sebeplerine yönelmeyi ve soruna bütünsel bir şekilde yaklaşmayı mümkün kılmaktadır. Zira mesele sadece şiddet göreni korumak değildir; şiddet uygulayanın farkındalığını arttırmak ve şiddeti mümkün kılan koşulları değiştirmek de önemlidir.

C. Çocukla ilgili destekleyici tedbirler

6284 Sayılı Kanun, cinsiyet ayrımı olmaksızın veya şiddetin ailede veya aile dışında yaşanmasına bakılmaksızın bütün çocukları koruma kapsamına almıştır.⁴⁷ Çocuk yaşta şiddete uğramanın veya şiddete tanık olmanın, psikolojik, nörolojik ve fizyolojik pek çok olumsuz etkisi olduğu belirtilmektedir.⁴⁸ Sevdiği kişiler arasında bu tür bir acımasızlığın tanığı olması (çoğu zaman bir ebeveyne yönelik diğer ebeveynin şiddeti), aile içi şiddete maruz kalan çocukların bu eylemlerden travmatik bir şekilde zarar görmesine neden olacak kadar kalıcı yaralara sebep olabilir.⁴⁹ Şiddetin ve istismarın zararlı etkilerini önlemek veya azaltmak adına da çocukların yaşam akışına olabildiğince erken müdahale etmek hayatidir.⁵⁰ Bu doğrultuda,

⁴⁵ Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2021/823, Karar Tarihi: 24/01/2022.

⁴⁶ Buna örnek bir karar için bkz. Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2021/25, Karar Tarihi: 08/03/2022.

⁴⁷ Ramazan Karakaya, *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 27-28.

⁴⁸ Margaret Kertesz; Larissa Fogden; Cathy Humphreys, “Domestic Violence and the Impact on Children”, *The Routledge International Handbook of Domestic Violence and Abuse* içinde, New York: Routledge, 2021, 128-140.

⁴⁹ Sondra Burman; Patricia Duffy-Feins, “Children Witnessing Parental Violence”, *Encyclopedia of Domestic Violence* içinde, Ed. Nicky Ali Jackson, New York: Routledge, 2007, s. 156.

⁵⁰ Kertesz et al., s. 137.

çocukların yaşam koşullarını dönüştüren tedbirler önem arz eder. Şiddet uygulayan veya şiddet gören çocuk ve ergenlere yönelik destekleyici tedbirler çocuğun yüksek yararı ilkesine uygun olarak yetişkinlerden ayrı ele alınmalıdır.

Şiddete maruz kalmış veya tanık olmuş çocuklarda, ilişkisellik ve bağlamsallık ilkeleri gereği, sadece şiddet uygulayana yönelik tedbirler değil; çocukları da koruyucu ve destekleyici tedbirlere hükmedilmelidir. Örneğin, 15 inci madde kapsamında şiddet uygulayanın öfke kontrolü, stresle başa çıkma, şiddeti önlemeye yönelik farkındalık sağlayarak tutum ve davranışları değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına yönelik verilen kararda diğer aile bireylerinin durumu da göz önünde bulundurulur:

“Ayrıca davacının tutum ve davranışlarının davacı ve çocuklar yönünden riskli davranışlar sergilemesi nedeniyle 15.madde kapsamında davacıya ve özellikle davalıya ulaşılarak risk analizi yapılarak, sosyal inceleme raporunun acilen hazırlanarak başkaca uygulanması gereken tedbirler var ise bunların bildirilmesine” karar verilmiştir.⁵¹

Yine benzer bir davada, babanın doğrudan çocuklara yönelik şiddet içerikli eylemleri olmasa bile annelerine yönelik şiddete tanık olan çocuklar açısından sosyal inceleme raporunun hazırlanmasına karar verilmiştir. İlgili raporda uzman *“davalının davacıyı ‘fotoğraflarını ve telefon numarasını yaymak’ ile tehdit ettiği, çocuklara yönelik direk bir tehdit veya şantajda bulunmadığını ancak davalıya yapılan tehditlerden çocukların doğrudan ve dolaylı olarak etkilendiği..... bu nedenle davacı ve çocuklar açısından uzaklaştırma kararının devamının önem arz ettiği, baba ve çocuklar arasında şahsi ilişki düzenlenecekse bu ilişkinin ŞÖNİM aracılığıyla kurulması gerektiği.... Psikolojik olarak yaşanan durumlarda olumsuz etkilenen çocuklara destek sağlanabilmesi için tüm çocuklar hakkında (velayet sahibi ebeveyn katılımını da içerecek şekilde) Danışmanlık Tedbiri, G. hakkında ayrıca Sağlık tedbiri uygulanmasının çocukların yüksek yararına olacağı kanaatine varılmıştır”* şeklinde görüş bildirmiş ve karar bu doğrultuda şekillendirilmiştir.⁵²

Şiddet öğrenilebilir ve tekrarlanabilir bir davranış olduğundan çocukların bu döngüyü sürdürmemeleri önemlidir. Zira araştırmalar göstermektedir ki

⁵¹ Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2014/174 D. İş, Karar Tarihi: 15/07/2014.

⁵² Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2020/35, Karar Tarihi: 25.02.2021.

şiddet uygulayan bireylerin önemli bir kısmı çocuk yaşta şiddete maruz kalmıştır.⁵³ Dolayısıyla şiddete maruz kalmış veya tanık olmuş çocuklara yönelik 15 inci madde uyarınca verilebilen danışmanlık destekleri çok önemlidir. Şiddete maruz kalmış veya tanık olmuş çocukların durumu gerekirse yukarıdaki örnekteki gibi sosyal inceleme raporu doğrultusunda değerlendirilerek danışmanlık hizmetinden yararlandırılması ve gelişmelerinin takip edilmesi önemlidir. Bu doğrultuda 15/2(c)'deki “*tedbir kararlarının uygulanmasının sonuçlarını ve kişiler üzerindeki etkilerini izlemek*” hükmü devreye sokulabilir.

Öte yandan çocuklar, şiddet mağduru olabileceği gibi şiddet uygulayan da olabilmektedir. Ergen şiddeti olarak nitelendirilen bu husus, bir çocuğun veya ergenin ebeveynine, bakıcısına, kardeşine veya evdeki diğer aile üyelerine karşı fiziksel, duygusal, psikolojik, sözlü, ekonomik ve/veya cinsel istismar uygulaması olarak tanımlanmaktadır.⁵⁴ Örneğin ergen şiddetine ilişkin bir vakada şikâyet olunan çocuk şiddet olayını şu şekilde aktarmaktadır:

“...Y.Y. öz babam olur bugün 21.11.2015 günü saat 00:00 sıralarında babam ile evde ağız münakaşası yaptık sebebi ise babama montumun eski olduğunu söyledim o da bana yeni mont alamayacağını söyledi, bu sebeple tartıştık ben de sinirle montu yırtmaya çalıştım araya annem girdi babam montu yırtmamı engellemeye çalıştı bu sırada boynumdaki kızarıklık olmuş olabilir, babamla biraz arbede yaşadık ben sinirle babama bağırdım çağırdım daha sonra evimize polisler geldi bizi hastaneye götürdüler raporlarımızı aldık polis merkezine geldik ben tüm bu olanlardan dolayı pişmanım keşke sinirime hakim olsaydım da bunlar olmasaydı...”⁵⁵

İlgili olayda 6 ay süreyle, şiddet uygulayan ergenin mağdur ebeveynine yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına yönelik Kanun'un 5(a) maddesi uyarınca

⁵³ Fırat, s. 143.

⁵⁴ Karla Elliott et al., *Investigating Adolescent Family Violence: Background, Research and Directions, Context Report, Focus Program on Gender and Family Violence: New Frameworks in Prevention*, 2017, s. 2. Raporun tamamına şu adresten erişilebilir: https://arts.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0007/1532275/investigating-adolescent-family-violence-background-research-and-directions.pdf (Erişim tarihi: 5.4.2023).

⁵⁵ Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2014/174 D. İş, Karar Tarihi: 24/03/2014.

önleyici tedbir verilmiştir. Ancak söz konusu tedbirin şiddet uygulayan ergenin ileriye yönelik benzer davranışlar sergilemesinin önüne geçip geçmeyeceği somut olayın koşulları düşünüldüğünde bir soru işaretidir. Bu doğrultuda, ergenin farkındalık kazanması ve davranışlarını değiştirebilmesi adına önleyici tedbirle birlikte 15/3-c(1) uyarınca öfke kontrolü, stresle başa çıkma, şiddeti önlemeye yönelik farkındalık sağlayarak tutum ve davranış değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına da karar verilmiştir.⁵⁶

Çocuklarda şiddete yönelmenin bir sebebi madde bağımlılığından kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda şiddeti önlemenin yanı sıra gerek madde bağımlılığını sonlandırabilmek gerekse çocuğun yüksek yararına olacak bir uğraşa yönlendirilmesini sağlamak önemlidir. Örneğin madde bağımlısı bir çocuğun şiddet uyguladığı ebeveynin ifadeleri durumu şu şekilde aktarmaktadır:

“...Hakkında şikayetçi olduğum kişi benim öz oğlum G.’dir. Kendisi uyuşturucu madde bağımlısı olduğu için bizden devamlı para istemekte, vermediğimiz zaman da küfür etmektedir. Kendimi öldürürüm diye bizi tehdit etmektedir. 12/03/2014 tarihinde yine kendisi hakkında şikayetçi oldum ve Ankara 2. Aile Mahkemesince Amateme tedavi için gönderildi. Aynı gün sadece ilaç yazmak suretiyle geri gönderdiler. O tarihten bugüne kadar tekrar uyuşturucu kullanmaya devam ediyor. Kendisine ve bize bir şey yapmasından endişe ediyoruz. Oğlum G.’den şikayetçi değilim ama Amateme yatırılarak tedavi ettirilmesini istiyorum, kapıdan bir ilaçla hemen geri gönderilmesini istemiyorum”⁵⁷

Yukarıdaki olayda, uzman raporu istenmiş ve ilgili uzman, çocuğun ilaç tedavisiyle birlikte psikolojik destek almasının zorunlu olduğunu, almadığı takdirde madde kullanımına yeniden yöneleceğini belirtmiştir. Ayrıca, çocuğun sadece tedavi ve danışmanlık hizmeti alması değil, aynı zamanda İŞKUR veya çıraklık eğitimi vasıtasıyla bir mesleğe yönlendirilmesinin de iyi olacağına altını çizmiştir. Bu anlamda çocuğun sadece farkındalık kazanıp iyileştirilmesi değil; geleceğinin de şekillendirilmesi önemlidir.

Madde kullanan ve şiddet uygulayan çocuğa yönelik tedavi sağlanması adına destek hizmetlerine başvurulmasının yanı sıra şayet gönderilen sağlık

⁵⁶ Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2014/174 D. İş, Karar Tarihi: 24/03/2014.

⁵⁷ Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2014/174 D. İş, Karar Tarihi: 24/03/2014.

kuruluşunda yeterli imkân olmazsa özel sağlık kuruluşlarına da muayene ve tedavi için gönderilip kişinin genel sağlık sigortasınca karşılanmayan rehabilitasyon ve tedavi giderlerinin bakanlık bütçesinden karşılanmasına hükmedilebilir.⁵⁸

Ayrıca çocukla ilgili önlemler çocuk ister şiddet gören ister şiddet uygulayan isterse şiddete tanık olan olsun, ilişkisellik gereği bütün aileyi etkilediğinden, destek kapsamında anne-baba ve çocuklara danışmanlık hizmeti verilmesine ve çocuğun özel olarak psikolojik destek hizmeti almasına karar verilebilir.⁵⁹

Sonuç

Şiddetin bireysel sebepleri ve etkilerinin yanı sıra toplumsal sebep ve etkileri, meseleye çok boyutlu bir şekilde bakılmasını şart koşmaktadır. Bu husus da şiddet olgusuyla mücadelede hukuki araçların yanı sıra hukuk dışı araçların da devreye sokulmasını gerektirmektedir. 6284 Sayılı Kanun'un 15 inci maddesinde düzenlenen destek hizmetleri buna cevaz veren hükümleri içermektedir. Söz konusu hizmetler, şiddetin sosyal, ekonomik ve kültürel sebeplerinde etki yaratmak, şiddet uygulayanın farkındalığını artırıp tutumlarını değiştirmek ve şiddet göreni güçlendirmek adına dönüştürücü birtakım araçlar sunmaktadır. Hakimler, koruyucu ve önleyici tedbirler verirken beraberinde söz konusu destekletici araçlara da başvurabilir.

Öte yandan 15 inci maddede sıralanan destek hizmetleri ŞÖNİM koordinasyonluğunca yürütülecektir. Dolayısıyla ŞÖNİM'lerin yapısı ve personelinin niteliği söz konusu hizmetleri üstlenmesi ve bu hizmetlerin gereği gibi yerine getirilmesi bakımından önemlidir. ŞÖNİM'lerin güçlendirilmesi, sunulan hizmetlerin kalitesini de arttıracaktır. Bu doğrultuda ŞÖNİM'lerde uygulanan programların aksayan yönlerinin tespit edilerek iyileştirilmesi gerekmektedir. Zira aksak işleyen bir program şiddet mağdurlarını koruyamadığı gibi, şiddete yönelik topluma yanlış mesajlar verilmesine de yol açabilir.⁶⁰

⁵⁸ Buna örnek bir karar için bkz. Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2018/687 D. İş, Ara Karar Tarihi: 12/11/2018.

⁵⁹ Buna örnek bir karar için bkz. Ankara 10. Aile Mahkemesi, Esas No: 2016/558 D. İş, Karar Tarihi: 16/11/2016.

⁶⁰ Fırat, s. 11.

Kaynakça

- Aakvaag, Helene Flood; Glad, Kristin Alve. "Domestic Violence and Abuse Through a Psychological Lens", Eds. John Devaney, Caroline Bradbury-Jones, Rebecca J. Macy, Carolina Øverlien, Stephanie Holt. *The Routledge International Handbook of Domestic Violence and Abuse* içinde, 96-109. New York: Routledge, 2021.
- Barrie, Hannah. "No One Is Disposable: Towards Feminist Models of Transformative Justice," *Journal of Law and Social Policy* 33 (2020): 65-92.
- Burman, Sondra; Duffy-Feins, Patricia. "Children Witnessing Parental Violence", *Encyclopedia of Domestic Violence* içinde, 156-160. Ed. Nicky Ali Jackson, New York: Routledge, 2007.
- Cankurtaran, Özlem; G. Akoğlu; H. Sakarya. "Güçlenmeyi güç, güçsüzlük, baskı ve güç ilişkileri temelinde anlamak". *Toplum ve Sosyal Hizmet*, 31(4), 2020: 1913-1939.
- Durbach, Andrea; Chappell, Louise; Williams, Sarah. "Special Issue on 'Transformative Reparations for Sexual Violence Post-Conflict: Prospects and Problems'." *International Journal of Human Rights* 21, no. 9 (November 2017): 1185-1192.
- Elliott, Karla et al., *Investigating Adolescent Family Violence: Background, Research and Directions, Context Report, Focus Program on Gender and Family Violence: New Frameworks in Prevention*, 2017. Raporun tamamına şu adresten erişilebilir: https://arts.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0007/1532275/investigating-adolescent-family-violence-background-research-and-directions.pdf (Erişim tarihi: 5.4.2023).
- Engle, Jill C.. "Sexual Violence, Intangible Harm, and the Promise of Transformative Remedies," *Washington and Lee Law Review* 79, no. 3 (Summer 2022): 1045-1092.
- Fırat, Engin. *Kadına Karşı Şiddet Uygulayan Erkeklere Yönelik Sosyal Hizmet Uygulamalarının Değerlendirilmesi: Bir Model Önerisi*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2022.
- Fitzgerald, Amy J.; Barrett, Betty Jo; Stevenson, Rochelle; Fritzi, Patti A. Timmons. "Domestic Violence and Animal Abuse", *The Routledge International Handbook of Domestic Violence and Abuse* içinde, 325-339. New York: Routledge, 2021.
- Generation Five, *Ending Sexual Abuse: Transformative Justice Handbook*. Şu adresten indirilebilir: <https://sites.uw.edu/qcenter/a-transformative-justice-handbook-generationfive-2017/> (Erişim tarihi 07.02.2023).

- Hester, Marianne; Lilley, Sarah-Jane. Domestic and Sexual Violence Perpetrator Programmes. Metnin tamamı için bkz. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046e1f2> (Erişim tarihi: 5.4.2023).
- Kertesz, Margaret; Fogden, Larissa; Humphreys, Cathy. "Domestic Violence and the Impact on Children", *The Routledge International Handbook of Domestic Violence and Abuse* içinde, 128-140. New York: Routledge, 2021.
- Lavi, Dafna. "The Promise of (Transformative) Mediation: The Transformative Model in Divorce Cases Involving Violence," *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 36, no. 1 (2020): 65-126.
- McGill, Daire. "Different Violence, Different Justice? Taking Structural Violence Seriously in Post-Conflict and Transitional Justice Processes," *State Crime Journal* 6, no. 1 (Spring 2017): 79-101.
- Molloy, Sean. "Conceptualising the transformative justice potential of peace processes", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 27, No. 2, 2023: 307-334.
- Nadire Özdemir, *Kültürel Savunma: Dönüştürücü Adalet Yaklaşımıyla Bir Değerlendirme*. Ankara: Turkankitabevi, 2021.
- Restorative Justice and Domestic Violence. Şu adresten erişilebilir: https://www.verwey-jonker.nl/wp-content/uploads/2020/07/Restorative-Justice-and-Domestic-Violence_7388_def-2.pdf (Erişim tarihi: 4.4.2023).
- Roosevelt III, Kermitt. "Certainty versus Flexibility in the Conflict of Laws", *Faculty Scholarship at Penn Carey Law*, 2019: 1-18. Şu adresten erişilebilir: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3031&context=faculty_scholarship (Erişim tarihi: 4.4.2023).
- Sever, Çiğdem. "Kadına Karşı Eviçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Opuz v. Türkiye Kararı". *Atılım Sosyal Bilimler Dergisi* 1(2), 2011: 19-46.
- Stubbs, Julie. "Beyond Apology?: Domestic Violence and Critical Questions for Restorative Justice," *Criminology & Criminal Justice* 7, no. 2 (May 2007): 169-187.

KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDA VE TÜRKİYE'DE TORBA KANUN

Omnibus Law in the Comparative Constitutional Law and Turkey

Selin ESEN*
Bahadır YEŞİLİRMAK**

ÖZ

Yasaların yapılma usulü ve sahip olmaları gereken biçimsel ve maddi özellikleri demokratik hukuk devletinin önemli konularından biridir. Demokratik hukuk devletine dayalı bir düzende yasaların açık, belirli, anlaşılır ve öngörülebilir olması; kendi içinde bütünlüğü olan ve birbiriyle çelişmeyen düzenlemelerden oluşması gerekir. Ayrıca, ulusun parlamentoda etkin temsili, milletvekillerinin ve kamuoyunun yasa tekliflerini gereği gibi inceleyebilmesi ve teklife ilişkin görüşlerini açıklayabilmesi ile mümkün olabilir. Torba kanun, genellikle hızlandırılmış yasama usulü kullanarak birbiriyle ilgisi olmayan çok sayıda konuyu çok sayıda maddeden oluşan tek bir yasada düzenleyen bir yöntemdir. Bu usul, Türkiye de dâhil olmak üzere çok sayıda ülkede sıklıkla uygulanan, nitelikli yasanın ve etkili demokratik temsilin bazı gereklerini yerine getirmemesi nedeniyle çok eleştirilen yasa türlerinden biridir. Bu makalede demokratik hukuk devletinde olması gereken nitelikli yasa kavramı ve bunun temel özellikleri; torba kanun kavramı, torba kanunun konusu, özellikleri, olumlu ve olumsuz yönleri ve torba kanun uygulamasını sınırlamaya ya da kaldırmaya yönelik hukuki araçlar karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Torba kanun, nitelikli yasa, demokratik hukuk devleti, İçtüzük, Anayasa yargısı

Makalenin Geliş Tarihi: 10.04.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.05.2023

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, (selin.esen71@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6453-0631)

** Türkiye Büyük Millet Meclisi Kanunlar ve Kararlar Başkan Yardımcısı, (bahadir.yesilirmak@tbmm.gov.tr, ORCID: 0000-0001-6011-7022)

ABSTRACT

Lawmaking procedures and formal and substantial characteristics of law is a significant matter of the democratic state based on the rule of law. A legal order based on the democratic rule of law requires laws to be clear, precise, explicit, and foreseeable, and contain holistic and noncontradictory provisions. In addition, the efficient representation of the nation in the parliament can only be possible if members of the parliament and the public can properly examine the bills and express their views on them. The omnibus law method loads together numerous unrelated matters in one long bill, which is often passed via an accelerated process. It is often used in many countries, including Türkiye, and is also one of the most controversial and contested legislative practices. This paper discusses the concept of the quality of law and its basic features in a democratic state based on the rule of law; the concept, subject matter, features, advantages, and disadvantages of the omnibus law method, and the legal tools to limit or repeal this method in a comparative perspective.

Keywords: Omnibus law, quality of law, democracy based on the rule of law, Standing Orders, constitutional adjudication

GİRİŞ

Yasaların nasıl yapılması, hangi biçimsel ve maddi özellikleri taşıması gerektiği demokratik hukuk devletinin önemli konularından biridir. Gerçekten de hukuk devleti, kişilere hukuki güvenlik sağlar. Hukuki güvenlik ise, hukuk kurallarının belirli, sürekli (dayanıklı) ve öngörülebilir olmasını, kişilerin kamu güçlerinin işlem ve eylemlerinde devlete güven duymasını gerektirir. Demokrasi ilkesi ise yurttaşın siyasal karar alma süreçlerine doğrudan ya da seçeceği vekilleri aracılığıyla katılımı anlamına gelir. Günümüzün çoğulcu demokrasi anlayışı, yurttaşın katılımını, belli aralıklarla yapılan seçimlerde oy vermekle sınırlı görmemekte; onun sivil toplum kuruluşları gibi başka kanallarla da karar alma sürecini etkilemesini sağlayacak düzeneklere ve araçlara yer vermektedir. Bu durum, yasalar bakımından da geçerlidir. 1982 Anayasasının 2. maddesinde devletin nitelikleri arasında sayılan demokratik hukuk devleti ilkesi de yasanın kişilere hukuki güvenlik sağlayacak özelliklere sahip olmasını ve yurttaşların yasama sürecine aktif katılımını sağlayacak biçimde yapılmasını gerektirir.

Çok sayıda ülkede yasanın demokratik hukuk devletinin gerektirdiği nitelikleri taşıması, bir başka deyişle “nitelikli” ya da “kaliteli” olması ile çağdaş yaşamın gerektirdiği çabuklukta yasa yapan etkin bir yasama organı

arasında bir gerilim bulunmaktadır. Popülist ve illiberal rejimlerin yerkürenin her yerinde yaygınlaşması nedeniyle çok sayıda parlamentoda çoğunlukçu demokrasi anlayışının egemen olması ya da çok sayıda alanda hızlı yasal düzenleme yapma gereksinimi gibi gerekçelerle geleneksel yasama süreçleri göz ardı edilmektedir. Bunun en göze çarpan sonuçlarından biri Türkiye ve başka pek çok ülkede görülen torba kanun uygulamasıdır. Torba kanun, taşıdığı bazı maddi ve biçimsel özellikler ile geleneksel yasama sürecine uyulmadan görüşülüp kabul edilmesi gibi nedenlerle çok sayıda ülkede ve Türkiye’de demokratik hukuk devleti ilkesi bakımından en çok tartışılan yasa türü olmuştur. Aşağıda önce demokratik hukuk devletinde olması gereken nitelikli yasanın temel özellikleri üzerinde durulacak; sonra torba kanun kavramı, torba kanunun konusu, özellikleri, olumlu ve olumsuz yönleri, torba kanun uygulamasını sınırlamaya ya da kaldırmaya yönelik hukuki araçlar tartışılacaktır.

I. NİTELİKLİ YASA KAVRAMI VE ÖĞELERİ

Demokratik bir hukuk devletinde yasaların kaliteli ya da nitelikli olması gerekir. Yasallık ilkesi, yasama sürecinin saydamlığı ve yasa yapım sürecinde konuyla ilgili devlet organlarının ve uzmanların görüşlerinin alınması, yasanın belirli, anlaşılır, etkili, erişilebilir ve uygulanabilir olması nitelikli bir yasanın temel öğelerini oluşturur.¹ Hukuki belirlilik, normun var olması ile o normun içeriğinin kuşkuya yer vermeyecek ölçüde açık, anlaşılır, öngörülebilir, kesin ve erişilebilir olmasıdır. Kurallar arasında çelişki olmamalıdır. Bu konuya ilişkin Avrupa standartları ve ölçütleri Avrupa Konseyi bünyesinde kurulmuş olan Venedik Komisyonunun yayınladığı raporlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları ile oluşmuştur. Bilindiği üzere, Venedik Komisyonu, üyeleri arasında ortak bir anayasal mirasın yaygınlaştırılmasını ve sağlamlaştırılmasını sağlamaya yardımcı olan bir örgüttür. AİHM ile Venedik Komisyonu arasında sıkı bir ilişki vardır. AİHM, 2001’den beri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin kapsamını yorumlarken kararlarında Komisyonun raporlarına düzenli olarak yer vermektedir.² Bu iki kuruluş tarafından oluşturulan

¹ Timea Drinóczi, “Concept of Quality in Legislation-Revisited: Matter of Perspective and a General Overview”, *Statute Law Review*, Vol. 36, No. 3, (2015): 216-217; Jeremy Waldron, “Principles of Legislation”, *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Ed. Richard W. Bauman, Tsvi Kahana, (Cambridge University Press, 2006):16-17.

² <https://www.venice.coe.int/> Erişim: 23.02.2023.

standartlar ve ölçütler Avrupa Konseyi üyesi olan Türkiye bakımından da 1982 Anayasasının 90/5. ve 148/3. maddeleri uyarınca bağlayıcıdır.

Venedik Komisyonu, nitelikli yasa ile “demokratik hukuk devleti” ilkesi arasında sıkı bir ilişki kurmaktadır.³ Hukuki belirlilik nitelikli bir yasanın temel öğelerinden biridir. Komisyona göre, hukuki belirlilik ilkesi yasanın erişilebilirliğini ve etkilerinin öngörülebilmesini de gerektirir. Öngörülebilirlik, yasa metninin açık ve anlaşılır olmasıdır. Yasa, hangi düzenlemenin yürürlükten kaldırıldığını ya da değiştirildiğini açıkça belirtmelidir. Değişiklikler, ilgili yasanın kamu tarafından erişilebilir son biçimine eklenmelidir. Değişikliklerin ilgili yasa metnine dâhil edilmesi, yasaların erişilebilirliğini ve anlaşılabilirliğini artırır ve bu nedenle hukuki belirlilik ilkesini destekler.⁴ Yasanın öngörülebilirliği güçler ayrılığı ilkesinin sağlanması bakımından da önemlidir. Yasa hükümlerinin belirsiz ve muğlak olması, yürütme organının takdir yetkisini genişletecek bir sonuç yaratır.⁵ Komisyon, yasama sürecinin bazı teknik özellikleri taşıması gereğine de işaret etmektedir. Yasanın yazımında ve dilinde belli ölçüde bütünlüğün sağlanması yasanın tutarlı biçimde yorumlanmasına yardımcı olur.⁶

Venedik Komisyonu, yasama sürecinin etkinliği ile parlamenterlerin yasama haklarının korunması arasında bir uzlaşma olması gerektiğini vurgulamaktadır. Demokratik hukuk devleti, çoğunluğun yönetimini sağlayan usul kurallarına biçimsel bağlılık, aynı zamanda da çoğunluk ve muhalefet arasında müzakere sürecinin bulunması ve tarafların görüşlerini anlamlı biçimde ifade edilebilmesi anlamına gelir.⁷ Ayrıca hukuk devleti, kamuoyunun yasa taslağına erişebilmesini ve buna anlamlı bir katkıda

³ Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on Law-Making Procedures and the Quality of the Law, Endorsed by the Venice Commission at its 126th Plenary Session (online, 19-20 March 2021) CDL-PI(2021)003. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2021\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2021)003-e) Erişim: 23.02.2023.

⁴ Venice Commission, Opinion on the draft law on legal acts of Kosovo, CDL-AD(2019)025, para. 82.

⁵ Venice Commission, Opinion on the draft law on legal acts of Kosovo, CDL-AD(2019)025, para. 19, 21 ve 22.

⁶ Venice Commission, Opinion on the draft law on normative acts of Bulgaria, CDL-AD(2009)053, para. 31.

⁷ Venice Commission and the OSCE/ODIHR, Albania - Joint Opinion of the Venice Commission and the OSCE/ODIHR on the amendments to the Constitution of 30 July 2020 and to the Electoral Code of 5 October 2020, CDL-AD(2020)036, para. 34.

bulunabilmesini de gerektirir.⁸ Yasama sürecine parlamento dışından katılım, parlamentoda ilgili kesimlerin dinlenmesi ya da bunların yasa teklifine ilişkin değişiklik önerilerini ya da yorumlarını yazılı olarak parlamentoya vermesi gibi yollarla olabilir. Kamuoyuna danışma, sivil toplum tarafından ve medyada konunun tartışılmasını da içermelidir.⁹ Parlamento dışında katılımcıların komisyonda dinlenmesi için muhalefet milletvekillerinin ilgili uzmanları komisyona davet edebilmesinin ve farklı bakış açılarına sahip uzmanların komisyonda görüşlerine başvurulmasının güvenceye alınması gerekir.¹⁰ Yasalaşma süreci, uzman komisyonun gündemi ve toplantıları da dâhil olmak üzere saydam ve kamuya açık olmalıdır. Nitekim Komisyon, Türkiye'deki 2017 Anayasa değişiklikleri hakkında verdiği raporda, sürecin saydamlığını sağlamak amacıyla Genel Kurul görüşmelerinin kamuoyu tarafından izlenmesini sağlayacak biçimde canlı yayınlanmasını önermiştir.¹¹

Çoğunluk milletvekillerinin yasa tekliflerinde anlamlı bir kamusal müzakereden kaçmak amacıyla hızlandırılmış usulü kullanmaması gerekir. Venedik Komisyonu, Romanya'da Ceza ve Ceza Usul Kanununda yapılan değişiklikleri, bunların gerçek bir tartışmaya olanak vermeden çok sınırlı bir zamanda yapılması; uzman komisyonun gündeminin ve buradaki tartışmaların içeriğinin yeterince saydam olmamasının ilgili tarafların tartışmaları izlemesini ve tartışmalara etkili biçimde katılmasını çok zorlaştırması; komisyon aşamasındaki tartışmaların aşırı ölçüde kısa tutulması; hızlandırılmış yasama yaklaşımının muhalefet ve sivil toplumla uygun müzakere koşullarını sağlayamamış olması gerekçeleriyle eleştirmiştir. Bir başka ifadeyle, Komisyon, hukuki ya da siyasi düzenin önemli yönlerini düzenleyen yasaların hızlandırılmış usulle kabul edilmesini uygun

⁸ Venice Commission, Bulgaria - Urgent Interim Opinion on the draft new Constitution, CDL-AD(2020)035, para. 15.

⁹ Venice Commission, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, CDL-AD(2019)015, para. 77 ve 79.

¹⁰ Venice Commission, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, CDL-AD(2019)015, para. 78.

¹¹ Venice Commission, Turkey - Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, CDL-AD(2017)005, para. 25.

görmemektedir.¹² Ayrıca Komisyon, yasa teklifine ilişkin değişiklik önermelerinin teklif metniyle ilgili olması gereğinin de altını çizmektedir.¹³

AİHM, yasanın niteliğine ilişkin ilk kararlarını 1980’lerde vermeye başlamıştır. Mahkeme, ilk kararlarında yasanın erişilebilirliği ve öngörülebilirliği üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre, yasa uygun biçimde erişilebilir olmalıdır. Bir kural, vatandaşın kendi davranışını ayarlamasını sağlayacak yeterli kesinlikte formüle edilmemişse yasa olarak kabul edilemez. Kişi, belirli bir eylemin gerektirebileceği sonuçları, bir dereceye kadar öngörebilmelidir.¹⁴ Vatandaşlar hangi eylemlerin yasak olduğunu hangilerinin olmadığını bilemezlerse kurallara uyamayacaklardır. Mahkemeye göre bu durum yasal etkinlik meselesidir.¹⁵ Kısaca, AİHM’in yerleşik içtihadına göre, yazılı, teamüli, pozitif ya da yargıç yapımı niteliği önem taşımaksızın bütün yasaların yasallık ilkesine uygun olması için “nitelikli” olması, yani açık, öngörülebilir, kesin ve erişilebilir olması gerekir.¹⁶ Mahkemenin nitelikli yasa ölçütünü kararlarında somutlaştırmasının amacının yürütmenin sınırlarının çok geniş çizildiği ya da yürütmeye hiç sınırlama getirilmediği durumlarda iktidarın keyfi biçimde kullanılması riskini en aza indirmek olduğu söylenebilir.¹⁷ Mahkemeye göre, her kuralın tespit edilebilir ve erişilebilir olması gerekir. Hukuki belirlilik koşulunun gerçekleşmesi için yasanın anlaşılabilir olması da gerekir. Örneğin Mahkeme, Fransa’da çevrenin korunması ve idari işlemlerin sınıflanmasına ilişkin yetkiyle ilgili kuralların belirsizlik oluşturacak ölçüde karmaşık olduğunu tespit ederek AİHS’in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁸ AİHM, kararlarında bir düzenlemenin parlamentoda yeterince tartışılıp tartışılmadığını da göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin, Mahkeme, *Hirst* kararında Birleşik Krallık

¹² Venice Commission, Romania - Opinion on draft amendments to the Criminal Code and the Criminal Procedure Code, CDL-AD(2018)021, para 35-39; Venice Commission, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, CDL-AD(2019)015, para. 74.

¹³ Venice Commission, Report on Legislative Initiative, CDL-AD(2008)035, para. 119.

¹⁴ *Sunday Times v. the United Kingdom*, ECHR, no. 6538/74, 26.04.1979, para. 49.

¹⁵ *X. Ltd. and Y. v. the United Kingdom*, ECHR, no. 8710/79, 07.05.1982.

¹⁶ Örn. bkz. *Vogt v. Germany*, ECHR, no. 17851/91, 02.09.1996; *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, ECHR, no. 18139/91, 13.07.1995; *Kokkinakis v. Greece*, ECHR, no. 14307/88, 25.05.1993; *Rekvényi v. Hungary*, ECHR, no. 25390/94, 20.05.1999.

¹⁷ Bart van der Sloot, “The Quality of Law: How the European Court of Human Rights gradually became a European Constitutional Court for privacy cases”, *JIPITEC*, vol. 11 no.2, (2020): 165.

¹⁸ *De Geoffre de la Pradelle v. France*, ECHR, no. 12964/87, 16.12.1992.

Parlamentosunun yasama sürecinde yarışan çıkarların tartılmaması ve milletvekilleri tarafından esaslı bir tartışma yapılmamasını ölçülülük ilkesine aykırılık olarak tespit etmiştir.¹⁹ Başka kararlarında da AİHM, kuralın “önemli ölçüde parlamento incelemesine konu olup olmadığı”nı ve Parlamentosunda kurala ilişkin “ciddi” ve “ayrıntılı” bir tartışmanın kural kabul edilmeden önce yapılmış olup olmadığını Parlamentosunun “çatışan çıkarları tartıp tartmadığını” araştırırken göz önünde bulundurmaktadır.²⁰

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminden beri hukukilik incelemesi yaparken yasayı hem şekli hem de maddi bakımdan denetlemektedir. 2010 Anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize giren bireysel başvuru yolunun yürürlüğe girmesinden başlayarak Anayasa Mahkemesinin AİHM’in nitelikli yasaya ilişkin olarak ortaya koyduğu ölçütleri benimsediği söylenebilir.²¹ Öyle ki bazı kararlarında AİHM’i birebir yinelediği görülmektedir.²² Anayasa Mahkemesi nitelikli yasa olgusunu hukuk devleti içinde ele almakta; belirli özellikleri taşımayan bir yasanın hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı sonucuna varmaktadır.²³

¹⁹ *Hirst v. UK*, ECHR, no. 74025/01, 06.10.2005, para. 79. Ayrıca bkz. *Alajos Kiss v. Hungary*, ECHR, no. 38832/06, 20.05.2010, para. 41.

²⁰ *Murphy v. Ireland*, ECHR, no. 44179/98, 10.07.2003. para 73; *Sukhovetsky v. Ukraine*, ECHR, no. 13716/02, 28.03.2006, para 65; *Evans v. UK*, ECHR, no. 6339/05, 10.04.2007. para. 60 ve 86; *Maurice v. France*, ECHR, no. 11810/03, 06.10.2005. para 121.

²¹ Anayasa Mahkemesi kararlarında, 1990’larda belirlilik ilkesine “vergide belirlilik” bağlamında yer veriyordu. Öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri 2002’den itibaren Mahkemenin kararlarında daha sık olarak yer almaya başladı. (Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, (İstanbul: Oniki Levha, 2019), 417.)

²² Örn. bkz. “*Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır.*” *Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri*, başvuru no. 2014/4705, Kt. 29.05.2014, RG, 06.06.2014, S. 29022, para. 56; “*Kanunun açıklığı, arzu edilir bir durum olmakla birlikte; bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir.*” *Ali Karatay*, başvuru no. 2012/990, Kt. 10.12.2014, RG, 04.04.2015, S. 29316, para. 49.

²³ “*Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir. Zira hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri hukuk devletinin ön*

Anayasa Mahkemesine göre, bir yasanın kaliteli olabilmesi için belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik ilkelerini taşıması gerekir.²⁴ Mahkemeye göre,

*“Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.”*²⁵

*“Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların kamu otoritesine hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”*²⁶

koşullarındandır”. AYM, E. 2021/84, K. 2022/117, Kt. 13.10.2022, RG, 06.12.2022, S. 32035. Ayrıca bkz. AYM, E. 2003/31, K. 2003/87, Kt. 08.10.2003, RG, 24.02.2004, S. 25383; AYM, E. 2005/15, K. 2008/2, Kt. 03.01.2008, RG, 05.07.2008, S. 26927; AYM, E. 2003/67, K. 2003/88, Kt. 08.10.2003, RG, 28.02.2004, S. 25387; AYM, E. 2009/29, K. 2010/66, Kt. 13.05.2010, RG, 22.10.2010, S. 27737.

²⁴ AYM, E. 2013/84, K. 2014/183, Kt. 04.12.2014, RG, 13.3.2015, S. 29294. Ayrıca bkz. AYM, E. 2006/35, K. 2007/48, Kt. 11.04.2007, RG, 16.01.2008, S. 26758; AYM, E. 2009/29, K. 2010/66, Kt. 13.05.2010, RG, 22.10.2010, S. 27737; *Türkiye Emekliler Derneği*, başvuru no. 2012/1035, Kt. 17.07.2014, RG, 16.10.2014, S. 29147, para. 44; *Necmiye Çiftçi*, başvuru no. 2013/1301, Kt. 30.12.2014, para. 55.

²⁵ AYM, E. 2016/198, K. 2017/144, Kt. 28.09.2017, RG, 18.10.2017, S. 30214, para. 9.

²⁶ AYM, E. 2009/29, K. 2010/66, Kt. 13.05.2010, RG, 22.10.2010, S. 27737; *Bubo Çelik*, başvuru no. 2013/3954, Kt. 26.02.2015, RG, 16.04.2015, S. 29328, para. 46.

Buna karşılık, Mahkeme, nitelikli yasanın hazırlanması ve kabulü aşamalarında bulunması gereken açıklık, kapsayıcılık, katılımcılık gibi usuli koşullara kararlarında yer vermemektedir.

II. TORBA KANUN KAVRAMI, KONUSU VE KAPSAMI

Torba kanun, genel kabul gören tanımı ile çok sayıda ve birbiriyle ilgisi olmayan konuyu düzenleyen ve birden çok yasada değişiklik yapan kapsamlı yasaya verilen addır.²⁷ Dolayısıyla, kendi içinde konu bütünlüğü olan, ancak birden fazla yasada değişiklik yapan bir kanun torba kanun olarak nitelendirilmez.²⁸ Torba kanun, birbiriyle ilgisiz birden çok alanı düzenlediğinden bir “şemsiye kanun” niteliği taşımaktadır. Bu yasa türüne karşılaştırmalı hukukta “noel ağacı”, “portmanto”, “mozaik”, “yama”, “dev”

²⁷ Erdoğan Teziç, “Torba Kanun”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 1, (2015): 3; Barbara L. Sinclair, *Unorthodox Lawmaking: New Legislative Processes in the US Congress*, 5th ed, (Washington DC: CQ Press, 2016), 115; Adam M. Dodek, “Omnibus Bills: Constitutional Constraints and Legislative Liberations”, *Ottawa Law Review*, Vol. 48, no. 1, (2017): 8.

²⁸ Hükümete bir yetki yasasına dayanarak yasa gücünde kararname çıkarma yetkisi veren anayasal düzenlerde (Örn. İtalya ve İspanya) torba kanunların yanı sıra torba kanun hükmünde kararnamelerin de bulunduğunu not edelim. Nitekim 2017’ye kadar 1982 Anayasası da hükümete TBMM’nin kabul edeceği bir yetki yasasına dayanarak kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi tanıyordu. Bu kanun hükmünde kararnamelerin önemli bir kısmı “torba kararname” niteliği taşıyordu. 2/11/2011 tarihli ve 661 sayılı Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname buna örnek verilebilir. 105 maddelik bu kanun hükmünde kararname ile Atatürk Orman Çiftliği arazisinin bir kısmının bedelsiz olarak Hazineye devri, avukatlıktan hâkimliğe geçişte aranan yaş şartının hesaplanması, Başbakanlık, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve TRT gibi kurumlarda idari yapılanma ile personele ilişkin hükümler de dâhil olmak üzere çok sayıda alanda düzenleme yapılmıştır. (RG, 02.11.2011, S. 28103-mükerrer-) Torba kanun hükmünde kararname uygulaması olağanüstü dönemlerde de yürütme organı tarafından tercih edilmektedir. Örneğin, 9 Şubat 2017 tarihinde olağanüstü hal kapsamında Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan 687 sayılı kanun hükmünde kararname, araçlara kış lastiği takma zorunluğu getirilmesinden, bankacılık ile ilgili hükümlere kadar birbiriyle ilgisi olmayan çok sayıda konuda düzenleme yapmıştır. (RG, 09.02.2017, S. 29974.) 25 Ağustos 2017 tarihinde kabul edilen 694 sayılı olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi de 205 maddeden oluşmuş; askerlik, icra ve iflas, Aksaray ve Artvin illerinde birer de “ilçe” kurmak gibi birbiriyle bağlantısı olmayan değişik alanlara ilişkin düzenlemeler getirmiştir. (RG, 25.08.2017, S. 30165.)

ve “ucube” gibi adlar da verilmektedir.²⁹ Torba kanunlar ilk kez 19. Yüzyılda Kuzey Amerika’da kullanılmaya başlandı. Bugün torba kanun ABD, Kanada, Belçika, Almanya, İsrail, İtalya, Polonya, Slovakya, İrlanda, Endonezya gibi çok sayıda ülkede uygulanmaktadır.

Torba kanunların konuları yalnızca iktisadi ve mali nitelikte olabileceği gibi bunun dışındaki alanlar da torba kanunla düzenlenir. Örneğin, Macaristan Parlamentosunun 2019’da kabul ettiği 200 sayfalık torba kanun yaklaşık 10 yasada değişiklik yapmış ve idare ve iş mahkemelerinin kaldırılması gibi yargı düzeni ve işleyişini de içeren önemli değişiklikler öngörmüştür. Kanada’da 2012 tarihli Bütçe Kanunu (Bill C-38) 400 sayfadan oluşmuş ve federal bütçe ile ilgili olmayan 70’den fazla yasada değişiklik yapmıştır.³⁰

1982 Anayasası, önceki anayasalarda olduğu gibi, yasamanın genelliği ilkesini benimseyerek konu ya da ayrıntılı düzenleme yapma bakımından TBMM’nin yasama yetkisini sınırlamamaktadır.³¹ Anayasa, yasalaşma sürecine ilişkin olarak da herhangi bir sınırlama getirmemekte, “kanun tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir” (md. 88/2) diyerek işi TBMM İçtüzüğüne bırakmaktadır. Anayasada yasa yapım sürecine yönelik olarak “İçtüzük hükümlerinin, siyasi parti gruplarının, Meclisin bütün faaliyetlerine üye sayısı oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenmesi”ne (md. 95/2) ilişkin kural dışında başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 1982 Anayasası torba kanun tekniğini yasaklamamaktadır. Bunun tek istisnasının Bütçe Kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamayacağına ilişkin Anayasanın 161/2. maddesi olduğu söylenebilir.³² Gerçekten de anayasa koyucu, TBMM’nin Bütçe Kanununu torba kanun

²⁹ Ittai Bar-Siman-Tov, “An Introduction to the Comparative and Multidisciplinary Study of Omnibus Legislation”, *Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation*, Ed. Ittai Bar-Siman-Tov (Springer, 2021): 3.

³⁰ Denis Kirchhoff ve Leonard J.S. Tsuji, “Reading Between The Lines of the ‘Responsible Resource Development’ Rhetoric: The Use Of omnibus Bills to ‘Streamline’ Canadian Environmental Legislation”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, Vol. 32, no. 2, (2014): 109.

³¹ 1982 An. md. 7 ve md. 87; 1961 An. md. 5 ve md. 64; 1924 An. md. 5, md. 6 ve md. 26.

³² Aynı yönde bir yasak Federal Alman Temel Kanununun 110/4. maddesinde de bulunmaktadır. Avustralya Anayasasının 55. maddesi de vergi, gümrük resmi ve tüketim vergisi koyan yasaların başka bir konuyu düzenleyemeyeceğini hükme bağlamaktadır.

biçiminde kabul etmesine izin vermemektedir.³³ 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 13/1. maddesinin j bendi de Anayasanın 161/2. maddesini yineleyerek bütçe kanununda bütçe ile ilgisi olmayan konulara yer verilmeyeceğini düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre, bir kuralın bütçe ile ilgili sayılabilmesi için, “yalnızca bütçenin uygulanması ile ilgili, uygulamayı kolaylaştırıcı, tamamlayıcı ya da açıklayıcı nitelikte” olması gerekir. Bütçe ile ilgili kurallar, “kanun konusu olabilecek yeni bir kuralı kapsamamak koşulu”na da bağlıdır. Anayasanın 161/2. maddesiyle getirilen sınırlamanın amacı, “bütçe kanunlarını yabancı hükümlerden ayıklamak ve derli toplu bir düzenleme ile bu kanunlarda, gerçek anlamda bütçe kavramı dışında kalan konulara asla yer vermemek”tir.³⁴ Bu bağlamda, bir yasanın bütçe kanununda değişiklik yapan bir kurala yer vermesi ya da bütçe kanununda bir başka yasada değişiklik yapan bir kural bulunması Anayasaya aykırılık oluşturacaktır. Bu sonuca,

³³ 1982 Anayasası Danışma Meclisi tasarısında hüküm, “*Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiç bir hüküm konulamaz; mevcut kanunların hükümlerini açıkça veya dolaylı olarak değiştiren veya kaldıran hükümler getirilemez.*” biçimindeydi. Bu düzenlemenin gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bütçe kanunlarına bütçe dışı hüküm konulamaması, mevcut kanunların hükümlerini açıkça veya dolaylı değiştiren veya kaldıran hükümler getirilememesi ilkelerine anayasal kuvvet ve hüküm tanınmıştır.*” (Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 7, B. 120, 04.08.1982, S. Sayısı 166’ya 1’inci Ek, s. 51) Milli Güvenlik Konseyinin Anayasa Komisyonu yukarıda altı çizili bölümü “*aynı maddenin son fıkrasının «bütçe kanununa, bütçeyle ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz» şeklindeki hükmünün açık*” olduğu gerekçesiyle metinden çıkarmış ve “*bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında başka bir hüküm konulamaz.*” cümlesi ile yetinmiştir (Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 7, B. 118, 18.10.1982, Sıra sayısı 450, s. 89).

Öte yandan bütçe kanunlarına bütçe ile ilgisi olmayan bir hüküm konulamamasına ilişkin yasak 1961 Anayasasının 126/3. maddesinde de aynı biçimde düzenlenmişti. Maddenin gerekçesine bakıldığında bu yasakla ilgili bir açıklama görülmemektedir. (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B. 34, 30.03.1961, Sıra sayısı 35, s. 44) 1924 Anayasasında ise bu yönde düzenleme bulunmamaktadır.

³⁴ AYM, E. 1983/9, K. 1984/1, Kt. 26.01.1984, RG, 13.12.1984, S. 18604; AYM, E. 1990/6, K. 1990/17, Kt. 28.06.1990, RG, 05.09.1990, S. 20626; AYM, E. 1996/31, K. 1996/28, Kt. 26.06.1996, RG, 28.12.1996, S. 22861; AYM, E. 2002/52, K. 2002/84, Kt. 17.09.2002, RG, 01.11.2002, S. 24923; AYM, E. 2003/24, K. 2003/35, Kt. 16.04.2003, RG, 21.05.2003, S. 25114; AYM, E. 2005/125, K. 2005/74, Kt. 10.11.2005, RG, 07.02.2006, S. 26073; AYM, E. 2016/180, K. 2018/4, Kt. 18.01.2018, RG, 07.02.2018, S. 30325; AYM, E. 2018/7, K. 2018/80, Kt. 05.07.2018, RG, 06.10.2018, S. 30557.

anayasa koyucunun aynı biçimde düzenlediği kesin hesap kanunu bakımından da ulaşmak gerekir.³⁵

Bundan başka, Anayasada ya da TBMM İçtüzüğünde bu yönde bir sınırlama olmamasına karşın Anayasanın 90/1. maddesine göre bir uluslararası anlaşmanın onaylanmasının uygun bulunması da yerleşik uygulamaya göre müstakil bir kanun biçiminde yapılmaktadır.³⁶

Bunun dışındaki konularla ilgili düzenlemeler yapılırken TBMM’de torba kanun usulüne sıklıkla başvurulmaktadır. Demokratikleşme ya da uluslararası standartlara erişme amacıyla geniş bir alanda ve çok sayıda yasada hızla değişiklik yapılması zorunluğunun olduğu durumlarda torba kanun uygulamasının makul karşılanabileceği söylenebilir. Nitekim Venedik Komisyonu da, eski ve köklü demokrasilerde yasa taslaklarının kapsamlı olması bir dezavantaj olarak görülebilirken, yeni kurulan demokrasiler bakımından bunun genellikle gerekli bir adım olabileceğinin altını çizmektedir.³⁷ Gerçekten de, rejim değişikliği olan bir devlette çok sayıda

³⁵ Gündüz Alp Arslan, *Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Ankara: 2016), 42-43.

³⁶ Bazı anlaşmaların eki olarak anlaşma metninde atıf yapılan “mutabakat zaptı”, “protokol” vb. metinler de teamül olarak anlaşmayı uygun bulma kanunu içinde onaylanmaktadır. Bu durumlarda yasanın başlığı genellikle “..anlaşma ve eki mutabakat zaptının/protokolün onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun” biçiminde olmaktadır. Kuşkusuz, yasama tekniği açısından burada birbirinden farklı konulardan söz edilemeyeceği için bu uygulamaya torba uygulaması denemez. Bununla birlikte anlaşmaların onaylanması usulünde zaman zaman sınırların zorlandığı da görülmektedir. Örneğin, 27’nci Yasama Dönemi’nde TBMM gündeminde bulunan 2/3746 esas numaralı ve 375 sıra sayılı “Milletlerarası Finansman Kurumu Ana Anlaşmasının Tadil Edilmesine İlişkin 16.4.2020 tarihli ve 273 Sayılı ‘Governörler Kurulu Kararı’nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna ve Milletlerarası Finansman Kurumuna Katılmak İçin Hükümete Salâhiyet Verilmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi” hem uluslararası anlaşma niteliğinde bir kararın onaylanmasını hem de 1/9/1956 tarihli ve 6850 sayılı Milletlerarası Finansman Kurumuna Katılmak İçin Hükümete Salâhiyet Verilmesine Dair Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasını değiştirmeyi öngörmektedir. Kısaca, bu örnekte hem bir uluslararası anlaşma metninin onaylanmasının uygun bulunması hem de bu anlaşmayla bağlantılı olsa da bir yasada değişiklik yapılması amaçlanmaktadır. (27’nci Yasama Dönemi 375 sıra sayılı Dışişleri Komisyonu raporu, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y4/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/d13f43c0-0a34-4957-a674-bc1338d0cc14.pdf> Erişim: 29.03.2023)

³⁷ Venice Commission, Opinion on the Draft Law on Prohibition of Discrimination of Montenegro CDL-AD(2009)045, para. 30.

kurumda ve yasada değişiklik yapılması gereği, parlamentonun torba kanun yöntemini benimsemesini gerektirebilir. Türkiye’de de 2000’li yıllarda Avrupa Birliği (AB) mevzuatını iç hukuka aktarma gereksinimi değişikliklerin torba kanun usulüyle yapılmasının bir gerekçesi olmuştur.³⁸

Ne var ki, Türkiye’de torba kanun uygulamasının mevzuatı uluslararası standartlara uydurma amacının çok ötesinde kullanıldığı sıklıkla görülmektedir. Örnek vermek gerekirse, 16/11/2022 tarihli ve 7421 sayılı Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun; cemevlerinin bakım ve onarımı ile aydınlatma giderlerinin karşılanması, kömür madenlerinde ölen sigortalıların prim borçlarının terkin edilmesi, Antalya-Kaş Kasaba Projesi, Kıbrıs Barajı’nın yapımından etkilenen ailelerin iskân edilmesi, Fiyat İstikrarı Komitesinin kurulması gibi konuları düzenlemektedir.³⁹ 1/7/2022 tarihli ve 7417 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ise kamu personelinin ek ödeme ve ek göstergelerini düzenlemekte; yükseköğretim öğrencilerinden ilişkisi kesilenlere af getirmekte; iki defa yapılan ilana rağmen atama yapılamayan bir noterliğe atama koşullarını düzenlemekte; bazı koşulları taşıyan yapılara geçici olarak elektrik ve/veya su aboneliği verilmesini düzenlemekte ve elektrik motorlu binek araçlardan alınacak özel tüketim vergisini belirlemektedir.⁴⁰

III. TORBA KANUNUN ÖZELLİKLERİ

Torba kanunların en önemli özelliği, yasama sürecinin belli aşamalarını atlaması ya da kısaltmasıdır. Nitekim bu kanunların ülkemizde genellikle temel kanun biçiminde görüşüldüğü görülmektedir. Örneğin, 27’nci Yasama Dönemi’nde 7 Temmuz 2018’den 27 Mart 2023’e kadar kabul edilen 57 torba kanunun 55’i temel kanun biçiminde görüşülmüştür. Temel kanun olarak

³⁸ 14/7/2004 tarihli ve 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ölüm cezasının kaldırılmasına ve cezanın infazına ilişkin birçok kanun ile birlikte Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununda, Yükseköğretim Kanununda, Telsiz Kanununda, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanununda ve Avukatlık Kanununda da çeşitli değişiklikler yapmıştır (RG. 21.07.2004, S. 25529).

³⁹ 16/11/2022 tarihli ve 7421 sayılı Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 26.11.2022, S. 32025.

⁴⁰ 1/7/2022 tarihli ve 7417 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 05.07.2022, S. 31887.

görülmeyen torba kanunlardan biri, cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen bir yasadır. Komisyon, Cumhurbaşkanının yeniden görüşülmesini istediği maddeyi metinden çıkarmış; böylece TBMM İçtüzüğü'nün 81/6. maddesi kapsamında karar alınıp kanun görüşülmeden tümü oylanmıştır.

TBMM İçtüzüğü'nün 91. maddesinde temel kanun, bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içeren; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendiren; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları gösteren, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlayan, düzenlediği alan yönünden bütünlüğü ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğu olan hızlandırılmış bir yasa yapma yöntemi olarak tanımlanmaktadır. Temel kanun uygulamasında yasa teklifi Genel Kurulda en çok 30 maddeden oluşan bölümler halinde görüşülür.

Bu yöntemin sıklıkla kötüye kullanıldığı görülmektedir. Bu konuda en dikkat çekici örneklerden biri 23'üncü Yasama Dönemi'nde kabul edilen 14/7/2010 tarihli ve 6005 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundur. Bu kanun yalnızca 8 maddeden oluşmasına karşın temel kanun yöntemiyle görüşülmüştür.⁴¹ Yine 27'nci Yasama Dönemi'nde 7350 sayılı ve 7431 Kanunlar 9'ar maddeden oluşmakla birlikte temel kanun olarak görüşülmüştür.⁴²

TBMM'de olağan yasalaşma süreci ile temel kanun olarak görüşme arasında önemli farklılıklar vardır. Olağan yasalaşma sürecinde öncelikle kanun teklifinin tümü üzerinde görüşme açılır. Bu görüşmede TBMM'deki

⁴¹ TBMM Tutanak Dergisi (TBMMTD), D. 23, C. 74, B. 130, 07.07.2010, s. 817-823; TBMMTD, D. 23, C. 74, B. 131, 08.07.2010, s. 1008-1061; TBMMTD, D. 23, C. 75, B. 132, 09.07.2010, s. 31-69, TBMMTD, D. 23, C. 75, B. 133, 13.07.2010, s. 177-245. Ayrıca bkz. Şeref İba, "Ülkemizde 'Temel Kanun' ve 'Torba Kanun' Uygulamaları", *Ankara Barosu Dergisi*, (2011): 199.

⁴² 6/1/2022 tarihli ve 7350 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. (RG, 11.01.2022, S. 31716); 12/1/2023 tarihli ve 7431 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. (RG, 13.01.2023, S. 32072) TBMM'nin, 6 maddeden oluşan 8/6/2022 tarihli ve 7409 sayılı Avukatlık Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG, 11.06.2022, S. 31863) örneğinde olduğu gibi, temel kanun yöntemine başvurmadan görüşüp kabul ettiği kanunlar da vardır. Ancak bu örnekler az sayıdadır.

siyasal parti grupları ve isterse esas komisyon adına bir üyenin 20'şer dakika konuşma hakkı bulunur. Ayrıca iki milletvekili de kendileri adına 10'ar dakika konuşabilir. Teklifin tümü üzerinde 20 dakika süreyle soru ve cevap işlemi yapılır. Sonrasında teklifin maddelerine geçilmesi oylanıp kabul edildikten sonra birinci madde üzerinde görüşme açılır. Madde üzerinde görüşmede siyasal parti gruplarının ve isterse komisyon adına bir üyenin 10'ar dakika konuşma hakkı vardır. Ayrıca iki milletvekili de 5'er dakika konuşabilir. Madde üzerinde 10 dakika süreyle soru ve cevap işlemi yapılır. Sonra varsa madde üzerinde değişiklik önermeleri okunur ve isterse önerge sahiplerine 5'er dakika konuşma hakkı verilir. Sonrasında önergeler ayrı ayrı oylanır. Bu işlemler, bütün maddeler için ayrı ayrı yinelenir. Teklifin son oylamasından önce teklifin lehinde ve aleyhinde konuşmak üzere birer milletvekiline 5'er dakika söz verilir. Son olarak teklifin tümü oylanır yasalaşma süreci sona erer.

Olağan kanunların görüşülmesinden farklı olarak, temel kanun yönteminde teklifin tümü görüşülüp maddelerine geçilmesinden sonra her bir madde üzerinde görüşme açılmaz. Teklif bölümler halinde görüşüldüğünden konuşmalar ile soru ve cevap işlemi bölümler üzerinden yapılır. En çok 30 maddeden oluşan her bölüm için siyasal parti gruplarının ve isterse komisyonun 10'ar dakika konuşma hakkı bulunur. Ayrıca iki milletvekili de kendileri adına 5'er dakika konuşabilir. Bölüm üzerinde 15 dakika süreyle soru ve cevap işlemi yapılır. Temel kanun yönteminde maddeler üzerinde değişiklik önermeleri normal yasalarda olduğu gibidir. Bölümde yer alan her madde bu şekilde olandıktan sonra ikinci bölüm üzerinde görüşme açılır. Kısaca, temel kanun biçiminde görüşülen bir teklifte, maddeler üzerinde yapılması gereken görüşmeler bölümler üzerinde yapılır ve maddeler üzerinde sadece değişiklik önermeleri görüşülür.

İki yöntem arasındaki farkı somut bir örnekle açıklamak gerekirse; 10 maddelik bir teklifin olağan yasalaşma usulü ile görüşülmesi halinde bir siyasal parti grubunun teklifin tümü üzerinde 20, her bir maddede 10'ar dakika olmak üzere toplam 120 dakika konuşma hakkı bulunacaktır. Buna ek olarak, siyasal parti grubunun maddeler üzerinde değişiklik önergesi vermesi durumunda her bir madde için de ayrıca 5'er dakika süreyle görüşünü açıklayabilecektir. Ayrıca hem teklifin tümü üzerinde hem de her bir maddede soru ve cevap işlemi sırasında da milletvekilleri konuşabilecektir. 10 maddelik bu teklifin 5'er maddeden oluşan iki bölüm halinde temel kanun yöntemiyle görüşüldüğünü varsayarsak bir siyasal parti grubunun konuşma hakkı teklifin tümü üzerinde 20 dakika, birinci ve ikinci bölüm üzerinde 10'ar dakika olmak

üzere toplam 40 dakikadan ibaret olacaktır. Siyasal parti grubu her bir madde için değişiklik önergesi vermişse bunlar üzerinde de 5'er dakika ile sınırlı olarak görüşlerini açıklayabilecektir. Bu yöntemde her bir maddede soru ve cevap işlemi yapılmadığı için milletvekillerinin görüşlerini bu aşamada ifade etme olanağından yoksun kaldığını da belirtmek gerekir.

Uygulamada, temel kanun yönteminde siyasal parti grupları, madde üzerinde konuşma hakları bulunmadığı için her bir maddede değişiklik önergesi vererek ilgili madde üzerinde görüşlerini ifade etmeye çalışmaktadır. Bu durum yasama sürecinde “usulen verilen değişiklik önermeleri” sorununu ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki, TBMM çalışmalarında muhalefetin, sık sık salt ifade veya yazım değişikliklerinden oluşan biçimsel değişiklik önermeleri⁴³ verdiği görülmektedir. TBMM çoğunluğunu elinde bulunduran siyasal partiler, muhalefetin bu yaklaşımını önerenin teklifin esasına ilişkin bir düzenleme getirmediği ve yalnızca teklif görüşmelerini engelleme amacı güttüğü gerekçesiyle eleştirmektedir.⁴⁴

⁴³ Örneğin metindeki “aşağıdaki” ibaresinin “aşağıda bulunan” şeklinde değiştirilmesini öngören önerge için bkz. TBMMTD, D. 27, C. 43, B. 102, 18.06.2020, s. 935. Yine metindeki “değiştirilmiştir” ibaresinin “yeniden düzenlenmiştir” şeklinde değiştirilmesini öngören önerge için bkz. TBMMTD, D. 27, C. 61, B. 43, 28.01.2021, s. 101.

⁴⁴ Örneğin 27'nci Yasama Dönemi'nde Genel Kurulun 17.06.2020 tarihli 101'inci Birleşiminde AK Parti grup başkanvekili Çanakkale Milletvekili Bülent Turan şu cümlelerle bu duruma itiraz etmektedir;

“Torba yasa eski sistemde de vardı, şimdi de var. Bunun olma sebebi de, iki günden beri kanun görüşüyoruz hâlâ 9'uncu maddedeyiz. Sayın vekilin verdiği önergeye baktım, inanın okumaya utanıyorum çünkü “ya” yerine “ya da” olsun falan tarzı, tamamen ciddiyetten uzak, tamamen mesleki Meclis çalışmasından uzak bir yaklaşım. E şimdi siz bir önerge vereceksiniz bunun da tartışmasını sisteme yükleyeceksiniz...

...Şimdi, görüştüğümüz kanunun 1'inci maddesi banka düzenlemesi. Sayın vekilin verdiği önergenin 1'inci maddedeki ifadesi “...eklenmiştir.” yerine “...ilave edilmiştir.” Bu mu ciddiyet, bu mu yasama faaliyetindeki ciddiyet? Madde 2: Afetlerle ilgili düzenleme yapıyoruz, sayın vekilin verdiği önerge “...eklenmiştir.” yerine “...ilave edilmiştir.” Madde 3: Yurt dışındaki Türkleri konuşuyoruz. Sayın vekilin partisinin verdiği önerge “...eklenmiştir.” yerine “...ilave edilmiştir.” Madde 4: Kamu finansmanını konuşuyoruz. Sayın vekilin verdiği önerge “...eklenmiştir.” yerine “...ilave edilmiştir.” Madde 5: Tarihî ve kültürel varlıkları konuşuyoruz. Sayın vekilin verdiği önerge “...eklenmiştir.” yerine “...ilave edilmiştir.” Bu mu yasama faaliyetinin ciddiyeti? Sistem bozukmuş da muhalefet üzgünmüş. Bence yasama faaliyetine en büyük haksızlığı sistem değil kendi partisi ve kendi vekili yapıyor Sayın Başkan.” TBMMTD, D. 27, C. 43, B. 101, 17.06.2020, s. 653-654.

Uluslararası standartlarda da belirtildiği üzere, özellikle karmaşık ve tartışmalı konuları düzenleyen yasaların görüşülmesi ve kabulü sürecinde parlamentoda kapsamlı tartışma olanağı yaratılmalıdır. Temel kanun yöntemi ise bunun tam tersine yol açmaktadır. Bundan başka, parlamento çoğunluğu, kamu müzakerelerini ortadan kaldırmak amacıyla süreci manipüle etmemelidir. TBMM’de torba kanun görüşmeleri genellikle gece geç saatlere kadar sürmekte ve daha önce muhalefetin ve kamuoyunun haberdar olmadığı esaslı değişiklik önerileri çoğunlukla bu zamanlarda verilir ve kabul edilmektedir. Kuşkusuz, son dakikada verilen ve kabul edilen değişiklik önerileri milletvekillerinin söz konusu değişiklikleri incelemesini, bu değişikliklerden kamuoyunun haberdar olmasını, bunların tartışılmasını ve yasa teklifinin son biçiminin gerçek anlamda müzakere edilmesini olanaksız hale getirmektedir. Ayrıca bu nitelikteki önerilerin topluma, bütçeye, devletin idari yapılanmasına vb. etkilerini hesaplayabilmek için konunun uzmanlarının da bunları inceleyecek yeteri kadar zamanı çoğu zaman olamamaktadır. “Şafak baskını” olarak da adlandırılabilir⁴⁵ bu uygulama nitelikli yasa yapma amacına hizmet etmediği gibi demokratik yasama ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

⁴⁵ Klaus Meßerschmidt, “Omnibus Legislation in Germany: A Widespread Yet Understudied Lawmaking Practice”, *Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation*, Ed. Ittai Bar-Siman-Tov (Springer, 2021): 133.

IV. TORBA KANUN UYGULAMASININ AVANTAJLARI

Birinci olarak, torba kanun, genellikle çok sayıda alanda düzenleme yapılmasına ya da değiştirilmesine ihtiyaç olduğu zamanlarda etkili bir yöntemdir. Torba kanunla düzenleme yapılarak kamusal bir meseleye tutarlı bir çözüm getirebilir.⁴⁶ Yukarıda da belirtildiği gibi, torba kanun yasama sürecini kısaltır. Örneğin, yukarıda da dile getirildiği üzere, otoriter sistemden demokrasiye geçildiğinde çok sayıda kurumda yapılması gereken değişiklikler torba kanun yöntemiyle hızlandırılabilir. Nitekim 1990'lı yıllarda orta ve doğu Avrupa ülkelerinde demokrasiye geçiş sürecinde bu yasama yönteminin sıkça tercih edildiği görülmüştür. Gelişmekte olan ülkelerde ekonomik ve toplumsal alanda geniş çaplı ve hızlı yasal düzenleme gereksinimi de torba kanunu parlamentoların tercih ettiği etkili bir usul haline getirmektedir. Torba kanun yöntemi, AB ülkelerinde AB direktiflerinin iç hukuka aktarılması amacıyla sıklıkla kullanılmaktadır. Çünkü bu direktifler çok sayıda yasada hızlı biçimde değişiklik yapılmasını gerektirir. Torba kanun, bunu gerçekleştirmenin en etkin yolu olarak kabul edilir.⁴⁷ Bundan başka, torba kanun benzer konularda ise bu durum parlamentonun konuyu incelemesini ve tartışmasını kolaylaştırır.⁴⁸

İkinci olarak, torba kanun usulü parlamentoda siyasal partiler arasında uzlaşma sağlanmasını kolaylaştırabilir. Siyasal partiler ya da sıkı parti disiplininin olmadığı yerlerde milletvekilleri, farklı bir konuda ya da yasada istedikleri bir düzenlenmenin yasa teklifine eklenmesi karşılığında aslında istemedikleri bir düzenlemenin de aynı yasada kabul edilmesini destekler. Torba kanun, örneğin, disiplinli partilerin olmadığı ABD'de Kongre üyeleri ile parti yönetimleri ya da Kongredeki iki büyük siyasal parti arasında; tek parti hükümetlerinin kurulamadığı İtalya gibi ülkelerde ise siyasal partiler arasında uzlaşma işlevi görür. Öte yandan, başkanlık sisteminde torba kanun yalnızca siyasal partiler ya da milletvekilleri arasında değil, aynı zamanda parlamento çoğunluğuyla başkan arasında da bir pazarlık aracı olarak kullanılabilir. Torba kanun teklifinin bir bölümünü destekleyen ya da kendi siyasal gündemiyle ilgili bir düzenlemeyi yasaya ekleyen başkan, yasanın

⁴⁶ Glen S. Krutz, "Omnibus Legislating in the U.S. Congress", *Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation*, Ed. Ittai Bar-Siman-Tov (Springer, 2021): 36.

⁴⁷ Meßerschmidt, (2021): 121.

⁴⁸ Dodek, (2017): 13.

istemediği hükümlerini de içeren bütünü imzalamak zorunda kalır.⁴⁹ Özellikle ABD’de Başkanın kısmi veto yetkisinin olmaması ve veto ettiği bir yasanın ancak Kongrenin 2/3 oyuyla aynen kabul edilebileceği göz önünde bulundurulduğunda, torba kanun usulünün Başkanın olası vetosunu aşmak için çok kullanışlı bir araç olduğu görülür.

Torba kanun, özellikle ABD ve Kanada’da iktidar ve muhalefet partilerinin uzlaşmasını sağlamanın yanı sıra yasanın demokratik meşruiyetini artırma işlevi de görür. Çoğunluk partisi bir yasa değişikliğinde muhalefetin desteğini almak amacıyla, muhalefetin istediği ilgisiz bir başka düzenlemenin aynı teklif içinde yer almasına izin verir. Böylece farklı çıkarlar aynı yasa metni içinde bir araya getirilir. Belirtmek gerekir ki, bu örneklerde torba kanun maddeleri ayrı ayrı ilgili uzmanlık (ihtisas) komisyonunda görüşülür. Yasama sürecinin başarısı parlamentoda siyasal partiler ya da milletvekilleri arasındaki anlaşmaya dayanır. Bu da torba kanunu kolektif ve ortak bir yasama işlemi haline getirir. Türkiye’de de muhalefet partilerinin torba kanunun bazı hükümlerini destekledikleri için yasada istemedikleri düzenlemelere katlanarak yasanın tümünü kabul ettiği ender örnekler rastlanmaktadır. Örneğin, yakın zamanda kabul edilen 3/11/2022 tarihli ve 7420 sayılı Kanunun son oylamasından önce muhalefet partisi grup başkanvekili, partisinin yasada yer alan kur korumalı mevduat düzenlemesine karşı çıktığını; ancak yasanın öğrencilerin Kredi ve Yurtlar Kurumundan aldıkları kredilerin faizlerinin ve ayrıca tüm vatandaşların 2.000 TL’nin altındaki abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan borçlarının silinmesi gibi düzenlemeler içermesi nedeniyle yasanın bütününe kabul oyu vereceklerini belirtmiştir.⁵⁰ Ancak bu tür örneklerin Türkiye’de sınırlı kaldığının, torba kanun uygulamasının genellikle muhalefetle uzlaşmak değil, muhalefeti yasama sürecinde etkisiz kılmak amacı taşıdığı için ABD ve Kanada’daki işlevini yerine getirmedığının altını çizmek gerekir.

V. TORBA KANUN UYGULAMASININ DEZAVANTAJLARI

Torba kanun uygulamasının en önemli olumsuz yönü hem Parlamentonun hükümeti denetlemesini zayıflatması hem de yasa metninin ve yasama sürecinin olması gereken saydamlığını sınırlamasıdır. Yukarıda da

⁴⁹ Krutz, (2021): 42.

⁵⁰ TBMM Genel Kurul tutanakları, 27’nci Yasama Dönemi, 6’nci Yasama Yılı, B. 16, 03.11.2022 <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak/23794> Erişim: 21.02.2023.

belirtildiği gibi, torba kanunlar genellikle çok sayıda maddeden oluşur. Örneğin, 27'nci Yasama Dönemi'nde torba kanun niteliğinde olan 3/11/2022 tarihli ve 7420 sayılı kanun toplam 53; 1/7/2022 tarihli ve 7417 sayılı Kanun 67, 5/4/2022 tarihli ve 7394 sayılı Kanun 42 maddeden oluşmaktadır. Bu tür torba kanunlar arasında en dikkat çekici olanı ise 23'üncü Yasama Dönemi'nde 233 maddeden oluşan 13/2/2011 tarihli ve 6111 sayılı kanundur. Yasanın geniş hacimli olması, düzenlemelerin izlenmesini güçleştirmekte ve onu karmaşık hale getirerek anlaşılmasını zorlaştırmaktadır.

Bir yasa ne kadar çok maddeden oluşuyorsa ve ne kadar birbirinden farklı konuyu düzenliyorsa, iktidar ve muhalefet arasındaki anlaşmazlık riski de o kadar büyük olur. Torba kanun, farklı konuları düzenlediği için birden çok amacı gerçekleştirmeye yönelir. Bu da yasanın geniş ölçekte destek gören bir bölümüne odaklanılıp, dikkati daha tartışmalı maddelerden uzaklaştırır. Yasanın bir uzlaşya dayandığı durumlarda iktidar ve muhalefet partileri yasa maddeleri üzerinde görüş birliğine sahiptir. Buna karşılık, böyle bir uzlaşya dayanmayan torba kanunlar iktidarın muhalefet ve kamuoyunun denetiminden kaçırılmak istediği veya üzerinde ciddi itirazlar olan düzenlemeleri yasalaştırmayı kolaylaştırıcı bir işlev görebilmektedir.

Torba kanun, parlamentodaki yasama usulünü ve müzakere sürecini değiştirmektedir. Bu yasalar bakımından komisyon ve genel kurul aşamaları diğer yasalara göre daha hızlı sonlandırılır. Yasa teklifi, teklifin Başkanlığa sunulması ile TBMM Genel Kurulunda kabul edilmesi arasında büyük değişikliklere konu olabilmektedir. Bir başka deyişle, yasanın torbaya dönüşmesi yasama sürecinde gerçekleşebilmektedir. Meclis uzmanlık komisyonlarının, milletvekilleri tarafından verilmiş ve Meclis Başkanlığınca usulüne göre komisyona havale edilmiş aynı konudaki teklifleri gündemdeki teklifle birleştirmeleri doğal bir yasama etkinliğidir ve İçtüzüğe göre komisyonların görevleri arasındadır. Ancak yasa tekliflerine, uzmanlık komisyonlarında (ya da bu komisyonlara ayrıntılı rapor vermek üzere kurulan geçici alt komisyonlarda) konuyla ilgisi olmayan eklemeler yapılabilmesine ilişkin bir düzenleme İçtüzükte bulunmamaktadır. Gerçekten de, İçtüzüğün 35. maddesinde; komisyonların kendilerine havale edilen teklifleri “aynen veya değiştirerek kabul veya reddetmek” ve “birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilmek” şeklinde yetkileri tarif edilmekle birlikte yetkilerinin arasında “tekliflere madde eklemek” yoktur. Tam tersine 35. maddenin ikinci fıkrasında “komisyonların kanun teklif edemeyecekleri, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamayacakları” açıkça

hükme bağlanmıştır. Ayrıca, yasa teklifi metnine yeni maddelerin eklenmesi komisyon aşamasıyla sınırlı kalmamakta; komisyondan gelen tekliflere Genel Kurul aşamasında da eklemeler yapılmaktadır. Böylece, torbaya daha önceden kamuoyundan saklanmak ya da bir süre için kamuoyunun dikkatinden kaçırılmak istenen maddeler bu aşamada teklife eklenmektedir.⁵¹

Bu duruma 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun görüşmeleri örnek gösterilebilir. Yargı alanına ilişkin birçok kanunda değişiklik yapan 49 maddelik bu torba kanunun Genel Kurul görüşmelerinin bitimine yakın gece saatlerinde iktidar partisi milletvekillerinin verdikleri bir değişiklik önergesi kabul edilmiştir. Kabul edilen bu önerge ile cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın 06.11.2016 tarihine kadar işlenen cinsel istismar suçunda mağdurla failin evlenmesi durumunda, cezanın ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükme bağlanmaktadır. Muhalefet partisi grup başkanvekili, tasarının bu ana kadarki görüşmelerinde uzlaşma olduğunu ve engelleme araçlarını kullanmadıklarını ancak haberdar olmadıkları bu son dakika önergesini fevkalade rahatsız edici bulduklarını ifade etmiştir.⁵² Sonuç olarak önerge itirazlara karşın kabul edilmiş, ancak tasarının açık oylamasında toplantı yeter sayısı bulunmadığından kanun kabul edilemeden birleşim kapanmıştır. İlerleyen günlerde kamuoyunda çok ciddi itirazlar ve tartışmalar sonucunda⁵³ söz konusu önergeyle değiştirilen madde komisyona geri çekilmiş⁵⁴ ve komisyon tartışmalı düzenlemeyi metinden çıkarmak zorunda kalmıştır.⁵⁵ Tasarı, izleyen günlerde söz konusu madde metinde yer almadan yasalaşmıştır.

Torba kanun uygulamasının çok sayıda birbiriyle ilgisi olmayan konuyu düzenlemesi parlamentonun teklifi gereği gibi incelemesini de güçleştirmektedir. Bu yöntem geleneksel komisyon sistemini devre dışı

⁵¹ Bu konuya ilişkin ilginç bir örnek için bkz. Ozan Ergül, “Türkiye’de Yasama Siyasetinin Temel Sorunları: Torba Kanunlar ve Duruma Özel Kanunlar”, <http://yasaizleme.org.tr/turkiyede-yasama-siyasetinin-temel-sorunlari-torba-kanunlar-ve-duruma-ozel-kanunlar>.

⁵² TBMMTD, D. 26, C. 26, B. 22, 17.11.2016, s. 518-519.

⁵³ <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/meclisi-karistir-an-duzenleme-40281088>, Erişim: 13.03.2023;

<https://sputniknews.com.tr/20161118/tbmm-tecavuz-evlilik-akparti-onerge-1025868967.html> Erişim: 13.03.2023, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/skandal-onerge-mecliste-cinsel-istismara-ugrayan-magdur-tecavuzcusuyle-evlendirilsin-632216> Erişim: 13.03.2023.

⁵⁴ TBMMTD, D. 26, C. 26, B. 24, 22.11.2016, s. 613.

⁵⁵ TBMMTD, D. 26, C. 26, B. 26, 24.11.2016, Sıra sayısı 438’e 1’inci Ek, s. 7.

bırakmaktadır. Nitekim TBMM’de hemen her torba kanun teklifi mali hüküm içerdiği gerekçesiyle esas komisyon olarak Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edilmektedir. Bir başka ifadeyle, torba kanun teklifinde birden çok uzmanlık komisyonunun görev alanına giren maddeler, kanun bir bütün halinde Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edildiği için, asıl ilgili oldukları uzmanlık komisyonlarında görüşülmeden yasalaşmaktadır. Teklifler esas komisyonla birlikte tali komisyonlara da havale edilebilir. Ancak böyle bir durumda genellikle tali komisyonlar bunları görüşmemektedir. Torba kanunların amacı, iktidarın tasarladığı konuları çok kısa sürede kanunlaştırmak olunca, meclis komisyonları işlevsiz hale gelmekte ve İçtüzük kuralları da ihmal edilmektedir.

Torba kanun usulü, konunun uzmanlarının ve sivil toplumun kanunlaşma sürecine katılmasını ve teklif üzerinde görüş bildirmesini zorlaştırmaktadır. Öte yandan, birden çok yasada yapılan değişiklikler, çok sayıda bakanlık, kurum ve kuruluşu ilgilendirdiğinden bu sürecin teknik ilgilileri arasında gerekli olan diyalog ve bilgi alışverişi olanağı çoğu zaman ortadan kalkmaktadır. Bu durum, yasama hatalarının artmasına yol açmaktadır.

Torba tekliflerde bürokrasinin ihtiyaçları gerekçesiyle çok sayıda teknik madde bulunmaktadır. Bu durum, parlamentoyu kanun yapmaktan çok adeta bir onay mercii haline getirmektedir. Diğer bir deyişle, torba kanun uygulaması; yasama organının, uzun vadeli etkileri olan ve geniş katılımlı kaliteli yasalar yapmaya harcayacağı zamanı, bürokratik eksiklikleri tamamlamak için çıkarılan ve yasa altı düzenleyici işlemlerle halledilebilecek gereksiz birçok ayrıntıyla israf etmesine neden olmaktadır.

Torba kanunun birbiriyle ilgisiz çok sayıda konuyu düzenlemesi, ABD gibi devlet başkanına kısmi veto yetkisinin tanınmadığı sistemlerde devlet başkanının anayasaya aykırı bulduğu ya da siyaseten uygun görmediği düzenlemeleri ayırıp veto etme yetkisini fiilen sınırlamaktadır. Torba kanun, yasada kısa sürede hızlı değişiklik yapabilmeyi mümkün kıldığından yasanın dayanıklılığını da olumsuz etkiler. Bu durum, belli bir olayda uygulanacak kuralın hangi biçiminin yürürlükte olduğunu bulmayı güçleştirir. Bu da hukuki belirlilik ilkesine aykırılık oluşturabilir. Nitekim hem Fransız Danıştay’ı hem de Belçika Danıştay’ı torba kanunun hukuki belirlilik ilkesini zedelediği gerekçesiyle bu uygulamayı eleştirmektedir.⁵⁶

Torba kanunun yasalaşma sürecinin çok hızlı olması, çok sayıda yasada ve çeşitli konularda değişiklik yapması özellikle temel hak ve özgürlükleri

⁵⁶ Patricia Popelier, “Mosaics of Legal Provisions”, *European Journal of Law Reform*, Vol. 7, (2005): 50.

ilgilendiren konularda olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, kişi özgürlükleri bakımından ABD hukuk tarihinin en önemli yasası olarak nitelenen Yurtseverlik Yasası (*Patriot Act*) yalnızca altı haftada Amerikan Kongresinde görüşülüp kabul edilmiştir. Bu yasanın tam hukuki etkisini öğrenmenin, zaten karmaşık niteliğe sahip çok sayıda yasada değişiklik yapması nedeniyle uzun bir çalışmayı gerektirdiği ifade edilmektedir.⁵⁷

Torba kanunun bir başka olumsuz yönü, bu tür kanunlarda gerekçe trafiğinin ya çok karışık olması ya da kanunlarda gerekçesi tam anlaşılmayan maddeler bulunabilmesidir. Bu durum, somut hukuki açmazlarda kanun koyucunun amacını ortaya çıkarmayı ve ilgili kanunun yorumlanması zorlaştırmaktadır. Örneğin, 23'üncü Yasama Dönemi'nde 119 maddeden oluşan 1/971 esas numaralı Kanun tasarısı ile 59 farklı kanun teklifi Plan ve Bütçe Komisyonunda birleştirilerek Genel Kurul gündemine girmiştir. Bu torba kanunun tasarı metni ile tüm tekliflerin metinleri, tasarı/tekliflerin gerekçeleri, alt komisyon metni, komisyon raporu gibi tüm verilerin bulunduğu sıra sayısı 768 sayfadan oluşmaktadır.⁵⁸ Öyle ki Genel Kuruldan 233 madde olarak çıkan 13/2/2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunda bir maddenin tasarı/tekliflerden hangisinden kaynaklandığının belirlenmesi komisyonun maddeler üzerindeki işlemleri de düşünüldüğünde yasama uzmanları açısından bile çok ciddi bir zorluk yaratmaktadır.

Özellikle son dönemlerde TBMM'de kabul edilen kanunların büyük bir bölümünün torba kanun olarak yapılması, Türkiye'de bu kanunun yönteminden kaynaklanan olumsuzlukları kronik hale getirmektedir. Örneğin, 27'nci Yasama Dönemi'nde 27 Mart 2023 tarihi itibarıyla kabul edilen 300 kanunun 165'i uluslararası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması kanunudur. Bunların dışında kalan 135 kanunun 57'si torba kanun niteliğindedir. Bir başka ifadeyle, son Yasama Dönemi'nde kabul edilen yasaların yüzde 42,22'si torba kanun biçiminde yapılmıştır. Bu kuşkusuz çok yüksek bir orandır. Özellikle aşağıdaki tabloda da görüldüğü üzere, torba kanunların kabul edilen bütün yasalar içindeki oranının her yasama döneminde artış göstermesi durumun ciddiyetini ortaya koymaktadır.

⁵⁷ William F. Zieske, "Demystifying the USA Patriot Act", *Illinois Bar Journal*, (2004): 82.

⁵⁸ TBMMTD, D. 23, C. 90, B. 53, 26.01.2011, Sıra sayısı 606.

22. İLE 27. DÖNEMLER ARASINDA KABUL EDİLEN TORBA KANUNLARA İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMA TABLOSU			
DÖNEM	KANUN SAYISI*	TORBA KANUN SAYISI	TORBA KANUNLARIN YÜZDE ORANI
22	570	22	3,85
23	204	18	8,82
24	136	27	19,85
26	95	22	23,15
27**	135	57	42,22

* Dönem içinde kabul edilen uluslararası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanunlar hariç tutulmuştur.

** 27.03.2023 tarihi itibarıyla

TBMM’de torba kanunun tercih edilmesinin nedeni olarak, çok sayıda alanda yasal düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulması ve bu ihtiyacın ancak torba kanun usulüyle en etkin biçimde karşılanabilecek olması gösterilmiştir. Uygulamada yaşanan olumsuzluklar karşısında torba kanun yöntemi iktidar milletvekilleri tarafından bile zaman zaman eleştirilmiştir. Örneğin TBMM’de 17 Ocak 2011’de gerçekleştirilen “Kanun Yapım Süreci Sempozyumu”nda dönemin Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Cemil Çiçek torba kanun usulüne ilişkin aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

“....Belki klasik yasama düzeni içerisinde olmayan torba yasa ya da uyum yasaları, bir kanunla birden fazla kanunda değişiklik yapan kanun modeli böyle bir zaruretten kaynaklanıyor. Tabii her torba yasa bundan kaynaklanıyor diyemem ama netice itibarıyla böyle bir usulün ihdas edilmesi bir zaruretten, bir zorunluluktan kaynaklandı. Hâlen, zaman zaman da bu devam ediyor. Tabiatıyla torba yasanın beraberinde getirdiği birçok sorun da var. Çünkü bir kanun maddesini kendi bütününden kopararak bir başka yerde düzenleme yapıyorsunuz. Zaman zaman gözden kaçan hususlar oluyor, bağlantılar tam kurulamıyor, belki yeteri kadar her bir madde üzerinde de durulamıyor olabilir ama bu zaruret hâlen de devam ediyor. Tabiatıyla, iş niye bu noktaya geldi? Belki ev ödevlerimizi zamanında yapabilseydik geriye dönük, 1963’ten bu tarafa, Türkiye Avrupa Birliği konusunda tereddütler geçirmeseydi de bu düzenlemeler geçmişe dönük, uzun zaman dilimi içerisinde yapılabilseydi, bir ayda, bir buçuk ayda, iki ayda bu kadar çok

maddeli kanunları ya da bir kanunla birden fazla kanunda değişiklik yapmak gibi bir zarureti Türkiye yaşamazdı, sıkıntıyı yaşamazdı."⁵⁹

O dönemde AB mevzuatına uyum sağlamak amacıyla çok sayıda yasal düzenleme yapılabilmesi için torba kanun usulünün bir gereklilik olduğu iddia edilse bile günümüzde böyle bir ihtiyacın olduğu söylenemez. Geniş bir alanda yasal düzenleme ihtiyacı olduğu ve bunların hızlı biçimde sonuçlandırılması gerektiği gerekçesiyle torba kanun usulünün bu kadar yaygın uygulanmasını makul bulmak mümkün değildir. Nitekim aynı toplantıda dönemin Meclis Başkanı Mehmet Ali Şahin de hızlı yasama sürecinin yarattığı sakıncaların altını çizmiştir:

*"...Biraz önce Sayın Çiçek de ifade etti, yasalarımız yapılıyor ama çokça yasalarımızda değişiklik oluyor daha sonra. Ben bir arkadaşına rica ettim bizde en çok değişen hangi yasadır diye. Önüme birkaç örnek getirdiler: Mesela 160 kere değişmiş bir yasa, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu tam 160 defa değişmiş. Katma Değer Vergisi Kanunu 1984'te çıkmış. Kaç sene olmuş, yirmi yedi sene mi? 44 defa değişmiş. 1991'de çıkmış 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, şu ana kadar 24 kez değişmiş ve Kamu İhale Kanunu 20 defa değişmiş. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan bahsediyorum. Ve çok ilginç, bunu söylemeden geçemeyeceğim, geçtiğimiz yılın 25 Haziranında Parlamentomuzdan 6001 sayılı bir kanun çıkarmışız, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun. Bu Kanunda yirmi yedi gün sonra değişiklik yapmışız 6014 sayılı Kanunla.."*⁶⁰

Meclis Başkanı, bu sözleriyle yasalarda çok ve sık değişiklik yapılmasını eleştirerek aslında "çok sayıda kanun değişikliği ihtiyacı"nın gerçek bir ihtiyaç olmadığını da ortaya koymaktadır. Kanunlarda sık değişiklik yapılması doğrudan yasama kalitesi ile ilişkili bir sorundur. Bu iki açıdan önem taşır: Birincisi, bu sorun, yasa yapma sürecinde teklif üzerinde yeteri kadar çalışmamaktan, uzmanların ve sivil toplumun görüşünü almamaktan ve aceleci davranmaktan kaynaklanmaktadır. İkincisi, bu tür sık değişiklikler çoğunlukla bir torba kanun içinde yapılmaktadır. Bu tercih kuşkusuz, kanun sayısında da artışa neden olmaktadır. Sonuç olarak, görünürde yasa yapma usulüne uygun olarak tasarlanmış bu tür kanunları kabul etmek tek başına

⁵⁹ Cemil Çiçek, *Kanun Yapım Süreci Sempozyumu*, Ed. İrfan Neziroğlu ve Fahri Bakırcı, (Ankara: TBMM Basımevi, 2011): 17.

⁶⁰ Mehmet Ali Şahin, *Kanun Yapım Süreci...* (2011): 24.

yeterli değildir. Yasalarda sık değişiklik yapma ihtiyacı duyulmaması için bunların aynı zamanda nitelikli (kaliteli) olması da gerekir.

Yasanın kalitesi ile bir teklifin yasalaşma süresi arasında bir ilişki bulunmaktadır. Yasalaşma süresi, bir teklifin TBMM Başkanlığına sunulduğu tarih ile Genel Kurulda kabul edildiği tarih arasındaki süre olarak tanımlanır. 2002 yılında bir teklifin TBMM'ye sunulmasından sonra komisyon ve Genel Kurul aşamalarını tamamlayarak kanunlaşması ortalama 121 gün sürmüştür; 2012 yılında bu süre 48,57 güne inmiştir; 2022 yılında ise 22,85 güne kadar düşmüştür.

TBMM'DE 2002-2012-2022 YILLARINDA KANUNLAŞAN TEKLİFLERİNİN ORTALAMA KANUNLAŞMA SÜRELERİ*	
2002 yılı	121 gün
2012 yılı	48,57 gün
2022 yılı	22,85 gün

*Söz konusu yılların 1 Ocak ile 1 Haziran tarihleri esas alınmıştır.

Bu istatistiksel veri, yasama sürecinin son yirmi yılda ne kadar hızlandığını göstermesi açısından çok çarpıcı bir tablo sunmaktadır. Gerçekten de, örneğin, 20 Ekim 2022'de TBMM Başkanlığına verilen kanun teklifi 16 Kasım 2022'de kabul edilmiştir.⁶¹ Yasama sürecinin hızlanması ile torba kanun sayısındaki artışın ülkede demokrasiden uzaklaşma tartışmalarıyla da doğru orantılı bir seyir izlediğini de not etmek gerekir.

Torba kanun usulünü sınırlayan bir hukuki düzenleme var mıdır? Yukarıda da belirtildiği üzere, 1982 Anayasası ve TBMM İçtüzüğü bu usule ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Buna karşılık, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan ve 24.02.2022 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik torba kanun yöntemine ilişkin bir hüküm içermektedir. Yönetmeliğin "Birden fazla düzenleme ve maddede değişiklik" başlıklı 18/1. maddesine göre,

"Konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunması sebebiyle birden fazla kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Cumhurbaşkanı kararında düzenleme yapılmasını gerektiren hâller dışında, bir çerçeve taslak ile birden

⁶¹ 16/11/2022 tarihli ve 7421 sayılı Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. (RG, 26.11.2022, S. 32025)

fazla düzenlemenin hükümlerinde değişiklik yapılamaz. Yapılacak değişiklikler her düzenleme için ayrı ayrı çerçeve taslak ile yapılır.”

Esasen bu düzenleme Bakanlar Kurulunun çıkardığı ve 17.02.2006 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan mülga Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in 17/1. maddesinde yer alan,

“Konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunması sebebiyle birden fazla mevzuatta düzenleme yapılmasını gerektiren hâller dışında, bir çerçeve taslak ile birden fazla düzenlemenin hükümlerinde değişiklik yapılamaz. Yapılacak değişiklikler her düzenleme için ayrı ayrı çerçeve taslaklar ile yapılır.” hükmünün yeni hükümet sistemine uyarlanmasından ibarettir.

Diğer bir ifade ile Türk hukukunda taslakların torba biçimde hazırlanmamasına ilişkin bu düzenleme yeni değildir. Söz konusu yönetmelik, genel düzenleyici bir idari işlem olduğu için kanunun iptali için hukuki bir dayanak oluşturmaz. Kuşkusuz TBMM’yi de bağlamaz. Ancak usul hataları konusunda Anayasa Mahkemesinin içtihadını gözden geçirmesi açısından düşündürücü ve yardımcı olabilir.

VI. TORBA KANUN UYGULAMASININ KÖTÜYE KULLANIMININ ÖNLENMESİ İÇİN ÖNERİLER

A. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ

Torba kanun uygulamasını önlemek ya da demokratik hukuk devleti ilkesini sağlayacak biçimde sınırlanmak için ne yapılabilir? Birinci yol, Anayasaya bu konuya ilişkin bir düzenleme koymak olabilir. Bazı anayasalar bir yasanın birbiriyle bağlantısı olmayan çok sayıda konuyu düzenlemesini açıkça yasaklamaktadır. Amaç, “tek konu kuralı” yoluyla yasanın milletvekilleri ve kamuoyu tarafından doğru anlaşılmasını ve enine boyuna tartışılabilmesini sağlamak; böylece, yasama sürecini demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaştır hale getirmektir. Bu bağlamda, örneğin, Yunanistan Anayasası (md. 74/5) yasa teklif ve tasarılarının ana konuyla ilgisi olmayan hükümlerinin görüşülmesine ve teklif ile tasarının ana konusuyla ilgili olmayan ek ya da değişiklik önermeleri verilmesine izin vermemektedir. Şili (md. 69/1) ve Kolombiya (md. 158) Anayasaları da bir yasanın çok sayıda konuyu düzenleyemeyeceğini hükme bağlamaktadır. ABD’de 43 eyaletin anayasası torba kanun usulünü yasaklamaktadır.⁶² Örneğin, Arizona,

⁶² Micheal D. Gilbert, “Single Subject Rules and the Legislative Process” *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 67, (2006): 812.

California ve Minnesota Anayasaları bir yasa teklifinin tek bir konuyu düzenleyebileceğini ve teklifin konusunun başlıkla uyumlu olması gerektiğini öngörmektedir. Eyalet yüksek mahkemeleri, yasaların bu kurala uygun olup olmadığını denetlemektedir.⁶³

1982 Anayasasının 148/2. maddesi, kanunların biçim bakımından anayasaya uygunluk denetimine konu olmasını son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve iki kez görüşülme kuralına uyulup uyulmadığıyla sınırlamaktadır. Aşağıda görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi de bu kuralı katı biçimde uygulamaktadır. Yasanın biçim yönünden anayasaya uygunluk denetimine ilişkin bu anayasal sınırlamanın kaldırılması Anayasa Mahkemesinin torba kanunun biçim yönünden anayasaya uygunluk denetimini yapılabilmesinin yolunu açabilir. Bununla birlikte, torba kanunu yasaklayan bir kuralın Anayasaya eklenmesi de bu sorunu kesin olarak çözecek bir yol olarak düşünülebilir. Ancak, 1982 Anayasasına göre Anayasa değişikliği üye tamsayısının en az 3/5 çoğunluğunu gerektirdiği için bu yolun TBMM’de gerekli nitelikli çoğunluğun bulunmasına bağlı olduğu açıktır.

B. İÇTÜZÜK DEĞİŞİKLİĞİ

İkinci ve daha kolay yol, parlamento içtüzüğüne torba kanun uygulamasını yasaklayacak ya da sınırlandıracak bir düzenleme konması olabilir. Örneğin Yeni Zelanda Parlamentosu İchtüzüğü böyle bir sınırlama öngörmektedir. İchtüzüğün 263. maddesine göre, birden fazla yasada değişiklik yapan bir torba yasa teklifinin verilebilmesi için a) değişikliklerin tek bir geniş politikanın uygulanması olarak düşünülebilecek birbiriyle ilişkili bir konuyla ilgili olması; b) her yasada yapılacak değişikliklerin her durumda benzer nitelik taşıması ya da; c) İş Komisyonunun teklifin torba yasa olarak sunulmasını kabul etmesi gerekir.⁶⁴ Kanada Avam Kamarası İchtüzüğü ise Meclis Başkanına bu konuda yetki vermektedir. İchtüzüğün 69/1. maddesine göre, birden çok yasayı kaldıran, değiştiren ya da yeni bir düzenleme getiren bir yasa tasarısında bu hükümleri birbirine bağlayan ortak bir unsurun bulunmadığı veya birbiriyle ilgisiz konuların olduğu durumlarda, Meclis Başkanı, her aşamada tek bir görüşme yapmak kaydıyla, kanun tasarısının

⁶³ Gilbert, (2006): 828.

⁶⁴ Yeni Zelanda Parlamentosu Temsilciler Meclisi İchtüzüğü, <https://www.parliament.nz/media/2669/standing-orders-of-the-house-of-representatives-new-zealand-2014.pdf> Erişim: 24.02.2023.

maddelerini tematik olarak birleştirme ve soruları bu grupların her birine ayrı ayrı yerleştirme yetkisine sahiptir. Avam Kamarası başkanı, torba niteliği taşıyan bir kanunu parçalayarak oylatabilir.

Türkiye’de de TBMM İçtüzüğünde torba kanunu sınırlayacak ya da yasaklayacak değişiklikler yapılması düşünülebilir.⁶⁵ Nitekim bu yönde geçmişte bir girişim olduğunu anımsamakta yarar vardır. 2011’de TBMM’de kurulan İçtüzük Uzlaşma Komisyonunun hazırladığı İçtüzük teklifinin 56/4. maddesi,

“Konu itibariyle aralarında bağlantı bulunması nedeniyle birden fazla kanunda değişiklik yapılmasını gerektiren haller dışında bir tasarı veya teklif ile birden fazla kanunun hükümlerinde değişiklik yapılamaz. Bir çerçeve madde ile birden fazla maddede değişiklik yapılamaz. Bu koşullara uymayan tasarı ve teklifler Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı tarafından iade edilir.” diyordu.

Bu taslak metinde iki husus dikkat çekmektedir. Birincisi, taslağın torba kanun tanımı yapması, ikincisi ise torba yasa niteliğini taşıyan bir teklifin TBMM Başkanınca iade edilmesi zorunluluğunu öngörmesidir. Günümüzde TBMM Başkanı İçtüzüğün 67. maddesi kapsamında kaba ve yaralayıcı ifadeler bulunduğu gerekçesiyle⁶⁶ teklifi iade edebilmektedir. Ayrıca başkanlar İçtüzükte açık bir düzenleme olmamakla birlikte Anayasaya aykırılık gerekçesiyle de kanun tekliflerini iade etmektedir. İçtüzüğün 67. maddesi kapsamında hangi ifadelerin kaba ve yaralayıcı olduğu konusunda başkanlar mutlak takdir yetkisi kullanmaktadır. Örneğin, bir TBMM Başkanı tarafından “işkence” ifadesi iade sebebi olarak görülebiliyorken başka bir

⁶⁵ Aynı doğrultuda bkz. Ömer Anayurt, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, (Seçkin, 2022): 292.

⁶⁶ TBMM Başkanlarının kanun tekliflerini (ve yazılı soru, meclis araştırması vb. denetim belgelerinin) iadeleri zaman zaman İçtüzüğün 100’üncü maddesi kapsamında Başkanlıktan soru önergelerine konu olmaktadır. Bu soru önergelerine Başkanlık, iadenin genel hukuki sebeplerini izah etmek şeklinde cevap vermektedir. Örnek soru önergesi cevapları için bkz. 27’nci Yasama Dönemi 7/18488 esas numaralı yazılı soru önergesi

<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y2/T7/WebOnergeMetni/92a251b0-5d3e-4436-a265-0199d43ec3a0.pdf>; Erişim: 28.03.2023

27’nci Yasama Dönemi 7/76725 esas numaralı yazılı soru önergesi <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T7/WebOnergeMetni/3fa7a8fd-0a04-4fe8-b305-417b3def646d.pdf> Erişim: 28.03.2023

TBMM Başkanı bakımından bu ifade iade sebebi sayılmayabilmektedir. Görüldüğü üzere, mevcut uygulamada TBMM Başkanının yasa tekliflerini iade etme gerekçelerinden farklı olarak 2011'deki İçtüzük taslağında salt kanun yapma tekniği açısından bir iade sebebi öngörülmüştür.

Bu İçtüzük teklifinin AK Parti Ankara Milletvekili Salih Kapusuz ve CHP İstanbul Milletvekili Ali Topuz'un imzasıyla 6 Nisan 2011'de TBMM Başkanlığına sunulduğunu⁶⁷, ancak görüşülmeden yasama döneminin sona ermesi ile kadük hale geldiğini; aynı teklifin 24'üncü Dönemde bu kez yalnızca AK Parti Ankara Milletvekili Salih Kapusuz'un imzasıyla yeniden Başkanlığa verildiğini,⁶⁸ ancak görüşülmediğini not edelim.

Bundan başka, birbiriyle ilgisi olmayan konular aynı yasa teklifinde düzenleniyor ise teklifin bütün olarak bir komisyonda görüşülmesi yerine parçalar halinde ilgili uzmanlık komisyonlarına havale edilmesini ve bu komisyonların rapor vermesini zorunlu kılan bir İçtüzük hükmü, torba kanun teklifleri bakımından komisyon aşamasının gereği gibi işlemlerini sağlayacak bir yol olarak düşünülebilir. Bu durumda, İçtüzükte her yasa teklifi için bir esas komisyonun belirlenmesi gereği göz önünde tutularak, Genel Kurulda görüşmeye esas alınacak metnin bir araya getirilmesi için bir "eşgüdüm komisyonu" oluşturmak gerekecektir. Torba kanunlarda çoğunlukla esas komisyon olarak çalışan Plan ve Bütçe Komisyonu ya da rapor veren uzmanlık komisyonlarının temsilcilerinden oluşacak özel bir komisyon bu eşgüdüm işini görebilir. Bir başka öneri ise, torba teklifleri ilgili uzmanlık komisyonlarına havale etmek yerine torba teklifin düzenlediği konulara göre ilgili mevcut komisyonların üyelerinden oluşan bir karma komisyon oluşturmak; böylece, teklifin farklı uzmanlık alanlarından gelen komisyon üyelerince bir bütün olarak görüşülmesini sağlamak olabilir. Bu önerinin benimsenmesi durumunda, örneğin, bir torba teklifte Adalet, Plan ve Bütçe ile İçişleri komisyonlarını ilgilendiren hükümler varsa; siyasal parti gruplarının üye oranlarına göre bu üç komisyon üyeleri arasından Danışma Kurulu önerisi ve Genel Kurul kararı ile bir karma komisyon kurulacaktır. Genel Kurul görüşmelerinde bu karma komisyonun raporu esas alınacaktır.

⁶⁷ 23'üncü Yasama Dönemi 2/901 esas numaralı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0901.pdf> Erişim: 22.02.2023.

⁶⁸ 24'üncü Yasama Dönemi 2/3 esas numaralı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0003.pdf> Erişim: 22.02.2023.

TBMM İçtüzüğü'nün 35/2. maddesinin komisyonların kanun teklif edemeyecekleri hükmü kapsamında komisyonların teklifle bağlantısı olmayan bir konuda teklife yeni bir madde ekleyememesi gerekir. İçtüzüğü'nün bu hükmüne karşın uygulamada özellikle torba kanunlarda komisyonlarda metne ilgisiz madde eklendiği sıklıkla görülmektedir. Dolayısıyla İçtüzükteki bu yasağın katı bir şekilde uygulanmasının da torba kanun uygulamasının kötüye kullanılmasına bir engel oluşturacağı ileri sürülebilir. Not etmek gerekir ki, İçtüzük düzenlemelerinin etkili biçimde uygulanması, bunların anayasa yargısının denetimine açık olmasına bağlıdır. Birbiriyle ilgisi olmayan konuların aynı yasada yer alamamasına ilişkin bir sınırlama ancak Anayasa Mahkemesinin bunu denetlemesi ve “birbiriyle ilgili konu” kavramını açıklığa kavuşturması durumunda anlam taşıyacaktır.

C. ANAYASA YARGISI

Torba kanun uygulaması anayasa yargısı yoluyla da sınırlanabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, anayasa mahkemeleri ya da yüksek mahkemeler parlamentonun torba yasa uygulamalarını denetleme konusunda her zaman istekli görünmemektedir. Bu yönde bir yaklaşım benimseyen mahkemelerin temel gerekçesi, parlamentonun kendi çalışma yöntemini kendi yapacağı içtüzükle belirlemesi kuralının, bir başka deyişle meclisin yönetsel bağımsızlığının güçler ayrılığı ilkesinin temel unsurlarından biri olarak kabul edilmesidir.⁶⁹ Örneğin, Kanada Yüksek Mahkemesi bu ilkeye dayanarak Parlamentonun iç işleyişine ilişkin konulara karışmama eğilimindedir. Mahkeme, yasama sürecinin anayasaya uygunluğunu, Anayasanın yasa teklifinin ya da tasarısının her iki mecliste de üçer kez görüşülmesi ve genel vali tarafından onaylanmasına ilişkin hükümleriyle sınırlı olarak denetlemektedir.⁷⁰ Mahkemelerin parlamentonun iç işleyişine ilişkin kuralları denetleme konusundaki isteksizliğinin güçler ayrılığı ilkesi ile parlamenter demokrasi arasında gerilime yol açtığını da not etmek gerekir.

Buna karşılık, bazı mahkemeler bu yaklaşımı benimsemeyerek torba kanun uygulamasına sınırlama getiren içtihatlar oluşturmaktadır. Örneğin, Endonezya Anayasa Mahkemesi 2021 yılında verdiği bir kararında, 11 Sayılı ve 2020 tarihli torba kanunu parlamentoda görüşülme süreci bakımından

⁶⁹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 22. Baskı, (Ankara: Yetkin, 2022), 241.

⁷⁰ Dodek, (2017): 33-37.

anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutmuştur. Söz konusu yasa, 79 yasada değişiklik yapmakta ve ulaşım, çalışanların hakları, çevrenin korunması, tarım ve vergilendirme gibi çok sayıda farklı konuda düzenleme içermekteydi. Yasanın görüşmeleri 6 aydan kısa bir sürede sona ermişti.⁷¹ Endonezya Anayasa Mahkemesi, bu kararında yasanın Parlamentoda kabul edilmesinin yasa yapım sürecini düzenleyen 2011 tarihli ve 12 Sayılı yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırı buldu. Anayasa Mahkemesine göre, yasa onlarca yasayı değiştirmekte, ancak değiştirilen yasaların statüsünün ne olacağını açıkça öngörmemektedir. Bu durum, belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bundan başka, Mahkemeye göre, konunun uzmanlarının ve ilgili sivil toplum örgütlerinin kanun yapımı sürecine mümkün olan en üst düzeyde ve anlamlı katılımının sağlanamamış olması, bir başka deyişle, yasanın demokratik olmayan bir süreçle yapılması da ilgili torba kanunu anayasaya aykırı hale getirmiştir. Söz konusu yasa geniş bir alanı ve çok sayıda farklı konuyu düzenlediği için Mahkeme, iptal kararının yürürlüğe girmesinin iki yıl sonra bırakılmasına karar vermiştir.⁷²

Anayasa Mahkemelerinin torba kanun konusunu genellikle yasanın niteliği üzerinden ele aldığı görülmektedir. Örneğin, Türkiye’de olduğu gibi İspanyol Anayasası ve Parlamento İçtüzüğü de torba kanuna ilişkin bir düzenlemeye yer vermemektedir. İspanyol Anayasa Mahkemesi kararlarında bu durumun altını çizmektedir. Mahkemeye göre heterojen içerik taşıyan çok sayıda düzenlemenin tek bir yasa içinde yer almasını engelleyen veya sınırlayan açık ya da örtülü anayasal bir engel yoktur. İspanyol hukuk sisteminde heterojen içerikli kanunlar için var olan tek sınır, yasama girişimini düzenleyen 26 Mart tarihli ve 3/1984 sayılı Organik Kanunda öngörülen sınırdır.⁷³ Bu nedenle torba kanuna içkin olan, farklı konuların aynı yasada

⁷¹ Rizky Argama, “Major Procedural Flaws Mar the Omnibus Law” *Indonesia at Melbourne Blog*, The University of Melbourne-Centre for Indonesian Law, Islam and Society (CILIS), (09.10.2020), <https://indonesiaatmelbourne.unimelb.edu.au/major-procedural-flaws-mar-the-omnibus-law/> Erişim: 24.02.2023.

⁷² Abdurrachman Satrio, “A Strategic Move or a Missed Chance? An Analysis of the Indonesian Constitutional Court Decision on the Omnibus Law on Job Creation”, *The International Association of Constitutional Law (IACL-AIDC) Blog*, (17.02.2022), <https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/2/17/a-strategic-move-or-a-missed-chance-an-analysis-of-the-indonesian-constitutional-court-decision-on-the-omnibus-law-on-job-creation> Erişim: 24.02.2023.

⁷³ STC, 136/2011, 13.09.2011; STC, 176/2011, 08.11.2011; STC, 120/2012, 04.06.2012; STC, 209/2012, 14.11.2012.

düzenlenmesi (heterojenlik) Anayasada yasaklanmamıştır. Çünkü “böyle bir uygulama teknik olarak ne kadar tavsiye edilmez görünse de, birçok konu ve alandaki ilkeleri korumaktadır.”⁷⁴ Mahkemeye göre, yasa, çok amaçlı olması ya da yalnızca karmaşık içyapıya sahip olması nedeniyle herhangi bir anayasal ilkeye aykırılık oluşturmaz. Heterojenlik, yasanın doğasını ve hukuk sistemini oluşturan diğer normlarla ilişkisini değiştirmez.⁷⁵ Ancak bir yasanın içeriği ya da ihmali muhataplarında bu hükümlerin yerine getirilmesi için yapılması gereken eylem ya da eylemin etkilerinin öngörülebilirliği konusunda makul ölçüde aşılması güç tereddüt ya da kuşku yaratıyorsa kuralın hukuki belirlilik ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılabilir.⁷⁶

Hukuki belirlilik, aynı zamanda hukukun uygulanmasında idarenin eyleminin ne olacağı konusunda yurttaşın makul bir beklenti içinde bulunması anlamına da gelir.⁷⁷ İspanyol Anayasa Mahkemesinin özellikle parlamentoda yasa teklifi hakkında verilen değişiklik önermelerini bu bakımdan değerlendirdiği görülmektedir. Örneğin, Mahkemeye göre, yasallık ilkesi açısından, maddeye ilişkin değişiklik önergesi verme hakkı kullanılırken değiştirilen metinle arasında asgari bir türdeşlik bağlantısı bulunmasına saygı gösterilmelidir.⁷⁸ Değiştirilen metinle değişiklik metni arasındaki açık maddi bağlantı ihtiyacı, öncelikle değişikliğin ikincillik niteliğine sahip olması nedeniyle, her türlü değişikliğin teklif metnine saygı göstermesi gereğinden kaynaklanır. Ayrıca, yasama sürecinin mantığı da bunu gerektirir. Bir kez yasa teklifi parlamento tarafından kabul edildi mi, müzakerenin amacı maddeye verilecek değişiklik önergeleriyle değiştirilemez.

Başvuruya konu olan bir olayda İspanyol Anayasa Mahkemesi yargıçlarının atanmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi Kuruluşu Hakkındaki Organik Kanun ile Yargı Teşkilatı Organik Kanununda değişiklik yapan iki düzenleme, bazı suçlarda reform yapılmasına ilişkin Avrupa Direktiflerinin iç

⁷⁴ STC, 199/2015, 24.09.2015; STC, 102/2012, 08.05.2012.

⁷⁵ STC, 132/2013, 05.06.2013; STC, 120/2014, 17.07.2014; STC, 161/2019, 12.12.2019.

⁷⁶ STC, 96/2002, 25.04.2002; STC, 93/2013, 23.04.2013; STC, 161/2019, 12.12.2019.

⁷⁷ María Rosa Ripollés Serrano, “Las leyes omnibus no quiebran per se el principio de seguridad jurídica. Inconstitucionalidad indirecta por contravención de normativa estatal básica: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2019, de 12 de diciembre de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 878/2019. (Boe Núm. 10, de 11 de Enero de 2020)” *Revista De Las Cortes Generales*, No. 108, (2020): 394.

⁷⁸ STC, 59/2015, 18.03.2015; STC, 172/2020, 19.11.2020.

hukuka aktarılmasına ilişkin Organik Kanun Teklifine dâhil edilmiştir. Bir grup muhalefet milletvekili Anayasa Mahkemesine *amparo* başvurusunda bulunarak söz konusu organik yasa teklifine eklenen değişikliklerin yasa teklifinin türdeşliğini bozduğunu ileri sürmüş ve bunun yurttaşların kamusal işlere temsilcileri aracılığıyla katılma haklarını güvenceye alan Anayasanın 23/1. maddesinin kendilerine tanıdığı yurttaşları temsil etme haklarına aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi, bir yasa değişikliği yapılması hakkının kullanımı ve yasa teklifi ile değişik önerileri arasında bulunması gereken türdeşliğe ilişkin anayasa hukuku öğretisi dikkate alındığında, iddia edilen temel hak ihlallerinin ilk bakışta makul olmadığının söylenemeyeceği sonucuna varmıştır. Mahkeme, söz konusu konuyu, somut olayı aşan, “esaslı ve genel bir toplumsal etki” yaratan ve aynı zamanda genel siyasal sonuçları da olan bir hukuki sorun olarak niteleyerek “özel anayasal öneme sahip” bir başvuru olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, ilginç bir biçimde, bu başvuruda tedbir kararı vererek torba kanunun parlamentoda görüşülme sürecini durdurmuştur.⁷⁹ Henüz başvuruyu kesin olarak sonuçlandırmamış olan Mahkemenin yukarıda belirtilen gerekçelere dayanarak tedbir kararı alması, torba kanun tekniğine olan olumsuz yaklaşımına ilişkin güçlü bir belirti olarak değerlendirilebilir.

Türkiye’de 1982 Anayasasına ve Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre torba kanun uygulamasının kötüye kullanımının anayasa yargısı yoluyla önlenmesi mümkün müdür? Yukarıda da belirtildiği üzere, 1982 Anayasası yasaların biçim bakımından denetimini son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı konusuyla sınırlamaktadır (md. 148/2). Anayasa, 96. maddesinde kabul ve karar yetersayılarını düzenlemektedir. Buna göre, TBMM, “yapacağı seçimler dâhil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.” Anayasa, 87. maddesinde bu kuralın bir istisnası olarak genel ve özel af ilanına Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu ile karar verilebileceğini belirtmektedir. Anayasanın 175/1. maddesi anayasa değişikliğine ilişkin tekliflerin kabulü için de en az üye tamsayısının beşte üçü koşulunu aramaktadır.

Anayasa Mahkemesi, verdiği çeşitli kararlarda biçim denetiminin içeriğini belirlemeye çalışmıştır. Örneğin, 1987 yılında verdiği bir kararında;

⁷⁹ ATC, 105/2022, 19.12.2022.

“*şekil bakımından denetim, bu tür mevzuâtın Anayasa ve İçtüzükte öngörülmiş bulunan usul ve şekil kurallarına uygun biçimde yapılıp yapılmadığı hususlarının denetimidir; zira herhangi bir hukuk kuralı ancak Anayasanın öngördüğü ya da Anayasaya uygun hukuk kurallarının izin verdiği usullere göre konulabilir. Biçim kuralları; bir tasarı ya da teklifin kanunlaşmasına kadar geçirdiği tüm evrelerde uyulması gereken usul ve şekil kurallarının bütünüdür ifade eder*” demektedir.⁸⁰

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden 1991 yılına kadar sözel yorum yöntemine bağlı kalarak, yasaları biçim yönünden son oylamanın Anayasada öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığıyla sınırlı olarak denetlemiştir.⁸¹ Bununla birlikte Mahkeme, 1991’de verdiği bir kararla, TBMM’nin Anayasada ve İçtüzükte öngörülen usullere aykırı olarak aldığı kararlarının Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutulabileceği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, yasama çalışmalarındaki biçimsel bozuklukların İçtüzükte öngörülen kurallara uyulmaması nedeniyle nitelik itibarıyla eylemli olarak İçtüzüğü değiştirdiği ve bu durumun da biçim denetimi kapsamında yer aldığı görüşündedir.⁸² Mahkeme bu içtihadında yasaların yapım süreci ve görüşülme usulü sırasında yapılan İçtüzüğe aykırı işlemlerin (veya İçtüzükte olmayan uygulamaların) mevcut İçtüzük hükümlerine aykırı olup olmadığını değil Anayasaya aykırı olup olmadığını denetlemiştir. Gerçekten de, yapılan her içtüzük değişikliği anayasaya aykırı olmayacağına göre, eylemli olarak gerçekleştirilen her içtüzük değişikliği de anayasaya aykırı olmayabilir.⁸³ Nitekim mahkeme de bazı eylemli içtüzük değişikliği durumlarında yapılan işlemi anayasaya aykırı görmemiştir.⁸⁴ Dolayısıyla bu bağlamda yaptığı denetim bir şekil denetiminden ziyade esas denetimi olarak kabul edilmektedir.

⁸⁰ AYM, E. 1987/9, K.1987/15, Kt. 18.06.1987, RG, 04.09.1987, S. 19564.

⁸¹ Hıfzı Deveci, “Torba Yasalar ve Yasama Sürecindeki İçtüzük İhlallerinin Şekil Denetimi Sorunu”, *TBB Dergisi*, S. 117, (2015): 78.

⁸² AYM, E. 1991/27, K. 1991/50, Kt. 12.12.1991, RG, 29.01.1992, S. 21126. Ayrıca bkz. AYM, E. 2007/62, K. 2007/66, Kt. 05.07.2007, RG, 04.01.2008, S. 26746; AYM, E. 2007/45, K. 2007/54, Kt. 01.05.2007, RG, 27.06.2007, S. 26565.

⁸³ Fahri Bakırcı, “Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekeşi Üzerine”, *TBB Dergisi*, S. 112, (2014): 279.

⁸⁴ AYM, E. 1992/26, K. 1992/48, Kt. 17.09.1992, RG, 29.11.1992, S. 21420; AYM, E. 1991/27, K. 1991/50, Kt. 12.12.1991, RG, 29.01.1992, S. 21126.

Bu durumda akla gelen sorulardan biri, İçtüzük hükümlerinin salt biçime ilişkin kural niteliğinde olup olmadığıdır. Bu kurallar aynı zamanda yasanın kalitesini, dolayısıyla esasını da etkilediğinden biçim denetimine geniş kapsamlı yaklaşmak mümkün müdür? Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında verdiği bir kararında bu konuyu ele almıştır. Bu karara konu olan iptal başvurusunda iptali istenen yasanın komisyon görüşmeleri sırasında tasarıda olmayan bir madde metne eklenmiştir. Başvurucular bu uygulamanın yasa tekliflerini Bakanlar Kurulunun ya da milletvekillerinin verebileceğini düzenleyen Anayasanın 88. maddesine; yasaların İçtüzük hükümlerine uygun olarak yapılmasını emreden Anayasanın 95. maddesine ve TBMM İçtüzüğü'nün komisyonların kanun teklif edemeyeceklerine ilişkin 35/2. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Ne var ki Mahkeme, “*bir yasa tasarısının TBMM’de yasalaşma usulü ve sürecine ilişkin İçtüzük kuralları gereğince yapılan işlemler yasanın şekil unsurunu oluşturmakta*” olduğunu ve iptal isteminin “*Yasa’nın yapılış şekline yönelik olup iptali istenilen kuralların “şekil” yönünden denetimi*”ni gerektirdiğini belirterek başvuruyu biçim denetimi için Anayasanın öngördüğü süre ve yetki koşullarını karşılamadığı gerekçesiyle reddetmiştir.⁸⁵ Buna karşılık, karşı oy yazan bir üye;

“Anayasa’nın 148. maddesinde öngörülen şekil denetimi, Anayasa’nın 88. maddesinin birinci fıkrası hükmüne uyularak süregelen yasalaştırma faaliyetleri bakımından anlamlı olup; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalaştırma sözkonusu ise artık 148. maddede belirtilen sözkonusu şekil sakatlığından sözdebilmeye imkân yoktur. Bu halde, doğrudan 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli nedeniyle, yapılacak anayasal denetim “şekil bakımından” değil “esas bakımından” sözkonusu olacaktır.”

cümleleriyle Anayasanın 88. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinden görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir” hükmünün de, bu açıklama çerçevesinden yorumlanması gerektiği düşüncesindedir. Üyeye göre bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekmektedir. Özetle söz konusu karşı oy gerekçesinde;

“ birinci fıkraaya aykırı bir durum sözkonusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli sözkonusu olacak ve Anayasa’nın bu hükmünün bir tekrardan ibaret olan TBMM İçtüzüğü’nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle,

⁸⁵ AYM, E. 2008/71, K. 2008/183, Kt. 25.12.2008, RG, 09.04.2009, S. 27195.

Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esas ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetiminden söz edilebilecektir.” denilerek konunun biçim değil esas bakımından incelenmesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁸⁶ Bu kararı izleyen başka kararlarda da bazı karşı oylarda benzer gerekçelerin ileri sürüldüğü görülmektedir.⁸⁷

Anayasa Mahkemesinin 2008 yılında verdiği bu kararın Türk Anayasa yargısı açısından önemi Mahkemenin bu kararla birlikte eylemli içtüzük değişikliği içtihadından dönmesidir.⁸⁸ Diğer bir ifadeyle Mahkeme 1991 yılında benimsediği eylemli içtüzük değişikliği içtihadıyla şekil bakımından denetimin kapsamını geniş tutma tutumundan vazgeçmiştir. Böylece Mahkeme, bu tarihten itibaren İçtüzüğe aykırılık iddialarıyla ilgili anayasaya uygunluk denetimini Anayasanın sözünden hareketle sadece son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı ile sınırlı tutmuştur. Bu bağlamda örneğin Mahkeme, yasa teklifinin komisyona havale tarihinden itibaren 48 saat geçmeden komisyonda görüşülmesinin⁸⁹ ve teklifin maddelerine geçilmesinin oylaması ile devamındaki işlemlerin⁹⁰ anayasaya aykırı olduğuna ilişkin başvuruları reddetmiştir.⁹¹

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, 2017 yılında verdiği bir kararda özel olarak torba kanun konusuna da değinmiştir. Mahkemenin kararına konu olan 27/3/2015 tarihli ve 6638 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun iptaline ilişkin istemin gerekçesinde iptal davası açan milletvekilleri, ilgili kanunun torba kanun niteliği taşıdığını; bu tür yasa yapım tekniğinin değişikliğin yapıldığı kanunu tespit etmeyi ve ilgili mevzuata erişimi zorlaştırması nedeniyle “hukuki belirlilik” ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Her ne kadar Anayasanın 148. maddesi yasaların

⁸⁶ İbid. Ayrıca benzer nitelikte karşı oy gerekçeleri için bkz. AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, Kt. 08.12.2015, RG. 28.01.2016, S. 29607; AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, Kt. 14.05.2015, RG, 11.06.2015, S. 29383;

⁸⁷ AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, Kt. 08.12.2015, RG, 28.01.2016, S. 29607; AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, Kt. 14.05.2015, RG, 11.06.2015, S. 29383.

⁸⁸ Bakırcı, (2014): 282-283.

⁸⁹ AYM, E. 2020/60, K. 2020/54, Kt. 01.10.2020, RG, 10.12.2020, S. 31330.

⁹⁰ AYM, E. 2021/43, K. 2021/74, Kt. 13.10.2021, RG, 03.12.2021, S. 31678.

⁹¹ Çeşitli İçtüzüğe aykırılık iddialarında benzer tutumlar için; Deveci, (2015): 87-88.

biçim bakımından denetimini son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığıyla sınırlandırılmışsa da anılan kanun uygulamasının şekil bakımından değil usul bakımından Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği, şekil ile usulün birbirinden farklı olduğu, şeklin işlemin maddi varlığını ifade ettiği, bu yönüyle kanunun yeter sayı ile oylanması, yazılı olması, Resmî Gazete'de yayımlanması gibi hususların kanunların şekliyle ilgili olduğu; oysa usulün işlemin yapılma sürecini ifade ettiği ve şekilden önce geldiği, bu yönüyle kanunun teklif edilmesi, Komisyonca incelemesi ve Genel Kurulda müzakere edilmesinin kanunun usulüyle ilgili olduğu belirtilerek iptali istenen Kanun'un tümünün, şekil bakımından Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi bu görüşe katılmamıştır. Mahkemeye göre;

“Kanunların esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetimi; kanunun içeriği, bir başka ifadeyle kanunun maddi hukuk dünyasında yarattığı değişiklik bakımından Anayasa'ya uygun olup olmadığını ifade etmektedir. Şekil bakımından uygunluk ise teklif ve tasarıların kanunlaşabilmesi için diğer bir anlatımla maddi olarak varlık kazanabilmesi için Anayasa'da öngörülen usullere uyulup uyulmadığının denetimini ifade etmektedir. Bu yönüyle Anayasa'da öngörülen toplantı, karar, teklif çoğunluğuna uyulup uyulmaması hususları şekil bakımından denetim kapsamında kaldığı gibi kanunun teklif edilmesi, komisyonlarca incelenmesi ve Genel Kurulda müzakere edilmesi süreçleri de şekil bakımından denetim kapsamında kalmaktadır.”⁹²

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi önceki kararlarındaki yaklaşımını değiştirmeyerek torba kanun usulünün anayasaya uygunluk denetimini biçim denetimi içinde değerlendirmiştir. Oysaki kanun koyma usulünden söz ederken, bu hususu biçim unsurundan ayırmak gerekir. Venedik Komisyonu raporlarında ve AİHM içtihatlarında belirtildiği gibi, yasa nitelikli olmalı; bir başka ifadeyle açık ve yasa yapım sürecinin bütün aşamaları saydam olmalı; kamuoyu ve muhalefet tarafından yeterince tartışılmalıdır. Bu koşullar, hem kanunun kamu yararı amacı ile yapılıp yapılmadığını ortaya çıkarması bakımından önem taşır, hem de yasanın Anayasanın 2. maddesinde yer alan “demokratik hukuk devleti” ilkesine uygun olmasının bir gereğidir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesinin eylemli içtüzük değişikliği içtihadına geri dönerek ya da biçim bakımdan denetimin sınırlarını geniş

⁹² AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, Kt. 04.05.2017, RG, 03.08.2017, S. 30143.

yorumlayarak⁹³ usul bakımından Anayasaya aykırılıkları incelemesi ve geliştireceği içtihatla torba kanun uygulamasına son vermesi gerektiği söylenebilir. Usul esası belirlemektedir ve torba kanunlarla Anayasa ve İçtüzükte yer alan usul kuralları ihmal edilmektedir.⁹⁴

Torba kanuna ilişkin olarak İçtüzükte belirlenen usul kurallarına aykırılık iddialarının içtihat yoluyla anayasaya uygunluk denetiminin kapsamına alınması durumunda Anayasa Mahkemesinin hangi ölçütlere göre karar vereceğini açıklığa kavuşturması gerekir. Nitekim Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde her İçtüzüğe aykırılığın iptal nedeni olmayacağını vurgulamıştır. Mahkemeye göre;

*“Bir biçim düzenlemesi olan içtüzük hükümlerine her aykırılığın, kesinlikle Anayasa hükümlerine de aykırılık oluşturacağını kabullenmek olanaksızdır. Böyle bir durumun Anayasa'ya da aykırı sayılabilmesi, ancak Yasama Meclislerinin konuya ilişkin olarak yaptıkları yasal işlemleri sakatlayacak ve onları iradesini zedeleyecek nitelikte olması halinde mümkündür.”*⁹⁵ *“İçtüzük hükümlerine aykırı düşen işlemlerden hangilerinin iptal nedeni sayılacağı, uygulanacak içtüzük hükmünün önemine ve niteliğine göre çözümlenecek ve dava veya itiraz vukuunda Mahkememizce takdir edilecek bir konudur.”*⁹⁶

Görüldüğü üzere 1961 Anayasası döneminde Mahkeme, hangi biçim aykırılıkların iptal sebebi sayılacağı konusunun hükmün önemi ve niteliğine göre kendi takdirinde olacağını belirtmiştir. İçtüzükte “torba kanun” usulünün açıkça yasaklanması Anayasa Mahkemesinin bu nitelikteki yasaları denetlemesinin yolunu açabilir. Şüphesiz bu durumda İçtüzükteki bir yasağın Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutulup tutulamayacağı tartışılabilir. Ancak, Mahkeme, böyle bir İçtüzük hükmünü göz önünde bulundurarak torba kanun niteliği taşıyan bir yasa, bazı kararlarında tanımladığı “nitelikli yasa” kavramından yola çıkarak demokratik hukuk devleti ilkesi bakımından denetleyebilecektir.

⁹³ Ömer İzgi ve Zafer Gören, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, Cilt II, (Ankara: TBMM Basımevi, 2022), 1309.

⁹⁴ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 19’uncu Bası, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2015), s. 227.

⁹⁵ AYM, E. 1975/145, K. 1975/198, Kt. 14.10.1975, RG, 11.03.1976, S. 15525.

⁹⁶ AYM, E. 1964/38, K. 1965/59, Kt. 16.11.1965, RG, 12.01.1966, S. 12200.

SONUÇ

Demokratik hukuk devletine dayalı bir düzende yasaların açık, belirli, anlaşılır ve öngörülebilir olması; kendi içinde bütünlüğü olan ve birbiriyle çelişmeyen düzenlemelerden oluşması gerekir. Temsili demokrasi, ulusun temsilcilerinden oluşan bir parlamento ve yasaların kural olarak bu parlamento tarafından yapılması kuralına dayanır. Temsil, ulusu oluşturan kişilerin parlamentodaki görüşmelerde de söz sahibi olmasını ve şikâyet ve görüşlerini temsilcileri aracılığıyla yürütme organının dikkatine sunabilmesini de içerir. Bir başka deyişle ulusun temsili yalnızca parlamentonun genel oya dayalı serbest seçimler sonucu oluşmasını değil, aynı zamanda bu temsilin etkili olmasını da gerektirir. Ulusun parlamentoda etkili temsili ise milletvekillerinin ve kamuoyunun yasa tekliflerini ancak gereği gibi inceleyebilmesi ve teklife ilişkin görüşlerini açıklayabilmesi olanağına sahip olmasıyla mümkün olabilir. Torba kanun, bunu aşırı ölçüde sınırlaması nedeniyle temsili demokrasi ilkesiyle uyumlu değildir. Ayrıca açıklık, belirlilik ve öngörülebilirlik gibi nitelikleri tam olarak taşınamaması nedeniyle bu yasa türü hukuk devletini zayıflatıcı bir işlev görmektedir.

Yürütme erkinin başat hale gelmesi hemen bütün ülkelerde görülen bir olgudur. Torba yasa uygulamasının hızlandırılmış ve saf çoğunlukçu yasama sürecini aşırılaştırdığı söylenebilir. Torba yasa yöntemi, yasama çoğunluğu üzerinde olması gereken geleneksel denetim araçlarını etkisiz kılmakta ve parlamento çoğunluğunun sınırsız biçimde yasa yapabildiği ve hiçbir organa ya da kuruma hesap vermediği bir anlayışı yansıtmaktadır. Özellikle Macaristan, Polonya, Endonezya ve Türkiye gibi liberal demokrasinin bazı temel özelliklerinin eksik ya da zayıf olduğu ülkelerde torba yasa usulünün giderek yaygınlaşması da ayrıca dikkat çekilmesi gereken bir olgu olarak karşımıza çıkar. Bu ülkelerde torba kanun, hükümetin istediği konuların mümkün olan en kısa sürede yasalaştırılmasının usuli bir aracıdır. Liberal demokrasinin temel ilkeleri bakımından önemli eksiklikler taşıyan rejimlerde torba kanun usulünün çok yaygın olarak görülmesinin nedeni, iktidar partilerinin muhalefetin ve kamunun karar alma sürecine katılımını ve denetimini etkin çoğunlukçu yönetim anlayışının engeli olarak görmesidir. Türkiye örneğinde de torba kanun, İçtüzük hükümleri zorlanarak yaygın görüşme usulü haline gelen temel kanun yöntemiyle de birleşerek, hem çoğulcu demokrasi anlayışını hem de nitelikli yasa yapımı hedefini ciddi biçimde aşındıran bir yasama kusurudur. Bundan başka, torba kanun uygulaması, sürekli ve sık değişen, anlık ihtiyaçlara yönelik geçici çözümler

getiren hükümleri sıklıkla içermesi nedeniyle TBMM'nin yasama performansına yönelik eleştirilerin en önemli kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Tüm bu gerekçelerle Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan demokratik hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesi için TBMM'nin nitelikli yasa yapmasını ve bunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesini sağlayacak biçimde Anayasa ve İçtüzük hükümlerinin gözden geçirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA**I. KİTAPLAR, MAKALELER VE TEZLER**

Anayurt, Ömer, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, (Seçkin, 2022).

Argama, Rizky, “Major Procedural Flaws Mar the Omnibus Law” *Indonesia at Melbourne Blog*, The University of Melbourne-Centre for Indonesian Law, Islam and Society (CILIS), (09.10.2020), <https://indonesiaatmelbourne.unimelb.edu.au/major-procedural-flaws-mar-the-omnibus-law/> Erişim: 24.02.2023.

Arslan, Gündüz Alp, *Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara: 2016.

Bar-Siman-Tov, Ittai, “An Introduction to the Comparative and Multidisciplinary Study of Omnibus Legislation”, *Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation*, Ed. Ittai Bar-Siman-Tov (Springer, 2021): 1-31.

Bakırcı, Fahri, “Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine”, *TBB Dergisi*, S. 112, (2014): 257-296.

Çiçek, Cemil, *Kanun Yapım Süreci Sempozyumu*, Ed. İrfan Neziroğlu ve Fahri Bakırcı, (Ankara: TBMM Basımevi, 2011): 15-21.

Deveci, Hıfzı, “Torba Yasalar ve Yasama Sürecindeki İçtüzük İhlallerinin Şekil Denetimi Sorunu”, *TBB Dergisi*, S. 117, (2015): 55-90.

Dodek, Adam M., “Omnibus Bills: Constitutional Constraints and Legislative Liberations”, *Ottawa Law Review*, Vol. 48, no. 1, (2017): 1-42.

Drinóczi, Timea “Concept of Quality in Legislation-Revisited: Matter of Perspective and a General Overview”, *Statute Law Review*, Vol. 36, No. 3 (2015): 211-227.

Ergül, Ozan, “Türkiye’de Yasama Siyasetinin Temel Sorunları: Torba Kanunlar ve Duruma Özel Kanunlar”, <http://yasaizleme.org.tr/turkiyede-yasama-siyasetinin-temel-sorunlari-torba-kanunlar-ve-duruma-ozel-kanunlar>. Erişim: 10.04.2023.

Gilbert, Micheal D., “Single Subject Rules and the Legislative Process” *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 67, (2006): 803-870.

İba, Şeref, “Ülkemizde ‘Temel Kanun’ ve ‘Torba Kanun’ Uygulamaları”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1 (2011): 197-202.

İzgi, Ömer ve Gören, Zafer, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*. Cilt II, Ankara: TBMM Basımevi, 2022.

Kirchhoff, Denis ve Tsuji, Leonard J. S., “Reading Between The Lines of the ‘Responsible Resource Development’ Rhetoric: The Use Of omnibus Bills to

- ‘Streamline’ Canadian Environmental Legislation”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, Vol. 32, no. 2, (2014): 108-120.
- Krutz, Glen S., “Omnibus Legislating in the U.S. Congress”, *Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation*, Ed. Ittai Bar-Siman-Tov (Springer, 2021): 35-51.
- Meßerschmidt, Klaus, “Omnibus Legislation in Germany: A Widespread Yet Understudied Lawmaking Practice”, *Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation*, Ed. Ittai Bar-Siman-Tov (Springer, 2021): 115-137.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*. Gözden Geçirilmiş 22. Baskı, Ankara: Yetkin, 2022.
- Popelier, Patricia, “Mosaics of Legal Provisions”, *European Journal of Law Reform*, Vol. 7, (2005): 47-57.
- Satrio, Abdurrachman, “A Strategic Move or a Missed Chance? An Analysis of the Indonesian Constitutional Court Decision on the Omnibus Law on Job Creation”, *The International Association of Constitutional Law (IACL-AIDC) Blog*, (17.02.2022), <https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/2/17/a-strategic-move-or-a-missed-chance-an-analysis-of-the-indonesian-constitutional-court-decision-on-the-omnibus-law-on-job-creation>. Erişim: 24.02.2023.
- Serrano, María Rosa Ripollés, “Las leyes ómnibus no quiebran per se el principio de seguridad jurídica. Inconstitucionalidad indirecta por contravención de normativa estatal básica: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2019, de 12 de diciembre de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 878/2019. (Boe Núm. 10, de 11 de Enero de 2020)” *Revista De Las Cortes Generales*, No. 108, (2020): 377-396.
- Sinclair, Barbara L., *Unorthodox Lawmaking: New Legislative Processes in the US Congress*, 5th ed, Washington DC: CQ Press, 2016.
- Şahin, Mehmet Ali, *Kanun Yapım Süreci Sempozyumu*, Ed. İrfan Neziroğlu ve Fahri Bakırcı, (Ankara: TBMM Basımevi, 2011): 21-26.
- Şirin, Tolga, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*. İstanbul: Oniki Levha, 2019.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*. 19’uncu Bası, İstanbul; Beta Basım Yayım, 2015.
- Teziç, Erdoğan, “Torba Kanun”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 1, (2015): 3-9.
- Van der Sloot, Bart, “The Quality of Law: How the European Court of Human Rights gradually became a European Constitutional Court for privacy cases”, *JIPITEC*, vol. 11 no.2, (2020): 160-185.

Waldron, Jeremy, “Principles of Legislation”, *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Ed. Richard W. Bauman, Tsvi Kahana, (Cambridge University Press, 2006):15-32.

Zieske, William F., “Demystifying the USA Patriot Act”, *Illinois Bar Journal*, (2004): 82.

II. YÜKSEK MAHKEME KARARLARI

AYM, E. 1964/38, K. 1965/59, Kt. 16.11.1965, RG, 12.01.1966, S. 12200.

AYM, E. 1967/32, K. 1968/57, 03.12.1968, RG, 08.11.1969, S. 13346.

AYM, E. 1975/145, K. 1975/198, Kt. 14.10.1975, RG, 11.03.1976, S. 15525.

AYM, E. 1983/9, K. 1984/1, Kt. 26.01.1984, RG, 13.12.1984, S. 18604.

AYM, E. 1987/9, K.1987/15, Kt. 18.06.1987, RG, 04.09.1987, S. 19564.

AYM, E. 1990/6, K. 1990/17, Kt. 28.06.1990, RG, 05.09.1990, S. 20626.

AYM, E. 1991/27, K. 1991/50, Kt. 12.12.1991, RG, 29.01.1992, S. 21126.

AYM, E. 1992/26, K. 1992/48, Kt. 17.09.1992, RG, 29.11.1992, S. 21420.

AYM, E. 1996/31, K. 1996/28, Kt. 26.06.1996, RG, 28.12.1996, S. 22861.

AYM, E. 2001/129, K. 2002/24, Kt. 31.01.2002, RG, 18.06.2002, S. 24789.

AYM, E. 2002/52, K. 2002/84, Kt. 17.09.2002, RG, 01.11.2002, S. 24923.

AYM, E. 2003/24, K. 2003/35, Kt. 16.04.2003, RG, 21.05.2003, S. 25114.

AYM, E. 2003/31, K. 2003/87, Kt. 08.10.2003, RG, 24.02.2004, S. 25383.

AYM, E. 2003/67, K. 2003/88, Kt. 08.10.2003, RG, 28.02.2004, S. 25387.

AYM, E. 2005/5, K. 2008/93, Kt. 17.04.2008, RG, 05.11.2008, S. 27045.

AYM, E. 2005/15, K. 2008/2, Kt. 03.01.2008, RG, 05.07.2008, S. 26927.

AYM, E. 2005/125, K. 2005/74, Kt. 10.11.2005, RG, 07.02.2006, S. 26073.

AYM, E. 2006/35, K. 2007/48, Kt. 11.04.2007, RG, 16.01.2008, S. 26758.

AYM, E. 2007/45, K. 2007/54, Kt. 01.05.2007, RG, 27.06.2007, S. 26565.

AYM, E. 2007/62, K. 2007/66, Kt. 05.07.2007, RG, 04.01.2008, S. 26746.

AYM, E. 2008/71, K. 2008/183, Kt. 25.12.2008, RG, 09.04.2009, S. 27195.

AYM, E. 2009/29, K. 2010/66, Kt. 13.05.2010, RG, 22.10.2010, S. 27737.

- AYM, E. 2013/84, K. 2014/183, Kt. 04.12.2014, RG, 13.3.2015, S. 29294.
- AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, Kt. 08.12.2015, RG, 28.01.2016, S. 29607.
- AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, Kt. 14.05.2015, RG, 11.06.2015, S. 29383.
- AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, Kt. 04.05.2017, RG, 03.08.2017, S. 30143.
- AYM, E. 2016/180, K. 2018/4, Kt. 18.01.2018, RG, 07.02.2018, S. 30325.
- AYM, E. 2016/198, K. 2017/144, Kt. 28.09.2017, RG, 18.10.2017, S. 30214.
- AYM, E. 2018/7, K. 2018/80, Kt. 05.07.2018, RG, 06.10.2018, S. 30557.
- AYM, E. 2020/60, K. 2020/54, Kt. 01.10.2020, RG, 10.12.2020, S. 31330.
- AYM, E. 2021/43, K. 2021/74, Kt. 13.10.2021, RG, 03.12.2021, S. 31678.
- AYM, E. 2021/84, K. 2022/117, Kt. 13.10.2022, RG, 06.12.2022, S. 32035.
- Ali Karatay*, başvuru no. 2012/990, Kt. 10.12.2014, RG, 04.04.2015, S. 29316.
- Bubo Çelik*, başvuru no. 2013/3954, Kt. 26.02.2015, RG, 16.04.2015, S. 29328.
- Necmiye Çiftçi*, başvuru no. 2013/1301, Kt. 30.12.2014.
- Türkiye Emekliler Derneği*, başvuru no. 2012/1035, Kt. 17.07.2014.
- Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri*, başvuru no. 2014/4705, Kt. 29.05.2014.
- Alajos Kiss v. Hungary*, ECHR, no. 38832/06, 20.05.2010.
- De Geoffre de la Pradelle v. France*, ECHR, no. 12964/87, 16.12.1992.
- Evans v. UK*, ECHR, no. 6339/05, 10.04.2007.
- Hirst v. UK*, ECHR, no. 74025/01, 06.10.2005.
- Kokkinakis v. Greece*, ECHR, no. 14307/88, 25.05.1993.
- Kruslin v. France*, ECHR, no. 11801/85, 24.04.1990.
- Maurice v. France*, ECHR, no. 11810/03, 06.10.2005
- Murphy v. Ireland*, ECHR, no. 44179/98, 10.07.2003.
- Rekvényi v. Hungary*, ECHR, no. 25390/94, 20.05.1999.
- Sukhovetsky v. Ukraine*, ECHR, no. 13716/02, 28.03.2006.
- Sunday Times v. the United Kingdom*, ECHR, no. 6538/74, 26.04.1979.
- Vogt v. Germany*, ECHR, no. 17851/91, 02.09.1996.
- Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, ECHR, no. 18139/91, 13.07.1995.

X. Ltd. and Y. v. the United Kingdom, ECHR no. 8710/79, 07.05.1982.

ATC, 105/2022, 19.12.2022.

STC, 96/2002, 25.04.2002.

STC, 136/2011, 13.09.2011.

STC, 176/2011, 08.11.2011.

STC, 102/2012, 08.05.2012.

STC, 120/2012, 04.06.2012.

STC, 209/2012, 14.11.2012.

STC, 93/2013, 23.04.2013.

STC, 132/2013, 05.06.2013.

STC, 120/2014, 17.07.2014.

STC, 59/2015, 18.03.2015.

STC, 199/2015, 24.09.2015.

STC, 161/2019, 12.12.2019.

STC, 172/2020, 19.11.2020.

III. VENEDİK KOMİSYONU KARARLARI

Venice Commission, Report on Legislative Initiative, CDL-AD(2008)035.

Venice Commission, Opinion on the Draft Law on Prohibition of Discrimination of Montenegro CDL-AD(2009)045.

Venice Commission, Opinion on the draft law on normative acts of Bulgaria, CDL-AD(2009)053.

Venice Commission, Turkey - Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, CDL-AD(2017)005.

Venice Commission, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist, CDL-AD(2019)015.

Venice Commission, Opinion on the draft law on legal acts of Kosovo, CDL-AD(2019)025.

Venice Commission, Bulgaria - Urgent Interim Opinion on the draft new Constitution, CDL-AD(2020)035.

Venice Commission and the OSCE/ODIHR, Albania - Joint Opinion of the Venice Commission and the OSCE/ODIHR on the amendments to the Constitution of 30 July 2020 and to the Electoral Code of 5 October 2020, CDL-AD(2020)036.

Venice Commission, Romania - Opinion on draft amendments to the Criminal Code and the Criminal Procedure Code, CDL-AD(2018)021.

Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on Law-Making Procedures and the Quality of the Law, Endorsed by the Venice Commission at its 126th Plenary Session (online, 19-20 March 2021) CDL-PI(2021)003.
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2021\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2021)003-e)
Erişim: 23.02.2023.

IV. TUTANAKLAR VE İNTERNET KAYNAKLARI

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 7, B. 120, 04.08.1982, S. Sayısı 166'ya 1'inci Ek.

Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 7, B. 118, 18.10.1982, Sıra sayısı 450.

TBMM Tutanak Dergisi (TBMMTD), D. 23, C. 74, B. 130, 07.07.2010.

TBMMTD, D. 23, C. 74, B. 131, 08.07.2010.

TBMMTD, D. 23, C. 75, B. 132, 09.07.2010.

TBMMTD, D. 23, C. 75, B. 133, 13.07.2010.

TBMMTD, D. 23, C. 90, B. 53, 26.01.2011, Sıra sayısı 606.

TBMMTD, D. 26, C. 26, B. 22, 17.11.2016.

TBMMTD, D. 26, C. 26, B. 24, 22.11.2016.

TBMMTD, D. 26, C. 26, B. 26, 24.11.2016, Sıra sayısı 438'e 1'inci Ek.

TBMMTD, D. 27, C. 43, B. 101, 17.06.2020.

TBMMTD, D. 27, C. 43, B. 102, 18.06.2020.

TBMMTD, D. 27, C. 61, B. 43, 28.01.2021.

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B. 34, 30.03.1961, Sıra sayısı 35.

TBMM Genel Kurul tutanakları, 27'nci Yasama Dönemi, 6'ncı Yasama Yılı, B. 16, 03.11.2022 <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak/23794> Erişim: 21.02.2023.

<https://www.venice.coe.int> Erişim: 23.02.2023.

23'üncü Yasama Dönemi 2/901 esas numaralı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0901.pdf> Erişim: 22.02.2023.

24'üncü Yasama Dönemi 2/3 esas numaralı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0003.pdf> Erişim: 22.02.2023.

27'nci Yasama Dönemi 7/18488 esas numaralı yazılı soru önergesi <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y2/T7/WebOnergeMetni/92a251b0-5d3e-4436-a265-0199d43ec3a0.pdf> Erişim: 28.03.2023

27'nci Yasama Dönemi 7/76725 esas numaralı yazılı soru önergesi <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T7/WebOnergeMetni/3fa7a8fd-0a04-4fe8-b305-417b3def646d.pdf> Erişim: 28.03.2023.

27'nci Yasama Dönemi 375 sıra sayılı Dışişleri Komisyonu raporu, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y4/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/d13f43c0-0a34-4957-a674-bc1338d0cc14.pdf> Erişim: 29.03.2023.

Yeni Zelanda Parlamentosu Temsilciler Meclisi İçtüzüğü, <https://www.parliament.nz/media/2669/standing-orders-of-the-house-of-representatives-new-zealand-2014.pdf> Erişim: 24.02.2023.

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/meclisi-karistirani-duzenleme-40281088>;
Erişim: 13.03.2023

<https://sputniknews.com.tr/20161118/tbmm-tecavuz-evlilik-akparti-onerge-1025868967.html>; Erişim: 13.03.2023

<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/skandal-onerge-mecliste-cinsel-istismar-ugrayan-magdur-tecavuzcusuyle-evlendirilsin-632216> Erişim: 13.03.2023

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ELEKTRONİK BELGEDE SAHTECİLİĞE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

Some Evaluations on Counterfeiting in Electronic Document in the Light of the Decisions of the Court of Cassation

Atacan KÖKSAL*

ÖZ

Hukuki işlemlere temel olan ve hukuki işlemleri tevsik eden belgeler, hukuk âleminde önemli işlevlere sahiptir. Bu nedenle ispat aracı niteliğinde olan belgelerin sahilliği ve doğruluğunun korunması gereklidir. Bütün hukuk alanları bakımından genelgeçer bir belge tanımının yapılip yapılamayacağı tartışmalıdır. Bu yönüyle belgenin disiplinlere göre tanımı değişmekte ve her bir alan bu terimi kendi ihtiyacına göre ele almaktadır. Ceza hukuku bakımından koruma altına alınan belge, yazılı olan, bir içeriğe sahip olan ve bir kimseye izafe edilebilen her türlü şeydir. Söz konusu tanım, cezai himayenin kapsam ve sınırını da belirlemektedir. Teknolojinin gelişimi, birçok işlemin elektronik ortamda da yapılabilmesini mümkün kılmıştır. Bu noktada elektronik belgeler öne çıkmakta ve bunlara birçok hukuki sonuç bağlanmaktadır. Elektronik belgeler, yukarıda tanımı yapılan belgeden yazıllık unsuru yönüyle ayrılmaktadır. Bu durum elektronik belgede sahteciliğin ceza hukuku anlamında cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorununu beraberinde getirir. Bu çalışmada Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan elektronik işe giriş bildirgelerindeki sahteciliklere ilişkin Yargıtay kararları ışığında elektronik belgede sahteciliğe ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Belge, elektronik belge, elektronik imza, sahtecilik, sahillik.

Makalenin Geliş Tarihi: 27.04.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.05.2023

* Arş. Gör. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, e-posta: koksala@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1880-5176.

ABSTRACT

Documents that are the basis for legal transactions and prove them have important functions in the legal world. Therefore, it is necessary to protect the genuinity and veracity of documents that are the means of proof. It is debatable whether a general document definition can be made in terms of all branches of law. Herein, the definition of the document varies according to disciplines, and each discipline treats it according to its own needs. A document is any kind of thing that is written, has a content and can be attributed to anyone. This definition also determines the scope and limit of criminal protection. The development of technology has made it possible to perform many operations in electronic environment. At this point, electronic documents appear and many legal consequences are attached to them. Electronic documents differ from the document defined above due to the element of written form. This situation brings with it the problem of whether counterfeiting in an electronic document can be punished in the criminal law. In this study, evaluations on counterfeiting in electronic documents will be made in the decisions of Court of Cassation on electronic job entry declarations made to the Social Security Institution.

Keywords: Document, electronic document, electronic signature, counterfeiting, genuinity.

I. GİRİŞ

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2/1-k maddesine göre veri, "*Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri*" ifade etmektedir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 3/a maddesine göre elektronik veri, "*Elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtlar*" olarak tanımlanmıştır. Çalışma konusunun esasını oluşturan elektronik belgeden, elektronik ortamda sayısal açıdan kodlanmış elektronik veriler anlaşılır¹. İtalyan hukukunda elektronik belge, 07.03.2005 tarih ve 82 sayılı Dijital İdare Kanunu'nun 1/p maddesinde, "*hukuken önem arz eden işlem, eylem veya durumların bilgisini içeren bilişim ortamındaki belge*" olarak tanımlanmıştır.

¹ Devrim Güngör, *Resmi Belgede Sahtecilik Suçu* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010), s. 45.

Elektronik belgelerin belgede sahtecilik suçlarının maddi konusunu oluşturup oluşturamayacağı sorunu, hem öğretide kabul edilen belge tanımı hem de mevzuatta yeknesaklıktan uzak biçimde düzenlenen hükümlerin anlam ve kapsamı dolayısıyla tartışmalı hale gelmektedir. Özellikle elektronik işe giriş bildirgeleri üzerinden Yargıtay tarafından zaman içinde verilmiş farklı yöndeki kararlar, uygulamada da tereddütlerin oluştuğunun göstergesidir. İtalyan Ceza Kanunu'nun (İCK) aksine, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) elektronik belgede sahteciliğe ilişkin hüküm bulunmaması konuyu çözümsüz bırakmaktadır.

Çalışmada öncelikle işe giriş bildirgeleri özelinde elektronik belgede sahteciliğe ilişkin Yargıtay kararlarına yer verilecektir. Daha sonra konuyla ilişkili olduğu ölçüde belge ve elektronik belgeye dair kısa açıklamalarda bulunulacaktır. Bu izahat çerçevesinde Yargıtay kararlarının yerindeliğine ilişkin tespit ile değerlendirmeler yapılacak ve çözüm önerileri sunulacaktır.

II. YARGITAY KARARLARI

Yargıtay kararlarında elektronik belgede sahtecilik, elektronik ortamda yapılan sahte işe giriş bildirgeleri kapsamında ele alınmıştır. Kronolojik sıra dahilinde ve kendi içinde gruplandırılarak bu kararların özetlerine aşağıda yer verilmiş ve içtihadın zaman içindeki dönüşümü ortaya konulmaya çalışılmıştır.

A. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin E. 2016/7533, K. 2016/7805 Sayılı ve 24.11.2016 Tarihli Kararı²

Karara konu olayda, bir limited şirket sahibi olan sanığın iflas etmesine ve iş yerini taşımasına rağmen, diğer sanık tarafından işten ayrılan işçiler çalışıyormuş gibi gösterilip Sosyal Güvenlik Kurumu'na (SGK) elektronik ortamda e-bildirge verilmiştir. 26.09.2003-10.01.2005 tarihleri arasında

² Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr> (16.01.2023) Benzer yönde kararlar için bkz. Y. 5. CD, 10.10.2019, E. 2015/13431, K. 2019/9464; Y. 11. CD, 08.11.2018, E. 2017/15746, K. 2018/8945; Y. 11. CD, 26.12.2017, E. 2017/5328, K. 2017/9329; Y. 11. CD, 21.05.2018, E. 2016/8971, K. 2018/4812; Y. 11. CD, 20.12.2017, E. 2015/6147, K. 2017/9153; Y. 23. CD, 08.06.2016, E. 2016/1076, K. 2016/7401; Y. 11. CD, 27.11.2018, E. 2017/17134, K. 2018/9570; Y. 11. CD, 25.04.2018, E. 2016/7914, K. 2018/3844; Y. 11. CD, 13.03.2017, E. 2015/1571, K. 2018/1828; Y. 11. CD, 06.11.2018, E. 2017/845, K. 2018/8810; Y. 11. CD, 18.09.2018, E. 2016/8710, K. 2018/6956; Y. 11. CD, 27.11.2017, E. 2015/8801, K. 2017/8230; Y. 11. CD, 16.05.2018, E. 2016/9690, K. 2018/4606.

fiilen çalışıldığı yönünde beyanda bulunulması üzerine resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı başlatılan ceza yargılamasında, bilgisayar ortamındaki sahte işe giriş bildirgelerinin maddi varlığı haiz somut bir belge olmaması nedeniyle eylemin bu haliyle suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 525/c maddesindeki 'sisteme veri yerleştirmek' suçunu oluşturacağı belirtilmiş; ancak dava zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmiştir.

B. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin E. 2016/1436, K. 2018/7538 Sayılı ve 02.10.2018 Tarihli Kararı³

Karara konu olay, serbest muhasebeci olan sanığın sahte işe giriş bildirgeleri düzenleyerek, katılanın ortağı olduğu şirkette çalışmayan kişileri sigortalı olarak göstermesi ve adı geçen kişilerden bir kısmı için SGK'nın 1.656,05 TL sağlık harcaması (hastane masrafı) yapmasıdır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'ne göre işe giriş bildirgesinin katılan kuruma e-bildirge, imza ve şifre ile bilgisayar ortamında verilmesi halinde sahte oluşturulmuş maddi varlığı haiz, somut bir belge olmadığından, sahte işe giriş bildirgesi düzenlemek, TCK'nın 244/2-3 ve 43. maddeleri kapsamında sisteme veri yerleştirme suçunu oluşturacaktır. Ancak sahte işe giriş bildirgesinin fiziki olarak verildiğinin tespiti durumunda, bu eylem 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nda muhasebecilik ve mali müşavirlik mesleğinin kapsamının dışında kaldığından, aynı Kanun'un 47. maddesine göre sözü edilen meslek mensuplarının görevleri sırasında veya görevleri sebebiyle işledikleri suç olarak sayılmayacak ve TCK'nın 207/1. maddesindeki özel belgede sahtecilik suçu oluşacaktır.

³ Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr> (16.01.2023); "...belgelerin e-bildirge şeklinde verilmesi halinde, sahte oluşturulmuş maddi varlığı haiz, somut bir belge olmadığından eylemin bu hali ile TCK'nın 244/2-3. maddelerinde düzenlenen sisteme veri yerleştirme suçunu oluşturacağı; fiziki olarak ıslak imzalı olarak verilmiş ise eylemlerin sübutu halinde TCK'nın 207. maddesinde düzenlenen 'özel belgede sahtecilik' suçunun oluşacağı gözetilmeden, sanık ... hakkında 5237 sayılı TCK'nın 204/2 maddesi, ... hakkında ise, aynı yasanın 204/1 maddesi kapsamında mahkûmiyetlerine hükmolunması" (Y. 11. CD, 27.06.2018, E. 2016/9706, K. 2018/5966) Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr> (16.01.2023) Benzer yönde kararlar için bkz. Y. 11. CD, 27.02.2018, E. 2017/17434, K. 2018/1725; Y. 11. CD, 26.09.2018, E. 2016/12224, K. 2018/7322; Y. 11. CD, 19.12.2018, E. 2017/14121, K. 2018/10684; Y. 11. CD, 26.09.2017, E. 2015/5453, K. 2017/5967; Y. 11. CD, 30.05.2018, E. 2016/4216, K. 2018/5166; Y. 11. CD, 27.03.2018, E. 2017/411, K. 2018/2663; Y. 11. CD, 19.06.2018, E. 2017/14052, K. 2018/5599.

C. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin E. 2018/4004, K. 2019/2115 Sayılı ve 28.02.2019 Tarihli Kararı⁴

1. Çoğunluk Görüşü

Karara konu olayda bir şirketin sahibi ve yetkilisi olan sanığın, gerçekte bu iş yerinde çalışmayan kişileri çalıştırmış gibi göstererek sahte işe giriş bildirgesi düzenlemek suretiyle resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçunu işlediği iddia olunmuştur. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'ne göre söz konusu işe giriş bildirelerinin fiziki olarak verilmesi ve imza kısımlarında sahteciliğin bulunması durumunda TCK'nın 207. maddesindeki özel belgede sahtecilikten bahsedilebilecektir. Ancak fiziki olarak verilen işe giriş bildirelerinin içeriğinde sahtecilik bulunması ya da belgelerin e-bildirge şeklinde verilmesi ve kurum tarafından bu bildirimlere istinaden düzenlenmiş belgelerin varlığı halinde, eylem TCK'nın 206. maddesinde düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçunu oluşturacaktır.

2. Muhalefet Şerhi

Karşı oyda, resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçunun oluşmadığı, nitekim somut olayda (çoğunluk görüşünde özel belgede sahtecilikten bahsedilmesinden hareketle) resmi bir belge bulunmadığı gibi elektronik ortamda düzenlenen e-bildirgede muhatapın bir kamu görevlisi değil, güvenliği sağlanmış elektronik bir ortam olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte, güvenli elektronik ortam olan SGK portalında yapılan e-bildirgenin belge vasfında kabul edilmesi gerektiği ve söz konusu işe giriş belgesindeki sahteciliğin, bildirgenin fiziki varlığından bağımsız olarak özel belgede sahtecilik suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir.

D. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E. 2017/8-1122, K. 2020/381 Sayılı ve 29.09.2020 Tarihli Kararı⁵

1. Çoğunluk Görüşü

Mali müşavir olan şikâyetçinin bürosunda çalışması nedeniyle mükelleflere ait elektronik bildirge şifrelerini öğrenen sanığın, iş yerinden ayrıldıktan sonra katılana ait şifreyi onun bilgisi dışında kullanarak iş

⁴ Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr> (16.01.2023)

⁵ Karar için <https://www.kazanci.com.tr> (16.01.2023)

yerinde gerçekte çalışmayan kişileri bu iş yerinde çalışıyormuş gibi gösterip haklarında gerçeğe aykırı elektronik işe giriş bildireleri düzenlemesi karara konu olmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre eylem tarihinde yürürlükte bulunan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 11 ve 15. maddeleri⁶ gereğince elektronik ortamda düzenlenmesi gereken işe giriş bildireleri, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 100. maddesi⁷ gereğince adli ve idari makamlar nezdinde resmi belge niteliğindedir. Her ne kadar elektronik ortamdaki bu bildireler üzerindeki sahtecilikler TCK'nın 204/1. maddesindeki resmi belgede sahtecilik kapsamında olsa da, aynı zamanda TCK'nın 244/2. maddesindeki suçta da vücut vereceği ifade edilmiştir. Ceza Genel Kurulu'na göre TCK'nın 244/2. maddesindeki düzenleme, elektronik belgelerdeki sahteciliğe ilişkin özel norm niteliğinde olduğundan, içtima sorunu özel normun önceliği ilkesi

⁶ Yönetmeliğin 15/1. maddesi, “Bu Yönetmeliğin 11 inci maddesinde belirtilen sigortalılık başlangıcı ile ilgili bildirim yükümlülüğü, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının; (a) ve (b) bentlerine tabi olanlar için Ek-4, (c) bendine tabi olanlar için ise Ek-4/A'da bulunan sigortalı işe giriş bildirelerinin, **Kuruma e-sigorta ile verilmesiyle yerine getirilir.** Sigortalı işe giriş bildiresi dışında, başka biçimlerde yapılan bildirimler geçerli sayılmaz” şeklindedir. E- sigorta aynı Yönetmeliğin 4/1-d maddesinde, “İşveren, alt işveren, sigortalı, genel sağlık sigortalısı, hak sahibi ve diğer ilgili kişi ve kuruluşlarca bu Yönetmelikte belirtilen belgelerde yer alan bilgileri internet, elektronik ve benzeri ortamda Kurumun veri tabanına aktarılmasını ve bu şekilde aktarılan bilgiler ve talepler ile Kurumca yürütülen sosyal sigorta işlemleri sonuçlarından uygun görülenlerin işveren, sigortalı, hak sahibi ve diğer ilgili kişi ve kuruluşlara verilmesini sağlayan elektronik portalı” şeklinde tanımlanmıştır.

⁷ Kanun'un 100/3. maddesinde, “Kurum, bu Kanun gereği verilecek her türlü belge veya bilginin internet, elektronik ve benzeri ortamda gönderilmesi hususunda, gerçek veya tüzel kişiler ile yazılı sözleşme ile yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişilere izin vermeye, bu kişileri aracı kılmaya veya zorunlu tutmaya, Kuruma verilmesi gereken her türlü belge, bildire ve taahhütnamenin, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara verilmesini mecbur kılmaya, söz konusu belgeleri diğer kamu idarelerine ait formlarla birleştirmeye ve bu belgeleri kamu idarelerinin elektronik bilgi işlem ortamından almaya, bu kişilere yapılacak bildirimleri Kuruma verilmiş saymaya, bu Kanunun uygulaması ile ilgili işveren, sigortalı ve diğer kurum, kuruluş ve kişilerin talepleri üzerine veya re'sen düzenleyeceği her türlü bilgi ve belgeyi bilgi işlem ortamında oluşturmaya, bu şekilde hazırlanacak olan bilgi ve belgelerin sadece internet ve benzeri iletişim ortamından ilgili kişilere verilmesini kararlaştırmaya yetkilidir. **Elektronik ortamda hazırlanacak bilgi ve belgeler adli ve idari makamlar nezdinde resmi belge olarak geçerlidir**” şeklindedir.

gereğince çözümlenmeli ve TCK'nın 244/2. maddesindeki bilişim sistemine veri yerleştirme suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.

2. Muhalefet Şerhleri

Anılan karara muhalif olan bazı üyeler, somut olayda resmi belgede sahtecilik suçunun oluşmadığı ve eylemin TCK'nın 244/2. maddesindeki bilişim sistemine veri yerleştirme suçuna vücut verdiği görüşünde iken; bazıları resmi belgede sahtecilik suçunun oluştuğu yönünde karşı oy kullanmışlardır.

E. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin E. 2018/6165, K. 2021/2805 Sayılı ve 18.03.2021 Tarihli Kararı⁸

1. Çoğunluk Görüşü

Anılan karara, sanığın şirketin temsilcisi olarak, e-bildirge ile elektronik ortamda içeriği sahte işe giriş bildirgesi düzenleyip iş yerinde çalışmayan kişileri sigortalı olarak göstermek suretiyle resmi belgede sahtecilik suçunu işlediği iddiası konu olmuştur. Kararda 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun hükümlerine yer verilerek, kanun koyucunun birçok kanunla güvenli elektronik imza ile imzalanan bilişim sistemindeki verilerin belge olduğunu kabul ettiği ve belgenin kapsamının genişletilmesi eğiliminin bulunduğu işaret edilmiştir. Elektronik imza ile imzalanmayan elektronik verilerin belge olmadığı ve sahtecilik suçlarının maddi konusunu oluşturamayacağından hareket eden Yargıtay 11. Ceza Dairesi, somut olayda şirket yetkili temsilcisi olan sanık tarafından SGK'nın sistemine hukuka uygun şekilde şifre yetkisiyle girilmesi ve elektronik imza kullanılmaksızın e-bildirge içeriğine doğru olmayan bilgilerin girilmesini resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında görmemiştir. Nitekim resmi belgenin kamu görevlisi ya da hukuken yetkili kabul edilen görevli tarafından kanun gereğince yerine getirilen kamu görevine dayalı olmasının gerekmesi ve işe giriş bildirgesinin resmi belge sayılması gibi kanuni bir düzenlemenin bulunmaması dolayısıyla resmi belgede sahtecilik suçunun maddi konusu bulunmamaktadır. Ayrıca 5510 sayılı Kanun'un 100/3. maddesindeki düzenleme uyarınca resmi belge sayılan belgelerin Kurum tarafından re'sen

⁸ Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr> (16.01.2023) Benzer yönde kararlar için bkz. Y. 11. CD, 18.03.2021, E. 2018/6275, K. 2021/2806; Y. 11. CD, 23.09.2021, E. 2021/12174, K. 2021/7178; Y. 11. CD, 14.06.2021, E. 2019/887, K. 2021/5243; Y. 11. CD, 08.11.2021, E. 2021/3583, K. 2021/9860.

veya talep üzerine düzenlenen belgeler olacağı, Yönetmelikle Kanunun bu hükmünün genişletilemeyeceği de belirtilmiştir.

Dava konusu eylem özel belgede sahtecilik suçu bakımından değerlendirildiğinde ise özel belgede fikri sahtecilik cezalandırılmadığından ve elektronik ortamda verilen işe giriş bildirgesi sahtecilik suçlarının maddi konusunu oluşturan belge vasfında olmadığından, özel belgede sahtecilik suçunun da oluşmadığına karar verilmiştir.

Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu bakımından yapılan değerlendirmede, sanığın elektronik ortamdaki beyanının muhatabı olarak TCK'nin 6. maddesindeki tanıma uyan bir kamu görevlisi bulunmadığı gibi, bu beyan sonucunda düzenlenen, öz ve biçimsel unsurları tam olan bir resmî belge de bulunmadığından bu suçun da oluşmadığı belirtilmiştir.

Son olarak TCK'nın 244/2. maddesindeki sisteme veri yerleştirmek suçunun oluşabilmesi için, hukuka aykırı olarak girilen sisteme, veri sağlayıcısı tarafından izin verilmeyen şekilde veri girişi ya da veri taşıma araçları ile yükleme yapılmasının gerektiği, bu suçun failinin veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmayan, sisteme hukuka aykırı olarak giren kişi olduğu ifade edilmiştir. Somut olayda şirketin yetkili temsilcisi olan sanığın, katılan kurum ile aralarındaki sözleşmeye istinaden kurumun verdiği şifreyle sisteme hukuka uygun şekilde girmesi, e-bildirge içeriğine doğru olmayan verileri yerleştirmesi ve Kuruma elektronik ortamda gerçek olmayan bir beyanı iletmesi nedeniyle bu suçun da oluşmadığına hükmedilmiştir.

Bu itibarla iddia konusu eylemin kanunda suç olarak tanımlanmaması dolayısıyla, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 223/2-a maddesi uyarınca sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

2. Muhalefet Şerhleri

Anılan karara ekli muhalefet şerhlerinden ilkinde, şekil ve şartlara uygun olarak düzenlenip, Kurumca yasal sorumluluklar yüklenerek verilen özel şifre ile e-bildirgenin verilmesinden sonra, söz konusu belgenin ilgili SGK Müdürlüğüne barkodlanıp tüm kamuya açık hale getirildiği, bu haliyle hukuki anlamda sonuç doğurucu bir belge ve işlem haline geldiği, 5510 sayılı Kanun'un 100/3. maddesi gereğince de bunun resmi belge sayıldığı gözetilerek, TCK'nın 204/1. maddesindeki resmi belgede sahtecilik suçunun oluştuğu belirtilmiştir.

Bir diğer muhalefet şerhinde ise, sahtecilik suçlarının maddi konusu olan belgenin tanımlanmaması nedeniyle bir sınırlandırmaya gidilmediği; yazılı, hukuki değer ifade eden, düzenleyeni belli olan, ispat gücü taşıyan, tamamlanmış ve sabitlenmiş elektronik belgelerin de sahtecilik suçlarının maddi konusunu oluşturabileceği, elektronik belgelerde her zaman güvenli elektronik imza bulunması zorunluluğunun olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca işveren tarafından kullanıcı adı, sistem şifresi ve iş yeri şifresi kullanılarak düzenlenen işe giriş bildirgesinin işverence onaylanması ile kuruma ait olan ve kurum görevlilerince oluşturulup yönetilen bilgi işlem ortamının veri tabanında kayıtların oluştuğu, bu kayıtların 5510 sayılı Kanununun 100/3. maddesindeki düzenlemeye göre resmi belge niteliğinde olduğu da ifade edilmiştir. Sanığın e-bildirge şeklindeki işe giriş bildirelerini düzenlemeye ve sisteme veri yerleştirmeye yetkili olması nedeniyle TCK'nın 244/2. maddesindeki veri yerleştirme suçunun oluşmadığı, fikri sahteciliğin TCK'nın 204/1 ve 207/1. maddelerinde düzenlenmemesi nedeniyle resmi ve özel belgede sahtecilik suçlarının da oluşmadığı vurgulanmıştır. Ancak veri tabanında kayıtların oluşması sırasında e-beyanın doğruluğunun SGK görevlileri tarafından araştırılmadığı; ancak e-bildirge şeklinde düzenlenen bu beyanların gerçeği yansıtmadığı, iş yerinde çalışmayan kişilerin çalışıyormuş gibi gösterildiği, beyanın içeriğinin yalan olduğu hususları göz önüne alındığında, sanığın eyleminin TCK'nın 206. maddesindeki resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir.

III. TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

SGK'ya ait bilişim sistemine girilen gerçeğe aykırı e-bildirelerle ilgili ilk dönemdeki Yargıtay kararları genel itibarla⁹, 765 sayılı mülga TCK'nın 525/c ve 5237 sayılı TCK'nın 244/2. maddesindeki bilişim sistemine veri girme suçu kapsamında değerlendirilmiştir¹⁰. Bildirelerin fiziken teslimi

⁹ Yargıtay'ın farklı ceza dairelerince eylemin belgede sahtecilik suçuna vücut verdiğine yönelik ayrışık kararlar da mevcuttur: “*Sanıkların katılan ...'ndan alınmış kullanıcı şifresi ile özel belgeden sayılan e-bildireleri elektronik ortamda sahte bir şekilde düzenleyip katılan kuruma gönderdikleri şeklindeki eylemlerinin özel belgede sahtecilik suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde beraat hükmü verilmesi*” (Y. 15. CD, 13.12.2016, E. 2014/10167, K. 2016/9455) Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr> (16.01.2023) Benzer yönde kararlar için bkz. Y. 15. CD, 31.10.2018, E. 2015/8312, K. 2018/7396; Y. 15. CD, 25.03.2019, E. 2017/34333, K. 2019/2787.

¹⁰ Elektronik belgede sahteciliğe ilişkin mülga TCK'nın 525/c maddesindeki, “*Hukuk alanında delil olarak kullanılmak amacıyla sahte bir belgeyi oluşturmak için*

durumunda, TCK'nın 207. maddesindeki özel belgede sahtecilik suçunun oluşabileceği de kimi kararlarda belirtilmiştir. Bununla birlikte fiziken teslim edilmeyen bildirelerin belgede sahtecilik suçlarına vücut vermeyeceği açıkça ifade edilmiştir¹¹.

Yargıtay tarafından sonrasında verilen bazı kararlarda, fiziken teslim edilen bildirelerdeki imza sahteciliği özel belgede maddi sahtecilik kapsamında değerlendirilmişken; fiziki olarak verilen işe giriş bildirelerindeki içerik sahtecilikleri ya da belgelerin e-bildire şeklinde verilmesi durumunda, Kurum tarafından bu bildirelere istinaden düzenlenmiş belgelerin varlığı halinde, TCK'nın 206. maddesindeki resmi belgenin düzenlenmesine yalan beyanda bulunma suçunun oluşacağı belirtilmiştir.

Sonraki kararlarda ve bazı muhalefet şerhlerinde, işe giriş bildirelerine ilişkin mevzuat hükümlerinden hareketle, eylemin TCK'nın 204/1. maddesindeki resmi belgede sahtecilik suçuna vücut vereceği belirtilmiştir.

Gelinen son aşamada ise elektronik ortamdaki işe giriş bildirelerinin, kamu görevlisince kamu görevi dolayısıyla düzenlenmemesi ve mevzuatta bunların resmi belgede sahtecilik suçunun maddi konusunu oluşturacağına yönelik açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle resmi belgede sahtecilik suçunun oluşmadığı, güvenli elektronik imzayla imzalanmamış bildirelerin belge vasfında olmaması ve özel belgede fikri sahteciliğin cezalandırılmaması dolayısıyla özel belgede sahtecilikten de bahsedilemeyeceği, bildirelerin muhatabının bir kamu görevlisi olmaması ve bildireler sonucunda kamu görevlisince düzenlenen resmi bir belge

bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutan bir sisteme, verileri veya diğer unsurları yerleştiren veya var olan verileri, diğer unsurları tahrif eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar, tahrif edilmiş olanları bilerek kullananlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir” hükmünün 5237 sayılı TCK'da tam anlamıyla karşılığının olmadığı yönündeki görüş için bkz. Çetin Arslan ve İhsan Baştürk, “Belgede Sahtecilik Suçunun Konusu Olarak Elektronik Ortamdaki Veriler”, in. ERÜHFD, C. VIII, S. 2, (2013), s. 209.

¹¹ “...emanete alınan suça konu işe giriş bildirelerinin duruşmada incelenip özelliklerinin zapta geçirilmesi, işe başlayışların internet üzerinden e-bildire şeklinde yapılması durumunda belgede sahtecilik suçunun yazılılık unsurunun gerçekleşmeyeceği için [özel belgede sahtecilik] suçunun yasal unsurları oluşmayacağı gözetilmeden, eksik araştırma ve değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması” (Y. 15. CD, 20.12.2018, E. 2018/227, K. 2018/9869) Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr> (16.01.2023)

bulunmaması nedeniyle resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçunun da bulunmadığı, hukuka uygun biçimde Kurum sistemine tanımlanmış şifreyle giren failerin sisteme veri yerleştirme suçunu da işlemediklerine karar verilmektedir. Bu itibarla eylemin kanunda suç olarak tanımlanmaması nedeniyle CMK'nın 223/2-a maddesi uyarınca beraat kararı verilmektedir.

Kararların bu dönüşümünde tartışma oluşturan iki temel noktanın çözümlenmesi gerekir. Bunlar, elektronik verilerin belgede sahtecilik suçlarının maddi konusunu oluşturup oluşturamayacağı ile hukukumuzda güvenli elektronik imzaya atıfta bulunan mevzuat hükümlerinin bu göndermelerinin belgede sahtecilik suçuna da yapılmış sayılıp sayılmayacağıdır.

A. Elektronik Verilerin Belgede Sahtecilik Suçlarının Maddi Konusunu Oluşturup Oluşturamayacağına İlişkin Değerlendirmeler

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde işlendiği kişi veya şeydir¹². Maddi konu her şeyden önce dış dünyada insan (*persona humana*) ya da cismani şeyler (*cosa corporale*) olarak vücut bulan doğal varlıklardır (*entità naturale*)¹³. Bunların doğal varlıklar olmasının anlamı, insan duyularıyla algılanabilir olmasıdır¹⁴. Maddi konunun şey olduğu suçlarda, bu şeyin tecessüm etmiş olması (*cosa corporale*) önemli bir gerekliliktir. Başka bir anlatımla, salt düşünce yoluyla algılanabilen cismanileşmemiş şeyler maddi konuyu oluşturamaz¹⁵.

Belgede sahtecilik suçlarının maddi konusunu belge¹⁶ oluşturur¹⁷. Hukukta genel geçer bir belge tanımının olup olamayacağı ile her disiplinin

¹² Francesco Gianniti, *L'Oggetto Materiale del Reato* (Milano: Giuffrè 1966), s. 23.

¹³ Gianniti, s. 23.

¹⁴ Gianniti, s. 27.

¹⁵ Gianniti, s. 108-109. Yazar, Devletin güvenliğine ilişkin gizli bilgileri elde etmek suçunun düzenlendiği İCK m. 256 kapsamında, başka bir yazar tarafından maddi konuya örnek gösterilen “gizli bilgileri” maddi konu olarak değerlendirmemekte ve bilginin tek başına tecessüm etmiş bir varlığının bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. Gianniti, s. 109-110. Biyofizik varlığı olmayan şeylerin de maddi konuya vücut verebileceğine dair aksi görüş için bkz. Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale* (Vicenza: CEDAM, 2017), s. 191.

¹⁶ İtalyanca'da belge anlamındaki “*documento*” teriminin etimolojik kökeninin “bilgi veren, öğreten, tanıtan” anlamındaki “*da docere*” sözcüğü olduğu, bilgiyi veren kişi

kendine özgü bir belge tanımı oluşturmasının gerekliliği tartışmalıdır¹⁸. Ceza hukuku açısından belgenin, hukukun diğer alanlarındaki belge terimiyle çelişmemesi yanında ceza hukukunun özel ihtiyaçlarını da karşılama gereği¹⁹. Ceza hukuku bakımından belge, belirli bir içeriğe sahip olan ve bir kimseye izafe edilebilen her türlü yazıdır. Kabul gören bu tanımdan hareketle belgenin yazıllık, düzenleyenin bilinebilir olması ve bir düşünce ya da irade açıklamasını içermesi şeklinde üç kurucu unsurunun olduğu ifade edilmiştir²⁰. Çalışma konusu bakımından önem arz eden yazıllık, herhangi bir materyal üzerinde belirli bir zaman sürecinde saklanabilir olan anlamlı karakterleri ifade eder²¹. Bir duygu, düşünce, olay veya olgunun bir nesne anlaşılabilir olarak yazı, sayı, çizgi veya şekille ifade edilmesi durumunda yazıllık söz konusudur²². Bu yönüyle bir düşüncenin bir nesne üzerinde belirli bir süreliğine cisimleşmiş olması belgenin varlığı için zorunludur²³.

olması durumunda bunun tanıklık (*testimonio*); bilgiyi verenin bir nesne olması durumunda ise bunun belge olarak adlandırıldığı ifade edilmiştir. Benzer şekilde Almanca'da da belgenin karşılığı olarak ifade edilen "*Urkunde*" teriminin, "*u*" ön eki ile tanımak anlamındaki "*erkennen*" fiilinden türemiş "*Kunde*" sözcüğünün bileşiminden oluştuğu belirtilmiştir. Bkz. Francesco Carnelutti, "Documento", in. *Novissimo Digesto Italiano*, C. VI, (1960), s. 86.

¹⁷ Giovanni Fiandaca ve Enzo Musco, *Diritto Penale Parte Speciale*, C. 1, (Bologna: Zanichelli, 2012), s. 587; Alessandro Malinverni, "Documento", in. *Enciclopedia del Diritto*, C. XIII, (1964), s. 623.

¹⁸ Bkz. Fiandaca ve Musco, s. 587.

¹⁹ Malinverni, s. 622.

²⁰ Roberto Garofoli, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale Tomo II (artt. 453-623 bis)* (Roma: Neldiritto, 2017), s. 87; Malinverni, s. 624; Fiandaca ve Musco, s. 588. Benzer yönde bkz. Ahmet Gökçen, *Belgede Sahtecilik Suçları (m. 204-212)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), s. 79.

²¹ Garofoli, s. 87-88. Bilişim programlarının da belge tanımı içindeki yazıllığa dahil olduğuna ilişkin bkz. Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale II* (Milano: Giuffrè, 2016), s. 229.

²² Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar* (Ankara: US-A Yayınevi, 2022), s. 178. Benzer yönde görüş için bkz. Koray Doğan, "Ceza Hukukunda Belge Kavramı", in. *CHD*, Y. 5, S. 14, (2010), s. 53. Bununla birlikte ideografik veya resimsel gösterimlerin yazıllığa dahil olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Alfredo De Marsico, "Falsità in Atti", in. *Enciclopedia del Diritto*, C. XVI, (1967), s. 571.

²³ Antonella Merli, "Il Falso nei Documenti Informatici", in. *Giustizia Penale*, S. 3, (1995), s. 184; Antonio Cristiani, "Falsità in Atti", in. *Novissimo Digesto Italiano*, C. VII, (1961), s. 5; Malinverni, s. 630. Benzer yönde görüş için bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020),

İlanihaye olması gerekmesede, bunun bir süre devam etmesi zorunlu olduğundan, anlık olan ve kolaylıkla yok olabilen bir maddi varlık, belge için yeterli görülmemektedir²⁴. Belge; deri, kağıt, balmumu, tahta, taş, metal gibi materyaller üzerinde bulunabilir²⁵. Belgenin taşınma kabiliyetinin (*transmissibilità*) aranıp aranmayacağı öğretide tartışmalı olmakla birlikte²⁶, diğer şartları sağlaması kaydıyla taşınmazlar üzerindeki yazıların da belge sayılabileceği düşünülmektedir.

Elektronik belge, elektronik verilerin birleşerek hukuken anlamlı ve önemli bir bütün oluşturduğu belgelerdir. Klasik anlamda belgelerin içindeki yazı ve işaretlerin taşıyıcısı maddeten varlığı olan kağıt iken; elektronik belgeler, elektronik verilerin taşıyıcısıdır. Klasik anlamda belgeden farklı olarak elektronik belgelerin içindeki veriler doğrudan algılanamamakta ve bunların anlaşılabilmesi için bilgisayar ve yazılımlara ihtiyaç duyulmaktadır²⁷.

Bilişim ve otomasyon sistemlerinin gelişimi, elektronik ortamdaki verilerin zaman içinde büyük bir önem kazanmasını sağlamıştır. Bunun neticesinde elektronik belgeler geçmişe nazaran hukuki işlemlerde çok daha yaygın biçimde kullanım alanı bulmuştur²⁸. Bu durum bilişim ortamında işlenen suçların da hızla artmasına neden olduğundan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 13.09.1989 tarih ve R (89) 9 sayılı tavsiye kararıyla elektronik belgede sahtecilik, cezalandırılması gereken eylemler kapsamında sayılmıştır²⁹. Yine Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde de klasik anlamda belgenin kapsamı dışında kalan veriler üzerindeki sahteciliğin sözleşmeye taraf devletlerce cezalandırılması gerekliliği üzerinde durulmuştur³⁰. Bununla birlikte klasik anlamda belge tanımından

s. 763. İspat kuvveti ne olursa olsun, yazılı olmayan şeylerin belge kavramına dahil olmadığı yönündeki benzer görüş için bkz. Sahir Erman, *Sahtekarlık Cürümleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1970), s. 286.

²⁴ Malinverni, s. 630. Benzer yönde görüş için bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), s. 512.

²⁵ Malinverni, s. 630. Benzer yönde görüş için bkz. Carnelutti, s. 86; De Marsico, s. 571.

²⁶ Tartışmalar için bkz. Cristiani, s. 5-6.

²⁷ Benzer yönde bkz. Merli, s. 183.

²⁸ Benzer yönde bkz. Merli, s. 183-184.

²⁹ Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Adelmo Manna ve Michele Papa, *Trattato di Diritto Penale Parte Speciale, C. 5* (Milano: UTET Giuridica, 2010), s. 535-536.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan ve Baştürk, s. 207.

kaynaklanan özellikleri tam olarak yansıtmaktan uzak olan (elektronik belgeyi oluşturan verilerin maddi bir varlığının bulunmaması, elektronik belgelerin içeriğinin ilgili donanım ve yazılımlar olmadan beş duyu organıyla algılanamaması, düzenleyenin belirlenmesindeki zorluklar vb.) elektronik belgelerin diğer hukuk alanlarında olduğu gibi ceza hukukundaki rejimi de belirsiz kalmıştır.

Suçun maddi konusu ve genel kabul gören belge tanımından yola çıkıldığında, elektronik belgeyi oluşturan veriler üzerindeki sahteciliğin bir gönderme hükmü olmadan belgede sahtecilik normlarıyla cezalandırılabilmesi kanunilik ilkesi karşısında mümkün değildir. Başka bir anlatımla, cismani varlığı olmayan “elektronik veri”, belgede sahtecilik suçlarının maddi konusunu oluşturamaz³¹. Nitekim belgenin yazılılık unsuruna dair yukarıda yapılan açıklamaların, elektronik belgede karşılık bulduğunun iddia edilmesi güçtür³². Bu yönüyle yukarıda yer verilen bazı Yargıtay kararlarındaki muhalefet şerhlerinde ya da bazı yazarlarca³³ ifade edilen aksine, “belge” kavramının yorumlanması suretiyle elektronik verilerin de bunun içine dahil edilmesi yönündeki görüşler isabetli değildir. Kaldı ki bu durumun bazı yasa koyucular tarafından fark edilerek ceza kanunlarına elektronik belgede sahteciliğe ilişkin hükümlerin eklenmesi, elektronik verilerin yorum yoluyla belge kavramına dahil edilemeyeceğinin

³¹ Merli, s. 185. Aynı yönde görüşler için bkz. Güngör, s. 50; Koca ve Üzülmöz, s. 764; Gökçen, s. 80; Fahri Gökçen Taner, “Özel Belgede Sahtecilik Suçları Bağlamında Maddi Hasarlı Trafik Kazası Tespit Tutanakları (Kağıt ve Elektronik) ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, in. *CHD*, S. 35, (2017), s. 124; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), s. 847, dn. 6; Doğan, s. 53, dn 8. Sözlü açıklamalar, manyetik şeritler, elektronik ortamda depolanmış veriler, fotoğraflar ve bilgisayar programlarının sahtecilik suçlarının maddi konusunu oluşturamayacağına ilişkin benzer yönde görüşler için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), s. 1041; Arslan ve Baştürk, s. 206. Fiziki varlığı bulunan manyetik şerit ve mikro çiplerin dahil olduğu banka ve kredi kartlarının da belge olduğu yönündeki görüşler için bkz. Emilio Dolcini ve Giorgio Marinucci, *Codice Penale Commentato*, C. II, (Vicenza: IPSOA, 2006), s. 3517; Güneş Okuyucu Ergün, “Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması”, in. *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2, (2013), s. 1077.

³² Elektronik belgelerin, belgedeki yazılılık şartının istisnası olduğu hakkında bkz. Antolisei, s. 229.

³³ Bkz. Kubilay Taşdemir, *Belgede Sahtecilik Suçları* (Ankara: Ütopyoğrafik, 2013), s. 296-298.

bir göstergesidir. Örneğin, İtalyan hukukunda belgede sahteciliğin elektronik belge üzerinde de gerçekleştirilebileceğine ilişkin İCK'daki gönderme hükmünün, belge niteliğinde olmayan verilerin kanun koyucu tarafından belge hükmünde sayılması (*equiparazione*) niteliğinde olduğu, başka bir ifadeyle kanuni bir varsayım getirildiği ifade edilmiştir³⁴.

Yine belgede sahtecilik suçlarının maddi konusunu oluşturan belge ile muhakeme hukukundaki ispat vasıtası olan belgenin birbirine karıştırılmaması gerekir. Zira muhakemeye konu olayın aynen ya da bazı şekillerle bir nesne üzerine aktarılması halinde belge delilinden söz edilir³⁵. Olayın yazıya dökülmesi durumunda yazılı bir belge söz konusu iken; ses ve görüntülerin yer aldığı ses bandı, film şeridi, fotoğraf veya videonun da belge delili olabilmesi mümkündür³⁶. Dolayısıyla muhakeme hukukundaki belgelerin yazılı belgeler, şekil tespit eden belgeler ve ses tespit eden belgeler olmak üzere üçe ayrılabilmesi mümkündür³⁷. Bu itibarla muhakeme hukukundaki belgenin kapsamı, belgede sahtecilik suçlarının maddi konusunu oluşturan belgeye göre daha geniştir³⁸. Muhakeme hukukunda belge değerinde olan fotoğraf, resim, ses ve video kayıtları, belgede sahtecilik suçları kapsamında değerlendirilmemektedir³⁹. Zira belgede sahtecilik suçlarındaki belgeyi daha dar kapsamda tutan husus yazılılıktır⁴⁰.

³⁴ Antolisei, s. 232; Garofoli, s. 96; Cadoppi, Canestrari, Manna ve Papa, s. 537; Dolcini ve Marinucci, s. 3516.

³⁵ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), s. 283.

³⁶ Centel ve Zafer, s. 283.

³⁷ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), s. 228.

³⁸ Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014), s. 78. Bu amaçla belgede sahtecilik suçlarının maddi konusunu oluşturan belgenin İCK'da “*documento*” değil, “*atto*” olarak ifade edildiği, “*atto*” ile “*documento*” arasında özellik-genellik (*species-genus*) ilişkisinin bulunduğu, sahtecilik suçlarına konu belgenin bir irade açıklamasını içermesi dolayısıyla daha özel nitelikte olduğu, ceza muhakemesi hukuku anlamında belge sayılabilecek bir tablo ya da heykelin ceza hukuku anlamında belge sayılamayacağı belirtilmiştir. Bkz. Cristiani, s. 5. “*Atto*” ile “*documento*” nun bir eylemi temsil etme konusunda ortak bir yöne sahip olduğu; ancak “*atto*” nun özel olarak cezai himayeye mazhar olduğu ve ceza normuyla dikkate alındığı; “*documento*” nun ise her bir hukuk dalının kendi araçlarıyla anlamlandırdığı şeyler olduğu yönündeki görüş için bkz. De Marsico, s. 570.

³⁹ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), s. 234; Taner, s. 121.

⁴⁰ Cristiani, s. 5.

Bu durumda yine yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarında, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki belge tanımından⁴¹ hareketle, elektronik belgede sahteciliğe ilişkin çıkarımlarda bulunulması da yerinde değildir.

İCK'da olduğu gibi⁴², TCK'da da belgede sahteciliğe ilişkin hükümler, maddeten varlığı olan belge üzerine kurulmuştur. Bu itibarla elektronik belgelerin belgede sahtecilik suçlarına konu olabilmesi için kanunilik ilkesi gereğince bu yönde açık bir norma ihtiyaç bulunmaktadır. Bu gönderme, yukarıda yer verilen Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Komitesi'nin tavsiye kararının bir gereği olarak İtalyan hukukunda İCK m. 491-bis hükmüyle yapılmıştır⁴³. Hüküm İCK'ya 23.12.1993 tarih ve 547 sayılı Kanun ile eklenmiş ve elektronik belge tanımlanmıştır⁴⁴. İtalyan hukukunda elektronik belgeye ilişkin özellikle idare hukukuna dair mevzuat hükümlerinin yürürlüğe girmesi sonrasında, tanımın yetersizliği ifade edilerek İCK m. 491-bis hükmünde değişiklik yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁵. Bunun yanı sıra, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin de etkisiyle hüküm, 18.03.2008 tarih ve 48 sayılı Kanunla değişmiştir⁴⁶. Aynı madde daha

⁴¹ Kanun'un 199/1. maddesi, “*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir*” şeklinde olup, tanım hükmü yalnızca Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından geçerliliğe sahiptir.

⁴² Merli, s. 183.

⁴³ Cadoppi, Canestrari, Manna ve Papa, s. 536.

⁴⁴ Hükümün yürürlüğe girdiği ilk şekline göre, İCK'nın 476 ila 493. maddelerinin yer aldığı bölümdeki suçları içeren sahteciliğin bir elektronik belgeye ilişkin olması durumunda, ilgili resmi ya da özel belgede sahteciliğe dair hükümler uygulanacaktır. Bu kapsamda elektronik belge, ispat değeri olan bir veri ya da bilgiyi ihtiva eden herhangi bir veri taşıyıcısı ya da özel olarak bu amaçla hazırlanmış olan programları ifade etmektedir. Kanun hükmü için bkz. <https://www.normattiva.it> (02.03.2023)

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cadoppi, Canestrari, Manna ve Papa, s. 540-542.

⁴⁶ Fiandaca ve Musco, s. 593. Getirilen değişiklikle, hükmün yürürlüğe girdiği ilk şeklinde yer verilen ve elektronik belge tanımını içeren ikinci cümle yürürlükten kaldırılmış ve elektronik belgenin “ispat değerine sahip olmasına” (*avente efficacia probatoria*) ilişkin niteliği ilk cümleye eklenmiştir. Değişen hükme göre, İCK'nın 476 ila 493. maddelerinin yer aldığı bölümdeki suçları içeren sahteciliğin ispat değerine sahip bir elektronik belgeye ilişkin olması durumunda, ilgili resmi ya da özel belgede sahteciliğe dair hükümler uygulanacaktır. Kanun değişikliği için bkz. <https://www.normattiva.it> (02.03.2023) Elektronik belgenin ispat değerine sahip olmasının, her türden veri üzerindeki tahrifatın değil, yalnızca ceza hukuku açısından

sonrasında 15.01.2016 tarih ve 7 sayılı Kanun ile değiştirilerek yürürlükteki şeklini almıştır. Buna göre, ispat değerine sahip resmi bir elektronik belgenin İCK'daki belgede sahtecilik bölümünde düzenlenen suçlara konu olması durumunda, resmi belgede sahteciliğe ilişkin ilgili hükümler bunlar hakkında da uygulanır. 15.01.2016 tarihli Kanunla özel belgede sahtecilik İCK'da suç olmaktan çıkarıldığından, elektronik belgedeki sahteciliğe ilişkin gönderme hükmü de yalnızca resmi belgede sahteciliğe hasredilmek suretiyle değiştirilmiştir⁴⁷. Anılan atıf hükmüyle sahtecilik suçlarına ilişkin kanun maddelerinin uygulanacağına açıkça yer verilmesi nedeniyle elektronik belgede sahteciliğe ilişkin İtalyan hukukundaki tartışmalar, hukukumuzdakinin aksine, büyük ölçüde çözümlenmiştir⁴⁸.

B. Güvenli Elektronik İmza Atıfta Bulunan Mevzuat Hükümlerine İlişkin Değerlendirmeler

Belgenin düzenleyicisinin bilinebilirliğini sağlayan en mutad yol imzadır. İmzanın kural olarak el yazılı olması gerekir⁴⁹.

Elektronik belgelerin taşıdığı verilerin inandırıcılığı, her şeyden önce bu verileri düzenleyen de bilinmesini gerektirir⁵⁰. Başka bir ifadeyle, elektronik belgenin ispat değerine sahip olması, bu verilerin belirli bir kimseye izafe edilebilmesine bağlıdır⁵¹. Bu noktada ortaya çıkan güvenli elektronik imza, elektronik belgelerin aidiyetine ve elektronik belgeleri oluşturan verilerin güvenliğine ilişkin sorunları çözümleyebilmek amacıyla getirilmiş olan birtakım yazılımları ifade eder. Bunlar yalnızca elektronik verilerin kolaylıkla değiştirilebilmesinin önüne geçmeyi amaçlayan yazılımlar olup, bu sayede verilerin güvenliği sağlanmaktadır⁵².

önem arz eden verilerin cezai himayeye mazhar olmasının bir gereği olduğu yönündeki görüş için bkz. Dolcini ve Marinucci, s. 3517.

⁴⁷ Garofoli, s. 96, dn. 50.

⁴⁸ Elektronik belgede sahteciliğin klasik anlamdaki belgede sahtecilik suçlarından ayrıştığı noktalar ve İtalyan hukukundaki tartışmalar için bkz. Merli, s. 186-188. Nitekim İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında, İCK m. 491-bis hükmünün bütün fikri ya da maddi sahtecilikleri kapsadığı belirtilmiştir. (Cass. Pen., Sez. V, 18.03.2013, N. 12576) Karar için bkz. <https://www.brocardi.it> (16.03.2023)

⁴⁹ Antolisei, s. 229-230.

⁵⁰ Merli, s. 189-190.

⁵¹ Dolcini ve Marinucci, s. 3517.

⁵² Aynı yönde görüş için bkz. Taner, s. 124.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 3/b maddesine göre elektronik imza, “*başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi*” ifade etmektedir. Aynı Kanun'un 4. maddesine göre güvenli elektronik imza ise, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır. Kanun'un 5/1. maddesine göre, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğururken; 5/2. maddesine göre, kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları ve Türkiye'de yerleşik sigorta şirketleri tarafından düzenlenen kefalet senetleri dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez⁵³.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 16/1. maddesinde imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçu, “*Elektronik imza oluşturma amacı ile ilgili kişinin rızası dışında; imza oluşturma verisi veya imza oluşturma aracını elde eden, veren, kopyalayan ve bu araçları yeniden oluşturanlar ile izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarını kullanarak izinsiz elektronik imza oluşturanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli*

⁵³ İtalyan hukukunda 07.03.2005 tarih ve 82 sayılı Dijital İdare Kanunu'nun 1/q maddesinde elektronik imza (*firma elettronica*), “*Bilişim ortamındaki doğrulamayı sağlamak amacıyla, diğer elektronik verilerle bağlantılı veya bu verilere ek olan elektronik ortamdaki veriler*” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Kanun'un 1/q-bis maddesine göre gelişmiş elektronik imza (*firma elettronica avanzata*), “*Belgeyi imzalayan kişiyi doğrulayan, yalnızca imza sahibi kimse tarafından tek bir bağlantı kurulmasını sağlayan, münhasıran imza sahibinin üzerinde tasarruf yetkisi bulunan, ilgili belge üzerinde sonradan değişiklik yapıp yapılmadığını tespit eden ve elektronik belgeye bağlanan elektronik ortamdaki verileri*” ifade eder. Kanun'un 1/r maddesine göre nitelikli elektronik imza (*firma elettronica qualificata*), “*Nitelikli sertifikaya dayalı olarak güvenli bir elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan gelişmiş elektronik imza*”yı ifade eder. Son olarak Kanun'un 1/s maddesine göre dijital imza (*firma digitale*), “*Birbiriyle bağlantılı kriptografik anahtarlar içeren, sahibinin gizli bir şifreyle kullanımını sağlayan, bu sayede düzenleyicisini ve belgenin bütünlüğünü teyit eden ve görünür kılan nitelikli elektronik imza*” olarak tanımlanmıştır. Söz konusu dört elektronik imza kategorisine dayalı olarak farklı düzeyde ispat değerine sahip elektronik belgeler oluşturulduğu yönündeki görüş için bkz. Antolisei, s. 232.

günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar” biçiminde düzenlenmişken; 17. maddesinde ise elektronik sertifikalarda sahtekârlık suçu, “Tamamen veya kısmen sahte elektronik sertifika oluşturanlar veya geçerli olarak oluşturulan elektronik sertifikaları taklit veya tahrif edenler ile bu elektronik sertifikaları bilerek kullananlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır” biçiminde düzenlenmiştir. İmza oluşturma verileri ile elektronik sertifikalara ilişkin söz konusu cezai hükümler, Yargıtay kararlarına konu eylemler bakımından uygulama alanı bulabilir değildir.

Hukukumuzda güvenli elektronik imzaya atıfta bulunan başlıca kanunlar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁵⁴, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁵⁵, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu⁵⁶, 2004 sayılı İcra ve İflas

⁵⁴ Kanun’un 15/1. maddesi, “İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur” şeklindedir.

⁵⁵ Kanun’un 1526/1. maddesi, “Poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemez. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemler güvenli elektronik imza ile yapılamaz” şeklinde; 1526/2. maddesi, “Konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, ıstampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla da atılabilir. Düzenledikleri ülke kanunlarının izin verdiği ölçüde bu senetlerde yer alacak kayıtlar el yazısı, telgraf, telex, faks ve elektronik diğer araçlarla yazılabilir, oluşturulabilir, gönderilebilir” şeklinde; 1526/3. maddesi, “Ticaret şirketleri ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirlere ilişkin olarak, bu Kanunun zorunlu tuttuğu bütün işlemler elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile de yapılabilir. Bu işlemlerin dayanağı olan belgeler de aynı usulle elektronik ortamda düzenlenebilir. Zaman unsurunun belirlenmesi gereken ve yönetmelikte düzenlenen hâllerde güvenli elektronik imzaya eklenen zaman damgasının tarihi, diğer hâllerde merkezî veri tabanı sistemindeki tarih esas alınır” şeklinde; 1526/4. maddesi ise, “Şirket adına imza yetkisini haiz kişiler şirket namına kendi adlarına üretilen güvenli elektronik imzayla imza atabilirler. Bu durumda, kullanılacak nitelikli elektronik sertifikalarda sertifika sahibi alanı içerisine, sertifika sahibinin ismiyle birlikte temsil ettiği tüzel kişinin de ismi yazılır. Bu husus tescil ve ilan edilir” şeklindedir.

⁵⁶ Kanun’un 38/A maddesinin 2. fıkrası, “Kanunlarda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, dosyalar güvenli elektronik imza kullanılarak UYAP’tan incelenebilir ve her türlü ceza muhakemesi işlemi yapılabilir” şeklinde, 3. fıkrası, “Bu Kanun kapsamında fiziki olarak hazırlanması öngörülen her türlü belge ve karar elektronik ortamda düzenlenebilir, işlenebilir, saklanabilir ve güvenli elektronik imza ile imzalanabilir” şeklinde, 4. fıkrası, “Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlar diğer kişi veya kurumlara elektronik ortamda gönderilir. Güvenli elektronik imza ile

Kanunu⁵⁷ ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'dur⁵⁸. Anılan kanun hükümleri güvenli elektronik imza ile ilişkili işlemleri kendi konuları bağlamında ele almakta ve genel itibariyle güvenli elektronik imzaya, elle atılan imzanın hukuki sonucunu bağlamaktadır. Bu da ilgili elektronik verinin düzenleyenin hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde bilinmesidir. Dolayısıyla güvenli elektronik imzaya bağlanan hukuki sonuçların belgede sahtecilik suçlarının maddi konusuyla ilgili olmadığı düşünülmektedir. Başka bir ifadeyle, güvenli elektronik imza ile imzalanmış veriler dolayısıyla, belgenin yukarıda açıklanan yazılılık koşulu sağlanamamaktadır⁵⁹.

imzalanarak gönderilen belge veya kararlar, gerekmedikçe fiziki olarak ayrıca düzenlenmez ve ilgili kurum ve kişilere gönderilmez" şeklinde, 5. fıkrası, "Elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi halinde UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belge geçerli kabul edilir" şeklindedir. Ceza muhakemesinde duruşma tutanaklarının güvenli elektronik imzayla tutanaklanmasına ilişkin bkz. Güneş Okuyucu Ergün, *Ceza Muhakemesi İşlemleri* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015), s. 36.

⁵⁷ Kanun'un 8/a maddesinin 2. fıkrası, "Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir. Güvenli elektronik imza, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, elle atılan imza yerine kullanılabilir. Güvenli elektronik imzayla oluşturulan belge ve kararlarda, kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesi ve mühürleme işlemini öngören hükümler uygulanmaz" şeklindedir.

⁵⁸ Kanun'un 205/2. maddesi, "Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir" şeklinde; 445/2. maddesi ise "Elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak dava açılabilir, harç ve avans ödenebilir, dava dosyaları incelenebilir. Bu Kanun kapsamında fizikî olarak hazırlanması öngörülen tutanak ve belgeler güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda hazırlanabilir ve gönderilebilir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan tutanak ve belgeler ayrıca fizikî olarak gönderilmez, belge örneği aranmaz" şeklindedir.

⁵⁹ Güvenli elektronik imzaya atıfta bulunan özel kanun hükümleri gereğince güvenli elektronik imza ile imzalanan verilerin belge olduğu ve bunların belgede sahtecilik suçunun maddi konusunu oluşturacağına yönelik aksi yöndeki görüş için bkz. Arslan ve Baştürk, s. 210 vd. Belirtilmelidir ki İtalyan hukukunda 07.03.2005 tarih ve 82 sayılı Dijital İdare Kanunu'nun 20/1-bis ve 20/2. maddesinde, yukarıda tanımlanan dijital imza (*firma digitale*), gelişmiş elektronik imza (*firma elettronica avanzata*) veya nitelikli elektronik imza (*firma elettronica qualificata*) ile imzalanmış verilerin yazılı şekil şartını sağladığına ilişkin açık hükümlere yer verilmiştir. İtalyan öğretisinde bu hükümlerin kanuni bir varsayım (*fictio*) olduğu ifade edilmiştir. Bkz.

Sonuç itibariyle güvenli elektronik imzaya atıf yapan yukarıdaki kanun hükümleri, elektronik verilerin belgede sahtecilik suçunun maddi konusunu oluşturamayacağına ilişkin bir üst başlıkta ele alınan sorunla ilgili değildir. Bunlar yalnızca ilgili elektronik verilerin düzenleyicisini saptama ve verilerin sonradan değişikliğe uğramadığını ortaya koyma güvencelerini sağlamaktadır. Bu nedenle yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarında⁶⁰, güvenli elektronik imzaya atıfta bulunan kanun hükümlerinden hareketle, elektronik belgede sahteciliğin TCK bağlamında cezalandırıldığına yönelik gerekçeler de yerinde değildir.

IV. SONUÇ

Günümüzdeki yaygın kullanımı dolayısıyla elektronik belgeleri oluşturan verilerin sahilliği ve doğruluğunun sağlanmasına ve bu verilerle gerçekleştirilen hukuki işlemlere duyulan toplumsal güvenin korunmasına ihtiyaç vardır. Bu durum aynı zamanda siber suçlarla mücadeleye ilişkin Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası hukuk metinlerinin bir gereğidir.

Belgede sahtecilik suçlarının maddi konusunu oluşturan belgenin, ceza hukuku alanı dışındaki tanımlardan hareketle açıklanması isabetli değildir. Bu noktada ceza hukukunun kendi ihtiyaçlarını dikkate almak suretiyle kavrama anlam verdiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Ceza hukukundaki kanunilik ilkesi karşısında, elektronik belgeler üzerindeki sahteciliklerin belgede sahtecilik suçları kapsamında cezalandırılabilmesi için açık bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır. Dolayısıyla elektronik verilerin yorum yoluyla ceza hukuku anlamında belge sayılması mümkün değildir. Bu yönüyle elektronik veriler üzerindeki sahteciliğin

Cadoppi, Canestrari, Manna ve Papa, s. 543-544. Bu türden bir varsayımın 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda getirilmediği değerlendirilmektedir.

⁶⁰ Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin yukarıda yer verilen E. 2018/6165, K. 2021/2805 sayılı ve 18.03.2021 tarihli kararının haricinde bu kararın atıfta bulunduğu Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E. 2016/1065, K. 2017/27 sayılı ve 24.01.2017 tarihli kararındaki, "sanıkların maliyeye ıslak imzalı olarak gönderdikleri ödeme listelerinin gerçeğe uygun şekilde düzenlenmesi, gerçeğe aykırı şekilde düzenlenip sanık ...'ın e-posta adresinden bankaya gönderilen ödeme listelerinin ise elektronik imza ile imzalanmamış olması nedeniyle resmi belge niteliğinin bulunmaması karşısında" şeklindeki gerekçenin isabetli olmadığı değerlendirilmektedir. Nitekim anılan ödeme listesine ilişkin verinin güvenli elektronik imza ile imzalanması, bunu resmi belgede sahtecilik suçunun maddi konusu haline getirmeyecektir. Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr> (22.01.2023)

belgede sahtecilik suçlarıyla cezalandırılabilmesine dair Yargıtay kararları ve görüşler eleştiriye açıktır.

Belirtilmelidir ki hukukumuzda güvenli elektronik imzaya atıf yapan kanun hükümleri de bu boşluğu doldurmaktan uzaktır. Karşılaştırmalı hukuk da dikkate alındığında, sorunun asıl itibarıyla TCK'da çözümlenmesi gereklidir. Bilişim suçlarıyla mücadelenin bir parçası olarak uluslararası hukuk metinlerine konu olan elektronik belgede sahtecilik, kanuni unsurları ayrı ayrı tanımlanarak bağımsız bir suç tipinde cezalandırılabilmesi gibi, İCK'da olduğu şekilde, belgede sahtecilik suçunun elektronik belgeler üzerinde işlenebileceğine ilişkin genişletici normlar vasıtasıyla da düzenlenebilir⁶¹. TCK'nın 204/2. maddesi gereği hukukumuzda belgede fikri sahteciliğin, yalnızca resmi belgede ve resmi belge düzenlemeye yetkili kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suç olarak düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda, İCK m. 491-bis'e benzer bir gönderme hükmünün sorunu çözümlenmede yeterli olmayacağı dikkate alınmalıdır⁶². Zira bu türden bir atıf normu TCK'ya eklense dahi, kamu görevlisi olmayan kimselerce gerçekleştirilen resmi ya da özel belgedeki içerik sahtecilikleri cezalandırılmayacaktır. Kaldı ki elektronik belgede sahtecilik özelinde asıl

⁶¹ Cadoppi, Canestrari, Manna ve Papa, s. 536-537.

⁶² İCK m. 479, 480 ve 481'de kamu görevlileri ve kamu hizmeti görenlerce işlenebilen resmi belgede fikri sahtecilik suçları; İCK m. 482 ve 483'te ise diğer kimselerce işlenebilen resmi belgede maddi ve fikri sahtecilik suçu düzenlendiğinden, resmi belgede sahtecilik suçlarının bütününe atıfta bulunan İCK m. 491-bis'teki gönderme hükmü ihtiyacı karşılamaktadır. Nitekim İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında, kamu görevlisi tarafından gerçekte işe girilmemesine rağmen işe girilmiş gibi düzenlenen manyetik kartın İCK m. 491-bis hükmü atfıyla kamu görevlisinin resmi belgede fikri sahteciliğinin düzenlendiği İCK m. 479'daki suça vücut vereceğine hükmedilmiştir. (Cass. Pen., 06.05.1999, N. 213629) Karar için bkz. Dolcini ve Marinucci, s. 3518. İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin bir başka kararında ise, hiç sınava girmemesine rağmen sınava girmiş ve başarılı olmuş gibi üniversite bilişim sistemine not girişi yapan kişinin gerçekleştirdiği fikri sahteciliğin, İCK m. 491-bis hükmünün atfıyla, kamu görevlisi olmayan kimselerce işlenen resmi belgede fikri sahteciliğin düzenlendiği İCK m. 483 uyarınca cezalandırılacağına hükmedilmiştir. (Cass. Pen., Sez. V, 15.04.2008, N. 15535) Karar için bkz. <https://www.brocardi.it> (16.03.2023) Buna karşın, İCK'dakine benzer bir atıf normunun TCK'da düzenlenmesi durumunda, yukarıdaki Yargıtay kararlarına konu olan ve kamu görevlisi olmayan kimselerce işlenen fikri sahtecilik eylemlerinin cezalandırılabilmesi, TCK'nın 204. maddesi dikkate alındığında, mümkün olmayacaktır.

sorunu, bu verilerin içeriğinin gerçeğe uygun olmaması oluşturmaktadır⁶³. O halde elektronik belgede sahtecilik eylemlerini cezalandıracak ve kanuni tanımda unsurlarına özel olarak yer verilecek bir ceza normunun düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Korunacak hukuki değer ve menfaatin genel nitelikli kamu güveninin bir parçası olduğu göz önünde bulundurulduğunda⁶⁴, normun düzenleme yerinin TCK içindeki “Kamu Güvenine Karşı Suçlar” bölümü olması gerektiği değerlendirilmektedir.

⁶³ Benzer yönde görüş için bkz. Arslan ve Baştürk, s. 198.

⁶⁴ Cadoppi, Canestrari, Manna ve Papa, s. 546.

KAYNAKÇA

- Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale II*. Milano: Giuffrè, 2016.
- Arslan, Çetin ve Baştürk, İhsan. “Belgede Sahtecilik Suçunun Konusu Olarak Elektronik Ortamdaki Veriler”, in. *ERÜHFD*, C. VIII, S. 2, (2013), s. 195-219.
- Aydın, Devrim. *Ceza Muhakemesinde Deliller*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014.
- Cadoppi, Alberto, Canestrari, Stefano, Manna, Adelmo ve Papa Michele. *Trattato di Diritto Penale Parte Speciale*, C. 5. Milano: UTET Giuridica, 2010.
- Carnelutti, Francesco. “Documento”, in. *Novissimo Digesto Italiano*, C. VI, (1960), s. 85-89.
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- Cristiani, Antonio. “Falsità in Atti”, in. *Novissimo Digesto Italiano*, C. VII, (1961), s. 3-18.
- De Marsico, Alfredo. “Falsità in Atti”, in. *Enciclopedia del Diritto*, C. XVI, (1967), s. 560-600.
- Doğan, Koray. “Ceza Hukukunda Belge Kavramı”, in. *CHD*, Y. 5, S. 14, (2010), s. 51-66.
- Dolcini, Emilio ve Marinucci, Giorgio. *Codice Penale Commentato*, C. II. Vicenza: IPSOA, 2006.
- Erman, Sahir. *Sahtekarlık Cürümleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1970.
- Fiandaca, Giovanni ve Musco, Enzo. *Diritto Penale Parte Speciale*, C. 1. Bologna: Zanichelli, 2012.
- Garofoli, Roberto. *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale Tomo II (artt. 453-623 bis)*. Roma: Neldiritto, 2017.
- Gianniti, Francesco. *L'Oggetto Materiale del Reato*. Milano: Giuffrè, 1966.
- Gökçen, Ahmet. *Belgede Sahtecilik Suçları (m. 204-212)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Güngör, Devrim. *Resmi Belgede Sahtecilik Suçu*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*. Ankara: US-A Yayınevi, 2022.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

- Malinverni, Alessandro. “Documento”, in. *Enciclopedia del Diritto*, C. XIII, (1964), s. 622-636.
- Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale Parte Generale*. Vicenza: CEDAM, 2017.
- Merli, Antonella. “Il Falso nei Documenti Informatici”, in. *Giustizia Penale*, S. 3, (1995), s. 182-191.
- Okuyucu Ergün, Güneş. “Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması”, in. *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2, (2013), s. 1065-1086. (Banka)
- Okuyucu Ergün, Güneş. *Ceza Muhakemesi İşlemleri*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015. (İşlemleri)
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Taner, Fahri Gökçen. “Özel Belgede Sahtecilik Suçları Bağlamında Maddi Hasarlı Trafik Kazası Tespit Tutanakları (Kağıt ve Elektronik) ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, in. *CHD*, S. 35, (2017), s. 117-149.
- Taşdemir, Kubilay. *Belgede Sahtecilik Suçları*. Ankara: Ütopyografik, 2013.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Rifat Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Toroslu, Nevzat ve Feyzioğlu. Metin. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Toroslu, Nevzat ve Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.

Yararlanılan Elektronik Veri Tabanları:

<https://www.altalex.com>

<https://www.brocardi.it>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.normattiva.it>

MACHINA SAPIENS

Machina Sapiens

Güneş OKUYUCU ERGÜN*

*“İnsanın dünü ile yarını asla aynı olmaz.
Değişkenlikten başka hiçbir şey daimî değildir.”
Mary Shelley (Frankenstein)¹*

ÖZ

Bazı uzmanlara göre, yapay zekanın insanlık tarihi üzerindeki etkisi, başka her şeyin etkisinden daha fazla olacaktır. Kimi düşünürlere göre yapay zekâ teknolojisi, kontrollü bir biçimde ilerlememesi halinde insan türünün sona ermesine kadar gidecek felaketlere yol açabilir. Ekonomik açıdan ise yapay zekâ, şimdiden milyar dolarlık bir sanayiye dönüşmüş bulunmaktadır. Yapay zekanın uygulama alanı, mühendislik, bilim, tıp, iş dünyası, muhasebe, finans, pazarlama, sigorta, ekonomi, borsa, otomotiv, eğitim ve tarım gibi pek çok sektörü kapsamaktadır. Dolayısıyla yapay zekanın etkilerinin -olumlu, olumsuz veya her iki yönde de- son derece büyük olacağına şüphe yoktur. Bu çalışmada önce, binlerce yıl geriye giden yapay zeka fikrinden bu yana yapay zekanın tarihsel gelişimine ve teknik açıdan makine öğrenme türlerine kısaca değinilmekte; ardından, yapay zekanın en güncel ve önemli tartışma konuları arasında yer alan sezgi, rastlantısal karar verme ve özgür irade gibi özelliklerin ve dolayısıyla yaratıcılık yetisinin yapay zekaya aktarılmasının teknik olarak mümkün olup olmadığı ve mümkünse bile tercih edilebilir bir durum olup olmadığı konuları ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, Makine öğrenmesi, Sezgi, Rastlantısal, İrade

Makalenin Geliş Tarihi: 27.04.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.05.2023

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: okuyucu@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5401-2312.

¹ Mary Shelley, *Frankenstein*, (London: Penguin Books, 2013), s. 101.

ABSTRACT

According to some experts, the impact of artificial intelligence on human history will be greater than the impact of anything else. According to some thinkers, if artificial intelligence technology does not progress in a controlled way, it can lead to disasters that will lead to the end of the human species. In economic terms, artificial intelligence has already turned into a billion-dollar industry. The application area of artificial intelligence covers many sectors such as engineering, science, medicine, business world, accounting, finance, marketing, insurance, economy, stock market, automotive, education and agriculture. Consequently, there is no doubt that the impacts of AI will be enormous—positively, negatively, or in both ways. In this study, firstly, the historical development of artificial intelligence from the idea of artificial intelligence which goes back thousands of years up today and technical machine learning types are briefly mentioned. Then, it is discussed whether it is technically possible to transfer features such as intuition, random decision-making and free will, and as a consequence the ability of creativity to artificial intelligence; and if possible, whether it is preferable, which are amongst the most current and important discussion topics of artificial intelligence.

Keywords: Artificial intelligence, Machine learning, Intuition, Random, Will

I. GİRİŞ

Bazı uzmanlara göre, yapay zekanın insanlık tarihi üzerindeki etkisi, başka her şeyin etkisinden daha fazla olacaktır². Kimi düşünürlere göre yapay zekâ teknolojisi, kontrollü bir biçimde ilerlememesi halinde insan türünün sona ermesine kadar gidecek felaketlere yol açabilir³. Ekonomik açıdan ise şimdiden milyar dolarlık bir sanayiye dönüşmüş olan yapay zekâ teknolojisinin, 2030 yılına kadar global ekonomiye 15,7 trilyon dolar katkı sağlaması beklenmektedir⁴. Günümüzde yapay zekânın uygulama alanı, mühendislik, bilim, tıp, iş dünyası, muhasebe, finans, pazarlama, sigorta,

² Stuart Russell ve Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, (Hoboken: Pearson, 2021), s. xxix.

³ Yapay zekanın neden olabileceği tehditler için bkz. Bölüm V.

⁴ PWC Yapay Zeka Raporu, “PwC’s Global Artificial Intelligence Study: Exploiting the AI Revolution”. Bkz. <https://www.pwc.com/gx/en/issues/data-and-analytics/publications/artificial-intelligence-study.html>

ekonomi, borsa, otomotiv, eğitim ve tarım gibi pek çok sektörü kapsamaktadır⁵. Dolayısıyla yapay zekanın etkilerinin -olumlu, olumsuz veya her iki yönde de- son derece büyük olacağına şüphe yoktur.

Yapay zekâ, tahmin, belirleme ve sınıflandırma gibi görevlerin yapılmasıyla elde edilen tecrübe neticesinde kendiliğinden öğrenen bilgisayar algoritmaları dahil olmak üzere, genellikle insan zekâsı tarafından yapılan görevleri yapma kabiliyetine sahip bilgisayar sistemlerinin teorisi ve geliştirilmesidir⁶. Bir başka tanıma göre yapay zekâ, insanlar tarafından yapılan işleri yapması için, insana alternatif olarak, yine insanlar tarafından yaratılmış makinelerdir⁷.

Yapay zekânın babası olarak kabul edilen John McCarthy'ye göre yapay zekâ, zeki makineler ve özellikle zeki bilgisayar programları yapmak bilim ve mühendisliğidir⁸. Dolayısıyla yapay zekâ robotlarda olduğu gibi bir cisme bürünmüş olabileceği gibi ayrı bir gövdeye sahip olmadan, örneğin bir bilgisayar veya telefon ekranından kullanabildiğimiz bir yazılım olarak da karşımıza çıkabilir⁹.

Yapay zekâyâ ilişkin farklı tanımların ortak unsuru, insan eliyle yapılmış olmasına karşın insana özgü düşünme ve kendini geliştirme yeteneğine sahip olmasıdır. Dolayısıyla yapay zekâ, insan eliyle yapılmış olmasına karşın

⁵ Raffaele Cioffi, Marta Travaglioni, Giuseppina Piscitelli, Antonella Petrillo ve Fabio De Felice "Artificial Intelligence and Machine Learning Applications in Smart Production: Progress, Trends, and Directions", *Sustainability*, 12, 492, (2020), s. 2. Ayrıca bkz. Forbes Technology Council, "16 Industries and Functions that will Benefit from AI in 2022 and Beyond", Forbes Dergisi, erişim 13 Ocak 2022, <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2022/01/13/16-industries-and-functions-that-will-benefit-from-ai-in-2022-and-beyond/>

⁶ Lei Xing, Maryellen L. Giger ve James K. Min, *Artificial Intelligence in Medicine: Technical Basis and Clinical Applications*, (London: Academic Press, 2021), s. xvii.

⁷ Maxim Dobrinoiu, "The Influence of Artificial Intelligence on Criminal Liability", *Lex ET Scienta International Journal*, cilt: 26, sayı: 1, (2019): s. 141.

⁸ John McCarthy, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester ve Claude E. Shannon, "A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence", *AI Magazine*, cilt: 27, sayı: 4, (2006), s. 12. <https://ojs.aaai.org/aimagazine/index.php/aimagazine/article/view/1904>

⁹ Murat Dağıtmaç ve Şehadet Ekmen, *Dijital Psikolojik Devrim*, (İstanbul: Motto Yayınları 2019), s. 90.

insana özgü düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerine sahip makine veya yazılımlar şeklinde tanımlanabilir. Ord. Prof. Dr. Cahit Arf'ın 1959 tarihli bir konuşmasında vurguladığı üzere, makineleri insan beynine yakınlaştıracak olan unsur “*kendi kendisini kendi inisiyatifli ile tekemmül ettirmek*” olacaktır¹⁰.

Modern insan için kullanılan “*homo sapiens*” terimi Latince “bilge”, “akıllı”, “zeki” anlamlarına gelen “sapiens” kelimesinden gelir¹¹. Yapay zeka da genellikle insan-merkezi bir yaklaşımla tanımlamakta ve yapay zekânın başarısı insan zekâsına benzer olup olmamasıyla ölçülmektedir¹². Kendisini “zeki insan” (*homo sapiens*) olarak adlandıran insanoğlu, makinelerin zeki olup olmamasını genellikle bilgi düzeyleri, becerileri, hafızaları veya öğrenme kapasiteleri gibi özellikleriyle değil, insan zekâsına benzerlikleriyle değerlendirmektedir. Buna karşın yapay zekâyı insan zekasına benzerliği üzerinden değil, rasyonelliği, yani en iyi sonucu (veya belirsizlikler varsa tahmin edilen en iyi sonucu) elde etme kabiliyeti üzerinden tanımlayan yaklaşımlar da mevcuttur¹³.

Bu çalışmada, önce yapay zekanın tarihsel gelişimine ve teknik açıdan makine öğrenme türlerine kısaca değinilecek; ardından, yapay zekanın en güncel ve önemli tartışma konuları arasında yer alan sezgi, rastlantısal karar verme ve özgür irade gibi özelliklerin ve dolayısıyla yaratıcılık yetisinin yapay zekaya aktarılmasının teknik olarak mümkün olup olmadığı ve mümkünse bile tercih edilebilir bir durum olup olmadığı konuları ele alınacaktır. Gerçekten de insanı diğer canlılardan ve *homo sapiens* öncesi alt türlerden ayıran en önemli özelliklerden birinin yaratıcılık olması¹⁴, yapay zekaya yaratıcılık özelliği kazandırabilecek olan sezgiye dayalı rastlantısal karar verebilme ve özgür iradeyle hareket edebilme yetilerinin önemini ortaya

¹⁰ Cahit Arf, “Makine Düşünebilir Mi ve Nasıl Düşünebilir?”, *Atatürk Üniversitesi, Üniversite Çalışmalarını Muhite Yayıma ve Halk Eğitimi Yayınları Konferanslar Serisi No: 1*, (1959), s. 103.

¹¹ Charlton T. Lewis ve Charles Short, *A Latin Dictionary*, (Oxford: Clarendon Press, 1879). Bkz. <https://www.perseus.tufts.edu/hopper>

¹² Jacob Turner, *Robot Rules – Regulating Artificial Intelligence*, (London: Palgrave Macmillan, 2019), s. 9.

¹³ Russell ve Norvig, s. 5.

¹⁴ John Noble Wilford, “When Humans Became Human”, *New York Times*, (26.02.2002) s. 1, <https://www.nytimes.com/2002/02/26/science/when-humans-became-human.html>

koymaktadır. Son bölümde ise, yapay zekanın neden olabileceği tehditler farklı açılardan ele alınacaktır.

II. YAPAY ZEKANIN KISA TARİHÇESİ

Yapay zekâ fikrinin binlerce yıl öncesine uzandığı söylenebilir. Hareket eden ve bazı işleri yapabilen robotlar üretme hayali eski Çin, Mısır ve Yunan uygarlıklarına kadar dayanmaktadır. O dönemde yazılmış bazı eserlerde ve o dönemi anlatan efsanelerde bu tür robotların varlığından söz edilmektedir. Bu robotlara, kendi kendine hareket eden anlamına gelen “automaton” kelimesinin çoğulu olan “automata” adı verilmektedir¹⁵.

Antik çağ anlatılarındaki otomatlar, genellikle metalden yapılmış, programlanınca belirli bir işi yapabilen, konuşan, yürüyen ama duyguları olmayan makinelerdir¹⁶. En eski otomatlardan biri, Homeros’un milattan önce yaklaşık 8. Yüzyılda yazdığı tahmin edilen İlyada adlı eserinde bahsettiği kendiliğinden açılıp kapanabilen kapılardır¹⁷.

Mitolojiye konu olan otomatlardan bir diğeri, tanrılardan ateşi çaldığı için bir kayalığa zincirlenmiş Prometheus'a işkence etmesi için Hephaistos tarafından yapılan Kafkas Kartalıdır. Efsaneye göre Prometheus ateşi çaldığı için sonsuz bir işkenceye, her gün bir robot kartal tarafından ciğerinin yenmesi cezasına çarptırılmıştır¹⁸.

Mitolojide konu olan başka otomatlar da bulunmaktadır. Örneğin, Zeus’un oğlu ve Afrodit’in kocası olan, demirci tanrı Hephaistos tarafından yapıldığı anlatılanlar gibi. Bu anlatılar arasında, savaş arabalarını çekmeleri için imal ettiği tunç “Kabeiroi Atı”; Delphi’deki Apollon tapınağı için altından dökülen, şarkı söyleyen, sihirli kız korosu “Keledon”lar; ev işlerinde kendisine yardımcı olmaları için ürettiği, hareket edebilen, güzel birer kadın

¹⁵ Encyclopedia Britannica, (Eylül 2013), <https://www.britannica.com/technology/automaton>

¹⁶ Vural Yiğit, *Postmodern Mitoloji*, (Basılmamış Ders Notu), https://www.academia.edu/37930187/postmodern_mitoloji, s. 169.

¹⁷ Aske Plaat, *Learning to Play: Reinforcement Learning and Games*, (Leiden: Springer, 2020), s. 12. Ayrıca bkz. Dimitrios Kalligeropoulos ve Soultana Vasileiadou, “The Homeric Automata and Their Implementation”, in Paipetis S.A. (eds), *Science and Technology in Homeric Epics*, cilt 6, (2008), s. 77.

¹⁸ Manuel Kretzer ve Ludger Hovestadt, *Alive: Advancements in Adaptive Architecture*, (Basel: Birkhäuser, 2014), s. 50.

görünümündeki bir çift heykel olan “Kourai Khryseai”; Kolchis kralı Aeetes’e hediye olarak imal ettiği, ateş püsküren bir çift boğa şeklindeki bronz otomat “Khalkotauroi”; tanrılarının şöenlerinde kullanılsın diye ürettiği, tekerlerini kendileri takabilen, 20 adet üç ayaklı altın servis sehpa “Tripodes Khryseoi”; kral Alkinous'un sarayını korusunlar diye ürettiği, biri altından, diğeri gümüşten 2 bekçi köpeği otomatı “Khryseos” ve “Argyreos” ve Girit kraliçesi Europa'ya düğün hediyesi olarak sunduğu, Girit Adasını koruyan bronz dev “Talos” en bilinenleridir¹⁹.

Aristoteles de milattan önce 4. Yüzyılda robot otomatlardan şöyle söz ediyordu:

*“Çünkü, her aracımız, Daidalos'un yaptığı heykeller ya da ozanın "kendiliklerinden tanruların toplantısına girerler” dediği Hephaistos'un tekerlekli sehpaları gibi, biz söyleyince ya da gerektiğini kendisi görerek işlerini yerine getirebilseydi — diyelim, dokuma tezgâhının mekiği kendiliğinden gidip gelse, lirin mızrabı kendiliğinden çalsaydı, o zaman ne yapımcıların işçiyeye gereksinmesi olurdu ne de efendilerin köleye.”*²⁰

Aristoteles’in robotlarla ilgili olarak kullandığı “biz söyleyince ya da gerektiğini kendisi görerek” ibaresi, sadece programlanan değil kendiliğinden karar alabilen yapay zekâ fikrinin antik çağlara kadar dayandığını göstermektedir.

Otomat örneklerinden biri de, milattan önce 43 ile milattan sonra 17 arasında yaşamış olan Ovidius’un Dönüşümler kitabında bahsettiği fildişinden kadın karakteridir²¹. Pygmalion, kusurlarından arındırılmış bir insan yaratmak arzusuyla fildişinden bir kadın heykeli yapmış ve ona Galatea ismini vermiştir²².

¹⁹ Vural, s. 169-170.

²⁰ Aristoteles, *Politika* (Çeviren: Mete Tuncay), (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1975), Kitap 1, Bölüm 4, s. 12.

²¹ Christian Fron ve Oliver Korn, “A Short History of the Perception of Robots and Automata from Antiquity to Modern Times”, in. *Social Robots: Technological, Societal and Ethical Aspects of Human-Robot Interaction*, (2019), s. 3.

²² Ovid, *Metamorphoses*, (London: Penguin Classics, 2014), s. 394-396.

*“Gel zaman git zaman büyük bir ustalık ve maharetle
mükemmel kadın güzelliğinin timsali bir heykel yonttu
fildişinden, kar gibi beyaz – sonra kendi yaratımına
aşık oldu.”²³*

Kendi yarattığı heykele aşık olan Pygmalion daha sonra tanrılardan ona can vermesini diler:

*“Pygmalion adaklarıyla sunakta dikildi ve heyecanla
tanrılara seslendi:*

‘Ey tanrılar, her tür mucize sizin elinizdedir,

*Bana evlenmeyi bahşedin...’ - benim fildişi bakiremle
demeye cüret edemedi,*

‘benim fildişi bakireme benzeyen bir kadınla’ deyiverdi.

Altın Venüs kendi kutlaması için oradaydı.

*Pygmalion’un ne demek istediğini anladı ve dileğini
ona bahşetti.²⁴*

Hikâyenin ana fikri, insan tarafından yaratılabilecek varlıkların yaşamın idealize edilmiş dışsal taklidi ile sınırlı olduğu, yaşamın kendisinin ancak tanrısal bir dürtü ile yaratılabileceğidir²⁵. Pygmalion ile Galatea’nın hikayesi, Daumier, Edward Brune-Jones, Rodin, Ernest Normand, Paul Delvaux, Francico Goya, Franz Von Stuck, Boucher ve Thomas Rowlandson gibi pek çok sanatçı tarafından ele alınmıştır²⁶.

Antik Çin’de de otomat örneklerine rastlanmaktadır. Milattan önce 5. Yüzyılda yazılmış olan Lie Zi adlı eserde, insan şeklindeki mekanik bir robottan bahsedilmektedir²⁷.

Otomata üretim geleneği Orta Çağ’da da devam etmiştir. Alman elçisi Piskopos Liutprand 949 yılında Bizans İmparatoru Theophilos’un sarayına yaptığı ziyaretinde gördüğü taht üzerinde süs olarak yer alan hayvan ve kuş figürlerinin hareket ettiğini, kükrediğini ve öttüğünü; yine şarkı söyleyen

²³ Ovid, s. 394.

²⁴ Ovid, s. 395.

²⁵ Fron ve Korn, s. 3.

²⁶ Vural, s. 172.

²⁷ Dağıtmaç ve Ekmen, s. 97.

madeni kuşlar, bir çeşme gibi gülsuyu püskürten altın horoz, keçi ve koyunlar mekanik aygıtlar olduğunu yazmıştır²⁸.

Fransız mühendis Jacques de Vaucanson tarafından 1738 yılında yapılan on iki şarkıyı çalabilen Flüt Çalıcısı da biyomekanik otomatlar arasında yer almaktadır. Kanatlarını çırpması, oturması, kalkması, su içmesi gibi özelliklerinin yanı sıra ön plana çıkan özelliği, Vaucanson'un ifadesiyle "doğadan kopyalanmış" yöntemlerle yemek yemesi, sindirmesi ve dışkılamaşıydı²⁹.

Mary Shelly'nin Frankenstein'ı (1818) ve Carlo Collodi'nin Pinokyo'su (1883) gibi modern hikayelerde de cansız objelerden yaşayan varlıklar yaratma girişimlerinin anlatıldığı görülmektedir³⁰.

Makinelerin hayatımıza girmesi ve artan fonksiyonları genel olarak dört evrede ele alınmaktadır: buhar gücüyle çalışan makineler (18. Yüzyıl), elektriğin üretimde kullanımı ve seri üretim (20. yüzyılın başı), elektronik ve otomasyon (1970 ve sonrası) ve "Dördüncü Sanayi ve Endüstri Devrimi" olarak da adlandırılan nesnelere interneti ve dijital teknolojiler evresi (21. yüzyılın ikinci 10 yılından itibaren)³¹.

Bir bilim dalı olarak yapay zekânın ortaya çıkışı 20. Yüzyılın ortalarında olmuştur. Teknolojinin gelişmesi ve ilk bilgisayarların 1940'larda yapılmasıyla birlikte, yapay zekânın yapılabilirliğine olan inanç da artmıştır. İngiliz matematikçi Alan Turing, 1950 yılında "makinelere düşünebilir mi?" sorusunu gündeme getirmiştir. Bunu anlayabilmek için geliştirdiği ve Turing Testi olarak adlandırılan testte, bir insan karşısındaki kişiye sorduğu sorulardan aldığı cevaplara göre gerçek bir insan ile mi yoksa bir makine ile mi diyalog içinde olduğunu tahmin etmeye çalışmaktadır. Testi yapan kişi

²⁸ Deniz Demirarslan, "Bizans Uygarlığında Günlük Yaşam, Mekan ve Mobilya", *Journal of Social and Humanities Sciences Research (JSHSR)*, cilt: 6, sayı: 32, (2019), s. 35.

²⁹ Etienne Benson, "Science historian examines the 18th-century quest for artificial life", *Stanford Report*, (October 24, 2001), <https://news.stanford.edu/news/2001/october24/riskinprofile-1024.html>

³⁰ Ramesh Subramanian, "Emergent AI, Social Robots and the Law: Security, Privacy and Policy Issues", *Journal of International Technology and Information Management*, cilt: 26, sayı: 3, (2017), s. 83.

³¹ Fevzi Yılmaz, "Robotlar Hayatımızda", *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, sayı: 12, (2018 Güz), s. 111.

karşısındaki iki katılımcıya klavye üzerinden, herhangi bir konuşma olmaksızın sadece yazılı olarak sorular yöneltir ve eğer testi yapan kişi aldığı cevaplara göre insan ile makine arasında ayırım yapamazsa yapay zekâ testi geçmiş olur³².

Yapay zekâ bilim dalının kurucusu olarak kabul edilen John McCarthy'nin de aralarında bulunduğu dört bilim insanı tarafından 31 Ağustos 1955 tarihinde sunulan bir proje teklifi üzerine 1956 yılında Amerika Birleşik Devletlerindeki Dartmouth Kolejinde yapay zekâ konulu bir yaz araştırma projesi gerçekleştirilmiştir. Projenin teklifinde çalışmanın amacı ve hedefleri belirtilirken şu ifadelerle yer verilmiştir:

“1956 yazında Hanover, New Hampshire'daki Dartmouth Koleji'nde 2 aylık, 10 kişilik bir yapay zekâ çalışmasının yapılmasını öneriyoruz. Çalışma, öğrenmenin her boyutunun veya zekânın diğer herhangi bir yönünün, prensip olarak bir makinenin onu simüle edebileceği kadar kesin bir şekilde tanımlanabileceği varsayımı temelinde gerçekleştirilecektir. Bu çalışma ile, makinelerin dili, soyutlamalar ve kavramlarla, nasıl kullanacakları, halen insanlara özgü bir özellik olduğu düşünülen problem çözme yetisine nasıl sahip olabilecekleri ve kendilerini nasıl geliştirecekleri sorularına cevap bulunmaya çalışılacaktır. Bir yaz boyunca dikkatle seçilmiş bir grup bilim insanı üzerinde birlikte çalışırsa bu sorunlardan bir veya daha fazlasında önemli bir ilerleme sağlanabileceğini düşünüyoruz.”³³

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yapay zekâ teorilerinin denenebileceği makineler yapılmaya başlanabilmiştir. 1963 yılında MIT (Massachusetts Institute of Technology) tarafından, yapay zekâ unsurları da içeren MAC Projesi başlatılmıştır³⁴.

Yapay zekâ alanında önemli bir diğer dönüm noktası ise “süper bilgisayarların” geliştirilmesi olmuştur. IBM'in 1997 yılında geliştirdiği ve

³² Turner, s. 9 vd.

³³ McCarthy, Minsky, Rochester ve Shannon, s. 12.

³⁴ Subramanian, s. 83.

Gary Kasparov gibi satranç ustalarını yenen Derin Mavi (*Deep Blue*) ve 2011 yılında geliştirdiği ve bir televizyon bilgi yarışmasını kazanan Watson gibi süper bilgisayarlar, bunlara örnek olarak gösterilebilir³⁵.

Günümüzde yapay zekâ, mühendislik, bilim, tıp, iş dünyası, muhasebe, finans, pazarlama, sigorta, ekonomi, borsa, otomotiv, eğitim ve tarım gibi pek çok alanda önemli bir araştırma konusu haline gelmiştir³⁶. Bu sayede, makine öğrenmesi kapasitelerine sahip robotlar iş dünyası, hükümetler ve toplum üzerinde derin bir etki yaratmış ve yapay zekânın kullanım alanı hızla artmıştır³⁷.

III. MAKİNE ÖĞRENMESİ VE TEKNİKLERİ

A. Makine Öğrenmesi Kavramı

Öğrenme, esas itibarıyla kalıcı davranış değişikliği olarak nitelendirilebilir³⁸. İnsanlarda anne karnından itibaren başlayan öğrenme, beyin tarafından gerçekleştirilen bir faaliyettir³⁹. Öğrenmenin ne şekilde gerçekleşeceği ise, öğrenme kuramlarının konusunu teşkil eder. Bununla ilgili olarak davranışsal, duyuşsal, bilişsel, nörofizyolojik temelli pek çok öğrenme kuramı ortaya atılmıştır⁴⁰.

Belirtmek gerekir ki öğrenme, yalnızca insana özgü bir yeti olmayıp, tüm canlılar, hatta makineler için de geçerli bir süreçtir. Makinelerin insandaki öğrenme süreçlerini taklit etmesini amaçlayan algoritmalara makine öğrenmesi (*machine learning*) adı verilmektedir. Bu öğrenme yöntemi, belirli bir sorunu çözmeye yönelik olarak, insan müdahalesinin sınırlı tutulduğu veya hiç

³⁵ Subramanian, s. 84 vd.

³⁶ Cioffi, Travaglioni, Piscitelli, Petrillo ve De Felice, s. 492, s. 2. Ayrıca bkz. Forbes Technology Council, "16 Industries and Functions that will Benefit from AI in 2022 and Beyond", Forbes Dergisi, erişim 13 Ocak 2022, <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2022/01/13/16-industries-and-functions-that-will-benefit-from-ai-in-2022-and-beyond/>

³⁷ Cioffi, Travaglioni, Piscitelli, Petrillo ve De Felice, s. 2.

³⁸ Ümit Yegen, *Beyin Temelli Öğrenme ve Türkçe Eğitimi*, (Ankara: Astana Yayınları, 2021) s. 19.

³⁹ Yılmaz, s. 3.

⁴⁰ Yegen, s. 23.

olmadığı bir şekilde, tecrübeye dayalı anlamlı tahminler yapılmasını amaçlayan algoritmaların genel adıdır⁴¹.

Makine öğrenmesinin en yalın tanımlarından biri 1959 yılında, yapay zekâ ve bilgisayar oyunlarının önde gelen isimlerinden olan Arthur Samuel tarafından, “bilgisayarlara açıkça programlanmaksızın öğrenme yeteneği kazandırmayı inceleyen çalışma alanı” şeklinde yapılmıştır⁴². Gerçekten de, makine öğrenmesi ile tümevarımsal bir yöntemle çeşitli örnekler incelenmekte ve bunlardan çıkan sonuçlara dayalı olarak makine gelecekte nasıl hareket etmesi gerektiğine ilişkin tahminlerde bulunmaktadır⁴³. Ne kadar çok örnek incelenirse tahminlerdeki başarı oranı da o ölçüde yüksek olacaktır. İnsanoğlu bakımından “deneyim” olarak adlandırılan bu durum, makineler için de öğrenmenin aracı olarak kullanılmaktadır⁴⁴.

Makine öğrenmesi de insan öğrenmesi gibi zaman içerisinde iyileşmeye ve deneyim kazanmaya dayalı bir öğrenme olup bilgisayarın bir olayla ilgili bilgileri ve tecrübeleri öğrenerek gelecekte oluşacak benzer olaylar hakkında kararlar verebilmesi ve problemlere çözüm üretebilmesini amaçlamaktadır⁴⁵.

Makine öğrenmesi, istatistik, bilgisayar bilimi, mühendislik, bilişsel (cognitive) bilim, optimizasyon teorisi ve matematik gibi pek çok bilim alanını bir araya getiren disiplinlerarası bir çalışma alanıdır⁴⁶. Makine öğrenmesi, yapay zekânın gelişimi için son derece önemlidir. Bir yapay zekâ sisteminin gelişebilmesi için kendisine yüklenen denklemleri zaman içinde kendiliğinden değiştirebilmesi gerekli olup bunu yapabilmesi makine öğrenmesi ile mümkün olmaktadır. Aksi takdirde yapay zekâ, kendisini geliştirmeyi ve bilgilerini güncellemeyi reddeden bir insan gibi verimsiz bir hale dönüşecektir⁴⁷.

⁴¹ Lord Hodge, “Financial technology: opportunities and challenges to law and regulation”, in Baker, D. J. – Robinson, P. H. (ed.), *Artificial Intelligence and the Law - Cybercrime and Criminal Liability*, (2021), s. 32.

⁴² Turner, s. 71.

⁴³ Gabriel Hallevy, *When Robots Kill – Artificial Intelligence under Criminal Law*, (Boston: Northeastern University Press, 2013), s. 11.

⁴⁴ *ibid.* s. 62.

⁴⁵ Dağıtmaç ve Ekmen, s. 97.

⁴⁶ Zoubin Ghahramani, “Unsupervised Learning”, Gatsby Computational Neuroscience Unit, University College London, (16 Eylül 2004), s. 3. <http://mlg.eng.cam.ac.uk/zoubin/papers/ul.pdf>

⁴⁷ Hallevy, s. 93.

Makine öğrenmesi teknikleri kullanan programlar, gözetimli olanlar da dahil olmak üzere, doğrudan ve tamamen insan kontrolünde olmadıkları için, bu programların problem çözme konusundaki yaklaşımları insanlarınkinden farklılaşmaktadır. Esasen yapay zekânın en önemli avantajlarından birisi de budur; zira sadece düşünmesi veya bizim gibi düşünmesi değil, bizden farklı bir şekilde düşünebilmesi, yapay zekânın en önemli faydalarından birini oluşturmaktadır⁴⁸.

B. Makine Öğrenmesi Teknikleri

Makine öğrenmesi teknikleri, genellikle gözetimli öğrenme (*supervised learning*), gözetimsiz öğrenme (*unsupervised learning*), pekiştirmeli öğrenme (*reinforcement learning*) ve derin öğrenme (*deep learning*) şeklinde dört başlık altında sınıflandırılmaktadır⁴⁹.

1. Gözetimli Öğrenme

Gözetimli öğrenme tekniğinde makinenin öğrenmesi insan gözetimi altında gerçekleşmektedir. Bu teknikte eğitim verisi etiket (*label*) olarak makineye işlenmekte ve belirli bir problem karşısında sonuca ulaşması için önceden yüklenmiş girdi-çıkı eşleri kullanılmaktadır⁵⁰. Başka bir ifadeyle, problemi çözmek adına her bir örnek için “doğru cevabı” içeren verilerden yararlanılmaktadır⁵¹.

Gözetimli öğrenmede spesifik hata mesajları son derece önemlidir. Sisteme sadece hata olduğu bilgisinin geçmesi yeterli olmayıp hatanın sebebi özel olarak iletilmektedir. Bu geri bildirim sayesinde sistem gelecekte karşılaşılabilecek etiketlenmemiş verileri nasıl kategorize etmesi gerektiğine ilişkin hipotezler üretmekte ve bunları her geri bildirimle güncellemektedir⁵².

Gözetimli öğrenme tekniğinin diğer tekniklere göre avantajlarından biri, bu teknikte üretilen modelin ulaşılması hedeflenen amaçtan sapması halinde

⁴⁸ Turner, s. 74.

⁴⁹ Neil Wilkins, *Artificial Intelligence*, (CH Publications, 2019), s. 124; Turner, s. 71; Matjaž Perc, Mahmut Özer ve Janja Hojnik, “Social and Juristic Challenges of Artificial Intelligence”, *Palgrave Communications*, 5, 61 (2019), s. 2.

⁵⁰ Russell ve Norvig, s. 652.

⁵¹ Turner, s. 71.

⁵² Turner, s. 72.

insan faktörünün bunu tespit ederek düzeltmek için yeni alt-amaçlar belirleyebilecek olmasıdır⁵³.

Her ne kadar gözetimli öğrenmede insan katkısı izleme ve geri bildirim sunma için gerekli ise de bu tekniğin yenilikçi tarafı, kendisine yüklenen verilerle ilgili olarak makinenin oluşturacağı hipotezlerin ve bu hipotezlerin zaman içindeki gelişiminin önceden programlanmamış olmasıdır⁵⁴.

Gözetimli öğrenme tekniğinde kullanılan algoritmalara örnek olarak, karar ağaçları⁵⁵ (*decision trees*), en yakın komşuluk⁵⁶ (*k-nearest neighbors*), yapay sinir ağları⁵⁷ (*artificial neural network*)-ve doğrusal regresyon⁵⁸ (*linear regression*) sayılabilir.

2. Gözetimsiz Öğrenme

Gözetimsiz öğrenme tekniğinde etiket bilgisi bulunmamaktadır. Her ne kadar algoritmaya veriler yüklenmekte ise de bunlara herhangi bir etiketleme yapılmamakta ve geri bildirim de verilmemektedir⁵⁹. Onun yerine, yine önceden yüklenen veriler esas alınarak bunlar arasındaki gizli detayların ve ilişkilerin ortaya çıkarılması amaçlanmakta, böylece makine tarafından “bilgi keşfedilmektedir”⁶⁰. Dolayısıyla, bu teknikte hangi çıktıların doğru veya yanlış olduğuna ilişkin olarak makineyi gözetleyerek ona rehberlik edecek bir insan bulunmamaktadır.

Gözetimsiz öğrenme tekniğinde en sık kullanılan algoritmalara örnek olarak, kümeleme⁶¹ (*clustering*) ve temel bileşen analizi⁶² (*principal component analysis*) sayılabilir.

⁵³ Sadie Creese, “The Threat from AI”, in Baker, D. J. – Robinson, P. H. (ed.), *Artificial Intelligence and the Law - Cybercrime and Criminal Liability*, (2021), s. 205.

⁵⁴ Turner, s. 72.

⁵⁵ Russell ve Norvig, s. 657.

⁵⁶ Zalan Bodo ve Zsolt Minier, “On Supervised and Semi-Supervised k-Nearest Neighbor Algorithms”, *Studia Universitatis Babeş-Bolyai, Informatica*, cilt: LIII, sayı: 2, 2008.

⁵⁷ Perc, Özer ve Hojnik, s. 2.

⁵⁸ Russell ve Norvig, s. 676.

⁵⁹ Wilkins, s. 124.

⁶⁰ Margaret A. Boden, *AI: Its Nature and Future*, (Oxford: Oxford University Press, 2016), s. 47, aktaran: Turner, s. 72.

⁶¹ Russell ve Norvig, s. 652.

⁶² Russell ve Norvig, s. 775.

3. Pekiştirmeli Öğrenme

“Zayıf gözetimli öğrenme” olarak da adlandırılan pekiştirmeli öğrenme tekniği, esas olarak ödül ve ceza yöntemi kullanılarak makinenin hangi eylemleri yapması gerektiğini öğrenmesi üzerine kurulu bir tekniktir⁶³. Bu amaçla nihai bir hedef içeren bir algoritma üretilmekte ve bu hedefe uygun bir eylem gerçekleştirildiğinde ödüllendirmek, aykırı bir eylemdeyse cezalandırmak suretiyle makinenin öğrenmesi amaçlanmaktadır⁶⁴. Ancak bu ödül ve cezalar dışarıdan bir müdahaleyle bir insan tarafından değil, önceden belirlenmiş algoritma vasıtasıyla uygulanmaktadır.

Pekiştirmeli öğrenme tekniğinde makine, çevresi ile etkileşim halindedir ve sadece tek bir hareketin sonucunu değil çeşitli hareketler silsilesinin muhtemel sonuçları hakkında tahminlerde bulunmaktadır⁶⁵. Bu tahminlerin neticesinde aldığı ödül veya cezalara göre sonraki hareketlerine ilişkin bir öğrenme sürecine girmektedir.

4. Derin Öğrenme

Makine öğrenmesinin bir alt türü olan derin öğrenme (*deep learning*), çok katmanlı yapay sinir ağlarının oluşturulması suretiyle gerçekleştirilen bir öğrenme yöntemidir. Genel olarak insan beyninin çalışma yapısını taklit eden bu yöntemde, büyük miktarlardaki veriler, daha fazla yapay sinir ağı katmanı olması dolayısıyla, daha kolay işlenebilmekte ve daha başarılı sonuçlar alınabilmektedir⁶⁶.

Derin öğrenmenin en çok kullanılan türlerinden biri, konvolüsyonel sinir ağları olarak bilinen çok katmanlı yapay sinir ağlarının kullanılmasına dayanan ve Geoffrey Hinton tarafından 2006 yılında yayınlanan makalede⁶⁷ ele alınan derin konvolüsyonel sinir ağları (*deep convolution neural network, D-CNN*) yöntemidir. Bu yöntemde, her yapay sinir ağı katmanı, giriş verilerini bir sonraki katmanın belirli bir görev için kullanabileceği giriş bilgilerine

⁶³ Turner, s. 74.

⁶⁴ Russell ve Norvig, s. 652.

⁶⁵ Ghahramani, s. 3.

⁶⁶ Iqbal H. Sarker, “Deep Learning: A Comprehensive Overview on Techniques, Taxonomy, Applications and Research Directions”, *SN Computer Science*, sayı: 2, (2021), s. 420.

⁶⁷ Geoffrey E. Hinton, Simon Osindero ve Yee-Whye Teh, “A fast learning algorithm for deep belief nets”, *Neural computation*, 18(7), (2006), s. 1527-1554.

dönüştüren birimlerden oluşur ve bu yapı sayesinde algoritma kendi veri işleme süreçleriyle bilgi sahibi olur⁶⁸.

Bunun dışında, Derin İleri Beslemeli Sinir Ağı (*Deep Feedforward Neural Networks, D-FFNN*), Tekrarlayan Sinir Ağı (*Recurrent Neural Network, RNN*) ve Derin İnanış Ağları (*Deep Belief Networks, DBNs*) gibi başka derin öğrenme yöntemleri de bulunmaktadır⁶⁹.

Derin öğrenme yöntemi, daha komplike öğrenme, akıl yürütme ve davranış biçimlerinin yapay zekâ tarafından sergilenmesine imkân tanıdığı için en ileri yöntem olarak değerlendirilmekte ve güvenlik, savunma, medikal, finans, yüz tanıma ve otonom araçlar gibi pek çok alanda kullanılmaktadır⁷⁰.

IV. SEZGİ, RASTLANTISALLIK VE ÖZGÜR İRADENİN YAPAY ZEKADAKİ ROLÜ

En başarılı yapay zekâ en bilgili olan ve en az hata yapan mıdır, yoksa hataları ve eksiklikleriyle insana en çok benzeyen midir? Bu sorunsalın, kökleri çok eski felsefi tartışmalara dayanan teorik bir boyutu bulunmakla birlikte, aynı zamanda yapay zekânın teknolojik gelişimine yön veren pratik bir etkisi de söz konusudur. Örneğin, yapay zekânın bazı durumlarda sezgileriyle hareket etmesi tercih edilen bir durum mudur ve öyleyse bunun sağlanması mümkün müdür? Ya da yapay zekâdan insanlarda olduğu gibi bazı anlarda rastlantısal kararlar vermesi beklenmeli midir?

Genellikle yapay zekâ insan-merkezci bir yaklaşımla tanımlanmakta ve yapay zekânın başarısı insan zekâsına benzer olup olmamasıyla ölçülmektedir⁷¹. Kendisini “zeki insan” (*homo sapiens*) olarak adlandıran insanoğlu, makinelerin zeki olup olmamasını genellikle bilgi düzeyleri, becerileri, hafızaları veya öğrenme kapasiteleri gibi özellikleriyle değil, insan

⁶⁸ Mehmet Fatih Özdemir, *Derin Öğrenme Tabanlı Gerçek Zamanlı Kimliklendirme Sistemi*, Yüksek Lisans Tezi, (Malatya: İnönü Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Aralık 2021), s. 1.

⁶⁹ Frank Emmert-Streib, Zhen Yang, Han Feng, Shailesh Tripathi ve Matthias Dehmer, “An Introductory Review of Deep Learning for Prediction Models with Big Data”, *Frontiers in Artificial Intelligence*, cilt: 3, sayı: 4, (2020), s. 1-23.

⁷⁰ Sarker, s. 419; Badr Ben Elallid, Nabil Benamar, Abdelhakim Senhaji Hafid, Tajjeeddine Rachidi ve Nabil Mrani, “A Comprehensive Survey on the Application of Deep and Reinforcement Learning Approaches in Autonomous Driving”, *Journal of King Saud University - Computer and Information Sciences*, cilt: 34, sayı: 9, (2022), s. 7366-7390.

⁷¹ Turner, s. 9.

zekâsına benzerlikleriyle değerlendirmektedir. Yukarıda yapay zekanın tarihçesi bölümünde de kısaca değinildiği üzere, 1950’li yıllarda İngiliz matematikçi Alan Turing tarafından geliştirilen ünlü Turing Testinde, bir insan karşısındaki kişiye sorduğu sorulardan aldığı cevaplara göre gerçek bir insan ile mi yoksa bir makine ile mi diyalog içinde olduğunu tahmin etmeye çalışmaktadır. Testi yapan kişi karşısındaki iki katılımcıya klavye üzerinden, herhangi bir konuşma olmaksızın sadece yazılı olarak sorular yöneltir ve eğer testi yapan kişi aldığı cevaplara göre insan ile makine arasında ayırım yapamazsa yapay zekâ testi geçmiş olur. Görüleceği üzere, testte başarı kıstası, sorulan sorulara doğru ya da yanlış cevap verilmesi değil, bir insanın vereceği cevaplara ne kadar benzer cevaplar verilir verilmemiştir.

A. Dördüncü Nesil Yapay Zekâ: Yapay Sezgi

Claxton’un “*neden öyle olduğunu bilmeden bilmek*”⁷² veya Gigerenzer’in “*hissedilen bilgi*”⁷³ şeklinde tanımladığı sezgi, antik çağdan günümüze kadar pek çok filozofun bilgi kuramında önemli bir yere sahip olmuştur.

Platon sezgiyi, saf akılsal bilgi (*Noesis*) olarak tanımlamakta ve “*ruhun gözleriyle görmek*” şeklinde ifade etmektedir⁷⁴. Aristoteles’e göre de en temel ilkeler sezgiyle kavranır⁷⁵.

Sezgiyi “akıl doğa ışığı” olarak adlandıran Descartes’e göre, yalnız doğrular ancak sezgiyle bilinir ve ilk ilkeler sezgi yoluyla kavranıp bu ilk ilkelerden başka yargılara tümdengelim yoluyla varılır⁷⁶. Eşyanın bilgisine ulaşmanın tek yolu sezgi ve tümdengelimdir⁷⁷. Ona göre zihnimiz hakkında bildiklerimiz dış dünya ile ilgili bildiklerimizden daha kesindir⁷⁸.

⁷² Aktaran Thea Zander, Michael Öllinger ve Kirsten G. Volz, “Intuition and Insight: Two Processes That Build on Each Other or Fundamentally Differ?”, *Frontiers in Psychology*, cilt: 7, 1395, (2016), s. 3.

⁷³ Zander, Öllinger ve Volz, s. 3.

⁷⁴ Dariusz Piętko, “The Concept of Intuition and Its Role in Plato and Aristotle”, *Organon*, sayı: 47, (2015), s. 31.

⁷⁵ Robert Bolton, “Intuition in Aristotle”, in. L. Osbeck & B. Held (Eds.), *Rational Intuition: Philosophical Roots, Scientific Investigations*, (2014), s. 39.

⁷⁶ Sümeyye Topakkaya, *Descartes Epistemolojisinde Sezgi Kavramının Yeri*, Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022), s. 39.

⁷⁷ Rene Descartes, *Aklın İdaresi İçin Kurallar* (Çev: Mehmet Karasan), (İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1989), s. 14.

⁷⁸ Werner Heisenberg, *Physics and Philosophy*, (London: Penguin Classics, 2000), s. 40.

John Locke'a göre ise sezgi, bilgiyi elde etmemizi sağlayan yöntemlerden biri olup, iki ide arasındaki uyum veya uyumsuzluğun bir üçüncü ide olmaksızın kontrol edilmesidir⁷⁹.

Sezgi, akıl yürütmenin önemli bir evresini oluşturur. Sezgi akıl yürütmeyi hazırlar; ondan önce gelir; icat ve keşif sezgi ile yapılır; ancak akıl yürütme ile ispat olunur⁸⁰. Gerçekten de örneğin matematik alanındaki icatlarda matematikçinin sezgisi son derece önemli bir rol oynamaktadır⁸¹.

Acaba akıl yürütme veya bilgiye ulaşma bakımından bu kadar önemli olan sezgi yetisine yapay zekânın da sahip olması mümkün müdür? Bu soruyu cevaplandırmak için öncelikle sezginin kaynağı ile ilgili tartışmalara kısaca değinmek faydalı olacaktır. Sezginin duyuyla mı yoksa zihinle mi ilgili olduğu, yoksa bunların da dışında kendi başına bir başka bilme yetisi mi olduğu antik çağdan bu yana tartışılacak bir konudur. Sezgicilik ekolünün temsilcilerinden Fransız filozof Bergson'a göre sezginin kaynağı olan içgüdü, bileşik bir refleks veya bilinçle kazanılmış ve verasetle kökleşmiş faydalı küçük rastlantıların bir toplamıdır⁸². Sezgi, bilinç vasıtasıyla ortaya çıkar fakat kendi kendine gerçekleşmez; o, bilinçaltında geçen uzun ve meşakkatli bir hazırlanışın bilince yükselen neticesidir⁸³. Bergson'un aksine, Descartes ve Kant'a göre ise sezginin kaynağı akıldır ve sezgi ile zekâ birbirlerine taban tabana zıttır⁸⁴.

Güncel yaklaşımlar sezginin daha çok geçmiş bilgiye dayalı olduğu yönündedir. Örneğin Baylor'a göre, sezgi olgun olan ve olmayan olarak ikiye ayrılmakta ve olgun sezgi yetisi, deneyim ve uzmanlığın artmasıyla doğru

⁷⁹ Mehmet Tefik Özcan, "John Locke'un Birey Anlayışının Felsefi Temelleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt: 52, (1987), s. 568.

⁸⁰ İsmail Köz, "Sezginin Bilgideki Yeri ve Önemi", *Felsefe Dünyası*, sayı: 40, (2004/2), s. 53.

⁸¹ Alex Davies, Petar Veličković, Lars Buesing ve diğerleri, "Advancing mathematics by guiding human intuition with AI", *Nature*, 600, (2021), s. 71, <https://doi.org/10.1038/s41586-021-04086-x>

⁸² Ayşe Eroğlu, "Henri Bergson'da Bilinç-Sezgi İlişkisi", *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, sayı: 27, (Aralık 2012), s. 93.

⁸³ Eroğlu, s. 100.

⁸⁴ Mustafa Aslan ve F. Oben Uru, "Çevresel Dinamizmin ve Çevresel Olumsuzluğun Düzenleyici Rolü Altında Tepe Yönetim Profiline ve Firma Yapısının Sezgiye Dayalı Stratejik Karar Almaya Etkilerinin İncelenmesi", *Business and Economics Research Journal*, cilt: 12, sayı: 1, (2021), s. 175.

orantılı olarak gelişmektedir⁸⁵. Benzer şekilde, Brandenburg ve Sachse de sezgiyi şekillendiren şeyin deneyim olduğunu kabul eder⁸⁶. Bowers'a göre de sezgisel bilgi işleme süreci, bir kişinin hayatı boyunca farkında olmadan edindiği dolaylı bilgilere dayanmaktadır⁸⁷.

Bu çerçevede, sezgi yetisinin yapay zekâya aktarılmasına yönelik çalışmaların da deneyim ve uzmanlık aktarımına yoğunlaştığı gözlemlenmektedir. Sezginin yapay zekâya aktarılması bu alandaki en güncel tartışma konuları arasında yer almaktadır ve bu konuda pek çok bilimsel çalışma yürütülmektedir. Örneğin, 2022 yılında gerçekleştirilen bir bilimsel proje kapsamında, “sezgisel fiziği” öğrenebilen bir yapay zekâ geliştirilmeye çalışılmış ve olumlu sonuçlara ulaşılmıştır. Çalışma kapsamında, bir bebeğin sezgisel fiziği öğrenme yöntemlerine ilişkin bilimsel araştırmalar incelenerek bu yöntemler yapay zekâ üzerinde uygulanmıştır. Projeye verilen “*Physics Learning Through Auto-encoding and Tracking Objects (Otomatik Kodlama ve Nesnelere İzleme Yoluyla Fizik Öğrenimi)*” isminin baş harflerinden oluşan PLATO kod adı da sezgi (*noesis*) kavramını ele alan ilk filozoflardan olan Platon'a bir gönderme niteliğindedir. Çalışmanın sonuçlarına ilişkin olarak Nature Human Behaviour dergisinde yayınlanan makaleye göre, yapay zekânın kendisine izletilen gerçek insan bebeklerinin sezgilerinin oluşum sürecini taklit eden videolar sayesinde sezgisel fizik öğrenme testlerini geçtiği ve gözlem, kavrayış ve öngörülerinin giderek geliştiği tespit edilmiştir⁸⁸.

“Dördüncü nesil yapay zekâ” olarak adlandırılan “yapay sezginin” en önemli kullanım alanlarından birinin iş dünyası ve finans piyasaları olması beklenmektedir⁸⁹. Nitekim yakın tarihli bazı araştırmalar, şirket üst düzey

⁸⁵ Amy L. Baylor, “A U-Shaped model for the development of intuition by expertise”, *New Ideas in Psychology*, 19(3), (2001), s. 237-244.

⁸⁶ Stefan Brandenburg ve Katharina Sachse, “Intuition comes with experience”, *Annual Meeting of the Human Factors and Ergonomics Society Europe Chapter*, (2012), s. 1-11. Bkz. https://www.researchgate.net/publication/235247949_Intuition_comes_with_experience

⁸⁷ Zander, Öllinger ve Volz, s. 3.

⁸⁸ Luis S. Piloto, Ari Weinstein, Peter Battaglia, ve diğerleri, “Intuitive physics learning in a deep-learning model inspired by developmental psychology”, *Nature Human Behaviour*, 6, (2022), s. 1257–1267.

⁸⁹ “Fourth generation of AI arrives: Artificial Intuition”, 1.2.2021. Bkz. <https://softtek.eu/en/tech-magazine-en/artificial-intelligence-en/fourth-generation-of-ai-arrives-artificial-intuition>

yöneticilerinin büyük bir kısmının karar verirken sezgilerine göre hareket ettiğini ortaya koymaktadır⁹⁰. Bu kapsamda, 2019 yılında ABD’de iş dünyasındaki yönelimleri takip ederek şirketlere geleceğe ilişkin öngörüler sunmayı amaçlayan Node isimli “Yapay Sezgi Platformu” geliştirilmiştir⁹¹. 2022 yılında Çinli bir teknoloji şirketi yapay zeka destekli sanal bir insansı robotu CEO olarak atamış ve hatta bunun tüm çalışanlar için adil ve etkin bir çalışma ortamı sağlayacağını belirtmiştir⁹². Hatta bu gibi işlerde kullanılan yapay zeka destekli robotlar için “beyaz yakalı robotlar” ibaresinin kullanılmaya başlandığını görmekteyiz⁹³.

B. Rastlantısallık, Özgür İrade ve Yapay Zekâ

Yapay zekâdan insanlarda olduğu gibi bazı anlarda rastlantısal kararlar vermesi beklenebilir beklenemeyeceği yapay zekaya ilişkin temel sorunlardan bir diğeridir. Pratik olduğu kadar teorik ve felsefi boyutları da olan bu soruyu ele alırken, öncelikle rastlantı ve özgür iradeye ilişkin felsefi tartışmalara da kısaca değinmekte fayda vardır.

Kökenleri antik çağ filozoflarına dayanan ve genel olarak aynı sebeplerin aynı sonuçları doğuracağı fikrine dayanan determinizm anlayışı, Newton’un mekanik evren teorisiyle⁹⁴ beslenmiş ve 19. Yüzyılın başlarında Poisson ve

⁹⁰ Jaana Woiceshyn, “Lessons from “Good Minds”: How CEOs Use Intuition, Analysis and Guiding Principles to Make Strategic Decisions”, *Long Range Planning*, cilt: 42, sayı: 3, (2009), s. 298-319.

⁹¹ Bloomberg Haber Portalı, “Node Unveils Artificial Intuition Platform, Enabling Users of Business Applications to See into The Future”, 11.07.2019. Bkz. <https://www.bloomberg.com/press-releases/2019-07-11/node-unveils-artificial-intuition-platform-enabling-users-of-business-applications-to-see-into-the-future>

⁹² Daily Mail, “Chinese tech company appoints an AI-powered virtual humanoid robot as CEO - claiming it will ensure 'a fair and efficient workplace for all employees'”, 08.09.2022. Bkz. <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-11193113/Chinese-tech-company-appoints-AI-powered-virtual-humanoid-ROBOT-CEO.html>

⁹³ Richard Baldwin, *The Globotics Upheavel*, (London: Wiedenfeld&Nicolson, 2020), s. 3, 15.

⁹⁴ Philippos Afxentiou, “The mechanical universe according to Newton: Teaching issues and suggested resolutinary approaches”, *Conference: Didactics in the Sciences*, (Temmuz 2022). Bkz. https://www.researchgate.net/publication/362066949_The_mechanical_universe_according_to_Newton_Teaching_issues_and_suggested_resolutinary_approaches

Laplace gibi filozoflar tarafından da geliştirilen “mekanik evren” veya “saat gibi çalışan evren” kavramlarıyla birlikte kuramsal temellerine kavuşmuştur⁹⁵. Determinizm anlayışına göre, “Laplace’ın Şeytanı”nın, yani evrendeki tüm olguları, olayları, güçleri ve en büyüklerinden en küçük parçacıklara tüm varlıkları aynı anda kavrayabilen ve hesaplayabilen bir canlının var olduğunu bir an için varsayarsak, bu canlının her şeyi hesaplayıp bilebileceğini ve onun için hiçbir şeyin rastlantı olmadığını kabul etmek gerekir⁹⁶.

Belirli bir anda bir nesnenin durumu biliniyorsa gelecekteki durumunun da tespit edilebileceği ilkesine dayanan mekanik evren anlayışı, yakın zamanlarda atom fiziği karşısına çıkıncaya kadar tek bilimsel doğa tasarımı olarak kendisini göstermiştir⁹⁷. Her gelişmenin bir etkinin sonucu olduğu düşüncesi, nihayet Albert Einstein’ın “*Tanrı zar atmaz*” sözünde ifadesini bulmuştur⁹⁸.

20. yüzyılın başlarında Max Born, elektronun uzayda belli bir noktada bulunma olasılığını dalga boyunun karesini alarak hesapladığı “*Born Kuralı*”nı geliştirerek kuantum fiziğinin ilk temsilcilerinden olmuştur⁹⁹. Born’un öğrencisi olan Heisenberg tarafından geliştirilen ve “*Heisenberg belirsizlik ilkesi*” adı verilen teoriye göre ise, bir atom parçacığının konumunun ve hızının ikisinin birden, kesin olarak gösterilmesi mümkün değildir¹⁰⁰. Kuantum teorisindeki rastgeleliğin nedeni dâhil olmak üzere pek çok olayı açıklamakta kullanılan belirsizlik ilkesine göre, belirsizliğin olması rastgeleliği ortaya çıkarmaktadır¹⁰¹. Böylece, 20. yüzyılın başlarından

⁹⁵ Marij Van Strien, “On the origins and foundations of Laplacian determinism”, *Studies in History and Philosophy of Science Part A*, cilt: 45, (2014), s. 24-31.

⁹⁶ Seamus Bradley, Roman Frigg, Hailiang Du ve Leonard A. Smith, “Laplace’s Demon and the Adventures of His Apprentices”, *Philosophy of Science*, cilt: 81, sayı: 1, (Ocak 2014), s. 34.

⁹⁷ Macit Gökberk, *Felsefenin Evrimi*, (İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1979), s. 48.

⁹⁸ Walter E. Stuermann, “God Does Not Play Dice: Einstein and Religion”, *Journal of Bible and Religion, Oxford University Press*, cilt: 28, sayı: 4, (Ekim 1960), s. 399-406.

⁹⁹ Fabrizio Logiurato ve Augusto Smerzi, “Born Rule and Noncontextual Probability”, *Journal of Modern Physics*, cilt: 3, sayı: 11, (2012), s. 1802-1812.

¹⁰⁰ Caner Taslaman, “Determinism, Indeterminism, Quantum Theory and Divine Action”, *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt: 32, sayı: 1, (2007), s. 163.

¹⁰¹ Semra Uçar, “Heisenberg Belirsizlik İlkesindeki ‘Belirsizlik’”, *Temaşa Felsefe Dergisi*, sayı: 14, (2020), s. 77.

itibaren, nedensellik ilkesi yerine giderek *belirsizlik, olasılık ve rastlantı* gibi kavramlar ön plana çıkmıştır.

Rastlantı olgusunun var olup olmadığı gibi, özgür iradenin varlığı da felsefi boyutu olan bir konudur. Spinoza'ya göre, insanın özgür iradesi yoktur. Aklın bir şeyi ya da başka bir şeyi tercih etmesi belirli nedenlere bağlıdır; o nedenler de başka bir nedene dayanmaktadır ve bu sonsuza kadar böyle gider¹⁰². Laplace'a göre de özgür iradede bahsedilemez, çünkü özgür iradenin olabilmesi için ortada bazı bilinmeyenlerin olması, iç güdülerle ve mantıkla bir seçimin yapıyor olması gerekir; oysa her şeyin teorik de olsa belli olduğu (biz onu bilsek de bilmesek de) bir ortamda bu tür bir belirsizlikten söz edilemez¹⁰³. Nitekim, 1986 yılında Benjamin Libet ve 2008 yılında John-Dylan Haynes tarafından yapılan deneylerde, kişinin karar vermesinden belirli bir süre önce beyinde söz konusu kararın oluşmakta olduğu gözlemlenmiştir¹⁰⁴.

Buna karşın, pek çok düşünür, determinizm ile özgür irade arasında böyle bir çatışma olmadığını, determinizm ve özgür iradenin birbirleriyle bağdaşabileceğini savunmuştur. Örneğin, Theodore Sider'a göre, determinizm ile özgür iradenin birbiriyle çelişiyormuş gibi görünmesinin sebebi, "özgür" kavramına yüklenen yanlış anlamdır. Özgür iradedeki özgür kavramı "bir sebebe dayanmayan" değil, bireyin "kendi arzusuyla ve başkasının zorlaması olmadan" yapılan şekilde yorumlandığında determinizm ile özgür irade arasında bir çelişki kalmayacaktır¹⁰⁵. Thomas Hobbes'a göre de, özgürlük ile kastedilen, bireyin bir eyleminin önünde (tabiattan kaynaklanan veya içsel niteliğinden (*intrinsic quality*) gelen engeller dışında) herhangi bir engel olmadığı halde o eylemi yapmasıdır¹⁰⁶. Günümüzün önemli filozoflarından olan Daniel Dennett de determinizm ve özgür iradenin birbiriyle uyumsuz olmadığını ve sorunun nedensellik

¹⁰² Baruch Spinoza, *The Ethics*, (Çeviren: Elwes, R. H. M.) 1677, Çeviri tarihi: 1887, s. 47. Bkz. https://www.globalgreylibrary.com/ebooks/baruch-spinoza_ethics.pdf

¹⁰³ Tuna Emren, "Gerçek mi Yoksa Yanılsama mı?", *Popular Science Türkiye*, (Aralık 2021), s. 76.

¹⁰⁴ Marcus E. Schlosser, "The neuroscientific study of free will: A diagnosis of the controversy", *Synthese*, sayı: 191, (Ocak 2014), s. 245-262.

¹⁰⁵ Theodore Sider, "Free Will and Determinism", in *Conee, E. B. – Sider, T., Riddles of Existence: A Guided Tour of Metaphysics*, chapter 6, (2005), s. 128 vd.

¹⁰⁶ H. Van den Enden, "Thomas Hobbes and the Debate on Free Will: His present-day significance for ethical theory", *Philosophica*, cilt: 24, sayı: 2, (1979), s. 187.

tanımının bazı filozoflar tarafından yanlış yapılmasından kaynaklandığını savunmaktadır. Dennett'e göre, atomun alt parçacıklarına kadar giden en ufak bir nedensellik ilişkisi değil, "haklı", "gerçek" ve "önemli" nedensellik ilişkileri bu kapsamda anlaşılmalı ve bu tür bir nedensellik ilişkisi içinde olanlar dışındaki nedenlerin insanın özgür iradesini sınırlandırmadığı kabul edilmelidir¹⁰⁷.

2007 yılında Marcel Brass ve Patrick Haggard tarafından yapılan bir araştırma da beynimizdeki nöral ağıncı önceden oluşan nedenlerin yanı sıra, bir kontrol yapısı da oluşturduğunu ve bu sayede diğerlerine ket vurup farklı bir seçim yapabildiğimizi göstermiştir. Buna göre, beynimiz bir karar alıp bize onu dayatmamakta, yanında farklı alternatifler de sunmaktadır¹⁰⁸.

Rastlantı olgusunun veya insanların özgür iradelerinin olup olmadığına yönelik yukarıda özetlenen felsefi tartışmalar bir yana, yapay zekânın özgür iradesiyle veya rastlantısal kararlar verip veremeyeceği pratik bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle rastlantısallığın yapay zekâyâ aktarılmasının teknolojik olarak mümkün olup olmadığı çözümlenmeye muhtaçtır. Bilgisayar bilimi bakımından, belirlilik üzerine kurulu ve mantık temelinde çalışan bilgisayarlar belirsiz sonuçlar üretebilir mi? Bazı bilimsel araştırmalar bunun mümkün olduğunu ortaya koymaktadır. Örneğin, düzensiz yarı-iletken lazer gibi ses kaynaklarından faydalanılarak rastlantısal sonuçlar üreten yazılımların yapılabildiği bilinmektedir¹⁰⁹. Ayrıca optik ışın ayırıştırıcılar kullanılarak kuantum rastlantısal numara üreten yazılımlar da hayata geçirilmiştir¹¹⁰.

İkinci olarak, rastlantısallığın yapay zekâyâ aktarılması onun etkinliğini artırıcı mı, yoksa yaratacağı belirsizlik dolayısıyla azaltıcı bir unsur mu olacaktır? Rastlantısal karar verebilme yetisinin yapay zekanın etkinliğini

¹⁰⁷ David Edmonds ve Nigel Warburton, "Daniel Dennett ile Özgür İradeyle İstemek Üzerine Söyleşi", in *Philosophy Bites Again*, (2014), s. 126 vd.

¹⁰⁸ Emren, s. 80.

¹⁰⁹ Ido Kanter, Yaara Aviad, Igor Reidler, Elad Cohen, ve Michael Rosenbluh, "An optical ultrafast random bit generator", *Nature Photonics*, cilt: 4, sayı: 1, (2009), s. 58-61. Bkz. https://www.researchgate.net/profile/M-Rosenbluh/publication/40537039_An_optical_ultrafast_random_bit_generator/links/0046352b079d52269e000000/An-optical-ultrafast-random-bit-generator.pdf

¹¹⁰ Cristian S. Calude, Michael J. Dinneen, Monica Dumitrescu ve Karl Svozil, "Experimental evidence of quantum randomness incomputability", *Physical Review*, cilt: 82, sayı: 2, (2010), s. 2-21.

artıracağını savunan düşünürlere göre, bu özellik yapay zekanın yaratıcılığını artıracağı için zekâ gelişimini çok daha üst düzeylere çıkaracak ve böylece insanlığa daha fazla hizmet etmesini sağlayabilecektir¹¹¹. Rastlantısal karar verme yetisini yapay zekâyâ aktarmaya yönelik çalışmaların, insan doğasını daha iyi anlamaya ve öğrenmeye yardımcı olacağını düşünen yazarlar da bulunmaktadır¹¹².

Rastlantısal veya kendiliğinden gelişen (spontane) hareketlerin insan vücudunda biyolojik olarak da olumlu etkileri olabilmektedir. Örneğin, bağışıklık sisteminin kanser dahil pek çok hastalığı yenmesinde spontane hareketlerinin olumlu bir etken olduğu saptanmıştır¹¹³. Ishida ve Chiba, bağışıklık sisteminin bu özelliği ile yapay zekâdaki rastlantısallık arasında bir analogi yaparak, yapay zekâdaki rastlantısal karar verme yetisinin olumlu etkileri olması için, tıpkı bağışıklık sisteminde olduğu gibi, simetri-kırıcı dışsal etkenlerin müdahalesine açık bir sistem olması gerektiğini savunmuştur¹¹⁴. Ancak kanımızca analoginin farklı bir açıdan da yapılması mümkündür. Yakın zamanlı araştırmalar, bağışıklık sisteminin bir spontane tepki gösterme özelliğinin aynı zamanda bazı hastalıkların kaynağı olduğunu da göstermiştir¹¹⁵. Benzer biçimde alyuvarların spontane bazı hareketleri neticesinde kan kanseri hücrelerinin geliştiği tespit edilmiştir¹¹⁶. Dolayısıyla, spontane hareket, hastalığı tedavi edebildiği gibi bizzat hastalığın ortaya çıkış

¹¹¹ Alžběta Solarczyk Krausová ve Hananel Hazan, “Creating Free Will in Artificial Intelligence”, *Uluslararası Konferans: Yapay Zekânın Ötesi*, (Kasım 2013), s. 101. Bkz.

https://www.researchgate.net/publication/278468286_Creating_Free_Will_in_Artificial_Intelligence

¹¹² Krausová ve Hazan, s. 101.

¹¹³ Gudapureddy Radha ve Manu Lopus, “The spontaneous remission of cancer: Current insights and therapeutic significance”, *Translational Oncology*, cilt: 14, sayı: 9, (Eylül 2021), s. 1-9.

¹¹⁴ Yoshiteru Ishida ve Ryunosuke Chiba, “Free Will and Turing Test with Multiple Agents: An Example of Chatbot Design”, *Procedia Computer Science*, cilt: 112, (2017), s. 2518.

¹¹⁵ Karin E de Visser, “Spontaneous immune responses to sporadic tumors: tumor-promoting, tumor-protective or both?”, *Cancer Immunol Immunother*, cilt: 57, (2008), s. 1531–1539.

¹¹⁶ Catharine Paddock, “Immune system kills spontaneous blood cancer cells every day”, *Medical News Today*, (3 Şubat 2014). Bkz. <https://www.medicalnewstoday.com/articles/272092>

sebebi de olabilmektedir. Bu açıdan Ishida ve Chiba'nın yaptıkları analogiyi, yapay zekâda rastlantısallığın olumlu etkisini göstermek yerine, sebep olabileceği olumsuzlukları göstermek amacıyla da kullanmak mümkündür.

Öte yandan, yapay zekânın özgür iradesiyle hareket etmesinin insanların özgür irade alanlarını kısıtlayacağını savunan düşünürler de bulunmaktadır¹¹⁷. Ayrıca, yapay zekânın özgür iradesinin olmasının insanların yapay zekâyı daha fazla insanlaştırması; sahip olduğu bir mal değil, bir arkadaş gibi görmesi ve onunla duygusal bağ kurması gibi sonuçları olabilecektir. Gerçekten de yapay zekânın geliştikçe ve insana özgü özelliklere daha fazla sahip oldukça antropomorfik bir yaklaşımla insansallaştırıldığı görülmektedir. Mitolojide tanrıların insan gibi anlatılmasıyla başlamış olan antropomorfizm kavramı, “antropo” ve “morpho” kelimelerinin birleşimi sonucu Türkçeye insan biçimsellik/şekilcilik olarak çevrilmekte ve insan şeklinin veya özelliklerinin (konuşma, dokunma, duyma, hissetme vb.), insan olmayan canlı ya da cansız birtakım varlıklara uygulanması, yakıştırılması durumu olarak tanımlanmaktadır¹¹⁸. Yapay zekânın antropomorfik bir yaklaşımla insanlaştırılmasının muhtemel olumsuz etkilerine aşağıda Beşinci Bölümde değinilmektedir.

Kanımızca yapay zekânın karar verme sürecinde belirli ölçüde rastlantısallığa dayanması etkinliğini artırıcı bir unsur olacaktır. Yaratıcı düşünce ile yaratıcı olmayan düşünce arasındaki fark rastlantısallığa dayanmaktadır ve bu rastlantısallık ancak sezgi ile beslendiğinde etkili olabilir¹¹⁹. Dolayısıyla, her ne kadar yapay zekânın gerçek rastlantısal sonuçlar üretme kabiliyeti teknolojik açıdan geliştirilebilir olsa da, bunun yapay zekâ tarafından verilen kararların doğruluk oranını artırması veya yapay zekâ tarafından sorunların çözümünde daha etkili bir araç olarak kullanılabilmesi için, sezginin de yapay zekâyı aktarılması gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, sezgi yetisinin yapay zekâyı aktarılmasına yönelik

¹¹⁷ Paul Formosa, “Robot Autonomy vs. Human Autonomy: Social Robots, Artificial Intelligence (AI), and the Nature of Autonomy”, *Minds and Machines*, cilt: 31, (2021), s. 608.

¹¹⁸ Mehmet Kemal İçden, *Heykelde Antropomorfik Nesnelere ve Biçim Araştırmaları*, Sanatta Yeterlik Sanat Çalışması Raporu, (Ankara: Hacettepe Üniversitesi Güzel Sanatlar Enstitüsü, 2020) s. 3. Ayrıca bkz. Deniz Güneş, “Antropomorfizm ve Antropomorfik Karakter Tasarımlarının İnsanlar Üzerindeki Etkisi”, *Sanat Yazıları*, sayı: 40, (2019), s. 143.

¹¹⁹ McCarthy, Minsky, Rochester ve Shannon, s. 12.

çalışmalarda da son zamanlarda önemli bir artış gözlemlenmektedir ve daha çok deneyim ve uzmanlık aktarımına yoğunlaşan bu tür teknolojilere “dördüncü nesil yapay zekâ” veya “yapay sezgi” adı verilmektedir¹²⁰.

V. YAPAY ZEKANIN NEDEN OLABİLECEĞİ SAKINCALAR

Yapay zekâ teknolojisinin faydalarının yanı sıra, insanlık için tehditler de teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Esasen yeni teknolojilerin ortaya çıkmasının yeni tehditler yaratacağı makul bir varsayım olmakla birlikte, önemli olan bu olumsuz etkilerin faydalarından fazla olmaması adına söz konusu tehditlerin iyi yönetilebilmesi olacaktır¹²¹.

Yapay zekânın neden olabileceği tehditler konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu tehditlerin insan türünün sonunu getirecek kadar büyük olduğunu savunanlar olduğu gibi, insanların buna izin vermeyecek kontrol gücüne sahip olacağını ama yine de etik, toplumsal veya ekonomik bazı tehditler olabileceğini savunan düşünürler de bulunmaktadır.

A. Yapay Zekâ İnsan Türünün Sonunu Getirebilir mi?

Bazı uzmanlara göre, yapay zekânın insanlık tarihi üzerindeki etkisi, başka her şeyin etkisinden daha fazla olacaktır¹²². Bu etkiler olumlu olabileceği gibi olumsuz da olabilecektir. Yapay zekâ teknolojisinin kontrollü bir biçimde ilerlememesi halinde insan türünün sona ermesine sebep olabileceğini savunan düşünürler de vardır. Örneğin, 2018 yılında aralarında Oxford Üniversitesi öğretim görevlilerinin de bulunduğu bir ekip tarafından yapılan bir çalışmaya göre, yeterince gelişmiş bir yapay zekânın kendisine insanlar tarafından programlanmış olan hedeflerini kendi başına değiştirebileceği ve bunun insanlık için felaketlere yol açabileceği vurgulanmıştır¹²³.

¹²⁰ “Fourth generation of AI arrives: Artificial Intuition”, 1.2.2021. Bkz. <https://softtek.eu/en/tech-magazine-en/artificial-intelligence-en/fourth-generation-of-ai-arrives-artificial-intuition>

¹²¹ Creese, s. 201.

¹²² Russell ve Norvig, s. xxix.

¹²³ Michael K. Cohen, Marcus Hutter ve Michael A. Osborne, “Advanced artificial agents intervene in the provision of reward”, *AI Magazine*, cilt: 43, sayı: 3, (2022), s. 282-293.

Oxford Üniversitesinden felsefeci Nick Bostrom da yapay zekâ teknolojisi geliştiren insanları bombayla oynayan bir çocuğa benzetmiştir. Bostrom'a göre "eğer bizden daha zeki bir makine yaratarsak ve ona kendi kendine büyüme ve internetten öğrenme özgürlüğü tanırsak, tıpkı biyolojik dünyada olduğu gibi bu makinenin de kendi hakimiyetini tesis etmek için stratejiler geliştirmeyeceğini ileri sürmek için herhangi bir neden bulunmamaktadır."¹²⁴

Berkley Üniversitesinden Stuart Russell'a göre de, "kendinden daha zeki bir şey yaratmanın kötü bir fikir olduğunu görmek çok da hayal gücü gerektirmemektedir. Çevremiz ve diğer türler üzerindeki kontrolümüz zekâmızın bir sonucudur ve bizden daha zeki bir varlık olması fikri -bu ister bir robot ister bir yaratık olsun- derhal hiç hoş olmayan bir hissiyata yol açmaktadır."¹²⁵

Buna karşın, insanoğlunun robotları yaratmasını bildiği gibi, kontrol etmesini de başaracağını düşünenler de bulunmaktadır¹²⁶. Örneğin, Calgary Üniversitesi Bilgisayar Bilimi Bölümünden Yingxu Wang ve Georgia Teknoloji Enstitüsünden Matthew O'Brien'a göre, yapay zekâ işletim sistemlerinde yapay zekânın kendisi tarafından girilip değiştirilemeyecek güvenlik alanları yaratılabilir ve diğer mühendislik sistemlerinde olduğu gibi yapay zekâda da çok kademeli güvenlik önlemleri oluşturulabilir¹²⁷.

B. Etik Açından Sakıncalar

Yapay zekânın gelişimiyle birlikte etik açıdan da birtakım tehditler gündeme gelmektedir¹²⁸. Bu tehditler çok farklı içeriklerde karşımıza çıkmakla birlikte ortak noktaları, normalde insanlara karşı sergilenmesi etik

¹²⁴ Tim Adams, "Nick Bostrom ile Söyleşi", *the Guardian*, (12 Haziran 2016). Bkz. <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/12/nick-bostrom-artificial-intelligence-machine>

¹²⁵ Stuart Russell, *Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control*, (New York: Penguin Books, 2019), s. 504.

¹²⁶ Andrew Arnold, "Why robots will not take over human jobs", *Forbes*, (Mart 2018). Bkz. <https://www.forbes.com/sites/andrewarnold/2018/03/27/why-robots-will-not-take-over-human-jobs/?sh=16ad2eb92fde>

¹²⁷ Eva Hamrud, "AI Is Not Actually an Existential Threat to Humanity, Scientists Say", *Science Alert*, (11 Nisan 2021). Bkz. <https://www.sciencealert.com/here-s-why-ai-is-not-an-existential-threat-to-humanity>

¹²⁸ Bkz. Subramanian, s. 98.

açından uygun olmayan davranışların yapay zekâ barındıran robotlara veya diğer nesnelere karşı sergilenmesine izin verilip verilmemesi gerektiği ekseninde yoğunlaşmaktadır. Örneğin, insanların evinde çalışan bir robota hakaret etmelerinin veya işyerindeki bir robota mobbing uygulamalarının, sosyal veya hukuki açıdan yaptırımlara tabi olup olmamanın ötesinde, etik değerler açısından da nasıl değerlendirileceği önemli bir tartışma konusudur. Bugün için tartışmalı olmakla birlikte, bir anlığına bu tartışmaları bir kenara bırakarak düşünen, hisseden, anlayan, duyarlı ve bilinç sahibi yapay zeka destekli robotların yapılmasının mümkün olduğunu kabul ettiğimizde, bunların kendi hislerini, değerlendirmelerini ve tercihlerini bir kenara bırakarak bizim isteklerimizi yerine getirmelerini beklemek, köleliğin yeni bir görünümü olmaz mı?¹²⁹

Ayrıca, insanların yapay zekâ barındıran oyuncaklar, arabalar veya ev aletleri gibi, “sosyal robot” olarak da adlandırılan nesnelere iletişimlerinde onlara insanlarla aynı şekilde davranmaları, özellikle duygusal bakımdan nesnelere insanlaştırmaları, psikolojik açıdan sorunlara neden olabilmektedir. Bu nesnelere zarar gelmesi halinde onlara sahip olan insanlar psikolojik açıdan bir yakınlarına zarar gelmiş gibi hissedebilmektedirler.

Yapay zekâ barındırmayan nesnelere de bu tür bir iletişim kurulması mümkün olmakla birlikte, yapay zekânın nesnelere insanlaştırma eğilimimizi artıracığına da şüphe yoktur. Örneğin, bilimsel bir araştırmaya katılanlara bir robota yapılan iyi ve kötü muameleyle ilişkin görüntüler izletildiğinde katılımcıların çoğunun kötü muamele görüntülerinden rahatsız olduğu gözlemlenmiştir¹³⁰. Benzer bir biçimde, ABD’de Boston Dynamics Şirketi’nin ürettiği Atlas isimli robotun testleri sırasında görevli tarafından sopa ile itilerek yere düşürülmesi, robot yerden kendisi kalktıktan sonra tekrar itilerek yere düşürülmesi ve bu görüntülerin internette yayınlanmasından sonra kamuoyunda bir robota uygulanmasının tıpkı bir insana kötü muamele yapılmış gibi insanlarda strese neden olduğu yorumları yapılmıştır¹³¹. Yine

¹²⁹ Roger Penrose, *The Emperor’s New Mind*, (NewYork: Oxford University Press, 2016), s. 10.

¹³⁰ Aynı araştırmada, insanların robotu önceden tanımalarının veya ilk kez görmelerinin sonucu değıştirmedeği bulgusuna da ulaşılmıştır. Bkz. Astrid Marieke Rosenthal-von der Pütten, Nicole C. Krämer, Laura Hoffmann ve diğerleri, “An Experimental Study on Emotional Reactions Towards a Robot”, *Int J of Soc Robotics*, (2013), cilt: 5, s. 17–34.

¹³¹ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Robot Hukuku”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sayı: 29, (Ocak 2017), s. 94.

ABD’de askeri amaçlarla kullanılan altı bacaklı bir mayın temizleme robotunun her mayına bastığında bir bacağını kaybederek diğer bacaklarıyla mayın aramaya devam etmesi, projenin başındaki albay üzerinde psikolojik baskı oluşmasına neden olmuş ve projeyi “insanlık dışı” olarak nitelendirmesine yol açmıştır¹³².

Esasen sosyal robotlara kötü muamele yapılmasından rahatsız olmak mutlaka onların “insanlaştırıldığı” anlamına gelmemektedir. Zira sadece insanlara değil, örneğin hayvanlara veya bitkilere kötü muamelede bulunulması da insanları rahatsız edecek bir durumdur. Dolayısıyla her ne kadar konu literatürde daha çok antropomorfizm ile bağlantılı ele alınmaktaysa da kanımızca meselenin “*insallaştırma*”dan ziyade “*canlılaştırma*” şeklinde ifade edilmesi daha uygun olacaktır.

Canlı ve cansız varlıklar arasındaki farkın ne olduğu sadece bilimsel değil, aynı zamanda felsefi ve kültürel boyutları da olan bir husustur¹³³. Ancak genel itibarıyla yaşayan organizmalarla cansız makineleri birbirinden ayıran başlıca unsurlar insanların iradesinden bağımsız olarak dünyaya gelip üreyebilmek şeklinde özetlenebilir¹³⁴. Günümüzde makinelerin insan iradesinden bağımsız olarak kendini yaratma ve çoğalma özelliği olmamakla birlikte, yukarıda açıklandığı üzere insanların sosyal robotları canlılarla özdeşleştirilmesi yine de mümkündür. Dolayısıyla, canlılara yapılması uygun bulunmayan davranışların sosyal robotlara yapılmasının etik olarak doğru olup olmadığı güncel bir sorunsal olup, bunun teknolojiye paralel olarak sosyal robotların canlılara benzer özelliklerinin artmasıyla daha da önem kazanacağı ortadadır.

Yapay zekânın etik açıdan yaratacağı bir başka sorunsal ise, yapay zekânın vereceği kararlarda etik değerleri ön planda tutup tutmayacağı veya etik değerlerle başka değerlerin çatışması halinde hangisine öncelik vereceği

¹³² Kate Darling, “Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Objects”, *We Robot Konferansı*, Miami Üniversitesi, (2012), s. 5. Bkz. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2044797>

¹³³ Yazar bu özellikleri, oluşum, menşei, gelişim ve amaç şeklinde dört unsur bakımından ele almaktadır. Bkz. Anna Deplazes ve Markus Huppenbauer, “Synthetic organisms and living machines: Positioning the products of synthetic biology at the borderline between living and non-living matter”, *Systems and Synthetic Biology*, 3(1-4), (2009), s. 55.

¹³⁴ Deplazes ve Huppenbauer, s. 56.

ya da etik değerlerin de toplumdan topluma ve kişiden kişiye değişebildiği düşünüldüğünde hangi etik değerlere öncelik vereceğidir. Örneğin, sürücüsüz araba üreten şirketler yapay zekâ yazılımlarını programlarken, bir kaza anında araç içinde seyahat edenlerin ölmesi ile araç içindekilerden daha fazla sayıda bir insan grubuna çarparak ölümlerine sebebiyet verme gibi iki seçenek arasında yapay zekâyı hangisini seçecek şekilde programlayacaklardır? Ya da yapay zekâ biri kasklı diğeri kasksız iki motosikletliden birine çarpmak zorunda kalsa, her durumda mutlaka kasklı olana çarpacak şekilde programlanacak olursa kanunlara uyararak kask takan sürücülerin aleyhine bir durum oluşması etik veya ceza hukuku açılarından nasıl değerlendirilecektir?¹³⁵ Bu tür durumlara karşı farklı felsefi görüşler, kültürler ya da bireyler tarafından farklı yaklaşımlar benimsenebileceği ortadadır. Dolayısıyla sorunun başka boyutlarının yanı sıra, etik açıdan da pek çok tartışmanın odağında kalacağı şüphesizdir.

C. Özel Hayatın Gizliliği ve Kişisel Veriler Bakımından Sakıncalar

Yapay zekâ teknolojileri, algılama kabiliyetleri bakımından insanlardan daha üstün özelliklerle donatılabilirler. İnsanların gidemedikleri yerlere gidip, duyamadıklarını duyup, göremediklerini görebilirler¹³⁶. Robotlar, çevreleriyle devamlı iletişim halindedir ve bu kapsamda belirli kişilere ilişkin, örneğin sağlıkla ilgili veya finansal, özel bilgiler de elde edilmekte, işlenmekte ve aktarılmaktadır¹³⁷. Dolayısıyla yapay zekâ teknolojilerinin gelişimi ile özel hayatın gizliliği birbiriyle çatışan menfaatler olarak karşımıza çıkmakta olup bunlar arasındaki dengenin hukuki çerçevede sağlanması son derece önemlidir.

Robotların yazılımları sırasında kendilerine öğretilen “yap” komutları kadar “yapma” komutları da önemlidir. Örneğin, belirli bir yere gitme komutu kadar, yol üzerinde karşısına çıkabilecek duvara çarpmamaya komutu da öneme sahiptir. Rueben ve Smart’a göre, “negatif dizayn” olarak adlandırılan yapmama komutları, örneğin nezaket, şeffaflık ve dürüstlük açılarından, insanlarla robotların etkileşimi arttıkça, “pozitif dizayn” olarak adlandırılan

¹³⁵ Bu tartışmaya ilişkin detaylı analiz için bkz. Ivó Coca Vila, “Self-driving Cars in Dilemmatic Situations: An Approach Based on the Theory of Justification in Criminal Law”, *Criminal Law and Philosophy*, cilt: 12, (2018), s. 59–82.

¹³⁶ M. Ryan Calo, “Robots and Privacy”, in *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (editörler: Lin, P., Bekey, G., Abney, K.), (2020), s. 1. Bkz. <https://www.cs.cmu.edu/~illah/CLASSDOCS/CaloRobotsPrivacy.pdf>

¹³⁷ Subramanian, s. 96.

yap komutlarına oranla daha önemli hale geleceklerdir¹³⁸. Özel hayatın gizliliğine ilişkin yapmama komutları da negatif dizayn kapsamındaki en önemli konular arasında yer almaktadır.

Calo'ya göre, robotların özel hayatın gizliliğini ihlali, doğrudan izleme, artan erişim ve sosyal anlamları dolayısıyla üç şekilde söz konusu olmaktadır. *Doğrudan izleme*, hem devletlerin hem de özel şahıs ve kuruluşların güvenlik ve pazarlama gibi amaçlarla insanlardan daha üstün algılama yeteneklerine sahip robotları bireyleri veya insan topluluklarını izlemek amacıyla kullanmasını; *artan erişim*, insan hayatının neredeyse her anına giren teknolojik ürünler ve bu ürünlere dışarıdan saldırı yapılarak özel hayata dışarıdan erişim riskinin artmış olmasını; *sosyal anlamları* ise robotların insanlarla olan sosyal ilişkisinin artması neticesinde, insan ile nesne arasındaki alacakaranlıkta yer alarak normalde kimsenin bilmediği bilgilere robotların ulaşabiliyor olmalarını ifade etmektedir¹³⁹. Robotların bu tür ihlallerini engellemek için çeşitli teknolojiler bulunmakla birlikte, insan-robot ilişkisi arttıkça bu teknolojilerin sürekli bir gelişime tabi olması gerektiği açıktır¹⁴⁰.

Yapay zekânın kişisel verilerin korunması bakımından da tehdit oluşturduğu ileri sürülmektedir. Örneğin, internetteki arama motorlarında kişilerin yaptıkları aramalara dayalı olarak kendilerine internette gösterilen reklamların belirlenmesine yönelik algoritmalar (kişiselleştirilmiş veya hedef odaklı reklam), yapay zekânın kişisel verilerin korunması bakımından oluşturduğu tehdidin örnekleri arasında yer almaktadır. Nitekim, Fransız Kişisel Verilerin Korunması Kurumu, 2019 yılında Google'a, kullanıcılarıyla ilgili verilerin nasıl toplandığını ve kişiselleştirilmiş reklamların gösterilmesi için nasıl kullanıldığını uygun bir biçimde açıklayamadıkları gerekçesiyle 50 milyon Euro para cezası vermiştir¹⁴¹. Ülkemizde de Kişisel Verileri Koruma Kurumu (KVKK) ve İstanbul Teknik Üniversitesi (İTÜ) arasında 2020 yılı Nisan ayında "Yapay Zekâ ve Veri Bilimi Konularında İş Birliği Protokolü"

¹³⁸ Matthew Rueben ve William D. Smart, "Privacy in Human-Robot Interaction: Survey and Future Work", in *We Robot 2016: Robotik ile İlgili Hukuk ve Politika Konularına İlişkin Beşinci Yıllık Konferans*, Miami Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (2016), s. 1. Bkz. http://robots.law.miami.edu/2016/wp-content/uploads/2015/07/Rueben_Smart_PrivacyInHRI_WeRobot2016.pdf

¹³⁹ Calo, s. 2-4.

¹⁴⁰ Söz konusu teknolojilere ilişkin bir çalışma için bkz. Rueben ve Smart.

¹⁴¹ Bkz. <https://www.nytimes.com/2019/01/21/technology/google-europe-gdpr-fine.html>

imzalanmıştır. Protokolün amaçları arasında, “*yapay zekâ kapsamında kişisel verilerin korunması, veri mahremiyeti ve güvenliği konusunda, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruyacak ulusal veya uluslararası projelerin geliştirilmesi*” yer almaktadır¹⁴².

Yapay zekânın özel hayatın gizliliğine karşı oluşturduğu tehdide ilişkin en önemli tartışmalardan biri de robotların sadece özel hayatımıza ilişkin bilgileri başka insanlarla paylaştıkları için mi özel hayatlarımızın gizliliğini ihlal ettikleri yoksa bizzat robotların bu bilgiye sahip olmasının da bu anlamda bir ihlal olup olmadığıdır. Örneğin, bir kedinin bizi çıplak görmesi tek başına özel hayatın gizliliğinin ihlali olarak değerlendirilmezken bir robotun bizi çıplak görmesi, bu görüntü hiçbir ortamda paylaşılmayacak ve hatta robot tarafından kayıt bile edilmeyecek olsa da özel hayatın gizliliğinin ihlali olarak değerlendirilebilir mi? Bu sorunun cevabı, robotlara yüklediğimiz anlama göre farklılık gösterecektir.

Özel hayat, “*kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümlerini*”¹⁴³ başka insanlara karşı korumayı ifade etmektedir. Dolayısıyla, robotların sadece özel hayatımıza ilişkin bilgileri başka insanlarla paylaşımlarının değil, bizzat robotların bu bilgiye sahip olmalarının da özel hayatın gizliliğini ihlal edebilmesi, robotların antropomorfik bir yaklaşımla insanlaştırılmasını gerektirir. Yukarıda etik açıdan riskler bakımından belirtilenden farklı olarak, burada yapay zekânın canlılarla özdeşleştirilmesi yeterli olmayıp, insanlarla özdeşleştirilmesi söz konusudur. Nitekim, örneğin bir hayvanın veya bitkinin çıplak bir kişiyle aynı ortamda bulunması özel hayatın gizliliğinin ihlali olarak değerlendirilmezken, robotun bir kişiyi aynı durumda görmesi robotun insana özgü özelliklere sahip olduğunun kabul edildiği ölçüde özel hayatın gizliliği için bir tehdit oluşturması anlamına gelebilecektir.

D. İnsanların İşlerini Kaybetmeleri Riski

Yapay zekânın insanların işlerini kaybetmelerine neden olabileceği yönünde çekinceler dile getirilmektedir. Esasen bu durum yeni olmayıp, milattan önce 4. Yüzyılda Aristo'nun Politika kitabında yer verdiği “*her*

¹⁴² Bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6735/KVKK-ve-ITU-den-Yapay-Zeka-ve-Veri-Bilimi-Konularinda-Is-Birligi>

¹⁴³ Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, (İstanbul: Der Yayınları, 1982), s. 127.

aracımız ... biz söyleyince ya da gerektiğini kendisi görerek işlerini yerine getirebilseydi — diyelim, dokuma tezgâhının mekiği kendiliğinden gidip gelse, lirin mızrabı kendiliğinden çalsaydı, o zaman ne yapımçıların işçiye gereksinmesi olurdu, ne de efendilerin köleye.” satırları da bu tartışmaya işaret ediyordu¹⁴⁴. Carel Čapek’in 1920 tarihli tiyatro oyununda kullandığı ve bir fabrikada köle olarak çalışan yapay insanlar olarak tasvir ettiği robotlar¹⁴⁵ da aynı çekinceyi ifade ediyordu. Ancak muhtemelen her ikisinin de asıl kaygısı, insanların işlerini kaybetmesinden çok yapay zekânın toplum üzerinde neden olacağı değişimdi. Devecka’ya göre, Aristo köleliğe dayalı bir ekonomik sistemden kaçışın ancak teknolojik gelişim ile mümkün olacağını düşünüyor ve mevcut teknoloji düzeyi bunun için yeterli olmadığından köleliğe dayalı bir sistemin gerekli olduğunu savunuyordu¹⁴⁶.

Günümüzde de yapay zekânın insanları işlerinden etme tehdidi barındırdığını düşünenlerin önemli bir kısmı, bu tehdidin daha çok düşük kademe işler bakımından geçerli olduğunu belirtmektedir. Başka teknolojik gelişmelerde de olduğu gibi yapay zekânın gelişimi de bazı işlerin teknolojinin yardımıyla daha az sayıda insan tarafından yapılabilmesi sonucunu doğurabilir. Fakat bu durumun insanların yerini tamamen robotların alması sonucunu doğuramayacağı savunulmaktadır. Böylece, insanlar daha üst düzey işlerde görev almaya devam edecek, örneğin robotların yaptığı işleri yönetmek için insanlara hala ihtiyaç olacaktır. Başka bir ifadeyle, “*insana karşı bilgisayar*”dan ziyade “*bilgisayar artı insan*” şeklinde bir gelecek öngörülmektedir¹⁴⁷. Örneğin, doktorlar tıpta teknolojiden yararlanmaya devam edecek, ancak robotlar doktorların yerini tamamen alamayacak; insanoğlu robotları yaratmasını bildiği gibi, kontrol etmesini de başaracaktır¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Aristoteles, s. 12.

¹⁴⁵ Bozkurt Yüksel, s. 86.

¹⁴⁶ Martin Devecka, “Did the Greeks believe in their robots?”, *The Cambridge Classical Journal*, sayı: 59, (2013), s. 52–69. Bkz. <https://doi.org/10.1017/S1750270513000079>

¹⁴⁷ Örn. Mohanbir Sawhney, “As robots threaten more jobs, human skills will save us”, *Forbes*, (2018). Bkz. <https://www.forbes.com/sites/mohanbirsawhney/2018/03/10/as-robots-threaten-more-jobs-human-skills-will-save-us/?sh=7b2f9dd43fce>

¹⁴⁸ Arnold. Bkz. <https://www.forbes.com/sites/andrewarnold/2018/03/27/why-robots-will-not-take-over-human-jobs/?sh=16ad2eb92fde>

Esasen gelişen teknolojilerin insanlar için iş olanaklarını azalttığının doğru olmadığını gösteren yakın tarihli çok sayıda araştırma bulunmaktadır. Bazı işlerde daha az işgücüne ihtiyaç olmasına karşın, başka bazı alanlarda ise yepyeni işgücü ihtiyaçları ortaya çıkmaktadır. Örneğin, McKinsey tarafından yapılan bir araştırmaya göre, 2030 yılına kadar robotlar 800 milyon kişinin işini elinden alabilecek, fakat buna karşın 890 milyona kadar kişi için yeni iş imkanları yine gelişen teknoloji sayesinde ortaya çıkabilecektir¹⁴⁹.

VI. SONUÇ

Cansız varlıklara ve makinelere insansı özelliklerin atfedilmesi düşüncesi mitolojik çağlardan bugüne var olagelmıştır. Dolayısıyla bir makinenin düşünmesinin, hissetmesinin ve zihne sahip olmasının mümkün olup olmadığı sorusu insanoğlu için yeni bir soru değildir. Ne var ki modern bilgisayar teknolojilerindeki gelişmelere bağlı olarak bu soru ayrı bir önem ve öncelik kazanmıştır. Söz konusu soru “düşünce nedir”, “hissetmek nedir”, “zihin nedir” gibi derin ve kadim felsefi tartışmalarla da iç içedir¹⁵⁰. Bu sorunun elbette bir cevabı vardır ve bu alanda çalışan bilim insanlarınca an be an yazılmaya devam etmektedir. İnsanlığın geçmiş tecrübelerinden kesinlikle çıkarılabilecek bir husus varsa, o da bir şeyi bilemiyor ya da anlayamıyor olmamızın, onun var olmadığı anlamına gelmediği gibi; bir şeyin mevcut teknolojik gelişmeler çerçevesinde henüz mümkün olmamasının, onun ileride mümkün kılınamayacağı anlamına gelmediğidir. Dolayısıyla insanoğlu her zaman ve her konuda olduğu gibi bu konuda da kendi geleceğini bugünkü çalışmalarıyla belirlemektedir.

Homo heidelbergensis, homo neanderthalensis, homo erectus ve homo floresiensis gibi çeşitli insan türleri yüzbinlerce yıl bir arada yaşadıktan sonra, homo heidelbergensis kendini diğer türlerden ayırıştırarak modern insan olarak adlandırılan homo sapiens türüne evrimleşmiştir¹⁵¹. Böylece “zeki insan” anlamına gelen homo sapiens türü ortaya çıkmış ve neandertaller başta olmak üzere diğer bazı erken insan türleriyle birlikte yaşamaya devam etmiştir¹⁵².

¹⁴⁹ Erin Winick, “Every study we could find on what automation will do to jobs, in one chart”, *MIT Technology Review*, (25 Ocak 2018). Bkz. <https://www.technologyreview.com/2018/01/25/146020/every-study-we-could-find-on-what-automation-will-do-to-jobs-in-one-chart>

¹⁵⁰ Penrose, s. 4.

¹⁵¹ Caner Kerimoğlu, “Dilin Kökeni Arayışları 4: Neandertallerin Dili Var mıydı?”, *Dil Araştırmaları*, (Güz 2019/25), s. 20.

¹⁵² Sara Novak, “The Mediterranean Plains Where Neanderthals and Modern Humans Came Together”, *Discover Magazine*, (22 Şubat 2022). Bkz.

Ancak “zeki” veya “modern” insan, savaşlar ve çatışmalarla zaman içinde diğer insan türlerinin soylarının tükenmesine neden olmuştur¹⁵³. Pek çok düşünür, yapay zekayı “homo sapiens” kavramından yola çıkarak “machina sapiens” olarak adlandırmakta ve tıpkı homo sapiens’in diğer erken insan türlerini yok etmesi gibi machina sapiens’in de insan türünü ortadan kaldıracığı öngörüsünde bulunmaktadır¹⁵⁴.

Yapay zeka teknolojisinin sanayi devrimi veya tarih içinde ortaya çıkan diğer teknolojik gelişmelerden farksız olduğunu düşünen yazarlar olduğu gibi, insanlık tarihinde bir dönüm noktası veya insanın evrimleşme sürecinin yeni bir aşaması, hatta insanlık tarihinin sonunu getirecek bir gelişme olduğunu savunanlar da bulunmaktadır¹⁵⁵. Tiyatro yazarı Carel Çapek’in 1920 tarihli bir tiyatro oyununda¹⁵⁶ fabrikada köle olarak çalışan yapay insanlar olarak tasvir ettiği robotların kölelikten efendiliğe geçişi ve hatta kimi düşünürlere göre efendilerini öldürmeleri ile sonuçlanabilecek bir süreçte, yapay zeka teknolojisinin kırılma noktası insana özgü düşünme ve kendini geliştirme yeteneğini kazanması olmuştur. Makine öğrenme tekniklerinden özellikle derin öğrenme sayesinde bazı yapay zeka teknolojileri, Ord. Prof. Dr. Cahit Arf’ın 1959 yılında kullandığı ifadesiyle, “*kendi kendilerini kendi inisiyatifi ile tekemmül ettirme*” yetisine sahiptirler¹⁵⁷. Söz konusu teknolojileri daha ileri taşıyacak ve yapay zekayı insanlara en çok yaklaştıracak teknolojik gelişme, yukarıda ele alındığı üzere yapay zekaya *rastlantı, sezgi ve özgür iradeye* dayalı karar verme yetilerinin aktarılması olacaktır ve bu konuda da güncel pek çok gelişme olduğu bilinmektedir. Bu noktada önemli olan, söz konusu teknolojinin uluslararası düzeyde etik ve hukuki dayanaklara kavuşturulmasıdır. Zira teknolojik olarak neyi yapabildiğimiz ile neyi yapmamız gerektiğini birbirinden ayıracak olan, bu kurallar olacaktır¹⁵⁸.

<https://www.discovermagazine.com/the-sciences/the-mediterranean-plains-where-neanderthals-and-modern-humans-came-together>

¹⁵³ Nick Longrich, “Nine Species of Human Once Walked Earth. Now There's Just One. Did We Kill The Rest?”, *Science Alert*, (22 Kasım 2019). Bkz. <https://www.sciencealert.com/did-homo-sapiens-kill-off-all-the-other-humans>

¹⁵⁴ Örn. Bkz. Russell; Terry Winograd, “*Thinging Machines: Can There Be? Are We?*”, in Sheehan, J. J., and Sosna, M. (ed.), *The Boundaries of Humanity: Humans, Animals, Machines*, (1991). Bkz. <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft338nb20q>

¹⁵⁵ Fron ve Korn, s. 10.

¹⁵⁶ Bozkurt Yüksel, s. 86.

¹⁵⁷ Arf, s. 103.

¹⁵⁸ Fron ve Korn, s. 10.

KAYNAKÇA

- Adams, Tim. "Artificial Intelligence: 'We're like children playing with a bomb'", *the Guardian*, (12 Haziran 2016). Bkz. <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/12/nick-bostrom-artificial-intelligence-machine>
- Afxentiou, Philippos. "The mechanical universe according to Newton: Teaching issues and suggested resolutory approaches", *Conference: Didactics in the Sciences*, (Temmuz 2022). Bkz. https://www.researchgate.net/publication/362066949_The_mechanical_universe_according_to_Newton_Teaching_issues_and_suggested_resolutory_approaches
- Arf, Cahit. "Makine Düşünebilir Mi ve Nasıl Düşünebilir?", *Atatürk Üniversitesi, Üniversite Çalışmalarını Muhite Yayıma ve Halk Eğitimi Yayınları Konferanslar Serisi No: 1*, (1959), s. 91-103.
- Aristoteles. *Politika* (Çeviren: Mete Tuncay). İstanbul: Remzi Kitabevi, 1975.
- Arnold, Andrew. "Why robots will not take over human jobs", *Forbes*, (Mart 2018). Bkz. <https://www.forbes.com/sites/andrewarnold/2018/03/27/why-robots-will-not-take-over-human-jobs/?sh=16ad2eb92fde>
- Aslan, Mustafa ve Uru, F. Oben. "Çevresel Dinamizmin ve Çevresel Olumsuzluğun Düzenleyici Rolü Altında Tepe Yönetim Profiline ve Firma Yapısının Sezgiye Dayalı Stratejik Karar Almaya Etkilerinin İncelenmesi", *Business and Economics Research Journal*, cilt: 12, sayı: 1, (2021), s. 173-195.
- Baldwin, Richard. *The Globotics Upheaval*. London: Wiedenfeld&Nicolson, 2020.
- Baylor, Amy L. "A U-Shaped model for the development of intuition by expertise", *New Ideas in Psychology*, 19(3), (2001), s. 237-244.
- Benson, Etienne. "Science historian examines the 18th-century quest for artificial life", *Stanford Report*, (October 24, 2001), <https://news.stanford.edu/news/2001/october24/riskinprofile-1024.html>
- Boden, Margaret A. *AI: Its Nature and Future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Bodo, Zalan ve Minier, Zsolt. "On Supervised and Semi-Supervised k-Nearest Neighbor Algorithms", *Studia Universitatis Babeş-Bolyai, Informatica*, cilt: LIII, sayı: 2, (2008), s. 79-92.
- Bolton, Robert. "Intuition in Aristotle", in: L. Osbeck & B. Held (Eds.), *Rational Intuition: Philosophical Roots, Scientific Investigations*, (2014), s. 39-54.

- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. “Robot Hukuku”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sayı: 29, (Ocak 2017), s. 85-112.
- Bradley, Seamus, Frigg, Roman, Du Hailiang ve Smith, Leonard A. “Laplace's Demon and the Adventures of His Apprentices”, *Philosophy of Science*, cilt: 81, sayı: 1, (Ocak 2014), s. 31-59.
- Brandenburg, Stefan ve Sachse, Katharina. “Intuition comes with experience”, *Annual Meeting of the Human Factors and Ergonomics Society Europe Chapter*, (2012), s. 1-11. Bkz. https://www.researchgate.net/publication/235247949_Intuition_comes_with_experience
- Calo, M. Ryan. “Robots and Privacy”, in *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (editörler: Lin, P., Bekey, G., Abney, K.), (2020), s. 1-30. Bkz. <https://www.cs.cmu.edu/~illah/CLASSDOCS/CaloRobotsPrivacy.pdf>
- Calude, Cristian S., Dinneen, Michael J., Dumitrescu, Monica ve Svozil, Karl. “Experimental evidence of quantum randomness incomputability”, *Physical Review*, cilt: 82, sayı: 2, (2010), s. 2-21.
- Cioffi, Raffaele, Travaglioni, Marta, Piscitelli, Giuseppina, Petrillo, Antonella ve Fabio, De Felice. “Artificial Intelligence and Machine Learning Applications in Smart Production: Progress, Trends, and Directions”, *Sustainability*, 12, 492, (2020), s. 1-26.
- Claxton, Guy. “Investigating human intuition: knowing without knowing why”, *The Psychologist*, 11, (1998), s. 217–220. Aktaran: Zander, Thea, Öllinger, Michael ve Volz, Kirsten G. “Intuition and Insight: Two Processes That Build on Each Other or Fundamentally Differ?”, *Frontiers in Psychology*, cilt: 7, 1395, (2016), s. 1-12.
- Coca Vila, Ivó. “Self-driving Cars in Dilemmatic Situations: An Approach Based on the Theory of Justification in Criminal Law”, *Criminal Law and Philosophy*, cilt: 12, (2018), s. 59–82.
- Cohen, Michael K., Hutter, Marcus ve Osborne, Michael A. “Advanced artificial agents intervene in the provision of reward”, *AI Magazine*, cilt: 43, sayı: 3, (2022), s. 282-293.
- Creese Sadie, “The Threat from AI”, in Baker, D. J. – Robinson, P. H. (ed.), *Artificial Intelligence and the Law - Cybercrime and Criminal Liability*, (2021)
- Dağıtmaç Murat ve Ekmen Şehadet. *Dijital Psikolojik Devrim*. İstanbul: Motto Yayınları 2019.
- Darling, Kate. “Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Objects”,

- We Robot Konferansı*, Miami Üniversitesi, (2012), s. 5. Bkz. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2044797>
- Davies, Alex, Veličković, Petar, Buesing, Lars ve diğerleri. “Advancing mathematics by guiding human intuition with AI”, *Nature*, 600, (2021), s. 70-74, <https://doi.org/10.1038/s41586-021-04086-x>
- Demirarslan, Deniz. “Bizans Uygarlığında Günlük Yaşam, Mekan ve Mobilya”, *Journal of Social and Humanities Sciences Research (JSHSR)*, cilt: 6, sayı: 32, (2019), s. 22-41.
- Deplazes, Anna ve Huppenbauer, Markus. “Synthetic organisms and living machines: Positioning the products of synthetic biology at the borderline between living and non-living matter”, *Systems and Synthetic Biology*, 3(1-4), (2009), s. 55-63.
- Descartes, Rene. *Aklın İdaresi İçin Kurallar* (Çev: Mehmet Karasan). İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1989.
- Devecka, Martin. “Did the Greeks believe in their robots?”, *The Cambridge Classical Journal*, sayı: 59, (2013), s. 52-69. Bkz. <https://doi.org/10.1017/S1750270513000079>
- De Visser, Karin E. “Spontaneous immune responses to sporadic tumors: tumor-promoting, tumor-protective or both?”, *Cancer Immunol Immunother*, cilt: 57, (2008), s. 1531-1539.
- Dobrinouiu Maxim. “The Influence of Artificial Intelligence on Criminal Liability”, *Lex ET Scienta International Journal*, cilt: 26, sayı: 1, (2019): s. 140-147.
- Edmonds, David ve Warburton, Nigel. “Daniel Dennett on Free Will Worth Wanting”, in *Philosophy Bites Again*, (2014), s. 125-134.
- Elallid, Badr Ben, Benamar, Nabil, Hafid, Abdelhakim Senhaji, Rachidi, Tajjeeddine ve Mrani, Nabil. “A Comprehensive Survey on the Application of Deep and Reinforcement Learning Approaches in Autonomous Driving”, *Journal of King Saud University - Computer and Information Sciences*, cilt: 34, sayı: 9, (2022), s. 7366-7390.
- Emmert-Streib, Frank, Yang, Zhen, Feng, Han, Tripathi, Shailesh ve Dehmer, Matthias. “An Introductory Review of Deep Learning for Prediction Models with Big Data”, *Frontiers in Artificial Intelligence*, cilt: 3, sayı: 4, (2020), s. 1-23.
- Emren, Tuna. “Gerçek mi Yoksa Yanılsama mı?”, *Popular Science Türkiye*, (Aralık 2021), s. 74-80.

- Enden, H. Van den. "Thomas Hobbes and the Debate on Free Will: His present-day significance for ethical theory", *Philosophica*, cilt: 24, sayı: 2, (1979), s. 185-216.
- Eroğlu, Ayşe. "Henri Bergson'da Bilinç-Sezgi İlişkisi", *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, sayı: 27, (Aralık 2012), s. 81-102.
- Formosa, Paul. "Robot Autonomy vs. Human Autonomy: Social Robots, Artificial Intelligence (AI), and the Nature of Autonomy", *Minds and Machines*, cilt: 31, (2021) s. 595-616.
- Fron, Christian ve Korn, Oliver. "A Short History of the Perception of Robots and Automata from Antiquity to Modern Times", in. *Social Robots: Technological, Societal and Ethical Aspects of Human-Robot Interaction*, (2019), s. 1-12.
- Ghahramani, Zoubin. "Unsupervised Learning", Gatsby Computational Neuroscience Unit, University College London, (16 Eylül 2004), s. 1-32. <http://mlg.eng.cam.ac.uk/zoubin/papers/ul.pdf>
- Gigerenzer, Gerd. *Gut Feelings: The Intelligence of the Unconscious*. New York: Penguin Books, 2008. Aktaran: Zander, Thea, Öllinger, Michael ve Volz, Kirsten G. "Intuition and Insight: Two Processes That Build on Each Other or Fundamentally Differ?", *Frontiers in Psychology*, cilt: 7, 1395, (2016), s. 1-12.
- Gökberk, Macit. *Felsefenin Evrimi*. İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1979.
- Güneş, Deniz. "Antropomorfizm ve Antropomorfik Karakter Tasarımlarının İnsanlar Üzerindeki Etkisi", *Sanat Yazıları*, sayı: 40, (2019), s. 141-157.
- Halley, Gabriel. *When Robots Kill – Artificial Intelligence under Criminal Law*. Boston: Northeastern University Press, 2013.
- Hamrud, Eva. "AI Is Not Actually an Existential Threat to Humanity, Scientists Say", *Science Alert*, (11 Nisan 2021). Bkz. <https://www.sciencealert.com/here-s-why-ai-is-not-an-existential-threat-to-humanity>
- Heisenberg, Werner. *Physics and Philosophy*. London: Penguin Classics, 2000.
- Hinton, Geoffrey E., Osindero, Simon ve Teh, Yee-Whye. "A fast learning algorithm for deep belief nets", *Neural computation*, 18(7), (2006), s. 1527-1554.
- Hodge, Lord. "Financial technology: opportunities and challenges to law and regulation", in Baker, D. J. – Robinson, P. H. (ed.), *Artificial Intelligence and the Law - Cybercrime and Criminal Liability*, (2021).
- Ishida, Yoshiteru ve Chiba, Ryunosuke. "Free Will and Turing Test with Multiple Agents: An Example of Chatbot Design", *Procedia Computer Science*, cilt: 112, (2017), s. 2506–2518.

- İçden, Mehmet Kemal. *Heykelde Antropomorfik Nesnelere ve Biçim Araştırmaları*. Sanatta Yeterlik Sanat Çalışması Raporu. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Güzel Sanatlar Enstitüsü, 2020.
- Kalligeropoulos, Dimitrios ve Vasileiadou, Sultana. "The Homeric Automata and Their Implementation", in Paipetis S.A. (eds), *Science and Technology in Homeric Epics*, cilt 6, (2008), s. 77-84.
- Kanter, Ido, Aviad, Yaara, Reidler, Igor, Cohen, Elad ve Rosenbluh, Michael. "An optical ultrafast random bit generator", *Nature Photonics*, cilt: 4, sayı: 1, (2009), s. 58–61. Bkz. https://www.researchgate.net/profile/MRosenbluh/publication/40537039_An_optical_ultrafast_random_bit_generator/links/0046352b079d52269e000000/An-optical-ultrafast-random-bit-generator.pdf
- Kerimoğlu Caner. "Dilin Kökeni Arayışları 4: Neandertallerin Dili Var Mıydı?", *Dil Araştırmaları*, (Güz 2019/25), s. 7-53.
- Köz, İsmail. "Sezginin Bilgideki Yeri ve Önemi", *Felsefe Dünyası*, sayı: 40, (2004/2), s. 41-53.
- Krausová, Alžběta Solarczyk ve Hazan, Hananel. "Creating Free Will in Artificial Intelligence", *Uluslararası Konferans: Yapay Zekânın Ötesi*, (Kasım 2013), s. 96-109. Bkz. https://www.researchgate.net/publication/278468286_Creating_Free_Will_in_Artificial_Intelligence
- Kretzer, Manuel ve Hovestadt, Ludger. *Alive: Advancements in Adaptive Architecture*. Basel: Birkhäuser, 2014.
- Lewis, Charlton T. ve Short, Charles. *A Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1879. Bkz. <https://www.perseus.tufts.edu/hopper>
- Logiurato, Fabrizio ve Smerzi, Augusto. "Born Rule and Noncontextual Probability", *Journal of Modern Physics*, cilt: 3, sayı: 11, (2012), s. 1802-1812.
- Longrich, Nick. "Nine Species of Human Once Walked Earth. Now There's Just One. Did We Kill The Rest?", *Science Alert*, (22 Kasım 2019). Bkz. <https://www.sciencealert.com/did-homo-sapiens-kill-off-all-the-other-humans>
- McCarthy, John, Minsky, Marvin L., Rochester, Nathaniel ve Shannon, Claude E. "A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence", *AI Magazine*, cilt: 27, sayı: 4, (2006), s. 12-14. <https://ojs.aaai.org/aimagazine/index.php/aimagazine/article/view/1904>
- Novak, Sara. "The Mediterranean Plains Where Neanderthals and Modern Humans Came Together", *Discover Magazine*, (22 Şubat 2022). Bkz.

<https://www.discovermagazine.com/the-sciences/the-mediterranean-plains-where-neanderthals-and-modern-humans-came-together>

Ovid. *Metamorphoses*. London: Penguin Classics, 2014.

Özcan, Mehmet Tevfik. "John Locke'un Birey Anlayışının Felsefi Temelleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt: 52, (1987), s. 559-586.

Özdemir, Mehmet Fatih. *Derin Öğrenme Tabanlı Gerçek Zamanlı Kimliklendirme Sistemi*. Yüksek Lisans Tezi. Malatya: İnönü Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Aralık 2021.

Özsunay, Ergun. *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*. İstanbul: Der Yayınları, 1982.

Paddock, Catharine. "Immune system kills spontaneous blood cancer cells every day", *Medical News Today*, (3 Şubat 2014). Bkz. <https://www.medicalnewstoday.com/articles/272092>

Penrose, Roger. *The Emperor's New Mind*. New York: Oxford University Press, 2016.

Perc, Matjaž, Özer, Mahmut ve Hojnik, Janja. "Social and Juristic Challenges of Artificial Intelligence", *Palgrave Communications*, 5, 61 (2019), s. 1-7.

Piętka, Dariusz. "The Concept of Intuition and Its Role in Plato and Aristotle", *Organon*, sayı: 47, (2015), s. 23-40.

Piloto, Luis S., Weinstein, Ari, Battaglia, Peter ve diğerleri. "Intuitive physics learning in a deep-learning model inspired by developmental psychology", *Nature Human Behaviour*, 6, (2022), s. 1257–1267.

Plaat Aske. *Learning to Play: Reinforcement Learning and Games*. Leiden: Springer, 2020.

PWC Yapay Zeka Raporu. "PwC's Global Artificial Intelligence Study: Exploiting the AI Revolution". Bkz. <https://www.pwc.com/gx/en/issues/data-and-analytics/publications/artificial-intelligence-study.html>

Radha, Gudapureddy ve Lopus, Manu. "The spontaneous remission of cancer: Current insights and therapeutic significance", *Translational Oncology*, cilt: 14, sayı: 9, (Eylül 2021), s. 1-9.

Rosenthal-von der Pütten, Astrid Marieke, Krämer, Nicole C., Hoffmann, Laura ve diğerleri. "An Experimental Study on Emotional Reactions Towards a Robot", *Int J of Soc Robotics*, cilt: 5, (2013), s. 17–34.

Rueben, Matthew ve Smart, William D. "Privacy in Human-Robot Interaction: Survey and Future Work", in *We Robot 2016: Robotik ile İlgili Hukuk ve Politika Konularına İlişkin Beşinci Yıllık Konferans*, Miami Üniversitesi Hukuk

- Fakültesi, (2016), s. 1-43. Bkz. http://robots.law.miami.edu/2016/wp-content/uploads/2015/07/Rueben_Smart_PrivacyInHRI_WeRobot2016.pdf
- Russell, Stuart. *Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control*. New York: Penguin Books, 2019.
- Russell, Stuart ve Norvig, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Hoboken: Pearson, 2021.
- Sarker, Iqbal H., “Deep Learning: A Comprehensive Overview on Techniques, Taxonomy, Applications and Research Directions”, *SN Computer Science*, sayı: 2, (2021), s. 1-20.
- Sawhney, Mohanbir. “As robots threaten more jobs, human skills will save us”, *Forbes*, (2018). Bkz. <https://www.forbes.com/sites/mohanbirsawhney/2018/03/10/as-robots-threaten-more-jobs-human-skills-will-save-us/?sh=7b2f9dd43fce>
- Schlosser, Marcus E. “The neuroscientific study of free will: A diagnosis of the controversy”, *Synthese*, sayı: 191, (Ocak 2014), s. 245-262.
- Shelley, Mary. *Frankenstein*. London: Penguin Books, 2013.
- Sider, Theodore. “Free Will and Determinism”, in *Conee, E. B. – Sider, T., Riddles of Existence: A Guided Tour of Metaphysics*, chapter 6, (2005), s. 112-133.
- Spinoza, Baruch. *The Ethics*, (Çeviren: Elwes, R. H. M.) 1677, Çeviri tarihi: 1887, s. 47. Bkz. https://www.globalgreyebooks.com/ebooks/baruch-spinoza_ethics.pdf
- Stuermann, Walter E. “God Does Not Play Dice: Einstein and Religion”, *Journal of Bible and Religion, Oxford University Press*, cilt: 28, sayı: 4, (Ekim 1960), s. 399-406.
- Subramanian, Ramesh. “Emergent AI, Social Robots and the Law: Security, Privacy and Policy Issues”, *Journal of International Technology and Information Management*, cilt: 26, sayı: 3, (2017), s. 81-105.
- Taslaman, Caner. “Determinism, Indeterminism, Quantum Theory and Divine Action”, *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt: 32, sayı: 1, (2007), s. 157-182.
- Topakkaya, Sümeyye. *Descartes Epistemolojisinde Sezgi Kavramının Yeri*. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- Turner, Jacob. *Robot Rules – Regulating Artificial Intelligence*. London: Palgrave Macmillan, 2019.
- Uçar, Semra. “Heisenberg Belirsizlik İlkesindeki ‘Belirsizlik’”, *Temaşa Felsefe Dergisi*, sayı: 14, (2020), s. 72-82.

- Van Strien, Marij. “On the origins and foundations of Laplacian determinism”, *Studies in History and Philosophy of Science Part A*, cilt: 45, (2014), s. 24-31.
- Wilford, John Noble. “When Humans Became Human”, *New York Times*, (26.02.2002). Bkz. <https://www.nytimes.com/2002/02/26/science/when-humans-became-human.html>
- Wilkins, Neil. *Artificial Intelligence*. CH Publications, 2019.
- Winick, Erin. “Every study we could find on what automation will do to jobs, in one chart”, *MIT Technology Review*, (25 Ocak 2018). Bkz. <https://www.technologyreview.com/2018/01/25/146020/every-study-we-could-find-on-what-automation-will-do-to-jobs-in-one-chart>
- Winograd, Terry. “*Thinging Machines: Can There Be? Are We?*”, in Sheehan, J. J., and Sosna, M. (ed.), *The Boundaries of Humanity: Humans, Animals, Machines*, (1991). Bkz. <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft338nb20q>
- Woiceshyn, Jaana. “Lessons from “Good Minds”: How CEOs Use Intuition, Analysis and Guiding Principles to Make Strategic Decisions”, *Long Range Planning*, cilt: 42, sayı: 3, (2009), s. 298-319.
- Xing, Lei, Giger L. Maryellen ve Min, James K. *Artificial Intelligence in Medicine: Technical Basis and Clinical Applications*. London: Academic Press, 2021.
- Yegen, Ümit. *Beyin Temelli Öğrenme ve Türkçe Eğitimi*. Ankara: Astana Yayınları, 2021.
- Yılmaz, Fevzi. “Robotlar Hayatımızda”, *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, sayı: 12, (2018 Güz), s. 109-120.
- Yiğit Vural. *Postmodern Mitoloji*. (Basılmamış Ders Notu). Bkz. https://www.academia.edu/37930187/postmodern_mitoloji
- Zander, Thea, Öllinger, Michael ve Volz, Kirsten G. “Intuition and Insight: Two Processes That Build on Each Other or Fundamentally Differ?”, *Frontiers in Psychology*, cilt: 7, 1395, (2016), s. 1-12.

VERGİ USUL KANUNU'NUN 11. MADDESİNİN 3. VE DEVAMI FIKRALARINDA DÜZENLENEN MÜTESELSİL SORUMLULUK ESASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the Principle of Joint Liability Regulated in the 3rd and Continuation Clauses of Article 11 of the Tax Procedure Code

Zeynep ARIKAN*
Abdullah ARIKAN**

ÖZ

Vergi alacağının zamanında ve eksiksiz bir biçimde hazineye intikal ettirilmesinin doğrudan kamu yararını hedef aldığı hususu açıktır. Fakat vergilendirme yetkisinin kullanımıyla vergi alacaklısı ile vergi yükümlüsü ve sorumlusu arasında kurulan vergi ilişkisinde hukuka uygunluk sahası dışına çıkılmaması gerekir. Aksi takdirde vergi hukukunun temel ilkelerinin ihlal edilmesi kaçınılmaz hale gelecektir. Buraya kadar değinilen çerçevenin olumsuz mahiyette somutlaşan bir örneğini 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)'un 11. maddesinin 3. ve devamı fıkralarında düzenlenen müteselsil sorumluluk esası meydana getirmektedir. Bu saptamanın berraklaştırılabilmesi için çalışmada öncelikle sorumluluğun detayları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu yapılırken idareye tanınan yetkinin kullanımı ile gelir vergisinde zirai kazançların vergilendirilmesinde ve katma değer vergisinde vergiye tabi işlemler yönünden tatbik edilen sorumluluğa dair öğreti ve yargı kararlarında beliren tartışmalar ele alınmıştır. Akabinde ise anlam ve kapsamı saptanmaya gayret edilen sorumluluğun Anayasaya

Makalenin Geliş Tarihi: 18.07.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 09.05.2023

* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: zeynep.arikan@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6710-171X.

** Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: abduallah.arikan@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4039-0352.

uygunluğu irdelenmiş ve Anayasa Mahkemesinin benzer bir konuda verdiği karar da göz önünde bulundurularak çalışma konusunu meydana getiren kanuni düzenlemelerin Yüksek Mahkemenin önüne tekrar getirilmesi halinde iptal edilmesi gerektiği savunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Vergi sorumluluğu, vergi kesintisi, müteselsil sorumluluk, zirai kazançların vergilendirilmesi, katma değer vergisinde sorumluluk.

ABSTRACT

It is clear that timely and complete transfer of the tax receivable to the treasury directly targets the public interest. However, in the use of the taxation authority, the tax relationship established between the tax creditor and taxpayer and the responsible should not go beyond the scope of legal conformity. Otherwise, the violation of the basic principles of tax law will become inevitable. An example of the framework mentioned so far, embodied in negative nature, is the principle of joint liability regulated in the 3rd and subsequent paragraphs of Article 11 of the Tax Procedure Code No. 213. In order to clarify this determination, the details of responsibility were first tried to be put forward in the study. In doing so, the debates that arise in the doctrines and judicial decisions on the use of the authority granted to administration, the taxation agricultural earnings in income tax and responsibility applied in terms of taxable transaction in value added tax are discussed. Subsequently, the constitutionality of the responsibility, the meaning and scope of which was tried to be determined, was examined and it was argued that, taking into account the decision of the Constitutional Court on a similar issue, the legal regulations that constitute the subject of the study should be canceled if they are brought before the Supreme Court.

Keywords: Tax liability, tax stoppage, joint liability, taxation of agricultural profits, responsibility for value added tax.

GİRİŞ

Devletin fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için kamu hizmeti arzında bulunması diğer bir ifadeyle tam ve yarı kamusal gibi bir kısım mal ve hizmetleri üretmesi ve toplumun istifadesine sunması gerekir. Kamu ekonomisinde özel ekonomiden farklı olarak fiyat mekanizması esas itibarıyla

işler vaziyette olmadığı için sunulması gereken hizmetlerin finansmanı sorunu gündeme gelir¹. Duyulan finansman ihtiyacı, mülk gelirleri gibi görece göz ardı edilebilecek istisnalar haricinde, egemenlik yetkisinden kaynaklanan (cebre dayanan / cebri) kamu gelirleri ile karşılanır. Bu gelirler içerisinde ise başat konumunda olan şüphesiz ki vergilerdir².

Çeşitli ekonomik ve sosyal gayeler için de alınabilmekle beraber vergilerin salınıp toplanmasındaki esas gaye kamu hizmetlerini finanse etmek olarak ifade edilebilecek mali motive dayanmaktadır. Herkesin kamu giderlerinin karşılanabilmesi için mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olacağını belirten 1982 Anayasasının 73. maddesinin ilk fıkrasında da bu durumu görebilmek mümkündür³. Dolayısıyla mali gayeye ulaşabilmek için milli gelirin belli bir bölümünün özel kesimden kamu kesimine aktarıldığı vergilendirme olgusunun⁴ kamu yararını hedef aldığı hususu tereddüt içermeyecek surette açıktır. Fakat her ne kadar kamu yararı amaçlansa da gerek vergilendirme ilişkisinin hangi içerik ile kurulabileceği noktasında gerekse söz konusu ilişkinin kurulup sona erdirilmesine kadar olan süreçte vergi alacaklısını hukuki açıdan sınırlandıran çeşitli ilke ve kurallar söz konusudur. Vergilendirme yetkisinin devlet erklerince kullanımında bahsi geçen ilke ve kurallara uygun davranılmaması halinde böyle bir davranışın ürünü olan hukuki düzenleme, işlem ve kararlara karşı hukuk sistemimizde çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Söz gelimi, hukuk devleti ilkesini ihlal eden ya da mülkiyet hakkına ölçsüz müdahale niteliğini taşıyan kanuni düzenleme Anayasa Mahkemesince, vergilerin kanuniliği ilkesine aykırı bir düzenleyici idari işlem ise Danıştay tarafından iptale mahkumdur. Bu sebeple devletin ülkesi üzerindeki egemenlik yetkisinin mali alandaki görünümünden olan

¹ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, Vergi Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 29. Bs., 3; Halil Nadaroğlu, Kamu Maliyesi Teorisi, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1998), 10. Bs., 41-42.

² Kamu gelirleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Abdurrahman Akdoğan, Kamu Maliyesi, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020), 21. Bs., *Maliye*, 105 vd.

³ Funda Başaran Yavaşlar, "Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır", *içinde* Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, ed. İlhan Ulsan ve Bahri Öztürk, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 160-161.

⁴ Salih Turhan, Vergi Teorisi ve Politikası, (İstanbul: Der Yayınları, 1987), 24; Selim Kaneti, Esra Ekmekçi, Gülsen Güneş ve Mahmut Kaşıkçı, Vergi Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 4-5.

vergilendirme yetkisinin⁵ keyfi ve sınırsız kullanımının mümkün olmadığını vurgulamak gerekir.

Çalışma konumuzu meydana getiren, “*Vergi kesenlerin sorumluluğu*” başlıklı VUK’un 11. maddesinin 3. ve devamı fıkralarında (3, 4, 5, 6 ve 7. fıkra) düzenlenen ve kısaca *vergi kesenlerin sorumluluğu müessesesi dahilinde ihdas edilen müteselsil sorumluluk esası* olarak ifade edebileceğimiz müessesenin gerek içeriğinin doldurulmasında gerekse Anayasaya uygunluğunun tahlilinde vergilendirme yetkisinin hukuki sınırlarının olduğu⁶ hakikatinin gözden uzak tutulmaması gerekir⁷. Ancak böyle bir hukuki zeminde hareket edildiği müddetçe vergi hukukunun temel işlevi olan vergi alacaklısı ile borçlusunun çatışan menfaatleri arasında denge kurulması ve kurulmuş olan dengenin korunması⁸ sağlanmış olacaktır. Gerçekten de vergi ilişkisinde kamu yararının tesisi için vergi alacaklısı kamu kudreti ile donatılmış iken, vergi borçlusuna da *yükümlü hakları*⁹ olarak da ifade edilebilecek başta Anayasal esas ve prensipler olmak üzere çeşitli güvenceler tanınmış bulunmaktadır.

⁵ Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982), 2-3.

⁶ Bu konuda bkz. Çağan, 144 vd.; Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, 43 vd.; Zeynep Arıkan, Demokratik Gelişim Sürecinde Vergilendirme Yetkisinin Kullanımı ve Sınırları (Türkiye Analizi), Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994), 63 vd.

⁷ Ahmet Kumrulu, “Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Nedeniyle Vergi Borcunda Objektif Sorumluluk Esasına Dayanan Teselsül”, TBBD, 1 (3), (1988), *Teselsül*, 412-415.

⁸ Ahmet Kumrulu, “Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler”, AÜHFD, 40 (1), (1988), 243; Yusuf Karakoç, “Vergi Gelirlerinin Kamu Giderlerinin Karşılığı Olması İlkesi”, MÜHFHAD, 21 (2), 2015, 414.

⁹ “*Yükümlü hakları, vergi yükümlülerine olumlu ya da olumsuz bir talepte bulunma yetkisi veren ve ihlal edildiğinde hukuki korunma sağlayan haklardır*”. Bkz. Recai Dönmez, “Yükümlü Hakları: Ortaya Çıkış Nedenleri ve Bir Kavramlaştırma Denemesi”, E-Yaklaşım, (5), (2003), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 19.5.2022); Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Billur Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, (İstanbul: Beta Yayınları, 2006); Adnan Gerçek, Güneş Çetin Gerger, Çağatay Taşkın, Feride Bakar ve Simla Güzel, Mükellef Hakları: Türkiye Perspektifi ve Geliştirilmesi, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015); Doğan Gökbek, Mükellef Hakları, (Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2019).

Anayasa Mahkemesinin deyimiyle “...*vergi tahsilatını güvence altına alacak bir “otokontrol” mekanizması...*”¹⁰ mahiyetini taşıyan ilgili müessese çıkarlar dengesinin korunabilmesi bakımından oldukça hassas bir konumda yer almaktadır. Zira bahsi geçen müesseseyle, halihazırda vergi alacağının tahsilatını hızlandırma ve güvence altına alma gibi kamu yararını hedef alan¹¹ vergi kesenlerin sorumluluğu müessesesi ile yetinilmeyip daha da ileri gidilerek vergi alacaklısı yönünden takip edilebilecek borçlu seçeneğini genişleten fakat borçlular yönünden *kusurları bulunmasa dahi* başkalarının borçlarından müteselsilen sorumlu tutulma ihtimali yaratan bir ayrıcalık ihdas edilmektedir¹². Ticari hayatın dinamik ve yoğun yapısı dikkate alındığında, en basiretli tacirlerin dahi ne denli özen ve dikkat gösterirlerse gösterebilirler kurtulamayacakları ve ucu bucağı belli olmayan müteselsilen sorumluluk halinin vergi mevzuatında varlığını sürdürüyor olması hukuken sorgulanmaya muhtaçtır.

Konunun detaylarına girildiğinde görüleceği üzere, oldukça teknik ve karmaşık bir içeriği bünyesinde barındıran¹³ ilgili sorumluluk haline yönelik zengin bir idari görüş ve yargı kararı havuzu bulunmaktadır. Bu görüş ve kararlardan da istifade ederek söz konusu sorumluluğa dair çalışma planımızın dört ayağından ilki, sorumluluğun kanuni düzeyde geçirdiği tarihsel evrimdir. Burada kanun metni, gerekçe ile kanunda gerçekleştirilen değişiklik ele alınacaktır. Akabinde ilgili sorumluluğun daha iyi anlaşılabilmesi açısından üzerinde durulması gereken bazı kavramlar açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra genel tebliğ ve Danıştay kararları ışığında söz konusu sorumluluğun teferruatlı bir biçimde kapsam ve uygulamasına yer verilecektir. Son olarak ise, içeriği bir önceki ana başlıkta doldurulmaya çalışılan müessese, Anayasaya uygunluk yönünden tahlil edilmeye çalışılacaktır.

¹⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1986/5, K.1987/7, 19.3.1987.

¹¹ Kaynakta vergileme yönteminin sağladığı faydalar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, *Türk Vergi Sisteminde Verginin Kaynakta Kesilmesi (Stopaj)*, (Ankara: Doğu Ltd. Şti. Matbaası, 1974), 3-5; Ahmet Bumin Doğrusöz, *Türk Vergi Sisteminde Kaynakta Vergileme “Stopaj”*, (İstanbul: İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Yayınları (Yayın No: 3), 1992), 27-30; Ozan Öztürk, *Bir Vergi Tekniği Yöntemi Olarak Kaynakta Vergileme*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 28-34.

¹² Anayasa Mahkemesi de değinilen sorumluluk halinin objektif sorumluluk mahiyeti taşıdığı görüşündedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1986/5, K.1987/7, 19.3.1987.

¹³ Kumrulu, *Teselsül*, 414.

I. KONUYA DAİR KANUNİ DÜZENLEME, GEREKÇE VE DÜZENLEMEDE YAŞANAN DEĞİŞİKLİK

VUK'un 11. maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluk esas 4.12.1985 tarih ve 3239 sayılı Kanun'un¹⁴ 2. maddesi ile 11. maddeye yapılan üç fıkra ilavesi ile vergi mevzuatına dahil edilmiştir. İlgili hükümler şu şekildedir: “Mal alım ve satımı ve hizmet ifası dolayısıyla vergi kesintisi yapmak ve vergi dairesine yatırmak zorunda olanların, bu yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde verginin ödenmesinden, alım satıma taraf olanlar ile hizmetten yararlananlar, aralarında zimnen dahi olsa irtibat olduğu tespit olunanlar müteselsilen sorumludurlar.” (VUK md. 11/3) “Ancak üçüncü fıkrada belirtilen müteselsilen sorumluluk mal üreten çiftçiler ile nihai tüketiciler için söz konusu değildir.” (VUK md. 11/4) “Müteselsil sorumluluğun şartları, sınırları ve bu konuya ilişkin usul ve esaslar Maliye ve Gümrük Bakanlığınca belirlenir.” (VUK md. 11/6)

3239 sayılı Kanun ile eklenen üç fıkraya dair gerekçede şu ifadeler yer verilmiştir: “Vergi Usul Kanununun 11 inci maddesine eklenen bu fıkra ile, kesilen vergilerin (stopaj) ve tahsil edilen Katma Değer Vergilerinin mutlaka vergi dairesine yatırılması amaçlanmıştır. Vergiyi kestiği halde veya tahsil ettiği halde vergi dairesine yatırmayanları zorlamak ve bu görevlerini yerine getirmelerini sağlamak için, alım satıma taraf olanlar ve hizmetten yararlananlar müteselsilen sorumlu tutularak, gerçek yükümlünün bu görevini yapması sağlanmış olacaktır. Örneğin; tüccardan zirai ürüne ait stopajın yapılıp yapılmadığını, yapılmışsa vergi dairesine yatırılıp yatırılmadığını araştırarak ve mutlaka yatırılmasını sağlayacaktır...Katma Değer Vergisinin yatırılıp yatırılmadığından tarafların sorumlu tutulmasında da aynı durum söz konusu olacağından, Devlet adına tahsil edilen vergiler mutlaka ve gününde ilgili vergi dairesine yatırılmış olacaktır...Zirai ürün alımı ile uğraşan zirai ürün stopajı yapmış olan bir kısım mükellefler ile Katma Değer Vergisi Kanunu ile katma değer vergisi tahsil edip vergi dairesine yatırmak zorunda olan bir kısım mükellefler, bu yükümlülüklerini yerine getirmek amacı ile birtakım paravan firmalar kurmaktadır. Bu firmalar alım ve satıma aracılık eder durumda gözükmekte olup, uhdelerinde önemli vergi birikmesine karşılık bu vergileri süresi içinde vergi dairesine yatırmamakta ve bilahare ortadan kaybolmaktadır. Herhangi bir mal

¹⁴ RG, 11.12.1985, S. 18955.

varlığı bulunmayan bu firmaların vergi borcu tahsil edilememektedir...Büyük şikayetlere yol açan bu davranışlar önemli sayıda çiftçi ile çok sayıda katma değer vergisi ödeyicisi kitlelerin mağdur olmasına yol açmaktadır... ”¹⁵

24.3.1988 tarih ve 3418 sayılı Kanun'un¹⁶ 30. maddesi ile VUK'un 11. maddesine 5. fıkra olarak *“Maliye ve Gümrük Bakanlığı zirai ürünlerin (işlenmiş olanlar dahil) alım ve satımına aracılık eden kuruluşlar ile Ticaret Borsalarını bu mahsullerin satın alınması sırasında yapılacak vergi tevkifatından müteselsilen sorumlu tutmaya, sözkonusu ürünlerin satışı dolayısıyla yapılacak vergi tevkifatının hangi safhada yapılacağını her bir ürün için ayrı ayrı belirlemeye yetkilidir. Maliye ve Gümrük Bakanlığı tarafından belirlenen safhadan önceki safhalarda tevkif yoluyla alınan vergiler iade edilmez ve süresinde ilgili vergi dairesine yatırılır.”* hükmü eklenmiştir.

11. maddenin 3. fıkrasında 22.7.1998 tarih ve 4369 sayılı Kanun¹⁷ ile ibare değişikliğine gidilmiştir. Düzenlemede yer alan *“...alım satıma taraf olanlar ile hizmetten yararlananlar, aralarında zımnen dahi olsa irtibat olduğu tespit olunanlar...”* ibaresi *“...alım satıma, taraf olanlar, hizmetten yararlananlar ve aralarında doğrudan veya hısımlık nedeniyle ya da sermaye, organizasyon veya yönetimine katılmak veya menfaat sağlamak suretiyle dolaylı olarak ilişkide bulunduğu tespit olunanlar...”* şeklinde değiştirilmiştir.

Son olarak ise, 20.8.2016 tarih ve 6745 sayılı Kanununun 9. maddesi ile *“Cumhurbaşkanı, ödeme yapılan kişilerin mükellef olup olmamasına, ödeme yapan veya ödemeye aracılık edenlerin vergi kanunlarına göre vergi kesintisi yapmak zorunluluğu bulunup bulunmamasına, ödemenin konusunun mal veya hizmet alım satımı olup olmamasına, elektronik ortamda gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesine, ödeme yapılanın bu tutarı vergi matrahının tespitinde indirim konusu yapıp yapmamasına bakılmaksızın, vergiye tabi işlemlere taraf veya aracı olanlara vergi kesintisi yaptırmaya, iş grupları, iş neveleri, sektörler ve emtia grupları itibarıyla, vergiye tabi işlemle ilgili, vergi kanunlarında belirtilen alt ve üst limitler arasında olmak şartıyla, farklı kesinti oranları tespit etmeye yetkilidir.”* hükmü son (VUK md. 11/7) fıkra olarak 11. maddeye ilave edilmiştir.

¹⁵ Gerekçe için bkz. Kumrulu, Teselsül, 413.

¹⁶ RG, 31.3.1988, S. 19771-2. mükerrer.

¹⁷ RG, 29.7.1998, S. 23417 mükerrer.

II. KONUNUN AYDINLATILABİLMESİ İÇİN ÜZERİNDE DURULMASI GEREKEN BAZI KAVRAM VE MÜESSESELER

Yukarıda alıntılanan gerekçeden de anlaşılacağı üzere, vergi kayıp ve kaçığı ile mücadele edebilme maksadı ile ihdas edilen müteselsil sorumluluğun¹⁸ içeriğinde vergi teorisi, vergi hukuku ve özel hukukun çeşitli kavram ve müesseseleri bir arada kullanılmaktadır. Konunun anlaşılabilmesi ve ileride değinileceği üzere¹⁹ uygulamada VUK'un 11. maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluğun anlamlandırılması noktasında yaşanan problemlerin çözümlenebilmesi için vergi yükümlüsü, vergi sorumlusu, vergi kesintisi / stopajı / tevkifatı, vergi kesen konumundaki kimse, kanuni yükümlü, iktisadi / fiili yükümlü, müteselsil sorumluluk / borçluluk kavram ve müesseselerinin ele alınması gerekir.

A. Vergi Yükümlüsü - Vergi Sorumlusu

Verginin kurucu temel öğelerinden olan²⁰ ve vergi uygulamasında (devlet ve devredilmiş vergilendirme yetkisini haiz kamu tüzel kişilerinden mütevellit) vergi alacaklısı karşısında diğer tarafı meydana getiren²¹ vergi yükümlüsü ile sorumlusu kavramlarına yönelik kanuni düzeyde tanımlamalar getirilmiştir. Nitekim VUK'un 8. maddesinin ilk fıkrasında vergi yükümlüsü “...*vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettübeden gerçek veya tüzel kişi...*”, 2. fıkrasında ise vergi sorumlusu “...*verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi...*” olarak tanımlanmıştır.

Vergi kanunları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, her iki tanımın da ilgili kavramların kapsam ve içeriğinin doldurulmasında yeterli olmadığı görülmektedir. Zira bahsi geçen düzenlemede her ne kadar vergi yükümlüleri (ve sorumluları) gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlansa da iş ortaklığı ya da

¹⁸ Kumrulu, Teselsül, 413; S. Ateş Oktar, “Vergi Usul Hukukunda Vergi Kesenlerin Sorumluluğu ve Müteselsil Sorumluluk Üzerine Düşünceler”, *Sayıştay Dergisi*, (25), (1997), *Müteselsil*, 76.

¹⁹ Bkz. III. başlık.

²⁰ Gülsen Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 4. Bs., 140.

²¹ Abdurrahman Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 14. Bs., 50-51.

dernek ve vakıflara ait ya da bağlı iktisadi işletmeler gibi tüzel kişi olmayan bazı kuruluşlar da başka (özel) vergi kanunları dolayısıyla vergi yükümlüsü (ve sorumlusu) olabilmektedir. Yine ilgili düzenlemede vergi yükümlüsünün sanki sadece vergi borcunu ödeme yani maddi ödevi varmış gibi anlaşılmaktadır. Fakat VUK'un "*Mükellefin Ödevleri*" başlıklı ikinci kitabı dikkate alındığında, vergi yükümlülerinin (bazı durumlarda sorumlularının da) defter tutma, belge düzenleme, bildirimde bulunma ya da beyanname verme gibi pek çok şekli ödevi de bulunmaktadır²².

Bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşıldığında görülmektedir ki, vergi yükümlüsü verginin asıl borçlusudur²³ ve yükümlü kavramını diğerlerinden ayırt etme noktasında başlıca iki kritere başvurulmaktadır. Bunlardan ilki, yükümlünün vergiyi doğuran olayı kendi şahsında gerçekleştirmesi, diğeri ise vergiyi kendi malvarlığından ödemek mecburiyetinde olmasıdır. İlk kriter her daim yükümlü nezdinde vuku bulurken, ikinci kritere dair bazı istisnai haller²⁴ cereyan edebilmektedir²⁵.

²² Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, 75-77, 80; Sadık Kırbaş, Vergi Hukuku: Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2015), 20. Bs., 64-74; Özhan Uluatam ve Yaşar Methibay, Vergi Hukuku, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2001), 5. Bs., 94-97; Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019), 10. Bs., 87, 89, 92-93; Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 2. Bs., 151, 153, 160-161; Funda Başaran Yavaşlar, 20 Soruda Türkiye'de Temel Vergi Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 19, 28-40, 41-46; Yusuf Ziya Taşkan, Vergi Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 2. Bs., 105-106, 120-121.

²³ Mualla Öncel, "Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk", içinde Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 522, 1983), 41; Kırbaş, 75; Nihal Saban, Vergi Hukukunda Sorumluluk, Yayımlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991), *Sorumluluk*, 78; Turgut Candan, Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, (Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006), 3. Bs., 9; Alman yazınında vergi yükümlüsü ile sorumlusunu birbirinden kavramsal açıdan ayırabilmek için "*verginin asıl borçlusu – sorumluluk borçlusu*" veya "*birinci borçlu – ikinci borçlu*" ya da "*vergi borçlusu - sorumluluk borçlusu*" şeklinde ayrımlar yapılmaktadır. Bkz. Mustafa Akkaya, "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu", AÜHFĐ, 46 (1), (1997), 187, dpn.6.

²⁴ Örneğin, vergi sorumlusu kanun gereği ödemek zorunda kaldığı tutarı yükümlüye yeterli malvarlığı bulunmaması sebebiyle tam olarak rücu edememiş olabilir.

²⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, 76.

Vergi sorumlusu ise, vergiyi doğuran olayı şahsında gerçekleştirilmeyen fakat gerçekleştirmiş olan yükümlünün vergi borcu için vergilendirmeye dair şekli ve/veya maddi ödevleri yerine getirme noktasında görevli kılınmış kişi ya da kuruluşlardır²⁶. Yükümlü ile hukuki veya fiili yönden irtibat dahilinde bulunan²⁷ bu kimselere değinilen surette ödevler yükleniyor olmasının arkasında vergi alacağının daha hızlı, basit, güvenceli ve az masraflı bir şekilde hazineye intikalini sağlayabilme hedefleri yatmaktadır²⁸.

Sorumluluk kavramının diğer hukuk dallarındaki görünülerinden farklı manalar taşıyarak vergi hukukuna özgü olan²⁹ vergi sorumluluğu müessesesi, birbirinden farklı esaslara tabi pek çok sorumluluk türünü bünyesinde ihtiva etmektedir³⁰. Gerçekten de bazı sorumluluk hallerinde sorumluya yalnızca şekli ödevler yüklenmektedir. Bu ödevler yükümlünün vergi borcunun hazineye sağlıklı bir biçimde intikalini sağlayabilmek için borcun ödenip ödenmediğinin kontrol edilmesi³¹ ya da beyannamenin imzalanarak içeriğinin defter kayıtlarına ve bunların dayanağı belgelere uygunluğunu veya ödenecek verginin hesaplanmasında zarar mahsubu gibi yükümlü lehine bazı hükümlerden istifade edilebilmesi için tasdik raporu ibraz edilerek tasdik konularının doğruluğunun teyit edilmesi (VUK mükerrer md. 227) şeklinde olabilir. Bazen de bizzat yükümlünün kendi vergi borcu dolayısıyla yerine

²⁶ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, 79.

²⁷ Yılmaz Özbacı, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, (Ankara: Oluş Yayıncılık A.Ş., 2010), 111.

²⁸ Mehmet Tosuner ve Zeynep Arıkan, Vergi Usul Hukuku, (İzmir: Kanyılmaz Matbaası, 2021), 58-59; Fevzi Rıfat Ortaç, Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk, Yayımlanmamış Doktora Tezi, (Ankara: Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990), 35-38.

²⁹ Saban, Sorumluluk, 4-7; Ortaç, 2 vd.; Mustafa Ali Sarılı, Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2004), 3 vd.

³⁰ Adnan Gerçek, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi”, AÜHFD, 54 (3), (2005), 157-158; Gülsen Güneş ve Güneş Yılmaz, “Katma Değer Vergisi’nde Sorumluluk ve Tevkifat İkilemi”, içinde Güncel Maliye Tartışmaları – 3 (Dr. Veysi SEVİĞ’e Armağan), ed. Ahmet Bumin Doğrusöz, Ayşe Güner ve Gülay Akgül, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 376 vd.; Hakan Bay, “Vergi Hukukunda Sorumluluk Müessesesi”, Vergi Sorunları Dergisi, (376), (2020), 40 vd.

³¹ Örneğin, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu (MTVK)’nın 13. maddesinin d) ve e) fıkralarında fenni muayene yapma yetkisine sahip kuruluşların fenni muayene yapmadan evvel verginin ödenmiş olup olmadığını araştıracakları, ödenmemiş ise fenni muayene yapmayacakları hüküm altına alınmıştır.

getirmesi gereken şekli ve maddi ödevler çeşitli sebeplerle sorumluya (örneğin, vergi kesen konumundaki kimse veya kanuni temsilci) yüklenir³².

Vergi sorumlusu vergi kanunları ile kendisine yüklenen ödevleri yerine getirmediği takdirde çeşitli hukuki ve/veya cezai yaptırımlara muhatap tutulmakta ve ödeme sorumlusu konumuna evrilmektedir³³. Fakat böyle durumlarda hazineye zamanında intikal etmeyen verginin yükümlü ya da sorumludan hangi sıra dahilinde istenebileceği noktasında farklılaşan düzenlemeler mevcuttur. Vergi kesenlerin sorumluluğunda olduğu üzere idarece doğrudan sorumlu muhatap alınabildiği gibi, kanuni temsilcilerin sorumluluğunda olduğu üzere önce yükümlünün malvarlığına başvurulması da gereklilik arz edebilmektedir³⁴. Veyahut da vergi borcu hem yükümlüden hem de sorumludan müteselsil sorumluluk esası doğrultusunda istenebilir. Böyle bir durumda sorumlu yükümlüyle birlikte vergi borcundan mesul olmaktadır. Diğer bazı durumlarda ise, sorumlu yükümlünün vergi borcundan kaynaklanan şekli ve/veya maddi ödevleri yerine getirmekle görevli kılınması da yükümlünün yerine geçerek vergiyi kendi malvarlığından ödemek zorunda kalabilmektedir. Bu duruma ilişkin olarak da karnesiz hizmet erbabı çalıştıranların sorumluluğu (VUK md. 251) örnek olarak verilebilir³⁵. Tabii istisnai durumlar hariç olmak üzere, sorumlunun ödemek zorunda kaldığı vergi borcunu yükümlüye rücu edebilmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında, vergi son tahlilde kural olarak yükümlünün malvarlığından çıkacaktır³⁶.

Değininilen çerçeve doğrultusunda vergi kanunlarına yayılmış surette bulunan söz konusu sorumluluk türlerine kanuni temsilcilerin (VUK md. 10 – 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) mükerrer md. 35), vergi kesenlerin (VUK md. 11 – AATUHK md. 22), mirasçıların (VUK md. 12), kefillerin (AATUHK md. 11), karnesiz hizmet erbabı çalıştıranların, tasfiye memurlarının (5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) md. 17), trafik sicil memurlarının (MTVK md. 13), limited

³² Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, 80.

³³ Öncel, 45.

³⁴ Kumrulu, Teselsül, 420.

³⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, 79-81.

³⁶ Rücu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Şenyüz, "Vergiden Kaynaklı Rucüen Alacak Hakkı", *içinde Maliye Araştırmaları- 4*, ed. Burçin Bozdoğanoglu, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021).

şirket ortaklarının (AATUHK md. 35) ve meslek mensuplarının (VUK mükerrer md. 227) sorumluluğu örnek olarak verilebilir.

Dolayısıyla vergi sorumluluğu müessesesi geniş bir kapsama sahip olup, tek bir sorumluluk türü ile özdeşleştirilemez³⁷. VUK'un 8. maddesinin 2. fıkrasında verilen tanım ise, doğrudan maddi ödevi baz almaktadır. Böyle olunca da söz konusu tanım esas itibariyle diğer sorumluluk türleri ile alakadar olma vasfını taşıyamamaktadır. Zira bazı sorumluluk türleri vardır ki yukarıda değinildiği gibi bunlar nezdinde sorumluya maddi ödev değil de yalnızca şekli ödev yüklenir³⁸.

B. Eylem: Vergi Kesintisi / Stopajı / Tevkifatı - Özne: Vergi Kesen / Aracı Ödeyici

Bünyesinde hem vergi alacaklısı hem de vergi yükümlüsü yönünden barındırdığı çeşitli avantajlar nedeniyle vergi kesintisi, vergi sorumluluğu müessesesinin en başta gelen örneklerinden birisini meydana getirmektedir. Söz gelimi, işçi statüsünde olup emek faktörünü üretim sürecine sokarak ücret geliri elde eden bir kimse gelir vergisi yükümlüsüdür. Fakat elde edilen ücretin vergilendirilmesinde vergi kesintisi yöntemi benimsenmiştir. Dolayısıyla ücret ödemesi yapacak olan işveren vergi kesen statüsündedir. İşveren iş ilişkisi çerçevesinde ücret olarak ödeyeceği tutardan ödemeyi gerçekleştirmeden evvel vergi mevzuatı uyarınca hesaplanacak kısmı kaynağında kesecek ve vergi dairesine beyan ederek ödeyecektir. Böylece vergi idaresinin karşısında daha az sayıda ve ekonomik açıdan daha güçlü muhataplar olacaktır³⁹. Ayrıca vergiyi doğuran olay meydana gelir gelmez vergi adeta "aracı ödeyici"⁴⁰ ya da "vergi ödeyicisi"⁴¹ konumundaki

³⁷ Gerçek, 157-158; Güneş ve Yılmaz, 376 vd.; Özgür Biyan, Vergi Hukuku (Lisans Öğrenimi İçin), (Bursa: Dora Basım-Yayın Dağıtım, 2018), 15; Bununla birlikte öğretilerde vergi sorumluluğu kavramının yalnızca vergi kesenlerin sorumluluğu ile özdeşleştirilip açıklandığı yaklaşımlara da rastlanılmaktadır. Bu yönde bkz. Akif Erginay, Vergi Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 1982), 10. Bs., 67-68; Kenan Bulutoğlu, Türk Vergi Sistemi: Cilt: 1, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), 6. Bs., 17; M. Kâmil Mutluer ve N. Nilay Dayanç Kuzeyli, Vergi Hukuku: Genel ve Özel Hükümler, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 131-132; Candan, 9-10.

³⁸ Öncel, 45.

³⁹ Bulutoğlu, 17.

⁴⁰ Özhan Uluatam, Kamu Maliyesi, (Ankara: Savaş Yayınları, 1991), 4. Bs., 194; Oktar, Mütessesil, 66; Nihat Edizdoğan, Özhan Çetinkaya ve Erhan Gümüş, Kamu Maliyesi, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım), 2015, 6. Bs., 156.

⁴¹ Turhan, 55-56.

işverenlerce istihkak tutarından kesilerek kısa bir zaman sonra hazineye intikal ettirilmektedir. İşçiler de ücret geliri ellerine geçmeden evvel vergileri kesilmiş olduğundan verginin soğuk yüzüyle karşı karşıya gelmemektedirler⁴².

Mali anestezinin bir yansıması olan bu yöntem⁴³ bazı durumlarda bir tür tahsil biçimi olarak uygulanmaktadır. Nitekim vergi kesmek mecburiyetinde olanlarca kesintiye tabi tutulan vergiler daha sonra yükümlüler tarafından verilen yıllık beyannamelerde hesaplanan vergiden mahsup edildiğinde böyledir. Fakat diğer bazı durumlarda ise vergi kesintisi bir tür vergilendirme yöntemi olarak işlev görmektedir. Nitekim kanunda gösterilen bazı hallerde vergi kesen konumundaki kimsece kaynakta kesilen verginin yükümlüler açısından nihai vergi özelliği taşıdığı durumlar böyledir. Bu hallerde yükümlüler kesintiye tabi gelirleri için yıllık beyanname vermez yahut da vermeleri gerekiyorsa verecek oldukları yıllık beyannameye bu vergileri ilave etmezler⁴⁴.

Gelir vergisi (193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (GVK) md. 94), kurumlar vergisi (KVK md. 15 ve md. 30), veraset ve intikal vergisi (7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu md. 17), katma değer vergisi (3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (KDVK) md. 9), özel tüketim vergisi (4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu (ÖTVK) md. 4) ve damga vergisi (488 sayılı Damga Vergisi Kanunu md. 19) gibi pek çok vergide kendisine yer verilen mevzu bahis sorumluluk türünün işleyişine dair genel hükümlere VUK'un 11. maddesi ile AATUHK'un 22. maddesinde yer verilmiştir. VUK'un 11. maddesinin ilk fıkrasına göre, *"Yaptıkları veya yapacakları ödemelerden vergi kesmeye mecbur olanlar, verginin tam olarak kesilip ödenmesinden ve bununla ilgili diğer ödevleri yerine getirmekten sorumludurlar."* Dolayısıyla vergi kesen konumundaki kimse sadece istihkak tutarından yapacağı kesintiyi vergi dairesine ödemek ile değil, aynı zamanda ücret bordrosu gibi belge düzenleme ya da beyanname (muhtasar veya 2 no'lu katma değer vergisi (KDV) beyanname) verme gibi birtakım şekli ödevleri de yerine getirmek mecburiyetindedir⁴⁵. AATUHK'un 22. maddesinde ise, *"Amme alacağını"*

⁴² Aliefendioğlu, 3, 5.

⁴³ Nadaroğlu, 300; Osman Pehlivan, Kamu Maliyesi, (Trabzon: Celepler Matbaacılık, 2016), 146.

⁴⁴ Doğrusöz, 2-3.

⁴⁵ 2. fıkarda, *"Bu sorumluluk, bunların ödedikleri vergilerden dolayı asıl mükelleflere rücu etmek hakkını kaldırmaz."* hükmüne yer verilmiştir.

borçlusundan kesip tahsil dairesine ödemek mecburiyetinde olan hakiki ve hükmi şahıslar, bu vazifelerini kanunlarında veya bu kanunda belli edilen zamanlarda yerine getirmedikleri takdirde, ödenmiyen alacak bu hakiki ve hükmi şahıslardan bu kanun hükümlerine göre tahsil olunur.” hükmüne yer verilmiştir.

Vergi kesmek mecburiyetinde olanlar vergi alacaklısı ile yükümlü dışında kalan 3. kişi ya da kuruluş konumunda bulunuyor olsalar da kesmek mecburiyetinde buldukları vergileri kesmezlerse yahut kesip vergi dairesine yatırmazlarsa, vergi idaresinin gerek vergi aslı ve fer’ileri gerekse vergi cezaları bakımından muhatabı doğrudan bu kimseler olacaktır. Vergi idaresi beyanname verilmemiş yahut eksik beyanda bulunmuş olması hallerinde tarh ve/veya ceza kesme işlemlerini sorumlu nezdinde tesis edecektir. Vergi tam olarak kesilmiş ve beyan edilmiş olmakla birlikte kısmen veya tamamen ödenmez ise, sorumluya ödeme emri tebliğ edilecek olup, cebren tahsil sürecinde kamu borçlusu sıfatını bizzat kendisi haiz olacaktır⁴⁶.

Tüm bu söylenenler etrafında, konumuzla da yakın irtibatını dikkate alarak, GVK çerçevesinde zirai kazançların vergilendirilmesinde tatbik edilen kaynaktaki vergileme yöntemini daha yakından ele almak gerekir. Zirai kazançların vergilendirilmesinde yükümlü sıfatını haiz çiftçi ister gerçek usule tabi olsun ister olmasın⁴⁷ her halükârda, GVK’nın 94. maddesinin ilk fıkrasının on bir numaralı bendi dolayısıyla, bu kimselerin vergi kesmeye mecbur olanlara bunların faaliyet konularına girer surette zirai mahsul veya hizmet satmaları durumunda vergi kesintisi yapılması gerekecektir. Başka bir deyişle, vergi kesmeye mecbur kişi ya da kurumlar⁴⁸ değinilen minvalde yapacakları alımlar dolayısıyla ödeme yaparken belli oranlarda vergiyi kesip, vergi dairesine muhtasar beyanname ile beyan ederek ödeyecektir (GVK md. 98-100). Eğer çiftçi gerçek usule tabi ise takip eden yıl içerisinde yıllık beyannamesini verirken hesapladığı vergiden dönem içerisinde kendisinden kesilen vergiyi mahsup eder ve beyanını bu şekilde gerçekleştirir. Fakat

⁴⁶ Kumrulu, Teselsül, 420; Kaneti, Ekmekçi, Güneş ve Kaşıkçı, 126-127; Şenyüz, Yüce ve Gerçek, 95.

⁴⁷ Bkz. GVK md. 53 ve md. 54.

⁴⁸ Kimlerin vergi kesmek zorunda olduğu GVK’nın 94. maddesinin ilk fıkrasında hükme bağlanmıştır. Kamu kurum ve kuruluşları, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, gerçek usulde vergilendirilen ticari, zirai kazanç ve serbest meslek kazancı sahipleri gibi bir kısım kişi ya da kurumlar bu kapsamda örnek olarak gösterilebilir.

gerçek usule tabi değilse salt bu kazancı dolayısıyla yıllık beyanname vermesine gerek olmayıp, başka gelirler dolayısıyla yıllık beyanname verecekse dahi kendisinden kesilen bu vergiyi beyanına dahil etmez (GVK md. 86). Çiftçilere yapılacak ödemeler esnasında kesilmesi gereken vergilerin kesilmemesi yahut kesilmesine karşın beyan edilmeyip ve/veya ödenmemesi hallerinde vergi dairesinin muhatabı yukarıda da ifade edildiği üzere doğrudan vergi kesen konumundaki kimse olacaktır⁴⁹.

C. Kanuni Yükümlü – İktisadi / Fıili / Gerçek Yükümlü

Vergi yükümlüsü kavramına ilişkin olarak vergi teorisi alanında kanuni yükümlü - iktisadi yükümlü şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. İktisadi açıdan yapılan söz konusu ayırımın temelini vergi yansımaları mekanizması meydana getirmektedir⁵⁰. Gerçekten de özellikle harcama vergilerinde vergi kolay yansıtılabilir olduğundan, vergiyi beyan edip ödeyen yükümlü ile vergiyi yüklenen (taşıyan) kimse genellikle farklı şahıslar olmaktadır. Söz gelimi, belli bir mal ya da hizmeti vergiye tabi olacak şekilde teslim eden veya ifa eden kimse satış fiyatının içerisine vergiyi dahil ederek işlemin karşı tarafına aktardığında vergisel ödevleri yerine getiren ile verginin malvarlığından çıktığı kişiler aynı olmamaktadır.

Tabi bu durum her zaman vuku bulmayabilir. Zira yansımaları olgusunun gerçekleşmesi fiyat mekanizmasının ve somut iktisadi koşulların mevcudiyetine bağlı olarak değişkenlik gösterir⁵¹. Kanunun yükümlü olarak baz aldığı diğer bir ifadeyle belli bir işlem özelinde ortaya çıkan vergiye dair ödevleri yerine getirmesi gereken ve *kanuni yükümlü* sıfatını taşıyan kimse somut durumda vergiyi yansıtamazsa (söz gelimi, satacak olduğu mallara dair son tüketim tarihinin geçmiş olması dolayısıyla) artık kendisi kanuni yükümlü olmanın yanı sıra vergiyi bizzat yüklenen bir kimse olacak ve *iktisadi yükümlü* sıfatını da taşıyacaktır⁵². Buna karşılık eğer yansıtılabilirse kanuni yükümlü olmanın yanı sıra kendisi aynı zamanda *aracı yükümlü* kimliğini de haiz

⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Özbacı, Gelir Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, (Ankara: Oluş Yayıncılık, 2010), 464 vd.

⁵⁰ F. Neumark, Maliyeye Dair Tetkikler, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 118 - İktisat Fakültesi Neşriyatı No: 9, 1951), 4. Bs., 67-68; Turhan, 55-57.

⁵¹ Fevzi Devrim, Kamu Maliyesine Giriş, (İzmir: İlkem Ofset, 2002), 4. Bs., 237 vd.; İsmail Türk, Kamu Maliyesi, (Ankara: Turhan Kitabevi, 1999), 3. Bs., 183 vd.

⁵² Akif Erginay, Kamu Maliyesi, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1972), 132-133.

olacak ve fakat vergi ilişkinin diğer tarafına aktarılmış olacağından iktisadi yükümlü olarak nitelendirilemeyecektir⁵³.

İfade etmek gerekir ki, kanuni yükümlü – iktisadi yükümlü ile vergi yükümlüsü – vergi kesen konumundaki kimse ayrımları birbirlerinden farklılık arz etmekte olup, kavramsal açıdan bambaşka manaları taşımaktadır. İlk ayırım hukuki değil iktisadi bir temele dayanmakta olup, kanuni düzeyde tanımlanmış değildir. Kanun koyucu verginin yansıtılmasını öngörmüş ve hatta vergi politikasının bir gereği olarak hedeflemiş dahi olabilir. Fakat fiiliyatta bahis konusu mekanizmanın ne ölçüde gerçekleşeceğini tam manasıyla kontrol edemez. Süreç piyasa koşullarına bağlı olarak gelişim gösterir. Vergi ödevlerinin muhatabı kanuni yükümlüdür. Verginin yansıtılması ve vergiyi yansıtan (kanuni) yükümlünün vergisel ödevlerini yerine getirmemesi hallerinde vergi dairesi iktisadi yükümlüyü muhatap alamaz. Ancak vergi kesintisi müessesesinde durum farklılık arz eder. Normal şartlar altında vergi yükümlüsünün yerine getirmesi gerektiği vergisel ödevleri, verginin daha hızlı ve güvenceli bir şekilde hazineye intikalini temin gibi vergi idaresi lehine avantajlar dolayısıyla vergi kesen konumundaki kimse yerine getirir. Verginin kesilip ödenmesinden sorumlu tutulacak vergi kesen konumundaki kimse olup, kesilip ödenmeyen vergiden yükümlü sorumlu tutulamaz⁵⁴.

D. Müteselsil Sorumluluk / Borçluluk

Vergi kanunlarının birçok yerinde birden fazla kimsenin bazen vergilerin bazen de vergilerle birlikte cezaların ödenmesinden ya da hem maddi hem de şekli ödevlerin yerine getirilmesinden vergi alacaklısına karşı müteselsilen sorumlu olduklarına yönelik ifadelerle karşılaşılmaktadır⁵⁵. Fakat vergi kanunlarında özel hukuk menşeli olan ve alacaklının son derece güçlü ve

⁵³ Nadaroğlu, 235-236; Turhan, 56-57.

⁵⁴ Kumrulu, Teselsül, 419-420; Doğrusöz, 8-10; Oktar, Müteselsil, 67; Akdoğan, Maliye, 156.

⁵⁵ Kanun koyucu bilhassa son dönemde söz konusu sorumluluk tipini tahsilat olanağını daha da güçlendirmek maksadı ile çok daha yaygın bir şekilde tercih etmeye başlamıştır. Bkz. Barış Bahçeci, “Türkiye’de Kamu Alacaklarının Müteselsil Sorumluluk Yoluyla Tahsili Eğilimi ve Gümrük Kanunu Uygulaması”, AÜHFD, 60 (3), (2011), 425-426.

ayrıcılık konumunda bulunduğu⁵⁶ müteselsil sorumluluk / borçluluk esası⁵⁷ ile ilgili genel mahiyette herhangi bir saptamaya yer verilmemiştir⁵⁸. Yine vergi hukukunda söz konusu esasa dair özel hukuktan farklı bir anlamlandırma yapılması yoluna da gidilmemiştir. Dolayısıyla özel hukukun müteselsil sorumluluğa yönelik biçtiği anlam ve içeriğin vergi hukuku açısından da kural olarak geçerlilik taşıyacağını belirtmek gerekir⁵⁹.

Kaynağını kanun ya da sözleşmeden alan (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 162) müteselsil sorumlulukta alacaklının karşısında birden fazla borçlu olup, her biri ile alacaklı arasında ayrı borç ilişkisi bulunmaktadır. Fakat bu borç ilişkileri, aşağıda müteselsil sorumluluğa dair TBK ile ortaya konulan özellikler topluca göz önünde bulundurulduğunda fark edilebileceği üzere, birbirleri ile bağımlılık taşır⁶⁰. Müteselsil sorumluluğun (konumuzla bağlantılı) temel özellikleri şu şekilde ortaya konulabilir:

- Borçlular alacaklıya karşı borcun tamamından sorumludurlar (TBK md.162/1).
- Alacaklı borçlulardan herhangi birinden, birkaçından yahut da tamamından borcu ifa etmesini / etmelerini isteyebilir. Bu istem borcun tamamına yönelik olabileceği gibi bir kısmını da kapsayabilir (TBK md. 163/1).
- Borcun kısmen veya tamamen ödenmesi halinde borç tüm borçlular açısından ödenen tutar kadar sona erer⁶¹ (TBK md. 166/1). Fakat

⁵⁶ Fikret Eren, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 23. Bs., 843.

⁵⁷ Müteselsil sorumluluk ile borçluluk terimlerinin birbirlerinin yerine kullanılabildiği ve aynı anlama geldikleri yönünde bkz. Recep Kaplan, Müteselsil Sorumluluk ve Vergi Hukukunda Yeri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005), 20-21, dñn.43.

⁵⁸ Kaplan, 34, 41.

⁵⁹ Özel hukuk kavram ve müesseselerinin vergi hukukunda nasıl anlamlandırılması gerektiği ile ilgili bkz. Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, 6-7; Kırbas, 16-17.

⁶⁰ Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020), 17. Bs., 486-484.

⁶¹ Dolayısıyla her bir borçludan borç tutarının tamamı ayrı ayrı tahsil edilemeyecek olup, borç tutarı tam olarak bitene dek, borçlular yönünden sorumluluk tahsil edilememiş

borç tümüyle son bulana kadar borçluların sorumluluğu devam eder (TBK md. 163/2).

- Ödeme yapan borçlu / borçlular kendi hisselerine düşen borç tutarının ötesinde yapmış oldukları ödeme için alacaklarının haklarına halef olur ve diğer borçlulara rücuda bulunabilir (TBK md. 167/2).

Temel özellikleri bu şekilde ortaya konulabilecek olan müteselsil sorumluluk esasına dair vergi hukuku alanında müteselsilen sorumlu tutulacak kimseler baz alınarak üçlü bir ayırım yapılmaktadır. Bunlardan ilki, müteselsilen sorumlu tutulan kimselerin her birinin vergi yükümlüsü statüsünde olmalarıdır. Esas itibarıyla “*müteselsil yükümlülük*” olarak isimlendirilebilecek bu durumda⁶² tek bir vergiyi doğuran olay birden fazla yükümlünün şahsında gerçekleşmektedir⁶³. Söz gelimi, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu’nun 3. ve 13. maddelerinde ifade edildiği üzere, bir bina ya da araziye birden fazla kimsenin elbirliği halinde malik olmaları durumunda emlak vergisi yönünden ortaya çıkacak yükümlülük böyledir.

Diğeri, müteselsilen sorumlu tutulacaklardan birisinin vergi yükümlüsü, ötekinin vergi sorumlusu olmasıdır. Bu ihtimale ilişkin, AATUHK’un 11. maddesinde düzenlenen kefillerin sorumluluğu örnek olarak verilebilir. Nitekim AATUHK hükümleri uyarınca teminat göstermesi gereken bir yükümlü 11. maddedeki şartları taşıyorsa mahiyetteki bir kimseyi kefil olarak gösterebilir. Böyle bir durumda kamu borcunun ödenmesinden vergi yükümlüsüyle birlikte kefil de müteselsilen sorumlu olur⁶⁴. Son olarak ise, müteselsilen sorumlu tutulacakların her ikisinin de vergi sorumlusu olmasıdır. Söz gelimi, vergi yükümlüsünü temsil etmeye yetkili birden fazla kanuni temsilcinin mevcudiyeti durumunda bunlardan her biri vergi sorumlusu

borçtan kaynaklı olarak devam edecektir. Bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Cilt: II, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 306.

⁶² Bekir Baykara, “Vergi Sorumluluğu, Vergiden Sorumluluk ve VUK’nun 11’inci Maddesine Göre KDV’den Müteselsil Sorumluluk”, Vergi Dünyası, (222), (2000), *Sorumluluk*, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 22.3.2022); Kaplan, 37-38.

⁶³ Öncel, 47; Tarafların her biri vergi yükümlüsü statüsünde bulunduğundan bu gibi hallerde vergi sorumluluğu müessesesinden söz edilemeyeceğini vurgulamak gerekir. Bkz. Öncel, 47.

⁶⁴ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, 89.

vasfını haiz olup, VUK'un 10 maddesi çerçevesinde yerine getirilmeyen vergi ödevlerinden müteselsilen sorumlu olurlar⁶⁵.

III. VUK'UN 11. MADDESİNİN 3. VE DEVAMI FIKRALARI İLE GETİRİLEN MÜTESELSİL SORUMLULUK MÜESSESENİN KAPSAM VE UYGULAMASI İTİBARIYLA SOMUTLAŞTIRILMASI

İçeriğinde pek çok tartışmanın mevcut olduğu mevzu bahis müteselsil sorumluluk hali günümüze dek iki kez Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmüş ve her ikisinde de Anayasaya aykırı bulunmamıştır⁶⁶. Dolayısıyla güncel durumda ilgili düzenlemeler hukuken uygulanma kabiliyetini haiz olduğundan söz konusu sorumluluk esası öğreti ve uygulamadaki görüşler baz alınarak kapsam ve içerik itibarıyla somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

VUK'un 11. maddesinin 6. fıkrasında ilgili sorumluluğun gerek şart ve sınırlarının gerekse usul ve esaslarının belirlenmesi hususlarında Hazine ve Maliye Bakanlığı'na yetki tanınmıştır ve Bakanlık da bu yetkisini gelir vergisi ile KDV yönünden kullanmış ve konuya dair teferruatlı düzenlemeler ihdas etmiştir. Bu sebeple ilgili sorumluluk hali içerik itibarıyla aşağıdaki vergi türleri baz alınarak açıklanacaktır.

A. Müessesenin Gelir Vergisi Yönünden Kapsam ve Uygulaması

Kaynakta vergileme yöntemi dahilinde ihdas edilen müteselsil sorumluluğun vergi türleri itibarıyla görünümünden ilki, GVK uyarınca zirai kazançlar açısından gerçekleştirilen vergi kesintileridir⁶⁷. Bu konuya dair

⁶⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, 89.

⁶⁶ VUK'un 11. maddesinin 5. fıkrası ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine itiraz yolu işletilerek yapılan bir başvuru ilgili düzenleme davaya uygulanacak kural vasfını haiz olmadığından reddedilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1991/30, K.1992/18, 4.3.1992; Bu nedenle yukarıda ifade edilen iki karar arasında burada bahsedilen karara yer verilmemiştir.

⁶⁷ Gelir vergisi yönünden vergi kesintisinin cereyan ettiği pek çok gelir unsuru Bakanlıkça sorumluluk kapsamına alınmamıştır. Söz gelimi, serbest meslek erbaplarına belli kişi ya da kuruluşlarca belli mahiyette yapılacak ödemelerden de vergi kesintisi yapılacak olmakla beraber söz konusu kesintiler dolayısıyla müteselsil sorumluluk esası işletilememektedir. Bakanlık kendisine tanınan yetkiyi yalnızca zirai kazançlar dolayısıyla yapılacak kesintiler bakımından kullanmıştır. Bkz. Rüknettin Kumkale, "Gelir Vergisi Tevkifatı ve Müteselsil Sorumluluk", Terazi Hukuk Dergisi,

düzenleyici idari işlem seviyesindeki kurallar güncel olarak 164 seri no'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde⁶⁸ yer almaktadır⁶⁹. Tebliğ ile getirilen hükümleri ele almadan evvel, yukarıda söz edilen VUK'un 11. maddesinin 6. fıkrasına ilaveten, 5. fıkranın da burada hatırlatılması gerekir. Nitekim bahsi geçen düzenleme ile Hazine ve Maliye Bakanlığına iki noktada yetki tanındığı görülmektedir. Bunlardan ilki, zirai mahsullerin alım satımına aracılık eden kuruluşlar ile Ticaret Borsalarının da zirai mahsullerin satın alınması sırasında yapılacak vergi kesintisinden müteselsilen sorumlu tutulabileceğidir. Diğeri ise, zirai mahsuller dolayısıyla yapılması gereken vergi kesintisinin hangi safhada yapılacağını her bir mahsul bakımından ayrı ayrı belirleyebilmektir.

Bakanlık kendisine tanınan yetkileri halihazırda yürürlükte bulunan Tebliğ içeriğinde on beş başlık altında yaptığı düzenlemeler vasıtasıyla kullanmıştır. Bu düzenlemeleri esas alarak konuyu aşağıdaki alt başlıklar bünyesinde ele alabilmek mümkündür.

1. Sorumluluğun Tatbikine Dair Genel Esaslar

Tebliğin üç no'lu başlığı altında müteselsil sorumluluğun uygulanışına dair genel esaslar ortaya konulmaktadır. Buna göre, GVK'nın 94. maddesinin ilk fıkrası çerçevesinde vergi kesmek mecburiyetinde olan kişi ve kuruluşlar normal şartlar altında on bir numaralı bent doğrultusunda zaten çiftçilerden (faaliyetleri ile ilintili olmak üzere) zirai mahsul alımları sırasında vergi kesintisi yapacaklardır. Fakat bu safhada kesilmesi gereken vergi hazineye intikal etmezse⁷⁰, zirai mahsulün daha sonraki aşamalarda alım satımına taraf olan kimseler de çiftçiden alım safhasında kesinti yapmak zorunda olan kişi ya da kurumlarla birlikte vergi aslı, fer'i ve cezalarından müteselsilen sorumlu

(42), (2010), 280; Yunus Şengöz, "Vergi Sorumlularının Sorumluluklarını Yerine Getirmemeleri Halinde Mükelleflerin Müteselsil Sorumluluğu-II" Yaklaşım, (235), (2012), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 22.6.2022).

⁶⁸ RG, 15.9.1990, S. 10636.

⁶⁹ Bahsi geçen konuya dair daha önce 153, 155, 162 ve 163 seri no'lu Gelir Vergisi Genel Tebliğleri ile hükümler getirilmiştir. 167 seri no'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin "Kaldırılan Tebliğler ve Yürürlük" başlığı altında, bahsi geçen Tebliğlerde yer alan ve çıkarılan yeni Tebliğ ile çelişen düzenlemelerin yürürlükten kaldırıldığı hükmüne yer verilmiştir.

⁷⁰ Hazineye intikal ile kasıt, borcun ödenmesi yahut devlete olan alacaklarla mahsup veya takas edilmesidir. Bkz. Bekir Baykara, "KDV'de Müteselsil Sorumlulukta Son Durum", **Maliye Postası**, (499), 2001, <http://www.bekirbaykara.av.tr/>, (E.T. 17.6.2022).

tutulacaklardır. Söz gelimi, tacir (A)'nın çiftçi (B)'den zirai mahsul alırken vergi kesintisi yapmadığını farz edelim. Tacir (C)'nin tacir (A)'dan bu mahsulü satın alması durumunda bir önceki safhada kesilmeyen vergiden ötürü tacir (C)'de (A) ile vergi aslı, fer'i ve cezalarından müteselsilen sorumlu olacaktır.

Bu konudaki uygulama örnekleri daha çok, vergi kesintisinden kaçınmak maksadıyla zirai mahsulün çiftçiden değil de genellikle sahte belge komisyoncusu ya da salt o iş için sahte belge düzenlemek maksadıyla kurulmuş bir firmadan (sahte belge kullanılmak suretiyle) alınmış gibi gösterildiği hallerde karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, canlı hayvan alımı yapan bir limited şirket bu alımı çiftçiden yapmış olmakla beraber sahte belge kullanarak tüccardan almış gibi göstermiş ve daha sonra aldığı canlı hayvanları davacıya satmıştır. İnceleme raporu ile saptanan bu durum üzerine vergi dairesi müteselsil sorumluluk esasının davacı bakımından da tatbik edilebileceği doğrultusunda hareket etmiş ve bu yaklaşım Danıştay tarafından hukuka uygun görülmüştür⁷¹.

Zirai mahsulün çiftçiden alımı sırasında vergi kesintisi yapıp yapılmadığı noktasında daha sonraki aşamalarda alım satım yapan kişi ya da kuruluşları bir nevi vergi denetimi yapmak mecburiyetinde bırakan⁷² bu durumdan kurtulmak istenmesi halinde, bu kişi ya da kuruluşların da alışları sırasında vergi kesintisi yapabilecekleri öngörülmektedir. Eğer ileriki safhalarda alım yapan kişi ya da kuruluşlar çiftçiden alım safhasında vergi kesintisi yapıldığına inanmakta iseler kesinti yapmayabileceklerdir. Dolayısıyla GVK'nın 94. maddesinde çiftçiden alım safhasında getirilen vergi kesintisi yapılması zorunluluğuna Tebliğ ile daha sonraki safhalarda *ihtiyari olarak kesinti yapılabilmesi hali*⁷³ de eklenmiştir.

Bu noktada zirai mahsulün çiftçiden alımı safhasında kesilmesi gereken verginin hazineye intikal etmemesi hallerinde *daha sonraki aşamalarda alım satımına taraf olan kimselerin* vergi aslı, fer'i ve cezalarından müteselsilen sorumlu tutulmalarının VUK'un 11. maddesinin 3. fıkrasına uygunluğunun ele alınması gerekir. İlgili düzenleme çerçevesinde bir kimsenin müteselsilen

⁷¹ D. 4. D. E.1992/4540, K.1993/3751, 26.10.1993, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 4.6.2022); Benzer yönde bir karar için bkz. D. VDDGK, E.2002/356, K.2003/5, 31.1.2003, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 5.6.2022).

⁷² Kumrulu, Teselsül, 422-423.

⁷³ Doğrusöz, 72.

sorumlu kılınabilmesi için ya “...alım satıma, taraf olanlar, hizmetten yararlananlar” ya da “aralarında doğrudan veya hisimlik nedeniyle ya da sermaye, organizasyon veya yönetimine katılmak veya menfaat sağlamak suretiyle dolaylı olarak ilişkide bulunduğu tespit olunanlar...”dan olması gerekir.

Acaba Tebliğde ifade edildiği üzere, daha sonraki safhalarda alım satıma taraf olanlar başkaca bir kriter aranmaksızın müteselsil sorumluluk kapsamına girer mi? Yoksa *alım satıma taraf olanlar* ibaresi sadece vergi kesintisinin yapılacağı çiftçiden gerçekleştirilecek alım safhasını kapsıyor ve daha sonraki aşamalarda yer alan kimselerin sorumlu tutulabilmesi için *kesinti yapması gereken kimse ile aralarında doğrudan ya da dolaylı ilişki bulunduğunun* tespit edilmesi de ayrıca gereklilik arz edecek midir? Kanımızca ilk kısımda geçen *alım satıma taraf olanlar* ibaresini Tebliğdeki gibi genişletici bir biçimde yorumlamak VUK’un 11. maddesinin 3. fıkrasının sınırlarının aşılmasına sebebiyet vermektedir. Zira ilgili düzenleme “*kesilen vergilerin ödenmemesi amacını güden tertipleri önlemeyi*”⁷⁴ hedeflemekte olup, daha sonraki safhalarda hiçbir surette doğrudan ya da dolaylı ilişki aranmaksızın alım satımlara taraf olanlara sorumluluk yüklenmesi normun lafzını aştığı gibi amacına da aykırılık taşımaktadır. Dolayısıyla sadece *çiftçiden yapılacak alım satım safhasına taraf olan çiftçi* ilk kriter uyarınca başkaca şart aranmaksızın müteselsilen sorumlu tutulabilecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki VUK’un 11. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, mal üreten çiftçiler ile nihai tüketiciler sorumluluk kapsamı dışında yer almaktadırlar. Zirai kazançlar yönünden vergi kesintisinin yapılacağı aşamada satıcı konumundaki kimseyi mal üreten çiftçiler oluşturacağından ilk kriter kanımızca gelir vergisinde zirai kazançlar yönünden yapılacak kesintilerde uygulanma kabiliyetini haiz bulunmamaktadır⁷⁵.

2. Genel Esastan Ayrılan İstisnai Durumlar

Genel esas Tebliğde yukarıda değinildiği gibi ortaya konulmuş olmakla beraber üç ana başlık altında ifade edilebilecek farklılaşan durumlarla da karşılaşılabilir. Şimdi sırası ile bunlar ele alınacaktır.

⁷⁴ Kaneti, Ekmekçi, Güneş ve Kaşıkçı, 127.

⁷⁵ Danıştay eski tarihli bir kararında (E.1992/3451, K.1993/3506, 5.7.1993, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 1.6.2022)) yukarıda sözü edilen fakat daha yakın tarihli bir kararında ise (E.2008/5546, K.2010/3183, 19.10.2010, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 1.6.2022)) aksi yönde bir yaklaşım benimsemiştir.

a. Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşları Açısından Getirilen Vergi Kesintisi Yapma Zorunluluğu

Genel esastan farklılaşan durumlardan ilki, Tebliğin bir ve iki no'lu başlıkları altında yapılan düzenlemelerle, destekleme alımı yapan veya zirai mahsul işleyen ya da imalat faaliyetinde bulunsun veya bulunmasın zirai mahsul alımı yapan kamu kurum ve kuruluşlarına, kimden alındığına bakılmaksızın, vergi kesintisi yapma zorunluluğunun getirilmesidir. Çiftçiden yapılan alımda vergi kesintisi yapılması zaten GVK'nın ilk fıkrasının on bir numaralı bendi uyarınca kanuni bir zorunluluk olmakla beraber çiftçiler dışında kalan kişi ya da kuruluşlardan yapılacak zirai mahsul alımlarında vergi kesintisi yapılması mecburiyetinin ihdası Tebliğ aracılığıyla gerçekleştirilmiş bulunmaktadır. Eğer kesinti yapılmazsa ödenmeyen vergi aslı, fer'i ve cezalarından ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının müteselsilen sorumlu olacakları Tebliğde açıkça ifade edilmiştir.

b. Ticaret Borsaları Açısından Getirilen Vergi Kesintisi Yapma Zorunluluğu

Farklılaşan diğer durum, dört no'lu başlık altındaki düzenlemeler dolayısıyla, Ticaret Borsalarına tescil edilmiş zirai mahsullerin alımı sırasında ortaya çıkmaktadır. Tebliğe göre, zirai mahsul çiftçi dışındaki kişi ya da kuruluşlardan Borsada tescil ettirilerek alınmakta ise alımı yapan kişi ya da kuruluş vergi kesintisi yapmayacaktır. Bu kişilerin, çiftçiden alım sırasında yapılması gereken vergi kesintisi yapılmamış olsa da ödenmeyen vergi aslı ve fer'ilerinden herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Fakat alım işlemi borsada çiftçiden yapılmakta ise vergi kesintisi yapılması zorunluluk taşıyacaktır. Her iki ihtimalde de hazineye intikal etmeyen vergi aslı ve fer'ilerinden (Danıştay 4. Dairesince iptal edilmeden evvel vergi cezaları da değinilen kapsamda idi), VUK'un 11. maddesinin 5. fıkrasında tanınan yetkinin kullanılmasının neticesi olarak, Ticaret Borsaları da (Danıştay 4. Dairesince iptal edilmeden evvel Borsa yöneticileri de kapsam dahilinde idi) müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır⁷⁶.

⁷⁶ "5590 sayılı...Kanununun 32 nci maddesinde ticaret borsalarının, kanunda yazılı esaslar dairesinde borsaya dahil maddelerin alım ve satımı ve fiyatlarının tespit ve ilanı işleriyle meşgul olmak üzere kurulan tüzelkişiliği haiz kamu kurumları olduğu hükme bağlanmıştır. Yasanın 34 üncü maddesinde borsaların görevlerine yer verilmiş

Ticaret Borsaları açısından müteselsil sorumluluk getirilebileceğini hüküm altına alan VUK'un 11. maddesinin 5. fıkrası, Tebliğin dört no'lu başlığı altında getirilen düzenlemelerin hukuka uygunluğunu denetleyen Danıştayın 4. Dairesince itiraz yolu işleterek Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi kanunilik ilkesi yönünden gerçekleştirdiği denetimde, Ticaret Borsalarına müteselsil sorumluluğun bizzat kanun ile getirildiği ve bahsi geçen düzenlemeyle Bakanlığa tanınan yetkinin vergilendirmeye dair temel kurallara değil de teknik ve ayrıntıya ilişkin olduğu gerekçesi ile iptal talebini reddetmiştir⁷⁷. Anayasa Mahkemesinin red kararı vermesinin ardından 4. Daire, Tebliğin dört no'lu başlığı altındaki düzenlemeleri VUK'un 11. maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir. Zira 4. Daireye göre 5590 sayılı Kanun ile kurulan, Kanun'un 1. maddesi uyarınca kamu kurumu vasfını haiz ve konumuzla ilintili görevi belli mahiyetteki alım satım işlemlerini tescil etmek olan Ticaret Borsaları ile bunların yöneticilerine müteselsil sorumluluk yüklenmesi 5. fıkranın ne lafzı ile ne de amacı ile uygunluk taşır. Çünkü Borsa ve yöneticileri vergi hukuku yönünden kesinti yapmaya yetkili olmadıkları gibi kesinti yapılması gereken işlemlere de taraf ya da aracı değillerdir. Fakat VUK'un 11. maddesi uyarınca bir kimsenin müteselsilen sorumlu tutulabilmesi için o kimsenin bahsi geçen mahiyetteki bir konumda bulunması gerekir. Ayrıca sorumluluk kapsamına Borsada kesintiye tabi olmayan işlemler de dahil

ve borsaya dahil maddelerin borsada alım satımını tanzim ve tescil etmek de bu görevler arasında sayılmıştır...Ticaret Borsalarına Dahil Maddeler...Hakkında Yönetmeliğin...10 uncu maddesi ile...borsaya dahil ve belli miktarı aşan maddelerin alım satımının, borsalara tescili zorunlu tutulmuştur. Bu düzenlemelerden görüleceği üzere borsaya dahil maddelerin, tesbit edileni aşan miktarının çiftçiden alınması halinde, bu alımların, borsaya tescili zorunludur.” Bkz. D. 4. D., E.2001/1982, K.2001/1635, 19.4.2001, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 1.6.2022); Kararda ifade edilen bu zorunluluğun yanı sıra bir de vergi mevzuatında Borsada tescil ettirilerek alım satımı yapılan zirai mahsuller yönünden vergi kesintisinin Borsa dışındaki alım satımlara nazaran yarı oranında diğer bir ifadeyle indirimli olarak yapılacağı kabul edilmektedir. Tüm bu uygulamaların varlık sebebi zirai mahsullerde kayıt dışılığın önüne geçebilmektir. Bkz. H. Ümit Aksoy, “Ticaret Borsaları ve Borsada Tescil Ettirilen Zirai Ürünlerde Gelir Vergisi Tevkifatı Uygulaması”, Vergi Dünyası, (243), (2001), <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 14.6.2022); Salim Arslanhan, “5590 Sayılı Kanuna Göre Kurulan Ticaret Borsaları ve Müteselsil Sorumluluk Karşısındaki Durumları”, Vergi Sorunları Dergisi, (93), (1996), <http://www.vergisorunlari.com.tr/>, (E.T. 14.6.2022).

⁷⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1993/3, K.1993/20, 25.5.1993.

olduğu gibi kesinti yapıp beyan ve ödemenin gerçekleştirilmesi gereken sürenin sonundan evvel tescil işleminin yapılabileceği de dikkate alındığında, Bakanlık Tebliğ aracılığıyla getirmiş olduğu düzenlemelerle VUK'un kendisine tanıdığı yetkinin üzerine çıkmış ve VUK'da öngörülmeyen bir sorumluluk ihdas etmiştir. 4. Daireye göre, Ticaret Borsalarına müteselsil sorumluluk ihdas edilebilmesi “...borsadaki işlemlerin vergiye tabi olması ve bu vergi yatırılmadıkça tescil işleminin yapılmayacağına kanunda öngörülmesiyle mümkün olabilir. Bu yönde bir yasal düzenleme yapılmadıkça alım satım taraf olmayan kişi ve kuruluşları, bu arada da ticaret borsalarını tevkif ettikleri vergileri vergi dairesine yatırmayan vergi sorumlularını fiilinden müteselsilen sorumlu tutmak söz konusu olamaz.”⁷⁸

Kanımızca 4. Dairenin bu yaklaşımı *hakkaniyeti tesis edebilme amacına dönük olmakla beraber kanun hükmünü düzeltir mahiyet taşımaktadır*. Zira VUK'un 11. maddesinin 5. fıkrasında Bakanlıkça Ticaret Borsalarına müteselsil sorumluluk yüklenebileceği açıkça ifade edilmiştir. 4. Dairenin belirttiğinin aksine, 11. maddenin bütününden Ticaret Borsalarının müteselsil sorumluluk kapsamına alınabilmesi için kesintiye tabi işleme taraf ya da aracı olmalarının aranmayacağı tereddüt içermeyecek surette anlaşılabilir vaziyettedir. Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı bulunmamış bir hüküm ile Bakanlığa tanınan yetkinin kullanımını sanki o fıkra yokmuş gibi kabul edilerek *kanunun sınırları aşılmıştır* denilmesi yorum faaliyetinin ötesine geçilmiş bir hukuk uygulamasının cereyanına sebebiyet vermiştir.

Öyle ki bu tablonun farkında olan Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu (VDDGK) ilgili kararın temyiz edilmesi üzerine bozma kararı vermiştir. VDDGK Tebliğde altı no'lu başlık altında ve ilk paragrafta yer alan hükümlerin VUK'a aykırılık taşımadığını belirtmiştir. Ancak kararda geçen şu ifadeler, 4. Dairenin kararında vurgulanan ve Ticaret Borsaları yönünden adilane olmayan *kesinti yapıp beyan ve ödemenin gerçekleştirilmesi gereken sürenin sonundan evvel tescil işleminin yapılabileceği* olgusunun önüne geçmeye dönüktür: “*Henüz beyanname verme süresi dolmamışken yapılan tescil sırasında, borsa ve yetkililerinin beyannamenin düzenlenmiş ve ilgili vergi dairesine verilmiş ya da tahakkukun yapılmış olmasını aramaları düşünülemeyeceğinden, tebliğin bu paragrafında öngörülen sorumluluğu,*

⁷⁸ D. 4. D., E.1991/752, K.1995/5799, 25.12.1995, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 3.6.2022).

tevkifatın yapılmasıyla sınırlı kabul etmek gerekmekte ve tebliğin 4 üncü bölümünün ilk paragrafının yasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.” VDDGK ilk paragraf gibi ikinci paragrafı da VUK’a aykırı bulmamıştır⁷⁹. Fakat ikinci paragrafta yer alan iki hususun hukuka aykırılık arz ettiğini vurgulamıştır. Bunlardan ilki, “ile buna bağlı ceza” ibaresidir. Zira VDDGK’ya göre, Ticaret Borsalarının vergi cezalarından sorumlu tutulması cezaların şahsiliği ilkesini zedelemektedir. Diğer husus ise, VUK’un 11. maddesinde Borsa yöneticilerinden hiç söz edilmemişken normun sınırlarının aşılması hukuk yaratılması mahiyeti taşıyan “borsaların yöneticileri” ibaresi hukuka aykırı bulunmuştur⁸⁰.

Bozma kararına uyan 4. Daire nihayetinde ikinci paragrafta yer alan ve yukarıda bahsi edilen iki ayrı ibareyi iptal etmiştir⁸¹. 4. Dairenin bu kararı, Tebliğde ifade edildiği üzere, VDDGK tarafından (E.2002/24, K.2002/182 12.4.2002 künyeli kararı ile) onanmış ve kesinleşmiştir⁸².

c. Özel Durumlar

Sözü edilen ayrık iki durum haricinde bir de üst başlığını özel durumlar olarak ifade edebileceğimiz bazı ihtimaller vardır ki bunlar açısından Tebliğ nezdinde genel esastan farklılaşan hükümler getirilmiştir. Bunlardan ilki beş no’lu başlık altında düzenlenen, zirai ürün ihraç eden ihracatçılara yönelik getirilen vergi kesintisi yapma zorunluluğudur. Zira ister imalatçı olsun ister satın aldığı zirai mahsulleri işlemeden ihraç ediyor olsun ihracatçılar gerek

⁷⁹ Kararda geçen şu ifadeler dikkat çekicidir: “Bu paragrafta öngörülen müteselsil sorumluluğun önkoşulu, borsada tescil edilen bir alım-satım konu tarım ürününün evvelce çiftçiden satın alınması sırasında vergi tevkifatının yapılmamış olmasıdır. Dolayısıyla bu paragrafta yer alan düzenleme ile de sorumlu sıfatıyla vergi kesintisi yapma ödevini yerine getirmemiş olan satıcıların tescil istemlerinin kabul edilmemesi amaçlanmıştır. Çiftçiden alınması sırasında bedelinden vergi tevkifatı yapılmamış tarım ürününün borsada tescil edilerek satılmasını önlemek isteyen bu düzenlemenin, Vergi Usul Kanunu’nun 11 inci maddesinin altıncı fıkrasına aykırı düşmediği sonucuna varılmaktadır.” Bkz. D. VDDGK, E.1996/144, K.1997/453, 24.10.1997, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 3.6.2022).

⁸⁰ D. VDDGK, E.1996/144, K.1997/453, 24.10.1997, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 3.6.2022).

⁸¹ D. 4. D., E.2001/1982, K.2001/1635, 19.4.2001, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 1.6.2022).

⁸² Fakat dört no’lu başlığın ikinci paragrafı dışında Tebliğ bünyesindeki pek çok yerde müteselsilen sorumlu tutulan kimselerin vergi aslı ile fer’ilerinin yanı sıra cezalardan da sorumlu oldukları ifadeleri mevcudiyetlerini devam ettirmektedir.

çiftçilerden gerekse çiftçi dışındaki kimselerden zirai mahsul alırken vergi kesintisi yapmak zorunda bırakılmışlardır. Fakat zirai mahsul borsada tescil ettirilerek veyahut desteleme alımı yapan ya da zirai mahsul alımında bulunan kamu kurum ve kuruluşlarından alınmıyorsa istisna getirilerek vergi kesintisi yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Diğeri altı no'lu başlıkta düzenlenen, köy tüzel kişiliği ile vakıf ya da vakıflara ait veya bağlı iktisadi işletmelerden zirai mahsul alımı halinde getirilen vergi kesintisi yapılması zorunluluğudur. Bahis konusu kurum ya da kuruluşlar kurumlar vergisine tabi olsun yahut olmasın, bunlardan zirai mahsul alımı yapan kişi ya da kurumlar alış bedeli üzerinden vergi kesintisi yapacaktır.

Sonuncusu ise yedi no'lu başlıkta düzenlenen, fabrika veya sınai işletme sahip ya da yöneticileri bakımından getirilen müteselsil sorumluluktur. Bahsi geçen kimseler sahibi oldukları veya yönettikleri fabrika ya da sınai işletmeleri kiraya verirler ve kiracılar da buralarda zirai mahsul işlerlerse, işlenen zirai mahsuller ile ilintili gelir vergisinin hazineye intikal etmemesi hallerinde sorumlulukları gündeme gelmektedir. Şöyle ki kiracı işleyeceği zirai mahsulü çiftçiden alırken vergi kesintisine dair ödevleri yerine getirmese, fabrika ya da sınai işletme sahip veya yöneticileri de ilgili vergi aslı, fer'i ve cezalardan müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Benzer durum kiracının çiftçi olmayanlardan aldığı zirai mahsul ile alakalı daha önceki safhalarda verginin kesilmemiş yahut kesilen verginin hazineye aktarılmamış olduğu ihtimallerde de söz konusudur. Bu gibi hallerde çiftçiden alımı gerçekleştiren kimsenin yanı sıra kiracı statüsündeki kişi ya da kuruluşun müteselsil sorumluluğu bulunduğu gibi Tebliğ uyarınca fabrika ya da sınai işletme sahip veya yöneticilerinin de bulunmaktadır. Fakat Tebliğde her ne kadar ilgili kimselerin müteselsilen sorumlu oldukları ifade edilmiş olsa da Danıştay'ın bir kararında ifade edildiği üzere, bu kimseler mal alım ve satımına veya hizmet ifasına taraf olmadıkları gibi zirai mahsulün daha sonraki alım ve satım safhalarında da yer almamaktadır. Ayrıca zirai mahsullerin işlendiği fabrika ya da sınai işletmelerin sahibi veya yöneticisi olmak tek başına VUK'un 11. maddesinin 3. fıkrasında ifade edildiği gibi vergi kesenle doğrudan veya dolaylı olarak ilişki içerisinde bulunduğu hususuna da delalet göstermez⁸³. Tebliğ ile hüküm altına alınan böyle bir

⁸³ Bkz. D. 11. D., E.1996/4613, K.1997/4242, 2.12.1997, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 31.5.2022).

yaklaşım VUK'un 11. maddesinin lafzının aşılmasına ve vergilerin kanuniliği ilkesine aykırı bir düzenlemenin mevcudiyetine sebebiyet vermektedir. Böyle bir düzenlemenin halen varlığını sürdürüyor ve dolayısıyla düzenleyici genel tebliğ hükmü vasfını taşıyarak uygulanma kabiliyetini haiz olması son derece eleştiriye açıktır.

3. Tebliğ ile Getirilen ve Kanunda Vergi Kesintisi Yapılacağı Belirtilen Safhaya İlaveten Başka Safhalarda İhtiyaten ya da Mecburiyetten Kesinti Yapılacağı Yolundaki Düzenlemelerin Hukuka Uygunluğu Meselesi

Sorumluluğun esasları bakımından buraya kadar sözü edilen düzenlemeler bütüncül bir bakış açısıyla ele alındığında, Tebliğde biri ihtiyari diğerleri zorunlu olacak surette pek çok noktada vergi kesintisi yapılma mecburiyetinin getirildiği görülmektedir. Peki bu durum VUK'un 11. maddesi bakımından tanınan yetkinin sınırları dahilinde midir yoksa bu yetki aşılmış mıdır? Bu soru Tebliğin hukuki sıhhati açısından kritik bir önemi haizdir.

VUK'un 11. maddesinin 5. fıkrasında Bakanlığa tanınan yetki "*...ürünlerin satışı dolayısıyla yapılacak vergi tevkifatının hangi safhada yapılacağını her bir ürün için ayrı ayrı belirleme...*"dir. Tebliğde GVK'nın 94. maddesinin on bir numaralı bendi uyarınca çiftçiden zirai mahsul alımı sırasında yapılacak olan vergi kesintisinin hangi safhada yapılacağı belirlenmemiş olup, mevcut safhaya ilaveten başka safhalarda da kesinti yapılması ihtiyari tutulan bir durum hariç mecbur kılınmıştır. Danıştay bir kararında Tebliğ ile ikinci kez vergi kesintisi aranıyor olmasının vergilerin kanuniliği ilkesine aykırılık taşıyacağını ifade etmiştir⁸⁴. Fakat açık olmayan ve Danıştay kararına tek başına makul bir gerekçe vasfını kazandırabilecek bu düzenlemenin 11. maddenin 5. fıkrasının yukarıda alıntılanan cümleyi takip eden diğer cümleyle birlikte okunması gerekir. Zira denmektedir ki "*Maliye ve Gümrük Bakanlığı tarafından belirlenen safhadan önceki safhalarda tevkif*

⁸⁴ "*Tebliğin 11 inci maddesinde, bu suretle ikinci defa mükerrer olarak yapılan bu tevkifatın diğer vergi borçlarından mahsubu ve iadesi olanakları tanınmış ise de, kanunda öngörülmemiş bir sorumluluğun, "tevkifatın safhasının belirlenmesi" konusunda tanınan yetkiye dayanılarak, idari tasarrufla ihdası mümkün bulunmadığı gibi, Anayasa'nın 73'üncü maddesi hükmü karşısında, böyle bir yetkinin idareye devredilmesi de esasen söz konusu olamaz.*" Bkz. D. 4. D., E.1992/3451, K.1993/3506, 5.7.1993, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 5.6.2022).

yoluyla alınan vergiler iade edilmez ve süresinde ilgili vergi dairesine yatırılır.” Dolayısıyla her iki cümle birlikte ele alındığında kanımızca Tebliğ ile getirilen hükümler 11. maddeye aykırılık taşımamaktadır⁸⁵.

4. Usuli Hükümler

Esasa dair değinilen bu hususların haricinde Tebliğde bir de usul noktasında bazı hükümler ihdas edilmiştir. Nitekim kesintiye tabi tutulan verginin nasıl mahsup edileceği (on bir no'lu başlık) ya da beyannamelere eklenecek belgelerin neler olduğuna (on iki no'lu başlık) yönelik düzenlemeler bu minvaldedir. Bunlar içerisinde belki de en mühimi sekiz no'lu başlık altında düzenlenen, bir kimsenin VUK'un 11. maddesi uyarınca müteselsilen sorumlu tutulabilmesi için o kimsenin ve sorumluluğu gerektiren olayın inceleme raporu ile saptanması gerektiğidir. Tebliğde, konuya dair ayrıntılı düzenlenmiş bir inceleme raporu bulunmadığı durumlarda vergi dairesinin herhangi bir işlem tesis edemeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır⁸⁶.

B. Müessesenin KDV Yönünden Kapsam ve Uygulaması

VUK'un 11. maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluğun vergi türleri itibariyle görünülerinden bir diğeri KDV'dir. İlgili vergi yönünden müteselsil sorumluluk esasının detaylarını aşağıdaki üç alt başlık dahilinde ele alabilmek mümkündür.

1. Müteselsil Sorumluluk Esası KDV'ye Tabi Tüm Mal Teslim ve Hizmet İfaları Açısından Tatbik Edilebilir mi?

Bahsi geçen sorumluluğun KDV açısından nasıl bir kapsam dahilinde uygulanacağı tartışmalıdır. Bu tartışmanın özünde sorumluluğun KDV'ye tabi tüm mal teslim ve hizmet ifalarına uygulanabilip uygulanamayacağı yatmaktadır. Uygulanabileceği yolundaki görüşlerin dayanağını VUK'un 11. maddesine 3239 sayılı Kanun ile eklenen fıkralara dair yukarıda alıntılanan gerekçedeki ifadeler meydana getirmektedir.

⁸⁵ Lakin bu durum 11. maddenin 5. fıkrasının vergilerin kanuniliği ilkesine uygun olduğu manasını taşımaz. Bu konu ileride IV. başlık altında ele alınacaktır.

⁸⁶ Bu doğrultudaki bir karar için bkz. D. 3. D., E.1999/4916, K.2000/3083, 4.10.2000, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 5.6.2022).

Gerekçeyi baz alan bu görüşlerin esas alınması halinde, vergi kesintisi yapıp yapılmadığına bakılmaksızın üretim-tüketim zinciri içerisindeki halkalardan birinde mal teslim eden ya da hizmet ifa eden kimse o aşamada doğan KDV'yi hazineye intikal ettirmezse alıcı konumundaki kimse ya da satıcı ile VUK'un 11. maddesinin aradığı düzeyde doğrudan yahut dolaylı bir biçimde ilişki içerisinde bulunan kimseler de (mal üreten çiftçi ve nihai tüketiciler hariç) o vergiden müteselsilen sorumlu tutulabilecektir.

Anayasa Mahkemesi 3239 sayılı Kanun ile eklenen ilk ve son fıkraların Anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirirken kanun gerekçesi ile paralel bir yaklaşım benimsemiş ve ilgili müteselsil sorumluluğun KDV'ye tabi işlemler açısından tatbik edilebileceğini kabul etmiştir⁸⁷. Danıştay da yakın bir tarihe kadar yeknesak bir şekilde bahsi geçen sorumluluğun KDV'ye tabi tüm işlemlere uygulanabileceği görüşünü benimsemekteydi. Ancak Yüksek Mahkeme işleme doğrudan taraf olanların her koşul ve ihtimalde hazineye intikal etmeyen KDV'den müteselsilen sorumlu tutulmasının hukukun temel ilkelerine aykırı olacağı gerekçesi ile sorumlu tutulacak kimse ile mal teslim eden yahut hizmet ifa eden arasında vergiyi ziyaa uğratma noktasında bir bağlantı bulunduğunun idare tarafından saptanmasını yahut da bu yöndeki izlenimin hükme esas alınmaya yetecek kuvvette olmasını aramıştır. Kararlarda bu yöndeki yaklaşıma temel olarak ise, ödevlerini aksatmaksızın yerine getiren iyiniyetli yükümlülere (alıcılara) mal teslim eden yahut hizmet ifa eden kimselerin (kanuni yükümlü) tahsil ettikleri vergiyi vergi dairesine beyan edip ödemelerini takip etmelerinin ve onları böyle davranmaya zorlamalarının mümkün olmadığı, verginin ödenmemesinden sorumlu

⁸⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1986/5, K.1987/7, 19.3.1987.

tutulmalarının hakkaniyete uygun düşmeyeceği hususları gösterilmiştir⁸⁸ ⁸⁹. Fakat Yüksek Mahkeme tespit edebildiğimiz kadarıyla yakın tarihli iki kararı

⁸⁸ “...213 sayılı Kanunun 11. maddesinin katma değer vergisi ihtilaflarına da uygulanması gerekmektedir. Ancak bu maddedeki müteselsil sorumluluğun katma değer vergisi ihtilaflarına uygulanabilmesi için gerçek mal alım satımı olmadan, komisyon karşılığında fatura temin edildiğinin yahut kişi ve kuruluşlar arasında vergiyi ziyaa uğratma yönünden bir irtibat bulunduğunun idarece tespit edilmesi veya hükme esas alınabilecek kuvvette bir izlenim edinilmesi şarttır.” Bkz. D. 9. D., E.1992/4540, K.1993/3751, 26.10.1993, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); “...213 sayılı Kanunun 11. maddesinin Katma Değer Vergisi için de geçerli olduğu hususu kuşkusuzdur.” Bkz. D. 9. D., E.1992/4540, K.1993/3751, 26.10.1993, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); “213 sayılı Yasanın 11 inci maddesine göre alacaklı vergi dairesinin muhatabı, tevkifat yapmaya mecbur bulunan vergi sorumlusudur. Muhatap vergi sorumlusu hakkında takibata geçilmeden ve aralarında kasıtlı bir irtibat olduğu yolunda herhangi bir tespit yapılmadan, davacı şirketin vergi ve cezadan müteselsilen sorumlu tutulması mümkün değildir...” Bkz. D. VDDGK, E.1996/331, K.1998/111, 5.6.1998, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); “Yasaların kendilerine yüklediği ödevleri eksiksiz yerine getiren hüsniyetli yükümlülerin vergi ödeyip ödemediklerini takip etmesi ve onları bu yönde icrai bir güçle zorlaması imkânsız olan diğer kişilerin hareketlerinden sorumlu tutulması hukukun temel ilkelerine aykırı düşer...” Bkz. D. 9. D., E.1992/4540, K.1993/3751, 26.10.1993, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); Benzer yönde ifadelerin yer aldığı kararlar için bkz. D. 11. D., E.1996/2396, K.1996/3637, 15.10.1996, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); D. 11. D., E.1995/5085, K.1998/243, 16.1.1997, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); D. 9. D., E.1997/1860, K.1998/684, 24.2.1998, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); D. 9. D., E.1997/1867, K.1998/688, 24.2.1998, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); D. 11. D., E.1998/4562, K.1999/1233, 8.4.1999, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); D. 11. D., E.1999/3761, K.2000/3902, 12.10.2000, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); D. 7. D., E.1999/2290, K.2000/3355, 16.11.2000, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); D. 7. D., E.2000/3606, K.2000/4098, 20.12.2000, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022); D. 9. D., E.2005/2301, K.2006/4414, 15.11.2006, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 10.5.2022).

⁸⁹ Dolayısıyla KDV açısından ilgili müteselsil sorumluluğu, Anayasa Mahkemesi objektif sorumluluk mahiyetinde değerlendirirken, Danıştay ise tam aksine subjektif sorumluluk olarak kabul etmektedir. Bkz. Baykara, Sorumluluk, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 22.3.2022); Sakıp Şeker, “Dünden Bugüne Vergi Hukukumuzda Müteselsil Sorumluluk – I”, Vergi Sorunları Dergisi, (154), (2001), 24; Danıştayın sözü edilen yaklaşımı (hukukun temel ilkelerini esas alması) Avrupa Birliği Adalet Divanının konuya dair yaklaşımı ile paralellik arz etmektedir. Bkz. A. Selçuk Özgenç, “Avrupa Birliği İçtihadı ve Türk İçtihadı Açısından Katma Değer Vergisinde Müteselsil Sorumluluk”, SÜHFD, 5 (1), (2017), 96.

ile bu yaklaşımından dönmüş ve gerek KDV’de gerekse özel tüketim vergisi (ÖTV)’de VUK’un 11. maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluğun yalnızca *ilgili vergilerde vergi kesintisinin yapılabildiği hallerde* uygulanabilmesinin mümkün olacağını ifade etmiştir.

Yüksek Mahkemeye göre bu haller KDV’de KDVK’nın 9. maddesi, ÖTV’de ise ÖTVK’nın 4. maddesi bünyesinde düzenlenen vergi sorumluluğu hallerine tekabül etmektedir⁹⁰. Danıştay kararlarında yaşanan bu değişime gerekçe olarak, her ne kadar kanunun gerekçesi önceki uygulamaya cevaz verse de VUK’un 11. maddesinin açık lafzı ile sistematik yorumun buna müsaade etmediği ve ilgili müteselsil sorumluluğun ancak bahsi geçen vergilerde vergi kesintisinin söz konusu olduğu hallerde uygulanabilmesinin mümkün olduğu hususu gösterilmiştir⁹¹.

⁹⁰ KDV açısından sözü edilen mahiyetteki karar için bkz. D. 9. D., E.2016/4799, K.2017/1343, 7.2.2017, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 11.5.2022); ÖTV açısından sözü edilen mahiyetteki karar için bkz. D. 3. D., E.2013/980, K.2013/1371, 16.4.2013, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 11.5.2022).

⁹¹ “Her ne kadar 213 Sayılı Kanun’un 11. maddesinde 3239 Sayılı Kanun’un 27inci maddesiyle eklenen üçüncü fıkrasının gerekçesinde, kesilen vergilerin (stopaj) ve tahsil edilen katma değer vergilerinin mutlaka vergi dairesine yatırılmasının amaçlandığının, vergiyi kestiği veya tahsil ettiği halde vergi dairesine yatırmayanları zorlamak ve bu görevlerini sağlamak için alım satıma taraf olanlar ve hizmetten yararlananlar müteselsilen sorumlu tutularak gerçek yükümlünün bu görevi yapmasının sağlanmış olacağı, katma değer vergisinin yatırılıp yatırılmadığından taraflar sorumlu tutulmasıyla da Devlet adına tahsil edilen vergilerin mutlaka ve gününde ilgili vergi dairesine yatırılmış olacağı belirtilmesi nedeniyle, bu fıkranın katma değer vergisi bakımından her türlü durumda uygulanacağı gibi bir sonuca ulaşılması mümkün ise de; vergi kanunlarının ne şekilde uygulanacağı düzenleyen Vergi Usul Kanunu’nun 3. maddesinin (A) bendinin ikinci fıkrasında, vergi kanunlarının sözü ve ruhu ile hüküm ifade edeceği, sözün açık olmadığı hallerde hükümlerin, konuluşundaki maksat, kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanacağı öngörüldüğünden, gerekçeye başvurulabilmesi için yorumlanacak hükmün lafzının açık olmaması gerektiği gibi bu durumda dahi kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı da gözönünde alınarak hükmün uygulanması gerekmektedir. Kanun lafzında yer almayan bir kuralın, gerekçede açıklanmış olması söz konusu gerekçesinin, ilgili maddenin lafzından bağımsız ve ona aykırı olarak ayrı bir kanun maddesi gibi uygulanmasını gerektirmez.” Bkz. D. 9. D., E.2016/4799, K.2017/1343, 7.2.2017, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 11.5.2022).

Vergi idaresi ise, konu ile ilgili yayınladığı ilk genel tebliğden günümüze değin bahsi geçen sorumluluğun KDV'ye tabi tüm işlemler yönünden uygulanabileceğini kabul etmiştir⁹². Danıştay'ın yakın tarihli görüş değişikliğinden sonra da konuya dair yaklaşımını değiştirmemiştir. Sözü edilen sorumlulukla ilgili güncel düzenlemeler halihazırda Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nde⁹³ yer almaktadır. Tebliğde sorumluluğun işlem bedeli üzerinden hesaplanan KDV ile bununla bağlantılı gecikme zam ve faizleriyle sınırlı olacağı ifade edilmiş⁹⁴ ve müteselsilen sorumlu tutulacak kişiler yönünden işleme doğrudan taraf olanlar ile olmayanlar şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir. İşleme doğrudan taraf olanlar diğer bir ifadeyle mal veya hizmetin alıcısı konumunda olan kişiler, kanuni yükümlülerin (satıcıların) kendilerinden tahsil etmeleri gereken vergiyi vergi dairesine yatırmamaları halinde vergi aslı ve fer'ilerinden müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır. Fakat Tebliğde alıcıların ödemeyi belli suretlerle (söz gelimi, satıcıya ait bilgilerin doğru olarak girildiği ve bankalar aracılığıyla yapılan ödemeler) gerçekleştirmeleri ihtimallerinde hazineye intikal etmeyen vergi aslı ile fer'ilerinden sorumlu tutulamayacakları hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte satıcı ile işleme doğrudan taraf olan kimse arasında VUK'un 11. maddesinde ifade edildiği üzere doğrudan ya da dolaylı bir ilişki bulunması hallerinde ödeme hangi suretle gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin alıcının ödenmeyen vergi aslı ile fer'ilerinden sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır. İşleme doğrudan taraf olmayan kişilerin müteselsilen sorumlu tutulabilmesi için ise satıcı ile az evvel sözü edilen mahiyette bir bağlantının mevcudiyeti aranmaktadır⁹⁵.

⁹² Bahsi geçen konuya dair güncel tebliğ düzenlemeleri daha önce konuya dair ihdas edilen pek çok genel tebliğ hükmünün zaman içerisinde geçirdiği evrimin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu genel tebliğler kronolojik sırası ile 27, 28, 30, 37, 38, 48, 70, 82 ile 84 Seri No'lu Genel Tebliğlerdir. Sözü geçen tebliğlerin ayrıntılı olarak ele alındığı bir çalışma için bkz. Pınar Tıgılı, Katma Değer Vergisinde Sorumluluk ve Müteselsil Sorumluluk, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004), 84-108.

⁹³ RG, 26.4.2014, S. 28983.

⁹⁴ İlgili tebliğde vergi cezaları sorumluluk kapsamı dışında tutulmuştur.

⁹⁵ Burada 70 seri no'lu KDV Genel Tebliği bünyesinde düzenlenen ve bariz surette hukuka aykırılık taşıyan "*Öte yandan müteselsil sorumluluk kapsamına girmese dahi herhangi bir nedenle Hazine'ye intikal etmeyen vergi, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29. ve 32. maddelerine göre indirim ve iade konusu yapılmayacaktır.*" hükmünden de söz etmek gerekir. VUK'un 11. maddesi ile tanınan yetkinin ötesine

Buraya kadar detaylarına yer verilen görüşler topluca değerlendirildiğinde denilebilir ki mevcut hukuki problemin ortaya çıkışına, gerekçe kökenli tarihsel yorum (genetik yorum⁹⁶) ile lafzi ve sistematik yorum yöntemlerinin birbirleri ile zıt neticeler doğuruyor olması sebebiyet vermektedir⁹⁷. Gerçekten de VUK'un 11. maddesinde ya da diğer vergi kanunlarında ilgili müteselsil sorumluluğun KDV'ye (aynı zamanda ÖTV'ye)

geçilerek ihdas edilen sorumluluğun genişletildiği mevzu bahis düzenleme Danıştay 11. Dairesince iptal edilmiştir. Bkz. D. 11. D., E.1998/4856, K.2000/1115, 27.3.2000, (Şükrü Kızılot, "KDV'de Müteselsil Sorumlulukla İlgili Bir İptal", Yaklaşım, (92), (2000), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 2.4.2022)); Bu karar Danıştay VDDGK tarafından onanmış ve kesinleşmiştir. Bkz. D. VDDGK, E.2000/238, K.2001/20, 12.1.2001, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 2.4.2022).

⁹⁶ Bu noktada tarihsel yoruma ilişkin öğretide yapılan bir ayırmadan söz etmek gerekir. Eğer kuralın anlamlandırılması yorumcunun kuralın ihdası sırasındaki toplumsal olay ve tartışmalara, kural öncesi boşluk bulunmasına ya da kuralın eski haline veya kuralın tarihsel gelişim sürecine dayanıyorsa burada *dar anlamda tarihsel yorumdan* söz edilir. Buna karşılık yorumcu kuralı anlamlandırmada kural koyucunun niyetini saptayabilmek için kurala dair tutanak ve gerekçeleri esas alıyorsa burada da *genetik yorumdan* söz edilir. Hemen belirtelim ki ilk durumda nesnel, ikinci durumda ise öznel bir yaklaşımdan söz edilir. Bkz. Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020), 80-81.

⁹⁷ Baykara, Sorumluluk, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 22.3.2022); Gerekeçede ve onu esas alan görüşlerde vergi kesintisi ile KDV tahsilatı birbirine karıştırılmış ve ikincisi sanki birincisinin kapsamındaymış gibi hareket edilmiştir. Gerçekten de bahis konusu yaklaşımda vergi kesen konumundaki kimse KDV işleyişindeki kanuni yükümlü, kendisine yapılan ödeme kesintiye tabi tutulan yükümlü ise KDV işleyişindeki iktisadi yükümlü ile eşdeğer görülmüştür. Her ne kadar öğretide dolaylı vergilerdeki vergi yansımaları olgusunu geniş manada vergi kesintisi mahiyetinde kabul eden yaklaşımlara rastlanılsa da (bu yönde bkz. Selahattin Tuncer, Kaynaktan Tevkif "Stopaj" Usulü Hakkında Bir Deneme, (Ankara: Maliye Vekaleti Maliye Tetkik Kurulu Neşriyatı, 1953), 11'den aktaran Aliefendioğlu, 16-17) katıldığımız yaygın görüşe göre her iki mekanizma ve bu mekanizmalara taraf olan kişiler aynı hukuki veya iktisadi statüde bulunmamaktadırlar. Bkz. Kumrulu, Teselsül, 420-421; Turhan Kınay, "İhracat İstisnası Uygulamasında Katma Değer Vergisi İade ve Mahsup İşlemi ve Müteselsil Sorumluluk", Vergi Sorunları Dergisi, (51), (1990), <http://www.vergisorunlari.com.tr/>, (E.T. 21.6.2022); Oktar, Müteselsil, 67, 79; Sakıp Şeker, "Dünden Bugüne Vergi Hukukumuzda Müteselsil Sorumluluk – II", Vergi Sorunları Dergisi, (155), (2001), 48-49; Mehmet Korkusuz, "Vergi Uygulamalarında Kanunilik ve Hukukilik Kavramları ve Bu Çerçeve "Müteselsil Sorumluluk" Uygulamasının Değerlendirilmesi", Yaklaşım, (92), (2000), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 21.6.2022); Tıgılı, 78-80.

tabi tüm işlemler açısından uygulanabileceğine yönelik açık herhangi bir hükme yerilmemiştir. Tam aksine 11. maddenin lafzı ve kenar başlığı esas alındığında görülmektedir ki, sorumluluğun tayininde belirleyici kriter mal alım satımı yahut hizmet ifası dolayısıyla vergi kesintisinin yapılacak olmasıdır. Bu noktada cevaplanması gereken husus, kanun metnine herhangi bir surette yansıtılmamış olan gerekçenin kanunun açık lafzına (ve sistematığına) rağmen dikkate alınabilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Kanımızca böyle bir yaklaşım hukuka uygun değildir⁹⁸. Zira kanun metnine yansımamış bir gerekçe kanunun yorumlanmasında yardımcı bir rol üstlenebilir iken kanun metni ile bariz şekilde çelişik bir gerekçenin kanun metninin adeta yok sayılarak onun yerine geçecek surette baz alınması vergilerin kanuniliği ve hukuki güvenlik ilkelerini zedeler⁹⁹.

⁹⁸ Aral Rehfeldt, Bartholorneyezik ve Germann'a atıfla bahsi geçen soruna dair şunları söylemektedir: "...Kanun koyucunun iradesi ve bu iradeyi içeren ön çalışmalar, kanunun son biçimini almış metninin anlaşılması, onun ratio legis'inin ortaya çıkarılması için, yalnızca yardımcı bir araç olabilirler. Her tinsel ürün gibi, kanun da ancak, onun meydana gelişi bilinince tam olarak anlaşılabilir. Fakat, bir normun anlam ve kapsamı üzerinde materyallerde yer almış görüşler, kanun metninde deyimlenmemişlerse, asla bağlayıcı olamazlar." Bkz. Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012), 7. Bs., 188; "Yasama organının son ve kesin görüşünü; oylanıp resmî gazetede yayımlanan metin yansıtır ve belirler; asla oylanmayan gerekçe ve hazırlık çalışmaları değil. Bu yüzden yurttaşlar yasayı bilmekle yükümlüdür. Ama hiç kimse gerekçe ve hazırlık çalışmalarını bilmekle yükümlü değildir." Bkz. Yasemin Işıқтаç ve Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010), 2. Bs., 203; "Tarihsel yorum yöntemine genellikle sözel yorum yöntemi ile sonuca ulaşamadığı hallerde başvurulur." Bkz. Haluk Hadi Sümer, Hukuka Giriş, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 4. Bs., 34; Alman Anayasa Mahkemesi de tutanak ya da gerekçenin baz alınarak kanun hükmünün anlamlandırılmaya çalışıldığı genetik yorumu belirleyici değil de tamamlayıcı ve ikincil bir seviyede konumlandırmaktadır. "Mahkemeye göre, bir kanun hükmünün yorumunda belirleyici sayılması gereken, yasa koyucunun o hükümde ifade edilmiş olan nesnel iradesidir. O da, hükmün sözü ve anlam bütünlüğünden yola çıkarak saptanabilir. Yasama sürecine katılan organların ya da bu organların üyelerinin öznel düşünceleri yorumda belirleyici değildir. Bir normun oluşum öyküsü, sözel ve sistematik yorumun sonuçlarını doğruladığı ya da yalnızca bu yorum yöntemleri ile ortadan kaldırılamayan kuşkuları giderdiği ölçüde değer değer." Bkz. Oder, 90.

⁹⁹ Bu yönde bkz. Ali Orhan, "Vergi Kesenlerin Sorumluluğu "Müteselsil Sorumluluk" ve Katma Değer Vergisinde Müteselsil Sorumluluk", Vergi Sorunları Dergisi, (38),

Zira eleştirilen bu yaklaşımda Resmî Gazete’de yayımlanan ve bağlayıcı olan metin değil de gerekçe gibi “*tarihsel dayanaklar*”¹⁰⁰ baz alınmaktadır. Vergi sorumluluğu müessesesinin bir türü olan müteselsil sorumluluk esası vergi yükümünün özüne dair bir konu olduğundan ancak kanunla ihdas edilebilir¹⁰¹. Düzenleyici idari işlem yahut yargı kararları vasıtasıyla söz konusu sorumluluğu genişletici yönde yaklaşım sergilenmesi (diğer bir ifadeyle KDV tahsilatının vergi kesintisi kapsamında kabul edilmesi) yorum faaliyetinin sınırlarının aşılarda kıyasa varan bir uygulamanın ortaya çıkışına sebebiyet vermektedir¹⁰². Bu nedenle vergi kesintisinin söz konusu olmadığı hallerde VUK’un 11. maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluk esasının işletilememesi gerekir¹⁰³.

(1988), <http://www.vergisorumlari.com.tr/>, (E.T. 21.6.2022); Kınay, <http://www.vergisorumlari.com.tr/>, (E.T. 21.6.2022); Doğrusöz, 57-58; Korkusuz, <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 21.6.2022); Mehmet Tan, “Katma Değer Vergisinde Müteselsil Sorumluluk”, *Yaklaşım*, (19), (1994), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 22.6.2022); Baykara, *Sorumluluk*, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 22.3.2022); Tıgılı, 80 vd.; Kaplan, 73-77; Burhan Gündoğdu, “Vergi Hukukunda Teselsül ve Müteselsil Sorumluluk Müessesesi”, *Vergi Dünyası*, (285), (2005), <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 21.6.2021); M. Mete Uslu, “Katma Değer Vergisinde Müteselsil Sorumluluk: Tebliğdeki Hukuki Hatalar”, *Vergi Dünyası*, (458), (2019), 108.

¹⁰⁰ Oder, 81.

¹⁰¹ S. Ateş Oktar, *Vergi Hukuku*, (İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2019), 14. Bs., 77; Kaplan, 36-37.

¹⁰² Vergi yükümünün özüne ilişkin konularda kıyas yöntemine başvurulması vergilerin kanuniliği ilkesi ile hukuki güvenlik ilkelerini zedeler. Bu yönde bkz. Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, 32-34; Selim Kaneti, “Vergi Usul Kanunu’ndaki Boşlukların Yargı Tarafından Doldurulması”, *Vergi Dünyası*, (123), (2000), <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 22.6.2021); Hakan Birsenoğul, “Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı Yoluyla Hukuk Güvenliği mi?” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (3-4), (2003), 165 vd.

¹⁰³ Bu yönde bkz. Korkusuz, <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 21.6.2022); Tan, <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 22.6.2022); Yafes Pehlivan, “Katma Değer Vergisi’nde Müteselsil Sorumluluk Uygulaması”, *E-Yaklaşım*, (25), (2005), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 21.6.2022); Uslu, 106-107.

2. KDVK ile ÖTVK'da Düzenlenen Sorumluluk Hallerinin Vergi Kesenlerin Sorumluluğu Vasfını Taşıyıp Taşımadığı Meselesi

Yukarıdaki kabulün akabinde KDVK ile ÖTVK'da düzenlenen vergi sorumluluğu hallerinin daha yakından ele alınması gerekir. Zira öğretide ilgili sorumluluk hallerinin vergi kesintisi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bu sebeple her bir sorumluluk halinin vergi kesintisi mahiyeti taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁴.

KDVK'nın 9. maddesi ile dört tip sorumluluk hali ihdas edilmiştir. Bunlardan ilki, ikametgâh ya da işyeri yahut kanuni veya iş merkezi Türkiye'de bulunmayan vergi yükümlülerinin vergiye tabi olacak surette mal teslim etmesi ya da hizmet ifa etmesi ihtimallerinde ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda 9. madde çerçevesinde mal teslim eden yahut hizmet ifa eden kimse vergi yükümlüsü, alıcı ise vergi sorumlusu sıfatını haiz olacaktır. Alıcı konumundaki kimse yapacak olduğu ödeme dolayısıyla normal koşullar altında mal teslim eden yahut hizmet ifa eden kimsenin hesaplaması gereken KDVK'yi bizzat kendisi hesaplayıp vergi mevzuatınca belli edilen usul doğrultusunda 2 no'lu KDV beyannamesi ile vergi dairesine beyan edip ödeyecektir. *Tam kesinti* olarak isimlendirilecek bu hallerde sorumluluk halinin işleyişi kanımızca vergi kesenlerin sorumluluğu ile paralel seyir izlemektedir¹⁰⁵. Fakat burada KDVK'dan kaynaklanan bir problemin mevcudiyetinden de söz etmek gerekir. Zira KDVK'nın 1. maddesinde *her türlü mal ve hizmet ithalatının* vergi konusuna girdiği, 8. maddesinde mal ve

¹⁰⁴ Gerçek, KDVK'nın 9. maddesini herhangi bir ayırım yapmaksızın doğrudan vergi kesenlerin sorumluluğu başlığı altında ele almaktadır. Bkz. Gerçek, 167-169; Benzer yönde bkz. Ömer Çakıcı, Abdullah Kütükçü, M. Bahattin Akçay ve Mustafa Ersan, KDV Tevkifatı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012); Öztürk, 338 vd.; Tuğçe Akdemir, Katma Değer Vergisinde Reverse Charge-Tersine Vergilendirme Mekanizması: Avrupa Birliği ile Türkiye Üzerine Karşılaştırmalı Analiz, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 79 vd.; Aydın ise, KDVK'nın 9. maddesinde kesinti tabirine yer verilmediği ve KDV'deki sorumluluk hallerinin işleyişinin gelir ve kurumlar vergisindeki vergi kesenlerin sorumluluğunun işleyişine nazaran farklılık taşıdığı gerekçeleri ile vergi kesintisinin söz konusu olmadığı görüşündedir. Bkz. Erkan Aydın, Katma Değer Vergisinde Sorumluluk, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 103-104; Bakanlık ise Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği bünyesinde vergi sorumluluğu müessesesinden söz ederken üst başlık olarak "*KDV'de Tevkifat Uygulaması*" ifadesini kullanmıştır.

¹⁰⁵ Aksi yönde bkz. Oktar, Mütessesil, 80; Güneş ve Yılmaz, 390-392.

hizmet ithal edenlerin vergi yükümlüsü olarak vasıflandırıldığı bir ortamda nasıl oluyor da ilgili kişiler aynı zamanda 9. madde uyarınca vergi sorumlusu sıfatını da taşıyabiliyorlar? Ortaya böyle bir karmaşa hali çıkmış olsa da¹⁰⁶ vergi kesintisi olarak değerlendirilebilecek bu gibi hallerde VUK'un 11. maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluk hali tatbik edilebilecektir.

Diğeri, belgesiz mal bulundurulması yahut hizmet satın alınması hallerinde ortaya çıkmaktadır. Sözü geçen hallerde KDVK'nın 9. maddesi çerçevesinde, mal ya da hizmet alışlarını belgelendiremediği tespit edilen kişilere on günlük bir süre tanınacağı, bu süre içerisinde de gerekli belgelerin ibraz edilememesi durumunda KDV'nin ilgili kişiler adına resen tarh edileceği ve vergi cezası kesileceği öngörülmüştür. Ayrıca belgesiz mal satan yahut hizmet ifa eden kimse adına vergi incelemesi akabinde KDV tarhiyatı yapılması halinde KDV ve vergi cezalarının belgesiz mal bulunduran yahut hizmet alandan aranmayacağı da hüküm altına alınmıştır. Kanımızca burada getirilen sorumluluk hali vergi kesenlerin sorumluluğu olmayıp, 9. madde bünyesinde ihdas edilen ve konumuzdan farklı bir müteselsil sorumluluk halidir¹⁰⁷. Dolayısıyla VUK'un 11. maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluk esasları bu gibi hallerde uygulama alanı bulamaz.

Diğeri bir sorumluluk hali ise, 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu doğrultusunda düzenlenen ürün senedinin, senedin temsil ettiği ürünü depodan çekecek olanlara teslim edilmesi hallerinde cereyan etmektedir. KDVK'nın 1. maddesi uyarınca vergi konusuna giren söz konusu teslimler bakımından KDVK'nın 9. maddesinde lisanslı depo işleticileri sorumlu tutulmuşlardır. Hesaplanacak KDV lisanslı depo işleticileri tarafından 2 no'lu KDV beyannamesi ile vergi dairesine beyan edilip ödenecektir. Kanımızca burada da vergi kesenlerin sorumluluğu hali söz konusudur. Bu nedenle VUK'un 11. maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluk hali değinilen hallerde tatbik edilebilecektir.

Sonucusu ise, Hazine ve Maliye Bakanlığınca gerekli görülen hallerde vuku bulmaktadır. Bakanlık bu konudaki yetkisini halihazırda Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği bünyesinde kullanmaktadır. Tebliğde tam ve kısmi kesinti şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Tam kesinti hallerinde alıcı satıcıya ödeme yaparken işlem bazında KDV'yi keserek kalanı ödemektedir. Daha sonra kestiği KDV'yi 2 no'lu KDV beyannamesi ile vergi

¹⁰⁶ Bu yönde bkz. Oktar, Müteselsil, 80.

¹⁰⁷ Oktar, Müteselsil, 80.

daairesine beyan edip yatırmaktadır. Burada satıcının o işlem bazında herhangi bir vergi ödevi söz konusu değildir. Kısmi kesintide ise işlem bedeli üzerinden hesaplanması gereken KDV'nin bir kısmı alıcı, diğer kısmı ise satıcı tarafından (alıcı 2 no'lu KDV beyannamesi, satıcı ise 1 no'lu KDV beyannamesi ile) beyan edilip ödenmektedir. Tüm bu hallerde kanımızca vergi kesenlerin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla VUK'un 11. maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluk esasları tatbik edilebilecektir¹⁰⁸

ÖTV açısından sorumluluk halleri ÖTVK'nın 4. maddesinde düzenlenmiştir. Yukarıda sözü edilen sorumluluk hallerinden yalnızca üçüncüsü (ürün senedinin, senedin temsil ettiği ürünleri depodan çekeceklere teslim edilmesi) dışında kalan tüm sorumluluk halleri benzer surette ÖTV açısından da vuku bulmaktadır. Dolayısıyla bunlara ilişkin KDV açısından söylenen hususlar birebir ÖTV bakımından da geçerlilik taşıyacaktır.

3. Usuli Hükümler

Tebliğ bünyesinde müteselsil sorumluluğun tatbikine dair usuli hükümlere de yer verilmiştir. Eğer müteselsilen sorumlu tutulma şartları mevcutsa Tebliğe göre vergi aslı ile fer'ilerinin satıcı adına tarh ve tahakkuk ettirilmesi gerekir. Tebliğ uyarınca sözü edilen alacakların öncelikle yükümlüden aranması gerekir. Eğer yükümlünün bilinen adreslerine ödeme emri tebliğ edilememiş ya da yükümlü mal beyanında bulunmamış yahut da beyan ettiği veya idarece saptanan malları borcu karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması hallerinde sorumlu tutulacak kimseye ödeme emri tebliğ edilecektir¹¹⁰.

¹⁰⁸ Yalnızca kısmi kesinti hallerinde vergi kesintisinin söz konusu olabileceği görüşü için bkz. Pehlivan Y., <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 21.6.2022); Güneş ve Yılmaz, 393.

¹⁰⁹ Fakat hemen belirtelim ki Tebliğde kesintiye tabi tüm işlemler açısından şu yönde bir sınırlama getirilmiştir: *“Tevkifata tabi alımları dolayısıyla KDV tevkiyatı uygulayanlar, tevkiyat tutarını beyan edip ödemiş olmaları şartıyla, tevkiyat edilen vergi ile sınırlı olmak üzere bu işlemlerle ilgili olarak önceki safhalarda ortaya çıkan verginin Hazineye intikal etmemiş olması nedeniyle müteselsil sorumluluk uygulaması ile muhatap tutulmazlar.”*

¹¹⁰ Danıştayın yerleşik kararına göre, müteselsilen sorumlu tutulacak kişi ya da kurum hakkında ödeme emri düzenlemeye asıl borçlunun bağlı bulunduğu vergi dairesi

IV. İLGİLİ SORUMLULUĞA DAİR KANUNİ DÜZENLEMELERİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU

VUK'un 11. maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluk haline dair buraya kadar yapılan açıklamalar dikkate alındığında ilgili sorumluluk halinin bünyesinde pek çok hukuki problemi barındırdığı gözlemlenebilmektedir. Anayasaya uygunluk yönünden yapılacak tahlillerde konunun detaylarına hâkim olunması çeşitli Anayasal esas ve ilkelere aykırılık bulunup bulunmadığının saptamasında oldukça mühimdir.

VUK'un 11. maddesi bünyesinde ihdas edilen müteselsil sorumluluk haline ilişkin olarak Anayasaya uygunluk değerlendirmesi kanımızca vergilerin kanuniliği ile hukuk devleti ilkeleri açısından yapılabilir¹¹¹. Hemen belirtelim ki, konumuzla ilintili ve *Anayasaya uygundur* vargısına ulaşıldığı Anayasa Mahkemesinin iki kararının da üzerinden on yılın üzerinden bir zaman dilimi geçmiş bulunduğundan, ilgili düzenleme bünyesinde yer alan fıkralar itiraz yolu işletilerek tekrar Anayasa Mahkemesinin önüne götürülebilir (Anayasa md. 152/4)¹¹². Bu sebeple bundan sonra yapılacak açıklamalar bu yöndeki bir somut norm denetimi esnasında Yüksek Mahkemenin ne doğrultuda karar verebileceğini ortaya koymayı hedeflemektedir.

Vergilerin kanuniliği ilkesi açısından yaklaşıldığında, ilgili müteselsil sorumluluk halinin hiç de ilkenin gereklerini karşılar bir biçimde formüle edilmiş olduğu söylenemez. Nitekim bu konuda ele alınması gereken üç hükümde de değinilen saptamamız açıkça görülebilmektedir. Bu hükümler içerisinde en genel mahiyette olanı 6. fıkradır. İlgili düzenlemede müteselsil sorumluluğa ilişkin şart ve sınırlar ile usul ve esasların Hazine ve Maliye Bakanlığınca hükme bağlanacağı ifade edilmektedir. Bilindiği üzere,

yetkilidir. Böyle yapılmayıp da ödeme emrini müteselsilen sorumlu tutulan kişi ya da kurumun bağlı olduğu vergi dairesi düzenlerse bu işlem yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır. Bu yöndeki Danıştay kararları için bkz. Danıştay 7. D., E.2000/9109, K.2002/3255, 14.10.2002, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 12.6.2022); Danıştay 7. D., E.2000/7958, K.2003/595, 13.3.2003, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 12.6.2022); Danıştay 7. D., E.2002/465, K.2004/197, 29.1.2004, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 12.6.2022); Danıştay 7. D., E.2003/536, K.2005/2755, 16.11.2005, (<https://lib.kazanci.com.tr/>, E.T. 12.6.2022).

¹¹¹ Benzer yönde bkz. Tığl, 82-83.

¹¹² Kumrulu, *Teselsül*, 438-439.

Anayasanın 73. maddesinin 3. fıkrasında formüle edilen vergilerin kanuniliği ilkesi çerçevesinde, vergi yükümlüsü ya da matrahı gibi verginin temel öğelerinin bizzat kanun ile düzenlenmesi gerekir¹¹³. Bu konularda idareye düzenleyici işlem yapma yetkisinin tanınması ilkeye aykırılık arz eder. Öğretide de ifade edildiği üzere, vergi sorumluluğu müessesesi verginin kurucu temel öğelerinden olup¹¹⁴, bu sorumluluğun türlerinden olan müteselsil sorumluluğa ilişkin bilhassa şart ve sınırların hükme bağlanmasının idareye bırakılması Anayasal açıdan tasvip edilemez¹¹⁵.

Benzer durum 5 ve 7. fıkralar açısından da geçerlidir. Öyle ki 5. fıkra uyarınca Bakanlık zirai mahsullerin alım satımına aracılık eden kuruluşlar ile Ticaret Borsalarını zirai mahsullerin satın alınması sırasında yapılacak vergi kesintisinden müteselsilen sorumlu tutulabilecektir. Her ne kadar Anayasa

¹¹³ Bu konuda teferruatlı bilgi için bkz. Çağan, 100 vd.; Güneş, 133 vd.; Ersan Öz, Vergilendirmede Kanunilik ve Türk Vergi Sistemi, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2004), 119 vd.; Şahnaz Gerek ve Ali Rıza Aydın, Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), 2. Bs., 145 vd.; Cenker Göker, Yürütme ve Yargı Organlarının İlişkileri Açısından Katma Değer Vergisinin Konusu, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 21 vd.

¹¹⁴ Güneş, 140.

¹¹⁵ Şerafettin Aksoy, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010), 6. Bs., 43; Nihal Saban, Vergi Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınları, 2016), 8. Bs., Vergi, 115; İlgili düzenleme iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilirken VUK'un 11. maddesine eklenen hükümlerle ihdas edilen sorumluluk ceza mahiyetinde nitelendirilmiş ve Yüksek Mahkeme de gerekçesini bu sav üzerinden kurgulamıştır. Nitekim kanunilik ilkesi yönünden yapılan değerlendirmede esas itibarıyla Anayasa'nın 38. maddesi baz alınmaktadır. Yüksek Mahkeme söz konusu müteselsil sorumluluğun ceza mahiyeti taşımadığını kolayca saptayıp, 38. maddeye aykırılık bulunmadığını ifade etmiştir. Yasama yetkisinin devredilemeyeceğini düzenleyen Anayasa'nın 7. maddesine de aykırılık bulunmadığını konuya dair herhangi bir gerekçe ortaya koymaksızın belirtmiştir. Fakat bir karşıoy yazısında haklı olarak aynen şöyle denmektedir: *"Bu maddedeki müteselsil sorumluluk, Anayasa'nın 73 üncü maddesinde belirtilen "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır" hükmüne de aykırı olduğu gibi "müteselsil sorumluluğun şartları, sınırları ve bu konuya ilişkin usul ve esasların Maliye ve Gümrük Bakanlığınca belirlenmesi de aynı Anayasa maddesinin "vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır" hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü sorumluluk verginin ve vergilendirmenin ayrılmaz bir mütemmim cüzü, hatta unsuru ve parçasıdır."* Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1986/5, K.1987/7, 19.3.1987.

Mahkemesi ilgili fıkraya dair kararında bahsi geçen kuruluş ve Borsalar açısından sorumluluğun VUK ile ihdas edildiği ve bu sebeple kanunilik ilkesi bakımından sakıncalı bir hal bulunmadığı kanaatini benimsemiş olsa da¹¹⁶ kanımızca bu yaklaşım yerinde değildir. Zira idarenin ilgili kuruluş ve Borsalar bakımından müteselsil sorumluluk halini dilediği zaman uygulanabilir kılabilmesi ilgili sorumluluğun kanunla konulduğu ya da kaldırıldığı manasını taşımaz. Ayrıca ele alınan fıkranın devamında zirai mahsuller dolayısıyla kanunen yapılması gerekenden ayrı hangi safhada ilaveten vergi kesintisi yapılacağını her bir mahsul bakımından ayrı ayrı belirleyebilme yetkisi bakımından da kanımızca kanunilik ilkesine riayet edildiğinden söz edilemez. Zira idare kendisine tanınan yetki ile yeni bir safhada vergi kesintisi yapabilme yetkisi ile donatılmıştır. Fakat böyle bir yetki ancak kanunla kullanılabilir¹¹⁷. 7. fıkroda ise, Cumhurbaşkanına vergiye tabi işlemlere taraf veya aracı olanlara vergi kesintisi yapma noktasında zorunluluk getirme ile iş grupları ya da neveleri gibi belli ölçütler doğrultusunda kanunlarda belirtilen alt ve üst sınırlar dahilinde kesinti oranlarını değiştirebilme yetkisi tanınmıştır. 5. fıkroda tanınan yetkinin de ötesine geçen bu yetki tanıma hali de 5 ve 6. fıkradakiler gibi kanımızca vergilerin kanuniliği ilkesini ihlal etmektedir.

Vergi kesenlerin sorumluluğu dahilinde ihdas edilen müteselsil sorumluluğun Anayasaya uygunluğu bakımından ele alınması gereken diğer husus, ilgili sorumluluğun hukuk devleti ilkesi ile olan ilişkisidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki hukuk devleti, içeriğinde pek çok esas ve ilkeyi barındırmakla birlikte kanımızca konumuz itibarıyla önde gelen ve sorgulanması gereken vasfı *adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirmesidir*¹¹⁸. Gerçekten de VUK'un 11. maddesinde düzenlenen

¹¹⁶ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1993/3, K.1993/20, 25.5.1993.

¹¹⁷ Hüküm bünyesinde Bakanlığa tanınan yetkilerin vergilerin kanuniliği ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. Kumrulu, Teselsül, 425-426; Doğrusöz, 71-72; Oktar, Müteselsil, 83-85, 91-92; Saban, Vergi, 114-115, Sarılı, 118-121; Kaplan, 55-57.

¹¹⁸ “Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.2020/18, K.2021/38, 3.6.2021, para.24; Hukuk devleti kavramını içerdiği esas ve ilkeler

sorumluluk kusursuz sorumluluk addedilirse, yukarıda somut yansımaları ortaya konulduğu üzere¹¹⁹, vergiyi doğuran olayla ve vergi kanunları çerçevesinde yerine getirilmesi gereken vergisel ödevlerle hiçbir bağlantısı bulunmayan kimseler başkalarının eylemlerinden sorumlu tutulmuş olacaklardır. Belki de kendi malvarlıklarında yaşanan eksilmeyi hiçbir zaman telafi edemeyeceklerdir. Fakat vergi sorumluluğu müessesesine dahil diğer sorumluluk türlerini bütüncül bir bakış açısıyla ele aldığımızda mirasçılarının ya da karnesiz hizmet erbabı çalıştıranların sorumluluğundaki gibi haklı temele dayanan bazı istisnalar dışında vergiden kaynaklı maddi ödev için sorumluya gidilmesi sorumlunun kendisine vergi kanunları ile yüklenen ödevleri yerine getirmemesinden ya da yerine getirilmemesine müdahale etmemesinden kaynaklanmaktadır. Fakat daha önce ortaya konulduğu üzere¹²⁰ *Ticaret Borsalarının sorumluluğu* ya da her ne kadar farklı görüş ortaya koysak da idari ve yargısal yaklaşımda karşılık bulan zirai kazançların vergilendirilmesinde sonraki safhalardaki alım satıma taraf olanlar ile KDV ve ÖTV'de vergiye tabi işlemlere bizzat taraf olanların kesintiye tabi tutularak hazine intikal ettirilmeyen vergi aslı, fer'i ve bazı durumlarda cezalarından müteselsilen sorumlu tutulması değinilen çerçevenin dışındadır. Ancak ilgili sorumluluk kusur sorumluluğu mahiyetini taşıdığı müddetçe hukuka aykırı mahiyetteki vergiden kaçınma yahut vergi kaçırma maksadına yönelik tertiplerin önüne geçme işlevi taşıdığından Anayasaya salt bu yönden aykırı kabul edilemez¹²¹.

Kaneti'nin de ifade ettiği üzere, düzenlemenin önceki halindeki irtibat kavramı değinilen mahiyetteki tertipleri engelleme işlevi taşıyıcı mahiyette değerlendirilirse ilgili düzenleme Anayasaya aykırılık taşımaz. Zaten bu düzenleme evveliyatında da Danıştay ekonomik yaklaşım ve peçeleme sözleşmeleri çerçevesinde sözü edilen mahiyetteki tertiplere izin vermemekteydi¹²². Fakat günümüze gelinceye dek ilgili düzenlemeye dair

etrafında ve vergi hukuku perspektifinden ele alan bir çalışma için bkz. Doğan Şenyüz, "Hukuk Devleti ve Türk Vergi Hukuku", LMHD, (44), (2008).

¹¹⁹ Bkz. III. başlık.

¹²⁰ Bkz. III.A.2.b. başlık.

¹²¹ Kumrulu, 426 vd.

¹²² Selim Kaneti, "Vergi Hukukundaki Gelişmeler Konulu Toplantının Üçüncü Gündemindeki Konuşması", *içinde* Vergi Hukukundaki Gelişmeler, (Ankara: Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Yayını, 1991), 268-269; Benzer yönde bkz.

gerek idari gerekse yargısal yorumu dikkate aldığımızda, Kaneti'nin sözünü ettiği çerçevenin dışına çıkıldığı ortadadır¹²³. Bu nedenle çalışmanın girişinde ifade ettiğimiz ve vergi hukukunun temel işlevi olan çıkarlar dengesinin korunabilmesi somut kanuni düzenlemeler bazında mümkün bulunmamaktadır¹²⁴.

Esas itibariyle üzerinde durduğumuz ve hakkaniyet yönünden eleştirdiğimiz ihtimallere benzer bir sorumluluk uygulaması yakın bir tarihte Anayasa Mahkemesince norm denetimine tabi tutuldu. Bu uygulama AATUHK'un mükerrer 35. maddesinin 5. fıkrasından kaynaklanmakta idi. Öyle ki ilgili düzenlemeye göre kamu alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlardaki kanuni temsilcilerin farklı kimseler olmaları halinde her biri söz konusu kamu borcunu ödemekten müteselsilen sorumlu tutulmaktaydı. Fakat bu durum Anayasa Mahkemesince şu gerekçe ile Anayasaya aykırı bulundu¹²⁵: “*Kanun koyucu, amme alacağını güvenceye*

Yılmaz Özbalçı, Katma Değer Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, (Ankara: Oluş Yayıncılık, 2010), 409 vd.; Saban, Vergi, 114.

¹²³ VUK'un 11. maddesinin 3. ve devamı fıkralarında hüküm altına alınan müteselsil sorumluluğun oldukça geniş bir ölçüğe sahip olduğu ve bunun yükümlüler açısından ağır bir külfet mahiyetini taşıdığı, bu sebeplerle piyasalar üzerinde ilgili sorumluluk ile tedirginliğe yol açıldığından ticari hayatın olumsuz etkilendiği yönünde bkz. Mehmet Ali Özyer, Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, (İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, 2018), 8. Bs., 86.

¹²⁴ VUK'un 11. maddesine eklenen fıkraların Anayasaya uygunluğunun denetlendiği ilk kararda bir karşıoy yazısında şu ifadelerle “...*dava konusu edilen fıkra hükmü Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaşmamakta ve bu hüküm, aynı zamanda Anayasa'nın 38. maddesi kapsamına giren bir "ceza" niteliği taşımasa bile, hiçbir suç ve kusuru bulunmayan bir vatandaş için bunun bir "eza" bir "eziyet" olduğunda da kuşku bulunmamaktadır. "Eziyet" in mutlaka maddi olması da gerekmemekte, her şekliyle "eziyet" Anayasa'nın 17. maddesiyle yasaklanmaktadır. Vergi tahsilatını güvence altına almak ve vergi kaybını önlemek için Anayasal çerçevede içerisinde daha başka yöntemler kolaylıkla bulunabileceğinden, bu nedenlere dayanılarak dava konusu hükmün savunulmasının mümkün olamayacağı düşüncesiyle çoğunluk kararına karşıyım.*” başka bir karşıoy yazısında ise “*Devletin, alacağını kolaylıkla tahsil için, kimi ele geçirirse ondan almaya, Ali'nin borcunu Veli'ye yüklemeye, hiçbir kusuru olmayan kimseleri sorumlu tutmaya kalkması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.*” ifadesine yer verilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1986/5, K.1987/7, 19.3.1987.

¹²⁵ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.2014/144, K.2015/29, 19.3.2015; İlgili kararın kanuni temsilcilerin sorumluluğu açısından ne gibi hukuki sonuçlar doğuracağını ele alındığı bir çalışma için bkz. Recep Narter, “Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında

almak bakımından sorumluluğun yaygınlaştırılması yoluna gidebileceği gibi müteselsil sorumluluk da öngörebilir. Ancak amme alacağıının doğduğu veya ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin farklı kişiler olabileceği gerçeği göz önüne alındığında, kural ile getirilen düzenleme vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilcilerin, sonradan kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen bir eylemden müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmaktadır. Adalet ve hakkaniyet ilkeleri karşısında, bireyin bu şekilde belirsiz ve güvencesiz bir biçimde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle, başkalarının eylem veya ihmali sonucu oluşacak sorumluluğa ortak olması adalet ve hakkaniyetle bağdaşmaz. Dolayısıyla, itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırıdır.”

Aynı gerekçe konumuzu meydana getiren müteselsil sorumluluk bakımından da geçerlilik taşımaktadır. Dolayısıyla VUK'un 11. maddesinin 3. ve devamı fıkraları, tekrar itiraz yolu işletilerek Anayasa Mahkemesinin önüne getirilirse, Yüksek Mahkemece yukarıda değinilen karara benzer bir gerekçe doğrultusunda iptal edilebilecektir.

SONUÇ

VUK'un 11. maddesinde düzenlenen vergi kesenlerin sorumluluğu müessesesinin işleyişinde yaşanan ve hazineyi zarara uğratan bazı tertiplerin önüne geçilebilmesi için 3239 sayılı Kanun ile müteselsil sorumluluk esası ihdas edilmiştir. Vergi kesintisine konu olan alım satım işlemine taraf olanları veya hizmetten istifade edenleri ya da menfaat temini gibi doğrudan veyahut dolaylı olarak ilişki içerisinde bulunan kişi veya kurumlar bakımından sorumluluk doğuran ilgili esas getirildiği günden bugüne pek çok hukuki problemi de beraberinde getirmiştir. Bunlar çalışmada genel olarak iki yönden ele alınmıştır.

Bunlardan ilki, ilgili esasın anlamlandırılması sırasında ortaya çıkanlardır. 11. maddede ilgili esasa dair getirilen kanuni düzenlemeler ele alındığında gözlemlendiği üzere, Bakanlığa (aynı zamanda bahsi geçen hükmün son fıkrası çerçevesinde Cumhurbaşkanına) çok geniş ölçekte düzenleme yetkisi tanınmıştır. Bunun bir neticesi olarak da Bakanlık

Kanunun Mükerrer 35'inci Maddesinde Yer Alan Bazı Fıkraların Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali Üzerine Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirme”, Vergi Dünyası, (410), (2015).

tarafından çıkarılan genel tebliğler mevzu bahis sorumluluğun seyrini büyük ölçüde etkilemektedir. Zira ilgili tebliğlerde müteselsil sorumluluğun gelir vergisinde zirai kazançlar açısından gerçekleştirilecek vergi kesintileri ile KDV'ye tabi işlemler açısından nasıl uygulanacağı ayrıntılı bir biçimde hüküm altına alınmaktadır.

Bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşıldığında görülmektedir ki, Bakanlık hazine yararını esas alarak ilgili sorumluluğu belli hallerde kusursuz sorumluluk şeklinde konumlandırıyor olmakla beraber Danıştay çoğu zaman aksi yönde yaklaşım benimsemiş ve kusur sorumluluğu şeklinde vasıflandırarak kararlarını inşa etmiştir. Tüm bu çekişmenin kökeninde Bakanlığa tanınan yetkinin kanunilik ilkesine aykırılığı yatsa da Anayasa Mahkemesi ilgili düzenlemeyi farklı fıkralar nezdinde iki kez Anayasaya uygun bulmuştur. Bu sebeple halihazırda ilgili kurallar uygulanma vasfını taşır vaziyettedir.

VUK'un 11. maddesinde düzenlenen müteselsil sorumluluğun tatbikine bakıldığında fark edilmektedir ki, gerek gelir vergisinde zirai kazançlar açısından gerçekleştirilecek vergi kesintilerine dair gerekse KDV açısından somutlaşan düzenleme ve uygulamalarda çeşitli hukuka aykırılıklar bulunmaktadır. Nitekim zirai kazançların vergilendirilmesinde kesintinin yapıldığı safhadan sonraki safhalarda işleme taraf olanlar yönünden getirilen *sorumluluk kapsamına alınma hali* 11. madde ile çerçevelenen kapsamın dışında kalmaktadır. Ya da Bakanlıkça KDV'ye tabi tüm işlemlerin 11. maddede hüküm altına alınan müteselsil sorumluluk kapsamında kabul edilmesi de benzer mahiyet taşımaktadır.

İlgili esasın bünyesinde barındırdığı diğer hukuki problem ise Anayasaya uygunluğudur. Bu konudaki değerlendirmeler çalışmada vergilerin kanuniliği ve hukuk devleti ilkeleri yönünden yapılmıştır. Kanımızca VUK'un 11. maddesinde hüküm altına alınan müteselsil sorumluluk her iki ilke yönünden de Anayasaya aykırılık taşımaktadır.

Kanuni temsilcilerin sorumluluğu ile bağlantılı yakın tarihli Anayasa Mahkemesi kararı da dikkate alındığında ilgili düzenlemelerin tekrar Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesi halinde kanımızca Yüksek Mahkeme bu istemi iptalle sonuçlandıracaktır.

KAYNAKÇA

- Akdemir, Tuğçe. Katma Değer Vergisinde Reverse Charge-Tersine Vergilendirme Mekanizması: Avrupa Birliği ile Türkiye Üzerine Karşılaştırmalı Analiz. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Akdoğan, Abdurrahman. Kamu Maliyesi. 21. Bs. Ankara: Gazi Kitabevi, 2020.
- Akdoğan, Abdurrahman. Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi. 14. Bs. Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- Akkaya, Mustafa. “Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu”, AÜHFD, 46 (1), (1997), 185-208.
- Aksoy, H. Ümit. “Ticaret Borsaları ve Borsada Tescil Ettirilen Zirai Ürünlerde Gelir Vergisi Tevkifatı Uygulaması”, Vergi Dünyası, (243), (2001), <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 14.6.2022).
- Aksoy, Şerafettin. Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi. 6. Bs. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. Türk Vergi Sisteminde Verginin Kaynakta Kesilmesi (Stopaj). Ankara: Doğu Ltd. Şti. Matbaası, 1974.
- Aral, Vecdi. Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine. 7. Bs. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Arıkan, Zeynep. Demokratik Gelişim Sürecinde Vergilendirme Yetkisinin Kullanımı ve Sınırları (Türkiye Analizi). Yayımlanmamış Doktora Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994.
- Arslanhan, Salim. “5590 Sayılı Kanuna Göre Kurulan Ticaret Borsaları ve Mütessesil Sorumluluk Karşısındaki Durumları”, Vergi Sorunları Dergisi, (93), (1996), <http://www.vergisorunlari.com.tr/>, (E.T. 14.6.2022).
- Aydın, Erkan. Katma Değer Vergisinde Sorumluluk. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Bahçeci, Barış. “Türkiye’de Kamu Alacaklarının Mütessesil Sorumluluk Yoluyla Tahsili Eğilimi ve Gümrük Kanunu Uygulaması”, AÜHFD, 60 (3), (2011), 423-446.
- Başaran Yavaşlar, Funda. “Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır”, içinde Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, ed. İlhan Ulusan ve Bahri Öztürk Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, 147-202.
- Başaran Yavaşlar, Funda. 20 Soruda Türkiye’de Temel Vergi Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

- Bay, Hakan. “Vergi Hukukunda Sorumluluk Müessesesi”, Vergi Sorunları Dergisi, (376), (2020), 36-47.
- Baykara, Bekir. “KDV’de Mütessesil Sorumlulukta Son Durum”, Maliye Postası, (499), (2001), <http://www.bekirbaykara.av.tr/>, (E.T. 17.6.2022).
- Baykara, Bekir. “Vergi Sorumluluğu, Vergiden Sorumluluk ve VUK’nun 11’inci Maddesine Göre KDV’den Mütessesil Sorumluluk”, Vergi Dünyası, (222), (2000), <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 22.3.2022).
- Birsenoğul, Hakan. “Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı Yoluyula Hukuk Güvenliği mi?” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi,7 (3-4), (2003), 157-169.
- Bıyan, Özgür. Vergi Hukuku (Lisans Öğrenimi İçin). Bursa: Dora Basım-Yayın Dağıtım, 2018.
- Bulutoğlu, Kenan. Türk Vergi Sistemi: Cilt: 1. 6. Bs. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- Candan, Turgut. Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu. 3. Bs. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006.
- Çağan, Nami. Vergilendirme Yetkisi. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.
- Çakıcı Ömer, Kütükçü Abdullah, Akçay M. Bahattin ve Ersan Mustafa. KDV Tevkifatı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Devrim, Fevzi. Kamu Maliyesine Giriş. 4. Bs. İzmir: İlkem Ofset, 2002.
- Doğrusöz, Ahmet Bumin. Türk Vergi Sisteminde Kaynakta Vergileme “Stopaj”. İstanbul: İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Yayınları (Yayın No: 3), 1992.
- Dönmez, Recai. “Yükümlü Hakları: Ortaya Çıkış Nedenleri ve Bir Kavramlaştırma Denemesi”, E-Yaklaşım, (5), (2003), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 19.5.2022).
- Edizdoğan, Nihat / Çetinkaya, Özhan / Gümüş, Erhan. Kamu Maliyesi. 6. Bs. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015.
- Eren, Fikret. Borçlar Hukuku: Genel Hükümler. 23. Bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Erginay, Akif. Kamu Maliyesi. Ankara: Sevinç Matbaası, 1972.
- Erginay, Akif. Vergi Hukuku. 10. Bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 1982.
- Gerçek Adnan, Çetin Gerger Güneş, Taşkın Çağatay, Bakar Feride ve Güzel Simla. Mükellef Hakları: Türkiye Perspektifi ve Geliştirilmesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

- Gerçek, Adnan. "Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi", AÜHFD, 54 (3), (2005), 157-193.
- Gerek, Şahnaz ve Aydın, Ali Rıza. Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku. 2. Bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Gökbel, Doğan. Mükellef Hakları. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2019.
- Göker, Cenker. Yürütme ve Yargı Organlarının İlişkileri Açısından Katma Değer Vergisinin Konusu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Gündoğdu, Burhan. "Vergi Hukukunda Teselsül ve Mütessesil Sorumluluk Müessesesi", Vergi Dünyası, (285), (2005), <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 21.6.2021).
- Güneş, Gülsen ve Yılmaz, Güneş. "Katma Değer Vergisi'nde Sorumluluk ve Tevkifat İkilemi", içinde Güncel Maliye Tartışmaları – 3 (Dr. Veysi SEVİĞ'e Armağan), ed. Ahmet Bumin Doğrusöz, Ayşe Güner ve Gülay Akgül, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, 371-404.
- Güneş, Gülsen. Verginin Yasallığı İlkesi. 4. Bs. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Işıқтаç, Yasemin. ve Metin, Sevtap. Hukuk Metodolojisi. 2. Bs. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.
- Kaneti Selim, Ekmekçi Esra, Güneş Gülsen ve Kaşıkçı Mahmut. Vergi Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Kaneti, Selim. "Vergi Hukukundaki Gelişmeler Konulu Toplantının Üçüncü Gündemindeki Konuşması", içinde Vergi Hukukundaki Gelişmeler, Ankara: Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü Yayını, 1991, 268-269.
- Kaneti, Selim. "Vergi Usul Kanunu'ndaki Boşlukların Yargı Tarafından Doldurulması", Vergi Dünyası, (123), (2000), <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E.T. 22.6.2021).
- Kaplan, Recep. Mütessesil Sorumluluk ve Vergi Hukukunda Yeri. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- Karakoç, Yusuf. "Vergi Gelirlerinin Kamu Giderlerinin Karşılığı Olması İlkesi", MÜHFHAD, 21 (2), 2015, 413-456.
- Karakoç, Yusuf. Genel Vergi Hukuku. 2. Bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Kınay, Turhan. "İhracat İstisnası Uygulamasında Katma Değer Vergisi İade ve Mahsup İşlemi ve Mütessesil Sorumluluk", Vergi Sorunları Dergisi, (51), (1990), <http://www.vergisorunlari.com.tr/>, (E.T. 21.6.2022).

- Kırbaş, Sadık. Vergi Hukuku: Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar. 20. Bs. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2015.
- Kızılot, Şükrü. “KDV’de Müteselsil Sorumlulukla İlgili Bir İptal”, Yaklaşım, (92), (2000), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 2.4.2022).
- Korkusuz, Mehmet. “Vergi Uygulamalarında Kanunilik ve Hukukilik Kavramları ve Bu Çerçevde “Müteselsil Sorumluluk” Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Yaklaşım, (92), (2000), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 21.6.2022).
- Kumkale, Rüknettin. “Gelir Vergisi Tevkifatı ve Müteselsil Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, (42), (2010), 279-281.
- Kumrulu, Ahmet. “Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Nedeniyle Vergi Borcunda Objektif Sorumluluk Esasına Dayanan Teselsül”, TBBD, 1 (3), (1988), 412-439.
- Kumrulu, Ahmet. “Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler”, AÜHFD, 40 (1), (1988), 237-250.
- Mutluer, M. Kâmil ve Dayanç Kuzeyli, N. Nilay. Vergi Hukuku: Genel ve Özel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Nadaroğlu, Halil. Kamu Maliyesi Teorisi, 10. Bs. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1998.
- Narter, Recep. “Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun Mükerrer 35’inci Maddesinde Yer Alan Bazı Fıkraların Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali Üzerine Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirme”, Vergi Dünyası, (410), (2015), 120-130.
- Neumark, F. Maliyeye Dair Tetkikler. 4. Bs. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 118 - İktisat Fakültesi Neşriyatı No: 9, 1951.
- Nomer, Haluk N. Borçlar Hukuku: Genel Hükümler. 17. Bs. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020.
- Oder, Bertil Emrah. Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020.
- Oğuzman, Kemal ve Öz, Turgut. Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Cilt: II. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oktar, S. Ateş. “Vergi Usul Hukukunda Vergi Kesenlerin Sorumluluğu ve Müteselsil Sorumluluk Üzerine Düşünceler”, Sayıştay Dergisi, (25), (1997), 63-105.
- Oktar, S. Ateş. Vergi Hukuku. 14. Bs. İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2019.
- Orhan, Ali. “Vergi Kesenlerin Sorumluluğu “Müteselsil Sorumluluk” ve Katma Değer Vergisinde Müteselsil Sorumluluk”, Vergi Sorunları Dergisi, (38), (1988), <http://www.vergisorunlari.com.tr/>, (E.T. 21.6.2022).

- Ortaç, Fevzi Rifat. Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami ve Göker Cenker. Vergi Hukuku. 29. Bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Öncel, Mualla. "Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk", içinde Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 522, 1983, 39-81.
- Öz, Ersan. Vergilendirmede Kanunilik ve Türk Vergi Sistemi. Ankara: Gazi Kitabevi, 2004.
- Özbalcı, Yılmaz, Gelir Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları. Ankara: Oluş Yayıncılık, 2010.
- Özbalcı, Yılmaz. Katma Değer Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları. Ankara: Oluş Yayıncılık, 2010.
- Özbalcı, Yılmaz. Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları. Ankara: Oluş Yayıncılık A.Ş., 2010.
- Özgenç, A. Selçuk. "Avrupa Birliği İçtihadı ve Türk İçtihadı Açısından Katma Değer Vergisinde Müteselsil Sorumluluk", SÜHFD, 5 (1), (2017), 83-97.
- Öztürk, Ozan. Bir Vergi Tekniği Yöntemi Olarak Kaynakta Vergileme. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Özyer, Mehmet Ali. Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması. 8. Bs. İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, 2018.
- Pehlivan, Osman. Kamu Maliyesi. Trabzon: Celepler Matbaacılık, 2016.
- Pehlivan, Yafes. "Katma Değer Vergisi'nde Müteselsil Sorumluluk Uygulaması", E-Yaklaşım, (25), (2005), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 21.6.2022).
- Saban, Nihal. Vergi Hukuku. 8. Bs. İstanbul: Beta Yayınları, 2016.
- Saban, Nihal. Vergi Hukukunda Sorumluluk. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991.
- Sarılı, Mustafa Ali. Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayımevi, 2004.
- Sümer, Haluk Hadi. Hukuka Giriş. 4. Bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Şeker, Sakıp. "Dünden Bugüne Vergi Hukukumuzda Müteselsil Sorumluluk – I", Vergi Sorunları Dergisi, (154), (2001), 23-29.
- Şeker, Sakıp. "Dünden Bugüne Vergi Hukukumuzda Müteselsil Sorumluluk – II", Vergi Sorunları Dergisi, (155), (2001), 41-49.

- Şengöz, Yunus. “Vergi Sorumlularının Sorumluluklarını Yerine Getirmemeleri Halinde Mükelleflerin Mütessesil Sorumluluğu-II” Yaklaşım, (235), (2012), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 22.6.2022).
- Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet, Gerçek Adnan. Vergi Hukuku (Genel Hükümler). 10. Bs. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.
- Şenyüz, Doğan. “Hukuk Devleti ve Türk Vergi Hukuku”, LMHD, (44), (2008), 1854-1881.
- Şenyüz, Doğan. “Vergiden Kaynaklı Rucüen Alacak Hakkı”, *içinde* Maliye Araştırmaları- 4, ed. Burçin Bozdoğanoglu, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021, 255-294.
- Tan, Mehmet. “Katma Değer Vergisinde Mütessesil Sorumluluk”, Yaklaşım, (19), (1994), <https://www.yaklasim.com/>, (E.T. 22.6.2022).
- Taşkan, Yusuf Ziya. Vergi Hukuku. 2. Bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Tıgılı, Pınar. Katma Değer Vergisinde Sorumluluk ve Mütessesil Sorumluluk. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- Tosuner, Mehmet ve Arıkan, Zeynep. Vergi Usul Hukuku. İzmir: Kanyılmaz Matbaası, 2021.
- Turhan, Salih. Vergi Teorisi ve Politikası. İstanbul: Der Yayınları, 1987.
- Türk, İsmail, Kamu Maliyesi. 3. Bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 1999.
- Uluatam, Özhan ve Methibay, Yaşar. Vergi Hukuku. 5. Bs. Ankara: İmaj Yayınevi, 2001.
- Uluatam, Özhan. Kamu Maliyesi. 4. Bs. Ankara: Savaş Yayınları, 1991.
- Uslu, M. Mete. “Katma Değer Vergisinde Mütessesil Sorumluluk: Tebliğdeki Hukuki Hatalar”, Vergi Dünyası, (458), (2019), 104-109.
- Yaltı, Billur. Vergi Yükümlüsünün Hakları. İstanbul: Beta Yayınları, 2006.

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA NEW YORK SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE'DE TENFİZİ ENGELİ OLARAK HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI ÜZERİNE BAZI DEĞERLENDİRMELER

*In the Light of Judicial Decisions Some Evaluations on the Right to Be
Heard as an Impediment to the Enforcement of Foreign Arbitrator's
Decisions in Turkey*

Levent BÖRÜ*

Özet

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda Türkiye'de geçerli olan iki düzenleme vardır: Bunlardan ilki 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'dur. Diğeri ise Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi'dir. 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi (New York Konvansiyonu) hükümleri Anayasa m. 90 çerçevesinde bir kanunla onaylanarak Türk iç hukukunun bir parçası durumuna getirilmiştir. New York Sözleşmesi, hukukî dinlenilme hakkını hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak V/1-b maddesinde düzenleme konusu yapmıştır. New York Sözleşmesi'nde açıkça “*iddia ve savunma hakkı*” ifadesi kullanılmış olsa da modern zamandaki gelişmeler dikkate alındığında artık bunun yerine “*hukuki dinlenilme hakkı*” kavramının daha yerinde olması sebebiyle makalemizde bu kavramın kullanılması tercih edilmiştir. Makalemizde hukuki dinlenilme hakkının, bilgilenme, açıklama-ispat hakkı ve dikkate alınma-değerlendirme hakkı unsurlarının New York Sözleşmesi m. V/1-b uyarınca bazı özel kavramlarla (kamu düzeni, silahların

Makalenin Geliş Tarihi: 11.05.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 22.05.2023.

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Özel Hukuk) Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku ABD; E-posta: leventboru@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3043-3467.

eşitliği ilkesi, somutlaştırma yükü, gerekçe ve sürpriz karar verme yasağı ile) ilişkisi Türkiye’deki yargı kararları kapsamında değerlendirilmesi yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler: New York Sözleşmesi, Tenfiz, Tenfiz Engeli, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Kamu Düzeni

Abstract

There are two regulations in Turkey regarding the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.: First of these is Turkish Private International Law and International Civil Procedure Code, the other is The New York Convention. The New York Convention has become a part of Turkish law by being ratified in accordance with Art.90 of the Constitution. The Convention regulates the right to be heard in Art.V/1-b as a reason that may prevent the enforcement of the arbitral award. Although the expression "right to claim and defense" is clearly used in the New York Convention, considering the developments in modern times, it is more appropriate to use the concept of "right to be heard". Therefore, the concept of "right to be heard" is used in our article. There are elements of the right to be heard, the right to informed, right to explain-proof, and right to be considered-evaluated. In our article, the relationship of these elements with some special concepts (public order, equality of arms, the burden of concretization, justification and the prohibition of making surprise decisions) in accordance with Art.V/1-b of the New York Convention has been evaluated within the scope of judicial decisions in Turkey.

Key Words: New York Convention, Enforcement, Enforcement Impediment, Right to be Heard, Public Order

GİRİŞ

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi¹ konusunda Türkiye’de geçerli olan iki düzenleme vardır: Bunlardan ilki 5718 sayılı Milletlerarası

¹ “Yabancı hakem kararlarının verildiği ülke dışında sonuç doğurması için iki tür dava açılabilir. Birincisi, “tanıma davası”dır. İkincisi ise, “tenfiz davası”dır. Yabancı hakem kararının tanınması veya tenfiz edilmesi yol ayrımına gelindiğinde, gidilecek yolu belirleyen bizzat yabancı hakem kararının kendisidir. Yabancı hakem kararının içeriğinde, özünde icra dairesine başvurulmasını gerektiren bir durum varsa o zaman tenfiz davası açılacaktır. Eğer yabancı hakem kararının içeriğinde, özünde icra dairesine başvurulmasını gerektiren bir durum yoksa o zaman tanıma davası

Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'dur. Diğeri ise Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi'dir².

10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi³ (New York Konvansiyonu) hükümleri Anayasa m. 90 çerçevesinde bir kanunla onaylanarak Türk iç hukukunun bir parçası durumuna getirilmiştir. Türkiye'nin 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi'ni 3731 sayılı kanun ile 1991 yılında onaylamış olması ve Sözleşme'nin 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi karşısında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümleri New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalan ve yerli hakem kararı da sayılmayan hakem kararlarının tenfizinde uygulama alanı bulmaktadır⁴. Aslında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında

açılacaktır." Nuray Ekşi, "Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi," *Ankara Barosu Dergisi* 67, S. 1 (2009): 54, 55; Yabancı Hakem Kararları için ihtiyati haciz istenebileceği Yargı Kararları'nın kabul edilmektedir. Bkz "...Yabancı bir mahkemeden verilen hükmün Türkiye'de infazı için tanıma ve tenfizi gerekmektedir. Hukuken tanıma ve tenfiz edilmeden icraya konulamaz ise de, bu durum ihtiyati haciz kararı verilmesine engel değildir. Nitekim Yargıtay kararları da aynı yöndedir. Somut olayda; Davacı tarafça Hakem Kararı ve kararın kesinleştiğine dair tercüme edilmiş belge örnekleri dosyaya ibraz edilmiştir. Mahkemece de belirtildiği üzere, dosyada mevcut delil durumu ve söz konusu hakem kararı dikkate alındığında, ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için yaklaşık ispat koşulunun sağlandığı, davalı vekilinin diğer itiraz ve istinaf sebeplerinin İİK 265. maddesinde tahdidi olarak sayılan itiraz nedenleri arasında gösterilmediği, dolayısıyla mahkemenin 30/06/2021 tarihli kararının yerinde olduğu anlaşılmaktadır." İstanbul BAM 13. HD, E. 2021/1737, K. 2021/1368, 07.10.2021, (Lexpera).

² Adnan Deynekli, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof.Dr.Hakan Pekcanitez'e Armağan), Özel Sayı (2014): 105 vd.

³ RG, 21.05.1991, S. 20877; Sözleşme metni için bkz. RG, 25.01.1991, S. 21002.

⁴ Ferda Nur Güvenalp, *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali* (İstanbul: Onikilevha, 2018), 120; Mehmet Akif Gül, *New York Sözleşmesi Bağlamında Usuli Tenfiz Engelleri* (İstanbul: Onikilevha, 2016), 37; "Mahkemece, tüm dosya kapsamı ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; İngiltere ve Türkiye'nin yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında New York Konvansiyonuna taraf olması ve MÖHUK'un 1 (2) maddesinde milletlerarası anlaşmaların saklı tutulması nedeni ile Londra'da verilen hakem kararının tenfizine ilişkin talebin New York konvansiyonu uyarınca değerlendirileceği.." Y. 11. HD, E. 2020/2098, K. 2021/3091, 30.03.2021, (Lexpera).

Kanun m. 50 ve devamı hükümlerinde konuyla ilgili düzenleme bulunmasına karşın, sözü edilen Milletlerarası Sözleşmenin özel hükümler içermesi sebebiyle, MÖHUK'a göre yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icrasında New York Sözleşmesi'nin öncelikle uygulanması gerekir⁵. Başka bir deyişle, New York Sözleşmesi hükümleri MÖHUK'a göre özel hüküm niteliğini kazandığı için artık bu hükümlerin önceliği bulunmaktadır⁶.

Dünya genelinde ticari tahkim mevzuatında en fazla kabul gören uluslararası sözleşme New York Sözleşmesi olduğu için bu sözleşmenin uygulama alanının kapsamı da oldukça geniştir⁷. New York Sözleşmesi m.1'e göre sözleşme, tenfizi istenen devletten başka devlette verilmiş hakem kararlarını kapsamaktadır. Türkiye'nin koyduğu çekinceye otürü New York Sözleşmesi sadece ticari uyuşmazlıklara ve anlaşmaya taraf olan ülkelerden verilen hakem kararlarının tenfizinde uygulanabilecektir. Buna göre tenfizi talep edilen yabancı hakem kararının verildiği ülke sözleşmeyi onaylamamışsa yabancı hakem kararının tenfizi New York Sözleşmesi'ne göre değil, MÖHUK'a göre talep edilebilir⁸. Ancak burada şunu belirtmek isteriz ki, MÖHUK'un yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümleri,

⁵ Süha Tanrıver, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi," *MHB* (Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan), (1997-1998): 472-473; "Bölge Adliye Mahkemesince, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 60-63. maddeleri arasında yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin düzenlendiği, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar kapsamında bulunmayan uyuşmazlıklarda adı geçen kanun hükümlerinin uygulanması söz konusu olmakla birlikte, "Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi" 08.05.1991 tarih ve 3731 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdiğinden, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde bu sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiği..." Y. 11. HD, E. 2020/7196, K. 2022/2796, 04.04.2022, (Lexpera); "Yabancı hakem kararlarının tenfizi yöntemi MÖHUK'un 45. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu konuda milletlerarası anlaşmalar olduğu ve TBMM tarafından onaylandığı takdirde iç hukuk kuralı haline gelen ve MÖHUK'a göre daha özel kanun niteliğinde bulunan milletlerarası anlaşma hükümlerinin uygulanması gerekir." Y. 11. HD, E. 2001/6144, K. 2001/9045, 19.11.2001, (Lexpera).

⁶ Banu Şit, *Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Ankara: İmaj, 2005), 193.

⁷ Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku Cilt II* (Ankara: Yetkin, 2022), 1658.

⁸ Deynekli, "Sorunlar," 105-106.

New York Sözleşmesi hükümleri ile kesinleşme⁹ ve karşılılık şartı¹⁰ dışında genel olarak uyumludur¹¹. Makalemizde, yabancı hakem kararının

⁹ “Burada ayrıca diğer bir uyumsuzluk konusu olan dava konusu kısmi kararın tanınip tanınmayacağı hususu üzerinde de durulması gerekmektedir. Tahkim yargılaması sürerken, nihai karar verilmeden önce, hakemlerce belli meselelerin karara bağlanması halinde, bu karar ara kararı veya kısmi karar niteliğinde hatta talimat/emir niteliğinde olabilir. Belirleyici olan husus, verilen kararın ne şekilde adlandırıldığından çok, nihai karar verilmeden önce, muhakeme sürerken belli konuların hükme bağlanmış olmasıdır. Hukuki himaye ve tedbir içerikli bir ara kararı veya kısmi karar belirli bir zaman dilimi ile sınırlı olarak, konusu olan mesele hakkında nihai hüküm içerir. Burada, kararın belli bir süre için hüküm doğurması ile nihai karakteri arasında bir çatışma yoktur. Zira, karar ilişkin olduğu uyumsuzluk konusu bakımından nihai niteliktedir. Türk usul hukukunda, mahkeme kararları bakımından kabul edilen nihai karar-ara kararı ayrımının, hakem kararları bakımından da esas alınmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır.....Özellikle kısmi kararın bir an önce icra edilmesinde menfaati olan taraf bakımından kararın nihailik niteliğinin tanınması büyük önem taşır. Ayrıca, New York Sözleşmesi'nin uygulanmasında önemli olan hakem kararlarının nihai olması değil, taraflar için bağlayıcı olmasıdır. Türk hukukunda MÖHUK 45/i maddesinde öngörülen kesinleşme veya icra kabiliyeti kazanma şartının, Türkiye'nin New York Sözleşmesi'ne taraf olmasından sonra bağlayıcılık şartı olarak yorumlanması, kısmi hakem kararlarının tenfizinde de geçerli olmalıdır. New York Sözleşmesi'nin kesinleşme yerine bağlayıcılık niteliğini öne çıkarmış olması da ilgili tahkim kurumunun kurallarına uygun olarak tesis edilen kararların bağlayıcılığının bu kurallar çerçevesinde değerlendirilmesini gerekli kılmaması nedeniyle, geçici nitelikte, fakat kısmi karar olarak verilen hakem kararlarının tenfizi bakımından olumlu bir etkidir. Ancak, sözleşmenin bu olumlu yönünün etkili olabilmesi için MÖHUK 45/i maddesinde öngörülen kesinleşme şartının bağlayıcılık olarak değerlendirilmesi gerekir...Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde ise, dava konusu kısmi hakem kararı mahiyeti itibarıyla tanınabilecek bir karar olduğu gibi, verildiği anda kesin ve bağlayıcı bir karar olduğundan ve ayrıca, New York Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca kararın vacibürriaye olması gerektiği belirtildiğinden....” Y. 11. HD, E. 2017/3469, K. 2019/4259, 11.06.2019, (Lexpera); “Davacı şirketin mukim bulunduğu Rusya ile Türkiye'nin de imzaladığı 1958 tarihli New York Sözleşmesinin V/e maddesinde yabancı hakem kararının tenfizi için vacibürriaye (bağlayıcı) olması gerektiği belirtilmiştir. Taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli sözleşmesinin 9. maddesinde tahkim kurulunun verdiği kararın nihai olduğu, her iki tarafı da bağladığı hükme bağlanmıştır. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Ticari Uyuşmazlıklar Mahkemesi ile ilgili düzenlemenin 44. maddesinde hakem heyeti kararlarının tahkim kararında belirtilen süre içinde gönüllü olarak uygulanacağı, eğer hükümde hiçbir süre öngörülmemişse bu kararın derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi Ticari Uyuşmazlık Mahkemesince verilen karar bağlayıcıdır. New York Sözleşmesinin V/e maddesinde hakem kararının bağlayıcı olması yeterli görüldüğünden mahkemenin kesinleşmiş hakem kararı ibraz edilmediği gerekçesiyle

Türkiye'deki Mahkemede tenfizi konusunda New York Sözleşmesi dikkate alınarak inceleme yapılmıştır.

New York Sözleşmesi m. V'de, hakem kararlarının tenfize engel olacak durumlar sayılmıştır. Buna göre, yabancı hakem kararının tenfizi talebinin reddedilmesine ilişkin iddiaların New York Sözleşmesi m. V kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ancak yabancı hakem kararının tenfizi davasında hakem kararının esasına ilişkin içerik yönünden yerindelik değerlendirilmesi yapılamaz¹². Başka bir deyişle, yabancı mahkeme

tenfiz talebini reddetmesi de isabetsizdir." YHGK, E. 1999/19-467, K. 1999/489, 09.06.1999, (Lexpera).

¹⁰ "...dava konusu 18.01.2012 tarih ve 14-423 tahkim numaralı hakem heyeti kararı ile davalının sözleşmeye aykırı davranışı (temerrüdü) nedeniyle davacının değişik kalemlerden oluşan zararlarına karşılık toplam 202.939,71 USD tazminatın faizleriyle birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine ve ayrıca tahkim giderlerinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine karar verildiği, New York Sözleşmesi'ne ülkemiz ve İngiltere taraf olduklarından dava konusu hakem heyeti kararının diğer yasal koşulları içermesi halinde ülkemizde tenfiz edilebileceği, tahkim yargılamasının tüm aşamalarından haberdar olan davalının tahkim heyetine yazılı savunma dahi verdiği, hakem heyetinin oluşumu ve uygulanan hukukta bir eksiklik veya yanlışlık olmadığı, yine hakem heyeti kararının davalıya tebliğ edildiği, davalının itiraz ve yasa yollarına başvurmadığı, kararın kesinleştiği, davacının kararın kesinleşmesinden sonra tenfiz talebinde bulunduğu, hakem kararının verildiği İngiltere ve ülkemizin New York Sözleşmesi'ne taraf oldukları ve bu şekilde karşılıklılık koşulunun var olduğu, yabancı hakem kararının Türk Mevzuatı'na ve uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil eden bir yanının olmadığı..." Y. 11. HD, E. 2020/4636, K. 2020/5941, 17.12.2020, (Lexpera); "...New York Sözleşmesine taraf olan Fransa'da verilmiş olduğundan, uyumsuzluğa, Türkiye'nin de taraf olduğu "New York Sözleşmesi" hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır." YHGK, E. 2011/13-568, K. 2012/47, 08.02.2012, (Lexpera); "New York Sözleşmesi'ne Türkiye ve hakem kararının verildiği İngiltere taraf olduğundan karşılıklılık şartının bulunduğu kabulünde de usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Mahkemece bu yönler gözetilerek yabancı hakem kararının tenfize karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından davalının temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekmiştir." Y. 19. HD, E. 1998/6099, K. 1998/7735, 17.12.1998, (Kazancı).

¹¹ Şit'e göre, son zamanlarda Yargıtay Kararlarında kesinleşmenin, bağlayıcılık kapsamında yorumlanması ve New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin sayısının fazlalaşması sebebiyle, Sözleşme'nin uygulama alanının daha da genişlemesi sonucunda, MÖHUK hükümleri ile New York Sözleşmesi hükümleri arasındaki bu iki farklılık da etkisiz duruma gelmiştir. Karşılaştırmalı olarak MÖHUK ve New York Sözleşmesi Çerçevesinde tenfiz için bkz. Şit, *Tenfiz*, 200.

¹² Nuray Ekşi, "Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni," *Public and Private International Law Bulletin* (Prof.Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 40, S. 23 (2020): 151.

kararlarının tenfizine ilişkin Türk mahkemelerinin yetkili olduğu davalarda, Türk hukukunda revizyon yasağının¹³ kabul edilmiş olması sebebiyle, söz konusu kararın esasına ilişkin bir denetim yapılması mümkün değildir; mahkeme, sadece tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin koşullarının uygun olup olmadığını denetleme yükümlülüğü altındadır¹⁴.

Hakem kararlarının tenfizini engelleyen sınırlı (tahdidi) şekli koşullar ise şunlardır: 1- Tahkim anlaşmasının geçersizliği ve tarafların ehliyetsizliği, 2- hukuki dinlenilme hakkının ihlali, 3-tahkim sözleşmesinin dışında karar verilmesi, 4- hakem seçim yöntemine veya usule uygulanacak kurallara aykırılık; 5- hakem kararlarının bağlayıcı olmaması veya iptal edilmiş olması, 6- hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olması, 7- uyuşmazlığın ticari olmaması, 7- karşılığın bulunmaması¹⁵. Tenfizi engelleyen söz konusu bu durumların bazılarının ilgili tarafça tenfize engel olduğu şeklinde iddia ve ispat edilmesi gerekirken, bazılarının ise Mahkemece kendiliğinden gözetilmesi mümkündür¹⁶. Makaledeki inceleme konumuz, New York

¹³ “Milletlerarası literatürde, bir yargı organı veya yargılama mercii tarafından verilen kararların doğru ya da yanlışlığının istinaf veya temyiz organı tarafından gözden geçirilmesi olgusu ‘revizyon’ incelemesi olarak adlandırılmaktadır. Esas yönünden, doğruluğunun incelenmesi Türk hukukunda kabul edilmemiştir.” (Adem Aslan, “Tahkim Davalarında Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni,” içinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (İstanbul: Onikilevha, 2022), 30)

¹⁴ Gizem Ersen Perçin, *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (İstanbul: Onikilevha, 2023), 216; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 5. Bası (İstanbul: Vedat, 2020), 448; Deynekli, “Sorunlar,” 116; “*Davalı tek sözleşme olmasına rağmen iki kere tazminata hükmedilmesini savunmanın dikkate alınmadığını gösterdiğini belirterek tenfiz talebinin bu nedenle reddi gerektiğini savunmuştur. Bu iddia kararın esasına ilişkin olup, hake kararının doğruluğunu inceleme yapma yasağı (revision au fond) kapsamında bulunduğundan tenfiz mahkemesine bu iddiaları inceleme yetkisi tanınmamıştır.*” Bkz. Y. 19. HD, E. 2000/7171, K. 2000/7602, 09.11.2000, (Lexpera).

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, *Tahkim*, 476 vd.

¹⁶ “*New York Konvansiyonu’nda, hakem kararının tanınmasında ve tenfizinde esasa ilişkin şartlar, mahkeme tarafından resen incelenecek şartlar ve aleyhine hakem kararı ileri sürülen tarafın ispat etmesi gerekli olan şartlar olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde aranılan şartlar, tahdididir. Tanıma veya tenfiz davasında, bu şartlar dışında mahkemenin başka bir inceleme yapması mümkün olmadığı gibi kural olarak hakem kararının maddi içerik yönünden doğruluğu inceleme konusu yapılamaz.*” Ekşi, “Kamu Düzeni,” 151.

Sözleşmesi'ne göre yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi engeli olarak hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin güncel yargı kararları kapsamında incelenmesidir.

I. NEW YORK SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE'DE TENFİZİ ENGELİ OLARAK HUKUKİ DİNLENİLME HAKKININ İHLALİ

A. Kavramsal Tespit

“Hukuki dinlenilme hakkı” kavramı, bazı hukuk dallarında “*iddia ve savunma hakkı*” olarak adlandırılmaktadır¹⁷. Örneğin hak arama özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa m. 36'da “*iddia ve savunma hakkı*” kavramı kullanılmıştır¹⁸. Asıl inceleme konumuz olan New York Sözleşmesi'nde ise “*hukuki dinlenilme hakkı*” yerine “*iddia ve savunma hakkı*” kavramı kullanılmıştır. Şöyle ki New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde “*aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş bulunduğu*” ispatlanırsa hakem kararının tenfizi talebinin reddedilebileceği belirtilmiştir. New York Sözleşmesi'nin İngilizce “*right to present his case*” ve Almanca “*Angriffs oder Verteidigungsmittel geltend machen*” metinlerinde kullanılan ifadeleri de “*iddia ve savunma hakkı*” olarak Türkçeye çevrilmiştir; bu kavramların çevirisi iddia ve savunma hakkını karşılamaktadır¹⁹.

“Hukuki dinlenilme hakkı” ilk defa hukuk sistemimizde ismen kanuni olarak 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK m. 27 ve 423 ile hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bu hak, HUMK'da düzenlenmemiştir. Daha sonra doktrinde yapılan çalışmalar ölçüsünde Alman hukukundaki “*rechtliches*

¹⁷ Bu kavramlar için bkz. Güvenalp, *İhlal*, 5 vd; Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Ankara: Yetkin, 2003), 34 vd; Ersen Perçin, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 31 vd; Ejder Yılmaz, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” içinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (İstanbul: Onikilevha, 2022), 1 vd.

¹⁸ Özbay ve Korucu; hak arama özgürlüğünün, iddia ve savunma hakkı anlamına geldiğini ifade etmektedir. Bkz. İbrahim Özbay ve Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407-444* (Ankara: Adalet, 2016), 240.

¹⁹ Bkz. Güvenalp, *İhlal*, 24.

Gehör” veya “*der Anspruch auf rechtliches Gehör*” kavramının karşılığı “*hukuki dinlenme hakkı*” olarak değerlendirilmiştir²⁰.

Yılmaz²¹, temel insan hak ve özgürlüklerinden birinin de “*hak arama özgürlüğü*” olduğunu; bu hakkın, eski dönemlerde yazılan kitaplarda önceleri, yalnızca dava açma (iddia etme; mahkemeye başvurma) hakkı öne çıkarılarak dar bir bakış açısıyla davacı yönünden değerlendirilip yorumlandığını, daha sonraları ise, özellikle ceza yargılamasında sanığın savunma hakkının öneminin giderek daha iyi anlaşılmasına bağlı olarak, savunma hakkını da içerecek şekilde “*iddia ve savunma hakkı*” adı altında anlaşılmaya başladığını; insanlık tarihinde insan haklarının, “*insan*” denilen varlığa verilen değer ölçüsünde giderek genişleyip derinleşen bir vakıa olduğunu, bu durumun, iddia ve savunma hakkını da etkilediğini; tarihsel gelişmeler sonucunda, “*iddia ve savunma hakkı*” kavramının yanı sıra ve sıklıkla onun yerine kullanılmakta olan “*hukuki dinlenme hakkı*” kavramının gündeme geldiğini; bu hakkın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6’da düzenlenen “*adil yargılanma hakkı*” ile ilişkilendirildiğini ve böylece bu insanlık hakkına derinlik kazandırıldığını belirtmiştir.

Ersen Perçin²², uygulamada ve doktrinde sıklıkla, “*hukuki dinlenme hakkı*” ifadesinin yerine “*iddia ve savunma hakkı*” kavramının kullanıldığını; fakat gerçekte, iddia ve savunma hakkının, sadece hukuki dinlenme hakkının unsurlarından biri ile ilişkili olan bir hak olduğunu vurgulayarak her iki kavramın birbirinden farklı olduğunu vurgulamıştır.

Güvenalp²³, hukuki dinlenme hakkı kavramının HMK öncesinde Türk iç hukukunda düzenlenmediğini, Alman hukukundaki “*rechtliches Gehör*” kavramının Türkçe karşılığı olarak suni yaratılmış bir kavram olduğunu, iddia

²⁰ Özkes, *Hukuki Dinlenme*, 36; Ersen Perçin, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, 38; “*Hukukumuzda hukuki dinlenme hakkı, ‘iddia ve savunma hakkı’, ‘hakim önünde meram anlatma ilkesi’, ‘tarafın dinlenmesi ilkesi’, ‘teşkil-i tarafeyn’, ‘tarafın teşkili ve dinlenmesi’ ya da Almanca karşılığı ‘Rechtliches Gehör ilkesi’ olarak Türkçe’ye çevrilmeden aynen ifade edilmiştir.*” Hakan Pekcanitez, “Hukuki Dinlenme Hakkı,” içinde *Makaleler Cilt I*, Editör: Hakan Pekcanitez (İstanbul: Onikilevha, 2016), 509.

²¹ Yılmaz, “Hukuki Dinlenme Hakkı,” 1-2.

²² Ersen Perçin, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, 19.

²³ Güvenalp, *İhlal*, 5 vd; bununla birlikte yazar, daha sonra yayımlanmış olduğu makalesinde açıkça Sözleşmenin bu ifadesinin hukuki dinlenme kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ferda Nur Güvenalp, “Tahkimde Tarafların Eşitliği ve Hukuki Dinlenme Hakkı,” içinde *Tahkimde Hukuki Dinlenme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (İstanbul: Onikilevha, 2022), 106.

ve savunma hakkının, hukuki dinlenme hakkı ile tam olarak örtüşmediğini belirterek yabancı hakem kararlarının tenfizi anlamında “*iddia ve savunma hakkı*” kavramının kullanılmasının daha yerinde olduğunu belirtmiştir.

Doktrindeki hakim görüşe göre²⁴ ise, yabancı hakem kararlarının tenfizi anlamında da olsa “*iddia ve savunma hakkı*” kavramının yerine artık “*hukuki dinlenme hakkı*” ifadesinin kullanılması gerekir. Kanaatimizce de New York Sözleşmesi’nde açıkça “*iddia ve savunma hakkı*” ifadesi kullanılmış olsa da modern zamandaki gelişmeler dikkate alındığında artık bunun yerine “*hukuki dinlenme hakkı*” kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır. Hukuki dinlenme hakkı, iddia ve savunma hakkını da içerisine alan daha geniş bir hak (veya ilke) olup tenfiz engeli olarak da bunun dikkate alınması gerekir²⁵. Zira hukuki dinlenme, yargılamadan bilgi sahibi olup yargı mercileri önünde açıklamada bulunulmasını, delil sunulmasını, yargılamaya etki edebilmesini

²⁴ Bkz. Akıncı, *Tahkim*, 498; Özekes, *Hukuki Dinlenme*, 36, 231; Ersen Perçin, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, 216; Berk Demirkol, “Karşılaştırmalı Hukukta Hakem Kararlarının Tenfizinde Hukuki Dinlenme Hakkı,” içinde *Tahkimde Hukuki Dinlenme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (İstanbul: Onikilevha, 2022), 181; Yılmaz, “Hukuki Dinlenme Hakkı,” 6 vd; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 244.

²⁵ Pekcanitez, “Hukuki Dinlenme,” 510; Ersen Perçin, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, 19-20; “*Hukuki dinlenme hakkı olarak maddede ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla, ‘iddia ve savunma hakkı’ olarak bilinmektedir. Ancak, hukuki dinlenme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır. Bu hak, yargılamanın tarafları dışında, müdahiller ve yargılama konusu ile ilgili olanları da kapsamına almaktadır. Ancak, her yargılama süjesi kendi hakkıyla bağlantılı ve orantılı olarak bu hakka sahiptir.*” Yılmaz, “Hukuki Dinlenme Hakkı,” 6; “... Bu hakka, tarafın hakime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukuki dinlenme hakkı, bu ifadeleri de kapsayana daha geniş bir anlama sahiptir...Hukuki dinlenme hakkı olarak da ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla ‘iddia ve savunma hakkı olarak bilinmektedir. Ancak, hukuki dinlenme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.” YHGK, E. 2011/554, K. 2011/684, 23.11.2011, (Lexpera); Özekes’e göre, iddia ve savunma hakkı, bir yönüyle hukuki dinlenme hakkı içinde yer alan tarafların açıklamada bulunması ile yakından ilgilidir, bu bakımından hukuki dinlenme hakkı dışında daha geniş bir anlamı taşımaktadır. Fakat diğer taraftan da, hukuki dinlenme hakkı dışında daha geniş bir anlamı taşımaktadır. Her iki durumda iddia ve savunma hakkı, hukuki dinlenme hakkına göre kavramı daha iyi ifade etmektedir. Bkz. Özekes, *Hukuki Dinlenme*, 35; Özbay ve Korucu’ya göre, hukuki dinlenme hakkı, hak arama özgürlüğü olan iddia ve savunma hakkının bir görünümüdür; buradan çıkan sonuç ise, hak arama özgürlüğünün (iddia ve savunma hakkının), hukuki dinlenme hakkına göre daha geniş bir kavram olduğudur. Bkz. Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 240.

ve yargı mercilerince bunların dikkat alınıp değerlendirilerek, gerekçe oluşturulduktan sonra karar verilmesini ifade etmektedir²⁶. Bu sebeple çalışmamızda da “*iddia ve savunma hakkı*” kavramının yerine “*hukuki dinlenilme hakkı*” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

B. Hukuki Dinlenilme Hakkı ve İhlali

Hukuki dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla birlikte aynı zamanda HMK m. 27’de düzenlenerek, adil yargılanma hakkından ayrıştırılmış bir ilke durumunu almıştır. HMK m. 27/1’e göre, davanın tarafları, müdahilleri ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olacaklardır. Hukuki dinlenilme hakkının unsurları da HMK m. 27,2’de belirtilmiştir: “1- Hak, öncelikle tarafların yargılama ile ilgili bilgi sahibi olmasını gerektirmektedir (bilgilenme hakkı). 2- Taraf, bilgi sahibi olduğu konuda açıklama ve ispat hakkını kullanabilmelidir (açıklama hakkı). 3- Mahkemenin, bu yapılan açıklamaları ve sunulan delilleri dikkate alarak değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirmesi gerekmektedir (dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü)”. Hukuki dinlenilme hakkının bu unsurlarının New York Sözleşmesi m. V anlamında ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca HMK m. 423’te açıkça tarafların tahkim yargılamasında da hukuki dinlenilme haklarının olduklarından bahsedilmiştir.

New York Sözleşmesi, hukukî dinlenilme hakkını hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak V/1-b maddesinde düzenleme konusu yapmıştır. Bu düzenlemeye göre, “*aleyhine hakem hükmü ileri sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş bulunduğu*” iddiasının ileri sürülmesi ve ispat edilmesi durumunda hakem kararının tenfizi talebi reddedilebilir. Sözleşme metnindeki “*hakemin tayininden ya da hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş*” olunması durumu hukukî dinlenilme hakkının temel unsurlarından biri olan bilgilenme hakkına²⁷, “*diğer bir sebep yüzünden iddia*

²⁶ Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, 36.

²⁷ Bilgilenme hakkı, genellikle usulüne uygun tebligat yapılması ile doğrudan ilgilidir. Tenfizi talep edilen yabancı hakem kararının bu noktada ilgili devletin kanunlarına göre tarafları bilgilendirmiş olması durumu ise usule uygun kabul edilmektedir. Bu noktada şu şekilde bir Yargıtay Kararı vardır: “*Tahkim yargılaması boyunca davalı*

ve savunma vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş” olunması durumu ise diğer unsurlardan olan açıklama ve dikkate alınma haklarına karşılık gelmektedir²⁸.

Çalışmamızda hukuki dinlenilme hakkının, bilgilenme, açıklama-ispah hakkı ve dikkate alınma-değerlendirme hakkı unsurlarının New York Sözleşmesi m. V/1-b uyarınca bazı özel kavramlarla ilişkisi Türkiye’deki yargı kararları ile birlikte değerlendirilmesi yapılacaktır. Özellikle aşağıda incelenecek olan bu kavramların değerlendirilmesi, yabancı hakem kararlarının tenfizinde yerli hakem kararlarında dikkate alınması gereken ilkelerden farklılık arz edebilecektir. Söz konusu ilkelerin olması gerektiği gibi yerinde olmayan bir şekilde uygulanması ise, “*hukuki dinlenilme hakkı paranoyası*” yaratabilecektir; yani tahkim yargılamasında, hukuki dinlenilme hakkına saygı gösterilmesi, hakemler bakımından bir paranoya (korku) durumuna gelebilmektedir; çünkü hakemler, tahkim yargılaması sonucunda karar verdikten sonra, tarafların hakem kararına karşı tenfiz taleplerinin bu şekilde engellenmesi mümkün olabilmektedir²⁹.

tarafın dava dilekçesinde belirttiği adrese kurye ve posta yoluyla yine şirket mail adreslerine tebligat yapıldığı, yargılamadan haberdar edildiği, davalı şirket yargılamadan usulüne uygun haberdar edilmediklerini, savunma haklarının sınırlandırdığı iddia etmiş ise de; sözleşmede yer alan tahkim şartında tahkim yargılanmasına ilişkin tebligatların şekline ilişkin bir hüküm bulunmadığı, tahkim yeri İngiltere olarak belirlendiğinden İngiliz Tahkim Kanunu hükümlerine göre tebliğ yapılmasında bir engel bulunmadığı, davalının, tahkim şartı öngören 20.03.2018 tarihli sözleşmedeki imzanın şirketi temsile yetkili kişi tarafından atılmadığı dolayısı ile tahkim şartının şirketi bağlamayacağını iddiasını ilk derece mahkemesinde ileri sürmediği anlaşıldığından davalının bu yöndeki istinaf talebi yönünden inceleme yapılmadığı, yapılan yargılama sonucu toplanan deliller, ileri sürülen istinaf sebepleri birlikte dikkate alındığında mahkemenin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya ve dosya kapsamına aykırılık bulunmadığı..” Y. 11. HD, E. 2020/7196, K. 2022/2796, 04.04.2022, (Lexpera).

²⁸ Gül, *Tenfiz Engelleri*, 34-35; Mehmet Akif Gül, “New York Sözleşmesi Bağlamında Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali,” *TAAD* 7, S. 29 (2017): 362.

²⁹ Demirkol, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” 195; Demirkol, taraflarca hukuki dinlenilme hakkının bir silah olarak kullanılmasının önüne geçilmesi gerektiğini, bu hakka dayanarak hakem heyetinden ek taleplerde bulunulması veya davaya geciktirmeye çalışılmasına izin verilmemesi gerektiğini; iptal davası veya tenfiz talebi çerçevesinde bu durumları inceleyen devlet mahkemelerinin de hukuki dinlenilme hakkını sınırsız bir hak olarak değerlendirmemesini ve bu hakkın kullanımının hakkaniyet ölçüsünde değerlendirilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. Bkz. Demirkol, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” 198.

II. NEW YORK SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE'DE TENFİZ ENGELİ OLARAK BAZI KAVRAMLARIN HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI İLE İLİŞKİSİNİN KURULMASI

A. Kamu Düzeni ile İlişkisi

Hukuki dinlenilme hakkının ihlali, kamu düzenine aykırılık kavramıyla oldukça yakından ilişkilidir; New York Sözleşmesi'nde hakem kararının tenfizine engel olan sebepler olarak bu iki kavram farklı cümlelerle düzenlenmiştir; hukuki dinlenilme hakkının ihlali, ancak davalının savunması (itirazı) üzerine dikkate alınabilecek bir tenfiz engeliyken, buna karşın kamu düzenine aykırılık durumları ise, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınabilmektedir³⁰. Buna göre hakem kararının tenfizi talebinin reddini Sözleşme m. V/1-b hükmü bağlamında talep eden taraf, tenfize engel bir sebep bulunduğunu iddia ve ispat etme yükü altında olmasına karşın, aynı hüküm ayrıca kamu düzeni olarak kendiliğinden dikkate alınabilecek bir tenfiz engeldir; bu bakımdan hukuki dinlenilme hakkının ihlaline ilişkin Sözleşme m. V/1-b hükmüyle getirilen kendiliğinden dikkate alma yetkisinin hukuki dinlenilme hakkını sınırlandırmadığının değerlendirilmesi gerekir³¹. Zira hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine dayanarak taraflarca tenfize karşı çıkılmaması durumunda, tarafların hukuki dinlenilme hakkından feragat ettiği varsayılmalıdır; bu şekilde hakem kararının geçerli olmasına izin verilmektedir³²; fakat gerekirse hukuki dinlenilme hakkının unsurlarıyla ilişki kurulması durumunda mahkeme kamu düzeni sebebiyle yabancı hakem kararının tenfizini engelleyebilmektedir.

Hakem mahkemesince, tarafların yargılamada farklı işlemlere tabi tutulması, yargılamadaki eşitliklerin bozulması ve karşılıklı iddia ve savunmada bulunma haklarının New York Sözleşmesi V, I/b uyarınca ihlal edilmiş olması, tenfiz bağlamında ayrıca kamu düzeninin müdahalesi

³⁰ Akıncı, *Tahkim*, 505; Cemile Demir Gökyayla, "Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı-Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni," içinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (İstanbul: Onikilevha, 2022), 73-74, 80; Gül, "Hukuki Dinlenilme," 362; Gül, *Tenfiz Engelleri*, 33 vd.

³¹ Gül, "Hukuki Dinlenilme," 368; Aksi durumun kabul edilmesi durumunda ise tenfiz ile ilgili görevli mahkemelerin, hukuki dinlenilme hakkının ihlali durumlarını kendiliğinden inceleme konusu yapamayacakları anlamına gelir ki bu yerinde olmaz. Bkz. Şit, *Tenfiz*, 210-211; Gül, *Tenfiz Engelleri*, 368 vd.

³² Demir Gökyayla, "Kamu Düzeni," 80.

sonucunu da doğuracaktır³³. O halde hukuki dinlenme hakkının bazı unsurlarının ihlal edilmesi durumunda, yargılamanın taraflarınca ileri sürülmesi dahi mahkeme bu unsurları kamu düzeninin ihlali sebebiyle kendiliğinden dikkate alabilecektir.

New York Sözleşmesi m. V/2/a uyarınca, hakem kararının tenfizi talep edilen ülkenin kamu düzenine aykırı olarak nitelendirilmesi, hakem kararının tenfizinin reddedilmesi için bir gerekçe oluşturmaktadır ve hâkim böyle bir durumda kamu düzenine aykırılığı tespit ederse, söz konusu hakem kararının tenfizini kendiliğinden reddedebilecektir³⁴. Bu noktada tenfizi talep edilen ülkedeki mahkemenin kamu düzeni kavramını nasıl nitelendirmiş olduğu önemlidir. Zira tenfiz talebine konu yabancı hakem kararının Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığının tespiti, esas itibarıyla mahkemenin takdirine bırakılmıştır; ancak mahkeme, takdir yetkisini kullanırken milletlerarası özel hukukun varlık sebebini ve bu hukukun genel ilkelerini dikkate almak durumundadır³⁵; çünkü sektörel yaklaşıma göre, kamu düzeni kavramının içeriği bir hukuk bölümünden diğerine göre farklılık gösterir; medeni hukuktaki içeriğiyle, devletler özel hukukunda ifade ettiği anlam farklı olduğu gibi idare hukukunda da başkadır³⁶. Hatta aynı hukuk bölümünde bile zaman zaman kamu düzeninin içeriği değişkenlik gösterebilir; bu sebeple doktrinde kamu düzeninin tekdüze bir kavram olarak anlaşılmaya çalışılmasının gerekli olmadığı ileri sürülmüştür³⁷. Ancak burada şunu belirtmek isteriz ki kamu düzeni kavramının pozitif hukuk sisteminde bir tanımı olmasa da milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni anlayışı, milli (yerli) hukuktakinden farklıdır; milletlerarası kamu düzeni kavramının, milli hukuka kıyasla daha dar ve sınırlı olarak değerlendirilmesi gerekir³⁸.

³³ Tanrıver, “Kamu Düzeninin Etkisi,” 485-486.

³⁴ Akıncı, *Tahkim*, 542.

³⁵ YHGK, E. 2013/1135, K. 2014/973, 26.11.2014, (Lexpera).

³⁶ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (İstanbul: Onikilevha, 2011), 17; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 253 vd.

³⁷ Bkz, Okay Tekinsoy, *Kamu Düzeni*, 17-18; “Kamu düzeninin tanımlanmasındaki güçlük, sadece bununla sınırlı kalmamakta, mezuatımızdaki hangi hükmün kamu düzeni amacını taşıdığına tespitinde de yaşanmaktadır. Öyle ki, bir hükmün kamu düzenine ilişkin olup olmadığı o hükmün yer aldığı hukuk dalından ve amacından, maddenin yazılış şekline anlaşılabilmeye mümkün olabilese de, günümüzde kamu düzeni ancak yorum yolu ile ortaya çıkarılabilmektedir.” Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, 255.

³⁸ İbrahim Özbay, *Hakem Kararlarının Temyizi* (Ankara: Yetkin, 2004), 274; Kemal Dayıncı, *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri* (Ankara: Dayıncı, 1994), 19.

Kamu düzeni, hem usule hem de esasa ilişkin olarak yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyebilir³⁹; kamu düzeninin çerçevesinin tam olarak çizilememesi, kamu düzeninin etkisinin her tenfiz davasının özelliklerine göre değişmesi; devletlerin ve dolayısıyla bu devletlere ait mahkemelerin kamu düzeni anlayışında değişkenlik gösterebilir⁴⁰.

Tenfizle ilgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında⁴¹ kamu düzeni kavramının tanımı ve kapsamı şu şekilde belirtilmiştir: “*Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor, her bir somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen ‘toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü’ olarak tanım yapılabilir. İç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.*”

³⁹ “Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün Milletlerarası Ticari Tahkim Komisyonu kamu düzeni konusunda bir çalışma yaparak yayınladığı rapora göre; kamu düzeni, usule ve esasa ilişkin olarak ikiye ayrılır. Usule ilişkin kamu düzeni kavramına hakem kurulunun oluşturulmasında hile yapılması, hukuki dinlenme hakkının ihlal edilmesi, hakemin tarafsız ve bağımsız olmaması, hakem kararında gerekçe olmaması, uygulanacak hukukun açık bir şekilde göz ardı edilmesi, vakıaların açık bir şekilde göz ardı edilmesi hususları girer. Esasa ilişkin kamu düzeni kavramı içinde ise emredici kurallara aykırılık, hukukun temel ilkelerine aykırılık, ahlaka aykırılık ve kamu menfaatlerine aykırılık girmektedir.” Bkz. Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III*, 15. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2017), 2777-2778; Dayınlarlı, *Kamu Düzeni*, 92 vd; Bkz. İstanbul BAM 14. HD, E. 2019/2100, K. 2020/74, 30.01.2020, (Lexpera).

⁴⁰ Bkz. Ekşi, 152; “...özellikle Yabancı Mahkemelerin Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi 2/b fıkrasınca hakem kararının tanınma ve icrasının mezkur memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olmaması kuralı karşısında verginin kamu düzenini ilgilendiren bir sorun olması da gözetilerek. H.G.K.'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” YHGK, E. 2011/13-568, K. 2012/47, 08.02.2012, (Lexpera).

⁴¹ Bkz. YİBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, (RG, 20.09.2012, S. 28417).

O halde her bir somut olayda, kamu düzenine aykırılığın varlığının belirlenmesinde, hâkime geniş ölçüde takdir hakkı tanınmıştır. Hâkim kendisine tanınan bu takdir hakkını, önüne gelen olayın koşullarını ve özelliklerini gözetererek kullanacaktır⁴². Ayrıca kamu düzenine aykırılık, emredici kanun hükümlerine aykırılık anlamına da gelmez; kanunun emredici hükümleri genelde toplum yararı ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla konulmuş olsa da her emredici hükme aykırılık kamu düzenine aykırılık sonucunu doğurmaz⁴³. İşte bu noktada kanaatimizce ülkemizde hukuki dinlenme hakkının kapsamının doğru bir şekilde tespit edilmesi ile birlikte mahkeme ayrıca hukuki dinlenme hakkının ihlalini kamu düzeni ihlali olarak değerlendirebilecektir⁴⁴; bu durum ülkemizdeki tenfizle görevli mahkemelere yardımcı da olacaktır. Bununla birlikte ülkemizdeki kamu düzeninin kapsamı bakımından doktrinde hukuki dinlenme hakkının ihlalinin tenfize engel olmasıyla ilgili şu değerlendirmeler yapılmıştır:

Deynekli'ye⁴⁵ göre, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaması, tahkim anlaşmasında taraflardan birine üstünlük tanınması, sözleşme konusunun ahlaka aykırı olması, hakem kararının gerekçesiz olması durumunda hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilebilir.

Tanrıver'e⁴⁶ göre, hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurulmasından önce, yani başvuru hakkının doğumundan önceki evrede, karşılıklı bir biçimde feragat edilmesini öngören anlaşmalar geçerli değildir; böyle bir düzenlemenin işlerlik kazandığı yabancı hakem kararlarının tenfizi bağlamında, kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşılır; yani tenfiz talebi geri

⁴² Tanrıver, "Kamu Düzeninin Etkisi," 477; "Yargıtay uygulamalarında kamu düzeni konusunda bir takım temel ilkeler belirlenmekte ve bu ilkeler her bir somut olaya uygulanmaya çalışılmaktadır. Ancak kavramın muğlak yapısı, belirgin ve sabit bir olgu olmaması ve sınırlarının net şekilde çizilememesi uygulamada çeşitli anlayış farklılıkları ortaya çıkabilmektedir. Öte yanda gerek iptal gerekse tenfiz davaları yönünden tahkim yargılamasında kamu düzeni kavramının tarafların istismarına açık bir kavram olduğuna vurgu yapmak gerekir." Aslan, "Hukuki Dinlenme Hakkı," 35.

⁴³ Özbek, *Tahkim*, 2015.

⁴⁴ Bununla birlikte hukuki dinlenme hakkının kamu düzenine aykırı olarak nitelendirmeyen ülkeler bakımından ise Sözleşme m. V/1-b hükmüyle söz konusu hak güvence altına alınmıştır. Bu sebeple, hukuki dinlenme hakkının ihlalinin kamu düzenine aykırılıktan bağımsız olarak hükme konu yapılması yararlıdır. Bkz. Gül, *Tenfiz Engelleri*, 369.

⁴⁵ Deynekli, "Sorunlar," 121.

⁴⁶ Tanrıver, "Kamu Düzeninin Etkisi," 488.

çevrilir. Yazara göre, henüz doğmamış olan bir haktan feragat edilmesi, eşyanın tabiatı gereği mümkün olmamalı ve yabancı hakem kararının tenfizinin kamu düzeni bakımından reddini gerektirmelidir.

Özbek'e⁴⁷ göre, kural olarak hakem kararı üzerinde mahkemece denetim yapılması engellenemez; uygulanacak tahkim hukuku izin vermediği durumda, iptal davası açma hakkından önceden feragat edilmesi kamu düzeni kurallarına aykırı olduğundan geçersizdir. Buna göre hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından feragat edilmesini öngören sözleşmelerin geçerli olması için, tarafların tahkim yeri hukukunun öngördüğü koşullar yanında ilgili ülkenin yargı kararlarını da dikkate alması gerekir. Yazar, yabancı ülkelerde bu konuyla ilgili çeşitli düzenlemelerin olduğundan bahsetmiştir⁴⁸.

Uygulamada özellikle yabancı hakem yargılamalarında nihai kararın verilmesinden önce taraflarca sözleşme ile iptal davası açması hakkında (kanun yollarına başvuru hakkında) feragat edilebildiği görülmektedir⁴⁹. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15/5 göre, hakem kararı verilmeden önce tarafların tahkim sözleşmesi ile açıkça iptal davası açma haklarından tamamen veya kısmen feragat edebilecekleri düzenlenmiştir⁵⁰. 6100 sayılı HMK'nun tahkime ilişkin hükümlerinde ise böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. HMK'da tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmesine olanak tanıyan açık bir düzenleme olmadığından, yerel (milli) tahkimde hakem kararı taraflara bildirilmeden önce tarafların iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat etmesi mümkün olmamalıdır⁵¹. Buradan hareketle tahkim hükümlerinin yabancı veya yerli olmasına göre kanun yolundan feragat konusunda ayırımın yapılması gerekir⁵². Gerçekten de yabancı hakem yargılamalarında henüz hakemlerin nihai kararlarını vermelerinden önce

⁴⁷ Özbek, *Tahkim*, 2046; Mustafa Serdar Özbek, "Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası Açma Hakkından Feragat Edilmesi," içinde *Prof. Dr. Necmettin Berkin'e Armağan*, Editör: MİHBİR (İstanbul: Filiz, 2021), 801 vd.

⁴⁸ Çeşitli yabancı hukuk düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, *Tahkim*, 2047 vd; Özbek, "Feragat," 805 vd.

⁴⁹ Özbay, *Temyiz*, 295 vd.

⁵⁰ "İptal davası açma hakkından feragat imkanının öngörülmesinin sebepleri, ilgili devletin milletlerarası alanda tercih edilen bir tahkim merkezi olması ve milletlerarası tahkimin etkinliğinin artırılmasıdır. İptal davası açma hakkından feragat edilmesiyle hakem kararına karşı iptal davası açılmayacağından, hakem kararının başka ülkelerde tanınması ve tenfizinin geciktirilmesi önlenir." (Özbek, *Tahkim*, 2061).

⁵¹ Özbek, *Tahkim*, 2058.

⁵² Özbay, *Temyiz*, 299.

kanun yollarından feragatin olağan karşılandığı anlaşılmaktadır⁵³. Böyle bir durumda ise yabancı hakem kararının ilgili hukuk sistemine göre tarafların önceden kanun yoluna başvuru hakkından feragat etmeleri durumunda bu husus (New York Sözleşmesi anlamında) doğrudan bir tenfiz engeli olarak görülmemektedir⁵⁴. Aslında milletlerarası tahkim uygulamasının aksine, usul hukukunda temel olan genel geçer ilke (HMK m. 349; 366’da mahkemeler için hükme bağlandığı gibi) tasarruf yetkisi kapsamında kanun yoluna başvurudan feragatin geçerli olduğu; ancak bu yetkinin kullanılabilmesinin hakkın doğduğu tarihten sonra mümkün olabilmesidir⁵⁵.

B. Silahların Eşitliği İlkesi ile İlişkisi

Silahların eşitliği ilkesi⁵⁶, taraflarca iddialarının ileri sürülmesini, dinlettirilmesini ve kabul ettirilmek bakımından yargılamada eşit fırsat ve imkânlarla sahip olunmasını ve bu konuda taraflardan birinin diğerine karşı

⁵³ “Taraflara milletlerarası hakem kararlarına karşı kanun yollarından önce feragat etme olanağının tanınmaması, yabancılar tarafından dayanılmaz bir vesayet olarak algılanma tehlikesini de beraberinde getireceği belirtilmektedir. Bu nedenle, milletlerarası tahkimde feragat hususu, iç tahkimin aksine daha esnek uygulanmaktadır. Bunun bir nedeni, milletlerarası tahkimde, hakem kararının tanınması ve tenfizi olasılığında ek bir denetim mekanizması öngörülmesidir. Zira hakem kararının tanınması ve tenfizinin reddi nedenlerinin harekete geçirilmesi ile, feragat olsa bile, zaten bir denetim işlevi yerine getirilmiş olmaktadır. Ayrıca milletlerarası tahkimde, devamlı iş ilişkileri içinde bulunan firmalar, aralarındaki anlaşmazlığı büyütme istemeyebilirler. Bu nedenle bilgi donamına güvendikleri kişi veya kişileri hakem seçerek, hakemlerin vermiş oldukları karara razı olma konusunda daha başlangıçta anlaşmış olabilirler. İşte böyle bir düzenleme milletlerarası ticaretin gereklerine de uygun olmaktadır.” (Özbay, *Temyiz*, 299-300).

⁵⁴ Bkz. ayrıntılı bilgi için Özbek, *Tahkim*, 2046 vd.; Özbay, *Temyiz*, 289 vd.

⁵⁵ Bkz. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Bası (İstanbul: Filiz, 2022), 415-416; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 8. Bası (Ankara: Yetkin, 2022), 654; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, 11. Bası (Ankara: Yetkin, 2022), 600; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası (Ankara: Yetkin, 2022), 621-623.

⁵⁶ “Davacı ile davalının, iddia ve savunma hakkından eşit olarak yararlandırılmaları şarttır. Yargılama öğretisinde bu hususa ‘silahların eşitliği’ adı verilmektedir. Bu husus iddia ve savunma dengesi olarak da ifade olunabilir. Aslında bu durum, insanlığın ezelden beri bildiği ‘adalet terazisi’ nin gereğidir.” Yılmaz, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” 2.

üstün durumda olmasının önüne geçilmesi anlamına gelmektedir⁵⁷. Silahların eşitliği ilkesi, diğer bir ifadeyle taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi, tahkimde hangi usûl kuralları uygulanırsa uygulansın, yargılama usûlüne hâkim olması gereken bir ilkedir. Yani taraflarca seçilen usûl kuralları ne olursa olsun hakemler, taraflara eşit muamelede bulunmalı ve tarafların iddia-savunma hakkına dikkat etmelidirler⁵⁸. Zira, silahların eşitliği ilkesi, temel bir hak ve yargılama ilkesi olması sebebiyle, sadece tarafları değil, hukuki barış ve güvenlik bakımından toplumu da ilgilendirir; bu kapsamda silahların eşitliği ilkesinin de hukuki dinlenilme hakkı gibi kamusal bir karakteri vardır⁵⁹. Bu sebeple, temel usul kuralı niteliğinde olan ve kamu düzeniyle ilişkisi bulunan silahların eşitliği ilkesinin hakem yargılamasında da mutlaka dikkate alınması gerekir⁶⁰. HMK m. 423'te de tarafların, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip oldukları belirtilerek bu ilkeye işaret edilmiştir.

New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde bu ilkeye (taraflara eşit davranışta bulunma veya silahların eşitliği ilkesine) açıkça yer verilmemesine karşın, bu ilkenin New York Sözleşmesi'nin, özellikle madde V(1)(b)'nin bir parçası olduğu konusunda tereddüt edilmemelidir⁶¹. Silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak, yargılamayı yürüten tüm hakemlerin yargılama boyunca bağımsız olmaları ve tarafsız bir şekilde hareket etmeleri gerekmektedir⁶². O halde hakemlerce taraflardan birinin iddiasının dikkate alınmaması hukuki dinlenilme hakkının ihlali kadar taraflara eşit davranışta bulunma ilkesinin, yani silahların eşitliği ilkesinin de ihlali anlamına da gelir⁶³. Böyle bir durumda da silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmesi yabancı hakem kararının tenfizine engel olabilmelidir⁶⁴. Karşılaştırmalı hukukta da sıklıkla karşılaşılan hukuki dinlenilme hakkı ihlali olarak, ilgili tarafça ileri sürülen bir delile veya iddiaya diğer tarafça cevap verilmesi ve buna karşı değerlendirme yapılabilmesi için yeterli imkânın tanınmamasıdır⁶⁵.

⁵⁷ Emel Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği* (Ankara: Yetkin, 2016), 43.

⁵⁸ Güvenalp, *İhlal*, 118.

⁵⁹ Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, 220-221; Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 202.

⁶⁰ Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 202.

⁶¹ Bkz. Güvenalp, *İhlal*, 114.

⁶² Güvenalp, *İhlal*, 119.

⁶³ Güvenalp, *İhlal*, 112.

⁶⁴ Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 209-210.

⁶⁵ Demirkol, "Hukuki Dinlenilme Hakkı," 193.

Tenfiz talebine konu olan bir Yargıtay Kararı'nda, hakem heyetince hükme esas alınan bir uzman (veya bilirkişi) raporundan, raporu hazırlayanların isimlerinin çıkartılarak, raporun sadece davalıların avukatlarınca incelemesine izin verilmesinin somut delilleriyle kanıtlanması durumunda, bunun tenfize engel olacağı belirtilmiştir. Bu noktada böyle bir hususun gerçekleşmesi durumunda açıkça silahların eşitliği ilkesine uyulmadığından ilgili tarafın hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olacaktır⁶⁶.

C. Somutlaştırma Yükü ile İlişkisi

Somutlaştırma yükü, genel olarak tarafların vakıa iddialarını ve savunma sebeplerini ispata ve delil gösterme faaliyetine temel alınabilecek bir şekilde yargılamada tek tek açıklamasıdır⁶⁷. Bu yük, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 119,1-e-f ve 194'te açıkça hükme bağlanmıştır. Tahkim yargılamasında da somutlaştırma yükünün uygulanması gerekir⁶⁸. Ayrıca hukuki dinlenilme hakkının, iddia ve savunma yükünün bir parçası olan somutlaştırma yükü ile de birlikte değerlendirilmesi gerekir. Zira davanın taraflarının hak arama özgürlüklerini ve savunma haklarını gerçek anlamda etkin kullanabilmeleri, uyumsuzluk ile ilgili bütün bilgi ve belgeler konusunda kanaat (bilgi) sahibi olabilmesine bağlıdır. Dolayısıyla, davanın sebebini oluşturan vakıalar (veya iddialar) hakkında taraflara yeterli bir bilgi verilmesi zorunludur; aksi takdirde tarafların birbirine cevap vermesi, etkin bir savunma yapması, karşı iddiada

⁶⁶ "...Öte yandan, davalı yan tahkim heyetince hükme esas alınan "Mart 2010 Raporu" adı verilen rapordan raporu hazırlayan kişilerin isimlerinin, ... A.Ş'nin değeri ile ilgili olmayan kısımların çıkartılmasına, raporun sadece davalıların avukatlarının ve uzmanlarının incelemesine izin verilmesine, davalı ...'ün ve ... Şirketi yetkililerinin raporu görmelerinin yasaklanmasına karar verildiğini belirterek, tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini savunmuş ise de, tahkim yargılamasında hakemlerin uyguladıkları bu yönetimin, yargılamada benimsenmesi ve uygulanması gereken usul kurallarına aykırı olduğuna dair somut deliller ibraz edilmemiştir. Bu durumda,2012 ve2013 tarihli yabancı hakem kararlarının kamu düzenine ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğu gerekçesi ile davanın reddi doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir." Y. 11. HD, E. 2016/14160, K. 2018/7501, 29.11.2018, (Lexpera).

⁶⁷ Levent Börü, *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü* (Ankara: Yetkin, 2016), 185; Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 3 vd.

⁶⁸ "Yargılamada taraf vekillerine düşen en önemli görevlerden biri davaya ilişkin vakıaları tam anlamıyla ortaya çıkarmak bu vakıalara dayanıp hak iddia edilecekse veya savunma yapılacaksa vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini tespit edip delillere ulaşmalıdır." Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul*, 2706.

bulunması, ispat faaliyetine girişmesi veya delil göstermesi mümkün olmaz. Bu kapsamda, yargılamada iddia konusu ile dava konusunun belirlenebilmesi, hukuki dinlenilme hakkının kullanılabilmesi için çok önemlidir. Zira belirsiz, tam anlaşılmayan, somutlaştırılmamış bir dava sebebi ve dava konusu hakkında, karşı tarafın bilgi sahibi olabilmesi ve buna karşı savunma yapabilmesi mümkün değildir; bir iddianın ancak yeterli bir ölçüde somutlaştırılabilmesinden sonra karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmiş olacaktır⁶⁹.

Hakem mahkemesi, yine somutlaştırma yükü ile bağlantılı olarak delilleri incelemekten kaçınmaz; aksi takdirde hakem mahkemesi herhangi bir delili incelemeksizin söz konusu delilin uyumsuzlukla bağlantılı olup olmadığı ya da dürüstlük kuralına aykırı şekilde gösterilip gösterilmediği konusunda kanaat edinemez⁷⁰. Taraflarca sunulan bir delilin reddedilmesi, söz konusu delilin yargılamanın sonucunu etkileyebilecek nitelikte olması ya da tarafın hukukî dinlenilme hakkından mahrum kalması sonucunu doğurması durumu, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan açıklama (savunma) hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir⁷¹.

Tenfiz talebi ile ilgili Yargıtay kararına⁷² konu olan bir olayda, davacı tarafından hakem heyetine dava konusu ile ilgili bazı teknik uzman görüşleri

⁶⁹ Börü, *Somutlaştırma Yükü*, 94 vd.

⁷⁰ Gül, *Tenfiz Engelleri*, 60; Özbek, *Tahkim*, 2008 vd.

⁷¹ Gül, *Tenfiz Engelleri*, 64.

⁷² “Her ne kadar hukuk dünyasında “ticari sırların korunması” meşru bir hak ise de, bu hakkın arkasına sığınarak ve dolanılarak, bir yargılamada karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkına zarar verilmemelidir. Yargılamaya konu bir delil karşı taraftan ticari sır olarak gizlenecek ise bunun makul gerekçeleri olmalı ve bu husus tutarlı ve hukuka uyarlı bir şekilde izah edilmeli, sırların korunması gerektiğinde ise orantılılık ilkesi aşılmamalı ve çelişkiye düşülmemelidir..... Somut olayda, taraflarca kararlaştırılan ve Hakem Heyeti tarafından da onaylanan yargılamada uyulacak usul kuralları uyarınca, tarafların belirli bir takvim içerisinde, taraflara davacının uğradığı zarar miktarına ilişkin taraf bilirkişi raporlarını ve delillerinin bir suretini eş zamanlı olarak Hakem Heyetine ve bir suretini de karşı tarafa sunmaları, yine eş zamanlı olarak taraflardan her birinin diğer tarafın iddiasına konu delillerini ve yargılama sırasında aldıkları bilirkişi raporlarını inceleme ve cevap sunma, rapor sunan bilirkişileri çapraz sorguya alma hakları tanınmıştır. Nitekim her iki taraf da, zararın miktarına ilişkin kendilerince yargılama sırasında aldıkları bilirkişi raporlarını bir bütün halinde dosyaya sunmuşlar, bu raporların hiçbir kısmı karşı taraftan gizlenmemiştir. Öte yandan, davacı taraf, kendi iddiasını güçlendirmek için, Belpport SARL şirketinin mali yapısı ve değeri yönünden kendilerince davadan çok önce alınan 2008, 2009 ve 2010 yıllarına ilişkin inceleme raporlarına da delil olarak dayanmış, ancak uyumsuzluk

sunulmasına rağmen söz konusu bu uzman görüşleri, davalı tarafla ticari sırların güvenliği sebebiyle paylaşılmamıştır. Hakem heyeti davacı tarafın uzman görüşlerine de dayanarak davalı aleyhine karar vermiştir. Hatta hakem

çözüm takvimine göre diğer delillerle birlikte bu raporların da bir suretini hakem heyetine, bir suretini de davalı tarafa gönderme yükümünde olmasına rağmen göndermemesi üzerine, davalı tarafın bu raporların kendilerinde gönderilmediğini ileri sürerek bir suretin kendilerine gönderilmesini talep etmesine rağmen, davacı tarafın göndermeyi reddetmesi üzerine bu defa davalı tarafça Hakem Heyetine başvurulmuştur. Hakem Heyeti tarafından usul kararıyla bu raporların sunulması ve bir suretinin davalı tarafa gönderilmesine karar verilmiş ancak davacı tarafça bu yine reddedilmiştir. Davalı tarafça yeniden talepte bulunulmuş, davacı tarafça bu defa ticari sırların gizliliği gerekçesiyle tekrar reddedilmiştir. Davalı tarafın bu defa yeniden talebi üzerine Hakem Heyeti, 2009 ve 2010 yıllarına ait davacı tarafın inceleme raporlarının sadece şirketin değerlemesine ilişkin ilgili fasıllarının sunulmasını emretmiş, isterse rapor sunanların isimlerinin ve değerlendirme ilgili olmayan kısımlarının değiştirilerek sunulabileceği ve raporların davalı asiller tarafından değil, ancak davalıların avukatı ve değerlendirme uzmanlarınca incelenebileceğine karar vermiştir. Bu defa davacı taraf, 2009 ve 2010 yılı raporlarından kendilerince uygun gördükleri kısımlara ilişkin bilgileri çıkartarak dosyaya sunmaları üzerine, davalıların avukatları ve değerlendirme uzmanları, ancak kendilerine gösterilen kısmı itibarıyla bu raporları inceleyebilmiş, ancak bu defa da davalıların kendi uzmanlarının hazırladığı raporun taslağını davalı asillerle paylaşması ve birlikte değerlendirme yapmaları yasaklanmıştır. Hakem Heyeti kararında, çok büyük ölçüde davacı tarafça hazırlatılan raporlardan Mart 2010 tarihli raporu esas alarak davacı tarafın uğradığı zararı belirlemiştir. Tenfiz davalarında tenfiz mahkemesi kararın içeriğini ve hakemlerin takdir haklarını denetleyememekle birlikte New York Sözleşmesi 5.maddesi kapsamında, somut dosya özelinde, tahkim yargılaması sırasında tarafların savunma haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığı, hakem mahkemesince alınan kararın Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığını serbestçe değerlendirebilecektir. Hakem heyetince, büyük ölçüde hükme esas alınan Mart 2010 tarihli raporun incelenmesi konusunda, taraflarca üzerinde anlaşılan yargılama usul kurallarına da aykırı olacak şekilde, inceleme raporunu hazırlayan kişilerin isimleri, liman değerinin hesaplanmasında esas alınan finansal model ve metotla ilgili kısmı ile bu raporun alınma amacının olduğu bölümün gizlenmesi suretiyle eksik şekilde dosyaya sunulmasına izin verilmesi, böyle bir raporun mevcudiyetinden ve değiştirilmiş olabileceğinden kuşku duyan davalı taraftan raporun aslının ve kopyasının gizlenmesi, hatta hükme esas raporun görülen kısmı itibarıyla davalı tarafın değerlendirme uzmanınca hazırlanan taslak raporun dahi davalılarca görülmesine izin verilmemesi, bu raporları hazırlayan kişilerin davalılarca çapraz sorguya çekilmelerinin engellenmesi, tüm bu gizliliğin hiçbir makul ve hukuki temele dayalı olmaması hakem heyetinin tarafsızlığı konusunda kuşkuya düşürülmesinin, tahkim yargılaması sırasında davalı tarafın delillere erişimi ve kendilerini savunma haklarının ağır şekilde ihlal edildiği kanaatine varılmıştır. Savunma hakkının kısıtlanması ve bu suretle adil yargılanma hakkının ihlali, ayrıca Türk kamu düzenine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.” Y. 11. HD, E. 2019/2417, K. 2021/1051, 10.02.2021, (Lexpera).

kararında hakeme yetki vermesine rağmen söz konusu uzman raporlarının ilgili bölümleri sadece davalının avukatına gösterilmiş ve davalı müvekkile gösterilmemiştir. Yargıtay bu olayda özellikle davacının somutlaştırma yükünü yerine getiremediği ve bu şekilde davalının hukuki dinlenilme hakkının açıkça ihlal edildiğini kararında vurgulamıştır. Yine kararda davacının yargılamaya konu bir delili, karşı taraftan ticari bir sır olarak gizlenecek ise bunun makul gerekçelerinin olması ve bu durumun tutarlı, hukuka uyarlı bir şekilde açıkça somutlaştırılması, sırların korunması gerektiğinde ise orantılılık ilkesinin aşılmaması gerektiği belirtilmiştir.

Kanaatimizce de Yargıtay'ın bu kararı son derece yerindedir. Söz konusu kararda somutlaştırma yükü ile hukuki dinlenilme hakkı arasındaki ilişki ticari sırların gizlenmesi olayıyla ortaya çıkmıştır. Özellikle davacı tarafından alınan uzman görüşünün hakem kuruluna sunulması ve davalıya bu raporun gösterilmemesi, savunma hakkını önemli ölçüde sınırlamıştır. Davalının savunma hakkının sınırlandığı böyle bir durumda davacının, mutlaka ticari sır olarak ortaya çıkacak bilgilerinin, uzman görüşünün davalı ile paylaşılması durumunda nasıl ve ne şekilde zarara uğrayacağını somutlaştırması gerekir. Somutlaştırma yükü, davanın tarafları arasında bilgi paylaşımının dengelenmesinde önemli bir rol oynar. Buna göre, somutlaştırma yükünün kapsamının daraltılması veya genişletilmesi yolu ile tarafların sahip olduğu bilgi ve belgelerin yargılamada açıklanması sağlanarak taraflar arasında bilgi paylaşımı dengelenir. Ancak bunun sağlanabilmesi için hakkaniyete uygun olarak somutlaştırma yükünün kapsamının, yani somutlaştırma yükünün ne zaman yerine getirilmiş sayılacağı konusunda somutlaştırma ölçüsünün belirlenmesi gerekir⁷³. Bazı durumlarda, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi tarafların sahip olduğu sırların açığa çıkmasına neden olabilir; başka bir deyişle kötü niyetli taraf salt dava açarak karşı tarafın sahip olduğu ticari sırları, bilgi ve belgeleri elde etmeye çalışabilir. Böyle bir durumda ise iddiayı somutlaştırma yükünün kapsamının düşürülmesi yerinde olmaz; aksine iddiayı somutlaştırma yükünün gerektiği gibi yerine getirilip getirilmediğinin hakem tarafından yerindelğine dikkat edilmesi gerekir. Somut olay da dâhil olmak üzere bu tür durumlarda somutlaştırma yükünün kapsamının ölçüsünün ayarlanması, ancak taraflar arasında bilgi, menfaat paylaşımının dengelenebilmesi ile mümkündür⁷⁴.

⁷³ Börü, *Somitlaştırma Yükü*, 202.

⁷⁴ Bkz. Börü, *Somitlaştırma Yükü*, 203; Yardımcı, *Somitlaştırma Yükü*, 274.

D. Gerekçe ve Sürpriz Karar Verme Yasağı ile İlişkisi

Hakem kararlarında delillerin yerinde değerlendirilip değerlendirilmediği veya hukuki dinlenme hakkının sağlanıp sağlanmadığı hakem kararlarının gerekçesinden tespit edilebilir. Kararın gerekçeli olması HMK m. 27,2/c'de de açıkça belirtildiği üzere hukuki dinlenme hakkının dikkate alınma ve değerlendirme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır⁷⁵. Bu değerlendirmenin de, kararların gerekçesinde yapılması gerekir; eksik, şekli ve görünüşte gerekçe yazılması kural olarak bu hakkın ihlaline sebep olacaktır⁷⁶. Yargı organlarının, delilleriyle birlikte davacının iddialarını ve davalının savunmalarını değerlendirip hangi maddi ve hukuki sebeplerle karar verdiklerini gerekçelerinde belirtmeleri Anayasal bir zorunluluktur⁷⁷. Anayasa m. 141/3'de de “*bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılacağı*” şeklinde vurgulanmıştır. Yine HMK m. 436,1-c'de “*kararın, dayandığı hukuki sebepler ve gerekçesi*” ile hakem kararının gerekçeli olmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Her şeyden önce gerekçe, taraflarca ileri sürülen vakıalar ile mahkeme hükmü arasında bir köprü işlevi oluşturur⁷⁸. Gerekçesiz kararın doğru ve yerinde olması mümkündür; fakat gerekçe olmadan, kararın yerindeliği ve doğruluğu hakkında bir sonuca varmak mümkün değildir⁷⁹. Hakem kararlarının gerekçeli olması gerektiğine ilişkin kuralın, milletlerarası ticari hakem kararları bakımından uygulanıp uygulanmayacağı önemli bir sorundur⁸⁰.

Tanrıver'e⁸¹ göre, hakem kararlarının gerekçesiz olması da bazı durumlarda yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi bakımından kamu düzeni engellemesiyle karşılaşabilir.

⁷⁵ Özkes, *Hukuki Dinlenme*, 166 vd.

⁷⁶ “*Gerekçe doyurucu olmalı, kararın neden, nasıl, hangi hukuki gerekçeyle ve hangi deliller değerlendirilmek suretiyle verildiği hususlarını içermelidir. Ayrıca, kararda maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiği, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuki düzenlemelere dayandırıldığı ortaya konulmalı, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantı açıklanmalıdır. Aksi halde, kararın gerekçeli olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu şekilde gerekçeli karar yazılması yeterli olmadığından, bu türden kararların, doktrinde zahiri gerekçeli karar (görünürde gerekçeli karar) olarak adlandırıldığı unutulmamalıdır.*” Y. 15. HD, E. 2014/3986, K. 2015/1430, 20.03.2015, (Lexpera).

⁷⁷ “HMK m. 27 Gerekçesi,” TBMM, <https://www5.tbmm.gov.tr/>.

⁷⁸ Yılmaz, “Hukuki Dinlenme Hakkı,” 15.

⁷⁹ Özbay, *Temyiz*, 299.

⁸⁰ İbrahim Özbay, “Hakem Kararlarında Gerekçe,” *BATİDER XXI*, S. 2 (2001): 316.

⁸¹ Tanrıver, “Kamu Düzeninin Etkisi,” 487.

Özbay'a⁸² göre, hakem kararlarının gerekçesinin aranmasının gerekip gerekmediği hususunda milli ve milletlerarası hakem kararı olarak ayırımın yapılması gerekir; zira yabancı hakem kararının tenfizi koşullarının oluşup oluşmadığı, sadece tenfiz koşullarının var olup olmadığı açısından incelenebileceğinden, hakem mahkemesince esasa ilişkin bir inceleme yapılamaz. New York Sözleşmesi'nde de açıkça hakem kararlarının gerekçesi olması gerektiğine ilişkin bir hüküm olmasa da, tenfiz engelleri açısından kamu düzeni veya hakemlerin yetki aşımı gibi somut durumlarla birlikte hakem kararlarının gerekçeli olması hususunun değerlendirilmesi sonucunda yabancı hakem kararının tenfizine engel olunabilir.

Yargıtay'ın 10.02.2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında⁸³ ise, hakem kararının salt gerekçesiz olmasının yalnız başına tenfiz engeli olmayacağı ve bu hususun milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmayacağı ifade edilmiştir. Yargıtay, Tenfiz mahkemesinin yabancı mahkeme ilamının maddi hukuk bakımından doğruluğunu inceleme ve değerlendirme yetkisinin olmadığını; bu yasak çerçevesinde, tenfiz hâkiminin ilamda mevcut olan bir gerekçeyi inceleyip değerlendirmesinin de söz konusu olamayacağını; bu sebeple ilamda bir gerekçenin bulunup veya bulunmamasının ilamda yer alan hükmün kamu düzenine aykırılığını belirlemede önem taşımadığını ve kamu düzenine ilişkin olmadığını; aksinin kabulünün yeniden yargılama yapmak sonucunu doğuracağını ve yabancı ilamı oluşturan mahkemenin de denetim ve inceleme organı haline gelmek gibi istenilmeyen bir durum ortaya çıkacağını belirtmiştir.

New York Sözleşmesi'nde hakem kararlarının gerekçeli olması zorunluluğuna açıkça yer verilmemekle birlikte, Sözleşme'nin hazırlık notlarında da, imzacı devletlerin temsilcilerinin bu konuyu tartışmaya dahi açmadıkları görülmektedir⁸⁴. Bütün bu açıklamalardan hareketle yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tenfizi istendiğinde, salt hakem kararının şekli anlamda gerekçesiz olmasından ötürü hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği iddia edilemeyecektir⁸⁵.

⁸² Özbay, "Gerekçe," 316 vd.

⁸³ Bkz. YİBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, (RG, 20.09.2012, S. 28417).

⁸⁴ Özbeke, *Tahkim*, 1658.

⁸⁵ Gül, "Hukuki Dinlenilme," 393.

Görüşüne katıldığımız Ekşi'ye⁸⁶ göre ise, Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında yer alan “*hükümün gerekçesiz oluşundan dolayı kamu düzeni kavramından hareket ederek...tenfizi mümkün olmayacaktır demek çok ağır bir neticeyi yaratmak olacaktır*” ifadesinden sanki yabancı mahkeme kararının gerekçesiz olmasının tek başına kamu düzenine aykırı duruma getirmeyeceği sonucuna varılmış gözükmeyle birlikte İçtihadı Birleştirme Kararı, yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkindir. Ancak söz konusu karardan gerekçesiz hakem kararları özelinde kesin bir sonuca varılması mümkün değildir. Dolayısıyla diğer tenfize ilişkin ret sebepleri ile birlikte hakem kararının gerekçesiz olması durumu değerlendirilebilmelidir.

O halde hakem kararlarının salt şekli olarak gerekçesinin olmaması doğrudan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre bir tenfiz engeli sayılmamakla birlikte, Sözleşmede belirtilen kamu düzeni gibi diğer tenfiz engelleriyle birlikte değerlendirilmesine engel değildir. Bu sebeple, tenfiz engeli olarak hukuki dinlenilme hakkının unsurlarının bazılarının açıkça ihlal edilmesi durumunda yabancı hakem kararının tenfizi mümkün olmayabilir⁸⁷. Örneğin, hakem kararlarının gerekçesi, hukuki dinlenilme hakkının unsuru olan dikkate alınma ve değerlendirme ile ilişkili olduğu kadar sürpriz karar verme yasağı ile de bağlantılıdır.

Sürpriz karar verme yasağı denildiğinde genel olarak yargılamanın adil ve hakkaniyete uygun şekilde yürütülmesi durumunda tarafların öngöremeyecekleri bir kararla karşılaşmamaları anlaşılmaktadır⁸⁸.

Sürpriz karar verme yasağı hem açıklama hakkı hem de dikkate alınma hakkı bakımından önemlidir. Taraflarca iddia edilmeyen veya yargılamada tartışılmayan bir hukukî sebebin hakem kararına dayanak yapılmak istenmesi durumunda, taraflara bu yeni hukukî sebep hakkında açıklamada bulunma imkânının tanınması gerekir⁸⁹. Nitekim yargılamanın tarafları, davanın ve kararın hukukî sebeplerini sürpriz şekilde ilk kez söz konusu kararla

⁸⁶ Bkz. Ekşi, “Kamu Düzeni,” 180.

⁸⁷ Ekşi, “Kamu Düzeni,” 180.

⁸⁸ Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, 185; “Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum, sürpriz karar yasağı olarak ifade edilmektedir. Yargı organları özellikle yerleşik içtihatların dışında yeni bir karar verebilirler. Ancak bu konuda gerekçelerini tam ortaya koymalı ve tarafların açıklamalarını da değerlendirmelidirler. Maddede yapılan düzenlemeyle, en temel yargısal hak olarak kabul edilen ve uluslararası sözleşmelerle anayasalarda yerini bulan hukuki dinlenilme hakkı, tüm unsurlarıyla ortaya konulmuştur.” TBMM, “HMK m. 27 Gerekçe.”

⁸⁹ Gül, “Hukuki Dinlenilme,” 394.

öğrenmek zorunda olmamalıdır⁹⁰. Hakem mahkemesinin yalnızca bir tarafın aleyhine olacak şekilde değerlendirme yapması, tarafın savunma olarak iddia ettiği hukukî sebepleri onun aleyhine kullanması, hukukî değerlendirmede bulunurken lehe olan durumlara dikkat etmemesi, tartışılan hukukî sorunlardan hangi sonuçlara yönelmek istediği konusunda tarafların dikkatini çekmemesi, tarafların ancak kararda görüp öğrenecekleri bir hukukî sebebi uyuşmazlığa uygulaması gibi durumlar sürpriz karar kapsamında değerlendirilerek hukukî dinlenilme hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir⁹¹.

Sürpriz karar verme yasağı ile hakemlerin yargılamada keyfi davranmalarının da önüne geçilir. Zira hakem kararında keyfilik hakem kararının tenfizine engel olacaktır; kendi içinde çelişkili ve tutarsız olan hakem kararı, hakemlerin keyfi davrandığına emare teşkil edebilir⁹².

Sürpriz karardan bahsedilebilmesi için yargılamanın o âna kadarki seyrine göre haklı olarak öngörülemeyecek bir kararla karşılaşmış olması gerekmektedir. Bu bakımdan, hakemlerin mutlaka kötü niyetli bir davranışı olması gerekmez. Kararın sürpriz olma niteliği yanlış veya hatalı yargılama sonucunda yapılan işlemlerden de kaynaklanabilir⁹³.

İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi'ne yansıyan bir Kararda, hakemlerce belgelerin bazı bölümleri gözden kaçırılmışsa, bazı olgular gerçekte olduğundan farklı bir şekilde değerlendirilmişse veya belgelerde gerçekte o konu hakkında bilgi söz konusu olmamasına rağmen, bir yanlışlıkla maddi vakıa esas alınarak bir belge oluşturulmuşsa, hakem mahkemesinde tespit edilen bu maddi vakıanın oluşumunun açıkça sözleşmeye aykırı olduğu; sözleşmeye aykırılık ile delillerin değerlendirilmesinin birbirinden ayrı tutulması gerektiği; böyle bir durumun sürpriz karara veya hakemlerin keyfi davrandığına işaret edebileceği, bu hususun da hakem kararının gerekçesinden anlaşılabilmesi ve hukuki dinlenilme hakkına aykırı olacağı belirtilmiştir⁹⁴.

⁹⁰ Özkes, *Hukuki Dinlenilme*, 188.

⁹¹ Gül, *Tenfiz Engelleri*, 75.

⁹² Tanrıver, "Kamu Düzeninin Etkisi," 481; Ekşi, "Kamu Düzeni," 161.

⁹³ Pekcanitez, "Hukuki Dinlenilme," 552-553.

⁹⁴ "Şikayette bulunan taraf, ilk olarak şikayet sebebini 'keyfilik', 'hakların açıkça ihlali (özellikle ZGB madde 8)' olarak göstermektedir; bunun yanında 'silahların eşitliği' ilkesine ve 'hukuki dinlenilme hakkı'na özellikle 'sürpriz karar verme yasağına' aykırı karar verildiğini belirtmektedir. Tahkimde de tarafların eşitliği, hukuki dinlenilme hakkının tanınması ve tasarruf ilkesi gibi ilkeler kural olarak geçerlidir. Hakem

Tenfiz talebi ile ilk derece mahkemesinde görülen bir davada ise⁹⁵, hakemlerin tahkim yargılamasında sözleşme hükümlerinden önce iyiniyet ilkesine göre karar verdikleri belirtilmektedir. Taraflar hakemi hakkaniyet çerçevesinde karar vermesi noktasında yetkilendirmedikçe, kural olarak hakem mahkemesinin mevcut hukuk kurallarına ve sözleşmeye göre karar

*kararının keyfi bir şekilde verildiği yönünde iddiası ile, hakem kararına karşı yukarıda da belirtildiği üzere şikayet kanun yoluna başvurulabilir; zira, şikayette bulunan taraf, maddi vakıaların açıkça sözleşmeye aykırı bir şekilde tespit edildiğini, hakkının ihlal edildiğini ve hakkaniyete aykırı karar verildiğini iddia etmektedir (ZPO madde 393). Eğer bir hata sonucunda belgelerde veya sözleşmede bir çelişki olduğu görülürse, örneğin belgelerin bazı bölümlerinin gözden kaçırılması veya bazı olgular gerçekte olduğundan farklı bir şekilde ele alınması veya belgelerde gerçekte o konu hakkında bilgi söz konusu olmamasına rağmen, bir yanlış bilgi ile maddi vakıa esas alınarak bir belge oluşturulmuşsa, hakem mahkemesinde tespit edilen bu maddi vakıanın oluşumu açıkça sözleşmeye aykırıdır. Sözleşmeye aykırılık, delillerin değerlendirilmesinde doğru olmayan maddi vakılardan bir sonuca ulaşabildiği anda, sözleşmeye aykırılıktan söz etmek gerekir; yoksa delillerin değerlendirilmesinin sonucu ve bunun içinde ele alınan değerlendirmeler keyfi davranma gerekçesiyle şikayetin konusunu teşkil etmez; bilakis böyle bir durumda belgeler ile sadece tartışmasız aksi ispat edilebilen maddi vakıalar tespit edilir. Kanunda, hakkın açıkça ihlali ile ise, salt maddi hukuktan doğan hakka aykırı davranılması ima edilmiştir, yoksa salt anayasal haklardan birisinin ihlali değil (BGE 112 Ia 350 E 2) Açıkça hakkaniyete aykırılık ise, ancak hakem mahkemesinin hakkaniyete uygun olarak karar vermeye yetkili olması halinde veya bir kuralı açıkça hakkaniyete aykırı olarak uygulaması halinde söz konusu olur (BGE 107 Ib 63). Eğer bir hakem kararında “silahların eşitliği ilkesi” veya “hukuki dinlenilme hakkı” ihlal edilmişse, o hakem kararı daha sonra iptal edilebilir.” Bkz. İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin 01.09.2011 tarihli 4A_374/2011 Sayılı Kararın Çevirisi için bkz. Levent Börü, “İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi’nin 01.09.2011 Tarihli Kararı,” *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1 (2012): 223-227.*

⁹⁵ “..tahkim yargılamasında adil yargılanma ve savunma hakkının ihlal edildiğini, hakem kararından sözleşme hükümleri yerine iyi niyet ilkesinin esas alındığını, İsviçre Federal Mahkemesinin tahkim yanlısı olması ve hakem kararını geçerli kabul etmesi dikkate alınarak iptal davası açılmadığını, delilleri değerlendirmeden sözleşme hükümleri göz ardı edilerek verilerek verilen hakem kararının kamu düzenine aykırılığı tespit edilerek , tenfiz talebinin bu sebeple reddi gerekir.....Yabancı hakem kararına karşı İsviçre Mahkemelerinde iptal davası açma hakkı varken bu hakkın kullanılmadığı, davalının iddialarının esasa ilişkin olduğu, tenfiz davasında yerindelik denetimi yapılamayacağı, tenfiz mahkemesine bu yetkinin tanınmadığı, açılan davada tanıma ve tenfiz koşullarının oluştuğu kanaatine varılarak davanın kabulüne karar verildiği....New York Sözleşmesi uyarınca tanıma ve tenfizine oy çokluğu ile karar verildiği... ”Ankara 6. ATM, E. 2020/481, K. 2020/794, 30.12.2020, (Yayımlanmamıştır).

vermesi gerekir. Tahkim yargılamasında taraflarca böyle bir yetki verilmediği halde, hakem heyetince sözleşme hükümleri dikkate alınmadan, iyiniyet esasına göre karar verilmesi yerinde olmaz. Hakemlerce sözleşme hükümleri yerine iyiniyet ilkesi dikkate alınarak karar verilmesi, aleyhine karar verilen taraf için “*sürpriz bir karar*” niteliğini taşımaktadır. Bu durum ise “*Sürpriz Karar Verme Yasağı*”nın ihlali anlamına gelecektir.

Kanaatimizce hakem kurulunun kararında sözleşme hükümlerinden önce iyiniyet ilkesinin uygulanması gerektiğine ilişkin ifadeleri, hakem heyetinin yetki aşımı suretiyle karar verdiği anlamına da gelir. Bu durum ayrıca New York Sözleşmesi m. V/1-c uyarınca da bir tenfiz engelidir. Buna göre hakemlerin iyiniyetle, yetki aşımı sebebiyle karar vermeleri sürpriz karar verme yasağının da ihlali anlamına gelebilmektedir. Tenfiz talebine konu olan olayımızda da tarafların sözleşme ile iradelerinin hangi yönde açıkladıkları belli olmasına rağmen, hakemlerin sözleşme hükümleri yerine davalının iyiniyetli hareket etmediğini belirtmesi hakemlerin yetki aşımını ortaya koymaktadır. Zira taraflar kendi aralarında yapmış oldukları sözleşme ile iradelerini açıkça uyuşmazlığın çıkmasından önce ortaya koymuşlardır ve böylece hakemlerce uyulması gereken hukuk kurallarını açıkça belirlemişlerdir. Taraflarca ortaya konulmuş sözleşme hükümleri olmasına rağmen, hakem heyetinin sözleşme kurallarını bir tarafa bırakıp iyiniyet ilkesinden yola çıkarak yargılamayı bu yönde karar bağlamasını, açıkça yetki aşımı olarak nitelendirmek gerekir. Bu sebeplerden ötürü ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesi bu açılardan yerinde olmamıştır.

Hakemler, sadece tarafların tahkim anlaşması yaptığı konuda yetkili olup, hakemlik görevlerini tarafların tahkim anlaşmasında belirledikleri usulde ve sınırlar içerisinde yerine getirmek durumundadırlar; aksine hareket etmeleri hakemlerin yetkilerini aşmaları anlamına gelecektir⁹⁶. Hakemlerin yetkilerini aşmaları kavramı altında, sözleşmede yetkilendirildikleri sınırları aşarak karar vermiş olmalarını da anlamak gerekir; tarafların ortak iradesi ile kararlaştırdıkları ve hakemlere bu çerçevede görev ve yetki verdikleri sözleşmedeki bir hükmün hakemlerce görmezlikten gelinmesi, hakemlerin yetkilerini aşmaları anlamına gelecektir⁹⁷. Nitekim Yargıtay'ın 28.1.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında da bu durum vurgulanmıştır: “*Hakem sözleşmesinin tarafları, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflar arasındaki*

⁹⁶ Akıncı, *Tahkim*, 508.

⁹⁷ Akıncı, *Tahkim*, 508; Erol Ertekin ve İzzet Karataş, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması* (Ankara: Yetkin, 1997), 289.

uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar uyarınca karar vermelidirler...Hakemler yetkili kılındıkları hususlarda karar vermelidirler. Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için maddi hukuk kuralları koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla, hakemlerin karar verme yetkilerini sınırlamış olmaktadır. Bunun olağan sonucu olarak hakemlerin maddi hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle karar vermeleri halini yetkilerini aşılması saymak gerekir. Yargıtay'ın bu hali denetlemesi, aynı zamanda taraflar arasındaki hakem sözleşmesinin yerine getirilmesi gerektiği amacına da uygundur”⁹⁸.

SONUÇ

New York Sözleşmesi'ne göre yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi engeli olarak hukuki dinlenilme hakkının ihlali makalemizin konusudur. Söz konusu incelememiz özellikle Türkiye'deki yargı kararları kapsamında yapılmıştır.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda Türkiye'de geçerli olan iki düzenleme vardır: Bunlardan ilki 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'dur. Diğeri ise Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi'dir. 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi (New York Konvansiyonu) hükümleri Anayasa m. 90 çerçevesinde bir kanunla onaylanarak Türk iç hukukunun bir parçası durumuna getirilmiştir. New York Sözleşmesi hükümleri MÖHUK'a göre özel hüküm niteliğini kazandığı için, artık bu hükümlerin önceliği bulunmaktadır. Dünya genelinde ticari tahkim mevzuatında en fazla kabul gören uluslararası sözleşme New York Sözleşmesi olduğu için bu sözleşmenin uygulama alanının kapsamı da oldukça geniştir. New York Sözleşmesi m.1'e göre sözleşme, tenfizi istenen devletten başka devlette verilmiş hakem kararlarını kapsamaktadır.

“Hukuki dinlenilme hakkı” kavramı, bazı hukuk dallarında “iddia ve savunma hakkı” olarak adlandırılmaktadır. Asıl inceleme konumuz olan New York Sözleşmesi'nde ise “hukuki dinlenilme hakkı” yerine “iddia ve savunma hakkı” kavramı kullanılmıştır. Kanaatimizce New York Sözleşmesi'nde açıkça “iddia ve savunma hakkı” ifadesi kullanılmış olsa da modern

⁹⁸ YİBHKG, E. 1993/4, K. 1994/1, 28.01.1994, (RG, 13.04.1994, S. 21904).

zamandaki gelişmeler dikkate alındığında artık bunun yerine “*hukuki dinlenilme hakkı*” kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır. Hukuki dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkını da içerisine alan daha geniş bir hak (veya ilke) olup, tenfiz engeli olarak da bunun dikkate alınması gerekir.

New York Sözleşmesi, hukukî dinlenilme hakkını hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak V/1-b maddesinde düzenleme konusu yapmıştır. Bu düzenlemeye göre, “*aleyhine hakem hükmü ileri sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş bulunduğu*” iddiasının ileri sürülmesi ve ispat edilmesi durumunda hakem kararının tenfizi talebi reddedilebilir. Sözleşme metnindeki “*hakemin tayininden ya da hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş*” olunması durumu hukukî dinlenilme hakkının temel unsurlarından bir tanesi olan bilgilenme hakkına, “*diğer bir sebep yüzünden iddia ve savunma vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş*” olunması durumu ise diğer temel unsurlar olan açıklama ve dikkate alınma haklarına karşılık gelmektedir.

Makalemizde hukuki dinlenilme hakkının, bilgilenme, açıklama-ispate hakkı ve dikkate alınma-değerlendirme hakkı unsurlarının New York Sözleşmesi m. V/1-b uyarınca bazı özel kavramlarla (kamu düzeni, silahların eşitliği ilkesi, somutlaştırma yükü, gerekçe ve sürpriz karar verme yasağı ile) ilişkisi, Türkiye’deki yargı kararları kapsamında değerlendirilmesi yapılmıştır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat, 2020.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Aslan, Adem. “Tahkim Davalarında Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni.” İçinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen, 22-47, İstanbul: Onikilevha, 2022.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Aydemir, Fatih. *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Börü, Levent. “İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi’nin 01.09.2011 Tarihli Kararı.” *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1 (2012): 223-227.
- Börü, Levent. *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*. Ankara: Yetkin, 2016. (Somutlaştırma Yükü)
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Filiz, 2022.
- Dayınlarlı, Kemal. *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*. Ankara: Dayınlarlı, 1994.
- Demir Gökyayla, Cemile. “Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı- Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni.” İçinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen, 65-83, İstanbul: Onikilevha, 2022.
- Demirkol, Berk. “Karşılaştırmalı Hukukta Hakem Kararlarının Tenfizinde Hukuki Dinlenilme Hakkı.” İçinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen, 179-198, İstanbul: Onikilevha, 2022.
- Deynekli, Adnan. “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof.Dr.Hakan Pekcanitez’e Armağan), Özel Sayı (2014): 105-122.
- Ekşi, Nuray. “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi.” *Ankara Barosu Dergisi* 67, S. 1 (2009): 54-74. (Tenfiz)
- Ekşi, Nuray. “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni.” *Public and Private International Law Bulletin* (Prof.Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan) 40, S. 23 (2020): 143-201. (Kamu Düzeni)
- Ersen Perçin, Gizem. *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. İstanbul: Onikilevha, 2023.

- Ertekin, Erol ve İzzet Karataş. *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*. Ankara: Yetkin, 1997.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Gül, Mehmet Akif. "New York Sözleşmesi Bağlamında Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali." *TAAD* 7, S. 29 (2017): 361-406. (Hukuki Dinlenilme)
- Gül, Mehmet Akif. *New York Sözleşmesi Bağlamında Usuli Tenfiz Engelleri*. İstanbul: Onikilevha, 2016. (Tenfiz Engelleri)
- Güvenalp, Ferda Nur. "Tahkimde Tarafların Eşitliği ve Hukuki Dinlenilme Hakkı." İçinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen, 103-107, İstanbul: Onikilevha, 2022. (Hukuki Dinlenilme)
- Güvenalp, Ferda Nur. *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali*. İstanbul: Onikilevha, 2018. (İhlal)
- Hanağası, Emel. *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Okay Tekinsoy, Özge. *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*. İstanbul: Onikilevha, 2011.
- Özbay, İbrahim ve Yavuz Korucu. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407-444*. Ankara: Adalet, 2016.
- Özbay, İbrahim. "Hakem Kararlarında Gerekçe." *BATİDER* XXI, S. 2 (2001): 299-322. (Gerekçe)
- Özbay, İbrahim. *Hakem Kararlarının Temyizi*. Ankara: Yetkin, 2004. (Temyiz)
- Özbek, Mustafa Serdar. "Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası Açma Hakkından Feragat Edilmesi." İçinde *Prof. Dr. Necmettin Berkin'e Armağan*, Editör: MİHBİR, 801-833, İstanbul: Filiz, 2021. (Feragat)
- Özbek, Mustafa Serdar. *Tahkim Hukuku Cilt II*. Ankara: Yetkin, 2022. (Tahkim)
- Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin, 2003.
- Pekcanitez, Hakan ve Ali Yeşilırmak. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III*. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Pekcanitez, Hakan. "Hukuki Dinlenilme Hakkı." İçinde *Makaleler Cilt I*, Editör: Hakan Pekcanitez, 509-555, İstanbul: Onikilevha, 2016.
- Şit, Banu. *Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*. Ankara: İmaj, 2005.

Tanrıver, Süha. “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi.” *MHB* (Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan), (1997-1998): 467-491.

Yardımcı, Taner Emre. *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*. İstanbul: Onikilevha, 2017.

Yılmaz, Ejder. “Hukuki Dinlenilme Hakkı.” İçinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen, 1-20, İstanbul: Onikilevha, 2022.

ARABULUCULUK SÜRECİNDE TAPU SİCİLİNE TASARRUFU KISITLAYICI ŞERH KONULMASI

*Putting an Annotation About Constraint on Disposition to the Land
Registry During the Mediation Process*

Emel BADUR*
Nesibe KURT KONCA**

Özet

Yakın tarihli bir yasama faaliyetiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) 17/B maddesi eklenmiştir. Eklenen madde ana hatlarıyla taşınmazın devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesini konu almaktadır. Arabuluculuk faaliyeti devam ederken, yaşanması muhtemel hak kayıplarının önüne geçilmesi amacıyla, taraflara tapu siciline şerh konulmasını sağlama imkanı da tanınmıştır. Bu şerhin konulabilmesi için taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlığın çözülmesi amacına yönelmiş ve devam eden bir arabuluculuk faaliyeti bulunmalı; uyuşmazlığın tarafları şerhe dair yazılı bir anlaşma yapmalı; arabulucu hazırladığı bir tutanakla tarafların şerh sözleşmesini belgelemeli ve tapu siciline şerh talebinde bulunmalıdır. Açıklanan yöntemle konulan şerh, arabuluculuk süreci devam ettiği sürece ve en fazla konulduğu tarihten itibaren üç aylık bir süre için etkiye sahiptir. Arabuluculuk sürecinin son bulması, tarafların şerhin kaldırılması konusunda anlaşması veya sürenin dolması şerhin etkisini sonlandırır. Eklenen maddedeki şerh, Türk Medeni Kanunu dışında yer alan, yeni bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin, HUAK kapsamında düzenlenmesi olarak nitelendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlık, tasarrufu kısıtlayıcı şerh, tapu sicili, aynı hak.

Makalenin Geliş Tarihi: 28.04.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 10.05.2023.

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: badur@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5133-8541.

** Doç. Dr., Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: nesibe.kurt@ankamedipol.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4638-6132.

Abstract

Article 17/B has been recently added to the Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD). This article deals with the resolution of disputes regarding the conveyance of the real estate and the establishment of limited real rights on it through mediation. The parties are given an opportunity to have an annotation in the land registry to prevent possible loss of their rights while the mediation is continuing. To put this annotation, there must be an on-going mediation activity aimed at resolving the dispute regarding the same property; the parties in dispute must make a written agreement on the annotation; the mediator should document this agreement with a report and request an annotation to the land registry. The annotation made by this method is effective as long as the mediation continues and for a maximum of three months from the date it is placed. The termination of the mediation process, agreement of the parties to remove the annotation or expiration of the annotation terminates its effect. This means that a new annotation of constraint on the power of disposition is regulated through LMCD.

Keywords: Mediation, Dispute regarding the real right on property, annotation about constraint on disposition, land registry, real right.

GİRİŞ

7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹ 34. maddesi ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) 17/B maddesi eklenmiştir. Anılan maddenin kenar başlığı "*Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk*" olarak belirlenmiş ve ilk fıkrasında taşınmazın devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye elverişli oldukları açıklığa kavuşturulmuştur. 7445 sayılı Kanun'un 43/1. maddesi gereğince, HUAK'a eklenen madde 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Yapılan ekleme sonrasında HUAK'ın 17/B/2. maddesinde, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmeye çalışılması sırasında tarafların yazılı olarak kararlaştırması; arabulucunun tarafların konuya ilişkin yazılı şerh sözleşmesini tutanak altına alması ve yine

¹ RG, 05.04.2023, S. 32154.

arabulucunun şerh konulmasına ilişkin talepte bulunmasıyla, tapu siciline tasarruf yetkisinin sınırlandırılması amacına yönelik şerh konulabileceği düzenlenmiştir. Böylece Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) yer alanlar dışında, yeni bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin, HUAK kapsamında düzenlenmesi gerçekleştirilmiştir.

Bu şerhin zaman açısından etkisi, arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak üzere; şerhin tapu siciline işlendiği tarihten itibaren en fazla üç aylık süreyle sınırlandırılmıştır. Söz konusu şerh, tarafların anlaşamaması veya tarafların şerhin kaldırılması konusunda anlaşması halinde arabulucunun talebiyle terkin edilebilir. Şerhin zaman açısından etkisine ilişkin üç aylık sürenin son bulması halinde ise şerhin kendiliğinden etkisini yitireceği düzenlenmiştir.

Maddede kullanılan ifadelerden şerhin konulabilmesi için aranan başlıca şartların taşınmazın aynına ilişkin bir uyumsuzluğun arabuluculuk yoluyla çözüme ulaştırılmaya çalışılması, uyumsuzluğun taraflarının şerhe dair yazılı bir anlaşma yapması ve arabulucunun süreç içinde oluşturduğu ve imza altına aldığı bir ara tutanakla tarafların şerh sözleşmesini belgelemesi olduğu anlaşılmaktadır. Arabulucu tarafların şerh sözleşmesini belgeleyen ara tutanakla, tapu siciline uyumsuzluğun konusunu oluşturan taşınmazın sayfasına şerh konulması talebinde bulunacaktır. Görüldüğü üzere arabulucu tarafından şerhe ilişkin olarak tutulan bu ara tutanak, arabuluculuk sürecinde tutulan diğer ara tutanaklardan farklı olarak gizlilik ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir.

Makalede HUAK'a eklenen 17/B maddesiyle Türk Hukuku'na kazandırılan tasarruf yetkisini sınırlandırıcı bu şerhin sırasıyla kapsamı, hukuki niteliği, konulması, etkisi ve sona ermesi konusunda açıklamalar yapılması suretiyle incelenmesi hedeflenmiştir. Böylelikle normun yürürlüğe gireceği 01.09.2023 tarihine kadar uygulamaya kolaylık sağlayacak bazı çıkarım ve sonuçlara ulaşılması temel amaç olarak belirlenmiştir.

I. ŞERHİN KAPSAMI

HUAK'a eklenen 17/B maddesinin kenar başlığında ve ilk fıkrasında "*Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyumsuzluklar*" ifadesi kullanılmıştır. HUAK'ın 17/B/2. maddesinde düzenlenen şerhin kapsamının belirlenebilmesi için, öncelikle maddenin kapsamına dahil olan uyumsuzlukların belirlenmesinin gerekli olduğu düşünülmektedir. Türk Hukuku açısından taşınmaz kavramından arazi, tapu

kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin anlaşılması gerektiği TMK'nın 704. maddesinde düzenlenmiştir.

Taşınmazın tamamının veya bir kısmının (payının) devrine ilişkin tüm uyuşmazlıkların madde kapsamında yer aldığına ve arabuluculuk yoluyla çözümlenebileceğine dair bir şüphe bulunmamaktadır. Demek ki taşınmazı konu alan satış, bağışlama, mal değişim sözleşmelerinden, alım ve geri alım hakkının kullanılmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar madde kapsamında değerlendirilmeye uygundur. Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesinin veya paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesinin taşınmaz mülkiyetinin devrini gerekli kıldığı ya da tarafların bu konuda çözüm yollarını görüşmek istediği hallerde de HUAK'ın 17/B maddesinin uygulanabileceği ve maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhin verilebileceği düşünülmektedir.

Maddede kullanılan ifadeyle “*taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına*” ilişkin uyuşmazlıklardan söz edilmiş olmakla birlikte; taşınmazın üzerinde hali hazırda kurulu olan sınırlı ayni hakların devrine ilişkin uyuşmazlıkların da bu madde kapsamında değerlendirilmesi gereklidir. Başka bir ifadeyle sadece sınırlı ayni hakların kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar değil; kurulduktan sonra devri mümkün olan sınırlı ayni hakların (örneğin üst veya kaynak) devrine ilişkin uyuşmazlıklar da arabuluculukla çözümlenebilir. Bu sınırlı ayni hakların tapu sicilinde ayrı sayfaya tescil edilmiş olmaları halinde, taşınmaz gibi işlem görecekları TMK gereği olmakla birlikte; ayrı sayfa açılmamış sınırlı ayni haklar açısından da aynı sonuca varılması gereklidir. Bu uyuşmazlıklar HUAK'ın 17/B maddesi kapsamında değerlendirildiğinde göre, maddenin ikinci fıkrasındaki şerhin de bu tür uyuşmazlıklar kapsamında verilebilmesi mümkün görülmektedir.

Konuya ilişkin bir diğer husus, mülkiyet hakkının verdiği koruyucu yetkinin kapsamında değerlendirilen tapu sicilinin düzeltilmesi ve el atmanın önlenmesini konu alan uyuşmazlıkların da HUAK'ın 17/B maddesi kapsamında arabuluculuğa elverişli olup olmadığı meselesinde yoğunlaşmaktadır. Zira bu uyuşmazlıkların her zaman ve doğrudan taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hakların kurulmasına ilişkin oldukları söylenemez.

Örneğin malik M'nin taşınmazının, (M tarafından yetkilendirilmemiş) sahte vekil S tarafından, A'ya satılması ve A adına -yolsuz- tescil yapılması halinde; M'nin A adına yapılan yolsuz tescilin düzeltilmesine yönelik

talebini konu alan uyuşmazlık, arabuluculukla çözümlenmeye uygun mudur? Bu sorunun yanıtı, ulaşılmak istenen çözümün, tapu sicilindeki yolsuz tescilin düzeltilmesi ve sonrasında tarafların uğradıkları zararların TMK'nın 1007. maddesine göre devletin tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan kusursuz sorumluluğu kapsamında giderilmesi olması durumunda, olumsuz olarak verilmelidir.

Buna karşılık tarafların arabuluculuk sonucunda TMK'nın 1027/1. maddesinde düzenlenen *"İlgililerin yazılı rızaları olmadıkça, tapu memuru, tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararıyla düzeltebilir."* hükmü çerçevesinde ve tüm ilgililerin (hak sahiplerinin) yazılı rızalarıyla tapu sicilinin düzeltilmesini amaçlamaları halinde, uyuşmazlığın arabuluculuğa ve arabuluculuk süreci kapsamında konulan şerhe uygun olduğu belirtilmelidir. Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaları halinde, tapu sicilinin TMK'nın 1027/2. maddesinde yer alan *"Düzeltilme, eski tescilin terkin ve yeni bir tescilin yapılması biçiminde de olabilir."* hükmüne istinaden düzeltilmesi mümkündür.

HUAK'ın 17/B maddesinin, haksız el atmanın önlenmesi (durdurma, önleme veya eski hale iade vb.) taleplerini konu alan uyuşmazlıklar açısından da uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu kapsamdaki uyuşmazlıkların bir kısmı taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliği ve tapu sicilinde tescil (terkin veya tadil) gerektirmediğinden, arabuluculuk sürecinde HUAK 17/B maddesinde yer alan şerhin konulması gerekli olmayabilir. Ancak el atmanın önlenmesi kökenli uyuşmazlıkların bazılarında şerhin gündeme gelmesinin de mümkün olduğu kabul edilmelidir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın taşkın inşaatın kaldırılmasını konu aldığı bir örnekte, taşkın inşaatın yıkılması açısından şerhe ihtiyaç yokken; uyuşmazlığın taşılan taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurularak çözülmesi halinde, şerh önem taşıyacaktır.

Makaleye konu olan şerh uyuşmazlığın konusunu oluşturan taşınmaz üzerindeki aynı hak tasarruflarının sınırlandırılması amacını taşır. Ancak bu tasarruf sınırlandırması, her uyuşmazlık açısından farklılık arz edebilir. Örneğin taşınmazın mülkiyetinin devrini içeren bir uyuşmazlıkta, taşınmazın tamamı üzerinde tasarrufun sınırlandırılması ihtiyacı söz konusu olur. Buna karşılık sadece üst hakkının devrine ilişkin bir uyuşmazlıkta, taşınmazın malikinin mülkiyete ilişkin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması hukuka uygun ve ölçülü olmayacaktır. Böyle bir uyuşmazlık açısından HUAK'ın 17/B/2. maddesi kapsamındaki şerhin, üst hakkı için tapu kütüğünde ayrı bir

sayfa açılmış olması halinde, bu sayfaya konulması yerinde olur. Aynı örnek çerçevesinde üst irtifakının ayrı bir sayfaya tescil edilmemiş olması halinde, sadece irtifak hakkı sahibinin tasarruf yetkisini kısıtlayacak şekilde konulması gerekir.

HUAK'ın 17/B maddesinde düzenlenen taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda gerçekleştirilen arabuluculuk -kural olarak- ihtiyaridir. Ancak 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile HUAK'a yeni dava şartı arabuluculuk uygulamaları eklenmiştir. Bunlardan biri de HUAK'ın 18/B maddesinde düzenlenen "*Taşınır ve taşınmazların paylaştırılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar*" hakkında düzenlenen dava şartı arabuluculuktur. Uyuşmazlığın taraflarının bir taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyetin paydaşları olmaları ve paylaşmayı arabuluculuk yoluyla gerçekleştirmek için dava şartını yerine getirmeleri durumunda, taşınmazın aynına ilişkin bu uyuşmazlık, aynı zamanda dava şartı arabuluculuk olarak gerçekleştirilecektir.

Benzer bir durum, yine 7445 sayılı Kanun'la HUAK'a dava şartı arabuluculuk kapsamında eklenen "*Komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar*" açısından da geçerlidir. Örneğin komşusunun taşkın kullanımının sona erdirilmesini isteyen taşınmazın malikinin dava şartı kapsamında başvurduğu arabuluculuk sürecinde, taşkınlığı gerçekleştiren komşu lehine bir irtifak hakkı kurulması çözümüne ulaşıldığı takdirde, uyuşmazlık hem dava şartı kapsamında hem de taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulması açısından HUAK'ın 18/B maddesi çerçevesinde değerlendirilecektir. Ayrıca taşınmazın aynına ilişkin çözüm yollarının mevcut dava şartı (ticaret ve tüketici hukukuna veya işçilik alacaklarına ilişkin) arabuluculuk uyuşmazlıkları kapsamında da ortaya çıkması mümkündür.

Zira uyuşmazlık konusu arabulucuya yansıdığı anda doğrudan taşınmazın aynına ilişkin olmasa dahi, müzakere sürecinde özellikle anlaşmanın taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulması gündeme gelmiş ve taraflar şerhe ilişkin yazılı anlaşma yapmışlarsa, arabulucunun

durumu tutanak altına alması ve şerh talebinde bulunması mümkün görülmelidir².

İhtiyari veya dava şartı arabuluculuk ayrımı yapılmaksızın, tarafların arabulucuya başvururken uyuşmazlık hakkında yaptıkları nitelendirme, HUAK'ın 17/B/2. maddesinin uygulanması bakımından sınırlayıcı nitelik taşımaz. Kanun koyucu da doğrudan uyuşmazlık konusunu değil; uyuşmazlığın taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin olması esasını kabul etmiştir. Dolayısıyla taşınmazın devrini veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasını ilgilendiren ve şerh kurulmasına dair maddede aranan unsurları taşıyan tüm uyuşmazlıklarda HUAK'ın 17/B/2. maddesi uygulama alanı bulabilir.

II. ŞERHİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Hukuku açısından şerhlere ilişkin temel hükümler TMK'nın 1009-1011. maddeleri arasında kaleme alınmıştır. Kişisel hakların şerhi TMK'nın 1009.; tasarruf yetkisinin kısıtlaması şerhi 1010. ve geçici tescilin şerhi 1011. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayni haklar açısından kabul olunan sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesinin şerhler açısından da geçerli olduğunun söylenmesi mümkündür. Zira bir hakkın veya hukuki durumun tapu siciline şerh edilebilmesi için; kanun koyucunun bu hak veya hukuki durumun şerh edilebileceğini düzenlemiş olması gerekir.

Türk Hukuku açısından şerhlerin yukarıda anılan üç maddede düzenlenenlerden ibaret olduğunun söylenmesi mümkün olmasa da diğer kanunlarda düzenlenen şerh türlerinin bu üç maddede yapılan sınıflandırmaya uygun olarak açıklanması ve ele alınması tercih olunmaktadır. Aslında TMK'nın üç ayrı maddesinde düzenlenen birbirine benzemez bu üç ayrı şerh türü, şerh terimine ilişkin kapsayıcı ve genel bir tanım yapılmasını zorlaştırmaktadır. Şerh, taşınmaz üzerindeki ayni haklarla

² Karşı görüş için bkz. Emre Kıyak, "6325 Sayılı Kanun'un Milletlerarası Sulh Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin m. 17/A ile Taşınmazın Devrine veya Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Kurulmasına Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin m. 17/B Düzenlemelerine Genel Bakış," *Lexperablog*, <https://blog.lexpera.com.tr/6325-sayili-kanunun-m-17-a-ile-17-b-duzenlemelerine-genel-bakis/>, (E. T. 17.04.2023).

doğrudan ilintili olmaksızın taşınmazı konu alan hukuki ilişki veya durumları aleniyete taşıyan kayıt türü olarak tanımlanmaktadır³.

Tapu siciline şerh edilebilen tasarruf yetkisi kısıtlamaları, TMK'nın 1010. maddesinde üç grupta ele alınarak düzenlenmiştir. Bunlar “*Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları; Haciz, iflas kararı veya konkordato ile verilen süre; Aile yurdu kurulması, artmirasçı atanması gibi şerh verilmesi öngörülen işlemler*” olarak sınırlı sayıda olmamak üzere belirtilmiştir. Maddenin üçüncü bendinde kullanılan “*gibi şerh verilmesi öngörülen işlemler*” ibaresi, kanun koyucu tarafından başka işlemlerin veya durumların da bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olduğunun açıklanması amacıyla kullanılmıştır. TMK'nın 1010. maddesi dışındaki maddelerinde⁴ veya başka kanunlarda⁵ düzenlenen tasarruf yetkisi kısıtlamalarının da tapu siciline şerh edilebilmesi mümkündür.

HUAK'a eklenen 17/B/2. maddesinde kullanılan “... *tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilir.*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere; maddede düzenlenen şerh, TMK dışındaki kanunlarda düzenlenen tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler arasında değerlendirilmelidir. Ancak bu şerhin TMK'nın 1010. maddesinde üç bent halinde düzenlenen kısıtlama türlerinden hangisine yakın olduğunun belirlenmesi kolay değildir. Zira HUAK'ın 17/B/2. maddesiyle hukuk hayatımıza dahil olan bu şerhin, TMK'nın 1010. maddesinde düzenlenenlerden herhangi birine benzerlik göstermesi ve bu suretle ona ilişkin kuralların kıyasen bu şerh açısından da uygulanması mümkün görülmemektedir. Ancak HUAK'da düzenlenen

³ Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2021), 279; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku, C. IV/I* (Ankara: Seçkin, 2021), 679; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili* (Ankara: Seçkin, 2016), 401; Emel Badur ve Gamze Turan Başara, “Terörle Mücadele Kanunu'nda Düzenlenen Yeni Bir Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi,” *TBBD*, no. 128, (2017): 275; Murat Doğan, *Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi* (Ankara: Seçkin, 2004), 12; Kübra Ercoşkun Şenol, “Geçici Tescil Şerhi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6, no. 11 (2018): 377; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (İzmir: Barış, 2014), 168; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler* (İstanbul: Vedat, 2007), 3; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (Ankara: Turhan, 2021), 151; M. Kemal Oğuzman; Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2021), 242; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 223; Gökhan Şahan, *Kişisel Hakların Şerhi* (Ankara: Seçkin, 2020), 29.

⁴ TMK'nın 199/3. maddesinde düzenlenen şerh bu kapsamda değerlendirilebilir.

⁵ Kamulaştırma Kanunu'nun 7/3 ve Türk Ticaret Kanunu'nun 128/2. maddelerinde düzenlenen şerhler bu kapsamda değerlendirilebilir.

şerhin, tasarruf yetkisinin kısıtlamasının amaçları açısından, en yakın olduğu düzenlemenin, çekişmeli hakların korunmasına ilişkin şerh olduğu düşünülebilir.

III. ŞERHİN KONULMASI

Tapu siciline şerhlerin işlenebilmesi için kanun koyucu şerh türleri bakımından farklı şartlar aramıştır. Benzeri düzenlemelere Tapu Sicil Tüzüğü'nde (TST)⁶ de rastlanmaktadır. HUAK'ın 17/B/2. maddesinde arabuluculuk sürecinde taşınmazlarda tasarruf yetkisinin kısıtlayıcı şerhlerin konulmasının şartları düzenlenmiştir. Aşağıda incelenecek olan bu şartların varlığı halinde, tapu siciline ilgili şerhin nasıl konulacağı ise ayrıca belirtilmediğinden, bu hususta genel hükümlerin uygulanması gerekir. Ancak incelen hüküm özellikleri sebebiyle diğer şerh türlerinden ayrıldığından bu halde bir ikincil mevzuata ihtiyaç duyulduğu söylenilebilir.

A. Şerhin Konulmasının Şartları

Taşınmaz üzerinde tasarrufu kısıtlayıcı şerh konulabilmesi için, öncelikle taraflar arasında devam eden bir arabuluculuk sürecinin varlığı, tarafların şerh konulması hususunda yazılı olarak anlaşması, arabulucunun bu durumu tutanak altına alıp talepte bulunması gerekmektedir. Bu şartlar kümülatif nitelik taşıdığından, şerhin konulması için hepsinin birden varlığı aranır.

1. Arabuluculuk Sürecinin Devam Ediyor Olması

HUAK'ın 17/B/2. maddesinde, taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak üzere tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilebileceği düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca şerh, taraflar arasındaki uyuşmazlığa dair arabuluculuk sürecini yürüten arabulucunun talebiyle konulabilecektir. Dolayısıyla şerhin verilebilmesi için, arabulucunun bu husustaki tutanağı tuttuğu ve şerh talebinde bulunduğu tarih itibarıyla arabuluculuk sürecinin devam ediyor olması gerekir. Tarafların aralarında arabuluculuk sözleşmesi yaptığı ama henüz arabulucuya başvurmadığı; daha somut bir ifadeyle arabuluculuk sürecinin

⁶ RG, 17.08.2013, S. 28738.

henüz başlamadığı bir dönemde, HUAK m. 17/B/2 hükmü uyarınca şerh konulması mümkün değildir.

Tarafların, uyuşmazlığa dair dava açılmasından sonra arabulucuya başvurmaları mümkündür (HUAK m. 13/1). Bu hâlde arabuluculuk süreci mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Ancak mahkeme, dava sırasında, arabuluculuğa başvurulmadan önce, TMK hükümleri çerçevesinde, uyuşmazlık konusu taşınmazın sayfasına tapu sicilinde şerh verilmesi kararı almış olabilir. Bu halde, taraflar arasındaki uyuşmazlığa dair mahkeme tarafından konulan şerh, tarafların ihtiyaç duyduğu geçici hukukî korumayı sağlayacağı için, arabuluculuk sürecinde HUAK m. 17/B/2 kapsamında bir şerh konulmasında hukukî yarar bulunmamaktadır. Ancak, mahkemenin şerhi kaldırması veya hiç şerh koymamış olması hallerinde, arabuluculuk sürecinde HUAK m. 17/B/2 hükmünde şartlar çerçevesinde şerh verilmesi söz konusu olabilir.

2. Yazılı Şerh Sözleşmesi

Şerh sözleşmesi, hukuki ilişkinin tarafları arasında kurulan ve şerhin yapılmasını amaçlayan, isimsiz (atipik) sözleşmelere verilen addır⁷. HUAK m. 17/B/2 hükmünde “*tarafların yazılı olarak kararlaştırması*” denilmek suretiyle şerh sözleşmesine işaret edilmiştir. Bu halde, tarafların taşınmaz üzerine şerh konulmasına dair karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunduğu için bir şerh sözleşmesinin varlığını kabul etmek gerekir. Taraflar arasındaki taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk sürecinin yürütülmesi, bizatihi şerh konulmasını sağlamaz; şerh talebinde bulunabilmesi için, tarafların bu hususta yazılı olarak anlaşmaları zorunludur.

⁷ Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* (Ankara: Savaş, 2017), 356. “Eğer bir şerhin tapu kütüğüne işlenmesi hakkında yasa hak sahibine doğrudan işlem yapma yetkisi tanımamışsa, şerhin yapılabilmesi için taraflar arasında ayrıca bir şerh anlaşmasının varlığı gerekir. Yoksa taraflardan birinin talebi üzerine, özellikle Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde malike tanınan yetkileri kısıtlayıcı sonuç doğuracak biçimde tapu kütüğüne şerh düşülemez.” Y. 14. HD, E. 2006/6272, K. 2006/7643, 28.06.2006 (Legalbank).

Bu şerh sözleşmesi, kişisel hakların şerhi için aranan şerh sözleşmesine benzetilebilir. Kişisel hakların şerhinde, bu konuda tasarrufa yetkili taşınmaz malikinin talebi ve taraflar arasında yapılmış, şerhin hukukî sebebinin oluşturduğu bir şerh sözleşmesinin varlığı gereklidir.

Ayrıca hukukumuzdaki şerh çeşitleri düşünüldüğünde, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı olmaksızın, tarafların anlaşması suretiyle tapu siciline tasarrufu kısıtlayıcı şerh düşülmesini sağlayan yeni bir şerh sözleşmesi türünün ihdas edildiği de söylenebilir. Bu sözleşme doğrudan etkilerini eşya hukuku alanında gösterdiği için esasen bir maddi hukuk sözleşmesidir. Öte yandan medenî usul hukuku açısından, mahkemelerin şerhlere ilişkin tedbir kararlarının geçici hukukî korumayı sağlamasına kıyasen, mahkemelerden şerhe ilişkin tedbir kararı alınması gereğini ortadan kaldıran ve arabuluculuk sürecinde geçici hukukî korumayı temin eden bir boyutu olduğunu da belirtmek gerekir.

Kanun koyucu, şerh sözleşmenin yazılı şekilde olması gerektiğini kabul etmiştir. Bunun bir geçerlilik şekli olduğunun belirtilmesi zorunludur. Şerh sözleşmesi bakımından tarafların kararlaşrtmasından bahsedildiği için, resmi bir makamın katılımıyla sözleşme vücuda gelmediğinden ve sözleşmeye yazılacak ifadeler kanunda ayrıca belirtilmediğinden adi yazılı şeklin arandığı sonucuna varılmalıdır.

Zira arabulucu her ne kadar kamu görevlisi olarak nitelendirilmekteyse⁸ de, kanunun lafzından taraflar arasındaki sözleşmeye resmiyet kazandırdığı

⁸ HUKAK'da arabulucunun kamu görevlisi veya arabuluculuğun kamu hizmeti olduğuna yönelik bir belirlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık Yönetmeliğin 4/1/c maddesinde arabuluculuk tanımlanırken, “*kamu hizmeti olarak yürütülen*” ifadesi kullanılmıştır. Arabulucunun Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi gerektiği noktasında genel bir kabul bulunmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Betül Azaklı Arslan, “Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu,” *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1, (2018): 207-210; Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Ankara: Yetkin, 2018), 216-220; Emel Badur, “Arabulucu Sözleşmesi,” *Terazi Hukuk Dergisi* 15, no. 162, (2020): 251; Ersan Şen, “Arabulucunun ve Uzlaşrtmacının Hukuki Statüsü,” <https://www.hukukihaber.net/arabulucunun-ve-uzlastirmacinin-hukuki-statusu-makale,5940.html> (E. T. 11.03.2023). Aksi yönde bkz. Volkan Alan, “Arabulucunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü,” *Fasikül Hukuk Dergisi* 64, (2015): 29; Özgür Oğuz, *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları* (İstanbul: Legal, 2016), 53.

anlaşılmamaktadır⁹. Kanunda şerh sözleşmesinin arabulucunun huzurunda ve onun katılımıyla yapılacağı belirtilmemektedir. Bilakis “arabulucunun bu kararı tutanak altına alması”ndan bahsedilmektedir. Bu sebeple şerh sözleşmesinin resmi şekle tabi olmadığı; hüküm ve sonuçlarını doğurması için, arabulucu tarafından yürütülecek prosedürün tamamlanması gerektiğinin altı çizilmelidir.

Tarafların yazılı anlaşmasının varlığı, Tapu Sicil Tüzüğü m. 48/1/ç hükmünde yer alan “Kanunların kısıtlayıcı şerh verilmesini öngördüğü diğer hâllerde kanunda belirtilen belgeler, aranır” düzenlemesiyle de bağdaşmaktadır. Anılan hükümde, tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler için aranacak belgeler düzenlenmiş; özel bir kanuna dayanan tasarrufu kısıtlayıcı şerhlerde, şerhin dayanağı olan belgelerin Tapu Sicil Tüzüğü m. 7/2/ç hükmü çerçevesinde ana sicillerde tutulması gereğine uyulmuştur.

Tarafların bu anlaşmayı vekilleri marifetiyle yapıp yapamayacağı ayrı bir tartışma konusudur. TBK m. 504/3 uyarınca, vekil özel olarak yetkili kılınmadıkça taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz¹⁰. Anılan hükümde geçen bir hak ile sınırlandırmak kavramına tasarrufu kısıtlayıcı şerhlerin konulması sonucunu doğuran işlemlerin de dahil edilmesi gerekir. Bu bağlamda, şerh sözleşmesinin vekil marifetiyle yapılması halinde vekilin özel olarak yetkilendirilmesi aranmalıdır. Usulüne uygun bir şekilde yetkilenme yapılması için, yetkinin hangi tasarrufa ilişkin verildiği; tasarrufun konusu taşınmaz veya taşınmazların herhangi bir tereddüte mahal vermeyecek şekilde açıklanması gerekir¹¹.

Bununla birlikte öğretilde¹², vekaletnamenin şekli tartışmalıdır. Noterlik Kanunu m. 89/4 uyarınca, niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnameler, düzenleme şeklinde yapılması

⁹ Arabulucunun imzasının, arabuluculuk anlaşma belgesine resmi şekil niteliği kazandırıp kazandırmadığı hakkında görüş ve öneriler hakkında bkz. Emel Badur, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 9, no. 18, (2021): 64-66.

¹⁰ Öğretilde, taşınmazlara ilişkin kira sözleşmesi tapu siciline şerh verilirse, bu durum müvekkilin tasarruf yetkisini sınırlayacağından, vekilin şerh verme hususunda özel bir yetkisinin bulunması gerektiği belirtilmektedir. Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2* (Ankara: BTHAE, 1989), 401.

¹¹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 191.

¹² Veysel Başpınar, “Taşınmaz Satımında Vekalet,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45, (1996): 485-486; Özge Uzun Kazmacı, *Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradi Temsil* (Ankara: Yetkin, 2022), 98 vd.

zorunlu işlemler arasında sayılmıştır. Şerh anlaşması, prosedür tamamlandığında tapuda işlem yapılması sonucunu doğuracağından, vekilin, taşınmaza ilişkin bilgileri içeren düzenleme biçiminde noter senediyle¹³ yetkilendirilmiş olması gerekir. Arabulucu, şerh sözleşmesine ilişkin tutanağı tutmadan evvel, tarafların vekil marifetiyle temsil edildiği hallerde vekilin yetkisini gözetirken bu hususları ayrıca incelemelidir.

Ticari temsilcisinin durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. TBK m. 548/2 uyarınca, ticari temsilci, işletme sahibi tarafından açıkça yetkili kılınmadıkça, taşınmazları devredemez veya bir hak ile sınırlandıramaz. Öğretide¹⁴, anılan hükümde geçen hakkın aynı hak olduğu; kişisel hakları kapsamadığı belirtilmektedir. Buna göre tapuya şerh edilmek suretiyle etkisi kuvvetlendirilmiş nispi hakların kullanılması bakımından, temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesi gereği bulunmamaktadır. Bu bağlamda, örneğin kira sözleşmeleri tapuya şerh düşülseler bile bu durum onlara aynı hak niteliği kazandırmayacağı için kira sözleşmesinin tapuya şerhi ticari temsilcilerin yetkili olduğu işlemler arasında kabul edilmektedir. Buna karşılık açıkça yetkilendirilmemiş ticari temsilcinin tapuda şerh edilip edilmemesinden bağımsız olarak, işletmedeki taşınmaz üzerinde üçüncü kişiye önalım, alım ve geri alım hakkı tanıyamayacağı belirtilmektedir¹⁵. Kanaatimizce, özel olarak yetkilendirilmemiş ticari temsilcinin, HUAK 17/B/2 hükmündeki şerh sözleşmesini yapabilmesi mümkün olmalıdır.

Öte yandan öğretiler¹⁶ ileri sürülen, ticari temsilcinin arabuluculuk görüşmelerine katılamayacağı görüşü çerçevesinde değerlendirme yapmak da gerekir. Şöyle ki iş uyuşmazlıkları bakımından taraflar ve avukatları dışındakilerin arabuluculuk görüşmelerine katılmalarına imkan veren hükme benzer bir hükmün, ticari uyuşmazlıklar bakımından bulunmaması; HUAK

¹³ Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nin 89. maddesinde, niteliği bakımından tapuda işlem yaptırılmasını gerektiren vekaletnamelere ilgilinin fotoğrafının yapıştırılması zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda vekilin yetkisi incelenirken, kimlik tespiti bakımından ilgilinin fotoğrafı da dikkate alınmalıdır.

¹⁴ Oruç Hami Şener, *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi* (Ankara: Adalet, 2015), 216; Emre Kayış, "TBK 548'e Göre Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Kapsamı Açısından İki Önemli Kavram: Üçüncü Kişinin İyiniyeti ve İşletme Amacı," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, (2022): 193-239.

¹⁵ Şener, *Ticari Temsilci*, 218; Kayış, "TBK 548'e Göre," 208.

¹⁶ Ozan Can ve Emre Kalender, "Ticari Temsilcilerin Ticari Davalara İlişkin Arabuluculuk Görüşmelerine Katılma Yetkisi Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirmeler," *Terazi Hukuk Dergisi* 17, no. 192, (Ağustos 2022): 17.

m. 15/6 hükmünde, arabuluculuk görüşmelerine katılabilecek olanların sınırlı sayma ilkesine göre belirlenmiş olmasına dayalı olarak ticari temsilcinin arabuluculuk görüşmelerine katılması yürürlükteki mevzuata uygun bulunmamaktadır. Ancak olması gereken hukuk bakımından, bu hususta açık bir kanun hükmü ihdas edilerek, özel olarak yetkilendirilmiş ticari temsilcilerin arabuluculuk görüşmelerine katılmalarına imkan verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Zira uyuşmazlığın tarafları arasındaki şerh sözleşmesinin arabulucu huzurunda ve onun katılımıyla akdedilmesi şartı HUAK'ta aranmamaktadır.

Tarafların uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerine şerh konulmasına dair şerh sözleşmesini ne zaman yapabileceklerine dair HUAK'ta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda, tarafların arabuluculuk süreci başlamadan evvel ya da süreç devam ederken şerh sözleşmesi yapmaları mümkün görülmektedir. Hükmün lafzından anlaşılan arabuluculuk görüşmeleri sona ermeden evvel şerhin konulması gerektiğidir. Zira ilgili hükümde açıkça *“arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak”* üzere şerhin verileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşmasıyla veya diğer bir nedenle sona ermesinin akabinde, şerhe dair anlaşma yapılması mümkün değildir.

Buna karşılık arabuluculuk süreci başlamadan evvel, tarafların şerh hususunda anlaşma yapmalarının önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır. Taraflar, arabuluculuk sözleşmesi yaparken bu hususta da anlaşabilirler. Dolayısıyla tarafların taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlığa dair arabuluculuk sözleşmesinin bir maddesi olarak şerh konulması hususunu yazılı olarak hüküm altına almaları halinde, HUAK'taki *“tarafların yazılı olarak kararlaştırması”* şartını sağlayacağı kabul edilmelidir¹⁷.

Tarafların şerh sözleşmesini elektronik ortamda yapıp yapamayacaklarının ayrıca tartışılması gerekir. Özellikle Covid-19 pandemisinden sonra hukukî işlemlerin elektronik ortamda yapılmasında bir artış gözlemlenmiştir. Bunun bir yansıması olarak arabuluculukla

¹⁷ Bu durum kişisel hakların şerhinde akdedilmesi gereken şerh sözleşmesine kısmen benzetilebilir. Kişisel hakların şerhinde, şerh sözleşmesinin, şerh verilecek kişisel hakka ilişkin sözleşmede bir hüküm olarak yer alabilmesi mümkün olduğu gibi ayrı ve bağımsız bir sözleşme olarak da yapılabilmesi mümkün görülmektedir. Bkz. Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 687; Ayan, *Eşya Hukuku*, 404; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 171; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 153-154; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 226; Şahan, *Kişisel Hakların*, 118.

uyuşmazlıkların çözümünde elektronik ortamın kullanılması da tercih edilir olmuştur¹⁸. Bu bağlamda, elektronik ortamda arabuluculuk görüşmelerini yürüten tarafların şerh hususundaki anlaşmalarını da elektronik ortamda gerçekleştirmek istemeleri mümkündür. Tarafların güvenli elektronik imza kullanarak bu anlaşmayı yapıp yapamayacakları değerlendirilmelidir.

Güvenli elektronik imza, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır (EİK m. 4). Güvenli elektronik imza, hukukî nitelik itibarıyla elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurmaktadır. Ancak güvenli elektronik imzanın elle atılan imzayla yapılan her hukukî işlemde kullanılması mümkün değildir; kanunla elektronik imza kullanımı sınırlandırılmıştır. Buna göre, kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları ve Türkiye’de yerleşik sigorta şirketleri tarafından düzenlenen kefalet senetleri dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez (EİK m. 5).

Şerh anlaşmalarının adi yazılı şekilde yapılacağı ve özel bir merasime tabi tutulmadığı düşünülürse güvenli elektronik imza ile akdedilebilmesi mümkün görülmelidir. Zira HUAK m. 17/B/2 hükmünde tarafların yazılı olarak kararlaştırması ve arabulucunun bu kararı tutanak altına almasından bahsedilmektedir. Tarafların karşılıklı anlaşmalarının arabulucunun huzurunda olması şartı kanunda aranmamaktadır. Keza HUAK m. 18/1 hükmünde arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belgenin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacağı belirtildiği halde, şerh sözleşmesinde “*tarafların yazılı olarak kararlaştırmaları*” ifadesi kullanılmıştır. Bu sebeple şerh sözleşmesinde, arabuluculuk anlaşma belgesi gibi arabulucunun imzasının varlığını gerektiren özel bir merasim de bulunmamaktadır. Bu bağlamda lafzi yorumla, şerh sözleşmesinin güvenli elektronik imza ile yapılabileceği sonucuna varılmaktadır.

Ancak tarafların şerhe dair sözleşmelerinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kısıtladığı göz önünde bulundurulduğunda, bu sözleşmenin doğrudan arabulucunun huzurunda ve hatta onun imzasını içerecek şekilde yapılması gerekliliğinin düzenlenmesi daha yerinde bir yasama tercihi

¹⁸ Badur, “Anlaşma Belgesi,” 65.

olurdu. Ses ve görüntü nakli yoluyla yapılan elektronik arabuluculuk görüşmeleri bakımından güvenli elektronik imza bu halde de kullanılabilirdi. Önem arz eden husus, tarafların imzalarının türünden ziyade, şerhin hukukî niteliği ve etkisi konusunda bilgilendirilmeleridir. Arabulucu huzurunda şerh sözleşmesi akdedilmeden evvel arabulucunun tarafları bu hususta bilgilendirmesi sağlanarak, tarafların arabuluculuk sürecine güven ve inançları daha etkin bir şekilde korunabilir.

3. Arabulucu Tutanağı

Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, tarafların uyuşmazlığa ilişkin taşınmaz üzerinde tasarrufu kısıtlayıcı şerh konulmasına dair yazılı şerh sözleşmesinin tutanak altına alınması gereği HUAK'ta ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu tutanak, arabuluculuk sürecinde tutulan bir ara tutanak olup; diğer ara tutanaklardan farklı olarak tapu sicilindeki şerhe hukuki dayanak teşkil ettiğinden gizlilik ilkesinin (HUAK m. 4 ve 5) istisnasını teşkil etmektedir. Şöyle ki HUAK'ın 5/3. maddesi uyarınca kanun hükmü tarafından emredildiği ölçüde, arabuluculuk sürecinde hazırlanan belgelerin açıklanabilmesi mümkündür.

Tapu siciline şerh verilebilmesi için, TST m. 48/ç hükmü uyarınca arabulucunun tutanağın şerh talebini bilgilendirmek üzere tapu siciline müdürlüğüne sunması gerekir. İleride ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, UYAP Arabulucu Portal ile TAKBİS arasında bağlantı kurulması halinde, arabulucuların bu tutanağı güvenli elektronik imza ile tutma ve sistem üzerinden şerh talebinde bulunmaları da mümkün olacaktır.

Eş arabuluculuk¹⁹ halinde tutanağın, eş arabulucuların tamamınca imzalanması gerekir. Buna karşılık tapu siciline yöneltilecek şerh talebinin eş arabuluculardan biri tarafından yapılabilmesi mümkün kabul edilmelidir.

Kanun koyucunun arabulucunun taraflar arasındaki şerh sözleşmesini tutanak altına almasını düzenlemekteki amacı, esasen tarafların şerh sözleşmesindeki iradelerinin varlığının ve arabuluculuk sürecinin devam ettiğinin tespitini sağlamaktadır. Kanun koyucunun tarafların doğrudan tapu siciline şerh vermeleri yerine, arabulucunun tutanağı ve talebi üzerine şerh

¹⁹ Eş arabuluculuk hakkında bkz. Seda Özmumcu, "Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 161 (2018): 9-36.

konulmasını öngörmesinin altında, arabulucuya şerh sözleşmesini incelemek bağlamında bir görev verme isteği de bulunabilir. Arabulucunun mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip ve hukuk fakültesi mezunu olması şartı (HUAK m. 20/2/b) düşünüldüğünde, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucunun tarafları tasarrufu kısıtlayıcı şerh konusunda bilgilendirmesi gereği kabul edilmelidir. Bu aydınlatmanın, HUAK'da arabulucu için düzenlenen genel aydınlatma yükümlülüğünün (HUAK m. 11) kapsamında değerlendirilmesi uygundur. Bilgilendirme sonrasında, arabulucu taraflar arasındaki şerh sözleşmesini incelemelidir.

Tutanak tutulmadan evvel arabulucunun nasıl bir inceleme yapması gerektiği hususunda HUAK'ın 17/B/2. maddesinde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada önem arz eden husus, arabulucunun uyuşmazlığın taraflardan birisinin taşınmaz üzerinde tasarrufu kısıtlayıcı şerhe konu aynı hakkın sahibi olduğunu inceleyip inceleyemeyeceği; inceleyecekse bu incelemeyi nasıl gerçekleştireceğidir. Arabulucunun tapu sicilini görme ve inceleme görev ve yetkisi açıkça HUAK'taki düzenlemeden anlaşılmamaktadır. Metin lafzen yorumlandığında arabulucunun tutanağı tutarken sadece taraflar arasında bir şerh sözleşmesinin bulunup bulunmadığını değerlendirilmesi gerektiği şeklinde dar bir yorum da yapılabilir.

Ancak şerhin konulması, taraflar arasındaki hukuki durumu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirdiği için²⁰, şerh sözleşmesinin taraflardan en az birinin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin varlığının arabulucu tarafından bu husustaki tutanak tutulmadan incelenmesi gerekir. Taraflardan en az birinin taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olması ve bu aynı hakkın şerh ile sınırlandırılmaya elverişli olması hususlarının kontrol edilmesinden sonra, arabulucu tarafından tutanak tutulabilir. Aksi halde, taşınmaz üzerinde herhangi bir aynı hakkı bulunmayan kişilerin şerh sözleşmesi yapmak suretiyle, arabuluculuk kurumunu kötüye kullanarak taşınmaz üzerinde üç ay süreyle de olsa şerh konulması talebinde bulunulmasını sağlamaları söz konusu olabilir.

Lakin arabulucunun şerh konusu taraflardan en az birinin taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olup olmadığını; bu bağlamda tapu sicilini nasıl

²⁰ “Şerhten amaç; ilişkin bulunduğu hukuki durumu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirmek, hukuki duruma aleniyet kazandırmaktır. Bu yönü ile şerh aynı bir etki özelliğini gösterir.” Y. 14. HD, E. 2012/11856, K. 2012/14168, 05.12.2012 (Legalbank); Y. 14. HD, E. 2015/17370, K.2016/9162, 07.11.2016 (Lexpera).

inceleyeceği de belirsizdir. TMK m. 1020 hükmünde tapu sicili herkese açık olduğu; ilgisini inanılır kılan herkesin, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Arabulucunun taşınmazla ilgili uyumsuzluğun çözümünde üstlendiği rol itibarıyla ilgisinin bulunduğu söylenebilir.

Tapu Sicil Tüzüğü m. 14²¹ uyarınca, taşınmaz verilerine erişim sınırlandırılmıştır. Arabulucuların elektronik ortamda taşınmaz verilerini inceleyebilmesi için Tüzüğün ilgili hükmü uyarınca bir protokol oluşturulması ihtiyacı bulunmaktadır. Ancak böylesi bir protokol yapıldığında arabulucunun taşınmazlara ilişkin kişisel verilere rahatlıkla ulaşabilmesi başkaca sorunlara yol açabilir.

Arabulucuya tarafların tasarruf yetkilerini incelemeye dair bir görev verilmesi ise, hem iş yüklerini hem de sorumluluklarını artıracaktır. Öte yandan arabuluculuk kurumu kullanılarak taşınmazlara ilişkin bilgilerin öğrenilmesi suretiyle bir kimsenin malvarlığına ilişkin verilerinin hukuka aykırı işlenmesi de dahi mevzu bahis olabilir. Dolayısıyla şerhin hukuka uygunluğunun sağlanması ile bireylerin taşınmazlarına ilişkin kişisel verilerinin korunması hakkı arasında menfaat çatışması bulunmaktadır. Bu menfaat çatışmasının nasıl giderileceği ikinci mevzuatta çözümlenecektir. Şu durumda arabulucunun şerh tutanağının hukuka uygunluk değerlendirmesini yapabilecek tek merci, şerhi koyacak olan tapu sicil müdürlüğüdür.

²¹ “Mahkemeler, Cumhuriyet başsavcılıkları, icra ve iflas müdürlükleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının görevleriyle ilgili taşınmaz verilerine erişimi protokol düzenlenerek sağlanabilir. Erişim hakkına sahip kuruluşlar, taşınmaz ile ilgili verileri TAKBİS üzerinden alırlar. (2) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile taşınmaza ilişkin konularda faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler, kendi işleriyle sınırlı olmak üzere, düzenlenecek protokol kapsamında gerekli verilere erişebilirler. (3) TAKBİS üzerinden sorgulama yapılabilmesi için, Genel Müdürlük tarafından belirlenecek sözleşme imzalanır. Bu sözleşmede, erişimin türü ve şekli, erişim kontrolü, verilerin kullanım amacı, üçüncü kişilere kullandırılmasına ilişkin sınırlamalar ve amacı dışında kullanımın sonuçları yer alır. (4) Taşınmaz malikleri ile taşınmaz üzerinde hak sahibi olanlar, düzenlenecek sözleşme şartları dahilinde verilere erişebilirler. (5) Tapu sicilinde kayıtlı taşınmazın tanımlayıcı bilgileri herkes tarafından sözleşme şartları kapsamında sorgulanabilir. (6) Verilere erişim hakkının kötüye kullanılması hâlinde, özel kanun hükümleri saklı kalmak üzere, TAKBİS’e erişim derhâl durdurulur. (7) TAKBİS verilerine erişime ilişkin döner sermaye katılma payını ve bunun istisnalarını belirlemeye Genel Müdürlük yetkilidir.”

4. Arabulucunun Talebi

TST m. 16 uyarınca, kanunlarda veya Tüzükte belirlenen istisnalar dışında, yazılı bir talep olmadıkça tapu sicili üzerinde işlem yapılamaz. Tapu müdürlüklerine yapılacak her türlü tapu işlemine yönelik taleplerde “başvuru istem belgesi” düzenlenir. Tüzükte, aynı zamanda talepte bulunabilecekler de düzenlenmiştir. Buna göre, kanunî istisnalar dışında, tapu sicilinde hak sahibi olan kişiler, tapu sicili üzerinde işlem yapılması talebinde bulunabilir.

HUAK m. 17/B/2 hükmünde, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda, tasarrufu kısıtlayıcı şerh konulması için belirli şartlar altında arabulucu talepte bulunmaya yetkili kılınmıştır. Arabulucunun tapu sicilinde şerh konulması bakımından talepte bulunmasının, hak sahiplerinin talepte bulunabilmesine ilişkin genel kurala kanuni bir istisna getirdiğini belirtmek gerekir.

TST m. 18 uyarınca, tapu sicili üzerinde işlem yapılmasına ilişkin talepler, müdür veya görevlendireceği tapu görevlisi tarafından incelenmeli ve talebin hak sahibi tarafından yapıp yapılmadığı belirlenmelidir. Bu bağlamda, tapu sicil müdürlüğünün arabulucunun talebinin HUAK m. 17/B/2 hükmünde belirtilen şartları taşıyıp taşımadığı açısından değerlendirilmesi gerekir. Elbette ki, bu halde, müdürlüğün talepte bulunan kişinin arabulucu olup olmadığını, söz konusu uyuşmazlık bakımından arabuluculuk sürecini yürütüp yürütmediğini değerlendirmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında müdürlüğün, şerh talebinde bulunan arabulucunun talebe konu taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkta arabuluculuk sürecinde arabulucu vasfını taşıyıp taşımadığını denetlemeye imkan veren bir prosedüre ihtiyaç vardır. Taraflarca yapılan şerh sözleşmesinden ya da buna ekli ayrı bir belgeden talepte bulunan kişinin taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde arabulucu vasfını taşıdığı anlaşılmaması gerekir. Bu durumun Yönetmelikte veya TST m. 18’de²² ayrıca ve açıkça düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır.

²² “Hak sahibinin belirlenmesi MADDE 18 – (1) İstem, müdür veya görevlendireceği tapu görevlisi tarafından incelenir ve istemin hak sahibi tarafından yapıp yapılmadığı belirlenir. (2) İstemde bulunan hak sahibi gerçek kişi ise, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaralı nüfus cüzdanı istenir, ibraz edilen kimlik bilgileri ile tescile esas belgelerde yer alan nüfus bilgileri karşılaştırılarak istemde bulunan ile hak sahibinin aynı kişi olup olmadığı tespit edilir. (3) Hak sahibinin tespit edilmesine yönelik kimlik doğrulama yöntemlerini belirleyerek her türlü teknolojik güvenlik

Şerh talebinin ne şekilde ileri sürüleceği hususunda HUAK m. 17/B/2 hükmünde ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Şu haliyle arabulucunun TST uyarınca bir istem belgesiyle tapu sicil müdürlüğüne başvurması gerekmektedir. Ancak arabulucuya ilişkin kimlik tespitinin ve yetki incelemesinin kolaylaşması açısından, UYAP kapsamında arabuluculuk bilgisi sistemi ile TAKBİS arasında bir bağlantı kurularak şerh taleplerinin elektronik ortamda iletilmesini sağlayacak bir kanal kurulması düşünülebilir. Bu sayede, sicile kayıtlı bir arabulucu tarafından talepte bulunulduğu, sistem üzerinden rahatlıkla tespit olunabilir.

Arabulucunun şerh anlaşmasını, bu husustaki tutanağı ve şerhe ilişkin talebi, UYAP üzerinden arabuluculuk portalla göndermesine ilişkin teknik altyapının kurulması, hem süreci hızlandıracak; hem de hak kayıplarının önüne geçecektir. Zira arabulucunun imzasının ya da talebinin kontrolü bağlamında hukuki güvenlik sağlanacaktır. Arabulucu, UYAP Portalına kendi şifresiyle gireceği ve bu suretle de kimlik kontrolü sağlanacağı için güvenlik açıklarının büyük bir kısmının önüne geçilecektir. Öte yandan tarafların anlaşmasından hemen sonra, arabulucunun bu durumu tutanak altına alması ve UYAP üzerinden tapu sicilinden talepte bulunması halinde, aynı gün içinde -hiç zaman kaybedilmeden- şerhin konulması sağlanabilecektir.

önlemlerini almaya Genel Müdürlük yetkilidir. (4) İstem vekâleten yapılmışsa, vekilden 18/1/1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanununa göre düzenlenmiş ve istem konusu işleri yapmaya yetkili olduğunu içerir vekâletname istenir. Tapu işlemi için düzenlenecek vekâletnamelerde, vekâlet verenin imzasının bulunması zorunludur. Vekil, tevkil yetkisine dayalı olarak bir başkasını vekil tayin etmiş ise, dayanağı olan vekâletname de aranır. Vekilin kimliği belirlendikten sonra, tapu sicilindeki hak sahibi ile vekâletnamedeki vekâlet verenin kimliği ikinci fıkra hükmüne göre karşılaştırılır. (5) İstem bir tüzel kişi adına yapılmış ise, tüzel kişinin istemde bulunulan işlemi yapabileceğini ve temsilcilerini belirten, kanunlarda yazılı mercilerden alınmış yetki belgesi ve imza sirküleri aranır. Yetki belgesinde, temsilcinin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasının da bulunması zorunludur. (6) İstemde bulunan kişi kanunî temsilci ise, yetkili olduğunu belirten karar veya belge istenir. (7) İstem, kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılırsa, bu kamu kurum ve kuruluşlarının ve temsilcilerinin yetkilerinin olup olmadığı belirlenir. (8) Yabancı uyruklu gerçek kişiler ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin tapu ve kadastro işlemlerinde kullanılacak belgeleri belirlemeye Genel Müdürlük yetkilidir.” Bu hükme eklenecek bir fıkrayla HUAK’a göre şerh talebinde bulunacak arabulucuların yetkisinin incelenmesi düzenlenebilir. Düzenlemede hem kişinin arabulucu olup olmadığı; hem de şerhin konulacağı taşınmazı konu alan bir arabuluculuk faaliyetini yürütüp yürütmediğinin incelenmesi gerekliliği vurgulanmalıdır.

Tarafların şerh sözleşmesi yapmalarına ve bu husustaki iradelerine rağmen arabulucunun şerh talebinde bulunmaması arabulucunun görevinin ihmali sonucunu doğurur. Bu halde taraflar, arabulucuyu Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na şikayet etmek suretiyle arabulucu hakkında disiplin prosedürünün uygulanmasını sağlayabilirler. Ancak arabulucu disiplin prosedürüne rağmen şerh talebinde bulunmazsa, şerhin konulmamasından kaynaklı zararlardan sorumlu olması gerekir.²³

Keza taraflar arasında geçerli bir şerh sözleşmesi bulunmamasına rağmen, şerh talebinde bulunan arabulucu da, şartları bulunmadığı halde yapılan yolsuz şerhten kaynaklanan zararlardan -kusuruna dayalı olarak- sorumlu olmalıdır. TMK m. 1007 uyarınca, tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumlu olduğundan, bu çerçevede doğan zararın giderilmesi, kusursuz sorumluluk kuralları kapsamında öncelikle devletten istenebilir. Arabulucuya karşı ise zarar gören genel hükümlere göre talepte bulunabilir.

B. Şerhin Tapu Siciline İşlenmesi

Tapu memuru, arabulucunun talebi üzerine şerhi yapmadan önce, uyuşmazlığın taraflarının söz konusu taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını sağlama yetkisine sahip olup olmadıklarını; eğer sözleşme temsilci aracılığıyla akdedilmişse, temsilcilerin yetkili olup olmadıklarını incelemekle yükümlüdür. Bu kapsamda talep olunan şerhin, hem hukukilik hem de gerçeklik denetimi yapıldıktan sonra işlenmesi, TMK'nın 1007. maddesi de dikkate alındığında önem taşır. Ayrıca şerh konulmadan önce taraflar arasında devam eden bir arabuluculuk süreci bulunup bulunmadığının ve şerh talebinde bulunan kişinin bu arabuluculuk faaliyetini arabulucu sıfatıyla yürütüp yürütmediğinin de dikkate alınması gerekir. Bu şartların kümülatif olarak bulunması halinde şerh konulmalıdır. Bu şartları taşınmayan taleplerin reddi gerekir.

Şerhin etkisi, TAKBİS'te elektronik ortamda yazılmış olmak şartıyla, yevmiye defterine yapılan kayıt tarihi itibarıyla başlar (TMK m. 1022/1-2).

²³ Buradaki sorumluluğun temelinde arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilen arabulucu sözleşmesinin ihlali bulunmakla beraber; arabulucunun haksız fiil sorumluluğu da gündeme gelebilir. TBK m. 60 uyarınca, arabulucunun sorumluluğunun, sözleşmeye aykırılık ve haksız fiil şeklinde birden çok sebebe dayandırılabilirdiği hallerde mahkeme, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermelidir.

Şerhler 02.07.2015 tarihine kadar tapu kütüğü ve kat mülkiyeti kütüğünün ilgili sütunlarına kaydedilmekteydi. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 23.06.2015 tarih ve 2015/4 (1766) sayılı Genelgesi ile bu durum değişmiş ve 02.07.2015 tarihinden itibaren şerhler ve beyanların yalnızca elektronik ortamda tutulmasına karar verilmiştir. Tapu memurlarının iş yükünün azaltılması ve teknolojik imkanlar ile iş gücünün daha verimli kullanılması sebeplerine dayanan bu uygulama neticesinde artık şerhler ve beyanlar ile ilgili kayıtlar yalnızca elektronik ortamda tutulmaktadır.

Hak kayıplarının önüne geçilmesi için HUAK m. 17/B/2 kapsamındaki şerhlerin derhal tapu siciline işlenmesinin sağlanması elzemdır. Bu bağlamda yukarıda belirtilen bilişim kanalının kurulmasına ilişkin ihtiyacı ve önemi tekrar vurgulamak gerekir. Elektronik ortam şerh taleplerin eş zamanlığını da engelleyecektir.

HUAK m. 17/B/2 hükmü çerçevesinde arabuluculuk süreci, tarafların yazılı anlaşması, arabulucunun tutanağı veya talebine ilişkin şartlardan herhangi birinin bulunmamasına rağmen tapu siciline tasarrufu kısıtlayıcı şerh konulursa; bu şerh, yolsuz olacaktır. Yolsuz şerhin kaldırılması için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilmesi mümkün olmalıdır. Nasıl ki kişisel hakların şerhinde, şerh sözleşmesi yapılmadan veya geçersiz şerh sözleşmesine rağmen konulan yolsuz şerhler mahkeme kararıyla kaldırılabilir²⁴; arabuluculuk sürecindeki yolsuz şerhlerin de mahkeme kararıyla kaldırılması istenebilir.

IV. ŞERHİN ETKİSİ

Hak sahibinin tasarruf yetkisinin kısıtlanması, kişinin fiil ehliyetinin kısıtlanmasının aksine, genellikle hak sahibinin kendisinin değil; onun yapacağı hukuki işlemlerden zarar görmesi muhtemel kişilerin korunması amacıyla yönelmiştir²⁵. Hak sahibinin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının en temel etkisi, sınırlama yapıldıktan sonra gerçekleştirilen tasarruf işlemlerinin

²⁴ Şahan, *Kişisel Hakların*, 148. "Tapu kütüğüne, davalı Belediye Başkanlığının isteği üzerine, davacının temlik hakkını yasaklamak amacıyla, kanuna aykırı biçimde işlenen tedbir şerhinin kaldırılması talebi üzerine, mahkemece şerhin kaldırılmasına karar verilmesi usul ve kanuna uygundur." Y. 14. HD, E. 2006/6272, K. 2006/7643, 28.06.2006 (Legalbank).

²⁵ Kudret Ayiter, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri* (Ankara: Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1953), 119; Badur ve Turan Başara, "Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması," 276; Doğan, *Tasarruf Yetkisi*, 26.

-kural olarak- geçerli olmamasıdır²⁶. Söz konusu çıkarım TMK'nın 1010/2. maddesiyle de uyumludur. Kanun koyucu TMK'nın 1010/2. maddesinde, ilk fıkrada belirtilen kısıtlamaların tapu siciline şerh verilmesinin, şerhin konusunu oluşturan kısıtlamaların, taşınmaz üzerinde şerhten sonra kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilmesini sağlayacağını düzenlemiştir²⁷.

Maddeden anlaşılan taşınmazın sayfasına konulan tasarruf yetkisini sınırlayıcı şerhe rağmen malikin tasarruf işlemi yapmayı sürdürebildiğidir. Ancak malikin üçüncü kişilerle yaptığı tasarruf işlemleri sonrasında, “taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan haklar”dan söz edilmesi mümkün olabilir. HUAK'ta arabuluculuk sürecinde konulan şerhin etkisine dair başkaca bir düzenleme yer almadığından, arabuluculuk sürecinde konulan tasarruf yetkisini sınırlayan şerhe de TMK'nın 1010/2. maddesinin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Sonuç olarak arabulucunun talebiyle şerhin işlendiği tarihten sonra taşınmaz üzerinde hak kazanan kişilere karşı, şerhin etkisinden yararlanılabilmesi mümkündür²⁸.

Tapu Sicili Tüzüğü'nün 46. maddesinde TMK'nın 1010. maddesinde yer verilmeyen bir sınıflandırmaya gidilmek suretiyle “tasarruf yetkisini kısıtlayan veya yasaklayan şerhler” ifadesi kullanılmıştır. Düzenlemenin 48. maddesinin kenar başlığının “Tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler için aranacak belgeler” ve 49. maddesinin kenar başlığının da “Tasarruf hakkını yasaklayan şerhler için aranacak belgeler” olarak belirlenmiş olması, Tüzük'te konuya ilişkin iki ayrı şerh türüne dair düzenleme yapıldığı hakkında şüpheye yer bırakmayacak açıklıktadır.

²⁶ Doğan, *Tasarruf Yetkisi*, 31; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 690.

²⁷ “Şerhten sonra taşınmaz üzerinde hak iktisap eden kişilere karşı, şerh edilen şahsi hakkın ileri sürülmesini sağlar. Bu bakımdan bu şerhler, taşınmaz malikin tasarruf yetkisini teorik olarak ortadan kaldırmaz ise de, uygulamada mahkemeler, malikin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaya, başka bir deyişle, tapu sicilini kilitleyici şekilde şerh kararları vermektedirler.” Ertaş, *Eşya Hukuku*, 173. Aynı yönde Akçaal, *Eşya Hukuku*, 287; Melek Bilgin Yüce ve Etem Saba Özmen, “Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratın Davalarda Verilen (TMK m.1010/B.1 ve TMK m.1011/B.1) Şerhleri ve Sonuçları,” *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 4 (2022): 327.

²⁸ “Söz konusu şerhler, zaten bir dava olduğu konusunda, işlem yapan üçüncü kişileri uyarmaktadır; üçüncü kişiler, taşınmazda hak sahibi oldukları takdirde, söz konusu davanın sonuçlarına katılmakla yükümlü olduklarını bilerek işlemleri yapmaktadırlar.” Bilgin Yüce ve Özmen, *Şerhleri ve Sonuçları*, 354.

Tüzüğün 48. maddesinde tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler hakkında yapılan düzenleme incelendiğinde haciz ve ihtiyati haczin, artmirasçı atanmasının ve çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarının bu kapsamda değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık Tüzüğün 49. maddesinde tasarruf hakkını yasaklayan şerhler kapsamında ihtiyati tedbire ilişkin mahkeme kararları veya yazısı, kamu haczi, iflas veya konkordato ile verilen sürenin şerhi, aile konutu şerhi, aile yurdu kurulması, eşlerden birinin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması düzenlenmektedir. Her iki maddenin son bendinde de “*Kanunların kısıtlayıcı/yasaklayıcı şerh verilmesini öngördüğü diğer hallerden*” söz edilmiş olması, yapılan saymanın sınırlı sayıda olmadığına işaret etmektedir.

TMK’da ve Tapu Kanunu’nda tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhlere dair yapılmamış bir ayırımın Tüzük’le düzenlenmesinin normlar hiyerarşisi açısından sakıncaları²⁹ bu çalışmanın konusu dışında kalmakla birlikte, HUAK’ta düzenlenen şerhin niteliği açısından kanun koyucu tarafından Tüzük’te kabul edilene benzer bir ayırım yapılmamış olduğunun belirtilmesi zorunludur. Ancak hem HUAK’ta düzenlenen şerhin amaçsal olarak en yakın olduğu şerhin çekişmeli hakların korunmasına ilişkin olan şerh olması ve bu şerhin Tüzüğün 48. maddesinde tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler arasında değerlendirilmesi; hem de TMK’nın 1010/2. maddesinin etkisinin göz önünde bulundurulması suretiyle, HUAK’ta düzenlenen şerhin, tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhlerden olduğu sonucuna varılmaktadır.

Başka bir ifadeyle bu şerh, kural olarak taşınmaz üzerinde hak sahibi olan kişinin (malikin veya devredilebilir sınırlı ayni haklar açısından hak sahibinin) tasarruf yetkisinin kısıtlamasına ilişkin olup; bu kişinin tasarruf yetkisinin tamamen kaldırılmasına yol açmaz. Uyuşmazlık konusu taşınmazın sayfasını, tapu sicilindeki tescil veya terkinlere kapatmaz.³⁰

²⁹ Nesibe Kurt Konca, “İhtiyati Tedbir Kararlarına Konu Olan Tapu Sicili Şerhleri,” içinde *Tapu Sicili Sempozyumu*, ed. Hayrunnisa Özdemir, İlker Öztas (Ankara: Seçkin 2022): 162.

³⁰ Ancak uygulamada hakim, tedbir kararında tasarruf yetkisi kısıtlamasını ve buna ilişkin şerhi yeterli koruma tedbiri olarak görmediğinden olsa gerek, davanın sonuçlanmasına kadar malikin o taşınmaz üzerinde her türlü tasarrufta bulunmasını yasaklayan ve böylece tapu kütüğünü tüm işlemlere kapatan -diğer bir ifadeyle kilitleyen- bir ihtiyati tedbir kararı verebilmektedir. Akçaal, *Eşya Hukuku*, 287; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 173; Doğan, *Tasarruf Yetkisi*, 145; Ercoşkun Şenol, “Geçici Tescil Şerhi,” 400; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 247; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 690. Tapu sicilinin kilitlenmesi kavramı, mahkeme veya başka bir resmi

Şerhin konulmasından sonra hak sahibinin tasarruf işlemleri yapması ve bu tasarruf işlemlerinin sonucu olan tescil veya terkinlerin, şerhle bağdaşmasa dahi, tapu siciline işlenmesi mümkündür.

Yapılan tespitler sonucunda arabuluculuk sürecinde konulan şerhin etkisinin, bu şerhten yararlanan kişinin, uyuşmazlığın anlaşmayla çözümlenmesi halinde, arabuluculuğun tarafı olan hak sahibine karşı ileri sürebileceği talepleri, şerhten sonra o taşınmaz üzerinde hak sahibi olanlara karşı da yöneltebilmesini TMK'nın 1010/2. maddesi çerçevesinde mümkün hale getirir³¹.

Şerhten yararlanan kişi, kişisel hakkına dayanarak açtığı davanın lehine sonuçlanması halinde, lehine verilen kararın kesinleşmesiyle birlikte kendi adına mülkiyet hakkının veya diğer sınırlı ayni hakların tescilini talep edebilir³². Bu durumda şerhe rağmen taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olanlar, şerh lehdarının hakkını elde etmesine katlanmak zorunda olup, tasarruf yetkisi kısıtlamasını bilmediklerini ileri sürerek iyiniyet iddiasında bulunamazlar.³³ Benzer bir etkinin HUAK'ın 17/B/2. maddesinde düzenlenen şerh açısından da kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Aynı taşınmazı konu alan birden fazla arabuluculuk sürecinin, farklı arabulucular tarafından eş zamanlı olarak yürütülmesi halinde, ortaya tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını konu alan birden fazla şerh talebinin de çıkması mümkündür. Şöyle ki, malik M'nin A isimli kişi ile arasındaki satış sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın Arabulucu 1 ve malikin lehine üst irtifakı kurduğu Ü ile arasındaki uyuşmazlığın Arabulucu 2 tarafından çözüme ulaştırılmaya çalışıldığı bir süreçte, her iki arabulucunun da tarafların anlaşmasıyla tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını konu alan şerh

makam tarafından verilen kararlar, başta tapu kütüğü olmak üzere belirli ana sicillerde, bir sonraki karara veya belirli bir süreye ya da belirli bir durumun gerçekleşmesine kadar fiilen hiçbir kaydın icra edilememesi olarak ifade edilmektedir. Gümüş, *Yeni Şerhler*, 79.

³¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 248; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 690; Selahattin Sülhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicili Mülkiyet* (İstanbul: Filiz, 1989), 382; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 404; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 173; Ayan, *Eşya Hukuku*, 407; Doğan, *Tasarruf Yetkisi*, 142 vd.; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 13.

³² Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 690; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 690; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 249; Doğan, *Tasarruf Yetkisi*, 143; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 13; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 404.

³³ Doğan, *Tasarruf Yetkisi*, 143.

talebinde bulunması söz konusu olabilir. İlk bakışta bunlardan birinin tapu siciline şerh edilmesi halinde, artık diğerinin şerh edilmesine ihtiyaç olmadığı düşünülebilirse de; şerhin tarafların anlaşmasıyla veya arabuluculuk sürecinin sona ermesiyle ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, her iki şerhin de işlevinin olduğu görülecektir.

Bu noktada şerhin zaman yönünden etkisinin başlamasının, tapu siciline işlenme anı olduğunun da belirtilmesi yerinde olur. Uyuşmazlığın taraflarının yazılı olarak anlaştığı, arabulucunun bunu tutanak altına aldığı veya tapu müdürlüğünden şerhin konulmasına yönelik talepte bulunduğu anlar, şerhin etkisini göstermesi için yeterli değildir. Şerh tarafların bu konuda anlaşması veya arabulucunun söz konusu anlaşmayı tutanak altına aldığı tarihte değil; tapu siciline işlendiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur.³⁴ Bu açıdan şerh, tasarruf yetkisinin kısıtlanması açısından açıklayıcı değil; kurucu bir etkiye sahiptir.

Şerhin arabuluculuk görüşmelerindeki gizlilik ilkesi üzerine etkisini de ayrıca ele almak gerekir. Zira tapu sicilinin aleniliği ile arabuluculukta gizlilik ilkesi birbiri ile çatışmaktadır. TMK m. 1020 uyarınca, ilgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir.³⁵ Dolayısıyla ilgisini inanılır kılmak kaydıyla bir kişinin, tapu siciline konulan arabuluculuk şerhini öğrenebilmesi ve şerhle ilgili bilgileri edinmesi mümkündür (TST m. 84, 85). Her ne kadar tapu sicili herkese açık olsa da kayıtların incelenmesi için ilgili olmak şartının aranıyor olması sebebiyle, arabuluculuk görüşmelerinin gizliliğinin, şerhle tamamen ortadan kalktığını söylemek yerinde olmaz. Taraflar aralarında yaptıkları şerh sözleşmesiyle, aynı zamanda şerhin gerektirdiği ölçüde arabuluculukta gizlilik ilkesini sınırlandırmış sayılmalı; şerhin dışında kalan hususlarda -örneğin karşılıklı sulh, kabul, feragat teklifleri gibi- gizlilik ilkesinden kaynaklanan yükümlülükler -aksi kararlaştırılmadıkça- devam etmelidir.

³⁴ Aslında şerh, ilgili kütüğe işlendiği tarihte değil; şerh talebinin yevmiye defterine yazıldığı tarihten itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Başka bir ifadeyle tapu memuru tarafından ilgili kütüğe geçirilmesi kaydıyla, tescilde benimsenen ilke gereğince şerhin etkisi de yevmiye defterine yazıldığı ana kadar geriye yürür. Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku*, 689; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 689.

³⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gökhan Antalya, "Eşya Hukukuna Hâkim İlkelere Aleniyet İlkesi," *MÜHF-HAD Bülent Tahiroğlu'na Armağan* 23, no. 3, (2017): 419-440.

V. ŞERHİN SONA ERMESİ

Tasarruf yetkisini kısıtlayıcı şerhler kural olarak, şerhin süresinin dolmasıyla birlikte kendiliğinden sona erer. Buna ek olarak şerhin konulmasıyla güdülen amaca ulaşılması ve şerhle sağlanan korumaya ihtiyaç kalmaması da şerhi sona erdirir. HUAK m. 17/B/2 hükmündeki şerhte, diğer tasarrufu kısıtlayıcı şerhlerden farklı olarak şerhin kaldırılması konusunda tarafların anlaşması da kanunla açıkça düzenlenmiştir.

A. Arabulucunun Talebiyle Şerhin Sona Ermesi Halleri

Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşamaması veya şerhin kaldırılması konusunda anlaşması, arabulucunun talebiyle şerhin sona ereceği haller olarak HUAK m. 17/B/2 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Esasen bu hallerde, şerhi sona erdiren arabulucunun talebi değil; tarafların iradeleridir. Ancak şerhin konulması için taraf iradelerinin arabulucu tarafından tutanak altına alınması ve arabulucunun talepte bulunması kuralına paralel olarak; şerhin sona ermesinde de taraf iradelerinin birleşmesi ve arabulucunun talebi aranmıştır.

1. Tarafların Uyuşmazlık Konusunda Anlaşamaması

Şerhin kanuni dayanağı, esasen taraflar arasında devam eden bir arabuluculuk sürecinin varlığıdır. Kanuni dayanağı ortadan kalkan şerhlerin terkinin istenebilir³⁶. Bu sebeple tarafların anlaşamaması nedenle uyuşmazlığın sona erdiği hallerde, arabuluculuk süreci de sona ereceğinden şerhin korunmasında hukuki yarar bulunmamaktadır.

İlgili hükümde, arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşamaması dışında diğer bir nedenle son bulması hallerinde, arabulucunun şerhin kaldırılması için talepte bulunup bulunmayacağı açık değildir. Zira HUAK m. 17 uyarınca, tarafların anlaşmaya varması, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi ve uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi hâllerinde arabuluculuk faaliyeti sona ermektedir. Bu durumlarda, taraflar anlaşmamış olduğundan

³⁶ Mustafa Serdar Özbek, “Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları,” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1, (Ocak 2017): 69.

HUAK m. 17'deki arabuluculuğu sona erdiren diğer olasılıklarda da şerhin geçerlilik süresi henüz dolmamışsa, arabulucunun şerhin kaldırılması konusunda talepte bulunması gerekir.

Arabuluculuk son tutanağının, arabulucunun şerhin kaldırılmasına yönelik talebine eklenmesi gerekir. Bu halde son tutanağın gizliliğinden bahsolunmaz. Zira sürecin sona erdiğinin belgelenmesi ancak son tutanağın ibrazıyla mümkündür.

Bu hususta düzenlenecek ikincil mevzuatta, şerhin tarafların anlaşamaması sebebiyle kaldırılmasında arabulucunun talebine tarafların anlaşmadığına dair son tutanağın eklenmesi gereğinin düzenlenmesi uygun olur. Keza HUAK m. 17/B/2 uyarınca şerhin konulmasından itibaren üç aylık sürenin geçmesi, şerhi kendiliğinden sona erdireceğinden, bu olasılığın ancak, üç aylık sürenin henüz dolmadığı hallerde uygulanabilir olduğunun belirtilmesinde de fayda vardır.

2. Şerhin Kaldırılması Anlaşması

Şerhin koyulabilmesi için taraflar arasında yapılan sözleşmenin geçerliliğine ilişkin unsurlar, kural olarak şerhin kaldırılmasını konu alan anlaşma için de aranmalıdır. Ayrıca Kanun metninde bu husus açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, tarafların şerhin kaldırılmasını konu alan anlaşmaları da yine arabulucunun tutacağı bir tutanakla belgelenmeli ve bu suretle tapu müdürlüğünden şerhin kaldırılması talep olunmalıdır. Keza şerhin konulmasından itibaren üç ayın geçmesi halinde, şerh kendiliğinden kalkacağından, tarafların şerhin kaldırılmasına ilişkin anlaşmayı, üç aylık sürenin dolmasından evvel yapmaları gerekir.

Tarafların şerhin kaldırılması konusundaki anlaşmalarına rağmen, arabulucunun bu konuda talepte bulunmaması halinde, başvurulacak hukuki yol da kanun metninde belirlenmemiştir. Ancak böyle bir durumda tasarruf yetkisi sınırlandırılan malikin (veya sınırlı aynı hak sahibinin), şerhin kaldırılmasını talep yetkisine sahip olduğu kabul olunmalıdır. Yargıtay³⁷, tasarruf yetkisini sınırlandıran bir şerhin terkinin talebiyle ilgili olarak önüne gelen uyuşmazlıkta “*Şerhten amaç; dair bulunduğu hukuki durumu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirmek, hukuki duruma aleniyet kazandırmaktır. Bu yönü ile şerh aynı bir etki özelliğini gösterir. Yasal dayanağı kalmadığında ise terkinin istenilebilir.*” ifadesini kullanarak, işlevi sona eren şerhlerin terkin olunacağını açıkça belirtmiştir.

³⁷ Y. 14. HD, E. 2012/11856, K. 2012/14168, 05.12.2012.

B. Sürenin Dolmasıyla Şerhin Kendiliğinden Sona Ermesi

Şerhin etkisi, HUAK 17/B/2 hükmündeki açık düzenleme uyarınca üç ay süreyle sınırlıdır. Şerhin konulmasından itibaren üç aylık sürenin dolması halinde, arabuluculuk görüşmelerinin devam edip etmediği veya tarafların anlaşılma anlaşmadığı önem arz etmeksizin şerh kendiliğinden kalkmaktadır.

Taraflar aralarındaki şerh konulmasına dair sözleşmede, şerhin etkisi konusunda daha uzun bir süre öngörmüş olsalar dahi; tapu müdürlüğü, üç aydan daha uzun bir süreyle şerh koyamaz. Ancak Kanunda “*konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek üzere tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh*” verilmesinden bahsolunduğu için, daha kısa süreyle şerh verilmesinin kanunun lafzına göre mümkün olduğu söylenebilir. Daha kısa süreyle şerh konulduğu hallerde, bu sürenin dolmasıyla da şerhin sona ereceği kabul edilmelidir.

Üç aylık sürenin dolmasıyla şerhin kendiliğinden sona ermesi, ihtiyari arabuluculuk görüşmelerinin bir süre sınırına tabi olmaması ile bağdaşmamaktadır. Bu sürenin dava şartı arabuluculuk süreleri ile de bağdaştığı söylenemez. Dava şartı arabuluculukta, hak arama özgürlüğünün engellenmemesi amacıyla süre sınırı getirilmiştir. Buna göre dava şartı arabuluculukta, istisnaları olmakla birlikte³⁸, arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde arabuluculuğu sonuçlandırması gerekir. Zorunlu hâllerdeyse, arabulucu, süreyi en fazla bir hafta uzatılabilir (HUAK m. 18/A/9).

Buna karşılık şerhe ilişkin üç aylık süreyle, mahkeme içi arabuluculukta yargılamanın ertelenmesi süresi arasında ilişki kurulabilir. HUAK m. 15/5 uyarınca, dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenmektedir. Bu sürenin, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilmesi mümkündür. Bu bağlamda kanun koyucunun ihtiyari arabuluculuk görüşme süresine dair üç aylık bir ortalama süre öngördüğü; bu öngörü ile paralel olarak şerh süresini belirlediği söylenebilir. Tam bir paralellik sağlanması açısından üç aylık süre içerisinde arabuluculuk görüşmelerinin sona ermemesi ve tarafların arabuluculuk

³⁸ Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A/2. maddesinde yer verilen “*Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.*” kuralı, dava şartı arabuluculuğun süresine dair istisna kuralıdır.

sürecine devam etme iradelerinin arabulucu tarafından tespiti halinde şerh süresinin üç ay daha uzatılabilmesi kanunda düzenlenebilirdi.

Diğer bir olasılık, şerhin daha uzun sürelerle konulabileceği yönünde taraflara şerh sözleşmesi yapma imkanı getirilmesi olabilirdi. Halihazırdaki durumda, şerh süresinin sona ermesi dolayısıyla şerhin kendiliğinden kalkmasından sonra, tarafların şerhin konulmasına dair şartların varlığı halinde tekrar şerh koydurabilmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Zira, kanunda şerhin bir defaya mahsus konulabileceğine ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir.

Üç aylık süreye ilişkin asıl sorun, tarafların taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliğini içeren bir anlaşma yapmaları ve bu anlaşmayı derhal yerine getirmeyip, icra edilebilirlik şerhi için sulh hukuk mahkemesine başvurmaları halinde yaşanabilir. Üç aylık süre dolduğundan şerhin kaldırıldığı ve fakat icra edilebilirlik şerhi alınması talebi henüz sulh hukuk mahkemesi tarafından karara bağlanmadığı hallerde, daha önce konulan şerh herhangi bir fayda sağlamayacaktır. Tarafların özellikle taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliği doğuracak şekilde anlaştığı hallerde, taraflar anlaşmanın gereklerini kendiliklerinden yerine getirinceye kadar veya icra edilebilirlik şerhine ilişkin sulh hukuk mahkemesi kararı kesinleşinceye kadar tapu sicilindeki tasarrufu kısıtlayıcı şerhin sona ermemesi daha yerinde olurdu.

Mevcut düzenleme uyarınca üç aylık sürenin dolmasıyla tapu sicilindeki şerh sona ereceğinden, tarafların anlaşmasının henüz yerine getirilmediği hallerde, sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınmasının yanı sıra, tasarrufu kısıtlayıcı şerhin etkisinin devamının sağlanması için ayrıca bir geçici hukuki koruma kararı alınması ihtiyacı hasıl olmaktadır.

İcra edilebilirlik şerhi alınması çekişmesiz yargı işidir (HUAK m. 18/3). HMK'nın 389/2. maddesi uyarınca niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de ihtiyati tedbir kararı alınabilecektir³⁹. Keza, icra edilebilirlik şerhi alınması hakkında verilen karara karşı istinafa

³⁹ Öğretide, kıymetli evrakın iptali talebiyle çekişmesiz yargı sürecine başvurulduğunda, yargılama boyunca senedin kullanılmasına imkân olan hallerde; senedin kullanılmasını, bu çerçevede senedin devredilmesini ya da ifa talebiyle borçluya ibraz edilmesini önlemek için ihtiyati tedbir kararı alınabileceği belirtilmektedir. Cengiz Serhat Konuralp, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, no. 2, (2013): 227.

başvurulduğunda dahi ihtiyati tedbir kararı alınması söz konusu olabilir. İlk derece mahkemesinin kararı üzerine tedbir hakkında kanun yolu incelemesi yapan ve tedbir hakkında karar verebilen bölge adliye mahkemesi, aynı zamanda istinaf başvurusunu kabul etmesi üzerine veya kendisinin ilk derece mahkemesi olarak uyuşmazlığı gördüğü hâllerde, talepte bulunulması halinde de ihtiyatî tedbir hakkında karar verebilir. Bölge adliye mahkemelerinin uyuşmazlığın esası hakkında inceleme yaptığı hâllerde de ihtiyatî tedbir kararı verebileceği doktrinde kabul edilmektedir⁴⁰. Anlaşmanın yerine getirilmesine kadar olan süreçte şerhin devamına ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmadığı için, mevcut halde, genel hükümlere göre mahkemeden ihtiyati, tedbir yoluyla şerh alınması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu durum arabuluculukla ulaşılmak istenen hedeflere uygun değildir. Bu açıdan uygulama da gözlemlenerek şerhin etkisi süresinin yeniden düzenlenmesinde fayda bulunduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

7445 sayılı Kanunla, HUAK'a eklenen 17/B maddesinde taşınmazın devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi düzenlenmiştir. Aynı maddede arabuluculuk faaliyeti devam ederken, yaşanması muhtemel hak kayıplarının önüne geçilmesi amacıyla, taraflara tapu siciline şerh konulmasını sağlama imkanı da tanınmıştır. Bu şerhin konulabilmesi için taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlığın çözülmesi amacına yönelmiş ve devam eden bir arabuluculuk faaliyeti bulunması; uyuşmazlığın tarafları şerhe dair yazılı bir sözleşme yapmaları; arabulucunun hazırladığı bir tutanakla tarafların şerh sözleşmesini belgelemesi ve tapu siciline şerh talebinde bulunması şartları aranır.

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların anlaşmak suretiyle tapuya şerh verebilmeleri, arabulucunun görev ve sorumluluklarını artırmaktadır. Arabulucunun taraflar arasındaki yazılı anlaşmanın geçerliliğini incelemesi ve bunun akabinde durumu tutanak altına alıp şerh konulması hususunda tapu sicil müdürlüğünden bu hususta talepte bulunması gerekmektedir. Keza tarafların şerhin kaldırılması konusunda

⁴⁰ Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf* (Ankara: Yetkin, 2009), 44; Cemil Simil, "Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyatî Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2020): 171-194.

anlaşması halinde yine arabulucu bu hususta talepte bulunmalıdır. Ancak tarafların uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak arabuluculuk sürecinde anlaşamamaları da, arabulucunun şerhin kaldırılması prosedürünü işletmesi sonucu doğurmaktadır. Tüm bu hallerde arabulucu aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde, şerh, şerhin hüküm ve sonuçları konusunda tarafları bilgilendirmelidir. Ayrıca hak kayıplarının önüne geçilmesi için, bu işlemlerin derhal yapılması ihtiyacı da bulunmaktadır.

Bu bağlamda taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar her ne kadar esasen ihtiyari arabuluculuk kapsamında olsa da bu hususta arabuluculuk yapacak arabulucuların eşya hukuku konusunda uzmanlaşmaları önem arz etmektedir. Keza taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda bizatihi şerhle ilgili süreç arabulucuya ayrı bir külfet yüklediğinden arabulucunun bu emeğinin karşılığının, taraflar anlaşmış olsun olmasın ayrıca ücretlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. Mevcut düzenleme ışığında, arabulucunun şerhin konulması ve kaldırılması taleplerinde bulunması için tapu müdürlüğüne gitmesinin gerektiği hallerde bunun için yapmış olduğu masrafları, uyuşmazlığın taraflarından talep etmesi mümkündür.

Ayrıca, özellikle şerh talebinin tapu müdürlüğüne iletilmesi aşamasında diğer arabuluculuk türlerinde gösterilen emeğe nazaran; farklı bir faaliyet ve çaba gösterildiğine dikkat çekmek gerekir. Bu farklılıklar gözetilerek, uzmanlık alanlarının ve asgari ücret tarifesinin taşınmaza ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili hükümler uygulanmaya başlamadan revize edilmesi gereği göz önünde bulundurulmalıdır.

Arbuluculuk Daire Başkanlığının taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk kurumunun etkinliğine ilişkin değerlendirme yapabilmesini sağlamak üzere bu husustaki şerhlere ilişkin istatistiki veri elde etmesi faydalı olur. Bunun için arabulucuların şerh sözleşmesine dair tuttıkları tutanağın bir örneğini taraflarının -kişisel verilerine ilişkin haklarını ihlal etmeksizin- Daire Başkanlığına elektronik ortamda göndermesi ve şerhlerin sürelerine ve kaldırılma şekillerine ilişkin olarak UYAP Arabulucu Portalda veri toplanmasını sağlayacak bir sistem oluşturulması önerilebilir.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Akkaya, Tolga. *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*. Ankara: Yetkin, 2009.
- Alan, Volkan. "Arabulucunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü ." *Fasikül Hukuk Dergisi*, no. 64 (2015): 21-29.
- Antalya, Gökhan. "Eşya Hukukuna Hâkim İlkelerden Aleniyyet İlkesi." *MÜHF-HAD Bülent Tahiroğlu'na Armağan* 23, no. 3, (2017): 419-440.
- Antalya, Gökhan ve Murat Topuz. *Eşya Hukuku, C. IV/I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Ayiter, Kudret. *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*. Ankara: Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1953.
- Azıklı Arslan, Betül. "Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1, (2018): 189-223. (Arabulucunun Sorumluluğu)
- Azıklı Arslan, Betül. *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin, 2018. (Zorunlu Arabuluculuk)
- Badur, Emel. "Arabulucu Sözleşmesi." *Terazi Hukuk Dergisi* 15, no. 162, (2020): 248-265. (Sözleşme)
- Badur, Emel. "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 9, no. 18, (2021): 49-87. (Anlaşma Belgesi)
- Badur, Emel ve Gamze Turan Başara. "Terörle Mücadele Kanunu'nda Düzenlenen Yeni Bir Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 128, (2017): 273-306.
- Başpınar, Veysel. "Taşınmaz Satımında Vekalet." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45, (1996): 483-504.
- Bilgin Yüce, Melek ve Etem Saba Özmen. "Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratan Davalarda Verilen (TMK m.1010/B.1 ve TMK m.1011/B.1) Şerhleri ve Sonuçları." *Ankara Barosu Dergisi* 80, no. 4 (2022): 323-362.
- Can, Ozan ve Emre Kalender. "Ticari Temsilcilerin Ticari Davalara İlişkin Arabuluculuk Görüşmelerine Katılma Yetkisi Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirmeler." *Terazi Hukuk Dergisi* 17, no. 192, (Ağustos 2022): 14-18.
- Doğan, Murat. *Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2004.

- Ercoşkun Şenol, Kübra. “Geçici Tescil Şerhi.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6, no. 11 (2018): 375-407.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış, 2014.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler*. İstanbul: Vedat, 2007.
- Kayış, Emre. “TBK 548’e Göre Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Kapsamı Açısından İki Önemli Kavram: Üçüncü Kişinin İyiniyeti ve İşletme Amacı.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, (2022): 193-239.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Eşya Hukuku*. Ankara: Turhan, 2021.
- Kıyak, Emre. “6325 Sayılı Kanun’un Milletlerarası Sulh Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin m. 17/A ile Taşınmazın Devrine veya Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Kurulmasına Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin m. 17/B Düzenlemelerine Genel Bakış.” *Lexperablog*, <https://blog.lexpera.com.tr/6325-sayili-kanunun-m-17-a-ile-17-b-duzenlemelerine-genel-bakis/>, (E. T. 17.04.2023).
- Konuralp, Cengiz Serhat. “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, no. 2, (2013): 225-274.
- Kurt Konca, Nesibe. “İhtiyati Tedbir Kararlarına Konu Olan Tapu Sicili Şerhleri.” İçinde *Tapu Sicili Sempozyumu*, Ed. Hayrunnisa Özdemir, İlker Öztaş, 147-163 (Ankara: Seçkin 2022).
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz, 2021.
- Oğuz, Özgür. *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. İstanbul: Legal, 2016.
- Özmunucu, Seda. “Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 161 (2018): 9-36.
- Simil, Cemil. “Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 10/2 (2020): 171-194.
- Sirmen, A. Lâle. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Şahan, Gökhan. *Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Şen, Ersan. “Arabulucunun ve Uzlaştırıcının Hukuki Statüsü.” <https://www.hukukihaber.net/arabulucunun-ve-uzlastirmacinin-hukuki-statusu-makale,5940.html> (E. T. 11.03.2023).

Şener, Oruç Hami. *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2*. Ankara: BTHAE, 1989.

Tekinay, Selahattin Sülhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicili Mülkiyet*. İstanbul: Filiz, 1989.

Uzun Kazmacı, Özge. *Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradi Temsil*. Ankara: Yetkin, 2022.

Ünal, Mehmet ve Veysel Başpınar. *Şekli Eşya Hukuku*. Ankara: Savaş, 2017.

SEÇİMLİK YARIŞMA KAVRAMI VE BUNA DUYULAN İHTİYAÇ ÜZERİNE

On the Concept of Elective Concurrence and the Need Thereof

Emir GÖKA*

ÖZ

Seçimlik yarışma, hak sahibinin, aralarından yalnızca birini kullanmak üzere birden fazla hakkının bulunduğu durumları, yani seçimlik hak çokluklarını ifade etmektedir. Alman öğretisindeki hakim görüş bunu hem hukuki yapısı hem de bazı sonuçları itibarıyla seçimlik borç ve yetkiden ayırmakta, bağımsız bir kavram olarak ele almaktadır. Ancak bu kavramı, ifade ettiği durumlardaki sorunlara yeknesak çözümler sunmadığı sebebiyle eleştiren yazarlar olduğu gibi tamamen reddeden yazarlar da vardır. Bu tartışmalar henüz Türk ve İsviçre öğretisini etkilememiştir. Hatta burada seçimlik yarışma kavramına da oldukça az sayıda yazar tarafından yer verilmektedir. Fakat bu kavramı kullanmayan yazarlar da bununla ifade edilen durumları çoğunlukla seçimlik borç, yetki veya başka bir kavramla açıklamamakta, sadece hak sahibinin “seçimlik hakları” bulunduğundan söz etmektedir. Bu çalışmada önce Alman hukukunda seçimlik borç, yetki ve yarışma kavramları ele alınmış ve seçimlik yarışmayla ilgili tartışmalar açıklanmıştır. Sonrasında Türk ve İsviçre hukukunda aynı kavramlar incelenmiş, seçimlik yarışmanın bağımsız bir kavram olarak kabul edilmesi ihtiyacını arka planda bırakan sebeplere değinilmiş ve böyle bir kabulün isabetli olup olmadığı tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Seçimlik Yarışma, Seçimlik Borç, Seçimlik Yetki, Seçimlik Haklar, Seçim Hakkı

Makalenin Geliş Tarihi: 29.05.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 21.06.2023.

* Doktora Öğrencisi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Özel Hukuk Programı), E-posta: emir.goka@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0129-1685.

Bu makale, İ. D. Bilkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 6.6. maddesinde öngörülen, doktora tez savunmasına girebilmek için tez konusunda en az bir yayın yapmış olma şartının sağlanması amacıyla tez konusundan türetilerek yazılmıştır.

ABSTRACT

Elective/alternative concurrence refers to situations where the right holder has more than one right, but only entitled to exercise one of them; *i.e.* a plurality of elective/alternative rights. The prevailing view in the German legal doctrine distinguishes this from alternative and facultative obligations and considers it an independent concept. There are, however, authors who criticize this concept for its inability to provide uniform solutions to the problems in the situations it refers to, as well as those who reject it completely. These discussions have not yet affected Turkish and Swiss doctrines. In fact, here, only a few authors mention the concept of elective/alternative concurrence. But the authors who do not mention elective/alternative concurrence, mostly, do not either explain the situations categorized under this concept with alternative or facultative obligations or any other concept; they merely say that the right holder has “elective/alternative rights”. In this study, first, the concepts of alternative and facultative obligations, and elective/alternative concurrence in German law are examined. Then the same examination is carried out for Turkish and Swiss laws. Then the reasons that push aside the need to acknowledge the elective/alternative concurrence as an independent concept are explained, and justifiability of this acknowledgement is discussed.

Keywords: Elective/Alternative Concurrence, Alternative Obligations, Facultative Obligations, Elective Rights, Right to Choose

I. GİRİŞ

Seçimlik yarışma kavramı son yıllarda Alman hukukunda giderek yoğunlaşan tartışmalara konu olmaktadır. Bu tartışmalar kavramın hukuki yapısının nasıl açıklanacağı ve bunu diğer kavramlardan ayıran unsurların neler olduğu hakkında uyuşmazlıklardan öteye geçmekte; böyle bir kavramın var olup olmadığı, daha doğrusu dogmatik olarak var olmayı hak edip etmediği (*Existenzberechtigung*) üzerinde yoğunlaşmaktadır. *Bachmann* ve *Samhat*'ın seçimlik yarışma üzerine yakın tarihli monografilerinde¹ her

¹ Thomas Bachmann, *Die elektive Konkurrenz: Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR* (Berlin: Duncker & Humblot, 2010); Abbas Samhat, *Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB* (Tübingen: Mohr

yönüyle ele alınmış bu kavramın gerçekte var olmayı hak etmediğinin ileri sürülmesi hukuk öğretisinde sık karşılaşılan nitelikte bir iddia olmamasına rağmen, *Stamm*'in anılan monografilerden kısa süre sonra bu iddiayla kaleme aldığı makalesi öğretilde destek görmeye başlamıştır². Ana sorun, biri doğrudan kanunda düzenlenmiş, diğeri ise belli başlı münferit düzenlemelerden çıkarılmaya alışılmış seçimlik borç ve seçimlik yetki kavramlarının yanında, kanuna yabancı sayılabilecek seçimlik yarışma kavramına ihtiyaç olup olmadığıdır. Aslında *Stamm*'dan önce başka yazarlar da kavramla ilgili benzer tereddütler ileri sürmüştü, ancak özellikle seçimlik hakların arasına yenilik doğuran hakların dahil olduğu durumların seçimlik borç veya yetki kavramlarına dahil edilemeyeceğini belirterek seçimlik yarışmaya yine de varlık alanı tanımışlardır³. Alman hukukundaki hakim görüş ise aşağıda açıklanacak teorik gerekçeler ve pratik kaygılarla bağımsız bir seçimlik yarışma kavramını kabul etmektedir. Pratik kaygıların belki de en önemlisi Alman Medeni Kanunu ("BGB") §§ 262-265'teki fazla ayrıntılı ve pratik bakımından elverişsiz görülen seçimlik borca ilişkin düzenlemelerin içerdiği kısıtlamalardan arı bir kavramın el altında bulundurulmasıdır⁴.

Siebeck, 2012). Ayrıca bkz. Volker Wiese, *Alternativität in Schuldverhältnissen* (Tübingen: Mohr Siebeck 2017).

- ² Bkz. Jürgen Stamm, "Der Mythos von der elektiven Konkurrenz: Ein Plädoyer zur Rückbesinnung auf die Wahlschuld und die Ersetzungsbefugnis als Rechtsfiguren zur Bewältigung alternativer Leistungsmehrheiten," *Juristen Zeitung* 70, Nr. 19 (Oktober 2015): 920-929. Alternatif edim çokluklarını en tutarlı şekilde açıklayan bu görüşün memnuniyetle karşılanması gerektiği yönünde bkz. Alexander Krafka, "§ 262 BGB," içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.01.2023 (München: C. H. Beck, 2023), N. 13.4 (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023). Seçimlik yarışmaya yöneltilen eleştirileri dikkate alarak bunu "gerçek olmayan seçimlik borç" (*unechte Wahlschuld*) başlığı altında ele alan bir görüş için bkz. Stephan Scholz, *Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 2010), 193 vd.
- ³ Bkz. Moritz Pöschke, "Die elektive Konkurrenz," *Juristen Zeitung* 65, Nr. 7 (April 2010): 350-351, 354; Ulrich Büdenbender, "Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers – Wahlschuld oder elektive Konkurrenz? Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik beider Rechtsinstitute," *Archiv für die civilistische Praxis* 205, no. 3-4 (2005): 397 vd., 400.
- ⁴ Özellikle bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 68 vd., 71 vd., 77-79; Karl-Heinz Ziegler, "Die Wertlosigkeit der allgemeinen Regeln des BGB über die sog.

Alman hukukundaki tartışmaların henüz Türk ve İsviçre hukuklarını etkilediğini söylemek güçtür. Aksine, Türk ve İsviçre öğretilerinde, bu tartışmaların ele alınması bir yana, seçimlik yarışmaya bağımsız bir kavram veya hukuki kurum olarak yer veren yazar sayısı dahi oldukça azdır⁵. Keza bu yazarlar arasında olan *Koller* de İsviçre öğretisinde, özellikle de ders kitabı niteliğinde genel eserlerde, seçimlik yarışmanın nadiren anılan bir hukuki kurum olduğunu ifade etmektedir⁶. Kanımca aynı tespit Türk öğretisi için de geçerlidir: Türk ve İsviçre öğretilerinde seçimlik yarışmaya değinen yazarların buna gösterdiği tipik örnekler karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne bağlı haklar (Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 125)⁷, satım sözleşmesinin ayıplı ifasından kaynaklanan ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme ile sözleşmeden dönme ve bedelden

Wahlschuld (§§ 262-265 BGB),” *Archiv für die civilistische Praxis* 171, no. 3 (1971): 194 vd., 203 vd.

⁵ Başlıca örnekleri için İsviçre hukukunda bkz. Hans Merz, *Schweizerisches Privatrecht, Band 6: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1: Einleitung, Entstehung, allgemeine Charakterisierung, Die Obligation* (Basel: Helbing Lichtenhahn, 1984), 132, 141; Marius Schraner, “Art. 72,” içinde *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar-ZK), Band V: Das Obligationenrecht, Teilband V/1e: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR*, ed. Peter Gauch ve Jörg Schmid, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 2000), N. 28; Rolf H. Weber, “Art. 72,” içinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 4. Teilband: Die Erfüllung der Obligation Art. 68-96 OR*, ed. Heinz Hausheer, 2. Auflage (Bern: Stämpfli, 2004), N. 24; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage (Bern: Stämpfli, 2017), N. 2.131-2.132; Daniel Zemp, *Materiellrechtliche Anspruchskonkurrenz und zivilprozessuale Zuständigkeit nach Schweizer Recht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage* (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2018), N. 21. Türk hukukunda bkz. Rona Serozan, *Hukukta Yöntem – Mantık*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat, 2017), N. 328; Vedat Buz, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, no. 2 (Haziran 2013): 24; Gökhan Antalya, *Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt: II – Hukuk Metodolojisi* (Ankara: Seçkin, 2021), N. 644 vd.

⁶ Koller, *OR AT*, N. 2.131, dn. 86.

⁷ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Weber, “Art. 72 OR,” N. 24; Serozan, *Yöntem*, N. 328; Buz, “TBK m. 60,” 24; Antalya, *Metodoloji*, N. 644. Aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme hakkını dışarıda tutarak: Koller, *OR AT*, N. 2.131; Alfred Koller, *Schweizerisches Werkvertragsrecht* (Zürich: Dike, 2015), N. 621.

indirim hakları⁸ (TBK m. 227/I) ve eser sözleşmesinin ayıplı ifasından kaynaklanan ücretsiz onarım, eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarıdır (TBK m. 475/I)⁹. Ancak Türk öğretisindeki başlıca ders kitapları ve sistematik eserlerde bu durumlarda genellikle alacaklının seçimlik haklara sahip olduğu belirtilmekte ve bu seçimlik haklar arasında nasıl bir ilişki olduğu ayrıca değerlendirilmeden her bir seçimlik hak özelinde inceleme yapılmaktadır¹⁰. Yine seçimlik yarışmayı inceleyen yazarlardan *Serozan*, bu kavramın öğretilde pek benimsenmediğini belirtmektedir¹¹. Oysa tespit edebildiğim kadarıyla kavrama yer veren yazarların büyük çoğunluğu buna karşı çıkmazken, yer vermeyenler de değinilen durumları çoğu kez seçimlik borç veya yetki kavramları altında ele almadığı gibi başkaca bir kavram/ilişki üzerinden de nitelendirmemektedir. Dolayısıyla kanımca ortada benimsenmemeden ziyade arka planda kalma söz konusudur. Bu pasif tutumun önemli bir istisnasını oluşturan *Merz* ise açıkça seçimlik borç ve yetkiden ayrı bir seçimlik yarışma kavramını benimseyen Alman hukukundaki ince ayırımın kabul edilmemesi gerektiğini, seçimlik yarışma altında sayılan durumların seçimlik borç olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir¹².

Bu çalışmada öncelikle Alman hukukunda ayrıntılı olarak incelenmiş olan seçimlik yarışma kavramı ele alınmış, buna ihtiyaç duyulmasının sebepleri, yüklendiği işlevler ve hangi sebeplerle karşı çıktığı açıklanmıştır.

⁸ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Weber, “Art. 72 OR,” N. 24; Serozan, *Yöntem*, N. 328; Buz, “TBK m. 60,” 24; Antalya, *Metodoloji*, N. 647.

⁹ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Koller, *OR AT*, N. 2.131; Koller, *Werkvertrag*, N. 621; Peter Gauch, *Der Werkvertrag*, 6. Auflage (Zürich: Schulthess, 2019), N. 1490. Karş. Philippe Seiler, “Die Rechtsnatur des Nachbesserungsrechts beim Werkvertrag,” *Aktuelle Juristische Praxis* 18, no. 8 (2009): 990 vd.

¹⁰ Örneğin bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 27. Baskı (Ankara: Yetkin, 2022), N. 3485 vd.; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1*, 20. Bası (İstanbul: Vedat, 2022), N. 1664 vd., 1676 vd.; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 18. Bası (İstanbul: Beta, 2021), N. 197.2 vd.; M. Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt-1*, 3. Bası (İstanbul: Vedat, 2013), 94 vd.; M. Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt-2*, 3. Bası (İstanbul: Vedat, 2013), 63 vd. Karş. Rona Serozan, *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm*, 4. Baskı (İstanbul: On İki Levha, 2019), N. 746.

¹¹ Rona Serozan, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 7. Bası (İstanbul: Filiz, 2016), § 7, N. 18. İnceleme için bkz. Serozan, *Yöntem*, N. 328.

¹² Merz, *OR AT*, 132, 141.

Sonrasında Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borç ve yetki kavramlarıyla ilgili hakim anlayış ortaya koyularak bunlardan ayrı bir seçimlik yarışma kavramını (ya da buna eşdeğer bir kavramı) kabul etmenin anlamlı olup olmadığı değerlendirilmiştir. Şimdiden belirtilebilir ki, Türk ve İsviçre hukuklarında bu kavrama karşı mesafeli veya belki daha doğrusu ilgisiz durulmasının kanaatimce iki ana sebebi vardır. İlki, TBK m. 87 ve İsviçre Borçlar Kanunu (“İBK”) m. 72’deki seçimlik borca ilişkin düzenlemelerin, yukarıda anılan §§ 262-265 BGB’den farklı olarak, başka kavramlar üzerinden çıkış noktaları aranmasını acilen gerektirecek ölçüde ayrıntılı ve sınırlayıcı olmamasıdır. İkincisi ise Türk ve İsviçre öğretisinde – en azından buna değinen yazarlarca – seçimlik yarışmanın tipik örnekleri olarak sayılan durumlarda her bir seçimlik hakkı kullanmakla tükenen ve geri alınamaz birer yenilik doğuran hak olarak nitelendirme yönündeki güçlü eğilimdir¹³. Bu eğilime karşı giderek taraftar toplayan iki önemli itiraz söz konusudur. İlki bazı seçimlik hakların yenilik doğurucu nitelikte olmadığını kabulüdür. Gerçi, elbette, sırf seçimlik yarışma kavramını tartışmaya açmak üzere böyle bir kabulde bulunulması söz konusu değildir. Öğretide böyle bir çabadan bağımsız şekilde giderek taraftar toplayan bir görüş, oldukça güçlü gerekçelerle, ayıplı ifadan kaynaklanan ayıpsız benzeriyle değiştirme ve ücretsiz onarım (ayıbın giderilmesi) haklarının yenilik doğurucu niteliğini reddetmekte ve bunları aynen ifa talebinin devamı niteliğinde haklar (başla bir ifadeyle alacak hakları) olarak görmektedir. İkincisi ve daha önemlisi, öğretide giderek güçlenen bir diğer görüş kullanılan hakkın geri alınamaması “ilkesini” yenilik doğuran haklar bakımından da tartışmaya açmakta, bunun kategorik geçerliliğini reddetmekte, bazı şartlar altında hak sahibine bir değiştirme hakkı (*ius variandi*)¹⁴ tanınması gerektiğini savunmaktadır. Aslında bunu açıklayabilmek için (bu görüşteki yazarlarca geniş olarak yer verilen menfaat değerlendirmelerinin yanında) seçim hakkının hukuki niteliğinin ve seçimlik haklar arasındaki ilişkinin irdelenmesi de gereklidir.

Bu çalışmada ileri sürülen sava göre, yukarıda anılan yaklaşımlardan hangisi kabul edilirse edilsin, seçimlik yarışmanın tipik örnekleri olarak

¹³ Seçimlik yarışmaya değinen başlıca yazarlar için bkz. yukarıda dn. 5. Bu cümleden itibaren, bu paragrafta değinilen görüşler için bkz. aşağıda III, B, 2.

¹⁴ *Ius variandi* kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 400 vd.; Samhat, *elektive Konkurrenz*, 181 vd., 265-267, 271 vd.; Wiese, *Alternativität*, s. 560 vd.; Vedat Buz, “Das ius variandi des Gläubigers bei Verzug des Schuldners,” *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)* 15, no. 5 (1997): 200 vd.; Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin, 2005), 443 vd., 452 vd., 486 vd.

sayılan durumların Türk ve İsviçre hukuklarında hakim anlayışın seçimlik borç ve yetki kavramlarına çizdiği çerçeveye dahil edilmesi mümkün değildir. Bu durumlarda her bir seçimlik hakkın geri dönülemez yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi sadece seçimlik borç ve yetkiden ayrı bir kavrama duyulan ihtiyacın arka planda kalmasını kolaylaştırmaktadır. Buna karşılık, özellikle seçimlik haklardan bazıları alacak hakkı niteliğinde sayıldığı ve/veya kullanılan hakkın niteliğinden bağımsız olarak hak sahibine belli şartlar altında bir *ius variandi* tanınmasına açık kapı bırakıldığı takdirde bağımsız bir kavrama olan ihtiyaç daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır. Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik yarışma hem hukuki yapısı itibariyle söz konusu örnekleri kapsayabilen hem de seçimlik borç ve yetkiden ayrı bazı sonuçları bulunan bağımsız bir kavramdır.

II. ALMAN HUKUKUNDA SEÇİMLİK YARIŞMA

A. Genel Olarak Seçimlik Borç ve Yetki

Alman hukukunda seçimlik borç kavramı §§ 262-265 BGB'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. § 262 BGB'de “*birden fazla edim yalnızca biri ya da diğeri yerine getirilecek şekilde borçlanılmışsa*”¹⁵ şüphe halinde seçim hakkının borçluda olduğu öngörülmüştür. Seçimlik borç düzenine yöneltilen pratik değersizlik eleştirisi daha buradan başlamaktadır. Bir yandan sözleşme yoluyla seçim hakkının genellikle alacaklıya verilmesi sebebiyle bu hükmün neredeyse hiç uygulanmadığı, daha vahim olan diğer yandan ise BGB'nin hiçbir yerde borçlunun seçim hakkına sahip olduğu bir seçimlik borç öngörmemek suretiyle kendi kurguladığı düzeni takip etmediği belirtilmektedir¹⁶. Öğretideki hakim görüş, yukarıda doğrudan alıntılanan ifadeye uygun şekilde, seçimlik borcun var olduğu durumlarda birden fazla edimi seçimlik olarak içeren tek bir borcun/alacağın bulunduğu ve sadece seçilecek olan edimin yerine getirileceğini kabul etmektedir¹⁷. Yani ortada

¹⁵ “*Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, dass nur die eine oder die andere zu bewirken ist...*”

¹⁶ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 69-70.

¹⁷ Wolfgang Krüger, “§ 262 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 2; Joachim Gernhuber, *Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen* (Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1989), 254-256; Dieter Medicus ve Stephan Lorenz, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 22. Auflage

alternatif içerikli tek bir alacak hakkı vardır ve geçerli bir seçimle bu içerik somutlaştırılmaktadır.

§ 263 f. 1 BGB'ye göre, seçim (hakkı), diğer tarafa açıklanmakla kullanılacaktır. Bu bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmekte¹⁸, taraflar aksini kararlaştırmadıkça (irade sakatlığı sebebiyle iptal hakkı saklı olmak üzere) bunun kullanıldıktan sonra geri alınamayacağı kabul edilmektedir¹⁹. Ancak yenilik doğuran hakların geri alınamayacağı dogmasının genel olarak amacına göre (özellikle de muhatabın korunması ihtiyacı doğrultusunda) ele alınması ve bununla sınırlandırılması gerektiği düşüncesinden²⁰ yola çıkarak bunun seçimlik borçlardaki seçim hakkının kullanılması bakımından da geçerli olduğunu savunan yazarlar da vardır²¹. Alman Federal Mahkemesi ve bazı yazarlar seçim hakkının geri alınamamasını (bağlayıcı etkisini) bunu geçmişe etkili sayan, hemen aşağıda değinilecek § 263 f. 2 BGB'ye dayandırmaktadır²². Bu görüş eleştirilmekte, bağlayıcı etkinin seçilmemiş

(München: Beck, 2021), § 17, N. 18; Wolfgang Fikentscher ve Andreas Heinemann, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 11. Auflage (Göttingen: De Gruyter, 2017), N. 256; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 94, 102, 106. Karş. Samhat, *elektive Konkurrenz*, 132 vd.

¹⁸ Krüger, “§ 262 BGB,” N. 14; Claudia Bittner ve Sebastian Kolbe, “§ 262 BGB,” içinde *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 255-304, Leistungsstörungenrecht 1*, ed. Manfred Löwisch (Berlin: Sellier/de Gruyter, 2019), N. 23; Alexander Krafka, “§ 263 BGB,” içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell et al., Son Güncelleme: 01.01.2023 (München: C. H. Beck, 2023), N. 1 (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023); Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 264.

¹⁹ Claudia Bittner ve Sebastian Kolbe, “§ 263 BGB,” içinde *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 255-304, Leistungsstörungenrecht 1*, ed. Manfred Löwisch (Berlin: Sellier/de Gruyter, 2019), N. 2, 14; Krafka, “§ 263 BGB,” N. 1, 14, 16.

²⁰ Bu tartışma konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Scholz, *Gestaltungsrechte*, 141 vd., 146 vd.; Keivan Mohasseb ve Hans Caspar von der Crone, “Widerrufbarkeit von Gestaltungsrechten,” *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)*, no. 4 (2019): 431; Buz, *Yenilik Doğuran*, 443 vd.

²¹ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 189 vd., 432-435; Samhat, *elektive Konkurrenz*, 165 vd., 207 (fakat bağlayıcı etkinin bu şekilde zayıflatılmasının mutlaka *ius variandi* tanındığı anlamına gelmediğini belirterek).

²² BGH, Urteil vom 20. 1. 2006 - V ZR 124/05, Neue Juristische Wochenschrift 2006, 1199 (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023); Harm Peter Westermann, “§ 439 BGB” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen*

olan edimi hiç borçlanılmamış sayan § 263 f. 2 BGB'den değil, seçim hakkının yenilik doğuran hak niteliğinin dayandırıldığı § 263 f. 1 BGB'den kaynaklandığı ifade edilmektedir²³.

§ 263 f. 2 BGB'de seçilen edimin baştan itibaren tek başına borçlanılmış sayılacağı öngörülmüştür²⁴. Seçilmeyen edim hiç borçlanılmamış gibi tamamen ortadan kalkmaktadır²⁵. Öğretide bu olağandışı düzenlemenin taraf menfaatlerine bazı durumlarda aykırı düşebildiği belirtilmektedir. Buna örnek olarak, sıklıkla, seçilebilecek edimlerden birinin ipotekle temin edilmiş para verme edimi olduğu seçimlik borç ilişkilerinde borçlunun salt diğer edimi seçmek suretiyle hem hiç borçlanılmamış sayılan para verme edimini hem de buna bağlı olan ipoteği bertaraf edebilmesini engellemek için Alman mahkemelerinin çeşitli gerekçelerle § 263 f. 2 BGB'yi uygulamadığı kararlar gösterilmektedir²⁶. Diğer taraftan edimlerden birinin ifasının baştan imkansız olduğu veya daha sonra seçim hakkı kullanılmadan imkansızlaştığı durumlarda (imkansızlıktan dolayı seçim hakkına sahip olmayan tarafın sorumlu olması imkansızlaşan edimin yerine geçen tazminat ediminin seçilme imkanı saklı olmak kaydıyla²⁷) § 265 BGB uyarınca borç ilişkisi kalan edimlerle sınırlı olarak devam etmektedir. Bu düzenlemeyle § 263 f. 2 BGB'nin ifa imkansızlığı durumlarında yol açabileceği olumsuz sonuçların önüne geçilmesi amaçlanmıştır²⁸. Kanun koyucunun buradaki tutumunun § 263 f. 2 BGB'nin pratikte istenmeyen sonuçlara yol açtığını ortaya koyan diğer bir gösterge olduğu ileri sürülmektedir²⁹.

Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil I, 1. Halbband: §§ 433-534 BGB, ed. Bettina Limperg *et al.*, 8. Auflage (München: Beck, 2019), N. 6; Clemens Höpfner, “§ 439 BGB,” içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.12.2022 (München: C. H. Beck, 2023), N. 23.1 (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023).

²³ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 395-396, 407, dn. 160.

²⁴ Taraflar seçim hakkı kullanılıncaya dek bunun aksini kararlaştırabilir. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 70. Seçim hakkına bu şekilde geçmişe etki tanınması sonucunda zamanaşımı süresi de seçim hakkının kullanıldığı andan değil, borç ilişkisinin kurulduğu andan itibaren işlemeye başlar. Krafka, “§ 263 BGB,” N. 22.

²⁵ Wolfgang Krüger, “§ 263 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 7.

²⁶ Bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 70; Ziegler, “Wahlschuld,” 201.

²⁷ Birçoğu yerine sadece bkz. Scholz, *Gestaltungsrechte*, 190.

²⁸ Bittner ve Kolbe, “§ 263 BGB,” N. 12; Krüger, “§ 263 BGB,” N. 7.

²⁹ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 71.

§ 264 BGB’de seçim hakkına sahip olanın bunu zamanında kullanmaması halinde karşı tarafın ne şekilde hareket edebileceği düzenlenmiştir. § 264 f. 1 BGB’de seçim hakkına sahip olan borçlu bunu kendine karşı icra takibine geçilmeden kullanmamışsa³⁰ alacaklının edimlerden birine veya diğerine karşı takip yapabileceği, ancak alacaklı takibe konu edimi kısmen veya tamamen elde etmediği sürece borçlunun diğer edimi de ifa ederek borcundan kurtulabileceği öngörülmüştür³¹. § 264 f. 2 BGB’de ise seçim hakkına sahip olan alacaklı temerrüde düşmüşse borçlunun ondan makul bir süre içinde seçim yapmasını isteyebileceği, sürenin sonunda seçimin yapılmaması halinde seçim hakkının borçluya geçeceği düzenlenmiştir. Öğretideki hakim görüş, bu düzenlemelerden, seçim hakkına sahip olan tarafın aynı zamanda bir seçim *yükümlülüğü* altında olduğunun çıkarılamayacağı yönündedir³². Buna göre, seçim hakkının kullanılması borçlu için bir ifaya hazırlık işlemi (*Leistungsvorbereitungshandlung*), alacaklı için ise bir külfet (*Obliegenheit*) teşkil etmektedir³³. *Bachmann* hukuken bir seçim yükümlülüğünün var olmadığını kabul ederek sonuç itibarıyla hakim görüşe paralel tavır almakla birlikte, en azından seçim hakkının alacaklıya ait olduğu durumlarda bunu borçluya kaptırmaktan korkacak olan alacaklının *de facto* böyle bir yükümlülük altında olduğunu ileri sürmektedir³⁴. Bu anlayışa karşı çıkararak seçimlik borcun ayırt edici özelliğinin seçim yükümlülüğünün varlığında aranmasının uygun olacağını savunan *Samhat* ise seçim hakkının alacaklıya ait olduğu durumlarda § 264 f.

³⁰ Alacaklı icra takibine geçmeden önce borçluya karşı seçimlik (alternatif talepli) dava açarak seçimlik mahkumiyet hükmü elde edebilecektir. Borçlu buna rağmen seçim hakkını kullanmazsa, alacaklı artık edimlerden birini seçerek icra takibine geçebilecektir. *Samhat*, *elektive Konkurrenz*, 234-235.

³¹ Alacaklının edimlerden birine karşı icra takibine geçmesinin borçlunun seçim hakkını değiştirdiği kabul edilmektedir. Buna göre, icra takibini izleyen süreçte borçlu seçim hakkını irade açıklaması yoluyla değil, yalnızca fiilen ifade bulunarak kullanabilir. Wolfgang Krüger, “§ 264 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 4; Ziegler, “Wahlschuld,” 202, 211.

³² Krüger, “§ 264 BGB,” N. 1; Alexander Krafka, “§ 264 BGB,” içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.01.2023 (München: C. H. Beck, 2023), N. 3; Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 266-267; Wiese, *Alternativität*, 23. Ancak taraflar seçim hakkına sahip olanın bunu kullanmasının dava edilebilir bir yükümlülük oluşturduğunu kararlaştırabilir.

³³ Krafka, “§ 264 BGB,” N. 3; Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 266.

³⁴ *Bachmann*, *elektive Konkurrenz*, 357 vd., 367-368.

2 BGB'den onun aynı zamanda bunu kullanmakla yükümlü olduğu lehinde sonuç çıkartılabileceğini, bu fıkranın *de lege ferenda* borçlunun seçim hakkına sahip olduğu durumlarda da uygulanmasının isabetli olacağını, ancak bu ihtimal dışarıda bırakılsa dahi özellikle borçlunun seçim hakkını kullanması aynı zamanda alacaklının da menfaatine olduğu için onun da gerçek bir seçim yükümlülüğüne tabi sayılması gerektiğini savunmaktadır³⁵. Seçimlik borçla ilgili yukarıda anılan diğer düzenlemeler gibi § 264 BGB'dekiler de zahmetli ve pratiklikten uzak olmaları sebebiyle eleştirilmektedir³⁶.

Seçimlik yetki ise BGB'de açıkça düzenlenmiş bir kurum olmamasına rağmen Alman hukukunda genel olarak kabul görmektedir³⁷. Seçimlik yetkinin var olduğu durumlarda baştan borçlanılmış (yani kural olarak ifa ve talep edilebilen³⁸) tek bir edim mevcuttur, ancak hak sahibi bu edimi tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisini/gücünü haizdir³⁹. Seçimlik borçtaki gibi alternatif içerikli (ve dolayısıyla borçlunun neyi ifa edebileceğinin, alacaklının da neyi talep edebileceğinin seçim hakkı kullanılıncaya dek belirsiz olduğu) değil, içeriği baştan belli olmakla birlikte sonradan başka bir içerikle değiştirilebilen tek bir borç söz konusudur⁴⁰. Yani burada seçim hakkı borç ilişkisini alternatif içeriklerden biriyle somutlaştırmamakta; borç ilişkisinin zaten belli/somut olan baştaki içeriğini sonradan değiştirme imkanı vermektedir⁴¹. Dolayısıyla seçim hakkı kullanılsın veya kullanılsın neyin ifa edileceğinin belirsiz olduğu bir an yoktur⁴².

Hakim görüşe ve Alman Federal Mahkemesi içtihadına göre, bu kez seçimlik borçtaki duruma paralel şekilde, seçimlik yetkiye hangi taraf sahip olursa olsun seçim hakkının kullanılması yenilik doğuran hak niteliğindedir⁴³.

³⁵ Samhat, *elektive Konkurrenz*, 222 vd., 226 vd., 231 vd., 237, 242-243, 296 vd., 436-437.

³⁶ Krüger, “§ 264 BGB,” N. 1.

³⁷ Krüger, “§ 262 BGB,” N. 8; Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5; Ziegler, “Wahlschuld,” 195.

³⁸ Ziegler, “Wahlschuld,” 203-204; Erik Hahn, *Die zivilrechtliche Ersetzungsbefugnis* (Berlin: Duncker & Humblot, 2011), 37.

³⁹ Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 11; Krüger, “§ 262 BGB,” N. 8; Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5; Ziegler, 203; Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 258-259; Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 37, 43.

⁴⁰ Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 37.

⁴¹ Krüger, “§ 262 BGB,” N. 8; Scholz, *Gestaltungsrechte*, 191-192.

⁴² Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 37.

⁴³ BGH, Urteil vom 9. 2. 1970 - VIII ZR 97/68, Neue Juristische Wochenschrift 1970, 992; BGH, Urteil vom 14. 7. 1999 - XII ZR 215-97, Neue Juristische

Yine seçimlik borca benzer şekilde bunun da kural olarak geri alınması mümkün görülmemekte; ancak dürüstlük kuralından kaynaklanan istisnaları olabileceği kabul edilmektedir⁴⁴. Azınlıkta kalan görüş ise seçim hakkının hangi tarafta bulunduğuna göre ayırım yapmakta ve yalnızca alacaklıda olduğu durumlarda yenilik doğurucu niteliğini kabul etmektedir⁴⁵. Buna göre, borçlunun seçim hakkını bir irade açıklaması yoluyla kullanması borç ilişkisine herhangi bir etki yapmamaktadır. Borçlu bu etkiyi yalnızca yedek edimi ifa ederek sağlayabilir.

Seçimlik borca ilişkin §§ 262-265 BGB'deki düzenlemelerin seçimlik yetkinin var olduğu durumlarda uygulanamayacağı genellikle kabul edilmektedir⁴⁶. Borcun konusu olan edim baştan itibaren belli olduğundan, seçim hakkına alacaklının sahip olduğu durumlarda, borçlunun borcunu ifa edebilmek amacıyla alacaklıya seçim hakkını kullanması için uygun bir süre tanınması gerekmediğinden § 264 f. 2 BGB burada uygulanmaz⁴⁷. Seçim hakkı borçludaysa alacaklının ona karşı seçimlik dava açması ve sonra edimlerden birini seçerek icra takibi yapması şart olmadığından § 264 f. 1 BGB'nin uygulanmasına da yer yoktur⁴⁸. Yine edimlerden birinin ifası imkansızlaşırsa borç ilişkisinin kalan edim(ler)le devam edeceğini öngören § 265 BGB de

Wochenschrift 1999, 2808 vd. (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023); Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 11 (bu hakkın kullanılması borç ilişkisinin içeriğinin belirlenmesi için şart olmadığından “ilave yenilik doğuran hak” şeklinde); Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5; Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 40 vd., 43; Scholz, *Gestaltungsrechte*, 191 ile orada dn. 1007'de anılan diğer yazarlar ve kararlar.

⁴⁴ Dirk Looschelders, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 20. Auflage (München: Vahlen, 2022), § 13, N. 30; Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 17, N. 22; Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 119 vd., 122-123. Konuya genel olarak yenilik doğuran hakların geri alınması tartışması üzerinden yaklaşarak aynı yönde: Scholz, *Gestaltungsrechte*, 192. Ancak özellikle karşı. Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5.1.

⁴⁵ Krüger, “§ 263 BGB,” N. 10. Ayrıca karşı. Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5.

⁴⁶ Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 27; Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 14; Ziegler, “Wahlschuld,” 203 (ama taraflar sözleşmede bazı alanlarda seçimlik borç düzeninin uygulanacağını kararlaştırabileceğinden somut olay bazında inceleme yapılması gerekeceği yönünde); Samhat, *elektive Konkurrenz*, 10. Karşı. Krafka, “§ 262 BGB,” N. 5.1.

⁴⁷ Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 14.

⁴⁸ Bkz. Ziegler, “Wahlschuld,” 203. Fakat asıl edim için icra takibine geçilmesiyle borçlunun seçim hakkının değişikliğe uğradığını ve bu hakkın artık yalnızca yedek edim ifa edilerek kullanabileceğini seçimlik yetki bakımından da kabul eden yazarlar vardır. Bkz. Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 251-252. Seçimlik borçta aynı sorunun benzer şekilde çözümü için bkz. yukarıda dn. 31.

burada uygulama alanı bulmayacaktır. Asıl edimin ifasının imkansızlaşması halinde (yedek edimin ifasının mümkün olmasına bakılmaksızın) ifa imkansızlığının genel sonuçları geçerli olacak, yedek edim imkansızlaşırsa seçim hakkı ortadan kalkacaktır⁴⁹. Ayrıca seçimlik yetki durumlarında § 263 f. 2 BGB'nin de uygulanamayacağı, yani seçim hakkının kullanılmasının geçmişe etkili olmadığı kabul edilmektedir⁵⁰.

B. Seçimlik Yarışma

1. Kavramın Lehindeki Hakim Görüş

Alman öğretisinde kanunun bir kişiye birden fazla talep hakkını veya yenilik doğuran hakkı, arasından yalnızca birini ileri sürmek üzere, seçimlik olarak sunduğu durumlar “seçimlik yarışma” (*elektive/alternative Konkurrenz*) kavramıyla ifade edilmektedir⁵¹. Aşağıda bu kavramı seçimlik borçtan ayırdığı kabul edilen önemli yönler maddeler halinde (i) ilâ (iv) arasında aktarılmıştır. Kavramı seçimlik yetkiden ayıran önemli hususlar ise konusu itibarıyla ilgili olan maddenin altında ayrıca belirtilmiştir. Yazar bazında inceleme yapmaktan kaçınmak için seçimlik yarışma kavramını kabul etmesine rağmen aşağıda sayılan maddelerde hakim görüşten ayrılan veya bunu bazı yönlerden eleştiren yazarların görüşleri de bu çalışmanın kapsamı elverdiği ölçüde ilgili maddelerin altında metne veya dipnota işlenecektir. Bunlardan bazıları ayrıca II, B, 2'de de kısaca açıklanmıştır.

(i) Hukuki Yapıda Farklılık: İlk olarak seçimlik borç, seçimlik yetki ve seçimlik yarışma kavramlarının hukuki yapıları arasında fark olduğu kabul edilmektedir. Hakim görüşe göre, seçimlik borçta alternatif içerikli, seçimlik yetkide ise içeriği baştan belli olmakla birlikte sonradan değiştirilebilen tek bir talep/alacak hakkı⁵² mevcutken, seçimlik yarışmada (bir arada ileri

⁴⁹ Birçoğu yerine sadece bkz. Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 28.

⁵⁰ Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 14; Krüger, “§ 263 BGB,” N. 10; Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 258.

⁵¹ Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage (München: Beck, 2020), § 21, N. 3; Gregor Bachmann, “§ 241 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 44; Krüger, “§ 262 BGB,” N. 11; Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 17, N. 19.

⁵² Alman öğretisindeki hakim görüşe göre borçlar hukuku alanında “talep” ile “alacak” özdeş kavramlardır. Birçoğu yerine sadece bkz. Bachmann, “§ 241 BGB,” N. 6; Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 1, N. 9.

sürülmesi mümkün olmayan) birden fazla talep ve/veya yenilik doğuran hak söz konusudur⁵³. İlkinde edim çokluğu, ikincisinde edimin değiştirilebilmesi anlamında edim çokluğu, üçüncüsünde ise hak çokluğu mevcuttur. *Bachmann*'ın açıklamasına göre, seçimlik yarışma; taleple talep, taleple yenilik doğuran hak veya yenilik doğuran hakla yenilik doğuran hak arasında belli bir ilişkiyi ifade ederken, seçimlik borç ve yetki yalnızca edimin belirlenmesiyle ilgili sayılmalıdır⁵⁴. Bunların yanında, özellikle hak sahibine seçimlik olarak bir veya birden fazla yenilik doğuran hak tanınan durumların seçimlik borç veya yetki kavramları altında değerlendirilemeyeceği genellikle kabul edilmektedir⁵⁵.

Seçimlik yarışan haklar, ilgili normun/normların olgular bütününe (*Tatbestand*) sağlanmasıyla doğmakta ve hak sahibinin elinde bir hak yığını oluşturmaktadır⁵⁶. Örneğin, borçlunun temerrüde düşmesi halinde §§ 281 ve 323 BGB'den kaynaklanan ifa yerine tazminat ve dönme hakları⁵⁷, satım

⁵³ Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil*, 14. Auflage (München: Beck, 1987), 159; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, N. 461; Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 31; Gernhuber, *Schuldverhältnis*, 259; Ziegler, "Wahlschuld," 205; Krüger, "§ 262 BGB," N. 11; Krafka, "§ 262 BGB," N. 13 (devamında kavramla ilgili tereddütlerle beraber); Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 94 vd., 102.

⁵⁴ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 94 vd., özellikle 102'deki tablo. *von Tuhr*'a göre de seçimlik borcun var olduğu durumlarda seçimlik yarışan haklar yoktur. Seçimlik borçta (seçim hakkına sahip olan) alacaklı başta bir alacak hakkına ve buna bağlı bir yenilik doğuran hakka sahiptir; ancak bu hakkı kullandıktan sonra seçilen edime yönelik bir talep hakkına sahip olacaktır. Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1910), 286. Hahn ise seçimlik yetki üzerine monografisinde seçimlik yarışmanın gerçek anlamda bir hukuki kurumdan ziyade yalnızca birden fazla talep hakkı ya da yenilik doğuran hak arasındaki belli bir ilişkinin ifadesi olduğunu belirtmektedir. Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 44.

⁵⁵ Samhat, *elektive Konkurrenz*, 266; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 94 vd., özellikle 102'deki tablo; Pöschke, "elektive Konkurrenz", 350-351, 354; Büdenbender, "Nacherfüllungsanspruch," 397 vd., 400. Karş. Stamm, "elektive Konkurrenz," 925-926.

⁵⁶ Neuner, *BGB AT*, § 21, N. 3; Wiese, *Alternativität*, 234.

⁵⁷ Bittner ve Kolbe, "§ 262 BGB," N. 9a; Krafka, "§ 262 BGB," N. 14; BGH, Urteil vom 20. 1. 2006 - V ZR 124/05, Neue Juristische Wochenschrift 2006, 1199 (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023).

sözleşmesinin ayıplı ifası halinde § 439 BGB uyarınca alıcının artık⁵⁸ kural olarak öncelikle başvurması gereken – “sonraki ifa” (*Nacherfüllung*) başlığı altında yer alan – ayıbın giderilmesini ve ayıpsız mal teslimini talep hakları⁵⁹ ve bunların yanında alıcının ek bazı şartların sağlanması halinde kullanabileceği bedelden indirim ve dönme hakları⁶⁰ böyledir. Bu hakların seçimlik yarışmasının kabulü evvela bunların kullanılmasıyla ilgili belli bir sınırlandırmaya işaret etmektedir: Seçim hakkına sahip olan taraf (seçimlik borç ve yetkiden farklı şekilde ilke olarak alacaklı⁶¹; karş. § 635 f. 1 BGB) bu haklardan yalnızca birini kullanabilir⁶². Seçim hakkının kullanılmasıyla birlikte, birden fazla hak arasındaki seçimlik yarışma ilişkisi, bunlar arasından seçilen hak lehine çözümler ve çözümler⁶³. Fakat hak sahibinin bir *ius variandi*’ye sahip olduğunun kabul edildiği her durumda bu kural esnetilir⁶⁴.

Seçimlik yarışmanın hukuki yapısı bağlamında son olarak yarışmaya dahil olabilen ayıbın giderilmesi veya ayıpsız mal teslimi gibi aynen ifanın devamı niteliğindeki talep haklarının nasıl ileri sürülmekle sonuçlarını doğurduğunun açıklanması gerekmektedir. Aslında § 271 f. 1 BGB uyarınca taraflarca belirlenmiş veya durumun gerektirdiği bir ifa zamanı söz konusu değilse, alacaklı borcun ifasını derhal talep edebileceği gibi borçlu da borcunu derhal ifa edebilir. Ancak seçimlik yarışmanın mevcut olduğu bazı durumlarda öyle bir talep hakkı düşünülmelidir ki, bu hak doğmuş olmakla

⁵⁸ 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Kanunu’yla (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) §§ 437 BGB vd.’nda yapılan değişiklikleri takiben.

⁵⁹ Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 9a; Höpfner, “§ 439 BGB,” N. 24; Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 31. Ancak bu hakların seçimlik borç niteliğinde olduğunu ileri süren yazarlar da vardır. Örneğin bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 171. Tartışmayla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Westermann, “§ 439 BGB,” N. 6-7.

⁶⁰ Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 9a; Krafka, “§ 262 BGB,” N. 14; Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 31; Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 44.

⁶¹ Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, N. 461.

⁶² Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 46-47.

⁶³ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 46-47, 448.

⁶⁴ Aslında bu durumlarda seçimlik yarışma ilişkisinin tam anlamıyla sona ermesi hakkın kullanılmasıyla değil, *ius variandi*’nin kullanılma imkanının ortadan kalkmasıyla gerçekleşir. Benzer şekilde karş. Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 2019), N. 2652. *Ius variandi*’nin sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda dn. 81’de anılan yazarlar.

birlikte, ne alacaklı bunun ifasını istemeden muaccel olacak ne de borçlu bunu alacaklı istemedikçe ifa edebilecektir. Alman öğretisinde bunu ifade etmek üzere “durgun talep” (*verhaltener Anspruch*) kavramına başvurulmaktadır⁶⁵. Buna göre, ilgili normun/normların olgular bütünü sağlanmasıyla bir talep hakkı vücut bulmuştur, ancak bunun hem muacceliyeti hem de ifa edilebilirliği alacaklı tarafından ileri sürülmesine bağlıdır. Böylece seçimlik yarışmaya talep haklarının dahil olduğu bazı durumlarda, alacaklı seçim hakkını kullanmadığı sürece borçlunun henüz ileri sürülmemiş olan talebi ifa ederek seçimini engellemesinden korunurken, borçlu da seçim hakkı kullanılmaya dek ilgili talebi ifa etmekle yükümlü sayılmaktan korunmaktadır⁶⁶. Hemen belirtelim ki, seçimlik yarışmaya “adi/normal” talep haklarının da dahil olabileceği kabul edilmektedir. Buna aynen ifayı talep etmeyi sürdürmek gibi hak sahibinin özel olarak ileri sürmesi gerekmeyen birincil talepler örnek gösterilmektedir⁶⁷. Borçlu baştan itibaren bunu ifayla yükümlü olduğundan ihlalin (mesela borçlu temerrüdü) gerçekleşmesini takiben alacaklının borçluyu bununla yükümlü kılmak amacıyla ayrıca bir davranışta/açıklamada bulunması gerekmemekte, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için salt ifaya olan ilgisini kaybetmemesi yeterli olmaktadır⁶⁸.

(ii) Seçim Hakkının Hukuki Niteliğinde Farklılık: İkinci önemli farklılık seçim hakkının hukuki niteliğine ilişkindir. Bu da aslında hukuki yapıda farklılığa dahildir. Yukarıda açıklandığı üzere seçimlik borç ve yetki hallerinde seçim hakkı yenilik doğuran hak niteliğinde görülmektedir. Buna karşılık, baskın görüşe göre, seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkı bir yenilik doğuran hak olmadığı gibi bunun kullanılması da yenilik doğurucu bir işlem değildir⁶⁹. Kısaca konudan sapmak pahasına belirtilmelidir ki, kanımca seçim hakkının bir yenilik doğuran hak sayılmaması seçimlik yarışmanın hukuki yapısıyla uyumludur. Gerçekten de seçim hakkına yenilik doğuran hak niteliği atfedilirse, bunun nasıl bir yenilik doğurduğunun ortaya koyulması gerekmektedir. Şayet doğuracağı yenilik seçilen hakkın doğması ise o zaman

⁶⁵ Bkz. Westermann, “§ 439 BGB,” N. 8; Höpfner, “§ 439 BGB,” N. 9, 24; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 164 vd., 353 vd.; Scholz, *Gestaltungsrechte*, 195 vd.

⁶⁶ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 166.

⁶⁷ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 349 vd.

⁶⁸ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 349.

⁶⁹ Krüger, “§ 263 BGB,” N. 11; Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 8; Höpfner, “§ 439 BGB,” N. 23.2; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 347 vd. Karş. Samhat, *elektive Konkurrenz*, 268 vd., 271; Krafka, “§ 263 BGB,” N. 1, 6.

daha baştan seçimlik yarışan haklardan söz edilemeyecektir. Ayrıca zamanaşımını ve hak düşürücü süreleri seçimlik yarışan haklar için (yoksa seçim hakkı için değil) öngören normların altı boşa çıkacaktır (örneğin bkz. § 438 BGB). Böyle değilse, doğacak yenilik seçilen (halihazırda doğmuş) hakkın salt hukuki sonuçlarını doğurması olabilir. Bu sefer de bir yandan seçimlik yarışan talep haklarının bir yenilik doğuran hak yoluyla kullanılması, diğer yandan zaten tek taraflı hukuki işlemle kullanılabilen seçimlik yarışan yenilik doğuran hakların bunlardan ayrı bir yenilik doğuran hak üzerinden kullanılması ve hatta bunun sayesinde hukuki sonuç doğurması gibi tereddütlü teorik sonuçlara ulaşılacaktır⁷⁰. Doğacak yeniliğin diğer hakların sona ermesi de olamayacağı aşağıda IV, B, 1’de açıklanacaktır. Devam etmek gerekirse, tespit edebildiğim kadarıyla, seçim hakkının yenilik doğurucu nitelikte olmadığını belirtmekle kalmayıp bunun ne nitelikte olduğunu da ele alan az sayıda yazardan olan *Bachmann*’a göre, seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkı yalnızca seçilebilecek her hakka içkin olan bir *ihimali/imkanı* ifade etmektedir⁷¹. Aynı yazar, ayrıca, seçim hakkının kullanılmasının seçilmemiş olan hakları nasıl sona erdirdiğine de bir açıklama sunarak bu hakların mantık ilkeleri gereği aynı anda (birlikte) kullanılmasının mümkün olmadığını ve birinin kullanılmasının mantıken diğerlerini dışlayacağını belirtmektedir⁷². Yazara göre, seçimlik yarışan haklar arasındaki bu “mantıkî seçimlik ilişki/uygulama” (*logische Alternativität*) dolayısıyla birden fazla hakkın aynı anda ileri sürülmesinin mümkün olmaması seçimlik yarışmanın esaslı bir unsurudur⁷³.

Bir konuya daha açıklık getirilmelidir: Seçimlik yarışma durumlarında, taleplerin yarışmasından (*Anspruchskonkurrenz*) farklı olarak, yarışan hakların aynı amaca ve dolayısıyla aynı alacaklı menfaatini tatmine yönelmesi şart değildir⁷⁴. Örneğin, ayıbın giderilmesi hakkı ile bedelden indirim veya dönme hakları arasında bir amaç veya menfaat ortaklığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla seçimin yapılmasının diğer hakları ortadan kaldırıcı etkisinin, bunun üzerinden açıklanması mümkün olmamaktadır.

⁷⁰ Karş. Samhat, *elektive Konkurrenz*, 268 vd.

⁷¹ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 347 vd., 405-406.

⁷² Yazarın burada aktarılması mümkün olmayan ayrıntılı incelemesi için bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 104 vd., 124 vd.

⁷³ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 323.

⁷⁴ Bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 45-47; Koller, *OR AT*, N. 2.132. Karş. von Tuhr, *BGB AT I*, 285.

(iii) *Seçim Hakkının Kullanılmasının Bağlayıcılığında Farklılık*: Üçüncü farklılık seçim hakkının kullanılmasının bağlayıcı etkisiyle ilgilidir. Yukarıda açıklandığı üzere, Alman öğretisinde seçimlik borcun var olduğu durumlarda § 263 f. 1 (veya bir görüşe göre f. 2) BGB uyarınca hak sahibi yaptığı seçimle bağlı sayılmaktadır⁷⁵. Aynısı kural olarak seçimlik yetkide de geçerlidir. Zira bunlarda seçim hakkı, bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmektedir. Gerçi yukarıda değinildiği üzere, artık birçok yazar kullanılmış bir yenilik doğuran hakkın kategorik olarak geri alınamayacağını kabul etmemekte, bu “ilkeyi” özellikle muhatabın korunması amacına uygun şekilde sınırlandırmaktadır⁷⁶. Buna rağmen, tespit edebildiğim kadarıyla, Alman öğretisinde seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkının bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmemesi en azından bunun bağlayıcılığıyla ilgili teorik tartışmalardan kurtulmayı da amaçlar görünmektedir⁷⁷:

“Seçimlik yarışmada alacaklının seçimi bir yenilik doğuran açıklama teşkil etmez. Dolayısıyla bir bağlayıcı etkiden de söz edilemez.”⁷⁸

“Bir borç ilişkisinin seçimlik yarışma olarak sınıflandırılmasından kaynaklanan

⁷⁵ Bkz. yukarıda II, A.

⁷⁶ Bkz. yukarıda dn. 20’de sayılan yazarlar.

⁷⁷ Söz konusu tartışmadan (menfaatlere ilişkin değerlendirmelerin yanında) kavramsal bir müdahale yoluyla kaçınma çabasının başka örnekleri de vardır. Mesela mülga § 326 BGB uyarınca karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan biri temerrüde düşmüşse, diğer taraf aynen ifa dışındaki seçimlik hakları kullanabilmek için ona ek süre verirken mutlaka aynen ifadan vazgeçtiğini de belirtmek zorundaydı. Bu ek süre geçtikten sonra hak sahibi ancak müspet zararın tazmini ve dönme hakları arasında seçim yapabiliyordu. *Leser* dönme hakkı üzerine monografisinde “yenilik doğuran haklar” (*Gestaltungsrechte*) ve “yenilik doğuran yetkiler” (*Gestaltungsbefugnisse*) şeklinde bir ayırım yaparak yalnızca ilkinde bağlayıcı etkinin hemen doğduğunu, ikincisinde ise bunun ancak bir süre sonra gerçekleştiğini savundu. Yazara göre aynen ifadan vazgeçme açıklamasının kendi gerçek bir yenilik doğuran hak teşkil ederken, müspet zararın tazmini ile kanuni dönme hakkı arasındaki seçim basit bir yenilik doğuran yetki oluşturmaktaydı ve bunlar arasında hak sahibine bir *ius variandi* tanınabilirdi. Hans G. Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen* (Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1975), 252 vd., 256, 259 vd., 273 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Scholz, *Gestaltungsrechte*, 194-195; Buz, *Yenilik Doğuran*, 460 vd.

⁷⁸ “Bei der elektiven Konkurrenz stellt die Wahl des Gläubigers keine Gestaltungserklärung dar. Von einer Bindungswirkung kann daher nicht gesprochen werden.” Krüger, “§ 263 BGB,” N. 11.

hukuki sonuçlar açıkça tanımlanmamıştır. Sonuç itibariyle, alacaklının seçim hakkına sahip olduğu seçimlik borç ... ile yarışan alacaklı hakları içeren bir borç ilişkisi arasındaki fark, ikincisinde seçimin bir yenilik doğuran işlem teşkil etmemesi ve dolayısıyla alacaklının § 263 BGB'deki durumdan farklı olarak yaptığı seçimle bağlı olmamasıdır (ius variandi)...”⁷⁹

Bu bağlamda, seçimlik yarışmanın diğer bir ayırt edici özelliği, seçim hakkının kullanılmasına kategorik olarak hak sahibini bağlayıcı etki tanınmaması ve *ius variandi*'ye açık kapı bırakılmasıdır⁸⁰. Yalnız bir taraftan hak sahibine *ius variandi* tanınmasının seçimlik yarışmanın varlığı için zorunlu bir unsur olup olmadığı, diğer taraftan *ius variandi*'nin tanındığı durumlarda bu hakkın nasıl sınırlandırılacağı tartışmalıdır (ikinci tartışmaya burada değinilmeyecektir⁸¹). Bir görüşe göre, hak sahibine *ius variandi* tanınmış olması seçimlik yarışmanın varlığı için belirleyici bir unsurdur⁸². Diğer bir görüş *ius variandi*'nin seçimlik yarışmanın esaslı bir unsuru olduğunu ifade etmekle birlikte, sonuç itibariyle, bunu seçilen hakkın hukuki niteliğine göre belirlemeye ve böylece bazı genel kurallara bağlamaya çabalamaktadır: Eğer hak sahibi bir talep hakkı kullanmışsa kural olarak *ius variandi*'ye sahipken, bir yenilik doğuran hak kullanmışsa kural olarak bununla bağlıdır⁸³. Çoğunlukta görülen görüş ise seçimlik yarışma

⁷⁹ “Die Rechtsfolgen, die sich aus der Einordnung eines Schuldverhältnisses als elektive Konkurrenz ergeben, sind nicht klar definiert. Im Ergebnis besteht der Unterschied zwischen der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht ... und dem Schuldverhältnis mit konkurrierenden Gläubigerrechten darin, dass bei letzterem die Wahl kein Gestaltungsakt ist, der Gläubiger folglich nicht wie im Fall des § 263 BGB an die von ihm getroffene Wahl gebunden ist (ius variandi)...” Bittner ve Kolbe, “§ 262 BGB,” N. 8.

⁸⁰ Özellikle bkz. Larenz, *Schuldrecht I*, 159.

⁸¹ Burada ele alınması mümkün olmayan bu meseleyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 440 vd.; Buz, *Yenilik Doğuran*, 483 vd., 486 vd.

⁸² Bkz. Hermann Weitnauer, “Die elektive Konkurrenz,” içinde *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag*, ed. von Robert Fischer et al. (München: Beck, 1976), 471 vd. Aynı yönde ayrıca bkz. Martin Schwab, “Anmerkung: BGH, 20. 1. 2006 — V ZR 124/05. Nachfristsetzung, weiteres Erfüllungsverlangen und Rücktrittsrecht,” *Juristen Zeitung* 61, no. 20 (2006): 1031'de paragraf II.b.

⁸³ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 323, 405 vd., 433. Benzer yönde ayrıca bkz. Scholz, *Gestaltungsrechte*, 194-195. Bachmann atıf yapılan yerde açıkça *ius variandi*'nin bulunmadığı seçimlik yarışma halleri de olabileceğini ifade etmektedir. Hatta yukarıda değinildiği üzere, yazara göre, seçimlik borç hallerinde de bazen hak sahibine bir *ius variandi* tanınması mümkündür. Dolayısıyla bu ölçüt

durumlarında hak sahibine bir *ius variandi* tanınma ihtimalini sadece açık tutmakta, ancak bunu kavramsal bir zorunluluk olarak görmediği gibi seçimlik hakkın hukuki niteliği üzerinden bazı kurallara da bağlamamaktadır. Bu görüşe göre, hak sahibine *ius variandi* tanınıp tanınmayacağı seçimlik hakkı öngören normun içeriğine ve amacına (bazen seçilen hakkın içeriği ve amacına şeklinde de formüle edilmektedir) göre değerlendirilmelidir⁸⁴. Bu yazarlar arasında seçimlik borçtaki seçim hakkının bağlayıcı etkisinin de benzer sebeplerle zayıflayabileceğini savunanlar, hak sahibine *ius variandi* tanınabilmesini seçimlik yarışmayı seçimlik borçtan ayırt eden bir özellik olarak kabul etmemektedir⁸⁵.

(iv) Seçim Hakkının Kullanılmasının Külfet veya Yükümlülük Teşkil Etmesinde Farklılık: Dördüncü ve son önemli farklılık, seçimlik yarışmada seçim hakkının kullanılmasının bir külfet veya yükümlülük teşkil etmemesidir. Yukarıda değinildiği üzere, seçimlik borçta seçim hakkının zamanında kullanılmaması halinde karşı tarafın başvurabileceği yollar § 264 BGB’de özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme seçimlik yetkiye hukuki yapısı itibarıyla uygulanmamaktadır; çünkü seçimlik yetki hallerinde zaten borç ilişkisinin içeriği baştan itibaren bellidir. Seçimlik yarışma özelinde ortaya çıkan soru, seçim hakkına sahip olmayan tarafın (kural olarak borçlu), seçim hakkının kullanılmaması halinde bu hakka sahip olan tarafı bunu kullanmaya zorlayıp zorlayamayacağı veya en azından § 264 f. 2 BGB’de olduğu gibi ona seçim hakkını kullanması için (kullanılmadığı takdirde süre sonunda seçim hakkı kendine geçecek şekilde) bir ek süre tanıyıp

üzerinden iki kavramın ayrılmasını isabetli saymayan yazarlar vardır. Bkz. yukarıda dn. 20, 21 ve bunların bağlı olduğu metin. Buna karşılık, bu çalışmada, özellikle seçimlik borçtaki ve yarışmadaki seçim haklarının niteliklerinin farklı olması ve Türk ve İsviçre hukukunda seçimlik borçtaki seçimin bağlayıcılığıyla ilgili hakim görüş dikkate alınarak, alacaklıya *ius variandi* tanınmasına açık kapı bırakılabilmesinin seçimlik yarışmayı, seçimlik borçtan ayıran bir husus sayılabileceği kabul edilmiştir. Bkz. aşağıda IV, B, 2 ile V.

⁸⁴ Pöschke, “elektive Konkurrenz”, 352; Samhat, *elektive Konkurrenz*, 265-267 ile orada dn. 113’te anılan diğer yazarlar; Stephan Lorenz, “§ 262 BGB,” içinde *Beck’sche Online Kommentar zum BGB*, ed. Wolfgang Hau, Roman Poseck, 61. Auflage, Son Güncelleme: 01.02.2022 (München: C. H. Beck, 2022), N. 5; Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 17, N. 19. Benzer yönde ayrıca bkz. Krüger, “§ 262 BGB,” N. 11.

⁸⁵ Özellikle bkz. Samhat, *elektive Konkurrenz*, 165 vd., 207, 265 vd., 437-439. Aynı yönde ayrıca bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 432-435.

tanyamayacağıdır. Yukarıda II, A'da açıklanan tartışmada benimsenecek görüşe göre seçimlik borçtaki seçim hakkı ister bir yükümlülük ister bir külfet olarak nitelendirilsin, seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkına sahip olan tarafın bir seçim yükümlülüğü veya külfeti altında olmadığı belirtilmektedir⁸⁶.

Daha önce de belirtildiği üzere, seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkı kural olarak alacaklıdır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde “alacaklı” ile ne kastedildiğinde tereddüt olabilir. Kastedilen, örneğin, temerrüde düşmemiş olan ya da ayıplı ifaya muhatap olmuş olan taraftır. Seçim hakkını kullanıp kullanmamakta serbest olan alacaklı bunu ilgili zamanaşımı veya hak düşürücü süreler içinde kullanmazsa yalnızca bunun sonuçlarına katlanacaktır. Olsa olsa bu anlamda bir külfetten söz edilebilecektir. Yalnız § 635 f. 1 BGB’de eser sözleşmesinin ayıplı ifası halinde iş sahibinin, yükleniciden “sonraki ifa” (*Nacherfüllung*) talep etmesi halinde bunun eserdeki ayıp giderilerek mi yoksa yeni bir eser yaratılarak mı gerçekleştireceği konusundaki seçim hakkı iş sahibine değil, yükleniciye tanınmıştır⁸⁷. Çoğunlukta görünen görüşe göre, burada da seçimlik borç değil, seçimlik yarışma mevcuttur⁸⁸. İş sahibinin yüklenicinin seçim hakkını

⁸⁶ Bkz. Höpfner, “§ 439 BGB,” N. 23.2; Samhat, *elektive Konkurrenz*, 279, 296 vd., 319; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 361-362. Fakat bu yazarlardan Samhat bunu seçimlik yarışmanın bir sonucundan ziyade onu var eden yegâne belirleyici özellik olarak görmektedir. Yazara göre, seçimlik borç ile seçimlik yarışmanın birbirinden ayrılmasında somut olaydaki seçim hakkının kullanılmasının hak sahibi için bir yükümlülük teşkil edip etmediğine bakılmalıdır. Özellikle seçim hakkına sahip olan taraf bunu kullanmadysa, karşı tarafın ona ek süre vererek bunun yararsız geçmesi halinde hakkın kendine geçmesini sağlayıp sağlayamaması, yani § 264 f. 2 BGB’nin uygulanabilirliği konusunda varılacak sonuç önem taşımaktadır. Bu değerlendirme sonucunda hak sahibinin bir seçme yükümlülüğü altında olmadığı sonucuna varılıyorsa, o ilişki seçimlik yarışma olarak nitelendirilebilecektir. Ayrıca bkz. Abbas Samhat, “Gläubigerwahlrechte im BGB,” *Juristische Schulung* 56, no. 1 (2016): 6 vd.

⁸⁷ Bu tercihin altında eser sözleşmesine özgü bir menfaat değerlendirmesi yatmaktadır. Burada bir eser yaratma süreci söz konusu olduğundan ayıbın ne şekilde düzeltilmesinin uygun olacağına bu konuda deneyim sahibi olan yüklenicinin karar vermesi gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. Maximilian Preisser, “§ 635 BGB,” içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.01.2023 (München: C. H. Beck, 2023), N. 25.1.

⁸⁸ Preisser, “§ 635 BGB,” N. 26; Jan Busche, “§ 635 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil*

sınırlandırması kural olarak mümkün değildir⁸⁹. Eğer yüklenici kendine tanınan ek süre içinde seçimini yapıp sonraki ifayı yerine getirmezse, §§ 634, 636 BGB uyarınca iş sahibinin diğer haklarını kullanmasına katlanmak zorunda kalacaktır.

Sonuç itibarıyla, tıpkı seçimlik yetki gibi seçimlik yarışma da BGB’de açıkça düzenlenmiş değildir ve kanunun münferit hükümlerinden çıkarılmaktadır. Yine seçimlik yetkiye benzer şekilde seçimlik yarışma da pratik kaygılarla seçimlik borcu düzenleyen hükümlerden bağımsız tutulmaya çabalanmaktadır. Bu doğrultuda, Alman öğretisindeki hakim görüş ve Federal Mahkeme içtihadı seçimlik borca ilişkin §§ 262-265 BGB’nin seçimlik yarışma hallerinde (kıyasen dahi) uygulanmaması gerektiğini kabul etmektedir⁹⁰.

2. Kavramın Eleştirileri ve Aleyhindeki Azınlık Görüş

Seçimlik yarışma kavramının sınırlarını açık şekilde çizerek bunu seçimlik borç ile yetkiden ayırmak için ciddi çaba harcanmış olmasına rağmen, seçimlik yarışmayı bağımsız bir kavram olarak ele alan yazarların bazıları bile bunu tatmin edici bulmamaktadır. Örneğin, *Medicus* ve *Lorenz*’e göre⁹¹, görece belirsiz olan bu kavram, son tahlilde, yalnızca bunun altında yer aldığı kabul edilen durumların seçimlik borç ve yetkiden farklı olduğunu ortaya koymaya hizmet etmektedir. Zira “seçimlik yarışma” nitelemesi, yarışan hakların birbiriyle ilişkisi veya alacaklıya tanınan *ius variandi*’nin

III, §§ 631-704 BGB, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 3. Seçimlik borç yönünde: Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 171, dn. 42. Burada yüklenicinin karşı tarafa açıklaması gereken gerçek anlamda bir seçim mevcut olmadığından ne seçimlik borç ne de seçimlik yarışmadan söz edilebileceği, ortada yalnızca sonraki ifayı yerine getirme tarzını belirleme konusunda yükleniciye tanınmış bir fiili yetki olduğu yönünde: Samhat, *elektive Konkurrenz*, 210-213.

⁸⁹ Preisser, “§ 635 BGB,” N. 29.

⁹⁰ BGH, Urteil vom 20. 1. 2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, s. 1198 vd., N. 17 (beck-online.beck.de, E. T. 10.01.2023); Krüger, “§ 262 BGB,” N. 11; Fikentscher ve Heinemann, *Schuldrecht*, N. 461; Looschelders, *Schuldrecht AT*, § 13, N. 31; Ziegler, “Wahlschuld,” 205; Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 44. Bu hükümlerin en azından doğrudan uygulanamayacağı yönünde: Larenz, *Schuldrecht I*, 159. Ayrıca bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 72-73, 78. Karş. Krafka, “§ 262 BGB,” N. 4.1-4.2, 13.3.

⁹¹ Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 17, N. 19.

maddi ve zaman itibariyle sınırları gibi konulardaki soruların yanıtlanmasına pek bir katkı sunmamaktadır. Dolayısıyla seçimlik yarışma kavramı, mevcut haliyle, belli bir problemlili durumu ifade etse dahi henüz buna ilişkin çözümleri ortaya koyamamaktadır. Yine örneğin, hakim görüşün seçimlik yarışma ile seçimlik borcu birbirinden ayırmak için kullandığı ölçütleri eleştiren *Pöschke*'ye göre, seçimlik yarışma kavramına olan ihtiyaç, seçilebilecek hakların arasına yenilik doğuran hakların dahil olduğu durumların seçimlik borç veya yetki kavramları altında sınıflandırılmaması sebebiyle ortaya çıkmaktadır⁹². Yazar, *Medicus* ve *Lorenz*'in açıklamalarına paralel şekilde, seçimlik yarışmanın ne zaman mevcut olduğu veya mevcut sayıldığında buna hangi kuralların uygulanacağı konusunda genel ilkeler ortaya koyulamadığı için bunun özel bir hukuki kurum olmadığını, olsa olsa seçimlik borç veya yetki altında değerlendirilemeyen tüm durumları içine alan bir "kolektif kavram" (*Sammelbegriff*) sayılabileceğini ifade etmektedir⁹³. Bu doğrultuda, yazara göre, bir durumun seçimlik yarışma olarak nitelendirilmesi tek başına hiçbir özel hukuki sonuca yol açmamaktadır. Böyle nitelendirilen bir duruma hangi hukuki sonuçların uygulanması gerektiği olay bazında yarışan hakların dayandığı hukuki işlemin ve/veya kanun hükümlerinin yorumu yoluyla belirlenecektir⁹⁴. Hemen belirtelim ki, anılan yazarların ortak özelliği *ius variandi*'yi seçimlik yarışmanın belirleyici ya da esaslı bir unsuru saymayan çoğunluk görüşüne katılmalarıdır (bkz. yukarıda II, B, 1, (iii)). Olumsuz bir diğer ortak özellikleri de seçimlik yarışmada seçim hakkının kullanılmasının seçimlik borca ilişkin § 264 BGB'den farklı olarak bir yükümlülük veya külfet teşkil etmemesi ölçütünü dikkate almamalarıdır (bkz. yukarıda II, B, 1, (iv)).

Bunların yanında tek bir talep/alacak hakkının içerdiği edim çoklukları söz konusu olduğunda seçimlik borcun, doğrudan talep/alacak hakkı çokluklarında ise seçimlik yarışmanın mevcut olacağına dair formülün içi boş ve sonuç odaklı bir kavram içtihatçılığı oluşturduğunu belirten yazarlar da vardır⁹⁵. Buna göre, ortada bir edim çokluğu mu, yoksa talep çokluğu mu bulunduğunu kesin olarak tespit etmeye yarayan bir yöntem bulunmamaktadır; dolayısıyla hangi kavramın sonuçları uygulanmak

⁹² Pöschke, "elektive Konkurrenz", 350-351, 354.

⁹³ Pöschke, "elektive Konkurrenz", 352, 354. Benzer yönde ayrıca bkz. Hahn, *Ersetzungsbefugnis*, 44. Karş. Samhat, *elektive Konkurrenz*, 249-250.

⁹⁴ Pöschke, "elektive Konkurrenz", 354.

⁹⁵ Bündenbender, "Nacherfüllungsanspruch," 401; Scholz, *Gestaltungsrechte*, 193.

isteniyorsa ona göre nitelendirilmesi mümkündür. Bağımsız bir kavram olarak seçimlik yarışmayı reddetmemekle birlikte gönül rahatlığıyla da kabul edemeyen bu ve benzeri görüşlerin hepsinin burada aktarılması mümkün değildir. Bunun yerine seçimlik yarışmayı bir “mit” olarak nitelendirerek büsbütün reddeden *Stamm*’ın görüşü genel hatlarıyla açıklanacaktır.

Stamm’a göre, bazı durumları nitelendirmek üzere Alman öğretisinde ve yargı kararlarında başvurulan “seçimlik yarışma” kavramı, bu durumlara uygulanması isabetsiz görülen §§ 262-265 BGB’deki seçimlik borç düzenini saf dışı etmek haricinde bir gerekçeye dayanmamaktadır⁹⁶. Söz konusu durumlarda seçimlik borç düzeninin münferit hükümlerinin uygulanmaması gerektiği konusundaki düşünceler haklı sayılsa bile (ki yazar böyle olduğunu da düşünmemektedir), metodolojik olarak bu hükümler amaca uygun sınırlandırılmaya çabalanmadan kanuna yabancı bir kavrama kaçılması şaşırtıcıdır⁹⁷. Yazara göre, yukarıda açıklanan hakim görüşün ve Federal Mahkeme içtihadının aksine, BGB’deki seçimlik borç düzeni iyi düşünülmüş ve dengelenmiştir. Buna rağmen bazı durumlarda münferit hükümlerin uygulanmasının isabetli olmayabileceği konusundaki tereddütler kanun koyucu tarafından öngörülmüş bir kurumun tamamen reddedilmesini değil, ancak menfaat bazlı olarak amaca uygun sınırlandırılmasını haklı çıkarabilecektir⁹⁸. Böyle yapılmayarak BGB’de ortaya koyulmuş bir temel kavramdan kopulmaktadır. Ancak bu tutum sadece bununla da sınırlı değildir: Seçim hakkının kullanılmasının bağlayıcı etkisini kırmak amacıyla (yine seçimlik yarışma kavramına işaret eder şekilde) yer verilen *ius variandi* kavramı da aslında hukuki işlem teorisinin temel ilkelerinden bir kopuşu temsil etmektedir⁹⁹. Seçim hakkının kullanılmasının en azından irade açıklamasıyla mukayese edilebilecek bir hukuki işlem benzeri fiil teşkil etmesi gerektiği düşünüldüğünde, hukuki işlem öğretisinin ve yapılan seçimle

⁹⁶ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 920. Benzer yönde ayrıca bkz. Büdenbender, “Nacherfüllungsanspruch,” 400.

⁹⁷ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 921. *Büdenbender*’e göre belli durumların seçimlik yarışma olarak nitelendirilmesi, aslında, metodolojik olarak seçimlik borca ilişkin hükümlerin amaca uygun sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Büdenbender, “Nacherfüllungsanspruch,” 400. Seçimlik borca ilişkin hükümlerin amaca uygun sınırlandırılmasının lehinde ayrıca bkz. Pöschke, “elektive Konkurrenz”, 353-354.

⁹⁸ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 922.

⁹⁹ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 922.

bağlılığın buna da uygulanacağı sonucuna varılacaktır¹⁰⁰. Bunun tek istisnası hakkını kullanırken hataya düşmüş olan hak sahibinin bunu iptal etmesidir; ancak bu durumda da, varsa, muhatabın onun açıklamasına güvenerek yaptığı tasarruflardan kaynaklanan zararlar gibi sebeplerle tazminat ödemesi gerekecektir. Yoksa hak sahibinin salt kullandığı haktan “pişman olması” sebebiyle muhatabın aleyhine bunu serbestçe geri alarak başka bir hakkı kullanmasına izin verilemez¹⁰¹. Seçimlik yarışma kavramının yardımıyla hukuki işlem teorisi ortadan kaldırılmakta, baş aşağı edilmektedir. Yazara göre, kanunda öngörülmüş istisnalar haricinde, hak sahibine “seçimlik yarışma” kisvesi altında tanınan geri alma hakkı kanuna yabancıdır¹⁰².

Yazar, buraya kadar genel hatlarıyla açıklanmış eleştirilerden sonra, kanunda öngörülmüş seçimlik borç ile açıkça düzenlenmiş olmasa da bilinen ve münferit hükümlerden çıkarılan seçimlik yetki kavramlarının yanında ayrı bir seçimlik yarışma kavramına yer olmadığını desteklemek üzere söz konusu iki kavramı alışılmış olandan daha soyut şekilde birbirinden ayıran bir formül önermektedir. Buna göre, seçimlik borç “eş düzeydeki sorumlulukların” bulunduğu durumları kapsarken, seçimlik yetki “basamaklandırılmış sorumlulukları” kapsamaktadır¹⁰³. İkincisinde kanun koyucuya bir ön seçim/belirleme yapma imkanı sunulmaktadır. Yazar buna örnek olarak yukarıda satım sözleşmesinin ayıplı ifası halinde Alman hukukunda kural olarak öncelikle başvurulması gerektiği açıklanmış olan “sonraki ifa” altındaki ayıbın giderilmesi ve ayıpsız mal teslimi hakları ile ancak bazı ek şartların gerçekleşmesi halinde kullanılabilen dönme ve bedel indirimi haklarını göstermektedir. Yazara göre, evvela (önden belirlenmiş şekilde) ayıbın giderilmesi ve ayıpsız mal teslimi hakları arasında alacaklının seçim hakkına sahip olduğu bir seçimlik borç, ek şartların gerçekleşmesi halinde ise diğer haklara başvurulabilmesi bakımından bu kez alacaklının seçim hakkına

¹⁰⁰ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 922.

¹⁰¹ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 922.

¹⁰² Stamm, “elektive Konkurrenz,” 922. Hatta yazara göre, kanuni istisnalar istikrarlı bir şekilde uygulandığı takdirde, “seçimlik yarışma” kavramı bağlamında bile ayrı bir geri alma hakkı tanınmasına gerek kalmayacaktır.

¹⁰³ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 924. Türk hukukunda sorumluluklar üzerinden olmasa da edimler üzerinden benzer bir soyutlama için bkz. Serozan, *İfa*, § 7, N. 21: “Bir benzetme yapmak gerekirse şöyle denebilir: Seçimlik borçta seçenekli edimler eşdüzeyde yan yana dururlarken, seçimlik yetkide arka arkaya dizilirdirler.”

sahip olduğu bir seçimlik yetki söz konusudur¹⁰⁴. Asıl aciliyet bu iki kavramın birbirinden ayırt edilmesi ve seçimlik yarışma yerine seçimlik borçtan daha esnek bir hukuki kurum olarak seçimlik yetkinin ortaya koyulmasındadır. Yalnız seçimlik yetki durumlarında da seçim hakkının kullanılması bağlayıcıdır¹⁰⁵.

Son olarak yazarın seçimlik haklar arasına yenilik doğuran hakların dahil olduğu durumların § 262 BGB’de “edim yükümlülükleri” dikkate alınarak tanımlanmış seçimlik borç kavramı altında değerlendirilemeyeceği yönündeki mutabakata karşı çıkmaktaki gerekçesi aktarılmalıdır. Gerçi yazar bu sorunu yalnızca dönme hakkı özelinde ele almaktadır. Yazara göre, dönme hakkının altında bir iade yükümlülüğünün doğması yatmaktadır. Yenilik doğuran haklar daima tek bir işlemle kullanıldığı için dönme hakkından kaynaklanan iade yükümlülüğü aslında ön plandadır. Bu da § 262 BGB’nin böyle durumlara en azından kıyasen uygulanabilmesini haklı çıkartmaktadır¹⁰⁶. Diğer yandan, eğer bir kavramın varlık sebebi yalnızca yenilik doğuran

¹⁰⁴ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 924.

¹⁰⁵ Bkz. Stamm, “elektive Konkurrenz,” 925. Aslında yazarın kendi anlayışına göre burada ulaştığı sonuç hakim görüşü savunan bazı yazarlarca da kabul edilmektedir. Yazarın seçimlik yetki olarak ifade ettiği durumlarda alacaklı birinci basamaktaki haklardan (aynen ifa veya bunun devamı niteliğinde talepler) dönme gibi ikinci basamaktaki haklara geçiş yapmaktadır. Yazara göre ikincil haklardan biri ileri sürüldüğünde seçimlik yetkinin bağlayıcı etkisi gereği artık aynen ifa talebine geri dönülemeyecektir. İşte *Stamm*’ın aksine seçimlik yarışmayı kabul ederek *ius variandi*’ye açık kapı bırakan bazı yazarlar da ikinci basamaktan ilkinde geçişe izin vermemektedir. Örneğin, dönme hakkının kullanılmasından sonra artık “sonraki ifa”nın istenemeyeceği yönünde: Harm Peter Westermann, “§ 437 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil I, 1. Halbband: §§ 433-534 BGB*, ed. Bettina Limperg *et al.*, 8. Auflage (München: Beck, 2019), N. 52. Türk ve İsviçre hukukunda ayıbın giderilmesi hakkı ayıplı ifadan doğan diğer haklar karşısında birincil nitelikte olmamasına rağmen bunu kullananın daha sonra dönme veya bedel indirimi haklarını, dönme veya bedel indirimini kullananın da daha sonra ayıbın giderilmesi hakkını kullanamayacağı yönünde ayrıca bkz. Eugen Bucher ve Vedat Buz, “Mağdur Edilen Alıcı: Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK m. 198), BK m. 202/II (Art. 205/II OR)’ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları,” içinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan* (Ankara: Seçkin, 2004), 151, dn. 10’daki Buz’a ait işleyen notu.

¹⁰⁶ Stamm, “elektive Konkurrenz,” 925-926.

haklardan doğan yükümlülüklerin kanunda öngörülmuş başka bir kavrama doğrudan dahil edilememesi ise, bu durum tek başına dogmatik bir iflas açıklaması gibidir¹⁰⁷.

Sonuç itibarıyla *Stamm*'a göre, seçimlik yarışma kavramı tekil bir amaçla, seçim hakkının kullanılmasının bağlayıcı etkisinden kaçınmak için yaratılmış, dogmatik temelden ve gerekçelendirmeden yoksun, BGB hükümleri karşısında çifte ilke ihlali (kanunda düzenlenmiş bir temel kavramın uygulanamaz kılınması + hukuki işlem teorisinin baş aşağı edilmesi) teşkil eden, sonuç odaklı bir kavram içtihatçılığında başka bir şey değildir¹⁰⁸. Halihazırda yeterince kompleks olan BGB'nin içerdiği hukuki belirsizliklerin bir de seçimlik yarışma gibi açık olmayan bir kavramla artırılması engellenmelidir; BGB seçimlik yarışma kurumunu haklı sebeplerle tanınamıştır¹⁰⁹.

III. TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKUNDA SEÇİMLİK YARIŞMA

A. Genel Olarak Seçimlik Borç ve Yetki

Giriş kısmında değinildiği üzere, §§ 262-265 BGB'den farklı olarak TBK ve İBK seçimlik borcu detaylı olarak düzenleyen hükümler içermemektedir. Bunlardan sadece kanun koyucuların seçimlik borcun hukuki yapısına ilişkin anlayışı ve seçimlik borç hallerinde seçim hakkına kural olarak borçlunun sahip olacağı çıkarılabilmektedir. Gerçekten de İBK m. 72'ye göre, "*Borç yalnızca biri ya da diğeri gerçekleştirilecek şekilde birden fazla edime yönelikse, hukuki ilişkiden başka bir sonuca varılmadıkça, seçim borçluya aittir.*" TBK m. 87'ye göre de "*Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir.*" Gerçi aynı konuyu düzenleyen 818 sayılı BK m. 71'deki "*Borç birden ziyade şeylerin yapılmasını veya verilmesini şamil olup ta borçlu bunlardan yalnız biriyle mükellef tutulabilirse*" şeklindeki seçimlik borç kavramını ortaya koyan ifade TBK m. 87'nin metinden çıkarılmıştır. Bununla beraber, madde gerekçesinde bu ifadenin yerine "*seçimlik borçlarda*" ifadesine yer verildiği ve bir hüküm değişikliğinin bulunmadığı belirtilmiştir. Bunun dışında seçim hakkının kullanılmasının bağlayıcılığı ve zaman bakımından etkisi (§ 263 BGB), seçim hakkının zamanında kullanılmaması halinde karşı tarafın

¹⁰⁷ Stamm, "elektive Konkurrenz," 926.

¹⁰⁸ Stamm, "elektive Konkurrenz," 926.

¹⁰⁹ Stamm, "elektive Konkurrenz," 929.

başvurabileceği yollar (§ 264 BGB) ve edimlerden birinin imkansızlaşmasının sonuçları (§ 265 BGB) konusunda düzenleme yapılmamıştır. Bununla beraber, ortaya çıkan hareket alanının genişliğine karşın Türk ve İsviçre öğretilerinde genellikle BGB'deki düzenlemelere paralel çözümlerin kabul edildiği görülmektedir.

İBK m. 72 ve gerekçesiyle beraber değerlendirilen TBK m. 87'de, § 262 BGB'de öngörüldüğü ve Alman hakim öğretisince savunulduğu gibi¹¹⁰, seçimlik borç kavramının birden fazla edim içeren (alternatif içerikli) tek bir alacak/borç şeklinde yapılandırıldığı görülmektedir. Öğretideki hakim görüş de buna paralel şekilde, seçimlik borcun var olduğu durumlarda birden fazla edimi seçimlik olarak içeren tek bir borç olduğunu ve bunlar arasından sadece seçilecek olan edimin yerine getirileceğini benimsemektedir¹¹¹. Seçim hakkı bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmekte¹¹² ve kullanıldıktan sonra geri alınamayacağı kabul edilmektedir¹¹³. Yukarıda II, A'da açıklandığı üzere,

¹¹⁰ Bkz. yukarıda II, A.

¹¹¹ Schraner, "Art. 72 OR," N. 6; Weber, "Art. 72 OR," N. 9; Andreas von Tuhr ve Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 1984), 77; Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Jörg Schmid, *OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 11. Auflage (Zürich: Schulthess, 2020), N. 92; Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Susan Emmenegger, *OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II*, 11. Auflage (Zürich: Schulthess, 2020), N. 2252; Eren, *Borçlar Genel*, N. 2995; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. 1*, N. 35; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Tıpkı 6. Bası (İstanbul: Filiz, 2014), § 7, N. 1; Şirin Aydıncık, "TBK m. 87," içinde *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Cilt 2-3: Madde 83-206*, 3. Baskı (İstanbul: Vedat, 2019), N. 2.

¹¹² Schraner, "Art. 72 OR," N. 33; Weber, "Art. 72 OR," N. 29; Ulrich G. Schroeter, "Art. 72," içinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020), N. 11; Merz, *OR AT*, 136; von Tuhr ve Peter, *OR AT I*, 79; Ingeborg Schwenzer ve Christiana Fountoulakis, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Auflage (Bern: Stämpfli, 2020), N. 9.03; Koller, *OR AT*, N. 37.26; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 7, N. 4, 7; Eren, *Borçlar Genel*, 3001; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. 1*, N. 898; Nomer, *Borçlar Genel*, N. 156; Aydıncık, "TBK m. 87," N. 5.

¹¹³ Schraner, "Art. 72 OR," N. 33; Weber, "Art. 72 OR," N. 37; Schroeter, "Art. 72 OR," N. 11; Merz, *OR AT*, 136; von Tuhr ve Peter, *OR AT I*, 79; Gauch, Schlupe ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 2254; Koller, *OR AT*, N. 37.26; Eugen Bucher,

Alman hukukundaki hakim görüş de § 263 f. 1 BGB'den hareketle aynı nitelendirmeyi yaparak aynı kabulde bulunmaktadır; ancak seçim hakkının geri alınamazlığını Alman Federal Mahkemesi ve bazı yazarlar § 263 f. 2 BGB uyarınca seçim hakkının geçmişe etkili oluşuna dayandırmaktadır¹¹⁴. Türk ve İsviçre hukukunda § 263 f. 2 BGB'nin aksine seçim hakkının kullanılmasının geleceğe etkili olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵. Böylece Alman hukukunda eleştirilen geçmişe etkiye alan açılmamaktadır. Bununla birlikte, görüldüğü üzere, bundan seçim hakkına sahip olan tarafa *ius variandi* tanınabileceği şeklinde bir çıkarım da yapılmamaktadır. Alman hukukundan farklı olarak seçimin geleceğe etkili sayılması sonucunda, zamanaşımı süresi, borç ilişkisinin kurulduğu andan itibaren değil, seçim hakkının kullanılabilmesi andan itibaren işlemeye başlayacaktır¹¹⁶. Bu sonuca İBK m. 130 f. 2 (TBK m. 149/II) seçimlik borçlara da uygulanarak varılmaktadır¹¹⁷.

Seçim hakkına sahip olan borçlunun bunu kullanmayı ihmal etmesi halinde Türk ve İsviçre pozitif hukuklarında fark vardır. Seçim hakkının borçluya (veya üçüncü kişiye¹¹⁸) ait olduğu durumu düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK") m. 112'de, § 264 f. 1 BGB'yle paralel bir çözüm yolu benimsenmiştir¹¹⁹. Buna göre, seçim hakkı kullanılmadığı

Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage (Zürich: Schulthess, 1988), 298; Kocayusufoşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 7, N. 4, 7; Eren, *Borçlar Genel*, 3002; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. 1*, N. 900; Aydınçık, "TBK m. 87," N. 5.

¹¹⁴ Bkz. yukarıda II, A.

¹¹⁵ Weber, "Art. 72 OR," N. 42; Schroeter, "Art. 72 OR," N. 12; Paola Wullschleger, "Art. 72," içinde *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK) Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-183 OR*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 2016), N. 4; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. 1*, N. 902; Aydınçık, "TBK m. 87," N. 5. Aksi yönde bkz. Eren, *Borçlar Genel*, N. 3001.

¹¹⁶ Tarafların seçim hakkının kullanılabilmesi anı ayrıca kararlaştırılabileceği konusunda bkz. Aslı Aras, "Seçimlik Borcun İfa ve İcrası," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 3 (2020): 1114.

¹¹⁷ Andreas von Tuhr ve Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 1984), 220; Robert K. Däppen, "Art. 130," içinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020), N. 14. Alman hukukundaki durum için bkz. yukarıda dn. 24.

¹¹⁸ Bu çalışmada ele alınmayacak olan bu ihtimal hakkında bkz. Aras, "Seçimlik Borç", 1123 vd.

¹¹⁹ Aynı yönde bkz. Aras, "Seçimlik Borç", 1118, Bkz. yukarıda II, A.

takdirde alacaklı bir seçimlik dava açabilecek, talebin uygun olduğunu tespit eden mahkeme bir seçimlik mahkumiyet hükmü verecek, icra takibi aşamasında alacaklı edimlerden birini seçerek takibe konu edebilecek ve fakat borçlu diğer edimi ifa ederek borcundan kurtulma hakkına sahip olmayı sürdürecektir. HMK m. 112'nin gerekçesinde belirtilmemiş olmakla birlikte, kanımca, 3. fıkrada yer alan “*diğer edimi ifa etmek suretiyle*” ifadesi de, Alman hukukuyla paralel şekilde¹²⁰, icra aşamasına geçilmesiyle borçlunun seçim hakkının içerik değiştirdiğinin, artık irade açıklamasıyla değil, fiilen diğer edim ifa edilerek kullanılabilceğinin kabul edildiğini göstermektedir¹²¹. İsviçre hukukunda HMK m. 112 veya § 264 f. 1 BGB gibi bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, öğretideki çoğunluk görüş de aynı çözümü benimsemektedir¹²². Özellikle bazı yazarlarca önerilen, alacaklının borçluya seçmesi için ek süre verip bunun faydasız geçmesi halinde seçim hakkının kendine geçeceğini veya seçimi hakim yapacağını bildirerek dava açması şeklindeki çözüm reddedilmektedir¹²³.

Bu açıklamalardan seçim hakkına sahip olmayan alacaklının mutlaka seçimlik dava açarak aynen ifade direktmesi gerektiği anlaşılmamalıdır. Hakim görüşüne göre, borçlunun seçim hakkını kullanmaması halinde borcun ifa edilmemesi ve borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler ile mümkünse TBK m. 212 gibi özel hükümler uygulanacaktır¹²⁴. Mesela karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifade direktmek istemeyen alacaklı, seçimlik dava açmak yerine, TBK m. 125'teki diğer hakları kullanabilecektir¹²⁵. Yalnız burada bir soruna dikkat çekilmesi gerekir. Eğer atf yapılan yazarların ifade ettiği şekilde salt “seçim hakkının kullanılmaması”na borçlu temerrüdü sonucu bağlanıyorsa, kanımca, Alman hukukundaki hakim görüşün aksine¹²⁶, seçim hakkının kullanılması borçlu için bir yükümlülük sayılmış olmaktadır. Buna karşın eğer tek başına seçim hakkının kullanılmamasına değil, bu yolla ifa

¹²⁰ Bkz. yukarıda dn. 31.

¹²¹ Aynı yönde bkz. Aras, “Seçimlik Borç”, 1120.

¹²² Schraner, “Art. 72 OR,” N. 46; Weber, “Art. 72 OR,” N. 48; Merz, *OR AT*, 136-137; von Tuhr ve Peter, *OR AT I*, 80; Gauch, Schlupe ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 2254.

¹²³ Bkz. Schraner, “Art. 72 OR,” N. 47.

¹²⁴ Weber, “Art. 72 OR,” N. 45; Wullschleger, “Art. 72 OR,” N. 5; Bucher, *OR AT*, 298; Aydınçık, “TBK m. 87,” N. 8.

¹²⁵ Weber, “Art. 72 OR,” N. 45; Schroeter, “Art. 72 OR,” N. 18; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3007; Aras, “Seçimlik Borç”, 1118.

¹²⁶ Bkz. yukarıda II, A.

zamanının geçirilmesine (gerekliyse ihtar şartıyla birlikte) borçlu temerrüdü sonucu bağlanıyorsa, bu takdirde Alman hukukuyla böyle bir fark ortaya çıkmamaktadır. Kanaatimce HMK m. 112’de öngörülen ve İsviçre öğretisinde de kabul edilen alacaklı açısından oldukça külfetli süreç ile borçluyu seçim hakkını kullanmakla yükümlü saymayı bağdaştırmak güçtür¹²⁷. Seçim hakkının kullanılabilmesi an ile borcun ifa edilmesi gereken an arasında bir süre varsa, seçim hakkının kullanılması aksi kararlaştırılmadıkça borçlanılmadığı için borçlunun bu konuda temerrüde düştüğünden de söz edilemez. Dolayısıyla alacaklı vadeden önce borçlu temerrüdünden kaynaklanan haklara başvuramaz. Ancak seçim yapmayarak vadeyi geçiren borçlunun seçim hakkını kullanmakla yükümlü olmaması sebebiyle ifadan kaçınabileceği savunması dinlenmez¹²⁸. Bu andan itibaren borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabilir.

Seçim hakkına sahip olan alacaklının bunu kullanmayı ihmal etmesi durumunda borçlunun başvurabileceği yol ise iki hukuk düzeninde de kurala bağlanmamıştır. Seçim hakkını kullanmayı ihmal eden alacaklının alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilmektedir¹²⁹. Ancak alacaklı seçim hakkını kullanmadığı sürece borcun içeriği belli olmadığından, edimlerin tevdi edilme imkanı olsa bile, borçlunun edimlerden birini seçip tevdi etmeye hakkı olmadığı gibi kendi istemedikçe bütün edimleri tevdi etmesi de ondan beklenemeyecektir¹³⁰. Tartışmalı olmakla beraber, çoğunluktaki görüş bu sorun karşısında da Alman hukukunda § 264 f. 2 BGB’de getirilen seçim hakkının borçluya geçmesi çözümünü benimsemektedir¹³¹. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü kabul etmekle birlikte, seçim hakkının borçluya geçebilmesi için İBK m. 107’ye (TBK m. 123) kıyasen alacaklıya ek süre

¹²⁷ Seçim hakkının kullanılmasının ayrıca borçlanılmadığı yönünde bkz. Aras, “Seçimlik Borç”, 1117.

¹²⁸ Keza Alman hukukunda bkz. Krafka, “§ 264 BGB,” N. 6.

¹²⁹ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 49; Schroeter, “Art. 72 OR,” N. 19; Wullschleger, “Art. 72 OR,” N. 6; Bucher, *OR AT*, 298; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3005; Serozan, *İfa*, § 7, N. 17; Aydıncık, “TBK m. 87,” N. 9; Aras, “Seçimlik Borç”, 1121.

¹³⁰ Bkz. Weber, “Art. 72 OR,” N. 50; Bucher, *OR AT*, 298; Aydıncık, “TBK m. 87,” N. 9.

¹³¹ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 49; Schroeter, “Art. 72 OR,” N. 19; Merz, *OR AT*, 137; Bucher, *OR AT*, 298; Serozan, *İfa*, § 7, N. 17; Aydıncık, “TBK m. 87,” N. 9. Karşı yöndeki görüş ve özellikle TBK m. 110’un genişletilmesi hakkında bkz. Eren, *Borçlar Genel*, N. 3005.

verilmesi ve bunun faydasız geçmiş olması gerektiğine hükmetmiştir¹³². Yargıtay HGK'nın da aynı yönde bir kararı mevcuttur¹³³. Mahkemelerin yaklaşımı sonucu itibariyle § 264 f. 2 BGB'yle tamamen uyumludur.

Seçim hakkı kullanılmadan önce edimlerden birinin ifası tarafların sorumlu olmadığı sebeplerle imkansızlaşır ne olacağı tartışmalıdır. Çoğunlukta görünen görüş burada da Alman hukukundaki çözümü takip ederek § 265 BGB'ye paralel şekilde borç ilişkisinin kendiliğinden diğer edim(ler)e inhisar ettirilerek (konsantre edilerek) devam edeceğini savunmaktadır¹³⁴. Yalnız hatırlanacağı üzere, § 265 BGB hükmü, seçim hakkını geçmişe etkili sayan § 263 f. 2 BGB'nin söz konusu imkansızlık durumunda doğuracağı olumsuz sonuçları törpülemeyi amaçlamaktadır. Diğer görüşe göre, tarafların sorumlu olmadığı sebeplerle edimlerden birinin ifasının imkansızlaşması borç ilişkisinin ifası mümkün edim(ler)e konsantre edilmesini gerektirmez; seçim hakkına sahip olan taraf pekâlâ ifası imkansızlaşan edimi de seçebilir¹³⁵.

Alman hukukunda olduğu gibi Türk ve İsviçre hukuklarında da seçimlik yetki kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen kabul edilen ve münferit kanuni düzenlemelerde mevcut sayılan (örneğin, TBK m. 99/II; İBK m. 84 f. 2) bir kurumdur¹³⁶. Hukuki yapısı da Alman hukukundakinden farklı ele alınmamaktadır: Seçimlik yetkinin bulunduğu durumlarda baştan

¹³² BGE 110 II 148, 152. Fransızca kaleme alınmış bu karar hakkında bkz. Weber, "Art. 72 OR," N. 50.

¹³³ Y. HGK, E. 2013/19-1103, K. 2014/1084, 24.12.2014 (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 05.02.2023): "Seçim hakkının alacaklıya ait olduğu hallerde alacaklının seçim hakkını kullanmamasının nasıl bir sonuç doğuracağı hususu da tartışmalı olmakla birlikte, bu durumda borçlu seçimini yapması hususunda alacaklıya uygun bir süre vermelidir. Şayet bu sürenin sonunda alacaklı seçimi yapmazsa oluşan alacaklı temerrüdü karşısında bu seçim hakkı borçluya geçecektir. Bu durumda borçlu seçeceği edimi tevdi ile ya da tevdi mümkün değilse satım sonrası bedeli tevdi ile borcundan kurtulabilme ve sözleşmeden dönme hakkına sahiptir."

¹³⁴ von Tuhr ve Peter, *OR AT I*, 81; Koller, *OR AT*, N. 37.27; Gauch, Schlupe ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 2263 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3011 (yazar seçim hakkının geçmişe etkili olduğunu da kabul etmektedir: N. 3001); Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. I*, N. 904; Serozan, *İfa*, § 17, N. 18; Nomer, *Borçlar Genel*, N. 156; Aras, "Seçimlik Borç", 1131.

¹³⁵ Schraner, "Art. 72 OR," N. 58; Weber, "Art. 72 OR," N. 57 vd.; Merz, *OR AT*, 138; Aydınçık, "TBK m. 87," N. 13.

¹³⁶ Bkz. Schraner, "Art. 72 OR," N. 64 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3018.

borçlanılmış tek bir edim mevcuttur, ancak hak sahibi bu edimi tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisini haizdir¹³⁷. Yalnız Alman hukukundan farklı olarak seçim hakkının kullanılmasının hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yedek edimi seçme hakkı hangi tarafta olursa olsun bunun kullanılması yenilik doğuran hak değildir; bu sebeple karşı taraf bunu kabul etmedikçe dürüstlük kuralına uygun olmak kaydıyla geri alınabilir¹³⁸. Bu yazarlar arasında borçlunun yedek edimin fiilen ifasını teklif ederek asıl edim yükümlülüğünü düşürebileceğini kabul edenler de vardır¹³⁹. Ancak seçimlik yarışmadan farklı olarak (bkz. yukarıda II, B, 1 (iii) ve aşağıda III, B ile IV, B 2), bu görüş, hak sahibine bir *ius variandi* tanınmasının gerekebileceği gözetilerek değil, seçimlik yetki durumlarında halihazırda borçlanılmış bir edimin var olmasından yola çıkılarak savunulmaktadır. Diğer bir görüş seçim hakkının borçluda olduğu durumlar için yalnızca fiilen ifa teklifiyle asıl edimin düşeceği konusunda aynı kanaattedir; ama alacaklıda olduğu durumlarda bunu yenilik doğuran nitelikte saymaktadır¹⁴⁰. Bu görüşün İsviçre'deki yüksek mahkeme içtihadı tarafından desteklenmekte ve giderek yerleşmekte olduğu görülmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında seçimlik cezai şartı seçimlik yetki olarak nitelendirmiş ve alacaklının sahip olduğu bu yetkinin geri alınamaz bir yenilik doğuran hak teşkil ettiğine hükmetmiştir¹⁴¹. Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi 28.04.2022 tarihli bir kararında Federal Mahkeme içtihadının isabetli olduğuna karar vermiş; bu içtihadın hem seçimlik borçtaki seçim hakkına oldukça benzeyen seçimlik yetkiye alacaklının sahip olduğu durumlarda seçim hakkını seçimlik borçtakiyle aynı şekilde nitelendirerek yeknesaklık sağladığını hem de alacaklının yedek edimi seçmesi halinde borçlunun bu açıklamanın

¹³⁷ Schraner, "Art. 72 OR," N. 25, 65; Weber, "Art. 72 OR," N. 67-68; Merz, *OR AT*, 139; Koller, *OR AT*, N. 2.129; Eren, *Borçlar Genel*, N. 3019; Serozan, *İfa*, § 7, N. 21; Aydınçık, "TBK m. 87," N. 4.

¹³⁸ von Tuhr ve Peter, *OR AT I*, 82; Weber, "Art. 72 OR," N. 72, 78.

¹³⁹ Weber, "Art. 72 OR," N. 73. Fiilen ifa teklifinin anlamı ve bu konudaki tartışmayla ilgili olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 7, N. 8.

¹⁴⁰ Schraner, "Art. 72 OR," N. 66-67, 73; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 7, N. 7-8; Serozan, *İfa*, § 7, N. 26-27. Aynı yönde bkz. Gauch, Schlupe ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 2269, 2271. Ayrıca bkz. Bucher, *OR AT*, 300.

¹⁴¹ BGE 63 II 84 vd. Mahkemenin daha yeni tarihli kararlarında da seçim hakkının yenilik doğuran niteliği ve kural olarak geri alınamazlığıyla ilgili içtihadını sürdürdüğü görülmektedir. Örneğin bkz. BGer 4A_306/2018, E. 5.3.2. Bir alttaki dipnotta anılan kararın atıf yapılan paragrafında aynı yönde başka kararlar da vardır.

kesinliğine güvenebilmesini sağlayarak hukuki güvenliğe hizmet ettiğini belirtmiştir¹⁴². Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi 22.01.2022 tarihli başka bir kararında da seçimlik yetki durumunda seçim hakkına sahip olan borçlunun ancak fiilen ifa teklifiyle asıl edim yükümlülüğünü düşürebileceğini kabul etmiştir¹⁴³. Sonuçta, özellikle seçim hakkının alacaklıda olduğu seçimlik yetki durumlarında bu hakkın kullanılmasını (tıpkı seçimlik borçta olduğu gibi) kural olarak geri alınamaz bir yenilik doğuran işlem olarak nitelendiren görüş baskın hale gelmiş görünmektedir. Borçlunun seçim hakkının bu nitelikte sayılmaması seçimlik yarışmayla yapılacak karşılaştırma bakımından önem taşımamaktadır; zira Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik yarışmada seçim hakkı (en azından TBK'da düzenlenen aşağıda açıklanacak tipik örneklerinde) alacaklıya aittir.

Son olarak, seçimlik yetki durumlarında borcun konusu baştan belli olduğu için seçim hakkına sahip olmayan tarafın bir seçimlik dava açarak ya da ek süre vererek karşı tarafı *de facto* seçim yapmaya zorlaması mümkün değildir. Aslında bu, seçimlik yarışmanın da belirleyici özellikleri arasında sayılmaktadır (bkz. yukarıda II, B, 1, (iv)). Ancak seçimlik yetkide bu özellik salt bunun hukuki yapısından ileri gelmektedir. Halihazırda kural olarak ifa ve talep edilebilir tek bir edim mevcut olduğundan seçim hakkına sahip tarafın bu hakkı kullanmaya itecek mekanizmalara ihtiyaç yoktur. Seçimlik yarışmada ise aynı sonuca hak sahibinin negatif seçim özgürlüğünün sınırlandırılmaması gereği üzerinden ulaşılmaktadır¹⁴⁴. Seçimlik yetkiyle ilgili inceleme, bunun ifa imkansızlığı durumlarında da seçimlik borçtan ayrı değerlendirildiği belirtilerek burada sonlandırılabilir¹⁴⁵.

B. Seçimlik Yarışma

1. Kavram

Türk ve İsviçre hukukunda tespit edebildiğim kadarıyla seçimlik yarışma kavramına değinen yazarlar bunu Alman hukukundakiyle aynı şekilde tanımlamaktadır: Kanunun bir kişiye iki veya daha fazla talep hakkını ya da

¹⁴² Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 28. April 2022, Nr. RT220033, E. III, N. 2.4.

¹⁴³ Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Urteil vom 22. Januar 2021, Nr. LB200033, E. II, N. 7.

¹⁴⁴ Bkz. aşağıda dn. 200 ve buna bağlı metin.

¹⁴⁵ Bu konuda birçoğu yerine sadece bkz. Serozan, *Ifa*, § 7, N. 22.

yenilik doğuran hakkı, arasından yalnızca birini ileri sürmek üzere, seçimlik olarak sunduğu durumlarda seçimlik yarışma söz konusudur¹⁴⁶. Seçimlik yarışmaya değinen yazarların buna gösterdiği tipik örnekler karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne bağlı haklar (TBK m. 125), satım sözleşmesinin ayıplı ifasından kaynaklanan ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeriyle değiştirme ile sözleşmeden dönme ve bedelden indirim hakları (TBK m. 227/I) ve eser sözleşmesinin ayıplı ifasından kaynaklanan ücretsiz onarım, eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarıdır (TBK m. 475/I)¹⁴⁷. Hemen belirtelim ki, borçlar hukuku alanında da talep ile alacak hakkının özdeş kavramlar olmadığını, talebin yalnızca alacak hakkından doğan en önemli yetki olduğunu benimseyen Türk hukukundaki hakim görüş¹⁴⁸ takip edilirse, kanaatimce, tanımda talep hakkı yerine alacak hakkı kavramının kullanılması isabetli olacaktır. Yine bu bağlamda, söz konusu kavramları özdeş sayan görüşün hakim olduğu Alman hukukunda, seçimlik yarışmaya dahil olduğu kabul edilen bazı talep haklarının ne ifa edilebilir ne de talep edilebilir olmasının “durgun talep” kavramıyla ifade edildiği yukarıda II, B, 1, (i)’de açıklanmıştır. Aynı kavramsal sorun Türk hukukunda da ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarını yenilik doğuran hak saymayan, aşağıda değinilecek görüş kapsamında ortaya çıkmaktadır. İşte talep ile alacak hakkı kavramları arasındaki ilişki bakımından Türk hukukundaki hakim görüş takip edilirse, “durgun talep”lerden değil; TBK m. 90’daki derhal muacceliyet ve m. 96’daki erken ifayla ilgili tamamlayıcı kuralların uygulanmadığı, talep ve ifa edilebilirliğin seçim hakkının o hak lehinde kullanılmasına bağlı olarak ortaya çıktığı alacak haklarından söz edilecektir. Yalnız Alman hukukunda olduğu gibi Türk ve İsviçre hukuklarında da seçimlik yarışmaya dahil olabilen tüm alacak hakları bu nitelikte değildir. Örneğin, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede temerrüde düşmüş borçluya verilen ek süre sonuçsuz geçtikten sonra alacaklı aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan

¹⁴⁶ Bkz. Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Koller, *OR AT*, N. 2.131-2.132; Zemp, *Anspruchskonkurrenz*, N. 21; Buz, “TBK m. 60,” 24; Serozan, *Yöntem*, N. 328.

¹⁴⁷ Bkz. yukarıda I.

¹⁴⁸ Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, N. 214 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. 1*, N. 48 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, Galip Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı (İstanbul: Filiz, 1993), 13-14; M. Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Ankara: Yetkin, 2021), 71-72. Karş. Serozan, *İfa*, § 5, N. 3, 5; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 4, N. 8.

zararın tazmini ya da dönme haklarını kullanmak yerine pekala aynen ifade direktmeye de devam edebilir. Bu halde ilk iki hakkın kullanılabilmesi için tekrar ek süre verilmesi gerekecektir¹⁴⁹. Bu örnekte aynen ifa talebi adi/normal bir alacak hakkıdır.

Alman hukukunda seçimlik yarışma kavramını seçimlik borç ve yetkiden ayırdığı kabul edilen önemli dört husus yukarıda II, B’de açıklanmıştır. Türk ve İsviçre hukuklarında bunlardan özellikle kavramların hukuki yapısındaki farklılık öne çıkmaktadır. Buna göre, seçimlik yarışma durumlarında seçimin konusu birden fazla farklı edim değil, farklı talep hakları veya yenilik doğuran haklardır¹⁵⁰. Seçimlik yarışan hakların bir arada kullanılmasının mümkün olmadığı ve seçimin yapılmasıyla diğer hakların sona ereceği de oybirliğiyle kabul edilmektedir¹⁵¹. Bunlar dışında, tespit edebildiğim kadarıyla, seçimlik yarışma olarak adlandırılan kurumun varlığına tanınan sonuçlar ortaya koyulmamıştır. Yalnız *Koller* seçimlik cezai şart ile ifa talebi arasında seçimlik yarışma ilişkisi olduğunu kabul etmesine rağmen, seçimlik borçtakine paralel şekilde, borçlunun, seçim hakkını kullanmayan alacaklıya ek süre vererek bunun yararsız geçmesi halinde seçim hakkının kendine geçmesini sağlayabileceğini belirtmektedir¹⁵². Böylece Alman hukukunda kabul edilen, yukarıda II, B, 1, (iv)’de açıklanmış olan kavramsal farklılığı reddetmiş olmaktadır. Alman hukukunda aynı durum incelendiğinde, seçimlik cezai şart ile ifa talebi arasındaki ilişkiyi seçimlik yarışma olarak nitelendiren hakim görüşteki yazarlar, *Koller’in* aksine, özellikle seçim hakkının borçluya geçmesinin mümkün sayılmaması – yani § 264 f. 2 BGB’nin uygulanmaması – gerektiğini dikkate almaktadır¹⁵³. Bu istisna haricinde, hukuki yapıdaki

¹⁴⁹ Gauch, Schluep ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 2759.

¹⁵⁰ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Koller, *OR AT*, N. 2.131.

¹⁵¹ Schraner, “Art. 72 OR,” N. 28; Koller, *OR AT*, N. 2.132; Zemp, *Anspruchskonkurrenz*, N. 21; Serozan, *Yöntem*, N. 328; Buz, “TBK m. 60,” 24.

¹⁵² Koller, *OR AT*, N. 81.60-81.61. Yazar ayrıca cezai şart ile ifa talebi arasında ister seçimlik borç ister seçimlik yarışma ilişkisi olduğu kabul edilsin, her iki talebin de ifa edilebilirliğinin alacaklı seçimini yapana kadar ertelenmiş olacağını belirtmektedir. Ancak seçimlik talep haklarının talep ve ifa edilebilirliğinin seçime dek ertelenmesi seçimlik yarışmanın zorunlu bir unsuru değildir. Daha önce değinildiği üzere, seçimlik yarışmaya “durgun talep”ler konu olabileceği gibi adi/normal talepler de dahil olabilir. Bkz. yukarıda dn. 67 civarı.

¹⁵³ Peter Gottwald, “§ 340 BGB,” içinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II*, §§ 311-432 BGB, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage (München: Beck, 2022), N. 9; Bernhard Ulrici, “§

farklılık dışında kalan üç hususta (seçim hakkının hukuki niteliği, kullanılmasının bağlayıcı etkisi ve kullanılması konusunda hak sahibini zorlayabilme imkanı) kavramlar arasında bir karşılaştırma yapılmamıştır. Bununla birlikte, bazı yazarlar, böyle bir karşılaştırmadan bağımsız olarak, seçimlik yarışmada seçim hakkının kullanılmasının bağlayıcı etkiden yoksun olabileceğine ve hak sahibine bir *ius variandi* tanınabileceğine dikkat çekmektedir¹⁵⁴. *Koller* de böyle bir karşılaştırma yapmaksızın seçimlik yarışmanın çözümlenmesinde yenilik doğuran açıklama niteliği görülemeyeceğini, buna yenilik doğuran açıklamalara ilişkin geliştirilen kuralların yalnızca uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını belirtmektedir¹⁵⁵. Yazara göre¹⁵⁶, eser sözleşmesinin ayıplı ifası sebebiyle iş sahibinin elde ettiği ayıbın giderilmesi hakkı bir alacak hakkı niteliğindedir. Her ne kadar bunun kullanılması diğer seçimlik hakları sona erdirmek suretiyle hukuki durumda değişiklik yaratsa da, bu değişiklik doğrudan kanuna (hukuk düzenine) dayanmaktadır; yoksa bir yenilik doğuran açıklamaya değil¹⁵⁷.

2. Kavramın Önemi Azaltan Hususlar ve Görüşler

Giriş kısmında değinildiği üzere Alman hukukundan farklı olarak Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borç ve yetkiden ayrı bir kavrama olan ihtiyaç bazı sebeplerle azalmaktadır. Bunlardan ilki TBK m. 87 ve İBK m. 72'deki seçimlik borca ilişkin düzenlemelerin, §§ 262-265 BGB'ten farklı olarak, başka kavramlar üzerinden çıkış noktaları aranmasını acilen gerektirecek ölçüde ayrıntılı ve sınırlayıcı olmamasıdır. Bu hükümlerden sadece kanun koyucunun seçimlik borcun hukuki yapısına ilişkin anlayışı ve böyle bir borcun bulunduğu durumlarda seçim hakkına kural olarak borçlunun sahip olacağı çıkarılabilmektedir. Alman öğretisinde §§ 262-265 BGB'nin kanundan kaldırılması gerektiğini savunan *Ziegler*, İBK m. 72'deki gibi füzuli ama en azından zararsız bir hüküm getirilmesinin pratik açıdan en iyi çözümü

340 BGB," içinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.09.2021 (München: C. H. Beck, 2023), N. 29 ve orada dn. 119'da anılan yazarlar (beck-online.beck.de, Erişim Tarihi 05.02.2023).

¹⁵⁴ Bkz. Serozan, *Borçlar Özel*, N. 746; Koller, *OR AT*, N. 46.30.

¹⁵⁵ Koller, *OR AT*, N. 3.70.

¹⁵⁶ Koller, *Werkvertrag*, N. 708.

¹⁵⁷ Karş. Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 10. Auflage (Bern: Stämpfli, 2017), 316-317. Seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkının yenilik doğuran nitelikte sayılmamasının isabetli olduğu hakkında ayrıca bkz. yukarıda II, B, 2, (ii) ve aşağıda IV, B, 1.

sağlayacağını belirtmektedir¹⁵⁸. Özellikle § 263 f. 2 BGB'deki düzenlemenin aksine Türk ve İsviçre hukuklarında hakim görüşün seçimlik borçta seçim hakkının kullanılmasının geçmişe etkili olmadığını kabul etmesi Alman hukukunda bu kavramın pratikteki değersizliğine yöneltilen eleştirilerin önemli bir alt başlığını¹⁵⁹ sorun olmaktan çıkarmaktadır. Fakat İBK m. 72'de hukuki ilişkiden ve TBK m. 87'de buna ek olarak işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça seçim hakkının borçluda olacağını öngören kurallar aynı eleştirilere tabidir¹⁶⁰. Alman öğretisinde § 262 BGB'de yer alan aynı yöndeki kuralı kanun koyucunun bile takip etmediği, BGB'de borçlunun seçim hakkına sahip olduğu bir seçimlik borçla karşılaşmadığı yukarıda açıklanmıştı¹⁶¹. İBK ve TBK'ya bakıldığında, kanunen öngörülmüş seçimlik borca özellikle komisyoncunun kendiyile işlem yapmasını düzenleyen İBK m. 436 (TBK m. 543) örnek gösterilmektedir¹⁶². Burada komisyoncunun seçim hakkının aksine anlaşmayı dahi gerektirmeyecek şekilde vekalet verenin bir çift sözüyle ortadan kalkacağı öngörülmüştür. Aynı sebeple vekalet verenin edimin belirlenmesi için komisyoncuya seçim hakkını kullanması için ek süre vermesi de gerekmemektedir. İtiraf etmek gerekir ki, BGB'den farklı olarak TBK ve İBK'da seçimlik borç ayrıntılı şekilde düzenlenmemiş olmasına karşın, seçim hakkının kullanılmasının geçmişe etkisi dışında neredeyse her konuda en azından baskın görüş BGB'de öngörülmüş çözümleri benimsemektedir. Dolayısıyla Alman hukukunda seçimlik borç düzenine yöneltilen eleştirilerin çoğunun Türk ve İsviçre hukukları için de geçerli olduğu söylenebilir. Yine de geçmişe etkinin kabul edilmemesi bu kavramın uygulama alanının başka kavramlar üzerinden daraltılması ihtiyacını önemli ölçüde hafifletmektedir.

¹⁵⁸ Ziegler, "Wahlschuld," 217.

¹⁵⁹ Bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 70-71.

¹⁶⁰ Keza bkz. Serozan, *İfa*, § 7, N. 14: "Zaten pek ender rastlanan seçimlik borçtan hep çeşit borcuna kaçılır. Borçlu, kolay kolay edimi seçme serbestliğine kavuşturulmaz. Böylece alıcı kollanmış olur."

¹⁶¹ Bkz. yukarıda II, A.

¹⁶² Schraner, "Art. 72 OR," N. 8; Weber, "Art. 72 OR," N. 8; Georg Gautschi, "Art. 436," içinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 OR* (Bern: Schulthess, 1965), N. 2b.

İkinci sebep Türk ve İsviçre öğretisinde – en azından buna değinen yazarlarca – seçimlik yarışmanın tipik örnekleri olarak sayılan durumlarda her bir seçimlik hakkı kullanmakla tükenen, kategorik veya kural olarak geri alınamaz birer yenilik doğuran hak olarak nitelendirme yönündeki güçlü eğilimdir. Her bir seçimlik hak böyle nitelendirildiğinde, bir yandan bunların ne zaman doğduğu ve hangi anda sonuçlarını meydana getirdiği konusunda yenilik doğuran haklarla ilgili genel öğretilerden sonuç çıkartılabilmekte, diğer yandan bunların diğer seçimlik haklarla nasıl bir ilişki içinde olduğu görece önemsizleşmektedir.

Birçok yazar, İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü sebebiyle doğan hakların kullanıldıktan sonra geri alınamayan yenilik doğuran haklar niteliğinde olduğunu kabul etmektedir¹⁶³. Elbette bu hakların yenilik doğurucu niteliğinde herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak giderek taraftar toplayan aksi yöndeki görüş, kullanılan hakkın en azından kategorik olarak geri alınamayacağına karşı çıkmakta, bunu söz konusu “ilkenin” kabul edilmesinin amacı olan muhatabın korunması doğrultusunda yeniden değerlendirmekte ve belli şartlar altında hak sahibine *ius variandi* tanınabileceğini savunmaktadır¹⁶⁴.

¹⁶³ BGE 123 III 16, 22; von Tuhr ve Escher, *OR AT II*, 153-154; Bucher, *OR AT*, 373; Rolf H. Weber ve Susan Emmenegger, “Art. 107,” içinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR*, 2. Auflage (Stämpfli: Bern, 2020), N. 113, 117; Wolfgang Wiegand, “Art. 107,” içinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020), N. 14-15; Y. 14. HD, E. 2007/11905, K. 2007/14401, 16.11.2007 (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 05.02.2023); Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. I*, N. 1668, 1671, 1673; Eren, *Borçlar Genel*, N. 187-188, 3490.

¹⁶⁴ Gauch, Schlupe ve Schmid, *OR AT I*, N. 157; Koller, *OR AT*, N. 46.30; Koller, *Werkvertrag*, N. 380; Christa Kissling, “Die Auslegung und die Frage der Unwiderruflichkeit der Wahlerklärung des Gläubigers im Schuldnerverzug,” *Aktuelle Juristische Praxis* 6, no. 10 (1997): 1289 vd.; Mohasseb ve von der Crone, “Widerrufbarkeit,” 430 vd.; Serozan, *İfa*, § 17, N. 6, 14, 18; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası (İstanbul: Vedat, 2007), 463-464; Buz, *Yenilik Doğuran*, 443 vd., 452 vd.; Buz, “recht,” 200 vd.

Eser sözleşmesinin ayıplı ifasından kaynaklanan dönme¹⁶⁵, bedel indirimi ve ücretsiz onarım (ayıbın giderilmesi) hakları da birçok yazara ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre kullanıldıktan sonra geri alınamayan yenilik doğuran hak niteliğindedir¹⁶⁶. Yine satım sözleşmesinin ayıplı ifası halinde davalar üzerinden düzenleme getiren 818 sayılı BK m. 202-203 ve hala bu şekilde olan İBK m. 205 bağlamında yapılan, TBK m. 227'nin yürürlüğe girmesiyle hukukumuzda büyük ölçüde önemini yitirmiş tartışmalar bir kenara bırakılırsa¹⁶⁷, Türk öğretisinde TBK m. 227'den doğan hakları da (ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme dahil) geri alınamayan yenilik doğuran hak niteliğinde gören yazarlar vardır¹⁶⁸. Yargıtay içtihadının da bu yönde olduğu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 11'da düzenlenen hakların istikrarlı şekilde geri dönülemez yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesinden anlaşılabilir¹⁶⁹. Bu görüşlere karşı çift itiraz söz konusudur. Bir yandan Türk ve İsviçre öğretilerinde giderek taraftar toplayan bir görüş, ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarını yenilik doğuran haklar olarak değil, aynen ifanın devamı niteliğinde haklar olarak görmektedir¹⁷⁰. Bu yazarların diğer ortak özelliği, Alman

¹⁶⁵ İBK m. 368'de iş sahibinin eserin kabulünden feragat/imtina edebileceği düzenlenmiştir. Bundan (uygulanma koşulları daha farklı olmakla birlikte) satım sözleşmesinin ayıplı ifasını düzenleyen İBK m. 205'teki "dönüştürme" hakkı anlaşılmakta ve bunun bir yenilik doğuran hak olduğu kabul edilmektedir. Birçoğu yerine sadece bkz. Gauch, *Werkvertrag*, N. 1528 vd.

¹⁶⁶ BGer 4A_177/2014, 8.09.2014, E. 4.1 (ücretsiz onarım özelinde); BGE 109 II 40, 41-42; 107 III 106, 108; Theodor Bühler, "Art. 368," içinde *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar-ZK), Band V: Das Obligationenrecht, Teilband V/2d: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR*, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 1998), N. 52, 107, 130, 132; Gauch, *Werkvertrag*, N. 1581, 1588, 1688, 1835 (en azından kural olarak geri alınamayacağı yönünde; ancak bkz. N. 1842 vd.); Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 4. Baskı (Ankara: Yetkin, 2017), 647; Gümüş, C. 2, 63.

¹⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, *Yenilik Doğuran*, 170-182; Gümüş, C. 1, 94 vd., 97.

¹⁶⁸ Eren, *Borçlar Özel*, 129-131; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Birinci Cilt*, 11. Baskı (İstanbul: Beta, 2022), 172-173, 193.

¹⁶⁹ Örneğin bkz. Y. 3. HD, E. 2020/7336, K. 2020/6337, 10.11.2020; Y. 13. HD, E. 2016/30596, K. 2019/6097, 14.5.2019 (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 05.02.2023).

¹⁷⁰ Honsell, *OR BT*, 317 (ayıbın giderilmesi hakkı özelinde); Koller, *Werkvertrag*, N. 708-709; Serozan, *Borçlar Özel*, N. 776, 778; Buz, *Yenilik Doğuran*, 170 vd.; Yeşim Atamer ve Ece Baş, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak

öğretisinde seçimlik yarışma hallerinde hakim görüşçe kabul edilen *ius variandi*'ye, yani hak sahibi seçimlik haklarından birini kullandıktan sonra belli şartlar altında bunu başka bir hakla değiştirebilmesine açık kapı bırakılmaktadır¹⁷¹. Hatta, Alman öğretilerine paralel şekilde, söz konusu hakların aynen ifanın devamı niteliğinde sayılması belli şartlar altında hak sahibine *ius variandi* tanınması lehine bir argüman olarak da kullanılmaktadır¹⁷². Bununla birlikte, *ius variandi* sadece böyle bir nitelendirmeye bağlı olarak tartışılmamakta, yenilik doğuran hakların da kategorik olarak bir kere kullanılmakla tükeneyeceği ve geri alınamayacağı “ilkesi” de eleştirilmektedir¹⁷³.

Monografik çalışmalara konu edilen genişlikte bu tartışmaların tümünün bir kavrama yüklenen/yüklenebilecek anlamı ve ihtiyaç duyulup duyulmadığını ele alan bu çalışmada değerlendirilmesi mümkün değildir¹⁷⁴. Ancak özellikle ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarını birer talep/alacak hakkı olarak gören ve bu nitelendirmeden aynı zamanda hak sahibine *ius variandi* tanımakta faydalanan görüş ile bunları kural olarak geri alınamaz yenilik doğuran haklar olarak gören görüşün bu kurala sunduğu istisnalar arasındaki yakınlığa belli başlı örnekler üzerinden dikkat çekilmesi yararlı olacaktır. Örneğin, ilk görüşe katılan *Atamer ve Baş*'a göre: “*Nasıl ki ifa talebi bir yenilik doğuran hak değilse ve icra edilmesi gerekiyorsa, aynı şekilde onarım veya yenisi ile değiştirme de edaya yönelik icra edilebilir taleplerdir. Dolayısıyla ancak sonuca ulaştırmaları, yani ayıpsız ifanın gerçekleşmesi ihtimalinde alıcının talep hakkı sona erer. Satıcının malı tamir edememesi veya verilen yeni malın da ayıplı çıkması ihtimalinde ise alıcının*

6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk,” *İstanbul Barosu Dergisi* 88, Sayı 1 (2014): 35; Murat İnceoğlu, “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu,” içinde *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Makaleler-Tartışmalar*, der. Murat İnceoğlu (İstanbul: On İki Levha, 2015), 191 vd.

¹⁷¹ Honsell, *OR BT*, 117, 314; Koller, *Werkvertrag*, N. 380, 624 vd.; Serozan, *Borçlar Özel*, N. 746; Buz, *Yenilik Doğuran*, 452 vd., 469-470, 483 vd.; Atamer ve Baş, “Ayıptan Doğan Sorumluluk,” 35-36; İnceoğlu, “Ayıba Karşı Tekeffül,” 191 vd.

¹⁷² Bkz. Atamer ve Baş, “Ayıptan Doğan Sorumluluk,” 35-36; İnceoğlu, “Ayıba Karşı Tekeffül,” 191.

¹⁷³ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. Buz, *Yenilik Doğuran*, 443 vd., 452 vd.

¹⁷⁴ Bu çalışmada hiç değerlendirilmemiş olan, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünden doğan haklar bağlamındaki *ius variandi* tartışması için özellikle bkz. Buz, “recht,” 200 vd.

*diğer seçimlik haklarına başvurmasına engel olamaz.*¹⁷⁵ Bu hakların talep hakkı olarak görüldüğü Alman hukukunda bununla aynı yönde, yani yalnızca satıcının seçilen talebi yerine getirmemesi üzerine alıcıya *ius variandi* tanımak lehinde bir görüş olduğu gibi, daha geniş şekilde, satıcı seçilen hakkı ifaya başlamadığı sürece alıcının (dürüstlük kuralına uygun olmak kaydıyla) seçimini değiştirmekte serbest olduğunu savunan bir görüş de vardır¹⁷⁶. İsviçre hukukunda eser sözleşmesinin ayıplı ifası özelinde tüm seçimlik hakları kural olarak geri alınmaz yenilik doğuran haklar olarak gören¹⁷⁷ *Gauch'un* görüşü incelendiğinde, eserdeki ayıbın giderilmesi hakkının yerine getirilmemesi halinde, sonuç itibariyle, iş sahibine *ius variandi* tanıdığı görülmektedir. Yazara göre, örneğin, yüklenici ayıbı gidermekte temerrüde düşerse, istenilen giderim objektif olarak imkansızlaşır veya yüklenicinin bazı iyileştirmeler yaptığı mal hala ayıplıysa, şartları sağlanmış olmak kaydıyla, iş sahibi diğer haklarını kullanabilir¹⁷⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de bir yenilik doğuran hak kullanmış olan iş sahibinin seçimiyle bağlı olduğunu belirtmekle birlikte, yüklenici tekrar ayıplı bir eser teslim ederse iş sahibinin ayıplı ifadan kaynaklanan tüm haklarını kullanabilmesi gerektiğine, diğer türlü ayıplı ifaya ilk kez muhatap olduğu durumdan daha kötü bir duruma düşürülmüş olacağına hükmetmiştir¹⁷⁹. Görüldüğü üzere, bu görüşler ile ayıbın giderilmesini bir talep hakkı olarak niteleyen ve buna muhatap olan satıcının/yüklenicinin bunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde hak sahibine *ius variandi* tanıyan görüşler sonuçları itibariyle oldukça yakındır.

Bunların yanında *ius variandi*'ye daha geniş alan açan yazarlar da vardır. Örneğin, *Huguenin'e* göre¹⁸⁰, yenilik doğuran haklar homojen bir kategori olduğu için bunların genel ve soyut olarak geri alınamazlığından söz etmek doğru değildir. Ayıptan kaynaklanan haklardan biri lehinde yapılan seçimin

¹⁷⁵ Atamer ve Baş, "Ayıptan Doğan Sorumluluk," 35. Aynı yönde ayrıca bkz. İnceoğlu, "Ayıba Karşı Tekeffül," 191-192.

¹⁷⁶ Bkz. Bittner ve Kolbe, "§ 439 BGB," N. 9. Ayrıca karşı. Westermann, "§ 439 BGB," N. 7.

¹⁷⁷ Gauch, *Werkvertrag*, N. 1581, 1588, 1688, 1835.

¹⁷⁸ Gauch, *Werkvertrag*, N. 1801, 1843, 1844, 1846. Aynı yönde ayrıca bkz. Jörg Schmid, Hubert Stöckli ve Frédéric Krauskopf, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 2. Auflage (Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2016), N. 1788.

¹⁷⁹ BGE 109 II 40, 41-42. Ayrıca bkz. Buz, "recht," 201-202 ve orada dn. 27; Serozan, *Dönme*, 463-464.

¹⁸⁰ Huguenin, *OR AT-BT*, N. 2652.

geri alınmasının sınırı dürüstlük kuralı, özellikle de çelişkili davranış yasağı ve güven ilkesinden çizilmelidir. Çoğaltılabilecek bu örnekler en azından ayıplı ifa durumlarında bazı seçimlik haklar bakımından, bunların nasıl nitelendirildiklerinden bağımsız olarak, hak sahibine *ius variandi* tanınmasına açık kapı bırakma lehindeki görüşün güçlendiğini göstermektedir.

Son olarak, yukarıda değinilen güçlü eğilime dahil olan bazı yazarlar seçimlik haklarla birlikte seçim hakkının kendini de – tıpkı seçimlik borçta ve alacaklının seçimlik yetkisinde olduğu gibi¹⁸¹ – yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmektedir.¹⁸² Bu yapı izlenecek olursa, sonuçları itibariyle seçimlik borçtakine oldukça yaklaşan bir durum ortaya çıkmaktadır. Seçim hakkı bir kez kullanılmakla tükenen ve yapılan tercih sonradan değiştirilemeyecektir. Bir de *Stamm* takip edilerek¹⁸³ seçimlik borcun “eş düzeydeki sorumlulukları” kapsadığı benimsenir ve yenilik doğuran haklar da bu kavrama dahil edilirse, İsviçre öğretisinde *Merz'in* ileri sürdüğü seçimlik yarışmayı reddeden ve böyle adlandırılan durumları seçimlik borç sayan görüş¹⁸⁴ güçlenmiş olacaktır. Ancak tüm bunlar kabul edilse bile sonuçları itibariyle seçimlik yarışmaya dahil edilen durumlar seçimlik borç kavramıyla açıklanamayacaktır. Zira TBK m. 125, 227, 475'teki haklar bakımından borçlunun, alacaklıyı seçim hakkını kullanmaya *de facto* zorlayabilme yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca seçim hakkının bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi de mümkün görünmemektedir. Bunlar aşağıda IV, B'de ele alınacaktır.

IV. Türk ve İsviçre Hukuklarında Kavrama Olan İhtiyacın Değerlendirilmesi

Buraya kadar yapılan açıklamalardan, Türk ve İsviçre hukuklarında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünden veya ayıplı ifadan kaynaklanan haklar gibi durumları açıklamak üzere seçimlik borç ve yetkiden ayrı bir seçimlik yarışma kavramına (ya da eşdeğer bir kavrama) ihtiyaç duyulup duyulmadığının iki açıdan incelenmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. İlki, alışılmış seçimlik borç ve yetki kavramlarına sadık kalınırsa, bunlardan bağımsız bir kavramın kabulünün uygun olup olmadığı

¹⁸¹ Bkz. yukarıda III, A.

¹⁸² Örneğin bkz. Eren, *Borçlar Özel*, 129-131; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel C. I*, 173.

¹⁸³ *Stamm'in* görüşü için bkz. yukarıda II, B, 2.

¹⁸⁴ Bkz. yukarıda dn. 12.

yönündendir. İkincisi ise seçimlik borç ve yetki kavramlarını genişleterek seçimlik yarışma kavramına ihtiyaç olmadığını ileri süren *Stamm*'ın görüşü üzerindedir. Aşağıda öncelikle ikincisi ele alınacak, bu görüşün isabetliliği ve böyle bir çabanın henüz tam anlamıyla gösterilmemiş olduğu Türk ve İsviçre hukuklarına uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu olumsuz yönde yanıtlandıktan sonra ilki incelenecektir.

A. Seçimlik Borç ve Yetki Kavramlarının Genişletilmesinin İsbetliliğinin Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere¹⁸⁵, *Stamm*'a göre seçimlik borç ve yetki kavramlarının yanında kanuna yabancı bir kavram olan seçimlik yarışmanın kabulü gereksizdir. Yazar, bu iddiasını gerekçelendirebilmek için ek bir soyutlamadan yararlanarak seçimlik borcu “eş basamaktaki sorumlulukları”, seçimlik yetkiyi ise “basamaklandırılmış sorumlulukları” kapsayan kavramlar olarak ele almaktadır. Böylece seçimlik borç ve yetki kavramlarını edim çokluklarının yanında (yenilik doğuran haklar da dahil olmak üzere) hak çokluklarına da genişletmektedir. Bu arada, seçimlik borç ve yetkiden farklı olarak seçimlik yarışma durumlarında belli şartlar altında hak sahibine *ius variandi* tanınabileceğini savunan Alman hukukundaki hakim görüşü de bir bütün olarak reddetmektedir. Ayrıca BGB’de yer alan seçimlik borca dair kapsamlı düzenlemelerin gerekli yerlerde amaca uygun sınırlandırılabilceğini, seçimlik yarışma gibi kanuna yabancı kavramlar yaratmadan önce bu yola başvurulması gerektiğini belirtmektedir.

Kanımca yazarın görüşü isabetli değildir. Bağımsız bir kavram olarak seçimlik yarışmayı eleştirmek veya reddetmek ile bunun altında sınıflandırılan durumları yerleşmiş (yani içeriği ve sonuçları üzerinde büyük ölçüde uzlaşmış) başka kavramların altında sınıflandırmaya çabalamak arasında fark vardır. Seçimlik borç kavramı açıklanan şekilde genişletildikten sonra BGB’de buna bağlanan sonuçlar, uygun düşmedikleri her durumda amaca uygun sınırlandırılacaksa, yerleşmiş ve kanuna yabancı olmayan bir kavramı kullanmanın faydası ortadan kalkacaktır. Gerçi Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borcun varlığına bağlanan sonuçlar büyük ölçüde öğreti ve mahkeme içtihatlarınca geliştirildiğinden ötürü “amaca uygun sınırlama”dan ziyade kavramın teorik yapısının genişletilmesinden söz

¹⁸⁵ Bkz. yukarıda II, B, 2.

edilecektir. Yine de kavramın içeriği belirsizleştirildiği ve sonuçlarına istisnalar tanındığı ölçüde faydasını kaybetmesi sorunu bakidir. Aynıısı, elbette, seçimlik yetki kavramı için de geçerlidir.

Seçimlik borç ve yetki kavramlarının *Stamm*'ın yaptığı şekilde genişletilmesi halinde faydalarını yitirmelerinin sebebi, kanaatimce, bu kavramların ifa aşaması ve buna dair menfaat dengeleri gözetilerek düzenlenmiş/geliştirilmiş olmasıdır. Biri borca konu olacak edimin somutlaştırılmasını, diğeri ise borcun konusu edimin başkasıyla değiştirilmesini ifade eden kavramların genişletilerek sorumluluk rejiminde de uygulanabilir hale getirilmesi, mecburen, bunların içeriklerinin ve sonuçlarının da buna göre daraltılması ve/veya genişletilmesini gerektirmektedir. İki tarafın da borca aykırı davranmamış olduğu bir ilişkide borçlunun neyi ifayla yükümlü olduğunu veya alacaklının borçludan neyin ifasını talep edebileceğini belirleyen seçim ile borçlunun borca aykırı davranışını takiben onun sorumluluğunu belirleyen seçim arasında hem kavramsal hem de gözetilecek menfaatler bakımından fark vardır. Örneğin, seçimlik borç ve yetkideki seçim hakkı, borcun içeriğini belirleyen veya değiştiren etkisi sebebiyle, haklı olarak, yenilik doğuran nitelikte sayılmaktadır. Bu haklar, söz konusu niteliklerinin yanında, borçlunun ifa hazırlığını yapılan seçime göre belirlemesi sebebiyle de geri alınmamaktadır. Borca aykırı davranmamış borçlu bu konuda korunmaya layık görülmektedir. Fakat aynıısı halihazırda borca aykırı davranmış borçlu için geçerli değildir. Gerçekten, Alman hukukunda alacaklının kural olarak öncelikle başvurması gereken, aynen ifanın devamı niteliğindeki ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları arasındaki tercihi seçimlik borç olarak nitelendiren bazı yazarlar dahi, bu halde, yükümlülüğünü ihlal eden borçlunun bu korumadan yararlanmasının amaca uygun düşmeyeceğini, dürüstlük kuralına uygun olmak kaydıyla alacaklının diğer hakka geçiş yapabileceğini (*ius variandi*) kabul etmektedir¹⁸⁶. Borcun konusunu belirleyen/değiştiren seçimden farklı olarak, seçimlik yarışmadaki seçim hakkının bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi ise mümkün görünmemektedir¹⁸⁷. Dolayısıyla seçimlik borç ve yetki kavramları açıklanan şekilde genişletilirse, evvela, bunların geleneksel olarak uygulandığı durumlarda yenilik doğuran, genişletilmesiyle uygulanacaklarında ise doğurmayan bir seçim hakkı aynı kavramlarla ifade edilmiş olacaktır. Diğer yandan, hatırlanacağı üzere, Alman

¹⁸⁶ Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 435 vd., 446.

¹⁸⁷ Bkz. yukarıda II, B, 1, (ii) ve aşağıda IV, B, 1.

öğretisinde haklı olarak seçim hakkının yenilik doğuran işlem niteliğinde olmamasından alacaklıya bazı durumlarda *ius variandi* tanınabileceği lehinde sonuç çıkartılmaktadır. Türk ve İsviçre hukuklarında tüm seçimlik hakları geri alınamaz yenilik doğuran hak olarak nitelendiren görüşteki yazarların bile bazı durumlarda, sonuç itibariyle, alacaklıya başka bir hakka geçiş imkanı tanıdığı yukarıda açıklanmıştır. *Stamm*'ın görüşünde böyle bir esnekliğe de yer yoktur. Yine örneğin, seçimlik borçlarda seçim hakkına sahip olmayan tarafın karşı tarafı *de facto* seçim yapmaya zorlayabilme imkanına sahip kılınması da bu kavramın ifa aşamasındaki işlevinden kaynaklanmaktadır. Sorumluluğu belirleyen seçimde bu da söz konusu olmamaktadır. Bu bağlamda, seçimlik yarışma kavramını ciddi şekilde eleştiren *Scholz* bile *ifa aşamasında (Erfüllungsstadium)* borçlunun yükümlülüğünün nihai olarak belirlenmesini amaçlayan seçimlik borç (ve yetki) kavramları ile *tasfiye aşamasında (Abwicklungsstadium)* sorumluluğunun belirlenmesini amaçlayan “seçimlik yarışma” kavramını birbirinden ayırmaktadır¹⁸⁸.

Bu açıklamalara seçimlik borç ve yetki kavramlarına bazı durumlarda borcun konusunun belirlenmesinin ya da değiştirilmesinin ötesine geçen işlevler yüklenebildiği üzerinden karşı çıkılabilir. Örneğin gerek Alman gerek Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borçta seçim hakkına sahip olan alacaklı bu hakkı kullanmadan önce edimlerden biri borçlunun sorumlu olacağı sebeplerle imkansızlaşırsa, alacaklının ifası imkansızlaşan edimi seçerek borçlunun sorumluluğuna başvurabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁹. Ancak burada üç hukuk düzeninde de hakim görüşün borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığında asli edim yükümlülüğünün içerik değiştirerek tali edim yükümlülüğüne dönüştüğünü ve böylece varlığını sürdürdüğünü kabul ettiği (*Fortsetzungstheorie*) gözden kaçırılmamalıdır¹⁹⁰. Diğer bir örnek olarak Türk ve İsviçre öğretisindeki ifa talebi ile seçimlik cezai şart arasında

¹⁸⁸ Scholz, *Gestaltungsrechte*, 193.

¹⁸⁹ Alman hukukunda bkz. yukarıda II, A. Türk ve İsviçre hukukunda bkz. Serozan, *İfa*, § 7, N. 18; Schroeter, “Art. 72 OR,” N. 16.

¹⁹⁰ Alman hukukunda bkz. Medicus ve Lorenz, *Schuldrecht AT*, § 27, N. 5, § 34, N. 1; Larenz, *Schuldrecht I*, 9, 333. Türk ve İsviçre hukuklarında bkz. von Tuhr ve Escher, *OR AT II*, 104; Gauch, Schlupe ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 2871; Schwenger ve Fountoulakis, *OR AT*, N. 64.20; Bucher, *OR AT*, 328, 424; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 853-854; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 2, N. 7; Eren, *Borçlar Genel*, N. 86, 3301; Serozan, *İfa*, § 16, N. 3. Karş. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Genel C. I*, N. 1472 vd.

tercih yapma imkanını seçimlik yetki olarak nitelendiren görüş anılabilir¹⁹¹. Konuyla ilgili monografisinde *Santoro* bu nitelendirmeyi haklı olarak eleştirmiş; cezai şartı ya da ifa yerine bunun yerine getirilmemesinden doğan hakları seçme imkanının ancak borçlunun borca aykırı davranışıyla ortaya çıktığına dikkat çekmiştir¹⁹². Ayrıca bu nitelendirme sonucunda alacaklının borçlunun ifasını kabul etmek zorunda kalacağı, bunun da alacaklıya hiç veya gereği gibi ifa etmemenin sonuçları ile cezai şart arasında tercih yapabilme imkanını sunarak onu ayrıcalıklı bir konuma getiren kanunun amacına uygun düşmeyeceğini belirtmiştir¹⁹³. Diğer taraftan, seçim hakkının geri alınmaz bir yenilik doğuran hak teşkil ettiği seçimlik borç kavramının kullanılmasının da isabetli olmayacağını, çünkü seçimin bağlayıcı etkisinin bazı durumlarda ertelendiğini ifade etmiştir¹⁹⁴. Yazara göre, burada bir seçimlik yarışma söz konusudur¹⁹⁵.

Yukarıdaki açıklamalardan seçimlik borç ve yetki kavramlarını *Stamm*'in önerdiği şekilde genişletilirse, bu sayede uygulanacakları neredeyse her durumda seçimlik borç kavramının en az üç, seçimlik yetki kavramının ise en az iki konuda sınırlandırılması gerekeceği anlaşılmaktadır. Örnekler üzerinden açıklamak gerekirse, *Stamm*'in görüşü doğrultusunda, Türk ve İsviçre hukuklarında ayıplı ifadan doğan haklar “eş düzeydeki sorumluluklar” olarak seçimlik borç¹⁹⁶, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu

¹⁹¹ Örneğin bkz. Gauch, Schlupe ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 3799; Huguenin, *OR AT-BT*, N. 1263; Schraner, “Art. 72 OR,” N. 74.

¹⁹² Dimitri Santoro, *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag* (Bern: Stämpfli, 2001), 17.

¹⁹³ Santoro, *Konventionalstrafe*, 17-18.

¹⁹⁴ Santoro, *Konventionalstrafe*, 18-19.

¹⁹⁵ Santoro, *Konventionalstrafe*, 19. Seçimlik yarışma yönünde ayrıca bkz. Vedat Buz, “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung,” *Aktuelle Juristische Praxis* 26, no. 4 (2017): 496; Koller, *OR AT*, N. 81.60-81.61. Açıklamaları itibariyle *Santoro* da, *Koller*'in görüşüne paralel olarak, bu durumda “durgun talepler”in söz konusu olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Bu nitelendirme sonuç itibariyle isabetlidir, ancak bunun seçimlik yarışmanın zorunlu bir sonucu veya unsuru olmadığı unutulmamalıdır. Bkz. yukarıda dn. II, B, 1, (i) ve III, B, 1.

¹⁹⁶ Yukarıda açıklandığı üzere, Alman hukukunda artık ayıplı ifaya muhatap olanın kural olarak öncelikle “sonraki ifa” altında sayılan ayıbın giderilmesi veya ayıpsız mal teslimi haklarına başvurması gerekmektedir. Bedel indirimi ve dönme haklarına kural olarak ek bazı şartların gerçekleşmesi halinde başvurabilmektedir. Bu hakların arasındaki ilişkiyi seçimlik yarışma olarak nitelendiren Alman öğretisindeki hakim görüşe karşı çıkan *Stamm*, seçimlik yetkinin “basamaklandırılmış sorumlulukları” kapsar şekilde ele alınabileceğini ileri

temerrüdünden doğan haklar ise “basamaklandırılmış sorumluluklar” olarak seçimlik yetki kavramıyla açıklanacaktır¹⁹⁷. İfa talebi ile seçimlik cezai şart arasındaki ilişki ise TBK m. 179/I'deki “*alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir*” düzenlemesinin yorumu sonucunda alacaklı ifayı “seçmeden” önce de borçlunun ifasını kabul etmekle yükümlü sayılırsa seçimlik yetki, sayılmazsa seçimlik borç söz konusu olacaktır¹⁹⁸. Sonuncunun eleştirileri yukarıda aktarılmıştır. Ayıplı ifadan doğan haklar seçimlik borç olarak nitelendirilirse, seçim hakkının yenilik doğuran nitelikte olmadığı, alacaklının bazı durumlarda başka bir hakka geçiş yapabildiği ve borçlunun alacaklıya *de facto* seçim yapmaya zorlayamadığı bir seçimlik borçtan söz edilmiş olacaktır. İlk ikisi aynen ifa ve şartları sağlandıysa gecikme tazminatı talep etmeden diğer haklara geçiş seçimlik yetki olarak nitelendirilirse de geçerlidir. Üçüncü farklılığın ortaya çıkmaması ise salt seçimlik yetkinin hukuki yapısı dolayısıyla¹⁹⁹. Oysa seçimlik yarışmada alacaklının *de facto* seçim yapmaya zorlanamaması, doğru bakış açısına göre, alacaklıya (bu hakları kullanmamak da dahil) seçim özgürlüğü sağlamayı amaçlamaktadır²⁰⁰. Kanun koyucu yalnızca borçluyu alacaklının spekülasyonuna karşı korumak için farklı mekanizmalar öngörmüştür²⁰¹. Öyleyse sonuç itibarıyla, *Stamm* 'ın

sürerek bunları seçimlik yetki kavramı altında değerlendirmektedir. Bkz. yukarıda II, B, 2. Oysa Türk ve İsviçre hukuklarında bu haklar arasında böyle bir aslilik-talilik ilişkisi yoktur. Yalnızca bazı hakların kullanılabilmesi için ihlalin yanında olumlu ya da olumsuz ek şartlar aranabilmektedir (örneğin bkz. TBK m. 227/I-3, 227/V, 475/I-3, 475/III). Ayrıca bkz. aşağıda dn. 211.

¹⁹⁷ Gerçekten de, borçlu temerrüdünden kaynaklanan haklar arasında *Stamm* 'ın ifade ettiği şekilde basamaklı bir ilişki vardır. Hemen belirtelim ki bu basamaklı ilişki, aynen ifa ve gecikme tazminatının yanında aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazmini ya da dönme haklarını seçebilmek için kural olarak ek süre verilmesinden kaynaklanmamaktadır. Zira ek süre verilmesi bu hakların doğumu için şart olmadığı gibi (Bkz. Buz, *Yenilik Doğuran*, 168) TBK m. 124 uyarınca bu hakların kullanılabilmesi için her zaman ek süre verilmesi de lazım değildir. Basamaklı ilişki daha ziyade aynen ifa talebinin önceliğinden ve aynen ifadan vazgeçilmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Burada, *Stamm* 'ın kurguladığı şekilde, kanun koyucunun aynen ifadan (ve şartları varsa gecikme tazminatından) yana bir ön tercihte bulunduğu söylenebilir. Bkz. yukarıda II, B, 2.

¹⁹⁸ Keza bkz. Gauch, Schlupe ve Emmenegger, *OR AT II*, N. 3799.

¹⁹⁹ Bkz. yukarıda III, A.

²⁰⁰ Bkz. Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 361-362. Karş. *Samhat* 'ın yukarıda dn. 86' da özetlenen görüşü.

²⁰¹ Bkz. aşağıda IV, B, 2.

görüşü, yerleşmiş kavramların içeriğini ve sonuçlarını belirsizleştirdiği ve bunun sonucunda söz konusu kavramları başka durumlar için kullanmanın faydası kalmadığı için isabetli görünmemektedir.

B. Yerleşik Seçimlik Borç ve Yetki Kavramlarına Sadık Kalınması Halinde Seçimlik Yarışma Kavramına Olan İhtiyacın Değerlendirilmesi

Yerleşik seçimlik borç ve seçimlik yetki kavramları sadece edim çokluklarını içerdiğinden²⁰², daha baştan, hukuki yapıları itibariyle, bunların seçimlik haklar arasında yenilik doğuran hakların bulunduğu durumları açıklaması mümkün olmayacaktır. Halihazırda Türk ve İsviçre hukuklarındaki durum böyledir²⁰³. BGB'den farklı olarak, TBK ve İBK'da seçimlik borç ayrıntılı şekilde düzenlenmemiş olmasına karşın, seçim hakkının kullanılmasının geçmişe etkisi dışında neredeyse her konuda en azından baskın görüş BGB'de öngörülmuş çözümleri benimsemektedir. Kavramın kanunda belirtilmiş hukuki yapısından sapmaya ve özellikle bunu edim çoklukları yanında hak çokluklarını da içerecek şekilde genişletmeye dair bir çaba tespit edilememiştir²⁰⁴. Gerçi İBK m. 72'deki tanım ve gerekçesiyle birlikte değerlendirilen TBK m. 87'deki “*edimler*” ifadesi karşısında böyle bir çabanın doğrudan “seçimlik borç” kavramı üzerinden gösterilmesinin güç olduğu düşünülebilecektir. Fakat sevimsiz olmalarına rağmen hukuk öğretisinde sıkça başvuru alan “dar/geniş anlamda” veya “gerçek/gerçek olmayan” gibi sıfatlar üzerinden dahi bu kavram, örneğin, borçlu temerrüdünden ya da ayıplı ifadan kaynaklanan hakları içerecek şekilde genişletilmemiştir²⁰⁵. Aynısı seçimlik yetki için de geçerlidir.

Tespit edebildiğim kadarıyla yalnızca *Seiler* eser sözleşmesinin ayıplı ifası halinde doğan seçimlik hakları seçimlik borç kavramı altında sınıflandırmaya çabalamıştır²⁰⁶. Buna göre, iş sahibi eserin bedelini ödemişse,

²⁰² Bkz. yukarıda II, A ve III, A.

²⁰³ Bkz. yukarıda III, A.

²⁰⁴ Bkz. yukarıda II, B, 2'de yer alan *Stamm*'ın görüşü.

²⁰⁵ Bkz. yukarıda dn. 2'de yer alan *Scholz*'ün kullanımı. Gerçi hemen yukarıda değinildiği üzere, *Stamm*'ın yaptığı gibi seçimlik borç “eş basamaktaki sorumlulukları” kapsar şekilde ele alınsa bile bunun sonuçları itibariyle seçimlik yarışma durumlarını açıklaması mümkün görünmemektedir. Bkz. yukarıda III, B, 2 ve aşağıda IV, B, 2.

²⁰⁶ *Seiler*, “Nachbesserungsrecht,” 990 vd. Ancak ayrıca bkz. Koller, *Werkvertrag*, N. 709, 716 vd.

sahip olduğu (yazara göre aynen ifanın devamı niteliğinde olan) ayıbın giderilmesi ve (tartışmalı olmakla birlikte) yeni eser teslimi hakları arasında seçimlik borç ilişkisi vardır. Bedel ödenmemişse bunların yanında yenilik doğuran hak niteliğindeki bedel indirimi ve dönme haklarının seçim imkanına dahil olması da farklı bir sonuca ulaştırmamaktadır. Yazara göre, burada da durumun seçimlik borca benzerliği sebebiyle seçimlik yarışma değil, en azından seçimlik borca benzer bir ilişki vardır; çünkü seçimlik yarışmadan ayrı olarak içeriği birbirinden farklı haklar söz konusu değildir. Yalnızca ayıpsız ifanın gerçekleştirilmesi ile sözleşme ilişkisinin değiştirilmesi yoluyla sinallagmatik ilişkinin tekrar tesisini sağlayan bir hukuki ilişkinin seçimlik içerikleri mevcuttur. Oysa kanımca yazarın yenilik doğuran hakları nasıl olup da aynen ifanın devamı niteliğinde olan haklarla aynı hukuki ilişkinin farklı içerikleri saydığı açık değildir. Bunun yenilik doğuran hakların değiştirici işlevinin vurgulanması yoluyla da yapılması mümkün görünmemektedir. Ayrıca dönüşüm teorisi değil, aynı dönme teorisi kabul edildiği takdirde halihazırda isabetli görünmeyen bu açıklamalar tamamen temelsiz kalacaktır. Açıkçası *Stamm*'in yaptığı gibi seçimlik borç kavramı ek bir soyutlama yoluyla başka durumları da içerebilecek şekilde genişletilmediği sürece *Seiler*'in vardığı sonuçların tutarlı olarak açıklanması ve daha önemlisi benzer durumlara uygulanması mümkün görünmemektedir²⁰⁷. Diğer taraftan duruma göre “seçimlik borç” veya “seçimlik borca benzer” olarak nitelendirilen bu ilişkiye seçimlik borçla ilgili olarak yukarıda açıklanan hangi unsurların uygulanacağı da belirsizdir. Mesela yüklenici, seçim hakkına sahip olmakla birlikte bunu kullanmayan iş sahibine ek süre vererek bunun faydasız geçmesi halinde seçim hakkının kendine geçmesini sağlayabilecek midir? İş sahibi kullandığı hakla kategorik olarak bağlı sayılacak mıdır? Bu sebeplerle, *Seiler*'in görüşü ikna edici görünmemektedir.

Seçimlik borç ve yetki kavramları “klasik” yapılarında yenilik doğuran hakların da dahil olabildiği hak çokluklarını açıklamakta kullanılamamasına karşın, seçimlik yarışma kavramı tanımı itibarıyla bu durumları ifade edebilmektedir²⁰⁸. Bununla beraber, bir kavram ancak bundan (istisnaları olması elbette mümkün olan) yeknesak bazı sonuçlar çıkartılabiliyorsa anlamlıdır. Bu sonuçların ayrıca benzer kavramlarınkinden de ayrılması gerekmektedir. Eğer seçimlik yarışmadan veya buna eşdeğer bir kavramdan böyle sonuçlar çıkarılmazsa, tanımı itibarıyla bu kavramın altında

²⁰⁷ *Stamm*'in görüşü ve bu görüşün değerlendirmesi için bkz. yukarıda II, B, 2 ve IV, A.

²⁰⁸ Seçimlik yarışmanın tanımları için bkz. yukarıda II, B, 1 ve III, B, 1.

sınıflandırılabilen durumlar açıklanırken, Türk ve İsviçre öğretisinde sıklıkla yapıldığı şekilde²⁰⁹, özel olarak bu kavrama yer vermek yerine yalnızca “seçimlik haklar”dan da söz edilebilir. Kanaatimce, Alman hukukunda yapılan ayrımlara paralel şekilde²¹⁰, seçimlik yarışma kavramı bir kere seçim hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olmaması sebebiyle yeknesak bir yapıdadır. Gerçi bu, kavramın bir sonucundan ziyade hukuki yapısına dahil sayılacaktır; ancak yine de bunu benzer kavramlardan ayırt etmektedir. Diğer yandan, *ius variandi*’ye açık kapı bırakılabilmesi ve alacaklının *de facto* seçim yapmaya zorlanamaması da bu kavramın ayırt edici sonuçlarıdır.

1. Seçim Hakkının Yenilik Doğuran Nitelikte Olmaması Bakımından

Yukarıda III, B, 2 değinildiği üzere, bazı yazarlar seçimlik yarışma kavramını görece önemsizleştirecek şekilde ayıplı ifadan kaynaklanan tüm seçimlik hakları ve bu arada seçim hakkının kendini yenilik doğuran hak saymaktadır. Birden fazla talep/alacak hakkının ve/veya yenilik doğuran hakkın bulunduğu seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkının da bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesinin yol açacağı teorik sorunlar yukarıda II, B, 1’de açıklanmıştır. Kanımca tüm seçimlik hakların yenilik doğuran nitelikte olduğu varsayılsa bile seçim hakkının böyle nitelendirilmesi tereddütlüdür. Açıklamak gerekirse, seçimlik yarışmanın hukuki yapısını ortaya koyan iki ihtimal düşünülebilir: İlk olarak (çoğunlukla aynı olan²¹¹) olgular bütünüünün sağlanmasıyla seçimlik hakların değil, yalnızca yenilik doğuran nitelikteki seçim hakkının doğduğu benimsenebilir. Bunun kullanılmasıyla sadece seçilen yenilik doğuran hak doğacak ve aynı zamanda

²⁰⁹ Bkz. yukarıda I’deki açıklamalar.

²¹⁰ Bkz. yukarıda II, B, 1.

²¹¹ Örneğin, TBK m. 125/II’de sayılan haklar aynı olgular bütünüüne sahiptir. Ancak her zaman böyle olması gerekmez. TBK m. 227/V’te ve m. 475/III’te olduğu gibi bazı haklar bakımından olumsuz unsur olgular öngörülmüş olabilir. TBK m. 475/III’teki “aşırı masraf gerektirmediği takdirde” (İBK m. 368’de “*sofern dieses dem Unternehmer nicht übermäßige Kosten verursacht*”) ifadesinin ücretsiz onarım hakkının doğumunu engelleyen bir olumsuz unsur olgu mu olduğu, yoksa sadece yükleniciye böyle durumlarda bir def’i hakkı mı tanıdığı tartışmalıdır. Hakim görüş ilki yönündedir. Ayrıntılı bilgi için hakim görüşle aynı yönde bkz. Peter Gauch, “Kein Nachbesserungsrecht des Bestellers bei übermäßigen Nachbesserungskosten,” *Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*, no. 5 (2013): 245-247.

sonuçlarını doğuracaktır. Bu takdirde, hukuki sonucu yalnızca alacaklıya belli haklar arasında bir seçim hakkının tanınması (= tek hukuki sonuç) olan tek bir hukuk normunun mevcut olduğu kabul edilmiş olmaktadır. Burada bir norm ve hak çokluğu söz konusu olmadığından (seçimlik) yarışma da yoktur. İkinci olarak seçilebilecek her bir hakkın olgular bütünü sağlanmasıyla doğduğu düşünülebilir. Seçimlik yarışma durumlarında seçim hakkı kullanılıncaya dek hak sahibinin elinde bir hak yığını bulunduğunu kabul eden hakim görüş dolaylı olarak bunun lehindedir²¹². Bu düşünce takip edilirse, her bir hakkı düzenleyen parçanın ayrı hukuki sonuçlar teşkil ettiği ve ortada seçilebilecek hak sayısınca norm bulunduğu kabul edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde seçimlik yarışma kavramı anlam kazanmaktadır. İsviçre öğretisinde *Mauchle* buradaki tereddüdü isabetli şekilde tespit etmiş ve anılanlardan ikinci yaklaşım lehinde görüş açıklamıştır²¹³. Kanımca da ikinci yaklaşım doğrudur. Bu durum basitçe TBK m. 231 ve 478'de (İBK m. 210, 371) düzenlenen zamanaşımı sürelerinin seçim hakkını değil, seçimlik hakları (ve tazminat isteme hakkını) konu almasından anlaşılabilir²¹⁴.

Şimdi, bütün seçimlik hakların yenilik doğuran nitelikte olduğu varsayımında, bunlar kendi etkilerini zaten ileri sürülmekle doğuracağına göre²¹⁵, seçim hakkının kullanılmasına seçilen (halihazırda doğmuş) yenilik doğuran hakkın sonuçlarını doğurması işlevi de yüklenemez. Yani seçimlik haklar arasından dönme hakkının ileri sürülmesi halinde bunun – kabul edilecek görüşe göre değiştirici veya bozucu – etkisi bizzat o dönme hakkına dayanır, yoksa birden fazla hak arasından bunun seçilmesine değil. Dolayısıyla seçim hakkına atfedilen yenilik doğurucu etki olsa olsa seçimin yapılmasıyla diğer hakların sona ermesi olabilir. Oysa tartışmalı olmakla beraber, başkasının hukuk alanına müdahale etme yetkisi vermeleri yenilik

²¹² Bkz. Neuner, *BGB AT*, § 21, N. 3; Wiese, *Alternativität*, 234; Bachmann, *elektive Konkurrenz*, 347 vd. (seçim hakkının hukuki niteliğine ilişkin açıklamalarından bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır); Zemp, *Anspruchskonkurrenz*, N. 21; Serozan, *İfa*, § 7, N. 18; Antalya, *Metodoloji*, N. 645, 647. Karş. von Tuhr ve Peter, *OR AT I*, 41.

²¹³ Yves Mauchle, “Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung,” *Aktuelle Juristische Praxis* 21, no. 7 (2012): 936, dn. 22.

²¹⁴ Heinrich Honsell, “Art. 210,” içinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020), N. 1.

²¹⁵ Ayrıca bkz. yukarıda II, B, 1, (ii).

doğuran hakların zorunlu unsurlarındandır²¹⁶. Yalnızca hak sahibinin diğer seçimlik haklarını söndüren bir yenilik doğuran haktan söz edilemez. Bu tartışmada aksi görüş benimsense dahi diğer seçimlik hakların ortadan kalkmasını *Koller'in* yaptığı gibi doğrudan kanuna dayandırmak daha isabetli olacaktır (TBK m. 125/II: “veya”; TBK m. 227 ve TBK m. 478: “*seçimlik haklardan birini kullanabilir*”)²¹⁷. Buradan hareketle, Alman öğretisinde *Bachmann'ın* görüşüne paralel şekilde, seçimlik yarışma durumlarında seçimlik haklardan bağımsız, gerçek bir seçim hakkından değil, seçilebilecek her hakka içkin olan bir ihtimalden/imbkandan söz etmek daha doğru görünmektedir²¹⁸. Bu bağlamda kullanılan “seçim hakkı” kavramı buna işaret eder şekilde anlaşılmalıdır.

2. Sonuçları Bakımından

Kanaatimce Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borcun sonuçlarıyla ilgili baskın görüşler ve mahkeme içtihadı gözetildiğinde, Alman hukukunda seçimlik yarışma kavramına yüklenen iki özel (ayırt edici) sonuç Türk ve İsviçre hukukları için de geçerlidir. Hatırlanacağı üzere²¹⁹, Türk ve İsviçre hukukunda seçimlik borçtaki seçim hakkının kullanılması geri alınamayan bir yenilik doğuran işlem niteliğinde sayılmaktadır. Bu hakka sahip olan alacaklının bunu kullanmayı ihmal ettiği durumlarda öğretilerdeki çoğunluk görüşü seçim hakkının borçluya geçmesi gerektiğini savunmaktadır. Hatta Türk ve İsviçre yüksek mahkemelerinin içtihadı sonuçları itibariyle § 264 f. 2 BGB'yle tamamen paraleldir. Buna göre, borçlu, alacaklıya uygun bir süre vererek seçim hakkını kullanmasını isteyecek, kullanmadığı takdirde seçim hakkı borçluya geçecektir. Bu iki konuda seçimlik yarışma kavramı seçimlik borçtan ayrılmaktadır. İlk anılan konudaki farklılık seçimlik yetki için de geçerlidir²²⁰.

İlk olarak, yukarıda III, B, 2'de yer verilen tartışma ve değerlendirmelerle açıklanmaya çalışıldığı üzere, seçimlik yarışmanın tipik örnekleri sayılan durumlarda öğretilerde giderek taraftar toplayan görüş seçim hakkının kategorik bağlayıcılığını reddetmekte ve hak sahibine bir *ius variandi* tanınmasına açık

²¹⁶ Bu yönde bkz. Buz, *Yenilik Doğuran*, 71 vd.

²¹⁷ Bkz. yukarıda III, B, 1.

²¹⁸ Bkz. yukarıda II, B, 1, (ii).

²¹⁹ Bkz. yukarıda III, A.

²²⁰ İkinci anılan konuda da seçimlik yetki ve seçimlik yarışmanın yalnızca sonuçları itibariyle paralel olduğu hakkında ayrıca bkz. yukarıda III, A ve IV, A.

kapı bırakmaktadır. Hatta ayıplı ifadan doğan hakları kural olarak geri alınamayan yenilik doğuran haklar olarak nitelendiren yazarlar bile ayıbın giderilmesi ve ayıpsız benzeriyle değiştirme hakları bakımından hak sahibinin birçok durumda diğer haklara geçebileceğini kabul etmektedir²²¹. Bu geçiş imkanı bir yandan seçimlik yarışmadaki tercihin diğer hakları her zaman nihai olarak sona erdirmeyeceğini, diğer yandan bağlayıcılığının zayıflayabileceğini göstermektedir. Yalnız *ius variandi*'ye açık kapı bırakılmasının seçimlik yarışma kavramının ayırt edici özelliği olarak kabul edilmesinin bazı zayıf yönleri olduğunu itiraf etmek gerekir: Bir kere *ius variandi*'yi tamamen reddeden yazarlar için bunun anlamsız olduğu kendinden menkuldür²²². Daha önemlisi, seçimlik borçtaki seçim hakkı bakımından da hak sahibine *ius variandi* tanınması gerektiği yönündeki, özellikle monografik çalışmalarda giderek taraftar toplayan görüş, kavramlar arasındaki bu farkı ortadan kaldırmaktadır²²³. Buraya seçimlik yarışmanın mevcudiyeti için *ius variandi*'nin belirleyici olmadığını ileri süren görüşler de dahil edilebilir²²⁴. Dolayısıyla seçimlik yarışma kavramını seçimlik borçtan ayırt eden bir husus olarak *ius variandi*'ye açık kapı bırakılması, sonuç itibarıyla, ancak Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borçtaki seçimin bağlayıcılığıyla ilgili hakim görüş takip edildiği sürece anlamlıdır. Aynıları seçimlik yetki için de geçerlidir.

Sonuçları itibarıyla özellikle seçimlik borçtan ayrı bir kavrama olan ihtiyacı ortaya koyan ikinci ve daha güçlü fark borçlunun, alacaklıyı *de facto* seçim yapmaya zorlama imkanı bulunmamasındadır. Gerçekten de, ne karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünden ne de ayıplı ifadan kaynaklanan haklarda borçlunun alacaklıyı seçim yapmaya itme imkanı mevcuttur. Elbette bundan borçlunun alacaklının her türlü spekülasyonuna karşı korunmasız bırakıldığı anlaşılmamalıdır. TBK m.

²²¹ Kanaatimce değiştirme hakkının gerçekte şartları sağlanmamış bir hakkın kullanılmış olması sebebiyle tanınması (gerçek olmayan *ius variandi*) ile şartları sağlanmış bir hak geçerli olarak kullanılmış olmasına rağmen tanınması (gerçek *ius variandi*) arasında burada tartışılan ayırt edicilik bakımından fark yoktur. Gerçek ve gerçek olmayan *ius variandi* hakkında bkz. Koller, *Werkvertrag*, N. 380, 405, 625 vd. Yalnız seçim hakkı kullanılırken hataya düşülmüş olması halinde, şartları varsa, iptal hakkına başvurulabilmesi seçimlik borçta da mümkündür. Bkz. Weber, "Art. 72 OR," N. 38.

²²² Özellikle bkz. yukarıda II, B, 2'de yer alan *Stamm*'ın görüşü.

²²³ Bkz. yukarıda dn. 21, 83.

²²⁴ Bkz. yukarıda II, B, 1 (iii) ve orada dn. 85'te anılan yazarlar.

125/II'de aynen ifa ve gecikme tazminatı yanındaki haklara başvurabilmek için alacaklının “derhal” aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu bildirimle birlikte seçilen hakkın da belirtilmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır²²⁵. Tartışmasız olan husus derhal bildirim külfetine uyulmazsa, borçluya tekrar süre verilmesi gerektiğidir²²⁶. Ancak her halükârda, seçimlik borçtan farklı olarak, seçim hakkının borçluya geçmesi söz konusu olmamaktadır. Aynısı ayıplı ifadan doğan haklar için de geçerlidir. Muayene ve ihbar külfetlerini kanuna uygun olarak (bkz. TBK m. 223, 474; İBK m. 201, 367) yerine getiren hak sahibi süresi içinde dilediği hakkı kullanabilir. Kullanmadığı takdirde zamanaşımı def'iyle karşılaşma riskini üstlenmiş olur. Buna karşılık ayıp ihbarına muhatap olan borçlunun hangi hakkın kullanılacağı konusunda hak sahibini *de facto* seçim yapmaya zorlama imkanı yoktur.

V. Sonuç

Seçimlik edim ve hak çoklukları ile bunları ifade eden kavramlar özellikle Alman hukukunda yoğun tartışmalara konu olmaktadır. Bu çalışmada ulaşılan sonuç aktarılmadan önce yukarıda ayrı ayrı ele alınmış bu tartışmaların özetlenmesi faydalı olacaktır. Öğretideki genel eğilim, edim çokluklarını ifade eden yerleşik kavramlar olan seçimlik borç ve yetkinin yanında hak çokluklarını açıklamak üzere seçimlik yarışma kavramını (veya “gerçek olmayan seçimlik borç” gibi buna eşdeğer bir kavramı) kullanmak yönündedir. Ancak bu kavram, bunu kullanan yazarlar tarafından dahi, ifade ettiği durumlardaki sorunların nasıl çözüleceği konusunda yeknesak çözümler sunamaması sebebiyle eleştirilmektedir. Alman hukukundaki bu eğilimin özel bir sebebi de bağımsız bir kavram olan seçimlik yarışmanın, BGB'de yer alan seçimlik borca ilişkin ayrıntılı düzenlemelerden kaçış imkanı sağlamasıdır. Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borç yalnızca ana hatlarıyla düzenlenmiş olduğundan düzenleme bazında böyle bir ihtiyaç yoktur. Ancak öğretisi ve yargı kararlarında seçim hakkının geçmişe etkili olması haricinde neredeyse her konuda BGB'deki düzenlemelere paralel çözümler takip edildiği için benzer bir ihtiyaç ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, seçimlik yarışma kavramını tamamen reddeden *Stamm'in* ileri sürdüğü üzere²²⁷, eğer seçimlik yarışma kavramı sadece seçimlik borç (veya yetki) kavramına

²²⁵ Bu konuda bkz. Wiegand, “Art. 107 OR,” N. 15; Serozan, *İfa*, § 17, N. 14.

²²⁶ Serozan, *İfa*, § 17, N. 14.

²²⁷ Bkz. yukarıda II, B, 2.

bağlanmış sonuçların uygulanmak istenmediği durumlarda kullanılıyorsa, gerçek anlamda bir kavramdan söz edilemeyecektir. Hatta bu takdirde, *Stamm*'ın çabasının aksine, seçimlik yarışmayla ifade edilen durumları açıklamak üzere seçimlik borç ve yetki kavramlarının kapsamının genişletilmesine de gerek olmayacaktır. Bu durumlar; seçimlik borç, yetki, yarışma veya herhangi başka bir kavram altında sınıflandırılmadan ayrı ayrı incelenebilecektir. Keza Türk ve İsviçre öğretilerinde sıklıkla böyle bir yöntem izlenmektedir²²⁸. Bunun yerine seçimlik yarışma kavramının boş bir nitelendirme olarak kullanılması da tercih edilebilecektir. Örneğin, Alman öğretisinde seçimlik yarışmayı yalnızca seçimlik borç veya yetki kavramlarıyla açıklanamayan bazı hak çokluklarını ifade eden, ancak özel/yeknesak bir sonucu da olmayan bir “kolektif kavram” olarak kabul eden görüş böyle bir yöntem izlemektedir.

Bu çalışmada ulaşılan sonuca göre ise seçimlik yarışma yalnızca bazı kavramların sonuçlarından kaçmayı sağlayan bir kavram olarak görülemeyeceği gibi boş bir nitelendirme de sayılamaz. Bir durumun belli bir kavramla nitelendirilmesi sonuçta bir yorum faaliyetidir. Hukukta yorum yöntemleri genellikle baştan akla konmuş bazı sonuçları haklı çıkartmak üzere, sonuç odaklı düşünülerek kullanıldığı için²²⁹ “başka kavramlardan kaçmayı sağlama” eleştirisi, kendine benzeyen diğer kavramlar bulunan bütün hukuki kavramlara yöneltilebilir. Böyle bir sonuç odaklı düşünme, bu çalışma kapsamında, özellikle ifa ile seçimlik cezai şart arasındaki seçimin niteliğiyle ilgili tartışmalarda fark edilecektir²³⁰. Diğer yandan, seçimlik yarışma hem hukuki yapısı hem de bazı sonuçları itibarıyla seçimlik borç ve yetkiden ayırt edilebilmektedir. Hukuki yapısı bakımından, seçimlik hakların ister tümü yenilik doğuran hak olarak nitelendirilsin ister bazıları talep/alacak hakkı niteliğinde sayılsın, seçim hakkının yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Sonuçları bakımından ise ilki, belli şartlar altında alacaklıya *ius variandi* tanınma ihtimalinin açılmasıdır. Bu, belli yönlerden zayıf bir sonuçtur; ancak bu zayıflığın en azından seçimlik yarışma kavramının kendine yüklenmesi doğru görünmemektedir. Alacaklıya *ius variandi* tanınması gereken durumlar ve bunun sınırlarıyla ilgili tartışmalar, eşyanın tabiatı gereği, her bir hak özelinde kazuistik

²²⁸ Bkz. yukarıda dn. 6'ya bağlı metinde aktarılmış olan *Koller*'in tespiti ve dn. 10'da anılan yazarlar.

²²⁹ Bkz. Serozan, *Yöntem*, N. 255b.

²³⁰ Bkz. yukarıda dn. 141, 152, 191, 198 ve bunlara bağlı metinler.

değerlendirmeyi mecbur kılmaktadır. Bu sorunun çözümü ancak öğreti ve mahkeme kararlarında belli ilkeler ve sınırlar ortaya koyuldukça netleşecektir. Oysa seçimlik yarışma kavramı, özellikle seçim hakkının hukuki niteliği dikkate alındığında, bu ihtimalin önünün açılmasını kavramsal olarak açıklayabildiği için anlamlı ve kullanışlıdır. İkinci sonuç seçimlik yarışmanın var olduğu durumlarda alacaklının seçim yapmaya *de facto* zorlanamaması, yani borçlunun alacaklıya ek süre vererek seçimin yapılmaması halinde seçim hakkının kendine geçmesini sağlayamamasıdır. Bu bağlamda, seçimlik yarışma durumlarında alacaklının negatif seçim özgürlüğünün de bulunduğu kabul edilmelidir. Bu sonuç, Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik yarışmaya değinen yazarların buna gösterdiği tipik örneklerde geçerlidir. Kanun koyucu yalnızca alacaklının borçlu aleyhine spekülasyon yapmasını önlemek amacıyla bazı mekanizmalar öngörmüştür. Ancak bunlar da alacaklının negatif seçim özgürlüğünü tamamen elinden almamaktadır. Tüm bu gerekçelerle, Türk ve İsviçre hukuklarında seçimlik borç ve yetkinin yanında seçimlik yarışma kavramına ihtiyaç olduğu ve bunun anlamsız bir “kolektif kavram” sayılmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Hukukumuzda bazı sebeplerle arka planda kalmış olan bu kavramın en azından tartışmaya açılması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Antalya, Gökhan. *Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt: II – Hukuk Metodolojisi*. Ankara: Seçkin, 2021. (Kısaltma: *Metodoloji*)
- Aras, Aslı. “Seçimlik Borcun İfa ve İcrası.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 3 (2020): 1111-1144. (Kısaltma: “Seçimlik Borç”)
- Atamer, Yeşim ve Ece Baş. “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk.” *İstanbul Barosu Dergisi* 88, Sayı 1 (2014): 19-60. (Kısaltma: “Ayıptan Doğan Sorumluluk”)
- Aydıncık, Şirin. “TBK m. 87.” İçinde *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Cilt 2-3: Madde 83-206*, 3. Baskı. İstanbul: Vedat, 2019. (Kısaltma: “TBK m. 87”)
- Bachmann, Gregor. “§ 241 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 241 BGB”)
- Bachmann, Thomas. *Die elektive Konkurrenz: Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. (Kısaltma: *elektive Konkurrenz*)
- Bittner, Claudia ve Sebastian Kolbe. “§ 262 BGB.” İçinde *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 255-304, Leistungsstörungenrecht I*, ed. Manfred Löwisch. Berlin: Sellier/de Gruyter, 2019. (Kısaltma: “§ 262 BGB”)
- Bittner, Claudia ve Sebastian Kolbe. “§ 263 BGB.” İçinde *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 255-304, Leistungsstörungenrecht I*, ed. Manfred Löwisch. Berlin: Sellier/de Gruyter, 2019. (Kısaltma: “§ 263 BGB”)

- Bucher, Eugen. *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage. Zürich: Schulthess, 1988. (Kısaltma: *OR AT*)
- Bucher, Eugen ve Vedat Buz. “Mağdur Edilen Alıcı: Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK m. 198), BK m. 202/II (Art. 205/II OR)’ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirime Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları.” İçinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, 145-178. Ankara: Seçkin, 2004. (Kısaltma: “Muayene ve İhbar Külfeti”)
- Büdenbender, Ulrich. “Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers – Wahlschuld oder elektive Konkurrenz? Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik beider Rechtsinstitute.” *Archiv für die civilistische Praxis* 205, no. 3-4 (2005): 386-429. (Kısaltma: “Nacherfüllungsanspruch”)
- Bühler, Theodor. “Art. 368.” İçinde *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar-ZK), Band V: Das Obligationenrecht, Teilband V/2d: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR*, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 1998. (Kısaltma: “Art. 368 OR”)
- Busche, Jan. “§ 635 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil III, §§ 631-704 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 635 BGB”)
- Buz, Vedat. “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, no. 2 (Haziran 2013): 19-57. (Kısaltma: “TBK m. 60”)
- Buz, Vedat. “Das ius variandi des Gläubigers bei Verzug des Schuldners.” *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)* 15, no. 5 (1997): 197-202. (Kısaltma: “recht”)
- Buz, Vedat. “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung.” *Aktuelle Juristische Praxis* 26, no. 4 (2017): 490-504. (Kısaltma: “Konventionalstrafe”)

- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin, 2005. (Kısaltma: *Yenilik Doğuran*)
- Däppen, Robert K. “Art. 130.” İçinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020. (Kısaltma: “Art. 130 OR”)
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 27. Baskı. Ankara: Yetkin, 2022. (Kısaltma: *Borçlar Genel*)
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 4. Baskı. Ankara: Yetkin, 2017. (Kısaltma: *Borçlar Özel*)
- Fikentscher, Wolfgang ve Andreas Heinemann. *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 11. Auflage. Göttingen: De Gruyter, 2017. (Kısaltma: *Schuldrecht*)
- Gauch, Peter. “Kein Nachbesserungsrecht des Bestellers bei übermässigen Nachbesserungskosten.” *Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*, no. 5 (2013): 245-247. (Kısaltma: “Baurecht”)
- Gauch, Peter. *Der Werkvertrag*, 6. Auflage. Zürich: Schulthess, 2019. (Kısaltma: *Werkvertrag*)
- Gauch, Peter, Schlupe, Walter R. ve Emmenegger, Susan. *OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II*, 11. Auflage. Zürich: Schulthess, 2020. (Kısaltma: *OR AT II*)
- Gauch, Peter, Walter R. Schlupe ve Jörg Schmid. *OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 11. Auflage. Zürich: Schulthess, 2020. (Kısaltma: *OR AT I*)
- Gautschi, Georg. “Art. 436.” İçinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 OR*. Bern: Schulthess, 1965. (Kısaltma: “Art. 436 OR”)

- Gernhuber, Joachim. *Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1989. (Kısaltma: *Schuldverhältnis*)
- Gottwald, Peter. “§ 340 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, §§ 311-432 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 340 BGB”)
- Gümüş, M. Alper. *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt-1*, 3. Bası. İstanbul: Vedat, 2013. (Kısaltma: C. 1)
- Gümüş, M. Alper. *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt-2*, 3. Bası. İstanbul: Vedat, 2013. (Kısaltma: C. 2)
- Gümüş, M. Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin, 2021. (Kısaltma: *Borçlar Genel*)
- Hahn, Erik. *Die zivilrechtliche Ersetzungsbefugnis*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. (Kısaltma: *Ersetzungsbefugnis*)
- Honsell, Heinrich. “Art. 210.” İçinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020. (Kısaltma: “Art. 210 OR”)
- Honsell, Heinrich. *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 10. Auflage. Bern: Stämpfli, 2017. (Kısaltma: *OR BT*)
- Höpfner, Clemens. “§ 439 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.12.2022. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 439 BGB”)
- Huguenin, Claire. *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 2019. (Kısaltma: *OR AT-BT*)
- İnceoğlu, Murat. “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu.” İçinde *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Makaleler-Tartışmalar*, der. Murat İnceoğlu, 153-238. İstanbul: On İki Levha, 2015. (Kısaltma: “Ayıba Karşı Tekeffül”)

- Kissling, Christa. “Die Auslegung und die Frage der Unwiderruflichkeit der Wahlerklärung des Gläubigers im Schuldnerverzug.” *Aktuelle Juristische Praxis* 6, no. 10 (1997): 1287-1296. (Kısaltma: “AJP”)
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Tıpkı 6. Bası. İstanbul: Filiz, 2014. (Kısaltma: *Borçlar Hukuku*)
- Koller, Alfred. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage. Bern: Stämpfli, 2017. (Kısaltma: *OR AT*)
- Koller, Alfred. *Schweizerisches Werkvertragsrecht*. Zürich: Dike, 2015. (Kısaltma: *Werkvertrag*)
- Krafka, Alexander. “§ 262 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.01.2023. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 262 BGB”)
- Krafka, Alexander. “§ 263 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.01.2023. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 263 BGB”)
- Krafka, Alexander. “§ 264 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.01.2023. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 264 BGB”)
- Krüger, Wolfgang. “§ 262 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 262 BGB”)
- Krüger, Wolfgang. “§ 263 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 263 BGB”)

- Krüger, Wolfgang. “§ 264 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310 BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker *et al.*, 9. Auflage. München: Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 264 BGB”)
- Larenz, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil*, 14. Auflage. München: Beck, 1987. (Kısaltma: *Schuldrecht I*)
- Leser, Hans G.. *Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen*. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck, 1975). (Kısaltma: *Rücktritt*)
- Looschelders, Dirk. *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 20. Auflage. München: Vahlen, 2022. (Kısaltma: *Schuldrecht AT*)
- Lorenz, Stephan. “§ 262 BGB.” İçinde *Beck’sche Online Kommentar zum BGB*, ed. Wolfgang Hau, Roman Poseck, 61. Auflage, Son Güncelleme: 01.02.2022. München: C. H. Beck, 2022. (Kısaltma: “§ 262 BGB”)
- Mauchle, Yves. “Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung.” *Aktuelle Juristische Praxis* 21, no. 7 (2012): 933-952. (Kısaltma: “Normenkonkurrenz”)
- Medicus, Dieter ve Stephan Lorenz. *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 22. Auflage. München: Beck, 2021. (Kısaltma: *Schuldrecht AT*)
- Merz, Hans. *Schweizerisches Privatrecht, Band 6: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1: Einleitung, Entstehung, allgemeine Charakterisierung, Die Obligation*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 1984. (Kısaltma: *OR AT*)
- Mohasseb, Keivan ve Hans Caspar von der Crone. “Widerrufbarkeit von Gestaltungsrechten.” *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)*, no. 4 (2019): 428-435. (Kısaltma: “Widerrufbarkeit”)
- Neuner, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage. München: Beck, 2020. (Kısaltma: *BGB AT*)

- Nomer, Halûk N.. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 18. Bası. İstanbul: Beta, 2021. (Kısaltma: *Borçlar Genel*)
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1*, 20. Bası. İstanbul: Vedat, 2022. (Kısaltma: *Borçlar Genel C. 1*)
- Pöschke, Moritz. “Die elektive Konkurrenz.” *Juristen Zeitung* 65, Nr. 7 (April 2010): 349-354. (Kısaltma: “elektive Konkurrenz”)
- Preisser, Maximilian. “§ 635 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.01.2023. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 635 BGB”)
- Santoro, Dimitri. *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag*. Bern: Stämpfli, 2001. (Kısaltma: *Konventionalstrafe*)
- Samhat, Abbas. “Gläubigerwahlrechte im BGB.” *Juristische Schulung* 56, no. 1 (2016): 6-11. (Kısaltma: “JuS”)
- Samhat, Abbas. *Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. (Kısaltma: *elektive Konkurrenz*)
- Schmid, Jörg, Hubert Stöckli ve Frédéric Krauskopf. *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 2. Auflage. Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2016. (Kısaltma: *OR BT*)
- Scholz, Stephan. *Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. (Kısaltma: *Gestaltungsrechte*)
- Schraner, Marius. “Art. 72.” İçinde *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar-ZK), Band V: Das Obligationenrecht, Teilband V/1e: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR*, ed. Peter Gauch ve Jörg Schmid, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 2000. (Kısaltma: “Art. 72 OR”)
- Schroeter, Ulrich G.. “Art. 72.” İçinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lühinger, David Oser, 7. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020. (Kısaltma: “Art. 72 OR”)

- Schwab, Martin. “Anmerkung: BGH, 20. 1. 2006 — V ZR 124/05. Nachfristsetzung, weiteres Erfüllungsverlangen und Rücktrittsrecht.” *Juristen Zeitung* 61, no. 20 (2006): 1028-1032. (Kısaltma: “Anmerkung”)
- Schwenzer, Ingeborg ve Christiana Fountoulakis. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Auflage. Bern: Stämpfli, 2020. (Kısaltma: *OR AT*)
- Seiler, Philippe. “Die Rechtsnatur des Nachbesserungsrechts beim Werkvertrag.” *Aktuelle Juristische Praxis* 18, no. 8 (2009): 987-992. (Kısaltma: “Nachbesserungsrecht”)
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 7. Bası. İstanbul: Filiz, 2016. (Kısaltma: *İfa*)
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm*, 4. Baskı. İstanbul: On İki Levha, 2019. (Kısaltma: *Borçlar Özel*)
- Serozan, Rona. *Hukukta Yöntem – Mantık*, 2. Baskı. İstanbul: Vedat, 2017. (Kısaltma: *Yöntem*)
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası. İstanbul: Vedat, 2007. (Kısaltma: *Dönme*)
- Stamm, Jürgen. “Der Mythos von der elektiven Konkurrenz: Ein Plädoyer zur Rückbesinnung auf die Wahlschuld und die Ersetzungsbefugnis als Rechtsfiguren zur Bewältigung alternativer Leistungsmehrheiten.” *Juristen Zeitung* 70, Nr. 19 (Oktober 2015): 920-929. (Kısaltma: “elektive Konkurrenz”)
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Galip Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı. İstanbul: Filiz, 1993. (Kısaltma: *Tekinay Borçlar Hukuku*)
- von Tuhr, Andreas. *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1910. (Kısaltma: *BGB AT I*)

- von Tuhr, Andreas ve Arnold Escher. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II*, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 1984. (Kısaltma: *OR AT II*)
- von Tuhr, Andreas ve Hans Peter. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I*, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 1984. (Kısaltma: *OR AT I*)
- Ulrici, Bernhard. “§ 340 BGB.” İçinde *beck-online.Grosskommentar: BGB*, ed. Beate Gsell *et al.*, Son Güncelleme: 01.09.2021. München: C. H. Beck, 2023. (Kısaltma: “§ 340 BGB”)
- Weber, Rolf H. ve Susan Emmenegger. “Art. 107.” İçinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR*, 2. Auflage. Stämpfli: Bern, 2020. (Kısaltma: “Art. 107 OR”)
- Weber, Rolf H. “Art. 72.” İçinde *Berner Kommentar (BK), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 4. Teilband: Die Erfüllung der Obligation Art. 68-96 OR*, ed. Heinz Hausheer, 2. Auflage. Bern: Stämpfli, 2004. (Kısaltma: “Art. 72 OR”)
- Weitnauer, Hermann. “Die elektive Konkurrenz.” İçinde *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag*, ed. von Robert Fischer *et al.*, 467-488. München: Beck, 1976. (Kısaltma: “elektive Konkurrenz”)
- Westermann, Harm Peter. “§ 437 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil I, 1. Halbband: §§ 433-534 BGB*, ed. Bettina Limperg *et al.*, 8. Auflage. München: Beck, 2019. (Kısaltma: “§ 437 BGB”)
- Westermann, Harm Peter. “§ 439 BGB.” İçinde *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil I, 1. Halbband: §§ 433-534 BGB*, ed. Bettina

- Limperg *et al.*, 8. Auflage. München: Beck, 2019. (Kısaltma: “§ 439 BGB”)
- Wiegand, Wolfgang. “Art. 107.” İçinde *Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2020. (Kısaltma: “Art. 107 OR”)
- Wiese, Volker. *Alternativität in Schuldverhältnissen*. Tübingen: Mohr Siebeck 2017. (Kısaltma: *Alternativität*)
- Wullschleger, Paola. “Art. 72.” İçinde *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK) Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-183 OR*, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 2016. (Kısaltma: “Art. 72 OR”)
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Birinci Cilt*, 11. Baskı. İstanbul: Beta, 2022. (Kısaltma: *Borçlar Özel C. 1*)
- Zemp, Daniel. *Materiellrechtliche Anspruchskonkurrenz und zivilprozessuale Zuständigkeit nach Schweizer Recht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2018. (Kısaltma: *Anspruchskonkurrenz*)
- Ziegler, Karl-Heinz. “Die Wertlosigkeit der allgemeinen Regeln des BGB über die sog. Wahlschuld (§§ 262-265 BGB).” *Archiv für die civilistische Praxis* 171, no. 3 (1971): 193-217. (Kısaltma: “Wahlschuld”)

THE DISAPPEARANCE OF THE “PRIVATE” ELEMENT FROM THE CONCEPT OF THEFT: A HISTORICAL EXPLANATION

*Hırsızlık Kavramından “Özel” Unsurunun Kaybolması:
Tarihsel Bir Açıklama*

Xuewei ZHANG*

Abstract

According to the unique public and private law division standards in Roman law, the concept of theft in Roman law has a dual nature of public and private. Ordinary theft is considered to reflect private legal relations and is a *delictum*, while aggravated theft reflects the legal relations dominated by the will of the state and is a public crime. The duality of this theft also affected the development of the concept of theft in the Middle Ages, both Canon law and Germanic law distinguished between ordinary theft and aggravated theft, but ordinary theft was no longer regarded as *delictum*. Germanic law upheld the idea of “public peace”, while Canon law legitimized the criminalization of theft based on the idea of “atonement” and finally integrated the concepts of theft in Roman law, Canon law and Germanic law through the promulgation of the *Constitutio Criminalis Carolina* at the end of the Middle Ages. Ultimately, Germanic jurists reinterpreted the conception of theft expounded by classical jurists and transmuted the notion of theft into one invested with the character of a public crime. This thereafter constituted the prototypical paradigm of modern German theft legislation.

Keywords: *Delictum*, Ordinary theft, Aggravated theft, Canon law, Germanic law.

Makalenin Geliş Tarihi: 10.05.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 29.05.2023.

* Doktora Öğrencisi, Università degli Studi di Roma "La Sapienza" Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive, E-Posta: xuewei.zhang@uniroma1.it, ORCID: 0009-0002-1453-2457.

Özet

Roma Hukuku'nun kendine özgü kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı uyarınca, Roma Hukuku'nda hırsızlık kavramı kamusal ve özel olmak üzere ikili bir karaktere sahiptir. Adi hırsızlığın özel hukuk ilişkilerini yansıttığı ve bir *delictum* (özel suç) olduğu kabul edilirken nitelikli hırsızlık devletin iradesinin hakim olduğu hukuki ilişkileri yansıtmaktadır ve bir kamu suçudur. Hırsızlığın ikili yapısı, Orta Çağ'da hırsızlık kavramının gelişimini de etkilemiştir. Kanonik Hukuk ve Cermen hukuku, adi hırsızlık ile nitelikli hırsızlık arasında ayırım yapmıştır, ancak adi hırsızlık artık *delictum* olarak kabul edilmemeye başlamıştır. Cermen Hukuku'nda "kamu barışı" fikri üstün tutulmaktayken Kanonik Hukuk, hırsızlığın suç olarak kabul edilmesini "kefare" fikri üzerinden meşru kılmış ve nihayetinde Orta Çağ'ın sonunda *Constitutio Criminalis Carolina*'nın çıkarılmasıyla, Roma Hukuku, Kanonik Hukuk ve Cermen Hukuku'nun hırsızlık kavramlarını birbiriyle kaynaştırmıştır. Sonuç olarak Cermen hukukçular, Klasik Dönem hukukçuları tarafından ortaya konan hırsızlık anlayışını yeniden yorumlamış ve hırsızlık kavramını bir kamu suçu niteliğine büründürmüştür. Bu ise daha sonrasında hırsızlığa ilişkin çağdaş Alman mevzuatının öncül örneğini teşkil etmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Delictum*, Adi hırsızlık, Nitelikli hırsızlık, Kanonik Hukuk, Cermen Hukuku.

I. Premise

It is now a consensus that modern law regards theft as a concept of public crime. In fact, historically in Western law, if only considering the theft concepts that were formally legislated and comprehensively theorized, the earliest origin was *furtum* in Roman law, which was a concept with dual public-private nature.

In the Middle Ages, whether in Canon law or Germanic customary law, although theft was still occasionally regarded as a *delictum*, theft as a public crime had become the consensus. Since the *Constitutio Criminalis Carolina*, theft had been fully transformed into a public crime with modern connotations.

Then, in these three historical stages, did the transition of theft in the public's general awareness from a *delictum* under private law to a crime under public law have historical connections? What factors influenced this transition? This article attempts to explore these issues from the perspectives of history and comparative law.

II. The Dual Public-Private Nature of Theft in Roman Law

A. Etymology and Definition

In Latin, theft is *furtum*. The analysis of its etymology can reveal characteristics of theft in its legal formation stage. In fact, the etymology of theft may have three sources.

The first theory holds that *furtum* comes from *furvo* (darkness). The jurist who mentioned this view in his writings was Labeo. He says that *furtum* is derived from *furvus*, that is, black, because it is done secretly, obscurely, and mostly at night¹. According to scholars' research, this view may have originated from the Roman writer Varro. In *Noctes Atticae*, Gellius mentioned: “This is what Varro wrote in the first part of his book, with great skill in the explanation of words, with wide knowledge of the usage of both languages, and marked kindness towards Aelius himself. But in the latter part of the same book, he says that *fur* is so called because the early Romans used *furvus* for *ater* (‘black’), and thieves steal most easily in the night, which is black. Is it not clear that Varro made the same mistake about *fur* that Aelius made about *lepus*. For what the Greeks now call κλέπτης, or ‘thief’, in the earlier Greek language was called φώρ. Hence, owing to the similarity in sound, he who in Greek is φώρ, in Latin is *fur*.²” Another evidence comes from Nonius: “Varro explained that the name of the thief comes from *furvum* (black), because the ancient Romans called black *furvum*. Thieves steal in the dark of night, so they are called thieves.³” The Roman poet Horace had the same view: “Some think *furvae* stands for black, whence comes the word *furtum*, because these acts are committed in the dark.⁴” In fact, secrecy may be related to the infringement of the subject of the family. In any early civilization, invasion of the family at night (representing secrecy) was a serious illegal act⁵.

¹ D. 47.2.1 pr.

² “Gellius: Attic Nights book I. 18. 3-5,” University of Chicago, accessed May 5, 2023, see 89, https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Gellius/1*.html.

³ Nonius Marcellus, *De Compendiosa Doctrina Libri XX* (Vercelli: digilibLT, 2017), 44, <https://digiliblt.uniupo.it/opera.php#>.

⁴ “Q. Horatius Flaccus: Carmina 2, 13, 21,” the Latin Library, accessed May 5, 2023, <https://www.thelatinlibrary.com/horace/carm2.shtml>.

⁵ In the Laws of Eshnunna, entering another person's house at night would be punished by death, while during the day a fine would be imposed, see Reuven Yaron, *The Laws of Eshnunna* (Jerusalem: the Magnes Press, 1988), 268-275. Article 21 of the Code of Hammurabi stipulates that a person who enters another person's house by breaking

The second theory holds *furtum* originates from *fraude* (fraud). Sabinus was a proponent of this theory⁶. The original meaning of *fraude* was to cause objective harm, and later developed to mean “intentional harm”. In addition, *fraude* also meant breach of good faith. Therefore, Sabinus actually constructed the scope of theft based on this: first, acts with the intent to harm, and second, acts in breach of contractual relations. Some scholars believe that *fraude* was used to indicate the secrecy of theft⁷, but this view is not correct. On the contrary, Sabinus argued that theft does not necessarily have secrecy. He says in *De Iure Civili*: “I do not think it should be omitted how carefully and religiously the most prudent men have defined what “theft” is, lest anyone think that only he is a thief who secretly takes away or stealthily pilfers.”⁸

The third theory holds that theft originates from *ferre* (carrying away)⁹. The proponent of this theory was Paulus. After citing the etymological theories of Labeo and Sabinus, Paulus gave his own explanation: “Theft comes from *ferendo* (carrying) or *aufereudo* (taking away), or comes from the Greek word for thief φῶρας, and φῶρας was derived by the Greeks from ἀπό τοῦ φέρειν φῶρας (taking away)¹⁰.” Paulus' etymological view was actually to support his theory that the object of theft is limited to movable property, because only movable property can be carried away, to refute the views of jurists who supported land theft¹¹.

These three explanations of etymology can illustrate the characteristics of theft from three levels. First, theft has secrecy, which implies the possibility of intruding into the family. Jurists had different views on whether theft in

through the wall will be killed and buried outside the house. Similar provisions exist in Athenian law, where the victim can kill the intruder or hand him over to the magistrate, see Laura Pepe, *Ricerche sul Furto nelle XII Tavole nel Diritto Antico* (Milan: CUEM, 2004), 30.

⁶ D. 47.2.1 pr.

⁷ Alfred Pernice, “Der verbrecherische Vorsatz im griechisch- römischen Rechte,” *Zeitschrift der Savigny- Stiftung für Rechtsgeschichte* 17 (1896): 217.

⁸ “Gellius: Attic Nights book XI. 18. 13/19,” University of Chicago, accessed May 5, 2023, see 347 and 349, https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Gellius/11*.html.

⁹ Hubert Niederländer, “Die Entwicklung des *furtum* und seine etymologischen Ableitungen,” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 67 (1950): 185; Max Kaser and Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht: Ein Studienbuch* (München: Verlag C. H. Beck, 2014), 299.

¹⁰ D. 47.2.1 pr.

¹¹ For example Sabinus, see Gellius: 11.18,13; and Gaius, see Gai. 2.51.

Roman law had secrecy, but the current consensus is that secrecy was an element of theft before Sabinus¹². Secrecy actually reflected the general perception of the concept of theft in early Roman society. Second, theft has the subjective intent to defraud, but *fraude* is not the only word that means fraud. *Dolus malus*, which is close to it, is often used interchangeably¹³. Finally, the objective element of theft is “carrying away”, reflecting that theft was originally limited to movable property¹⁴, because the collective ownership of land in early Rome made theft impossible, while movable property belonged to private individuals, so theft could only target movable property. All these interpretations reflect that the earliest concept of theft was aimed at acts that violated *paterfamilias* or private property.

Two classical jurists defined theft. First, Paulus defined it as: “*Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*.”¹⁵ The key to this definition is to reveal the subjective and objective elements required for theft. Its subjective element is “for the purpose of gain” (*lucri faciendi*), which comes from Labeo of the Proculian school¹⁶. He believed that theft could be established as long as there was *lucranda causa* (intent to gain). Its objective element is “touching”, *contractatio* in Latin. In the literature of the Republican era, words similar in meaning to touching

¹² Niederländer, “Die Entwicklung,” 193; Abundant evidence proves that, at least before Sabinus, theft was commonly understood as secretly taking away property: “In this book there is also written a thing that is not commonly known, that thefts are committed, not only of men and movable objects which can be purloined and carried off secretly, but also of an estate and of houses; also that a farmer was found guilty of theft, because he had sold the farm which he had rented and deprived the owner of its possession.” “Gellius: Attic Nights book XI. 18. 13,” University of Chicago, accessed May 5, 2023, see 347, https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Gellius/11*.html.

“But I think I ought not to pass over the highly ethical and strict definition of theft made by the wisest men, lest anyone should consider him only a thief who privately purloins anything or secretly carries it off.” “Gellius: Attic Nights book XI. 18. 19,” University of Chicago, accessed May 5, 2023, see 349, https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Gellius/11*.html.

¹³ Niederländer, “Die Entwicklung,” 250.

¹⁴ Bernardo Albanese, “La nozione del furtum fino a Nerazio,” *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 23 (1953): 8; Niederländer, “Die Entwicklung,” 185; Kaser and Knütel, *Römisches Privatrecht*, 213; H. F. Jolowicz and Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (London: the Eastern Press Ltd., 1971), 169.

¹⁵ D. 47.2.1.3: *Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*.

¹⁶ A. J. B. Sirks, “Furtum and manus/potestas,” *The Legal History Review* 81 (2013): 502.

included *tangere*, *adirectare*, etc., *contrectatio* denotes an act with legal implications, commonly referring to illegal, unethical, or crude touching¹⁷. For example, as reflected in this passage from Cicero:

Cicero, De Deor. Nat. 1.77: cur non gestiret taurus equae contrectatione, equus vaccae?

(Why would a bull not desire mating with a mare, or a stallion with a cow?)

Second, Sabinus' definition was more accepted in Roman law: “*Qui alienam rem adirectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur.*”¹⁸ The difference between this definition and Paulus' lies in that it does not emphasize the intention to gain from theft. As with Sabinus' view that the word *furtum* originates from *fraude*, this definition only emphasizes “intent to harm” and does not further point out that the ultimate purpose of “intent to harm” is gain. But its objective elements remain consistent with Paulus, that is, theft is the “touching” of property.

Paulus and Sabinus' definitions both pointed to theft as an extremely broad concept in Roman law. In addition to the abstract definition, Paulus also specifically listed that theft also included *furtum usus*, that is, using borrowed or deposited property without agreement, as well as *furtum possessionis*, that is, stealing one's own property legally possessed by others also constitutes theft. Sabinus' definition did not enumerate specific types of theft, but it can be inferred from its objective elements of “touching” and “without the owner's consent” that Sabinus' definition must have included *furtum usus* but not *furtum possessionis*, because *furtum possessionis* does not really violate the owner's will.

Although these definitions reflect the nature of theft in the Classical Period, they can provide a unique perspective on the concept of theft from the perspective of legal scholars. That is to say, the essence of theft lies in violating the will of others, whose purpose is to gain profit or simply to harm the interests of others. This shows that the concept of theft originally reflected the legal relationship between Roman citizens and was a kind of private law relationship.

¹⁷ W. A. J. Watson, “The definition of *furtum* and the trichotomy,” *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 28 (1960): 198.

¹⁸ “Gellius: Attic Nights book XI. 18. 20,” University of Chicago, accessed May 5, 2023, see 349, https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Gellius/11*.html.

B. Ordinary Theft was Regarded as a *Delictum*

Judging by the legal liability, *furtum nec manifestum*¹⁹, *furtum conceptum* and *furtum oblatum*²⁰ in the Twelve Tables were regarded as ordinary theft, because these three thefts were subject to fines. However, ordinary theft in the Twelve Tables was not equivalent to private offense. Based on the object of infringement, *furtum manifestum*²¹ as an aggravated theft was also an infringement of personal interests and essentially a *delictum*. Some scholars point out that the internal mechanism of the distinction between ordinary theft and aggravated theft in the Twelve Tables was whether the theft could be directly proven under the judicial conditions at that time, and whether it had indisputable illegality²².

In the Classical Period, theft that infringed personal interests or did not pose a serious threat was regarded as ordinary theft. Jurists discussed this theft within the framework of private law and regarded it as a *delictum*: Gaius first systematically arranged private offenses in the Institutes, classifying four species: *furtum*, *rapina*, *iniuria*, and *damnum*²³. By the space accorded *furtum*, it was the most significant *delictum*. Gaius' classification of *furtum* largely followed the Twelve Tables, distinguishing *furtum manifestum*, *furtum nec manifestum*, *furtum conceptum*, and *furtum oblatum*, adding only *furtum prohibitum*²⁴.

Classical jurists also had different views from Gaius, such as Sulpicius and Sabinus, who held theft encompassed only *furtum manifestum*, *furtum nec manifestum*, *furtum conceptum*, and *furtum oblatum*, while Labeo saw but two species: *furtum manifestum* and *furtum nec manifestum*²⁵. Justinian's law also adopted Gaius's *delictum* classification, classifying theft as one such specie²⁶.

In addition, the private nature of ordinary theft was also reflected in the right of action of the victim and the legal liability of the thief.

¹⁹ Tab. 8.16.

²⁰ Tab. 8.15.

²¹ Tab. 8.12-13.

²² Franz Wieacker, “Endplorare: Diebstahlsverfolgung und Gerüft im altrömischen Recht,” *Festschrift Wenger*, no. 1 (1944): 158.

²³ Gai. 3.182.

²⁴ Gai. 3.188.

²⁵ Gai. 3.183.

²⁶ I. 4.1 pr.

In early Rome, the legal consequences of *delictum* did not directly obligate the offender to the victim, but rather subjected the offender to vendetta or talionic vendetta by the victim, which was a kind of vendetta right between families. The Twelve Tables preserved remnants of vendetta in *furtum manifestum*, e.g. “*si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*”²⁷, and daylight theft at weapon-point, where the thief, witnessed, might be killed²⁸. Yet the Twelve Tables confined such vendetta to *furtum manifestum* and grave threat, reflecting gradual curtailment of familial vengeance as state power grew.

The Twelve Tables already had three types of theft lawsuits. The legal liability for the lawsuit of *furtum nec manifestum* was double fines, while *furtum conceptum* and *furtum oblatum* were triple fines. After the Twelve Tables, these three lawsuits continued to be retained by the praetor. The personal punishment of killing thieves in *furtum manifestum* was gradually abolished. Praetors created the *actio furti manifesti*, replacing vengeance with quadruple fines²⁹. In addition, the praetors also introduced the *actio prohibiti furti* through edicts, with triple fines.

Besides fines, praetors set *condictio ex causa furtiva*, *condictio furtiva* and *actio ad exhibendum* for theft. Needing only damages, these were more enforceable.

As theft's legal consequences shifted from private vengeance to systematized fines, the act now obliged actor to victim³⁰. The classical jurist Gaius legally determined it as a cause of debt, he further induced that “*omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto*”³¹. *Obligatioes ex delicto* arose from *res*, acts, as Labeo said, by hands as contracts by mouth³². Therefore, like contract, theft became a debt's cause, fines the debt's object, imposed upon the actor³³.

²⁷ Tab. 8.12.

²⁸ Tab. 8.13.

²⁹ Kaser and Knütel, *Römisches Privatrecht*, 300.

³⁰ Kaser and Knütel, *Römisches Privatrecht*, 296.

³¹ Gai. 3.88

³² Guodong Xu, *Commemtarius ad Institutes Iustinianorum* (Beijing: Beijing University Press, 2005), 465.

³³ Kaser and Knütel, *Römisches Privatrecht*, 296.

C. Aggravated Theft was Regarded as a Public Crime

As early as the principate, Augustus set two urban prefects - *Praefectus Urbi* and *Praefectus Vigilum* - wielding criminal punishment for aggravated theft cases or those with social harm³⁴.

By Severan Dynasty (AD 193-235) at latest, public criminal prosecution against thieves could be initiated through the extraordinary procedure for night theft³⁵, picking pocketing, and theft in other people's dining rooms, places where property were kept or public baths³⁶.

The punishments for aggravated theft were rather cruel. Under Hadrian, cattle rustlers would be sentenced to death or forced labor³⁷; night thieves, if armed, would be sentenced to forced labor in mines, and those of higher rank would be exiled³⁸. To some extent, this meant the revival of ancient punishments, except that the entity carrying out the punishments became the state instead of persons³⁹.

In addition to those thefts against personal property that are considered aggravated thefts because of their greater harmfulness, those acts that damage the public interest, such as *peculatus* (embezzlement), are also considered aggravated thefts.

According to the *Lex Iulia peculatus*, *peculatus* refers to acts that damage the property of the gods, religious groups, or the state⁴⁰. There is no doubt that its victims are parts of the Roman public system, so it belongs to public crime under Roman law. However, these acts also meet the requirements for theft, such as fraudulent intent (*sciens dolo malo*) and certainly touching (*contrectatio*). In addition, those who work in the mint and privately mint coins or steal already minted coins are considered to have stolen public money, of course, it is also a kind of embezzlement⁴¹.

³⁴ Ivana Jaramaz Reskusic, “Theft in Roman Law: Delictum Publicum and Delictum Privatum,” *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu* 57, no. 2 (2007): 327-330.

³⁵ D. 47. 17. 1.

³⁶ D. 47. 17. 3.

³⁷ D. 47. 14. 1.

³⁸ D. 47. 17. 1.

³⁹ Aleksandar Arsic, “Furtum in Roman and Contemporary Law,” *Ius Romanum*, no. 2 (2016): 463; also see Jaramaz Reskusic, “Theft in Roman Law,” 342.

⁴⁰ D. 48. 13. 1.

⁴¹ D. 48. 13. 8.

In traditional Roman law, “the distinction between public law and private law originated from the ancient contradiction between the state community and the family community⁴²”. Public law adjusted social relations limited to issues related to the constitution, while private law covered all legal relations between individuals⁴³. Theft involved infringement of one person’s property by another, naturally included in the category of private law. But in the imperial period, the priority of protecting interests changed: the powerful public power under the empire led to the socialization of some legal relations. The state actively intervened in the personal lives of citizens⁴⁴. In this narrative of the socialization of law, the social harm of theft, especially aggravated theft, was highlighted. Therefore, the individual-individual legal relationship structure emphasized by civil law in the Republican era transformed into individual-society, and part of theft that belonged to the private law field previously was reinterpreted as infringement of public (social) interests.

D. Synthesis

The concept of theft in Roman law appeared to split at the levels of classical jurisprudence and judicial practice. Ordinary theft, if we may say so, refers to theft reflecting the private law relationship between Roman citizens. Of course, there were exceptions, such as theft that could pose a serious threat was also considered an aggravated theft during the imperial period. To some extent, ordinary theft can be said to be the concept of theft tacitly accepted by the classical jurists, as can be seen from the fragments of classical jurists excerpted in Justinian’s Digest. It can be said that all concepts of theft involving theoretical depth in Roman law were concepts of theft in the sense of ordinary theft.

Probably from about the same period, those thefts involving public interests or could pose a serious threat were regarded as aggravated thefts, reflecting a public law relationship. But unlike ordinary theft, jurists lacked interest in it. It more reflected a naked state will and a vulgarized theory of judicial practice⁴⁵.

⁴² Kaser and Knütel, *Römisches Privatrecht*, 54.

⁴³ Kaser and Knütel, *Römisches Privatrecht*, 295; also see Miroslav Frydek, “Terminology of Roman Criminal Law - Crimen et Delictum,” *Journal on European History of Law* 1, no. 1 (2010): 69-72.

⁴⁴ Kaser and Knütel, *Römisches Privatrecht*, 6.

⁴⁵ Kaser and Knütel, *Römisches Privatrecht*, 5.

A passage from Ulpian reveals the ultimate solution to this contradiction:

D. 47.2.93(92): *Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere*⁴⁶.

III. The Gradual Disappearance of the “Private” Elements in the Medieval Concept of Theft

A. The Influence of Roman Law on Canon Law

Since Canon law strictly followed Roman law, Roman law had a profound influence on Canon law in legislation on theft. This is reflected in two aspects:

In specific provisions: Firstly, Canon law had stipulations for night theft and daytime theft with weapons, just like Roman law. This involved the right to legitimate self-defense killing⁴⁷. Secondly, Canon law also had provisions for “*abigeat*” (driving livestock away, causing livestock to disappear or be stolen by others), which was deemed as theft like in Roman law⁴⁸. However, unlike Roman law's treatment of it as a special theft, Canon law regarded it as a general theft⁴⁹.

More importantly, canon law adopted the distinction between aggravated theft and ordinary theft in Roman law. Ordinary theft was regarded as delict, while aggravated theft was a public crime. But unlike Roman law, the connotations of ordinary theft and aggravated theft in Canon law changed. Its distinction between the two thefts was based on whether the theft involved sacrilege.

⁴⁶ It must be remembered that now criminal proceedings for theft are common, and the complainant lays an allegation. It is not a kind of public prosecution in the normal sense, but it seemed proper that the temerity of those who do such wrongs should be punishable on extraordinary scrutiny. Still if that be the party's wish, he can bring civil proceedings for theft.

⁴⁷ Ingeborg Zillgen, “Geschichte und Sinn des schweren Diebstahls” (PhD diss., Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, 1940), 23.

⁴⁸ D. 47.2.50.4: *Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.*; D. 47.2.51: *Nam et si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia dabitur.*

⁴⁹ Zillgen, “Geschichte,” 21.

B. The Moralism of Canon Law Influenced the Concept of Theft

In Canon law, the illegality of both ordinary theft and aggravated theft rested on ethics and morals, stressing their subjective wickedness. For ordinary theft, Canon law stressed the moral grounds for its unlawfulness as a delict. Namely, liability for the delict relied on the theological doctrine that “the property wrongly obtained by a person must be restored to its original state for the sin to be forgiven.⁵⁰” Thus, the actor could only find pardon by equally compensating the victim.

Aggravated theft overlapped with sacrilege in Canon law. The church commonly categorized sacrilege into four types: personal sacrilege, sacrilege against place, sacrilege against objects, and sacrilegious speech. Aggravated theft pertained to sacrilege against place and sacrilege against objects. Under the canonist Gratian's definition, stealing sacred objects in sacred and nonsacred places amounted to sacrilege against objects, while stealing nonsacred objects in sacred places constituted sacrilege against place⁵¹. Therefore, aggravated theft represented not only infringement of property but also irreverence and desecration of religion and belief. It harmed not individual interests but collective faith and values.

In fact, in Canon law, the essence of religious offenses was sacrilege⁵². Consequently, aggravated theft was inherently a kind of religious crime. However, the legal liability for such an offense was not criminal but moral. However, the legal liability for this crime was not penal but moral. The church takes a lenient stance towards thieves. Offenders can attain salvation as long as they make a full confession as demanded by the canon court. Only when they refuse to repent or continue to offend after two admonitions from the canon court will the church pronounce the final excommunication against them⁵³.

Canon law emphasized the immorality of theft. This immorality unified the sources of illegality for both ordinary theft and aggravated theft. The legal liability of thieves, whether criminal or civil, was aimed at achieving redemption.

⁵⁰ Yanxin Su, “The Formation of European Common Law in the Middle Ages,” *Journal of Comparative Law*, no. 3 (2011): 132.

⁵¹ Zillgen, “Geschichte,” 21.

⁵² Zillgen, “Geschichte,” 21

⁵³ Zillgen, “Geschichte,” 21-22.

C. Germanic Law Considered Theft to Be a Breach of “Public Peace”

The theft legislation of the Germanic people was once directly influenced by Roman law. The Burgundian Code also divided theft into ordinary theft and aggravated theft, imposing multiple fines for ordinary theft and continuing the Germanic tradition of capital punishment for aggravated theft⁵⁴.

Following the collapse of the Frankish Kingdom in the 9th century, Germanic customary law gradually supplanted Roman law. The written laws of the Holy Roman Empire at that time represented a codification of Germanic customary law. In legal philosophy, it exhibited the hallmarks of publicism stemming from the traditions of tribal society. Germanic law did not differentiate between public and private property and did not consider theft a *delictum*⁵⁵.

While Germanic law in the Middle Ages formally maintained the fundamental distinction between aggravated theft and ordinary theft, the two offenses were no longer classified as *delictum* (under private law) and *crimen* (under public law). Instead, they were essentially deemed public crimes. This classification existed solely to assign legal liability.

The earliest constitutional document of the Holy Roman Empire, the Landfriedensordnungen, instituted corporal punishment for ordinary theft. The most common corporal punishment for minor theft was "punishment of skin and hair" (*Ze hût und ze hâr*). Aggravated theft was punishable by

⁵⁴ The Burgundian Code treated the theft of important means of production as aggravated theft. For example, Article 4.1: If anyone solicits another's bondservant, or anyone, either native Burgundian or Roman, presumes to take in theft a horse, mare, ox, or cow, let him be killed: and let him who lost the bondservants and animals mentioned above, if he is not able to find them in the possession of the solicitor or thief, receive compensation in fee simple: that is, if he is not able to find that bondservant, for the bondservant, twenty-five solidi; for the best horse, ten solidi; for an ordinary one, five solidi; for the mare, three solidi; for the ox, two solidi; for the cow, one solidus.

The theft of other property was considered ordinary theft, as in Article 4.3: And if any native freeman, either Burgundian or Roman, takes in theft a pig, a sheep, a beehive, or a she-goat, let him pay threefold according as their value is established, and in addition, let him pay a fine of twelve solidi. Let the composition be for the pig, one solidus; for the sheep, one solidus; for the beehive, one solidus; for the goat, a tremissis. Indeed, let their value be paid threefold.

⁵⁵ Heinrich Janssen, “Der Diebstahl in seiner Entwicklung von der Carolina bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts” (PhD diss., Georg-August-Universität zu Göttingen, 1969), 2.

hanging⁵⁶. Other Germanic laws, such as the Pax Moguntina in 1103, generally penalized theft by blinding and hand amputation. The Augsburger Stadtrecht in 1276 even made the death penalty the sole punishment for theft⁵⁷.

The publicist ideology of the Germanic peoples was reflected in the Roman Empire. This is also why theft did not become a purely Roman-style *delictum* in the barbarian codes. In the Middle Ages, this publicist ideology was encapsulated in the concept of “public peace”.

For the Germanic peoples, safeguarding peace was vital to the nation's survival. Theft was viewed as an act of violence jeopardizing public peace and safety⁵⁸. Thus, it was deemed a public crime.

However, although this “public peace” ideology arose from the shared ethos of the Germanic peoples and aimed to protect communal interests, after the establishment of the Germanic regime, especially with the rise of the monarchy, it evolved into an instrument for preserving royal authority. For theft, it was deemed a public crime because it harmed the king's interests rather than genuinely public societal interests.

D. The Fusion of Roman, Canonic and Germanic Law Concepts of Theft

The 15th century *Constitutio Criminalis Carolina* directly inherited from the canon criminal law “Bambergensis”. As the first attempt to unify the criminal law of the Germanic world, its aim was to unify German law by processing Roman law, Canon law and Italian law.⁵⁹

In this code, the inherent Germanic idea of regarding theft as a public crime combined with the Roman-Canon law's emphasis on the “immorality” of theft, enabling the public criminal attribute of theft to gain dual support from ethics and national customs.

First, at the specific normative level, the regulation of theft in the *Constitutio Criminalis Carolina* was mainly influenced by Canon law, and indirectly incorporated elements of Roman law through Canon law.

⁵⁶ Claudia Händl, “Theft in The Codice Picturati of the Sachsenspiegel,” *Brathair* 20, no. 2 (2020): 355; Karl Weitzel, “Diebstahl und Frevel und ihre Beziehung zu Hoch- und Niedergerichtsbarkeit in den alamannischen Rechtsquellen des Mittelalters” (PhD diss., Hohen Philosophischen Fakultät der Universität Leipzig, 1909), 24.

⁵⁷ Weitzel, “Diebstahl,” 17.

⁵⁸ Zillgen, “Geschichte,” 35-36; also see Aiguo Xu, “On the History of Tort Law,” *Legal Science*, no. 1 (2006): 139.

⁵⁹ Zillgen, “Geschichte,” 43.

Like the Roman law classification of theft, this code still divided theft into ordinary theft and aggravated theft, ordinary theft was largely penalized by fines. Although the Roman-inspired multiple fine was preserved in some provisions concerning ordinary theft, the *Constitutio Criminalis Carolina* no longer viewed it as a private wrong but as a public crime. Therefore, they were no longer matters between private parties⁶⁰.

The Canon law concerning sacrilegious theft was transposed wholesale into the code, as evidenced in Articles 171 to 174, which were nearly identical to the Bambergensis statutes. However, contrary to the former Canon law principle of leniency, the penalty for such theft in the *Constitutio Criminalis Carolina* was harsher, frequently punishable by death⁶¹.

Moreover, Article 170 embodied the Roman law notion of *furtum usus*, based on the fact of custody.

Second, and most crucially, Canon law furnished a moral foundation for the Germanic notion that theft “imperils public peace”.

Germanic law assessed the legal culpability of theft based solely on objective criteria such as the worth of the stolen property, the time of the theft, and even the identity of the perpetrator. The *Constitutio Criminalis Carolina* paid special attention to the intrinsic aspects of the criminal deed. Penalties for theft were commonly founded on the subjective factors pertaining to the perpetrator.

⁶⁰ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Johannesburg: Juta & Co, Ltd., 1990), 944-945.

⁶¹ Article 172: Jtem so einer ein Monstranzen stillt, da das heillig Sacrament des alltars jnnen ist, soll mit dem feur vom leben zum todt gestrafft werden. Stele aber einer sunst gullden oder Silberin geweichte gefess, mit oder one heilligthumb, oder aber kelleh oder patenen, vmb solliche diepstall alle, sie sein geschenn an geweichten oder vngeweichtenn Orten, auch so einer vmb stelens willen jnn ein geweichte kirchen, Sacramenthause oder Sacristey pricht oder mit geferlichen zeugen vffsperrt: disse diep seindt zum tod nach gelegenheit der sache vnnd Rate der Rechtverstendigen zu straffenn. (If someone steals a monstrance containing the Holy Sacrament of the altar, he shall be punished with fire from life to death. But if someone steals otherwise golden or silver consecrated vessels, with or without relics, or chalices or patens, for all such thefts, whether consecrated or unconsecrated, or if someone breaks into a consecrated church, sacrament house or sacristy for the sake of stealing or opens it with dangerous tools: these thieves are to be punished with death according to the circumstances of the case and the advice of legal experts.)

This moral imperative was first embodied in the provisions on sacrilegious theft in this code. Article 171 followed canon law's conceptualization of sacrilege and noted that sacrilegious theft was graver than common theft⁶². Legal scholars then contended that in ascertaining whether an act constituted the sacrilegious theft stipulated in Article 171, beyond contemplating objective elements such as whether the stolen goods were sacred objects or whether the location of the theft was consecrated ground, the most pivotal consideration was the thief's subjective disposition⁶³.

Furthermore, moral imperatives also suffused thefts unconnected to sacrilege. For instance, Article 162 designated repeated thefts as a distinct grave offense. Compared to other thefts, such thefts were not permitted to substitute corporal punishment for the death penalty but were sentenced to death without exception⁶⁴. Legal scholars ascribed this to perpetrators of such thefts being deemed incorrigible, evincing greater moral turpitude⁶⁵.

E. Synthesis

The influence of Roman law on medieval theft legislation was mainly reflected in the influence of the binary model of ordinary theft and aggravated

⁶² Article 171: Item stelen vonn geweychten dingen oder stetten jst schwerer, dann anndere diepstall vnnd geschicht jnn dreyerley weyss: Zum ersten, wann einer ettwas heilligs oder geweychts stillt ann geweychten stetten; Zum Andern, Wann eyner etwas geweychts ann Vngeweychten stettenn stillt; Zum drittenn, Wan einer viigeweychte Ding ann geweychten stettenn stillt. (Stealing consecrated things or in consecrated places is more serious than other thefts and happens in three ways: First, when someone steals something holy or consecrated in consecrated places; Second, when someone steals something consecrated in unconsecrated places; Third, when someone steals unconsecrated things in consecrated places.)

⁶³ Zillgen, "Geschichte," 47.

⁶⁴ Article 162: Item wurde aber yemands bedrettenn, der zum drittenn mall gestolen hett, vnnd sollicher dreyfalltiger diepstall mit gutem grundt, Alls vor vonn erfahrung der warheit gesetzt ist, erfundenn wirdt: das ist ein meherer verleumbter diep vnnd auch einem Vergewalltiger gleich geacht, Vnnd soll darumb, nemlich der mann mit dem strangk vund die frau mit dem wasser oder sunst jnn anndere wege, Nach jedes lanndts geprauch, vom lebenn zum tod gestrafft werden. (But if someone has been convicted of theft for the third time, and such a triple theft is proven with good reason, as has been established before based on experience of the truth: that is a slanderous thief and also considered equal to a robber, And therefore, namely the man with the rope and the woman with water or otherwise in other ways, according to the custom of each country, shall be punished from life to death.)

⁶⁵ Zillgen, "Geschichte," 46.

theft. On the basis of drawing on this binary model, Canon law retained to some extent the private law concept of theft in Roman law. Canon law subsumed ordinary theft under torts mirroring private law relations, and its legal culpability also invoked the multiple fines of Roman law. However, aggravated theft was construed as a public crime.

The development of the concept of theft in canon law established the moral source of its illegality. Unlike Roman law and even Germanic law, Canon law's assessment of theft's illegality derived not from wholly objective criteria but Catholicism's moral imperatives. It emphasized the subjective "wickedness" in the act of theft, and its aim in imposing legal culpability was to attain moral redemption.

Steeped in Canon law, the *Constitutio Criminalis Carolina* was imbued with moralism, and subjective blameworthiness became the foremost consideration in adjudging theft illicit as well as the degree of unlawfulness. By absorbing the Germanic concept of “public peace”, theft was no longer deemed a *delictum* but matured into a Germanic public crime.

IV. The Formation of the German Theft Offense Concept

A. The Decriminalization of *furtum impropium*

Unlike the Germanic law at the level of substantive law, which regarded theft as a crime against public interest, at the theoretical level, medieval jurists' discussions on the concept of theft were still based on the theory of *delictum* in Roman law.

Based on Paulus' definition and cases in the Digest, they sought to equate Germanic theft with the Roman law concept of *furtum*. Following the *Constitutio Criminalis Carolina*, German criminal jurists equated the Article 170⁶⁶ with *furtum usus* in Roman law, and widely regarded *furtum possessionis* as an originally extant form of theft in Germanic law.

However, meting out the same penalty for *furtum impropium* as for *furtum propium* would result in gross disproportion between offense and

⁶⁶ Article 170: Item wellicher mit eins anndern guttern, die jme jnn gutem glaubenn zu behallten vnnd verwaren gegebenenn sein, williger vnnd geferrlicher weise dem glaubiger zu schadenn handeltt: solliche Missenthat jst einem diepstall gleich zu straffenn. (Whoever deals willfully and dangerously with another's goods, which have been given to him in good faith to keep and protect, in order to harm the creditor: such misdeed is to be punished like theft.)

retribution. In the wake of the 17th century, they progressively discerned that “the wide Roman definition might not provide an entirely satisfactory framework for the stiff sanctions of contemporary criminal law.⁶⁷” Consequently, legal scholars needed to devise a theory to evince the distinction between *furtum impropium* and *furtum proprium*, so as to apportion discrete legal liabilities to them severally.

The 17th century jurist Praktiker Berlich, while still classifying *furtum impropium* as theft, had already apprehended its distinctiveness. In his tome *Conclusiones Practicabiles* published in 1618, he delineated three kinds of deeds constituting *furtum impropium*: first was the appropriation or use of the goods of others under one's own custody; second was the appropriation or use of found property; third was the peculation or misappropriation of public property by civil servants⁶⁸.

Drawing on Matthäus Wesenbec's taxonomy, Benedict Carpov embarked from Paulus' notion of *contrectatio* in his definition, and bifurcated theft into *contrectatio vera* (material touching) and *contrectatio ficta* (constructive touching)⁶⁹.

He opined that the cardinal distinction between *furtum proprium* and *furtum impropium* lay in whether it was *contrectatio vera* or *contrectatio ficta*. *Furtum proprium*, also known as *furtum rei*, was a genuine theft, while *furtum impropium* included three situations: the first situation was the appropriation or misappropriation of property inherently for religious belief or public activities that one administered; the second was embezzling, misappropriating, or using beyond permitted purposes the property of others in one's own custody; and the third was using found property. This was in essence consonant with Berlich's taxonomy⁷⁰.

He postulated that the essence of *contrectatio vera* consisted in *ablatio rei alienae* (the abstraction of another's goods), and only this species of theft warranted chastisement and ought to incur criminal culpability. Whereas *contrectatio ficta* merely amounted to *ad alium usum contra voluntatem*

⁶⁷ Zimmermann, *The Law of Obligations*, 946-947.

⁶⁸ Janssen, “Der Diebstahl,” 9-10.

⁶⁹ Matthäus Wesenbec first divided *furtum* into *contrectatio vera* and *contrectatio ficta* in his book *Paratitla in Pandectas*, but he still did not depart from the scope of Roman law, and *contrectatio vera* included *furtum usus*. See Janssen, “Der Diebstahl,” 6.

⁷⁰ Janssen, “Der Diebstahl,” 16.

domini (application to other use counter to the master's volition), so solely civil liability was necessitated⁷¹.

Carpzov engendered the notions of *contractatio vera* and *contractatio ficta* via reinterpreting the objective constituent *contractatio* in the Roman delineation. Thereby, he ratiocinated that *furtum propium* and *furtum impropium* constituted two genera of acts of discrete nature, gainsaying that *furtum impropium* and *furtum propium* commanded the same punishability in the *Constitutio Criminalis Carolina*. This likewise advanced objectively the segregation of *furtum impropium* from the conception of theft, transmuting theft into a genuinely public criminal conception.

B. Reconstruction of the Germanic Concept of Theft

Albeit jurists such as Berlich and Carpzov embarked upon differentiating between *furtum propium* and *furtum impropium*, they still acknowledged *furtum impropium* as a species of theft. As certain contemporaneous jurists remarking on the circumstances of that epoch commented, “no jurist discerned the correlation betwixt theft and misappropriation of entrusted movable goods⁷²”. Consequently, later jurists began to try to return to the traditional Germanic law and attempt to clear *furtum impropium* from the conception of theft by applying this indigenous resource, so as to transmute theft into a juridical conception devoid of any factors of private legislation relations and invested with a purely public criminal essence.

Firstly, jurists retraced to the archaic Germanic notion of theft. The most incipient protagonist was Johann Schilter. He opined that for the Romans, deeming the employment of borrowed articles beyond the stipulated purpose as theft was “to effectuate conformity with covenants through intensified threats”. According to Germanic law, theft was punishable through demise. Since the Germans were more conscientious to their covenants than other populaces, in the event of rupture of covenant, it sufficed to resolve it through the *actio commodati*, and there was no necessity to inflict the cruel chastisement of theft for rupture of covenant. He cited Article 22 of Volume 3 of the *Sachsenspiegel* to validate this standpoint: “It may well be that a thing becomes stolen, yet he who has it does not become a thief, namely that one may not hang him for it.⁷³”

⁷¹ Zimmermann, *The Law of Obligations*, 947.

⁷² Janssen, “Der Diebstahl,” 51.

⁷³ “Es mag wohl sein, dab ein Ding diebisch wird, daran doch der welcher es hat nicht

The jurispudent Kress ratiocinated from the stipulations of the *Constitutio Criminalis Carolina* that it personified the essence of the Germanic law itself. He opined that this code did not regard Article 170 as theft. Its discrete locution “missethatt, ist eynem diebstall gleich zu straffen” (shall be chastised akin to theft) validates that it was contemplated as peculation of confided movable goods rather than theft⁷⁴.

The Dutch erudite Johann Ortwin Westenberg likewise construed on the foundation of the *Constitutio Criminalis Carolina*. On the one hand, he ratiocinated that *furtum possessionis* was not contemplated as theft in this code, for the menace of capital punishment for specific qualified theft delicts in the *Constitutio Criminalis Carolina* did not accord with the inferior worth of such deeds⁷⁵; on the other hand, *furtum usus* was not a theft either, for it lacked “violation of dominion over others” and did not fulfill the definition of theft in the *Constitutio Criminalis Carolina*.

Secondly, jurispudents adopted Paulus’ and Sabinus’ definitions of theft in Roman jurisprudence as the foundation and construed and transformed them into the Germanic one. The most salient enterprise in this respect was discharged by Professor Tobias Jakob Reinharth of the University of Göttingen. He contraposed theft in Roman law and Germanic jurisprudence, and opined that the societal bases whereon the two concepts of theft depended were fundamentally heterogenous: the Romans paid greater attention to the gratification of individuals, so theft was regarded as a *delictum*, and its cardinal objective was to disburse pecuniary penalties to the victims. The Germans had invariably regarded theft as a public crime for it infringed upon public security. Ergo, he defined theft as “*Dolosa contrectatio ipsius rei alienae, invito domino, animo lucri faciendi commissa*” (the deed of touching the movable goods of others without the approbation of the proprietor with the intent of making earnings is immoral). The definition circumscribes the object of theft to “*rei alienae*” (movable goods of others), and likewise encounters the condition of “*invito domino*”, that is, “without the approbation of the proprietor”.

zum Diebe wird, nämlich dab man ihn daran nicht henken mag.” See Janssen, “Der Diebstahl,” 26.

⁷⁴ Janssen, “Der Diebstahl,” 29.

⁷⁵ Johann Ortwin Westenberg, *Meditatio Auspicii Causa Suspecta de Furto Tertio Simplici, Prima Alteraque Vice Non Punito, Ne Carolino Quidem Iure Capitali* (Lugduni Batavorum, 1726), 6-8.

Other jurists such as Westenberg⁷⁶ and Christian Friedrich Georg Meister⁷⁷ likewise preferred analogous definitions.

Jurists epitomized by Reinhardt precluded *furtum impropium* from the conception of theft in terms of the definitions whereon legal concepts rely, for *furtum possessionis* refers to the malefactor abstracting chattels to which he has title, and the provenance of *furtum usus* subsists in the entitlement of manipulation assented by the possessor. They ratiocinated that these acts were not violations of public security⁷⁸. The concord attained by jurists on this delineation eventuated in the compass of theft being circumscribed to theft that genuinely conformed to the Germanic notion and had a public criminal nature.

In essence, the novel theories conceived by Germanic jurists reverting to Roman jurisprudence and conventional Germanic law no longer accounted *furtum impropium* as theft, because they were more prone to contravene consensual undertakings rather than endanger public security. This ratiocination likewise exerted influence over forensic practice. From the late 18th century and henceforth, tribunals conceived the quintessence of the conception of theft as “violation of custody over alien chattels”, so for *furtum impropium*, they frequently adjudicated them as nonfulfillment of covenants⁷⁹.

C. Synthesis

So as to conform the conception of theft in Germanic jurisprudence to the definition of theft in Roman law, Germanic jurists reinterpreted theft in conjunction with Article 170 of the *Constitutio Criminalis Carolina*. In the course of this, they discerned that if circumscribed to the Roman definition of theft, it was impracticable to flawlessly resolve the theoretical predicaments where theft was accounted as a public crime in forensic practice at that juncture. Consequently, some jurists elected to revert to the conventional Germanic notion of theft. They construed the Germanic notion of theft as “violation of custody over alien chattels”. Therefore, *furtum*

⁷⁶ “*Contrectatio fraudulosa rei alienae mobilis, invito domino, per invasionem ipsius custodiae, lucri faciendi animo, facta*”, See Westenberg, *Meditatio*, 8.

⁷⁷ “*Dolosa ablatio rei alienae, invito domino lucri faciendi causa facta.*” See Christian Friedrich Georg Meister, *Principia juris criminalis Germaniae communis* (Göttingae, 1755), 163.

⁷⁸ Janssen, “Der Diebstahl,” 32.

⁷⁹ Janssen, “Der Diebstahl,” 44.

impropium was deemed as contravention of the spirit of the covenant. Its quintessence was the destruction of private confidence rather than the destruction of public order. Thereby, this notion was dissociated from theft and entered the domain of Civil law⁸⁰.

The reconstituted Germanic theft supplanted the conventional Germanic notion of theft and became the fundamental paradigm for the ratiocination and legislation of theft in the codification epoch. For instance, Article 215 of the Prussian Penal Code was greatly impacted by it, and Article 215 in turn deeply influenced the theft misdemeanor in the subsequent German Penal Code.

V. Conclusion

The change in the concept of theft from *delictum* to public crime was in fact based on the change in the general collective consciousness of the interests infringed by theft. Roman law distinguished theft into ordinary theft and aggravated theft according to an intuitive standard, i.e., whether the interests directly infringed by the theft were personal interests or state interests, resulting in the public-private dualism of the concept of theft. Roman law's view of ordinary theft as a *delictum* embodied the criterion in the infancy of jurisprudence that *delictum*, wrong or tort were considered harmful to the person rather than the State⁸¹.

Both Canon law and Germanic law in the Middle Ages borrowed the basic classification of ordinary theft and aggravated theft in Roman law. But despite their different starting points, they both emphasized the damage to the public interest by theft. Canon jurisprudence contemplated theft, especially sacrilegious theft, as a violation against the public belief and value. Germanic jurisprudence has invariably stressed the harm wrought by theft upon public peace. Therefore, when *delictum* were viewed as infringements on the state or society, the distinction between *delictum* and public crime began to emerge⁸². Finally, Germanic criminal jurists shaped the modern concept of theft that belonged purely to the public law sphere by removing elements that belonged to civil law from the medieval concept of theft.

⁸⁰ Zimmermann, *The Law of Obligations*, 947.

⁸¹ Henry Sumner Maine, *Ancient law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas* (London: John Murray, 1908), 329-330; also see Jishu Wu, "A Brief History of Tort Law from the Perspective of its Function," *Journal of Southwest Petroleum University (Social Sciences Edition)*, no. 3 (2014): 53.

⁸² Xu, "History," 139.

Bibliography

- Albanese, Bernardo. “La nozione del furtum fino a Nerazio.” *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 23 (1953): 5-111.
- Arsic, Aleksandar. “Furtum in Roman and Contemporary Law.” *Ius Romanum*, no. 2 (2016): 456-471.
- Frydek, Miroslav. “Terminology of Roman Criminal Law - Crimen et Delictum.” *Journal on European History of Law* 1, no. 1 (2010): 69-72.
- Händl, Claudia. “Theft in The Codice Picturati of The Sachsenspiegel.” *Brathair* 20, no. 2 (2020): 353-379.
- Janssen, Heinrich. “*Der Diebstahl in seiner Entwicklung von der Carolina bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts.*” PhD diss., Georg-August-Universität zu Göttingen, 1969.
- Jaramaz Reskusic, Ivana. “Theft in Roman Law: Delictum Publicum and Delictum Privatum.” *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu* 57, no. 2 (2007): 313-352.
- Jolowicz, H. F. and Barry Nicholas. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. London: the Eastern Press Ltd, 1971.
- Kaser, Max and Rolf Knütel. *Römisches Privatrecht: Ein Studienbuch*. München: Verlag C. H. Beck, 2014. (Römisches Privatrecht)
- Maine, Henry Sumner. *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*. London: John Murray, 1908.
- Meister, Christian Friedrich Georg. *Principia juris criminalis Germaniae communis*. Gottingae: 1755.
- Niederländer, Hubert. “Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen.” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 67 (1950): 185-260. (Die Entwicklung)
- Nonius Marcellus. *De Compendiosa Doctrina Libri XX*. Vercelli: digilibLT, 2017. <https://digiliblt.uniupo.it/opera.php#>.
- Pepe, Laura. *Ricerche sul Furto nelle XII Tavole nel Diritto Antico*. Milan: CUEM, 2004.
- Pernice, Alfred. “Der verbrecherische Vorsatz im griechisch- römischen Rechte.” *Zeitschrift der Savigny- Stiftung für Rechtsgeschichte* 17 (1896): 205-251.
- Sirks, A. J. B.. “Furtum and manus /potestas.” *The Legal History Review* 81 (2013): 465-506.
- Su, Yanxin. “The Formation of European Common Law in the Middle Ages.” *Journal of Comparative Law*, no. 3 (2011): 130-134.

- The Latin Library. "Q. Horatius Flaccus: Carmina 2." Accessed May 5, 2023. <https://www.thelatinlibrary.com/horace/carm2.shtml>.
- Thomas, Joseph Anthony Charles. *Textbook of Roman Law*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1976.
- University of Chicago. "Gellius: Attic Nights book I." Accessed May 5, 2023. https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Gellius/2*.html
- University of Chicago. "Gellius: Attic Nights book XI." Accessed May 5, 2023. https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Gellius/11*.html.
- Watson, W. A. J.. "The definition of furtum and the trichotomy." *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 28, (1960): 197-210.
- Weitzel, Karl. "Diebstahl und Frevel und ihre Beziehung zu Hoch- und Niedergerichtsbarkeit in den alamannischen Rechtsquellen des Mittelalters." PhD diss., Hohen Philosophischen Fakultät der Universität Leipzig, 1909. (Diebstahl)
- Westenberg, Johann Ortwin. *Meditatio Auspicii Causa Suspecta de Furto Tertio Simplici, Prima Alteraque Vice Non Punito, Ne Carolino Quidem Iure Capitali*. Lugduni Batavorum: 1726. (Meditatio)
- Wieacker, Franz. "Endplorare: Diebstahlsverfolgung und Gerüft im altrömischen Recht." *Festschrift Wenger*, no. 1 (1944): 129-179.
- Wu, Jishu. "A Brief History of Tort Law from the Perspective of Its Function." *Journal of Southwest Petroleum University (Social Sciences Edition)*, no. 3 (2014): 50-59.
- Xu, Aiguo. "On the History of Tort Law." *Legal Science*, no. 1 (2006): 135-145. (History)
- Xu, Guodong. *Commentarius ad Institutes Iustinianorum*. Beijing: Beijing University Press, 2005.
- Yaron, Reuven. *The Laws of Eshnunna*. Jerusalem: the Magnes Press, 1988.
- Zillgen, Ingeborg. "Geschichte und Sinn des schweren Diebstahls." PhD diss., Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, 1940. (Geschichte)
- Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Johannesburg: Juta & Co, Ltd., 1990. (The Law of Obligations)