ADALET DERGİSİ

Adalet Dergisi, 1873 yılında Cerîde-i Mehâkim adıyla yayın hayatına başlamıştır. Cerîde-i Mehâkim-i Adliye, Cerîde-i Adliye, Adliye Cerîdesi ve Adliye Dergisi isimleri ile yayımını sürdürmüştür. Dergi, 1946 yılından itibaren Adalet Dergisi adıyla yayımlanmaya başlamıştır. Dergiye ait dönemlendirme bu duruma göre yapılmıştır. Adalet Dergisi 62-63. sayılarından (2019) itibaren hakemli olarak yayımlanmaktadır.

69
(2022/2)

ADALET DERGİSİ
Journal Of Justice

Sayı: 69 2022/2
ISSN: 1011-730X
ISSN (online): 2717-6614
Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır.

SAHİBİ
Adalet Bakanlığı Adına
Bekir BOZDAĞ
(Adalet Bakanı)

Yayın Danışma Kurulu Başkanı
Hasan YILMAZ
(Bakan Yardımcısı)

Editör
Murat EROL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Ahmet Kemal PEKACAR

Dil Editörleri
Halit Haki BARUT/Yusuf ÖNÇIRAK/Dr. Berat DUMAN

Dijital Koordinasyon: Mahmut CESUR/İsmail SARIKAYA
Tasarım: Burcu OYAR/Merve TÜRKOĞLU
Web Tasarım: İbrahim KÖSE/Enes ŞERBET
Yayın İşleri Büro: Hasan KELEŞ/Barış KÖKSAL/Özlem İNALKAÇ
Arşiv Dağıtım: Veysel ÜNAL/Alper USLU/Talip DEMIRCİ/Alper BAYSAL

Eğitim Dairesi Başkanlığı
Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13
Yenimahalle / ANKARA
Tel: (0312) 204 11 29 - (0312) 204 13 07, Belge Geçer: (0312) 219 64 17
e-posta: dergiadalet@gmail.com / adaletdergisi@adalet.gov.tr
www.adaletdergisi.adalet.gov.tr

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir. Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır. Tüm hakları Adalet Bakanlığına aittir. İzinsiz çoğaltılamaz. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.

Yayın Türü: Altı Aylık, Ulusal Süreli Yayın, Yayın Dili: Türkçe
Adalet Dergisi yılda iki defa yayımlanır. Adalet Dergisi AD kısaltmasını kullanır.

Baskı – Cilt:
2022 ANKARA

BİLİM KURULU

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi

Prof Dr. Cumhur ŞAHİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof.Dr. Mehmet Âkif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof.Dr. Süha TANRIVER
Çankaya Üniversitesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi

Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
Istanbul Ticaret Üniversitesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

YAYIN DANIŞMA KURULU

İbrahim ŞAHİN
Eğitim Dairesi Başkanı

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Ahmet ÜSTÜNBAŞ
Mevzuat Genel Müdürlüğü
Genel Müdür Yardımcısı

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Cengiz ÖZEL
Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ
TOBB ETÜ
Hukuk Fakültesi

Murat EROL
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Daire Başkanı

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr. Musa TANRISEVEN
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Tetkik Hâkimi

Dr.Öğretim Üyesi Cem Duran UZUN
Ankara Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

69. SAYI HAKEM KURULU*

Prof. Dr. Cavit ABDULLAHZADE	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel ACER	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat Volkan DÜLGER	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuran KOYUNCU	Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa MÜJDECİ	Kırıkkale Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi
Prof. Dr. Nevin Ünal ÖZKORKUT	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Esra YAKUT	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Ali ZENGİN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ekrem ÇETİNTÜRK	Yargıtay Üyesi
Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Koray DOĞAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Dilşad KESKİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ş. Barış ÖZÇELİK	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Atike Eda MANAV ÖZDEMİR	Hâkim
Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Turan ŞAHİN	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Akın ÜNAL	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ	Yargıtay Cumhuriyet Savcısı
Doç. Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN	Türkiye Adalet Akademisi Daire Başkanı
Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Merve ÜNAL AÇIKGÖZ	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Rıdvan DEĞİRMENCİ	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kevser Begüm İSBİR	Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Enstitüsü
Dr. Öğr. Üyesi Cem Duran UZUN	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU	Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr.Üyesi Hasan Sayim VURAL	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ahmet Hasan KILIÇ	Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürlüğü Genel Müdür Yardımcısı
Dr. Süleyman ÖZAR	Ankara Batı Adliyesi Cumhuriyet Başsavcı Vekili

** Listeleme Unvan İçerisinde Soyadlara Göre Yapılmıştır.*

Adalet Dergisi

Veri tabanlarında taranmaktadır.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

Kamu Hukuku/Public Law

15-44 • **Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU** / Cumhurbaşkanının Dönem Sınırı

The President's Term Limit

45-62 • **Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ** / The Concept of Hash Value and the Collision of Hash Value as the Way to Provide Unassailability of Digital Evidence

Sayısal Delilin Değiştirilemezliğinin Sağlanmasının Yolu Olarak Özet Değer Kavramı Ve Özet Değer Çakışması

63-98 **Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ - Araştırma Görevlisi Numan DOĞAN** / Özel Güvenlik Görevlisi Olunabilmesinin Şartları Ve Bu Kişilerin Ceza Muhakemesi Bakımından Yetki ve Sorumlulukları

Conditions for Being a Private Security Officer and the Authorities and Responsibilities of These Persons in Terms of Criminal Procedure

99-132 • **Doç. Dr. Yunus ERASLAN** / İmar Hukukunda Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Öngörülen İdari Yaptırımlar

Administrative Sanctions For the Buildings Without a License In Zoning Law

133-174 • **Dr. Öğretim Üyesi Murat ERDOĞAN** / Osmanlı Toplumsal Tabakalaşma Sistemi Ve Bu Sistemin Ondokuzuncu Yüzyıl Anayasal Gelişmelerine Etkisi

An Investigation on the Ottoman Social Stratification and Its Effects on Nineteenth Century Constitutional Developments

175-212 • **Dr. Öğretim Üyesi Melikşah AYDIN** / Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukuk Sisteminde Hapishane Koşulları Açısından Mahkûm Hakları (1839-1920)

Prisoner's Rights in Ottoman Law of Tanzimat Era in Terms of Prison Conditions (1839-1920)

213-248 **Dr. Öğretim Üyesi Osman Safa BURSALI** / Nakşa Kadısının Huzurunda Gayrimüslimler: Kişilerarası İlişkilere Dair Dava ve Şikayetler (17.-18.yy.)

Non-Muslims Before the Qadi *of Naxos: Lawsuits and Complaints on Interpersonal Relations (17th-18th Centuries)*

249-291 • **Dr. Öğretim Üyesi Salih KORKMAZ** / Uygur Hukuk Vesikaları Üzerine Türkçe Literatürün Hukuki Tahlili

Legal Analysis of Turkish Literature on Uygur Law Documents

293-320 • **Dr. Buğrahan ELDELEKLİ** / Kolomb'tan Mültecilere 1492-1850 Avrupası ve Bugünün Güvenlik Hakkı Olmayan Özneleri

From Colomb to Refugees Europe Between 1492-1850 and the Subjects without Freedom and Security

321-350 • **Araştırma Görevlisi Semih Oğuz AYDIN** / İspat Yükünü Tersine Çeviren Kanuni Karinelerin Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi
Evaluation of Legal Presumptions That Shift the Burden of Proof in the Context of Presumption of Innocence

351-372 • **Onur Utku SEVİM** / Uzay Kaynaklarının Kullanımına İlişkin BM Perspektifi
UN Perspective on the Use of Space Resourcesand Possible Reflectıons to Turkish Space Operations

Özel Hukuk/Private Law

375-403 • **Dr. Metin KIRATLI - Dr. Mustafa ÇAKICI** / Osmanlı Devleti ile İslam Dünyasında Kıymetli Evrak ve Türkiye Cumhuriyeti'ne Etkileri
Negotiable Instruments in the Ottoman Empire and the Islamic World and Their Effects on Republic of Turkey

405-428 • **Dr. Öğretim Üyesi Altan Fahri GÜLERCİ** / Bilirkişilik Şirketlerinin Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi
Evaluation of Expert Witness Companies in Terms of Commercial Law

429-467 • **Öğretim Görevlisi Dr. Erman EKİNGEN - Dr. Miray ÖZER DENİZ** / 7392 ve 7416 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişikliklerin Aracı Hizmet Sağlayıcı Olarak Çevrimiçi Çok Taraflı Platformların Sorumluluklarına ve Tüketicilere Etkileri
The Effects of the Amendments Made by Law no. 7392 and no. 7416 on the Responsibilities of the Online Multi-Sided Platforms as Intermediary Service Providers and on Consumers

469-490 • **Araştırma Görevlisi Dr. Seda BAŞ** / Alacağın Devrinde İptal Hakkının Devralana Geçip Geçmeyeceği Meselesi
Zur Frage ob das Anfechtungsrecht mit der Abtretung der Forderung auf den Zessionar übergeht

491-512 • **Araştırma Görevlisi Merve HAYRAN POLAT**/ Ek Tasfiye Amacıyla Şirketin Yeniden Tescilinin Talep Edildiği Yargılamada Uygulanacak Olan Yargılama Usulünün Değerlendirilmesi
Evaluation of the Judicial Procedure to Be Applied in the Trial Where the Re-Registration of the Company is Requested for the Purpose of Additional Liquidation

513-554 • **Araştırma Görevlisi Aybüke BASIM** / Anlaşmalı Boşanma Bir Çekişmesiz Yargı İşi Midir?
Is a Consensual Divorce a Matter of Law Without Dispute?

555-575 • **Araştırma Görevlisi Muhammed Enes YILDIZ** / İş Hukukunda Telafi Çalışması ve Denkleştirme Esası
Compensatory Work and Equalization Practice in Labor Law

577 • **Etik Kuralları ve Yayın Politikası**

589 • **Yazım ve Atıf Kuralları**

KAMU HUKUKU
PUBLIC LAW

CUMHURBAŞKANININ DÖNEM SINIRI

The President's Term Limit

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU*

Öz: Cumhuriyet tarihimizde Cumhurbaşkanlığı seçimi her zaman çok önemli bir olay olarak görülmüştür. Parlamenter sistem döneminde olduğu gibi Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde de bu durum böyledir. Ama özellikle Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde daha büyük bir öneminin olduğu yadsınamaz. "*Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.*" şeklindeki Anayasa'nın 101 inci maddesinin 2 nci fıkrasının hükmü nasıl anlaşılmalıdır. Konunun lehinde ve aleyhinde çeşitli değerlendirmeler yapılmaktadır.

Farklı yorumların yapıldığı bu konunun hukuki olması nedeniyle hukuki yorum yapılması gerekmektedir. Konu hukuki olmakla birlikte siyaset bilimi yönü de yadsınamaz. Bu nedenle konu, hukuki ve siyasi açıdan incelenebilir. Şüphesiz ki son sözü Yüksek Seçim Kurulu söyleyecektir. Anayasa'nın "*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.*" hükmünün doğru yorumlanması gerekmektedir. Bu hükme dayanarak, Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın 2014 yılında ve 2018 yılında iki defa Cumhurbaşkanı seçildiği ve üç defa seçilme yasağına takıldığı, bu sebeple 2023 yılında yapılacak seçimlerde aday olamayacağı iddia edilmektedir.

16 Nisan 2017'de yapılan halk oylaması sonucunda 21 Ocak 2017 tarihli ve 6771 sayılı kanunla, 2709 sayılı Anayasa'da yapılan anayasa değişikliği yürürlüğe girdi. 6761 sayılı kanunun 18'inci maddesine göre, 101 inci maddenin yürürlüğe giriş tarihi, *"yapılacak ilk TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarih"* olarak kabul edilmiştir. 2017 anayasa değişikliği ile Anayasanın 101'inci maddesi tamamen değişti ve bu madde 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe girdi. Yapılan tartışmalarda odak noktanın, Anayasanın 101'inci maddesinin yorumlanması, Anayasa değişikliğinin anlamı ve zaman bakımından uygulanması sorunu olduğu belirtilebilir. Kuşkusuz ki, 12 nci Cumhurbaşkanı 2023 seçimlerinde Cumhurbaşkanlığına aday olabilir.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı, Cumhurbaşkanı Erdoğan, 12'nci Dönem, Dönem Sınırı.

Abstract: Presidential election has always been seen as a very important event in our republican history. As in the parliamentary system period, this is also the case in the Presidential government system period. But it is undeniable that it has a greater importance especially in the presidential government system. "The President's term of office is five years. A person can be elected President a maximum of two times." How should the provision of the second paragraph of Article 101 of the Constitution be understood? Various evaluations are made for and against the subject. Due to the fact that this issue, which has different interpretations, is legal, it is necessary to make a legal interpretation. While the subject is legal, the political science aspect is also undeniable. For this reason, the issue can be examined from a legal and political point of view. Undoubtedly, the Supreme Election Board will have the last word. The provision of the Constitution, "A person can be elected President at most two times" must be interpreted correctly. Based on this provision, it is claimed that the 12th President was elected President twice, in 2014 and 2018, and was banned from being elected three times, therefore, he cannot be a candidate in the elections to be held in 2023. As a result of the referendum held on April 16, 2017, the constitutional amendment made in the Constitution No. 2709 entered into force with the Law No. 6771 dated January 21, 2017. According to Article 18 of Law No. 6761, the date of entry into force of Article 101 has been accepted as "the date on which the calendar for the first GNAT and Presidential elections began". With the 2017 constitutional amendment, Article 101 of the Constitution was completely changed and this article entered into force on April 30, 2018. It can be stated that the focus of the discussions is the interpretation of Article 101 of the Constitution, the meaning of the constitutional amendment and its implementation in terms of time. Undoubtedly, the 12th President can be a candidate for the Presidency in the 2023 elections.

Keywords: President, Presidency, President Erdogan, 12. Term President, Term Limit

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, htahsinfendoglu.baskent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1211-6989

Makale Geliş Tarihi: 22.10.2022, Makale Kabul Tarihi: 10.11.2022

GİRİŞ

Cumhuriyet döneminde ilk Cumhurbaşkanı M. Kemal Atatürk (1923-1938), ikincisi İsmet İnönü (1938-1950), üçüncüsü Celal Bayar (1950-1960), dördüncüsü Cemal Gürsel (1961-1966), beşincisi Cevdet Sunay (1966-1973), altıncısı Fahri Korutürk (1973-1980), yedincisi Kenan Evren (1982-1989), sekizincisi Turgut Özal (1989-1993), dokuzuncusu Süleyman Demirel (1993-2000), onuncusu Ahmet Necdet Sezer (2000-2007), on birincisi Abdullah Gül (2007-2014) ve on ikincisi Recep Tayyip Erdoğan'dır (2014-Bugün). Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı ve Milletvekilliği Genel Seçimi, en geç 19 Haziran 2023 tarihinde yapılacaktır.[1]

6771 sayılı Kanunun 7 nci maddesi ile yapılan değişiklik 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe giren "bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir" fıkrası, değişiklik öncesi gibi metin aynı şekilde yazıldığı için kamuoyunda tartışmalar olmakta ve sanki bu hüküm değişmemiş gibi yorumlanmaktadır.[2]

Konumuz "Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir." (m.101, f.2).[3] şeklindeki Anayasanın 101 inci maddesinin ikinci fıkrası ile sınırlıdır. Tartışma konusu olan Anayasa'nın 101 inci maddesinin 2 nci fıkrası, 2017 Anayasa değişikliği ile kabul edilmiş ve 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[4]

---

1 Önceki Cumhurbaşkanları listesi için bkz.

https://www.tccb.gov.tr/cumhurbaskanlarimiz

Farklı şeyler söylense de muhalefet, hukuken Erdoğan'ın durumunu "tartışmalı" bulmakla beraber "siyaseten" bu konuda yeni bir tartışma içine girmek istememektedir. Muhalefet, geçmişte cumhurbaşkanlığı seçimleri ile ilgili yaşanan 367 tartışmasının benzerinin yaşanarak, Erdoğan'ın yeni bir mağduriyet alanı yaratacağı gerekçesiyle, böyle bir tartışmaya girmeyeceklerini ifade ediyorlar.

https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-60288415 (s.e.t: 4.8.2022).

2 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununun 3'üncü maddesi de benzeri niteliktedir;

"MADDE 3 – (Değişik: 25/4/2018-7140/3 md.): (1) Cumhurbaşkanı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri beş yılda bir aynı günde yapılır. (2) Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir. Ancak Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi hâlinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir."[2] Bu madde, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile ilgili 69 maddelik anayasa değişikliğinin, 16.4.2017 tarihli referandumda kabul edilmesinden sonra yürürlüğe girmiştir.

3 Değişik: 16.4.2017-6771/7 md). Anayasa'nın 101 inci maddesinin 2017 anayasa değişikliği önceki ve sonraki halinin tablo ile açıklaması için bkz.

http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/Anayasa_Degisikligi.aspx (s.e.t: 4.8.2022).

4 16 Nisan 2017 tarihli halkoylaması ile onaylanan 69 maddelik anayasa değişikliği ile kabul edilen 101 inci madde, 30 Nisan 2018'de yürürlüğe girmiştir. Cumhurbaşkanlığı

Meşruti monarşi modelini kabul ettiği için 1876 tarihli Kanuni Esasi'de Padişah için bir dönem sınırı söz konusu değildir. 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanununun, Meclis hükümeti modelini benimsemiş olduğu için dönem sınırı kavramına girilmemiştir. 1924 Anayasasında Cumhurbaşkanının dönem sınırlandırmasının olmadığını görmekteyiz. Gazi Mustafa Kemal Atatürk ve İsmet İnönü dörder defa, Celal Bayar ise üç defa üst üste herhangi bir anayasal engelle karşılaşmadan Cumhurbaşkanı seçilmişlerdir.

1961 Anayasası 95 inci maddesinin 2 inci fıkrasında Menderes Dönemine tepki olarak Cumhurbaşkanına sadece bir dönem seçilmeyi istemiş, üst üste seçilmeyi yasaklamıştır. Cumhurbaşkanlığını bir vesayet makamı olarak tasarlayan 1961 tepki Anayasası'ndan itibaren, Cumhurbaşkanı seçimleri daima krizler ve vesayetçi müdahaleler ile karşılaşmıştır. 1961 Anayasası dönemindeki üç Cumhurbaşkanının tamamı askerdir: Cemal Gürsel (1961-1966), Cevdet Sunay (1966-1973) ve Fahri Korutürk (1973-1980).

1961 Anayasası ile Genelkurmay Başkanlığı Başbakanlığa bağlanmış, Milli Güvenlik Kurulu ilk kez, 1961 Anayasasının 111 inci maddesiyle düzenlenmiş, bu Kurul aracılığıyla askerler, hükümetlerin izleyeceği milli güvenlik üzerinde etkili olma imkânını bulmuşlardır. 1961 Anayasasında egemenlik millete aittir denildikten sonra bu hakkın kurumlar aracılığıyla kullanılacağı belirtilmiştir. 1961 Anayasası ile egemenliğin bir kısmı, kurumlara (atanmış bürokratlara) devredilmiştir.[5] Önceden Milli Güvenlik Kurulu kararları istişari nitelikteydi. 1488 sayılı kanunla Milli Güvenlik Kurulu "tavsiye eder" deyimi kullanılmış, aynı kanunun 127 nci maddesiyle, Sayıştay'ın Türk Silahlı Kuvvetleri üzerindeki yetkisi sona ermiştir. 12 Mart 1971'den sonra askeri yargı, sivil yargı aleyhine önemli ölçüde güçlenmiştir. 1971 de Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurularak, idari yargı alanında asker lehine mahfuz alan oluşturulmuştur.

1982 Anayasası 1961 Anayasasından daha çok vesayetçi olmuştur. 1982 Anayasası ile Milli Güvenlik Kurulu güçlendirilmiş, parti kapatmalar kolaylaştırılmıştı ki bu durum, 1995 ve 2001 tarihli anayasa değişiklikleri ile hafifletilmiştir. Cumhurbaşkanının dönem sınırlandırması açısından 1982 Anayasası üç devir halinde incelenebilir. Birinci dönem 1982 ile 2007 arası olup Cumhurbaşkanı sadece bir dönem için ve 7 yıl olarak seçilmektedir. İkinci dönem 2007 anayasa değişikliği ile aynı kişi için toplam 10 yıl olarak kabul edilmiş olup, bir kişi ancak iki dönem için (5+5) seçilebilir. Üçüncü dönem, 2017 Anayasa değişikliği ile başlayan dönemdir.

Hükümet Sistemine göre ilk TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimi 24 Haziran 2018 tarihinde birlikte yapılmıştır. Cumhurbaşkanı da Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine göre bu tarihte ilk kez seçilmiştir.

[5] Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 109 vd.

Demokratik rejimin ülkede tam olarak oturabilmesi kurum ve kuralların istikrar kazanabilmesi ile mümkündür. Oyunun kurallarının kişiye göre değişmediği, objektif kuralların olduğu bir demokrasi istikrarlı olur.

12 nci Cumhurbaşkanının Anayasaya göre ikinci dönemi hangisidir? Bazı görüşlere göre 12 nci Cumhurbaşkanı şu anda ikinci dönemini yaşamaktadır (2014-2023). Diğer bazı görüşlere göre ise 12 nci Cumhurbaşkanı şu anda (2018-2023), birinci dönem görevini yerine getirmektedir.

12 nci Cumhurbaşkanı, 2014 yılında yapılan seçimlerle 11 inci Cumhurbaşkanından sonra, doğrudan halk oylamasıyla birinci kez cumhurbaşkanı seçilmiştir. 2017'de yapılan Anayasa değişikliği sonrasında 12 nci Cumhurbaşkanı, 24 Haziran 2018'de önceki sisteme göre ikinci ama Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine göre seçilen ilk Cumhurbaşkanı olmuştur. 12 nci Cumhurbaşkanının yeni sistemde adaylık durumunun ne olacağının, birinci dönem için mi, ikinci dönem için mi seçildiğine dair bir geçici maddenin anayasada veya kanunda yer almaması, tartışmanın temelini oluşturmaktadır. Yazarlar bu konuda iki gruba bölünmüşlerdir.

Bazı yazarlar, 12 nci Cumhurbaşkanının ilk kez seçildiği 2014 yılında yürürlükte olan Anayasaya göre, bir kişinin ikiden fazla cumhurbaşkanı seçilemeyeceği hükmünün yer aldığını belirtmekte,[6]

[6] Kaboğlu'na göre, Anayasa tamamen değiştirilmemiş olduğu için Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi hükümleri siyasi nitelikte olup, anayasa hükümlerini değiştiremez. İbrahim Ö. Kaboğlu, "Bir Kimse En Fazla İki Defa Cumhurbaşkanı Seçilebilir" Kuralı Üzerine..., 2021/1, Ankara Barosu Dergisi, ss. 327-335.

http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/2021-1/10.pdf, s. 328. (s.e.t: 4.8.2022). "Özetle, İkinci Dönem görevini yerine getirmekte olan Cumhurbaşkanı, yeniden aday olmasına ilişkin tek ayrık durum, Meclis'in yenileme kararıdır: "Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir." Sözün özü, anayasal durum açıktır ve ikinci dönemde görevde bulunan Cumhurbaşkanı, hukuken 3. kez aday olamaz. "2017 Anayasa değişikliği, demokratik hukuk devletinin asgari gerekleri olarak, görev+ yetki+ sorumluluk ilkeleri, hesap verebilir hükümet veya denge ve denetim düzenekleri bakımından Anayasa madde 2 ile bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, "değişmez anayasal hükümler bloku" içinde yer alan madde 2 ve "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü"nü düzenleyen madde 11 yürürlüktedir. Bu nedenle, 2017 değişikliği anayasal düzeni, çoğulcu siyasal rejimin temel gerekleri ile bağdaşmayan maddeler içerse de, bunları Anayasa'nın amir hükümleri ışığında yorumlamak, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığının temel bir gereğidir.)". "Bu tartışmayı, görev başındaki Cumhurbaşkanı kişiliğinden bağımsız olarak, anayasal devlet olmanın asgari gerekleri açısından yapmak, demokratik hukuk devleti ereğinde, araç ve amaç arasındaki tutarlılığın bir gereğidir." Halen Cumhurbaşkanının 2'nci dönemidir ve seçim dışında yeniden aday olamaz. Anayasa değişikliklerini Anayasa'nın değiştirilemez hükümleri açısından yorumlamak gerekir. (Kaboğlu, 2021/1, s. 335.) Kaboğlu ve Göztepe'nin görüşlerinin çok benzer olduğu, Can'ın da bu görüşe çok yakın olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre, özetle, 2017'de yapılan 69 maddelik Anayasa değişikliklerini Anayasa Mahkemesi iptal etmeliydi çünkü sistem değişikliği, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine aykırıdır.)

ikinci dönemini de 2018 seçimlerinde kullandığını savunarak, 116'ncı maddedeki istisna dışında yeniden aday olamayacağını savunmaktadırlar.[7] Anayasanın 116 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, TBMM, Cumhurbaşkanının ikinci dönemi esnasında seçimleri 3/5 çoğunlukla (360 Milletvekili) yenilerse, Cumhurbaşkanına üçüncü bir dönem daha seçilebilme hakkı olabilir.[8]

---

[7] Göztepe'ye göre, Erdoğan'ın cumhurbaşkanlığı 2014'te başladı ve ikinci dönemini Haziran 2023'te tamamlayacak (https://tr.euronews.com/2021/09/07/erdogan-bir-kez-daha-cumhurbaskan-aday-olabilir-mi-uzmanlar-yanıtladı (s.e.t: 4.8.2022).“Sadece bir hükümet sistemi değişikliği olmuştur ama aynı anayasa içerisinde olmuştur. Cumhurbaşkanı da bizim hukuk literatüründe 'tali kurucu iktidar' yani kurulmuş iktidar dediğimiz bir iktidara aday olmuştur. Bu anayasal düzen içerisinde cumhurbaşkanlığı adaylığını koymuştur ve yeni bir anayasa söz konusu değildir. 1982'den bu yana 2709 sayılı anayasa altında Cumhurbaşkanlığı için seçilmiştir. Hükümet sistemi değişikliği sıfırdan bir anayasal düzen veya sürecin sıfırlanması anlamına hiçbir şekilde gelmez." “Anayasa ancak 175. maddedeki usul etrafında değiştirilebilir. Bunun yanı sıra anayasanın 4. maddesi ile korunan ilk 3 maddenin değiştirilmesi söz konusu değildir. Bunun karşı görüşü olarak ne deniyor hep? 'O zaman devrim mi yapalım darbe mi yapalım?' deniyor. “Referanduma sanki her şeyi mümkün kılacak bir altın anahtarmış gibi bakılmaması lazım. Halk yüzde 50+1 oy ile evet dediğinde bütün hukuk düzenini altüst edecek herhangi bir metin kabul edilebilirmiş gibi düşünmek bütün demokratik hukuk devleti ilkelerini yerle yeksan etmek anlamına geliyor. Bunun sınırlı bir iktidar anlamına gelen anayasal devlette kabul edilmesi söz konusu değildir." A.g.y.).. Eğer o zamana kadar TBMM erken seçim kararı almamasına rağmen Erdoğan adaylığını koyarsa bunu Anayasa Mahkemesi veya Yüksek Seçim Kurumu da dâhil herhangi bir kurum onaylayamaz çünkü bu konuda yetkisiz kurumlar. Buna göre 116'ncı madde gereği Sayın Erdoğan'ı yeniden aday yapabilecek tek yetkili makam TBMM'dir (Göztepe, yapılan anayasa değişikliklerine karşı çıkmakta, Anayasa'nın değiştirilemez maddelerine dikkat çekmekte, Şili gibi ancak mutabakat yoluyla anayasanın değiştirilmesi gerektiğini belirtmekte, referanduma fazla bir anlam yüklenmemesini belirtmektedir;

https://tr.euronews.com/2021/09/07/erdogan-bir-kez-daha-cumhurbaskan-aday-olabilir-mi-uzmanlar-yanıtladı (s.e.t: 4.8.2022).)

[8] Can'a göre, "Şu an içinde bulunduğumuz sistem zaten demokratik bir sistem değil ve hukukun metodolojiye uygun bir şekilde yorumlanıp uygulanmasına müsaade etmiyor. Aynı şekilde uyuşmazlıklarda karar verecek olan merciler bütünüyle yürütmenin kontrolünde. Öncelikle bu parametreleri koymamız lazım. Hangi yorumu yaparsak yapalım o yorumun bu çerçeve içerisinde anlamlandırılması lazım." “Dolayısıyla üçüncü bir seçim için adaylığını koyamaması gerekir."

(O. Can; https://tr.euronews.com/2021/09/07/erdogan-bir-kez-daha-cumhurbaskan-aday-olabilir-mi-uzmanlar-yanıtladı (s.e.t: 4.8.2022).) Yazılmadığı için biz 'bu yepyeni bir dönemdir ve eski dönemler geçerli değildir' gibi bir hükme ulaşamıyoruz. “… bu bir başkanlık sistemi aslında ama eskinin alışkanlığı ve meşruiyeti devam etsin denilmiş. Devam etsin diyorsanız zaten o zaman kesinti yoktur. Bu nedenle devam etmiş olduğunu kabul etmek sanki daha hukuki akla yatkın gibi geliyor." (Yazar, şu anda demokratik bir sistem içerisinde bulunmadığımızı ve sistemin yoruma müsaade etmediğini belirtiyor ve sonuçta olumsuz görüş belirtiyor; https://tr.euronews.com/2021/09/07/erdogan-bir-kez-daha-cumhurbaskan-aday-olabilir-mi-uzmanlar-yan-tlad (s.e.t: 4.8.2022).).

Bazı yazarlar ise, Anayasa'nın 101 inci maddesinin 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe girdiğini[9] ve 12 nci Cumhurbaşkanının 2023 seçimlerinde yeniden aday olmasının önünde hiçbir hukuki engelin bulunmadığını,[10] ikinci döneminde 116 ncı maddeye göre,[11] 2028'den sonra da aday olabileceğini belirtmektedirler.[12] 12 nci Cumhurbaşkanının adaylığına ilişkin tartışmalarla ilgili nihai kararı, adaylığına itiraz olması halinde Yüksek Seçim Kurulu verecektir. [13]

---

[9] Anayasa değişikliği ile 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı kanunla yapılmıştır. 1982 Anayasasının 69 maddesi, 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı kanunla 2017 yılında değiştirilmiş ve bu değişiklikler 3 ayrı tarihte yürürlüğe girmiştir: 27 Nisan 2017, 30 Nisan 2018 ve 9 Temmuz 2018. Konumuz olan 101 inci madde, 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Şöyle ki; 6771 Sayılı Kanun "MADDE 18 – Bu Kanun ile Anayasanın; a) … birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte,(birinci fıkra). b) 75, 77, 101 ve 102 nci maddelerinde yapılan değişiklikler, birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarihte, (2. Fıkra). yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanır. 10/02/2017. (4. Fıkra)." (6771 Sayılı kanun, Kabul tarihi 10 Şubat 2017, RG. 11 Şubat 2017, Sayı 29976).

[10] Uzun'a göre, 6771 sayılı Kanunla Anayasada yapılan 69 maddeli yeni değişiklik ve Cumhurbaşkanının yeni statüsü göz önünde bulundurulduğunda farklı bir yorum kaçınılmazdır. Cumhurbaşkanı Erdoğan, 2014 yılında ve 2018 yıllarında iki defa Cumhurbaşkanlığı seçimine girdi ve Cumhurbaşkanı seçildi ama iki seçim sonrasında girilen statü birbirinden farklıdır; Uzun, "İki Dönem Kuralı ve Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın 2023 Adaylığı", Sabah, 12 Şubat 2022,

https://www.sabah.com.tr/yazarlar/perspektif/cem-duran-uzun/2022/02/12/iki-donem-kurali-ve-cumhurbaskani-erdoganin-2023-adayligi (s.e.t: 5.8.2022).

[11] "Madde 116 – (Değişik: 21/1/2017-6771/11 md.) "Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Bu halde Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır (fıkra 1). Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermesi halinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır (fıkra 2). Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir (fıkra 3). Seçimlerinin birlikte yenilenmesine karar verilen Meclisin ve Cumhurbaşkanının yetki ve görevleri, yeni Meclisin ve Cumhurbaşkanının göreve başlamasına kadar devam eder (fıkra 4). Bu şekilde seçilen Meclis ve Cumhurbaşkanının görev süreleri de beş yıldır (fıkra 5)."

[12] Selvi'ye göre, geçmişte "Muhtar bile olamaz" diyenler şimdi de Erdoğan üçüncü kez seçilemez diyorlar. Hatta Anayasa'ya göre dördüncü kez aday olabilir. 367 kararında, **Erdoğan**'a siyasi yasak koydukları günlerde Anayasa ve yasaları nasıl yorumluyorlarsa '**Erdoğan** üçüncü kez seçilemez' tartışmasının başlama vuruşunu 367 kararının mucidi **Sabih Kanadoğlu** yaptı. **"Sizi buraya tıkan kuvvet böyle istiyor"** denilen 27 Mayıs Darbesi'nden sonra Yassıada Mahkemesi'nde Cumhurbaşkanı **Celal Bayar**'ı yargılamak için darbeciler, hukuku geriye doğru işlettiler;

https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/abdulkadir-selvi/muhtar-bile-olamaz-diyenler-simdi-de-ucuncu-kez-aday-olamaz-diyor-42087278 (s.e.t: 4.8.2022).

[13] Anayasa "Madde 79 – Seçimler, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır (fıkra 1). Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları

12 nci Cumhurbaşkanının 2023'de aday olamayacağını belirten görüşler, 12 nci Cumhurbaşkanının şu ana kadar ikinci dönem Cumhurbaşkanlığı yaptığını ve yeniden aday olacaksa Anayasa'nın 106'ıncı[14] veya 116'ıncı maddelerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüşlerin dayandığı temel dayanak olarak 101 inci maddenin 2 nci fıkrası gösterilmiştir.

Doktrine, yazılı ve sözel medyaya yansıyan görüşlerin, TBMM Genel Kurulunda ve Anayasa Komisyonunda ileri sürülen beyanların benzer olduğunu söyleyebiliriz. Meclis'teki olumsuz görüşlerin iki ayrı muhalefet grubu tarafından ayrı ayrı verildiği, kamuoyuna yansıyan muhalif görüşlerin de bu iki ayrı siyasi parti grubunun muhalefet şerhlerine benzediği belirtilebilir.

Konuyu, anayasa değişikliği hakkındaki kanun teklifi, genel ve madde gerekçeleri, Anayasa Komisyonuna verilen muhalefet şerhleri, Meclis Genel Kurulunda dile getirilen konular ve yapılan tartışmalar nazara alınarak, öncelikle anayasal demokrasi, anayasacılık-demokrasi ilişkisi ve hukuk devleti kavramları açısından ele alacağız. Daha sonra yine tartışmaların odağında olan, Türkiye'nin yeni anayasa yapma süreci ve 2017 Anayasa değişikliğinin nedeni üzerinde durduktan sonra konumuz açısından *yorum*u yorumlayacağız. Tartışmaların analizinden sonra gösterilen kanıtları tartışacağız. Öncelikle yorum ve yaşayan anayasa yorumu ile başlamak istiyoruz.

I. YORUM VE YAŞAYAN ANAYASA YORUMU

Tartışılan bu konunun yoruma muhtaç olmadan anayasa veya kanun ile açıkça düzenlenmesi daha iyi olurdu ancak unutulmamalı ki hukuk sisteminde her hukuki sorunun düzenlenmesi de mümkün olamamaktadır; hukuk kuralları yoruma muhtaçtır. Denilebilir ki, hukuk kuralının herkesçe bilinen bir anlamı olmalıdır; hukuk, hâkimine göre değişmemelidir; kararlar öyle verilmelidir ki, kimse aksini ispatlayamasın; ancak bu durum mümkün değildir, diğer sosyal bilimlerde olduğu gibi hukukta da sözcüklerin tek anlamı olmayabilir. Kaldı ki yorum dinamiktir; bir anlamda canlı olma niteliğine sahiptir ve zamana göre değişebilir.

---

inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulunundur (fıkra 2). Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz. … (fıkra 3)."

[14] Anayasanın 106'ıncı maddesinin 2 nci fıkrasına göre, Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle (ölüm, istifa, sağlık ve benzeri) boşalması halinde, normal seçim takvimine 1 yıl veya daha az bir süre kalmışsa, TBMM seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçimi yenilenir. Şayet 1 yıldan fazla kalmışsa, seçilen Cumhurbaşkanı, ancak TBMM'nin normal seçim süresine kadar görev yapar.

Norm, kural ve yaptırım demektir; hukuk normlarının anlaşılır, açık ve çelişkili olmaması için anayasa, kanun ve diğer mevzuat hazırlanırken büyük gayret gösterilmektedir. Ama hukuk kurallarının *donuk*, hayatın ise *dinamik* olduğu unutulmamalıdır. Hukuk normları gibi anayasa normları dahi her zaman açık olmayabilir.[15] Olayları hukuk normuna benzetmek, normlar arasındaki çelişkileri gidermek, gerekiyorsa boşlukları gidermek anayasa hukukçusunun görevidir. Bunun yapılabilmesi için de, hukuk sistematiğini iyi bilmek, hukuk dil ve tekniğini kavramak, gerekiyorsa normun gerekçesini, amacını öğrenmek ve normu doğru uygulamak gerekir.

Yorum hukukun en önemli konularından biri sayılır. İnsan insana itaat etmesin, kurallara uysun diye hukuk kuralları konulmuştur; bu itaat kararı verene değil, kurallaradır. Hukuki hayatta olduğu gibi gündelik hayatta da önce kurallar konulmaktadır. Örneğin futbol oyununda kurallar, maçtan önce konulmalıdır ki, maç dürüstçe oynanabilsin.[16] Kararı veren kanunun uygulayıcısıdır. Teşbihte hata yoksa "misafir ev sahibinin kuzusudur"; kişi, doğmadan önce konulmuş olan kurallara uymaktadır.

Kanunu uygulamak yorumu gerektirir, yorum ise bir zihin faaliyetidir. Kararı verenin yorum yoluyla hukuk yapması, demokrasiye aykırı değildir.[17] Yetki kullanan kişilerin sorumlu olmaları da gerekir. Bu durum, özellikle içtihat hukuku olarak kabul edilen Anglo-Sakson ve İslam hukukunda baştan beri vardır.[18]

Günümüzde *devletin çalışma alanı* oldukça fazla genişlemiştir. Anayasalar ve diğer mevzuat *açık hüküm* taşımadığı için bunları yorumlamak ve olaya uygulamak zorunlu hale gelmiştir. Davalar çok olduğu için, buna dayalı olarak yargının gücü de yorum yoluyla oldukça artmıştır. Anayasa yargısı fonksiyonu artık sadece "*anayasanın ağzı*" olmaktan çıkmış, hâkimin takdir hakkı ve *hâkim tarafından yapılan hukuk* alanı (*judge-made law*) oldukça genişlemiştir. Yorumun en önemli olduğu branşlardan biri anayasa hukukudur, çünkü anayasada bulunan kavramlar, diğer mevzuata göre daha muğlâk, daha geniş ve daha geneldir. Anayasal yorumun görevi, anayasayı *doğru, rasyonel ve isabetli* anlamaktır.

---

15 Norman Redlich/John Attanasio/Joel K. Goldstein, Understanding Constitutional Law, Third Edition, LexisNexis Publication, New York, 2004, p. 7.

16 Anthony W. Bradley/Keith D Ewing, Constitutional and Administrative Law, 13th Edition, Pearson/Longman, England, London, 2003, p.3.

17 Ergun Özbudun, Anayasalcılık ve Demokrasi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 77.

18 Bu durumda ortaya çıkan "hâkimler hükümeti" veya "yargısal aktivizm", yargının yasama ve yürütmenin yetkilerini gasp etmesi anlamına gelmektedir. Bu durumun bizatihi demokrasiye aykırı görülmemesi, bu çatışmanın asgari seviyeye indirilmesi, çoğunluğun kaprislerinden uzak bir yargı oluşturulması gerekebilir; bkz. Özbudun, 2019, s. 79.

Anayasayı veya mevzuatı uygulayan bir hukukçu, bir hukuki olaya hukuk normunu uygularken tüm yöntemlerden yararlanmalıdır; Önce, sözel yorum uygulanır. İkinci olarak normun bütünlüğü, kanundaki yeri araştırılır (sistematik yorum). Üçüncü olarak, kanunun genel ve özel gerekçesi araştırılır; son olarak anayasa koyucunun amacı araştırılır (anayasal yorum, anayasaya uygun yorum); uygulayıcı, sosyal hayatın gereklerine uyarak yorumlama yoluna gidecektir. Yorum anayasacılığın öz anlayışına uygun olmalıdır. Yorum usullerinden sadece biriyle yetinmek, bizi hatalı sonuçlara götürebilir. Yorum konusunda tekçi (monist) değil, olabildiğince çoğulcu olunmalıdır. Hukukçu, anayasa metnini, anayasayı hazırlayan ve onaylayan esas niyete göre mi, yoksa yargılama esnasında toplumda var olan şartlara ve görüşlere göre mi yorumlamalıdır? Bu konuda hukukçular farklı düşünmektedir; her iki görüşün de güçlü savunucuları vardır ama bazı hukukçular *yaşayan anayasa* (*living constitution*) yorumunu tercih etmektedirler.[19] ABD Anayasasını değişik zamanlarda farklı yorumlayarak farklı sonuçlara ulaşan Federal Yüksek Mahkeme, bazen bu yorum yöntemini kullanmaktadır.[20] Hukuki anlaşmazlığın çözümünde, *sosyal gerçekliğe, somut gerçekliğe, anayasacılığın telosuna, eşyanın tabiatına* ve anayasanın amacına (ratio legisi) önem verilmelidir.

Konumuza baktığımızda sözel yorum açısından, 101 inci maddede geçen "Cumhurbaşkanı" kavramının parlamenter hükümet sistemindeki anlamı, kapsamı ve içeriği yani Cumhurbaşkanı+ Başbakan+ Bakanlar Kurulu= Yürütme formülü ile değişmeden sonraki Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi dönemindeki anlamı ve içeriği yani Cumhurbaşkanı= Yürütme formülünden çok farklıdır. Sözel yorum açısından, 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa'nın 101 inci maddesi doğrultusunda, yeni sisteme göre, ilk kez 24 Haziran 2018 tarihinde seçilen 12 nci Cumhurbaşkanının, 2023 seçimlerinde ikinci kez Cumhurbaşkanlığına aday olabileceği ve dolayısıyla seçilme hakkının olduğu[21] çok açıktır. Sistematik yorum açısından, 69 maddesi tamamen veya kısmen değiştirilen anayasanın 101 inci maddesinin tamamen değiştirildiği, yeniden kaleme alındığı ve anayasanın tümü açısından bakıldığında yeni hükümet sistemine uygun olarak yorumlanacağı gerektiği bellidir. Tarihsel yorum yöntemi açısından durumu biraz sonra irdeleyeceğiz.

---

[19] Conor O'Mahony, "Bringing The Living Constitution To The Life: Interpreting Constitutional Rights In Changing Societis", Uluslararası Anayasa Kongresi, İstanbul, 2012, C. II, ss. 104-108, s. 105.

[20] Redlich/Attanasio/Goldstein, s.20. Yaşayan anayasa yorumu ve orijinalizm için bkz. M. Ali Zengin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Yargısal Aktivizm Doktrini, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004, s.83-84.

[21] Mustafa Şentop, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı", S. 50, Nisan 2022, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, , ss. 1-40, s. 8.

Bir anayasa maddesini veya cümlesini yorumlamak için ilk üç yöntemle (sözel, sistematik ve tarihsel) adaletli bir sonuca ulaşamayabiliriz. Bu nedenle *yaşayan anayasa yorum* yöntemi kabul edilmiştir.[22] *Yaşayan anayasa yorum* yöntemi açısından, kanun koyucu Anayasanın 101 inci maddesini bugün uygulayacak olsa, amaca uygun yorum açısından, hükümet sistemi değişmiş olduğuna göre, mezkûr maddenin Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine uygun yorumlanacağı açıktır.

Anayasa hukukunda yorum yaparken anayasa bir bütün olarak yorumlanmalı, anayasanın ve anayasacılığın amacına aykırı sonuca ulaşılmamalı, anayasaya uygun yorum yapılmalıdır.[23] Türk Anayasa Mahkemesi de diğer çağdaş anayasa mahkemeleri gibi, '*anayasaya uygun yorumu'* (*interpretation in conformity with the constitution*)[24] kabul etmektedir. Anayasa hukukçusunun önüne gelen bir metin, birkaç farklı yoruma açıksa, hukukçu, anayasaya uygun olan yorum türünü seçer; anayasaya aykırı sonuç doğuracak yorumu terk eder. Bu yönteme anayasaya uygun yorum denir.[25] Anayasaya uygun yorumun sınırlarını *ölçülülük ilkesi* belirler.[26]

Yaşayan anayasa yorumu,[27] anayasanın anlamı, *geçmişin, bugüne hükmetmesi değil, geçmişin, değişen yaşama uyması* şeklinde yorumlanabilir. Hukukçu, bu anlamda sosyal mühendistir. Anayasa durgun (statik), hukuki hayat ise dinamiktir. Bu *yorum*, *geriye doğru yorum* (*interpretatio ex tunc*) değil, *ileriye doğru yorum*dur (*interpretatio ex nunc*).

'Yorum ve Yaşayan Anayasa Yorumu'ndan sonra tartışmanın odağındaki kavramlardan biri olan 'Anayasal Demokrasi' kavramı üzerinde konumuz açısından durmak istiyoruz.

II. ANAYASAL DEMOKRASİ

Tartışılan konu hakkında; anayasa değişikliği hakkındaki kanun teklifi, genel ve madde gerekçeleri, Anayasa Komisyonuna verilen muhalefet şerhleri, Meclis Genel Kurulunda dile getirilen konular,

---

[22] Amaçsal yoruma anayasa hukukunda yaşayan anayasa yorumu denilebilir Conor O'Mahony, 2012, s.110; amaçsal yoruma, objektif yorum, teleolojik yorum, sosyolojik yorum veya fonksiyonel yorum da denilebilir. Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Beta, İstanbul, 2010, s. 102 vd.

[23] Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s.268. Anayasaya uygun yorum yöntemini Türk AYM de kabul etmektedir. (Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.513.)

[24] Özbudun, s.440.

[25] Emin Memiş, Anayasaya Uygun Yorum, Filiz Kitabevi, 2007, İstanbul, s. 64.

[26] Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin, Ankara, 2002, s. 141; Memiş, 2007, s. 125.

[27] Anayasaya uygun yorum, amaçsal veya sosyolojik yorum da benzerdir.

yapılan tüm tartışmalar ve bilimsel yayınlar incelendiğinde anayasal demokrasi kavramı irdelenmeli, bu bağlamda *hukuk devleti ile anayasacılık-demokrasi* ilişkisi üzerinde durulmalıdır. Özellikle TBMM Anayasa Komisyonundaki ve Genel Kurul konuşmalarındaki muhalefet şerhleri ve tartışmalar dikkate alındığında; hukuk devletinin tartışmanın odağındaki kavramlardan biri olduğu görülmektedir.

Hukuk devleti kavramı, ilk kez 1798 tarihinde Alman Johann Wilhelm Placidus tarafından kullanılmıştır. Hukuk devleti, despotik devlet kavramına karşı kullanılmıştı.[28] Hukuk devleti ile genellikle kastedilen şey, şeffaflık, öngörülebilirlik, eşitlik ve meşruiyettir.[29] Anayasa Mahkemesi kararına göre, hukuk devleti, "*insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet*" tir ki bunu yargı organları denetler.[30] Hukuk devleti "*devletin vatandaşlarını sadece kamuya açıklanmış kanunlara tabi tutmasını, devletin yasama fonksiyonunun yargı fonksiyonundan ayrı olmasını ve devlet içinde hiç kimsenin hukukun üstünde olmamasını gerektirir.*" "*Modern anayasacılığın üç temel niteliği, devlet yetkilerinin sınırlandırılması, hukuk devletine bağlılık ve temel hakların korunmasıdır. Hukuk devletinin yokluğu halinde çağdaş anayasal demokrasi imkânsız hale gelir*".[31] Hukuk devleti anayasal devletle anlamdaş sayılabilir. Anayasacılığın en önemli unsurları hukuk devleti, katı anayasa ve anayasa yargısıdır.[32] Anayasanın 2 nci maddesinde "*Cumhuriyetin nitelikleri*" arasında sayılan "hukuk devleti" ilkesi, ülkemizde evrensel standartlarla uyum içerisinde olan bir hukuk sistemini ve devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu içerir. Hukuk devletinin temel unsurlarının şunlar olduğu belirtilebilir: Devletin tüm eylem ve işlemleri hukuk kurallarına bağlı olmalıdır (kanunilik ilkesi). Hukuk devleti, *keyfi* (*arbitrary*) *yönetimin* ve polis devletinin zıddıdır. İdarenin takdir hakkı, eşitlik ve hakkaniyete uygun olmalıdır. Kanunların genel, objektif ve kişilik dışı, kesin ve öngörülebilir olması gerekir. İdari işlemlerin yargısal denetimi yapılmalıdır. Mahkemelerin bağımsız ve tarafsızlığı esastır. Kanunlar,

---

[28] Mustafa Koçak, "Hukuk Devleti ve Türkiye", Uluslararası Anayasa Kongresi, C. II, İstanbul 2012, s. 315. Hukukun üstünlüğü (rule of law) kavramı ise tamamen bireysel hak ve özgürlükler kaygısı taşımaktadır; günümüzde bu iki kavram biri birine çok yaklaşmıştır. (Koçak, C. II, s. 315-316).

[29] Jeffrey Ellis Thomas, "Understanding Rule of Law/Supremacy of Law and Underlying Obstacles in Turkey and Around the World", Uluslararası Anayasa Kongresi, C. II, İst. 2012, s. 365.

[30] Anayasa Mahkemesine göre hukuk devletinin tanımı için bkz. AYMK, E: 1976/1, K: 1976/28, T: 25.5.1976, AYMKD-14, 189. Hukuk devleti kavramının üzerinde uzlaşılmış, kabul edilmiş küresel bir tanımı yoktur. (Thomas, 2012, s. 365). Hukuk devleti ile demokrasi arasında çelişki iddiası dayanaktan yoksundur. (Özbudun, 2019, s. 79-80).

[31] Özbudun, 2019, s. 63.

[32] Özbudun, 2019, s. 63. Türk Anayasa Mahkemesi de, hukuk devletini benzer şekilde tanımlamıştır; ayrıntı için bkz. a.g. yer, s. 63-64.

insan haklarına saygı temeline ve insanın *özüne* (*substantive*) dayanmalı, insan hakları içselleştirilmelidir. Aksi halde *hukuk devleti* (*rule of law*), *şekli* (*formalistic*) olmaktan ileri geçemez. Hukuk devleti, hesap verirliği, hakkaniyeti ve insan onurunu teşvik eder. Venedik Komisyonu raporuna göre, "*... hukuk devleti kavramı, herkesin, bütün karar vericiler tarafından, onurlu, eşit ve akılcı biçimde ve hukuka uygun şekilde muamele görmesini*" gerekli kılar.[33] Anayasa ve kanunların idareye tanıdığı yetkilerin aşılıp-aşılmadığı yargı tarafından kontrol edilecektir.

Yargı denetiminin istisnaları vardır: Bu konudaki *birinci* kategori, *hükümet tasarrufu* (*acts of government*) veya *siyasi sorunlardır* (*political questions).*[34] *İkinci* kategori ise anayasa ve kanunların yargı yolunu kapatmış olmasıdır. 1961 Anayasasının 114 ve 1982 Anayasasının 125 inci maddeleri, yargı yolunu açık tutmuşsa da, Anayasalardan veya kanunlardan doğan sınırlamalar olabilir. 1982 Anayasasının 125 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına yapılan ek ile (2010), "*... idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez*" denilmektedir. Buna göre yargı organları ***hukukilik*** denetimi yapabilir ama ***yerindelik*** denetimi yapamazlar.

Anayasacılık-demokrasi ilişkisi hakkında şunları belirtmek mümkündür; anayasacılık, sadece *anayasa metnine saygı* anlamına gelmemekte, aynı zamanda *insan onuruna saygıyı temel kabul eden ilkelere ve yükümlülüklere saygı* anlamına gelmektedir. Anayasa ve siyaset biliminin önemli kavramları olan *anayasacılık ile demokrasi*nin biri biri ile çelişkili olduğu, karşıtların bir araya gelmesi olduğu ileri sürülmüştür. Çünkü öz olarak çoğunluğun hakları anlamına gelen demokrasi kavramı ile çoğunluk iktidarını sınırlamayı (birey haklarını korumayı) ifade eden anayasacılık arasında bir gerilim-çatışma vardır.[35] Devlet yöneticilerinin keyfi iktidarının sınırlanması ve temel hakların korunması, seçim, dikey hesap verirlik (*vertical accountability*), katı anayasa, anayasa yargısı, hukuk devleti, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi araçlarla sağlanabilir.[36]

Anayasacılık akımı 18 inci yüzyılda ortaya çıkmış, devlet iktidarının sınırlandırılması istenmiştir. Bu nedenle de devlet kudretini gerçekte sınırlamayan bir anayasanın şeklen anayasa olsa da, işlevsel[37]

---

[33] Venice Commission, "Report on the Rule of Law",
https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Rule_of_law&lang=EN#:~:text=TheVeniceCommissionfirstaddressed,theseconceptsinpositivelaw.(s.e.t: 12.8.2022).

[34] Ergun Özbudun, "İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları", Sayı 1-4, 1961, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 333-372; ayrıntı için bkz. İsmet Giritli, Hükümet Tasarrufları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1958.

[35] Özbudun, 2019, s. 7.

[36] Özbudun, 2019, s. 8-9, 29.

[37] Türk Dil Kurumuna göre işlev, "Bir nesne veya bir kimsenin gördüğü iş, iş görme yetisi, görev, fonksiyon" demektir;
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime= işlev (s.e.t: 10.12.2014).

açıdan anayasa olmadığı kabul edilmiştir. Demokrasi ile anayasacılık arasındaki gerilimde beş kavram önem taşımaktadır. *Birincisi*, kuvvetler ayrılığı olup, bunun özü yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır.[38] *İkincisi* katı anayasalar olup, bu, insan haklarının güvencesidir. *Üçüncüsü*, anayasa mahkemelerinin kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemeleridir. *Dördüncüsü* yatay hesap verirliktir. *Beşincisi* İngiltere gibi *çoğunlukçu* demokrasi tipinde demokrasiye daha çok önem verilirken, *oydaşmacı* (*concensus*) demokrasilerde anayasacılığa daha çok önem verilmiş olmasıdır. Gerilimlerden korunmanın ve dengenin korunmasının yolu anayasacılıktır. Cumhuriyet tarihimizde, yetmiş yılı aşan demokrasi deneyimimize rağmen, hala devam eden *iç ve dış çeşitli tehditler (darbe, vesayet, terör vs) nedeniyle*, demokrasi ile anayasacılık arasında makul ve ölçülü bir dengenin kurulmuş olduğunu söylemenin zor olduğu belirtilebilir.

Anayasacılık düşüncesi, keyfi yönetime karşı halkın yanında olunması ve bu nedenle de devletin sınırlanması talebiyle ortaya çıkmıştır. Doğal hukuk düşüncesi, kuvvetler ayrılığı, temel hak ve özgürlükler gibi kavramlar üzerinde bu nedenle derinliğine durulmuştur. Anayasallaşma da denilen anayasa yapım süreci, yeni doğan siyasal sınıfın (burjuva) kamu kurumlarını meydana getirmesi sürecidir. İngiliz, Amerikan ve Fransız anayasal gelişmelerine bakıldığında, Devletin temel kuruluş amacının, insan haklarını korumak olduğu anlaşılmaktadır. Öncelikle *iktidarın sınırlanmasından* söz konusu edilmişken, daha sonraları *halkın yönetmesi* kavramına geçilmiştir.[39] *Anayasal devlet, sınırlı devlettir.* Anayasa hukukunun amacı, sınırlı devlettir ama sınırlı devlet, yürütmenin takdir hakkı olmayan, eli-kolu bağlı olan bir devlet değildir. Sağlıklı ve sürdürülebilir bir sistem, *anayasacılık ile demokrasi arasında makul denge* kurulmasıyla mümkündür. Anayasacılık ve demokrasinin, çelişik yönlerine rağmen, birbirlerinin tamamlayıcısı oldukları söylenebilir. Anayasacılıktan yoksun bir demokrasi, çoğunluğun istibdadına, demokrasiden yoksun bir anayasacılık ise, ayrıcalıklı azınlıkların hâkimiyetine yol açabilir.[40] Anayasacılık insan hakları mekanizmalarının eksiksiz kurulduğu ve hassas şekilde uygulandığı, sadece anayasa metnine bağlılıkla yetinilmediği aksine insan hakları mekanizmalarının eksiksiz kurulduğu ve iyice içselleştirildiği bir iktidar anlamına gelmektedir.[41] Demokrasi

---

[38] Yargı kurumsal olarak hâkimlik güvencesi ile bireysel olarak da bağımsız ve tarafsız olmalıdır.

[39] ABD ve Alman anayasacılığı konusunda ayrıntı bkz. Louis Henkin and Albert J. Rosenthal (edited by), Constitutionalism And Rights, The Influence of the United States Constitution Abroad, Columbia University Press, New York, 1990, s. 199 vd.

[40] Özbudun, 2019, s.13, 28.

[41] Krş. Walter F. Murphy, Constitutional Democracy: Creating and Maintaning a Just Political Order, (The Johns Hopkins Series in Constitutional Thought), Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007, s. 15. Çağdaş anayasal teorinin çalışmasını yapan Walter F. Murphy, Kitabının birinci kısmında anayasal demokrasinin meydana

kavramında *sınırlandırılmamış* anlamı vardır; demokrasi halkın egemenliği, anayasacılık ise, *demokrasiyi kendisine karşı koruyan bir araç* olarak kabul edilebilir.[42] Liberal anayasa teorisyenleri, devletin sınırlandırılmasından, bireyin daha çok hakkı olmasından (insan onurundan) söz ederler; buna *negatif anayasacılık* denilebilir. *Pozitif anayasacılık* yanlıları ise bireye değil de *demokrasiye* ve insanlar arasında ayırım yapılmamasına daha çok önem verirler.[43] Anayasal demokrasiden sonra, Türkiye'nin yeni anayasa yapma serüveninden söz etmek gerekir.

III. TÜRKİYE'NİN YENİ ANAYASA YAPMA SERÜVENİ

2017 Anayasa değişikliği görüşmelerinde gerek Anayasa Komisyonunda gerek TBMM Genel Kurulunda tartışmacıların bir bölümü, anayasanın tümünün değişmediğini anlatırken Türkiye'nin anayasa yapma serüveni üzerinde durdukları görülmektedir. Anayasada değişiklik yapıldıktan ve değişiklikler yürürlüğe girdikten sonra da bu tartışmaların devam ettiği görüldüğü için bu konu üzerinde durma gereği hissedilmiştir.

Anayasalar, kişi veya meclisin kafasından çıkan şeyler olmayıp, tarihi tekâmülün ve siyasi karmaşanın içinden süzülüp gelir ve ihtiyaçlara cevap verir. Anayasalar üzerinde bu etkenleri görmek gerekmektedir.[44] Yaklaşık son 40 yılda Türk anayasa hukukunda beş köklü değişim yaşanmış ve yaşanmaya devam edilmektedir. Bu değişimlerin birincisi, Türk anayasa hukukunda 1980 sonrasında Anglo-Sakson hukuku etkisinin giderek artması olup, bu eğilim, anayasa hukuku ve kamu hukukunun değişik branşlarında dikkat çekmektedir. İkincisi, 1980 sonrasında Osmanlı'nın reddi (redd-i miras) politikasının red edilmesidir (redd-i mirasın reddi). Üçüncü değişim, iletişim devriminin de kaçınılmaz etkisiyle, Türkiye'nin ve anayasa hukukunun küreselleşme sürecine girmiş olmasıdır. Dördüncü değişim, Türkiye'deki değişim süreci, Anayasa değişikliklerine de damgasını vurmuş, 1982 Anayasası, daha önceki hiçbir Türk Anayasasında görülmeyen bir değişime uğramış, 19 kez değişmiştir. Beşinci değişim,

---

getirilmesini, ikinci kısmında ise anayasal demokrasinin sürdürülebilirliğini anlatmaktadır.

42 Özbudun'a göre, Türkiye'de önceleri "askeri ve sivil bürokratik vesayet kurumları", son yıllarda ise, çoğunluğun mutlak hâkimiyeti olarak anlaşılan bir demokrasi anlayışı görülmektedir. "Türkiye'nin belki en ilginç paradoksu, yaklaşık 70 yıllık çok partili demokratik deneyimine rağmen, hala anayasacılıkla demokrasi arasında makul ve sürdürülebilir bir denge oluşturamamış olmasıdır"; "Ortaya çıkmakta olan rejim, bir anayasal demokrasi değil, bir yarışmacı otoriter rejim olarak tanımlanabilir". (Özbudun, 2019, s. 115).

43 Özbudun, 2019, s. 8.

44 Ali Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, 1. Fasikül, Baha Matbaası, İstanbul, 1960, s.60.

Türkiye, 16 Nisan 2017 tarihli halkoylaması ile Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş yapmıştır. Bununla Anayasanın 69 maddesini etkileyen, Cumhuriyet tarihinin en köklü anayasa değişikliği yapılmıştır.

Türkiye'de uzun bir zaman boyunca yeni sivil anayasa yapma talebi yapılmaktadır. Üniversiteler, çeşitli kurum ve kuruluşlar yeni anayasa önerilerini hazırlamış ve birçoğu yaptıkları anayasa önerilerini kamuoyu ile paylaşmış ve TBMM'ye sunmuşlardır. Mevcut 1982 Anayasası da neticede bir önceki 1961 Anayasası gibi halkın iradesine karşı, sivil yönetime el koyan bir darbenin ürünüdür. 1982 Anayasası 19 kez değiştirilerek insicamı bozulmuş, sorunlara gebe olabilmiş, yeni bölgesel ve küresel düzen çerçevesinde Türkiye'nin büyüyen rolü karşısında yeni bir anayasa yapılması ihtiyacı hissedilmiştir. Bu ve benzeri gerekçeler yeni bir sivil anayasanın yapılmasını ve milletin geleceğinin teminat altına alınmasını gerekli kılmıştır. Bu tartışmalarla birlikte, anayasanın mucize olmadığı da bir kenara not edilmiştir. Bazı kesimlerde, toplumsal sorunların tümünün çözümünün anayasa değişikliği ile olabilir düşüncesi bulunmaktadır; oysa anayasalar başlı başına bir çözüm sayılmazlar.[45] Önceki Cumhuriyet Anayasaları gibi, 1982 Anayasası da olağanüstü koşullar altında kabul edilmiştir.

Türkiye'de yeni bir sivil anayasanın hazırlanması amacıyla çalışmalar yapılmış, ancak bu girişimler bazı nedenlerle sonuçsuz kalmıştır. Anayasada değiştirilmesi gereken çok sayıda hüküm bulunmaktadır; her ne kadar kadın-erkek hukuki eşitliğinin sağlanması; toplumun bazı kesimlerinin, daha iyi korunması ve gözetilmesi; ***kişisel verilerin korunması***;[46] bireylerin yurt dışına çıkmalarının sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin daraltılması; her türlü istismara karşı çocukların korunması;[47] demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları olan siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin hükümlerin, uluslararası belgelerde yer alan kriterler dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi; Yüksek Askerî Şûra kararlarının yargı denetimine açılması; askerî yargının görev alanının daraltılması ve sivillerin askerî mahkemelerde yargılanmasının tamamen önlenmesi; Anayasa Mahkemesinin yeniden yapılandırılması, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun demokratik, şeffaf ve geniş tabanlı bir yapıya kavuşturulması, hâkim ve savcıların da haklarında kararlar alan Hâkimler ve Savcılar Kurulunda temsili gibi kimi hususlarda Anayasa değiştirilmiş ise de, reform adına yapılacak başka değişiklikler vardır. Bu konuda yapılan değişikliklerin daha ileri

---

45 Mümtaz Soysal, Anayasanın Anlamı, 7. Baskı, İstanbul, 1987, s. 406.

46 Kişisel Verileri Koruma Kurumunun (KVKK) kuruluş tarihi 07.04.2016, kuruluş kanunu no. 6698, tarihi 24.03.2016'dır.

47 Çocuk hakları konusunda, 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı anayasa değişikliği kanunu ile Anayasanın 41'inci maddesi değiştirilerek önemli hükümler getirilmiştir. Çocuk kavramı Anayasanın 41'inci maddesinde başlık dâhil 4 kez zikredilmekte ve istismar ve şiddetine karşı korunma sağlanmaktadır. Anayasanın 50 inci maddesi ise çocuk yerine küçük kavramını kullanmıştır.

götürülmesi gerekmektedir. Yeni anayasa kabul edilinceye kadar, yol temizliği yapılmış, yeni döneme hazırlık olmak üzere bazı anayasal ve yasal değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bütün bu nedenlerle de şu ana kadar çok kez değiştirilmiş olan anayasanın yerine, yeni ve daha özgürlükçü bir anayasa yapılması görüşü gündemdeki yerini korumuştur.

Yeni bir anayasa yapımı için TBMM, Anayasa Uzlaşma Komisyonu (ANUK) kurarak 15 maddelik bir program yapmış, 2012 yılı *'yeni anayasaya hazırlık yılı'* ilan etmişti. Tüm kamu ve özel kuruluşlar ile bireyler, anayasa ile ilgili görüşlerini yazılı veya sözlü olarak sunabilmişler, 2013, adeta, *'anayasa yılı'* olmuş, anayasa tartışmaları ile geçmişti. Yeni anayasanın, insan onurunu esas alan bir yapıda olması, insan merkezli anayasacılığın özelliklerini taşıması üzerinde durulmuştur. Ülkemizin demokrasi açığının kapatılmasında katkısı olması, barış ve sevgi dili kullanılması, dışlama ve tahakküm anlamına gelebilecek kavramlardan sakınılması gerektiği belirtilmiştir.

TBMM'de yeni anayasa çalışması için oluşturulan Anayasa Uzlaşma Komisyonu,[48] grubu olan dört partiden üçer milletvekili olmak üzere toplam on iki kişiden oluşturulmuş, oybirliği ile karar alınması kabul edilmiş, oybirliği ile karar almaları mümkün olmadığı çok açık olan bu Komisyon, beklendiği gibi, görevini tamamlayamadan dağılmış ve bir anayasanın oybirliği ile yapılamayacağı bir kez daha açığa çıkmıştır. Aslında Uzlaşma Komisyonunda uzlaşma ihtimali yoktu; çünkü siyasal ortam kamplaşma ve güvensizlik üzerine kuruluydu. Aslında son yüzyılda toplumda bir ahengin oluştuğunu söylemek çok zordur. Toplum sağ ve sol yelpazede olmak üzere aralarında güven olmayan çeşitli gruplara bölünmüş durumdadır. Bu sosyolojik ve siyasal bölünmüşlükten, mutabakata varılan yeni bir anayasa çıkması ihtimali çok zordu. Uzlaşma Komisyonu çalışırken, bu arada siyasal partiler arasında bitmek tükenmek bilmeyen gerginlikler (tutuklu vekiller sorunu, Uludere olayı vs.) yaşandı. Uzlaşma Komisyonunun masası üzerindeki talepler de (anadil, kültürel haklar, vatandaşlık, yerel yönetim gibi) ilerlemeyi engelledi. Gerçi bu çalışmalar neticesinde yeni anayasa için 30 bin sayfalık bir anayasal birikim sağlandı, bu önemli bir gelişmedir. 1 Kasım 2015 tarihli seçimlerden sonra Parlamento, bu kez Anayasa Mutabakat Komisyonu'nu kurmuşsa da, kısa süre sonra bu Komisyon da dağılmıştır.

Bütün bu uğraşılara rağmen TBMM, şu ana kadar yeni bir anayasa yapamamıştır. Çünkü; bir rejimin iyi işleyebilmesi için anayasal düzenlemeler kadar siyasal partiler arasındaki ahlaki ilişkinin seviyesi, olgunluğu, dürüstlüğü ve dengesi de önem taşımaktadır. Siyasi partilerin iyiliği, dürüstlüğü, ülkesine içten bağlılığı ve milletine olan bağlılığının partinin yararının önüne geçtiği bir yapı, o ülkenin şansıdır. Anayasa Uzlaşma Komisyonu, sonuç olarak, yeni bir anayasa yapamadan dağılmıştır.

[48] Teziç, 2013, s. 209-210.

Yeni bir anayasa yapmak için toplanan siyasal partiler, uzun çalışmalara rağmen sonuç alamadılar. Siyasi partilerin arasında güven ortamı olmayınca, varlığını diğerinin yokluğunda gören *Türk siyasi parti anlayışı* içerisinde *yumruklar sıkıldı*. Bu arada *yol temizliği ve güven artırıcı önlemlerde* de uzlaşılamadı. 62 maddede mutabakat sağlandı ama uygulamaya konulamadı. Özellikle aşağıdaki dört önemli konuda uzlaşma sağlanamadığı belirtilebilir. Bu dört konu şunlardı; Birincisi, Din-devlet ilişkileri nasıl olacaktır? Laiklik nasıl anlaşılacaktır? Diyanet İşleri Başkanlığının yeri ve konumu nasıl olacaktır? Aleviliğin talepleri nasıl karşılanacaktır? İkincisi, Asker-sivil ilişkileri nasıl olacaktır? Yeni anayasada MGK olacak mıdır? Asker yine Başbakana mı yoksa Milli Savunma Bakanına mı bağlı olacaktır? Üçüncüsü, hükümet modeli ne olacaktır? Mevcut sistemle devam mı edilecek, yoksa başkanlık sistemine geçiş mi yapılacaktır? Dördüncüsü Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) nasıl oluşturulacaktır?

Bu dört önemli konuda uzlaşma, 2017 Anayasa değişikliği ile kısmen sağlandı; iktidar kanadı, 2017 anayasa değişikliği ile bütün bu benzeri sorunları bir şekilde çözüme kavuşturdu.

Yeni anayasa üzerinde en önemli sorunun *yöntem* olduğu bir kez daha anlaşılmış; anayasa konusunda siyasi partiler arasında ittifakın mümkün olamayacağı belirlenmiş; siyasal partilerin anayasa önerilerini resmen açıklamaları önem kazanmış; bazı siyasal partilerin, Türkiye'de, yeni anayasa konusunda, bazı görüşlerini ifade etmiş olsalar da, resmi olarak kendi anayasa taslaklarını kamuoyuna açıklamadıkları görülmüş, yol temizliği yapılmasının önemi kavranmış; konuya etik yaklaşmanın önemi bir kez daha anlaşılmıştır.

Türkiye'nin yeni anayasa yapma serüveninden sonra, 2017 tarihli anayasa değişikliğinin nedeni üzerinde durulması gerekmektedir.

IV. 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN NEDENİ

2017 Anayasa değişikliği görüşmelerinde gerek TBMM Anayasa Komisyonunda gerek TBMM Genel Kurulunda konuşmacıların bir bölümü, 2017 anayasa değişikliğinin nedenleri üzerinde yoğunlaşmışlardır. Anayasada değişiklik yapıldıktan ve bu değişiklikler yürürlüğe girdikten sonra da benzer tartışmaların devam ettiği görüldüğü için burada bu konu irdelenecektir.

Cumhuriyet döneminde Türkiye'de 2007 yılına kadar, bütün Anayasalarda Cumhurbaşkanının TBMM tarafından seçilmesi öngörülmüştü. 2007 yılında oluşturulan *'yapay 367 olayı'*, Genel Kurmay Başkanlığı tarafından yayımlanan *24 Nisan 2007 tarihli e-muhtıra* ve *Anayasa Mahkemesi'nin tartışmalı iptal kararı* Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yönteminin benimsendiği 2007 Anayasa değişikliğinin önünü açmıştır.

2007 yılında yapılan Anayasa değişikliği *halk oylamasında* kabul edilip yürürlüğe girmeden önce, yaşanan bu krizlere bir tepki olarak, 22

Temmuz 2007 tarihinde yapılan *erken seçim* sonucu oluşan TBMM, 28 Ağustos 2007 tarihinde 11'inci Cumhurbaşkanını seçmiştir. Cumhurbaşkanın halk tarafından seçilmesi şeklindeki 2007 Anayasa değişikliği, 2014 yılında birinci defa olarak uygulanmış ve 10 Ağustos 2014 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde Recep Tayyip Erdoğan, 12 nci Cumhurbaşkanı olarak seçilmiştir.

15 Temmuz 2016 tarihli hain başarısız darbe girişimi, Türk Devlet hayatında yepyeni bir devrin başlangıcıdır.

15 Temmuz 2016'dan sonra yapılan 2017 Anayasa değişikliği ile sistem değişikliği yaşanmış, parlamentarizm yerine Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi kabul edilmiştir. Anayasa'nın 101 inci maddesi açısından maddede geçen Cumhurbaşkanı kavramının içeriği tamamen değiştirilmiş, Başbakan, bakanlar Kurulu ve Cumhurbaşkanının yetkileri tek kişide birleşmiştir. Anayasanın 69 maddesi tamamen veya kısmen değiştirilmiş ve yepyeni bir sistem inşa edilmiştir. Parlamentarizmde sembolik görevleri olan Cumhurbaşkanının, yeni sistemde dört ayrı şapkası (görevi-yetkisi) vardır: Cumhurbaşkanı orduların başkomutanıdır; Devlet başkanıdır; Cumhurbaşkanıdır (yürütmenin başıdır) ve parti mensubu olabilir. Cumhurbaşkanı ilk üç görevini yerine getirirken tarafsızdır. Dördüncü görevini (parti mensubu) yerine getirirken tarafsız değildir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi, yetkileri, görevleri, etkinliği, statüsü, yasamanın güvenine dayanmayışı, devlet ve hükümet başkanı oluşu, dört ayrı yetki ve görevi, siyasi ve cezai sorumluluğu, partili oluşu, sembolik olmaması, yürütmenin iki başlı olmaması, tek kişiden oluşması (monist yürütme), cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma gücü gibi yetkiler Anayasada ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Anayasada her ne kadar Cumhurbaşkanı ifadesi geçiyorsa da, bunun başkanlık sisteminde yetki ve görevleri belirtilen *Başkan* olduğu açıktır. 2017 anayasa değişikliği parlamenter sistem veya yarı-başkanlık sisteminin değil, başkanlık sisteminin hâkim olduğu yeni bir sistem getirmiştir.

V. KANITLARIN VE GEREKÇELERİN TARTIŞILMASI

Bu yazıda doğru bir sonuca ulaşabilmek için kanun teklifinin genel ve madde gerekçeleri, Anayasa Komisyonu tutanakları, raporlar, muhalefet şerhleri ve genel kurul tutanakları gözden geçirilmeli, dayandıkları tüm kanıtlar ve görüşler belirtilmelidir.

Birinci olarak; Anayasa'nın 101 inci maddesinin 2 nci fıkrasını doğru yorumlamak için kanun teklifi incelenmelidir. 6771 sayılı kanun olacak olan 2/1504 esas numaralı kanun teklifinin Başkanlığa Geliş tarihi 10 Aralık 2016'dır.[49] 447 Sıra Sayılı Raporda teklifin genel gerekçesi,

[49] https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri? kanunlar _sira_no =206176 (s.e.t: 5.8.2022).

madde gerekçeleri, Esas Komisyon olan Anayasa Komisyonunun Raporu, Muhalefet Şerhleri, Teklif Metni, Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metin belirtilmektedir.[50] Kanun teklifinin 8 inci maddesi "bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir" kuralını getirmiştir.[51]

Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı ile 310 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504)'nin Genel Gerekçesinde 1961 ve 1982 anayasalarının vesayetçi zihniyetle hazırlandığı, Devleti değil Milleti sınırlamak amacını güttüğü, 15 Temmuz 2016'da Millet iradesine gem vurulmak istendiği, 1961 ve 1982 Anayasası ile "*bürokrat*" kökenli bir Cumhurbaşkanı tasarımı yapıldığı, oysa "*siyasetçi*" bir Cumhurbaşkanı seçilmesi gerektiği, 1983'ten bugüne geçen *33 yılda 21 hükümet* kurulduğu ve ortalama bir hükümet ömrünün 1,5 yıl olduğu vurgulanmakta, istikrar olgusu anlatılmakta ve Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi anlatılmaktadır.[52] Toplam 21 maddeden oluşan anayasa değişikliği teklifinin *madde gerekçeleri* de önemli ayrıntıları ifade etmektedir. Teklifin 8 inci madde gerekçesinde, 101 ve 102 inci maddenin birleştirildiği ve Cumhurbaşkanının niteliklerinin neler olduğu; 9 uncu maddenin gerekçesinde ise 104 üncü maddede yapılan değişiklikler ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasının gerekçesi anlatılmaktadır.[53]

İkinci olarak; Anayasa'nın 101 inci maddesinin 2 nci fıkrasını doğru yorumlamak için TBMM Anayasa Komisyonu tutanakları incelenmelidir. Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı ile 310 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) sonucu esas komisyon olan Anayasa Komisyonu Raporuna (Esas no. 2/1504; Karar No. 5; Tarih: 04.01.2017)[54] (Sıra Sayısı 447)[55] göre, 20-30 Aralık 2016 tarihleri arasındaki on ayrı günde toplam 106 saat toplanılmış, altı yüzü aşkın milletvekili konuşma yapmış ve 1427 tam sayfa tutanak tutulmuştur.[56]

---

50 http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanunteklifi.pdf TBMM Basımevi, Ankara, 2017. (s.e.t: 26.8.2022).

51 T.C. Anayasası'nda Değişiklik yapılmasına Dair Kanun teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu raporu (Sıra Sayısı 447), (TBMM Tutanak Dergisi, D. 26, Y. 2, C. 31, B. 53).

52 http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanunteklifi.pdf TBMM Basımevi, Ankara, 2017. (ss. 10-11) (s.e.t: 26.8.2022).

53 http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanunteklifi.pdf TBMM Basımevi, Ankara, 2017. (ss.12-15) (s.e.t: 26.8.2022).

54 https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf (s.e.t: 5.8.2022).

55 T.C. Anayasası'nda Değişiklik yapılmasına Dair Kanun teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu raporu (Sıra Sayısı 447), (TBMMTD, D. 26, Y. 2, C. 31, B. 53). Komisyon Raporunda, 101. Madde konusunda daha önce görev yapan Cumhurbaşkanlarının görev süreleri hesaba katılmayacağını açıkça belirtmiş, muhalefet şerhlerinde aksine bir düşünce yer almamıştır; Şentop, 2022, s. 12-13. 20.12.2016-29.12.2016 arası Komisyon Tutanakları için bkz. www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/KomisyonTutanakları

56 http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanunteklifi.pdf TBMM Basımevi, Ankara, 2017. (Giriş, Teklifin İçeriği, Teklifin Genel Gerekçesi, Teklif

Anayasa Komisyonu Raporunda açık bir şekilde iki dönem sınırlaması şeklindeki kuralın *önceki Cumhurbaşkanları için* geçerli olmadığı şu şekilde ifade edilmiştir:

"Yine, yürürlükteki ve Teklif'te yer alan Anayasa hükümlerinde "Cumhurbaşkanı" ifadesi aynen kullanılmakla beraber, mevcut hükümlere göre Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri ile yürütme içindeki konumu Teklifle getirilen hükümlerde esaslı bir şekilde değiştirildiği ve bütünüyle farklı bir hükümet sistemi içinde Cumhurbaşkanının düzenlendiği açık bir husus olduğu için, Teklifin kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasızdır." denilmiş ve yeni sistemle birlikte sürenin başladığı belirtilmiştir.

Esas Komisyon olan Anayasa Komisyonu, Teklif Metni ile Anayasa Komisyonu tarafından kabul edilen iki ayrı metni, mukayeseli olarak sunmuştur.[57]

Dönemin Anayasa Komisyonu Başkanı olan Mustafa Şentop, Erdoğan'ın adaylığı konusunda hukuki bir tartışma olmadığını, yeni sisteme göre ikinci kez adaylığının söz konusu olacağını belirterek, "İkinci kez adaylık söz konusu. Bu konuyla ilgili Anayasa Komisyonu, Genel Kurul'da yapılan çalışmalarda tartışılmamış bir konu. … (K)onuyla ilgili hiçbir hukuki sorun olmadığını, yapılan tartışmaların bilgi eksikliğinden kaynaklandığını söyleyebilirim."[58] demiştir. Dönemin Komisyon Başkanı, Komisyon raporuna karşı muhalefet şerhi yazan muhalefet partisi milletvekillerinin bu konuya şerhlerinde hiç değinmedikleri, ayrıca Komisyon'da ve Genel Kurul'da Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın üç defa aday olma imkânı olacağına dair görüşlere itiraz etmediklerini belirtmiştir.[59] Akbaşoğlu'na göre, "Bu konuda en ufak tereddüt bulunmadığı herkes tarafından bilinmektedir. Gerek Anayasa Komisyonunda gerekse Meclis Genel Kurulu'nda bu konuyla ilgili yapılan müzakerelerde muhalefetin en ufak itirazı da söz konusu

---

Maddelerinin İçeriği, Teklifin Görüşülmesi (Teklifin Anayasaya Aykırılığının Görüşülmesi, Anayasanın ilk 3 maddesine aykırılık iddiası, OHAL döneminde anayasa değişikliği yapılamaz iddiası), Usule ilişkin Önergeler, Teklifin Geneli Üzerindeki Görüşmeler, 1924 Anayasasında 1928 ve 1937 değişiklikleri ve daha önce yapılan anayasa değişiklikleri üzerinde genel bilgiler, 1961 Anayasasının 1924 Anayasasını değiştirdiği konular, Anayasa Komisyonu Başkanı ve Adalet Bakanının konuşmaları, imza sahiplerinin konuşmaları, aleyhte söz alan milletvekillerinin konuşmaları, lehte söz alan milletvekillerinin muhalif görüşlere karşı cevabı, Teklif Metni Üzerinde Değerlendirmeler (s. 37), müzakereyi uzatma ve hakkın kötüye kullanımı anlamında söz alanlara ilişkin 'kifayet-i müzakere' önergeleri (s. 39), Teklifin Maddeleri Üzerindeki Değişiklikler (s. 40) ayrıntılı olarak anlatılmıştır (ss. 16-44) (s.e.t: 26.8.2022).

[57] http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanunteklifi.pdf TBMM Basımevi, Ankara, 2017. (ss. 104-126) (s.e.t: 26.8.2022).

[58] TBMM Başkanı Mustafa Şentop'un açıklaması için bkz.
https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-60288415 (s.e.t: 4.8.2022).

[59] https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-60288415 (s.e.t: 4.8.2022).

olmamıştır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nde iki kez cumhurbaşkanlığı yapılabileceğine ilişkin hüküm açıktır. Yapılan kamuoyu yoklamalarında Sayın Cumhurbaşkanımızın ikinci kez aday olması durumunda ipi göğüsleyeceğini gören muhalefet partileri şimdi mızıkçılık peşinde koşmakta ve centilmenlikten uzak açıklamalarda bulunmaktadır ama hukuken en ufak tereddüt olmadığı da apaçık ortadadır."[60] Aksi yönde bir değerlendirme muhalefet şerhlerinde dahi yer almamıştır.[61]

Anayasanın 101 inci Maddesinin 2 nci fıkrası açısından *Teklif Metni* ile *Anayasa Komisyonu* tarafından kabul edilen metin arasında herhangi bir değişiklik yoktur.[62]

Üçüncü olarak; Anayasa'nın 101 inci maddesinin 2 nci fıkrasını doğru yorumlamak için TBMM Anayasa Komisyonu metinleri incelenmelidir. TBMM Anayasa Komisyonu Raporu incelendiğinde, muhalefet şerhlerinin '*getirilen sistemin anayasaya aykırı*' olduğu, '*parlamenter sistemin kaldırılmaması gerektiği*, '*denge-denetim sisteminin bozulduğu'*, '*getirilen sistemin demokrasi prensiplerine aykırı'* olduğu gibi konular üzerinde durulduğu görülmektedir.[63] Anayasa Komisyonunda Ana Muhalefet Cumhuriyet Halk Partisine mensup altı milletvekili tarafından kaleme alınan ve yaklaşık 23 sayfa tutan *muhalefet şerhleri*, yapılan değişikliklerin dünyadaki değişim ve gelişmelere uymadığı, Türkiye'nin sistemine bir katkısının olamayacağı ve geriye gitme olacağı, gelişmiş ülkelerin sistemine uyumsuz olduğu üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur.[64] Anayasa Komisyonunda 02.01.2017 tarihinde ayrıca muhalefete mensup üç ayrı milletvekili (HDP) tarafından yazılan yaklaşık 33 sayfalık muhalefet şerhinde anayasa değişikliği teklifi usul ve esas açısından ayrı ayrı eleştirilmiştir.[65]

Dördüncü olarak; Anayasa'nın 101 inci maddesinin 2 nci fıkrasını doğru yorumlamak için, TBMM Genel Kurul Tutanakları incelenmelidir. 26 ncı Yasama Dönemi 2/1504 esas numaralı kanun

---

60 M. E. Akbaşoğlu'nun açıklaması için bkz. https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-60288415 (s.e.t: 4.8.2022).

61 Şentop, s. 12-13.

62 http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanunteklifi.pdf, TBMM Basımevi, Ankara, 2017. (s. 107) (s.e.t: 26.8.2022).

63 https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=206176 (s.e.t: 5.8.2022). Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (tamamı 126 sayfa, TBMM Basımevi, 2017) dir. Muhalefet Şerhleri ss. 46-103'tür. Teklif Metni: s. 104'dür. Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metin: s. 104 vd dır. Teklifin genel gerekçesi s. 10-11'dir. Madde gerekçeleri s. 12-15'tir. CHP milletvekillerinin (6 Milletvekili) imzaları s. 69'dadır. HDP Milletvekillerinin muhalefet şerhi imza sayfası, s. 103'tür.

64 http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanunteklifi.pdf TBMM Basımevi, Ankara, 2017. (ss. 46-69) (s.e.t: 26.8.2022).

65 http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanunteklifi.pdf TBMM Basımevi, Ankara, 2017. (ss. 70-103)) (s.e.t: 26.8.2022).

teklifinin 8'inci maddesi, "*yürütmenin istikrarı açısından*" 1982 Anayasasının 101 inci maddesinin tamamen değiştirilmesini talep etmiş ve Kanun teklifi, Anayasanın 101 inci maddesini başlığı ile birlikte tamamen değiştirmiştir. Genel Kurul görüşmeleri ile ilgili tutanaklara göre; lehte ve aleyhte konuşmalar yapılmıştır.[66] Kanun teklifi, komisyon raporu, muhalefet şerhlerinden sonra *zaman bakımından uygulanma* kuralları üzerinde durulması gerekmektedir.

Beşinci olarak; Anayasa'nın 101 inci maddesinin 2 nci fıkrasını doğru yorumlamak için, yukarıda bir nebze değinilen, '*zaman bakımından uygulanma kuralları'* açısından inceleme yapmak gerekir. 6771 sayılı T. C. Anayasasında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 18 inci maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı seçimini düzenleyen hükümler 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan seçim takviminin başladığı 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe girer. Bu nedenle 101 inci madde, 30 Nisan 2018'den itibaren yürürlüktedir.

Görüldüğü gibi 18 inci maddenin (a) fıkrasındaki hükümler Cumhurbaşkanının göreve başladığı 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe girer. 75, 77, 101 ve 102 nci maddeler, TBMM ve Cumhurbaşkanının seçimine ilişkin takvimin başladığı tarihte (30 Nisan 2017) tarihinde yürürlüğe girer. … varsa partisi ile ilişkisi kesilir hükmü ve diğer hükümler ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konumuz olan 101 (ve 104'üncü) maddenin tamamen yeniden kaleme alındığı, tümünün değiştirildiği açıkça görülmekte ve bu konuda taraflar arasında ihtilaf da bulunmamaktadır.

Tüm yorum yöntemlerine göre, 12 nci Cumhurbaşkanının dönem sınırının, 30 Nisan 2018'den sonra başladığı görülmektedir.

Zaman bakımından uygulama demek, bir kanun hükmünün geleceğe yönelik olarak uygulanması demektir. Buna "*derhal etki ilkesi*" ve "*geçmişe etki yasağı*" denilir ve istisnalar dışında geçerlidir. Bir kanun hükmü geleceğe yönelik olarak uygulanmak zorundadır veya kanunlar uygulanmak için vardır. Bir kanunun uygulanmaması düşünülemez. Anayasa Mahkemesinin 2012 ve 2021 tarihli kararlarına göre de, bir kanun hükmü yürürlükte olduğu tarihten sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanır.[67] AYM, bu ve benzeri kararlarında, geçmişe yürümememe ilkesinin gerekçesini *hukuk devleti* ve *hukuk güvenliği* ilkeleri ile açıklamış, geçmişe yürümeyi istisna olarak kabul etmiştir.

Parlamenter Sistemde 5678 sayılı kanunla değişik Anayasanın 101'inci maddesi, 30 Nisan 2018 tarihinde tamamen yürürlükten kalkmış ve 6771 sayılı kanunla başlığı ile getirilen 101 inci madde 30 Nisan 2018

[66] TBMM Genel Kurulunda, 26. Dönem, 2. Yasama Yılı, 53-63. Birleşimde (9 Ocak 2017 ile 20 Ocak 2017 arasında) (Kabul tarihi: 21 Ocak 2017) yapılan konuşmalar için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak _g_sd.birlesim_ baslangic?page (s.e.t: 27.8.2022).

[67] AYMK, E: 2020/93, K: 2021: 72, KT: 13.10.2021. AYMK, E: 2012/30, K: 2012/96, KT: 15.06.2012.

tarihinde yürürlüğe girmiştir. 30 Nisan 2018 öncesinde yürürlükte olan Anayasanın 101 inci maddesi *"A. Nitelikleri ve tarafsızlığı"* başlığını taşımakta iken 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe giren 101 inci madde *"A. Adaylık ve seçimi"* başlığını taşımaktadır. Başlık ve içerik tamamen yeniden kaleme alınmış, eski 102 nci madde tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

Altıncı olarak; Anayasa'nın 101 inci maddesinin 2 nci fıkrasını doğru yorumlamak için bu konuda daha önce verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarına bakmak gerekir. Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre, 'parlamento kararı' şeklinde yapılan bir TBMM tasarrufu 'kanun' şeklinde anlaşılarak Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi kılınmıştır. Parlamento kararları konusunda kural olarak Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi olmayıp, bunun sadece üç istisnası vardır ki bunlardan biri, TBMM içtüzüğünün denetimidir. TBMM'nin yaptığı tasarruf bir İçtüzük değişikliği olmasa da AYM, 1968 tarihli bir kararında, bunu 'eylemli içtüzük' sayılarak Anayasa Mahkemesi denetimine almıştır.[68] Anayasa Mahkemesi, tüm istikrarlı içtihatlarında kanun koyucunun nitelemesine bakmaksızın yorum yapmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, TBMM'nin veya herhangi bir organın nitelendirmesi Mahkemeyi bağlamaz.

Anayasa Mahkemesinin 1966 tarihli ikinci kararına göre, yasama organının nitelemesi, AYM'yi bağlamaz. Anayasa mahkemesi, Asar-ı Atika Nizamnamesi'nin (Eski Eserler Tüzüğünün) adı kanun olmasa Tüzük olsa da kanun gibi bağlayıcı olduğuna karar vermiştir, çünkü bu Tüzük, bu alanı ilk kez düzenlemekte ve bir kanuna dayanmamaktadır.[69] Anayasa Mahkemesi, kanunların anayasaya uygunluğunu inceler. Anayasa Mahkemesine göre, Osmanlı döneminde çıkarılan ve kanun gücünde sayılan *Asar-ı Atika Nizamnamesi* gibi mevzuat da kanun sayılır. AYM'nin 1977 tarihli üçüncü başka kararı da benzer mahiyettedir.[70] Anayasa Mahkemesi, 1990 tarihli 4 üncü kararında, kendisine gelen başvuru evrakında yazılı olan niteleme ile bağlı olmadığını açıkça belirtmiştir.[71] Örnek verilen dört Anayasa Mahkemesi Kararı da, Cumhurbaşkanı şeklindeki nitelemenin başkanlık sistemindeki başkan olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Her ne kadar Anayasa, sözcük olarak 'Cumhurbaşkanı' kavramını kullansa da, aslında Cumhurbaşkanı hükümet sistemine göre seçilen kişinin, başkanlık sisteminin '*Başkanı*' olarak anlaşılacağı, 'Başkan' görev ve yetkilerini kullanacağı açıktır.

---

68 AYMK, E: 1967/6, K: 1968/9, KT: 27.2.1968.

69 Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun veya bir başkasının nitelemesiyle bağlı değildir; bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 1966/4, K: 1966/25, KT: 3.5.1966 (AMKD, Sy. 4, s. 170).

70 Bkz. AYMK, E: 1977/6, K: 1977/14, KT: 22.2.1977.

71 Anayasa Mahkemesi, tarafların ve diğer mahkemelerin yaptıkları niteleme ile bağlı değildir; AYMK, E: 1990/31, K:1990/24, KT: 24.9.1990 (AMKD, Sy. 26, s. 402 vd).

Aslında bu konu 6216 sayılı kanunun 43 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında da belirtildiği şekilde düzenlenmiştir.[72]

Yedinci olarak; Anayasa'nın 101 inci maddesinin 2 nci fıkrasını doğru yorumlamak için, 11 inci Cumhurbaşkanı ile ilgili AYM kararına (2012) bakmak gerekir.[73] 2017 anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı, halk tarafından toplam 10 yıl (5+5) olarak seçilebilecektir. Kanunun geçici 1 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, mevcut 11 inci Cumhurbaşkanının görev süresi 7 yıldır ve yeniden aday olamaz. Oysa Anayasa Mahkemesi verdiği karar ile mevcut 11 inci Cumhurbaşkanının görev süresinin bu *kanunla kısaltılmadığı ve olumsuz bir hüküm de bulunmadığı* için 7 sene olduğuna ve *yeniden aday olabileceğine* hükmetmiştir. AYM'nin bu kararı ile bir kez 7 yıl seçilir kuralı ortadan kaldırılmış ve *önceki ve mevcut Cumhurbaşkanları* yeniden seçilebilir, denilmiştir. Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliği ile getirilen yeniden seçilebilmeyi "*temel hak*" olarak nitelemiş, *anayasal hakkın kanunla bertaraf edilemeyeceğini* de belirtmiştir (2012).[74] Anayasa Mahkemesinin bu kararı 12 nci Cumhurbaşkanı için de uygulanacaktır. Bu bir temel haktır ve Anayasada aleyhe-kısıtlamaya yönelik bir hüküm yoktur.[75]

SONUÇ

12 nci Cumhurbaşkanı'nın dönem sınırının dolduğu ve aday olamayacağı konusunda ileri sürülen görüşler doğru değildir. Demokratik rejimin ülkede tam olarak oturabilmesi kurum ve kuralların istikrar kazanabilmesi ile mümkündür. Oyunun kurallarının kişiye göre değişmediği, nesnel kuralların olduğu bir demokrasi istikrarlı olur. *Anayasal devlet, sınırlı devlettir;* ama sınırlı devlet, yürütmenin takdir hakkı olmayan, eli-kolu bağlı olan bir devlet değildir. Anayasa ve siyaset biliminin önemli kavramları olan *anayasacılık ile demokrasi*nin biribiri ile çelişkili değildir. Sağlıklı ve sürdürülebilir bir sistem, anayasacılık ile demokrasi arasında ölçülü denge kurulmasıyla mümkündür. Anayasacılık ile demokrasinin birbirlerinin tamamlayıcısı oldukları söylenebilir. Anayasacılıktan yoksun bir demokrasi, çoğunluğun zorbalığına; demokrasiden yoksun bir anayasacılık ise, ayrıcalıklı azınlıkların hâkimiyetine, vesayete ve darbelere yol açar. Anayasamızın 2 nci maddesinde geçen hukuk devleti ilkesi, ülkemizde evrensel

---

72 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (2011)'un 43'üncü maddesinin (3)'üncü fıkrasına göre de, "Mahkemenin, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir."

73 AYM, E: 2012/30, K: 2012/96, KT: 15.6.2012 (RG.1.1.2013/28515).

74 AYM, E: 2012/30, K: 2012/96, KT: 15.6.2012 (RG.1.1.2013/28515).

75 Şentop, bu konuda AYM'nin 18.05.2011 tarihli karar (E: 2008/80, K: 2011/81) ile aynı sonuca (önceki başkanın hakkı kısıtlanamaz) varmaktadır.

standartlarla uyum içerisinde olan bir hukuk sistemini ve devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu içerir. Anayasacılık insan hakları mekanizmalarının eksiksiz kurulduğu, içselleştirilerek, hassas şekilde uygulandığı, sadece anayasa metnine bağlılıkla yetinilmediği aksine insan haklarının iyice enfüsileşleştirildiği bir iktidardır.

Cumhurbaşkanının dönem sınırı konusunda 1924 Anayasasında bir sınırlandırma yapılmamıştır; nitekim Atatürk ve İnönü dörder defa, Celal Bayar ise üç defa üst üste herhangi bir anayasal engelle karşılaşmadan Cumhurbaşkanı seçilmişlerdir. 1961 Anayasası 95 inci maddesinin 2 nci fıkrasında Menderes Dönemine tepki olarak Cumhurbaşkanına sadece bir dönem seçilmeyi istemiş, üst üste seçilmeyi yasaklamıştır. 1982 Anayasası 1961 Anayasasından daha çok vesayetçidir ki bu durum, özellikle 1995, 2001, 2010 ve özellikle 2017 tarihli anayasa değişiklikleri ile mümkün olduğu kadar hafifletilmiştir. 1982 Anayasası üç devir halinde incelenebilir; 1982 ile 2007 arasında Cumhurbaşkanı sadece bir dönem için ve 7 yıl olarak seçilmektedir. İkinci dönem 2007 anayasa değişikliği ile aynı kişi için toplam 10 yıl (5+5) olarak kabul edilmiştir. Üçüncü dönem, 2017 Anayasa değişikliği ile Anayasanın toplam 69 maddesinin değiştirildiği dönemdir.

Demokrasilerde Cumhurbaşkanları için dönem sınırı veya tekrar seçilme yasağı tartışılmaktadır ancak böyle bir sınırlama olmadığı kabul edilmekte, kabul edilmenin ötesinde, bunun "seçilme hakkı" olduğu benimsenmektedir. Genel kabul, "*yeniden seçilebilme hakkı*" nın siyasi bir hak olduğu konusundaki Venedik Komisyonu görüşü olup, Anayasa Mahkemesi de bu görüşü paylaşmaktadır.

Anayasa hukukunda yorum yaparken anayasa bir bütün olarak yorumlanmalı, anayasanın ve anayasacılığın amacına aykırı sonuca ulaşılmamalı, anayasaya uygun yorum yapılmalıdır. Türk Anayasa Mahkemesi de yabancı anayasa mahkemeleri de anayasaya uygun yorumu kullanmaktadırlar. Anayasaya uygun yorum şudur; hukukçunun önüne gelen bir metin, birkaç farklı yoruma açıksa, hukukçu, anayasaya uygun olan yorum türünü seçer; anayasaya aykırı sonuç doğuracak yorumu terk eder. Anayasaya uygun yorumun sınırı *ölçülülük ilkesi*dir. Anayasayı uygulayan bir hukukçu, bir hukuki olaya hukuk normunu uygularken öncelikle sözel yorum sonra normun bütünlüğü ve kanundaki yeri uygulanır (sistematik yorum). Anayasa değişikliğinin genel ve özel gerekçesi akabinde, anayasa değişikliğinin amacı araştırılır. Bunlar yetmiyorsa, uygulayıcı, yaşayan anayasa yorumu yapabilir, toplumsal hayatın gereklerine uyabilir, anayasacılığın öz anlayışına uygun davranır. Sonuçta yorum usullerinden sadece biriyle yetinilmez, monist değil, olabildiğince çoğulcu olur. Bir anayasa maddesini veya cümlesini yorumlamak için ilk üç yöntemle (sözel, tarihsel ve sistematik) adaletli bir sonuca ulaşamayabiliriz. Bu nedenle

yaşayan anayasa yorumu yöntemi kabul edilmiştir. Amaçsal yoruma,[76] yaşayan anayasa yorumu da denilebilir.[77] Hâkim, anayasa metnini, anayasayı hazırlayan ve onaylayan esas niyete göre de yorumlamalıdır. ABD de Federal Yüksek Mahkeme de yaşayan anayasa yorumunu da tercih etmektedir. Yaşayan anayasa yorumunda, *sosyal gerçekliğe, somut gerçekliğe, anayasacılığın telosuna, eşyanın tabiatına ve ratio legise* önem verilmelidir.

Ele aldığımız konuda sözel yorum açısından, 101 inci maddede geçen "Cumhurbaşkanı" kavramının parlamenter hükümet sistemindeki anlamı, kapsamı ve içeriği[78] ile değişmeden sonraki Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi dönemindeki anlamı ve içeriği[79] çok farklıdır. Sözel yorum açısından 12 nci Cumhurbaşkanının 2023 Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde yeniden seçilebilme hakkının olduğu açıktır. Sistematik yorum açısından, 69 maddesi tamamen veya kısmen değiştirilen anayasanın 101 inci maddesinin tamamen değiştirildiği, yeniden kaleme alındığı ve anayasanın tümü açısından bakıldığında yeni hükümet sistemine uygun olarak yorumlanacağı gerektiği bellidir. Yaşayan anayasa yorumu açısından, kanun koyucu Anayasanın 101 inci maddesini bugün uygulayacak olsa, hükümet sistemi değişmiş olduğuna göre, bugünkü sisteme uygun yorumlanacağı çok nettir. Tüm yorum yöntemine göre, 12 nci Cumhurbaşkanının dönem sınırı 30 Nisan 2018 tarihinden sonra başlamıştır ve 2023'de isterse ikinci bir dönem için daha aday olabilir.

Netice olarak, anayasa değişikliği kanununun Esas Komisyonu olan Anayasa Komisyonu Raporuna göre, 20-30 Aralık 2016 tarihleri arasındaki on ayrı günde toplam 106 saat toplanmış, altı yüzü aşkın milletvekili konuşma yapmış, 1427 sayfa tam tutanak tutulmuştur. Anayasa Komisyonu Raporunda açık bir şekilde *iki dönem sınırlaması şeklindeki kuralın önceki Cumhurbaşkanları için geçerli olmadığı* açıkça ifade edilmiştir. Anayasa Komisyonundaki muhalefet şerhlerinin genel hükümlere ilişkin olduğu ve somut olgulara değinilmediği belirtilebilir. TBMM Genel Kurul Tutanaklarına göre, Kanun teklifinin, Anayasanın 101 inci maddesini başlığı ile birlikte tamamen değiştirildiği ve Komisyon metninin kabul edildiği; *"derhal etki ilkesi*" ve "*geçmişe etki yasağı* '*zaman bakımından uygulanma kuralları'* açısından Cumhurbaşkanlığı seçimini düzenleyen hükümlerin 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan seçim takviminin başladığı 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe girdiği ve bu nedenle 101 inci maddenin, 30 Nisan 2018'den itibaren yürürlükte olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi kararına göre, istisnai durumlar dışında bir kanun hükmü yürürlükte olduğu tarihten

[76] Amaçsal yoruma, objektif yorum, teleolojik yorum, sosyolojik yorum veya fonksiyonel yorum da denilebilir.

[77] Conor O'Mahony, 2012, s. 110.

[78] Cumhurbaşkanı+ Başbakan+ Bakanlar Kurulu= Yürütme.

[79] Cumhurbaşkanı= Yürütme.

sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanır. Anayasa Mahkemesinin 2012 tarihli kararı da son derece açıktır.

Anayasa Mahkemesi kararına göre, 11 inci Cumhurbaşkanının görev süresi kanunla kısaltılmadığı ve olumsuz bir hüküm de bulunmadığı için 7 yıl olduğuna ve bir sonraki seçimde yeniden aday olabileceğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesinin istikrarlı içtihatları da 12'inci Cumhurbaşkanının ikinci görev süresinin 2023'de başlayacağını açıkça belirtmektedir. TBMM Anayasa Komisyonu ve Genel Kurulundaki tüm konuşmaları, muhalefet şerhlerini ve anayasa değişikliği yürürlüğe girdikten sonraki tüm tartışmaları incelediğimizde; tartışmaların odağında olan *anayasal devlet, anayasacılık-demokrasi gerilimi* açısından konuya hassas olarak yaklaştığımızda; anayasamızın 101 inci maddesinin 2 nci fıkrasını *sözel-tarihsel-sistematik ve yaşayan anayasa yorumu, zaman açısından yürürlük, derhal etki ilkesi ve Anayasa Mahkemesi kararları* açısından incelediğimizde, *12 nci Cumhurbaşkanının 2023 seçimlerinde Cumhurbaşkanı adayı olmasının önünde hiçbir hukuki engelin olmadığını açıkça görmekteyiz.*

KAYNAKÇA

Başgil A F, Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, 1. Fasikül, Baha Matbaası, İstanbul, 1960.

Bradley A W/ Ewing K D, Constitutional and Administrative Law, 13th Edition, Pearson/Longman, England, London, 2003.

Conor O'M, "Bringing The Living Constitution To The Life: Interpreting Constitutional Rights In Changing Societis", Uluslararası Anayasa Kongresi, Düzenleyen İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü, İstanbul, 2012, C. II, ss. 104-108.

Giritli İ, Hükümet Tasarrufları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1958.

Jeffrey J, "The Rule of Law and Its Underlying Values", Derleyenler: Jeffrey J and Dawn O, The Changing Constitution, Sixth Edition, Oxford University Press, 2007, ss. 5-24.

Jeffrey E T, "Understanding Rule of Law/Supremacy of Law and Underlying Obstacles in Turkey and Around the World", Uluslararası Anayasa Kongresi, Düzenleyen İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü, C. II, İstanbul, 2012.

Koçak M, "Hukuk Devleti ve Türkiye", Uluslararası Anayasa Kongresi, Düzenleyen İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü, C. II, İstanbul, 2012.

Louis H / Albert J R (edited by), Constitutionalism And Rights, The Influence of the United States Constitution Abroad, Columbia University Press, New York, 1990.

Memiş E, Anayasaya Uygun Yorum, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007.

Metin Y, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin, Ankara, 2002.

Oder B E, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Beta, İstanbul, 2010.

Özbudun E, "İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-4, 1961, ss. 333-372.

Özbudun E, Anayasalcılık ve Demokrasi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Redlich N/Attanasio J/Goldstein J K, Understanding Constitutional Law, Third Edition, New York: LexisNexis Publication, 2004.

Soysal M, Anayasanın Anlamı, 7. Baskı, İstanbul, 1987.

Şentop M,"Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.50, Nisan 2022, ss. 1-40.

Teziç E, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2013.

Tanör B/Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.

Türk H S, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.

Walter F M, Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order (The Johns Hopkins Series in Constitutional Thought) (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007.

Zengin M A, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Yargısal Aktivizm Doktrini, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AYMK, E: 1967/6, K: 1968/9, KT: 27.2.1968.

AYMK, E: 1976/1, K: 1976/28, T: 25.5.1976, AYMKD-14, s. 189.

AYMK, E: 1977/6, K: 1977/14, KT: 22.2.1977.

AYMK, E: 1990/25, K: 1991/1, KT: 10.1.1991 (AMKD, Sy 27, s. 104).

AYMK, E: 1990/31, K:1990/24, KT: 24.9.1990 (AMKD, Sy. 26, s. 402 vd).

AYMK, E: 2012/30, K: 2012/96, KT: 15.6.2012.

AYMK, E: 2020/93, K: 2021: 72, KT: 13.10.2021.

ÇEVRİMİÇİ KAYNAKLARI

https://www.tccb.gov.tr/cumhurbaskanlarimiz

http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/Anayasa_Degisikligi.aspx (s.e.t: 4.8.2022).

https://tr.euronews.com/2021/09/07/erdogan-bir-kez-daha-cumhurbaskan-aday-olabilir-mi-uzmanlar-yan-tlad (s.e.t: 4.8.2022).

https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=206176 (s.e.t: 5.8.2022).

T.C. Anayasası'nda Değişiklik yapılmasına Dair Kanun teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu raporu (Sıra Sayısı 447), (TBMMTD, D. 26, Y. 2, C. 31, B. 53). (s.e.t: 5.8.2022).

https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf (s.e.t: 5.8.2022).

https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=206176 (s.e.t: 5.8.2022).

https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-60288415 (s.e.t: 4.8.2022).

https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/abdulkadir-selvi/muhtar-bile-olamaz-diyenler-simdi-de-ucuncu-kez-aday-olamaz-diyor-42087278 (s.e.t: 4.8.2022).

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime= işlev (s.e.t: 10.12.2014).

https://tr.wikipedia.org/wiki/Japonya_Anayasası (s.e.t: 01.08.2021).

https://www.sabah.com.tr/yazarlar/perspektif/cem-duran-uzun/2022/02/12/iki-donem-kurali-ve-cumhurbaskani-erdoganin-2023-adayligi (s.e.t: 5.8.2022).

http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/2021-1/10.pdf, s. 328.

(s.e.t: 4.8.2022); İbrahim Kaboğlu, “Bir Kimse En Fazla İki Defa Cumhurbaşkanı

Seçilebilir” Kuralı Üzerine..., Ankara Barosu Dergisi, 2021/1, (ss. 327-335),

Venice Commission, "Report on the Rule of Law". https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Rule_of_law&lang=EN#:~:text=TheVeniceCommissionfirstaddressedtheseconceptsinpoiiivelaw. (s.e.t: 12.8.2022).

THE CONCEPT OF HASH VALUE AND THE COLLISION OF HASH VALUE AS THE WAY TO PROVIDE UNASSAILABILITY OF DIGITAL EVIDENCE

Sayısal Delilin Değiştirilemezliğinin Sağlanmasının Yolu Olarak Özet Değer Kavramı ve Özet Değer Çakışması[1]

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ*

Abstract: The evidence used to prove the material fact which is subject to the criminal procedure should not be changed until it is brought before the court. It is relatively easy to ensure the accuracy of physical evidences by taking them into judicial custody. However, it is difficult to ensure the accuracy of the digital evidence since it is easy to copy and modify it. Digital evidences are used to provide the technological means to ensure accuracy. The hash value, which provides a one-way summarization value, can be applied to digital evidence such as a fingerprint and helps to ensure the accuracy of the numerical evidence. However, a collision of hash value, known as the hash value conflict, which occurs when two different digital data have the same hash value, is a problematic area in ensuring the accuracy of numerical evidence. In this study, the concept of summary value as a means of ensuring the accuracy of numerical evidence will be explained and the possible effects of the hash value collision will be discussed.

Keywords: evidence, digital evidence, hashing, proof, collision of hash value.

Öz: Ceza muhakemesine konu maddi olayı ispatlamak için kullanılan delil, mahkemenin önüne getirilene kadar değiştirilmemelidir. Fiziksel delillerin, adli emanete alınması suretiyle doğruluklarını sağlamak nispeten kolaydır. Bununla birlikte sayısal delillerin kolayca kopyalanabilmeleri ve değiştirilebilmeleri, doğruluklarının sağlanması güçtür. Sayısal delillerin doğruluklarını temin etmek için teknolojik olanaklardan yararlanılmaktadır. Tek yönlü özetleme değeri sağlayan özet değer (hash value), bir parmak izi gibi sayısal delile uygulanabilmekte ve sayısal delilin doğruluğunu sağlamaya yardımcı olmaktadır. Ancak iki farklı sayısal verinin aynı özet değere sahip olması olan özet değer çakışması, sayısal delilin doğruluğunu sağlamada sorunlu bir alandır. Bu çalışmada sayısal delilin doğruluğunu sağlama aracı olarak özet değer kavramı açıklanacak ve özet değerin çakışmasının muhtemel etkilerine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: delil, sayısal delil, özetleme, ispat, özet değer çakışması.

[1] This paper were formed by developing the author's opinions in these articles ("Bilgi Toplumunun Delil Türü: Sayısal Delil ve Bilimselliği" (Terazi Law Journal, Vol. 9, No. 97, September 2014, ss. 14 – 28) and "Yargılama Makamı İçin Şüphe, Müdafi İçin Savunma Nedeni: Adli Bilişimde Özet Değer (Hash Value) Kavramı ve Özet Değer Çakışmasının Ceza Muhakemesine Etkileri" (Terazi Law Journal, Vol. 13, No. 137, February 2018, ss. 120 – 126)

* TOBB University of Economics and Technology, Faculty of Law, Faculty Member of Criminal and Criminal Procedure Law, odegirmenci@etu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0700-2549

Makale Geliş Tarihi: 22.08.2022, Makale Kabul Tarihi: 22.11.2022

I. CONCEPT OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

The fact that the criminal procedure is handled as *"the matter of determining the situation of the material fact according to the norms"*[2] does not fully express the purpose, since it creates the impression that the concrete case is outside the determination of the criminal procedure. Basically, two cases are analyzed in criminal procedure. Between these two, the first case, which also needs to be resolved first, is the material event, The subjects of the trial contribute to the issue of how the event subject to the trial takes place in the outside world, and in this way, it is tried to ensure that a conscientious opinion is formed in the trial authority. Conscientious opinion must be the one that is free from any reasonable doubt. The second case, which is relatively easy to solve, is revealing the status of the concrete case against the legal norms through interpretation.[3]

In fact, the solution of the material event actually falls within the field of activity of all sciences, and when the word "forensic" is brought to the beginning of any science, that discipline can be used for the solution of the material event subject to criminal procedure. [4] Since the material event took place chronologically before the trial phase of the criminal procedure, we need to decide on the event with the remnants of that event. Everything that has been transferred to the present day regarding the event in the past is examined under the concept of evidence. With the evidence we have, we are reconstructing the material event and restructuring the crime.[5]

Evidence is any tool that allows us to understand how the material event has occurred and it has some features. [6] In Article 217/1 of the Turkish Criminal Procedure Code (TCPC)[7], it is stated that the judge can

---

[2] Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, Revised and Enhanced 4th Edition, İstanbul, 1970, s. 33.

[3] Sami Selçuk, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", Vol. 19, No. 2, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 332 (ss. 319 - 361); Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi), Yetkin Publications, Ankara, 2001, s. 19.

[4] Among the most well-known, forensic medicine, forensic physics, forensic chemistry, forensic accounting, forensic theology, forensic literature etc. See about it, Nedir Bu Adli Bilimler/Kimdir Bu Adli Bilimciler, Adli Bilimciler Derneği Yayını, Ankara, 2019.

[5] W. Berry Chisum / Brent E. Turvey, Crime Reconstruction, Academic Press, 2007, s. XV.

[6] Doğan Gedik, Öğreti ve Yargısal İçtihatlar Işığında Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi (In Dubio Pro Reo), Adalet Publications, 2016, s. 11; Koray Doğan, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo", Seçkin Publications, Ankara, 2016, s. 235; Mehmet Yayla, Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, Seçkin Publications, Ankara, 2016, s. 96.

[7] The Power of Discretion Regarding the Evidence

only base his decision on evidence and the features related to the evidence that can be the basis for the judge's decision are emphasized. From this point of view, it is stated that the conscientious opinion of the judge can only be based on evidence, there will be no conviction without evidence[8], and the material truth closest to the absolute truth can only be reached with evidence. [9]

The event experienced in the past, which is the material subject of the criminal procedure, will be revived in the mind of the judge jointly during the trial, with the participation of the parties. In other words, material truth will be revealed in the form of learning past based on today. [10] Evidence is the means by which the animation in question or, in other words, carries parts of the past event to the present. [11] When we look at the doctrine, it is seen that the characteristics of the evidence are generally expressed as follows; be realistic, reasonable, representative of the event, legal and collective.[12] Some specific issues related to our subject will be briefly mentioned, and after the boundaries of the concept of evidence are drawn, the concept of digital evidence will be explained.

First of all, the evidence must be representative of the material event subject to the criminal procedure.[13] The representativeness of the evidence is a concept related to being a part of the material event or reflecting the material event.[14] Although the reliability of the evidence were also evaluated under this title by some authors in the doctrine[15], we will evaluate it under a separate title due to the importance of the subject.

Article 217 – (1) The judge shall only rely upon the evidence, which was presented and discussed at the hearing, while delivering a decision. This evidence shall be evaluated freely by the judge on the basis of his/her conscientious opinion

(2) The imputed offence may be proven by using and king of legally obtained evidence.

See for the text of the TPPC, Buğra Erdem / Nimet Mediha Işıtman, Basic Legal Documents of Turkish Criminal Law, Seçkin Publications, Ankara, 2021, s. 412.

8 Devrim Aydın, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Publications, 2014, s. 38.

9 Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delilleri", Vol. 1, Nu. 2, December 2016, Journal of Criminal Law, s. 207 (ss. 207 – 225); Gedik, s. 12.

10 Cumhur Şahin / Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku – II, Revised and Updated 8th Edition, Seçkin Publications, Ankara, 2019, s. 25.

11 Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, 4th Edition, Seçkin Publications, Ankara, 2018, s. 457; Ali Eryılmaz, Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil, HUKAB Publications, Ankara, 2013, s. 13.

12 Gedik, s. 12, 13; Koca, s. 213.

13 Nur Centel / Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14th Edition, Beta Publications, İstanbul, 2017, s. 235.

14 Bıçak, s. 426.

15 Şahin / Göktürk, II, s. 30.

Evidence is tools that belong to the external world, the objective field, not the inner world of people. In this respect, evidences are tangible and the things that do not have a material structure, and that's why can not be perceived by the five senses, cannot be evidence.[16]

Evidence must be available or accessible. Presenting the the means of proof, which is not available, to the court and debating over it is not possible. [17]

Evidence must have been obtained lawfully. The principle that everything can be evidence in criminal procedure does not enable us to come to a conclusion that any method can be used and that evidence can be obtained without considering the procedures and principles laid down by law.[18]

Evidence must be reliable.[19] In this context, the accuracy and integrity of the evidence must be ensured from the moment it is obtained until it is brought before the criminal judge. Evidence should not be changed. Essentially, our study is concerned with this feature of the evidence. As a matter of fact, the representative quality of the evidence should not be damaged until it is moved from the crime scene to the hearing, and the evidence should be trusted by the court.

The collectiveness of the evidence should be ensured by being discussed in the criminal procedure.[20] The commonality of the evidence will be ensured by discussion at the hearing. In order for the evidence to be discussed at the hearing, the parties must have access to the evidence or the evidence must be reported to the parties (TCPC art. 179, 181). [21]

---

16 Centel / Zafer, 235; Şahin / Göktürk, II, s. 30.

17 Centel / Zafer, 235; Şahin / Göktürk, II, s. 30.

18 Bkz. Claus Roxin, "İspat Hukukunun Esasları", Translator Yener Ünver, Y. 4, No. 8, Fall 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 273 (ss. 265 – 289).

19 Centel / Zafer, s. 235.

20 Centel / Zafer, s. 235.

21 Centel / Zafer, s. 235.

Notifying the accused and the public prosecutor of the names and adresses of the witnesses summoned

Article 179 – (1) The accused shall notify the public prosecutor in reasonable time of the names and addresses of the experts and witnesses whom he/she is going to have summoned directly or bring along to the hearing.

(2) If the public prosecutor intends to summon persons other than those named in the indictment or other than the witnesses and experts invited at the request of the accused, either by decision of the president of the court or the judge or by his/her own motion, he/she shall notify the accused in reasonable time of the names and addresses of those persons.

Notificaiton of the day of of hearing the witness and the accused

Article 181 – (1) The day set for the hearing of the witness and experts shall be notified to the public prosecutor, the injured party, his/yer representative, to the accused and

The judge will be able to base his decision only on the evidence brought to the hearing and discussed before him. In terms of each evidence, the parties to the case should be given the right to refute the evidence in question and to express their thoughts on the evidence.

Evidence must be rational and scientific. [22] Rationality will be determined by drawing conclusions from the principles of logic, freed from prejudices.[23] Irrational evidence cannot be used in judgment. [24]

II. DIGITAL EVIDENCE AS A TYPE OF EVIDENCE AND ITS FEATURES

As it is often expressed, we believe that the saying *"wherever society is, there is law"* (Ubi societas ibi jus) [25] evolved with the transition to the information society and turned into *"wherever society concentrates, law should concentrate there"*. The fact that information systems are used more in social life causes the society to concentrate there. Crime, a phenomenon created by society, naturally concentrates on information systems. We can say that the evidence to be used as a proof of the crime has also evolved into digitalization due to the necessity of searching for that evidence in the place where the crime is concentrated. The

---

his/her defense counsel. A copy of the record shall be delivered to the public prosecutor and the defense counsel, who are present.

(2) In cases, where there is need to repeat the judicial inspection or examination, the provisions of the abovementioned paragraph shall apply.

(3) The accused, who is under detention, may only request to be present during such procedures to be conducted in the court located in the place where he/she is detained. However, in cases where the judge or the court deems it obligatory, it may be decided that the suspect or the accused, who is under detention, be present during such procedures.

See Erdem / Işıtma, s. 396, 397.

22 Centel / Zafer, 235; Tosun stated that the evidence passes through two stages in the historical flow, irrational and rational. According to the author, people have respected irrational evidence for many years. For example, they checked the accuracy of their statements by dipping the accused's hand into hot oil. Over time, the stage of rational proofs has passed. (Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Vol.:1, İstanbul, 1984, 713 vd.); Feyzioğlu, the stages of the proof system; examined by classifying them as ethnic phase, religious phase, legal phase, conscientious phase and discussed whether scientific proof is possible or not. (Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara, 2002, s. 38 vd.).

23 Bıçak, s. 429.

24 On the scientificity of the evidence, see also. Olgun Değirmenci, "Bilgi Toplumunun Delil Türü: Sayısal Delil ve Bilimselliği", Vol. 9, No. 97, Terazi Law Journal, Septermber 2014, ss. 14 – 28.

25 See. Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hukuka Gerçekçi Eleştirel Bakış: Hukuk Sosyolojisi", Issue 16, 2008/1, Sosyoloji Dergisi, 3rd Series, s. 43 – 54.

expression "Crime is digitizing" [26] can be easily translated into "crime and evidence are digitizing".

Digital evidence is all kinds of data held, created, stored and transmitted in digital media.[27] The essence of numerical evidence is that it is data. As in every data, digital evidence basically consists of bits in the form of 1 and 0. [28] However, it is the fact that it is related to the material event that is the subject of the criminal procedure that gives the data in question the quality of evidence. In technical terms, numerical evidence is defined as any data that supports or disproves a hypothesis about the state of the data or the numerical case.

Digital evidence; can be found in computer programs, computer networks, or other electronic devices.[29] Digital evidence can exist in various ways in its environment. It can be created during the transaction, for example as a document of a business transaction. It can be found in the digital environment as a document or it can take place in the appropriate environment as an audio/visual recording.[30] Today, we can say that transactions in all areas of social life have a digital aspect. In other words; it covers a wide range of areas, from health records to building construction projects, from the drug information you buy at the pharmacy to the records of the day care center that takes care of your child.[31] As *Casey* states, almost every case today is solved in some way in connection with e-mail.[32] The fact that digital evidence is used to illuminate not only the events related to cybercrime, but also almost all kinds of events, causes its importance to increase day by day. Digital evidence is also increasing in importance in criminal proceedings, and it is one of the most important evidences in criminal cases.[33] It is also

---

[26] John E.D. Larkin "Compelled Production of Encrypted Data", Vol. 14, Number 2, Winter 2012, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, s. 254 (ss. 253 – 278).

[27] Olgun Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Publications, Ankara, 2014, s. 248.

[28] Christina M. Schuck, "A Search for the Caselaw to Support the Computer Search 'Guidance' in United States v. Comprehensive Drug Testing", Vol. 16, No. 2, 2012, Lewis & Clark Law Review, s. 749 (ss. 741 – 781).

[29] Wayne Jekot, "Computer Forensics, Search Strategies, and the Particularity Requirement", Vol. VII, Spriing 2007, Pittsburgh University Journal of Technology Law and Policy, https://doi.org/10.5195/tlp.2007.29, s. 6.

[30] Larry Daniel / Lars Daniel, Digital Forensics for Legal Professionals Understanding Digital Evidence From The Warrant To The Courtroom, Syngress, USA, 2012, s. 4.

[31] Daniel / Daniel, s. 4.

[32] The author states this opinion such that "nearly every event we deal with has an element of e-mail that is steaming." (Eoghan Casey, "Reconstruction Digital Evidence", in: Crime Reconstruction, Edited by W. Jerry Chisum – Brent E. Turvey, 2006, s. 419, 420).

[33] Expressed by Susan Brenner in her blog. See. http://thinkexist.com/quotes/susan_brenner/, accessed 01 February 2014.

stated that in some cases, for example, child pornography acts, it is impossible to reach any evidence other than numerical evidence by taking the case one step further.[34]

The concept of digital evidence first appeared as computer evidence. In these periods, what is understood by a computer evidence is a printout of a file on the computer. However, with the development of technology, the concept of computer evidence has been replaced by digital evidence. What is expressed by the concept is no longer just a printout, but all information stored, processed and transferred in information systems, storage units, regardless of whether it is produced by a human or a system.[35]

With the development of social media (Twitter, Facebook and MySpace etc.), people have begun to share their daily activities, personal images, thoughts and their locations with others. With the sharing of daily activities, real life is recorded digitally in information systems. In addition, with the increase of "blogs", people write their thoughts and opinions about daily events like a journalist and create their own media organs. [36] All these outputs of technology mobilize the society and the crime stemming from the society, hence the evidence of crime from physical to digital.

Digital evidence has some features. First of all, it is invisible and hidden. Understanding the existence of digital evidence, unlike analog or physical evidence, is possible with auxiliary tools or equipment.[37] The equipment in question; consists of hardware and software. For example, it will be possible to see the data in a word processor file, to take a printout from the printer or via the screen. In case of computer output or screen output of digital evidence, it will not be possible to see metadata[38], which is defined as the data of the data stored with the said data. In this context, any tool that makes digital data understandable for humans can give us information about only a part of the digital data in question. The fact that metadata, which contains many important information about digital evidence, such as the time of creation, copying

[34] Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Preparing Digital Evidence for Courtroom Presentation, The National Center for Forensic Science, 2003, http:/www.ncfs.org/DE_courtroomdraft.pdf, accessed: 10.09.2011.

[35] Schatz, s. 1.

[36] Daniel / Daniel, s. 4.

[37] Göksu, s. 30; Peter Sommer, "Downloads, Logs and Captures: Evidence from Cyberspace", Vol. 5, Journal of Financial Crime, s. 142.

[38] Metadata is like the history of a document. Every entry made to the document is recorded in the corresponding document (Adam Israel, "To Scrub or Not to Scrub: The Ethical Implications of Metadata and Electronic Data Creation, Exchange, and Discovery, Vol. 60, 2009, Alabama Law Review, s. 472, 73).

or modification, cannot be seen in the printouts[39], emerges as a major deficiency in terms of the authorities evaluating the evidence. However, it should be noted that in digital proofs, what constitutes evidence is not the printout that can be taken from the screen or the printer, but the data itself in the digital environment.[40] Therefore, since it is the data in the digital environment itself, the metadata that informs us about the data in question are also within the scope of the digital evidence.

Digital evidence has a delicate structure. Failure to comply with certain rules in the collection of evidence from the crime scene may result in the loss of evidence as well as falsification of evidence. [41]

The possibility of falsifying digital evidence brings along the problem of reliability of the evidence. A study conducted in the member states of the European Union reveals that there is no consensus among the judges about the reliability of the evidence. As a matter of fact, some judges are of the opinion that electronic evidence is more reliable and can be used in the trial since it is objective and certain. On the other hand, some other judges consider that electronic evidence is more open to abuse and less reliable than classical evidence due to the difficulty of verifying its authenticity.[42]

It is possible for digital evidence to gain meaning only by examining the information system as a whole. Analyzing the digital evidence separately from the whole, unlike the physical evidence, will either cause the digital evidence to lose its representative quality of the event or it will lose it to a great extent. Verification of digital evidence is possible with a complete examination of the system or confirmation from another source. For example, confirming the accuracy of an e-mail through service providers can be given as an example in this respect. [43]

Digital evidence is mixed with data that is not related to the event in its environment. A small part of the data in a disk drive may be related to the criminal case. It is necessary to find the digital data related to the event, extract it and make it understandable [44] This will only be possible if the people who will convert the digital data into evidence

---

[39] Metadata; can provide us with the person who prepared the document, when the document was prepared, a list of the last ten people who made changes to the document, when the document was reviewed, changes to the document, and other information (Favro, 7; Beckham, s. 2 vd.). In some cases, these documents include information considered important to criminal investigations, such as the name of the network server, where the document was saved on the hard disk (David Hricik, "The Transmission and Receipt of Invisible Confidential Information", http//www.hricik.com/eethics/Metadata1103.doc, accessed: 06 Ocak 2013).

[40] Göksu, s. 30.

[41] Ünal, 17; Ademu – Imafidon – Preston, s. 175.

[42] Insa, s. 29.

[43] Göksu, s. 31.

[44] Casey, 2004, s. 15.

specialize in this matter. In addition to specialization, the time factor is one of the important factors affecting the process of converting digital data into digital evidence. Obtaining digital evidence is also a time-consuming activity.

Physical evidence can be diminished by examining the evidence. However, digital evidence can be easily copied exactly and the copy can be processed as if it were real. In practice, the examination of numerical evidence is done on copies.[45]

Digital evidence is more vulnerable to tampering than physical evidence.[46] Digital evidence may be falsified by the perpetrators in order to obscure the evidence, or they may be inadvertently falsified during the collection of digital evidence. [47]

The complete destruction of digital evidence, unlike physical evidence, is only possible with the irreversible destruction of the physical environment that contains it.[48] Therefore, digital evidence can be obtained by forensic experts, even though it is perceived as destroyed. Digital evidence can be recovered even if a file is deleted or the hard disk drive is formatted.[49]

Digital data often do not have direct evidence. Although they are related to the event that is the subject of the criminal procedure, they often do not fully reflect the relationship between the perpetrator, the act or the victim. For example, in the crime of insulting by e-mail, the word processor file on the computer may give an idea that the e-mail containing the insult was first prepared as a draft on the computer. However, it does not really indicate that this file was created by the suspect. This does not affect the quantitative evidence's qualifications as evidence, but sometimes it may require supporting it with other evidence.[50]

III. HASHING AS A WAY TO ENSURE THE INVISIBILITY OF DIGITAL EVIDENCE

A. GENERALLY

Compared to the physical evidence, the fact that a one-to-one copy can easily be made, the possibility of adding or subtracting from

[45] Casey, 2004, s. 15.

[46] Göksu, s. 32.

[47] Casey, 2004, s. 15; digital evidence can be falsified as long as it is stored in the information system or during transmission. (Sommer, Downloads, s. 142).

[48] Göksu, s. 32.

[49] Casey, 2004, s. 15.

[50] Yusuf Uzunay / Mustafa Koçak, "Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller", Academic Informatics Conference, Gaziantep, February 2005, s. 3.

the original data, and the possibility of accidentally changing the data, especially during the forensic copying stage, has pushed the world of forensic sciences to rely on mathematical calculations proving that the numerical evidence has not been changed. As a result, the use of the summarization function has emerged as a suitable tool in terms of obtaining numerical evidence and being a basis for the judgment of the court during the trial.

The hash function, as a cryptographic function, maps an arbitrary length of input (file, data, or an entire disk) to a fixed-length hash value. In order for this function to achieve its intended purpose, it is also necessary to meet some requirements. These requirements are; a) first of all, there are no two different outputs as hash value of the same input, b) there are no two different outputs for the same input, and c) it is not possible to reach the input through the hash value.[51]

B. USE OF HASH VALUE TO ENSURE RELIABILITY OF NUMERICAL EVIDENCE

As stated above, the most important feature of digital evidence is that it can be easily changed, deleted, destroyed, in short, manipulated. This issue, which *Casey* calls *"evidence dynamics"*, is related to the said feature of digital evidence. It is necessary to ensure with the chain of custody that the digital evidence is not changed from the crime scene where it is collected until it is taken as basis in the judgment of the court.

The principle of *"preserving the authenticity of the evidence"* here is valid from the forensic copying of the digital evidence from the data medium at the crime scene until the moment when it is subjected to expert examination. This can only be achieved with some mathematical calculation methods.

Considering the nature of the evidence, one of the most important principles in taking the data from the medium and subjecting it to the analysis is not to damage the evidence and therefore the data. The fact that the evidence is damaged during both acquisition and examination will cast doubt on the evidence, which in this case will lead to the assertion that the evidence has been falsified. In order to prevent this, forensic experts always work on a copy of the digital evidence. The fact that digital evidence can easily be reproduced makes this method possible.

Therefore, it is necessary to verify first that the copy made during the acquisition of the data is error-free, and then that the forensic expert

[51] Florian Mendel / Norbert Pramstaller / Christian Rechberger / Marcin Kontak / Janusz Szmidt, "Cryptanalysis of the GOST Hash Function", in: CRYPTO 2008, LNCS 5157, D. Wagner (Ed.), Springer 2008, s. 162 (ss. 162 – 178).

is working on the error-free copy. This verification is possible with hash value generation/hashing. [52]

Hash or hash generation is the process of converting a computer file, which is an information string (or any data string of non-constant size), into another character or symbol, by subjecting it to mathematical process.[53] When performed with one-way hash functions, it is done by converting each finite and variable-length data into a fixed-length output. As a result of this process, regardless of the size of the input, a unique output is obtained, consisting of a combination of the the letters A,B,C,D,E,F and digits of 0,1,2,3,4,5,6,7,8,9 according to the hashing function used.

Hashing is built on three basic principles. First, the hash function should easily convert numeric data to a specific hash value, regardless of the size of the input. Second, data should not be reached through the summary value. And finally, two different information strings with the same hash value should not be encountered.

There are different algorithms used in hash value calculation. The algorithms in question are named in different ways according to the number of bits used in the hash value and the manufacturer. Hash values are automatically calculated by the system according to the type of software and hardware used in taking the forensic copy and are kept in a log file.

The point that should be known about the hash value is that the hash value calculation is done simultaneously with the first intervention in the search in information systems. In the case of adding data after intervening in the system in which the data is located and then obtaining the summary value, it is not possible to understand that the data was added in the summary values obtained afterwards. Therefore, during the search, it is essential for both the forensic expert and the suspect or the lawyer who supervises the search, to supervise while the forensic copy of the system is taken and then to record the summary value resulting from the copying in the search and seizure report.

---

[52] Tyler Newby / Joel M. Schwarz, "Rethinking The Storage of Computer Evidence", UNAFEI Resource Material Series No. 79, December 2009, Tokyo, s. 44

[53] Stephen Hoffman, "An Illustration of Hashing and Its Effect on Illegal File Content in the Digital Age", Vol. 22, No. 4, Intellectual Property & Technology Law Review, April 2010, s. 6 (ss. 6 – 14); Lily R. Robinton, "Courting Chaos: Conflicting Guidance from Courts Highlights The Need for Clearer Rules to Govern the Search and Seizure of Digital Evidence", Vol. 12, 2010, Yale Journal of Law and Technology, s. 326 (ss. 311 – 147); Danielle Sutton, "Computer Forensics and Child Pornography Investigations", Vol. 2, 2011, Stevenson University Forensics Journal, s. 31; Michael Harrington, "A Methodology for Digital Forensic", Vol. 7, 2004, T.M. Cooley J. Parc. & Clinical L., s. 73; Marcia Hoffmann, "Arguing for Suppression of 'Hash' Evidence", May 2009, The Champion, s. 20, 21.

In the table shown below, there are some hash algorithms and the bit lengths they use. It should be stated that the longer the hash value, which is the result of the algorithm, the less likely the hash values of the files whose hash values are calculated to overlap (to be equivalent), which will be discussed later.

MD-5	SHA-1	SHA-256	SHA-512	RIPEMD-160
128	160	256	512	160

After presenting the subject in detail, it would be appropriate to make a summary value application. As stated above, the size of the input is not important in the hash calculation. In this context, the input can be an entire disk, data on a disk, or a simple file or characters.

The MD5 summary values of the data that we have entered from a web site that could be easily accessed on the internet[54] and which have only 1 letter difference with each other but have serious differences in meaning, are given below. As can be seen here, even with 1 letter difference the summary value will be completely different from one antoher.

Input	**MD5 Hash Value**
Digital evidence is very important for proof.	51ab9405f3aabff67b57bcbf19c66b2f
Digital evidence iz very important for proof.	5079586472bbd41885f9971e52f836e6

IV. HASH COLLISIONS AND ITS CONSEQUENCES

The debate about the validity and reliability of algorithms used to get hash values has been made for a long time and different opinions are expressed in the literature on this issue. For example, in the case of the MD5 hash value, which has a length of 32 bits, opinions are divided under two views ,. According to the supporters of the first view, hashing with the MD5 method gives extremely reliable results. It is stated that, apart from controlled environments at least, it is not possible for the method to break and produce the same results for different bit strings. In fact, it has been stated by some authors that the MD5 hash value gives at least as valid and reliable results as DNA evidence. [55]

[54] https://md5.hesaplama.net/hesaplama.do, accessed 05 Aralık 2017.

[55] Warren G. Kruse / Jay G. Heise, Computer Forensic: Incident Response Essentials, 2002, s. 89.

The second opinion on this issue states that it is possible to create two overlapping summary values developed as a result of studies especially in Israeli and Chinese technology universities.[56]

Considering the possibility of hash value collision, it may be possible to produce the same hash value later by making additions on the obtained data. This, in turn, will cause the defense authority to argue that the digital data required for the proof of the material event is unreliable, and gives a way to be hesitant about the use of the said evidence in the judgment since there is a doubt on the authenticity of the said evidence.

First of all, it will be necessary to evaluate the probability of collision. Let's try to explain the issue with an example. During a search made within the scope of TCPC art. 134[57], let's assume that some data on the computer used by the suspect were sufficient to prove the crime charged by the Public Prosecutor's Office, and therefore the hash value was calculated first, the result of the hash value was given to the defense, and then a forensic copy was taken and kept. If some additions are made to the forensic copy in question later in the judicial custody or expert

---

[56] Eric Thompson, "MD5 Collisions and the Impact on Computer Forensics", Vol. 2, 2005, Digital Investigation, s. 36 (ss. 36 – 40); Alaeldin Mansour Safauq Maghaireh, Jordanian Cybercrime Investigations: A Comparative Analysis of Search for and Seizure of Digital Evidence, Thesis Submitted in Fulfilment of the Requirements for the Award of the Degree, University of Wollonong, 2009, s. 135.

[57] Searching, Copying and Seizure of Computers, Computer Programs and Files

Article 134 – (1) In the investigation conducted due to an offence, if there ise strong suspicion based on concrete evidecen and there are no other ways to obtain evidence, the judge or, where delay is prejudicial, the public prosecutor may deliver a decision to search, the computer, computer programs and files used by the suspecet and to take the image of computer records and to put into text such records after transcription. (Three sentences added on 25.7.2018 by the Law No. 7145 Art. 16) The decisions delivered by the public prosecutor shall be submitted to the approval of the judge within twenty-four hours and the judge shall render a decision within twenty-four hourse, at the latest. If the time expires or the judge decides otherwise, the images taken and transcribed texts shall be destroyed immediately.

(2) If computers, computer programs and files are inaccessible due to failure to decryption or hidden information is unreachable or the process would take a long time, such devices and tools may be seized for decryption and image taking purposes. Upon decryption of the code and taking the necessary images, the seized devices shall be returned without any delay.

(3) During the course of seizure of computers or computer files, a backup of all the data in the system shall be taken.

(4) A copy of the backup taken according to paragraph three shall be produced and given to the suspect or his/her representative and this procedure shall be registered in the records with signature.

(5) A copy of the entire data or some of the data in the system may be taken without seizing the computer or computer files. The data copied shall be written on paper, registered in the records and signed by the relevant parties.

examination and the hash value is calculated again, the same hash value will be considered as hash value conflict.

In the above-mentioned possibility, the credibility of the evidence will be shaken, and there will be hesitations by both the defense and the trial authorities. Therefore, it will be necessary to mention whether the possibility of collision is negligible. As stated in the statement in the introduction, there is never a certainty in science. Therefore, the possibility of collision in terms of hash values does not always indicate that the applied method is not scientific and causes forensic errors. What needs to be revealed is the mathematical ratio of the probability of the collision. In order to reveal this ratio, we have to start with some assumptions.

In terms of the trials held in our country after 15 July 2016 (due to coup attempt trials and membership in an armed terrorist organization), we would like to explain the issue by making probability calculations for the numerical material seized as evidence. In this context, let's assume that the number of people who have been sued is 100,000 and that 5 data medium (such as mobile phones, computers, portable memory) should be examined for each person. Accordingly, the probability of having the same summary values in 500.000 reviews, although they actually contain different data, is given in the table below. [58]

Algorithm	MD-5	SHA-1	SHA-256	SHA-512	RIPEMD-160
The Bit Number	128	160	256	512	160
The probability of collision (in 500.000 materials)	$3{,}673412 \times 10^{28}$	$8{,}552829 \times 10^{38}$	$1{,}079518 \times 10^{66}$	$9{,}322907 \times 10^{144}$	$8{,}552829 \times 10^{38}$

We can also add the following value to this probability. Let's take for granted that there are 1,000 files as system and user files on the seized devices in each investigation. In this case, we need to calculate the probability of hash conflict between 500,000,000 entries.

[58] The website http://davidjohnstone.net/pages/hash-collision-probability was used for the calculation and the probability of collision between the bit number of each algorithm and the material examined was examined.

Algorithm	MD-5	SHA-1	SHA-256	SHA-512	RIPEMD-160
The Bit Number	128	160	256	512	160
The probability of collision (in 500.000.000 material)	3.673419×10^{-22}	8.552847×10^{-32}	1.079521×10^{-60}	$9.322925 \times 10^{-138}$	8.552847×10^{-32}

The possibilities given above mean the following. The probability that the hash values of 500,000,000 different file inputs, taken from 500,000 data storage materials, are the same despite the change in the input data, are the numbers given in an increasing manner according to the number of bits of the algorithm. We can interpret this issue as follows, if there are 500,000,000 files in the digital material belonging to a person, the probability of two different files having the same summary value is as stated above.

V. CONCLUSION

The conclusion we will draw from here is, yes, since the hash values are mathematical formulas, there is a possibility of the same hash value in two different data inputs. However, these possibilities are not at a level to prevent the use of hash values that ensure the integrity of the data or to cast doubt on the evidence.

In addition, it is almost impossible that the hash values of the copied data storage devices (Hard disk, USB memory, etc.) will be the same as the hash value of the copied data storage device in another investigation or lawsuit. If two storage devices with the same hash value are detected, both devices should be subject to forensic investigation and explain why the hash values are the same. In the studies carried out to date; It is scientifically explained that the data storage devices that have the same hash value are either the same brand and model data storage device that has never been used, or they are a copy (clone) of each other.

Another issue is that the hash values of the files in the forensic copies are the same. This event applies to files in almost any forensic copy, since the hash values of standard files of operating systems will be the same. Examining and evaluating the content and metadata (metadata) information of the files with the same summary values is also a known and mostly done study in field of forensics.

REFERENCES

Aydın D, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Publications, Ankara, 2014.

Bıçak V, Suç Muhakemesi Hukuku, 4th Edition, Seçkin Publications, Ankara, 2018.

Casey Eoghan, "Reconstruction Digital Evidence", in: Crime Reconstruction, Edited by W. Jerry Chisum – Brent E. Turvey, 2006.

Centel N / Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14th Edition, Beta Publications, İstanbul, 2017.

Chisum W B / Turvey B E, Crime Reconstruction, Academic Press, 2007, s. XV.

Cumhur Ş, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi), Yetkin Publications, Ankara, 2001.

Daniel L / Daniel L, Digital Forensics for Legal Professionals Understanding Digital Evidence From The Warrant To The Courtroom, Syngress, USA, 2012.

Değirmenci O, "Bilgi Toplumunun Delil Türü: Sayısal Delil ve Bilimselliği", Vol. 9, No. 97, Terazi Law Journal, September, 2014, ss. 14 – 28.

Değirmenci O, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Publications, Ankara, 2014.

Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Preparing Digital Evidence for Courtroom Presentation, The National Center for Forensic Science, 2003, http:/www.ncfs.org/DE_courtroomdraft.pdf, accessed: 10.09.2011.

Doğan K, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo", Seçkin Publications, Ankara, 2016.

Erdem B/Işıtman N M, Basic Legal Documents of Turkish Criminal Law, Seçkin Publications, Ankara, 2021.

Eryılmaz A, Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil, HUKAB Publications, Ankara, 2013.

Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara, 2002.

Gedik D, Öğreti ve Yargısal İçtihatlar Işığında Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi (In Dubio Pro Reo), Adalet Publications, 2016.

Harrington M, "A Methodology for Digital Forensic", Vol. 7, 2004, T.M. Cooley J. Parc. & Clinical L.

Hoffman S, "An Illustration of Hashing and Its Effect on Illegal File Content in the Digital Age", Vol. 22, No. 4, Intellectual Property & Technology Law Review, April 2010, ss. 6 – 14.

Hoffmann M, "Arguing for Suppression of 'Hash' Evidence", May 2009, The Champion.

Hricik D, "The Transmission and Receipt of Invisible Confidential Information", http//www.hricik.com/eethics/Metadata1103.doc, accessed: 06 Ocak 2013.

http://thinkexist.com/quotes/susan_brenner/, accessed 01 February 2014.

https://md5.hesaplama.net/hesaplama.do, accessed 05 Aralık 2017.

Israel A, "To Scrub or Not to Scrub: The Ethical Implications of Metadata and Electronic Data Creation, Exchange, and Discovery, Vol. 60, 2009, Alabama Law Review.

Jekot W, "Computer Forensics, Search Strategies, and the Particularity Requirement", Vol. VII, Spriing 2007, Pittsburgh University Journal of Technology Law and Policy, https://doi.org/10.5195/tlp.2007.29.

Koca M, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", Vol. 1, Nu. 2, December 2016, Journal of Criminal Law, ss. 207 – 225.

Kruse W G/Heise J G, Computer Forensic: Incident Response Essentials, 2002.

Kunter N, Ceza Muhakemesi Hukuku, Revised and Enhanced 4th Edition, İstanbul, 1970.

Larkin J E D, "Compelled Production of Encrypted Data", Vol. 14, Number 2, Winter 2012, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, ss. 253 – 278.

Maghaireh A M S, Jordanian Cybercrime Investigations: A Comparative Analysis of Search for and Seizure of Digital Evidence, Thesis Submitted in Fulfilment of the Requirements for the Award of the Degree, University of Wollonong 2009.

Mendel F/Pramstaller N/Rechberger C/Kontak M/Szmidt J, "Cryptanalysis of the GOST Hash Function", in: CRYPTO 2008, LNCS 5157 (Ed. D. Wagner), Springer 2008, ss. 162 – 178.

Nedir Bu Adli Bilimler/Kimdir Bu Adli Bilimciler, Adli Bilimciler Derneği Yayını, Ankara, 2019.

Newby T/Schwarz J M, "Rethinking The Storage of Computer Evidence", UNAFEI Resource Material Series No. 79, December 2009, Tokyo.

Robinton L R, "Courting Chaos: Conflicting Guidance from Courts Highlights The Need for Clearer Rules to Govern the Search and Seizure of Digital Evidence", Vol. 12, 2010, Yale Journal of Law and Technology, ss. 311 – 147.

Roxin C, "İspat Hukukunun Esasları", Translator Yener Ünver, Y. 4, No. 8, Fall 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 265 – 289.

Schuck C M, "A Search for the Caselaw to Support the Computer Search 'Guidance' in United States v. Comprehensive Drug Testing", Vol. 16, No. 2, 2012, Lewis & Clark Law Review, ss. 741 – 781.

Selçuk S, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", Vol. 19, No. 2, 2013,

Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, ss. 319 – 361.

Sommer P, "Downloads, Logs and Captures: Evidence from Cyberspace", Vol. 5, Journal of Financial Crime.

Sutton D, "Computer Forensics and Child Pornography Investigations", Vol. 2, 2011, Stevenson University Forensics Journal.

Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku – II, Revised and Updated 8th Edition, Seçkin Publications, Ankara, 2019.

Thompson E, "MD5 Collisions and the Impact on Computer Forensics", Vol. 2, 2005, Digital Investigation, ss. 36 – 40.

Tosun Ö, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Vol.:1, İstanbul, 1984.

Türkbağ A U, "Hukuka Gerçekçi Eleştirel Bakış: Hukuk Sosyolojisi", Issue 16, 2008/1, Sosyoloji Dergisi, 3rd Series, s. 43 – 54.

Uzunay Y/Koçak M, "Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller", Academic Informatics Conference, Gaziantep, February 2005.

Yayla M, Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, Seçkin Publications, Ankara, 2016.

ÖZEL GÜVENLİK GÖREVLİSİ OLABİLMENİN ŞARTLARI VE BU KİŞİLERİN CEZA MUHAKEMESİ BAKIMINDAN YETKİ VE SORUMLULUKLARI*

Conditions for Being a Private Security Officer and the Authorities and Responsibilities of These Persons in Terms of Criminal Procedure

Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ**
Araştırma Görevlisi Numan DOĞAN***

Öz: Özel güvenlik görevlisi, 5188 sayılı "Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun"a dayalı olarak çıkarılan Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 4. maddesinde, "Kanun kapsamında özel koruma ve güvenlik hizmetini yerine getirmek amacıyla istihdam edilen kişiler" şeklinde tanımlanmıştır. Çalışmamızda ilk önce özel güvenlik görevlisi olabilmenin şartları değerlendirmeye alınacaktır. Bu kapsamda 5188 sayılı Kanun 10. maddesinde özel güvenlik görevlisi olabilmenin şartları sayılmıştır. Özel güvenlik görevlisi olabilmesi için aranan olumlu birtakım şartların yanında, belli suçlardan hüküm giyenlerin özel güvenlik görevlisi olamayacakları da belirtilmiştir. Söz konusu hüküm, 680 sayılı KHK 69. maddesi ile değiştirilerek özel güvenlik görevlisi olabilmesinin şartları daha da ağırlaştırılmıştır. Bununla birlikte bu hüküm ve hükümde yapılan değişiklikler de incelenmeye alınacaktır. Söz konusu değişikliğin ceza hukukuna hâkim olan ilkeler karşısındaki durumunun değerlendirilmesinin gerekli olduğunu düşünmekteyiz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.164'te, kimlerin adli kolluk görevlisi sayılacağı belirtilmiştir. Düzenlemede özel güvenlik görevlilerinin sayılmaması nedeniyle özel güvenlik görevlilerinin adli kolluğa yardımcı kişiler olduğunu söyleyebiliriz. Zira gerek 5188 sayılı Kanunda gerekse de bu kanuna dayalı olarak çıkarılan yönetmelikte özel güvenlik görevlilerinin ceza muhakemesine ilişkin birtakım yetkileri kullanabileceği belirtilmektedir. Çalışmamızda bu kişilerin yetkilerinin sınırlarının neler olduğu belirlenmeye çalışılacaktır. 5188 sayılı Kanun m.23'te özel güvenlik görevlilerinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı; ikinci fıkrasında ise özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenlerin kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Mevzuatımızda yer alan bu tarz ifadelerin ne anlama geldiğinin de incelemeye tabi tutulması gereklidir. Bu hüküm doğrultusunda gerek özel güvenlik görevlilerine karşı suç işlenmesi gerekse de özel güvenlik görevlilerinin suç işlemesi durumu değerlendirmeye alınacaktır.

Anahtar kelimeler: Özel Güvenlik Görevlisi, Ceza Muhakemesi, Yetki, Sorumluluk, Kamu Görevlisi.

Abstract: The private security officer is defined as persons employed to fulfill private protection and security services within the scope of the law in Article 4 of the "Regulation on the Implementation of the Law on Private Security Services", issued based on the "Law on Private Security Services" numbered 5188. In our study, first of all, the conditions of being a private security officer will be evaluated. In this context, the conditions of being a private security officer are counted in the Article 10 of the Law No. 5188. In addition to some positive conditions sought to be a private security officer, the provision also stated that those convicted of certain crimes cannot be private security officers. The said provision was amended with the provision of 680 numbered Legislative Decree Law Article 69 and the conditions of being a private security officer were made more severe. In addition to this provision in question and the changes made will also be examined. We think it is necessary to evaluate the situation of the said amendment against the principles that rule the criminal law. Article 164 of the Criminal Procedure Code numbered 5271, it is stated who will be considered as judicial law enforcement officers. Since the private security officers are not counted in the regulation, we can say that the private security officers are the people who assist the judicial police. Because it is stated in both the law numbered 5188 and the regulation issued based on this law that private security officers can use certain authorization regarding the criminal procedure. In our study, we will try to determine what the limits of the authorization of these people are. According to Article 23 of Law No. 5188, private security officers will be punished like a public officer for the crimes they commit in connection with their duties; In the second paragraph, it is regulated that those who commit crimes against private security officers due to their duties will be punished as if they committed a crime against a public officer. The meaning of such expressions in our legislation should also be examined. In line with this article, both the commission of crimes against private security officers and the crime of private security officers will be evaluated.

Keywords: Private Security Officer, Criminal Procedure, Authorization, Responsibilities, Public Officer.

* Çalışma, 8-9 Ocak 2021 tarihlerinde düzenlenen 5. Uluslararası Zeugma Bilimsel Araştırmalar Kongresinde sunulan bildiriye dayanmaktadır.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ahakkas@erciyes.edu.tr, Araştırma Görevlisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0002-8588-4997, numan.dogan@erciyes.edu.tr

*** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, numan.dogan@erciyes.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8588-4997,

Makale Geliş Tarihi: 14.09.2022, Makale Kabul Tarihi: 02.12.2022

GİRİŞ

Güven, insanların toplumlar halinde yaşamasının bir şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplum içerisinde güvenlik, bireysel çabaların ötesinde devlet eliyle sağlanmaktadır. Güvenliğin sağlanması gereken alanın fazlalığı, coğrafi konum ve toplumsal olaylar gibi sebeplerin etkisi ile özel güvenlik görevlilerine ihtiyaç duyulmuştur[1]. Güvenlik ihtiyacının sağlanmasında özel güvenlik görevlerinin konumuna adli kolluk bakımından hukuki düzenlemelerde açıkça yer verilmemiştir. Zira 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu[2] (CMK) m.164/1'de adli kolluğun *"4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12. maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7. maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4. maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini"* ifade ettiği hüküm altına alınmıştır. Adli Kolluk Yönetmeliğinde[3] de adli kolluk ile ilgili bir tanıma yer verilmemiş; söz konusu yönetmelik m.3/l'de CMK'ya paralel bir şekilde kimlerin adli kolluk görevlisi olarak nitelendirileceği sayılmakla yetinilmiştir. Ne CMK'da ne de Adli Kolluk Yönetmeliğinde adli kolluk hakkında bir tanım yapılmamış olsa da her iki düzenlemede ortak olan husus, özel güvenlik görevlilerinin adli kolluk görevlisi olarak zikredilmemiş olmasıdır. 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un[4] "Amaç" başlıklı birinci maddesine göre Kanunun amacının, "*kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyette özel güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin esas ve usulleri belirlemek"* olduğu hüküm altına alınmıştır. Hükümden de yola çıkarak denilebilir ki, özel güvenlik görevlileri, Devletin kolluk kuvvetlerine yardımcı olan ve destek sağlayan kişilerdir[5]. Öğretideki bir görüş özel güvenliği şu şekilde tanımlamıştır: "*Özel güvenlik, bağlı olduğu kuruluşu korumak ve güvenliğini sağlamakla görevli ve yetkileri görevli oldukları süre ve görev alanları ile sınırlı, kamu güvenliğinin sağlanmasında tamamlayıcı rolü olan bir kolluk gücüdür"*[6]. Kamu güvenliğini sağlama görevi yönüyle özel güvenlik görevlilerinin yetki ve sorumluluklarının çerçevesinin ve adli kollukla ilişkisinin ortaya konulması bu konudaki belirsizlikleri de bertaraf edecektir.

---

1 Süheyla Zorlu, Özel Güvenlik Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.34.

2 RG, 17.12.2004, S. 25673.

3 RG, 01.06.2005, S. 25832.

4 RG, 26.06.2004, S. 25504.

5 Cem Ayaydın, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", S. 2, 2004, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erdem Kuntalp'e Armağan, s. 123.

6 Oktay Bahadır/İsmail Turgut Kıldan, "Özel Güvenlik Görevlilerinin Zor Kullanma Yetkisi", S.3, 2013, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 276.

Çalışma ile özel güvenlik görevlilerine görevleri sebebiyle verilen yetki ve sorumluluklarının ortaya konulmasının yanı sıra özel güvenlik görevlisi olabilmesinin şartları da incelenecektir. 5188 sayılı Kanun m.10 ve m.11'de özel güvenlik görevlisi olabilmesinin şartları sayılmış; m.7 ve m.8'de ise özel güvenlik görevlilerinin yetkileri sayılmıştır. Keza aynı yönde Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği[7] m.21'de özel güvenlik görevlilerinin kontrol yetkileri düzenlenmiştir. Kanun ayrıca m.23'te özel güvenlik görevlilerinin işlemiş oldukları suçlar açısından kamu görevlisi gibi cezalandırılacağını; bu kişilere karşı görevleri dolayısıyla işlenen suçların da kamu görevlisine karşı işlenmiş olduğunu kabul etmiştir. Çalışmamızda kanun hükümlerine paralel bir şekilde ilk başta özel güvenlik görevlisi olabilmesinin şartları değerlendirildikten sonra özel güvenlik görevlilerinin yetkileri konusu üzerinde durulacak ve nihayetinde bu kişilere karşı işlenen suçlar ve bu kişilerin işledikleri suçlardan sorumlulukları değerlendirilecektir.

I. ÖZEL GÜVENLİK GÖREVLİSİ OLABİLMENİN ŞARTLARI

Özel güvenlik görevlisi, bağlı olduğu kuruluşu korumak ve güvenliğini sağlamakla görevli ve yetkisi de görevli olduğu süre ile sınırlı olan, kamu güvenliğini sağlamada genel kolluk kuvvetlerine yardımcı bir rol üstlenen kolluk gücüne denir[8]. 5188 sayılı Kanun m.10'da özel güvenlik görevlisi olarak çalışılabilmesi için birtakım şartların yerine getirilmesinin gerektiği belirtilmiştir. Bu şartların daha yakından incelenmesi, konunun anlaşılabilmesi açısından önemlidir.

A. VATANDAŞLIK

5188 sayılı Kanun m.10/1-a'da özel güvenlik görevliliği için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak gerektiği düzenlenmiştir. O halde özel güvenlik görevlisi olarak çalışma başvurusu anında Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı olmak yeterlidir. Zira 5188 sayılı Kanun m.11'de, *"özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilecekler ile özel güvenlik şirketlerinde, alarm izleme merkezlerinde ve özel güvenlik eğitimi verecek kurumlarda kurucu ve/veya yönetici olarak çalışacaklar hakkında valilikçe güvenlik soruşturması"* yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Soruşturma sonucu olumlu olanlara, bu Kanun m. 14'te belirtilen özel güvenlik temel eğitimini başarıyla bitirmiş olmak şartıyla, valilikçe çalışma izni verilir. Dolayısıyla valilikten özel güvenlik görevlisi çalışma izni talep edilirken, özel güvenlik görevlisi olarak çalışacak kişinin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması gerekir. Vatandaşlığın nasıl kazanıldığının ise herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda vatandaşlığı doğum yoluyla kazananların yanında; sonradan Türk Vatandaşlığını kazanan kişiler de

7 RG, 01.06.2005, S. 25832.

8 Bahadır/Kıldan, s. 276.

özel güvenlik görevlisi olabilirler[9]. Ancak özel güvenlik görevlileri, mesleklerini icra ederken Türk Vatandaşlığını kaybedebilirler[10]. Bu durumda nasıl hareket edileceği de açıklığa kavuşturulmalıdır.

Özel güvenlik görevlisi olabilme şartlarından herhangi birini sonradan kaybettiği tespit edilen kişilerin kimlik kartları iptal edilir (5188 sayılı Kanun m.11/3). Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik[11] m.56'da vatandaşlığı kaybettirilen kişinin, nüfus kaydının kapatılıp alınan kaybettirme kararının ilgili kurumlara bildirileceği düzenlenmiştir. Keza kaybettirilme kararı Resmi Gazete'de de yayımlanmaktadır. Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik[12] m. 43'te *"Bakanlık (İçişleri Bakanlığı) ve valilikler, Kanun ve yönetmelik hükümlerinin yerine getirilip getirilmediğini, yasak uygulama ve davranışların bulunup bulunmadığını ve amaç dışında faaliyet gösterilip gösterilmediğini tespit etmek amacıyla, özel güvenlik şirketlerini, alarm izleme merkezlerini, özel güvenlik birimlerini ve özel eğitim kurumlarını her zaman denetleyebilir".* Personelin çalışma izinlerinin geçerli olup olmadığı da denetim kapsamındadır (5188 sayılı Kanun Yön. m. 44). Nihayetinde vatandaşlığın kaybedildiğinin gerek kurumlara yapılan bildirimlerle gerek resen gerekse de denetimler vasıtasıyla tespit edilmesi halinde özel güvenlik görevlisinin kimliği iptal edilecektir. Doğaldır ki, kimliği iptal edilen bir kimsenin özel güvenlik görevlisi olarak çalışması söz konusu değildir.

Özel güvenlik görevlilerinin Türk vatandaşları arasından seçilmesi bir zorunluluk iken yabancı kişilerin Türkiye'de özel güvenlik şirketi kurması veya yurt dışındaki özel güvenlik şirketlerinin Türkiye'de

---

9 Türk Vatandaşlığının kazanılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gülin Güngör, Tabiiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 61 vd; ayrıca bkz. Vahit Doğan, Türk Vatandaşlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 42 vd.

10 Özel güvenlik görevlileri Türk Vatandaşlığını kaybetmenin yanında kendi istekleri ile de Türk Vatandaşlığından çıkmış olabilirler. Vatandaşlıktan çıkmanın sonucu olarak kişi, Türk Vatandaşı statüsünü kaybeder. Ancak Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 28'de doğumla *"Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin ve üçüncü dereceye kadar olan altsoylarının, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam"* edebileceği hüküm altına alınmıştır. Maddede belirtilen istisnalar "*seçme-seçilme, muafen araç veya ev eşyası ithal etme*", bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunma haklarıdır. Devamında bu kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilecekleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu kişilerin işçi statüsünde olan özel güvenlik görevlisi olarak çalışabilmesinin önünde bir engel olmadığını düşünmekteyiz. Zira 5188 sayılı Kanun m. 23'ün mefhumu muhalifinden, özel güvenlik görevlilerinin aslında kamu görevlisi olmadıkları, bu kişilerin sadece işledikleri suçlarda ve bu kişilere karşı işlenen suçlardan dolayı kamu görevlisi sayıldıkları sonucunu çıkarmak gerekir.

11 RG, 06.04.2010, S. 27544.

12 RG, 07.10.2004, S. 25606.

faaliyette bulunabilmesi mütekabiliyet şartına bağlıdır (5188 sayılı Kanun m. 5/2). Bu şart özel güvenlik kuruluşlarında eğitici olarak çalışmak isteyen yabancı kişiler için de geçerlidir. (5188 sayılı Kanun Yön. m. 11). Her ne kadar yabancı şirketler Türkiye'de özel güvenlik şirketi olarak faaliyet gösterebilirse de bu şirketler bünyesinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışacak kişilerin de Türk Vatandaşı olması gerektiği açıktır.

B. EĞİTİM

Özel güvenlik görevlisi olarak çalışacak kimsenin asgari bir eğitim almış olması gereklidir. 5188 sayılı Kanunda özel güvenlik görevlileri silahlı ve silahsız olarak ayrıldıkları için eğitim durumlarında da bir farklılık oluşturulmuştur. Buna göre, *"silahsız olarak görev yapacaklar için en az sekiz yıllık ilköğretim veya orta okul; silahlı olarak görev yapacaklar için en az lise veya dengi okul mezunu olmak"* gerekmektedir (5188 sayılı Kanun m. 10/1-b).

Söz konusu eğitim düzeyine sahip olan kişiler, doğrudan özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilemezler. Bu kişilerin özel güvenlik temel eğitimini de başarı ile tamamlamaları gereklidir. *"Özel güvenlik temel eğitimi teorik ve pratik eğitim ile silah eğitiminden oluşmak üzere yüz yirmi ders saatinden; yenileme eğitimi altmış ders saatinden az olmamak üzere düzenlenmelidir."* (5188 sayılı Kanun m. 14/1). *"Söz konusu eğitim İçişleri Bakanlığınca verilebileceği gibi, Bakanlıktan faaliyet izni alan özel eğitim kurumlarınca da verilebilir."* (5188 sayılı Kanun m. 14/2). Özel güvenlik görevlisinin silahlı olup olmaması da temel eğitim ders saatinin değişiklik göstermesini sonuçlar. *"Buna göre, özel güvenlik eğitimine alınan adaylar asgari yüz yirmi saatlik eğitime tabi tutulur. Programın yirmi saati silah ve atış eğitimine ayrılır. Ateşli silah taşımayacak özel güvenlik görevlilerinin silah ve atış eğitimini alması zorunlu değildir."* (5188 sayılı Kanun Yön. m. 33).

Temel eğitimde özel güvenlik görevlilerinin almaları gereken dersler 5188 sayılı Kanun Yön. Ek 11'de gösterilmiştir. Buna göre özel güvenlik görevlisi olacak kişiler *"özel güvenlik hukuku ve kişi hakları, güvenlik tedbirleri, güvenlik sistem ve cihazları, temel ilk yardım, yangın güvenliği ve tabii felaketlerde müdahale tarzı, uyuşturucu madde bilgileri, etkili iletişim, kalabalık yönetimi, kişi koruma, genel kollukla ilişkiler, silah bilgisi ve atış derslerini"* almalıdır.

Temel eğitimi almış olan özel güvenlik görevlileri beş yılda bir yenileme eğitimine tabi tutulur. Özel güvenlik yetki belgesi alan kişilerin yenileme eğitimine tabi tutuluyor olması oldukça isabetli olmuştur. Zira bu sayede mesleği bir şekilde icra eden, ancak özel güvenlik görevlisi olamayacak kişilerin sistem dışına çıkarılabilmesi imkanı mevcuttur. Yenileme eğitimi altmış ders saatinden oluşur. Bunun on ders saati silah ve atış bilgisine ayrılır. Yönetmelikte her ne kadar silahsız özel güvenlik görevlilerinin temel eğitimde silah ve atış eğitimini almaları zorunlu değilse de bu husus yenileme eğitiminde öngörülmemiştir. Dolayısıyla

ister silahlı ister silahsız olsun, bütün özel güvenlik görevlilerinin on saatlik silah ve atış bilgisine ilişkin dersi almaları zorunludur şeklinde bir yorum yapılabilir. Kanaatimizce, nasıl ki ateşli silah taşımayacak özel güvenlik görevlilerinin silah ve atış eğitimini alması zorunlu değilse, bu durum yenileme eğitimi için de geçerlidir. Dolayısıyla ateşli silah taşımayacak özel güvenlik görevlileri her beş yılda bir elli saatlik yenileme eğitimine tabi tutulur.

C. YAŞ

5188 sayılı Kanunda silahsız güvenlik görevlilerinin on sekiz yaşını doldurmuş olmaları şart koşulurken; silahlı özel güvenlik görevlisinin kaç yaşında olması gerektiğine ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Ancak 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkındaki Kanun[13] kişilerin 21 yaşını ikmal etmeleri durumunda silah ruhsatına başvurabileceklerini düzenlediğinden silahlı özel güvenlik görevlisinin de 21 yaşını ikmal etmesi gerektiği sonucuna ulaşmamız gerekir.

D. MAHKÛMİYET DURUMU

Özel güvenlik görevlisi olabilmesi için kişinin kanunda belirtildiği tarzda bir mahkumiyetinin bulunmaması gerekir. Buna göre, Türk Ceza Kanunu[14] (TCK) m. 53'te belirtilen süreler geçmiş veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile; *"1) Kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olmamak. 2) Affa uğramış olsa bile[15] Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık ve fuhuş suçlarından mahkûm olmamak. 3) Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarından dolayı hakkında devam etmekte olan bir soruşturma[16] veya kovuşturma bulunmamak"* (5188 sayılı Kanun m. 10/1-d).

---

13 RG, 15.07.1958, S. 8458.

14 RG, 12.10.2004, S.25611.

15 Maddede geçen "affa uğramış olsa bile" ifadesinin sadece özel affa ilişkin olduğunu söylemek gerekir. Zira TCK m. 65/1 hükmünde *"genel af halinde kamu davasının düşeceği, hükmolunan cezaların bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkacağı"* hüküm altına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Hulusi Akkaş, Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları), Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 183 vd.

16 5271 sayılı CMK m. 2/1-e'de *"soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade etmektedir."* Bu hükme

TCK'nın öngördüğü sistemde hak yoksunluğu kural olarak kasten işlenen bir suçtan dolayı kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı süresiyle sınırlı tutulmuştur. Bu düşünceye paralel olarak TCK m. 53/2'de de kişinin (kasten) işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar (TCK m. 53/1'de belirtilen) bu hakları kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Zira bir kişinin işlediği suçtan dolayı mahkûm olduğu cezanın infazıyla gerçekleştirmiş olduğu kötülüğün karşılığını gördüğü, toplumun kendisine karşı kaybetmiş olduğu güveni yeniden kazandığı ve ıslah olduğu kabul edilmektedir[17]. Bu nedenle, kural olarak mahkûm olunan cezanın infazından sonra devam eden bir hak yoksunluğu yaptırımın uygulanmasına gerek görülmemiştir. Kural, cezanın infazı süresiyle sınırlı bir hak yoksunluğu ise de belli hâllerde cezanın infazından sonra belli süre geçerli olacak şekilde hak yoksunluğu söz konusu olabildiği gibi (TCK m. 53/5-6), kanunlarda belli suçlardan mahkûm olanların herhangi bir süre sınırlaması öngörülmeksizin belli görevleri üstlenemeyeceklerinin kabul edildiği görülmektedir[18]. Yukarıda da belirtildiği üzere 5188 sayılı Kanun m. 10/1-d de istisna teşkil eden düzenlemelerden birisidir. Buna göre, belli haklardan yoksunluğa ilişkin TCK m. 53'te belirtilen süreler geçmiş olsa bile *"kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı*

---

paralel olarak CMK m. 158/1'de *"suça ilişkin ihbar veya şikayetin Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabileceği"* hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla soruşturma evresindeki yetkili makamların kolluk ve Cumhuriyet Başsavcılığı olduğu, bunlara yapılan ihbar veya şikayetle soruşturmanın başladığını kabul etmek gerekir. Ancak CMK m. 158/6 hükmü ile Cumhuriyet savcısının soruşturmaya yer olmadığı kararı verebilmesine imkan tanınmıştır. Buna göre, *"ihbar ve şikayet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar veya şikayetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir."* Bu hüküm karşısında artık Cumhuriyet savcılığına veya kolluğa yapılan her ihbar veya şikayetin özel güvenlik görevlisi olabilmesine engel teşkil etmemesi, en azından fiili olarak bu kişi hakkında soruşturmaya yer olmadığı kararının verilip verilmeyeceğinin beklenmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

[17] İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17 Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.771.

[18] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 48/A/5; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 6; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 5/1-a hükümleri bu duruma örnek gösterilebilir. Kanaatimizce böyle bir engelin milletin temsil makamında olan kişiler yani milletvekilleri veya kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözecek olan hakimler ve bunun yanında savcılar için kabul edilebilirken, birçok meslek grubu veya görev için böyle bir istisnanın getirilmesi insanların sosyal yaşantısını olumsuz şekilde etkiler.

değerlerini aklama, kaçakçılık veya fuhuş suçlarından mahkûm" olan kişiler özel güvenlik görevlisi olamazlar. 5188 sayılı Kanun m. 10/1-d hükmü, 6.1.2017 tarih ve 680 sayılı KHK m. 69 ile değiştirilmiş, söz konusu KHK 1.2.2018 tarih ve 7072 sayılı Kanun m. 68 hükmü ile aynen kabul edilmiştir. Dolayısıyla 5237 sayılı TCK'nın yürürlük tarihi olan 01.06.2005'ten önce yürürlüğe giren 5188 sayılı Kanun'un, önceki kanun olduğu yönünde de bir yorum yapılmasının önüne geçilmiş olduğunu düşünmekteyiz.

Kişi hakkında mahkumiyet hükmünün bir sonucu olarak özel güvenlik görevlisi olamayacağı haller bakımından Adli Sicil Kanunu[19] m.13/A'da düzenlenen yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumuna da değinmek gerekir. Zira m.13/A-1'e göre "*"5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir."* Kişi, özel güvenlik görevlisi olmak için başvuru yapmadan önce şartlarını[20] sağlaması halinde yasaklanmış hakların geri verilmesi için talepte bulunabilir. Talep neticesinde yasaklanmış hakların geri verilmesine karar verilmesi halinde kişi hakkında verilen önceki mahkumiyet hükmünün özel güvenlik görevlisi olmasına engel teşkil edip etmeyeceği önem arz etmektedir. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu ileriye etki doğurmakta ve yeni bir durum ortaya koymaktadır[21]. Hakkında yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı verilen kişi, ıslah olduğunu ve değiştiğini ispat etmiştir. Bu nedenlerle kişinin yasaklanmış haklarının geri verilmesi halinde önceki mahkumiyet hükmünün özel güvenlik görevlisi olmasına engel teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

Kişi hakkında bir ceza soruşturmasının veya kovuşturmasının yürüyor olması, bu kişinin özel güvenlik görevlisi olarak çalışmasına kural olarak engel teşkil etmez. Ancak kanun koyucu m. 10/1-d-3 hükmünde belirli suçlardan dolayı bir soruşturmanın yürütülüyor olmasını dahi özel güvenlik görevlisi olabilmesine engel olduğunu hükme bağlamıştır. Buna göre özel güvenlik görevlisinin veya özel güvenlik görevlisi olacak kişinin, *"Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarından dolayı hakkında devam etmekte olan bir soruşturma veya kovuşturma"* bulunmamalıdır. Ancak yürütülen bu soruşturma sonucunda kişi hakkında CMK m. 172 gereğince

---

19 RG, 01.06.2005, S. 25832.

20 Yasaklanmış hakların geri verilmesi için; *"Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla, a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması, b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, gerekir."*

21 Akkaş, s.257.

kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilip bu kararın kesinleşmesi halinde kişi özel güvenlik görevlisi olabilecektir. Kovuşturma sonunda verilen hükmü ise ayrı bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekir. Şayet kişi kovuşturma sonunda kasıtlı bir suçtan mahkumiyeti bulunsa bile, eğer verilen ceza özel güvenlik görevlisi olunmasına engel değilse, bu kişinin özel güvenlik görevlisi olabilmesi mümkündür.

Mahkûmiyet durumu ile ilgili ortaya çıkan önemli sorunlardan birisi de hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen kişinin özel güvenlik görevlisi olup olamayacağı, güvenlik görevlisi iken bir suç işleyen ve bu suçtan dolayı hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen kişinin görevine devam edip edemeyeceğidir. Bu hususa ilişkin olarak 680 sayılı KHK'nın 69. maddesi ile 5188 sayılı Kanunun 10. maddesinin birinci fıkrasının "d" bendi değiştirilmiş ve hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilenlerin de özel güvenlik görevlisi olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca özel güvenlik görevlisi olmadan hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olanların dahi özel güvenlik görevlisi olamayacakları sonucuna ulaşılır[22].

[22] Anayasa Mahkemesi de somut norm denetimi suretiyle önüne gelen bir uyuşmazlıkta kanunun, bazı suçlardan haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olanların da özel güvenlik görevlisi olamayacağına ilişkin 5188 sayılı Kanun m. 10/1-d hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Kararın konumuzu ilgilendiren kısmı şu şekildedir: *"Kuralın yer aldığı bentte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında hangi cezaların ve suçların özel güvenlik görevinin yerine getirilmesine engel oluşturduğu açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. Maddesinin (5) ile (14) numaralı fıkralarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hangi şartlarda verileceği, muhtevası, nasıl uygulanacağı, hangi suçlarla ilgili olarak bu kararın verilemeyeceği açık ve net biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kuralın, belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu ve bu yönüyle kanunilik şartını taşıdığı anlaşılmaktadır... Kural uyarınca özel güvenlik görevlisi olmaya engel durum, kasten işlenen en az bir yıllık hapis cezasına ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile süresi ne olursa olsun devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık ve fuhuş suçlarına konu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarıdır. Bu bağlamda miktarı ne olursa olsun adli para cezasına veya süresi ne olursa olsun taksirli suçlara ya da anılan suçlardan olmayıp kasten işlenen diğer suçlardan bir yıldan az hapis cezasına konu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları özel güvenlik görevlisi olmaya engel teşkil etmeyecektir... Kural, haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş kişilere herhangi bir ceza uygulanmasını öngörmemekte; yalnızca özel güvenlik görevini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartlardan birini, başka bir deyişle bu hizmeti yürütecek kişilerde bulunması gereken niteliklerden birini hükme bağlamaktadır. Nitekim kanun koyucu, anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla güvenlik hizmetlerini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartları belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu itibarla kanun koyucunun anılan takdir yetkisi kapsamında öngördüğü*

Özel güvenlik görevlisi olarak çalışmakta iken yargılaması devam eden ve bu yargılama sonucunda hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen kişilerin durumunun ne olacağı hususu tartışmalıdır. Zira hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenlendiği CMK m. 231/10'da denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşürülmesine karar verileceği belirtilmiştir. Hükmün ortadan kaldırılacak olması, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen özel güvenlik görevlisinin görevine devam edebileceği yorumunun yapılmasına neden olabilir. Ancak çalışma iznini düzenleyen 5188 sayılı Kanunun 11. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü 680 sayılı KHK'nın 70. maddesi ile değiştirilmiş ve yeni düzenlemeye göre, yönetici ve özel güvenlik görevlisi olabilme şartlarını taşımadığı veya bu şartlardan birini sonradan kaybettiği tespit edilenlerin kimliğinin iptal edileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla görevi esnasında işlediği bir suçtan dolayı hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen özel güvenlik görevlisinin, bu kararın kesinleştiği andan itibaren özel güvenlik görevlisi olarak çalışamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Ancak şu hususa da işaret etmek gerekir ki, söz konusu düzenlemeler kişinin hakkında bir mahkûmiyet hükmünün veya hükmün açıklanması kararının kesinleşmesi ile hüküm ve sonuç doğurur. Dolayısıyla haklarında verilen karar veya hüküm kesinleşinceye kadar bu kişilerin özel güvenlik görevlisi olarak çalışmasının önünde bir engel yoktur.

Son belirtilen hususun silahsız olarak görev yapan özel güvenlik görevlilerine ilişkin olduğunu belirtmek gerekir. Zira 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkındaki Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin[23] 16. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, bu madde kapsamında sayılan fiillerden dolayı yargılanması devam eden şahısların ruhsat verilme ve yenileme işlemleri, yargı kararı kesinleşinceye kadar durdurulur. Yargılama sonucuna kadar silah ilgili birimce emanete alınır. Dolayısıyla yönetmeliğin 16. maddesi kapsamında bir suçtan yargılanan özel güvenlik görevlisinin silahının ilgili birimce emanete alınacak olmasından dolayı, bu kişinin silahlı güvenlik görevlisi olarak çalışması da mümkün değildir. Bu kişiler bu süre zarfında talepleri olması halinde ise silahsız özel güvenlik görevlisi olabilirler.

Görevleri esnasında işledikleri iddia edilen bir suçtan dolayı haklarında yargılama yapılan özel güvenlik görevlileri ile ilgili nasıl hareket edileceği sorusu, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan Özel

---

kuralın masumiyet karinesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır". Anayasa Mahkemesi, E: 2021/30, K: 2021/82, T: 04.11.2021, (RG, 24.02.2022, S.31760)

[23] RG, 01.06.1991, S. 20888.

Güvenlik Hizmetleri Genelgesinde[24] cevaplanmıştır. Buna göre, kişiye özel güvenlik çalışma izni verildikten sonra bu kişinin fiilen özel güvenlik görevlisi olarak çalışmakta iken devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar ile organize suç kapsamında bir suç işlemesi hâlinde, kimlik kartına geçici olarak el konularak özel güvenlik görevlisi olarak çalışmaya devam etmesine izin verilmeyecektir. Yargılama neticesinde haklarında beraat dışında bir hüküm kurulması hâlinde el konulan özel güvenlik görevlisi kimlik kartları ve çalışma izinleri iptal edilecek, beraat etmeleri hâlinde ise kimlik kartları kendilerine iade edilecektir. Bunun haricinde, diğer suçlardan yargılanmaya başlayan kişilerin ise tutukluluk hâli hariç olmak üzere yargılama sürecinde çalışma izinlerinin durdurulması gerekmemektedir. Yargılama sonucunda özel güvenlik görevlisi olmalarına engel bir hüküm kurulması hâlinde, çalışma izinleri iptal edilecektir.

Görevi esnasında suç işlediği iddia edilen güvenlik görevlisinin silahlı olması durumunda ise nasıl hareket edileceği yine genelgede belirtilmiştir. Bu güvenlik görevlisi, yargılama süresi boyunca silahını ilgili birimde emanete bırakmak zorundadır. Dolayısıyla silahlı özel güvenlik görevlisi olarak çalışmakta olan bir kişinin 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkındaki Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 16. maddesi kapsamında bir suç işlemesi durumunda, silahlı özel güvenlik görevlisi kimlik kartına geçici olarak el konulacak, talebi olması hâlinde çalışma izni silahsıza çevrilecektir. Bu kişinin yargılama sonucunda silahlı çalışma izni almasına engel bir hüküm kurulmaması durumunda, geçici olarak el konulan özel güvenlik görevlisi kimlik kartı iade edilecek, ancak Kanunun 10. maddesinin "d" bendinde belirtilen şartlar ve süreleri geçmemek kaydıyla, bir hüküm kurulması hâlinde ise silahlı olan kimlik kartı silahsıza çevrilecektir.

Özel güvenlik görevlilerinde aranan şartlardan herhangi birisinin kaybedilmesi hâlinde, çalışma izninin iptal edilecek olmasından dolayı (m. 11), haklarında yukarıda belirtilen suçlardan kurulan mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği kişiler, hükmün kesinleşmesinden önce göreve başlamış olsalar bile, özel güvenlik görevlisi olarak çalışmaya devam edemezler.

E. SAĞLIK DURUMU

Özel güvenlik görevlilerinin ifa ettikleri görev gereği fiziki ve ruhi sağlıkları yerinde olmalıdır. Bu kapsamda 5188 sayılı kanun m. 10/1-f'de özel güvenlik görevlilerinin, *"görevin yapılmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı ile engelli bulunmaması"* bir şart olarak belirtilmiştir. Kişinin

[24] Genelge Tarihi: 22.09.2021, Genelge Numarası:2021/10. Genelge için bkz. https://www.egm.gov.tr/ozelguvenlik/ozel-guvenlik-hizmetleri-genelgesi

özel güvenlik görevlisi olarak çalışmaya engel bir halinin bulunmadığı tam teşekküllü bir hastaneden veya sağlık kuruluşundan alınan sağlık raporu[25] ile tespit edilmelidir (Uygulama Yönetmeliği m. 18). Sağlık raporunun usulüne ilişkin detaylar, Özel Güvenlik Görevlileri Sağlık Şartları Yönetmeliği[26] m.6/4'te düzenlenmiştir. Buna göre sağlık raporu olumlu olanların karar kısmına "Silahlı Özel Güvenlik Görevlisi Olabilir" veya "Silahsız Özel Güvenlik Görevlisi Olabilir" şeklinde ibarelerin yazılması gerekmektedir. Yönetmelikte ayrıca özel güvenlik görevlisinin aktif olarak çalıştığı süreçte sağlık şartına ilişkin yeterlilikleri kaybetmesi hali de düzenlenmiştir. Buna göre özel güvenlik görevlisi olarak çalışırken, *"kas iskelet sistemi ve ruh sağlığı ve hastalıkları yönünden özel güvenlik görevlisi olamayacağı tespit edilenler ile görme, duyma veya konuşma yetilerinin tamamını kaybedenler çalışmaya devam edemezler"* (Sağlık Şartları Yön. m.5/3). Ruh sağlığı ve hastalığı nedeniyle "özel güvenlik görevlisi olamaz" şeklinde sağlık raporu ile adaylığı kabul edilmeyen özel güvenlik görevlileri tekrar adaylığa başvuramaz (Sağlık Şartları Yön. m.5/6).

Silahlı olarak istihdam edilecek özel güvenlik görevlilerine ilişkin sağlık raporunda, bu kişilerin silah taşımasında ve bulundurmasında bir engel durum olmadığının tespit edilmesi de gereklidir. Zira Uygulama Yönetmeliği m.24/2 uyarınca, görev alanında silah taşıyacak özel güvenlik görevlileri bakımından 6136 sayılı Kanuna ilişkin yönetmelik uygulanacaktır. Ateşli Sil. ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hk. Yön. m.15 hükmüne göre ise silah taşıma ve bulundurma ruhsatı almak isteyenlerden *"silah taşımalarında ve bulundurmalarında psikolojik, nörolojik veya fiziki rahatsızlıklar bakımından sakınca bulunmadığına dair doktor raporu"* istenileceği belirtilmiştir. Silahlı olarak istihdam edilecek özel güvenlik görevlilerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak Özel Güvenlik Görevlileri Sağlık Şartları Yönetmeliği m.10/8'de yönetmelik kapsamında sağlık raporu alan silahlı özel güvenlik görevlisi ve adaylardan ayrıca Uygulama Yönetmeliği m.24 kapsamında istenen sağlık raporu talep edilmez. Bu nedenle, silahlı olarak görev yapacak özel güvenlik görevlileri, Sağlık Şartları Yönetmeliği'nin yürürlüğe girdiği tarih olan 26.06.2021 tarihinden önce sağlık raporu hakkında Uygulama Yönetmeliği m.24 uygulanması gerekirken; bu tarihten sonra alınacak sağlık raporlarında Sağlık Şartları Yönetmeliği uygulama alanı bulacaktır.

[25] Özel güvenlik görevlisi adayının sağlık raporu alırken hangi branşlara muayene olacağına ilişkin bkz. Özel Güvenlik Görevlileri Sağlık Şartları Yönetmeliği m.8.

[26] RG, 26.06.2021, S. 31523.

F. GÜVENLİK SORUŞTURMASININ OLUMLU SONUÇLANMASI

5188 sayılı Kanun m.10/1-h'de güvenlik soruşturmasının olumlu sonuçlanması özel güvenlik görevlisi olabilmesinin şartı olarak öngörülmüştür[27]. Aynı Kanun m.11 hükmüne göre de güvenlik görevlisine çalışma izni verilebilmesi için valilikçe yapılacak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının olumlu sonuçlanması gerekmektedir. Hüküm, 680 sayılı KHK m.70 ile değiştirilmiş; bu değişiklik 7072 sayılı Kanun m.68 hükmü ile aynen kabul edilmiştir. Hükümde değişiklik yapılmadan önce, özel güvenlik görevlileri hakkında güvenlik soruşturması yapılacağı düzenlenmişti. Fakat silahsız olarak görev yapacak özel güvenlik görevlileri hakkında sadece arşiv araştırması yeterli görülmüştü. Yapılan değişiklikle birlikte artık silahlı veya silahsız görev yapacak özel güvenlik görevlileri için bir ayrım gözetilmemiştir. Bu kişiler hakkında da hem güvenlik soruşturması hem de arşiv araştırması yapılması gerekmektedir. Öte yandan değişiklik öncesinde, güvenlik soruşturmasının veya silahsız olarak görev yapan özel güvenlik görevlileri hakkında arşiv araştırmasının her beş yılda bir yenileneceği düzenlenmişti. Değişiklik ile güvenlik soruşturması ve arşiv

---

[27] Anayasa Mahkemesi tarafından 21.04.2022 tarihinde, 5188 sayılı Kanun m.10/1-h bendinin, *"mülga 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Kanun uyarınca yapılan güvenlik soruşturması"* yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde özetle şu hususlar vurgulanmıştır: *"5. Kuralın öngördüğü güvenlik soruşturması faaliyetleri, 17/4/2021 tarihine kadar 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülmekte iken anılan Kanun'un söz konusu tarihte 7/4/2021 tarihli ve 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'yla yürürlükten kaldırılması üzerine anılan faaliyetler 17/4/2021 tarihinden itibaren 7315 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülmeye devam edilmiştir. Bu itibarla kural hem mülga 4045 sayılı Kanun hem de 7315 sayılı Kanun uyarınca gerçekleştirilen güvenlik soruşturması faaliyetleri bakımından geçerli, ortak kural niteliğindedir.*

17. Anılan yetkiler gözetildiğinde özel güvenlik görevlileri bakımından güvenlik soruşturması yapılması yönünde düzenlemeler getirilmesi kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Ancak bu alanda düzenleme öngören kuralların kamu makamlarına hangi şartlarda ve hangi sınırlar içinde tedbirler uygulama ve özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik müdahalelerde bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak göstermesi ve muhtemel kötüye kullanmalara karşı yeterli güvenceleri sağlaması gerekir." İptal kararının gerekçesinden de anlaşılacağı üzere güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına ilişkin düzenleme yapılması kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Ancak konulan kuralların temel hak ve özgürlüklere ilişkin yeterli güvenceleri sağlaması gerekir. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesinde belirtilen güvencelerin sağlanmasına yönelik olarak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının nasıl ve hangi birimler tarafından yapılacağı (m.6), değerlendirilme yapılması için değerlendirme komisyonu kurulacağı (m.7), elde edilen verilerin korunması (m.8) ve sonrasında silinmesi veya yok edilmesi (m.10) düzenlemelerini ihtiva etmesi nedeniyle 17.04.2021 tarihinde yürürlüğe giren 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu'nda gerekli düzenlemelerin yapıldığı kanaatindeyiz.

araştırması süre sınırı olmaksızın *"her kimlik verilmesi halinde veya ihtiyaç duyulması halinde"* yenilenecektir. Ancak belirtmeliyiz ki yapılan değişiklikler 5188 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği'ne yansıtılmamıştır. Uygulama Yönetmeliğinin halihazırda 17. maddesinde değişiklik öncesi düzenlemeler yer almaktadır. Özel güvenlik görevlileri hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması bakımından 5188 s. Kanun m.11 hükmünün esas alınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira normlar hiyerarşisinde kanun hükümleri yönetmelik hükümlerinden önce geldiği için kanun ile yönetmelik hükümlerinin çatışması durumunda kanun hükümlerinin uygulanması gerekir[28].

Özel güvenlik görevlileri hakkında yapılacak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu[29] kapsamında yapılacaktır. Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu m.4 ve m.5'te güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında araştırılacak hususlar düzenlenmiştir. Buna göre;

"Kişinin adli sicil kaydı,

Kişinin kolluk kuvvetleri tarafından hâlen aranıp aranmadığı,

Kişi hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığı,

Kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme kararları ve 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesinin beşinci ve 231 inci maddesinin onüçüncü fıkraları kapsamında alınan kararlar ile kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ya da kovuşturmalar kapsamındaki olgular,

Hakkında kamu görevinden çıkarılma ya da kesinleşmiş memurluktan çıkarma cezası olup olmadığı

Görevin gerektirdiği niteliklerle ilgili kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerindeki olgusal verileri,

Yabancı devlet kurumları ve yabancılarla ilişiği,

Terör örgütleri veya suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerle eylem birliği, irtibat ve iltisak içinde olup olmadığı" araştırılır.

5188 sayılı Kanunda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının bir ay içerisinde tamamlanacağı belirtilmiştir. Bu süre içerisinde özel güvenlik görevlisi hakkında yapılan güvenlik soruşturması ve arşiv

---

[28] Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s.370; Ömer Anayurt, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.316.

[29] RG, 17.04.2021, S. 31457.

araştırmasının olumlu sonuçlanması halinde valilikçe özel güvenlik görevlisine çalışma izni verilecektir (m.11).

II. ÖZEL GÜVENLİK GÖREVLİLERİNİN YETKİLERİ

Özel güvenlik görevlilerinin bu sıfatları sayesinde kullanabilecekleri yetkileri toplu halde 5188 sayılı Kanun m.7 ve m.8'de belirtilmiştir. Biz de bu yetkileri CMK başta olmak üzere diğer diğer kanun ve yönetmelik hükümlerini göz önünde bulundurmak suretiyle sınıflandırmaya çalıştık.

A. ARAMA

Arama genel olarak, saklı olan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik araştırma faaliyeti olarak tanımlanabilirken[30]; TDK Türkçe Sözlükte, *"Şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç belgelerinin elde edilmesi için bir kimsenin evinde, iş yerinde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırma işlemi*" olarak tarif edilmiştir[31]. Tanımdan da anlaşılacağı gibi bahse konu arama, adli aramaya işaret etmektedir. Bunun yanında bir suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla da arama yapılabilir. Söz konusu arama ise önleme araması olarak isimlendirilebilir. 5188 sayılı Kanun'da özel güvenlik görevlilerinin önleme araması yapma yetkisinin bulunduğu söylenebilir.

1. Adli Arama

Suç işlendikten sonra faili yakalama ve delil elde etme amacıyla yapılan arama işlemine adli arama denilmektedir[32]. Adli arama, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre (m. 116 vd.) soruşturma ve kovuşturma makamlarına verilmiş bir yetkidir. Bu nedenle özel güvenlik görevlilerinin adli arama yapma yetkisi yoktur[33].

---

30 Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 17.

31 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (https://sozluk.gov.tr/, Son Erişim Tarihi: 28.02.2022)

32 Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 293; ayrıca bkz. Yener Ünver / Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 392.

33 Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında adli aramanın sadece kolluk görevlileri tarafından yapılması gerektiğini dolaylı yoldan belirtmiştir. Başka bir deyişle adli kolluk görevlisi sayılmayan özel güvenlik görevlisinin adli arama yetkisinin bulunmayacağı gibi adli arama olarak değerlendirilebilecek bir arama sonucunda elde edilen deliller de hukuka aykırı hale gelecektir. Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir: *"Adli arama yapma görev ve yetkisi bulunmayan özel güvenlik görevlisince yapılan arama hukuka aykırı olduğundan ve bu arama işleminden elde edilen maddi deliller hükme esas alınamayacağından; hakkında mahkûmiyetine yeterli başkaca delil bulunmayan sanığın beraati yerine, yazılı gerekçeyle mahkûmiyetine karar verilmesi..."*

2. Önleme Araması

Suçların önlenmesi ve kamu emniyetinin gözetilmesi maksadıyla yapılan arama işlemine önleme araması adı verilebilir[34]. Önleme aramasının amacı, ortaya çıkabilecek tehlikelerin ve suç işlenmesinin önlenmesidir[35]. Keza 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK)[36] m. 9'da önleme araması *"tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hakiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle kişilerin üstleri, araçları, özel kağıtları ve eşyasının aranması"* şeklinde tanımlanmıştır. Benzer tanım Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 19'da da yapılmıştır. Aramaya ilişkin yetkilerini incelediğimizde, 5188 sayılı Kanun'da özel güvenlik görevlilerinin esas itibari ile önleme araması yapabileceğinin kabul edildiğini söyleyebiliriz. 5188 sayılı Kanun m.7/1-a,b,f'de özel güvenlik görevlilerinin arama yetkisi sadece *"duyarlı kapıdan geçirme, dedektörle arama ve eşyaları X-ray cihazından geçirme"* şeklinde düzenlenmiştir. Özel güvenlik görevlileri Kanun'da belirtildiği şekilde sadece elektronik aygıtlar kullanarak arama yapmak durumundadırlar. 5188 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği m.14'te ise özel güvenlik görevlilerinin, kamuya açık alanlarda ve genel kolluğun gözetimi ve denetiminde üst araması yapabileceğine hükmedilmiştir. Ancak 5188 sayılı Kanun m.7'de özel güvenlik görevlilerinin üst araması yapabilmesine ilişkin herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Kanunda açıkça düzenlenmeyen üst arama yetkisinin yönetmelikte düzenlenmiş olması kanunilik ilkesi açısından sakıncalıdır. Zira üst araması niteliği itibariyle temel hak ve özgürlüklere müdahale etmektedir. Anayasa m.13'te temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sadece kanunla mümkün olduğu açık bir şekilde zikredilmiştir[37]. Bu nedenle üst aramasına ilişkin düzenlemenin 5188 sayılı Kanunda açıkça düzenlemesi yerinde olacaktır. Özel güvenlik görevlilerinin üst arama yetkisinin kanuni dayanağının bulunduğu tek bir durum bulunmaktadır. 6222

Yarg.10.CD, E: 2020/13111, K: 2021/6725, T: 02.06.2021,(www.karararama.yargitay.gov.tr, Son Erişim Tarihi 28.01.2022)

34 Yenisey/Nuhoğlu, s. 293.

35 Hüsnü Aldemir, Adli-Önleme Arama ve Elkoyma, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.196.

36 RG, 14.07.1934, S. 2751.

37 Anayasa Mahkemesi tarafından konuya ilişkin verilmiş olan bir kararda bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: *"Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Buna karşın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemle sınırlamasına izin vermez."* AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256. Karar için bkz. Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.588.

sayılı Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun[38] m.7/3'te *"Müsabaka ve seyir alanlarında genel kolluk görevlileri ile özel güvenlik görevlileri, müsabaka güvenlik amiri ve yardımcısının emir ve denetiminde birlikte görev"* yapacağı düzenlenmiştir. Adlî Ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.23'te ise *"spor alanlarının çevresinde, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde"* özel güvenlik görevlilerinin kolluk denetiminde üst araması yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda özel güvenlik görevlileri spor müsabakalarının girişlerinde kolluk denetiminde üst araması yapabileceklerdir.

Önleme araması kural olarak sulh ceza hakiminin kararı üzerine yapılabilen bir aramadır. Özel güvenlik görevlilerinin yaptığı arama genel itibari ile bir önleme araması şeklinde olsa da bu aramanın yapılabilmesi için hakim kararı gerekecektir. Sosyal yaşantıyı çekilmez bir hale getirmesi kuvvetle muhtemel bu durum, yönetmelikte öngörülmüş ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 25'te hâkim kararını gerektirmeyen önleme araması halleri arasında sayılmıştır. Buna göre *"Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tabi tutulduğu hallerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında"* hakim kararı gerekmemektedir (Arama Yön m.25/1-a).Aynı maddenin ikinci fıkrasında "*umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller, buralara girmek isteyen kimselerin rızasına bağlı"* olduğu ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu düzenlemenin hakim kararı gerektirmeyen önleme araması başlığı altında düzenlenmiş olmasından dolayı bu alanlarda önleme aramaları hakim kararı olmaksızın yapılabilecektir.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunun Ek 1. Maddesi ve bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan Sivil Hava Meydanları, Limanlar Ve Sınır Kapılarında Güvenliğin Sağlanması, Görev Ve Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik m.8 hükmüne göre *"Mülki idare amiri, genel güvenlik ve kamu düzeni bakımından gerekli gördüğü hallerde; sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, 5442 sayılı Kanununun Ek 1 inci maddesi çerçevesinde binaları, uçakları, helikopterleri, gemileri ve her türlü deniz ve kara taşıtlarını, giren çıkan yolcular ile buralarda görevli kamu ve özel kuruluşların tüm personelinin üstlerini, araçlarını ve eşyalarını aratmaya yetkilidir. Bu aramada gümrük mevzuatı ile ilgili mühürlerin sökülmesi gerekiyorsa ilgili kuruluşların da katılımı sağlanır."* Ayrıca 5442 sayılı Kanun Ek madde 1 hükmüne göre aramanın kimler tarafından yapılacağı arama emrinde açıkça belirtilmelidir. 5188 sayılı Kanun m.6/2'de özel güvenlik personelinin mülki idare amirinin ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirmek zorunda olduğu belirtilmiş olması özel güvenlik görevlilerinin vali veya kaymakam emriyle sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında üst araması yapabileceği anlamına

[38] RG, 14.04.2011, S. 27905.

gelmez. Zira 6222 sayılı Kanunda olduğu gibi özel güvenlik görevlilerinin üst araması yapabileceğinin açıkça düzenlenmiş olması gereklidir. 5442 sayılı Kanunda böyle bir açıklık olmadığı için Kanunda belirtilen üst arama yetkisinin özel güvenlik görevlisi tarafından yapılması söz konusu değildir.

B. YAKALAMA

Kanunda öngörülen şartların oluşması durumunda herkesin veya sadece kolluk güçlerinin müracaat edebildiği, yetkili hakim kararı olmaksızın kişilerin özgürlüklerinin sınırlanması sonucunu doğuran koruma tedbirine yakalama denir[39]. Yakalama, "*Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*"[40] m. 4'te de, *"Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır. 5188 sayılı Kanundaki yakalamaya ilişkin yetkileri incelediğimizde özel güvenlik görevlilerinin gerek adli gerekse de önleme yakalamasını icra etmeye yetkili olduklarını görmekteyiz. Bu nedenle yakalama konusunda adli ve önleme yakalaması şeklinde ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir.

1. Adli Yakalama

Özel güvenlik görevlileri, CMK m. 90'a göre ve ayrıca *"görev alanında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri"* yakalama yetkisine sahiptirler. CMK m. 90/1 hükmüne göre kişiye suçu işlerken rastlanması durumunda ve *"suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması"* halinde herkes tarafından yakalama işlemi gerçekleştirilebilmektedir. Yakalamanın buradaki amacının öncelikle ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşmasını ve sağlıklı bir şekilde işlemesini sağlanması; özellikle suçun işlenmesine devam edilmesinin engellenmesi, kişinin ele geçirilmesi, kişinin kimliğinin saptanarak bundan sonraki koruma tedbirlerinin uygulanabilmesinin sağlanması olduğu söylenebilir[41]. Herkes tarafından yakalama yetkisinin kullanılabildiği durumlarda bu yetkiyi özel güvenlik görevlileri de kullanabilir. CMK m.90/1 gereğince gerçekleştirilebilecek yakalamanın

---

39 Ali Kemal Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma", C. 14, S. 1, 2006, SÜHFD, s. 137.

40 RG, 01.06.2005, S. 25832.

41 Özen Kaya Göçmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Yakalama ve Gözaltı Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 118; Yıldız, s. 136.

bir hak, dolayısıyla yakalamayı icra etmemenin normal bireyler açısından bir sorumluluğu doğurmayacağı belirtilmektedir. Ancak bu durumdaki bir yakalama kolluk görevlileri için aynı zamanda bir yükümlülüktür. Dolayısıyla yakalamayı yerine getirmeyen kolluk görevlisi görevini ihmal etmiş olur[42]. Özel güvenlik görevlileri de kendi sorumluluk alanlarında adli kolluğun yardımcısı oldukları için[43], söz konusu yükümlülük özel güvenlik görevlileri için de geçerlidir. Başka bir deyişle kendi görev alanında işlenmekte olan bir suçun failini kasıtlı bir şekilde yakalamayan özel güvenlik görevlisi de görevini kötüye kullanmıştır.

CMK m. 90'a göre yakalama yetkilerinin olduğu belirtilmemiş olsaydı dahi söz konusu maddedeki şartların oluşması durumunda özel güvenlik görevlilerinin yine de yakalama yetkilerinin olduğunu kabul etmek gerekir. Zira CMK m. 90'da herhangi bir ayrıma gidilmeksizin herkesin yakalama yetkisinin olduğundan bahsedilmiştir. CMK m. 90 hükmünden bahsedilmesinin sebebi, daha önce de belirttiğimiz üzere yakalamanın özel güvenlik açısından bir hak değil bir yükümlülük olduğunun vurgulanması içindir.

Özel güvenlik görevlilerinin adli yakalamaya yetkili olduğu bir diğer hal ise yukarıda da belirtildiği üzere, "*görev alanında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişilerle"* ilgilidir. Böyle bir durumda ilgilisi hakkında ilk başta usulüne uygun verilmiş bir yakalama kararı veya kişi hakkında kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı olmalıdır.

CMK m. 98'e göre *"soruşturma evresinde yakalama emri a) çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi tarafından," b)* tutuklama talebinin reddi kararına itiraz edilmesi ve itirazın kabulü hâlinde itiraz merci tarafından, düzenlenebilir. Kovuşturma evresinde ise kaçak sanık hakkında re'sen veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında ise

---

42 Yıldız, s. 139.

43 5188 sayılı Kanunda açık bir şekilde özel güvenlik görevlilerinin adli kolluğun yardımcısı olduğu belirtilmese de m. 1'de kanunun amacının kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyette olan özel güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu; yine m. 20/1-d'de *"mülki idare amirinin veya birlikte görev yapılan yetkili genel kolluk amirinin verdiği emirleri yerine getirmeyen veya bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de bu suç ile ilgili yetkili genel kolluğa bilgi vermeyen özel güvenlik yöneticisi ve görevlileri ile bu emrin yerine getirilmemesi eylemine sebep olan özel güvenlik yöneticisi ve görevlisinin bağlı oldukları kişi, kurum, kuruluş veya şirket yetkililerinin bir yıl süreyle özel güvenlik alanında görev"* alamayacağının belirtilmiş olması; özel güvenlik görevlilerinin adli kolluğun yardımcısı olarak değerlendirmemiz gerektiği sonucunu ortaya çıkarır.

Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler. Cumhuriyet savcıları ayrıca gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hakiminin kararı ile serbest bırakılan şüphelinin fiili işlediğine yeterli bir delil varsa, bu kişinin yakalanmasına da karar verebilir (yazılı emir)[44]. Cumhuriyet savcılarının yakalama emri düzenleyebileceği son hal ise cezanın infazına ilişkindir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK)[45] m. 19/1 hükmüne göre, *"hükümlü, hapis cezası veya güvenlik tedbirinin infazı için gönderilen çağrı kâğıdının tebliği üzerine on gün içinde gelmez, kaçar ya da kaçacağına dair şüphe uyandırırsa, Cumhuriyet savcısı yakalama emri çıkarır."* Hükümden de anlaşıldığı üzere kişilerin yakalanabilmesi için haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararının olması tek başına yeterli değildir. Bu durumdaki kişiye hapis cezası veya güvenlik tedbirinin infazı için çağrı kağıdı gönderilmeli, bu kişi kanunda belirtilen süre içerisinde gelmemeli veya kaçacağına ilişkin şüphe uyandırmalıdır. Ancak bu durumdaki bir kişi hakkında Cumhuriyet savcısı yakalama emri düzenleyebilir, özel güvenlik görevlileri de hakkında yakalama emri düzenlenen bu kişileri yakalayabilir. Dolayısıyla 5188 sayılı Kanun m. 7/1-d hükmünde haklarında yakalama emri verilmiş kişilerin yakalanabileceğinin belirtilmesinin ardından mahkumiyet hükmü bulunan kişilerin de yakalanabileceğinin belirtilmesinin gereği bulunmamaktadır.

CMK m. 199 hükmü gereğince yargılamayı yapan *"mahkeme kovuşturma evresinde sanığın hazır bulunmasına ve zorla getirme kararı veya yakalama emriyle getirilmesine her zaman karar verebilir."* Böyle bir karar veya hüküm bulunmadan özel güvenlik görevlilerinin yakalama yetkisini kullanması mümkün değildir.

Özel güvenlik görevlileri yakaladıkları kişileri derhal kolluğa teslim etmek zorundadır. Zira ne CMK m. 90'da ne de 5188 sayılı Kanun m. 7/1-c ve d'de özel yakalama dışında başka bir yetkiden bahsedilmiştir. Yakalanan kişinin kolluğa teslim edilmeyip de tutulmasına devam edilmesi TCK m. 109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçuna vücut verir[46].

2. Önleme Yakalaması

İşlenmiş bir suçun failinin yakalanması amacıyla olmayan, bazı durumlarda suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla ilgili olarak da özel güvenlik görevlilerinin yakalama yetkisi bulunmaktadır. Kanunda özel güvenlik görevlilerinin önleme yakalaması yapabilmesine ilişkin iki hal düzenlenmiştir. Birinci halde özel güvenlik görevlisi, vücuduna ve

---

44 Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 297.

45 RG, 29.12.2005, S. 25685.

46 Yıldız, s. 141.

sağlığına zarar veren veya zarar verme tehlikesi bulunan bir kişiyi, tehlikenin ortaya çıkmasını önlemek amacıyla yakalayabilir. Burada kişinin kendisine karşı korunması söz konusudur. Bir başka ifadeyle yakalama işlemi, yakalananın vücudu veya sağlığı bakımından mevcut bir tehlikeden onu korumak amacıyla yapılmaktadır ve söz konusu durumun bir suça vücut vermesi gerekli değildir. Örneğin kişinin intihar etmek amacıyla özel güvenlik görevlisinin görev sahasındaki yüksek bir yere çıkması durumunda, özel güvenlik görevlisi bu kişiyi, kişinin intihar etmesini önlemek amacıyla yakalayabilir.

Diğer bir hal de adli bir olaya ilişkin olmak kaydıyla olay yerini ve buradaki delilleri korumak amacıyla yakalama yetkisidir. CMK m. 168/1 hükmüne göre adli kolluk görevlileri olay yerinde görevine ait işlemlere başladıktan sonra veya başlamadan önce, bunların yapılmasını engelleyen veya aldığı tedbirlere uymayan kişileri işlem bitinceye kadar yakalayabilir. CMK'da adli kolluk görevlisi için tanınan bu yetki, 5188 sayılı Kanunla görev sahası içerisinde özel güvenlik görevlilerine de tanınmıştır. Özel güvenlik görevlileri, görev alanlarında meydana gelen ve suç teşkil eden olaylarda olay yerini ve delilleri korumakla yükümlüdürler. Nitekim bu husus 5188 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği m. 16'da kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre özel güvenlik görevlileri, *"görev alanında bir suçla karşılaştıklarında suça el koymak, suçun devamını önlemek, sanığı tespit ve yakalama ile olay yerini ve suç delillerini muhafaza ve yetkili genel kolluğa teslim etmekle"* görevli ve yetkili kılınmışlardır. Ayrıca bu maddede özel güvenlik görevlilerinin *"genel kolluğun olaya el koymasından itibaren araştırma ve delil toplama faaliyetine genel kolluğun talebi hâlinde yardımcı"* olacakları da belirtilmiştir. Dolayısıyla özel güvenlik görevlileri, adli kolluk görevlilerinden bir talep gelmesi şartıyla ilgilileri geçici olarak yakalayabileceklerdir.

C. KONUTA GİRME

5188 sayılı Kanun m.7/1-e'de özel güvenlik görevlilerinin işyeri ve konuta girmesinin sadece *"yangın, deprem gibi tabiî afet durumlarında ve imdat istenmesi halinde*" mümkün olduğu belirtilmiştir. Özel güvenlik görevlilerine verilen bu yetkinin amacı, tabii afet nedeniyle zor durumda bulunan kişilere yardım edilmesidir. Tabii afet halinde özel güvenlik görevlisi, yardım istenmese bile, zor durumda olan kişinin rızası olmaksızın işyeri veya konutuna girebilir. Yardım istenmesi halinde ise ilgilinin rızasının varlığını kabul etmek gerekir.

Özel güvenlik görevlilerine tanınan bu yetkinin özel güvenlik görevlisinin görev süresi ve görev alanı ile sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Zira 5188 sayılı Kanun m.9'da özel güvenlik görevlilerine tanınan yetkilerin görev süresinde ve görev alanında kullanılacağı ifade edilmiştir.

Özel güvenlik görevlilerinin tabii afet hallerinde işyeri ve konuta girme yetkisinin yanı sıra Uygulama Yönetmeliği m.15'te özel güvenlik

görevlileri, tabii afet hallerinde arama ve kurtarma görevlilerine yardımcı olmakla yükümlü kılınmıştır. Bu kapsamda özel güvenlik görevlisinin yardım yükümlülüğünü kasten yerine getirmemesi neticesinde kişilerin hayatına veya vücut bütünlüğüne zarar gelmesi halinde TCK m.83'te düzenlenen ihmal suretiyle kasten öldürme veya TCK m.88'de düzenlenen ihmal suretiyle kasten yaralama suçlarından sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Özel güvenlik görevlisinin, işyeri veya konuta girmesi Kanunda sadece tabii afet halleri ile sınırlı tutulduğundan bu haller dışında her ne sebeple olursa olsun konuta girmesi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bu kapsamda özel güvenlik görevlisi, TCK m.116'da düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı sorumlu olacaktır.

D. KİMLİK SORMA

5188 sayılı Kanun özel güvenlik görevlilerine iki durumda kimlik sorma yetkisi vermektedir. Buna göre özel güvenlik görevlileri, *"toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde"* (m. 7/1-b) ve *"hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde"* (m. 7/1-f) kimlik sorma yetkisine sahiptir. Bu durumlarla ilgili olarak, özel güvenlik görevlilerinin söz konusu yerlerde ilgililere her zaman mı yoksa sadece bu yerlere girişte mi kimlik sorabileceği sorusu akla gelebilir. İlgili düzenlemenin devamında özel güvenlik görevlilerinin *"kişileri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme"* yetkisinin olduğu belirtilmiştir. Söz konusu yetkilerin tamamı ilgililerin belirtilen yerlere girmek istediklerinde bu kişilere karşı uygulanan bir tedbir mahiyetindedir. Kimlik sorma yetkisini de bunlardan ayrı düşünmemek gerekir. Dolayısıyla özel güvenlik görevlileri yalnızca belirtilen yerlerin girişinde ilgililerinden kimlik sorabilir. Ancak bu yorumun isabetli olduğunu da söylemek zordur. Çünkü bu yorum kabul edilirse örneğin bir üniversitede özel güvenlik görevlisi olarak çalışan kişi, gece devriyesi esnasında kampüs alanı içerisinde şüphelendiği kişinin kimliğini soramayacaktır. Fakat kanuni düzenleme karşısında başka bir yorum şeklinin yapılabilmesinin doğru olmadığı görüşündeyiz. Bu nedenle özel güvenlik görevlilerinin yetkilerinin yer aldığı m. 7'ye "görev sahasında şüphelendiği kişilerin kimliğini sormak" şeklinde açık bir yetkinin düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Öğretideki bir görüş, özel güvenlik görevlilerinin kamuya açık alanlarda bu yetkisinin olması karşısında koruma ve gözetiminden sorumlu olduğu kapalı özel alanlarda evleviyetle bu yetkiye sahip olduğunu belirtmektedir[47]. Kanaatimizce bu görüş isabetli

[47] Mehmet Orhan Kaya, "Özel Güvenlik Görevlisinin Görev, Yetki ve Hakları", C.2, S.5, 2007, CHD, s. 258.

görünmemektedir. Zira kamu hukukunda yetki istisna, yetkisizlik ise kuraldır. Bir hususta yetkili olabilmesi için bunun kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş olması gerekir. 5188 sayılı Kanunda da özel güvenlik görevlilerinin kimlik sorabileceği haller sınırlı sayıda belirtilmiştir. Özel güvenlik görevlisinin "koruma ve gözetiminden sorumlu olduğu kapalı alanlar" ise kanunda sayılan yerler arasında değildir. Dolayısıyla yorum yoluyla da olsa bu kişilerin yetkisinin genişletilmesinin imkânı bulunmamaktadır.

Özel güvenlik görevlilerinin kimliğini sorduğu kimselerin kimliklerini ibraz etmemeleri durumunda ne yapılması gerektiği de tespit edilmelidir. Öğretideki bir görüşün isabetli bir şekilde belirttiği üzere, özel güvenlik görevlisinin kimlik sorma yetkisi, kimliğin belirlenmesi yetkisini haiz değildir. Bu nedenle kişinin kimliğini göstermek istememesi ve anılan yerlere girmekten vazgeçmesi durumunda, özel güvenlik görevlisinin artık yapabileceği bir şey yoktur[48]. Bu kişinin, kimliğini göstermeden maddede sayılan yerlere girmesine izin verilmeyecektir[49].

İlgilisinin kimliğini ibraz etmemesi durumunda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu[50] m. 40/1'de düzenlenen kimliğin bildirilmemesi kabahatinin oluşup oluşmadığı ve bu kabahat oluşacaksa özel güvenlik görevlilerinin ilgili hakkında idari para cezası vermeye yetkili olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce idari para cezası verme yetkisi kural olarak kolluk kuvvetlerindedir. Zira PVSK m. 4/A/9'da kişinin kimliğinin bulunmaması, kimliği ibraz etmekten kaçınması, gerçeğe aykırı beyanda bulunması durumunda kolluğun bu kişileri tutarak durumdan Cumhuriyet savcısını haberdar edeceği ve bu kişinin gözaltına dahi alınacağı belirtilmiştir. Aynı yetkiye CMK m. 164'te belirtilen diğer adli kolluk görevlileri de sahiptir. Adli kolluk görevlisi olmamaları ve 5188 sayılı Kanunda yetkilerinin sınırlı sayıda olmasından dolayı özel güvenlik görevlilerinin kimliğini sorduğu kişinin kimliğini ibraz etmemesi durumunda bu kişiye idari para cezası verme yetkisi yoktur. Daha önce de belirtildiği gibi yalnızca kimliğini göstermekten kaçınan kimsenin maddede sayılan yerlere girişine izin verilmeyecektir.

---

48 Kaya, s.260; kimlik sorulması işleminde, kimliği sorulan kişinin kayıtlara geçirilmesinin söz konusu olmamasına karşılık; kimliğin tespit edilmesinin kişinin kayıtlara geçirilmesi anlamına geldiği yöndeki görüş için bkz. Ali İhsan Erdağ, "Kolluğun "Durdurma ve Kimlik Sorma" Yetkisi (PVSK madde 4/A)", S. 4, 2010, Ankara Barosu Dergisi, s. 45.

49 Yener Ünver / Hakan Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s. 151.

50 RG, 31.03.2005, S. 25772.

E. SUÇA EL KOYMA

Özel güvenlik görevlilerinin suça el koyma yetkileri 5188 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği m.16'da zikredilmiştir. Buna göre; *"Özel güvenlik birimleri ve görevlileri, görev alanında bir suçla karşılaştığında suça el koymak, suçun devamını önlemek, sanığı tespit ve yakalama ile olay yerini ve suç delillerini muhafaza ve yetkili genel kolluğa teslim etmekle görevli ve yetkilidir. Bunlar genel kolluğun olaya el koymasından itibaren araştırma ve delil toplama faaliyetine genel kolluğun talebi halinde yardımcı olur."*

Hükümde özel güvenlik görevlisinin el koyma yetkisinin yanında olay yerinin ve delillerin muhafazası ve genel kolluğa teslim edilmesi de özel güvenlik görevlisinin görevi olarak düzenlenmiştir. Ancak bu görev yerine getirilirken olay yerinin ve delillerin bozulmamasına dikkat edilmesi gerekir. Özel güvenlik görevlisine yüklenen bu görev, genel kolluğun olaya el koymasına kadar devam eder. Olaya el koymasından itibaren ise genel kolluğun talebi üzerine özel güvenlik görevlisi delillerin toplanmasında genel kolluğa yardımcı olur.

F. EMANETE ALMA

Özel güvenlik görevlileri sahip oldukları arama yetkisinin ifası esnasında, suç teşkil eden veya delil olabilecek olan bir eşyaya veya suç teşkil etmemekle birlikte tehlike doğurabilecek bir eşyaya rastlarsa bu eşyayı emanete alma yetkisine de sahiptir (m. 7/1-g). Eşyanın suç veya delil teşkil edip etmediği, tehlike doğurabilecek bir eşya olup olmadığına karar verme yetkisi özel güvenlik görevlisinin kendisindedir. Ayrıca özel güvenlik görevlisi, söz konusu eşyayı emanete aldıktan sonra, vakit geçirmeksizin kolluğa haber vermeli ve bu eşyayı kolluk kuvvetlerine teslim etmelidir. Dolayısıyla emanete almayı, özellikleri yukarıda belirtilen eşyanın genel kolluk kuvvetlerine teslim edilinceye veya sahibine verilinceye kadar özel güvenlik görevlileri tarafından koruma altına alınması olarak tarif edebiliriz. Her ne kadar kanunda özel güvenlik görevlisinin yetkisi emanete alma olarak belirtilse de özel güvenlik görevlisi ilgilisinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisini zorla kaldırmakta ve bunun için de ilgilinin rızasına ihtiyaç duymamaktadır. Dolayısıyla özel güvenlik görevlisinin bir suça ilişkin eşyayı emanete alma yetkisi, CMK çerçevesinde gerçekleştirilen el koyma işleminden farksızdır[51]. Ancak bu durumun kanunda emanete alma olarak yazılmasının sebebinin kanımızca, özel güvenlik görevlilerinin birer kolluk kuvveti olmaması ve kolluğun yetkileri ile özel güvenliğin işlemlerinin karıştırılmamasının istenmesidir.

Özel güvenlik görevlilerinin bu konuyla ilgili bir diğer yetkisi, terk edilmiş ve bulunmuş eşyanın emanete alınmasıdır (5188 s Kanun m. 7/1-h). Buradaki asıl amaç eşyanın sahibine iadesinin sağlanması olduğu için

[51] Kaya, s. 266.

bu kapsamdaki eşyanın bir suçun delili olmasına, suç teşkil etmesine veya tehlike doğurmasına da gerek yoktur. TCK m. 160/1'de, *"kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunan"* kişinin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hükümden yola çıkarak bu tarz bir eşyanın özel güvenlik görevlisine teslim edilmesi, bu suçtan dolayı sorumluluğun doğmasına da engel teşkil eder. Zira 5188 sayılı Kanun m. 7/1-h hükmü ile özel güvenlik görevlileri söz konusu eşyaları emanete almakla yetkili kılınmışlardır.

G. ZOR KULLANMA

Özel güvenlik görevlilerinin kullanabileceği yetkilerden bir diğeri de zor kullanma yetkisidir. 5188 sayılı Kanun m. 7/1-k hükmüne göre özel güvenlik görevlileri, *"Türk Medeni Kanunu'nun 981'inci maddesine, Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesine, Türk Ceza Kanunu'nun 24 ve 25 inci maddelerine göre zor kullanma"* yetkisine sahiptir. Zor kullanma ifadesinden, bir kişinin, tek taraflı iradesiyle, bir başka kimseye karşı kuvvet kullanması, bunun sonucunda kuvvet kullanılan kişinin bedeni ve eşyaları üzerinde etkiler bırakılması anlaşılır[52]. Zor kullanmanın tanımını yapan bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Ancak PVSK m. 16'da polisin, *"görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkili olduğu"* (f. 1); *"zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabileceği"* belirtildikten (f. 2) sonra, bu kapsamda kullanılan ifadelerin ne anlama geldiği açıklanmıştır. Buna göre, *"bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî güç; maddî güç, polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder."*

5188 sayılı Kanun m. 7/1-k hükmünde bahsedilen ilk durum, özel güvenlik görevlisinin Türk Medeni Kanunu[53] (TMK) m. 981'e göre zor kullanabilme yetkisidir. Söz konusu hükme göre *"zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebileceği gibi; rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak; taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir."* Söz konusu hüküm yakından incelendiğinde, bu hükmün zilyede zor kullanma kapsamında her türlü gasp ve saldırıyı uzaklaştırma, taşınmazlarda el koyanı taşınmazdan zorla uzaklaştırma, taşınırları ise yakalananın elinden zorla alma yetkisi verdiği görülmektedir. Başka bir deyişle

[52] Ayaydın, s. 214.

[53] RG, 08.12.2001, S. 24607.

hüküm zilyede belirtilenlerin haricinde başka bir davranışta, örneğin saldırganı yakalayarak özgürlüğünden kısıtlama, saldırısını defetme amacıyla onu yaralama yetkisi vermemektedir. Ancak bu, özel güvenlik görevlilerinin söz konusu yetkileri hiç kullanamayacakları anlamına gelmez. Özel güvenlik görevlisinin bu düzenleme kapsamında, zilyedi olduğu ya da kendisine koruması için bırakılarak zilyet kılındığı eşyalara yönelik gerçekleşecek saldırıları zor kullanarak defetme yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda örneğin alışveriş merkezini korumakla görevli özel güvenlik görevlisi, alışveriş merkezinde yaşanan hırsızlık olayında çalınan eşyayı failin elinden zor kullanarak geri alma yetkisinin olduğunu belirtmek gerekir.

Zor kullanma kapsamında zikredilen bir diğer Kanun hükmü 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 52 olsa da söz konusu Kanun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu[54] (TBK) m. 647 hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 8'de ise 818 sayılı Borçlar Kanunu'na yapılan atıfların 6098 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine yapılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla 5188 sayılı sayılı Kanun m. 7/1-k hükmünü Türk Borçlar Kanunu m. 64 olarak anlamak gerekmektedir. Burada şu husus da belirtilmelidir ki, 6098 sayılı Kanun m. 64 hükmü 818 sayılı Kanun m. 52 hükmünün sadeleştirilmiş halinden ibarettir. Her ne kadar 5188 sayılı Kanun m. 7/1-k hükmünde özel güvenlik görevlisinin Borçlar Kanunu m. 52 hükmüne göre zor kullanma yetkisine sahip olduğu belirtilmiş olsa da gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 52 gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 64 hükmünde sadece sorumluluktan bahsedilmektedir. Söz konusu hükümde meşru savunmada bulunan kişinin saldırgana veya onun mallarına verdiği zararlardan sorumlu olmayacağı; zorunluluk halinde bulunan kişinin ise verdiği zararlardan hakkaniyet çerçevesinde sorumlu olacağı; hakkını kullanan kimsenin ise kural olarak sorumluluğunun olmadığı belirtilmiştir. Görüleceği üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmünde bir yetkiden değil de sorumsuzluktan bahsedilmektedir. 5188 sayılı Kanun m. 7/1-k hükmü ise Borçlar Kanunu'nda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu şeklinde kaleme alınmıştır.

Özel güvenlik görevlilerinin zor kullanma yetkisine ilişkin hükümde yer alan son düzenleme TCK m.24 ve m.25 düzenlemeleridir. TCK m.24 kapsamında kanun hükmünü yerine getirme ve amirin emri hususları düzenlenmiştir. Buna göre; *"(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. (2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz."* Özel güvenlik görevlisinin kanun hükmünü yerine getirme kapsamında zor kullanması bu kapsamda hukuka uygun kabul edilmiştir. 5188 sayılı Kanun m.7/1-a'da korumakla görevli oldukları yerlerde duyarlı kapıdan geçirme ve

[54] RG, 04.02.2011, S. 27836.

dedektörle arama yetkisi özel güvenlik görevlilerine kanunun sağladığı bir yetkidir. Bu nedenle, bir kimsenin duyarlı kapıdan geçerken duyarlı kapının uyarı vermesi neticesinde güvenlik görevlisinin korumakla görevli olduğu yere o kimseyi almamak konusunda zor kullanma yetkisi, kanunun hükmünü yerine getirme kapsamında değerlendirilebilir[55]. Özel güvenlik görevlisinin zor kullanma yetkisinin bulunduğu diğer bir durum da amirin emrini yerine getirmedir. 5188 sayılı Kanun m.6/2'e göre *"Kamu güvenliğinin sağlanması yönünden 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ile vali ve kaymakamlara verilen yetkiler saklıdır. Bu yetkilerin kullanılması durumunda özel güvenlik birimi ve özel güvenlik personeli mülkî idare amirinin ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirmek zorundadır."* İl İdaresi Kanunu[56] m.11'de valilerin, *"suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri almak maksadı ile özel güvenlik görevlilerine emir verebileceği"* ve özel güvenlik görevlilerinin de bu emirleri derhal yerine getireceği düzenlenmiştir. Bu nedenle özel güvenlik görevlilerinin, mülki idare amirinin ve genel kolluk amirinin emrini yerine getirirken zor kullanması TCK m.24 kapsamında değerlendirilecektir[57]. TCK m.25'te ise meşru savunma ve zorunluluk hali düzenlenmiştir. Buna göre; *"(1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez. (2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez."* Özel güvenlik görevlisinin, kendisinin veya üçüncü bir kişinin hakkına yönelik bir saldırıyı defetmek maksadı ile zor kullanması halinde ceza hukuku sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak meşru savunma kapsamında zor kullanırken özel güvenlik görevlisinin saldırıyı defedecek ölçüde zor kullanma yetkisini kullanması gerekir. Aksi halde meşru savunmada sınır aşılmış olacaktır. Şayet sınır mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş sebebiyle aşılmışsa TCK m.27/2 kapsamında ceza verilmez. Son olarak özel güvenlik görevlisi, kendisine veya üçüncü bir kişiye yönelmiş tehlikeye karşı zorunluluk hali kapsamında zor kullanma yetkisine sahiptir.

H. SİLAH BULUNDURMA VE TAŞIMA

5188 sayılı Kanun sadece bazı güvenlik görevlilerinin silahlı olabileceğini kabul etmiştir. Kanunun birçok yerinde kullanılan silah

---

55 Bahadır / Kıldan, s.288.

56 RG, 18.06.1949, S. 7236.

57 Yağmur Müge Erdoğan, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.124.

ifadesinden ateşli silahların anlaşılması gerekir[58]. Diğer taraftan özel güvenlik görevlileri her türlü ateşli silaha da görevleri gereği sahip olamamaktadırlar. 5188 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik m. 24 hükmüne göre; *"Koruma ve güvenliğin sağlanabilmesi için fiziki önlemlere ve güvenlik cihazlarına öncelik verilir. Komisyon, orantılılık ilkesine uygun olarak canlılar üzerinde kalıcı etkisi olmayan kimyasalların kullanılmasına izin verebilir. Görevin niteliği gereği bu tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması halinde, 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanuna göre ruhsatlandırılması mümkün olan yarı otomatik tabancaların ve 11/9/1981 tarihli ve 2521 sayılı Kanun kapsamına giren av silahlarının bulundurulmasına ve taşınmasına Komisyonca karar verilir." Bu silahların sayısı ve niteliği Komisyon kararında belirtilir.* Özel güvenlik komisyonunun kimlerden oluşacağı ve ne şekilde çalışacağı 5188 sayılı Kanun m. 4'te belirlenmiştir. Buna göre; *"Özel güvenlik komisyonu bu Kanunda belirtilen özel güvenlikle ilgili kararları almak üzere valinin görevlendireceği bir vali yardımcısının başkanlığında, il emniyet müdürlüğü, il jandarma komutanlığı, ticaret odası başkanlığı, sanayi odası başkanlığı temsilcisinden oluşur. Sanayi odasının bulunmadığı illerde komisyona ticaret ve sanayi odası başkanlığının temsilcisi katılır."*

Bunun yanında, "*eğitim ve öğretim kurumlarında, sağlık tesislerinde, talih oyunları işletmelerinde, içkili yerlerde"* silahlı özel güvenlik görevlisinin çalıştırılmasına izin verilmeyeceği gibi; özel güvenlik görevlileri, *"özel toplantılarda, spor müsabakalarında, sahne gösterileri ve benzeri etkinliklerde"* de silahlı olarak görev yapamazlar (5188 sayılı Kanun m. 8/2). Kanaatimizce silahlı özel güvenlik görevlisi olarak çalışılamayacak yerler maddede sayılanlar ile sınırlı değildir. Özel güvenlik görevlilerinin 6136 sayılı Kanun gereğince silah ruhsatı almaları gerekli olduğu için bu kanunda silah taşınmasının yasak olduğu yerlerin özel güvenlik görevlileri için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla *"A) Duruşmalarda, mahkeme salonlarında, hastanelerin psikiyatri bölümlerinde, akıl hastanelerinde, ceza ve tutukevleri ile her türlü ıslah ve infaz kurumlarında veya bunların eklentilerinde, B) Öğrencilerin toplu olarak oturdukları yurtlarda, eğitim ve öğretim kurumlarında, siyasi partilerin açık hava ve kapalı yer toplantılarında, izinli veya izinsiz yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, sendikalarda, derneklerde veya bunlara yönetim ve yapı olarak doğrudan doğruya bağlantılı olan yerlerde veya bunların toplantı ve kongrelerinde, her türlü spor karşılaşma veya yarışmalarının yapıldığı yerlerde, kanuna uygun veya kanuna aykırı olarak grev ve lokavt yapılmakta olan iş yerlerinde, C) Türkiye Büyük Millet Meclisi ana binaları ile Meclis Başkanlığınca belirlenen yerlerde, ateşli silahlar taşınamaz"* (6136 sayılı Kanun ek madde 1/1). Bu belirtilen yerlerde silahlı olarak görev yapabilecek kişiler ise yine aynı maddede belirtilmiştir. Buna göre; "*(A) ve (B) bentlerinde sayılan yerlerde 7'nci maddenin 1, 2, 3 ve 4 numaralı bentlerinde belirtilen kişiler ile bu yerlerin güvenliği için görevli bulunan polis*

[58] Ayaydın, s. 223.

ve jandarma personeli, (C) bendinde sayılan yerlerde ise yalnız bu yerlerin güvenliği ile görevli bulunan polis, jandarma ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Muhafız Taburu personeli" silahlarını taşıyabilirler. Belirtilen kişiler haricindekilerin silah taşıyamayacakları söz konusu kanunda belirtildiği ve özel güvenlik görevlilerinin istisna teşkil eden kişilerden olmadığı için bu yerlerde görev yapacak özel güvenlik görevlilerinin de silahsız olması gerekir.

Koruma ve güvenlik hizmetinde kullanılacak silah ve teçhizat, ilgili kişi veya kuruluş tarafından temin edilir. Özel güvenlik şirketleri ateşli silah alamaz ve bulunduramazlar. Ancak özel güvenlik şirketlerine, para ve değerli eşya nakli, geçici süreli koruma ve güvenlik hizmetlerinde kullanılmak üzere, özel güvenlik eğitimi veren kurumlara, silah eğitiminde kullanılmak üzere, komisyonun kararı ve valinin onayı ile silah alma, kullanma ve taşıma izni verilebilir (m. 8/3).

Özel güvenlik görevlileri silahlarını ancak görev alanı içerisinde bulundurabilirler, onları görev alanı dışına çıkaramazlar. Fakat 5188 sayılı Kanun görev alanı kavramını bazı durumlarla ilgili olarak genişletmiştir. Buna göre, işlenmiş bir suçun sanığı veya suç işleyeceğinden kuvvetle şüphe edilen kişinin takibi, dışarıdan yapılan saldırılara karşı tedbir alınması, *"para ve değerli eşya nakli ve cenaze töreni gibi güzergâh ifade eden durumlarda güzergâh boyu görev alanı sayılır."* Görev alanı, zorunlu hallerde Komisyon kararıyla genişletilebilir. *"Kişi korumasında çalışan özel güvenlik görevlilerinin görev alanı; koruduğu kişi ile birlikte olduğunda ülke geneli, koruduğu kişi olmaksızın kişi koruma izni verilen ilin sınırlarıdır"* (m. 9/2).

Bu kapsamda örneğin bankadan soygun yaparak kaçmakta olan kişilere karşı özel güvenlik görevlisi tarafından silah kullanılıp kullanılamayacağının da tartışılması gerektiği kanaatindeyiz. 5188 sayılı Kanun m.8/1 hükmüne göre hangi koruma ve güvenlik hizmeti için ne miktar ve özellikte ateşli silah bulundurulabileceğinin komisyon tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda verilen örnekte silahlı olarak görev yapan banka güvenlik görevlisinin TCK m.25/1 gereği meşru savunma hukuka uygunluk nedeni kapsamında bankada soygun yapan kişilere karşı silah kullanabileceği kanaatindeyiz. Ancak bu kişilerin bankadan soygun yapıp kaçması ve özel güvenlik görevlisinin bu kişileri kovalaması durumunda, bu kişilerin özel güvenlik görevlisine silahla saldırıda bulunmaması şartıyla, sadece kaçmaları halinde özel güvenlik görevlisi bu kişileri yakalamak amacıyla silahla ateş edemeyecektir. Zira bu yetki sadece adli kolluk görevlilerine tanınmıştır.

II. ÖZEL GÜVENLİK GÖREVLİLERİNİN YETKİ ALANI VE ZAMANI

5188 sayılı Kanun m.9/1'de özel güvenlik görevlilerinin Kanunda tanınan yetkileri sadece görevli oldukları zaman ve alanlarda

kullanabileceği ifade edilmiştir. Yetki alanlarının neresi olacağı, başka bir deyişle özel güvenlik görevlilerinin nerelerde görevlendirilebileceği dolaylı olsa da kanunun "Özel Güvenlik İzni" başlıklı m. 3/1 hükmünde belirtilmiştir. Kurum ve kuruluşlar bünyesinde özel güvenlik biriminin kurulması veya bu hizmetin özel güvenlik şirketlerine gördürülmesinden bahsedildiği için özel güvenlik görevlilerinin istihdam edilebileceği ilk yerlerin kurum ve kuruluşlar olacağı söylenebilir. Bunun yanında kanunda *"toplantı, konser, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile para veya değerli eşya nakli gibi geçici veya acil hallerde de komisyon kararına gerek olmaksızın"* valilik tarafından özel güvenlik izninin verilebileceği belirtildiği için anılan bu yerler ve etkinliklerde de özel güvenlik görevlilerinin çalıştırılması mümkündür. Özel güvenlik görevlilerinin görevlendirileceği yerler maddede sayılanlar ile sınırlı değildir. Zira maddede sayılanların yanında "benzeri etkinliklerden" ve yine maddede sayılan ikinci grup olaylar "gibi geçici veya acil haller" zikredilmiştir. Dolayısıyla özel güvenlik görevlilerinin görevlendirileceği yerler maddede sayılanlar ile sınırlı değildir[59]. Kanunun m. 3/1 hükmüne paralel bir şekilde, m. 9/2 hükmünde, *"işlenmiş bir suçun sanığının veya suç işleyeceğinden kuvvetle şüphe edilen kişinin takibi, dışarıdan yapılan saldırılara karşı tedbir alınması[60], para ve değerli eşya nakli ve cenaze töreni gibi güzergâh ifade eden durumlarda güzergâh boyunun da görev alanı"* sayılacağı belirtilmiştir. Görev alanı, zorunlu hallerde Komisyon kararıyla genişletilebilir. Aynı hükümde bir kişinin korunmasında görevli olunması durumunda, görev alanı sürekli değişiklik göstereceği için özel güvenlik görevlilerinin görev alanının; korunan kişi ile birlikte olduğunda ülke geneli, korunan kişi olmaksızın ise koruma izni verilen ilin sınırları olduğu belirtilmiştir.

5188 sayılı Kanun m. 9 hükmünde geçen "zorunlu haller" ifadesinin zorunlu yönetim usullerinden daha geniş bir kavram olduğu belirtilmektedir[61]. Durum böyle olunca hangi halin zorunlu olduğuna da komisyonun karar vereceğini kabul etmek gerekir. İlgililer hakkında tek taraflı hukuki sonuçlar doğuran bir karar olacağı gerekçesi ile, komisyonun görev alanını genişletme kararına karşı idari yargı da iptal davası açılabileceği de savunulmaktadır[62].

---

[59] Aynı yönde bkz. Ayaydın, s. 150.

[60] Özel güvenlik görevlisinin yetkili olduğu yere dışarıdan bir saldırının bulunması durumunda saldırının yapıldığı yerin de görev alanına dahil olduğu; görev alanı dışında gerçekleşen olaylara özel güvenlik görevlisinin bu sıfatı ile müdahale edemeyeceği, ancak böyle bir durumda CMK m. 90/1'den kaynaklanan herkesin yakalama yapmaya yetkili olduğu durumdan özel güvenlik görevlisinin de faydalanacağı ayrıca TCK m. 25/1 gereğince üçüncü kişi lehine meşru savunmada da bulunulabileceği görüşü için bkz. Bahadır/Kıldan, s. 282.

[61] Ayaydın, s. 207.

[62] Ayaydın, s. 208.

IV. ÖZEL GÜVENLİK GÖREVLİLERİNİN İŞLEDİKLERİ SUÇLARDAN VE ONLARA KARŞI İŞLENEN SUÇLARDAN SORUMLULUK

Özel güvenlik görevlileri işledikleri suçlar ve onlara karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi olarak değerlendirilecektir (m. 23)[63]. TCK'nın 6. maddesinde ise kamu görevlisi tarif edilmiştir. Buna göre, "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak atanan kişi, ceza kanunlarının uygulanmasında kamu görevlisi olarak anlaşılır.*"

Öğretideki bir görüş, 5188 sayılı Kanun m. 3'te bilinçli bir şekilde, özel güvenlik görevlilerinin atanmasından değil istihdam edilmesinden söz edildiğini; bunun gerekçesinin de söz konusu görevlilerin İdare Hukuku çerçevesinde memur olmadıklarını bilakis sözleşmeli personel oldukları görüşünü savunmaktadır[64]. Kanaatimizce özel güvenlik görevlilerinin istihdam şeklinin veya kanunda atamadan değil de istihdamdan bahsedilmesinin m. 23 karşısında bir önemi bulunmamaktadır. Zira ister atanmış isterse de istihdam edilmiş olsun, kanunun ilgili hükmü karşısında özel güvenlik görevlileri her halükarda kamu görevlisi sayılacaklardır.

Burada bir hususa işaret edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Özel güvenlik görevlisi olarak çalışan kimse, işlediği suçtan dolayı kamu görevlisi olarak sorumlu tutulacağını bilmeyebilir. TCK m. 21'de kast, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tarif edilmiştir. Dolayısıyla özel güvenlik görevlisi, 5188 sayılı Kanun m. 23 hükmünden haberdar olmasa bile, kasten bir suç işlemişse ve suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi bir nitelikli hal teşkil ediyorsa, söz konusu nitelikli halin uygulanması

---

63 Yargıtay da bu doğrultuda karar vermiştir. Yüksek mahkemenin kararının ilgili kısmı şu şekildedir: "*katılan ...'un 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun 23/2. maddesi gereğince görevi sırasında kendisine karşı işlenen suçlar nedeniyle kamu görevlisi statüsünde bulunan özel güvenlik görevlisi sayılması halinde, olayın katılan ...'un görevi sırasında, sanığın eşinin aracının içeri girmesinin yasak olduğunu söyleyerek otoparka almaması nedeniyle ortaya çıkmış olması karşısında, yaralama ve tehdit eylemlerinin direnme suçunun cebir unsurunu oluşturdukları gözetilmeden, suçların vasfında yanılgıya düşülerek, görevi yaptırmamak için direnme yerine yaralama ve tehdit suçlarından hüküm kurulması,*" Yargıtay 18. CD, E: 2019/463 K: 2019/4610,T: 07.03.2019; Ancak Yargıtay 18. CD, E: 2017/7540, K: 2019/13510, T: 01.10.2019 kararında mağdur özel güvenlik görevlisinin 5188 sayılı Kanunda belirtilen şartları taşıyıp taşımadığının araştırılması gerektiğini, ilgili kişi bu şartları taşımasa bile çalıştıkları iş yeri ve hukuki statülerine göre TCK m. 6/1-c'de belirtildiği üzere kamu görevlisi olup olmadıklarının araştırılarak hüküm kurulması gerektiği kanaatine varmıştır. Kanaatimizce yüksek mahkeme bu kararı ile yerindelik denetimi yaparak idarenin yerine geçmiş ve özel güvenlik görevlisi atanmasının gerekli olup olmadığının da araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.

64 Ayaydın, s. 133.

gerekir. Suçun özel güvenlik görevlisine karşı işlenmesi durumunda da benzer sonuca ulaşırız. Şöyle ki, özel güvenlik görevlisine karşı bir suç işleyen kişi, 5188 sayılı Kanun m. 23 hükmünden haberdar olmayabilir. Aynı şekilde failin, karşısındaki mağdurun özel güvenlik görevlisi olduğunu bilmesi, suçun kamu görevlisine karşı işlenmesinin bir nitelikli hal teşkil etmesi durumunda, bu nitelikli halin uygulanması için yeterlidir.

V. ÖZEL GÜVENLİK GÖREVLİLERİNİN ADLİ KOLLUKLA İLİŞKİSİ

Daha önce de belirttiğimiz üzere CMK m. 164/1'de adli kolluğun kimlerden oluşacağı belirtilmiş; buna göre adli kolluk görevini polis, jandarma, sahil güvenlik komutanlığı ve gümrük muhafaza memurları yerine getirir[65]. Adli kolluk, suç işlenmesi üzere olaya el koyup olay yerindeki iz ve delilleri bilimsel metotlara dayanarak tespit eden ve bu delilleri adli mercilere ileten, CMK m.164/1'de sayılı kişilere adli kolluk denir[66]. Özel güvenlik görevlilerinin adli kolluk içinde yer almadığı, savcılıkça yürütülen bir soruşturmada kolluğa yardımcı olacağı 5188 sayılı Kanun m. 7/1-g'den de anlaşılmaktadır. Söz konusu hükme göre, özel güvenlik görevlileri yaptıkları arama esnasında suç teşkil eden, delil olabilecek veya tehlike arz edecek bir eşyayı derhal kolluk kuvvetlerine iletmek yükümlülüğü altındadırlar. CMK m. 165/1'de ise *"gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi halinde, diğer kolluk birimlerinin de adlî kolluk görevini yerine getirmekle yükümlü"* olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla yapılan bir soruşturmada Cumhuriyet savcısının bir talebinin bulunması durumunda, özel güvenlik görevlileri adli kolluğa yardım etmek zorundadır. Öğretideki bir görüş 5188 sayılı Kanun m. 1'de kanunun amacının, "*kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyetteki özel güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin esas ve usulleri belirlemek*" olarak belirtildiğini, buna paralel olarak özel güvenliğin bu fonksiyonun esas olarak suçun işlenmesinden sonra başladığını ve olay yerine adli kolluğun gelmesiyle bittiğini savunmaktadır[67]. Ancak olaya el koyan adli kolluk, özel güvenlik görevlilerinden yardım isteyebilir. Özel güvenlik görevlileri adli kolluğun yardımcısı olarak bu talebi yerine getirmek yükümlülüğü altındadır[68].

---

65 Özel güvenlik görevlilerinin adli kolluk arasında sayılmasa da suça ilişkin ifa ettikleri görevin adli görev olduğu yönündeki görüş için bkz. Kaya, s. 258.

66 Yenisey / Nuhoğlu, s.170.

67 Bahadır/Kıldan, s. 278.

68 Aynı yönde bkz. Bahadır/Kıldan, s. 280.

SONUÇ

Çalışmamızda ilk olarak özel güvenlik görevlisi olabilmesinin şartları değerlendirilmiştir. Bu şartlar 5188 sayılı Kanun m. 10'da düzenlenmiştir. Buna göre özel güvenlik görevlisi olmak isteyen kişi, başvuru esnasında Türk vatandaşı, belli bir eğitim düzeyine sahip, kanunda belirtilen yaşta, sağlık durumu özel güvenlik görevlisi olarak çalışmak için elverişli olmalı ve nihayetinde bu kişi hakkında yapılacak güvenlik soruşturmasının da olumlu sonuçlanması gerekir. Özel güvenlik görevlisi olabilmesi için ayrıca kişinin kanunda belirtilen şekli ile bir mahkumiyetinin olmaması da gereklidir.

5188 sayılı Kanunun mahkumiyet durumunu düzenleyen m. 10/1-d hükmü, 2.1.2017 tarih ve 680 sayılı KHK m. 69 ile değiştirilmiştir. Değişiklik sonrasında kişi hakkında belli suçlardan ceza soruşturması veya kovuşturmasının olması dahi özel güvenlik görevlisi olabilmesine engel teşkil etmektedir. Her ne kadar bu kişi soruşturma veya kovuşturmanın bulunması esnasında özel güvenlik görevlisi olamasa da, bu suçlara ilişkin kişi hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi veya kişinin yapılan kovuşturma sonucunda beraat etmesi durumu bu kişinin özel güvenlik görevlisi olabilmesine engel teşkil etmez. Dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturmanın bazı durumlarda ancak geçici bir engel teşkil edeceği kanaatindeyiz.

Hakkındaki hükmün açıklanması geri bırakılan ve denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemeyen veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranan özel güvenlik görevlisi hakkında düşme kararı verilecekse de, bazı suçlarla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olması özel güvenlik görevlisi olabilmesine engel teşkil etmektedir. Bu durumun da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile uyumlu olmadığı kanaatindeyiz.

Özel güvenlik görevlilerinin yetkilerine ilişkin olarak da şu sonuçlara varmış bulunmaktayız:

1- Kanundaki düzenlemeler dikkate alındığında özel güvenlik görevlilerinin adli arama yapma yetkilerinin olmadığı sonucuna ulaşmamız gerekir. Önleme araması ile ilgili olarak da bu kişilerin sadece *"duyarlı kapıdan geçirme, dedektörle arama ve eşyaları x-ray cihazından geçirme"* şeklinde yetkilerinin olduğunu söyleyebiliriz. Her ne kadar özel güvenlik görevlileri kişilerin üzerlerini el ile yoklama suretiyle önleme araması şeklinde arayamayacaklarsa da 6222 sayılı Kanun kapsamında genel kolluk denetiminde üst araması yapmaları mümkündür.

2- Adli yakalamaya ilişkin olarak özel güvenlik görevlileri, CMK m. 90'a göre ve ayrıca *"görev alanında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri"* yakalama yetkisine sahip kılınmışlardır. Ancak gerçekleştirilecek bu yakalama özel güvenlik görevlileri açısından bir hak değil bir yükümlülüktür. Dolayısıyla kendi

görev alanında işlenmekte olan bir suçun failini kasıtlı bir şekilde yakalamayan özel güvenlik görevlisi görevini kötüye kullanmış olacaktır.

3- Özel güvenlik görevlileri, görev alanlarında meydana gelen ve suç teşkil eden olaylarda olay yerini ve delilleri korumakla yükümlüdürler. Adli kolluk görevlilerinden bir talep gelmesi şartıyla ilgilileri geçici olarak da yakalayabilirler.

4- Özel güvenlik görevlileri görev alanlarında bulunan konut veya işyerlerine ancak yangın, deprem gibi tabiî afet durumlarında ve imdat istenmesi halinde girebileceklerdir. Özel güvenlik görevlilerine tanınan bu yetkinin özel güvenlik görevlisinin görev süresi ve görev alanı ile sınırlıdır.

5- Özel güvenlik görevlilerinin kullanabilecekleri yetkilerden birisi de ilgililerinden kimlik sorulmasıdır. 5188 sayılı Kanuna göre özel güvenlik görevlileri toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde (m. 7/1-b) ve hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde (m. 7/1-f) kimlik sorma yetkisine sahiptir. Kanun düzenlemesi karşısında kanaatimizce özel güvenlik görevlileri yalnızca belirtilen yerlerin girişinde ilgililerinden kimlik sorabilir. Bu durum ise özel güvenlik görevlilerinin yetkilerini oldukça sınırlayacaktır. Bu nedenle özel güvenlik görevlilerinin yetkilerinin düzenlendiği m. 7'ye "görev sahasında şüphelendiği kişilerin kimliğini sormak" şeklinde açık bir yetkinin düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

6- Özel güvenlik görevlisine Kanunda her ne kadar TBK m.52 kapsamında zor kullanma yetkisi tanınmış olsa da 818 sayılı Borçlar Kanununun ilga edilmiş olması sebebiyle bu ifadeden 6098 sayılı TBK m.64'ün anlaşılması gerekmektedir. Bu düzenleme ise bir yetki düzenlemesinin aksine meşru savunma ve zorunluluk hallerine ilişkin sorumlu olunmayacağına dair düzenlemedir. Öte yandan özel güvenlik görevlisinin TCK'da düzenlenen kanun hükmünü yerine getirme, amirin emrini ifa, meşru savunma ve zorunluluk halleri kapsamında zor kullanma yetkisi bulunmaktadır.

7- Özel güvenlik görevlilerinin silahlı olarak görev yapamayacakları yerler sadece 5188 sayılı Kanunda sayılanlar ile sınırlı değildir. Ayrıca 6136 sayılı Kanun kapsamında silah taşınmasının yasak olduğu yerlerde de silahlı olarak görev yapamayacaklardır.

8- Özel güvenlik görevlileri Kanunda sayılan tüm yetkilerini ancak görev süresi ve alanı ile sınırlı olarak kullanabilirler.

9- Özel güvenlik görevlileri, işledikleri suçlar ve onlara karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi olarak değerlendirilirler. Bu değerlendirmede özel güvenlik görevlisinin atanmış olması ya da sözleşmeli olarak istihdam edilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

10- Özel güvenlik görevlileri, CMK kapsamında adli kolluk olarak nitelendirilemese de yürütülen soruşturma kapsamında adli kolluğa yardım etmekle yükümlü olduğunu belirtmek gerekir.

KAYNAKÇA

Akkaş, A, Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları), Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Aldemir H, Adli-Önleme Arama ve Elkoyma, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Anayurt, Ö, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Ayaydın, C, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", S. 2, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Erdem Kuntalp'e Armağan, 2004, ss. 113-268.

Bahadır, O/Kıldan, İ, "Özel Güvenlik Görevlilerinin Zor Kullanma Yetkisi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 3, 2013, ss. 274-310.

Doğan, V, Türk Vatandaşlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

Erdağ, A, 'Kolluğun "Durdurma ve Kimlik Sorma" Yetkisi (PVSK madde 4/A)', S. 4, 2010, Ankara Barosu Dergisi, ss. 37-60.

Erdoğan, Y, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Eren, A, Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Gözler, K, Hukuka Giriş, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

Güngör, G, Tabiiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Kaya Göçmen, Ö, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Yakalama ve Gözaltı Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Kaya, M, "Özel Güvenlik Görevlisinin Görev, Yetki ve Hakları", S. 5, 2007, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 255-278.

Özbek, V, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.

Özgenç, İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17 Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Şahin, C/Göktürk. N, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Ünver, Y/Hakeri, H, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006.

Ünver, Y/Hakeri, H, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Yenisey, F/Nuhoğlu, A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Yıldız, A, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma", C.14, S.1, 2006, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 131-214.

Zorlu, S, Özel Güvenlik Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

İMAR HUKUKUNDA RUHSAT ARANMAYAN YAPILAR YÖNÜNDEN ÖNGÖRÜLEN İDARİ YAPTIRIMLAR

Administrative Sanctions For the Buildings Without a License In Zoning Law

Doç. Dr. Yunus ERASLAN*

Öz: Hukuk düzenini bozan eylemler yönünden, yargı kararına ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan işlemle idari yaptırım uygulanabilmektedir. Kabahatler Kanunu ve çeşitli mevzuatta idari yaptırımlara rastlamak mümkündür. İmar mevzuatında başta yıkım olmak üzere, para cezası, mühürleme, yapı ruhsatı veya yapı kullanma izninin iptali gibi idari yaptırım türleri öngörülmüştür. İmar hukukunda istisnalar dışında tüm yapılar, ilgili idareden yapı ruhsatı alınarak yapılabilmektedir. Kanun koyucu, köylerde yapılan yapılar ile seralar gibi bazı yapı türlerinin yapı ruhsatı aranmadan yapılabilmesine olanak tanımıştır. Çalışmamızda öncelikle, imar hukukunda ruhsat aranmayan yapıların neler olduğu hususu irdelenecektir. İmar Kanunu'nda öngörülen idari yaptırımların ve özellikle yıkıma ilişkin idari yaptırımın, ruhsat aranmayan yapılar yönünden uygulanıp uygulanmayacağı, ne şekilde uygulanacağı sorunu ele alınacaktır. Çalışma konusunun uygulamaya ilişkin olması nedeniyle, yargı kararları ışığında ayrıntılı bir analizin yapılması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yıkım, imar hukuku, ruhsat, sera, köy yapıları.

Abstract: Administrative sanctions can be applied directly by action, without the need for a judicial decision, in terms of actions that disrupt the legal order. It is possible to encounter administrative sanctions in the Misdemeanor Law and various legislation. In the zoning legislation, administrative sanctions such as fines, sealing, cancellation of building permit or occupancy permit are envisaged, especially demolition. In zoning law, all buildings, with the exception of exceptions, can be built by obtaining a building permit from the relevant administration. The legislator allowed the construction of some building types, such as buildings built in villages and greenhouses, without seeking a building permit. In our study, first of all, it will be examined what are the structures that do not require a license in the zoning law. The question of whether and how the administrative sanctions stipulated in the Zoning Law, and especially the administrative sanction for demolition, will be applied in terms of structures for which a license is not sought, will be discussed. Since the subject of the study is related to practice, it is aimed to make a detailed analysis in the light of judicial decisions.

Keywords: Demolition, zoning law, license, greenhouse, village, structures.

* Adana Bölge İdare Mahkemesi Hâkimi, ab97707@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0002-9660-5519

Makale Geliş Tarihi: 13.09.2022, Makale Kabul Tarihi: 21.11.2022

GİRİŞ

Hukuk düzenini bozan eylemler yönünden, yargı kararına ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan bir işlemle idari yaptırım uygulanabilmektedir.

İdari yaptırımların hukuki dayanağı 1982 Anayasası'nın 38. maddesidir. Anayasa'nın 38/3. maddesine göre, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde de, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği kuralına yer verilmiştir. Kabahatler Kanunu ve çeşitli mevzuatta idari yaptırımlara rastlamak mümkündür. İmar mevzuatında da, başta yıkım olmak üzere para cezası, mühürleme, yapı ruhsatı veya yapı kullanma izninin iptali gibi idari yaptırım türleri öngörülmüştür.

Yıkım işlemi, Kabahatler Kanunu kapsamındaki para cezası ve idari tedbirlerden olan idari yaptırımlardan değildir. Ancak, yıkım gibi imar mevzuatında öngörülen idari yaptırımlar mülkiyet hakkını etkileyebilmektedir. Mülkiyet hakkı ise, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilen temel haklardandır (AY m. 35). Mülkiyet hakkı, Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Yıkım işleminin idari yaptırım niteliği taşıması ve mülkiyet hakkını kısıtlaması nedeniyle kanuni bir dayanağının bulunması gerekir.

İmar hukukunda, istisnalar dışında tüm yapılar ilgili idareden yapı ruhsatı alınarak yapılabilmektedir. Kanun koyucu, köylerde yapılan yapılar ile seralar gibi bazı yapı türlerinin yapı ruhsatı aranmadan yapılabilmesine olanak tanımıştır. Ruhsat aranmayan yapıların mevzuata aykırı olması halinde imar para cezası, mühürleme ve durdurma gibi idari yaptırımların uygulanabileceği İmar Kanunu'nda açık olarak düzenlemiştir (m. 36, 42). Ancak yıkıma ilişkin yaptırımın, ruhsat aranmayan yapılar yönünden uygulanacağına ilişkin açık bir kanuni düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle çalışmamızda, ruhsat aranmayan yapıların mevzuata aykırı olması veya kanunda öngörülen şartlara uyulmadan yapılması halinde ruhsata tabi hale gelip gelmeyeceği, yıkım işlemine konu olup olmayacağı sorunu ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK İDARİ YAPTIRIM

Yaptırım, hukuk düzenini bozan veya bozulmasına sebep olan bir eylemin cezalandırılması isteğinden kaynaklanmaktadır.[1] Toplum tarafından benimsenen ve uyulması zorunlu olan düzen kurallarının insanlar tarafından ihlal edilmesi halinde, toplumun yapılan bu ihlale

[1] Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 423.

karşı gösterdiği tepkiye yaptırım denilmektedir.[2] Yaptırım, kabul edilen bir kuralın ihlali durumunda uygulanacak olan zorlamayı ifade etmektedir.[3]

Yaptırımlar, özel hukuk yaptırımları (cebri icra, tazminat, hükümsüzlük) ve kamu hukuku yaptırımları (ceza hukuku yaptırımları, anayasa hukuku yaptırımları, idare hukuku yaptırımları gibi) olarak ayrıma tabi tutulabilir. Ancak çalışma konu başlığına uygun olarak sadece idari yaptırımlar üzerinde kısaca durulacaktır.

Doktrinde idari yaptırım; kanunun verdiği yetkiye dayanılarak veya kanun koyucu tarafından yasaklanmayan durumlarda, mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan bir idari işlemle ve idari usullere uygun şekilde verilen cezalar olarak tanımlanmıştır.[4]

İdari yaptırımlarda idare, kamu gücüne dayanarak yargı mercilerine başvurmadan kendi işlemiyle ceza uygulamaktadır.[5] Bu yaptırımlara, idare tarafından öngörülmeleri ve uygulanmaları nedeniyle idari yaptırımlar denilmektedir.[6] İdari yaptırımların asıl belirleyici özelliği, yargı kararına gerek olmaksızın idare tarafından doğrudan uygulanmalarıdır.[7]

Herhangi bir kabahat karşılığında idari yaptırım uygulanması yetkisi, idareye münhasır değildir. Mahkemeler ve savcılar da soruşturma ya da kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğunu tespit ederlerse idari yaptırım kararı verebilmektedirler. Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesine göre, idari yaptırımın mahkeme tarafından verilmesi ve soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idari yaptırım uygulanması hallerinde de, adli yargı mercileri itiraz başvurularını inceler.[8]

---

2 Zeki Hafızoğulları, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 142.

3 Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006, s. 46; A. Şeref Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 10.

4 İl Han Özay, İdari Yaptırımlar, Kuramsal Bir Deneme, İstanbul 1985, s. 35; Mustafa Karabulut, "İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve AYM'nin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı", S. 3, Kasım 2006, Terazi Hukuk Dergisi, s. 64.

5 Çağlayan, s. 23.

6 R. Cengiz Derdiman, "Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme", C. 6, S. 3, Temmuz 1997, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, s. 116.

7 Yücel Oğurlu, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 42.

8 İsmail Yalçın, Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 133 vd; Kanunun 27. maddesinde yer verilen itirazın "dava şeklinde itiraz" olduğu yönünde Ilgın Özkaya Özlüer, "İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu", 2015/1, Ankara Barosu Dergisi, s. 155.

İdari yaptırımlar, gelişen toplum düzeninde devlet aygıtının büyümesi ve bazı eylemlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi[9] sonucunda hızlı ve yerinde müeyyide uygulama ihtiyacından doğmuştur.[10] Bu sayede devlet idaresi, kamu düzenini sağlamaya yönelik olarak mahkeme sürecinin devreye girmediği bir aracı elinde bulundurmaktadır.

Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği kuralına yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle idari yaptırımlarda suç ve cezalar için öngörülen ve temelini Anayasadan alan kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu söylemek mümkündür.[11]

İdari yaptırımlar doktrinde farklı şekillerde sınıflandırılmaktadır. İdari yaptırımlar ekonomik ve bireysel yaptırımlar olarak sınıflandırılmaktadır [12]. Yine idari yaptırımlar, idari ceza ve idari tedbir olarak iki başlık altında gruplandırmaktadır.[13] İdari cezalara örnek olarak; idari para cezaları, faaliyete süreli veya süresiz olarak son verme, kabahatler karşılığında öngörülen cezalar, disiplin cezaları gösterilebilir. İdari tedbirlere ise; geçici engelleme, geçici el koyma, sınavlarda belli bir süre geçmeden dışarı çıkmama vb. durumlar örnek gösterilebilir.[14]

Kabahatler Kanunu'nda öngörülen idari yaptırımlar, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesidir. Bu Kanunda, diğer kanunlarda yer alan idari tedbirlerin de idari yaptırım olduğu belirtilmiştir (m. 16). Diğer kanunlarda öngörülen idari yaptırımlar, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi türünde olabileceği gibi, yıkım, mühürleme, bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, ruhsatın iptali, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması, disiplin cezası, geçici engelleme, geçici el koyma olarak sayılabilir.[15]

II. İMAR HUKUKUNDA DÜZENLENEN İDARİ YAPTIRIMLAR

İmar hukukunda birçok idari yaptırım öngörülmüştür. İmar hukuku yönünden idari yaptırımdan söz edildiğinde ön plana çıkan

---

9 Yalçın, s. 87.

10 Yaşar Güçlü, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 95.

11 Ali Karagülmez, Adli ve İdari Para Cezaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 445.

12 Ramazan Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 48; Vahap Darendeli, Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 126.

13 Ali Ulusoy, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 11.

14 Ulusoy, s. 11.

15 İdari para cezaları, faaliyet izni veya lisansın iptali caydırıcı yaptırımlar grubunda, meslek veya sanatın geçici tatili, iş yerinin süreli kapatılması ise idari tedbir niteliğindeki telafi edici yaptırımlar olarak gruplandırılmaktadır. (Ulusoy, s. 17).

yaptırımlar; mühürleme ve durdurma, yıkım ve para cezalarıdır. Bunların yanı sıra yapı kullanma izninin verilmemesi, yapı kullanma izninin ve yapı ruhsatının iptali, kamu hizmet ve tesislerinden yararlandırılmaması da imar hukukunda öngörülen idari yaptırımlardandır.[16] İmar hukukunda öngörülen yaptırımları, ruhsat aranmadan yapılabilen yapılar yönünden uygulanan idari yaptırım ile ruhsat gerektiren yapılar yönünden uygulanan idari yaptırım olarak ikili bir ayrım yapılmak suretiyle incelenmesi yerinde olacaktır.

A. RUHSAT GEREKTİREN YAPILAR YÖNÜNDEN ÖNGÖRÜLEN İDARİ YAPTIRIMLAR

İmar hukukunda öngörülen tüm idari yaptırımlar, ruhsata tabi yapılara uygulanabilen yaptırımlardır. İmar hukukunda öngörülen mühürleme ve durdurma, yıkım ve para cezaları, yapı kullanma izninin verilmemesi, yapı kullanma izninin ve yapı ruhsatının iptali, kamu hizmet ve tesislerinden yararlandırılma gibi tüm idari yaptırımlar, ayrım yapılmaksızın ruhsata tabi olan yapılara uygulanması hukuken olanaklıdır.

B. RUHSAT ARANMAYAN YAPILAR YÖNÜNDEN ÖNGÖRÜLEN İDARİ YAPTIRIMLAR

Çalışmamızın konusu, ruhsat aranmayan yapılar yönünden öngörülen idari yaptırımlardır. Bu nedenle, imar hukukunda öngörülen idari yaptırımların hangilerinin, ruhsat aranmayan yapılar yönünden uygulanabileceğinin ayrıntılı analizi yapılacaktır. Bu kapsamda öncelikle imar hukukunda ruhsat aranmayan yapıların neler olduğu açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra İmar Kanunu'nda öngörülen idari yaptırımların ve özellikle yıkıma ilişkin idari yaptırımın, ruhsat aranmayan yapılar yönünden uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ele alınacaktır.

3194 sayılı Kanuna göre "yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir" (m. 5). "Yapı; kuruluş veya kişilerce kendilerine ait tapusu bulunan arazi, arsa veya parsellerde… kendisine ait tapusu bulunmamakla beraber kamu kurum ve kuruluşlarının vermiş oldukları tahsis veya irtifak hakkı tesis belgeleri ile, imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabilir" (m. 20).

[16] Ramazan Yıldırım, "İmar Hukukuna Aykırı Yapılar Üzerinde İdarenin Yetki ve Yaptırımları", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1990, s. 112.

İmar Kanunu kapsamına giren tüm yapılar için kanunda öngörülen istisnalar dışında valilik veya belediyelerden yapı ruhsatı alınması zorunludur (3194 m. 22).

İmar Kanunu'nda istisnai olarak bazı yapıların, yapı ruhsatı aranmadan yapılabileceği öngörülmüştür. İmar Kanunu 27/1 maddesine göre, "Belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda yapılacak konut, entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile köyde oturanların ihtiyaçlarını karşılayacak bakkal, manav, berber, köy fırını, köy kahvesi, köy lokantası, tanıtım ve teşhir büfeleri ve köy halkı tarafından kurulan ve işletilen kooperatiflerin işletme binası gibi yapılar için yapı ruhsatı aranmaz. Ancak etüt ve projelerin valilik onayını müteakip muhtarlığa bildirimi ve bu yapıların yöresel doku ve mimari özelliklere, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur" . İmar Kanunu'nun 27. maddesine 2019 yılında eklenen 2. fıkrasında, "Belediye ve mücavir alanlar içinde veya dışındaki iskan dışı alanlarda yapılacak tarımsal amaçlı seralar, entegre tesis niteliğinde olmamak ve ilgili il tarım ve orman müdürlüğünden uygun görüş alınmak koşuluyla yapı ruhsatı aranmadan yapılabilir. Ancak etüt ve projelerinin ruhsat vermeye yetkili idarece incelenmesi, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur." kuralına yer verilmiştir. Kanunun 27. maddesine bu fıkranın eklenmesinin iki sebebi vardır. Birincisi, Kanunun 27/1. fıkrasının, belediye ve mücavir alanı içindeki iskan dışı alanlar ile belediye ve mücavir alan dışındaki iskan dışı alanlara yönelik bir hüküm getirmiyor olmasıdır. İkincisi ise, büyükşehir belediyelerinde il sınırlarının belediye sınırı olarak öngörülmesinden sonra, Kanunun 27/1. fıkrasının ihtiyacı karşılamamasından kaynaklanmaktadır.

Bazı illerin büyükşehir belediyesine dönüştürülmesi üzerine, büyükşehir belediyesi sınırı il mülki sınırı olmuştur (5216 SK m. 5, 6360 SK m. 1). Büyükşehir belediyesine dönüştürülen illerde, daha önce belediye ve mücavir alan dışında kalan köyler mahalleye dönüştürülmüştür.[17] Bu kapsamdaki köylerin mahalleye dönüştürülmesi ve bu yerlerin belediye sınırında kalması sonucu, İmar Kanunu 27. maddesinin (ruhsat alınmadan yapı yapılması) uygulama alanının daraldığını söylemek mümkündür.

Büyükşehir belediye sınırında kalması nedeniyle mahalleye dönüşen köylerde bulunan kişilerin imar hukuku yönünden mağduriyet ve zorluk yaşanmaması için kanun koyucu İmar Kanunu'na geçiş hükmü getirmiştir. Bu kapsamda 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. maddesinin (ğ) bendinde, "Büyükşehir belediyesi sınırının il sınırı olması nedeniyle mahalleye dönüşen ve nüfusu 5.000'in altında kalan yerlerin, kırsal

[17] Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. Uğur Yıldırım/ Zehra Gül/ Soner Akın, "İl Mülki Sınırı Büyükşehir Belediye Modelinin Getirdiği Yenilikler", 10(2), Ağustos 2015, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, s. 209.

yerleşim özelliğinin devam edip etmediğine büyükşehir belediye meclisince karar verilir. Büyükşehir belediye meclisince aksine bir karar alınmadıkça, uygulama imar planı yapılıncaya kadar bu alanlardaki uygulamalar 27 nci madde hükümlerine göre yürütülür. 27 nci maddede belirtilen projeler, ilçe belediyesince onaylanır ve muhtarlığa bildirilir ..." kuralına yer verilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. madde hükmünün değerlendirilmesinden, köylerdeki yapıların belli şartlar gerçekleştiğinde ruhsat aranmayan yapılardan olmaktadır. Köylerin bağlı bulunduğu ilin büyükşehir olmasıyla birlikte mahalle statüsüne geçmesiyle, köy durumundayken ruhsat aranmayan ve 3194 sayılı Kanunun 8/ğ maddesi uyarınca 06/12/2012 tarihinden sonra köyden mahalleye dönüşen yerlerde yapılan yapıların; nüfusunun 5.000'in altında kalması, kırsal yerleşim özelliğinin devam etmesi ve büyükşehir belediye meclisince aksine bir karar alınmaması halinde, uygulama imar planı yapılıncaya kadar 3194 sayılı Kanunun 27. maddesinde öngörülen hükümler uyarınca değerlendirileceği anlaşılmaktadır.

Yapı ruhsatı aranmadan yapılabilecek diğer bir yapı grubu ise, harekât ve savunması bakımından gizlilik arz eden yapılardır. "Devletin güvenlik ve emniyeti ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin, Sahil Güvenlik Komutanlığının, Jandarma Genel Komutanlığının ve Emniyet Genel Müdürlüğünün harekât ve savunması bakımından gizlilik arz eden mühimmat yapıları, sığınak, radar istasyonları ile nöbet kulübeleri, gözetleme kuleleri, gemi/bot destekleme tesisleri ve karakol yapılarında her türlü sorumluluğun kurumlarına ait olduğuna ilişkin yazı alınmak suretiyle imar planı ve yapı ruhsatı aranmaz" (Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği m. 37/3).

Ruhsat aranmadan yapılabilecek diğer bir yapı grubu ise, belli koşullarda iskân dışı alanlarda yapılacak bağ evleridir. Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 63. maddesine göre, "...üst ölçek planı bulunmayan iskân dışı alanlarda bulunan parsellerde; inşaat alanı katsayısı %5 den fazla olmamak, yapı inşaat alanları toplamı hiçbir koşulda (250) m2 yi geçmemek, saçak seviyelerinin tabii zeminden yüksekliği ((7.50) metreyi ve 2 katı aşmamak, yola (5.00) metreden parsel sınırlarına (3.00) metreden azla yaklaşmamak şartı ile bir ailenin oturmasına mahsus bağ ve sayfiye evleri, kır kahvesi, lokanta ve bu tesislerin müştemilat binaları yapılabilir...". Bu yapılar kural olarak yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabidir (m. 64). Ancak iskan dışı alanlarda yapılacak entegre tesis niteliğinde olmayan tarımsal amaçlı seralar, 63. maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılabilecek olan bağ evlerinden taban alanı 75 metrekareyi, yapı inşaat alanı toplamı 150 metrekareyi, kat adedi bodrum dahil 2'yi ve parselde 1 adedi geçmemek kaydıyla yapılacak olanlar; ilgili il tarım ve orman müdürlüğünün uygun görüşü ve ilgili idarenin izni alınmak koşuluyla yapı ruhsatı aranmadan yapılabilir. Ancak etüt ve projelerinin ruhsat vermeye yetkili idarece incelenmesi, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur (m. 64).

Ruhsat gerektirmeyen yapılar yönünden İmar Kanunu'nda öngörülen idari yaptırımlar; mühürleme ve durdurma ile para cezasıdır. Yıkım ve diğer idari yaptırımların, ruhsat gerektirmeyen yapılar yönünden uygulanıp uygulanmayacağının ayrı başlık halinde irdelenmesi yerinde olacaktır.

1. Mühürleme ve Durdurma

İmar Kanunu 32. maddesine göre, "Bu Kanun hükümlerine göre; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur. Yapının imar mevzuatına aykırı olduğuna dair bilgi, tapu kayıtlarının beyanlar hanesine kaydedilmek üzere ilgili idaresince tapu dairesine en geç yedi gün içinde yazılı olarak bildirilir. Aykırılığın giderildiğine dair ilgili idaresince tapu dairesine bildirim yapılmadan beyanlar hanesindeki kayıt kaldırılamaz".

Yapının mühürlenmesi işlemi, kamu düzeninin bozulmaması için İmar Kanunu kapsamında idarece uygulanan geçici nitelikte bir idari tedbirdir.[18] Mühürleme, yapı tatil tutanağı ile birlikte tesis edilen bir işlemdir. Çünkü Kanuna göre, imar mevzuatına aykırı yapı mühürlenerek durdurulmaktadır. Mühürleme ile yapı tatil tutanağı iç içe geçmiş işlemlerdendir.

Ruhsat alınmadan yapılacak yapılar yönünden uygulanacak mühürleme ve durdurma yaptırımı, 29.11.2018 tarihli ve 7153 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle İmar Kanunu'na getirilmiştir. Bu tarihten önce İmar Kanunun 32. madde kapsamında tesis edilen mühürleme ve durdurma işlemi, ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç olmak üzere tesis edilebilmekteydi. 29.11.2018 tarihli ve 7153 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle, İmar Kanunun 32. maddesinin 1. fıkrasına "ruhsat ve eklerine" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına" ibaresi eklenmiş, fıkrada yer alan "ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

İmar Kanunu 32. maddesi kapsamında uygulanan mühürleme ve durdurma, 29.11.2018 tarihinden önce "ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç" ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılan inşaat için öngörülen bir yaptırım iken, 29.11.2018 tarihinden sonra ise, ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılardaki imar mevzuatına aykırılıklar yönünden de uygulanabilen bir yatırımdır.

[18] Gurur Kutay Aydın, "İmar Kirliliği Kapsamında Adli Ve İdari Yaptırımlar", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 79.

İmar Kanunu 32. maddesi kapsamında uygulanan mühürleme ve durdurma, 29.11.2018 tarihinden önce "ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç" ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılan inşaat için öngörülen bir yaptırım iken, idare uygulamasında, ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar için de mühürleme ve durdurma işlemi tesis edilmekte ve bu işlem idari yargı mercilerince hukuka uygun bulunmakta idi.[19] Açık kanun hükmüne rağmen idarenin ve idari yargı mercilerinin bu yöndeki uygulama ve kararına katılmak hukuken olanaklı değildir. İmar Kanunu 27. madde kapsamında, ruhsat alınmadan yapılacak yapılar yönünden uygulanacak mühürleme ve durdurma yaptırımı, 29.11.2018 tarihinden sonra artık kanuni bir idari yaptırım türüdür. 29.11.2018 tarihli ve 7153 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle, İmar Kanunun 32. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklik ile, ruhsat alınmadan yapılacak yapılar yönünden uygulanacak mühürleme ve durdurma yaptırımının hukuki olup olmadığı tartışmasına son verilmiştir. Yapılan Kanun değişikliği yerinde olmuştur. Çünkü bu kanun değişikliği, belediye veya mücavir alan dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda imar mevzuatında öngörülen hükümlere aykırı yapılan inşaatın devamına engel olma açısından önem arz etmektedir.

Yapı tatil tutanağının tanımına Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde yer verilmiştir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğine göre, "Yapı tatil tutanağı: Herhangi bir şekilde ruhsat alınmadan yapıya başlanılarak kaçak inşaat yapıldığı ya da ruhsatlı yapılarda ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı tespit edildiği takdirde, ilgili idaresince yetkilendirilmiş teknik elemanlarca, yapının o andaki durumu ile birlikte aykırılıkları resim, kroki ve yazı ile belirtilen ve inşai faaliyete devam edilemeyeceğini gösteren onaylı belgeyi … ifade eder" (4/ssss). İmar Kanunu'nda ve Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nde yapı tatil tutanağı tanımına yer verilmemiştir. Bu tanımda ruhsat alınmadan

[19] *" … 06.10.2017 tarihli ara kararına cevaben gönderilen bilgi ve belgelerden, konut niteliğindeki yapının köy yerleşik alanında bulunduğu, bu nedenle, ruhsata tabi olmadığının anlaşıldığı… dava konusu mühürleme işlemi yönünden; 06.10.2017 tarihli ara kararı ile, davacı ve davalı idareden uyuşmazlığa konu yapıya ilişkin yapı ruhsatının mevcut olup olmadığı sorularak varsa yapı ruhsatının gönderilmesi ve uyuşmazlığa konu yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair Valilik görüşü ile yapımına ilişkin muhtarlıktan alınmış izin belgesinin mevcut olup olmadığı sorularak, var ise bunlara ilişkin belgelerin gönderilmesi istenilmiş olup, ara karara cevaben gönderilen bilgi ve belgelerden, yapı ruhsatının olmadığı, işleme konu yapının muhtarlık izniyle inşa edildiğine ilişkin herhangi bir belge sunulmadığı, yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair valilik görüşünün de bulunmadığı, ayrıca dava konusu yapının köy yerleşik alan sınırları içinde olduğu, bu durumda, dava konusu yapının yapı ruhsatı olmadığı, muhtarlık izni alınmaksızın yapıldığı ve yapı projesinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair valilik görüşünün de bulunmadığı anlaşıldığından, usulüne uygun olarak tanzim edilen ve aykırılıkların neler olduğunun ayrıntılı bir şekilde gösterilmek suretiyle teknik elemanlarca düzenlenen yapı tatil zaptına dayanılarak tesis edilen mühürleme işleminde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediği gerekçesiyle dava konusu … yapının mühürlenmesine ilişkin 07.09.2016 tarihli yapı tatil zaptı yönünden ise davanın reddine dair…"* kararın onanmasına dair Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2018/787, K. 2019/250, T. 26.02.2019 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. "s.e.t." 06.09.2022).

yapıya başlanılarak kaçak inşaat yapıldığı ya da ruhsatlı yapılarda, ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı tespit edildiği takdirde, teknik elemanlarca, yapının o andaki durumu tespit edileceği öngörülmüştür. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde yer verilen yapı tatil tutanağı tanımında, ruhsat gerektirmeyen yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına aykırı yapı yapıldığında işlem tesis edileceği hususuna ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Bu durumun temel sebebi, ruhsat aranmayan yapıların mühürlenerek durdurulacağına ilişkin düzenlemenin İmar Kanunu'na 29.11.2018 tarihinde eklenmesidir. Çünkü Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği bu tarihten önce, 03.07.2017 tarihli Resmî Gazete ile yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde yer verilen yapı tatil tutanağı tanımı, ruhsat aranmayan yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına aykırı yapı yapıldığı hususunu da kapsayacak bir şekilde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

İmar Kanunu 27/1. maddesinde öngörülen ve yapı ruhsatı aranmadan yapılacak yapılar, plansız alanlarda yapılacak yapılardandır. Ruhsat aranmadan yapılacak yapılar, yönetmelik olarak Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğine tabidir. Bu nedenle, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'ne, ruhsat alınmadan yapılabilecek yapıları da kapsayacak bir yapı tatil tutanağı tanımı getirilebilir.

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde yer verilen yapı tatil tutanağı tanımı, ruhsat alınmadan yapılabilecek yapıları kapsayacak şekilde düzenlenmemiş ise de, bu tanımda yer verilen düzenlemeler, kıyasen, ruhsat alınmadan yapılabilecek yapıları kapsayacak şekilde uygulanması gerektiği açıktır.

İmara aykırılık nedeniyle düzenlenen yapı tatil tutanağında, yapı tatil tutanağının neden düzenlendiğinin, ruhsat ve imar mevzuatına aykırılıkların tam ve ayrıntılı olarak şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesi gerekir.[20] Proje onayı alınmadan veya muhtarlığa bildirim şartı bulunmadan İmar Kanunu 27. madde kapsamında inşa edilen yapılar hakkında kanunda öngörülen yaptırımların uygulanabilmesi için, ihtilaf konusu imalatın ilgili fen elemanları tarafından[21] açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde saptanarak usule uygun şekilde düzenlenecek bir tutanağa bağlanması ve söz konusu yapıya ilişkin eksikliklerin tutanakta belirtilmesi gerekmektedir. Yapının denetiminde tutanağın düzenlendiği sırada, yapı sahibinin de hazır bulunması halinde ona da imzalatılması gerekir. Yapı sahibi

[20] Ahmet Kürşat Ersöz, "Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı", C. 19, S. 3, 2015, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 114.

[21] "*yapı tatil tutanağının inşaat mühendisi/teknisyeni ve/veya mimar gibi yapı tekniği, ruhsat ve yapı inşaat alanı gibi hususlarda uzmanlığı bulunan teknik bir personelin de içinde bulunduğu bir ekip tarafından düzenlenmesi gerektiği*" yönünde Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2021/613, K. 2022/185, T. 22.02.2022 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 05.08.2022).

bulunamamış ise tutanağın yapı yerine asılması, bu hususa da tutanakta yer verilmesi, yapının mühürlenerek inşaatın derhal durdurulduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Yapının inşa edildiği taşınmazın ada, parsel numarasına yer vermeyen, yapı sahibinin proje onayı için başvuruda bulunmasına veya muhtarlığa bildirimde bulunmasına imkân sağlamayan ve alanında uzman teknik personel tarafından düzenlenmeyen veya bu hususların denetlenmesine olanak tanıyacak nitelikte olmayan yapı tatil tutanağı veya bu yapı tatil tutanağına istinaden tesis edilen para cezası vb. idari yaptırımlar hukuka uygun olmayacaktır.[22]

Yapı ruhsatı alınmadan yapılabilecek yapılar yönünden düzenlenen yapı tatil tutanağında, yapının ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılardan olduğunun özellikle belirtilmesi gerekir. Yapı ruhsatı aranmayan yapılar yönünden düzenlenen yapı tatil tutanağında, bu yapının ruhsata tabi olduğu, ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapıldığı, verilen süre içinde ruhsat alınması gerektiği yönündeki bir ifadeye yer verilmesi, yapı tatil tutanağını ve mühürleme işlemini hukuka aykırı hale getirir. Konuya ilişkin idari yargı kararları da bu yöndedir.[23] Diğer bir anlatımla idari yaptırımların dayanağını oluşturan yapı tatil tutanakları, yapının tabi olduğu imar rejimine uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, ruhsata tabi olan yapılar ile ruhsata tabi olmayan yapılar için düzenlenen yapı tatil tutanakları da içerik yönünden birbirinden ayrışabilecektir.

İmar Kanunu 27. madde kapsamında kalan ve ruhsat aranmayan yapıların tespitine esas yapı tatil tutanaklarında, yapının sahibi ve ölçüsü ile krokisi ve resimlerine yer verilmesi yanında, yapının belediye ve mücavir alanı ile köy yerleşik alanı içinde kalıp kalmadığı[24], yapının projesinin bulunup bulunmadığı, fen ve sağlık kurallarına veya karar alınmış ise yöresel doku ve mimariye ilişkin kurallara uyulup uyulmadığı, onaysız bir projeye dayalı olarak inşa edilmiş olması

---

[22] Aynı yönde Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2020/688, K. 2021/82, T. 30.06.2021 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 06.08.2022).

[23] Bir uyuşmazlıkta "*27. madde kapsamındaki yapıların ise yapı ruhsatına tabi olmaması, bu yapılar için proje onayı ve muhtarlığa bildirim şartı bulunması karşısında, uyuşmazlığa konu yapının ruhsat almaksızın yapıldığı, ruhsat alınması gerektiği, aksi takdirde yapının yıkılacağı hususlarını belirten ve 3194 sayılı Kanun'un 27.maddesindeki koşullar çerçevesinde usulüne uygun düzenlenmeyen yapı tatil zaptı ile yapının mühürlenmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığı*" yönünde Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2021/503, K. 2021/1166, T. 02/11/2021 sayılı kararı; aynı yönde Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2020/1140, K. 2021/1467, T. 23.12.2021 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 09.08.2022).

[24] "*tespit tutanağının düzenlendiği tarihte işleme konu yapının belediye mücavir alanında bulunup bulunmadığı hususu araştırıldıktan sonra, yapıldığı tarihte belediye mücavir alanı içerisinde bulunduğunun anlaşılması durumunda, 3194 sayılı İmar Kanununu uyarınca ruhsata tabi yapı olarak değerlendirilerek işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiğine*" dair D6D, E. 2019/7017, K. 2019/6309, T. 24.06.2019 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

halinde, fen ve sağlık kuralları yönünden veya diğer aykırılıkların neler olduğu gibi hususların belirtilmesi gerektiği gibi, tutanağın 27. madde kapsamında düzenlendiği ve mühürleme sonrası ilgilinin bu tutanak üzerine yapabileceği başvuruların ve tamamlanması gereken eksiklik ve aykırılıkların da belirtilmesi gerekmektedir.[25]

Köylerin bağlı bulunduğu ilin büyükşehir olması ve mahalle statüsüne geçmesiyle köy durumundayken ruhsat aranmayan ve 3194 sayılı Kanunun 8/ğ maddesi[26] uyarınca köyden mahalleye dönüşen yerlerde yapılan yapılar yönünden düzenlenecek yapı tatil tutanağında; yapının bulunduğu bölgenin köy iken mahalleye dönüştüğü hususu ile birlikte, köyün nüfusunun 5.000'in altında kalıp kalmadığı, yapının bulunduğu bölgenin uygulama imar planı olmayan alanda kalıp kalmadığı, kırsal yerleşim özelliğinin devam edip etmediği, büyükşehir belediye meclisince aksine bir karar alınıp alınmadığı hususlarına yer verilmesi yerinde bir uygulama olacaktır. Bu şekilde düzenlenecek yapı tatil tutanağı, gerek idare gerekse yargı mercilerince, 3194 sayılı Kanunun 8/ğ ve 27. maddeleri uyarınca yapının durumunun incelenip değerlendirilmesinde, yapının ruhsata tabi olup olmadığının belirlenmesinde somut bir dayanak oluşturacaktır. Yapı tatil tutanağı ile bu yönde bir tespit yapılmadan, köyden mahalleye dönüşen bölgedeki yapının, doğrudan yapı ruhsatına tabi olduğu varsayımıyla düzenlenen yapı tatil tutanağı ve bu tutanağa istinaden tesis edilen yıkım ve para cezası işlemleri de eksik tespit nedeniyle iptal edilecektir.[27]

2. İmar Para Cezası

İmar Kanunu 27. maddesinde öngörülen ve yapı ruhsatı aranmadan yapılacak yapılar yönünden Kanunda öngörülen ikinci idari yaptırım, imar para cezasıdır. İmar para cezası, İmar Kanunu'nun 42. maddesinde düzenlenmiştir.

---

[25] Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2021/1022, K. 2022/414, T. 22.03.2022 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 09.08.2022).

[26] 3194 sayılı Kanunun 8/ğ maddesine göre, *"...Büyükşehir belediyesi sınırının il sınırı olması nedeniyle mahalleye dönüşen ve nüfusu 5.000'in altında kalan yerlerin, kırsal yerleşim özelliğinin devam edip etmediğine büyükşehir belediye meclisince karar verilir. Büyükşehir belediye meclisince aksine bir karar alınmadıkça, uygulama imar planı yapılıncaya kadar bu alanlardaki uygulamalar 27 nci madde hükümlerine göre yürütülür*."

[27] Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta " *dava konusu taşınmazın, Büyükşehir Belediyesi sınırının il sınırı olması nedeniyle mahalleye dönüşen ve nüfusu 5.000'in altında kalan ... Mahallesi sınırları içinde, uygulama imar planı olmayan alanda kaldığı görüldüğünden, köy yerleşik alanında bulunan yapının niteliği ve hangi amaçla inşa edildiği tespit edildikten sonra, Kapaklı Mahallesinin kırsal yerleşim özelliğinin devam edip etmediği incelenip 3194 sayılı Kanunun 8/ğ ve 27. maddeleri uyarınca durumu değerlendirilip, ruhsata tabi olup olmadığının belirlenmesi, şayet ruhsata tabi bir yapı olduğu tespit edilirse bu belirlemeye göre işlem tesis edilmesi gerekirken, ruhsata tabi bir yapı olduğu kabul edilmek suretiyle tesis edilen belediye encümeni kararında hukuka uygunluk görülmediği*" yönünde, Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2021/1115, K. 2021/1297, T. 15.12.2021 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 11.08.2022).

İmar Kanunu, kolluk alanında idarenin faaliyetleri ve sahip olduğu görev ve yetkileri düzenlemektedir. Bu yönden İmar Kanunu'nun 42. madde hükmü, kamu gücünün tüm özelliklerini içerisinde barındıran ve tümüyle idari yöntemler uygulanarak yürütülen idari kolluk faaliyetine yönelik düzenlemeleri içermektedir.[28]

"Ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere ve imar mevzuatına aykırı olarak yapılan ya da 27 nci madde kapsamında ruhsat alınmadan yapılabilen yapılardan aynı maddede belirtilen koşullar sağlanmadan[29] yapılanların sahibine, yapı müteahhidine ve aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere, yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşmeye ve çevreye etkisine, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre, bin Türk lirasından az olmamak üzere, Kanunda öngörülen idari para cezaları uygulanır" (İK 42/2). İmar para cezaları, İmar Kanunu'nda açıkça öngörülen ihlaller nedeniyle, yargı kararı olmadan, idari mercilerce bir idarî işleme dayalı olarak uygulanan, belirli bir tutardaki paranın ödenmesini doğuran idari yaptırım çeşididir.[30]

İmar Kanunu 42. maddesi kapsamında, imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil ve hallerin tespit edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde sorumlular hakkında, ilgili idare encümenince, imar para cezası uygulanır. İmar para cezası kesilmesi için, mevzuata aykırılığın giderilmesi için ilgiliye süre verilmesine ve aykırılığın giderilmesinin beklenilmesine ihtiyaç yoktur.[31] İmar mevzuatına aykırı olarak yapı yapılması ve bu durumun usulüne uygun olarak tespiti yeterlidir.

İmar para cezası hesaplanması ve kesilmesinde, imar mevzuatına aykırılığın tespit tarihi fiilin işlendiği tarih olarak esas alınacak ve bu tarihte mevzuatta öngörülen para cezası tutarının uygulanması söz konusu olacaktır.[32] Aykırılığın tespit tarihi ile para cezasının uygulandığı encümen karar tarihi farklı olabilmektedir. İmar para cezaları, her yıl yeniden değerleme oranında arttırılmaktadır. Bu nedenle aykırılığın tespit tarihi ile imar para cezası kararanın alındığı encümen karar

---

[28] Selman Özdemir, "İmar Para Cezaları Özelinde İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması", S. 473, Aralık, 2011, Türk İdare Dergisi, s. 123.

[29] Madde hükmünde geçen "*27 nci madde kapsamında ruhsat alınmadan yapılabilen yapılardan aynı maddede belirtilen koşullar sağlanmadan*" ibaresi 14/2/2020 tarihli ve 7221 sayılı Kanunun 11 inci maddesiyle eklenmiştir.

[30] İdari yaptırımlar hakkında geniş bilgi için bkz. Mustafa Yılmaz, İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 112; Ulusoy, s. 178; Feyyaz Gölcüklü, "İdari Ceza Hukuku', ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki", C.18, 1963, SBFD, s. 120.

[31] Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta " *…28.11.2018 günlü tespit sonrasında 04.12.2018 tarihinde para cezasına ilişkin karar alınması mümkün olduğundan; ilk derece mahkemesinin bir ay süre verilmeden para cezası uygulanamayacağı yönündeki kararda hukukî isabet görülmediğine…*" dair Konya Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2020/244, K. 2021/69, T. 14.01.2021sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 06.09.2022).

[32] Hasan Nuri Yaşar, İmar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, 275.

tarihindeki imar para cezaları, tutar olarak farklılık gösterebileceğinden, aykırılığın tespit tarihinde mevzuatta öngörülen para cezası tutarının uygulanması önem arz etmektedir.[33]

İmar para cezaları yönünden, ceza hukukundaki temel ilkelerden olan "cezaların şahsiliği ilkesi" geçerlidir. Bu kapsamda, imar mevzuatına aykırı yapıyı yapanın kim olduğu tespit edilerek, imar para cezası da o kişiye kesilecektir. Yapının mülkiyetinin daha sonradan el değiştirmiş olması, yapının kiracı veya fuzuli şagil tarafından yapılması, imar para cezasının imar mevzuata aykırı inşaatı bizzat yapana kesilmesine mani olmaz.[34]

"*27 nci maddeye göre belirlenmiş köy yerleşik alanı ve civarı sınırları içinde köyün nüfusuna kayıtlı olan ve köyde sürekli oturanlar tarafından, projeleri fen, sanat ve sağlık şartlarına uygun olmasına rağmen valilik onayı alınmadan ve muhtarlığa bildirim yapılmadan konut ve zatî maksatlı tarım ve hayvancılık yapısı inşa edilmesi halinde yapı sahibine bin Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu yapılardaki diğer aykırılıklar ve ruhsata tabi tarım ve hayvancılık maksatlı yapılardaki aykırılıklar için verilecek olan idari para cezası, bin Türk Lirasından az olmamak üzere, ikinci fıkraya göre hesaplanan toplam ceza miktarı uygulanır*" (İK 42/5). 14/2/2020 tarihli ve 7221 sayılı Kanunun 11. maddesiyle, bu fıkranın birinci cümlesinde yer alan "muhtarlık izni olmaksızın" ibaresi "valilik onayı alınmadan ve muhtarlığa bildirim yapılmadan" şeklinde, ikinci cümlesinde yer alan "ceza miktarının beşte biri olarak" ibaresi "ceza miktarı" şeklinde ve fıkrada yer alan "üçyüz" ibareleri "bin" şeklinde değiştirilmiştir.

İmar Kanununda öngörülen imar para cezası, Kabahatler Kanunu kapsamına giren idari para cezalarındandır. İmar Kanunun 27. maddesinde öngörülen ve ruhsat aranmadan yapılacak köylerdeki yapılar yönünden Kanunun 42. maddesinde imar para cezası, özel olarak ve ayrıca düzenlenmiştir. Kanunun 42. maddesinin 5. fıkrasında, 27. maddeye göre belirlenmiş köy yerleşik alanı ve civarı sınırları içinde

---

[33] Ali Rıza İlgezdi, İmar Hukukunda Yıkım ve İmar Para Cezaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 192; Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta "*…dava konusu fiilin yapı tatil zaptının düzenlendiği tarih itibarıyla işlendiği açık olduğundan idari yaptırıma konu fiilin işlendiği tarihteki mevzuat hükümlerinin olaya uygulanması gerektiğine…*" dair Konya Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2021/1237, K. 2022/156, T. 19.01.2022 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 06.09.2022).

[34] Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta "*… Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktarılan kararında da ifade edildiği üzere, 3194 sayılı Kanunun 42'nci maddesi uyarınca idari para cezası yaptırımının uygulanacağı ruhsata aykırı veya ruhsatsız "yapının sahibi" ibaresinden, "inşaai faaliyeti yapan kişi"nin anlaşılması gerektiği ve fakat dava konusu işleme esas yapının kim tarafından yapıldığı hususunun tespit edilemediği anlaşılmakla, cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde yapı sahibi olduğundan bahisle davacı adına tesis edilen dava konusu işlemin 3194 sayılı Kanunun 42'inci maddesi gereğince idari para cezası uygulanmasına ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmadığına…*" dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5İDD, E. 2020/1019, K. 2020/2014, T. 18.11.2020 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2021/1115, K. 2021/1297, T. 15.12.2021 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 06.09.2022).

köyün nüfusuna kayıtlı olan ve köyde sürekli oturanlar tarafından, projeleri fen, sanat ve sağlık şartlarına uygun olmasına rağmen valilik onayı alınmadan ve muhtarlığa bildirim yapılmadan konut ve zatî maksatlı tarım ve hayvancılık yapısı inşa edilmesi halinde yapı sahibine maktu para cezası uygulanmaktadır. İmar Kanunun 27. maddesinde öngörülen ve ruhsat aranmadan yapılacak yapılar yönünden diğer aykırılıklarda ise, Kanunun 42. maddesinde öngörülen nispi para cezası öngörülmüştür. İmar Kanunun 42. maddesinde, 14/2/2020 tarihli ve 7221 sayılı Kanunun 11. maddesiyle yapılan değişiklik ile, diğer aykırılıklar yönünden öngörülen imar para cezasının, nispi hesaplanan para ceza miktarının beşte biri olarak hesaplanması yönteminden vazgeçilmiştir.

İmar Kanunun 42. maddesinde, 14/2/2020 tarihli ve 7221 sayılı Kanunun 11. maddesiyle yapılan değişiklik ile, 27. madde kapsamında ruhsat alınmadan yapılabilen yapılar yönünden, kabahat suçunun tanımına "*27 nci madde kapsamında ruhsat alınmadan yapılabilen yapılardan aynı maddede belirtilen koşullar sağlanmadan yapılanların"* şeklinde ifade eklenerek özel ve ayrıca düzenlenmiştir. İmar Kanunun 42. maddesinde, 14/2/2020 tarihli ve 7221 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle yapılan değişiklik öncesi madde metninde yer alan "imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapı " ifadesini, 27. madde kapsamında ruhsat alınmadan yapılabilen yapılar yönünden oluşacak imar mevzuatına aykırılıkları da kapsayan kabahat tanımı olarak kabul etmek mümkündü. Ancak kanun koyucu, 27. madde kapsamında ruhsat alınmadan yapılabilen yapılar yönünden, özel olarak kabahat suçu tanımı yapma ihtiyacından bu düzenlemeye yer vermiştir. 14/2/2020 tarihli ve 7221 sayılı Kanunun 11. maddesiyle yapılan değişiklikle, 27. madde kapsamında ruhsat alınmadan yapılabilen yapılar yönünden, özel olarak kabahat suçu tanımına yer verilmesi, kabahat suçlarında kanunilik ilkesinin geçerli olması nedeniyle, hukuk devletine katkı sağlayan bir yaklaşım olduğunu söylemek mümkündür.

3. Yıkım İşlemi

a. Bir İdari İşlem Olarak Yıkım

Bir idari işlem olarak yıkım işlemi, imar mevzuatına aykırı yapılan yapıların, hukuka uygun hale gelmesi amacıyla kolluk faaliyeti kapsamında idarece tesis edilen bir idari yaptırım türüdür. İmar hukukunda yıkım işlemi, tek bir mevzuatta düzenlenmemiştir. Yıkım işlemi, temel olarak 3194 sayılı İmar Kanunu 32. maddesinde düzenlenmiştir. 775 Sayılı Gecekondu Kanunu, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, 2960 Sayılı Boğaziçi Kanunu, Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nda da imar hukuku yönünden yıkıma ilişkin şartları ve ayrıntısı düzenlenen hükümlere yer verilmiştir. En sık uygulama alanı bulan yıkım işlemi 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında tesis edilmektedir.

Yıkım işlemi idari yaptırım olmakla birlikte, Kabahatler Kanunu kapsamında kalan bir idari yaptırım değildir. Tedbir niteliğinde bir işlem de değildir. Yıkım işlemi, kamu düzenini sağlamak amacıyla kolluk faaliyeti kapsamında tesis edilmektedir.[35] Yıkım işlemi, diğer idari işlemler gibi şekil, yetki, sebep, konu ve amaç yönlerinden hukuka uygun olarak tesis edilmesi gerekmektedir.

Yıkım işlemi, idarece kamu gücünün yoğun olarak kullanıldığı en tipik işlemlerdendir. Yıkım işlemi ve uygulaması, mülkiyet hakkının kısıtlanmasına sebep olmaktadır.[36] Mülkiyet hakkı ise, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilen temel haklardandır (AY m. 35). Mülkiyet hakkı, Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Yıkım işleminin kolluk faaliyeti olması, idari yaptırım niteliği taşıması ve mülkiyet hakkını kısıtlaması nedeniyle idarenin belli kıstaslara uygun hareket etmesi gerekir. Yıkım işleminin, kanuni bir dayanağının bulunması gerekir. Diğer bir anlatımla, yıkım işlemi ancak kanunda öngörülen sebeplerden birisinin gerçekleşmesi halinde tesis ve uygulanması gerekir. Yıkım işlemi, temel hak olan mülkiyet hakkının özüne dokunmaması gerekir.[37] Aksi halde idarece uygulanan yıkım eylemi, hukuken "fiili yol" olarak nitelendirilir.[38]

İmar Kanunu'nun 32. maddesi hükmü kapsamında yıkım kararı alınabilmesi için öncelikle, yapı ruhsatı alınması gerekli bir yapının bulunması gerekir. Bu kapsamda inşaatın imar hukuku anlamında bir yapı olması gerektiği gibi, yapının da ruhsat alınması gereken yapılardan olması gerekir. Ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar yönünden, yıkım kararı alınıp alınmayacağı da aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Ruhsata tabi olan yapıda yapı ruhsatı alınmadan yapıldığının veya ruhsatlı yapıda ise ruhsat ve eklerine aykırı inşaat yapıldığının tespit edilmesi gerekir. İmar mevzuatına aykırı yapı hakkında yapı tatil tutanağının düzenlenmesi ve yapının mühürlenerek durdurulması gerekir.

---

35 Sercan Kulak Coşkun, "İmar Kanunu'nun 32. ve 42. Maddeleri Kapsamında Yıkım ve Para Cezası", C. XVI, S. 4, 2012, GÜHFD., s. 252; Melikşah Yasin, İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 6-9; Halil Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 573.

36 Ersöz, s. 104.

37 Mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusunda bkz. Suat Şimşek, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I-II", 2010 (91), TBB Dergisi, s. 92; malikin, sahip olduğu yapısının gelirlerinden faydalanmasını engelleyecek derecedeki aşırı kısıtlamalar, adaletsiz, eşitliğe aykırı uygulamalar veya haklı nedene dayanmayan durumlar hakkın özüne dokunmaktadır, Veysel Başpınar, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 236.

38 Kalabalık, s. 575.

Yapının mühürlendiği ve durdurulduğunun, imar mevzuatına aykırı olduğunun ve belirlenen süre içerisinde ruhsat alması gerektiği veya ruhsata uygun hale getirmesi gerektiğinin ilgiliye tebliğ edilmesi gerekir. Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshası muhtara bırakılır. Durdurma tutanağının yapıya asıldığının idarece ispatlanması gereklidir.

Tespit edilen imar mevzuatına aykırılığın giderilmesi veya ruhsat alınması için ilgiliye süre verilmelidir. Kanunda ilgiliye ne kadarlık bir süre verileceğine ilişkin bir kurala yer verilmemiştir. Ancak ilgili, yapının mühürlendiği ve durdurulduğunun tebliğ tarihinden itibaren en çok bir ay içinde yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mühürün kaldırılmasını isteyecektir (İK m. 32). Bu düzenlemeden, ilgiliye bir ay süre verilmesi gerektiği düşünülebilir. Kanaatimce ilgiliye bir ay süre verilmesi kanunen zorunlu değildir. Bir ay süre verilmemesi tek başına yıkım işlemini hukuka aykırı kılmaz. İlgilinin yapısını ruhsata uygun hale getirmesi veya ruhsat alması için bir aylık süresinin bulunduğu açıktır. İlgiliye süre verme ve devamında ilgili hakkında yıkım vb. işlemler tesis etme bakımından önem arz eden durum, aykırılığın giderilmesi gerektiğinin ilgiliye tebliğ tarihinden sonra, idarece durum tespitinin ve yıkım işleminin hangi tarihte tesis edildiğidir. İdarece, ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğuna ilişkin inceleme ve tespit işlemi, aykırılığın ilgiliye tebliğ tarihinden bir ay içinde yapılmışsa, bu işlem ve bu işleme istinaden tesis edilen yıkım işlemi hukuka aykırı olacaktır. Yıkım işlemi de, aykırılığın ilgiliye tebliğ tarihinden bir ay geçmeden tesis edilmesi halinde de hukuka aykırı olacaktır. Netice itibariyle, bu aşamada önemli olan husus, ilgiliye bir ay süre verilip verilmediği değil, ilgilinin ruhsat alması veya yapısını ruhsata uygun hale getirmesi için bir aylık sürenin beklenilip beklenilmediğidir.

İdare tarafından yapının ruhsata bağlanamayacağı veya aykırılıkların giderilemeyeceği tespit edilen yapıların ruhsatı bir aylık süre beklenmeden iptal edilir ve mevzuata aykırı imalatlar hakkında yıkım işlemi tesis edilir (İK m. 32/6).

Yıkım kararından önce, aykırılığın giderilmesi için ilgiliye süre verdikten sonra, ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olup olmadığı veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygun olup olmadığına ilişkin inceleme ve tespit işleminin idarece yapılması gerekir. Bu tespit işlemi yapılmadan yıkım işlemi tesis edilemez. Bu tespit ve incelemenin, ilgiliye aykırılığın tebliğ edildiği tarihten bir ay geçtikten sonra yapılması gerekir. Bir aylık süre beklenilmeden yapılan tespit ve inceleme işlemi ve bu işleme istinaden yıkım kararı tesis edilemez. Uygulamada idarelerce, encümen kararıyla ilgiliye hem aykırılığın giderilmesi için bir aylık süre verilmekte hem de aynı işlemle " *verilen bir aylık süre içinde aykırılık giderilmediği veya ruhsat alınmadığı takdirde yapının yıkılmasına*" dair karar verilmektedir. İdarenin bu yöndeki yıkım işlemi, bir aylık süre beklenilmediğinden ve ruhsata olan

aykırılığın giderilmiş olup olmadığı veya yapının alınan ruhsata uygun olup olmadığına ilişkin inceleme ve tespit işlemi yapılmadan tesis edildiğinden hukuka aykırıdır. İdari yargı uygulaması da bu yöndedir.[39] Uygulamada bir aylık bekleme süresi dolduktan sonra da idareler, yıkım kararı ile birlikte ilgiliye süre verebilmektedir. Bu şekilde verilen süre, ilgilinin lehine olan bir süredir. Bu şekilde işlem tesisi, diğer yönlerden hukuki sakatlık olmamak şartıyla yıkım kararını hukuka aykırı hale getirmez.

Ruhsata aykırılık bulunan yapılar yönünden, aykırılığın giderilmemiş olduğuna ilişkin inceleme ve tespit işleminden sonra olmak üzere, yıkım işlemi ile birlikte veya yıkım işleminden önce, mutlaka yapı ruhsatının iptali gerekir. Ruhsata aykırılık bulunan yapılar yönünden, yapı ruhsatı iptal edilmeden yıkım işlemi tesis edilemez.

b. Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Yıkım İşlemi

aa. İmar Kanunu 27. Maddesi Kapsamındaki Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Yıkım İşlemi

İdare uygulamasında, İmar Kanunu 27. maddesinde öngörülen ve yapı ruhsatı aranmadan yapılacak yapılar yönünden diğer bir idari yaptırım, yıkım işlemidir. Bu çalışmanın temel amacı, İmar Kanunu 27. maddesinde öngörülen ve yapı ruhsatı aranmadan yapılacak yapılar yönünden, imar mevzuatına aykırılık tespit edilmesi halinde, yıkım işlemi uygulanıp uygulanmayacağıdır. İmar Kanunu 27. maddesinde yapı ruhsatı aranmayan yapılar, birinci ve ikinci fıkrada ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu yapıların ruhsata tabi olma durum ve şartları birbirinden farklıdır. Bu nedenle, İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında köyde yapılan ve ruhsat aranmayan yapılar ile İmar Kanunu 27/2. maddesi kapsamında iskân dışı alanlarda yapılan ve belli şartlarda ruhsat aramayan seraların yıkıma konu edilmesini ayrı ayrı irdelenmesi yerinde olacaktır.

aaa. Köylerde Yapılan ve Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Yıkım İşlemi

İmar Kanunu 27/1. maddesine göre, "Belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda

[39] *"...yapı tatil zaptının 17.02.2021 tarihinde düzenlendiği, bu tarihten itibaren bir aylık süre dolmadan 05.03.2021 tarihinde yıkım kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu... "* gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline dair verilen İdare Mahkemesi kararının onanmasına dair Konya Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2022/212, K. 2022/742, T. 06.04.2022 sayılı kararı; benzer yönde İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4İDD, E. 2021/3806, K. 2022/700, T. 11.03.2022 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 06.09.2022).

yapılacak konut, entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile köyde oturanların ihtiyaçlarını karşılayacak bakkal, manav, berber, köy fırını, köy kahvesi, köy lokantası, tanıtım ve teşhir büfeleri ve köy halkı tarafından kurulan ve işletilen kooperatiflerin işletme binası gibi yapılar için yapı ruhsatı aranmaz. Ancak etüt ve projelerin valilik onayını müteakip muhtarlığa bildirimi ve bu yapıların yöresel doku ve mimari özelliklere, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur" .

İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında ruhsat aranmadan yapılacak yapılar yönünden, imar mevzuatına aykırılık hali çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Öncelikle İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında yapı ruhsatı aranmadan yapılacak yapıların etüt ve projesi hazırlanmamış olabilir, etüt ve projesi valilik onayına sunulmamış olabilir. Yine bu yapılarla ilgili muhtarlığa bildirim ve bu yapıların yöresel doku ve mimari özelliklere, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunlu iken bu kurala uyulmamış olabilir (İK m. 27). Kanunda öngörülen bu zorunlulukların gerçekleşmemiş olması, yapıyı imar mevzuatına aykırı yapı olmasına neden olur. Yine bu yapıların hangi esaslara göre yapılacağı Plansız Alanlar Yönetmeliği'nde düzenlemiştir. Bu yapılarda Plansız Alanlar Yönetmeliği'nde öngörülen taban alanı kat sayısı olan %40 oranına uyulmamış olabilir (m. 51). Köy ve mezraların yerleşik alanları ve civarı ile kırsal yerleşik alanlar ve civarında 2 kat (7.50) m. den fazla katlı bina yapılamayacağı kuralına veya her müstakil ev veya dairede en az; 1 oturma odası 1 yatak odası 1 mutfak veya yemek pişirme yeri 1 banyo veya yıkanma yeri 1 hela bulunacağı kuralına uyulmamış olabilir (m. 55). Aynı Yönetmeliğin 59. maddesinde ise; "İmar mevzuatına aykırı yapılar hakkında 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu hükümleri uygulanır." hükmü yer almaktadır.

İmar Kanunu 27/1. maddesinde veya yönetmelikte öngörülen esas ve zorunluluklara uyulmadan yapı yapılması, yapıyı ruhsata tabi kılıp kılmayacağı önem arz eden bir durumdur. İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında kalan bir yerde yapılmak kaydıyla,[40] yapının imar mevzuatına aykırı olarak yapılması bu yapıyı ruhsata tabi bir yapı haline getirmez. Örneğin yapının projesiz yapılması, valilik onayı alınmaması, muhtarlığa bildirim yapılmaması, yöresel doku ve mimari özelliklere,

[40] *"... İli, ... İlçesi, ... Köyü, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde davacı tarafından ruhsatsız olarak yapıldığı tespit edilen iki katlı evin fen ve sağlık bakımından yeterli olduğu yönünde karar alınması istemiyle yapılan 06.05.2011 tarihli başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddine dair kararın temyiz aşamasında .... İdarenin köy yerleşik alanı sınırını belirlememiş olması davanın reddini gerektirmediği, davacının taşınmazın konumunu dikkate alarak ruhsatsız olarak inşa ettiği yapısının ruhsata tabi olup olmadığı, fen ve sağlık kurallarıyla yapılaşma koşullarına uygunluğu, sürekli oturan yapı maliki olup olmadığı değerlendirilerek dava hakkında karar verilmesi gerektiğine.... "* dair bozma kararı Danıştay 6 DD, E. 2013/278, K. 2017/7110, T. 05.10.2017 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 09.09.2022).

fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olmaması yapıyı ruhsata tabi kılmaz. Benzer şekilde, en fazla 2 katlı olarak yapılması gereken yapının üç katlı olarak yapılması, yönetmelikte öngörülen ve konutta zorunlu olarak bulunması gereken oturma odası, yatak odası, mutfak veya yemek pişirme yeri, banyo veya yıkanma yeri ile hela gibi unsurların bir veya birkaçı olmadan yapılmış olması da yapıyı ruhsata tabi kılmaz. Bu kapsamdaki yapıların imar mevzuatına aykırı olması, tek başına bu yapıları ruhsata tabi kılmaz.

İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında yapı ruhsatı aranmayan yapıların, imar mevzuatına aykırı olması halinde, ruhsata tabi olması için, kanunda açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Çünkü ruhsata tabi olmadan yapılan bir yapıyı, mevzuata aykırılık nedeniyle ruhsata tabi kılınması durumu, bir nevi idari yaptırım niteliğindedir. Bu tür bir idari yaptırım ise mülkiyet hakkını kısıtlayan bir durum olduğundan, açık kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Çünkü Anayasa gereği mülkiyet hakkı, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir (m. 35). İmar Kanununda ise, 27. madde kapsamında ruhsata tabi olmadan yapılabilecek bir yapının, imar mevzuatına aykırı olması halinde, ruhsata tabi olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu açıklamalar ışığında, İmar Kanunu 27. maddesi kapsamında yapı ruhsatı aranmadan yapılacak yapı, imar mevzuatına aykırı olması nedeniyle ruhsata tabi hale gelmez. Bu konuda idari yargı uygulamasının da benzer yönde olduğunu söylemek mümkündür. Konuya ilişkin idari yargı kararlarında, İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında yapı ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar yönünden düzenlenen yapı tatil tutanağında, bu yapının ruhsata tabi olduğu, ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapıldığı, verilen süre içinde ruhsat alınması gerektiği yönündeki bir ifadeye yer verilmesinin, yapı tatil tutanağını ve mühürleme işlemini hukuka aykırı hale getireceğine yer verilmek suretiyle, bu tür yapıların, imar mevzuatına aykırı olması halinde ruhsata tabi hale gelmeyeceğini kabul edildiğini söylemek mümkündür.[41] Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta " … davacıya ait yapının bulunduğu yerin köy statüsünün devam ettiği görülmesine rağmen dava konusu işlemle, davacı yapısının mühürlendiği belirtildikten sonra 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32.maddesi yazılmak suretiyle bir ay içinde 32.madde uyarınca izin alınarak mühürün kaldırılmaması halinde yapının yıkılacağının davacıya bildirildiği, 3194 sayılı Kanun'un

[41] Bir uyuşmazlıkta "*27. madde kapsamındaki yapıların ise yapı ruhsatına tabi olmaması, bu yapılar için proje onayı ve muhtarlığa bildirim şartı bulunması karşısında, uyuşmazlığa konu yapının ruhsat almaksızın yapıldığı, ruhsat alınması gerektiği, aksi takdirde yapının yıkılacağı hususlarını belirten ve 3194 sayılı Kanun'un 27.maddesindeki koşullar çerçevesinde usulüne uygun düzenlenmeyen yapı tatil zaptı ile yapının mühürlenmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığı*" yönünde Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2021/503, K. 2021/1166, T. 02.11.2021 sayılı kararı; aynı yönde Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2020/1140, K. 2021/1467, T. 23.12.2021 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 13.08.2022).

32.maddesinde düzenlenen iznin ise yapı ruhsatı olduğu, ancak davacı yapısının 3194 sayılı Kanun'un 27.maddesi kapsamında ruhsata tabi olmayan, etüt ve projeleri valilikçe onaylanmak suretiyle yapılabilecek yapılardan olduğu görüldüğünden, köyde olması nedeniyle ruhsata tabi olmayan davacı yapısı ile ilgili ruhsat alınmaması halinde ruhsatsız olduğundan bahisle yıkım kararı verileceğine ilişkin bildirim içeren dava konusu … sayılı … İl Özel İdaresi İmar ve Kentsel İyileştirme Müdürlüğü işleminde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmediği …" yönünde[42] verilen kararla konuya tam bir açıklık getirildiğini söylemek mümkündür.

İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında ruhsat aranmayan yapılar, imar mevzuatına aykırı olması halinde, ruhsat alınarak imar mevzuatına uygun hale gelmeyecektir. İmar mevzuatına aykırı bu tür yapılar, yine ruhsat gerektirmeyen yapı rejimi kurallarına tabidir. Bu yapıların imar mevzuatına uygun hale gelmesi de, ruhsat gerektirmeyen imar mevzuat hükümlerine uygun hale getirilmek suretiyle olacaktır.

İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında ruhsat aranmadan yapılan yapı, imar mevzuatına aykırı olması halinde, ruhsata tabi hale gelmese de, hangi yaptırımların uygulanacağı önem arz etmektedir. Önceki kısımlarda belirtildiği üzere, bu tür yapılar hakkında para cezası, mühürleme ve durdurma yaptırımları uygulanmaktadır. Belirtilen yaptırımlar Kabahatler Kanunu kapsamında kalan yaptırımlardandır. İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında yapı ruhsatı aranmayan yapının imar mevzuatına aykırı olması halinde, para cezası ile mühürleme ve durdurma yaptırımlarının uygulanması gerektiği İmar Kanununda açık olarak düzenlenmiştir (m. 30, 42).

İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında ruhsat aranmayan yapının imar mevzuatına aykırı olması halinde, bu yapı hakkında İmar Kanunu 32. maddesine göre yıkım işlemi tesis edilip edilemeyeceği hukuken önem taşımaktadır. Çünkü yıkım, gayrimenkulün mütemmim cüzü olan bir inşaat kısmının fiziken ortadan kaldırılmasına yönelik

[42] Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2021/884, K. 2022/319, T. 14.03.2022 sayılı kararı; aksi yönde " … *Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğinin 52. maddesinde belirtilen köy ve mezraların yerleşik alanlarında 2 kat (6.50) m. den fazla katlı bina yapılamaz hükmüne aykırı olarak 3 katlı olarak yapıldığı tespit edildiğinden ruhsata bağlanmasının mümkün olmadığı, düzenlenen yapı tespit ve tatil zaptının yasa ve yönetmeliklere uygun olduğu, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca ruhsatsız yapının 30 gün içinde ruhsatlı hale getirilmez ise yıkımına ilişkin … sayılı … Belediye Encümeni kararına ilişkin kısmı yönünden İdare Mahkemesince verilen "davanın reddine" ilişkin karar usul ve hukuka uygun olup, bu kısım yönüyle davacının istinaf başvurusunun reddi gerektiğine …*" dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5İDD, E. 2019/1858, K. 2019/3985, T. 26.12.2019 sayılı kararı, benzer yönde " … *davalı idarece İmar Kanunu'nun 27. maddesi esas alınarak bu çerçevede yapılacak tespitlere göre işlem tesis edilmesi gerekirken, 27. maddede belirtilen hususlar göz önünde bulundurulmaksızın yapının doğrudan ruhsata tabi olduğu ve ruhsat alınmadığından bahisle yapının yıkımına … ilişkin tesis edilen dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka uygunluk bulunmadığına …*" dair Adana Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2020/1126 K. 2021/849, T. 24.05.2021 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 05.08.2022).

olması nedeniyle, açık olarak mülkiyet hakkını sınırlayan ve etkileyen bir faaliyettir. Bu nedenle mülkiyet hakkını sınırlayan yıkım işlemi ve eyleminin kanuni bir dayanağının bulunması gerekir. Aksi bir durum fiili yol[43] teşkil edecektir. Uygulamada idareler, İmar Kanunu 27. maddesi kapsamında ruhsat aranmayan yapılarda projelerine veya ilgili mevzuatına aykırılık bulunması halinde, ayrım yapmadan yıkım işlemi tesis etmektedir. Bu kapsamdaki yıkım işlemlerinin iptali istemiyle idari yargıda açılan davalarda ise genel itibariyle, dayanak işlemlerde hukuka aykırılık bulunmaması halinde davanın reddine karar verilmektedir. İdari yargıda bu konuya ilişkin kararlar genel olarak bu yöndedir.[44]

Bu yöndeki idari işlemlerin hukuka uygun olmadığını söylemek mümkündür. Çünkü yıkım niteliğindeki işlemler, ceza niteliğinde bir idari yaptırım türüdür. Bu tür işlemler mülkiyet hakkını kısıtladığı için,

---

[43] Fiili yol, idarenin açık olarak hukuka aykırı olan işlem ve eylemleriyle mülkiyet veya başka bir temel hakkını yahut özgürlüğü ihlâl etmesi halidir. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: I-II-III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1669-1670; Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 891, 952.

[44] *"…Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğinin 52. maddesinde belirtilen köy ve mezraların yerleşik alanlarında 2 kat (6.50) m. den fazla katlı bina yapılamaz hükmüne aykırı olarak 3 katlı olarak yapıldığı tespit edildiğinden ruhsata bağlanmasının mümkün olmadığı, düzenlenen yapı tespit ve tatil zaptının yasa ve yönetmeliklere uygun olduğu, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca ruhsatsız yapının 30 gün içinde ruhsatlı hale getirilmez ise yıkımına ilişkin … sayılı … Belediye Encümeni kararına ilişkin kısmı yönünden İdare Mahkemesince verilen "davanın reddine" ilişkin karar usul ve hukuka uygun olup, bu kısım yönüyle davacının istinaf başvurusunun reddi gerektiğine …"* dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5İDD, E. 2019/1858, K. 2019/3985, T. 26.12.2019 sayılı kararı; *"…yapı tatil tutanağının düzenlenmesinden sonra davacının başvurusu üzerine verildiği anlaşılan muhtarlık beyanının mevzuat kapsamında aranan muhtarlık izni niteliğini taşımadığı, fen ve sağlık kurallarına uygun inşa edildiğine ilişkin valilik görüşü de bulunmayan davaya konu yapıların 3194 sayılı İmar Kanununun 27. maddesi ile Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğinin 57. maddesi hükümlerine göre yapı ruhsatı aranılmamakla birlikte, Kanunun 27. maddesinde sayılan şartları taşımadığı, bu durumda; köy yerleşik alanında ve civarında, yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair valilik görüşü ve muhtarlık izni alınmaksızın inşa edilen dava konusu yapıların 3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesi uyarınca yıkımına ilişkin … günlü, …. sayılı dava konusu encümen kararında hukuka aykırılık görülmediğine …"* dair D6D, E. 2019/5473, K. 2019/9427, T. 15.10.2019 sayılı kararı; benzer yönde D6D, E. 2015/6124, K. 2018/5431, T. 19.09.2018 sayılı kararı; başka bir uyuşmazlıkta " *…inşa edildiği tarih itibarıyla köy yerleşik alanı içerisinde kalan ihtilaf konusu yapının, İmar Kanununun 27. maddesi ile Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğinin … maddelerindeki gerekli şartları taşımadığı gibi yasal olarak alınması gerekli izinlerin alınmadığının anlaşıldığı, davalı idarece tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, yıkım ve para cezası yönünden işin esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediğine …"* dair D6D, E. 2019/7203, K. 2019/6009, T. 18.06.2019 sayılı kararı; benzer yönde " *… işleme konu yapının muhtarlık izni alınmaksızın yapıldığı ve yapı projesinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair valilik görüşünün de bulunmadığı anlaşıldığından, muhtarlık izni ile valilik görüşü bulunmayan yapının 28.01.2011 tarihli tutanakla usulüne uygun şekilde tespiti sonrasında tesis edilen dava konusu yıkım işleminde hukuka aykırılık bulunmadığına …"* dair D6D, E. 2013/381, K. 2015/2729, T. 08.04.2015 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 15.08.2022).

yıkım işleminin kanuni dayanağının bulunması Anayasa gereğidir. İmar Kanunu'nda ise, 27/1. madde kapsamında ruhsata tabi olmadan yapılabilecek bir yapının, imar mevzuatına aykırı olması halinde, ruhsata tabi olduğuna ve yıkılabileceğine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. İmar Kanunu'nun ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılar başlıklı 32. maddesinde " … Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır... Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mühürün kaldırılmasını ister. Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir. Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir…" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemede, ruhsata tabi olan yapılar yönünden yıkım yaptırımı uygulanacağı anlaşılmaktadır. Kanuna göre, ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılık giderilmezse ruhsat iptal edilir ve yapı yıktırılır. Yine ruhsata tabi olup da ruhsat alınmadan yapılan yapı yönünden, belirlenen süre içerisinde ruhsat alınmazsa veya ruhsat alınsa da yapı, alınan bu ruhsata uygun olmazsa ruhsat iptal edilir ve yıkım kararı alınır. Bu çerçevede yıkım kararı ancak, ruhsata tabi yapılar yönünden tesis edilebilen bir yaptırımdır. İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında ruhsata tabi olmadan yapılabilecek yapıların, bu kapsamda değerlendirilmesi hukuken olanaklı değildir. İmar Kanununun 32. maddesinin başlığının "ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılar" olması da bu yorumu desteklemektedir.

Öte yandan İmar Kanunu 32. maddesinin 1. fıkrasına, 29.11.2018 tarihli ve 7153 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle "ruhsat ve eklerine" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına" ibaresi eklenmiş, fıkrada yer alan "ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu kanun değişikliği ile, ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda, projelerine ve ilgili mevzuatına aykırı olması halinde, mühürleme ve durdurma yaptırımı uygulanmasının kanuni dayanağı düzenlenmiştir. Buna karşın yıkım işlemi yönünden, ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına aykırılık halinde, yıkım işlemi tesis edileceğine ilişkin bir kanun değişikliğine gidilmemiştir. Bu tür yapılar yönünden 3194 sayılı Kanunda imar para cezası, mühürleme ve durdurma yaptırımlarına açık olarak yer vermesine karşın, yıkım yaptırımı uygulanacağına ilişkin açık bir kanuni düzenlemenin bilerek getirilmemesi, kanun koyucunun iradesinin, bu yapılar yönünden yıkım işleminin uygulanmasının istenilmediğinin açık bir göstergesidir.

İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında ruhsat aranmayan yapılarda, projelerine ve ilgili mevzuatına aykırılık bulunması halinde,

tesis edilen yıkım işlemlerinin iptali istemiyle idari yargıda açılan davalarda ise genel kabul edilen görüş, dayanak işlemlerde hukuka aykırılık bulunmaması halinde, yıkım işleminin tesisinin hukuka uygun olduğu yönünde olsa da, son zamanlarda sınırlı sayıda da olsa, aksi yönde karar verilmeye başlanmıştır. Bu konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, " … davacıya ait yapının bulunduğu yerin köy statüsünün devam ettiği görülmesine rağmen dava konusu işlemle, davacı yapısının mühürlendiği belirtildikten sonra 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32.maddesi yazılmak suretiyle bir ay içinde 32. madde uyarınca izin alınarak mührün kaldırılmaması halinde yapının yıkılacağının davacıya bildirildiği, 3194 sayılı Kanun'un 32.maddesinde düzenlenen iznin ise yapı ruhsatı olduğu, ancak davacı yapısının 3194 sayılı Kanun'un 27. maddesi kapsamında ruhsata tabi olmayan, etüt ve projeleri valilikçe onaylanmak suretiyle yapılabilecek yapılardan olduğu görüldüğünden, köyde olması nedeniyle ruhsata tabi olmayan davacı yapısı ile ilgili ruhsat alınmaması halinde ruhsatsız olduğundan bahisle yıkım kararı verileceğine ilişkin bildirim içeren dava konusu …. sayılı … İl Özel İdaresi İmar ve Kentsel İyileştirme Müdürlüğü işleminde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmediğine …" yönünde karar verilmiştir[45]. Bu kararla, İmar Kanunu 27. maddesi kapsamında ruhsat aranmadan yapılabilecek yapıların, ruhsata tabi olmadığı, imar mevzuatına aykırılık halinde yıkım kararının verilemeyeceğinin kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Yukarıda değinildiği üzere, İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında ruhsat aranmadan yapılabilecek yapılarda, projelerine ve ilgili mevzuatına aykırılık bulunması halinde, tesis edilen yıkım işlemlerinin hukuka uygun olduğu yönünde idari yargıda genel kabul edilen görüş olsa da,[46] Samsun Bölge İdare Mahkemesi, İmar Kanunu 27. maddesi kapsamında ruhsat aranmadan yapılabilecek yapıların, ruhsata tabi olmadığı, imar mevzuatına aykırılık halinde yıkım kararının verilemeyeceği yönünde kararlar vermektedir. Buna göre, İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında ruhsat aranmayan yapıların imar mevzuatına aykırılık bulunması halinde, tesis edilen yıkım işlemlerine ilişkin ilgili benzer olaylarda, Danıştay ve bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık bulunduğunu söylemek mümkündür.[47] Bu konuda aykırılığın giderilmesine ilişkin

[45] Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2021/884, K. 2022/319, T. 14.03.2022 sayılı kararı, benzer yönde Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E. 2021/1463, K. 2022/262, T. 02.03.2022 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 17.08.2022).

[46] İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5İDD, E. 2019/1858, K. 2019/3985, T. 26.12.2019 sayılı kararı; D6D, E. 2019/5473, K. 2019/9427, T. 15.10.2019 sayılı kararı; benzer yönde D6D, E. 2015/6124, K. 2018/5431, T. 19.09.2018 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 18.08.2022).

[47] Farklı bölge idare mahkemeleri arasındaki aykırılığın giderilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Hüseyin Bilgin, "Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu", C. XXV, S. 3, 2021, Ankara Hacı Bayram Veli

olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilmiş bir karar da yoktur.[48] Bu konudaki aykırılığın giderilmesi amacıyla ilgili bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunca, Danıştay'dan karar verilmesinin istenilmesi yerinde olacaktır.

İmar mevzuatına aykırı olması halinde dahi ruhsata tabi olmayan yapılar hakkında, yıkım işlemi tesis edileceğine ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmadığından, bu tür yapılar hakkında yıkım işlemi tesisi hukuka aykırıdır. Ancak bu tür yapıların tamamen yıkım işleminden muaf tutulması da hakkaniyete uygun değildir. Özellikle, ruhsata tabi olmayan yapıdaki aykırılığın yıkım olmadan giderilemeyeceği durumlarda idareye yıkım yetkisi verilmemesi, mevzuata uygun hale getirmeyi sadece ilgiliden beklenilmesi, hukuk düzeninin bozulmasını teşvik edici nitelik taşıyacaktır. Bu tür yapılar mühürlenerek durdurulmakta, iskân verilmemekte, imar para cezası uygulanmaktadır. Bu tür yapılarda tüm aykırılık durumlarında (örneğin bildirim şartına uyulmaması halinde) yıkıma tabi tutulması da hakkaniyete uygun olmayacaktır. En azından yıkılmak suretiyle mevzuata uygun hale gelecek ruhsata tabi olmayan yapılar yönünden, yıkım tesis edilebileceğine ilişkin açık bir kanuni düzenlemeye yer verilmesi hukuka hizmet edecektir. İdare ve idari yargı uygulaması da dikkate alındığında, imar mevzuatına aykırı olması halinde dahi ruhsata tabi olmayan yapıların, hangi aykırılık hallerinde yıkıma konu edilebileceğinin kanunla düzenlenmesine ihtiyaç bulunduğu açıktır.

bbb. İmar Kanunu 27/2. Maddesi Kapsamındaki Ruhsat Aranmayan Seralar Yönünden Yıkım İşlemi

İmar Kanunu'nun 27/2. maddesinde, "Belediye ve mücavir alanlar içinde veya dışındaki iskan dışı alanlarda yapılacak tarımsal amaçlı seralar, entegre tesis niteliğinde olmamak ve ilgili il tarım ve orman müdürlüğünden uygun görüş alınmak koşuluyla yapı ruhsatı aranmadan yapılabilir. Ancak etüt ve projelerinin ruhsat vermeye yetkili idarece incelenmesi, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur." kuralına yer verilmiştir. Bu düzenleme ışığında, iskan dışı alanlarda

---

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 645; Turan Yıldırım, "İdari Yargıda İçtihad Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günleri 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 2017, s. 135-153; Oğuz Sancakdar, "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 2016, s. 29-113; Murat Sezginer, "İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları", Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 2018, s. 111-135.

[48] Hüseyin Bilgin, Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığının Giderilmesine Yönelik Danıştay Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021; Zeki Uysal, İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

yapılacak tarımsal amaçlı seralar, entegre tesis niteliğinde olmamak ve ilgili il tarım ve orman müdürlüğünden uygun görüş alınmak ön şartıyla yapı ruhsatı aranmadan yapılabilir.

İskân dışı alanlarda yapılacak seralar kural olarak ruhsata tabi iken, kanun koyucu belli koşullarda bu seraların ruhsata tabi olmayacağını öngörmüştür. Bu koşula uyulmazsa, seranın ruhsata tabi olarak yapılması gerekir. Bu koşul ise, entegre tesis niteliğinde olmaması, ilgili il tarım ve orman müdürlüğünden uygun görüş alınmasıdır.

Kanunda iskân dışı alanlarda yapılacak seralar için öngörülen, etüt ve projelerinin ruhsat vermeye yetkili idarece incelenmesi, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunluluğu ise, ruhsata tabi olup olmama şartından değildir. Bu zorunluluğa uyulmaması, serayı ruhsata tabi kılmaz. Sadece imar mevzuatına aykırı olmasına neden olur. Bu nedenle, iskân dışı alanlardaki seralar için öngörülen ön şarta uyulmadığı için ruhsata tabi olup da, ruhsat alınmayan yapı hakkında 32. madde gereği yıkım işlemi tesis edilebilir. Ancak burada, mutlak anlamda ruhsata tabi yapılardan farklı olarak, yapı sahibinin mühürlemeden sonra seçimlik hakkı bulunmaktadır. Sera mühürlenip durdurulduktan sonra yapı sahibi, ruhsat alarak inşaatını mevzuata uygun hale getirebileceği gibi, Kanunun 27/2. maddesindeki tüm şartları yerine getirerek, serayı ruhsat aranmayan yapı olarak imar mevzuatına uygun hale de getirebilir. Yapı sahibi, mühürlemeden sonra bu seçimlik haklardan biriyle serayı imar mevzuatına uygun hale getirmezse, ruhsatsız yapı durumundaki inşaatının yıkılması hukuka aykırı olmayacaktır.

İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamındaki köylerde yapılan yapılar ile 27/2. maddesi kapsamındaki seralar arasında, ruhsata tabi olma yönünden önemli bir fark bulunmaktadır. İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamındaki köylerde yapılan yapılar, kural olarak ruhsata tabi değilken, 27/1. maddesi kapsamındaki seralar kural olarak ruhsata tabidir. İmar Kanunu 27/2. maddesi kapsamındaki seralar, belli koşullarda ruhsata tabi olmayan yapı olmaktadır. İmar Kanunu 27/2. maddesi kapsamındaki seralar, belirlenen ön şarta uyularak yapılmazsa ruhsata tabi iken, İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamındaki köylerde yapılan yapılar, kanunda öngörülen onay, usul ve zorunluluklara uyulmadan yapılması halinde ruhsata tabi hale gelmez. Sadece imar mevzuatına aykırı yapı olur. Bu ayrım, bu yapılara uygulanacak idari yaptırım türü yönünden önem arz etmektedir. İmar Kanunu 27/2. maddesi kapsamındaki seralar, ön şarta uyulmadan yapılırsa ruhsata tabi hale gelecek ve kanunda öngörülen yıkım işlemine konu olabilecektir. İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamındaki yapılar ise, kanunda öngörülen onay, usul ve zorunluluklara uyulmadan yapılması halinde, imar mevzuatına aykırı yapı olabilmekte iken ruhsata tabi kılınamazlar. Bu yönüyle İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamındaki imar mevzuatına aykırı yapılar yönünden kanunda açık olarak öngörülmeyen yıkım işlemine konu olamazlar.

bb. İmar Kanunu 27. Maddesi Kapsamında Olmayan ve Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Yıkım İşlemi

İmar Kanunu 27. maddesi kapsamında olmadığı halde yapı ruhsatı aranmayan yapılar, Plansız Alanlar Yönetmeliği'nde ruhsat aranmadan yapılacak olan yapılar ile Planlı Alanlar Yönetmeliği kapsamında muvakkat yapı izni alınarak yapılabilen yapılardır.

İmar Kanunu 27. maddesi kapsamında yapı ruhsatı aranmadan yapılan yapının imar mevzuatına aykırı olması halinde, bu yapı hakkında İmar Kanunu 32. maddesine göre yıkım işlemi tesis edilmesi açık olarak hukuka aykırıdır. Buna karşın İmar Kanunu 27. maddesi kapsamında olmadığı halde, ruhsat aranmayan yapılar yönünden 32. maddeye göre yıkım işlemi tesis edilmeyeceğini söylemek kural olarak mümkün değildir. Bu tür yapıların dayanağı olan mevzuat hükümleri dikkate alınarak, her bir yapı türü yönünden ayrı ayrı değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

"Devletin güvenlik ve emniyeti ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin, Sahil Güvenlik Komutanlığının, Jandarma Genel Komutanlığının ve Emniyet Genel Müdürlüğünün harekât ve savunması bakımından gizlilik arz eden mühimmat yapıları, sığınak, radar istasyonları ile nöbet kulübeleri, gözetleme kuleleri, gemi/bot destekleme tesisleri ve karakol yapılarında her türlü sorumluluğun kurumlarına ait olduğuna ilişkin yazı alınmak suretiyle imar planı ve yapı ruhsatı aranmaz" (Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği m. 37/3). Bu kapsamdaki yapılar yönünden, her türlü sorumluluğun kurumlarına ait olduğuna ilişkin yazı alınmak suretiyle imar planı ve yapı ruhsatı aranmaz. Yapının ait olduğu ilgili kurum tarafından, her türlü sorumluluğun kuruma ait olduğuna dair yazı verilmediği takdirde bu yapı ruhsata tabi olur. Her türlü sorumluluğun kuruma ait olduğuna dair yazı verilmeyen yapı hakkında, ilgili idarece yıkım işlemi tesis edilmesi hukuka aykırı olmayacaktır. Yönetmelikte, her türlü sorumluluğun kuruma ait olduğuna dair yazının ne zaman verileceğine yönelik bir sınırlama getirilmemiştir. İstenilen bu yazının, yapının yapılmasından önce alınması hukuken zorunlu değildir. Yapının yapılmasından sonra, hatta yıkım işleminden sonra veya idari dava aşamasında, her türlü sorumluluğun kuruma ait olduğuna dair verilen yazı üzerine, bu yapılarda yapı ruhsatı aranmaz.

Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 63. maddesine göre, *"...üst ölçek planı bulunmayan iskân dışı alanlarda bulunan parsellerde; inşaat alanı katsayısı %5 den fazla olmamak, yapı inşaat alanları toplamı hiçbir koşulda (250) m2 yi geçmemek, saçak seviyelerinin tabii zeminden yüksekliği ((7.50) metreyi ve 2 katı aşmamak, yola (5.00) metreden parsel sınırlarına (3.00) metreden azla yaklaşmamak şartı ile bir ailenin oturmasına mahsus bağ ve sayfiye evleri, kır kahvesi, lokanta ve bu tesislerin müştemilat binaları yapılabilir..."*. Bu yapılar kural olarak yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabidir (m. 64). Ancak iskan dışı alanlarda yapılabilecek olan bağ evlerinden taban alanı 75 metrekareyi, yapı inşaat alanı toplamı 150 metrekareyi, kat adedi bodrum dahil 2'yi ve parselde 1 adedi geçmemek

kaydıyla yapılacak olanlar; ilgili il tarım ve orman müdürlüğünün uygun görüşü ve ilgili idarenin izni alınmak koşuluyla yapı ruhsatı aranmadan yapılabilir. Ancak etüt ve projelerinin ruhsat vermeye yetkili idarece incelenmesi, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur (m. 64). Bu kapsamdaki sera ve bağ evlerinin ruhsat aranmadan yapılabilmesi için, taban alanı 75 metrekareyi, yapı inşaat alanı toplamı 150 metrekareyi, kat adedi bodrum dahil 2'yi ve parselde 1 adedi geçmemesi, ilgili il tarım ve orman müdürlüğünün uygun görüşü ve ilgili idarenin izni alınmak şarttır. Belirlenen ön şartlara uyulmadan yapılan bağ evleri ruhsata tabi olur. Örneğin taban alanı 100 metrekare yapılan bir bağ evi için diğer şartlar yerine getirilse dahi yapı ruhsatına tabidir. Diğer şartların eksikliğinde de aynı durum geçerlidir. Yönetmelikte öngörülen şartlardaki eksiklikten dolayı ruhsata tabi olup da, ruhsat alınmayan yapı hakkında 32. madde gereği yıkım işlemi tesis edilebilir. Ancak burada, mutlak anlamda ruhsata tabi yapılardan farklı olarak, yapı sahibinin mühürlemeden sonra seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bağ evi mühürlenip durdurulduktan sonra yapı sahibi, ruhsat alarak inşaatını mevzuata uygun hale getirebileceği gibi, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 64. maddesinde öngörülen tüm şartları gerçekleştirerek, bağ evini ruhsat aranmayan yapı olarak imar mevzuatına uygun hale de getirebilir. Yapı sahibi bağ evini, mühürlemeden sonra bu seçimlik haklardan biriyle imar mevzuatına uygun hale getirmezse, ruhsatsız yapı durumundaki inşaatının yıkılması hukuka aykırı olmayacaktır. İskân dışı alanlarda yapılan seralar için yukarıda yapılan açıklamalar, bağ evleri için de geçerlidir.

İskân dışı alanlarda yapılan ve taban alanı 75 metrekareyi, yapı inşaat alanı toplamı 150 metrekareyi geçmeyen bağ evleri için yapılan açıklamalar, planlı alanlarda muvakkat yapı izni ile yapılacak seralar için de geçerlidir. 11/03/2020 tarih ve 31065 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 2. maddesi ile esas Yönetmeliğin "Parsel kullanım fonksiyonlarına göre yapılaşma koşulları" başlıklı 19. maddesine, "*Herhangi bir yapılaşmanın bulunmadığı imar adalarında yer alan parsellerde, kullanım fonksiyonuna uygun bir yapı ruhsatı müracaatı aşamasında yıkılarak tasfiye edilmek ve İl Tarım ve Orman Müdürlüğünün uygun görüşü alınmak kaydı ile entegre tesis niteliğinde olmayan tarımsal amaçlı seralara, 61 inci madde uyarınca muvakkat yapı izni verilebilir. Bu yapılarda, 61 inci maddenin on altıncı fıkrasında belirtilen 250 m2'den fazla olmama koşulu aranmaz.*" hükmünü içeren ikinci fıkra eklenmiştir. Bu kapsamdaki yapılar, kalıcı yapı ruhsatı yerine, muvakkat yapı izni (ruhsatı) ile yapılabilmektedir. Bu tür yapıların muvakkat yapı izni şartlarına uyulmadan veya 19. maddede öngörülen koşullara uyulmadan yapılması halinde, ruhsatsız yapı hükmünde olacağından yıkım işlemi tesis edilebilecektir. Uygulama İmar Plânı bölgesinde, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğine göre muvakkat yapı izni verilerek sera yapılması durumu, tarımsal amaçlı sera yapımını kolaylaştırmak için getirilmiş olan şartlar olup, ilgilinin kolay olan yolu tercih ederek gerekli şartları sağlayıp ruhsat almadan sera inşa

edebilecek yahut da daha fazla malî masraf ve prosedür içeren yolu tercih ederek yapı ruhsatı alınmak suretiyle sera inşa edebilecektir. Dolayısıyla ilk yolun tercih edilmesi durumunda yapı ruhsatı alınmadan yapı yapılabilecektir. Ancak ilk yol tercih edilmezse sera inşa edebilmek için mutlak surette yapı ruhsatı alınması gerekir ve alınmaması halinde ise yıkım ve para cezasına konu edilebilir.[49]

4. Diğer İdari Yaptırımlar

İmar hukuku yönünden idari yaptırımdan söz edildiğinde ön plana çıkan yaptırımlar mühürleme ve durdurma, yıkım ve para cezalarıdır. Bunların yanı sıra yapı kullanma izninin verilmemesi, yapı kullanma izninin ve yapı ruhsatının iptali, kamu hizmet ve tesislerinden yararlandırılmaması da imar hukukunda öngörülen idari yaptırımlardandır.[50]

Ruhsat aranmadan yapılacak yapılar, zaten ruhsata tabi olmadan yapılabildiğinden bu yapılarda yapı ruhsatının iptali hukuken olanaklı değildir.

Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde, 27. maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir (İK m. 30/1). Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar (İK m. 31).

Gerekli izin ve onaylar alınmadan yapılan yapılar İmar Kanunu ve Plansız Alanlar Yönetmelik esaslarına uygun hale getirilmedikçe bunların iskân, tamir, tadil ve ilavelerine izin verilmez (Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği m. 10). Bu kapsamda ruhsata tabi olmayan yapıların yapı aşamasında gerekli onay alınmadan yapılması halinde, bunların iskânına izin verilmez. Ruhsata tabi olmayan yapıların, imar mevzuatına aykırı olması halinde, bu yapılara İmar Kanunu 30. maddesine kapsamında kullanma izni verilmeyeceği gibi, elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar.

SONUÇ

Kabahatler Kanunu başta olmak üzere, çeşitli mevzuatta idari yaptırımlara rastlamak mümkündür. İmar mevzuatında başta yıkım olmak üzere, para cezası, mühürleme, yapı ruhsatı veya yapı kullanma izninin iptali gibi idari yaptırım türleri öngörülmüştür.

---

[49] Konya Bölge İdare Mahkemesi, 2DD, E. 2021/656, K. 2021/2053, T. 14.10.2021 sayılı kararı (www.uyap.gov.tr. s.e.t. 05.08.2022).

[50] Yıldırım, 1990, s. 112.

İdari yaptırımların hukuki dayanağı Anayasanın 38. maddesidir. Bu maddeye göre, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Kabahatler Kanununun 4. maddesinde de, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği kuralına yer verilmiştir. Yıkım işlemi, Kabahatler Kanunu'nda öngörülen para cezası ve idari tedbirlerden olan yaptırımlardan değildir. Ancak, yıkım gibi imar mevzuatında öngörülen idari yaptırımlar mülkiyet hakkını etkileyebilmektedir. Mülkiyet hakkı, Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Yıkım işleminin idari yaptırım niteliği taşıması ve mülkiyet hakkını kısıtlaması nedeniyle kanuni bir dayanağının bulunması gerekir.

İmar hukukunda, istisnalar dışında tüm yapılar ilgili idareden yapı ruhsatı alınarak yapılabilmektedir. Kanun koyucu, köylerde yapılan yapılar ile seralar gibi bazı yapı türlerinin yapı ruhsatı aranmadan yapılabilmesine olanak tanımıştır. Ruhsat aranmayan yapıların mevzuata aykırı olması veya kanunda öngörülen şartlara uyulmadan yapılması halinde ruhsata tabi hale gelip gelmeyeceği, yıkım işlemine konu olup olmayacağı önem arz etmektedir. İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında, belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda yapılacak olan yapılar kural olarak ve koşulsuz surette ruhsata tabi değildir. Bu yapılar, kanun veya yönetmelikte öngörülen esas, usul ve zorunluluklara uyulmadan yapılması halinde, imar mevzuatına aykırı yapı haline gelir. Ancak ruhsata tabi olmaz. Çünkü bu yapılar, esas itibariyle ruhsata tabi olmayan yapılardandır. Bu yapıların ruhsata tabi olması için, kanunda özel ve açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Çünkü esas itibariyle ruhsata tabi olmadan yapılan bir yapıyı, mevzuata aykırılık nedeniyle ruhsata tabi kılınması durumu, bir nevi idari yaptırım niteliğindedir. Bu tür bir idari yaptırım ise, mülkiyet hakkını kısıtlayan bir durum olacağından, açık kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Çünkü Anayasa gereği mülkiyet hakkı, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamındaki köyde yapılan yapılar hakkında, ruhsata tabi olduğu veya ruhsat alınmadığı gerekçesiyle yıkım işlemi tesis edilemez. İmar Kanunu 27/1. maddesi kapsamında yapı ruhsatı aranmayan yapılar, imar mevzuatına aykırı olması halinde, ruhsat alınarak imar mevzuatına uygun hale gelmeyecektir. İmar mevzuatına aykırı bu tür yapılar, yine ruhsat aranmayan yapı rejimi kurallarına tabidir. Bu yapıların imar mevzuatına uygun hale gelmesi de, ruhsat aranmayan imar mevzuatı hükümlerine uygun hale getirilmek suretiyle olacaktır.

İmar Kanunu 27/2. maddesi kapsamında iskân dışı alanlarda yapılacak seralar, İmar Yönetmeliği'nde öngörülen seralar ve bağ evleri kural olarak ruhsata tabi yapılardır. Kanun koyucu belli koşullarda bu yapıların ruhsata tabi olmayacağını öngörmüştür. Bu koşula uyulmazsa, ruhsata tabi olarak yapılması gerekir. İskân dışı alanlarda yapılacak seralar ve bağ evi için öngörülen, etüt ve projelerinin ruhsat vermeye yetkili idarece incelenmesi, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması

zorunluluğu ise, ruhsata tabi olup olmama şartından değildir. Bu zorunluluğa uyulmaması, bu yapıları ruhsata tabi kılmaz. Sadece imar mevzuatına aykırı olmasına neden olur. Bu nedenle, iskân dışı alanlardaki seralar ve bağ evleri için öngörülen ön şarta uyulmadığı için ruhsata tabi olup da, ruhsat alınmayan yapı hakkında 32. madde gereği yıkım işlemi tesis edilebilir. Ancak burada, mutlak anlamda ruhsata tabi yapılardan farklı olarak, yapı sahibinin mühürlemeden sonra seçimlik hakkı bulunmaktadır. Sera veya bağ evi mühürlenip durdurulduktan sonra yapı sahibi, ruhsat alarak inşaatını mevzuata uygun hale getirebileceği gibi, mevzuatta öngörülen tüm şartları gerçekleştirerek, yapıyı ruhsat aranmayan yapı olarak imar mevzuatına uygun hale de getirebilir. Yapı sahibi, mühürlemeden sonra bu seçimlik haklardan biriyle imar mevzuatına uygun hale getirmezse, ruhsatsız yapı durumundaki inşaatının yıkılması hukuka aykırı olmayacaktır. İskân dışı alanlarda yapılan seralar ve bağ evi için yukarıda yapılan açıklamalar, planlı alanlarda muvakkat yapı izniyle yapılan seralar ve Devletin güvenlik ve emniyeti ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin, Sahil Güvenlik Komutanlığının, Jandarma Genel Komutanlığının ve Emniyet Genel Müdürlüğünün harekât ve savunması bakımından gizlilik arz eden yapılar yönünden de aynen geçerlidir.

İmar Kanunu 27/1 maddesi kapsamındaki köylerde yapılan yapılar ile 27/2 maddesi kapsamındaki iskân dışı alanlarda yapılacak seralar arasında, ruhsata tabi olma yönünden önemli bir fark bulunmaktadır. İmar Kanunu 27/1 maddesi kapsamındaki köylerde yapılan yapılar, kural olarak ruhsata tabi değilken, 27/1 maddesi kapsamındaki seralar kural olarak ruhsata tabidir. İmar Kanunu 27/2 maddesi kapsamındaki seralar, belli koşullarda ruhsata tabi olmayan yapı olmaktadır. İmar Kanunu 27/2 maddesi kapsamındaki seralar, öngörülen koşullarda yapılmazsa ruhsata tabi iken, İmar Kanunu 27/1 maddesi kapsamındaki köylerde yapılan yapılar, kanunda öngörülen onay, usul ve zorunluluklara uyulmadan yapılması halinde ruhsata tabi hale gelmez. Sadece imar mevzuatına aykırı yapı olur. Bu ayrım, bu yapılara uygulanacak idari yaptırım türü yönünden önem arz etmektedir. İmar Kanunu 27/2 maddesi kapsamındaki seralar, öngörülen ön şarta uyulmadan yapılırsa, ruhsata tabi hale gelecek ve kanunda öngörülen yıkım işlemine konu olabilecektir. İmar Kanunu 27/1 maddesi kapsamındaki yapılar ise, kanunda öngörülen onay, usul ve zorunluluklara uyulmadan yapılması halinde, imar mevzuatına aykırı yapı olabilmekte iken ruhsata tabi kılınamazlar. Bu yönüyle İmar Kanunu 27/1 maddesi kapsamındaki imar mevzuatına aykırı yapılar yönünden kanunda açık olarak öngörülmeyen yıkım işlemine konu olamazlar.

İdari yaptırımların ve özellikle mülkiyet hakkını kısıtlayan yıkım gibi bir idari yaptırımın, hangi durumlarda uygulanacağına ilişkin açık bir kanun hükmü gereklidir. İmar hukukunda mevzuata aykırı olsa dahi ruhsata tabi olmayan yapılar hakkında, yıkım kararı uygulanacağına ilişkin kanuni düzenlemeye yer verilmemiştir. Ruhsat aranmayan yapıların mevzuata aykırı olması halinde, bu yapılar yönünden

mühürleme, durdurma ve imar para cezası gibi yaptırımlarına açık olarak yer vermesine karşın, yıkım yaptırımı uygulanacağına ilişkin açık bir kanuni düzenlemenin bilerek getirilmemesi, kanun koyucunun iradesinin, bu yapılar yönünden yıkım işleminin uygulanmasının istenilmediğinin açık bir göstergesidir. Bu nedenle, mevzuata aykırı olması halinde dahi ruhsat aranmayan yapılar hakkında yıkım işlemi tesisi ve uygulanması, mülkiyet hakkını kısıtlamakta olup hukuka aykırıdır. İmar mevzuatına aykırılık bulunması halinde dahi ruhsat aranmayan yapılar hakkında tesis edilen yıkım işlemlerine ilişkin ilgili benzer olaylarda, Danıştay ve bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık bulunmaktadır. Bu konudaki aykırılığın giderilmesi amacıyla ilgili bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunca, Danıştay'dan bir karar verilmesinin istenilmesi yerinde olacaktır.

İmar mevzuatına aykırı olması halinde dahi ruhsata tabi olmayan yapılar hakkında, yıkım işlemi tesis edileceğine ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmadığından, bu tür yapılar hakkında yıkım işlemi tesisi hukuka aykırıdır. Ancak bu tür yapıların tamamen yıkım işleminden muaf tutulması da hakkaniyete uygun değildir. Özellikle, ruhsata tabi olmayan yapıdaki aykırılığın yıkım olmadan giderilemeyeceği durumlarda idareye yıkım yetkisi verilmemesi, mevzuata uygun hale getirmeyi sadece ilgiliden beklenilmesi, hukuk düzeninin bozulmasını teşvik edici nitelik taşıyacaktır. Bu tür yapılar mühürlenerek durdurulmakta, iskân verilmemekte, imar para cezası uygulanmaktadır. Ancak bu tür yapılarda tüm aykırılık durumlarında (örneğin bildirim şartına uyulmaması halinde) yıkıma tabi tutulması da hakkaniyete uygun olmayacaktır. En azından yıkılmak suretiyle mevzuata uygun hale gelecek ruhsat aranmayan yapılar yönünden, yıkım işlemi tesis edilebileceğine ilişkin açık bir kanuni düzenlemeye yer verilmesi hukuka hizmet edecektir. İdare ve idari yargı uygulaması da dikkate alındığında, imar mevzuatına aykırı olması halinde dahi ruhsat aranmayan yapıların, hangi aykırılık hallerinde yıkıma konu edilebileceğinin kanunen düzenlenmesine ihtiyaç bulunduğu açıktır.

KAYNAKÇA

Başpınar V, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Bilgin H, "Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu", C. XXV, S. 3, 2021, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 639-688.

Bilgin H, Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığının Giderilmesine Yönelik Danıştay Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Çağlayan R, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006.

Darendeli V, Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2004.

Derdiman R C, "Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme", C. 6, S. 3, Temmuz 1997, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi.

Ersöz A K, "Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı", C. XIX, S. 3, 2015, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 103-149.

Gölcüklü F, "'İdari Ceza Hukuku', ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki", C.18, 1963, SBFD.

Gözler K, İdare Hukuku, Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

Gözübüyük A Ş, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.

Güçlü Y, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Güriz A, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006.

Hafızoğulları Z, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.

İlgezdi A R, İmar Hukukunda Yıkım ve İmar Para Cezaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Kalabalık H, İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Karabulut M, "İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve AYM'nin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı", S. 3, Kasım 2006, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 63-68.

Karagülmez A, Adli ve İdari Para Cezaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

Kulak Coşkun S, "İmar Kanunu'nun 32. ve 42. Maddeleri Kapsamında Yıkım ve Para Cezası", C. XVI, S. 4, 2012, GÜHFD.

Kutay Aydın G, "İmar Kirliliği Kapsamında Adli Ve İdari Yaptırımlar", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2020.

Oğurlu Y, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

Onar S S, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt. I-II-III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

Özay İ H, İdari Yaptırımlar, Kuramsal Bir Deneme, İstanbul, 1985.

Özdemir S, "İmar Para Cezaları Özelinde İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması", S. 473, Aralık, 2011, Türk İdare Dergisi, ss. 113-132.

Özkaya Ö I, "İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu", 2015/1, Ankara Barosu Dergisi.

Sancakdar O, "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 2016, ss. 29-113.

Sezginer M, "İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları", Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 2018, ss. 111-135.

Şimşek S, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I-II", 2010 (91), TBB Dergisi.

Tan T, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

Ulusoy A, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Uysal Z, İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Yalçın İ, Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Yasin M, İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Yaşar H N, İmar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.

Yıldırım R, "İmar Hukukuna Aykırı Yapılar Üzerinde İdarenin Yetki ve Yaptırımları", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1990.

Yıldırım U/ Gül Z/ Akın S, "İl Mülki Sınırı Büyükşehir Belediye Modelinin Getirdiği Yenilikler", 10(2), Ağustos, 2015, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, ss. 205-229.

Yıldırım T, "İdari Yargıda İçtihad Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günleri 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 2017, ss. 135-153.

Yılmaz M, İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

OSMANLI TOPLUMSAL TABAKALAŞMA SİSTEMİ VE BU SİSTEMİN ONDOKUZUNCU YÜZYIL ANAYASAL GELİŞMELERİNE ETKİSİ

An Investigation On the Ottoman Social Stratification and Its Effects on Nineteenth Century Constitutional Developments

Dr. Öğretim Üyesi Murat ERDOĞAN*

Öz: Bu çalışmanın amacı, Osmanlı'daki toplumsal tabakalaşma sisteminin 19. yüzyıl Türk anayasal gelişmelerine etkisi konusunda anayasa hukuku doktrinine katkıda bulunmaktır. Osmanlı Devleti'nden günümüze tevarüs edilen toplumsal tabakalaşma sistemi, geçmişte olduğu gibi günümüzde de Türk anayasacılığının kodlarını şekillendirme potansiyeline sahiptir. Topumsal tabakalaşma sistemleri, Batı'da anayasallaşma ve siyasi partilerin ortaya çıkışı bağlamında siyaset bilimi ve anayasa hukuku literatüründe yoğunlukla işlenmiştir. Bununla birlikte Türkiye'de hukuk literatüründe, kadim toplumsal tabakalaşma ile anayasa hukuku arasında yeterli düzeyde bağın kurulmadığı değerlendirilmektedir. Bu çerçevede çalışma, Osmanlı'da toplumsal tabakalaşma ve Türkiye'nin düzeni konusunu, 19. yüzyıl Türk anayasal gelişmeleri ile sınırlandırarak ele almayı hedeflemektedir. Böylece çalışmada, Türkiye'de anayasacılığın yukarıdan aşağı bir hareketle başladığını ileri süren genel kabulün sorgulanması da mümkün olacaktır.

Anahtar Sözcükler: Osmanlı'da Toplumsal Tabakalaşma, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Anayasacılık, Sened-i İttifak, Osmanlı'da Bürokratik Reform

Abstract: This paper aims to make a contribution to constitutional law literature on the influence of Ottoman social stratification pattern over 19th Century Turkish constitutional developments. Social stratification pattern that has been inherited from the Ottoman Empire has a great potential to shed a light upon the origins of Turkish constitutionalism in the present day. Furthermore, social startification patterns in the Western countries have been intensively investigated in the political science and constitutional law research within the context of constitutionalization and the emergence of political parties. However, in classical Turkish literature, one can observe that the interconnections between the ancient social stratification and constitutional law are extensively neglected. In this sense, the paper seeks to investigate the Ottoman social stratification in relation with Turkish constitutonal developments in the 19th Century. This paper thus, also aims to challenge the stereotypical argument that Turkish constitutionalism is flourished from top to the bottom.

Key Words: Ottoman social stratification, Ottoman-Turkish constitutional developments, constitutionalism, The Deed of Alliance, Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, murat.erdogan @hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2825-7348

Makale Geliş Tarihi: 06.09.2022, Makale Kabul Tarihi: 28.11.2022

GİRİŞ

İlk temsili 14 Ekim 1670 tarihinde Fransa'daki Şambord Şatosu'nda Fransız Kralı 14. Louis önünde yapılmış olan ve Türkçeye Kibarlık Budalası olarak çevrilen tiyatro oyununda ünlü yazar Moliere; burjuva olarak dünyaya gelmiş bir adamın kibarlığı öğrenerek aristokrat sınıfına geçme hayaliyle tuhaf heveslere kapılmasını, kişinin kibarlık ve soyluluk merakı yüzünden gülünç durumlara düşmesini işlemiştir. Oyunda baş kahraman olan Mösyö Jourdain, soylulara büyük bir hayranlık duymakta, kendisinin bir burjuva olduğunu kabullenmek istemeyerek soylular sınıfından biriymiş gibi davranmaktadır. Fakat Mösyö Jourdain ne yapsa boşunadır. Çünkü kendisi kibarlık ve soyluluktan nasibini almamış biridir.

Moliere'in oyunu, esas olarak, o dönem şehirlerde yükselerek aristokrat sınıfının siyasal alandaki hakimiyetine ciddi bir tehdit oluşturan burjuva sınıfının hicvi niteliğindedir. Oyunun ilk temsili de Kral önünde yapılmıştır. Bu, o dönem aristokratların sonradan görme olarak nitelendirdikleri burjuvaların hicvedilmesinden ne kadar keyif aldıklarını göstermektedir. Gerçekten 17. ve 18. yüzyıllar, Fransa'da burjuva sınıfı ile aristokrasi sınıfının siyasal alana da yansıyan çekişmelerine sahne olmuştur. Bu siyasal çekişme esnasında aristokratlar, burjuva unsurlarına acımasızca saldırmışlar, bunların varlığını küçümsemişlerdir. Bunun sonucu aristokrat sınıf açısından çok acı bir biçimde tezahür etmiştir. Fransız Devrimi'nin ardından burjuva sınıfı, siyasal alanda hakimiyeti eline geçirmekle yetinmeyerek kanlı bir biçimde aristokrasiyi tasfiye etmiştir. 1789 tarihinde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi yayımlanmış, söz konusu beyannamede devrimin ardından Fransa'nın yönetiminde etkili olacak ilkeler ortaya konmuştur. Burjuva dünya görüşünün siyasi haritası niteliğinde olan Beyanname'nin 1. maddesinin ilk cümlesi ise şöyledir: *"İnsanlar, haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar ve yaşarlar."*

Demokrasinin en önemli veçhesi ve siyasal alandaki en büyük getirisi özgürlük ve eşitliktir.[1] Dolayısıyla Fransız Devrimi'nin ardından yayımlanan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 1. maddesinde yer alan en temel iki ilkenin özgürlük ve eşitlik oluşu, bir tesadüfün değil, yüzyıllar süren kanlı bir mücadelenin sonucudur. Söz konusu madde, burjuva sınıfının aristokrasiye karşı kazandığı büyük bir zafer ve burjuva sınıfına mensup olanlarla soyluların eşitliğini garantileyen en önemli ilkeyi içermektedir.

[1] Sartori, özgürlüğün liberalizme, eşitliğin ise demokrasiye ait olduğunu ifade etmektedir. Buna göre özgürlük kavramı liberalizmin bireyciliğine dayalı bir tahayyülü içermekteyken eşitlik kavramı, herkesin yönetime eşit şekilde katılması şeklinde idealleştirilen bir anlayıştan doğar. Bu sebeple çoğunluğun yönetiminin sınırlanmasını ifade eden anayasacılık anlayışı da liberalizmin bir ürünüdür. Giovanni Sartori, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu / Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.323 vd., özellikle s. 370.

Demokrasinin oluşumunu; burjuva sınıfı, aristokratlar ve köylüler arasındaki ilişki bağlamında ele alarak en özgün düşünsel çabalardan birini ortaya koymuş yazarlardan biri, ünlü Amerikalı düşünür Barrington Moore'dur.[2] Yazar, "*Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri: Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soylunun ve Köylünün Rolü*" isimli ünlü eserinin ilk bölümünde, "*İngiltere'de Şiddetin Adım Adım Değişmeciliğe Katkıları*" başlığı altında, İngiltere'de demokrasinin tüm kurum ve esaslarıyla oluşumunu incelemiştir. Buna göre parlamenter demokrasinin sağlam bir biçimde yerleştiği 19. yüzyıl, İngiltere'de barışçı değişme çağıdır.

İngiltere'de toprak sahibi soylular tahta bağımlı değildir; güçlü ekonomik temellere sahiptirler. Böylece burjuvazinin gelişmesine yanıt olarak soyluların, ticari tarım faaliyetine yönelmeleri, köylülüğün barışçıl yollarla tasfiyesini sağlayarak demokrasinin tesisini beraberinde getirmiştir. Fransa'da ise soylular, ilerlemelerini kraldan bağımsızlaşarak sağlamamışlar, kralın çevresinde onun beslediği bir süs durumuna gelmişlerdir. Bu da Fransa'da, İngiltere'dekinden farklı olarak aristokrasinin burjuvazi tarafından tasfiye edilmesine sebep olmuştur. Netice itibarıyla bu iki ülke, demokrasiye farklı yollardan ulaşmışlardır.[3] Son tahlilde Moore'a göre demokrasiyi önceleyen en önemli koşul, gelişmiş bir burjuva sınıfının varlığıdır.

Belirtilen hususlar demokratik bir yönetimin oluşumunun toplumun farklı kesimlerinin etkileşiminden kaynaklandığını göstermektedir. Demokratik ilkelerin kökeninde bu mücadele ve etkileşim bulunur. Toplumun farklı kesimlerinin mücadele ve etkileşiminin kodları; bir ülkenin siyasetine yansımaktadır. Osmanlı Devleti'nde 18. ve 19. yüzyıllarda mevcut siyasi çekişmelerin de sınıfsal kökenlerinin incelenmesi gerekir. Çünkü günümüzde Türkiye'de mevcut sosyal bölünmelerin anlaşılması bu şekilde mümkündür. Ancak Batı Avrupa ülkelerinin toplumsal ve sınıfsal yapısından çok daha farklı olan Osmanlı toplumsal yapısının varlığı, Osmanlı Devleti'ndeki sosyal bölünmelerin gerçek mahiyetinin doğru bir biçimde tespit ve tahlilini gerektirir. Bu tahlilin Osmanlı Devleti'ndeki anayasal gelişmeler ve iktidarın sınırlandırılması yolunda atılan adımların teorik çerçevesini oluşturacağını değerlendirmek mümkündür.

I. BATI AVRUPA VE OSMANLI TOPLUMSAL TABAKALAŞMA SİSTEMLERİNİN GENEL TAHLİLİ

Osmanlı toplumunda mevcut toplumsal tabakalaşmanın incelenmesi sırasında ortaya çıkan en önemli hususlardan biri, sözü

[2] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Barrington Moore, Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri: Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soylunun ve Köylünün Rolü, Çev: Şirin Tekeli / Alaeddin Şenel, İmge Kitabevi, Ankara, 2003, s.481-503.

[3] Moore s. 58 vd., s. 71 vd.

edilen kavramların birbirinin yerine kullanılması ve bunun terminolojik bir karışıklığa sebep olmasıdır.[4] Bu sebeple öncelikli olarak sosyal sınıf ve toplumsal tabakalaşma gibi birbiri yerine kullanılan kavramların açıklanması gerekir.

A. TOPLUMSAL TABAKALAŞMA HAKKINDA KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Giddens'a göre tarihte dört temel tabakalaşma sistemi ayırt edilebilmektedir.[5] Bunlar kölelik, kast, mülkler ve sınıf ayrımlarıdır. Söz konusu ayrımların özelliği ise farklı insan grupları arasındaki yapılaşmış eşitsizlikleri ifade eden toplumsal tabakalaşmanın farklı veçheleri olması; yani bunların bazen birden fazlasının aynı toplumda mevcut olabilmesidir.[6] Bu da esasında sosyal sınıf kavramı ile toplumsal tabakalaşmanın farklı bir biçimde değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Toplumsal tabakalaşma tarihin herhangi bir döneminde meydana gelen sosyal katmanlaşma olarak tanımlanabilmektedir. Sosyal sınıflar ise modern döneme ve bu dönemin olgu ve gereklerine ait bir katmanlaşma türüdür[7].

Sınıf kavramı, bir toplum içinde bireyler veya gruplar arasında var olan hiyerarşik farklılıkları ifade eder. Sosyal sınıf kavramı, sınıf kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.[8] Sınıf kavramının bahsedilen tanımı ise çözülmesi gereken yepyeni bir sorunu beraberinde getirmektedir. Bu da bireyler ve gruplar arasındaki hiyerarşinin hangi ölçütlere dayanılarak tespit edileceğine ilişkin bir sorundur. Zira sınıf kavramı toplumsal tabakalaşmanın kilit kavramlarından biridir.[9]

Sosyal sınıfların dayandıkları temel ölçütler, en genel ve birbirine karşıt mahiyetleriyle Karl Marx ve Max Weber tarafından tespit edilmiş, siyaset bilimi literatüründe sosyal sınıfların niteliğine ilişkin çalışmalar da bu düşünürlerin ortaya koydukları paradigmaları başlangıç noktası

---

4 Osmanlı tabakalaşma sisteminin açıklanmasında kullanılan kavramlar ve bunların nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Suna Başak Avcılar, "Osmanlı Tabakalaşma Sistemine İlişkin Görüşler Üzerine Bir Değerlendirme", Osmanlı, Güler Eren (Ed.), C. 4, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s. 55-58.

5 Toplumsal tabakalaşma sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Anthony Giddens, Sosyoloji, Yayına Hazırlayanlar: Hüseyin Özel / Cemal Güzel, Ayraç Yayınevi, Ankara, 2000, s. 256-260.

6 Giddens, s. 256.

7 Şakir Berber, "Modern Bir Olgu Olarak Sosyal Sınıflar", S. 9, 2003, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 223.

8 Berber, s. 230.

9 Sosyal sınıf kavramının toplumsal tabakalaşma açısından kilit bir kavram olduğu yönünde bkz. Terry Nichols Clark / Seymour Martin Lipset, "Are Social Classes Dying", The Breakdown of Class Politics: A Debate on Post-Industrial Stratification içinde, Ed: Terry Nichols Clark / Seymour Martin Lipset, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2001, s. 39.

olarak kabul etmişlerdir.[10] Bu sebeple Marx ve Weber'in ortaya koydukları sosyal sınıf anlayışlarının kısaca incelenmesi ve bunlardan hangisinin Osmanlı toplum yapısına ne derece uygun düştüğünün tespit edilmesi gerekmektedir.

Marx için sınıf, insanların yaşamlarını kazanmak ve temel ihtiyaçlarını tatmin etmek için kullandıkları araçlar olan üretim araçları ile ortak bir ilişki içinde bulunan insanların oluşturduğu bir gruptur.[11] Dolayısıyla Marx'a göre sosyal sınıfların belirlenmesinde öncelikli olarak rol oynayan üretim araçlarının mülkiyetidir. Sanayi öncesi toplumlarda etkin üretim aracı olan toprak mülkiyeti belirleyicidir. Bu toplıumlarda sosyal sınıflar, aristokratlar ve serfler olarak belirlenebilecektir; sanayi devrimi sonrasında ise üretim araçlarında meydana gelen değişiklik neticesinde burjuva ve işçi sınıfı ortaya çıkarak sosyal sınıflar tipolojisine eklemlenmiştir.[12] Feodalitenin çözülmesi ile birlikte serflerin ortadan kalkması söz konusu olduğundan Marx'a göre özellikle Batı toplumlarında üç sosyal sınıfın varlığı söz konusudur.[13] Bunlar; en genel sınıflandırmayla üretim araçlarına sahip olan burjuva kapitalist sınıf, toprak sahibi soylular ve kapitalistler tarafından istihdam edilen işçi sınıfıdır.[14]

Marx'ın analizine dayanmakla birlikte Weber, toplumsal tabakaların belirlenmesi amacıyla kullanılacak ölçütlerin yalnızca ekonomik ölçütler olamayacağını ifade ederek bu konuda daha ileri düzeyde açıklamalar getirmiştir.[15] Weber'e göre ekonomik temelli tabakalaşma konusunda Marx'ın yaklaşımı kısmi olarak gerçeğe temas etmektedir. Bununla birlikte Weber, (1) sınıf oluşumunda Marx'ın öngördüklerinden daha çeşitli ekonomik unsurların etkili olduğu ve (2) esasında sosyal sınıflara ilişkin yapılan ayrımın toplumsal tabakalaşma tasnifinin sadece tek bir veçhesini oluşturduğunu ifade etmektedir.

İlk olarak Weber'e göre sınıf ayrılıkları, yalnızca üretim araçlarının denetiminden ya da söz konusu denetimin yokluğundan değil, mülkiyetle doğrudan doğruya ilişkisi olmayan ekonomik etkenlerden de kaynaklanmaktadır. Bu tür kaynaklar arasında özellikle insanların elde

---

10 Clark ve Lipset de sosyal sınıflara ilişkin yaptıkları çalışmada Marx ve Weber'in tasniflerini başlangıç kabul etmişler, bunun ardından bir sosyal sınıf tipolojisi belirlemişlerdir. Bu yönde bkz. Clark/Lipset, s. 40 vd., aynı yönde Avcılar, s. 59, Berber, s. 226-228.

11 Giddens, s. 261, aynı yönde bkz. Clark/Lipset, s. 40.

12 Giddens, s. 261.

13 Clark/Lipset, s. 40.

14 Bu yönde bkz. Clark/Lipset, s. 40, ancak Marx, bahsedilen sosyal sınıflar arasında da çeşitli bölünmeler olabileceğini ifade etmiştir. Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Giddens, s 262.

15 Weber'in sosyal sınıfların tespitinde kullandığı ölçütlerin Marx'ın kullandığı ölçütlerden farkı hakkında bilgi için bkz. Giddens, s. 262.

edebildikleri işlerin türünü belirleyen becerileri, referansları ve nitelikleri bulunmaktadır.[16]

İkinci olarak Weber, toplumsal tabakalaşmanın sınıfın yanı sıra mevcut başka iki temel veçhesi bulunduğunu ifade etmektedir. Bunlardan biri statü, diğeri ise parti olarak adlandırılmaktadır. Bunlardan statü, "*toplumsal gruplara başkaları tarafından yüklenen toplumsal onur ve saygınlık arasındaki farklılıklara göndermede bulunmaktadır.*[17]*"* Bu yönüyle sınıflar mülkiyet ve kazançla ifade edilen ekonomik etkenlerden kaynaklanırlarken; statü, grupların izlediği değişen yaşam biçimleri tarafından belirlenmektedir.

Weber'e göre parti, "*ortak kökenleri, çıkarları ve hedefleri olduğu için bir arada çalışan bir grup bireyi tanımlamaktadır."*[18] Bu yönüyle toplumsal tabakalaşmanın bir diğer veçhesi olan partiler, sınıf çıkarlarını aşan çıkarlara hitap edebilmektedirler.

Marx ve Weber'in toplumsal tabakalaşma tasnifleri, bugün de değerini koruyan ve çeşitli çalışmalarda dikkate alınan birbirini tamamlayıcı ve öncü nitelikli çalışmalar olarak görülmektedir. Özellikle Weber, toplumsal tabakalaşmanın farklı veçhelerinin birbiri ile ilişkili olarak anlaşılmasını sağlamıştır. Toplumsal tabakalaşmanın sosyolojik kökenlerinin kavranması, Batı siyasal yaşamında siyasi partilerin oluşumunu ve dolayısıyla Batı siyasetinin ana hatlarını açıklayıcı bir özellik göstermektedir. Bunun sebebi ise toplumsal tabakalaşmanın, sosyal bölünmelere, sosyal bölünmelerin de özellikle parti sistemlerine yol açmış olmasıdır.[19]

B. BATI AVRUPA'DA TOPLUMSAL TABAKALAŞMA VE SOSYAL BÖLÜNMELER

Batı Avrupa'da günümüz yönetim anlayışını belirleyen en kadim toplumsal tabakalaşma, feodalizm adı verilen ekonomik, sosyal, hukuki ve siyasal sistemin getirdiği toplumsal tabakalaşmadır. Feodalizm; "*ülkenin önemli miktarda toprağının belirli bir hizmet yükümlülüğü –özellikle askeri hizmet- karşılığı belirli şartlar dahilinde fief olarak feodal beylere tevcih edilmesidir. Sistem, malikane temeli üzerine kurulmuş olup; hiyerarşik düzen*

16 Clark/Lipset, s. 40-41.

17 Giddens, s. 263.

18 Giddens, s. 263.

19 Avrupa ülkelerinde sosyal bölünmelerin parti sistemlerine dönüşümünde etkili olan unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seymour M Lipset / Stein Rokkan, "Cleavege Structures, Party Systems and Voter Alignments: An Introduction", Party Systems and Voter Alignments, Seymour M. Lipset / Stein Rokkan (ed.), The Free Press, New York, 1967, s. 26 vd. 1.

içinde yer alan büyüklü küçüklü feodal beyler ve toprağa bağımlı serflerden oluşan, halkın başlıca ekonomik uğraşısı tarım olan bir düzeni ihtiva eder."[20]

Feodalizm, toprak mülkiyetinin siyasal hayatı en belirleyici rolü oynadığı dönemde, Batı Avrupa'da düzenin devamlılığını sağlayan karmaşık bir sistemi ifade etmektedir. Feodal düzende en temel tabakalaşma, bir yanda toprak sahibi soylu sınıf ile serfler arasında, diğer yanda ise kral ile soylu sınıf üyeleri arasında mevcut bölünmedir.[21]

Batı Avrupa'daki toplumsal tabakalaşma, modern dönemde gerçekleşen diğer bölünmelerin nüvesini teşkil etmesi ve siyasal sistemi dönüştürücü bir niteliğe sahip olması açısından önemlidir. Bu toplumsal tabakalaşma, modern zamanlarda sosyal bölünmeler şeklinde tezahür etmiş ve feodal düzendeki bölünmelerin üstüne aydınlanma dönemindeki yeni sosyal bölünmelerin eklemlenmesiyle kitle siyasetini belirleyici hale gelmiştir. Batı Avrupa'da aydınlanma dönemi ve sonrasındaki sosyal bölünmeler en isabetli biçimde ve sistematik olarak Lipset ve Rokkan'ın "*Cleavege Structures, Party Systems and Voter Alignments: An Introduction*" isimli öncü niteliğindeki çalışmasında tespit edilmiştir.[22]

Yazarlara göre Batı Avrupa'daki kitle siyaseti, iki eksenli dört temel bölünme çerçevesinde anlaşılabilir.[23] Bunlardan birincisi, bölgesel eksenli bölünme olan merkez-çevre ayrılığı,[24] ikincisi ise sanayi devriminin ardından ortaya çıkan ve toplumun sosyoekonomik yapısına ilişkin olan fonksiyonel eksenlerdir.

Bölgesel nitelikli bölünme ekseninin birinci boyutu, bir tarafında modernleşme ile ortaya çıkmaya başlayan ulusal devletlerin merkeziyetçi eğilimleri, diğer tarafında da bunların karşısında özelliklerini korumaya çalışan çeşitli etnik, dinsel, dilsel ve kültürel azınlıkların bulunmasıdır.[25] İkinci boyutu ise bir tarafta kilise, diğer tarafta ise iktidarını merkezileştirmeye çalışan krallar arasındaki çatışma

---

[20] Halil Cin / S. Gül Akyılmaz, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Adana, Haziran 2000, s. 5.

[21] Feodal düzende toplumsal tabakalaşma ve sınıflaşma hakkında ayrıntılı bilgi ve tespitler için bkz. Cin/Akyılmaz; s. 38-61.

[22] Lipset ve Rokkan'ın çalışmalarının parti sistemlerinin oluşumunda öncü niteliğe sahip olduğu hakkındaki görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz Peter Mair, "The Problem of Party System Change", Party System Change: Approaches and Interpretations, Peter Mair (ed.), Oxford University Press, New York, 2004, s. 56.

[23] Lipset/Rokkan, s. 9, 13, Ergun Özbudun, Siyasi Partiler, AÜHF Yayınları, Ankara, 1977, s. 37.

[24] Bölgesel nitelikli eksen, derin tarihi köklere sahip olup, fonksiyonel bölünmeden çok daha önce mevcut bulunan bir yapıyı ifade eder. Bu yönde Mair, s.. 56.

[25] Özbudun, s. 37-38, ayrıca bölgesel nitelikli çatışma ekseni hakkında detaylı bilgi için bkz. Lipset/Rokkan, s. 10 vd.

olarak karşımıza çıkmaktadır.[26] Ancak bu çatışmada merkez ve çevre kavramları, coğrafi bir bölünmüşlükten çok daha fazlasını ifade eder. Merkez-çevre arasındaki ayrılık yalnızca coğrafi değil, kültürel anlamda da bir bölünmüşlüktür.[27] Bu yönüyle aslında merkez-çevre şeklinde anlaşılabilecek sosyal bölünme ekseninin Batı Avrupa ülkelerinde görülen karşıt tarafları, bir yanda kilise ile krallar iken diğer yanda ulusal devletler ile karşılarındaki azınlıklardır.[28]

Fonksiyonel eksen ise toplumu yerel değil, sınıfsal çizgilerle bölen iki temel çatışmadan kaynaklanmaktadır. Bunlardan birincisi eski toprak sahibi soylular ile sanayi devrimi neticesinde güçlenen burjuva sınıfı ve yine burjuva sınıfı ile işçi sınıfı arasındaki gerilim hattıdır.[29] Fonksiyonel eksendeki çatışmalar, benzer sosyoekonomik koşullar ve benzer menfaatlere sahip bireylerin, bölgesel niteliklerinden ve farklılıklarından bağımsız olarak aynı kamplarda toplanması neticesinde ortaya çıkarlar.[30] Bu bakımdan fonksiyonel eksenli çatışma ve bölünmeler, bölgesel nitelikli çatışmalardan çok daha ideolojik bir niteliğe sahiptir.

Lipset ve Rokkan'a göre Avrupa'daki sosyal bölünmelerin en eskisi ve köklüsü, bölgesel eksenli çatışmalardır.[31] Fonksiyonel eksenli çatışmalar ise bölgesel eksenli çatışmaların üzerine gelen ve bunlara eklemlenerek Avrupa parti sisteminin oluşumunu belirleyen bir özelliktedir. Toplumdaki bölünme ve çatışmalar zamanla parti sistemlerine dönüşerek siyasal sistem içerisinde yerlerini almıştır.[32] Bu görüş, parti sistemlerinin yalnızca sağ-sol çatışmasına indirgenmesini önlemesi bakımından devrim niteliğindedir.

Lipset ve Rokkan'ın gerçekleştirdiği çalışmanın öncü niteliği, bu çalışmanın Avrupa parti sistemindeki çeşitliliğe ışık tutan bir paradigmayı ilk defa sistematik bir şekilde açıklama çabası içine girmiş olmasıdır. Ayrıca çalışma, sınıfsal bölünmelerin aristokrasi-proleterya-burjuva bölünmüşlüğü dışında kalan daha tarihsel ve ihmal edilen bir noktasına da temas etmiştir. Yazarların kullandığı metotla tahlil edilen

---

[26] Kilise ile merkeziyetçi krallara arasında yaşanan çatışmanın sosyal bölünme ekseni oluşturduğuna ilişkin görüş ve söz konusu çatışma ekseninin çeşitli ülkelerdeki görünümü hakkında bilgi için bkz. Lipset/Rokkan, s. 13 vd., ayrıca Mair, s. 56.

[27] Azınlık kültürü, belli bir coğrafi alanda toplanmamış ve ülke içine yayılmış olduğu takdirde, coğrafi anlamda bir yerel çatışma meydana getirmez; fakat kültürel anlamda gene de bir merkez-kenar çatışmasının ifadesi sayılabilir. Özbudun, s. 38.

[28] Bu yönde bkz. Mair, s. 56.

[29] Lipset/Rokkan, s. 19 vd.

[30] Bu noktada fonksiyonel eksenli çatışmalarda coğrafi bölünmüşlüklerin etkisi görülmez. Özbudun, s. 39.

[31] Merkez-çevre çatışmasının en eski çatışma ekseni olduğu yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Lipset/Rokkan, s. 34-35, aynı yönde Özbudun, s. 39.

[32] *Temel karakteristikleri bağlamında rekabet ve mobilizasyonun erken dönemlerinde Batı Avrupa'da parti sistemlerini belirleyen olgu, değişimin bu iki yönü arasındaki etkileşimlerin ürünü olarak yorumlanabilir.* Lipset/Rokkan, s. 34.

sosyal bölünmelerin niteliği, farklı siyasal sistemlere teşmil edilebilme kapasitesine sahiptir.[33] Türk anayasal tarihinde toplumsal tabakalaşmanın oynadığı rolün tespit edilebilmesi için, Lipset ve Rokkan'ın ve kısmen Barrington Moore'un Batı Avrupa için gerçekleştirdikleri gibi, Osmanlı toplumunda modern öncesi ve sonrası dönemde sosyal sınıfların ve bunların siyasi hayatı dönüştürücü işlevlerinin tespit edilmesi gerekir.

C. OSMANLI DEVLETİ'NDE TOPLUMSAL TABAKALAŞMA SİSTEMİ VE KLASİK DÖNEMDE SOSYAL DÜZENDEKİ DÖNÜŞÜMLER

Osmanlı toplumsal tabakalaşma sisteminin belirleyici ilk ve en önemli özelliği, toplumda güçlü bir yöneten-yönetilen ayrışmasıdır. Ancak Osmanlı'da modern dönem öncesi tabakalaşma, Avrupa'da mevcut olandan daha farklı niteliklere sahiptir. Bu tabakalaşmada yer alan unsurlar sosyal sınıf teriminin karşılığını içermemektedir.[34] Çünkü Avrupa'daki feodal düzenin getirdiği toprak mülkiyeti sistemi ile Osmanlı toplum düzenindeki toprak mülkiyeti birtakım farklı özellikler gösterir.[35] Batı Avrupa'da hakim olan feodal düzende feodal beyler, elleri altındaki toprağın mülkiyetine sahipken, Osmanlı Devleti'nde toprak mülkiyetinin çoğu Padişaha, dolayısıyla devlete aittir. Bu durum iki düzenin farklılaşmasına sebep olmuş, Osmanlı Devleti'ni çağdaşı olan devletler arasında çok daha merkeziyetçi bir devlet haline getirmiştir.[36] Osmanlı toplumunda toprak mülkiyetine ilişkin bu özellik modern dönem öncesinde toplumsal tabakalaşma sistemini belirleyen en önemli özelliktir.

Akyılmaz'a göre, "*Osmanlı Devleti'ne çağdaşı devletlerden farklı bir özellik veren en kayda değer noktalardan birisi, halkın yönetici sınıf ve reaya olmak üzere iki ana sosyal gruba bölünmüş olmasıdır.*"[37] Dahası, yazara göre söz konusu ayrım; Osmanlı siyasi ve sosyal yapısını karakterize etmekte

---

[33] Örneğin Türk siyasal hayatında merkez-çevre çatışmasının farklı boyutları ve söz konusu çatışmanın siyasal sisteme etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Gönenç, "2000'li Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek", S. 105, 2006, Toplum ve Bilim, s. 129 vd.

[34] Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Carter, V. Findley, Kalemiyeden Mülkiyeye Osmanlı Memurlarının Toplumsal Tarihi, Çev: Gül Çağalı Güven, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1996, s. 43.

[35] Osmanlı toprak düzeninin en önemli unsurlarından biri olan dirlik sistemi ile feodalite arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Halil Cin, Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1987, s. 77-82.

[36] Cin/Akyılmaz, s. 382-383.

[37] S. Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Reaya Kavramı ve Devlet-Reaya İlişkileri", Osmanlı, Güler Eren (Ed.), C. 4, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999. s. 40, aynı yönde bkz. Cin/Akyılmaz, s. 179.

olup, Avrupa'da mevcut olan "sınıf" teriminden de tamamen farklıdır.[38] Şerif Mardin de ünlü çalışmasında benzer bir yaklaşımla, Orta Doğu'nun tarihinin söz konusu coğrafyada kurulan devletlerin kendilerine ait bir "merkez[39]"in kurumsal çerçevesini oluşturma çabaları ile anlaşılabileceğini, ancak bölgede kurulan devletlerin hiçbirinin bu konuda Osmanlı Devleti'nin ulaştığı başarıya ulaşamadıklarını ifade etmektedir.[40] Yerasimos ise bu durumu şu şekilde isabetli bir biçimde özetlemiştir: "*Devlet, reayaya toprak emekçilerini bağrında toplayan apayrı bir sınıf gözüyle bakar. Bu sınıf ayrıca, ulemayı da içine almasına rağmen topluca "askeri" denilen yönetici sınıfın karşıtı olarak tanımlanır.*"[41] Mustafa Akdağ ise toplumsal tabakalaşmayı benzer bir şekilde kurgulamakla birlikte, özellikle reaya içindeki fonksiyonel ayrışmayı betimlemiş ve reayanın köylüler, şehirliler ve mürtezika denen üç alt ayrımını yapmıştır.[42] Tüm bu sebeplerle Osmanlı Devleti'nde modern öncesi dönemlerde varolan iki grup olan yönetici sınıf ve reayanın hukuki statüsünün ve bunların kendi içlerinde ve birbirleri arasındaki dinamiklerin incelenmesi gerekir.

1. Yönetici Sınıf

Osmanlı Devleti'nin ilk kurulduğu yıllardan itibaren devletin temel amacı yeni topraklar ele geçirerek bu topraklarda İslam dinini yaymaktır. Bu durum Osmanlı Devleti'nde yönetici sınıfa "askeri"ler denmesi sonucunu doğurmuştur.[43] Yani Osmanlılarda askeri ifadesi, yalnız ordu mensupları için değil, tüm yönetici sınıf için kullanılan bir terim olmuştur.[44]

Osmanlı Devleti'nde yönetici sınıf esas olarak dört ana gruptan oluşmaktadır: Bunlar saray hizmetlileri, seyfiye, ilmiye ve kalemiye sınıflarıdır. Bunlardan saray hizmetlileri sınıfına dahil olanlar, Birun, Enderun, Harem olmak üzere üç ana bölüme ayrılmış olan Saray'da

---

38 S. Gül Akyılmaz, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya, 2000, s. 19.

39 Bu noktada şunu belirtmek gerekir; elbette burada kullanılan merkez kavramı, coğrafi anlamda merkezi değil, "*bir yandan topluma yön veren değer ve inançları, diğer yandan bu değer ve inançlar üzerine inşa edilen kurumları ifade eder.*" Gönenç, s. 130.

40 Şerif Mardin, "Center-Periphery Relations: A Key to Turkish Politics?", Daedalus, C. 102, S. 1, Post-Traditional Societies, 1973, s. 169.

41 Stefanos Yerasimos, Azgelişmişlik Sürecinde Türkiye C. 1: Bizanstan Tanzimata, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1977, s. 215.

42 Mustafa Akdağ Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi, C. 2 (1453-1559), Cem Yayınevi, İstanbul, (1995), s. 80-91.

43 Osmanlı Devleti'nde yönetici sınıfın ayrıntılı bir tahlili için bkz. Yerasimos, s. 294-316.

44 S. Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf-Reaya Ayrımı, C. 8, S. 1-2, 2004, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 223.

çeşitli hizmetleri yerine getiren görevlilerdir. Bunlar; Saray Ağası, Enderun Ağaları, hazinedar başı, kilercibaşı, şehremini, vb. kişilerdir.[45]

Osmanlı Devleti'nin kuruluş felsefesinin fetih ve gaza esasları üzerine oturmuş olması, kılıç sahipleri olan seyfiye sınıfının Osmanlı Devleti'nin yönetici sınıfı içerisinde en güçlü sınıflardan birini oluşturmasını sağlamıştır. Esas olarak seyfiye sınıfı, iki gruptan oluşmaktadır. Bunlar merkezdeki kapıkulu askerleri ile temelinde tımar sistemi olan ve Osmanlı ordusunun kalabalık kısmını oluşturan eyalet askerleridir.

Osmanlı yönetici sınıfının en önemli ve en etkin gruplarından bir diğeri ilmiye sınıfıdır. Bu sınıf, Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan itibaren seyfiye ile birlikte üstünlüğü elinde tutmuştur. İlmiye sınıfının başı şeyhülislam, şeyhülislamdan sonraki ikinci şefi ise yargı teşkilatının da başı olan kazaskerdir.

Nihayet Osmanlı yönetici sınıfının dördüncü grubu, kalemiye sınıfıdır. Katiplerden oluşan bu sınıf, Orhan Bey zamanından itibaren genelde ilmiye sınıfından beslenmiş, ilerleyen dönemlerde ilmiye ve seyfiye sınıflarında yaşanan bozulma sebebiyle ön plana çıkarak güçlenmiştir. II. Mahmut döneminden itibaren kurumsallaşan bu grup, güçlü bir sivil bürokrasiye dönüşmüştür.[46]

2. Reaya

Tanör'e göre çağdaş siyaset bilimi ve anayasa hukuku literatüründe önemli bir yeri olan otorite-özgürlük dengesi gibi bir soruna yabancı Osmanlı devlet ideolojisinin temel unsuru adalet fikridir. 15. yüzyıl Osmanlı tarihçisi Naima da Gazali ve Nizamül-Mülk'ün eserlerinden esinlenerek Osmanlı toplumsal düzenini hakkaniyet çemberi olarak adlandırmıştır.[47] Buna göre askerin devlet için büyük önemi vardır; asker olmadan devlet ve mülk, yani hakimiyet olmaz; askere sahip olmak servete sahip olmayı gerektirir; servet ise reayadan toplanır.

Yerasimos'un ifadeleriyle, "*Reaya sınıfı, daha fetih çağındaki çiftçilerin soyundan gelenlerden yerleşikliğe geçmiş göçebelerden, yönetici sınıftan gelip de şu ya da bu yüzden çiftçilik etmek zorunda kalanlardan meydana gelir. Kişinin bir toprak parçasına bağlanması, onun ve onun soyundan gelenlerin durumunu belirler.*"[48] Bu durumda reaya tanımı, nicelik itibarıyla fazla olmalarından dolayı esasen toprağa bağlı köylüleri ifade

[45] Akyılmaz, 2000, s. 21.

[46] Akyılmaz, 2004, s. 223-224.

[47] Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY Cogito Yayınları, İstanbul, 2006, s. 25-26, Akyılmaz, 1999, s. 41.

[48] Yerasimos, s. 215.

eder.[49] Buna karşılık Osmanlı düzeninde reaya adı verilen yönetilenler, hukuki bakımdan yönetici sınıfta yer almayıp, kendilerinden vergi toplanan tüm tebaayı kapsamaktadır. Bu da Osmanlı Devleti'nde reaya sınıfının toplumun farklı sosyo-ekonomik kesimlerini kapsadığını ve geniş bir coğrafyaya yayıldığını göstermektedir.[50] Ancak toprak rejiminin belirleyici olduğu bir sosyo-ekonomik sistemde reaya sınıfının çoğunlukla köylü olarak anlaşılması ve siyasal sistemi çoğunlukla bu nitelikleri ve statüleriyle etkilemeleri doğaldır. Bu sebeple Osmanlı toplumsal sisteminde reayanın belirleyici ve ağırlıklı unsuru köylü sınıftır[51].

Osmanlı Devleti'nde reayayı, çağdaşı olan devletlerdeki yönetilenlerden farklı kılan özellik onun hukuki statüsüdür. Reaya, tıpkı feodal düzende yer alan serfler gibi toprağa bağlı olup çoğunlukla tarımla uğraşır. Ancak serften farklı olarak reaya, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Reayanın ölmesi durumunda tasarruf ettiği arazinin mülkiyeti dışında sahip olduğu menkul ve gayrimenkulleri mirasçılarına intikal etmektedir.[52]

Serflerden farklı olarak reaya, medeni hakları açısından herhangi bir sınırlamaya tabi değildir. Bu bakımdan feodal düzende temel kural, serfin bağlı olduğu malikane içinden evlenmesi iken Osmanlı Devleti'nde reayanın evlenmesi konusunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Her ne kadar reayadan bir erkek, evleneceği kadının sipahisine resm-i arus adı altında bir vergi ödemekte ise de söz konusu vergi, feodal düzende olduğu gibi kadını bir işgücü olarak görmek suretiyle işgücünün kaybının önlenmesi amacıyla öngörülmemiştir.

Reayayı özellikle kırsal alanda çıplak mülkiyeti devlete ait olan miri arazi üzerinde üretim yapan ve bunun karşılığında devlete vergi ödeyen küçük çaplı üretici olarak tanımlamak mümkündür. Reaya ile serf arasındaki temel fark ise reayanın hukuki anlamda hür oluşudur.[53]

3. Osmanlı Devleti'nde Toprak Mülkiyeti Sistemi Çerçevesinde Toplumsal Tabakalaşmanın Tahlili

Cin'e göre "*bir ülke halkının sosyal durumu, refahı, hürriyetleri o ülkede o ülkede uygulanan mülkiyet ve arazi rejimi ile pek yakından ilgilidir... Bir medeniyeti anlamak için mülkiyet rejiminin incelenmesi gerekir. Çünkü o,*

[49] Yerasimos, s. 218.

[50] Akyılmaz, 1999, s. 41, ayrıca esas olarak reayanın köylü ve çiftçiler şeklinde fonksiyonel bir ayrışmaya gittiğini söylemek mümkündür. Bu yönde bkz. Akdağ, 1995, s. 84-91.

[51] Benzer yönde bkz. M. Balkan Demirdal, Adalet İlkeleri ve Türk Hukukundaki Serüveni, Lykeion Yayınları, Ankara, 2017, s. 224-225.

[52] Akyılmaz, 1999, s. 42-43.

[53] Akyılmaz, 1999, s. 44.

doğrudan doğruya sosyal şartları tayin ve sosyal gelişmenin çeşitli faktörlerinden birini teşkil eder."[54]

Osmanlı Devleti feodal bir düzene sahip değildir. Keyder'e göre; "*Osmanlı İmparatorluğu'nun klasik kurumsal yapısı, az çok birbirine yakın büyüklükteki toprakları elinde tutan ve merkezden atanan memurlara oransal vergi ödeyen bağımsız bir köylü kitlesinin varlığını öngörüyordu... Bu memurların temel özelliği, statülerini miras yoluyla veya mahalli nüfuzlarına dayanarak değil, merkezi otorite tarafından tayin edilmiş olmaları dolayısıyla elde etmeleriydi."*[55] Osmanlı Devleti'nde kuruluş dönemi ve klasik dönemdeki toplumsal tabakalar esas olarak toprak mülkiyeti sistemi tarafından belirlenmiştir. Bu noktada Osmanlı toprak mülkiyeti sistemi hakkında daha ayrıntılı ve ileri düzeyde açıklamalar yapılması gerekir. Çünkü Osmanlı toprak sistemi, tarihte Osmanlı siyasi ve sosyal yapısına gerçek şeklini veren en etkin faktördür.

Osmanlı toprak rejiminin esasını teşkil eden sistem, dirlik (tımar) sistemidir.[56] "Dirlik veya tımar, devletin miri araziden muayyen bir kısmının yıllık gelirinin tamamının veya bir kısmını, belli hizmetler mukabilinde bir şahsa tevcih etmesine denir."[57] Osmanlı Devleti'nin dirlik veya tımar sistemini nereden aldığı, yani dirlik sisteminin kaynağı konusunda ise üç farklı görüş bulunmaktadır.[58] İlk görüş, Osmanlı Devleti'nin söz konusu sistemi, İslam'ın ikta kurumundan aldıklarını öne sürmekte, bir diğer görüş bu sistemin Sasanilerden Araplara, Araplardan da Türklere geçtiğini belirtmekte ve nihayet bir diğer görüş de Osmanlıların dirlik sistemini Bizans İmparatorluğu'ndan aldıklarını ifade etmektedir. Ancak dirlik sistemi esasında tarihte farklı dönem ve yerlerde temel ilkeleri aynı kalmak koşuluyla uygulanmış bir sistemdir. Bu sebeple dirlik sistemi doğru bir ifadeyle; "bir tekamülün neticesidir, tarihin malıdır.[59]" Yani dirlik sistemi, herhangi bir ulus ya da topluluğa ait olmayıp, tarihsel gelişmenin toprak mülkiyeti üzerinde yarattığı zorunlu bir merhale olarak anlaşılmalıdır.

Osmanlı Devleti'ndeki dirlik sisteminin belirleyicisi olan en önemli unsur miri arazi ve miri arazinin hukuki rejimidir. Çünkü Osmanlı Devleti topraklarının büyük bir kısmı miri arazidir.[60] Miri arazi, çıplak mülkiyeti devlete, istifadesi ise bireylere ait olan arazidir.[61]

---

54 Halil Cin, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1978, s. 1, aynı yönde bkz. Cin, 1987, s. 1.

55 Çağlar Keyder, Türkiye'de Devlet ve Sınıflar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011, s. 21.

56 Cin, 1987, s. 56.

57 Cin, 1987, s. 57.

58 Dirlik sisteminin kaynağı konusunda öne sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cin, 1987, s. 57-64.

59 Cin, 1987, s. 64.

60 Cin, 1987, s. 43

61 Cin, 1987, s. 1.

Miri arazinin kullanımı ve işletilmesi ile Osmanlı Devleti'nde yönetici sınıf ve reaya arasındaki ilişkiler arasında yakın bir bağlantı vardır. Çünkü miri araziyi ekip biçen toplumsal tabaka reaya, reayanın söz konusu faaliyetten elde ettiği gelirin bir kısmını vergi olarak toplayan tabaka ise yönetici sınıfın bir parçası olan sipahidir.

Osmanlı Devleti'nin ilk kurulduğu yıllar ve öncesinde Anadolu ve Rumeli topraklarında hüküm süren Bizans İmparatorluğu döneminde, bu topraklarda feodaliteye benzer bir düzenin temelleri atılmıştır.[62] Buna karşın Osmanlı Devleti, ilk kurulduğu yıllarda toprak rejimini güçlü bir merkeziyetçi anlayışla idare edecek güçte değildir. O dönem, Anadolu'da güçlü beyliklerin, dolayısıyla Osmanlı Devleti'ne tehdit oluşturabilecek yerel iktidarların bulunduğu bir dönemdir.[63] Dolayısıyla bu dönemde yerel iktidar odaklarının güçlü oluşu sebebiyle sistem; Bizans ve Türk Beyliklerinin hakim oldukları topraklarda feodal bir düzene doğru evrilmektedir.[64] Ancak iktidarın giderek Osmanlı hanedanında toplanması söz konusu evrimi durdurmuş, Osmanlı Devleti hakimiyetindeki topraklarda Batı Avrupa'daki anlamıyla aristokrasinin oluşması söz konusu olmamıştır.[65]

Anadolu ve Rumeli topraklarındaki kadim toprak rejimi, güçlü bir merkeziyetçi devletin varlığı halinde bağımsız küçük köylü topluluğuna dayanmakta, devletin gücünü kaybetmesi halinde ise yerel memurların zamanla güçlenerek mahalli güç odaklarına dönüşmesi biçiminde tezahür etmektedir.[66] Bu tarihsel süreç ile Osmanlı yönetici sınıfının hukuki durumu arasında belirgin bir bağlantı kurmak mümkündür. Bu noktada Osmanlı tarihi açısından kilit bir öneme sahip olan Fatih Sultan Mehmet döneminde yönetici sınıfın yeniden konumlandırılışının incelenmesi gerekir. Zira, merkezileşme Osmanlı'da yönetici sınıfın dönüşümünü de özetler.

Akyılmaz'a göre "İstanbul'un fethiyle büyük bir prestij kazanan Fatih, güçlü ve merkezi bir imparatorluk kurmak ve iktidara alternatif güçlerin ortaya çıkmasını önlemek için iki önemli adım atmıştır. Bunlardan ilki kardeş katlinin hukuki bir zemine oturtulması, diğeri ise

---

[62] Söz konusu sistemin adı pronoya sistemi olup, pronoya kelimesinin anlamı, *"toprakların işletilmesinin denetimini bir kişiye devretmektir."* (Cin/Akyılmaz, s. 225).

[63] *İstanbul'un alınmasına kadar, iktidardaki Osmanlı hanedanı bu yeni Bizans-Türk eşrafına karşı çıkacak gücü bulamadı.* (Keyder, s. 19-20).

[64] Osmanlı Devleti'nin hüküm sürdüğü topraklarda Bizans öncesi ve Bizans dönemi toprak rejimi hakkında ayrıntılı bilgi ile 10. ve 11. Yüzyıllarda söz konusu toprak sisteminin feodal bir yapının başlangıcına doğru evrildiği yönünde görüş için bkz için bkz. Yerasimos, s. 25-85 özellikle 49 vd.

[65] Keyder, s. 20.

[66] Keyder de Osmanlı toprak mevzuatının dayandığı modeli izlerken 7. Yüzyıla kadar gitmekte ve bu dönemden kalan ünlü Toprak Kanunu'nu örnek göstermektedir. Keyder, s. 20, benzer bir şekilde Cin de Hitit Uygarlığı'nın benimsediği tımar sistemi ile Osmanlı tımar sistemi arasındaki benzerliğe dikkat çekmektedir. Cin, s. 63-64.

kul sisteminin kurulmasıdır."[67] Özellikle kul sisteminin kurulması Osmanlı klasik dönemindeki devlet kuruluş ve işleyişi açısından önemlidir.

Kul sistemi, I. Murat döneminde kurulmuş olup, kul sisteminin kökeninde devşirme usulü yer almaktadır. Buna göre savaşta esir düşenlerin beşte birinin Müslümanlaştırılarak yetenekli olanların devlet hizmetine alınması prensibi benimsenmiştir.[68] Fatih döneminde ise kul sistemi genişletilerek önemli devlet adamları ve özellikle veziri-azamların daha önce olduğu gibi soylu Türk-Müslüman ailelerinden seçilmesi esası terk edilmiş, bunların kulların arasından seçilmesi söz konusu olmuştur. Böylece kul statüsündeki görevliler, soylu Türk-Müslüman ailelerinden gelen devlet adamlarının yerine geçmişlerdir.[69]

Osmanlı Devleti'nin merkeziyetçi yapısının kurulmasında yönetici sınıfın dönüşmesi iki büyük etki yaratmıştır. Bunlardan birincisi, Anadolu'nun fethine katılmış ailelerin elindeki geleneksel iktidar kalıntılarının ortadan kaldırılması,[70] diğeri ise bir yandan padişahtan aldıkları yetkiyle iktidar ve zenginliğe sahip olurken diğer taraftan da tam bir hukuki güvensizlik içinde bulunan bir yönetici sınıfın oluşmasıdır.[71] Bu sayede yönetici sınıfın tüm varlıklarını ve hayatlarını Osmanlı iktidarına borçlu olduğu bir sistem kurulmuş, Fatih'in muhtemelen tedbir alınmadığı takdirde soylu Türk-Müslüman ailelerinin iktidara ortak olacağını öngörmesiyle yepyeni bir düzenin temelleri atılmıştır.[72] Söz konusu düzen ekonomik faaliyetin büyük ölçüde tarım olduğu bir toplumda toprak mülkiyetinin devlette toplanmasıyla güçlü bir merkezi otoriteye dayanan ve yerel iktidar odaklarının bulunmadığı bir devlet kuruluş ve işleyişine işaret etmektedir.[73]

Sonuç itibarıyla bu dönemde Osmanlı toplumsal tabakalaşma sisteminin temel karakteristiği, bir merkez-çevre ayrışması olarak tezahür etmektedir. Ancak bu tabakalaşma, Batı Avrupa'daki gibi soylular, kral ve daha sonra şehirleri doldurarak burjuva sınıfını oluşturacak serfler arasındaki tabakalaşmaya benzememekte, katı bir

---

67 S. Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması", C. 12, S. 1-2, Ankara, 2008, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 395.

68 Devşirme sistemi ve temelleri hakkında bkz. Akyılmaz, s. 395-396, ayrıca Yerasimos, s. 295-297.

69 Akyılmaz, 2000, s. 22, Fatih döneminde gerçekleşen bu dönüşümün en somut örneği elbette Çandarlı Halil Paşa'nın idam edilerek, malvarlığının müsadere edilmesi, ancak doğan tepkiler üzerine padişahın Halil Paşa'nın ailesine anılanın mallarını geri vermek zorunda kalmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akyılmaz, 2008, s. 396, 402-403.

70 Keyder, s. 23.

71 Akyılmaz, 2000, s. 22.

72 Akyılmaz, 2008, s. 403.

73 Bu yönde bkz. Keyder, s. 23.

bürokrasi ile bu bürokrasinin temsil ettiği merkeziyetçi eğilimler tarafından konumlandırılan kırsal cemaat arasında cereyan etmektedir.

II. OSMANLI TOPLUMUNDA ANAYASAL GELİŞMELERE ETKİ EDEN SOSYAL DEĞİŞİMİN TAHLİLİ

Kemal Karpat'ın ifadeleriyle; "...1908 devriminde kasaba eşrafının oynadığı rol, 1908-1918 arasında siyasal partilerin adeta mantar gibi bitmesi, İttihat ve Terakki'ninin mahalli eşrafın inisiyatifi sayesinde taşradaki örgütlerini hızla kurabilmesi ve son olarak Mustafa Kemal'in cemaat liderlerinden faydalanarak 1919-1922 arasındaki kurtuluş savaşında kitleleri seferber edebilmesi, orta tabakaya mensup gruplar arasında yeni bir liderliğin ortaya çıktığına işaret etmektedir. Bütün bunlar Batı'nın ekonomik müdahalesinin Osmanlı taşrasında sadece ekonomik faaliyet biçimlerini değil Müslümanlar arasındaki sosyal tabakalaşma kalıplarını da muazzam ölçüde değiştirmiş olduğuna işaret etmektedir."[74] Bu doğrultuda Osmanlı toplumundaki söz konusu sosyal değişimin sebepleri ile birlikte incelenmesi zorunluluğu doğmaktadır.

Daha önce belirtildiği gibi Lipset ve Rokkan'ın Batı Avrupa'da sosyal bölünmeleri açıklamaya giriştikleri çalışmanın başarısı, yazarların sosyal bölünmeleri tek eksenli değil çok eksenli karşıtlıklar olarak kurgulamalarında yatmaktadır. Osmanlı toplumunda temel toplumsal tabakalaşmanın bir merkez-çevre ayrılığı olarak yöneten-yönetilen sınıf şeklinde belirlenmesi demek, Osmanlı Devleti'ndeki sosyal değişimin bu ayrıma indirgenmesi anlamına gelmemelidir. Bu ayrım, Osmanlı toplumunda yaşanan dönüşümü konjonktürel bir süreç doğrultusunda anlamlandırmanın ancak başlangıcını oluşturmaktadır.

Gönenç'e göre literatürdeki eski çalışmalar çoğunlukla tekli bir gerilim/çatışma ekseni çerçevesinde ortaya çıkan karşıtlıklara vurgu yapmaktadır. Bu sebeple söz konusu çalışmalar, merkez ile çevre arasındaki karmaşık ilişkiler ağı, çoklu gerilim eksenleri ve çoklu çatışma ortamlarını açıklamakta yetersiz kalmaktadır[75].

Osmanlı Devleti'nin 18. ve 19. yüzyıllarda sosyal yapısında geçirdiği değişim ve dönüşümü doğru bir biçimde tespit etmek Osmanlı Devleti'nde belirlenen ilk ayrım olan devlet-reaya ayrımına sadık kalınarak çoklu çatışma eksenlerinin tespiti ile mümkündür. Gönenç'e göre; "*Osmanlı İmparatorluğu'nda biri dikey (merkezdeki seçkinlerle çevredeki kitle arasında) ve biri yatay (merkezdeki seçkinlerin kendi aralarında) iki temel gerilim ekseninin olduğu söylenebilir. Bu gerilim eksenlerinden ilki Osmanlı toplumunun kadim bölünme çizgisine tekabül eder; bu bölünme modernleşme süreciyle şiddetlenmiştir. İkincisi ise, bizatihi modernleşme sürecinin bir*

[74] Kemal H Karpat,; Osmanlı'dan Günümüze Asker ve Siyaset, Timaş Yayınları, İstanbul, 2010, s. 56-57.

[75] Gönenç, s. 131.

ürünüdür. Bu iki gerilim ekseni, merkez-çevre ilişkileri bağlamında Osmanlı'dan Cumhuriyete intikal eden mirastır."[76]

Gönenç'in tasnifi, Osmanlı Devleti'ndeki çatışma eksenleri konusunda kullanışlı bir başlangıç zemini sunmaktadır. Buna karşılık yazarın ifade ettiği çatışma eksenlerinin yanına yönetilenler sınıfının kendi içindeki gerilimin de eklemlenmesi gerekmektedir. Keyder'in tespit ettiği gibi bu gerilimin temel sebebi, Osmanlı Devleti'nin kapitalizmle bütünleşme sürecidir.[77] Bu süreçte Osmanlı topraklarında geleneksel sınai üretimi yok olmuştur.[78] Böylelikle ticaretle uğraşan sınıf, Anadolu'nun küçük şehirlerindeki Müslüman zanaatkarlardan gittikçe liman şehirlerinde kapitalist esaslara göre ticaret yapan gayrimüslim bir tüccar topluluğuna dönüşmüştür. Bunun da en temel sonucu, orta sınıfın hem Müslüman hem de gayrimüslim kesimlerinin iktisadi sisteme eklemlenme biçiminin, dolayısıyla siyasal sistem ile etkileşime girme şeklinin farklılaşmasıdır.[79]

Belirtilen sebepler, Osmanlı Devleti'nin klasik döneminden 18. ve 19. yüzyıllara intikal eden üç olgunun toplumsal tabakalaşmayı belirleyici bir özellik gösterdiğine işaret etmektedir. Bunlar (1) Osmanlı toprak düzeninin bozulması, (2) bunun sonucunda ayanlık düzeni devrinin başlaması, (3)dünya sistemine eklemlenme süreci ile birlikte bir gayrimüslim orta sınıfın ortaya çıkışı ve bunun Osmanlı toplumunda yarattığı gerilimdir. Bu olgular, Osmanlı Devleti'nde gerek yönetici sınıfın gerekse de reayanın dönüşümünde önemli bir yer tutmaktadır. Bu sebeple çoklu gerilim eksenlerinin söz konusu olgular çerçevesinde ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

A. OSMANLI TOPRAK DÜZENİNİN BOZULMASI

Miri toprak düzeni, 16. yüzyılın ikinci yarısından itibaren sonra bozulmaya başlamıştır.[80] Bunun temel sebebi toprak rejiminin 15. yüzyılın ortalarından itibaren sağlam bir şekilde yerleşmesi ve bunun nüfusta meydana getirdiği artış neticesinde tahıl fiyatlarının artmaya başlamasıdır. Böylece devlet memurları tarafından toplanan vergilerde düşüş görülmüş, mali baskının artmasıyla bunlar işlev göremez hale gelmişlerdir.[81] Tımar sahiplerinin devlete karşı olan görevlerini yerine

---

[76] Gönenç, s. 135.

[77] Osmanlı Devleti'nin kapitalizmle bütünleşme ve bu yolla dönüşme süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keyder, s. 37-65, benzer bir yaklaşım için bkz. Yerasimos, s. 357 vd.

[78] Özellikle Balta Limanı Antlaşması ile birlikte geleneksel Osmanlı sınai üretiminin çöküşü hakkında bkz. Doğan Avcıoğlu, Türkiye'nin Düzeni, Bilgi Yayınevi, 1968, s. 102 vd.

[79] Bu yönde bkz. Keyder, s. 45-46.

[80] Cin, 1978, s. 433.

[81] Keyder, s. 23.

getirmeleri zorlaşmıştır. Kendisinden beklenen mali yükümlülükleri yerine getiremeyen tımar sahipleri reayaya baskı yapmak suretiyle bunları iktisadi olarak sömürmeye başlamıştır.[82] Tanör'e göre; *"16. yüzyılda özellikle Anadolu reayası (köylü, çiftçi), para darlığının ve üretim düşüklüğünün neden olduğu bir sefalet içindeydi... Merkez ya da taşra yöneticileri tarafından konan usulsüz ve keyfi vergiler, angaryalar, ehl-i örf denen yürütme hizmetlileri ya da devlet görevlilerinin (beylerbeyi, sancakbeyleri, subaşılar, kethüdalar, kapuağaları), zaman zaman halka arka çıkmalarına karşın ehl-i şer denen adalet görevlilerinin soygunları ve suiistimalleri halkı eziyordu."*[83]

Tüm bunlar Osmanlı Devleti'nde 16. yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan ekonomik buhranın öncelikle toprak düzenini sarsarak gerek yönetici sınıfı gerekse de reayayı olumsuz etkilediğini göstermektedir. Toprak rejiminin bozulmasının biri reaya, diğeri de yönetici sınıf üzerinde olmak üzere iki veçheli bir etkisi vardır.[84] Akdağ'ın ifadesiyle; *"...(kitle halinde tımar erbabının), aylıklarını, "dirlik=hizmet ücreti" demek olan yıllık ödentileri tutarının karşılığında, bir kısım vergileri kendi elleriyle kendileri için toplamaları biçimindeki ödeme,... sosyal-ekonomik sınıfların devlet ortaklığında eşit olmaları gereken ödevleri yönünden, çiftçiyi yükün başlıca ağırlığına koşulmuş mağdur bir zümre durumuna düşürmüştür."*[85]

Osmanlı toprak rejiminin en güçlü yönü, esasında sistemin en zayıf yanını da oluşturmaktadır. Osmanlı Devleti'nin kuruluş ve genişleme dönemlerinde gelir bakımından müreffeh sayılabilecek bir durumda olan sipahiler ve toprak rejiminin getirdiği gelirden faydalanan diğer kişiler, iktisadi darlığın görülmeye başlandığı 16. yüzyıldan itibaren sosyal yapıda birtakım huzursuzluklar meydana getirmeye ve reayanın üstüne kaldıramayacağı yükler bindirmeye başlamışlardır. Bunun sonucu suhte ayaklanmaları ve Celali isyanları şeklinde tezahür etmiştir.[86] Suhte ayaklanmaları, özelikle II. Selim Dönemi'nin sonlarında Anadolu'nun tamamını kapsar bir biçimde genişlemiş ve ağır bir toplumsal bunalıma dönüşmüştür.[87] Bu ayaklanmanın bastırılmasının ardından bu sefer de Celali isyanları patlak vermiştir. Suhte ayaklanmalarına kıyasla çok daha toplumsal nitelikli olan Celali İsyanları, Anadolu'da korkunç bir huzursuzluğa sebep olmuş, 17. yüzyıl başlarında Anadolu halkı açlık ve yoksulluk

82 Cin, 1978, s. 545

83 Tanör, s. 26.

84 Bu etkiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yerasimos, s. 414-448.

85 Akdağ, 1995, s. 311.

86 Özellikle suhte ayaklanmalarının sebeplerinin toprak rejimindeki bozulma ile birlikte devlet memurlarının yarattığı iktisadi rahatsızlıktan kaynaklandığı yönünde bkz. Mustafa Akdağ, "Medreseli İsyanları", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 1, S. 4, 1949, s. 369-370, ayrıca bu ayaklanmalar hakkında ayrıntılı bilgi için 426-442.

87 Akdağ, 1949, s. 387.

pençesinde bir topluluk haline gelmiştir. Köylüler, verimli toprakları böylece terk etmişler, Anadolu'daki pek çok yerleşim yeri boşalmıştır. Tarihçiler bu döneme "*Büyük Kaçgun*" adını vermişlerdir.[88]

Osmanlı toprak düzeninin bozulmasının yönetici sınıf üzerindeki etkisi 19. yüzyıla kadar sirayet etmiş bir değişimi beraberinde getirmiştir. Bu da toprak düzeninin bozulması neticesinde gerileyen tımarlı sipahilerin yerine ordunun belkemiğini tedrici bir biçimde merkezdeki kapıkullarının, özellikle de yeniçeri sınıfının oluşturmaya başlaması[89] ve bozulan toplumsal düzenin yeniden tesisi amacına matuf olarak faal bir hale gelen ve güçlenen ilmiye sınıfının iktidara ağırlığını koymasıdır.[90]

Temelinde tımar sistemi olan toprak rejiminin ürünü olan eyalet askerleri, çoğunlukla Osmanlı ordusunun sayıca kalabalık kısmını oluşturmaktadır.[91] Ancak bu askerler, savaş zamanlarında farklı eyaletlerden çok sayıda askerin bir araya gelerek oluşturduğu düzensiz bir ordu görünümü arzettiği gibi, bunların her yıl daha uzağa kayan askeri harekat alanları karşısında bir araya gelmeleri daha da zorlaşmaktadır.[92] Toprak düzeninin de bozulması ile birlikte daha büyük mali yükümlülükler altına giren tımarlı sipahiler, özellikle seferlerin de başarısız olmasıyla birlikte çöküntüye uğramıştır.[93] Bu da artık Avrupa'nın büyük oluşumları ile karşı karşıya gelmeye başlayan Osmanlı Devleti'nin özellikle seyfiye sınıfında zorunlu bir dönüşümü beraberinde getirmiştir. Söz konusu dönüşüm, ordudaki ağırlığın eyalet askerlerinden nitelik bakımından geliştirilmiş ve ateşli silahlarla donatılmış kapıkulları ordusuna, özellikle yeniçeri ocağına ağırlık verilmesidir. Yeniçeriler ilerlemenin ve etkinliğin uç noktasındayken sipahilerin eskiye dönük oluşu, Osmanlı yönetici sınıfında seyfiyenin ön plana çıkması sonucunu doğurmuştur.[94]

Kapıkullarının sayısının çoğalması ve nitelik olarak bunların güçlendirilmesi, toprak düzeni açısından daha da olumsuz sonuçlar doğurmuştur. Çünkü merkezden maaş alan bu topluluğun genişletilmesi ve geliştirilmesi demek mali kaynaklara olan ihtiyacın artması demektir. Mali kaynaklarının çoğunluğunu tımar sistemi vasıtasıyla elde eden devlet ise mali kaynağa daha çok ihtiyaç duydukça sipahi gruplarına

---

88 Yerasimos, s. 441, Akdağ, 1995, s. 316 vd, özellikle 318.

89 Osmanlı toprak düzeninin bozulması neticesinde tımarlı sipahilerin gerilemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yerasimos, s. 411-416.

90 Bu yönde bkz. Akdağ, 1995, s. 321-322.

91 Akyılmaz, 2004, s. 223.

92 Yerasimos, s. 414.

93 *"... sefersiz geçen yıllarda hareketsiz beklemek zorunda olan levendler, tımarlı sipahiler, kapıkulları, hatta beylerbeyleriyle sancakbeylerinin "kapıları halkı", çevrelerinde büyük olaylar çıkarmakta idi."* Akdağ, 1995, s. 318.

94 Yerasimos, bu dönüşümü sayısal örneklerle de desteklemektedir. Buna göre 1526-1563 yılları arasında maaşlı ordunun mevcudu 41.479 kişi iken 1609 yılında 91.203 kişiye çıkmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yerasimos, s. 414-416.

yüklenmiş, bunları daha ağır mali yükümlülükler altına sokmuştur. Bunun tımarlı sipahiler açısından sonucu ise devlet mülkiyetindeki miri arazilerde tarım yapmakta olan köylüden daha fazla vergi toplanmasına yönelik çabaların bir sömürü düzenine dönüşmesi demektir. Yerasimos'un ifadeleriyle "*... gerçekte sipahiler sistemde ikili bir rol oynamaktaydılar. Mahalli yöneticilik ve savaşçılık. İkincisinin battal olması, sistemin sürmesi için gerekli olan ilkini de yok olmağa götürür. Böylece de, toprak ve toprağa bağlı reaya en güçlü olan sipahi için tatlı bir av haline gelir.*"[95] İşte Osmanlı toplumunda 16. yüzyılın sonlarından başlayarak vuku bulan toplumsal çalkantıların temel sebebi budur. Bu toplumsal çalkantılar Osmanlı toprak düzeninin bozulmasının yönetici sınıf ve reaya üzerindeki etkilerinden, ulemanın yükselişi ve özellikle reayanın dönüşümü konusunda belirleyici bir niteliktedir.

Osmanlı toplumsal hayatında büyük değişikliklerin gerçekleştiği 16. yüzyılda toprak düzeninin bozulması neticesinde köylerin boşalması ve reayanın büyük ölçüde isyan etmesi aşağıda görüleceği gibi büyük bir sosyal yozlaşmaya sebep olmuştur. Osmanlı Devleti, bu yozlaşmanın sebebi olarak da İslami kurumların gerilemesi ve reayanın İslami esaslara göre belirlenen kurallara, yani şeriata uygun davranmamasını görmüştür.[96] Özellikle Osmanlı hukukunda Hanefi mezhebinin öne çıktığı 16. yüzyılda belirtilen sebeple ulema sınıfı yükselerek iktidarı önemli ölçüde etkilemeye başlamış,[97] bu da Osmanlı siyasal hayatında ilmiye sınıfı ile kalemiye ve seyfiye sınıfları arasında ilerleyen dönemlerde oldukça belirleyici olan ayrışmayı beraberinde getirmiştir.[98]

Toprak mülkiyetindeki bu değişim, tımar topraklarının gittikçe nüfuzlu kişiler elinde toplanan çiftliklere dönüşmesine sebep olmuştur. Yani devlet, ihtiyaç duyduğu mali kaynakları iltizam yoluyla toplamak zorunda kalmıştır.[99] Toplumsal bunalım, hayatından emin olamayan köylü reaya tabakalarının topraklarını bırakması ve tımar sahiplerinin gasp yolu ile devlet arazilerini ele geçirmesi ile sonuçlanmıştır. Bu da Osmanlı da toprak mülkiyetinin miri araziden gittikçe özel mülkiyete dönüşmesine yol açmıştır.[100] Takip eden süreçte ise Osmanlı toplumunda yepyeni bir toplumsal tabaka ortaya çıkmıştır. Bu da ayan denen ve Osmanlı siyasal hayatında reaya bakımından büyük bir dönüşüm ateşinin ilk kıvılcımını çakan toplumsal tabakadır.

---

95 Yerasimos, s. 416.

96 Akdağ, 1995, s. 322.

97 Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Yerasimos, s. 457-462.

98 Yerasimos, s. 460.

99 Yerasimos, 1977, s. 418, Keyder, s. 24-25.

100 Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cin, 1987, s. 276-277.

B. AYANLIK DÜZENİ DEVRİ İLE OSMANLI SİYASİ VE SOSYAL YAPISININ DÖNÜŞÜMÜ

Karpat'ın ifadeleriyle; "*... yeni değişim güçlerinin sürece eklendiği on altıncı yüzyıldan başlayarak tüccar ve zanaatkarlardan ve gıda üreticilerinden (köylü ve işçiler) oluşan... tabakalar kendilerini geleneksel sosyal düzenin ve öngörülebilir dönüşüm çevriminin dışına çıkardılar. Sonunda bu yapısal değişim... seyfiye ve kalemiye sınıfının sosyo-ekonomik temellerini zayıflattı ve kadim siyasal-kültürel fonksiyonlarını yeniden şekillendirdi. İşte bu sosyal ortam içinde yeni bir cemaat liderleri grubu ortaya çıktı. Pek de üzerinde çalışılmamış bu grubun tarihi, Osmanlı İmparatorluğu'nun on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıldaki değişimini hülasa eder. Orta sınıfın Müslüman kesimlerini tanımlamak için bu grubu ayan olarak adlandırmaktayız.*"[101]

Ayanların ortaya çıkışı ve güçlenmesi süreci, henüz 16. yüzyılda ve Akdeniz ticaret yollarının gerilemesi ve toprak düzeninin bozulmasıyla başlamıştır.[102] Akdeniz ticaret yollarının gerilemesiyle, özellikle şehirlerde ticaret yapan mahalli unsurlar, iktisadi açıdan sıkıntıya düşmeleri ile birlikte o güne kadar büyük bir dikkatle dışında tutuldukları toprak rejiminin bir bileşeni haline gelmişlerdir. Özellikle şehirlerde kadılarla işbirliği yapan söz konusu toplumsal kesimler, milis güçleri oluşturmaya başlamış ve bu suretle kendilerini gösterme imkanı bulmuşlardır.[103] Toprak düzeninin de gerilemesi ve bozulması ile mahalli eşraf olarak bilinen bu unsurlar, Osmanlı şehirlerinde müreffeh kimseler olarak mahalli iktidar odakları şeklinde belirmeye başlamışlardır.[104]

Toprak düzeninin bozulması neticesinde devlet mülkiyetindeki topraklar öncelikle özel kişilere devlete ait bir gelirin yıllık, peşin para karşılığında kiralanmasını ifade eden mukataa uygulaması ile tevdi edilmeye başlanmıştır[105]. Bu noktada mahalli eşraf, maddi açıdan bir güç olarak ortaya çıkmış ve toprakların kiralarını ödeyerek bunları işletme hakkını elde etmiştir[106]. 1702 yılında ise devlet mukataalarının, mültezimlere miras yoluyla çocuklarına intikal etmek üzere malikane olarak verilmesi kararlaştırılmıştır. Bu gelişmenin ardından 1726 yılında çıkarılan bir fermanla Enderunlu vali tayininden vazgeçilmiş, devlet, her

---

101 Karpat, , s. 18.

102 Bu yönde bkz. Yerasimos, s. 475-476.

103 Yerasimos, s. 476-477.

104 Bunlar daha sonra ayan olacak kişilerin nüvesini teşkil etmektedir. Bu yönde bkz. Yerasimos, s. 479-481.

105 Mustafa Akdağ, "Osmanlı Tarihinde Ayanlık Düzeni Devri (1730-1839)", Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, C. 8, S. 14, 1963, s. 51.

106 Yerasimos, s. 479.

sancak veya vilayetin başına yerel nüfuzu kuvvetli kimseleri getirmek suretiyle yeni bir uygulamaya gitmiştir.[107]

Ayan sınıfının sosyal varlığının Osmanlı Devleti tarafından çaresizce kabul edilmesinin[108] ardından bunlara birtakım resmi görevler verilmesi söz konusu olmuştur. Bunlar; idari görev, vergi toplama görevi ve savaş görevidir.[109]

Bunlardan birincisi olan idari görev, mahalli iktidar odağı olan ayanların taşradaki idari örgütlenmenin başına geçmesi ve bunların mülki amiri olması biçiminde tezahür etmiştir. Bunun en temel sonucu ise ayanların nüfuzu ele geçirdikleri yerleşim yerlerinde merkezi iktidarın talimatlarından uzak bir yönetim kurmaya başlamalarıdır. Bu doğrultuda ayanlar, özellikle 18. yüzyılda Osmanlı şehirlerinde güçlenerek yerel iktidarı yönetici sınıf mensuplarının ellerinden almışlardır.[110] Dolayısıyla taşrada iktidarın el değiştirmeye başlaması Osmanlı Devleti'nin merkeziyetçi yapısına darbe vurulması anlamına gelmiştir.[111]

İkinci görev ayanın vergi toplama görevidir. Osmanlı Kanunnameleri uyarınca tekalif- şeriyye ve rüsum-ı örfiye türünden teşekkül eden vergilerin toplanması görevi de eski düzende taşradaki yöneticilere aittir. A yanlar, bu yöneticilerin yerine geçmeye başladıkça vergileri kendileri toplar hale gelmişlerdir. Verginin toplanması ise ayanların merkezin istediği miktarı, keyfi bir biçimde köylere ve hanelere bölüştürmesi ve çoğu zaman buradan kendine de belli bir payı ayırması biçiminde gerçekleşmektedir.[112] Elbette bu durumun doğal bir sonucu da yoksul kesimlerle ayanlar arasında şiddetli çatışmaların ortaya çıkması ve toplumda zaten bozulmuş olan adil düzenin yıkılmasıdır. Bu durum, ciddi toplumsal huzursuzluklara sebep olmuştur. Hatta zaman zaman adalet dağıtmakla görevli kişiler, halk tarafından linç edilerek öldürülmüşlerdir.[113]

Ayanlara verilen bir diğer görev ise etraflarında topladıkları "levend"ler ile Osmanlı ordusunda savaşa katılma görevidir. Söz konusu görevin ayanlara tevdi edilmesinin temel sebebi merkezi idarenin asker toplamada tıpkı vergi toplamadaki gibi zaafiyete düşmüş olması ve bu

---

107 Akdağ, 1963, s. 51.

108 "*Ayanın nüfuzuna gittikçe daha fazla boyun eğen merkezi hükümet, taşradaki örgütlenmeyi tanımak zorunda kaldı.*" Keyder, s. 25, aynı yönde Yerasimos, s. 481.

109 Akdağ, 1963, s. 58-60.

110 "*18. Yüzyıl'ın ikinci yarısında, taşra merkezlerinde ayan meclisleri Batı Avrupa'dakine benzer bir şehir aristokrasisi işlevini görmeye başladı.*" Keyder, s. 25.

111 Bu yönde bkz. Yerasimos, s. 481.

112 Akdağ, 1963, s. 59-60.

113 1714 yılında eski kazaskerlerden Abdurahim Zade Yahya Efendi'nin Ankara kadılığı yaptığı sırada, halkın kadının evini basarak kendisini parçalaması örneği için bkz. Akdağ, 1963, s. 60.

konuda ayanların gücü ve nüfuzundan yararlanmak istemesidir.[114] Ayanlara tevdi edilen son görev olan savaşa katılma görevi, esas olarak bunların idari görevleri ve vergi toplama görevinin zorunlu bir sonucudur.

Ayanların bahsedilen görevleri bunların idari ve mali işlevlerinin yanında sosyal ve siyasi işlevini de açıkça ortaya koymaktadır. Bahsedilen tüm bu gelişmeler, ayanlık kurumunun eyaletlerden nahiyelere kadar bir idari örgüt olarak gelişmesine, dolayısıyla Osmanlı siyasi ve sosyal yapısında büyük değişikliklere yol açmıştır.[115] Bunların en önemlisi Osmanlı Devleti'nde 16. yüzyılda karşı konulamaz bir biçimde güçlenen kapıkulu-ulema ikilisinin yanında ayanların da iktidara ortak olmalarıdır.[116] Dolayısıyla Osmanlı tarihinde yönetici sınıf ve reaya arasındaki ilişkinin mahiyeti artık geriye dönülemez bir biçimde farklılaşmış ve bu durum Osmanlı-Türk tarihinde çevre unsurlarının ilk defa merkeze ve siyasi iktidara yönelik bir harekete girişmelerini beraberinde getirmiştir.[117] Ayanların 19. yüzyılın başlarında içlerinden Alemdar Mustafa Paşa gibi II. Mahmut'u tahta çıkararak sadrazamlığa uzanacak kadar güçlenmiş birini çıkarabilmesi bu durumun açık bir göstergesidir.[118] Ayanlık düzeni devrinin Osmanlı tarihinde tuttuğu yer ve sahip olduğu önem, çevre unsurlarının, yani belli bir kesim de olsa reaya unsurlarının; merkezden, yani iktidarı elinde bulunduranlardan ilk defa iktidarın paylaşılması yönünde kitlesel bir talepte bulunmuş olmalarında yatmaktadır. Bahsedilen husus, Osmanlı'da çevrenin merkeze ne şekilde eklemlendiği ile alakalı olup Türk siyasal/anayasal tarihine de ışık tutacak niteliktedir. Ancak bundan önce Osmanlı Devleti'nde siyasi ve sosyal yapının dönüşümünde hayli etkili olan Osmanlı Devleti'nin dünya sistemine eklemlenmesine ve gayrimüslim bir tüccar sınıfının ortaya çıkışına göz atılmalıdır.

C. OSMANLI DEVLETİ'NİN DÜNYA SİSTEMİNE EKLEMLENMESİ VE GAYRİMÜSLİM ORTA SINIF

Osmanlı Devleti'nde ayanlar, mahalli iktidar odakları oluşturduktan sonra ayanların gayrimüslim olanları, özellikle Balkanlarda milliyetçi hareketlere itici güç teşkil ederek buralardaki

114 Bu yönde bkz. Yerasimos, s. 481-482.

115 Bu yönde bkz. Karpat, s. 18-19, Akdağ, 1963, s. 51.

116 Osmanlı Devleti'nin şakilerle mücadele ettiği kadar ve hatta ondan daha çok bunlarla anlaşma yoluna gittiği ve bunların merkezi güç odakları olarak Osmanlı Devleti ile kurdukları sözleşmesel ilişkinin ayrıntılı bir tahlili için bkz. Karen Barkey, Eşkıyalar ve Devlet: Osmanlı Tarzı Devlet Merkezileşmesi, Çev: Zeynep Altıok, Kronik Yayınları, İstanbul, 2022.

117 Bu yönde bkz. Akdağ, 1963, s. 61.

118 Yerasimos, s. 485.

bağımsız devlet kurma eğilimlerini güçlendirmiştir.[119] Söz konusu eğilimlerin gayrimüslim bir şehirli tüccar sınıfı tarafından geliştirilmesi ise Osmanlı Devleti'nin 19. yüzyılına damgasını vurmuş ve bu yüzyılda sosyal yapının değişimini belirleyici bir özellik göstermiştir.

Osmanlı Devleti'nde mal ve para ticareti İmparatorluğun gayrimüslim tebaasına ait işlerdir.[120] Bunun yanında Osmanlı Devleti, 18. yüzyıla gelip Avrupa'nın güçlü devletleri ve bunların yayılmacılığı ile karşı karşıya kalana kadar kendi kültür ve uygarlığının en üstün düzeyde olduğuna inanmaktadır.[121] Bu sebeple Osmanlı Devleti, 16. yüzyıl başlarından itibaren birçok Avrupa devletine adli ve idari alanlarda ayrıcalık tanımıştır. Söz konusu ayrıcalıklar, bir yabancı devletin, ticaret yapan bir başka yabancı devlet tebaasını koruması şeklinde olabileceği gibi bir yabancı devletin Osmanlı vatandaşlarını da koruma altına alabilmesi şeklinde de olabilmektedir.[122]

Osmanlı Devleti'ndeki gayrimüslimlerin belli birtakım hukuki himaye ve imtiyazlardan yararlanmasını sağlayan koruma sistemi, 16. yüzyılda Avrupa devletlerinin İstanbul'daki elçiliklerinde çalışan tercüman ve diğer görevliler için öngörülmüştür.[123] Buna karşılık Osmanlı Devleti'nin zayıflaması ve Avrupa devletlerinin emperyalist bir politika izlemeye başlamaları ile birlikte bu ayrıcalıklar, pek çok Avrupa devleti tarafından yüzbinlerce kişiye satılmaya başlanmıştır. Söz konusu işlem, berat adı verilen koruma belgelerinin ve hatta kendi ülkelerinin pasaportlarının her yabancı devletin koruması altına aldığı Osmanlı uyruklarına satılması şeklinde gerçekleşmiştir. Osmanlı tarihinde gayrimüslimlerin hukuki durumlarında ortaya çıkan ve İmparatorluğun 19. yüzyılda geçirdiği dönüşüme büyük oranda etki eden bu soruna "Mahmi (Koruma) Sorunu" adı verilmektedir.[124]

Yabancı devletlerin hukuki himayesi altına giren gruplar, elçiliklerde çalışan görevliler ve 18. yüzyıldan itibaren kendisine koruma patenti verilen yabancı ülke vatandaşları ve gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarıdır.[125] Bozkurt'a göre bunların miras hakkına konu olabilmesi, yani söz konusu imtiyazların babadan oğla geçmesi, Osmanlı'da bir beratlı sınıfın doğumuna sebep vermiştir. Bu dönemde Avusturya'nın Osmanlı topraklarında yaklaşık 260.000 beratlısı varken,

---

119 Keyder, 28.

120 Keyder, s. 31.

121 Findley, 1996, s. 14.

122 Belkıs Konan, "Osmanlı Devleti'nde Protege (Koruma) Sistemi", C. 58, S. 1, 2009, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 171.

123 Konan, s. 171.

124 Mahmi sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülnihal Bozkurt, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Türk Tarih Kurumu Yayınları, VII. Dizi, Ankara, 1989, s. 139-152, ayrıca Keyder, s. 33.

125 Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Konan, 2009, s. 176-180.

İngiltere'nin himaye altına aldığı gayrimüslimlerin sayısı bir milyondan biraz azdır.[126]

Osmanlı Devleti'nde koruma altına giren tüccarların sayısındaki bu artış dahi tek başına gayrimüslim bir tüccar sınıfının ortaya çıktığını göstermektedir. Bu sınıfın Osmanlı Devleti'ndeki iktisadi faaliyetlerin tamamını belirleyecek hale gelerek ticareti ele geçirmesi, 1838 tarihinde imzalanan Balta Limanı Antlaşması'yla gerçekleşmiştir. Bu antlaşmayla Osmanlı Devleti, İngiltere karşısında tüm ticari tekelleri kaldırmış, böylece Osmanlı iktisadi yapısının çözülüşü ve işsizliğin koşulları hazırlanmıştır.[127] Osmanlı Devleti, dünya ticaret sistemine eklemlenirken çoğunlukla zanaate dayanan yerli sanayi yok olmuş, tüm ticaret gayrimüslimlerin ellerinde toplanarak Osmanlı Devleti'nin batılı anlamda burjuvazi sınıfı bunlardan teşekkül etmiştir. Ancak bu sınıf, Batı Avrupa'da olduğu gibi, içinde yaşadığı Osmanlı Devleti'ni demokrasiye sürükleyecek bir güç olmaktan çok, mensubu olduğu etnik-dini yapının Osmanlı Devleti'nden bağımsızlığını temin etmeye çalışmıştır.[128]

Osmanlı Devleti'nde 18. ve 19. yüzyıllarda gerçekleşen bu değişiklikler, sosyal yapıların ikiye bölünmesini beraberinde getirmiş olup, milli bağımsızlığın sosyal-ideolojik temellerini oluşturmuştur. Böylece 19. yüzyıla gelindiğinde bir yanda güçlü bir gayrimüslim orta sınıf, diğer yanda ise devleti kurtarmaya çalışan Osmanlı yönetici sınıfının karşı karşıya gelmesiyle yepyeni dinamikler ortaya çıkmıştır.

III. OSMANLI DEVLETİ'NDE SOSYAL DEĞİŞİMİN 19. YÜZYIL TÜRK ANAYASAL GELİŞMELERİNE ETKİLERİ

Osmanlı Devleti'nde modern dönemde gerçekleşen sosyal dönüşümler, temellerini toprak düzeninin bozulması ve ayanlık düzeni devrinin sosyal kodlarında bulmuş, Osmanlı ticaretinin gayrimüslimlerin eline geçmesiyle de yönetici sınıfın karşısına güçlü bir gayrimüslim orta sınıf çıkmıştır. Ancak belirtildiği gibi bu orta sınıf merkezcil değil, merkezkaç nitelikli bir orta sınıftır. Yani bu sınıf, Batı ülkelerindeki burjuva sınıfının gördüğü işlevi görmemiştir. Bu sınıfın amacı ait olduğu etnik ve dini yapıların Osmanlı Devleti'nden bağımsızlığı için çalışmak olmuştur.

Avrupa'da burjuva sınıfı parlamentolar vasıtasıyla monarkın ve soyluların mutlak iktidarına meydan okuyarak kendi ülkesinde demokratik bir yönetimin yolunu açmıştır. Osmanlı Devleti'nde ise Sultana meydan okuma işlevini gelişkin bir burjuva sınıfı görmemiştir. Bunun yerine Osmanlı Devleti'nde önce ayanların devletin otoritesine meydan okumasıyla, bilahare Müslüman kesimlerin bürokratik tabakaya

[126] Bozkurt, 1989, s. 140.

[127] Bu yönde bkz. Keyder, s. 43-45.

[128] Bu yönde bkz. Karpat, s. 26-28.

girerek bu tabakayı modernleştirmesiyle birlikte Osmanlı Devleti'nde anayasacılık hareketleri başlamıştır. Yani Osmanlı Devleti'nde sosyal değişim, her şeyden önce yönetici sınıfın Fatih'ten bu yana yaşadığı en keskin dönüşümü beraberinde getirmiştir. Böylece Osmanlı Devleti'nde anayasacılık hareketleri ve nihayet Cumhuriyete giden yol açılmıştır.

A. SENED-İ İTTİFAK VE BU BELGENİN TOPLUMSAL TEMELLERİNE BAKIŞ

Osmanlı Devleti'nde anayasacılık hareketleri ve anayasacılık hareketlerinin kaçınılmaz sonucu olan iktidarın sınırlandırılması ile özgürlük taleplerinin aşağıdan yukarı gerçekleşen bir devinimin değil, yukarıdan gelen ve kendisini empoze eden bir teşebbüsün sonucu olduğu ifade edilmektedir.[129] Genelde Türkiye'de siyasi reformların geniş toplumsal tabanlarının olmadığı ve çoğunlukla yukarıdan aşağıya gerçekleştirildiği için halkın ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak olduğu yönünde genel bir kanı oluşmuştur. Ancak toplumların hayatlarında belirleyici hareketlerin planlayıcıları, muayyen toplumsal zümrelerdir. Buna en güzel örnek ise hiç şüphesiz burjuvazi sınıfının Fransız Devrimi'ne rengini vermesine karşın, bu devrimin örgütsüz kitleler olan ve *Sans Culotte (baldırı çıplaklar)* olarak adlandırılan yığının hareketiyle gerçekleşmiş olmasıdır. Yani devrimci bir sosyal hareketin başarısı, esas olarak devrimi gerçekleştirmeye niyetlenen zümrenin kitleleri harekete geçirmekteki başarısına bağlıdır. Tanör'e göre "*... anayasanın padişahın bir yazısı ile yürürlüğe girmiş olması ya da anayasayı yapan gücün padişahın iradesinden ibaret bulunmasından yola çıkıp anayasanın kaynağında Batı Anayasalarındaki gibi bir ulusal hareket yoktur sonucuna da ulaşılmamalıdır."*[130] Osmanlı anayasacılık hareketleri bu doğrultuda incelenerek bunları var eden temel toplumsal dinamikler doğru bir biçimde tespit edilmelidir. Bu husus, Osmanlı Devleti'nde sınıfsal yapının dönüşümünü özetler ve günümüz siyasetini de belirleyicidir. Bu doğrultuda Osmanlı Devleti'nde 19. yüzyılda ele alınması gereken ilk belge Sened-i İttifak'tır.

Sened-i İttifak, Rusçuk Ayanı Alemdar Mustafa Paşa'nın girişimleriyle Padişah ile ayanlar arasında imzalanmıştır. Bu belge Osmanlı Devleti'nde iktidarın sınırlanmasına yönelik ortaya konan ilk anayasal belgedir.[131] Türk anayasa hukuku literatüründe Sened-i İttifak, kendisini oluşturan toplumsal olguların belirlenmesi çerçevesinde Türk

---

[129] Okandan, I. Meşrutiyet'in bu minvalde bir niteliğe sahip olduğunu ifade etmektedir. Recai Galip Okandan, Amme Hukukumuzun Anahatları: Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi; Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan Yıkılışına Kadar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1977, s. 197.

[130] Tanör, s. 126.

[131] Okandan, s. 57, Tanör, s. 41.

siyasal hayatı açısından üç şekilde yorumlanmaktadır.[132] Bunlardan birincisi, Sened-i İttifak'ın iktidarın sınırlandırılması amacını taşıyan bir belge olduğu gerekçesiyle belgeye olumlu yaklaşan *hukukçu* görüş,[133] ikincisi Sened-i İttifak'ın itici gücü olan ayanların çağdışı niteliğinden ötürü belgeyi olumsuzlayan *sosyolojik* görüş[134] ve nihayet üçüncüsü, Sened-i İttifak'ın iktidarın sınırlandırılması açısından olumlu olduğunu, ancak bu belgenin dayandığı toplumsal güçlerin gerici niteliğinin de varlığını kabul eden[135] karma nitelikli görüştür.

Sened-i İttifak hakkında yapılan değerlendirmelerde göze çarpan bir diğer özellik, bu belge ile İngiltere'de kral ile soylular arasında imzalanmış olan Magna Carta arasında kurulan paralelliktir. Hatta Okandan Sened-i İttifak ile Magna Carta arasında benzerlik kurarken, İngiltere'deki tekamül seyri takip edilseydi, Türkiye'de de geleneksel bir parlamenter sistemin kurulabileceğini ifade etmektedir.[136]

Sened-i İttifak ile Magna Carta'nın karşılaştırılması ve Sened-i İttifak'ın tarihsel anlamı hakkında önemli bir tespit, Cem Eroğul tarafından yapılmıştır. Buna göre; "*Sened-i İttifak, hükümdarın erkine sınır getiren bir girişim olarak, Osmanlı tarihinin ilk anayasal belgesi sayılabilir. Ne var ki, Batı'dakinin aksine, bu sınırlamadan yararlananlar burjuvazi ile halk değil, bunların baş düşmanı olan yoz bir derebeylikti."*[137] Eroğul'un söz konusu ifadesi esasında gerek Magna Carta'nın, gerekse de Sened-i İttifak'ın sosyal niteliğini ortaya koyar mahiyettedir. Magna Carta, monark ile soylular arasında imzalanan ve monarkın yetkilerini sınırlandıran bir belgedir. Bununla birlikte Sened-i İttifak'ın Türk siyasal hayatında gördüğü işlev ile Magna Carta'nın İngiliz siyasal hayatında gördüğü işlev birbirlerinden farklıdır. Yani bu iki anayasal belge kendilerini oluşturan toplumsal koşullar bakımından benzeşmekte, ancak siyasal hayat açısından doğurdukları sonuçlar düzeyinde birbirinden farklı özellikler göstermektedir.[138]

Magna Carta'da yer alan ilkeler, feodal düzenin hakimleri olan soylular için öngörülmüş ilkeler olup, bunlar feodal baronların kendileri

---

[132] Bu yorumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanör, s. 56 vd.

[133] Bu görüşün savunucuları arasında Sıddık Sami Onar, Hüseyin Naili Kubalı, Recai Galip Okandan, Yavuz Abadan, Bahri Savcı ve Orhan Aldıkaçtı yer almaktadır. (Tanör, s. 56-57). Ayrıca Okandan'ın görüşleri için bkz. Okandan, s. 57.

[134] Bu görüşün savunucuları arasında Doğan Avcıoğlu, Mümtaz Soysal ve Server Tanilli yer almaktadır. (Tanör, s. 57-58).

[135] Bu görüşün savunucuları arasında Halil İnalcık ve Niyazi Berkes yer almaktadır. (Tanör, s. 58-59).

[136] Okandan, s. 58.

[137] Cem Eroğul, Anatüzeye Giriş, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 201.

[138] Bu konuda yapılmış ayrıntılı bir çalışma için bkz. Sevtap Metin, Magna Carta ve Sened-İ İttifak'tan Bugüne, Oniki Levha Yayınları, 2018.

için metne koydurdukları gerici ilkelerden başka bir şey değildir.[139] Söz konusu ilkelerin önemi, bunların özellikle 18. yüzyılda İngiliz hukukçularının elinde halk için başvurdukları hukuki metinler haline gelmesidir. Dolayısıyla Magna Carta'ya ilerici niteliğini kazandıran belgenin imzalandığı dönemde mevcut sosyal tazyikler değil, metnin sonradan kazandığı anlamdır.[140] Sened-i İttifak'ın temel talihsizliği ise bu belgenin içerik açısından Magna Carta'nın yorumlanış biçimiyle yorumlanmasının mümkün olmamasıdır. Sened-i İttifak'ın tıpkı Magna Carta gibi yerel iktidar odakları ile merkezi iktidar arasında imzalanan bir anayasal belge olduğunu söylemek mümkün görünmektedir. Ancak Osmanlı toplumu bu belgeyi, İngiltere'de olduğu gibi hak ve özgürlükler lehine yorumlayıp iktidarın sınırlandırılması doğrultusunda kullanamamıştır. Zira feodal benzeri bir düzeni ifade eden ayanlık düzeni devri, modern reformlar neticesinde 19. yüzyıl ortasında tasfiye edilerek feodal etkinliklerini kısmen de olsa kaybetmiştir.[141]

Tüm bunlara karşın Sened-i İttifak'ın hukuki içerik olarak ileriye yönelik güçlü bir etkisinin olmaması,[142] Sened-i İttifak ile sonuçlanan toplumsal tazyiklere önem verilmesini engellememelidir. Ayanların başlattığı siyasi hareket, Osmanlı Devleti'nde merkez unsurları ile çevre unsurlarının ilk defa karşı karşıya geldikleri bir toplumsal bir devinimi ifade etmektedir.[143] Ayanların söz konusu siyasal hareketi Karpat'ın belirttiği ve yukarıda bürokratik reform olarak açıklanmaya çalışılan şekliyle kalemiye ve seyfiye sınıflarının sosyo kültürel temellerini zayıflatarak bunların işlevlerini yeniden şekillendirmiştir.[144] Bunun ardından da gerçek bir anayasanın kabul edilmesiyle sonuçlanacak olan Tanzimat dönemi gelmiş ve nihayet 1876 tarihinde Kanun-ı Esasi'nin kabul edilmesi söz konusu olmuştur.

B. OSMANLI YÖNETİCİ SINIFININ MODERNLEŞMESİ: BÜROKRATİK REFORM VE TANZİMAT FERMANININ ETKİSİ

Osmanlı Devleti'nde yönetici sınıf içerisinde değerlendirilen gruplar ve bunlardan özellikle kapıkulları ve ulema ikilisinin 16. yüzyıldan itibaren gittikçe yönetimde daha fazla ağırlığını hissettirdiğinden bahsedilmişti. Ancak 18. yüzyıla yaklaşılırken askeri ve

---

139 Bunlar hakkında geniş bilgi için bkz. Ersan İlal, "Magna Carta", C. 34, S. 1-4, İstanbul, 1968, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 238.

140 Bu yönde bkz. İlal, s. 238-239.

141 Keyder'e göre; "*Ayan, feodal aristokrat bir sınıfın oluşması doğrultusunda başarısız bir girişim olarak görülebilir.*" Keyder, s. 27.

142 Anayasa hukuku literatüründe Sened-i İttifak'a gereğinden fazla önem verildiği görüşü için bkz. Tanör, s. 61.

143 Tanör, s. 50.

144 Karpat, s. 18.

dini yapıda görülmeye başlanan düşüş, ulema ve/veya kapıkullarının, Osmanlı bürokratik reformunun başat grubu olmasını engellemiştir. Osmanlı Devleti'nde bürokratik reform, yönetici sınıfın tarihsel perspektif içerisinde daha sönük kalan bir diğer hizbinden gelmiş ve zamanla Osmanlı siyasal hayatında belirleyici bir rol oynamıştır. Bu grup da kalemiye sınıfıdır.[145]

Findley'e göre "19. yüzyıl Avrupasında kamu yönetiminin daha fazla "beyaz yakalı" olması bürokrasinin yeşermekte olan orta sınıf için gitgide daha cazip bir meslek haline gelmesine yol açtı. Kamu görevlilerinin artan gücü ve önemi ile bilim adamlarının artan ilgisi, bir ölçüde yönetimin "burjuvalaşması"nın bir sonucuydu[146]." Dolayısıyla bürokrasi, yalnızca Osmanlı Devleti için değil, tüm modern devletler için büyük önem arz etmekteydi.

Konunun Osmanlı Devleti yönünden önemi şudur ki özellikle 18. yüzyılda Avrupa devletleri karşısında aldıkları yenilgiler neticesinde, Osmanlı Devleti yönetici sınıfı, yalnızca eski kurumları yenileme ve yaşanan sıkıntıları gidermekle yetinmemiş, fakat bu kurumların Avrupa'daki benzerlerini, örnek alan yeni kurumların ve uygulamaların sisteme eklemlenmesini temin etmek zorunda kalmıştır. Bu yeni kurum ve uygulamalar, Osmanlı Devleti'nde geleneksel reform çabalarından modern reforma geçişi ve köklü bir değişimi beraberinde getirmiştir.[147]

Osmanlı Devleti'nde geleneksel bir biçimde eski kurum ve uygulamaları tekrar canlandırmaktansa yeni ve modern bir reform gerçekleştirme arzusunda olan ilk padişah III. Selim'dir. III. Selim'in söz konusu arzusu henüz şehzadelik döneminde onun dış dünya ile olan bağlantılarının saraydaki diğer şehzadelerinkine kıyasla daha farklı ve daha gelişmiş olmasıdır. Bu durum, III. Selim'in dünyayı anlamlandırma biçimini daha yenilikçi kılmaktadır.[148]

III. Selim, Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu durumun düzeltilmesi amacıyla yönetici sınıfa mensup kişilerden yaklaşık yirmi kişiyi çeşitli Avrupa ülkelerine göndererek bunlardan hazine, ordu, eğitim sistemi gibi konularda layihalar istemiştir.[149] Bunlardan özellikle Ebu Bekir Ratip Efendi'nin gönderdiği layiha önemli olup, bu layihada modern bir kamu yönetimi anlayışı ve örgütünün önemi vurgulanmaktadır.[150] Söz konusu layihaların toplanmasının ardından III. Selim birtakım reform faaliyetlerine girişmiş, ancak söz konusu

---

145 Bu yönde bkz. Akyılmaz, 2000, s. 47 vd.

146 Findley, 1996, s. 3.

147 Stanford Shaw, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Geleneksel Reformdan Modern Reforma Geçiş: Sultan III. Selim ve II. Mahmut Dönemleri", Çev: M. Faruk Çakır, Türkler, Cilt 12, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 1000-1001.

148 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Shaw, s. 1002-1003.

149 Shaw, s. 1004.

150 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tanör, s. 35; Shaw, s. 1004-1006.

faaliyetler, yönetici sınıftan özellikle kapıkullarının en önemlisi olan yeniçerilerin tepkisini çekmiş ve yeniçeriler ile III. Selim arasında gittikçe şiddetlenen çatışma, 1807'de yeniçerilerin III. Selim'i tahttan indirerek yerine IV. Mustafa'yı geçirmeleri ile sonuçlanmıştır.

Görüldüğü üzere Osmanlı Devleti'nin modern bir bürokratik yapıya kavuşmasına ilk tepki, yine dönüştürülmek istenen yönetici sınıftan gelmiş, bunu ise çok ilginç bir şekilde reaya sınıfında bulunan ayanların iktidara uzanma girişimleri izlemiştir. III. Selim'in tahttan indirilmesi üzerine Rusçuk Ayanı Alemdar Mustafa Paşa, başkente gelerek IV. Mustafa'yı tahttan indirmeye ve III. Selim'i tekrar tahta çıkarmaya çalışmış, ancak III. Selim'in katledilmesiyle II. Mahmut'u tahta çıkarmayı başarabilmiştir.[151] Tüm bunlar yönetici sınıfın seyfiye kanadıyla ayanlar arasındaki gerilimi ortaya koyar niteliktedir. Bu gerilimin ilk aylarında Rusçuk Ayanı Alemdar Mustafa Paşa öne çıkmış, Osmanlı Devleti'nin sadrazamı olarak oldukça güçlü bir konuma sahip olmuştur. Ancak Alemdar Mustafa Paşa'nın gücü, onu İstanbul'da uzun süre tutmaya yetmemiş ve yeniçerilerin yeni bir ayaklanmasıyla Alemdar Mustafa Paşa öldürülmüştür.[152] Böylece Osmanlı Devleti'ndeki bürokratik reform kesintiye uğrayarak Shaw'ın tabiriyle 1808-1826 arasında hayal kırıklığı ve hazırlık yılları başlamıştır.[153] Bu gelişmeler Osmanlı yönetici sınıfının iktidarı paylaşmak söz konusu olduğunda ne kadar korumacı bir reflekse sahip olduğunu göstermektedir. Bu olay, Osmanlı tarihinde yönetici sınıf ile reaya unsurlarının karşı karşıya geldiği ilk ve en önemli örneklerden biridir.

Osmanlı Devleti'nde bürokratik reformun asıl başlangıcını 1826 tarihinde Yeniçeri Ocağının kaldırılması oluşturmaktadır. Yeniçerilerin Yunanistan ve Sırbistan isyanlarını bastırmakta gösterdikleri başarısızlık ve bunların disiplinsizlikleri, ayrıca iktidardaki ağırlıkları, uzun zamandır buna hazırlanan II. Mahmut açısından Yeniçeri Ocağının ilgasına meşru bir gerekçe teşkil etmiştir.[154]

II. Mahmut, Yeniçeri Ocağı ve diğer ocaklarda kendine yakın kimseleri işbaşına getirdikten sonra, Ağustos 1824'te Benderli Selim Paşa'yı sadrazamlığa, Ekim 1825'te de Kadızade Tahir Efendi'yi Şeyhülislamlığa tayin etmeye muvaffak olmuştur. Her ikisinin yeniçeri isyanının bastırılmasında gösterdikleri başarı, yapılan bu tayinlerin ne kadar isabetli olduğunu göstermektedir.[155] 1808-1826 yılları arasında yakın olduğu ve güvendiği kişileri önemli görevlere getirerek,

---

151 Bu olaylar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Shaw, 1014-1015.

152 Shaw, s. 1017.

153 Shaw, s. 1018.

154 Tanör, s. 65-66, ayrıca Shaw, s. 1021.

155 Ahmet Yaramış, "Yeniçeri Ocağının Kaldırılması ve Yerine Asakir-i Mansure-i Muhammediye Ordusunun Kurulması", Türkler, C. 12, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 1168.

güvenmediği kimseleri sürgün etmek suretiyle İstanbul'dan uzaklaştıran II. Mahmut, koşulların hazır olduğuna kanaat getirerek nihayet 26 Mayıs 1826'da Eşkinci Ocağı adı altında bir askeri birliğin kurulması kararını almıştır. Söz konusu kararın alınmasının ardından 14 Haziran 1826 tarihinde Yeniçeriler isyan etmişlerdir. Yeniçerilerin isyanı üzerine II. Mahmut, Meşveret Meclisini toplamış ve burada özellikle ilmiye sınıfını arkasına alarak Osmanlı Devleti'nin siyasi hayatına yüzyıllar boyu yön veren Yeniçeri Ocağı'nı kaldırmaya muvaffak olabilmiştir.[156]

Yeniçeri Ocağı'nın kaldırılmasının ardından iktidarını oldukça güçlendiren II. Mahmut, yaptığı reformlarla Osmanlı bürokrasisinin kökten değişimini, dolayısıyla Osmanlı bürokrasisinin Türk siyasal hayatında yepyeni bir unsur olarak ortaya çıkmasını sağlamıştır. II. Mahmut'un saltanatının son yıllarında yönetici sınıfın faaliyet alanının genişlemesi ile birlikte daha modern bir hükümet yapısı oluşmuştur. II. Mahmut döneminin son yıllarında yasama metinleri Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye (Yüksek Adalet Kurulu) tarafından incelenmeye başlanmıştır. Aynı zamanda bu organ, alt düzey mahkemelerin yargı kararlarına karşı açılan temyiz davalarına bakan bir yüksek mahkeme olarak da görev yapmıştır.[157]

Yönetici sınıfın üstlendiği farklı işlevler, daha önceleri etkinliğini yitirmiş olmakla birlikte Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar hukuken varlığını sürdüren[158] Divan-ı Hümayun uzmanlarının ilgilenebileceğinden çok daha fazlasını yapacak uzman bir teşkilat ve idareyi gerektirmiş, dolayısıyla her bir işlev için farklı "Danışma Kurulları" oluşturulmuştur.[159] Bu kurullar daha sonra askeri, dışişleri, maliye, tarım ve ticaret, bayındırlık ve benzeri konularla ilgilenen ayrı bakanlıklara (Nezaret) dönüşerek bunlardan her birinin başındaki nazırlar, aralarından seçilen bir bakanın başkanlığında Meclis-i Vükela ismini alan Bakanlar Kurulu'nda bir araya gelmeye başlamışlardır.[160]

Giderek genişleyen hükümet dairelerine personel sağlamak için, geleneksel yönetici sınıf mensuplarından çok daha fazla eğitim görmüş bürokratlara ihtiyaç duyulmuş, bu amaçla, yeni nesle yabancı dillerle birlikte yeni kanunları uygulamaya geçirmek için bilmeleri gereken alanlarda eğitim verecek modern, dini olmayan okullar açılmıştır.[161] Bu dönemde ayrıca, Batılılaşma çabaları da Mekteb-i Tıbbiye ve Mekteb-i

---

156 Yeniçeri Ocağının kaldırılmasında medrese öğrencileri ve ilmiye sınıfının oynadığı rol hakkında bkz. Yaramış, s. 1170.

157 Shaw, 2002, s. 1028.

158 Divan-ı Hümayun'un etkinliğini yitirmesi konusunda bkz. Ahmet Mumcu, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, İkinci Baskı, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1986, s. 29-30.

159 Bu yönde bkz. Shaw, s. 1028, ayrıca Osmanlı Hariciye Nezareti'nin kuruluşu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyılmaz, 2000, s. 166 vd.

160 Bu yönde bkz. Shaw, s. 1028.

161 Shaw, s. 1029.

Harbiye'nin açılmasıyla birlikte hız kazanmıştır. Posta sistemi oluşturulmuş, polis kuvvetleri örgütlenmiş, böylece padişaha mutlak şekilde bağlı kul bürokrasisi, yerini padişah karşısındaki konumu, bir ölçüde de olsa güvenceye kavuşmuş olan merkezi bürokrasiye bırakmıştır.[162] Dolayısıyla Osmanlı memurları, geçimlerini, geleneksel Osmanlı bürokratlarının yarı-özerk güç merkezlerine dönüşmesini sağlayan yarı-özerk tımarlar yerine doğrudan devlet hazinesinden aldıkları maaşlarla sağlamaya başlamışlar, bu da Osmanlı memurlarını, sultanın ve etrafında gruplaştıkları bakanlıkların çok daha fazla doğrudan otoritesi altında bulunan sıkıca yapılandırılmış bir güç hiyerarşisi içerisine yerleştirmiştir.[163]

Osmanlı bürokratik reformu söz konusu olduğunda akla gelen olgu, 1836'da Hariciye Nezareti'nin kurulmasına kadar Divan-ı Hümayun bünyesinde görev yapan ve Osmanlı dişişlerinde belirleyici bir rol oynayan Tercüme Odası'nın kurulması ve gelişimidir. Tercüme Odası'nın kurulmasının temel sebebi, Osmanlı Devleti'nin dışişlerinin sevk ve idaresinde tercüme görevi yapan Fener Rumlarının, 1821 yılında Yunanistan'ın bağımsızlığını kazanmasının ardından devlete olan sadakatlerinin varlığında tereddüde düşülmüş olmasıdır. Böylece 1824 yılında Tercüme Odası kurulmuş ve buraya yabancı dil bilen Müslüman personel alınmaya başlanmıştır.[164] Bu kurum, 1836'da Hariciye Nezareti'nin kurulmasıyla çok daha büyük bir önem kazanmıştır. Ancak Tercüme Odası'nın esas önemi, bünyesinden çıkaracağı Osmanlı memurlarının sonraki yıllarda Türk siyasal hayatına yön vermiş olmasıdır. Akyılmaz'ın ifadesiyle; " *Mesleki kariyerlerine Tercüme Odasında başlayan Mustafa Reşit, Ali, Fuad Paşa gibi önemli şahsiyetler yeni bir diplomatik elitin doğmasına öncülük etmişler ve Tercüme Odası, Reis-ül Küttabın diğer kalemleriyle birlikte Hariciye Nezareti içerisinde yer almıştır."*[165]

Osmnlı Devleti'nde bürokratik reform, 19. Yüzyıl boyunca devam eden bir süreci ifade eder. Kronolojik olarak bürokratik reformun başlangıç yıllarında ilan edilmekle birlikte Tanzimat Fermanı, bürokratik reformun önemli merhalelerinden biri olarak ayrıca ele alınmayı hak etmektedir. Bu ferman, Padişahın yasama ve yargılama yetkilerine ciddi sınırlar getirerek idareyi hukuk devleti kavramı ve felsefesine yakınlaştırmıştır. Bunun yanında Tanzimat fermanı,

[162] Seyfettin Aslan / Abdullah Yımaz, "Tanzimat Döneminde Osmanlı Bürokratik Yapı ve Düşüncesinin Değişimi", C.2, S.1, 2001, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, s. 290.

[163] Shaw, s. 1029.

[164] Akyılmaz, 2000, s. 154-155.

[165] Akyılmaz, 2000, s. 158.

kanunsuz suç ve ceza olmayacağı prensibine yaklaşmaktadır. Ayrıca Tanzimat Fermanı, eşitlik prensibi konusunda da önemli bir adımdır.[166]

Tanzimat Fermanı, bürokratik reformun, dolayısıyla modernleşme ve Batı hukukunun benimsenmesinin önemli bir merhalesidir. Fakat Tanzimat Fermanı'nın ikinci ve daha önemli bir özelliği de bulunmaktadır. O da bu fermanın Osmanlı Devleti'nin Batı kapitalizmine teslim olmasıyla sonuçlanacak ekonomik süreci başlatan Balta Limanı Antlaşması'nın gerekli kıldığı idari ve mali reformları getirmiş olmasıdır. Bu ferman, Batı burjuvazisinin, ticari imtiyazlarının bulunduğu Osmanlı ülkesinde kendisi için gerekli olan anayasal düzeni tesis etme amacıyla (özellikle İngiltere tarafından) empoze edilmiş bir fermandır.[167] Yani Batı burjuvazisi, artık kendi ülkesinde anayasal düzeni kurmuş, sıra serbest ticaretini yapabileceği kapalı pazarları anayasal ilkeler vasıtasıyla açık hale getirmeye gelmiştir.

Tanzimat Fermanı'nın içerdiği prensipler, bağımsız bir kapitalist gelişme yolunda olsa idi, Türkiye'nin kendiliğinden el atması gereken reformlardır. Bununla birlikte 19. yüzyılda gelişmekte olan dünya kapitalist sisteminde bu prensiplerin Batı burjuvazisinin lehine olduğu belirtilmektedir[168]. Bu durumda Tanzimat Fermanı ve bürokratik reformun ikili bir özelliğinden bahsetmek mümkündür. Bu olgular, Osmanlı Devleti içerisinde Batı kapitalizmi ile işbirliği yaparak devleti iktisadi bakımdan zayıflatan gayrimüslim burjuvaziyi şüphesiz güçlendirmiştir. Bununla birlikte Tanzimat döneminin getirdiği ilkesel yenilikler, bu gayrimüslim sınıfla başa çıkacak bir modern bürokratik tabakayı da meydana getirmiştir[169].

Yeni bir merkezi hükümet yapısı ve yeni bir bürokrasi oluşturan II. Mahmut, 19. yüzyılın geri kalan kısmında Osmanlı hükümeti ve toplumunu her yönden değiştirecek olan modernleşme sürecini başlatmıştır.[170] II. Mahmut'un başlattığı söz konusu reformun en büyük özelliği ise öncelikle Osmanlı Devleti'nde yönetici sınıf içerisinde en baskın sınıfın kalemiye sınıfı olmasına ve kitlelerin Türk siyasal hayatına bürokraside gösterdikleri liyakat çerçevesinde daha farklı bir biçimde katılmaya başlamış olmalarıdır. Söz konusu siyasal katılım, 20. yüzyılda ve hatta günümüzde dahi belirleyici bir rol oynamıştır. Ancak bu olgunun Osmanlı Devleti açısından en büyük sonuçlarından biri, Osmanlı'da anayasacılık hareketlerini başlatan kadroların yetişmesinin temelinde II. Mahmut'un başlattığı modern reformun bulunmasıdır.

---

166 Gülnihal Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2020, s. 48-50.

167 Avcıoğlu, s. 58.

168 Avcıoğlu, s. 58.

169 Bu dönemdeki kanunlaştırma hareketlerinin hukukun modernleşmesi bakımından değerlendirmesi için bkz. Demirdal, s. 336-342.

170 Shaw, s. 1029.

C. KANUN-I ESASİ'NİN İLANINDA MODERN BÜROKRASİNİN ROLÜ VE BU BELGEDE YER ALAN DÜZENLEMELERİN BÜROKRASİ AÇISINDAN YERİ

Osmanlı toplumunda, Müslümanların içerisinden Batılı anlamda bir burjuvazi sınıfının gelişmesi mümkün olmamıştır. Burjuvazi, gayrimüslimlerden teşekkül etmiş, bunlar da vakti geldiğinde mensubu oldukları etnik ve dini aidiyet doğrultusunda kendi devletlerinin bağımsızlığı için mücadele etmişlerdir.[171] Bununla birlikte Osmanlı toplumunda Batıda burjuvazinin gördüğü işlevi gören bir tabaka ortaya çıkmıştır. Bu da bürokratik reform neticesinde Osmanlı toplumunun entelektüel zümresini oluşturan bürokrasiden başkası değildir. Şüphesiz ilk Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nın hatırı sayılır bir kısmı gayrimüslimdir; bu açıdan gayrimüslimleri Osmanlı anayasacılığından ayırmak kolay değildir. Bununla birlikte Osmanlı anayasacılığına gerçek şeklini ve rengini veren sınıfın Müslüman bürokrat sınıf olduğu değerlendirilmektedir 19. yüzyılda sahip oldukları ülkeyi kurtarmak isteyen Müslüman bürokratlarla, gayrimüslim burjuvazi arasında kaçınılmaz bir biçimde ekonomik ve siyasal bir etkileşim ve savaşımın doğması bu olguyu işaret etmektedir.[172] Bu ilişki içerisinde entelektüel birikime sahip örgütlü bir yapı haline gelen bürokrasi de Osmanlı Devleti'nin 19. yüzyılının özellikle ikinci yarısına damga vurarak Türk siyasal hayatını şekillendirmiştir.

Osmanlı Devleti'ni I. Meşrutiyet'in ilanına götüren süreç, özellikle iç dinamikler bakımından Hükümet ve Saray darbeleri şeklinde tezahür etmiştir.[173] 19. yüzyılın ilk yarısından bu yana belli bir sınıfsal konum elde eden bürokrasi, Sultan Abdülaziz (1861-1876) döneminde oldukça etkin bir biçimde siyasal hayatta rol almıştır. Padişahla aralarındaki gerginliğin sonucunda 29 Mayıs 1876 gecesini 30 Mayıs 1876'ya bağlayan günün gecesi, aralarında Mithat Paşa'nın da bulunduğu bir grubun planlaması ile Meşrutiyet'in ilan edilmesi amacına matuf olarak Sultan Abdülaziz'in tahtan indirilmesi mümkün olmuştur.[174] Sultan Abdülaziz'in tahttan indirilişi dönemin Harbiye öğrencileri ve subayların desteği ile gerçekleşmiştir. Bu durum Osmanlı Devleti'nde yeniçeri ocağının kaldırılmasından bu yana silahlı kuvvetlerin siyasi hayata ilk müdahalesidir.[175]

Tanör'e göre, "…anayasacı atılım yalnız Mithat Paşa grubunun çabalarıyla açıklanamaz; salt bunların eseri olarak ele alınamaz. Tanzimattan beri gelişen, yönetici seçkinleri ve aydın çevreleri saran

---

171 Bu yönde bkz. Karpat, s. 27-28.

172 Gayrimüslim burjuvazi ile bürokrasi arasındaki çatışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keyder, s. 48-51.

173 Tanör, s. 124.

174 Karpat, s. 76.

175 Tanör, s. 126.

özgürlük ve meşrutiyet düşüncesi artık oldukça yaygın ve örgütlü bir hareket niteliği kazanmıştı. Genç Osmanlılar hareketi, geçici ve darbeci bir klik eylemi değil, iyi kötü program getiren ve kamuoyunu etkilemeye başlayan önemli bir muhalefet hareketi… idi."[176]

Sultan Abdülaziz'in tahttan indirilmesinin ardından tahta öncelikle V. Murat çıkmış, ancak yeni padişahın da sıklıkla sinir krizleri geçirmesi neticesinde üç ay tahtta kaldıktan sonra tahta, Mithat Paşa'nın da desteğiyle II. Abdülhamit getirilmiş ve böylece I. Meşrutiyet ilan edilmiştir. Meşrutiyet'in ilanının ardından Mithat Paşa'nın da çabalarıyla Kanun-ı Esasi hazırlanarak yürürlüğe konmuş, 4 Mart 1877 tarihinde de meclis açılmıştır. Meclisin açılması, bürokrasinin geleneksel iktidara karşı kazandığı en büyük zafer olarak tezahür etmiştir. Karpat'a göre, "*4 Mart 1877'de meclisin açılmasıyla birlikte sultanın en büyük korkusu gerçek oldu. Bürokrasi artık kendi kendisini "halkın sesi" olarak tayin etmişti ve parlamentoyu sultanın hak ve imtiyazlarını sınırlandıran bir araç olarak kullanmaya çalışıyordu."*[177]

12 fasıl ve 119 maddeden oluşan Kanun-ı Esasi'de Padişaha ilişkin genel hükümler m.3-7'de yer almakta; Bakanlar Kurulu (Vükelâ Meclisi), Sadrazam, Şeyhülislam ve bakanlarla (vükela) ilgili hükümler "Vükelâ-yı Devlet"e ilişkin Üçüncü Fasıl'da (m.27 vd) yer almaktadır. Kanun-ı Esasi'nin kurduğu siyasi teşkilatlanma bağlamında yürütme yetkisi, devletin ve yürütmenin başı olan padişahta toplanmıştır. Padişahın yürütmeye ilişkin yetkilerinin niteliği sadrazam ve tüm vekillerin atamasının kendisi tarafından yapıldığı göz önüne alındığında daha iyi anlaşılabilir. Yürütme organının diğer kanadı olan Heyet-i Vükelanın tamamı padişah tarafından atanır ve padişah bunlardan her birini istediği zaman azletmeye yetkilidir.[178]

Kanun-ı Esasi'nin 30. maddesinde ifadesini bulan şekliyle *"devlet memuriyetlerine müteallik ahval ve icraat"* ten dolayı vekiller heyetinin Meclis-i Mebusan'a karşı sorumlu olduğu kabul edilmişse de daha önce belirtildiği gibi gerek sadrazamın gerekse de vekillerin azil ve tayinlerinin tamamıyla padişahın elinde olması karşısında vekiller heyetinin gerçek sorumluluğunun padişaha karşı olduğunu söylemek mümkün olacaktır. [179]

Padişahın yürütmeye ilişkin yetkilerinin dışında yasamaya ilişkin yetkileri ise onun yetkilerinin genişliğinin ne mahiyette olduğuna bir örnek teşkil eder. Kanun-ı Esasî'nin 53. maddesine göre, yeni kanun önerisi ya da mevcut kanunlarda değişiklik önerisi yapılması padişahın iznine bağlıdır. Başka bir deyişle padişah, teşrii faaliyetlerin icrasına izin

176 Tanör, s. 127.

177 Karpat, s. 80.

178 Ali Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, Baha Matbaası, İstanbul, 1960. s. 89

179 İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukuku, Mars Matbaası, Ankara, 1959. s. 29

verir.[180] Bundan başka, *"Memleketin bir cihetinde ihtilal zuhur edeceğini müeyyid asar ve emareler"* gören padişah Kanun-ı Esasi hükümlerini askıya alma yetkisine sahiptir. Elbette Kanun-ı Esasi'nin kurduğu düzeni sona erdiren de bu hüküm olmuştur.

Nihayet Kanun-ı Esasî'nin 4. maddesine göre, padişahın "nefs-i hümayûn"u kutsal ve sorumsuzdur.[181] Egemenlik bu bağlamda hükümdara aittir ve bunları kullanmada tebaanın katkısı söz konusu değildir. Bu da Kanun-ı Esasi'nin öngördüğü siyasi teşkilatta halen milli egemenlik anlayışını içeren bir yansımanın yer almadığına delalet eden bir düzenlemedir.

Kanun-ı Esasi her ne kadar belli kurumlara dayanan bir siyasi teşkilat öngörmüşse de esasında Kanun-ı Esasi'de sadrazam ve vekiller heyetinin düzenlenişi bu metnin nasıl bir hükümet sistemi öngördüğünü ortaya koyar. Padişahın sadrazam ve vekilleri istediği zaman atadığı veya azlettiği bir siyasal sistemde vekiller heyetinin ve sadrazamın siyasi sorumluluğunun meclise ve onun temsil ettiği milli iradeye karşı gerçekleştiğini söylemek mümkün olamayacaktır. Zira Kanun-ı Esasi Vekiller Heyeti'nin padişaha karşı sorumluluğunu öngörmüştür. Ancak yine de Kanun-ı Esasi'de Vekiller Heyeti'ne verilen bir yetki dikkat çekicidir. Bu yetki, meclisin toplantıda olmadığı zamanlarda vekiller heyetinin kanunu muvakkat (geçici kanun) çıkarma yetkisidir. Bu kanunu muvakkatlar kanuniyeti meclis tarafından kabul ve tasdik edilinceye kadar kanun hükmündedir.[182]

Padişahın yasama faaliyetinin başlangıcında, faaliyete izin veren mahiyette bir yetkiye sahip olması ise yürütmenin başı olan padişahın yasama açısından dahi ne kadar geniş bir yetkiyle donatıldığının ifadesidir. Nihayet Kanun-ı Esasi'nin 113. maddesi de yürütmenin başı olan padişaha sürgüne gönderme yetkisi tanımıştır. Bilindiği üzere bu hükmün tatbik edildiği ilk kişi de Kanun-ı Esasi'nin mimarı Mithat Paşa olmuştur.[183] Padişahın meclisi tatil yetkisi ise onun 1877-1878 Osmanlı Rus Savaşı'nı bahane ederek meclisi *de facto* olarak feshetmesine cevaz vermiş ve 1876 tarihli Kanun-ı Esasi de tekrar yürürlüğe konacağı 1908 yılına kadar getirdiği kurumlarıyla beraber rafa kalkmıştır.

Sultan, bu denli kalabalık ve güçlü bir toplumsal tabaka olan bürokrasi karşısında muvaffak olabilmiştir? Bu sorunun cevabını bürokrasinin anayasacılık konusundaki acemiliğinde aramak gerekir. Zira Sultan, Kanun-ı Esasi'nin yürürlükten kaldırılması konusunda bürokrasiden ciddi ve örgütlü bir itirazla karşılaşmamıştır. Kanun-ı

---

[180] Arsel, s. 25.

[181] İrem Karakoç, "1876 Tarihli Kanun-ı Esasi'de Yürütme Organı", C.8, S.2, 2006, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 129.

[182] Başgil, s. 90.

[183] Mithat Paşa'nın sadrazamlıktan azledilerek sürgüne gönderilişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başgil, s. 97.

Esasi'nin ilanıyla birlikte Meclis-i Mebusan, öncelikli olarak Sultan'ı değil, bürokrasiyi hedef almıştır. Meclis'te yapılan eleştiriler, çoğunlukla bürokrasinin eylem ve işlemlerinin eleştirisi mahiyeti haline gelmiştir. Bürokrasinin Sultan'ı sınırlandırmak için kurduğu Meclis, bürokrasinin üzerinde bir denge ve denetim mekanizması oluşturmaya yeltenmiştir. Kendisi de esasen yürütmenin bir parçası olan bürokrasinin refleks olarak Meclis'in bu eleştiri ve yönlendirmelerini kabul etmesi mümkün olmamıştır.[184] Özellikle 1877-1878 Osmanlı Rus Savaşı'nın da etkisiyle bürokrasi, meclisin bu şekilde çalışmaya devam etmesi halinde gerek kendisinin gerekse de devletin varlığının tehlikeye düşeceği endişesine kapılmıştır. Böylece meclisin süresiz tatil edilmesinde Sultan II. Abdülhamit ile ittifak etmese dahi bu harekete karşı tepkisi sınırlı kalmıştır.[185] İlerleyen zamanda bürokrasi, bundan ders alacak ve 20. yüzyılda önce Meclis'i açtıktan sonra İttihat ve Terakki eliyle kontrol altına almaya çalışacaktır. Fakat bu antidemokratik uygulamanın cezasını Osmanlı Devleti çekecek ve nihayet Kurtuluş mücadelesiyle nispeten güçlü ve etkili bir meclis tasarımı ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu, aynı zamanda Türkiye'de parlamenter demokrasiye giden yolu da açacaktır.

Görüldüğü üzere bürokrasi, her ne kadar kamuoyu oluşturmayı başarabilmişse de 1876 tarihli Kanun-ı Esasi'de padişahın yetkileri hala oldukça güçlüdür. Buna karşılık parlamentonun yetkileri üzerindeki pek çok sınırlamaya rağmen, meşrutiyet Türk siyasal hayatında hiç beklenmedik bir sonuç doğurarak yönetilenlerin yönetenleri sorguladığı ve eleştirdiği bir platform haline gelmiştir.[186] Dolayısıyla I. Meşrutiyet'in ilanı, Osmanlı Devleti'nde padişahın iktidarının sınırlandırılması için atılmış önemli bir adımdır.

II. Mahmut döneminde açılan laik okullardan yetişen kaliteli bürokratlar, Osmanlı Devleti'nde modern bir siyasal hayatın önünü açmışlar, bunların açtıkları yoldan ilerleyen de çeşitli Osmanlı şehirlerindeki Müslüman orta sınıfın çocukları olmuştur. 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Anadolu ve Rumeli'deki orta sınıf memurların çocukları olarak yetişen bir nesil, toplumun en yetenekli kesimi haline gelmiş, okumak için gittikleri modern okullarda merkez içerisindeki siyasal ayrılıklara eklemlenme biçimleriyle Türk tarihinin akışını değiştirmişlerdir.[187] Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde 19. yüzyıl

---

184 Bu yönde bkz. Bozkurt, 2020, s. 78

185 Özellikle hükümetteki nazırlarla Meclis arasında cereyan eden tartışmalar ve hatta Meclis Başkanı Ahmet Vefik Paşa'nın bir vekili azarlayarak konuşmasına son vermesi örneği için bkz. Edwin Pears, Life of Abdul Hamid, Constable & Company Ltd., Londra, 1917, s. 51.

186 Karpat, s. 81.

187 "*Gayrimüslimlerin çoğu, çocuklarını Batı okullarında okutup meslek sahibi yaptılar, dışarıda eğitim gören Müslümanlar ise esasen devlet tarafından desteklendiler ve bürokrat oldular.*" (Karpat, s. 89).

modernleşmesi, kitlelerin kalemiye sınıfı ile seyfiye sınıfının eklemlenme biçimlerine bağlı olarak gelişmiş ve bunun sonucu olarak da Jön Türk muhalefeti ortaya çıkmıştır. Osmanlı toplumunun 19. yüzyıl içinde gördüğü en önemli kitle örgütlenmesi olacak bu akım, daha sonra II. Abdülhamit döneminde varlığını geliştirerek önce II. Meşrutiyet'e, ardından da Cumhuriyet'e giden yolu açacaktır.

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nin toplumsal tarihi, siyasal hayata yansıyan yönleri ile oldukça ilginç ve benzersiz malzemeler sunan bir süreci ifade eder. Söz konusu süreç, Batı Avrupa toplumlarının demokrasiye ulaşma biçimlerinden çıkan soyut ve mekanik ön kabullerle anlaşılabilir olmaktan da oldukça uzaktır. Bu sebeple Osmanlı Devleti'nin günümüzdeki mirasçısı olan Türkiye'de, demokrasinin tarihsel gelişimine ilişkin hususları anlamlandırmak, ancak Osmanlı toplumunun geçtiği sosyal merhalelerin doğru bir tespiti ile mümkündür.

Osmanlı Devleti'nin kurulduğu 1299 yılından 16. yüzyılın sonlarına dek gelişen süreç, Osmanlı Devleti'nin merkezileşme çabaları ile anlaşılabilecek bir süreçtir. Söz konusu sürecin en önemli özelliği, Osmanlı toplumunda toprak mülkiyeti rejiminin tımar sistemi esasına dayanmasıyla yönetici sınıf ve reaya ayrımının gerçekleşmiş olmasıdır. Böylece özellikle Fatih döneminde gerçekleştirilen değişikliklerle Osmanlı Devleti, kendisine rakip olabilecek tüm yerel iktidar odaklarını kaldırmıştır. Bu da padişahın kulları statüsünde olan ve zenginlik ve refahlarının olduğu kadar felaketlerinin, yani kaderlerinin sultanın elinde olduğu bir yönetici sınıfla; bu yönetici sınıftan tımarlı sipahiler grubunun işlettiği topraklar üzerinde mülkiyeti devlete ait olmak üzere tasarruf eden reaya arasındaki ayrıma vücut vermiştir. Söz konusu ayrım, içerdiği sosyal ve hukuki ilişki bakımından Batıdaki feodal beyler ve serfler arasındaki toplumsal ayrışmadan oldukça farklı olup, Osmanlı Devleti'nin klasik dönemdeki toplumsal tabakalaşma sistemini yansıtmaktadır.

Osmanlı Devleti'nin toprak rejimine dayanan merkezi yapısı, Akdeniz ticaret yollarının gerilemesi ve tahıl fiyatlarının artmaya başlamasıyla bozulmaya başlamış ve bu düzenin bozulmasının getirdiği sosyal hareketlilik, Türk siyasal hayatında modern dönemde toplumsal tabakalaşmayı belirleyici bir rol oynamıştır. Bu dönemde Osmanlı Devleti'nin toplumsal tarihi, reayanın merkezde yer alan iktidar odaklarına eklemlenmesi ile şekillenmiştir.

Osmanlı toprak düzeninin bozulması neticesinde, öncelikli olarak, şehirlerde çeşitli zanaatlerle uğraşan mahalli eşrafın maddi olarak güçlenmesi ve zamanla toprak mülkiyetini ele geçirerek Osmanlı Devleti'nde mahalli iktidar odaklarının oluşması söz konusu olmuş, ayan denilen bu iktidar odakları, 19. yüzyılın başında etraflarına topladıkları

kitleleri mobilize ederek padişahın mutlak iktidarını sınırlandırmaya çalışacak kadar güçlenmişlerdir.

Akdeniz ticaret yollarının gerilemesi ile birlikte Osmanlı Devleti'nin Batı Avrupa'nın büyük sanayi devletleri karşısında hammadde ihracatçısı konumuna düşmesi söz konusu olmuştur. Bu durum, Osmanlı Devleti'nin yarı sömürgeleştirilme sürecini ifade etmekte olup, bundan en çok faydalananlar Osmanlı topraklarında serbest ticaret yapan gayrimüslimlerdir. Bunlar Osmanlı Devleti'nde Batılı anlamda bir burjuvazi sınıfı oluşturmuşlar, buna karşılık Batı Avrupa'nın milli burjuvazileri gibi Osmanlı Devleti'nin sosyal dönüşümünde itici güç olmaktan çok, mensubu oldukları etnik ve dini yapıların Osmanlı Devleti'nden koparılması sürecine öncülük etmişlerdir. Dolayısıyla Osmanlı Devleti, demokratikleşme sürecine öncülük edecek bir burjuvazi sınıfından yoksun kalmıştır. Buna karşılık Osmanlı Devleti'nde, Batılı devletlerde burjuvazinin gördüğü kitle seferberliği işini bambaşka bir tabakanın yürütmesi söz konusu olmuştur. Bu da II. Mahmut döneminden itibaren gelişerek büyüyen ve Batı standartlarında yetişen asker-bürokrat tabakadan başkası değildir.

Ticaretle uğraşan gayrimüslimlerin Osmanlı Devleti'nden kopardıkları ayrıcalıklı statü, Müslüman kesimin mobilizasyonunu beraberinde getirmiş, Osmanlı Devleti'nin entelektüel kapasitesini hülasa eden asker-bürokrat tabaka, özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bağımsızlık hareketlerine öncülük eden gayrimüslim burjuvazi ile mücadeleye girişmiştir. Müslüman orta sınıfın kendi içerisinden çıkardığı örgütlenmeler, daha sonra kitleleri seferber etmeyi başararak önce Türk anayasacılık hareketlerini başlatmış ve nihayet Cumhuriyete giden yolun açılmasını sağlamıştır.

Osmanlı ve dolayısıyla Türk anayasal hareketleri için bunların toplumsal tabandan yoksun oldukları şeklindeki klişe ön kabulün isabeti oldukça şüphelidir. Türk anayasacılık hareketlerinde demokratik usul ve içeriğin eksikliği, esas itibarıyla bu harekete öncülük eden toplumsal tabakaların demokratik bir özden yoksun olmalarında yatmaktadır; yoksa aslında Türkiye'de kitlelerin seferber olmadığı, yalnızca siyasal elitleri ilgilendiren anayasal gelişmeler oldukça sınırlıdır.

Osmanlı Devleti'nde 18. ve 19. yüzyıldaki gelişmelerin günümüz siyasal hayatını da belirlediğini ifade etmek gerekir. Bu da Osmanlı toplumunda kitlelerin iktidar karşısında kimler tarafından nasıl seferber edildiği ile ilgilidir. Osmanlı Devleti'nde kitlesel hareketler ilk defa ayanlara kapılanan grupların hareketleri ile başlamış, daha sonra da Batı standartlarında eğitim gören bürokrat kesim tarafından kitlelerin harekete geçirilmesi söz konusu olmuştur. Yani Osmanlı Devleti'nde kitleler, ilk defa sınırlı da olsa ayan adı verilen mahalli eşrafın çabalarıyla siyasal hayata tesir etmiş, bunun ardından da bürokrat kesimin kitlelerin üzerinde nüfuz sahibi olmasıyla bunların siyasal hayat üzerinde etki göstermesi mümkün olmuştur. Her ne kadar ayan sınıfı, 19. yüzyılın ikinci yarısında güç kaybederek bir tasfiye süreci içerisine girmişse de esasen bunlar, varlıklarını günümüze kadar sürdürmeyi başarabilmiştir. İşte Osmanlı Devleti'nde baş gösteren bu iki güç odağının zamanla birbirine karşıt hareketler biçiminde konumlanması, Türkiye'de demokrasinin iki zıt gücünü yaratmış ve söz konusu bölünme, günümüze dek ulaşmıştır.

KAYNAKÇA

Akdağ M, "Medreseli İsyanları", C. 1, S. 4, 1949, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, ss. 361-387.

Akdağ M, "Osmanlı Tarihinde Ayanlık Düzeni Devri (1730-1839)", C. 8, S. 14, 1963, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, ss. 51-61.

Akdağ M, Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi, C. 2 (1453-1559), Cem Yayınevi, İstanbul, 1995.

Akyılmaz S G, "Osmanlı Devleti'nde Reaya Kavramı ve Devlet-Reaya İlişkileri", Osmanlı İçinde, Ed. Güler Eren, C. 4, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999. ss. 40-54

Akyılmaz S G, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya, 2000.

Akyılmaz S G, "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf-Reaya Ayrımı, C. 8, S. 1-2, 2004, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.. 221-271.

Akyılmaz S G, "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması", C. 12, S. 1-2, Ankara, 2008, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 389-420.

Arsel İ, Türk Anayasa Hukuku, Mars Matbaası, Ankara, 1959.

Aslan S / Yılmaz A. "Tanzimat Döneminde Osmanlı Bürokratik Yapı ve Düşüncesinin Değişimi", C. 2, S. 1, 2001, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, ss. 287-297.

Avcılar S B, "Osmanlı Tabakalaşma Sistemine İlişkin Görüşler Üzerine Bir Değerlendirme", Osmanlı, Ed. Güler Eren, C. 4, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999. ss. 55-68.

Avcıoğlu D, Türkiye'nin Düzeni, Bilgi Yayınevi, 1968.

Barkey K, Eşkıyalar ve Devlet: Osmanlı Tarzı Devlet Merkezileşmesi, Çev: Zeynep Altıok, Kronik Yayınları, İstanbul, 2022.

Başgil A F, Esas Teşkilat Hukuku, Baha Matbaası, İstanbul, 1960

Berber Ş, "Modern Bir Olgu Olarak Sosyal Sınıflar", S. 9, 2003. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 223-232

Bozkurt G, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1989.

Bozkurt G, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2020

Cin H, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1978.

Cin H / Akyılmaz S. Gül; Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite Ve Osmanlı Düzeni, Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Adana, Haziran 2000.

Cin H, Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1987.

Clark T N / Lipset S M, "Are Social Classes Dying", The Breakdown of Class Politics: A Debate on Post-Industrial Stratification, Ed: Terry Nichols Clark, Seymour Martin Lıpset, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2001.

Demirdal M B, Adalet İlkeleri ve Türk Hukukundaki Serüveni, Lykeion Yayınları, Ankara, 2017

Eroğul C, Anatüzeye Giriş, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2000.

Fındley C V, Kalemiyeden Mülkiyeye Osmanlı Memurlarının Toplumsal Tarihi, Çev: Gül Çağalı Güven, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1996.

Giddens A, Sosyoloji, Yayına Hazırlayanlar: Hüseyin Özel, Cemal Güzel, Ayraç Yayınevi, Ankara, 2000.

Gönenç L, "2000'li Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek", S. 105, 2006, Toplum ve Bilim, ss. 129-152.

İlal E, "Magna Carta", C. 34, S. 1-4, 1968, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 210-242

Karakoç İ, "1876 Tarihli Kanun-İ Esasi'de Yürütme Organı", C.8, S.2, 2006, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 115-150

Karpat K, H, Osmanlı'dan Günümüze Asker Ve Siyaset, Timaş Yayınları, İstanbul, 2010.

Keyder Ç, Türkiye'de Devlet ve Sınıflar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011.

Konan B, "Osmanlı Devleti'nde Protege (Koruma) Sistemi", C. 58, S. 1, 2009, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 169-188.

Lipset S M / Rokkan S, "Cleavege Structures, Party Systems And Voter Alignments: An Introduction", Party Systems And Voter Alignments, Ed. Seymour M. Lıpset / Stein Rokkan, The Free Press, New York, 1967, ss. 1-64.

Mardin Ş, "Center-Periphery Relations: A Key To Turkish Politics?", Daedalus, C. 102, S. 1, Post-Traditional Societies, 1973, ss. 169-190.

Mair P, "The Problem of Party System Change", Party System Change: Approaches And Interpretations, Ed. Peter Mair, Oxford University Press, New York, 2004.

Metin S, Magna Carta ve Sened-i İttifak'tan Bugüne, Oniki Levha Yayınları, 2018.

Moore B, Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri: Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soylunun ve Köylünün Rolü, Çev: Şirin Tekeli/ Alaeddin Şenel, İmge Kitabevi, Ankara, 2003.

Mumcu A, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, İkinci Baskı, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1986.

Okandan R G, Amme Hukukumuzun Anahatları: Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi: Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan Yıkılışına Kadar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1977.

Özbudun E, Siyasi Partiler, AÜHF Yayınları, Ankara, 1977.

Sartori G, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu / Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

Shaw S,,"Osmanlı İmparatorluğu'nda Geleneksel Reformdan Modern Reforma Geçiş: Sultan III. Selim ve II. Mahmut Dönemleri", Çev: M. Faruk Çakır, Türkler, C. 12, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, ss. 119-151.

Tanör B, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY Cogito Yayınları, İstanbul, 2006.

Yaramış A, "Yeniçeri Ocağının Kaldırılması ve Yerine Asakir-i Mansure-i Muhammediye Ordusunun Kurulması", Türkler, C. 12, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, ss. 697-703.

Yerasimos S, Azgelişmişlik Sürecinde Türkiye: Bizanstan Tanzimata, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1977.

TANZİMAT SONRASI OSMANLI HUKUK SİSTEMİNDE HAPİSHANE KOŞULLARI AÇISINDAN MAHKÛM HAKLARI (1839-1920)

Prisoner's Rights in Ottoman Law of Tanzimat Era in Terms of Prison Conditions (1839-1920)

Dr. Öğretim Üyesi Melikşah AYDIN*

Öz: Suç işlemiş olan bir kimsenin cezalandırılması toplumsal barış ve huzurun sağlanması ve korunması açısından çok önemlidir. Cezanın amaçlarından birisi ise suçlunun ıslahıdır. Suçlunun ıslahını sağlamak için öngörülen cezalardan birisi de hapis cezasıdır. Hapis cezasının yerine getirildiği kurum olan hapishanelerin Osmanlı Devleti'nin tarihsel süreci içinde değiştiği ve geliştiği görülmektedir. Tanzimat Fermanı ile başlayan Batılılaşma hareketinden hapishaneler de etkilenmiştir. Mahkûm haklarına oldukça dikkat eden İslam hukukunun uygulandığı Osmanlı Devleti'nde de Tanzimat sürecinde yaşanan değişim ile beraber Batılı devletlerin baskısı ile hapishane reformu uygulamaya konulmuştur. Daha sonra İttihat ve Terakki yönetiminde de bu reform önemli görülmüş ve uygulanmasına azami çaba gösterilmiştir. Bu reformun başarılı olup olmadığı konusu tartışmaya açık olsa da mahkûm hakları konusunda önemli düzenlemelerin yapıldığı açıktır. Bu çalışmada Osmanlı Devleti'nde mahkûm hakları konusu Osmanlı Devleti'nin son yılları ve özellikle Tanzimat sonrası dönem incelenecektir. Bu dönemde yapılan düzenlemeler ve arşiv belgeleri ışığında mahkûm haklarının gelişimi ve düzenlemelerin uygulamasının nasıl olduğu açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tanzimat Dönemi, Hapishane, Mahkûm, Mahkûm Hakları.

Abstract: The punishment of a person who has committed a crime is very important in terms of ensuring and protecting social peace and reconciliation. One of the purposes of punishment is the melioration of the culprit. One of the penalties foreseen to ensure the melioration of the culprit is imprisonment. It is seen that the prisons, the institution where the prison sentence is fulfilled, have changed and developed in the historical process of the Ottoman Empire. Prisons were also affected by the westernization movement that started with the Tanzimat Era. In the Ottoman Empire, where Islamic law was applied, which paid great attention to the rights of the prisoners, along with the change in the Tanzimat process, the prison reform was put into practice with the pressure of the western states. Later, in the İttihat and Terakki administration, this reform was considered important and maximum effort was made to implement it. Although it is open to debate whether this reform was successful or not, it is clear that important regulations have been made on the rights of prisoners. In this study, the subject of prisoners' rights in the Ottoman Empire will be examined considering the last years of the Ottoman Empire and especially in the post-Tanzimat period. In the light of the regulations and archive documents made in this period, the development of the rights of the prisoners and the implementation of the regulations will be tried to be explained..

Keywords: Tanzimat Era, Prison, Prisoner, Prisoner Rights.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, meliksahaydin@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4077-5025

Makale Geliş Tarihi: 08.09.2022, Makale Kabul Tarihi: 20.11.2022

GİRİŞ

Mahkûm veya sanık olmaları sebebiyle hapsen tazyik edilen kimselerin hapis cezalarını veya hapis tedbirini yerine getirecekleri mekanlara günümüzde genel olarak hapishane denilmektedir. İnsanların bu şekilde hapsedilmelerine asırlardır rastlanılmakla beraber günümüz sistemindeki hapishane kavramı ve kurumunun gelişimi 19. Yüzyıl ile başlamaktadır. Eski asırlarda insanların hapsedildikleri mekanlar belirli bir direğe zincirlenme, zindan veya kuyuya atılma, bir odaya hapsedilme gibi birçok değişik yolla sağlanıyordu.[1] İslam hukukunda da Hz. Peygamber döneminde uygulaması pek bulunmasa da hapis cezası bulunmaktadır. İnsanların yerleşik hayata geçmeleri ve zamanla hapis cezasının yaygınlaşması beraberinde bazı sorunları doğurmuştur ki, bunlar da hapsedilen kimseye nasıl davranılacağı, hangi haklara sahip ve yükümlülüklerden sorumlu olacağıdır. İnsan haklarına son derece saygılı olan İslam dini, bu açıdan mahkûmların bazı temel haklara ve hatta özgürlüklere sahip olacağı hükümler getirmiştir. İslam hukukunun temel olarak uygulandığı Osmanlı Devleti'nde de bu haklara dikkat edilmiş, İslam hukukunun mahkûmların hakları konusunda koyduğu sınırlara riayet edilmeye çalışılmıştır. İngiltere'de sanayi devriminden sonra başlayan hapishane reformu ile insani şartların dışında bir hayat süren mahpuslara birtakım haklar tanımaya çalışılmış, hapishaneler düzeltilmeye başlanmıştır. Tanzimat döneminden sonra bu reformu Osmanlı'ya da aşılamak isteyen başta İngiltere olmak üzere Batılı ülkeler Osmanlı hapishane sistemini mercek altına almışlardır. Büyükelçiler vasıtasıyla hapishaneler hakkında raporlar hazırlayan Batılı ülkeler Osmanlı'da bu konuda nizamnameler çıkarılmasına sebep olmuşlardır. 1880 tarihinde çıkarılan *"Memalik-i Mahruse-i Şahane'de Bulunan Tevkifhane ve Hapishanelerin İdare-i Dâhiliyelerine Dair Nizamname"* Osmanlı hapishane reformunun en önemli nüvesini oluşturmaktadır.[2]

Çalışmanın birinci bölümünde hapishane kavramı ve kavramın Osmanlı'ya girişi ele alınacaktır. Bu bölümde hapishane kavramından bahsedildikten sonra Tanzimat döneminde Osmanlı hapishanelerinin genel durumu açıklanacaktır. İkinci bölümde ise Tanzimat dönemi Osmanlı hapishanelerinde mahkumların sahip oldukları haklar açıklanacaktır. Bu hakların başlıklandırılmasında, İslam hukukundaki ve pozitif hukuktaki mahkûm hakları ile ilgili çalışmalarda uygulanan başlıklandırma sistematiği devam ettirilmeye çalışılmıştır. Mahkûm hakları ile ilgili ele Osmanlı Tanzimat dönemindeki düzenlemeler yani kanunnamelerdeki ilgili maddeler açıklandıktan sonra arşiv belgelerine yansıyan örnekler ile bu düzenlemelerin uygulamasındaki gerçekler açıklanmaya çalışılacaktır. Bu açıdan uygulama ve mevzuatın uygunluğu

[1] Mustafa Avcı, "İslam'ın Ceza Hukukuna Katkısı", S.8, 2006, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, s. 140.

[2] Hapishane reformu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kent Schull, Prisons in the Late Ottoman Empire, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2014, s. 42-66.

meselesi asıl sorunu oluşturmaktadır. Ayrıca yeri geldikçe ilgili düzenlemelerin İslam hukukuna uygunluğu sorusuna da cevap verilmeye çalışılacaktır.

I. HAPİSHANE KAVRAMI VE HAPİSHANENİN OSMANLI'YA GİRİŞİ

A. GENEL OLARAK

Özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelen[3] hapis sözcüğü kelime anlamı olarak bir şahsı cezalandırmak veya başka bir maksatla bir yere kapatmak veya tutmak, tevkif etmek, men eylemek, bir şahsı veya bir malı nezaret altında bulundurmak şeklinde de tanımlanmıştır. Hapsedilen kimseye ise mahbûs ve habîs; hapsedilen yere, mekâna ise mahbis, mahbese (hapishane) denir.[4]

Tarih boyunca suçlular veya suçlu olduğu düşünülen tutuklu kimselerin tutuldukları yerlere genel olarak hapishane denilse de mahbes ile hapishaneleri bu açıdan ayırmak gerekir.[5] Mahbesler ile hapishanelerin farkı şu şekilde açıklanabilir ki; mahbesler tutuklu kimsenin kaçmasına engel olacak belirli bir seviyede tahkim edilmiş bir yer, ev, mescit veya zindan olabilir. Buradaki amaç mahkûm veya tutuklunun kaçmasının önlenmesidir. Hapishane ise 19. Yüzyılın başlarında ortaya çıkmış bir kurum olmakla beraber özgürlükten yoksun bırakma ile mahkûmun ıslahını ve topluma geri kazandırılmasını amaçlamaktadır.[6]

---

3 Mustafa Avcı, Hukuk Tarihimizde Hapis, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 32.

4 Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınları, İstanbul, C.III, t.y., s. 14; H. Mehmet Günay, "İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele", S.2, 2000, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 1.

5 Gültekin Yıldız, "Osmanlı Devleti'nde Hapishane Islahatı (1839- 1908)", Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 8; Tahir Bilirli, "20. Yüzyılın Başlarında Ermenek Hapishanesinin Genel Durumu", Ermenek Araştırmaları-I, Hüseyin Muşmal / Erol Yüksel / Mehmet Ali Kapar (ed.), Palet Yayınları, Konya, 2018, s. 323.

6 Gültekin Yıldız, Mapusâne: Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Serüveni (1839-1908), Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 9; Michel Foucault, Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Yayınları, Ankara, 2015, s. 338; Bilirli, 2018a, s. 323-324. Osmanlı Devleti'nin Klasik döneminde hapsedilecek olan mahkumların hapis cezalarının infazının kalebentlik, kürek ve prangabentlik şeklinde yapılması da sıkça rastlanan uygulamalardandır. Söz konusu cezalar, hapis cezasının infazının özellik gösterdiği durumlardır. Avcı, 2019, s. 262-282. Osmanlı Klasik dönemindeki kürek cezası ile ilgili bkz. Ahmet Kılınç, "Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlili", C.79, S. 285, 2015, Belleten, s. 531-558. Kalebend cezası ile ilgili bkz. Ömer İşbilir, "Kalebend", TDV İslam Ansiklopedisi, 3. Basım, TDV Yayınları, Ankara, 2019, C. Ek-2, s. 5-7. Ayrıca tüm bu cezalar için bkz. Mustafa Avcı, "Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek ve

Hapishanenin ortaya çıkışına kadar Osmanlı devletinde mahbes olarak kullanılan yerler genel olarak hükümet konaklarının mahzen kısmı, kale yahut sarayların belirli bölmeleri veya zindanlar[7] olagelmiştir.[8] Bu mahbeslerde mahkûmların dışarı çıkıp hava alma izinleri bulunmamakla beraber istisnai olarak Varna, Erzurum ve Rodos mahbeslerinde mahkûmlara avluda volta atma izni, Musul'da ise mahkûmlara hapishane dışındaki hamamlarda yıkanma izni, Kayseri'de ise geceleyin evde yatma izni verilebilmiştir.[9]

Osmanlı devletine hapishane kurumunun geçişi bu şekilde açıklanmakla beraber Tanzimat dönemindeki gelişmeler üzerinde durmak gerekir. Kanunlaştırma faaliyetlerinin yoğun bir şekilde yaşandığı bu dönemde hapishaneler ile ilgili birkaç düzenleme de yapılmıştır.

B. TANZİMAT DÖNEMİNDE OSMANLI HAPİSHANELERİ

Tanzimat döneminden önce Osmanlı Klasik devrinde örnekleri bulunan hapis cezasının alt ve üst sınırları bulunmamaktadır. Hükmü veren hâkim, (kadı) suçun niteliği ve suçlunun durumuna göre hapis cezası vermekte ancak bu cezanın süresi önceden belirlenmemekteydi.[10] Hukukumuza süresi önceden belirlenmiş olan hapis cezaları ilk kez 1838 Askeri Ceza Kanunu ile girmiştir.[11] Daha sonra 1840, 1851 ve 1858 ceza kanunlarında hapis cezası alt ve üst sınırlarıyla belirlenmiş, etkin bir ceza olarak yer almıştır.[12] Osmanlı Devleti'nde Kanun-ı Esasi'nin kabul edilmesiyle beraber zindan sisteminden daha sistemli olan hapishanelere geçiş söz konusu olmuştu. Hapishanelere geçiş yeni çıkarılan nizamnamelerle olmuştur.[13] 1831 yılından sonra İstanbul

---

Prangabentlik", C.8, S.45, 2002, Yeni Türkiye Dergisi Türkoloji ve Türk Tarihi Araştırmaları Özel Sayısı, s. 128-147.

7 Yedikule, Baba Cafer ve Tersane Zindanları, İstanbul'un en meşhur zindanlarındandır. Özgür Yıldız, "Osmanlı Hapishaneleri Üzerine Bir Değerlendirme: Karesi Hapishanesi Örneği", C.9, S.17, 2015, Akademik Bakış, s. 93; Bilirli, 2018a, s. 324.

8 Mücahit Özçelik, "Mütareke Dönemi'nde Osmanlı Hapishanelerinin Durumu", C.7, S.14, 2011, Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi, s. 18; Recep Arslan, "20. Yüzyılın Başlarında Devrek Hapishanesi", C.14, S.4, 2019, Turkish Studies International Academic Journals Historical Analysis, s. 739; Bilirli, 2018a, s. 324.

9 Yıldız, 2002, s. 106-107; Arslan, 2019, s. 739.

10 Avcı, 2019, s. 256; Kurtuluş Demirkol, "II. Meşrutiyet Döneminde Edirne Vilayeti Hapishaneleri", Basılmamış Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2012, s. 20; Arslan, 2019, s. 739.

11 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005, s. 540; Avcı, 2019, s. 258.

12 Avcı, 2019, s. 259-261.

13 Saadet Tekin, "Dr. Polliç Bey'in 1918 Tarihli Raporuna Göre Berlin ve Aydın Vilayeti Hapishanelerine Genel Bir Bakış", S.24, 2008, OTAM Dergisi, s. 207; Arslan, 2019, s. 739.

zindanları kaldırılarak yerine sonraki yıllarda İbrahim Paşa Sarayı'nın bir kısmında Hapishane-i Umumi açılmıştır.[14]

1845-1846 yıllarında mahkûmların suçlarının derecesine göre ayrı ayrı kalmaları için maksimum 2000 kuruş maliyetli mahbesler inşa edilmesi düşünülmüştür.[15] Çünkü mevcut durumda küçük suçlardan dolayı hapsedilenler yahut borcunu ödemediği için hapsen tazyik edilenler ile büyük suç işleyen mahkûmlar aynı yerde ikamet etmek zorunda kalıyordu. Her mahkûmun derecesi ve kabahatine göre tedip edilmesi ve kimsenin töhmetinden ziyade ile cezalandırılmaması için ayrı koğuş ve hapishaneler gerekmekteydi.[16]

Batılı devletler Osmanlı'daki mahbeslerin durumunu ele almışlar, hatta Kırım Savaşı sırasında Osmanlı'da İngiltere büyükelçisi olarak görev yapan Stratford Canning 1851 yılında *Memorandum on Improvment of Prison in Turkey* isimli raporunda bu mahbeslerdeki durumun düzeltilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu raporda mahbeslerin kirli, havasız, ısıtma sorunu olan, penceresiz olduğu için zifiri karanlık, güvenlik, sağlık koşulları ve ibadet imkanları yönünden ise yetersiz olduğu belirtilmiştir.[17] Bunun üzerine Islahat Fermanında mahbeslerin ıslah edilmelerine yönelik bir madde yer almıştır.[18] Bu hüküm şu şekildedir: *"...hukuk-ı insaniyyeyi hukuk-ı adalet ile tevfik etmek için mazanne-i sû' olanların veyahut te'dibât-ı cezaiyyeye müstehak bulunanların haps ve tevkiflerine mahsus olan kâffe-i mahbes ve mahall-i sâirede usûl-i hapsiyyenin mümkün mertebe müddet-i kalîle zarfında ıslahına mübaşeret olunması..."*[19] 1865 yılında hapishanelerdeki eksikliklerin tamamlanması için hapishane yönetmeliği çıkarılmış, mahkûmların gün içinde yapacakları faaliyetler de bu yönetmelikte düzenlenmiştir.[20] 1876'dan sonra hapishanelerdeki mahkûmların eğitilmeleri ve meslek sahibi olmayanlara meslek edindirmek için programlar başlatılmıştır.[21]

---

14 Nurgül Bozkurt, "XX. Yüzyıl Başlarında Kütahya Hapishanesinin Genel Durumu", C.5, S.21, 2012, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, s. 262; Arslan, 2019, s. 739.

15 Yıldız, 2012, s. 85; Bilirli, 2018a, s. 324-325.

16 Yıldız, 2002, s. 88.

17 Yıldız, 2012, s. 114; Bilirli, 2018a, s. 325; Emre Kolay, "Ankara Mahbushanesi: Osmanlı Arşivinde Ankara Hapishane Projeleri", C.14, S.79, 2021, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, s. 88.

18 Ömer Şen, Osmanlı'da Mahkûm Olmak, Avrupalılaşma Sürecinde Hapishaneler, Kapı Yayınları, İstanbul, 2007, s. 18-19; Mehmet Temel, "XX. Yüzyılın Başlarında Menteşe Sancağı Hapishaneleri", S.26, 2009, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, s. 112; Arslan, 2019, s. 739.

19 Enver Ziya Karal, Osmanlı Tarihi, TTK Yayınları, C. V, Ankara 1983, s. 262.

20 Yıldız, 2012, s. 253-261; Bilirli, 2018a, s. 325; Arslan, 2019, s. 739.

21 Ali Karaca, "XIX. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Fahişe Hatunlara Uygulanan Cezalar: Hapis ve Sürgün", Hapishane Kitabı, Emine Gürsoy Naskali / Hilal Oytun Altun (ed.), Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 156; Bilirli, 2018a, s. 325; Arslan, 2019, s. 739.

1871 yılının Ocak ayında Sultanahmet meydanında Hapishane-i Umumi kurulmuştur. Eskiden Mehterhane olarak kullanılan yapı, tamir ve tadilattan geçtikten sonra koğuşlar, hastaneler, meslek sahibi olan mahkûmlar için imalathaneler, hamam, cami ve kiliseden oluşan bir yapı meydana gelmiştir. Sadrazam tarafından incelenen yapı oldukça beğenildiği için haftanın belirli günlerinde ziyaretçilere açılmasına bile izin verilmiştir.[22]

1880 yılında, 97 maddeden oluşan "*Memâlik-i Mahrûsa-yı Şâhânede Bulunan Tevkifhâne ve Hapishânelerin İdâre-i Dahiliyelerine Dâir Nizâmnâme Lâhiyası*" çıkarılarak hapishane ve tevkifhaneler hakkında ilk defa genel hükümler oluşturulmuştur.[23]

1889 yılında II. Abdülhamid döneminde ilk defa hücre tipli, kaloriferli ve tam donanımlı bir hapishane projesi hazırlanmış ve ilk uygulama yeri olarak Yedikule belirlenmiştir; ancak 400 hücreden oluşan bu proje ekonomik imkansızlıklar sebebiyle hayata geçirilememiştir.[24]

1880 tarihli nizamnamedeki hükümler yeterince uygulanamadığı için 14 Temmuz 1893 yılında Serkiz Karakoç tarafından Fransızcadan tercüme edilip aynen alınan "*Hapishane Islahatına Dair Nizamname*" yürürlüğe girmiştir. Bu nizamnamede hapishanelerin güncel durumları ile ilgili değerlendirmeler yapılmıştır. Devletin genelindeki hapishanelerin çoğunluğunun hapishane olması amacıyla inşa olunmamış olduğu belirtilerek bunların yeniden inşasına veya tamiratlarına ihtiyaç olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bu nizamnamede mahkûmların koğuşlarının durumu, konaklama usulü, ziyaretçilerin görüşmeleri, mahkûmların para ve yemek ihtiyaçları gibi birçok husus ele alınmıştır.[25]

Devletin son yıllarında başa geçen İttihad ve Terakki yönetimi imparatorluğun tüm bölgelerindeki hapishaneler ile ilgili bilgi talep etmiştir. Öyle ki 1912 ve 1914 yıllarında Dahiliye Nezareti'ne bağlı Hapishaneler İdaresi Müdüriyeti tarafından matbu olarak hazırlanan

---

22 Ahmed Lütfi (Efendi), Vak'a-Nüvis Ahmed Lütfi Efendi Tarihi, Yayına hazırlayan: M. Münir Aktepe, TTK Yayınları, Ankara 1989, C.12, s. 100; Şen, s. 16; Hakan Tan, "Osmanlı Devleti'nde Hapishanelerin Islah Çalışmalarına Dair Bir İnceleme: Çarşamba Hapishanesi", C.12, S.3, 2020, History Studies, s. 1059.

23 Zafer Atar, "20. Yüzyılın Başlarında Turgutlu Hapishanesinin Genel Durumu", C.9, S.1, 2011, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, s. 88; Murat Hanilçe / Ersin Şeyhoğlu, "Osmanlı Devleti'nde Bir Ceza İnfaz Kurumu Olarak Hapishaneler ve Kadınlar", C.4, S.2, 2020, Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, s. 416.

24 Saadet Tekin / Sevilay Özkes, "Cumhuriyet Öncesi Türkiye'de Hapishane Sorunu", C.7, S.16-17, 2008, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, s. 189-190; Yıldız, 2015, 96; Bilirli, 2018a, s. 326.

25 BOA, Y.PRK.MYD, 13/9; H. 29 Zilhicce 1310 / M. 14 Temmuz 1893; Hatice Akın, "Osmanlı Devleti'nde Hapishane Islahatına Dair 1893 Tarihli Bir Nizamname Önerisi", C. 3, S.3, 2011, History Studies, s. 27-35.

belgeler Yemen'den Balkanlar'a, Hicaz'dan Basra ve Trabzon'a kadar tüm vilayetlerdeki hapishanelere gönderilip hapishanenin genel durumu, mahkûmların yaş, meslek, cinsiyet, uyruk, din, mezhep, medeni hal, çocuk sayıları, eğitim durumları, tutuklandıkları tarih, hapiste bulundukları süre, hangi suçtan hükümlü oldukları, hasta olup olmadıkları gibi bilgiler sorularak, verilen tüm cevaplar merkezde toplanmıştır.[26]

Bu bilgilerin yanında hapishanelerdeki ölüm, yaralama, bulaşıcı hastalıklar, diğer hastalıklar, hapishanede hastane olup olmadığı ve hangi hastalıkların tedavi edilebildiği, hastanenin onarım, maaş ve diğer harcamalarının detaylı listesi, yani hapishanenin bütçesi, hapishanede imalathane olup olmadığı, varsa burada ne üretildiği, üretilen malların detaylı listesi ve bu malların satılmasından elde edilen gelir, varsa imalathanede kaç mahkûmun çalıştığı ve hapishane ile ilgili akla gelebilecek her detay hakkında sorular soruluyor ve cevaplar isteniyordu.[27]

Birinci Dünya Savaşı'nda ağır bir krizle karşılaşan İttihad ve Terakki yönetimi Alman hapishane yöneticisi, reformcu ve kriminal psikiyatrist olan Dr. Paul Pollitz'i (arşivlerdeki ismiyle Polliç Bey) yüksek bir maaşla Hapishaneler Müdüriyeti'nin baş müfettişliği görevine getirmiştir.[28] Dr. Pollitz, Almanya'daki Berlin ile Aydın hapishanelerinde teftişler yapmış ve yeniden inşa edilmesi planlanan İzmir hapishanesi için kapsamlı bir rapor hazırlamıştır.[29]

1880 tarihli Nizamnamenin 1. Maddesinde *"Her kaza ve liva ve vilayet merkezlerinde birer tevkifhane ve hapishane bulunacaktır"* denilerek her ilçe ve üstündeki her vilayet merkezinde hapishane bulunması kuralı konulmuştur. Bu kurala göre ilçelerde ihtiyaç duyulan hapishane ihtiyacı dolayısıyla her mahkûmun kendi tutuklandığı yerde cezasının çekmesi sağlanarak mahkûmların başka yerlerde cezasını çekmek üzere

---

[26] Demirkol, s. 89,116; Yıldız, 2015, s. 100-101; Kent Schull, "Tutuklu Sayımı: Jön Türklerin Sistematik Bir Şekilde Hapishane İstatistikleri Toplama Çalışmaları ve Bunların 1911-1918 Hapishane Reformu Üzerine Etkileri", Çev. Özlem Tuna, içinde Osmanlı'da Asayiş, Suç ve Ceza 18-20. Yüzyıllar, derleyenler Noemi Levy / Alexandre Toumarkine, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2008, s. 212.

[27] BOA, DH.MB.HPS, 3/5; H. 2 Recep 1330 / M. 17 Haziran 1912; Schull, 2008, s. 213; Demirkol, s. 89-90. Hapishaneler İdaresi Müdüriyeti 1912 Mart'ında cevaplar kendi elinde olacak şekilde acele edilmesi hususunda hapishanelere yazılar ve uyarılar da göndermiştir. İlgili cetvellerin her ay düzenli gönderilmemesi halinde yöneticilere görevden el çektirmeye varan cezalar öngörülmekteydi. Osman Köse, "20. Yüzyıl Başları Trabzon Vilayetinde Suçlar, Suçlular ve Hapishaneler", İlkadım'dan Cumhuriyet'e Millî Mücadele, Osman Köse (ed.), Samsun İlkadım Belediyesi Kültür Müdürlüğü Yayınları, İstanbul, 2008, s. 27.

[28] BOA, DH.MB.HPS, 92/18; H. 12 Ramazan 1334 / M. 13 Temmuz 1916; 92/44; H. 10 Muharrem 1335 / M. 6 Kasım 1916; 92/46; H. 19 Muharrem 1335 / M. 15 Kasım 1916; Schull, 2008, s. 235.

[29] Tekin, 2008, s. 208-209.

gönderilmesi ve nakledilmesi durumunda mahkûmun olası kaçma teşebbüsünde bulunmasının önüne geçilerek hem mahkûm derhal hapishaneye konulacak ve mahkûmun naklinde oluşacak personel ikamesi, mahkûmun kaçma ihtimali de ortadan kalkacaktır. Ancak her ne kadar birçok bölgede hapishane yapılması kararlaştırılmış olsa da[30] savaşlar, ekonomik sıkıntılar yüzünden bu projeler atıl kalmıştır.[31] Örneğin Mimar Kemaleddin Bey'in farklı ölçü ve kapasitelerde birçok hapishane projesi hazırladığı, hapishane binasının yenilenmesini isteyen taşradaki birçok bölgenin ilgili durumu merkeze bildirip, yeni hapishane inşaatları için keşifler yapıldığına dair çokça arşiv kaydı bulunmaktadır.[32]

Hapishane nizamnamesindeki belki de çağın ilerisinde sayılabilecek hükümleri tam olarak uygulamanın imkânsız olması sebebiyle mahkûmların ve hapishanelerin tamamen kendi hallerine bırakılmadıklarını, hapishanelerin ve mahkûmların durumlarının ciddiye alınıp bu konuda bir şeyler yapılmak istendiği söylenebilir.

Osmanlı devletindeki hapishanelerin genel durumu ile ilgili bilgiler verildikten sonra, çalışmanın ana konusunu oluşturan mahkûm haklarını incelemek gerekecektir. Tanzimat dönemindeki Osmanlı hapishanelerinde bulunan mahkumların belirli hakları bulunmaktadır. Mahpusların tamamen keyfi ve süresiz olarak hapishanelerde tutulması, her türlü imkandan mahrum bırakılması İslam hukukuna aykırı olmakla birlikte, Osmanlı Devleti de çıkardığı kanunlarla mahkumlara belirli haklar tanımıştır.

II. TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI HAPİSHANELERİNDE MAHKÛMLARIN HAKLARI

A. GENEL OLARAK

Hapishane kurumunun Osmanlı'ya girişi Tanzimat Döneminde olmuştur. Batılı devletlerin kanunlaştırma faaliyetlerindeki baskısı ve devletin iç dinamiklerinin de buna mutabık olması ile Batılı devletlerinden aynen çevrilerek alınan yahut Osmanlı tebaasından olan hukukçularının hazırladığı yerli kanunlar çıkaran Devlet-i Âliyye, bu yoğun kanunlaştırma faaliyetlerini hukukun her alanında yapmıştır. Hapishane reformu yapılmasına yönelik en önemli yapıtaşlarından olup 1880 yılında yürürlüğe konulan Tevkifhane ve Hapishane Nizamnamesi,

[30] Yasemin Saner Gönen, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Hapishaneleri İyileştirme Girişimi, 1917 Yılı", Hapishane Kitabı, Emine Gürsoy Naskali / Hilal Oytun Altun (ed.), Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 176; Arslan, 2019, s. 739.

[31] Arslan, 2019, s. 739.

[32] Remzi Aydın, "Mimar Kemaleddin Bey'in Hapishane Projeleri", Osmanlı Sanatında Değişim ve Dönüşüm, Ayşe Budak / Muzaffer Yılmaz (ed.), Literatürk Academia Yayınları, Konya, 2019, s. 11-36; Yıldız, 2012, s. 469; Kolay, s. 89.

hapishanelerin ve mahkûmların durumu ile ilgili genel hükümler koyan ilk kanun olma niteliğindedir.

Çalışmamızın konusu da asıl olarak mahkûmların hakları ile ilgili düzenlemeler ve uygulama örnekleri olması dolayısıyla İslam hukukunda ve pozitif hukukumuzda genel olarak kabul gören mahkûm haklarına yönelik bir başlıklandırma yapılmıştır. Bu açıdan mahkûmların hakları kadınlara ayrı hapis hakkı, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, ibadet hakkı, çalışma hakkı, konaklama hakkı, kıyafet alma hakkı, haberleşme hakkı, izin hakkı, kişisel ihtiyaçlarını insani bir şekilde giderme hakkı, eğitim hakkı, tutuklu-hükümlüler ile cezası farklı olanların farklı koğuşlarda bulunma hakları, yeme-içme hakkı, ziyaretçileri ile görüşebilme hakkı başlıklarında incelenmiştir. Başlıklandırma konusunda bizi bu yönde bir sistematiğe iten gerekçe, İslam hukuku ile pozitif hukuktaki düzenlemelerin esas alınarak, bu alanlarda mahkûm hakları ile ilgili yapılan çalışmalarda kullanılan başlıklara yakın bir konumda bulunma amacıdır.

B. MAHKÛMLARIN SAHİP OLDUKLARI HAKLAR

1. Kadınlara Ayrı Hapis Hakkı

1880 Nizamnamesinin 6. maddesinde *"Tevkifhane ve hapishane-i umumilerde nisaya mahsus ayrıca bir daire bulunacaktır"* denilerek her hapishanede kadınlara mahsus bir bölüm bulunması zorunluluğu getirilmiştir.[33] 9. Maddede ise *"... nisaya mahsus dairede nisa gardiyan..."* denilerek kadınlara özgü hapishanelerde gardiyanların da kadın olması zorunluluğu getirilmiştir.

Uygulamada da bu maddeye ve İslam hukukuna da uygun şekilde kadın mahkûmlar ile erkek mahkûmların bir araya gelmeleri ve hatta birbirlerini görmemeleri ve seslerini duymamaları için kadınlara ayrı hapislerin bulundurulduğu, ayrı olmasa bile hapishanenin bir koğuşunun ayrıldığı görülmektedir.

1900 tarihli bir arşiv belgesine göre Eskişehir'de kadın hapishanesi için ayrı bir bina olmadığı için bir evin kiralanarak kadın hapishanesine dönüştürülmesi mümkün olmuş ve bir de kadın gardiyan istihdam edilmiştir.[34] 1905 tarihinden itibaren ise erkek hapishanesine bitişik bir

[33] Buradaki amaç kadınların hapsedildiği yer ile erkeklerin hapishanelerinin birbirlerinin seslerini duyamayacakları kadar uzakta bulunmalarının sağlanmasıdır. Osman Nuri, (Giresun Ceza Reisi), Hapishane ve Tevkifhane Nizamnamesi Şerhi, Giresun Matbaası, 1327, s.11.

[34] BOA, DH.MKT, 2331/54; H. 9 Zilhicce 1317 / M. 10 Nisan 1900; Emine Gümüşsoy, "Osmanlı Devleti'nin Son Dönemlerinde Eskişehir Hapishanesi (1890-1920)", C.7, S.20, 2014, Tarih Okulu Dergisi, s. 225.

bölümün kadın hapishanesi olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır.[35] 1920 tarihli bir belgedeki Eskişehir kadın hapishanesi için "*…gayet garip bir vaziyette olduğu ve bu hapishanede bir gardiyan ve jandarma olmadığı, akşamdan akşama ekmeklerini verip kapıları kapatıp gittikleri…"* ifadeleri üzerine bu durumun düzeltilmesi için bir kadın gardiyana ihtiyaç olması hasebiyle, bu konuda merkezden ödenek talep edilmiştir.[36]

18 Haziran 1912 yılında Dahiliye Nezaretine Ermenek hapishanesi için yazılan yazıda; mevcut hapishanede kadınlar için sadece bir koğuş bulunduğundan bahsedilerek ayrı bir hapishane inşa edilmesi talep edilmiştir.[37]

Aralık 1913 tarihli bir belgeye göre Bartın hapishanesinde hapishaneye bitişik bir kadın hapishanesi bulunmaktadır. Burada çalışan kadın gardiyan da vardır.[38]

1914 yılında Bolu Sancağına bağlı Devrek'e bir kadın hapishanesi yapılması ihtiyacı hasıl olmuştur. Bu tarihe kadar kadın mahkûm bulunmamasına binaen ihtiyaç duyulmayan hapishane binası için merkezden ödenek talep edilmiş, talebe olumsuz geri dönüş olunca 1915 yılının Mart ayında kadın hapishanesi için bina kiralanması cihetine başvurulmuş, istenen ödeneğe tekrar olumsuz yanıt alınmış,[39] daha sonra ise kadınlar için tedbiren belirlenen bir mekan kadın hapishanesi haline getirilmiştir.[40]

Ocak 1914 tarihli bir belgeye göre Karahisar-ı Sahib livasında erkek hapishanesine bitişik vaziyette üç odalı bir kadın hapishanesi bulunmaktaydı.[41]

Bursa'da ise diğer bölgelerden farklı olarak kadın hapishanesi, erkek hapishanesinden oldukça uzakta olmakla beraber Eski Bursa Kalesindeki zindan kadın hapishanesi olarak kullanılıyordu. Ancak son derece nemli ve basık olan bu mekân sadece üç odadan müteşekkildi.[42]

---

35 BOA, DH.MB.HPS.M, 26/59; H. 17 Rabiulevvel 1335 / M. 11 Ocak 1917; Gümüşsoy, s. 226.

36 BOA, DH.MB.HPS, 164/47; H. 16 Rabiulahir 1338 / M. 8 Ocak 1920; Gümüşsoy, s. 226.

37 BOA, DH.MB.HPS, 3/7; H. 10 Recep 1330 / M. 25 Haziran 1912; Bilirli, 2018a, s. 327.

38 BOA, DH.MB.HPS.M, 53/5-1; H. 16 Şaban 1329 / M. 12 Ağustos 1911; Recep Arslan, "20. Yüzyılın Başlarında Osmanlı Hapishaneleri: Bartın Örneği", C.2, S.19, 2020, Belgi Dergisi, s. 2121.

39 BOA, DH.MB.HPS, 44/27; H. 12 Zilkade 1332 / M. 2 Ekim 1914.

40 Arslan, 2019, s. 740. 14 Aralık 1913 tarihinde sadece 1 kadın mahkûmun bulunması sebebiyle hapishaneye ihtiyaç duyulmadığı da düşünülebilir. BOA, DH.MB.HPS, 152/35; H. 21 Muharrem 1333 / M. 9 Aralık 1914.

41 BOA, DH.MB.HPS, 149/11; H. 19 Rabiulevvel 1332 / M. 15 Şubat 1914; Serap Sunay, "Son Dönem Osmanlı Taşra Hapishanelerine Bir Örnek: Bolvadin Hapishanesi", C.20, S.1, 2018, Afyon Kocatepe Sosyal Bilimler Dergisi, s. 49.

42 Halim Demiryürek, "Hüdavendigar Vilayetinde Hapishaneler ve Mahkûmlar (1914-1917)", C.9, S.42, 2016, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, s. 553.

1913 yılında Karesi Liva Hapishanesinde gardiyan olarak çalışan Mehmed Çavuş'un kadın hapishanesindeki mahkûmları izinsiz olarak dışarı çıkararak fuhşa sevk ve tahrik ettiği ortaya çıkınca, Mehmed Çavuş yargılanmış ve mahkûm edilmiştir.[43] Bu durum hapishanelerde görev yapan gardiyanların hukuka aykırı ve mahkum haklarını hiçe sayan fiillerine rastlanılabildiğini göstermektedir. Bu duruma sebep olan faktörler ise büyük ihtimalle toplumun içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılardır. Söz konusu sıkıntılardan gardiyanların ve mahkumların etkilendiği ve sıkıntılarını gidermek için hukuk dışı yollara başvurdukları anlaşılmaktadır. Ancak bu örnek bize ayrıca hapishanelerin tamamen denetimsiz olmadığını, mahkûmlara yönelik suç teşkil eden eylemlerin cezalandırıldığını göstermektedir.

Bu belgelerden çıkarılacak sonuca göre 1880 Nizamnamesi ile hedeflenen her vilayet, sancak ve kaza merkezinde hedeflenen kadınlara ait bir daire olması hedefine ulaşılamamıştır. Bunun yerine münasip yerlerde bir evin odası veya tamamı kiralanarak kadın hapishanesi yerine kullanıldığı görülmektedir.[44] Bununla beraber kadın hapishanesinde gardiyanların da kadın olmasına azami ölçüde dikkat edilmiş, hapishane yapılması için evinin bir kısmı kiralanan kadınlar gardiyan olarak tercih edilmiştir.

2. Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı

1880 tarihli nizamnamenin 9. maddesinde *"Hapishane ve tevkifhanelerin heyet-i memurini icabına göre … tabib ve çamaşırcı ve ihtiyacı derecesinde hastane hademesi …."* denilerek, her hapishanede bir doktor, çamaşırcı ve ihtiyacı halinde hastane görevlisi bulunacağı belirtilmiştir.

61. maddede *"Her hapishanede hastaların tedavisine mahsus bir daire bulunacak …"* denilerek her hapishanede hasta mahkûmların tedavisi için bir bölüm olacağı belirtilmiştir. 62. maddede ise *"Mahbusinden hasta bulunanlar müdir ve sergardiyanın ihbarı üzerine tabib tarafından verilecek rapor mucebince hastaneye naklettirilecektir."* denilerek hastalığı ciddi olan mahkûmların doktor raporu ile hastaneye nakil edilebileceği açıklanmıştır.

Kanunnamenin 48. maddesinde ise *"Hapishane tabibi hiç olmaz ise haftada bir kere hapishaneyi ve dükkan odalarını ve koğuşları ve mücazat mahallerini ve sair yerleri muayene eder ve muktezi gördüğü yerleri tütsülemek gibi tedabir-i sıhhiyeye ibtidar…"* demekle hapishane doktorunun hapishanenin çalışma alanları, koğuşlar, cezalandırma bölmeleri de dahil olmak üzere mahkûmların bulundukları bütün yerleri kontrol etmek ve gerektiğinde ilaçlamak gibi görevleri bulunduğu açıklanmıştır. Bu maddeye göre mahkûmların sağlıklarını kötü etkileyebilecek, hastalık

[43] BOA, BEO, 4228/317032; H. 27 Zilkade 1331 / M. 28 Ekim 1913; Yıldız, 2015, s. 102.

[44] Demirkol, s. 61-62; Saadet Tekin, "Osmanlı'da Kadın ve Kadın Hapishaneleri", C.29, S.47, 2010, Tarih Araştırmaları Dergisi, s. 94; Hanilçe / Şeyhoğlu, s. 421-422.

kapmalarına sebep olabilecek ihtimallerin giderilmesi için doktorlara ciddi görevler verilmiştir. Bütün bunlar mahkûmların hapishane içindeyken sağlıklarının bozulmasının önüne geçmek amacıyla yapılan düzenlemelerdir. Ayrıca 49. maddede *"Tabib her sene hitamında hapishanede zuhur etmiş olan bi'l-cümle ilel hakkında mufassal rapor tanzim ile ilel-i mezkurenin sebeplerini dahi beyan edecek …"* denilerek hapishanede mahkûmlar arasında ortaya çıkan bütün hastalıkların rapor edilerek ve bu hastalıkların olası sebeplerini açıklama görevi doktora verilmiştir. Bu açıdan doktorların hapishanenin hijyen ve sağlığına dikkat etme görevlerini ne kadar iyi bir şekilde yaptıkları denetlenerek, mahkûmların olası bir dikkatsizlik ve özensizlikten dolayı hastalanmamaları amaçlanmıştır.

1893 tarihli Hapishane Islahatına Dair Nizamname'de hapishanelerin sağlık şartlarına uygun hale getirilmesi, hapishane odalarının sıhhi olarak düzeltilmesi, hapishanede ayrı bir hastanenin bulunması, hapishane doktorlarının görevlerini iyi bir şekilde yerine getirmeleri, koğuşların ve diğer yerlerin havalandırma ve temizliklerine dikkat edilmesi gibi konular düzenlenmiştir.[45]

Uygulamada da Osmanlı Devleti'nde hapishane ve mahkûm sağlığına önem verildiğini ortaya koyan birçok arşiv belgesi bulunmaktadır. 4 Kasım 1911 tarihinde Bolu Mutasarrıflığından Dahiliye Nezaretine gönderilen bir belgede Bartın hapishanesinin zemini tahta ve ıslak, ayrıca havasız ve ışık almayan bir yapıda olduğu için çoğu mahkûmun hasta olduğu, Kastamonu sıhhiye müfettişliğinden alınan bir raporla da desteklenerek tespit edilmiş ve hapishanenin yeniden inşası için ödenek istenmiştir.[46] 5 Ocak 1914 tarihinde ise Bartın belediye tabibinin Bartın hapishanesinde yaptığı kontrole göre hazırladığı raporunda şu ifadeler bulunmaktadır: *"… 3 küçük koğuşa sahip hapishanede izdiham yüzünden hastalıklar ortaya çıkmıştır. Son 10 gün zarfında tifo nedeniyle 2 mahpus ölmüş ve hastalık 5 kişiye daha bulaşmıştır. Ölümcül hastalıkların artması ve bulaşması nedeniyle pek hazin neticeler ortaya çıkabilecektir. Güneş değil ışık bile girmeyen hapishanedeki hastalıkların halka da bulaşma ihtimali vardır. Tedavi ile hastalıkların yok edilebileceği açıktır…"*[47] 4 Aralık 1918 tarihinde Bolu Mutasarrıfı Abdülkadir Bey'in Dahiliye Nezaretine yazdığı yazıda: *"Işık ve havadan mahrum ve çok kalabalık olan Bartın Hapishanesi'nde sık sık tifo lekeli humma gibi ölümcül hastalıklar zuhur ederek ölümlere neden olmaktadır. Ayrıca İspanyol nezlesi mahpushaneyi istila etmiş olduğu için hariçten bir bina kiralanmaya çalışılmakta ise de zaten*

[45] BOA, Y.PRK.MYD, 13/9; H. 29 Zilhicce 1310 / M. 14 Temmuz 1893; Kerim Tiryaki, "Son Dönem Osmanlı Hapishanelerinin Sıhhi Islahı; Salgınlar ve Önleme Çabaları", S.8, 2021, Atatürk ve Türkiye Cumhuriyeti Tarihi Dergisi Tarih ve Günce, s. 433.

[46] BOA, DH.MB.HPS, 35/12-1,3,5,7,9,11; H. 2 Şaban 1331 / M. 7 Temmuz 1913; Arslan, 2020, s. 2120.

[47] BOA, DH.MB.HPS, 149/8-2; H. 10 Rabiulevvel 1332 / M. 6 Şubat 1914; Arslan, 2020, s. 2122.

binanın harap olmasından dolayı ara sıra firar da eksik olmamakta bulunduğundan mevcut cinayet mahkûmlarının Sinop Hapishanesi'ne nakli Bartın Kaymakamlığı'ndan bildirilmiştir."[48] demiştir. Bu ifade Bartın Hapishanesinin durumunun beş yıldır düzeltilemediğini, bu süreçte birçok mahkûmun bulaşıcı hastalıktan öldüğünü ortaya koymaktadır. Bu yazıya verilen cevapta ise Sinop hapishanesinin de harap durumda olduğu için yazıya olumlu cevap verilemeyeceği belirtilmiştir.[49]

18 Haziran 1912 tarihinde Dahiliye Nezaretine yazılan bir yazıda Ermenek hapishanesindeki koğuşlardan birinin havasız ve ışık almayan bir konumda olduğu için burada kalan mahkûmların sağlıklarının bozulduğu için yeni bir hapishane binası yapılması talep edilmiştir.[50]

Ocak 1914 tarihli bir belgeye göre Karahisar-ı Sahib Hapishanesindeki erkeklere ayrılan bölümde hastane de bulunmaktadır.[51] O dönemde taşradaki birçok diğer örneğe bakılacak olursa, hastanenin mevcudiyeti lüks bile sayılabilirdi.

5 Mart 1914 tarihli bir başka arşiv belgesine göre Ankara merkez hapishanesi sağlık ve güvenlik koşullarına uygun olmadığından, öyle ki koğuşlar karanlık, havasız ve bakımsız olduğu için, yeni bir hapishane inşasına ihtiyaç duyulmaktadır.[52]

Nisan 1915 tarihinde Adliye Nezareti'nin Dahiliye Nezaretine yazdığı bir yazıda Yozgat merkez hapishanesinde gasilhane ve abdesthanelerin mecrası olmadığından burada oluşan bataklık ve buradan yayılan pis ve sağlıksız hava sebebiyle 10 ay içinde 400 mahkûmun 143'ünün öldüğü belirtilmiştir.[53]

Aralık 1915 tarihinde Eskişehir hapishanesi için yazılan bir raporda şu ifadeler bulunmaktadır: "*...hapishanenin tavan ve duvarlarının düzen ve temizliğine hiç dikkat edilmediği, yine mahkûmların çamaşır ve yataklarının temizliğine hiç bakılmadığı, bu yüzden bitli ve kirli mahkûmların diğerleri arasında hastalık unsuru teşkil ettiği, hastahane olarak ayrılan odanın da havasız ve karanlık olduğu hasta olmayanların bile kalamayacağı kadar kötü şartlara sahip olduğu, ilel-i sâriyye (bulaşıcı hastalık) sahip olanların tecrid edilmediği ve karnındaki çıbandan muzdarip bir mahkûmun tedaviden mahrum kaldığı..."*[54]

---

48 BOA, DH.MB.HPS, 40/23-1,3,4; H. 23 Rabiulahir 1337 / M. 26 Ocak 1919; Arslan, 2020, s. 2135.

49 BOA, DH.MB.HPS, 40/29-1,3,5,7; H. 17 Cemazeyilevvel 1337 / M. 18 Şubat 1919; Arslan, 2020, s. 2135-2136.

50 BOA, DH.MB.HPS, 3/7; H. 10 Recep 1330 / M. 25 Haziran 1912; Bilirli, 2018a, s. 327.

51 BOA, DH.MB.HPS, 149/11; Sunay, s. 49.

52 BOA, DH.MB.HPS.M, 11/26; H. 7 Rabiulahir 1332 / M. 5 Mart 1914; Kolay, s. 90.

53 BOA, DH.MB.HPS, 8/63-12; H. 30 Zilhicce 1333 / M. 8 Kasım 1915; Tahir Bilirli, "20. Yüzyılın Başlarında Osmanlı Hapishaneleri: Yozgat Örneği", C.13, S.2, 2018, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, s. 92.

54 BOA, DH.MB.HPS, 74/51; H. 18 Safer 1334 / M. 26 Aralık 1915; Gümüşsoy, s. 232-233.

Alman asıllı olup 1916'da Hapishaneler Müfettiş-i Umumiliği'ne atanmış olan[55] Dr. Pollitz'in (Polliç Bey) 1918 tarihinde Osmanlı'daki hapishaneler hakkında hazırladığı bir rapora göre Aydın ve İzmir hapishanelerinde mahkûmların ağızlarında yaralar bulunmakla beraber bunların tedavi edilmedikleri tespit edilmiştir. Balıkesir hapishanesinin yanında ise bir ev hastane olarak ayrılmış; ancak maddi imkânsızlık nedeniyle gerekli tedaviler yapılamamaktadır.[56] Sağlık sorunlarını önlemek için Polliç Bey'in sunduğu öneriler şu şekildedir: *"Hapishaneye giren herkes karantina odasına alınmalı, bu odada 48 saati geçmeyecek şekilde karantinada kalınmalı, karantina odası her gün bol su ile yıkanmalı, karantinaya alınan mahkûmların elbise ve çamaşırları temizlenmeli, bir cilt hastalığı bulunan mahkûmlar diğerlerinden ayrı tutulmalı, mahkûmlar haftada bir kez banyo yaptırılmalı, koğuşlar ve bahçe süpürülmeli, su ile yıkanmalı ve temiz tutulmalıdır."*[57] Bunun dışında yeniden inşa edilmesi planlanan hapishanelerin içinde mahkûmların yaralanma ve hastalanmaları ihtimaline binaen ilk tedavinin yapılacağı bir revir bölümü bulunmalıdır.[58]

Ocak 1920 tarihli Bolvadin hapishanesi hakkında yazılan bir raporda "*Bolvadin'de gördüğüm tevkifhane ahval-i sıhhiyesi yerinde olanları hasta ve malul bir hale sokmaktan başka işe yaramaz"* ifadeleri kullanılmış ve hapishanedeki mahkûmlardan sıtmaya yakalanmayanların çok nadir olduğu belirtilmiştir.[59]

Yine aynı şekilde 20. Yüzyılın başında Bartın[60] ve Yozgat[61] hapishanelerinde salgın hastalıkların oldukça yaygın olduğu arşiv belgelerinden anlaşılmaktadır.

Devletin merkezi olan İstanbul'da yer alan Hapishane-i Umumi'deki durum ise merkeze yakınlığı dolayısıyla olsa gerek, daha iyidir. Tüm dünyada yayılan salgın hastalıklardan bu hapishanedeki mahkûmlar da etkilenmiş olsa bile mahkûmlar tamamen kendi hallerine bırakılmamışlardır. Öyle ki, 1907 tarihli bir arşiv belgesine göre hapishane koğuşları içindeki mahkûmlara özel olan hastanenin temizliği, tamiri ve hastalar için gerek bazı levazımın alınması ve yenilenmesi için ödenek istenmiş ve bu ödenek Şura-yı Devlet kararıyla gönderilmiştir.[62]

---

55 BOA, DH.MB.HPS, 92/18; H. 12 Ramazan 1334 / M. 13 Temmuz 1916; Atar, s. 91.

56 Tekin, 2008, s. 215.

57 Tekin, 2008, s. 216.

58 Şen, s. 69,70; Tekin, 2008, s. 208.

59 BOA, DH.MB.HPS, 164/61; H. 27 Rabiulahir 1338 / M. 19 Ocak 1920; Sunay, s. 54.

60 BOA, DH.MB.HPS, 76/8; H. 3 Safer 1335 / M. 29 Kasım 1916; Arslan, 2019, s. 746.

61 Yozgat hapishanesindeki tifo, sıtma ve lekeli humma gibi görülen birçok salgın hastalığın sebebi ise genellikle diğer hapishanelerde olduğu gibi yer sıkıntısı, yani mahkûmlara yeterli boşluk kalmamasıdır. Bilirli, 2018b, s. 91.

62 BOA, ZB, 23/9-2; H. 10 Şevval 1325 / M. 16 Kasım 1907; Tiryaki, s. 443.

Bunun dışında ülkenin içinde bulunduğu durumda, bulaşıcı hastalık ve salgınlarla mücadeleye de önem verildiği ve hapishanelerin de bu konuda unutulmadığı anlaşılmaktadır. Öyle ki, 1915 yılında Hapishaneler Müdüriyetinden tüm hapishanelere gönderilen bir tamimde tüm mahkûmlara tifo aşısı yapılması emredilmiştir. Örneğin Konya Vilayet Hapishanesinde 800 mahkûm bulunmasına rağmen, kendilerine tifo aşısı yapıldığı için 1915 yılı başında tek bir mahkûmda bile tifo vakası görülmemiştir.[63]

Söz konusu arşiv belgelerinden ortaya çıkan sonuca göre, Tanzimat dönemindeki Osmanlı hapishanelerinde mahkumların en çok ızdırap çektiği konu sağlık meselesidir. Hapishanelerin maddi koşullarının sağlıklı bir hayat sürmek için imkân vermemesi mahkûmların değişik hastalıklara yakalanmalarına sebep olmaktadır. Hastalığa bir kez yakalanan mahkûmun da aynı maddi koşullar sebebiyle iyileşmesi ve tedavi edilmesi çok zor olmuştur. Ayrıca 20. Yüzyılın başındaki tüm dünyayı etkisine alan salgın hastalıklar, belki de en çok hapishaneleri etkilemiştir. Çünkü gardiyanlar, ziyaretçiler ve hapishaneye yeni gelen mahpuslar vasıtasıyla hapishanenin içine yayılan hastalık, mahpusların küçük, havasız, karanlık ve soğuk koğuşlarında adeta iyileşmesi imkânsız hale gelen bir salgına dönüşmektedir. Her hapishanede doktor veya hastanenin bulunmaması da mahkumların sağlık hizmetlerinden yararlanma haklarına haiz imkanlara ulaşamamasına sebep olmuştur. Buna rağmen imkanın elverdiği durumlarda ve şartlarda mahkumlara aşı yapılması gibi umut vadeden örneklere de rastlanmaktadır.

3. İbadet Hakkı

1880 nizamnamesinin 9. maddesinde "*... her hapishane için bir işçi ve bir imam ve iktiza eden memurin-i ruhaniyyeden ... ibarettir"* denilerek her hapishanede işçi, imam ve lüzumu halinde diğer din görevlilerinin de bulunacağı hüküm altına alınmıştır. 50. maddede *"Hapishanelerde mahbusinin din ve ayinlerini ifa için eimme ve memurin-i ruhaniyye bulunup bunlar evkat ve eyyam-ı mahsusalarında ifa-yı vazife edeceklerdir"* ve 51. maddede ise *"İmam ve memuruin-i ruhaniyye ... hapishaneleri hiç olmaz ise haftada bir iki kere dolaşıp mahbusini görmeye mecbur olacaklardır"* denilerek hapishanelerde mahkûmların dini görevlerini yerine getirebilmeleri için imam veya diğer dinlerden görevlilerin bulunacağı, bunların özel gün ve zamanlarda, ayrıca bu günlerden hariç haftada en az bir-iki gün gelip, mahkûmları görmeye mecbur oldukları hüküm altına alınmıştır. Nizamnamede sadece Müslüman din görevlisi olan imamlar dışında diğer dinlere mensup mahkûmların da kendi din görevlilerini görme hakkına sahip oldukları görülmektedir. Din görevlilerine haftada en az 1-

[63] BOA. DH.MB.HPS, 152/41; H. 25 Safer 1335 / M. 21 Aralık 1916; 73/56; H. 12 Cemazeyilevvel 1333 / M. 28 Mart 1915; Demirkol, s. 133-134.

2 gün hapishaneye gelip mahkûmları dolaşma zorunluluğu getirilmesi de bu açıdan önemlidir.

Nizamnamenin 91. maddesinde ise *"Mücrimin-i mahkûminin kâffesi evkat-ı muayyenesinde din ve ayinlerini ifaya mecburdur"* hükmü bulunmaktadır. Bu maddede diğer maddelerdeki mahkûmların dini hayatlarını yaşayabilme hakkına sahip olmalarından farklı bir durum söz konusu olarak, her mahkûmun kendi dininde önemli olan günlerdeki ibadetlerini yapmak zorunda oldukları düzenlenerek bir zorlama bulunmaktadır. Örneğin Müslüman mahkûmlar için Cuma namazı, Hristiyan mahkûmlar için ise Noel veya Paskalya ayini gibi ibadetlerini yapmak zorunda oldukları açıklanmıştır.

29 Ocak 1911 tarihinde Bolu Mutasarrıflığına yazılan bir arşiv vesikasına göre Bartın hapishanesinde erkeklere mahsus koğuşlardan birinin mahkûmlara nasihat vermek ve namaz kılmak üzere mescide dönüştürülmesi düşünülerek bu tadilat için gereken masraf Bartın Kaymakamlığından talep edilmiştir.[64]

4. Çalışma Hakkı

1880 nizamnamesinin 16. maddesinde hapishane müdürünün görevleri sayılırken *".. salisen mahbusinden hapishane hizmetinde kullanılabilecek olanlarının.. tayin..."* denilerek mahkûmlardan hapishane hizmetinde çalışabilecek olanları belirleme yetkisi müdüre verilmiştir. 17. maddede de "*Fasl-ı mahsusta beyan olunduğu üzere mevkufinin malumat-ı sınaiyyesine müteallik kaffe-i malumat ile ashab-ı sanayi'in hapishane derununda icra-ı sanata mahsus mahallere taksimi hapishane müdirine muhavvel olup müdir her gûnâ mamulatın mubayaasında hazır bulunarak mamulatın derece-i matlubede yapılmamasından veya kerestenin bozuk bulunmasından naşi 72. Maddede kendilerine itası muharrer olan akçenin tenziline karar verebilir"* denilerek mahkûmlar içinde sanat erbabı kimseler varsa mahkûmiyetleri süresince ilgili sanat dalında çalışabilmeleri için hapishane müdürüne görev verilmiştir. Ayrıca ilgili sanatı icra ederek ve iş yaparak bir mal ortaya çıkaran mahkûmların mallarını kontrol işi de müdüre verilmiş. Ortaya çıkan mamulün yeterli kalitede olmaması ihtimalinde, müdürün bu malın ücretini kalite yetersizliği oranında düşürebileceği belirtilmiştir. Bu maddelerden mahkûmların çalışma hakkına sahip oldukları anlaşılmakla beraber hatta her mahkûmun mahkûmiyeti öncesi yaptığı belirli bir işi veya sanatı varsa ilgili dala yönlendirilerek çalıştırılması ve ortaya koydukları malları satarak gelir elde etmelerinin önünün açıldığı görülmektedir.

Nizamnamenin 69. maddesinde *"Her hapishanede mahbusin-i mahkûmenin hiçbiri işsiz kalmayacak surette ameliyat tertib olunacaktır"* denilerek, her hapishanede bütün mahkûmlar çalışacak şekilde

[64] BOA, DH.MB.HPS, 35/12/1,3; H. 2 Şaban 1331 / M. 7 Temmuz 1913; Arslan, 2020, s. 2119.

mahkûmların işleri veya yeteneklerine göre çalıştırılması zorunluluğu öngörülmüştür.

70. maddede *"Bila gadr-ı makbul çalışmaktan kaçmak isteyen mücrim-i mahkûm 24 saatten bir haftaya kadar teneffüse çıkarılmaktan mahrum bırakılacak ve tekrarı halinde ceza-yı mezbur tazif edilecektir"* denilerek, çalışma zorunluluğuna herhangi bir mazereti olmaksızın uymayan mahkûmlara hava izninin iptal edilmesinden başlayıp tekrarı halinde daha da ağırlaşabilen cezalar öngörülmektedir.

71. maddede *"Her mahbus hapishanede bulunduğu müddetçe çalışmağa mecbur olacaktır. Fakat mevkuf bulunan maznun-ı aleyhim ile habs cezasıyla mahkûm olanlardan canib-i miriyyeden iaşesi olmayanlar çalışmak bahsinde muhtardırlar"* denilerek, hükümlü değil de tutuklu bulunanlar ile hapishane tarafından verilen yemek ve kıyafet hizmetinden faydalanmayanların çalışma konusunda özgür oldukları, isterlerse çalışmayabilecekleri belirtilmiştir.

72. maddede ise *"Mücrimin-i mahkûminin ameliyatından hasıl olacak akçenin nısfı mekulat ve melbusatlarına ve taraf-ı devletten edilecek masarıfa karşılık olmak üzere tenzil edildikten sonra bakisi icab ettikçe kendilerine teslim olunmak üzere hapishane deposunda hıfz edilecektir"* denilerek, mahkûmların çalışmalarından elde edilecek ücretin yarısı kendilerine harcanan yemek ve kıyafet masraflarına ayrıldıktan sonra kalan yarısının mahkûmlara verilmek üzere hapishane yönetimince saklanacağı hükme bağlanmıştır.

Nizamnamenin hükümlerinin uygulandığı hapishanelerde mahkûmlar çeşitli işlerde ücret karşılığında çalıştırılmışlardır. İş yapmaktan kaçınan ve bu duruma itiraz eden inşaat, belediye işlerinde veya hapishane imalathanesinde çalıştırılan mahkûmların ise günlük yemek istihkakları eksik verilmiş veya hapishane bakkalından yiyecek almaları engellenmiştir.[65]

28 Nisan 1914 tarihinde Sivas merkez hapishanesi hakkında yazılan bir arşiv belgesine göre bu hapishanede mahkûmların el işçiliği üzerine çalıştıkları ve bu çalışmalardan boncuktan mamul para çantası, saat kesesi, bel kemeri, kol bağı, iskarpin, iplikten mamul bel bağı, para kesesi, körüklü para kesesi, tespih püskülü, serpuş, bez, çadırlık bez… vb. birçok eşyanın yapıldığı belirtilmektedir.[66]

Ocak 1917 tarihli bir belgeye göre Bolvadin hapishanesine yazılan bir yazıda siyasi suçlular hariç olmak üzere cezasının bitmesine 6 aydan az kalan mahkûmlardan çiftçi olan veya yol tamirinde çalışabileceklerin

---

[65] Kemal Daşcıoğlu, "Osmanlı Belgeleri Işığında Denizli Sancağı Hapishaneleri" Uluslararası Denizli ve Çevresi Tarih ve Kültür Sempozyumu Bildiri Kitabı, Pamukkale Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Tarih Bölümü Yayınları, 2006, C.1, s. 443; Bozkurt, s. 268.

[66] BOA, DH.MB.HPS, 50/15-9; H. 27 Şaban 1332 / M. 21 Temmuz 1914; Tahir Bilirli, "Son Dönem Osmanlı Taşra Hapishaneleri: Tokat Hapishanesi Örneği", C.11, S.3, 2019, History Studies, s. 902-903.

listesi istenmiştir. Hapishane işlerinde özel siparişle imalat yapan mahkûm bulunmamakla beraber il merkezindeki hapishanede bu şekilde imalat yapan 30 kadar mahkûm bulunduğu anlaşılmaktadır.[67]

Aralık 1917 tarihli bir arşiv belgesine göre Kütahya ve Karahisar-ı Sahip hapishanesinde mahkûm bulunan usta işçiler İstanbul'da inşa edilecek olan hapishanede çalıştırılmak üzere oraya gönderilmiş ve Ocak 1919 yılında inşaat sezonu bittiği ve inşaat için gereken iaşelerin yapılamamasından dolayı hapishanelerine geri gönderilmişlerdir.[68]

Kasım 1918 tarihinde İshakpaşa'da devam eden tevkifhane inşaatı için Kütahya, Karahisar ve Eskişehir hapishanelerinden ağır ceza almış olan mahkûmlar gönderilmiş, bu mahkûmların firarını önlemek için gerekli tedbirlerin alınması istenmiştir.[69] Bu şekilde bazen zorla da olsa ağır ceza almış olan mahkûmların çalıştırıldığı görülmektedir.

Dr. Pollitz'in (Polliç Bey) yazdığı rapora göre Aydın kazasındaki hapishanelerde yapılan teftişe göre hapishaneler çok kötü durumdadır. Mahkûmlardan kunduracı, semerci, sepetçi, terzi gibi meslek sahibi olanlara gereken aletler temin edilip, bu kimselerin çalıştırılması ve elde edilecek kazancın 2/3'ünün mahkûma, kalan 1/3'ünün ise hapishaneye ayrılması halinde ciddi bir gelir elde edilebilecektir. Aydın hapishanelerinde bu şekilde meslek sahibi olan 40 civarında mahkûm bulunmaktadır. Kadın hapishanelerindeki kadın mahkûmların ise elbise ve çamaşır onarımı, çorap örme, ip bükme gibi işlerde çalıştırılması önerilmektedir.[70] Bu rapordan anlaşıldığına göre 1880 tarihli nizamnamede bu konuda ayrıntılı hüküm bulunmasına rağmen mahkûmların çalıştırılması uygulaması, çoğu hapishanede uygulamaya konulamamıştır. Bazı hapishanelerde ise mahkûmların çalıştırılma usulü uygulanmış, bazı hapishanelerde de iş görme için gereken alet yokluğundan bahsedilerek, ilgili kurumlardan alet talebinde bulunulmuştur.[71]

5. Konaklama Hakkı

1880 nizamnamesinin 18. maddesinde *"Her tevkifhane ve hapishanede mevkufine müteallik yatak ve esvablar için bir defter-i mahsus … için ayrıca bir defter tutulacağı gibi her mevkufun teslim edeceği akçe ve zikıymet eşya için başka bir defter ile …"* denilerek mahkûmların hepsine

---

67 BOA, DH.MB.HPS.M, 27/3; H. 4 Rabiulahir 1335 / M. 28 Ocak 1917; Sunay, s. 53.

68 BOA, DH.MB.HPS, 39/43; H. 25 Safer 1336 / M. 10 Aralık 1917; 109/8; H. 11 Rabiulahir 1337 / M. 14 Ocak 1919; Bozkurt, s. 268-269.

69 BOA, DH.MB.HPS, 102/13; H. 4 Safer 1337 / M. 9 Kasım 1918; Gümüşsoy, s. 236-237.

70 Tekin, 2008, s. 213. Polliç Bey, raporu dahilinde gezdiği birçok hapishanede mahkûmların çalıştırılması, çalıştıkları işlerden kazandıkları paranın bir kısmının hapishanenin ihtiyaçları için harcanması gerektiğine, bunun için gerekli düzenlemelerin yapılmasına dikkat çekmiştir. Tekin, 2008, s. 214, 215, 216.

71 BOA, DH.MB.HPS, 143/44; H. 26 Ramazan 1329 / M. 20 Eylül 1911; Tekin, 2008, s. 213.

verilecek olan yatak ve kıyafetler için bir defter tutulacağı açıklanmıştır. Bu hükümden her mahkûma yatacağı bir yatak ve giyeceği kıyafet verileceği sonucu çıkarılabilir.

Nizamnamenin 59. maddesinde *"Her mahbusinin yatağı ottan bir döşek ve bir yastık ve bir zirâ aşarı yani bir metre ile aşir zirâ yani 60 santimetre tulunde olarak her ayda bir kere yıkattırılır bir çarşaf ve bir yorgandan ibaret olacaktır. Ve bu eşya eskidikçe müdirin vereceği takrir üzerine adliye müfettişleri bi'l-muayene tecdid kılınacaktır."* hükmü bulunmaktadır. Buna göre her mahkûma ölçekleri ve niteliği belirlenmiş şekilde birer yatak, çarşaf ve yorgan verilecek ve bunlar ayda bir yıkattırılacaktır. Eskidikleri takdirde ise ilgililer tarafından yenileneceklerdir.

Uygulamada mahkûmlara verilecek yatakların nitelikleri hakkında çok fazla bilgi bulunmasa da mahkûmların ikamete zorlandığı hapishanelerin fiziki durumları hakkında birçok bilgi bulunmaktadır. Bu belgelerden elde edilen bulgular pek iç açıcı değildir. Öyle ki, devletin birçok bölgesindeki hapishanelerin neredeyse tamamında mahkûm fazlalığına karşılık yer darlığı yani izdiham vardır. Bu izdihamı önlemek için yeni hapishane yapımı konusunda merkeze birçok şikâyet gelse de sıfırdan yaptırılan hapishane sayısı, dönemin siyasi ve ekonomik koşulları dikkate alındığında oldukça azdır.

16 Eylül 1896 tarihli bir arşiv belgesine göre Kırşehir hapishanesinde ölçüleri de verilen 6 koğuş bulunmaktadır. Bugünkü ölçülere göre en büyük koğuşun bile yüzölçümü yaklaşık 25 m2'dir. Toplam mahkûm sayısı 170 civarıdır. Bu durumda en büyük koğuşta bile yaklaşık 25 kişinin kaldığı ortaya çıkmaktadır ki koğuştaki her mahkûma 1 metrekarenin bile düşmediği anlaşılmaktadır.[72] Bu durum o devirdeki birçok hapishanede olduğu gibi Kırşehir hapishanesinde de izdiham bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bu durumdan mütevellit havasızlıktan zehirlenmeler, rutubetten dolayı bulaşıcı hastalıklar ve ölümler eksik olmamaktadır.

Temmuz 1901 tarihli bir arşiv belgesinde Eskişehir'e yeni bir hapishane yapılmasına rağmen aydınlatma ve havalandırma bakımından yetersiz olduğu on kişilik iki oda ve tek kişilik üç oda bulunmasına, yani mahkûm kapasitesinin 23 olmasına rağmen 61 mahkûmun bulunduğundan bahsedilmiştir.[73] Ocak 1920 tarihli bir başka belgede ise hapishane için şu ifadelere yer verilmiştir: "*Eskişehir hapishanesi her ne kadar tamir edilmiş ise de yeterli değildir ve izdiham mevcuttur. Alt koğuşlar karanlık ve rutubetlidir. Hapishane kapısının bitişiğinde ve koğuşların yanında çocuklar ve hastalar için bir oda ayrılmış ise de henüz kullanıma hazır hale getirilemediğinden hasta ve çocuklar halen*

[72] BOA, ŞD, 1345/6; H. 2 Rabiulahir 1315 / M. 31 Ağustos 1897; Mehmet Güneş, "Osmanlı Devleti'nin Son Dönemlerinde Kırşehir Hapishanesi (1873-1919)", C.4, S.14, 2017, Türk & İslam Dünyası Sosyal Araştırmalar Dergisi, s. 67.

[73] BOA, DH.MKT, 2307/84; H. 18 Şevval 1317 / M. 19 Şubat 1900; Gümüşsoy, s. 220.

diğerlerinin yanında bulunmaktadır. Mahkûm ve tutuklular hiçbir zabt-u rabt altında değildir…"[74]

1903 tarihli bir arşiv kaydına göre Çorum hapishanesinin darlığı ve mahkûm çokluğu nedeniyle 40-50 kadar mahkûm tifo hastalığına yakalanmıştır. Hapishanenin hastane kısmı ise sadece 6 kişilik olduğu için diğer hasta mahkûmların başka hapishanelere nakledilmesi talep edilmiştir.[75]

1909 yılında Ankara valiliğinden Dahiliye Nezaretine çekilen bir telgrafta vilayete bağlı olan Çorum hapishanesindeki mahkûmların yatacak yer dahi bulamadıkları için sabaha kadar feryad-u figan ettikleri belirtilerek, 40 kadar mahkûmun Kırşehir hapishanesine nakledilmeleri talep edilmiştir.[76] Bu durum bazı hapishanelerde yatacak yer dahi bulamayacak şekilde izdihamın bulunduğunu ortaya koymaktadır.

8 Ocak 1911 tarihinde Bolvadin hapishanesindeki durumu ele alan bir rapor hazırlayan Binbaşı Sadeddin Bey'in ifadesine göre hapishanede farklı boyutlarda ve harap halde üç oda bulunmakta, izbeye benzeyen bu odalarda mahkûmların bazılarının altında hasır bile bulunmamaktaydı. Ayrıca mahkûmlar kendilerine soğuk havaya rağmen hasır ve kömür verilmediğini belirtmişlerdir.[77] 1914 tarihli bir diğer arşiv belgesinde Muğla hapishanesinde de mahkûmların toprak zeminde yatıp kalktıkları belirtilmiştir.[78]

6. Kıyafet Alma Hakkı

1880 nizamnamesinin 18. maddesinde *"Her tevkifhane ve hapishanede mevkufine müteallik yatak ve esvablar için bir defter-i mahsus … için ayrıca bir defter tutulacağı gibi her mevkufun teslim edeceği akçe ve zi-kıymet eşya için başka bir defter ile …"* denilerek mahkûmların hepsine verilecek olan yatak ve kıyafetler için bir defter tutulacağı açıklanmıştır. Bu hükümden her mahkûma yatacağı bir yatak ve giyeceği kıyafet verileceği sonucu çıkarılabilir. Ayrıca maddenin devamında tüm mahkûmların hapishaneye girişte üstünde olup, ilgili makamlara teslim edeceği para veya değerli eşyaların listesinin tutulacağı açıklamıştır. Buradan mahkûmların her biri aynı kıyafeti giyeceği için hapishaneye geldikleri kıyafetlerinin ve üstlerinde bulunan diğer eşyalarının korunması hakkına sahip oldukları da görülmektedir. 27. maddede ise

---

74 BOA, DH.MB.HPS, 164/47; H. 16 Rabiulahir 1338 / M. 8 Ocak 1920; Gümüşsoy, s. 224.

75 BOA, DH.TMIK.S. 45/5, H. 04.02.1321 / M. 2 Mayıs 1903; Hanilçe / Şeyhoğlu, s. 416.

76 BOA, DH.MKT, 2724/29-1,2; H. 8 Muharrem 1327 / M. 30 Ocak 1909; Güneş, s. 79.

77 BOA, DH.MB.HPS, 1/9; H. 9 Cemazeyilevvel 1329 / M. 8 Mayıs 1911; Sunay, s. 52. Malatya hapishanesinde de benzer şekilde mahkûmlar toprak zemin üzerinde uyuyorlardı. Murat Gökhan Dalyan, "Son Dönem Osmanlı Hapishanelerindeki Yaşam Koşulları Üzerine bir Değerlendirme: Malatya Sancağı Hapishaneleri", C.5, S.14, 2018, Route Educational and Social Science Journal, s. 1372.

78 BOA, DH.MB.HPS.M, 11/18-2; H. 3 Rabiulahir 1332 / M. 1 Mart 1914; Temel, s.115.

"..mevkufinin hıfz olunacak eşyalarının yıkatılıp temizlendirilmesine ve bağlandıktan sonra üzerilerine yafta yapıştırılıp mahall-i mahsusunda hıfzına dikkat edeceklerdir" denilerek mahkûmların kıyafetlerinin temizlendikten sonra iyi bir şekilde korunması görevi başgardiyana verilmekle beraber, mahkûmların kıyafetlerini yıkatma ve bunların uygun bir şekilde muhafaza altına alınması haklarına sahip olduğu da anlaşılmaktadır.

Nizamnamenin 56. maddesinde ise *"Mahkûminin elbisesi mevsimine göre yün veya ketân ve yahut pamuktan olarak iki renkli olmak üzere bir pantolon ve nispetinden ve bir don ve gömlekten ibaret olup iş bu elbise iki senede bir kere verileceği gibi don ve gömleğin müddet-i mezkure için ikişer kat verilip haftada bir defa yıkanacak ve iki senede bir defa yine iki renkli olmak üzere birer tarpuş ile bir çift kundura ve üç senede bir kere birer yağmurluk verilecektir ve kadınlara mahsus olan elbise dahi o nisbet üzerine tertib ve i'ta olunacaktır"* hükmü bulunmaktadır. Bu maddede mahkûmlara verilecek olan kıyafetlerin detaylı tanımı yapılmıştır. Hatta kıyafetlerin kumaşının nasıl olacağı, mevsimine göre yün, pamuklu veya ketenden olacağı açıklanmıştır. 1880 gibi bir tarihte oldukça yeterli sayılabilecek ikişer tane pantolon, don, gömlek, yağmurluk verileceği ve yağmurluğun üç senede bir, diğerlerinin ise iki senede bir yenileceği belirtilmiştir. Toplumda orta halli sayılabilecek bir kimsenin ancak alabileceği bu kıyafetlerin hapishane tarafından ücretsiz olarak sağlanması bu açıdan önemlidir. 57. maddeye göre ise, sağlık durumundan dolayı başka bir kıyafet giymesi gereken mahkûmların durumuna doktor bakacak ve gerekirse bu kıyafetlerin giyilmesine izin verebilecektir. 58. maddede ise mahkûmların hapishaneye girerken teslim ettikleri kıyafetlerinin, hapishaneden çıkarken dezenfekte edildikten sonra temizlenerek kendilerine geri verileceği hükme bağlanmıştır.

1893 tarihli nizamnameye göre mahkûmlar hapishaneye giriş yaptıklarında üzerlerindeki elbiseler çıkarılacak ve hamamda yıkandıktan sonra kendilerine hapishaneye mahsus elbiseler verilecektir. Bu elbiselerin hepsi aynı kuştan mamul olacak ise de renkleri mahkûmların suçlarına göre farklı olacaktır. Öyle ki, kürek cezasından mahkûm olanlar açık sarı, 7 yıldan fazla ceza alanlar sol tarafı kırmızı sağ tarafı sarı, daha az ceza alanlar ise bunun tersi yani sol tarafı sarı sağ tarafı kırmızı olacak şekilde elbise giyeceklerdir.[79]

Nizamnamedeki hükümlerin mahkûmlara verilecek kıyafet bakımından da çağının çok ilerisinde olduğu açıktır. Bu sebeple devletin ekonomik sıkıntı ve savaşlarla boğuştuğu bu dönemlerde mahkûmlara kıyafet sağlanmasına çok dikkat edilememiştir. Ancak bu konuda merkeze gönderilen belgelerden bu konuya önem verildiği, merkezden mahkûmların giyeceği kıyafetlerle ilgili taleplerde bulunulduğu da görülmektedir.

[79] BOA, Y.PRK.MYD, 13/9; H. 29 Zilhicce 1310 / M. 14 Temmuz 1893; Akın, s. 29, 34.

Ocak 1917 tarihli bir arşiv belgesine göre Beyrut Merkez hapishanesindeki mahkûmlardan fakir olanlar için 150 tane gömlek yapılması, bu gömleklerin 15 günde bir temizlenmesi için ise aylık 5 kıyye sabun ve 60 okka odun verilmesi talep edilmiştir.[80]

Aralık 1918'de Üsküdar hapishanesinde mülkiye müfettişinin teftişi sonrasında hazırladığı raporda mahkûmlardan pislik içinde olanların çamaşırlarını temizlemeleri için sabun dağıtılması yönünde bir uyarıda bulunmuşsa da hapishane müdürünün verdiği cevapta mahkûmların çoğunun elbiselerinin olmadığını, olanların da pislik içinde olduğunu belirtmesi[81] durumun ciddiyetini ve nizamnamedeki bazı hükümlerin uygulanmaktan ne kadar uzak olduğunu göstermesi açısından önemlidir. İstanbul Üsküdar'daki mahkûmlarda bile elbise istihkakı konusunda bir ilerleme sağlanamamıştır.[82]

1919 yılında Eskişehir hapishanesini teftiş eden bir heyet, 1880 tarihli nizamnameye atıfta bulunarak tek tip kıyafet konusunda ilgili nizamnamedeki hükümlerin dikkate alınmasını raporlamıştır. Bu durum ilgili hükümlere riayet edilmediğini, nizamnamenin yayımlanmasından sonra geçen 40 yılda çok da bir değişikliğin olmadığını göstermesi açısından önemlidir.[83] Bir arşiv belgesine göre mahkûmlara tek tip kıyafet verilerek firar etmeleri halinde yakalanabilmelerinin sağlanmasının amaçlandığı ve bu emre göre gerekli tahsisatın yapılması gerektiği emredilmiştir.[84]

7. Haberleşme Hakkı

1880 nizamnamesinin 19. maddesine göre *"Hapishane müdirleri mevkufinin idare-i zabıta ve adliyeye ve müdafaalarına memur dava vekillerine müdir marifetiyle gönderecekleri mektuplardan maada sair yazacakları veya ahzedecekleri mektubları görüp mütalaa edeceklerdir"* denilerek mahkûmların davaları ile ilgili olarak avukatları (vekilleri) ile ve ayrıca başka kimselerle mektuplaşabilecekleri belirtilmiştir. Bu hükümden mahkûmların dışarısı ile haberleşme hakkına sahip oldukları ortaya çıkmaktadır.

88. maddeye göre ise *"Mücrimin-i mahkûmin hapishane nizamınca muayyen olan hudud ve ahkam dahilinde olarak kendilerine gönderilecek mekatib ile hariçten gelen ianatı kabule mezundurlar"* denilmiştir. Bu hükme

---

80 BOA, DH.MB.HPS, 77/38-2; H. 30 Rabiulevvel 1335 / M. 24 Ocak 1917; Tiryaki, s. 445.

81 BOA, DH.MB.HPS.M, 36/18; H. 17 Rabiulevvel 1337 / M. 21 Aralık 1918; Yüksel Çelik, "Hapishane Tarihimizden Bir Kesit: Üsküdar Paşakapısı Tevkifhanesi ve Mütareke Dönemi'nde İşgali", C.72, S.264, 2008, Belleten, s. 618.

82 29 Aralık 1919 tarihli bir başka belgede ise hapishane müdürü mahkûmların üçte birinin elbise ve hatta fanilalarının bile olmadığını belirtmiştir. BOA, DH.MB.HPS.M, 41/3; H. 6 Rabiulahir 1338 / M. 29 Aralık 1919; Çelik, s. 618-619.

83 BOA, DH.MB.HPS, 98/46; H. 12 Cemazeyilahir 1338 / M. 3 Mart 1920; Gümüşsoy, s. 232.

84 BOA, DH.TMIK.S, 38/65; H. 24 Rabiulevvel 1320 / M. 1 Temmuz 1902.

göre mahkûmlar kendilerine dışarıdan gelen her türlü mektup ve yardımı alma hakkına sahiptirler.

1893 tarihli nizamnameye göre mahkûmların üzerlerinde bulunan paralar gardiyanlar tarafından muhafaza edilip kendilerine her seferde 5-10 kuruş verilmektedir; ancak mahkûmların yakınları tarafından mahkûmlara verilmesi için kendilerine verilen parayı, gardiyanlar sahiplenerek mahkûmlara vermemektedirler.[85] Bu durum gardiyanların mahkûmlara gönderilen parayı gasp ettikleri örneklerinin bulunduğuna işaret etmektedir.

8. İzin Hakkı

1880 nizamnamesinin 20. maddesinde *"... mücrimin-i mahkûme her gün koğuşlardan teneffüse çıkarıldığı ve koğuşlara konulduğu vakitlerde..."* denilerek mahkûmların her gün koğuştan dışarı çıkıp "hava alma" hakkına sahip oldukları görülmektedir. Ancak kanunda kendilerine verilen bu hakkı mahkûmların kullanmakta sıkıntı yaşadıkları görülmektedir. Hatta bu hükmün uygulandığı hapishane sayısı çok azdır.

1919 yılında arşiv belgelerine yansıyan bir örnekte Üsküdar Hapishanesindeki mahkûmların güzel günlerde güvenlik tedbirleri alınmak suretiyle hariç mahallerde güneşlendirilmesi talep edilmiştir.[86] Ancak hapishane yöneticileri bu hükümleri uygulamakta tereddüt ediyordu; çünkü bu durumdaki en önemli sorun fiziki şartları yetersiz ve güvenlik açığı bulunan hapishanelerde mahkûmların firar etme ihtimalleri idi.

Kayseri hapishanesinde ise günümüzdeki açık ceza infaz kurumuna benzer şekilde; şehirde evi olan mahkûmların bazen geceyi evlerinde geçirmelerine, sabah hapishaneye gelmek şartıyla izin veriliyordu.[87]

9. Kişisel İhtiyaçlarını İnsani Bir Şekilde Giderme Hakkı

1880 nizamnamesinin 36. maddesinde *"... mahbusini tıraş etmek üzere her hapishanede nezdinde idare tarafından ücretli bir berber bulunacağı gibi mahbusinden tıraş olanların yanında bir gardiyan mevcud olacak ve mücrimin ve mahbusinden yıkanmak isteyenler nevbetcilere ve bunlarda gardiyana haber vererek takım takım gasılhanelere götürülerek nevbetcilerin nezaretleri altında yıkandıktan sonra koğuşlarına götürüleceklerdir"* hükmü bulunmaktadır. Buna göre mahkûmların gerektiğinde tıraş olabilecekleri bir berber belirlenen gün ve saatlerde hapishanelerde bulunacaktır. Bunun dışında yıkanmak isteyen mahkûmlar da bu ihtiyaçlarını giderebilecekleri

---

85 BOA, Y.PRK.MYD, 13/9; H. 29 Zilhicce 1310 / M. 14 Temmuz 1893; Akın, s. 28.

86 BOA, DH.MB.HPS, 98/21; H. 3 Muharrem 1338 / M. 28 Eylül 1919; Çelik, s. 615.

87 Yıldız, 2002, s. 107.

banyolara götürüleceklerdir. Bu açıdan mahkûmların istedikleri takdirde tıraş olabilme ve banyo yapabilme haklarına sahip oldukları; banyo haklarını kullanabilmeleri için de belirli günler öngörülmediği, istedikleri takdirde bu haklarını insani bir şekilde giderebilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Uygulamada ise örneğin Musul hapishanesinde mahkûmların hapishane dışındaki hamamı kullanmalarına izin verilmiştir.[88] Bu durumdan hapishane içinde mahkûmların kullanmaları için bir banyo veya hamamın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ancak hapishanenin bu imkana sahip olmaması mahkûmların en temel insani ihtiyaçlarından olan temizlik ihtiyacını almalarına engel olmamaktadır.

Bolu Sancağına bağlı Devrek Hapishanesi hakkında 19 Aralık 1914 tarihinde yapılan araştırmaya göre hapishanenin lağım ve su yolu inşa edilmediği için lağım kuyusundan koku gelmekte ve mahkûmlar geceleri sağlık bakımından uygun olmayan yerlere def'i hacet yapmak zorunda kalmaktadırlar ve bu da genel sağlığı tehlikeye attığı için derin bir lağım inşasına ihtiyaç duyulduğu rapor edilmiştir.[89] Bunun üzerine 1917 tarihinde tuvaletlerin ıslahı için ödenek kararlaştırılmıştır.[90]

1918 yılında Bilecik hapishanesini teftiş için görevlendirilen heyet hapishanenin durumunun diğer teftiş ettikleri hapishaneler içinde en iyisi olduğunu, her koğuşta bir abdesthane olduğunu belirtmişlerdir.[91] Bu durum mahkûmların yıkanma, def'i hacet gibi temel ihtiyaçlarını sıkıntısız bir şekilde giderdiklerini göstermektedir.

1919 yılında Galatasaray Tevkifhanesinde de mahkûmların hamam ihtiyacını insani bir şekilde giderebildikleri söylenemez. Öyle ki, binanın içinde hamam olmamasından dolayı mahkûmlar haftada iki kez bostan pazarına götürülerek burada banyo ihtiyaçlarını gidermeleri sağlanmıştır. Ancak firar teşebbüsüne engel olmak için günde 10 kişinin buraya gönderilmesi tutuklu sayısı çok olan bu kurumda mahkûmların ancak beş haftada bir defa hamama gidebilmelerine imkân tanımaktadır.[92]

---

88 Yıldız, 2002, s. 107; Arslan, 2020, s. 2118.

89 BOA, DH.MB.HPS, 152/35; H. 21 Muharrem 1333 / M. 9 Aralık 1914; Arslan, 2019, s. 740.

90 BOA, DH.MB.HPS, 12/24; H. 22 Cemazeyilahir 1335 / M. 15 Nisan 1917; Arslan, 2019, s. 742. Daha sonra ise bu ödeneğin bir türlü gönderilemediği, Haziran 1918'de hapishaneyi teftiş eden Hüsnü Bey'in raporundaki "…hapishane helasının tamir edilmesi gerekmektedir." ifadesinden anlaşılmaktadır. BOA, DH,MB.HPS, 47/41; H. 13 Şevval 1336 / M. 22 Temmuz 1918; Arslan, 2019, s. 743.

91 BOA, DH.MB.HPS, 163/86; H. 30 Zilkade 1337 / M. 27 Ağustos 1919; Demiryürek, s. 555-556.

92 BOA, DH.MB.HPS M, 38/105-2; H. 25 Şevval 1337 / M. 24 Temmuz 1919; Ahmet Bulut Tamgörgü, "Osmanlı Devleti'nin Son Döneminde Galatasaray Tevkifhanesi", C.5, S.1, 2020, Vakanüvis Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi, s. 487.

10. Eğitim Hakkı

1880 nizamnamesinin 92. maddesinde *"Her hapishanede mahbusların istimali için birkaç kitap bulunup bunların nev'i ve cinsi müdir tarafından intihab ve tayin olunacaktır"* denilerek her hapishanede mahkûmların okuması için müdür tarafından belirlenecek kitapların bulunacağı belirtilmiştir. Bu açıdan kitap okumak isteyen mahkûmların da bu ihtiyaçları göz ardı edilmemiştir.

Dr. Pollitz'in 1918 yılında hazırladığı rapora göre hapishanelerde mahkûmların terbiye ve ıslah edilmeleri için bir okul kurulmalı, ayrıca mahkûm olan annelerinin yanında kalan çocuklar için de 20-30 kişilik sınıflar yapılmalıdır.[93]

Mahkûmların eğitim-öğretim hakkı ile ilgili çok fazla arşiv belgesi bulunmasa da bulunan örnekler bu hakka Osmanlı Devleti'nin önem verdiğini ve hapishanelerde buna yönelik faaliyetlerin yapılıp imkanların sunulduğunu göstermektedir. 1916 yılında Karesi Liva Hapishanesi hakkındaki bir arşiv belgesine göre mahkûmlardan ehl-i namus, yaşı ilerlememiş olanlar bir koğuşta toplanmış, ayrıca suçu tasdik edilmemiş olan tutukluların boş vakit geçirmemeleri için eğitim almalarına karar verilmiş ve Ceza Reisi ve müddei-i umumi'nin çabalarıyla bunların koğuşuna 8 tane sıra, kara tahta ve 40 tane elif-ba kitabı alınarak eğitimleri için 3 öğretmen, 1 mübaşir görevlendirilmiştir. Ayrıca mahkûmların çocuklarının da eğitim almalarına imkân tanınmış, okul dönemlerinde okula gidebilmişlerdir.[94] Bu örnek bize göstermektedir ki birçok hapishanede örneği olmasa da mahkûmların eğitim almalarına ve eğitim haklarına özen gösterildiği, bu konuda çalışmaların yapıldığı istisnai hapishaneler de bulunmaktadır.

İstanbul, Edirne ve Aydın hapishanelerinde de kürek mahkûmlarına okuma-yazma, hesap, coğrafya, tarih ve dini ilimler dersleri verilmesi kararlaştırılmıştır.[95]

11. Yeme-İçme Hakkı

1880 nizamnamesinin 53. maddesine göre "*Mevkufin ile mahbusine devlet tarafından i'ta olunacak mekulat-ı yevmiyye üçer yüz dirhem olmak üzere birer çift nan-ı azizden ibaret olub yetişdikten yirmi dört saat sonra tevzi olunacaktır. Mevkufin müstesna tutularak kusur-ı mahkûm olan mahbusine revgan-ı sade veya iç yağıyla pişirilmiş mevsimine göre kuru zahire veya taze sebzevattan ibaret olarak yevmiye 130 dirhem çorba verilecek ve çorbanın havi olduğu yağ ve sebzenin miktarı tabibin rey'i üzerine başkaca tayin olunacaktır. Hamile olanlar ile memede çocuğu olan kadınlara tabibin rey'i üzere lüzumu*

---

93 Tekin, 2008, s. 217.

94 BOA, DH.MB.HPS, 157/27; H. 5 Recep 1334 / M. 8 Mayıs 1916; Yıldız, 2015, s. 105-106.

95 BOA, DH.MB.HPS, 144/103; H. 23 Rabiulevvel 1330 / M. 12 Mart 1912; Tekin/Özkes, s. 195.

mikdar ziyade verilebilecektir. Ve haftada bir kere çorba yerine her mahbus için 60 dirhem emsaliye 40 dirhem kuru fasulye ve 20 dirhem pirinç ve Ramazan-ı şerife mahsus olmak üzere imsakiye olarak 50 dirhem pirinç ve 6 dirhem revgan-ı çervit ve 4 dirhem tuz ve et tayını verilmeyen günlerde 4 dirhem revgan-ı çervit ve aktariye olarak lüzumu kadar zeytin dairesini tecavüz etmeyecektir." Bu maddede mahkûmlara hapishane tarafından verilecek yemeklerin detaylı bir açıklamasının yapıldığı görülmektedir. Her mahkûma günlük olarak ekmek, çorba, sebze ve et yemekleri verileceği, sebze yemeklerinin hangi kalitede olacağı, et çıkmayan günlerde zeytin gibi başka gıdaların ikame edileceği, hatta belirlenen yemeklerin verilmeden önce doktordan görüş alınacağı belirtilmiştir. Günümüzde hapishanede veya diğer başka kurumlarda yemekler için çıkarılan kalori hesabının benzeri 1880'li yıllarda hapishane yemekleri için öngörülmüştür. Bu kuşkusuz o dönemin şartları için çok önemli bir düzenlemedir.

Uygulamadaki örnekler neredeyse her maddede olduğu gibi bu maddenin de uygulanamadığını göstermektedir. Halkın çoğunun yetersiz beslendiği o dönemde mahkûmların bu maddede sayılan gıdaları alabilmesi pek mümkün görünmemektedir. 1891 tarihinde Kütahya hapishanesinde bulunan Mahmut isimli bir mahkûm, kendisine verilmesi gereken ekmek istihkakının verilmemesi sebebiyle Dahiliye Nezareti'ne şikâyet dilekçesi yazmış ve nezaret, gereğinin yapılmasını ilgili makamlara iletmiştir.[96] Bu durumdan Osmanlı devletinde oldukça kötü durumda olduğu düşünülen hapishanelerdeki mahkûmların bile devletin en yüksek makamlarına şikâyet dilekçesi yazabilip hakkını arayabildiği ortaya çıkmaktadır. Devletin şikâyet-kontrol mekanizmasının ne denli düzenli ve güçlü olduğu da buradan anlaşılmaktadır.

Osmanlı'da 19. Yüzyılın ortalarında mahkûmlara nizamname hükümlerine aykırı olarak yeterli yemek verilemiyordu. Bu sebeple aç kalma riskiyle karşı karşıya olan mahkûmlara aileleri, yakınları veya yardım cemiyetleri vasıtasıyla yemek yardımı yapılıyordu. Müslüman mahkûmlara yardımseverler, vakıflar ve dini kurumlar, Hristiyan mahkûmlara kiliseler aracılığıyla yemek verilebilmiştir. Maddi durumu yerinde olan mahkûmlar ise hapishane bakkallarından iaşe sağlayabiliyorlardı.[97] Arşiv belgelerindeki ifadelerde bazı mahkûmların yiyecek yetersizliğinden dolayı aç kalmaktansa firara teşebbüs ettikleri iddia ediliyordu.[98]

Arşiv belgelerinden anlaşıldığına göre 1880 nizamnamesinde mahkûmlara verilecek yemek istihkakı ile ilgili çağın üstünde

---

96 BOA, DH.MKT, 1896/30; H. 29 Rabiulahir 1309 / M. 2 Aralık 1891; Bozkurt, 2012, s. 273.

97 Kent Schull, "Fielding Penal Institutions, Nation-State Construction and Modernity in The Late Ottoman Empire, 1908-1919", PhD Dissertation, University of California, Los Angeles, 2007, s. 35; Yıldız, 2002, s. 105; Demirkol, s. 28-29; Güneş, s. 77.

98 BOA, DH.MB.HPS, 157/68-5; H. 23 Zilhicce 1334 / M. 21 Ekim 1916; Güneş, s. 78, 81.

denilebilecek düzenlemeler yapılmasına rağmen mahkûmların yemek ihtiyacı için kendilerine sadece ekmek verildiği görülmektedir. Hatta nizamnamede öngörülen günlük ekmek miktarı bile tam olarak verilememekteydi. Bu durum ülkenin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar ile bağlantılıdır[99] Bazı durumlarda tutuklulara ekmek verilmediği tespit edilip bu konuda hapishaneler uyarılmış ve tutuklu hükümlü ayrımı yapılmaksızın tüm mahkûmlara ekmek ihtiyaçlarının verilmesi emredilmiştir.[100]

Ocak 1905 tarihli bir arşiv belgesine göre Eskişehir hapishanesinde her mahkûma günlük 450 gr. ekmek verilmektedir. Bu ekmek istihkakının 1917 yılına kadar aynen devam ettiği görülmektedir. Ayrıca hapishanede bunun dışında mahkûmların kendi yemeklerini yapabilecekleri bir mutfağı bulunmamakla beraber yardım cemiyetlerinden de yemek gelmemektedir.[101] Aralık 1915 yılında yapılan bir teftişte gardiyanların mahkûmların akrabaları tarafından getirilen yiyecekleri onlara vermeyip, hapishane bakkalından fahiş fiyata almaya zorladıkları, verilen ekmeğin bir süredir gayet kötü olduğu ve bu sebeple ekmek sağlayıcısı olan fırıncıya belediye tarafından ceza kesildiği, kanuna aykırı bir şekilde bazı mahkûmlara ekmek verilmediği, diğer mahkûmların kendi ekmeklerinden bu mahkûmlara verdikleri raporlanmıştır.[102] Bu rapor Eskişehir hapishanesindeki durumun vehametini, kanunlara ve nizamnameye uyulmadığını göstermesi açısından önemlidir. 1919 yılı Aralık ayında hapishaneyi teftişe gelen bir heyet yemek konusunda mevcut nizamnameye uygun davranılması gerektiğini belirtmiştir. Bu durum da ilgili hükümlere uyulmadığını göstermektedir.[103]

21 Ocak 1917 yılında Bartın hapishanesi hakkında gönderile bir rapora göre hapishanede yiyecekler hapishane mutfağında mahkûmlar tarafından hazırlanmakta, ekmek ise hapishane dışından alınmaktadır. Mahkûmların yiyeceklerini karşılayan bir yardım cemiyeti bulunmamaktadır.[104] Zengin mahkûmların yemek istihkakının kesilmesi ile ilgili mahalli hükümetçe bir karar alınmış, bu karara rağmen Bartın Ceza Reisi Muiddin Efendi, bunun kanuna uygun olmadığını, zenginlere de istihkak verilmesi gerektiğini hapishaneyi teftişi sırasında belirtmiş,

---

99 Demirkol, s. 152-153.

100 BOA, DH.MB.HPS, 151/52; H. 17 Zilkade 1332 / M. 7 Ekim 1914; Demirkol, s. 152.

101 BOA, DH.MB.HPS.M, 26/59; H. 17 Rabiulevvel 1335 / M. 11 Ocak 1917; Gümüşsoy, s. 231.

102 BOA, DH.MB.HPS, 74/51; H. 18 Safer 1334 / M. 26 Aralık 1915; Gümüşsoy, s. 240. 1911 tarihli bir emirnamede hapishane bakkallarına sattıkları malı piyasa fiyatından pahalı satmamaları emredilmiştir. BOA, DH.MB.HPS.M, 2/18; H. 12 Ramazan 1329 / M. 6 Eylül 1911.

103 BOA, DH.MB.HPS, 98/46; H. 12 Cemazeyilahir 1338 / M. 3 Mart 1920; Gümüşsoy, s. 232.

104 BOA, DH.MB.HPS.M, 27/21-8; H. 18 Rabiulahir 1335 / M. 11 Şubat 1917; Arslan, 2020, s. 2123.

bu durum hapishane personelinin hoşuna gitmeyince kendisi hakkında şikâyet dilekçesi yazılmıştır. Öyle ki, 27 Şubat 1913 yılındaki belgeye göre Bartın hapishanesindeki 250 civarındaki mahkûmdan 152'sine istihkak verilmesine rağmen diğerlerine zengin olmaları gerekçesiyle istihkak verilmemektedir.[105] Söz konusu şikâyet üzerine Dahiliye Nezaretinin 12 Mart 1913 tarihinde verdiği cevapta mahkûmların kendi maddi imkanlarına göre isteklerini dışarıdan karşılayabilecekleri; ancak hiçbir mahkûmun aç bırakılmaması, isteyen her mahkûma istihkakın verilmesi emredilmiştir.[106] Bu durum mahkûmların maddi imkanlarına göre kendilerinin yemek hakkı noktasından hapishane tarafından verilecek istihkaklarında kısıtlama yapılamayacağı, en temel insan haklarından olan yeme-içme hakkının maddi durumlarına bakılmaksızın tüm mahkûmlara eşit olarak sağlanmasının Osmanlı devletinde ne kadar önemsendiğini ortaya koymaktadır.

Zengin mahkûmlara verilmesi gereken yemek yani ekmek istihkakının verilmemesi uygulamasının ülke genelinde uygulandığı görülmektedir. Dahiliye Nezaretinin Adliye Nezaretine yazdığı bir tahrirata göre 1913 tarihinde Tokat Hapishanesinde mahkûm olan 500 kişiden 453'üne günlük ekmek istihkakı verilmektedir. Mahkûmlardan açlıktan dolayı şikâyet eden hiç kimsenin bulunmadığı da ilgili belgede yer almaktadır.[107] Bu durumda zengin mahkûmlara ekmek istihkakının verilmemesi uygulamasının mahkûmları mağdur etmemek üzere uygulandığını, Bartın hapishanesindeki gibi mahkûmların mağdur olup aç kaldıkları takdirde zengin-fakir ayrımı yapmaksızın tüm mahkûmlara ekmek istihkakının verildiği sonucuna ulaşılabilir.

1917 yılında Ermenek hapishanesinde hapishane içinde mahkûmların yiyecek-içecek ihtiyaçlarını karşılayabilecekleri bir mutfak olmadığı için yiyecek-içecek dışarıdan yani mahkûmların akrabaları ve yakınları tarafından temin edilmekteydi.[108]

1917 yılında Yozgat hapishanesindeki mahkûmlar adına Ahmet adındaki bir mahkûm tarafından çekilen telgrafa göre kendilerine verilen yemek istihkakının sağlıksız olduğu ve buna dikkat edilmediği belirtilmiştir. Merkezi idare tarafından verilen cevapta bu şikâyetin dikkate alındığı ve hapishane idaresine bu konunun düzeltilmesi için emir verildiği görülmüştür.[109]

---

[105] BOA, DH.MB.HPS, 72/3-1,3,5,6,7; H. 1 Cemazeyilevvel 1331 / M. 8 Nisan 1913; Arslan, 2020, s. 2132.

[106] BOA, DH.MB.HPS, 72/3-1,3,5,6,7; H. 1 Cemazeyilevvel 1331 / M. 8 Nisan 1913; Arslan, 2020, s. 2132.

[107] BOA, DH.MB.HPS, 42/40-5; H. 15 Cemazeyilevvel 1332 / M. 11 Nisan 1914; Bilirli, 2019, s. 904.

[108] BOA, DH.MB.HPS.M, 27/10; H. 8 Rabiulahir 1335 / M. 1 Şubat 1917; Bilirli, 2018a, s. 337.

[109] BOA, DH.MB.HPS, 109/14; H. 7 Cemazeyilevvel 1337 / M. 8 Şubat 1919; Bilirli, 2018b, s. 82.

Mart 1917 tarihli bir arşiv belgesine göre mahkûmlara verilen iaşelerin az olması sebebiyle açlık ve hastalık gibi durumlarla karşılaşılmaması için mahkûmlara verilmesi gerek günlük kalori ihtiyacını karşılayacak şekilde yemek verilmesinin gerekliliği belirtilmiştir.[110]

Bursa'ya bağlı Orhaneli kazasındaki hapishane hakkındaki bir arşiv evrakına göre mahkûmlara yiyecek olarak sadece ekmek verilmekte beraber bu ekmeğin de miktarı 500 gramdan 400'e düşürülmüştür. Nizamnameye göre günlük 960 gram verilmesi gerekirken bu miktarın yarısından da azının verildiği görülmektedir.[111]

Devrek hapishanesini teftiş eden mülkiye müfettişi Hüsni Bey'in raporuna göre *"Haziran 1918 tarihinde hapishanede mahkûmlara günlük 300 dirhem yaklaşık (962.1 gram) ekmek verilmesi gerekirken 500 gram ekmek verilmektedir."*[112]

1918 tarihli bir arşiv belgesine göre Üsküdar hapishanesi müdürü açlık ve yetersiz beslenme yüzünden hastalanan mahkûmların bir kısmının öldüğünü ve bu sebeple mahkûmlara sıcak yemek verilmesi ve günlük ekmek istihkakının yarımdan bire çıkarılmasını talep etmiştir.[113]

12. Tutuklu-Hükümlüler ile Cezası Farklı Olanların Farklı Koğuşlarda Bulunma Hakları

1880 nizamnamesinin 73. maddesine göre *"Hapis cezasıyla mahkûm olanlar ile müttehem ve maznun-i aleyhin koğuşları başka başka olacağı gibi hapishane-i umumilerde 10 seneye kadar kürek cezasıyla mahkûm bulunanlar ile müebbetlerin dahi koğuşları başka başka olacaktır. Ve misafir bulunan mahbuslar diğer mahbuslar ile ihtilat ettirilmeyecektir."* Bu hükme göre hapishanede tutuklu bulunanlar ile hükümlü mahkûmlar ayrı ayrı, hükümlülerden de müebbet hapis cezası alanlar ile diğerleri farklı koğuşlarda barındırılacaktır. Bu hükümdeki amaç müebbet cezası almış olan, olası tehlikeli suçlular ile hayatında belki sadece bir kere suç işlemiş ve kısa süreli hapis cezası almış olanların etkileşimlerinin, müebbetliklerin diğer mahkûmlara zarar vermesinin ve hatta onlara kötü örnek olmalarının önüne geçmektir.

Nizamnamenin 90. maddesinde ise *"On sekiz yaşını tekmil etmemiş olan çocuklar mevkuf bulundukları halde gece ve gündüz sair mahbusinden bütün bütün ayrı bir mahalde ikame ettirilecektir"* denilmiştir. Burada da 18 yaşını doldurmamış olan çocuk mahkûmların diğer mahkûmlardan tamamen ayrı yerlerde ikamet ettirilecekleri hüküm altına alınmıştır.

110 BOA, DH.MB.HPS, 80/22; H. 12 Cemazeyilevvel 1337 / M. 6 Mart 1917.

111 BOA, DH.MB.HPS.M, 28/6; H. 4 Cemazeyilahir 1335 / M. 28 Mart 1917; Demiryürek, s. 554.

112 BOA, DH.MB.HPS, 47/41; H. 13 Şevval 1336 / M. 22 Temmuz 1918; Arslan, 2019, s. 743.

113 BOA, DH.MB.HPS, 78/90; H. 15 Şevval 1336 / M. 24 Temmuz 1918; Çelik, s. 615.

Diğer mahkûmlar ile çocuklar ayrılarak birbirleriyle iletişimleri tamamen engellenmiştir.[114]

1893 tarihli nizamnameye göre hapishanelerde tutuklu ve hükümlülerin ayrı tutulması, hükümlülerden de büyük veya küçük suç işlemiş olanların ayrı tutulmalarına dikkat edilmemektedir. Adam öldürmeden hükümlü olanlarla diğerleri belirli bir süre aynı yerlerde tutulmaktadırlar.[115]

Uygulamada ise daha önce bahsedilen mekân sıkıntısından dolayı bu hükümlere de uyulamadığı anlaşılmaktadır. Mahkûm sayısına göre koğuş azlığı, tutuklu ve hükümlülerin karıştırılmaması gibi tedbirlere başvurulmakta zorlanmasına yol açmaktadır. Ancak bu durumun yol açacağı sıkıntılar her zaman dile getirilerek kabullenmede bulunulmadığı da anlaşılmaktadır.

11 Şubat 1914 tarihli Ankara hapishanesinin yeniden inşasına ihtiyaç duyulduğunu belirten arşiv belgelerinin ekinde yeni hapishane için öngörülen projeler de bulunmaktadır. Bu projelerde yer alan planlarda farklı suçlardan hüküm giyen mahkûmlar için ayrı ayrı koğuşlar bulunduğu, nizamnamedeki hükümlerin bu projelerin hazırlanmasında dikkate alındığı görülmektedir.[116] Ancak imkansızlıklar ve devletin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar ve daha sonra 1. Dünya Savaşı'nın başlamasıyla bu hapishane projesi hayata geçememiştir. Ahmet Şerif Bey'in 1911 yılında Anadolu hapishanelerini gezdikten sonra "*Bu hapishaneler insan ruhunu medeniyet ruhunu ve adaleti kanatan sefalethaneler, bizim hükümetimiz ve memleketimiz için büyük birer lekedir*"[117] ifadesini kullanması hapishanelerin imkanlarının düzeltilemediğini göstermektedir.

Eylül 1915 tarihli bir belgeye göre Bolvadin hapishanesinde sadece üç oda bulunduğu ve ayrıca bir tevkifhane olmadığı için mahkûmlar ile tutuklular aynı koğuşlarda kalmaktadırlar. Ancak bu durumun sakıncalarının bulunduğu belirtilerek yeni bir hapishane inşası için ödenek talep edilmiştir.[118]

Karesi Sancağındaki hapishanede ise hapsen tazyik edilen borçlular ile diğer katil, eşkıya gibi suçlular aynı yerde tutulduğu için merkezden ayrı bir hapishane yaptırılması talep edilmiştir.[119]

---

114 Osman Nuri, s. 87.

115 BOA, Y.PRK.MYD, 13/9; H. 29 Zilhicce 1310 / M. 14 Temmuz 1893; Akın, s. 27.

116 BOA, DH.MB.HPS, 39/2; H. 3 Rabiulahir 1334 / M. 8 Şubat 1916; Kolay, s. 92.

117 Ahmet Şerif, Anadolu'da Tanin, C.1, Haz. Mehmed Çetin Börekçi, TTK Yayınları, Ankara, 1999, s. 281; Kolay, s. 95.

118 BOA, DH.MB.HPS, 155/33; H. 26 Şevval 1333 / M. 6 Eylül 1915; Sunay, s. 53.

119 Yıldız, 2012, 348; Yıldız, 2015, s. 97.

13. Ziyaretçileri ile Görüşebilme Hakkı

1880 nizamnamesinin 76. maddesine göre *"Mevkufin ve mahbusinin taallukatından olanlar ile 39. Maddede muharrer makamattan emr-i tahriri alanlar hapishane müdirinin ruhsatıyla ancak mükâleme odasında ve yahut tahsis olunacak bir mahalde ve gardiyanlar muvacehesinde konuşabileceklerdir. Ve her halde görüşmek için hapishaneye gelenler mahbusin ile yiyip içmeyeceklerdir. Görüşülecek vakit ve eyyam ile müddet-i mülakat hapishane müdiri tarafından tayin olunacaktır."* Bu maddede mahkûmların en önemli haklarından olan ziyaretçi kabulü düzenlenmiştir. Öyle ki; ilgili kurumlardan izin alan ziyaretçiler, mahkûm olan yakınları ile kendilerine tahsis edilecek bir görüşme odasında gardiyanların refakatinde görüşebileceklerdir. Bu görüşme sırasında mahkûmlar ile ziyaretçilerin bir şey yiyip içmeleri yasaklanmıştır. Dışarıdan getirilebilecek zehirli bir yemek veya içki ile mahkûmun zehirlenebilme ihtimalinin bu hükmün koyulmasında dikkate alındığı düşünülebilir.

77. maddede ise *"Sabıkalı takımından ve zabıtaca su-i ahvali müsbet olan eşhasın haricden mahbusin ile görüşmeleri memnudur. Usul füruundan olan akrabalar ile vasileri müstesnadır."* Bu maddede ise zabıta tarafından kötü ahlaklı olarak belgelenen veya sabıkalı kimselerin mahkûmlar ile görüşemeyeceği belirtilmiştir; ancak mahkûmun alt ve üstsoyu ile vasileri sabıkalı veya kötü ahlaklı olsalar bile mahkûm ile görüşebilirler. Çünkü her ne kadar sabıkalı veya kötü ahlaklı olursa olsun kişinin kendi alt ve üstsoyu ile görüşmesinin engellenmesi insan haklarına uygun olamaz. Ayrıca kişinin kendi malını onun adına kullanabilen vasisi ile görüştürülmesinin engellenmesi de mahkûmun malvarlığının aleyhine olabileceği için engellenmemiştir.

1893 tarihli nizamnameye göre mahkûmları ziyaret için hapishaneye gelen kişilerin üzerleri aranmaksızın görüşmelerine izin verilmektedir. Bu durumun da mahkûmların firar etmelerine yardım etmeye sebep olacağı ifade edilmiştir.[120] Bu eleştirinin o tarihlerde doğru olduğu kabul edilse bile daha sonraki tarihlerde ziyaretçilerin üzerlerinin arandığını arşiv belgeleri doğrulamaktadır.

1913 tarihli bir arşiv belgesine göre İstanbul'daki Hapishane-i Umumi'ye gelen Anbarlı ahalisinden olduğunu, hapishanede mahkûm olan dayısı Pavli v. Anastas'ı ziyaret etmek istediğini söyleyen Ankoli v. İstavri'ye gerekli izin çıkmamıştır. Çünkü o sıralarda İstanbul'da meydana gelen kolera salgınının hapishaneye bulaşmamasına özen gösteren hapishane doktorları, bu ziyareti mahkûm sağlığı açısından tehlikeli bulmuşlardır.[121]

1918 tarihli bir arşiv belgesinde ise tutuklu bulundukları İstanbul Tevkifhanesinden ara sıra dışarı çıkıp kahveye giden ve hatta Hapishane-i Umumi'deki bir mahkûmu ziyaret eden tutukluların olduğu

[120] BOA, Y.PRK.MYD, 13/9; H. 29 Zilhicce 1310 / M. 14 Temmuz 1893; Akın, s. 28.

[121] BOA, DH.MB.HPS.M, 9/53-1; H. 22 Muharrem 1332 / M. 21 Aralık 1913; Tiryaki, s. 448.

anlaşılmakla tevkifhanenin müdürü Agah Efendi ve baş gardiyanı Hasan Efendi hakkında soruşturma başlatılmıştır.[122] Bu durumdan Hapishane-i Umumi'deki mahkûmların rahatlıkla ziyaret edilebildiği anlaşılmaktadır.

1919 tarihli bir belgeye göre Hapishane-i Umumi'de mahkûm olan Burgazadalı Dimitri İzmiridis ve Dimitro, hapishanenin ziyaret saatlerinde aileleri ile görüştürülmediklerini belirterek bu durumu ilgili makamlara şikâyet etmişlerdir. Bunun üzerine kendilerine görüşme izninin verilmesi hapishane yönetimine bildirilmiştir.[123]

1920 tarihli bir arşiv belgesine göre ise Hapishane-i Umumi'de adam öldürme suçundan tutuklu olarak bulunan Dramalı Mustafa'dan alacaklı olan Nefise Hanım'a ziyaret saatleri dışında da tutuklu ile görüşebilmesi için izin verilmiştir.[124] Bu belgeden bazı özel hallerde görüşme saatlerinin dışında da görüşme izni alınabildiği anlaşılmaktadır. Çünkü alacaklısını kaçırmak istemeyen Nefise Hanım, tutuklu ile sürekli görüşerek onu bir nevi borcunu ödemeye zorlamak istemektedir, denilebilir.

1921 tarihli bir belgede ise İstanbul tevkifhanesinde tutuklu olan Rumları ziyaret edip kendilerine kitap vermek isteyen Macem İstavri Lazerin Efendi bir talepte bulunmuştur.[125]

1913 yılında Dahiliye Nezareti tarafından hapishanelere gönderilen bir emirnamede hapishanelerin ve mahkûmları ziyarete gelen kimselerin üstlerinin iyi bir şekilde aranması talimatı verilmiştir.[126] 1921 tarihli bir belgeye göre Hapishane-i Umumi'de mahkûm olan kardeşi Meyvehoşlu Tevfik'i ziyaret etmek için gelen Şahide Hanım'ın üzerinden bir şişe şarap çıktığı için hakkında tahkikat başlatılmıştır.[127] 1922 tarihli bir diğer belgede ise Dersaadet Hapishanesi'ne mahkûmlardan Gürcü Kamil'i ziyaret için gelen Ahmed oğlu Şevket'in üzerinden bomba fitili çıkmıştır.[128] Bu belgelerden anlaşıldığı üzere mahkûmları ziyarete gelen kişilerin üzeri kadın veya erkek fark etmeksizin aranmaktadır. Son örnekte ziyaretçinin üzerinden bomba fitilinin çıkmış olması mahkûmların bomba yaparak firar etme planlarının olduğunu göstermektedir. 1922 tarihli bir belgede ise mahkûmları ziyarete gelip hapishaneye yasaklı madde sokmaya çalışan kimselerin bir daha ziyaret yapmaktan yasaklanmaları emredilmiştir.[129]

---

122 BOA, DH.MB.HPS.M, 33/85; H. 9 Şaban 1336 / M. 20 Mayıs 1918.

123 BOA, DH.MB.HPS, 98/29; H. 28 Safer 1338 / M. 22 Kasım 1919.

124 BOA, DH.MB.HPS.M, 41/50; H. 15 Cemazeyilahir 1338 / M. 6 Mart 1920.

125 BOA, DH.MB.HPS.M, 46/28; H. 8 Şevval 1339 / M. 15 Haziran 1921.

126 BOA, DH.MB.HPS, 148/30; H. 20 Recep 1331 / M. 25 Haziran 1913; Demirkol, s. 184.

127 BOA, DH.MB.HPS, 99/29; H. 13 Recep 1339 / M. 23 Mart 1921.

128 BOA, DH.MB.HPS.M, 48/30; H. 5 Recep 1340 / M. 4 Mart 1922.

129 BOA, DH.MB.HPS, 135/57; H. 25 Cemazeyilahir 1340 / M. 23 Şubat 1922.

Nizamnamede öngörülen hükümler o dönem şartlarında oldukça yenilikçi olmakla beraber nizamnamenin hükümlerinin tam olarak yerine getirilemediği görülmektedir. Devletin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar bu hükümlerin uygulanabilmesinin önündeki en büyük engel olmasına rağmen hapishanelerin durumu konusunda merkez ile taşra teşkilatları arasında sürekli olarak devam eden yazışmalar nizamname hükümlerinin dikkate alındığını göstermektedir.

SONUÇ

Hapis cezasının Osmanlı Devleti'nde uygulanması daha eski olsa da bugünkü anlamda hapishane kurumunun ülkeye girişi 19. Yüzyıl sonlarına doğrudur. Islahat fermanında hapishanelerin durumunun düzeltilmesi ile ilgili Batılı ülkelerin zorlaması ile konulan hükümden sonra ülkede büyük bir hapishane reformu öngörülmüştür. Bu reformun en büyük çalışmalarından biri 1880 tarihli Tevkifhane ve Hapishane Nizamnamesidir. Ancak söz konusu nizamname "atıl kalan el kitabı" olma özelliğinden öteye geçememiş olmakla beraber, bahsedilen reformu sağlayabilmek için azami şekilde çaba gösterildiği arşiv kayıtlarından anlaşılmaktadır. II. Abdülhamit devrinde çıkarılan bu kanun ile hapishanelerin işleyişi ve mahkûmların durumları ile ilgili birçok düzenleme yapılmıştır. 97 maddeden oluşan bu detaylı düzenlemedeki hükümlerin ise uygulamaya yansıtılmasında ciddi sıkıntılar oluştuğu görülmektedir. Bu sorunlardan en büyüğü nizamnamedeki hükümlerin uygulanabilmesi için gereken maddi imkanlardan devletin yoksun olmasıdır. Trablusgarp ve Balkan savaşları ve ardından I. Dünya Savaşı, devletin ekonomik darboğaza girmesine sebep olmuş ve nizamnamenin ilk maddesini oluşturan her vilayet, sancak ve kazaya tam teşekküllü bir hapishane yapılması amacına bile ulaşılamamıştır. Çalışmanın konusunu daha çok bu düzenlemeler ve uygulamanın mahkûm hakları noktasındaki tezahürü oluşturmaktadır. Mahkûm hakları ile ilgili uygulamalara baktığımızda mahkûmların en çok sıkıntısını çektiği durumun hapishanedeki izdiham, bundan dolayı ortaya çıkan hastalıklar ve yemek ihtiyacı olduğu görülmektedir. Devlet-i Âliyye savaş zamanındaki o kadar ekonomik sıkıntı içinde bile elinden geldiğince hapishaneler hakkında bilgi akışını sağlamış, Yemen'den Balkanlara kadar imparatorluğun tüm coğrafyasındaki hapishaneleri ve buradaki mahkûmları kendi haline bırakmamış, şikâyet mekanizmasını iyi bir şekilde kullanarak elinden gelen imkanları sağlamaya çalışmıştır.

KAYNAKÇA

Arşiv Belgeleri

Başkanlık Osmanlı Arşivi, Bab-ı Ali Evrak Odası Evrakı (BOA, BEO.) 4228/317032. H. 27 Zilkade 1331 / M. 28 Ekim 1913.

Başkanlık Osmanlı Arşivi, Dahiliye Nezareti Mebani-i Emiriye-Hapishaneler Müdüriyeti Evrakı (BOA, DH.MB.HPS.) 1/9. H. 9 Cemazeyilevvel 1329 / M. 8 Mayıs 1911.

BOA, DH.MB.HPS. 3/5. H. 2 Recep 1330 / M. 17 Haziran 1912.

BOA, DH.MB.HPS. 3/7. H. 10 Recep 1330 / M. 25 Haziran 1912.

BOA, DH.MB.HPS. 8/63-12. H. 30 Zilhicce 1333 / M. 8 Kasım 1915.

BOA, DH.MB.HPS. 12/24. H. 22 Cemazeyilahir 1335 / M. 15 Nisan 1917.

BOA, DH.MB.HPS. 35/12-1,3,5,7,9,11. H. 2 Şaban 1331 / M. 7 Temmuz 1913.

BOA, DH.MB.HPS. 39/2. H. 3 Rabiulahir 1334 / M. 8 Şubat 1916.

BOA, DH.MB.HPS. 39/43. H. 25 Safer 1336 / M. 10 Aralık 1917.

BOA, DH.MB.HPS. 40/23-1,3,4. H. 23 Rabiulahir 1337 / M. 26 Ocak 1919.

BOA, DH.MB.HPS. 40/29-1,3,5,7. H. 17 Cemazeyilevvel 1337 / M. 18 Şubat 1919.

BOA, DH.MB.HPS. 42/40-5. H. 15 Cemazeyilevvel 1332 / M. 11 Nisan 1914.

BOA, DH.MB.HPS. 44/27. H. 12 Zilkade 1332 / M. 2 Ekim 1914.

BOA, DH.MB.HPS. 47/41. H. 13 Şevval 1336 / M. 22 Temmuz 1918.

BOA, DH.MB.HPS. 50/15-9. H. 27 Şaban 1332 / M. 21 Temmuz 1914.

BOA, DH.MB.HPS. 72/3-1,3,5,6,7. H. 1 Cemazeyilevvel 1331 / M. 8 Nisan 1913.

BOA, DH.MB.HPS. 73/56. H. 12 Cemazeyilevvel 1333 / M. 28 Mart 1915.

BOA, DH.MB.HPS. 74/51. H. 18 Safer 1334 / M. 26 Aralık 1915.

BOA, DH.MB.HPS. 76/8. H. 3 Safer 1335 / M. 29 Kasım 1916.

BOA, DH.MB.HPS. 77/38-2. H. 30 Rabiulevvel 1335 / M. 24 Ocak 1917.

BOA, DH.MB.HPS. 78/90. H. 15 Şevval 1336 / M. 24 Temmuz 1918.

BOA, DH.MB.HPS. 80/22. H. 12 Cemazeyilevvel 1337 / M. 6 Mart 1917.

BOA, DH.MB.HPS. 92/18; H. 12 Ramazan 1334 / M. 13 Temmuz 1916.

BOA, DH.MB.HPS. 92/44. H. 10 Muharrem 1335 / M. 6 Kasım 1916.

BOA, DH.MB.HPS. 92/46. H. 19 Muharrem 1335 / M. 15 Kasım 1916.

BOA, DH.MB.HPS. 98/21. H. 3 Muharrem 1338 / M. 28 Eylül 1919.

BOA, DH.MB.HPS. 98/29. H. 28 Safer 1338 / M. 22 Kasım 1919.

BOA, DH.MB.HPS. 98/46. H. 12 Cemazeyilahir 1338 / M. 3 Mart 1920.

BOA, DH.MB.HPS. 99/29. H. 13 Recep 1339 / M. 23 Mart 1921.

BOA, DH.MB.HPS. 102/13. H. 4 Safer 1337 / M. 9 Kasım 1918.

BOA, DH.MB.HPS. 109/8. H. 11 Rabiulahir 1337 / M. 14 Ocak 1919.

BOA, DH.MB.HPS. 109/14. H. 7 Cemazeyilevvel 1337 / M. 8 Şubat 1919.

BOA, DH.MB.HPS. 135/57. H. 25 Cemazeyilahir 1340 / M. 23 Şubat 1922.

BOA, DH.MB.HPS. 143/44. H. 26 Ramazan 1329 / M. 20 Eylül 1911.

BOA, DH.MB.HPS. 144/103. H. 23 Rabiulevvel 1330 / M. 12 Mart 1912.

BOA, DH.MB.HPS. 148/30. H. 20 Recep 1331 / M. 25 Haziran 1913.

BOA, DH.MB.HPS. 149/8-2. H. 10 Rabiulevvel 1332 / M. 6 Şubat 1914.

BOA, DH.MB.HPS. 149/11. H. 19 Rabiulevvel 1332 / M. 15 Şubat 1914.

BOA, DH.MB.HPS. 151/52. H. 17 Zilkade 1332 / M. 7 Ekim 1914.

BOA, DH.MB.HPS. 152/35. H. 21 Muharrem 1333 / M. 9 Aralık 1914.

BOA. DH.MB.HPS. 152/41. H. 25 Safer 1335 / M. 21 Aralık 1916.

BOA, DH.MB.HPS. 155/33. H. 26 Şevval 1333 / M. 6 Eylül 1915.

BOA, DH.MB.HPS. 157/27. H. 5 Recep 1334 / M. 8 Mayıs 1916.

BOA, DH.MB.HPS. 157/68-5. H. 23 Zilhicce 1334 / M. 21 Ekim 1916.

BOA, DH.MB.HPS. 163/86. H. 30 Zilkade 1337 / M. 27 Ağustos 1919.

BOA, DH.MB.HPS. 164/47. H. 16 Rabiulahir 1338 / M. 8 Ocak 1920.

BOA, DH.MB.HPS. 164/61. H. 27 Rabiulahir 1338 / M. 19 Ocak 1920.

Başkanlık Osmanlı Arşivi, Dahiliye Nezareti Mebani-i Emiriye-Hapishaneler Müdüriyeti Müteferrik Evrakı (BOA, DH.MB.HPS.M.) 2/18. H. 12 Ramazan 1329 / M. 6 Eylül 1911.

BOA, DH.MB.HPS.M. 9/53-1. H. 22 Muharrem 1332 / M. 21 Aralık 1913.

BOA, DH.MB.HPS.M. 11/18-2. H. 3 Rabiulahir 1332 / M. 1 Mart 1914.

BOA, DH.MB.HPS.M. 11/26. H. 7 Rabiulahir 1332 / M. 5 Mart 1914.

BOA, DH.MB.HPS.M. 26/59. H. 17 Rabiulevvel 1335 / M. 11 Ocak 1917.

BOA, DH.MB.HPS.M. 27/3. H. 4 Rabiulahir 1335 / M. 28 Ocak 1917.

BOA, DH.MB.HPS.M. 27/10. H. 8 Rabiulahir 1335 / M. 1 Şubat 1917.

BOA, DH.MB.HPS.M. 27/21-8. H. 18 Rabiulahir 1335 / M. 11 Şubat 1917.

BOA, DH.MB.HPS.M. 28/6. H. 4 Cemazeyilahir 1335 / M. 28 Mart 1917.

BOA, DH.MB.HPS.M. 33/85, H. 9 Şaban 1336 / M. 20 Mayıs 1918.

BOA, DH.MB.HPS.M. 36/18. H. 17 Rabiulevvel 1337 / M. 21 Aralık 1918.

BOA, DH.MB.HPS M, 38/105-2. H. 25 Şevval 1337 / M. 24 Temmuz 1919.

BOA, DH.MB.HPS.M. 41/3. H. 6 Rabiulahir 1338 / M. 29 Aralık 1919.

BOA, DH.MB.HPS.M. 41/50, H. 15 Cemazeyilahir 1338 / M. 6 Mart 1920.

BOA, DH.MB.HPS.M. 46/28, H. 8 Şevval 1339 / M. 15 Haziran 1921.

BOA, DH.MB.HPS.M. 48/30, H. 5 Recep 1340 / M. 4 Mart 1922.

BOA, DH.MB.HPS.M. 53/5-1. H. 16 Şaban 1329 / M. 12 Ağustos 1911.

Başkanlık Osmanlı Arşivi, Dahiliye Nezareti Mektubi Kalemi (BOA, DH.MKT.) 1896/30; H. 29 Rabiulahir 1309 / M. 2 Aralık 1891.

BOA, DH.MKT. 2307/84. H. 18 Şevval 1317 / M. 19 Şubat 1900.

BOA, DH.MKT. 2331/54. H. 9 Zilhicce 1317 / M. 10 Nisan 1900.

BOA, DH.MKT. 2724/29-1,2. H. 8 Muharrem 1327 / M. 30 Ocak 1909.

Başkanlık Osmanlı Arşivi, Dahiliye Nezareti Tesri-i Muamelat ve Islahat Komisyonu (BOA, DH.TMIK.S.) 38/65. H. 24 Rabiulevvel 1320 / M. 1 Temmuz 1902.

Başkanlık Osmanlı Arşivi, Şura-yı Devlet Evrakı (BOA, ŞD.) 1345/6. H. 2 Rabiulahir 1315 / M. 31 Ağustos 1897.

Başkanlık Osmanlı Arşivi, Yıldız Perakende Evrakı Evrakı Yaveran ve Maiyyet-i Seniyye Erkan-ı Harbiye Dairesi (BOA, Y.PRK.MYD.) 13/9, H. 29 Zilhicce 1310 / M. 14 Temmuz 1893.

Başkanlık Osmanlı Arşivi, Zabtiye Nezareti Evrakı (BOA, ZB.) 23/9-2, H. 10 Şevval 1325 / M. 16 Kasım 1907.

Basılı Kaynaklar

Ahmed Lütfi (Efendi), Vak'a-Nüvis Ahmed Lütfi Efendi Tarihi, Yayına hazırlayan M. Münir Aktepe, TTK Yayınları, Ankara 1989.

Ahmet Şerif, Anadolu'da Tanin, C.1, Haz. Mehmed Çetin Börekçi, TTK Yayınları, Ankara, 1999.

Akın H, "Osmanlı Devleti'nde Hapishane Islahatına Dair 1893 Tarihli Bir Nizamname Önerisi", C.3, S.3, 2011, History Studies, ss. 23-36.

Arslan R, "20. Yüzyılın Başlarında Devrek Hapishanesi", C.14, S.4, 2019, Turkish Studies International Academic Journals Historical Analysis, ss. 735-748.

Arslan R, "20. Yüzyılın Başlarında Osmanlı Hapishaneleri: Bartın Örneği", C.2, S.19, 2020, Belgi Dergisi, ss. 2116-2140.

Atar Z, "20. Yüzyılın Başlarında Turgutlu Hapishanesinin Genel Durumu", C.9, S.1, 2011, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 87-102.

Avcı M, "Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek ve Prangabentlik", C.8, S.45, 2002, Yeni Türkiye Dergisi Türkoloji ve Türk Tarihi Araştırmaları Özel Sayısı, ss. 128-147.

Avcı M, "İslam'ın Ceza Hukukuna Katkısı", S.8, 2006, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, ss. 113-148.

Avcı M, Hukuk Tarihimizde Hapis, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Aydın R, "Mimar Kemaleddin Bey'in Hapishane Projeleri", Osmanlı Sanatında Değişim ve Dönüşüm, ed. Ayşe Budak / Muzaffer Yılmaz, Literatürk Academia Yayınları, Konya, 2019, ss. 11-36.

Bilirli T, "20. Yüzyılın Başlarında Ermenek Hapishanesinin Genel Durumu", Ermenek Araştırmaları-I, ed. Hüseyin Muşmal / Erol Yüksel / Mahmet Ali Kapar, Palet Yayınları, Konya, 2018, (2018a) ss. 325-352.

Bilirli T, "20. Yüzyılın Başlarında Osmanlı Hapishaneleri: Yozgat Örneği", C.13, S.2, 2018, (2018b), Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, ss. 71-96.

Bilirli T, "Son Dönem Osmanlı Taşra Hapishaneleri: Tokat Hapishanesi Örneği", C.11, S.3, 2019, History Studies, ss. 891-913.

Bilmen Ö.N, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınları, İstanbul, t.y.

Bozkurt N, "XX. Yüzyıl Başlarında Kütahya Hapishanesinin Genel Durumu", C.5, S.21, 2012, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, ss. 261-277.

Çelik Y, "Hapishane Tarihimizden Bir Kesit: Üsküdar Paşakapısı Tevkifhanesi ve Mütareke Dönemi'nde İşgali", C.72, S.264, 2008, Belleten, ss. 603-627.

Dalyan M.G, "Son Dönem Osmanlı Hapishanelerindeki Yaşam Koşulları Üzerine bir Değerlendirme: Malatya Sancağı Hapishaneleri", C.5, S.14, 2018, Route Educational and Social Science Journal, ss. 1369-1379.

Daşcıoğlu K, "Osmanlı Belgeleri Işığında Denizli Sancağı Hapishaneleri" Uluslararası Denizli ve Çevresi Tarih ve Kültür Sempozyumu Bildiri Kitabı, Pamukkale Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Tarih Bölümü Yayınları, Denizli, 2006, C.1, ss. 439-445.

Demirkol K, "II. Meşrutiyet Döneminde Edirne Vilayeti Hapishaneleri", Basılmamış Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2012.

Demiryürek H, "Hüdavendigar Vilayetinde Hapishaneler ve Mahkûmlar (1914-1917)", C.9, S.42, 2016, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, ss. 552-562.

Foucault M, Hapishanenin Doğuşu, Çev: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Yayınları, Ankara, 2015.

Gönen Y.S, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Hapishaneleri İyileştirme Girişimi, 1917 Yılı", Hapishane Kitabı, ed. Emine Gürsoy Naskali / Hilal Oytun Altun, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2005, ss. 173- 181.

Gümüşsoy E, "Osmanlı Devleti'nin Son Dönemlerinde Eskişehir Hapishanesi (1890-1920)", C.7, S.20, 2014, Tarih Okulu Dergisi, ss. 215-249.

Günay H.M, "İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele", S.2, 2000, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 1-22.

Güneş M, "Osmanlı Devleti'nin Son Dönemlerinde Kırşehir Hapishanesi (1873-1919)", C.4, S.14, 2017, Türk & İslam Dünyası Sosyal Araştırmalar Dergisi, ss. 64-84.

Hanilçe M / Şeyhoğlu E, "Osmanlı Devleti'nde Bir Ceza İnfaz Kurumu Olarak Hapishaneler ve Kadınlar", C.4, S.2, 2020, Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, ss. 406-436.

İşbilir Ö, "Kalebend", TDV İslam Ansiklopedisi, 3. Basım, TDV Yayınları, Ankara, 2019.

Karaca A, "XIX. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Fahişe Hatunlara Uygulanan Cezalar: Hapis ve Sürgün", Hapishane Kitabı, ed. Emine Gürsoy Naskali / Hilal Oytun Altun, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2005, ss. 152-162.

Kılınç A, "Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlili", C.79, S. 285, 2015, Belleten, ss. 531-558

Kolay E, "Ankara Mahbushanesi: Osmanlı Arşivinde Ankara Hapishane Projeleri", C.14, S.79, 2021, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, ss. 87-96.

Köse O, "20. Yüzyıl Başları Trabzon Vilayetinde Suçlar, Suçlular ve Hapishaneler", İlkadım'dan Cumhuriyet'e Millî Mücadele, ed. Osman Köse, Samsun İlkadım Belediyesi Kültür Müdürlüğü Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 27-45.

Osman Nuri (Giresun Ceza Reisi), Hapishane ve Tevkifhane Nizamnamesi Şerhi, Giresun Matbaası, 1327.

Özçelik M, "Mütareke Dönemi'nde Osmanlı Hapishanelerinin Durumu", C.7, S.14, 2011, Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi, ss. 16-39.

Schull K, "Fielding Penal Institutions, Nation-State Construction and Modernity in The Late Ottoman Empire 1908-1919", PhD Dissertation, University of California, Los Angeles, 2007.

Schull K, “Tutuklu Sayımı: Jön Türklerin Sistematik Bir Şekilde Hapishane İstatistikleri Toplama Çalışmaları ve Bunların 1911-1918 Hapishane Reformu Üzerine Etkileri”, Çev. Özlem Tuna, içinde Osmanlı’da Asayiş, Suç ve Ceza 18-20. Yüzyıllar, derleyenler Noemi Levy / Alexandre Toumarkine, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 212-238.

Schull K, Prisons in the Late Ottoman Empire, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2014.

Sunay S, “Son Dönem Osmanlı Taşra Hapishanelerine Bir Örnek: Bolvadin Hapishanesi”, C.20, S.1, 2018, Afyon Kocatepe Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 43-66.

Şen Ö, Osmanlı’da Mahkûm Olmak, Avrupalılaşma Sürecinde Hapishaneler, Kapı Yayınları, İstanbul 2007.

Tamgörgü A.B, “Osmanlı Devleti’nin Son Döneminde Galatasaray Tevkifhanesi”, C.5, S.1, 2020, Vakanüvis Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi, ss. 478-499.

Tan H, “Osmanlı Devleti’nde Hapishanelerin Islah Çalışmalarına Dair Bir İnceleme: Çarşamba Hapishanesi”, C.12, S.3, 2020, History Studies, ss. 1057-1084.

Tekin S / Özkes S, “Cumhuriyet Öncesi Türkiye’de Hapishane Sorunu”, C.7, S.16-17, 2008, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, ss. 187-201.

Tekin S, “Dr. Polliç Bey’in 1918 Tarihli Raporuna Göre Berlin ve Aydın Vilayeti Hapishanelerine Genel Bir Bakış”, S.24, 2008, OTAM Dergisi, ss. 205-222.

Tekin S, “Osmanlı’da Kadın ve Kadın Hapishaneleri”, C.29, S.47, 2010, Tarih Araştırmaları Dergisi, ss. 83-102.

Temel M, “XX. Yüzyılın Başlarında Menteşe Sancağı Hapishaneleri”, S.26, 2009, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, ss. 109-136.

Tiryaki K, “Son Dönem Osmanlı Hapishanelerinin Sıhhi Islahı; Salgınlar ve Önleme Çabaları”, S.8, 2021, Atatürk ve Türkiye Cumhuriyeti Tarihi Dergisi Tarih ve Günce, ss. 429-458.

Yıldız G, “Osmanlı Devleti’nde Hapishane Islahatı (1839- 1908)”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul, 2002.

Yıldız G, Mapusâne: Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Serüveni (1839-1908), Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2012.

Yıldız Ö, “Osmanlı Hapishaneleri Üzerine Bir Değerlendirme: Karesi Hapishanesi Örneği”, C.9, S.17, 2015, Akademik Bakış, ss. 91-111.

NAKŞA KADISININ HUZURUNDA GAYRİMÜSLİMLER: KİŞİLERARASI İLİŞKİLERE DAİR DAVA VE ŞİKAYETLER (17.-18.YY.)

Non-Muslims Before the Qadi of Naxos: Lawsuits and Complaints on Interpersonal Relations (17th-18th Centuries)

Dr. Öğretim Üyesi Osman Safa BURSALI*

Öz: Nüfusu Katolik elitler ve Ortodoks Rum halk sınıflarından müteşekkil olan Nakşa Adası'na on altıncı yüzyılın sonundan itibaren kadılar tayin edilmeye başlamıştır. Böylesi bir sosyal tabakalaşma içindeki kadı faaliyetine odaklanan bu makalenin temel sorusu şudur: Birkaç aile dışında müslümanın bulunmadığı bir yerde, şer'î hükümleri uygulamak ve müslüman devlet başkanının vekili olarak idarecilik yapmak üzere bulunan kadı, hukuk uygulaması adına nelerle karşılaşmıştır? Makalede öncelikle Osmanlı hukuk tarihi araştırmalarındaki gayrimüslim teb'anın (zimmilerin) kadı mahkemesini kullanması problematiği gözden geçirilecektir. Sonrasında Nakşa Adası'nın on altıncı yüzyıldan on sekizinci yüzyıla kadarki sosyo-ekonomik ve idari yapısına ilişkin bazı ön bilgiler sunulacaktır. Ardından belli hukuki konular esas alınarak, on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda Nakşa kadısına hitaben yazılmış hükümlerde yer alan, adadaki gayrimüslimler arasındaki bazı ihtilaflar tanıtılacak ve analiz edilecektir. Bu ihtilaflar sırasıyla sözleşmeden doğan haklar, veraset, vakıf mallara tasarruf ve eşya üzerindeki irtifaklara ilişkindir.

Anahtar Kelimeler: Ege Adaları, Nakşa, zimmiler, Osmanlı hukuku, kadı, kişilerarası ilişkiler.

Abstract: From the end of the sixteenth century, Ottoman sultans began to appoint *qadis* to the island of Naxos, where the population consisted of Catholic elites and Orthodox Greek people. The main question of this article, in which I focus on the activity of the *qadi* in such a social stratification, is: What did the *qadi*, who was to apply the *shari'a* rules and act as the deputy head of the island, in a place where there were no Muslims except for a few families, faced in terms of legal practice? In this article, I will first review the issue of non-Muslim subjects (*dhimmis*) applying to the *qadi* court in Ottoman legal history studies. Afterward, I will present some preliminary information on the socio-economic and administrative structure of Naxos from the sixteenth to the eighteenth century. I will then take up some legal issues and introduce and analyze some of the conflicts among non-Muslims on the island that were found in the rulings addressed to the *qadi* of Naxos in the seventeenth and eighteenth centuries. These disputes are related to the rights arising from the contract, inheritance, disposition of *waqf* properties, and easements on the goods.

Keywords: Aegean Islands, Naxos, *dhimmis*, Ottoman law, *qadi*, interpersonal relations.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, osman.bursali@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0556-9792

Makale Geliş Tarihi: 03.10.2022, Makale Kabul Tarihi: 30.11.2022

Ege Denizi'ndeki Nakşa Adası, on altıncı yüzyılın ilk yarısından on dokuzuncu yüzyılın ilk yarısına kadar Osmanlı egemenliğinde kalmıştır. Nüfusu Katolik elitler ve Ortodoks Rum halktan müteşekkil olan adaya on altıncı yüzyılın sonundan itibaren kadılar tayin edilmeye başlamıştır. Böylesi bir sosyal tabakalaşma içindeki kadı faaliyetine odaklanan bu makalenin temel sorusu şudur: Birkaç aile dışında müslümanın bulunmadığı bir yerde, şer'î hükümleri uygulamak ve müslüman devlet başkanının vekili olarak idarecilik yapmak üzere bulunan kadı, hukuk uygulaması adına nelerle karşılaşmıştır? Sosyal yapı nedeniyle makalede adadaki müslüman ve gayrimüslim topluluklar arasındaki münasebet konu edilmemiştir. Gayrimüslimler arası hukuki ilişkiler ile gayrimüslim teb'a ve müslüman hâkim arasındaki münasebet temaları öne çıkarılmıştır. Kadı, adada ne maddi-manevi olarak yerel müslüman bir sosyal kesime ne de çok az sayıdaki idarecinin yetersiz silahlı gücüne dayanmıştır. Kadı, manevi olarak yüzlerce mil uzakta bulunan, kendisini tayin eden, Nakşa sakinleriyle müşterek bir sosyal gruptan veya dinden olmayan müslüman devlet başkanının meşruiyetine ve yine maddi olarak oldukça uzakta bulunduğundan çok da hızlı biçimde yardıma gelemeyecek silahlı güce dayanmıştır.

Makalede öncelikle Osmanlı hukuk tarihi araştırmalarındaki gayrimüslim teb'anın (zimmilerin) kadı mahkemesini kullanması problematiği gözden geçirilecektir. Sonrasında Nakşa Adası'nın on altıncı yüzyıldan on sekizinci yüzyıla kadarki sosyo-ekonomik ve idari yapısına ilişkin bazı ön bilgiler sunulacaktır. Ardından belli hukuki konular esas alınarak, on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda Nakşa kadısına hitaben yazılmış hükümlerde yer alan, adadaki gayrimüslimler arasındaki bazı ihtilaflar tanıtılacak ve analiz edilecektir. Bu ihtilaflar sırasıyla sözleşmeden doğan haklar, veraset, vakıf mallara tasarruf ve eşya üzerindeki irtifaklara ilişkindir. İhtilafların tespit edildiği Osmanlı arşiv belgelerinin transkripsiyonuna ekte yer verilecektir.

I. OSMANLI DEVLETİNDE ZİMMİLERİN MAHKEMEYE BAŞVURMASI

Osmanlı hukuk tarihi araştırmalarının önemli problematiklerinden biri, Osmanlı coğrafyasındaki sosyal yapının doğal bir sonucu olan, gayrimüslim Osmanlı teb'asının kendi aralarındaki ihtilafları kadı önünde görmeleridir. İlgili literatürde, gayrimüslimlerin ne sebeple ve/veya ne amaçla kadı önüne gittikleri sorusu sorulmuştur. Bu soru, gayrimüslimlerin hangi saiklerle kadıdan hukuki çözüm bekledikleri şeklinde de sorulabilir.

Gayrimüslimlerin kadıya başvurmaları problemine literatürde verilen cevapları kategorize etmek gerekirse soruya hukuki, sosyal, ekonomik ve dini nitelikte cevaplar verildiği görülebilir. Kenanoğlu'na göre yargısal çözüm içeren ve cebir unsuru taşıyan bir kararı ancak kadı verebildiğinden gayrimüslim Osmanlı teb'asının teknik anlamda gidecek başka mahkemesi bulunmamaktaydı. Araştırmacıya göre, zimmilerin

miras hukuku konulu ihtilaflarda kadı önüne niçin gitmediklerine açıklama getirmeye çalışan bazı yazarlar, miras konusunda şer'î hükümlerin bulunduğunu ve kadıların ihtilaf hâlinde bu kuralları uygulayacağını gözden kaçırmışlardır.[1] Ekinci'ye göre kadı kararının adaletli olması ve kanun yolu imkanına sahip olması da gayrimüslimlerin kadı huzuruna gelmelerinde etkilidir.[2] Gradeva bu gerekçeleri teyit etmiş ve ilaveten gayrimüslimlerin kadıdan alacakları karar suretlerinin Osmanlı idarecilerine ve üçüncü kişilere karşı ellerinde hukuki güvence hüviyetinde olduğunu zikretmiştir.[3]

---

1 M. Macit Kenanoğlu, "İslam-Osmanlı Hukukunda Zimmiler", S. 5, 2005, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, s. 564-66. Dolayısıyla tarafların İslam dışındaki farklı din veya mezheplerden müteşekkil olduğu durumda ihtilaflarını görmek üzere gidebilecekleri yegane güvenilir merci kadı mahkemesiydi. Bu çıkarımı destekleyen tespitler için bkz. Ronald C. Jennings, "Zimmis (Non-Muslims) in Early 17th Century Ottoman Judicial Records: The Sharia Court of Anatolian Kayseri," C. 21, S. 3, 1978, Journal of the Economic and Social History of the Orient, s. 271; Sophia Laiou, "Christian Women in an Ottoman World: Interpersonal and Family Cases Brought Before the Shari'a Courts During the Seventeenth and Eighteenth Centuries (Cases Involving the Greek Community)", Women in the Ottoman Balkans: Gender, Culture and History, Amila Buturović/ Irvin Cemil Schick (ed.), I.B. Tauris, Londra ve New York, 2007, s. 245. Zimmilerin muhtelif konularda kadı mahkemesini kullanma pratiklerini konu alan bazı çalışmalar için bkz. Ayşe Nükhet Adıyeke, "XVII. Yüzyıl Girit (Resmo) Kadı Sicillerinde Zımmi Davaları", Pax Ottomana: Studies in Memoriam Prof. Dr. Nejat Göyünç, Kemal Çiçek (ed.), SOTA ve Yeni Türkiye, Ankara ve Haarlem, 2001, ss. 77-95; Kemal Çiçek, "Cemaat Mahkemesinden Kadı Mahkemesine Zimmilerin Yargı Tercihi", Pax Ottomana: Studies in Memoriam Prof. Dr. Nejat Göyünç, Kemal Çiçek (ed.), SOTA ve Yeni Türkiye, Ankara ve Haarlem, 2001, ss. 31-49; Mehmet Akman, "A Zimmi: 'Let My Wife Be Divorced From Me Threee Times': The Use of the Ottoman Kadi Courts by Zimmis for Family Law Issues", S. 12, 2011, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, ss. 7-16; İbrahim Etem Çakır, "Zimmi Kadınlar Kadı Mahkemesinde: Sofya (XVII. Yüzyıl)", S. 21, 2014, Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları, ss. 41-66; Belkıs Konan, "Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme", C. 64, S. 1, 2015, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 171-93; Zülfiye Koçak, "Osmanlı Toplumunda Zimmi Kadınların Kadı Mahkemelerini Kullanma Pratiği: Vidin Örneği (1700-1750)", C. 7, S. 1, 2018, Balkan Araştırma Enstitüsü Dergisi, ss. 167-210.

2 Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk, Arı Sanat, İstanbul, 2008, ss. 318-19. Benzer bir kanaat için bkz. Jennings, s. 289. Ekinci'ye göre zimmiler aralarındaki ihtilafı iki şekilde kadı önüne getirebilir: i) İki taraf da bu hususta anlaşmış olabilir yahut ii) bir taraf kadıya gidince diğer taraf da onu takip etmek zorunda kalır. Önceden gittikleri ruhani reis veya kendi dinlerinden olan bir hakemin verdiği karardan bir ya da iki taraf memnun olmadığında yine bu iki madde gündeme gelir. İhtilafın konusuna göre mütekavvimlik, sıhhat şartları gibi dinlerinin gereği olan hususları kadı dikkate alır. (Bkz. Ekinci, s. 318). Fakat bunun dışında kadı huzurunda müslümanlarla aynı hükümlerle muhataptırlar. (bkz. Jennings, s. 275).

3 Rossitsa Gradeva, "Orthodox Christians in the Kadi Courts: The Practice of the Sofia Sheriat Court (Seventeenth Century)", C. 4, S. 1, 1997, Islamic Law and Society, ss. 68-69. Benzer gerekçeler için bkz. Najwa al-Qattan, "Dhimmis in the Muslim Court: Legal Autonomy and Religious Discrimination", C. 31, S. 3, 1999, International Journal of Middle East Studies, ss. 429-30.

Meseleye getirilen ekonomik açıklamalardan ilkine göre zimmilerin kadıya başvurmaları kendi ruhani reislerine başvurmalarından daha ucuzdur ve daha pratiktir.[4] Yani ihtilafı görmek için tarafların yapacağı harç masrafı ve ihtilafın görülme hızı kıyas edildiğinde kadıya başvurmak daha ekonomiktir. Genel bir neden olarak değil fakat yere ve zamana göre gündeme gelebilecek bir ekonomik gerekçe olarak kadı mahkemesinde rüşvetin yaygın olması literatürde zikredilmiştir.[5] Buna bakılırsa ekonomik gücü olan tarafın istediği sonucu alabilmesi rüşvet sayesinde zaman zaman mümkündü.

Bazı araştırmacılara göre, ihtilaflarına ilişkin şer'î hükümleri ruhani reislerinin tatbik edeceği kurallara göre daha avantajlı bulan taraf kadıya başvurabiliyordu.[6] Zimmi kadınların şahsi veya ailevi meseleleri için kadı huzuruna gitmelerine dair Laiou, ihtilafın artık kamusallaşacak olmasından dolayı pek de tercih edilir olmasa da, meselesini cemaat içinde çözmek yerine kadıya giden kadınlara rastlandığını vurgulamıştır.[7] Alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun bulunmadığı bir durumda ise zimmiler pratikte kadı önüne gelmekten başka bir çareye sahip değillerdi.[8]

Dini cevaplar gayrimüslimlerin ruhani reislerine başvurmamalarını temellendirmek suretiyle kadıya gitmelerini açıklamaktadır. Gradeva'ya göre hıristiyanlar birçok davada, hıristiyan din adamlarının muhalefetine hatta açık düşmanlığına rağmen şer'î mahkemelere başvurmaktan kaçınmıyorlardı.[9] Yahudiler ise hahamların

---

4 Ekinci, ss. 318-19. Harçların ucuzluğunu Gradeva da vurgulamıştır, bkz. s. 68.

5 Amnon Cohen, Jewish Life Under Islam: Jerusalem in the Sixteenth Century, Harvard University Press, Cambridge, 1984, s. 126. Yahudilerin kadı tercihinde rüşvetin rol oynadığına ilişkin bu iddiayı Kenanoğlu "kolaycılık" olarak nitelemiş ve gerçek sebep olarak görmemiştir. (Bkz. 2005, s. 566).

6 Gradeva, ss. 68-69; Qattan, s. 438.; Laiou, s. 248. Son yazara göre bu durum zimmilerin ihtilaf konularına ilişkin ön bilgi edindiklerini ve avantajlı gördükleri durumda kadı önüne gittiklerini işaret etmektedir. (Bkz. s. 259).

7 Laiou, s. 259.

8 Antonis Anastasopoulos, "Non-Muslims and Ottoman Justice(s?)", Law and Empire: Ideas, Practices, Actors, Jeroen Jeroen Duindam/ Jill Harries/ Caroline Humfress vd. (ed.), Brill, Boston ve Leiden, 2013, s. 287.

9 Yazara göre nihayetinde hıristiyanlar kadıya müslümanlar kadar gitmiyorlardı; ona göre dinin merkezi önemde olduğu ve hukukun teolojiyle iç içe olduğu bir çağda bu oldukça doğaldı. Buna rağmen sicillerde yer alan ve bir tarafın gayrimüslim olduğu sözleşme ve ihtilafların büyük kısmında diğer taraf da aynı dine mensuptu. Bkz. Gradeva, ss. 68-69. Benzer bir oranı Kemal Çiçek de zikretmiştir, bkz. "Zimmis (Non-Muslims) of Cyprus in the Sharia Court (1110/39 A.H. / 1698-1726)", Yayımlanmamış Doktora Tezi, University of Birmingham, Birmingham, 1992, s. 80. Jennings'in tespitine göre ise arazi ve ceza hukukuyla alakalı meselelerin dışında mecbur olmasalar da zimmiler kadı mahkemesini sık kullanıyorlardı. Hatta kadıdan başka ihtilaflarını dinleyecek kimse bulunmadığını düşündürecek kadar kadıya başvuruyorlardı, bkz. s. 279. Bulunulan yerin sosyal yapısı da bu oranlarda etkili görünmektedir. Mesela on sekizinci yüzyıl başında Kıbrıs'ta gayrimüslimler, müslümanlardan daha fazla kadı önüne gitmişlerdir, bkz. Çiçek, 1992, s. 79 ve 214. Evlenme ve boşanma hakkında

kendilerini aforozla tehdit etmelerine rağmen kadı önünde ihtilaf çözmeyi denemekten geri durmuyorlardı.[10]

Zimmilerin kadı önüne ihtilaflarını taşıması problemine ilişkin mevcut görüşler ilk elde yeterlidir. Fakat meseleyi biraz daha ayrıntılandırmak ve daha açık sorulara cevaplar aramak uygun olacaktır. Her şeyden önce şunu sormak gerekir: Genel olarak "Osmanlı teb'ası ihtilaflarını niçin kadı önüne getirir" sorusu ile "zimmiler niçin getirir" sorusu arasında bir fark olmalı mıdır? Daha doğrusu, müslüman veya gayrimüslim Osmanlı teb'ası nazarından bakılırsa, kadıya niçin başvurulur? Bu hususta bariz olan şuydu ki, teb'a hukuki iddiasının gereğini yerine getirebilecek yegane merci olarak kadıyı görmekteydi. Dolayısıyla gerek ihtilafta kimin haklı olduğunun tespiti için gerekse bir sözleşmenin tescili için kadı önüne gelen kişilerin birincil amacı kararın veya tescilin cebren tatbikini garantiye almak olabilir. Cebir unsurunu gözetmenin amacı, ihtilafın veya sözleşmenin diğer tarafına yönelik olabileceği gibi Osmanlı idarecilerine ve üçüncü kişilere yönelik de olabilir. Tarafların diğer saikleri bu nazardan ikincildir. Diğer yandan, tarafların kadıdan önce ruhani reisleri veya hakem sıfatı taşıyan başka kimselere (yerel kilise büyükleri, eşraf vb.) başvurup başvurmamaları ayrı birer problemdir. Zira bu durumda hakeme başvurmalarının saikleri ile hakem kararından sonra kadı önüne gitmelerinin amacı kendi başına birer araştırma konusu hâline gelecektir. Yine, zimmilerin kadı yerine başka bir yere (hakem gibi) hiç başvurmamasını izah etmek de kendi başına bir meseledir.

II. NAKŞA ADASI'NIN SOSYO-EKONOMİK VE İDARİ YAPISI

Kiklad Adalarının en büyüğü olan Nakşa (*Náksos*),[11] modern zamanlara kadar bölgenin ekonomik ve kültürel merkezi olmuştur.[12]

---

araştırma yapan Ivanova, zimmilerin aynı hususta hem kilise büyüklerine hem de kadıya gidebildiklerinden bahsetmiştir. Bu da gerek cemaat gerekse yargı yoluyla teminat altında olmak istediklerini düşündürmektedir. Bkz. Svetlana Ivanova, "Judicial Treatment of the Matrimonial Problems of Christian Women in Rumeli During the Seventeenth and Eighteenth Centuries", Women in the Ottoman Balkans: Gender, Culture and History, Amila Buturović/ Irvin Cemil Schick (ed.), I.B. Tauris, Londra ve New York, 2007, s. 165.

[10] Morris S. Goodblatt, Jewish Life in Turkey in the XVIth Century: As Reflected in the Legal Writings of Samuel de Medina, The Jewish Theological Seminary of America, New York, 1952; Victor H. Weissberg, "Jewish Life in Seventeenth Century Turkey as Reflected in the Responsa of Rabbi Jacob Alfandri and Rabbi Joseph Katzavi", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Hebrew Union College, Cincinnati, 1970. Aktaran Kenanoğlu, 2005, s. 566.

[11] Adaya geçmişten bu yana Avrupa dillerinde *Nasso*, *Naxia*, *Naxus*, *Nascia*, *Naxos* ve bazı haritalarda *Nixia* adı verilmiştir, bkz. Edmund Bohun, A Geographical Dictionary Representing the Present and Ancient Names of All the Counties, Provinces, Remarkable Cities, Universities, Ports, Towns, Mountains, Seas, Streights, Fountains, and Rivers of the Whole World, Charles Brome, Londra, 1688, s. 283. Osmanlı

Ada üzerindeki en büyük yerleşim yeri Nakşa kasabası[13] olup kasabaya bağlı birçok köy bulunmaktadır. Tipik Akdeniz ikliminin görüldüğü ada, eski çağlardan beri meskundur. Yunan, Roma ve Bizans idaresinde kaldıktan sonra, Dördüncü Haçlı Seferi'nde İstanbul'un Latin egemenliğine girmesiyle beraber, Venedik vesayetinde kurulan Nakşa Dukalığının merkezi olmuştur.[14] Bizans egemenliğindeyken dokuzuncu ve onuncu yüzyılda müslüman Girit Emirliğinin, Latinlerin elindeyken on dördüncü yüzyılda Aydınoğullarının ve on beşinci yüzyılda ise Osmanlı Devletinin akınlarına uğramıştır. 1538'de Osmanlı – Venedik savaşında Osmanlı egemenliğine giren Nakşa Adası, 1829 Edirne Antlaşması'yla Yunanistan topraklarına dâhil olmuştur.[15]

Bugün popüler bir turizm merkezi olan Nakşa Adası, su kaynaklarına sahip olması hasebiyle Ege Adaları arasında önemli bir yere sahiptir. Aynı zamanda tarıma uygun topraklar barındırdığından öteden beri istikrarlı biçimde köylü nüfusa ev sahipliği yapmıştır. Çeşitli meyve ve sebze yetiştirilebilen Nakşa tarımsal olarak kendi kendine yetebilen az sayıdaki Ege adalarından biridir. Diğer yandan zımpara madenleri bakımından zengin olduğundan adada zımpara önemli bir ihraç malı olmuştur.

Osmanlılar adayı aldıklarında Nakşa kasabasında bulunan kalede İtalyancanın lehçelerini konuşan Katolikler, kale dışında ve Nakşa Adası'ndaki köylerde Yunanca konuşan Ortodokslar ikamet etmekteydi. Katolikler ada ekonomisini yönlendiren ve ticareti ellerinde bulunduran

---

bürokratik yazışmalarında ve kadı sicillerinde bu kelime "Nakşa" yahut "Nakşe" şeklinde okumaya müsait biçimde yazılmıştır. Türkçe adlandırma muhtemelen *Naxia*'nın Türkçe telaffuzuna dayanmaktadır.

12 Genel olarak Nakşa Adası hakkında bkz. Timothy E. Gregory, "Naxos", The Oxford Dictionary of Byzantium, Alexander P. Kazhdan (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1991, ss. 1444-45; Alexios Savvides, "Nakshe", Encyclopaedia of Islam, Peri J. Bearman/ Thierry Bianquis/ Clifford Edmund Bosworth vd. (ed.), 2. Baskı, Brill, Leiden, 1993, C. 7, ss. 939-41; Feridun M. Emecen, "Nakşa", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2006, C. 32, ss. 332-33.

13 Yunancada kasabaya yine *Náksos* adı verildiği gibi ada sakinleri tarafından *Chóra* denmektedir. Osmanlı arşiv belgelerinde "kasaba-ı Nakşa" ve "nefs-i Nakşa" adıyla anılmıştır. "Nakşa Kalesi" deyimiyle de bu yerleşim yeri işaret edilmiştir. Fakat yalnızca "Nakşa" lafzının kullanıldığı belgelerde en dar anlamda bu yerleşim yeri, daha geniş anlamda ada hatta adaya tâbi kılınan tüm Nakşa idari birimi kastedilmiş olabilir.

14 Bizans idaresi döneminde Nakşa Adası'ndaki gelişmeler için bkz. Konstantinos Z. Roussos, Reconstructing the Settled Landscape of the Cyclades: The Islands of Paros and Naxos During the Late Antique and Early Byzantine Centuries, Leiden University Press, Leiden, 2017; Jim Crow/ David Hill (ed.), Naxos and the Byzantine Aegean: Insular Responses to Regional Change, Norwegian Institute at Athens, Atina, 2018.

15 Osmanlı idaresi sonrası Nakşa Adası'nın sosyo-ekonomik hayatı hakkında bkz. Reyhan Rafet Can, "Yunanistan Güney Ege (Kiklad ve Oniki Ada) Bölgesi'nin Nüfus Özellikleri", C. 12, S. 2, 2021, Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Elektronik Dergisi, ss. 523-40.

grup iken Ortodokslar kasabada emeğe dayalı işlerle ve köylerde tarımla meşguldü. Katolikler kırsal alandaki çiftliklerin de sahibiydi.[16]

Osmanlı merkezi idarecileri adadaki idari düzeni başlangıçta radikal biçimde değiştirmemiş, adayı İstanbul'a tâbi kılmalarına rağmen siyasi güce sahip dukaların vergisel yetkilerini ellerinden almamıştır.[17] Dukalardan özellikle Yasef Nasi'nin (ö. 1579) Portekiz'de başlayıp Avrupa'da devam eden ve İstanbul'da sona eren hayat hikayesi oldukça renklidir.[18] Osmanlıların vergisel yetkileri olan bir çeşit mültezim olarak gördüğü Nasi'den sonra bir duka tayin edilmemiş, Nakşa Adası'na Osmanlı idari yapısı içinde yer verilmiştir. Nakşa ve yakınlarındaki adalar Nakşa merkez olmak üzere bir sancak biçiminde yapılandırılmış, adaya sancak beyinin yanında kadı tayin edilmiştir. Ada on altıncı yüzyıl sonları ve on yedinci yüzyıl boyunca zaman zaman Katolik korsanların saldırılarına uğramış, 1645-69 arasında Venedik egemenliğinde kalmıştır.[19] Bu süreçte bazen kadılar dâhil adada görev yapan Osmanlı idarecileri korsanlar tarafından kaçırılmıştır.[20] Ada Osmanlılara tâbi olsa

---

[16] Osmanlı idaresi döneminde Nakşa Adası'nın sosyal tabakaları ve aralarındaki münasebet için bkz. Charles A. Frazee, "Catholics of Naxos Under Ottoman Rule", C. 23, S. 3-4, 1978, The Greek Orthodox Theological Review, ss. 235-42; Katerina Seraïdari, "Negotiating Religious Differences in the Cyclades: Discourses of Inclusion and Exclusion", Sites and Politics of Religious Diversity in Southern Europe: The Best of All Gods, Ruy Blanes/ José Mapril (ed.), Brill, Leiden, 2013, ss. 309-30; Andrew P. McCormick, "An Embattled Catholic Archbishop Between Latins and Greeks in the Ottoman Aegean", Global Reformations: Transforming Early Modern Religions, Societies, and Cultures, Nicholas Terpstra (ed.), Routledge, Londra, 2019, ss. 195-209.

[17] Nakşa Dukalığı üzerine bkz. Safvet, "Nakşa (Naksos) Dukalığı, Kiklad Adaları", S. 23, 1913, Tarih-i Osmani Encümeni Mecmuası, ss. 1444-57; Aglaia E. Kasdagli, "Peasant and Lord in Fifteenth-Century Naxos", S. 11, 1987, Byzantinische Forschungen, *ss. 347-55; Athanasios K. Vionis,* A Crusader, Ottoman, and Early Modern Aegean Archaeology: Built Environment and Domestic Material Culture in the Medieval and Post-Medieval Cyclades, Greece (13th-20th Century AD), Leiden University Press, Leiden, 2012; Ioanna Spiliopoulou, "The Promotion of the Cultural Heritage of the Latin Settlers in the Island of Naxos Through a Proposed Model of Management: A Case Study", C. 13, S. 2, 2013, Sustainable Development, Culture, Traditions Journal, ss. 34-52.

[18] Portekizcede João Miquez, İtalyancada Giuseppe/Yossef Nasi ve Türkçede Yasef/Yusuf Nasi adıyla anılan bir Sefarad olan Nasi'nin biyografisi, geçen yüzyıldan beri birçok araştırmaya konu olmuştur. Birkaç çalışma için bkz. Safvet, "Yusuf Nasi", S. 16, 1912, Tarih-i Osmani Encümeni Mecmuası, ss. 982-93; Cecil Roth, The House of Nasi: The Duke of Naxos, Jewish Publication Society of America, Philadelphia, 1948; Ahmet Hikmet Eroğlu, "16. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Efsanevi Bir Yahudi: Yasef Nasi", Bütün Yönleriyle Yahudilik Sempozyumu (18-19 Şubat 2012, Ankara), Asife Ünal/ Hüsamettin Karataş/ Yasin Meral vd. (ed.), Türkiye Dinler Tarihi Derneği, Ankara, 2012, ss. 719-32.

[19] Nakşalı zimmilerin yüklerini İstanbul'a taşıyan bir ticaret gemisinin korsan saldırısına uğramasına dair 1633 yılına ait bir mahkeme kaydı için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, Coşkun Yılmaz (ed.), İstanbul Büyükşehir Belediyesi ve Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2008-19, C. 14, s. 66.

[20] Kadı Lütfü'nün başka müslüman idarecilerle beraber 1585'te kaçırılması hakkında bkz. BOA, A.DVNS.MHM.d, 58/869; 8 Şevval 993 / 3 Ekim 1585 ve BOA, A.DVNS.MHM.d,

da Katolik elitlerin siyasi ve ekonomik gücü Osmanlı egemenliğinde sona ermemiştir.[21] On altıncı yüzyıldan itibaren yabancı tüccarın faaliyetleri ile on sekizinci yüzyılda Katolik rahiplerin faaliyetleri, arşiv belgelerinde kadılara hitaben yazılan hükümlerin diğer konuları arasındadır.[22]

Osmanlı idaresi dönemindeki Nakşa Adası seyyahların notlarına konu olmuştur.[23] Modern literatürde, Osmanlı tahrir defterleri ve arşiv belgelerine dayanan, adanın on yedinci ve on sekizinci yüzyıldaki idari, sosyal ve mimari yapısına eğilen çalışmalar öne çıkmıştır.[24] Ada

---

58/887; 22 Şevval 993 / 17 Ekim 1585. 1631'de Kadı Ebubekir'in kaçırılması için bkz. BOA, A.DVNS.MHM.d, 85/560; 9 Şevval 1040 / 11 Mayıs 1631. Kadı Abdülbaki'nin 1646'da kaçırılması hakkında bkz. BOA, A.DVNS.MHM.d, 90/372; 25 Şaban 1056 / 6 Ekim 1646 ve BOA, A.DVNS.MHM.d, 90/375; 25 Şaban 1056 / 6 Ekim 1646. Görüldüğü üzere tekrar eden bu vakalar hususi tarih araştırmasına konu olabilecek denli dikkate değer kaçırılma olaylarıdır.

21 Osmanlı egemenliği altında adadaki Katolik elitlere dair bkz. Thekla Sansaridou-Hendrickx/ Benjamin Hendrickx, "The Post-Ducal 'Dukes of Naxos' of the 'per Dignità First Duchy of Christendom': A Re-Examination and Assessment", C. 3, S. 2, 2013, Journal of Early Christian History, ss. 94-107. Yasef Nasi'nin ölümünden sonra eşi Reyna Mendes'in yetkisinde olan vergi toplama işine bir zimminin müdahalesi üzerine Nakşa kadısına yazılmış bir hüküm için bkz. BOA, A.DVNS.MHM.d, 42/441; 10 Rebiyülevvel 989 / 14 Nisan 1581. Kostantin adlı mültezim vergi toplarken ortaya çıkan sorunlar hakkında bkz. BOA, A.DVNS.MHM.d, 48/1033; 28 Safer 991 / 23 Mart 1583; BOA, A.DVNS.MHM.d, 52/127; 19 Ramazan 991 / 6 Ekim 1583 ve BOA, A.DVNS.MHM.d, 52/560; 5 Muharrem 992 / 18 Ocak 1584. 1618'de İstanbul'da bulunan Nakşalıların vergilerinin Gaşar Gracyan (*Gasparo Gratiani*) adına tahsili için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, C. 13, s. 471. Bu kayıtta Gracyan'a "duka" denilmiştir.

22 Dini faaliyetler için bkz. BOA, A.DVNS.MHM.d, 112/1593; 20 Şaban 1114 / 9 Ocak 1703. Ticari faaliyetler için bkz. BOA, A.DVNS.DVE.d, 901/37; 30 Cemaziyelevvel 1002 / 21 Şubat 1594; BOA, A.DVNS.MHM.d, 120/812; 10 Cemaziyelevvel 1126 / 24 Mayıs 1714; BOA, A.DVNS.MHM.d, 129/1017; 10 Şaban 1132 / 17 Haziran 1720.

23 Bir örnek için bkz. Bernard Randolph, The Present State of the Islands in the Archipelago, or Arches, Seas of Constantinople and Gulph of Smyrna with the Islands of Candia and Rhodes, Oxford, 1687, ss. 20-21. Randolph, adayı *Nicsia* şeklinde anmaktadır. Seyahatnamelerinde adaya yer veren seyyahlar hakkında bkz. Ina Berg, "Island Attractions? Travel Writing on the Cyclades from the Middle Ages Until the Modern Day", C. 20, S. 1, 2012, Mediterranean Studies, ss. 71-87.

24 Jack L. Davis, "Contributions to a Mediterranean Rural Archaeology: Historical Case Studies from the Ottoman Cyclades", C. 4, S. 1, 1991, Journal of Mediterranean Archaeology, ss. 131-215; Elizabeth A. Zachariadou, "1641'de Nakşa Sancağı", S. 13, 1998, Tarih İncelemeleri Dergisi, ss. 231-43; Yasemin Demircan, "1720 Tarihli Tahrir Defterine Göre Nakşa Adası'nda Yapılan Düzenlemeler ve Reayanın Durumu", S. 268, 2009b, Belleten, ss. 671-81; aynı yazar, "Nakşa Adası: XVII. Yüzyılın İkinci Yarısına Ait Bir Tahrir Defterine Göre", C. 29, Özel Sayı, 2009c, Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, ss. 675-721; Dimitris Dimitropoulos, "Living Conditions in the Houses of the Islands of the Cyclades During the Seventeenth and Eighteenth Centuries", Wealth and Poverty in European Rural Societies from the Sixteenth to Nineteenth Century, John Broad/ Anton Schuurman (ed.), Brepols, Turnhout, 2014, ss. 61-80; Yasemin Demircan, "Kikladlardaki Osmanlı İdaresini Şekillendiren Unsurlar ve 1670 Tahriri", C. 5, S. 8, 2015, Studies of the Ottoman Domain, ss. 68-79; Yasemin

sakinlerinin aile, miras ve sözleşmeler hukuku başta olmak üzere kişilerarası ilişkileri, yerel noter kayıtları üzerinden Kasdagli tarafından uzun zamandır çalışılmaktadır.[25]

III. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HAKLARA İLİŞKİN İHTİLAFLAR

A. YANİ'NİN ALACAK DAVASI

6 Ekim 1646 tarihinde Nakşa kadısına yazılan bir hükme göre Nakşa'da yaşayan tacir Yani daha önceki bir tarihte sadrazamlığa arzuhal göndermiştir.[26] Hükümde arzuhalin içeriği kısaca aktarılmıştır: Nakşa'dan İstanbul'a ticaret maksadıyla gelen Yani, yine Nakşa'da yaşayan Manu'ya (*Manouíl* veya *Manuel*) Galata Bedesteni'nde müslümanların da bulundukları bir mecliste 26 bin 500 akçe borç vermiştir.[27] Daha sonra alacağını Manu'dan talep eden Yani'nin ifadesine bakılırsa, Manu İstanbul'dan Nakşa'ya kaçmış ve Yani'yi mağdur

---

Demircan/ Levent Kayapınar/ Ayşe Kayapınar, Osmanlı Dönemi Ege Adaları Tarihi: Kikladlar, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2020. Adadaki din ve mezhep dağılımını aktaran Demircan'ın çalışmaları, idarecilerin eş ve çocuklarından müteşekkil birkaç aileden başka müslüman grupların adada bulunmadığını belgelendirmesi açısından önemlidir. 1700 civarında adada bulunan seyyah Joseph Pitton de Tournefort Nakşa'da kadıyla beraber yedi-sekiz Türk ailenin bulunduğunu kaydetmiştir, aktaran Emecen, 2006, s. 333.

[25] Yazarın bazı çalışmaları için bkz. Aglaia E. Kasdagli, "Gender Differentiation and Social Practice in Post-Byzantine Naxos", The Byzantine Tradition After the Fall of Constantinople, John J. Yiannias (ed.), University Press of Virginia, Charlottesville, 1991, ss. 61-94; aynı yazar, "Poor and Rich in 17th-Century Naxos: Attitudes, Behaviour and Reality", Rich and Poor in the Society of the Greco-Latin East, Chryssa Maltezou (ed.), Hellenic Institute of Byzantine and Post-Byzantine Studies, Venedik, 1998, ss. 109-16; Land and Marriage Settlements in the Aegean: A Case Study of Seventeenth-Century Naxos, Hellenic Institute of Byzantine and Post-Byzantine Studies ve Vikelea Municipal Library of Heraklion, Venedik ve Kandiye, 1999; aynı yazar, "Custom, Tradition and 'Law' in the Post-Medieval Cyclades", Imperial Lineages and Legacies in the Eastern Mediterranean: Recording the Imprint of Roman, Byzantine and Ottoman Rule, Rhoads Murphey (ed.), Routledge, Abingdon, 2016, ss. 49-60.

[26] Yani (halk arasında *Yánnis*, *Yiánnis*, *Giánnis*, formel olarak *Ioánnis*) Yunanlılar arasında yaygın bir isimdir. Aynı Yani'den söz edildiğini farz etmek zor olmasına rağmen 1633 yılına ait bir mahkeme defterinde Nakşa sakini tacir Yani'den bahseden bir sulh kaydı için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, C. 14, s. 66. Nakşa asıllı tüccarın İstanbul'da ticari faaliyetlerde bulunduğunu işaret eden farklı zamanlara ait bir dizi arşiv belgesi ve mahkeme kaydı bulunmaktadır. Mesela Yakomi (*Yiakoummí*) adlı zimminin alışverişte düşük ayarlı altınla ödeme yaptığı iddiasını içeren 1819 tarihli bir belge hakkında bkz. BOA, TSMA.e, 1184/29; 17 Recep 1234 / 12 Mayıs 1819. İstanbul'daki Nakşalı tüccarın alacak davası neticesinde sulh olmasına ilişkin 1663 yılına ait bir sicil kaydı için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, C. 40, s. 277.

[27] Genel olarak bedestenler ve özel olarak Galata Bedesteni hakkında bkz. Semavi Eyice, "Bedesten", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1992, C. 5, ss. 302-11.

etmiştir. Hükümde, bu vakaya binaen müteferrikalardan Hasan'ın mübaşir sıfatıyla Nakşa'ya gönderildiği bildirilmiş,[28] kadıya Nakşa'da Yani'nin hakkını alması emredilmiştir.[29]

Hükümde Yani ile Manu arasında, borç kaynaklı bir ihtilaf konu edilmiştir. İddiasına göre Yani İstanbul'da, Galata Bedesteni gibi yoğun ticari faaliyetin yapıldığı bir yerde ve müslümanların şahitliğinde Manu'ya borç vermiştir. Borcun ne zaman ödenmesi gerektiğine dair hükümde bir ayrıntı gösterilmemiştir. Fakat Yani borcunu talep ettiğinde Manu'nun Nakşa'ya kaçmasına bakılarak alacağın vadesinin geldiği düşünülebilir. Mağdur olan Yani'nin alacağını elde etmek için arzuhal yazması üzerine Nakşa kadısına yazılan hükümde, davanın görülmesini kolaylaştırmak için bir mübaşir görevlendirildiği bildirilmiştir. Manu kadı huzuruna gerekirse cebren getirilebilecek, Yani'nin iddiaları kendisine sorularak karara varmak mümkün olabilecektir. Manu borçlu sıfatına sahip olduğundan akitten kaynaklanan mükellefiyet ifadır yani 26 bin 500 akçeyi alacaklı Yani'ye eda etmektir. Öncelikle Yani ile Manu arasındaki borç ilişkisinin kadı nazarında sabit olması gerekir. Borcun varlığı ve Manu'nun ödemeden kaçındığı sabit olduğunda kadı Manu'yu ödeme yapmaya zorlamak maksadıyla hapsedebilir. Şer'an Manu borcundan elbette şahsıyla değil malıyla mesuldür ancak mali olarak ödeme gücüne sahipken ödemeden kaçınıyorsa kâdının hapsetme yetkisi mevcuttur. Manu buna rağmen borcunu ödemiyorsa, kadı Manu'nun malını haczedip icra yoluyla malının satılmasına karar verebilir. Yani'nin alacağı kadarki kısım satım bedelinden Yani'ye teslim edilecektir.[30]

B. YAKOMAKİ'NİN MÜLKİYET İDDİASI

26 Ekim 1736 tarihinde Nakşa ve Para (*Páros*)[31] kadı naibi İsmail bir arzuhal kaleme almıştır.[32] Buna göre Nakşa Adası sakinlerinden

---

[28] Bir saray görevlisi olan müteferrika, adından anlaşıldığı üzere muayyen bir görevi olan değil muhtelif işlerle görevlendirilebilen kişilerdir, bkz. Erhan Afyoncu, "Müteferrika", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2006, C. 32, ss. 183-85.

[29] BOA, A.DVNS.MHM.d, 90/374; 25 Şaban 1056 / 6 Ekim 1646. Belgenin transkripsiyonu için Ek-1'e bakınız. Müteferrika Hasan'ın Nakşa'ya selametle varabilmesi için Sakız'daki görevlilere emirler yazılmıştır, bkz. BOA, A.DVNS.MHM.d, 90/376; 25 Şaban 1056 / 6 Ekim 1646 ve BOA, A.DVNS.MHM.d, 90/378; 26 Şaban 1056 / 7 Ekim 1646.

[30] Fıkıhta borç ilişkisi ve hükümleri hakkında bkz. Mehmet Akif Aydın, "Borç", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1992, C. 6, ss. 285-91. Özellikle borçlunun temerrüdü için bkz. Rahmi Yaran, İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi: Borçlunun Temerrüdü ve Alacaklının Temerrüdü, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı, İstanbul, 1997. Osmanlı ticaret hayatındaki borç alma-verme örnekleri için bkz. Fethi Gedikli, "Galata Şer'iyye Sicillerinde Mudarebe-Karz İlişkisi", S. 4, 1998, İstanbul Araştırmaları, ss. 111-28.

[31] Arşiv belgelerinde "Para/Pare/Parra/Parre", "Bara/Bare/Barra/Barre" ve "Bere/Berre" telaffuzlarına müsait şekillerde yazılmıştır. Nakşa'nın hemen batısında yer alan ada

Yakomaki (*Yakomákis*) kadı huzuruna gelmiş, mahkemede hazır bulunan Yorgaki (*Yiorgákis*) aleyhinde beyanda bulunmuştur. Yakomaki'ye göre Nakşa Kalesi yakınlarında yeri ve sınırları bilinen bir bağı, Yorgaki'nin büyükannesi hayattayken Yakomaki'ye satmıştır. Fakat Yorgaki buna rağmen bağa tasarruf etmek ve bağı Yakomaki'nin kullanmasına engel olmak istemiştir. Bağın kendi mülkü olduğunu gösteren bir hücceti kadıya ibraz eden Yakomaki, Yorgaki'ye durumun sorulup şer'an gereken hükmün verilmesini talep etmiştir. Durum Yorgaki'ye sorulduğunda, Yorgaki davayı ret ve def' etmiş; elinde Yunanca yazılmış bazı senetler ile mahkeme tarafından daha önce verilmiş bir hüccet bulunduğunu, bağa kırk beş yıldır tasarruf ettiklerini ve başka kimsenin tasarruf etmediğini beyan etmiştir.[33] Yorgaki elindeki hücceti ve Yunanca senetleri kadıya ibraz etmiştir. Kadı İsmail, Yunanca senetlere ve altında beş imza bulunan hüccete baktığında Yorgaki'nin beyanını teyit etmiştir. Kırk beş yıl boyunca mahkemeye götürülmeyen bir iddianın padişah fermanı bulunmadıkça mahkemede dinlenmesinin mümkün olmaması gerekçesiyle kadı, Yakomaki'nin mülkiyetini ispat sadedinde ibraz ettiği hücceti hükme esas kabul etmemiştir. Yorgaki'nin elindeki hüccete ve Yunanca senetlere itibar ettiğini belirten Kadı İsmail, bağın Yorgaki'nin mülkü olduğuna ve Yakomaki'nin bu bağ hakkında mülkiyet iddiasında bulunmaktan menedildiğine hükmetmiştir. Kadı, kararını İstanbul'a bu arzuhal vasıtasıyla arz etmiştir.[34]

Arzuhal gayrimenkul mülkiyeti iddiasında zilyetliği ve zamanaşımını konu almaktadır. Yakomaki'nin elinde, Nakşa Kalesi yakınındaki bağı büyükanneden satın aldığına dair mahkemeden verilmiş bir hüccet vardı. Arzuhalden anlaşıldığı kadarıyla bağ halihazırda Yorgaki'nin tasarrufundaydı. Davacı olması hasebiyle bağa malik olduğunu ispat etme külfeti Yakomaki'deydi. Yakomaki, elindeki

---

hakkında bkz. Alexios Savvides, "Para", *Encyclopaedia of Islam*, Clifford Edmund Bosworth/ Emeri Johannes Van Donzel/ Wolfhart Peter Heinrichs (ed.), 2. Baskı, Brill, Leiden, 1995, C. 8, ss. 265-66; Feridun M. Emecen, "Para", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2007, C. 34, ss. 166-67; Yasemin Demircan, "1670 Tahririne Göre Para Adası", S. 29, 2009a, Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, ss. 722-53. Para'nın önemi ve Nakşa'ya yakınlığı nedeniyle Nakşa Sancağı Osmanlı arşiv belgelerinde yer yer "Nakşa-Para Sancağı" veya "Nakşa ve Para Sancağı" biçiminde isimlendirilmiştir.

[32] Kadı yardımcılarından naipler, esasen kadılar tarafından belirli süre veya iş (keşif vb.) için görevlendirilen ve kadılık yapma şartlarını haiz kişilerdir. Fakat emekliye ayrılan kadılar veya uzak bölgelere tayin edilen asıl kadılar yerine vekaleten naip de görevlendirilmiş olabilir. Bkz. Mehmet İpşirli, "Naib: Osmanlılarda", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2006, C. 32, ss. 312-13.

[33] Belgede "senet" olarak nitelenen yazılar, yerel noter kayıtlarına konu olmuş olabilir. Nakşa'daki noter kayıtları hakkında bkz. Aglaia E. Kasdagli, "Notarial Documents as a Source for Agrarian History", S. 40, 2007, Hesperia Supplements, ss. 55-70.

[34] BOA, AE.SMHD.I, 120/8736; 20 Cemaziyelahir 1149 / 26 Ekim 1736. Belgenin transkripsiyonu için Ek-2'ye bakınız.

hüccete dayanarak Yorgaki'nin bağdan el çekmesini ve kendi mülkiyet hakkı gereğince tasarrufunun sağlanmasını talep etmiştir. Yakomaki iddiayı inkar etmekle kalmamış, karşı iddiada da bulunmuştur. Yorgaki'nin "bizler tasarruf ederiz" cevabı bağı kırk beş yıldır kendisinin ve muhtemelen ailesinin de kullandığını işaret etmektedir. Yorgaki cevabını ispat sadedinde kadıya imzalı bir hüccet ve senetler sunmuştur. Her iki tarafın da bağın mülkiyetine ilişkin benzer ağırlıkta delil ileri sürmesi durumunda, belli şartlar altında Hanefi mezhebinin görüşüne göre zilyet olmayanın deliline itibar edilebilecektir.[35] Ancak bu vakada Yorgaki beş imzalı bir hüccetten başka, sözleşmeyi teyit eden senetlere sahipti. Kadı İsmail muhtemelen Yunanca bilmiyordu fakat tercüman kullanarak yazıların gerçekten senet olduğunu anlamış ve içeriğe vâkıf olmuş olabilir.[36] Böylece kadıya göre Yorgaki ve ailesinin kırk beş yıldır bağı kullandığı sabit olabilmiştir. Süre sabit olunca, bu kadar zaman geçmesine rağmen Yakomaki'nin mülkiyet iddiasında bulunmamış olması, zamanaşımı nedeniyle kendi aleyhine sonuç doğurmuştur. Esasen şer'an bir hakkın özüne ilişkin zamanaşımı bulunmamaktadır.[37] Ancak dava zamanaşımı gerek fukaha tarafından tartışılmış gerekse Osmanlı kanunlarına konu olmuştur. Hanefi mezhebine ait görüşlerde otuz, otuz üç ve otuz altı yıllık süreler mevcuttur.[38] Kanuni döneminde Zenbilli Ali Efendi ve Ebussuud Efendi'nin fetvalarına dayanılarak gayrimenkul mülkiyetine ilişkin davalarda on beş yıllık zamanaşımı kabul edilmiştir.[39] Vakada kadı bu kanuna atıf yapmıştır: Sultanın emriyle tayin edilen on beş yıllık zamanaşımı dolan bir dava, mezhepte kabul edilen süre dolana kadar ancak sultanın emriyle dinlenebilir.[40] Zamanaşımı diğer konulardan önce ve resen nazara alınması gereken bir husus olduğundan Kadı İsmail, Yakomaki'nin iddiasına itibar etmemiştir. Nihayet bağa Yorgaki'nin tasarruf etmesine Yakomaki'nin müdahale etmemesine karar vermiş ve İstanbul'a bildirmiştir.

---

35 Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2010, s. 387.

36 Türkçenin yaygın kullanımda olmadığı coğrafyalarda Osmanlı mahkemelerinde tercüman istihdam edilebilmekteydi. Konu hakkında bkz. Mahmut H. Şakiroğlu, "Tercüman", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2011, C. 40, ss. 490-92 ve Fahrettin Atar, "Mahkeme", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2003, C. 27, ss. 338-41. Bu konudaki bir değini için bkz. Kemal Çiçek, "Osmanlı Adliye Teşkilatında Mahkeme Tercümanları", S. 30, 1996, Toplumsal Tarih, ss. 47-52.

37 Bu kural *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*'de de bulunmaktadır: "Tekadüm-i zaman ile hak sakıt olmaz." (md. 1674)

38 *Mecelle*'nin kabulü otuz altı yıldır (md. 1661).

39 Zamanaşımı süresinin kapsamı, hesaplanması gibi konuların ayrıntısı için bkz. Ahmed Akgündüz, "İslam ve Osmanlı Hukukunda Müruruzaman", C. 1, S. 1, 1988b, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 43-90.

40 Akgündüz, 1988b, s. 73.

IV. VERASET İDDİALARI

A. KOSTANTİN VE ANNESİNİN DAVASI

Mayıs-Haziran 1678'de Kaptanpaşa'nın vekiline ve Nakşa kadısına iki hüküm gönderilmiştir. Bunlardan 13-22 Mayıs arasına tarihlenen birincisinin içeriğine bakılırsa, zimmi Kostantin (*Konstantínos*) ve annesi sadrazamlığa daha önce bir arzuhal göndermiştir. Arzuhale göre, Kostantin'in belgede ismi gösterilmeyen kardeşi Nakşa Adası'nda ölmüş, tereke Kostantin ile annesine intikal etmişken terekenin tamamını bu kardeşin yine belgede ismi gösterilmeyen eşi almıştır. Hisselerini almak için hüküm talep eden Kostantin ve annesinin iddialarının mahkemece görülmesi için İstanbul'dan emir verilmiştir.[41]

İkinci hüküm yine Kaptanpaşa vekiline ve Nakşa kadısına 23 Mayıs - 1 Haziran 1678 tarihleri arasında yazılmıştır. Hükümde bahsedilen arzuhal bu sefer anneye aittir: Nakşa'da yaşayan annenin yine Nakşa sakinlerinden oğlu Marko (*Márkos*) ölmüştür. Anneye göre Marko'nun malları, erzakı, paraları ve mülk arsaları kendisine ve Marko'nun eşine intikal etmiştir. Fakat Marko'nun eşi terekenin tamamını kabzetmiş, anneye şer'an gereken hisseyi vermeyerek tamahkarlık yapmış ve hakka tecavüz etmiştir. Anne, davasının kadı tarafından görülmesi ve terekeden şer'an hak ettiği kısmın Marko'nun eşinden alınıp kendisine teslim edilmesi konusunda bir emrin yazılmasını sadrazamlıktan talep etmiştir. Buna binaen meselenin mahkemede halledilmesine ilişkin bir emir yazılmıştır.[42]

Kostantin ve annesinin iddiaları ölen erkeğin mirasında eşin, annenin ve erkek kardeşin paylarıyla ilgilidir. Aynı meseleyle ilgili iki ayrı arzuhal varmış gibi görünmektedir. Kostantin ve annesi önce birlikte sonra anne tek başına durumu İstanbul'a bildirerek taleplerinde ısrarcı olmuştur. Fakat arzuhal metinleri belgelerde bulunmadığından ve hükümlerde arzuhallerin hangi tarihlerde yazıldığı bildirilmediğinden, bu arada ne kadar zaman geçtiğini tahmin etmek güçtür. Ancak İstanbul'da her iki arzuhal için de kısa aralıklarla iki defa hüküm yazılmıştır. Her iki hükümde bazı bilgiler eksiktir. Belgeler birlikte değerlendirildiğinde ve içerdiği bilgiler tam kabul edildiğinde şu sonuç ortaya çıkmaktadır: Annenin Kostantin ve Marko adlı iki oğlu vardı ve kızı bulunmamaktaydı. Baba muhtemelen hayatta değildi. Kısa süre önce ölen Marko'nun eşi hayattaydı fakat çocukları bulunmamaktaydı. Marko'nun menkul ve gayrimenkul malları ile parası, ardında bıraktığı terekeye dâhildi. Kostantin ve annesinin iddiasına göre Marko'nun eşi terekenin tamamını elinde tutarak anneye ve erkek kardeşe pay

41 BOA, A.DVNS.MHM.d, 96/89; 21-30 Rebiyülevvel 1089 / 13-22 Mayıs 1678. Belgenin transkripsiyonu için Ek-3'e bakınız.

42 BOA, A.DVNS.MHM.d, 96/127; 1-10 Rebiyülahir 1089 / 23 Mayıs - 1 Haziran 1678. Belgenin transkripsiyonu için Ek-4'e bakınız.

vermemiştir. İlk arzuhalde Kostantin ve annesi terekenin kendilerine kaldığını belirtirken ikinci arzuhalde anne, kendisinin ve Marko'nun eşinin pay sahibi olduğunu ifade etmiştir. Neticede anne, eşin payı bulunduğunu ikrar etmiş, Kostantin ise inkar etmiştir. Hükme bakılırsa durum Nakşa kadısına ve adadaki ehl-i örfün âmiri olan Kaptanpaşa vekiline haber edilmiş, kadıdan bu meseleyi çözmesi istenmiştir.

Yasef Nasi'nin ölümünden sonra sancak beylerinin idare ettiği Nakşa, Gelibolu merkezli Cezayir-i Bahr-i Sefid'in (Kaptanpaşa Eyaleti) bir parçası olagelmiştir. Bu nedenle ehl-i örfü temsilen Kaptanıderya'nın adadaki vekili de hükme muhataptır. Ehl-i örfün haberdar edilmesi, başka saikler bir yana, kadı tarafından verilecek kararın icrasında gerekirse cebir kullanılması ihtimaliyle birlikte düşünülebilir. Kadı ise şer'î miras kurallarını uyguladığında muhtemelen şu yolu izleyecektir: Öncelikle Marko'nun vârisi sıfatına sahip kimseler tespit edilecektir. Eğer Marko'nun başka vârisi yoksa anne ve sağ kalan eş ashabü'l-feraiz kategorisinde olduklarından, Kostantin ise asabe kategorisinde olduğundan mirastan pay alacaklardır. Pay hesabı da buna göre yapılacaktır.[43]

Şer'î miras kuralları emredici nitelikte değildir. Vârisler aralarında anlaşarak terekeyi başka türlü de paylaşabilirdi. Dolayısıyla vârisler gerek kendi başlarına gerekse bir kimsenin hakemliğine başvurarak taksim yapabilirdi.[44] Gayrimüslim Osmanlı teb'ası da zimmet statüleri gereğince ruhani reislerine veya başka bir zimmiye başvurarak hakemlik yapmasını isteyebilirdi.[45] Diğer yandan, her Osmanlı teb'ası gibi onların da kadıya giderek mirası paylaşma hakları vardı. Miras meselesi kendisine bu şekilde havale edilen kadı, şer'î miras kurallarına göre terekeyi taksim edecektir. Zaten ikinci hükümde alıntılanan arzuhale göre anne, şer'an payına düşen ne ise onu talep ettiğini açıkça belirtmiştir.

---

[43] Aydın, 2010, ss. 332-40. Ölenin çocuğu, oğlunun çocuğu veya birden fazla kız kardeş bulunmuyorsa anne üçte bir pay alır. Miras bırakanın çocuğu veya oğlunun çocuğu bulunmadığı durumda sağ kalan eş dörtte bir pay alır. Erkek kardeş, asabe sıfatıyla terekenin kalanını alır. Neticede Marko'nun terekesi 12 birim kabul edilirse anne 4 birim, eş 3 birim, Kostantin 5 birim pay alacaktır.

[44] Şer'î miras hukukuna ait kuralların ayrıntıları hakkında bkz. Hamza Aktan, Mukayeseli İslam Miras Hukuku, İşaret, İstanbul, 1991 ve Abdüsselam Arı, İslam Miras Hukuku, Pınar, İstanbul 2018.

[45] Nakşa'daki gayrimüslimlerin yerel noter kayıtlarına yansıyan miras paylaşımları için bkz. Aglaia E. Kasdagli, "Dowry and Inheritance in 17th-Century Naxos", C. 110, S. 1, 1998, Mélanges de l'École française de Rome: Italie et Méditerranée, ss. 211-16; aynı yazar, "Family and Inheritance in the Cyclades (1500-1800): Present Knowledge and Unanswered Questions", C. 9, S. 3, 2004, The History of the Family, ss. 257-74.

B. DİMİTRİ'NİN İDDİASI

Sakız Adası'nda yaşayan Dimitri (*Dimítrios*), üzerinde tarih bulunmayan bir arzuhal kaleme almıştır. Dimitri'nin iddiasına göre Nakşa Kazası'na bağlı Bolukendire (*Folégandros*) Adası'nda bulunan mülk bağ, bahçe, ev ve diğer arazilerin gözetilmesi için babası Anton (*Antónis*/*Antónios*) hayattayken Bolukendire'de yaşayan Manol'ü (*Manólis*) vekil tayin etmiştir.[46] Manol öldükten sonra Manol'ün oğulları ve vârisleri bu yerleri haksız yere zapt etmiş ve kendilerine intikal ettiğini iddia etmişlerdir. Mağdur olan Dimitri, Nakşa kadısı huzurunda Manol'ün oğulları ve vârislerinden hakkını almak için İstanbul'dan bir ferman yazılmasını istemiştir. Bu talep sadrazamlıkça uygun bulunmuş ve davanın mahkemede görülmesi 16 Haziran 1779'da buyrulmuştur.[47]

Arzuhal, miras yoluyla gayrimenkul mülkiyeti iddiası ile geçmişte bir vekalet sözleşmesinin mevcut olduğu iddiasını içermektedir. Dimitri'nin sözüne bakılırsa, muhtemelen kendisi gibi Sakız Adası'nda sakin olduğundan, babası Anton Bolukendire Adası'ndaki gayrimenkullere nezaret için Manol'ü tevkil etmiştir. Hem Anton hem de Manol ölmüştür fakat hangisinin önce öldüğü belgede açıklanmamıştır. Ancak şer'î hükümlere göre vekalet ilişkisi müvekkil veya vekilden birinin ölümüyle zaten sona ermektedir.[48] Arzuhalde açıkça belirtilmese de Anton'un önce öldüğü, Dimitri'nin Manol'ün yaptığı işe devam etmesini uygun bulduğu varsayılabilir. Dimitri'ye göre Manol ölünce vârisler vekalet ilişkisini reddetmiş hatta bu yerlerin Manol'ün malı olup kendilerine miras kaldığını iddia etmiştir. Dimitri'nin Sakız'da yaşadığında bakılırsa mallar Manol'ün vârislerinin elindeydi, diğer bir deyişle vârisler mala zilyetti. Dimitri, malların onlara değil Anton'un vârisi sıfatıyla kendisine ait olduğu iddiasındaydı. Dimitri'nin Anton'un tek vârisi mi yoksa vârislerinden biri mi olduğu belgede açıklanmamıştır. En azından Dimitri asaleten kendi miras payı için dava açmıştır. Anton'un başka vârisleri varsa bile vekaleten onlar adına da iddiada bulunmuş olabilir.[49] Dimitri dava yoluyla mülkiyetini güvence altına alma ve Manol'ün vârislerine gayrimenkullerden el çektirme amacındaydı. Davacı ve davalılar farklı yerlerde ikamet ettiğinden, Dimitri'nin davalıların bulunduğu yer olan Nakşa'daki kadı tarafından bu ihtilafın görülmesini istemesi uygundu. Zira Sakız Adası

[46] Belgede "Polikandire" biçiminde geçen ada Nakşa'nın güneybatısında yer almaktadır.

[47] BOA, AE.SABH.I, 196/13100; 1 Cemaziyelahir 1193 / 16 Haziran 1779. Belgenin transkripsiyonu için Ek-5'e bakınız.

[48] Vekalet sözleşmesinin şer'î hükümleri hakkında bkz. Bilal Aybakan, "Vekalet", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2013, C. 43, ss. 1-6.

[49] Belgede başka vâris gösterilmediğinden, şu hâlde terekenin Anton'dan Dimitri'ye intikali hususunda tartışılacak bir miras meselesi bulunmamaktadır.

başka bir yargılama bölgesiydi, orada başka bir kadı görev başındaydı ve bu ihtilafta yetki sahibi değildi.[50]

C. ENAT'IN DAVALARI

Nakşa Adası'na bağlı Hagios (*Ágios*)[51] köyü sakinlerinden Enat adlı zimminin kardeşi Bartanos (*Parthénos*) ölmüştür. Bartanos'un terekesi Enat'a intikal ederken üçüncü bir kardeşin oğulları ve kızları ortaya çıkmış, Enat'ın vâris olmadığını ileri sürüp müdahil olmuşlardır. Bu mesele kadı önünde görülmüş ve Enat'ın malları kabzetmesine müdahale edilmemesine karar verilmiştir. Fakat karara rağmen Enat'ın yeğenleri müdahale teşebbüslerinden vazgeçmemiştir. Bu nedenle 8-17 Temmuz 1785 tarihleri içinde, önceki padişah I. Abdülhamit zamanında şikayetin kadı önünde dinlenip bu girişimlerin önlenmesi için sadrazamlıkça bir emir gönderilmiştir. Mesele III. Selim döneminde tekrar sadrazamlığın önüne geldiğinde önceki emir gerçekten de o doğrultudaysa emrin yenilenmesi buyrulmuştur. Önceki emir sadrazamlık kaleminde araştırılmış ve emrin aynı doğrultuda olduğunun anlaşıldığına dair 25 Haziran 1791 tarihli bir kayıt düşülmüştür.[52]

Belge, ölen erkeğin erkek kardeşi ile diğer kardeşinden yeğenleri hayattayken mirastan kimlerin pay sahibi olacağına dairdir. Her ne kadar belgeler arasında Enat'ın arzuhaline rastlanmasa da olayların başlangıcı ve akışı az çok anlaşılabilmektedir. Buna göre Enat'ın veraset iddiasına belgede isimleri yer almayan yeğenleri karşı çıkınca mesele bir zaman önce Nakşa kadısı önüne gelmiştir. Önündeki vakada şer'î miras kurallarını uygulayacak olan kadı, muhtemelen ölen Bartanos'un hayattaki akrabasını tespit etmiştir. Belgeye göre ihtilaf anında Bartanos'un erkek kardeşi Enat ile belgede ismi yer almayan ve ölmüş olduğu varsayılabilecek diğer kardeşinin oğulları ve kızları hayattaydı. İsmi bilinmeyen kardeşin ölmüş olduğunu düşündüren husus, bu kardeş yerine çocukların miras iddiasında bulunmasıdır.

---

[50] Kadıların yetki sahası için bkz. Ekinci, ss. 370-71. Yetki meselesi Nakşalıların on sekizinci yüzyıldaki başka ihtilaflarında da gündeme gelmiştir. Yani adlı zimminin iddiasına göre, Nakşa Adası'ndaki arazilerine Nikola adlı zimmi hakkı olmadığı hâlde tasarruf etmiştir. Yazdığı arzuhalde bu tasarrufun sona erdirilmesini talep eden Yani, davalı Nikola'nın geçici olarak da olsa İstanbul'da bulunması hasebiyle Rumeli Kazaskerliğinde ihtilafın çözülmesini istemiştir. 19 Ocak 1787 tarihli buyurulduda talep kabul edilmiş, 22 Ocak'ta da ihtilaf mahkemede görülmüştür. Bkz. BOA, C.ADL, 48/2909; 29 Rebiyülevvel 1201 / 19 Ocak 1787. Nakşa'da ölen bir zimminin yine adada yaşayan eşinin, davalıların İstanbul'da ikamet etmesi nedeniyle İstanbul kadısı tarafından 13 Ocak 1721'de görülen miras taksim davası hakkında bkz. BOA, İE.ADL, 13/906; 14 Rebiyülevvel 1133 / 13 Ocak 1721.

[51] Yunancada "aziz" veya "kutsal" anlamına gelen kelime Yunanistan'daki birçok yerleşim yerinin isminde geçmektedir. Belgede zikri geçen köy, Nakşa'da veya o zamanlar Nakşa Sancağı dâhilinde adında *Ágios* geçen köylerden biri olmalıdır.

[52] BOA, AE.SSLM.III, 147/8864; 23 Şevval 1205 / 25 Haziran 1791. Belgenin transkripsiyonu için Ek-6'ya bakınız.

Bartanos'un bu akrabası içinde yalnızca Enat'ın mirastan yararlanma hakkı mevcuttu. Zira Enat ve Bartanos kardeşler birbirlerinin vârisleriydi. Belgede Bartanos, Enat'ın "vârisi ve kardeşi" olarak tanıtılmıştır. Bartanos'un ashab-ı feraiz kategorisinde vârisi bulunmamıştır. Bu durumda Enat, asabe kategorisinde vâris olduğundan terekeyi alma hakkına sahipti.[53] Mahkeme de bu yönde karar vermiş, Bartanos'un mallarına Enat'ın tasarruf etmesine kimsenin müdahil olmamasını hükme bağlamıştır. Ancak Enat'ın yeğenleri bu mallara müdahaleden vazgeçmemişlerdir. Muhtemelen Enat durumu bir arzuhal yazarak İstanbul'a bildirmiştir. Buna binaen sadrazamlıktan gelen hükümde talebin mahkeme eliyle görülmesi ve müdahalenin kaldırılması emredilmiştir. Mevcut belge esasında bu emrin tekrarlanması hakkındadır. Zira ilk emrin gönderilmesinden altı yıl sonra Enat'ın yeğenlerinin hak iddiası ve müdahalelerinin devam ettiğini düşünmek makuldür. Anlaşıldığına göre Enat durumdan mustarip olmuş ve emrin tekrarlanmasını İstanbul'dan talep etmiştir. Hilafına bir emir yoksa önceki emrin tekrarlanması padişahça buyurulunca sadrazamlık kaleminde kayıtlar gözden geçirilmiştir. Araştırma neticesinde önceki emre muhalif başka bir emre rastlanmadığı sabit olmuş, dolayısıyla emrin yenilenerek Nakşa kadısına gönderilmesi gereği ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak Enat'ın tasarruf hakkına yönelik müdahale iki kadı hükmü ve iki emre konu olmuş, yeğenler bunca yıl zarfında mallardaki hak taleplerinden vazgeçmemişlerdir.

V. VAKIF MALLARA TASARRUFA İLİŞKİN EYLEM VE İŞLEMLER

A. PATRİK I. KİRİLLOS'UN ŞİKAYETLERİ

Aynı tarihte (14 Kasım 1630) kaleme alınmış iki hükümde adadaki Aya (*Ágia*) Manastırı ve Çoklarpa (*Tsikalarió*) köyündeki Panaya (*Panagiá*) Manastırı'na ait yerler konu edilmiştir.[54] Nakşa kadısına

[53] Aydın, 2010, ss. 332-40.

[54] Yunancada "azize" veya "kutsal" anlamına gelen Aya, *Ágios*'un dişil formudur. 1670'te Nakşa Adası'nda Ortodoks manastırları arasında adında *Ágia* geçen üç manastır bulunmaktaydı. Bunlardan Komyaki (bugünkü *Komiakí*/*Koronída*) köyündeki manastırın adı sadece *Ágia* idi. Manastırların üçünde de rahip bulunmaktaydı. "Bakire" anlamına gelen Panaya ise, Yunanistan'daki ve elbette Nakşa'daki birçok manastır adında geçmekteydi. Muhtemelen hükümde bahsedilen manastır, 1670'te Nakşa Adası'nda bulunan yalnızca Panaya adlı iki Ortodoks manastırından biri olabilir. Manastırlardan Panaya Fenareti'nin beş rahibi bulunurken Panaya Metropoli'nin rahibi bulunmamaktaydı. 1630'da da durum böyleyse, söz konusu manastır Panaya Fenareti olabilir. Manastırlar hakkında bkz. Demircan, 2009c, s. 696. Bugün *Panagiá Fanariotisa* adıyla Nakşa Adası'nda bir manastır bulunmaktadır fakat yakındaki köyün adı Çoklarpa vb. şekilde okumaya müsait olmayan *Apeíranthos*/*Apérathos*'tur. Çoklarpa

hitaben yazılmış hükümlerde, öncelikle zamanın İstanbul Rum Ortodoks Patriği I. Kirillos (*Kýrillos Loúkaris*) (ö. 1638) tarafından gönderilen arzuhalde zikredilen olaylar özetlenmiştir.[55] Buna göre, adadaki bazı araziler (bağ, bahçe, çiftlik, tarla ve mera) Nakşa Adası'nda bulunan Aya Manastırı'nın ismi belgede gösterilmeyen rahibi ile Panaya Manastırı'nın papazı Yerasimo'nun (*Yerásimos*) tasarrufu altındaydı. Eskiden beri manastır rahiplerinin tasarruf ettiği bu yerlere vilayetin önde gelenleri, çobanlar ve başkaları haksız yere büyük ve küçükbaş ile binek hayvanları salarak mahsule zarar vermiştir. Aynı zamanda arazileri zapt ederek rahiplerin tasarrufuna engel olmuştur. Bu mesele kadı tarafından görülmüş ve arazilere hayvan salınmamasına karar verilmiştir. Patriğin elinde bu kararı içeren bir hüccet bulunmasına rağmen arazilere hâlâ hayvan salındığından patrik, hüccetin icabına göre davranılması için sadrazamlıktan emir talep etmiştir.

Sadrazamlıkta hazırlanan hükümlerde kadıya hücceti dikkate alması, hüccetin iddiaya uygun olduğunu tespit etmesi, gerçekten hâlâ hayvanlar bu arazilere salınıyorsa davalıları huzuruna alıp ihtilafı görmesi emredilmiştir. Şer'î ahkama, hüccete ve eskiden beri takip edilen teamüle mugayir olarak a'yânın, ehl-i örfün veya başka kimselerin bu arazilere müdahalesini engellemesi ve önceden olduğu gibi yalnızca rahiplerin tasarrufunu temin etmesi kadıya bildirilmiştir. Diğer yandan, Nakşa Kazası'nda bulunan diğer Hıristiyan din adamlarının eskiden beri idare ettiği kilise ve manastırlara Efrenç vs. gayrimüslimlerin de müdahale ve taarruz etmesini engellemesi kadıya tembihlenmiştir.[56] Eğer bu emre aykırı davranan olursa isimleri, eşkalleri ve unvanlarıyla beraber bildirmesi kadıdan istenmiştir. Yine sonradan bu kimseler hakkında da bir emir gönderilirse gereğini yerine

---

ise muhtemelen 1670 tahririnde "Sakeleryo" adı verilen köydür. 1700 civarında seyyah Tournefort bu köye "Skalaria" derken, seyahatnameyi yayına hazırlayan Stefanos Yerasimos'a göre köye "Zuklaria" denmelidir. Zuklaria esas alınırsa, belgede geçen Çoklarpa okunuşuna yaklaşılmış olur. Bkz. Yerasimos'a atıfla Demircan, 2009c, s. 690.

[55] Avrupa'da mezhep çatışmalarının yoğunlaştığı bir dönemde aralıklarla birkaç defa bu göreve gelen I. Kirillos, iddialara göre Avusturya ve Fransa imparatorluklarının Katolik Cizvit destekli İstanbul elçilerinin girişimleriyle Kalvinist addedilmiş, Osmanlı Rum Ortodoks cemaati içinde fesat çıkardığı suçlamasıyla İstanbul'da asılarak idam edilmiştir. İngilizce ve Fransızca literatürde hakkında birçok çalışma bulunan patrik hakkındaki bir kitap için bkz. George A. Hadjiantoniou, Protestant Patriarch: The Life of Cyril Lucaris (1572-1638): Patriarch of Constantinople, John Knox Press, Richmond, 1961. Belge, I. Kirillos'un en uzun süre görev yaptığı döneme (1623-33) aittir. Osmanlı gayrimüslim teb'asının idaresi ve ruhani reislerin idari yapıdaki yeri için bkz. M. Macit Kenanoğlu, Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek, Klasik, İstanbul, 2004.

[56] Efrenç, Osmanlılarda özellikle anadili muhtelif lehçelerde İtalyanca ve Fransızca olan Katolikleri ifade eden Frenk lafzının bir versiyonudur, bkz. Bernard Lewis, "Ifrandj", Encyclopaedia of Islam, Bernard Lewis/ Victor Louis Ménage/ Charles Pellat vd. (ed.), 2. Baskı, Brill, Leiden, 1971, C. 3, ss. 1044-46; Mahmut H. Şakiroğlu, "Frenk", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1996, C. 13, ss. 197-99.

getirmesi kadıya emredilmiştir. Hükümlerin sonunda kimsenin şer'e, kadimden yapılagelene ve emre aykırı davranmaması hususunda kadı tekrar tembihlenmiştir.[57]

Her iki hükümde vakıf malın gaspı ve itlafı konu edilmektedir. Belgelerde gayrimüslim vakıfları söz konusudur. Müslümanların şer'î hükümlere uygun olarak kurduğu vakıflar nasıl birer sahih vakıfsa, gayrimüslimlerin kurdukları da birer vakıftır. Fakat onların kurduğu vakıflardaki "kurbet" unsuru özellik taşır. Kurbet, vakfedenin vakıf kurma yoluyla Allah'a yaklaşma amacını ifade eder.[58] Zimmilerin kurdukları vakıflarda hem kendileri hem de müslümanlar için kurbet bulunmalıdır, bu nedenle ibadethanelerin (kilise, havra vb.) yapımı ve tamiri maksadıyla vakıf kurmaları, kurbet unsuru bulunmadığından sahih olmaz.[59] Fakat zimmilerin fakirler yararına mal vakfetmeleri sahih olduğundan, fakir zimmiler veya fakir din adamları yararına vakıf kurmaları sahihtir. Hükümlerde zikri geçen manastırlara "vakıf tayin olunan" araziler bu çerçevede düşünülebilir.

Hükümlere göre Nakşa'nın ileri gelenleri, çobanlar ve başka kimseler Aya ve Panaya manastırlarının vakıf arazilerine hayvan salmak suretiyle vakıf malı gasp etmiş ve mala zarar vermiştir. Belgede geçen "a'yân" lafzından, Nakşa'nın elit sakinleri yani Katolikler anlaşılabilir. Çobanlar ise hayvan otlatan kişiler olduklarından manastır vakfı olan yerlere muhtemelen başkaları adına hayvan salmışlardı. "Başka kimselerin" hangi toplumsal kesime ait olduğu başta belli olmasa da hükümlerin sonlarında bilgiler verilmiştir. Tarımsal ürün yetiştirilen ve hayvan otlatılabilen bu araziler hakkındaki meseleyi, İstanbul'daki Rum Ortodoks Patrikhanesinin başındaki I. Kirillos sadrazamlığa bildirmiştir. Patriğin beyanına göre mesele Nakşa kadısı huzurunda ele alınmış, vakıf arazilere başkalarının hayvan salması men edilmiştir. Kadı bu hususta birer hüccet kaleme almıştır. Belgede yalnızca men kararından bahsedilse de vakıf malın menfaatlerinin gasp edildiği kadı nazarında sabit olmuşsa işgal süresince ortaya çıkan ecr-i mislin ödenmesi de

---

[57] BOA, A.DVNS.MHM.d, 85/330; 8 Rebiyülahir 1040 / 14 Kasım 1630 ve BOA, A.DVNS.MHM.d; 85/331, 8 Rebiyülahir 1040 / 14 Kasım 1630. Belgelerin transkripsiyonu için Ek-7 ve Ek-8'e bakınız.

[58] Kurbet kastının bulunması, Hanefi fukahasınca hususen incelenen bir konudur, bkz. İbn Âbidîn Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdülaziz el-Hüseynî ed-Dımaşkî, Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr: Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr, Âdil Ahmed Abdülmevcûd/ Ali Muhammed Mu'avvaz (ed.), Daru Âlemi'l-Kütüb, Riyad, 2002-03, C. 6, ss. 522-27.

[59] Hanefi mezhebinde bu meselede Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'in görüşü kabul edilegelmiştir. Ebû Hanîfe'nin bu konudaki görüşü, vasiyetlerde olduğu gibi vakıfta da beyanda bulunanın itikadını esas alma yolundadır. Dolayısıyla ona göre zimminin vakıf kurma amaçlarında (ibadethane yapımı, tamiri vb.) kendi itikadınca kurbet varsa vakıf sahihtir. Bu konudaki fıkhi tartışmalar ve Osmanlı idaresi dönemindeki düzenlemeler için bkz. Ahmed Akgündüz, İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1988a, ss. 172-74 ve İrem Karakoç, Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi, Yetkin, Ankara, 2017, ss. 413-29. Gayrimüslim vakıfları günümüz hukukunda "cemaat" veya "azınlık" vakıfları adlarıyla anılmaktadır.

gerekecektir. Esasen Hanefi mezhebine göre bir malın menfaati gaspın konusu olmaz fakat vakıf mallar için istisna tanınmıştır. Vakıf araziyi işgal eden kişi vakıf malın menfaatlerini de gasp ettiğinden geçen süre için misil bedel ödeme mükellefiyeti altına girer. Diğer yandan belgelere göre araziler tecavüz sonucu "harap ve yaban" edilmiştir. Buradan yola çıkılarak araziye ve tarımsal ürünlere zarar verildiği sonucuna varılabilir. Vakıf malın doğal semerelerine ve maldaki artışlara da zarar verilmişse, itlaf sorumluluğu kapsamında zarar verenlerin tazmin borcu da doğacaktır.[60]

Kadı kararına rağmen arazilere hâlâ zarar verildiğinden patrik bu sefer Nakşa'ya emir gönderilmesini istemiştir. Anlaşılmaktadır ki Nakşa'daki manastırların başında bulunan papazlar söz konusu işgal fiillerini iki kez Patrikhaneye iletmek zorunda kalmıştır. Kadıya gönderilen emirlerde durumu kontrol etmesi, işgal devam ediyorsa önceki hücceti nazara alarak mahkemede ihtilafı görmesi ve yine men kararı vermesi kadıdan istenmiştir. Emirlerde rahiplerin "kadimden beri" buralara tasarruf ettiği hususen vurgulanmıştır.[61] Dolayısıyla kadim uygulama, hüccet ve emir gereğince tasarrufun rahiplere bırakılması gerekmekteydi.

Emirlerde a'yân, ehl-i örf ve başka kimselerin müdahalesinin menedilmesinden bahsedilmiştir. Ehl-i örfün burada geçmesinin bir nedeni, Nakşa'daki Osmanlı idari görevlilerinin bu arazilere tasarrufunun kadı kararına rağmen engellenememesi olabilir. Diğer yandan, bizzat ehl-i örfün bu arazilere hayvan salması da makul bir tahmindir zira daha önce değinildiği üzere adada bulunan ve silahlı güce sahip olduğundan cebir kuvvetini haiz olan görevli sayısı oldukça azdı. Merkezden oldukça uzak bir adada ehl-i örfün sosyal denetimini sağlayacak müslüman bir topluluk da bulunmadığından bu türden vakalara rastlanmış olabilir. Hükmün sonunda, muhtemeldir ki Patrik I. Kirillos'un arzı vesilesiyle, Nakşa'ya bağlı yerlerde bulunan kilise ve manastırların vakıf arazilerine müdahale edilmemesi kadıya emredilmiştir. Bir belgede özellikle "Efrenç" zikri geçmesi, Girit'in henüz Osmanlı idaresine geçmediği on yedinci yüzyılın ilk yarısında Katolik korsanların Nakşa'ya saldırıp arazilere zarar verdiklerini işaret etmektedir. Sadrazamlığın ısrarı burada bitmemiş, bundan sonra

---

[60] Konu hakkında bkz. Mehmet Akif Aydın, "İslam Hukukunda Gasp", S. 9, 1995, İslam Tetkikleri Dergisi, ss. 163-220 ve Mehmet Akman, "Osmanlı Hukukunda Faili Bilinmeyen Itlaf Durumlarında Öngörülen Ortak Sorumluluğun Hukuki Niteliği", S. 3, 2007, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, ss. 7-12.

[61] Burada kastedilen kadim, fıkıhtaki "amel-i kadim" kavramına denk düşmektedir. Kadimden beri oraya manastır vakfı olarak rahiplerce tasarruf edilegelmiştir ve vakfın mütevellisince aksine bir tatbik vaki olmamışsa, uygulamanın sıhhati için ayrıca o yerin vakfiyesinin elde olması şart değildir. Bu meseleye vakıf hükümleri bağlamında yer veren bir çalışma için bkz. Esma Nur Topcu, "Önceki Hukukumuzda Vakfa Müdahale Kavramı: 18. yy. Kudüs Örneği", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku, İstanbul, 2020, ss. 55-58.

arazilere müdahale eden olduğunda kimliklerini tek tek bildirmesi ve bunlar hakkında kendisine bir emir verildiğinde gereğini yapması kadıya sıkı sıkı tembih edilmiştir. Son olarak kadı, yetki sahası içinde kimsenin şer'î kurallara, kadim uygulamalara ve sultanın emrine mugayir iş yapmaması bakımından açıkça uyarılmıştır. Bu uyarı nazara alındığında, mesele ilk ortaya çıktığında Nakşa'daki kadı ve diğer görevlilerin yetersiz kaldığı, meselenin büyüyüp İstanbul'a ulaştığı, durumdan sadrazamlığın memnun olmadığı düşünülebilir.

B. NİKOLA VE YANİ'NİN İCARETEYN SÖZLEŞMESİ

30 Mart – 8 Nisan 1721 tarihleri arasında Nakşa kadısına yazılan bir hükme göre Nakşa Adası'nda bilinen bir yerde ve sınırlar içinde bulunan tarla ve bağlardan sekizde altı hissenin icareteynle kiraya verilmesi vakfa yararlı bulunmuştur. Araziler sadrazam Damat İbrahim Paşa (ö. 1730) ile eşi (III. Ahmet'in kızı) Fatma Sultan'ın (ö. 1733) İstanbul'da Şehzadebaşı Camii yakınlarında inşa ettirdikleri kütüphane ve darülhadis yararına vakfedilmiş yerlerdi. Nikola (*Nikólaos*) ve Yani adlı zimmiler vakfa muaccelen sekiz yüz kuruş nakit ve müeccelen her yıl seksen vakıye zeytinyağı verme şartıyla ortaklaşa bu araziyi vakıftan kiralamışlardır. Muaccel bedeli vakfa veren kiracıların araziyi zapt ve oraya tasarruf edebilmeleri için 1721 yılı Mart ayı başında Damat İbrahim Paşa'nın oğlu ve vakfın mütevellisi olan Mehmet Bey tarafından temessük hazırlanmıştır. Temessük, hükümde ismi gösterilmeyen bir görevli eliyle Nakşa'ya bu hükümle birlikte gönderilmiştir. Hükümde kadıya emredilen hususlar şunlardı: Görevli Nakşa'ya geldiğinde vakıf araziyi bizzat muayene etmek, adayı iyi bilen yaşlılardan sordurarak arazinin sınırlarını tayin edip yazıya geçirmek, sınırlara işaret koymak, bunları bir hüccet formunda yazıya dökmek, aynı şekilde arazinin sekizde altı hissesini ayırıp sınırlarına işaret koymak, bunları da hüccet hâlinde hazırlamak ve hüccetleri İstanbul'a göndermek. Hücceti gönderdikten sonra temessükü kiracılara teslim etmesi kadıya emredilmiştir.[62]

Nakşa'ya yazılan hüküm, vakıf malın icareteynle kiraya verilmesiyle alakalıdır. Vakıf malın kiraya verilmesi yollarından biri olan icareteyn, mütevelli ile mala tasarruf etmek isteyen kişi ya da kişiler arasında akdedilir. Sözleşmenin yapılmasındaki genel sebep, vakıf malın harap olması ve vakıfta bu malı tamir etmeye yetecek mali kaynağın bulunmamasıdır.[63] Malı kiralayacak kişi, vakfa öncelikle bir büyük bedel (muaccele), daha sonra aralarındaki anlaşmaya göre belli periyotlarla (ay,

[62] BOA, A.DVNS.MHM.d, 130/249; 1-10 Cemaziyelahir 1133 / 30 Mart - 8 Nisan 1721. Belgenin transkripsiyonu için Ek-9'a bakınız.

[63] Harap olan vakıf malı tamir etmek için mütevellinin elindeki imkanlar ve izleyeceği prosedür hakkında bkz. Osman Safa Bursalı, "Ebedi Fakat Tamire Muhtaç: Osmanlı Hukukunda Vakıf Malın Tamiri", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku, İstanbul, 2019.

yıl vb.) belli ödemeler (müeccele) yapar. Büyük ödeme çok zaman malın değerine yakındır, müteakip ödemeler ise oldukça cüzi miktardadır. Muaccel bedelle mütevelli tamir yapabileceği gibi kiracı bu bedele mahsuben malı tamir de edebilir. Kiracı ömür boyu tasarruf hakkına sahip olacak, tasarruf hakkı kiracının vefatında alt soyuna intikal edecektir. Kiracı dilerse mütevelli izniyle bu hakkı başkasına devredebilecektir. Eğer vakfiyede vakıf malın icareteynle kiraya verilmesine dair bir şart bulunmuyorsa, sözleşme ancak malın bulunduğu yerin kadısı izniyle ve padişah adına sadrazamlık tarafından gönderilecek bir ferman üzerine akdedilebilecektir.[64]

Belgede zikri geçen icareteyn sözleşmesi için mütevelli ile Nikola ve Yani Mart 1721'den önce anlaşmışlardır. Arazinin geliriyle masrafı görülecek olan kütüphane ve darülhadis 22 Mayıs 1720'de açılmış fakat Damat İbrahim Paşa'nın diğer vakıflarının tamamlanması beklendiğinden yazılı vakfiyenin hazırlanması 1729'u bulmuştur.[65] Dolayısıyla kütüphane ve darülhadisin açılmasından itibaren henüz bir yıl geçmeden akit yapılmıştır. Bu durumda icareteyn sözleşmesinin vakıf malın harap olması nedeniyle değil vakfedenlerin şartı gereğince yapıldığından bahsedilebilir. Zaten belgeden anlaşıldığına göre mütevelli ile kiracılar sözleşmeyi yapmış hatta mütevelli temessük dahi tanzim etmiştir. Kadı izni ve padişahın tasdiki gerekiyor olsaydı, mütevellinin baştan temessük hazırlaması mümkün olmazdı. Sözleşmenin vakfa yararlı bulunduğu hususen vurgulanmıştır zira vakfın şer'î hükümlerine göre vakıf mal üzerinde yapılan işlemin vakfın yararına olması şarttır. Elde edilecek muaccel ve müeccel bedeller, vakfiye gereğince kütüphane ve darülhadisin muhtelif masrafları için harcanacaktı; bu ise vakfın menfaatine idi.

Sözleşmenin konusu, Nakşa'daki vakıf arazilerin (tarla ve bağ) sekizde altı hissesiydi. Kiracılar bu araziye birlikte ve ömür boyu tasarruf etme hakkını elde edeceklerdi. Karşılığında sekiz yüz kuruşluk para borcunu peşinen, seksen vakıye zeytinyağını ise her yıl vakfa teslim edeceklerdi. Mütevelli belgede Damat İbrahim Paşa'nın oğlu Mehmet

[64] İcareteyn hakkında ilk elden bilgiler için bkz. Ahmed Akgündüz, "İcareteyn", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2000, C. 21, ss. 389-91. Sözleşmenin fıkıh tarihindeki gelişimi ve ayrıntılı şer'î hükümleri hakkında bkz. Süleyman Kaya, Osmanlı Hukukunda İcareteyn, Klasik, İstanbul, 2014.

[65] Kütüphanedeki kitaplar bugün Süleymaniye Yazma Eserler Kütüphanesinin "Damat İbrahim Paşa" koleksiyonunu oluşturmaktadır. Bkz. İsmail E. Erünsal, "Damad İbrahim Paşa Kütüphanesi", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1993, C. 8, s. 449 ve Zerrin Köşklü, "18. Yüzyıl Kütüphanelerinden İki Örnek: İstanbul Damat İbrahim Paşa Kütüphanesi ve İstanbul Feyzullah Efendi Kütüphanesi", S. 15, 2000, Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, ss. 15-29. Damat İbrahim Paşa ve Fatma Sultan'ın birlikte yaptırdıkları bazı vakıf eserler hakkında bkz. Yılmaz Kurt, "Damad İbrahim Paşa ve Fatma Sultan'ın Bayındır ve Civarındaki Vakıfları", Lale Devri'nde Osmanlı Devleti ve Damat İbrahim Paşa Sempozyumu (9-12 Kasım 2017, Nevşehir), İlyas Gökhan/ Sadettin Baştürk/ Hüseyin Saraç (ed.), Nevşehir Valiliği, Nevşehir, 2017, ss. 141-42.

Bey adıyla geçmektedir. Onun evladiyet ve meşrutiyet sebebiyle vakfa tevliyet ettiği belirtilmektedir. Anlaşılmaktadır ki vakfiyedeki mütevelli olma şartları arasında vakfı kuran kişilerin evladından olmak da bulunuyordu. Damat İbrahim Paşa'nın ilk evliliğinden Genç Musahip Mehmet Paşa (ö. 1768) ve Fatma Sultan'la yaptığı evlilikten Sultanzade Mehmet Bey (1718-37) adlı iki erkek çocuk dünyaya gelmiştir. Belgede mütevellinin Fatma Sultan ile Damat İbrahim Paşa'nın karı-koca birlikte kurduğu vakfın mütevellisi olması ve "bey" unvanıyla anılması, Sultanzade Mehmet Bey'in kastedildiğini akla getirmektedir. Şer'an mütevelli âkil, baliğ ve emin olmalıdır, vakfın işlerini yürütme gücüne de sahip olmalıdır. Baliğ olmayan kişi vakfiyedeki şart gereği mütevelli olacaksa kadı bir kaymakam tayin eder, kişi büluğa erip tevliyet etme gücüne kavuşuncaya dek işleri kaymakam yürütür.[66] Dolayısıyla temessükün düzenlendiği esnada Mehmet Bey'in bir kaymakamının bulunduğunu düşünmek makuldür. Nikola ve Yani'nin nerede sakin oldukları belgede açıkça yer almasa da temessükün Nakşa'da kadı eliyle kendilerine teslim edilmesinden ve arazilerin Nakşa'da bulunmasından yola çıkılarak kiracıların Nakşa'da yaşadıkları tahmin edilebilir.

Kira konusu tarla ve bağların bilinen bir yer ve sınırlar içinde bulunduğu belgede zikredilmiştir. Hükümde bu yerlerin ayrıntısı verilmemiş, vakfın henüz vakfiyesi kaleme alınmamış olsa da "malum" denilerek aslında merkezi bürokrasi açısından Nakşa'daki bu yerlerin bilindiğine işaret edilmiştir. Bu arazilerden daha sonra vakfiyede bahsedilirken arazinin Defterhane-i Âmirede ve Haremeyn Muhasebesinde kayıtlı tarla, bağ ve bahçeden müteşekkil olduğu ifade edilmiştir.[67] Bu kayıtlar muhtemelen hükümde kadıya emredilen işler neticesinde İstanbul'a gelen yazılı bilgilere dayanmaktaydı.

Hükümde kadıya birçok görev verilmiştir. Kadı öncelikle bu arazinin bulunduğu yere bizzat gidip tarla ve bağı muayene edecek yani arazinin tarla ve bağ olma vasfını kontrol edecekti. Bu işi başkasına havale etmeyecekti. Ardından kendisi veya bir yardımcısı arazinin sınırlarını tam manasıyla öğrenmek için Nakşa'daki arazileri iyi bilen yaşlı adalılara başvuracaktı. Kadı sınır bilgisini yazıya geçirecek, netlik kazanan sınırlara işaret koyduracak, yaptığı bu işleri bir hüccet halinde ifade edecekti. Yine kadı bu arazinin icareteyn sözleşmesine konu olan sekizde altı hissesini ayıracak, kiralanan hissenin sınırlarına işaret koyduracak ve bu işlemi de hüccet formuna kavuşturacaktı. Hüccetleri İstanbul'a göndermekle mükellef olan kadı, Nakşa'ya gönderilen temessükü de Nikola ve Yani'ye ulaştırmakla yükümlü tutulmuştur. Temessükü Nakşa'ya getirecek görevlinin ismi ve unvanı belgede

[66] Ömer Hilmi, İthafü'l-Ahlaf fi Ahkami'l-Evkaf, Matbaa-ı Amire, İstanbul, 1889, ss. 145-46 (287. ve 288. meseleler). Vakfa tevliyet için bkz. Akgündüz, 1988a, ss. 224-62 ve Ahmet Akman, Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi, Adalet, Ankara, 2019, ss. 139-202.

[67] Mehmet Münir Aktepe, "Nevşehirli Damad İbrahim Paşa'ya Aid İki Vakfiye", S. 15, 1960, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi, s. 156.

gösterilmemiştir. Mütevellinin İstanbul'daki kaymakamı eğer babası ise Damat İbrahim Paşa'nın o esnada sadrazam olması hasebiyle saraydaki bir müteferrikanın bu işle görevlendirildiği varsayılabilir. Vakıf mallar için Nakşa'da bir kaymakamın tayin edilmiş olması mümkündü ancak vakfın orada fazla malı yokken bir kaymakam tayin edilmemesi olağandı. Bu durumda kadı, hükmün verdiği yetkiyle temessükü görevliden alıp kiracılara teslim edecekti.

C. EŞYA ÜZERİNDEKİ İRTİFAKLAR: FRANCESKO VE ÇORCAKİ'NİN ŞİKAYETLERİ

Nakşa ve Para adalarının müvella kadısı Mustafa'nın 5 Haziran 1725 tarihinde kaleme aldığı arzuhale göre Nakşa şehrinde kale içinde yaşayan Francesko (*Francesco*) ve Çorcaki (*Georgákis*) adlı zimmiler kadı huzuruna gelip şikayetlerini bildirmişlerdir. Müştekilerin beyanına göre Nakşa Adası köylerinden Melanes Kortohoyro'daki atalarından kalma bahçelere Bopi adlı yerden çıkan akarsu eskiden beri akagelmiştir.[68] Su başka kimsenin mülküne akmazken kale sakinlerinden Marko (*Marco* veya *Márkos*), Franceskaki (*Frankiskákis*), Yorgi (*Yiórgos*) ve İstefanaki (*Stefanákis*) adlı zimmiler köyün yakınlarında sonradan bahçeler yapmış, akarsuyu da hakları olmadığı hâlde kendi bahçelerine akıttırmıştır.[69] Bu nedenle bahçesi zarar gören Francesko ve Çorcaki, bu fiilin sona erdirilmesi maksadıyla şikayetlerini İstanbul'a arz etmesi için kadıdan ricacı olmuşlardır. Buna binaen yazılan buyurulduda kadı tarafından meselenin halledilmesi emredilmiştir.[70]

Arzuhal gayrimenkul üzerindeki irtifakları gündeme getirmektedir. Belgedeki beyanlar dikkatle incelendiğinde, esasında burada su geçirme ve sulama hakkı meseleleri bulunduğu görülebilir. Tarım topraklarını ve hayvanları sulamak için bir kaynaktaki suyu kullanmaya sulama hakkı (hakk-ı şirb) adı verilir. Benzer bir hak olan su alma hakkı (hakk-ı şefeh) ise insanların içmek ve kullanmak için suyu kullanması anlamına gelir. Eğer su kaynağı kimsenin mülkü olmayan bir yerden çıkıyor ve akıyorsa (nehir, kanal vb.) herkesin hem sulama hem de su alma hakkı bulunmaktadır. Su kaynağı bir kişinin mülk arazisinde bulunuyorsa, yine herkesin su alma hakkı bulunur ancak sulama hakkının doğması için bir irtifakın kurulması gerekir.[71]

---

68 Bugün Nakşa Adası'nda *Melanés* ve *Kourounochóri* adlı birbirine çok yakın iki köy bulunmaktadır.

69 Nakşa Kalesi içinde yaşadıklarından Francesko ve Marko'nun Katolik olma ihtimali vardır. Franceskaki ve İstefanaki'nin baba adı aynıdır, bu ikisi muhtemelen kardeştir.

70 BOA, AE.SAMD.III, 58/5843; 23 Ramazan 1137 / 5 Haziran 1725. Belgenin transkripsiyonu için Ek-10'a bakınız.

71 Ayrıntılı bilgiler için bkz. Aydın, 2010, ss. 380-81 ve Ekinci, s. 486.

Melanes köyünde dedelerinden kalma arazileri bulunan Francesko ve Çorcaki, Bopi adlı yerde çıkan suyun eskiden beri kendi arazilerine aktığını ifade etmiştir. Suyun kaynağı buradan anlaşıldığına göre kendi arazilerinde değildir, başkasının mülk arazisi içinde de değildir. Dolayısıyla su kaynağını kullanarak kendi arazilerini sulama hakları kendiliğinden mevcuttur, bir irtifakın kurulmasını gerektirmez. Fakat su kaynaktan çıktıktan sonra kendi arazilerine gelene kadar başkalarının mülk arazisinden geçiyorsa, su geçirme (mecra) haklarının bulunduğu düşünülebilir. Su geçirme hakkı, sulanması için başka araziler üzerinden su geçirilmesi lazım olan araziler lehine kurulan bir irtifak hakkıdır. Vakada arazi sahipleri suyun başka kimsenin mülk arazisinde akmadığını belirtmiştir.

Bilgiler bir araya getirilirse, Bopi adlı mülk arazi olmayan yerden çıkan su, yine kimsenin mülkünde olmayan arazilerden geçerek Francesko ve Çorcaki'nin arazisine varmaktaydı. Neticede ortada bir irtifak değil, herkesin sahip olduğu sulama hakkı vardı. Ancak arzuhalde ismi verilen dört kişi, suyu yalnızca kendi bahçelerine akıtmaya başlamıştır. Onların ihdas ettikleri arazi Francesko ve Çorcaki'nin arazisinden daha yukarıda bulunuyor ve bu dört kişi suyu kullandıktan sonra doğal mecrasına bırakmıyor olabilirler. Yahut yukarıda suyun yönünü değiştirip kendi arazilerine akıtmaya başlamış olabilirler. Bahçeleri zarar gören Francesko ve Çorcaki, bu müdahalenin durdurulmasını kadıdan talep etmiştir. İstanbul'dan gelen emirde, şer'an ne gerekiyorsa onunla hükmetmesi kadıya buyurulmuştur. Hüküm Nakşa Kazası'nın müvella kadısına yöneliktir. İslam devlet başkanı bir kadıya belli bir yerde görev verdiğinde, bu kadı süresi içinde prensip olarak başka bir yerde kadılık yapamazdı. Fakat bazı özel hâllerde devlet başkanı bir yerin kadısını başka bir yerde de görev yapmak üzere yetkilendirebilirdi.[72]

Kadı Mustafa eğer durumun müştekilerin anlattığı gibi olduğunu tespit ederse, muhtemelen herkesin sudan yararlanma hakkını ilan edecekti. Suda herkesin sulama hakkı bulunduğundan, iki ihtimal söz konusuydu: İlk ihtimale göre bu dört kişi suyu kullandıktan sonra tekrar doğal mecrasına bırakacak ve Francesko ile Çorcaki'nin arazisine ulaşmasına engel olmayacaktı. Bu hâlde arazilerinin üzerinde Francesko ve Çorcaki'nin arazisi lehine su geçirme hakkı kabul edilecekti. Zira su eskiden beri o şekilde akmaktaydı. İrtifakın daha önce nasıl kurulduğu bilinmiyor olsa da kadimden beri var olan su geçirme hakkı şer'an meşrudur. İkinci ihtimalde ise suyun akış yönü yine eski hâline döndürülecek ve su yine Francesko ve Çorcaki'nin arazisine doğru akacaktı. Fakat dört arazi sahibi topraklarını sulamak için bu sudan sulama hakkı gereğince alabilecekti; bu hâlde onlar lehine bir irtifakın kurulmasına gerek yoktu.

[72] Bu durumda bu yerin asıl görevli kadısına "toprak kadısı", verilen görev gereği geçici olarak orada bulunan kadıya ise "müvella" denirdi, bkz. Ekinci, s. 371.

EKLER[73]

Ek-1: BOA, A.DVNS.MHM.d, 90/374

Nakşa kadısına hüküm ki: Nakşa sakinlerinden olup tüccar taifesinden olan Yani nam zimmi südde-i saadetime arzuhal edip bundan akdem ticaretle İstanbul'a gelip yine Nakşa sakinlerinden Manu nam zimmîye Galata bezzazistanında Müslümanlar muvacehesinde 26 bin 500 akçelik bir deyn verip badehu meblağ-ı mezburu talep eyledikte mezbur zimmi yine Nakşa'ya firar edip gadir eylediğini bildirip dergah-ı muallam müteferrikalarından Hasan *zîde mecduh*[74] mübaşir gönderilmiştir. Mahallinde hakkı aldırasın. (08.1056)

Ek-2: BOA, AE.SMHD.I, 120/8736

Maruz-ı daileridir ki: Cezire-i Nakşa'da mütemekkin Yakomaki veled-i Horsi nam zimmi meclis-i şer'de işbu baisü's-sifr Yorgaki veled-i Esperro nam zimmi muvacehesinde şöyle dava eder ki,

"Cezire-i mezkurede kale kurbunda vaki malumü'l-hudut bir kıta bağını büyük validesi Ganize nam nasraniye hâl-i hayatında bana bey' etmekle benim mülk-i müşteram olmuşken şimdi mesfur Yorgaki hilaf-ı şer' tasarruf murat eder. Sual olunup muceb-i şerisi icra olunmak muradımdır."

dedikte gıbbe's-sual mesfur Yorgaki cevabında,

"İşbu yedimde olan hüccet-i şer'iye ve Rumi senetlerimiz mucebince kırk beş seneden beridir ki bizler tasarruf ederiz. Âhardan bir kimsenin tasarruf edegeldiği yoktur."

diye def'le mukabele ve beş imzayla mümza bir kıta hüccet-i şer'iye ve Rumi senedatlar ibraz etmekle filhakika mezkurun yedinde olan hüccet-i şer'iye ve Rumi senetlerine nazar olundukta kırk beş seneden beri mesfurun mülkü olduğu zâhir ve bâhir olup ve kırk beş sene terk olunan davanın bila ferman-ı âlî istima olunması şeran caiz olmamakla mezkur Yakomaki'nin yedindeki hüccet sahih olmayıp eylediği iddiası batıl olmakla mesfur Yorgaki'nin yedinde olan hüccet ve Rumi senetleri mucebince bağ-ı mahdud-ı mezkur mesfur Yorgaki'nin mülkü olmakla mesfur Yakomaki bî-vecih muarazadan men' olunduğu der-i devlet-medara arz ve ilam olundu. Baki emir men lehü'l-emrindir. (20.06.1149)

el-abdü'd-dâ'î li'd-Devleti'l-Osmâniyye İsmâ'îl en-nâ'ib bi Cezîreti Nakşa Bere gufira leh[75]

---

[73] Belgeler günümüz Türkçe telaffuz kurallarına göre okunmuştur. Eksik harf ve sayılar "[ ]" ile belirtilmiştir. Kelimelerin karışma ihtimali olduğunda basit transkripsiyon işaretleri kullanılmıştır.

[74] "şerefi artsın"

[75] "Osmanlı Devletinin duacısı, Nakşa Para Adası naibi kul İsmail"

Ek-3: BOA, A.DVNS.MHM.d, 96/89

Akdeniz'de Kaptanpaşa vekiline ve Nakşa kadısına hüküm ki: Kostantin ve validesi Kalorki arzuhal edip Cezire-i Nakşa'da kardeşi [ ] zimmi mürt olup metrukatı kardeşi mezbur ile validesi mezbureye intikal edip cümlesini zevcesi [ ] kabzetmekle hisseleri için hüküm rica etmeleriyle şer'le görülmek fermanım olmuştur diye yazılmıştır. (21-30.03.1089)

Ek-4: BOA, A.DVNS.MHM.d, 96/127

Akdeniz'de Kaptan vekiline ve Nakşa kadısına hüküm ki: Kaza-yı mezbur sakinlerinden Kalorki nam zimmi arzuhal edip bundan akdem kaza-yı mezbur sakinlerinden oğlu Marko nam zimmi mürt olup emval ve erzak ve nukut akçesi ve mülk arsa yerleri buna ve zevcesi Maroşi Masko nam zimmiyeye intikal edip lakin mezbure zimmiye cümlesini kabzedip buna hisse-i şeriyesini vermeyip ziyade tamah ve teaddi eylediğini bildirip şer'le görülüp hisse-i şeriyesi mezburdan alıverilip icra-yı hak olunmak babında emr-i şerif rica eyledikleri ecilden şer'le görülmek emrim olmuştur diye yazılmıştır. (1-10.04.1089)

Ek-5: BOA, AE.SABH.I, 196/13100

Devletli, inayetli, merhametli sultanım hazretleri sağ olsun. Bu kulları Sakız sakinlerinden olup Nakşa Kazası'na tâbi' Polikandire Adası'nda bağ ve bahçe ve sair mülklerimizi babam Anton zimmi hayatında yine Polikandire Adası sakinlerinden Manol zimmiyi vekil edip "mülklerimi gör gözet" diye sipariş eylemişken şimdi vekil-i mesfur Manol zimmi mürt olmakla oğulları ve vârisleri ada-ı mezkurda olan bağ, bahçe ve mülk menzil ve arazilerimi fuzuli zapt eyleyip "mürt olan pederimiz Manol'den bize intikal eyledi" diye gadir kastında olmakla mercudur ki mürt olan Manol'ün oğulları ve vârisleri ile Nakşa kadısı huzurunda terafu-ı şer' ve hakkımız hak olunmak babında ferman devletli sultanım hazretlerinindir.

bende Dimitri zimmi

Mahallinde şer'le hüküm buyruldu. (01.06.1193)

Ek-6: BOA, AE.SSLM.III, 147/8864

Tecdidi rica

Nakşa Bare Ceziresi'ne tâbi' Hagios karyesi mütemekkinlerinden Enat veled-i Mihal nam zimminin vârisi ve kardeşi Bartanos nam zimmi mürt olup terekesi mesfura intikal eylemişken diğer kardeşi oğulları ve kızları zuhur ve "senin verasette alakan yoktur" diye fuzuli müdahale ve lede'l-murafaa canib-i şer'de bir kıta ilam-ı şer'iye ita olunmuşken mugayir-i ilam tasaddiden hâlî olmamalarıyla mahallinde şer'le görülüp zâhir olan tasaddilerinin men'i için hüdavendigar-ı sabık zamanında 1199 senesi evail-i Ramazan'ında verilen emr-i şerif mucebince yazılan emrin *****.

Hilafına emir yoksa tecdit oluna buyruldu.

Rikab-ı sultanide Divan-ı Hümayun tarafından hilafına emr-i âlî verildiğine kayıt bulunmamıştır. Ferman devletli sultanımındır. (23.10.1205)

Ek-7: BOA, A.DVNS.MHM.d, 85/330

Cezire-i Nakşa kadısına hüküm ki: İstanbul keferesinin patriği olan Kirilos nam rahip südde-i saadetime arzuhal edip cezire-i mezburede vaki Aya nam manastırda sakin keşişlerin üzerlerine baş ve buğ tayin olunan [ ] nam rahibin manastır-ı mezbura vakıf tayin olunup mahsus ve müstakil tasarrufunda olan bağ ve bahçe ve tarla ve meralarına kadimden olagelene muhalif a'yân-ı vilayetten ve âhardan bazı kimseler fuzuli dahledip ve davarlarını ve koyun ve sığır ve at ve katır ve sair hayvanatlarını salıverip teaddi etmeleriyle bundan akdem şer'le görüldükte men' ve def' olunup eline hüccet-i şer'iye verilmişken mezburlar geri memnu olmadıklarını bildirip hüccet-i şer'iye mucebince amel olunmak babında emr-i şerifim rica etmeğin vech-i meşruh üzere amel olunmak emredip buyurdum ki vusul buldukta husus-ı mezbura mukayyet olup ve bu bapta olan hüccet-i şeriyesine nazar edip göresin. Arz olunduğu üzere husus-ı mezbur mukaddema şer'le görülüp hüccet-i şer'iye verilip şer'-i şerifte men' olunmuşken mezburlar geri memnu olmayıp tekrar dahl ve tecavüzden hâlî olmadıkları vakiyse bu bapta olan hüccet-i şer'iye davasına muvafık olup mazmunu alâ vechi'l-hasım sabit olursa mukarrer tutup mucebiyle amel edip min ba'd hüccet-i şeriyeye muhalif manastır-ı mezburenin zikrolunan bağ ve bahçe ve tarla ve meralarına a'yân-ı vilayetten ve ehl-i örf taifesinden ve âhardan bir ferdi dahl ve taarruz ettirmeyip olageldiği üzere mezbur [ ] nam rahibe zapt ve tasarruf ettiresin ve kaza-yı mezburda vaki ve kadîmî nasara taifesi tayin olunan kilise ve manastırlarına Efrenç ve sair kefere taifesi asla dahl ve taarruz ettirmeyesin. Memnu olmayanlar her kim olursa olsunlar ismi ve resmi ve iştiharlarıyla yazıp arz eyleyesin ki sonradan haklarında ne vecihle emr-i şerifim sâdır olursa mucebiyle amel oluna. Şer'-i şerif ve kadimden olagelene ve emr-i hümayunuma muhalif kimseye iş ettirmeyesin. (08.04.1040)

Ek-8: BOA, A.DVNS.MHM.d, 85/331

Cezire-i Nakşa kadısına hüküm ki: İstanbul keferesinin patriği olan Kirilos nam rahip südde-i saadetime arzuhal edip cezire-i mezbura tâbi' Çoklarpa nam karyede vaki patrikliğine müteallik Panaya nam manastır-ı mezbureye vakıf tayin olunup tasarrufunda olan bağ ve bahçe ve çiftlik ve tarla ve meralarına hilaf-ı şer'-i şerif hariçten bazı çobanlar ve gayrılar koyunlarını ve sığırlarını ve sair hayvanatlarını salıvermeleriyle zikrolunan bağ ve bahçe ve çiftlik ve tarla ve meralarını harap ve yaban edip ve kadîmî patrikliğine müteallik olan kilise ve manastırları ellerinden alıp fuzuli zapt etmek murat etmeleriyle mahsulüne gadir eylediklerini ve bu bapta elinde hüccet-i şeriyesi olduğunu bildirip mucebince şer'le görülüp men' ve def' olunmak babında emr-i şerifim rica etmeğin hilaf-ı şer'-i şerif dahl ve rencide olunmamak emredip buyurdum ki vusul buldukta emrim üzere husus-ı mezbura mukayyet olup husus-ı mezbura olan hüccet-i şeriyeye nazar edip göresin. Bu bapta olan hüccet-i şer'iye davasına muvafık ve mazmunu muvafık-ı şer'-i şerif olup alâ vechi'l-hasım sabit olursa mukarrer

tutup mucebiyle amel edip min ba'd şer'-i şerif ve hüccet-i şeriyeye ve kadimden olagelene muhalif bunların vech-i meşruh üzere olan kilise ve manastırlarına ve bağ ve bahçe ve çiftlik ve tarla ve meralarına harbi Efrenç ve çoban taifesi ve âhardan bir ferdi dahl ve taarruz ettirmeyip mahsulüne zarar ve ziyan ettirmeyip olageldiği üzere mezbur Papa Yerasimo nam rahibe zapt ve tasarruf ettiresin. Onun gibi memnu olmayıp emr-i şerifime muhalif geri dahlettirirlerse isim ve resimleriyle yazıp arz eyleyesin ki sonradan haklarında ne vecihle emr-i şerifim sâdır olursa mucebiyle amel oluna. (08.04.1040)

Ek-9: BOA, A.DVNS.MHM.d, 130/249

Cezayir-i Bahr-i Sefit'ten Nakşa Ceziresi kadısına hüküm ki: Düstur-ı ekrem müşir-i efham nizamü'l-âlem nâzım-ı münazımü'l-ümem veziriazam-ı sütude-şiyem damad-ı muhteremim İbrahim Paşa *edâmallahu te'âlâ iclâleh*[76] ve saık [?] bi't-teyit-iktiran [?] seyyidetü'l-muhadderat ikliletü'l-muhassenat tacü'l-mesturat sahibetü'l-hayrat ve'l-hasenat zatü'l-ulya ve's-saadat kerime-i mükerremem Fatma Sultan *dâmet ismetühâ ve zâdet iffetühâ*nın[77] Mahruse-i İstanbul'da Şehzade Sultan Cami-i Şerifi kurbunda hasbeten lillah ve intifaen li merzatillah müceddeden bina ve ihya eyledikleri kütüphane-i şerife ve darülhadis-i münifeleri evkafından cezire-i merkumede vaki malumü'l-hudut ve'l-kıta tarla ve bağlardan sekiz sehimde altı sehim hissesinin icare-i muaccele ve müeccele ile talibine icarı vakf-ı şerife enfa olmakla sekiz yüz kuruş muaccele ve senede canib-i vakf-ı şerife seksen vakıye ayni revgan-ı zeyt vermek şartıyla Nikola ve Yani nam zimmilere iştiraken taraf-ı vakf-ı şeriften icar ve mesfuran dahi ber-vech-i muharrer isticar ve kabul ve muaccele olan meblağ-ı merkumu canib-i vakf-ı mezkura eda ve teslim etmeleriyle, zikrolunan tarla ve bağların sekiz sehminden altı sehim hissesini işbu 1133 senesi Mart'ı iptidasında ber-vech-i iştirak ve malikane zapt ve tasarrufları için iftiharü'l-emacit ve'l-ekarim camiu'l-mehamit ve'l-mekarim veziriazam-ı müşarünileyhin ferzend-i saadet-mendleri olup vakf-ı mezkurun evladiyet ve meşrutiyet üzere mütevellisi olan Mehmet Bey *dâme mecduh* tarafından memhur temessük verilmekle zikrolunan temessük [ ] *zîde kadruh*[78] ile o tarafa emr-i şerifimle vusulünde bi'n-nefis kalkıp zikrolunan tarla ve bağların üzerlerine varıp muayene ve hudut ve sınırları nereden nereye müntehi olur marifet-i şer' ile cezire-i mezburenin vukuf ve şuuru olan müsin ve ihtiyarlarından taharri ederek tefahhus ve sual ve hudut ve sınırlarını tahrir ve temyiz ve vaz'-ı alaim ve hudut ve sınırlarıyla hüccet-i şer'iye eyledikten sonra sekiz sehminden altı sehmini tefrik ve temyiz ve hududuna gezlik [?] vaz'-ı alaim ve onu dahi hüccet-i şer'iye eyledikten sonra hüccetleri der-i devlet-medarıma irsal ve temessükü dahi mesfuran Nikola ve Yani'ye teslim eylemek babında ferman-ı âlî-şânım sadır olmuştur. (1-10.06.1133)

[76] "Allah onun büyüklüğünü daim etsin"

[77] "ahlakı daim olsun ve iffeti artsın"

[78] "itibarı artsın"

Ek-10: BOA, AE.SAMD.III, 58/5843

Maruz-ı dai odur ki: Bahr-i Sefit cezairinden nefs-i Nakşa Adası kale mütemekkinlerinden Francesko veled-i Felepo ve Çorcaki veled-i Yarmato naman zimmiler meclis-i şer'e gelip şöyle şikayet ve tazallümü'l-hâl eylediler ki,

"Cezire-i mezbure kurâlarından Melanes Kortohoyro nam mevzide eben an ced kadîmî bahçelerimiz olup Bopi nam mevziden huruç eden ma-ı cari kadimü'l-eyyamdan beri bizim bahçelerimize cereyan edip gayrı âharın mülküne cereyan olmayıp kale-i mezbure mütemekkinlerinden Marko veled-i Maroz ve Franceskaki veled-i Matyo ve Yorgi veled-i Soyzo ve İstefanaki veled-i Matyo namun zimmiler mütegallibeden olup karye-i mezkure kurbunda müceddeden bahçeler ihdas edip ve cereyan eden ma-ı carimizi fuzuli bahçelerine cereyan ettirip bizim kadîmî olan bahçelerimiz iptal olup bizlere külli gadir olup mesfûrûn zimmileri men'leri için ahvallerimizi der-i devlet-medara arz ve ilam ediver."

diye bu fakire ibram ve ilhah ve şikayet etmeleriyle o ki vaki-i hâldir, paye-i serire arz ve ilam olundu. Baki emir ferman devletli, merhametli sultanım hazretlerinindir. (23.09.1137)

mine'l-abdi'd-dâ'î li'd-Devleti'l-Aliye Mustafâ el-müvellâ-hilâfe bi Cezîreti Nakşa ve Bare[79]

Şer'le hüküm buyruldu.

[79] "Devlet-i Aliyenin duacısı, Nakşa ve Para Adası'nın müvella kadısı kul Mustafa tarafından"

KAYNAKÇA

Adıyeke A N, "XVII. Yüzyıl Girit (Resmo) Kadı Sicillerinde Zımmi Davaları", Pax Ottomana: Studies in Memoriam Prof. Dr. Nejat Göyünç, Çiçek K (ed.), SOTA ve Yeni Türkiye, Ankara ve Haarlem, 2001, ss. 77-95.

Afyoncu E, "Müteferrika", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2006, C. 32, ss. 183-85.

Akgündüz A, İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1988a.

Akgündüz A, "İslam ve Osmanlı Hukukunda Mürurzaman", C. 1, S. 1, 1988b, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 43-90.

Akgündüz A, "İcareteyn", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2000, C. 21, ss. 389-91.

Akman A, Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi, Adalet, Ankara, 2019.

Akman M, "Osmanlı Hukukunda Faili Bilinmeyen Itlaf Durumlarında Öngörülen Ortak Sorumluluğun Hukuki Niteliği", S. 3, 2007, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, ss. 7-12.

Akman M, "A Zimmi: 'Let My Wife Be Divorced From Me Threee Times': The Use of the Ottoman Kadi Courts by Zimmis for Family Law Issues", S. 12, 2011, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, ss. 7-16.

Aktan H, Mukayeseli İslam Miras Hukuku, İşaret, İstanbul, 1991.

Aktepe M M, "Nevşehirli Damad İbrahim Paşa'ya Aid İki Vakfiye", S. 15, 1960, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi, ss. 149-60.

Anastasopoulos A, "Non-Muslims and Ottoman Justice(s?)", Law and Empire: Ideas, Practices, Actors, Duindam J/Harries J/Humfress C vd. (ed.), Brill, Boston ve Leiden, 2013, ss. 275-92.

Arı A, İslam Miras Hukuku, Pınar, İstanbul 2018.

Atar F, "Mahkeme", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2003, C. 27, ss. 338-41.

Aybakan B, "Vekalet", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2013, C. 43, ss. 1-6.

Aydın M A, "Borç", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1992, C. 6, ss. 285-91.

Aydın M A, "İslam Hukukunda Gasp", S. 9, 1995, İslam Tetkikleri Dergisi, ss. 163-220.

Aydın M A, Türk Hukuk Tarihi, 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2010.

Berg I, "Island Attractions? Travel Writing on the Cyclades from the Middle Ages Until the Modern Day", C. 20, S. 1, 2012, Mediterranean Studies, ss. 71-87.

Bohun E, A Geographical Dictionary Representing the Present and Ancient Names of All the Counties, Provinces, Remarkable Cities,

Universities, Ports, Towns, Mountains, Seas, Streights, Fountains, and Rivers of the Whole World, Charles Brome, Londra, 1688.

Bursalı O S, "Ebedi Fakat Tamire Muhtaç: Osmanlı Hukukunda Vakıf Malın Tamiri", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku, İstanbul, 2019.

Çakır İ E, "Zimmi Kadınlar Kadı Mahkemesinde: Sofya (XVII. Yüzyıl)", S. 21, 2014, Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları, ss. 41-66.

Can R R, "Yunanistan Güney Ege (Kiklad ve Oniki Ada) Bölgesi'nin Nüfus Özellikleri", C. 12, S. 2, 2021, Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Elektronik Dergisi, ss. 523-40.

Çiçek K, "Zimmis (Non-Muslims) of Cyprus in the Sharia Court (1110/39 A.H. / 1698-1726)", Yayımlanmamış Doktora Tezi, University of Birmingham, Birmingham, 1992.

Çiçek K, "Osmanlı Adliye Teşkilatında Mahkeme Tercümanları", S. 30, 1996, Toplumsal Tarih, ss. 47-52.

Çiçek K, "Cemaat Mahkemesinden Kadı Mahkemesine Zimmilerin Yargı Tercihi", Pax Ottomana: Studies in Memoriam Prof. Dr. Nejat Göyünç, Çiçek K (ed.), SOTA ve Yeni Türkiye, Ankara ve Haarlem, 2001, ss. 31-49.

Cohen A, Jewish Life Under Islam: Jerusalem in the Sixteenth Century, Harvard University Press, Cambridge, 1984.

Crow J/Hill D (ed.), Naxos and the Byzantine Aegean: Insular Responses to Regional Change, Norwegian Institute at Athens, Atina, 2018.

Davis J L, "Contributions to a Mediterranean Rural Archaeology: Historical Case Studies from the Ottoman Cyclades", C. 4, S. 1, 1991, Journal of Mediterranean Archaeology, ss. 131-215.

Demircan Y, "1670 Tahririne Göre Para Adası", S. 29, 2009a, Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, ss. 722-53.

Demircan Y, "1720 Tarihli Tahrir Defterine Göre Nakşa Adası'nda Yapılan Düzenlemeler ve Reayanın Durumu", S. 268, 2009b, Belleten, ss. 671-81.

Demircan Y, "Nakşa Adası: XVII. Yüzyılın İkinci Yarısına Ait Bir Tahrir Defterine Göre", C. 29, Özel Sayı, 2009c, Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, ss. 675-721.

Demircan Y, "Kikladlardaki Osmanlı İdaresini Şekillendiren Unsurlar ve 1670 Tahriri", C. 5, S. 8, 2015, Studies of the Ottoman Domain, ss. 68-79.

Demircan Y/Kayapınar L/Kayapınar A, Osmanlı Dönemi Ege Adaları Tarihi: Kikladlar, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2020.

Devlet Arşivleri Başkanlığı, Ali Emiri Abdülhamid I (196/13100), İstanbul.

Devlet Arşivleri Başkanlığı, Ali Emiri Ahmed III (58/5843), İstanbul.

Devlet Arşivleri Başkanlığı, Ali Emiri Mahmud I (120/8736), İstanbul.

Devlet Arşivleri Başkanlığı, Ali Emiri Selim III (147/8864), İstanbul.

Devlet Arşivleri Başkanlığı, Bab-ı Asafi Divan-ı Hümayun Sicilleri Düvel-i Ecnebiye Defterleri (901/37), İstanbul.

Devlet Arşivleri Başkanlığı, Bab-ı Asafi Divan-ı Hümayun Sicilleri Mühimme Defterleri (42/441, 48/1033, 52/127, 52/560, 58/869, 58/887, 85/330, 85/331, 85/560, 90/372, 90/374, 90/375, 90/376, 90/378, 96/89, 96/127, 112/1593, 120/812, 129/1017, 130/249), İstanbul.

Devlet Arşivleri Başkanlığı, Cevdet Adliye (48/2909), İstanbul.

Devlet Arşivleri Başkanlığı, İbnülemin Adliye (13/906), İstanbul.

Devlet Arşivleri Başkanlığı, Topkapı Sarayı Müzesi Arşivi Evrak (1184/29), İstanbul.

Dimitropoulos D, "Living Conditions in the Houses of the Islands of the Cyclades During the Seventeenth and Eighteenth Centuries", Wealth and Poverty in European Rural Societies from the Sixteenth to Nineteenth Century, Broad J/Schuurman A (ed.), Brepols, Turnhout, 2014, ss. 61-80.

Ekinci E B, Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk, Arı Sanat, İstanbul, 2008.

Emecen F M, "Nakşa", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2006, C. 32, ss. 332-33.

Emecen F M, "Para", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2007, C. 34, ss. 166-67.

Eroğlu A H, "16. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Efsanevi Bir Yahudi: Yasef Nasi", Bütün Yönleriyle Yahudilik Sempozyumu (18-19 Şubat 2012, Ankara), Ünal A/Karataş H/Meral Y vd. (ed.), Türkiye Dinler Tarihi Derneği, Ankara, 2012, ss. 719-32.

Erünsal İ E, "Damad İbrahim Paşa Kütüphanesi", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1993, C. 8, s. 449.

Eyice S, "Bedesten", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1992, C. 5, ss. 302-11.

Frazee C A, "Catholics of Naxos Under Ottoman Rule", C. 23, S. 3-4, 1978, The Greek Orthodox Theological Review, ss. 235-42.

Gedikli F, "Galata Şer'iyye Sicillerinde Mudarebe-Karz İlişkisi", S. 4, 1998, İstanbul Araştırmaları, ss. 111-28.

Gradeva R, "Orthodox Christians in the Kadi Courts: The Practice of the Sofia Sheriat Court (Seventeenth Century)", C. 4, S. 1, 1997, Islamic Law and Society, ss. 37-69.

Gregory T E, "Naxos", The Oxford Dictionary of Byzantium, Kazhdan A P (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1991, ss. 1444-45.

Hadjiantoniou G A, Protestant Patriarch: The Life of Cyril Lucaris (1572-1638): Patriarch of Constantinople, John Knox Press, Richmond, 1961.

İbn Âbidîn, Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr: Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr, Abdülmevcûd A A/Mu'avvaz A M (ed.), Daru Âlemi'l-Kütüb, Riyad, 2002-03.

İpşirli M, "Naib: Osmanlılarda", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2006, C. 32, ss. 312-13.

İstanbul Kadı Sicilleri, Yılmaz C (ed.), İstanbul Büyükşehir Belediyesi ve Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2008-19.

Ivanova S, "Judicial Treatment of the Matrimonial Problems of Christian Women in Rumeli During the Seventeenth and Eighteenth Centuries", Women in the Ottoman Balkans: Gender, Culture and History, Buturović A/Schick I C (ed.), I.B. Tauris, Londra ve New York, 2007, ss. 153-200.

Jennings R C, "Zimmis (Non-Muslims) in Early 17th Century Ottoman Judicial Records: The Sharia Court of Anatolian Kayseri", C. 21, S. 3, 1978, Journal of the Economic and Social History of the Orient, ss. 225-93.

Karakoç İ, Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi, Yetkin, Ankara, 2017.

Kasdagli A E, "Peasant and Lord in Fifteenth-Century Naxos", S. 11, 1987, Byzantinische Forschungen, ss. 347-55.

Kasdagli A E, "Gender Differentiation and Social Practice in Post-Byzantine Naxos", The Byzantine Tradition After the Fall of Constantinople, Yiannias J J (ed.), University Press of Virginia, Charlottesville, 1991, ss. 61-94.

Kasdagli A E, "Dowry and Inheritance in 17th-Century Naxos", C. 110, S. 1, 1998, Mélanges de l'École française de Rome: Italie et Méditerranée, ss. 211-16.

Kasdagli A E, "Poor and Rich in 17th-Century Naxos: Attitudes, Behaviour and Reality", Rich and Poor in the Society of the Greco-Latin East, Maltezou C (ed.), Hellenic Institute of Byzantine and Post-Byzantine Studies, Venedik, 1998, ss. 109-16.

Kasdagli A E, Land and Marriage Settlements in the Aegean: A Case Study of Seventeenth-Century Naxos, Hellenic Institute of Byzantine and Post-Byzantine Studies ve Vikelea Municipal Library of Heraklion, Venedik ve Kandiye, 1999.

Kasdagli A E, "Family and Inheritance in the Cyclades (1500-1800): Present Knowledge and Unanswered Questions", C. 9, S. 3, 2004, The History of the Family, ss. 257-74.

Kasdagli A E, "Notarial Documents as a Source for Agrarian History", S. 40, 2007, Hesperia Supplements, ss. 55-70.

Kasdagli A E, "Custom, Tradition and 'Law' in the Post-Medieval Cyclades", Imperial Lineages and Legacies in the Eastern Mediterranean: Recording the Imprint of Roman, Byzantine and Ottoman Rule, Murphey R (ed.), Routledge, Abingdon, 2016, ss. 49-60.

Kaya S, Osmanlı Hukukunda İcareteyn, Klasik, İstanbul, 2014.

Kenanoğlu M M, Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek, Klasik, İstanbul, 2004.

Kenanoğlu M M, "İslam-Osmanlı Hukukunda Zimmiler", S. 5, 2005, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, ss. 564-66.

Koçak Z, "Osmanlı Toplumunda Zimmi Kadınların Kadı Mahkemelerini Kullanma Pratiği: Vidin Örneği (1700-1750)", C. 7, S. 1, 2018, Balkan Araştırma Enstitüsü Dergisi, ss. 167-210.

Konan B, "Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme", C. 64, S. 1, 2015, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 171-93.

Köşklü Z, "18. Yüzyıl Kütüphanelerinden İki Örnek: İstanbul Damat İbrahim Paşa Kütüphanesi ve İstanbul Feyzullah Efendi Kütüphanesi", S. 15, 2000, Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, ss. 15-29.

Kurt Y, "Damad İbrahim Paşa ve Fatma Sultan'ın Bayındır ve Civarındaki Vakıfları", Lale Devri'nde Osmanlı Devleti ve Damat İbrahim Paşa Sempozyumu (9-12 Kasım 2017, Nevşehir), Gökhan İ/Baştürk S/Saraç H (ed.), Nevşehir Valiliği, Nevşehir, 2017, ss. 141-42.

Laiou S, "Christian Women in an Ottoman World: Interpersonal and Family Cases Brought Before the Shari'a Courts During the Seventeenth and Eighteenth Centuries (Cases Involving the Greek Community)", Women in the Ottoman Balkans: Gender, Culture and History, Buturović A/Schick I C (ed.), I.B. Tauris, Londra ve New York, 2007, ss. 243-71.

Lewis B, "Ifrandj", Encyclopaedia of Islam, Lewis B/Ménage V L/Pellat C vd. (ed.), 2. Baskı, Brill, Leiden, 1971, C. 3, ss. 1044-46.

McCormick A P, "An Embattled Catholic Archbishop Between Latins and Greeks in the Ottoman Aegean", Global Reformations: Transforming Early Modern Religions, Societies, and Cultures, Terpstra N (ed.), Routledge, Londra, 2019, ss. 195-209.

Ömer Hilmi, İthafü'l-Ahlaf fi Ahkami'l-Evkaf, Matbaa-ı Amire, İstanbul, 1889.

Qattan N al-, "Dhimmis in the Muslim Court: Legal Autonomy and Religious Discrimination", C. 31, S. 3, 1999, International Journal of Middle East Studies, ss. 429-44.

Randolph B, The Present State of the Islands in the Archipelago, or Arches, Seas of Constantinople and Gulph of Smyrna with the Islands of Candia and Rhodes, Oxford, 1687.

Roth C, The House of Nasi: The Duke of Naxos, Jewish Publication Society of America, Philadelphia, 1948.

Roussos K Z, Reconstructing the Settled Landscape of the Cyclades: The Islands of Paros and Naxos During the Late Antique and Early Byzantine Centuries, Leiden University Press, Leiden, 2017.

Safvet, "Yusuf Nasi", S. 16, 1912, Tarih-i Osmani Encümeni Mecmuası, ss. 982-93.

Safvet, "Nakşa (Naksos) Dukalığı, Kiklad Adaları", S. 23, 1913, Tarih-i Osmani Encümeni Mecmuası, ss. 1444-57.

Şakiroğlu M H, "Frenk", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1996, C. 13, ss. 197-99.

Şakiroğlu M H, "Tercüman", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 2011, C. 40, ss. 490-92.

Sansaridou-Hendrickx T/Hendrickx B, "The Post-Ducal 'Dukes of Naxos' of the 'per Dignità First Duchy of Christendom': A Re-Examination and Assessment", C. 3, S. 2, 2013, Journal of Early Christian History, ss. 94-107.

Savvides A, "Nakshe", Encyclopaedia of Islam, Bearman P J/Bianquis T/Bosworth C E vd. (ed.), 2. Baskı, Brill, Leiden, 1993, C. 7, ss. 939-41.

Savvides A, “Para”, Encyclopaedia of Islam, Bosworth C E/Van Donzel E J /Heinrichs W P (ed.), 2. Baskı, Brill, Leiden, 1995, C. 8, ss. 265-66.

Seraïdari K, “Negotiating Religious Differences in the Cyclades: Discourses of Inclusion and Exclusion”, Sites and Politics of Religious Diversity in Southern Europe: The Best of All Gods, Blanes R/Mapril J (ed.), Brill, Leiden, 2013, ss. 309-30.

Spiliopoulou I, “The Promotion of the Cultural Heritage of the Latin Settlers in the Island of Naxos Through a Proposed Model of Management: A Case Study”, C. 13, S. 2, 2013, Sustainable Development, Culture, Traditions Journal, ss. 34-52.

Topcu E N, “Önceki Hukukumuzda Vakfa Müdahale Kavramı: 18. yy. Kudüs Örneği”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku, İstanbul, 2020.

Vionis A K, A Crusader, Ottoman, and Early Modern Aegean Archaeology: Built Environment and Domestic Material Culture in the Medieval and Post-Medieval Cyclades, Greece (13th-20th Century AD), Leiden University Press, Leiden, 2012.

Yaran R, İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi: Borçlunun Temerrüdü ve Alacaklının Temerrüdü, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı, İstanbul, 1997.

Zachariadou E A, “1641’de Nakşa Sancağı”, S. 13, 1998, Tarih İncelemeleri Dergisi, ss. 231-43.

UYGUR HUKUK VESİKALARI ÜZERİNE TÜRKÇE LİTERATÜRÜN HUKUKİ TAHLİLİ

Legal Analysis of Turkish Literature on Uygur Law Documents

Dr. Öğretim Üyesi Salih KORKMAZ*

Öz: İslamiyet öncesi Türk hukukuna dair elimizde bulunan en önemli kaynak olan Uygur hukuk vesikaları, dönemin hukuk anlayışını göstermesi bakımından eşsiz değerdedir. Bu vesikaların hukuki değerlendirmesi hususunda pek çok çalışma yapılmış olmakla birlikte Türkçe literatürde bu mevzuda bir eksiklik fark edilmektedir. Bu makalede, Uygur hukuk vesikaları üzerine yapılan Türkçe neşriyatın hukuki tahlilinin yapılması hedeflenmiştir. Bu çerçevede Türkçede Uygur hukuk vesikaları üzerine yapılan tüm çalışmalar kronolojik olarak tek tek ele alınmış, şimdiye kadarki çalışmaların eksik yönleri de tespit edilmeye çalışılarak bundan sonra bu mevzuda nelerin yapılması gerektiği hususunda çeşitli mütalaalarda bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Uygurlar, Uygur Hukuku, Uygur Hukuk Vesikaları, İslamiyet Öncesi Türk Hukuku.

Summary: Uyghur legal-civil documents, which are the most important source of pre-Islamic Turkish law, are of unique value in terms of showing the understanding of law of the period. There have been many studies on the legal evaluation of these documents. However, there is a deficiency in this subject in the Turkish literature. In this article, it is aimed to evaluate the literature of the studies on Uyghur legal-civil documents in Turkish. In this framework, all studies on Uyghur legal-civil documents in Turkish are discussed chronologically one by one. With this, the deficiencies of the studies so far have been tried to be determined and various opinions have been made about what should be done on this issue from now on

Keywords: Uyghurs, Uyghur Law, Uyghur Legal-Civil Documents, Pre-Islamic Turkish Law.

* Salih Korkmaz, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi ABD, salihkorkmaz@sdu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7824-0037

Makale Geliş Tarihi: 20.07.2022, Makale Kabul Tarihi: 14.11.2022

GİRİŞ

Makaleye Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk Türk hukuk tarihçilerinden Sadri Maksudi Arsal'ın şu ifadeleri ile başlamak, İslamiyet öncesi Türk hukuk tarihi açısından da göz önüne alınması gereken önemli bir hususa işaret etmesi bakımından lüzumlu görülmüştür. Arsal, şöyle demektedir: "*Eski sosyologların bazıları göçebeliği medeniyetin bir derecesi gibi telakki etmişlerdir. Halbuki bugünkü münkeşif sosyoloji, göçebeliği bir medeniyet safhası gibi telakki etmeyip, iktisadi şerâitten tevellüt eden tarz-ı hayat ve hayata intibak (adaptation) olduğuna kânidir.*"[1] İslamiyet öncesi Türk hukuk-kültür tarihi üzerine yapılan bazı çalışmalarda; sıradan hukuk tatbikatlarının bile (savunmacı-övücü bir yaklaşımla), çok garip-hayreti mucip bir durum gibi görülmesi, yukarıdaki satırların önemini göstermektedir. Nitekim insanlar tarih boyunca birbirleri ile münasebette bulunmuştur ve her nerede bir münasebet varsa orada öyle ya da böyle bir hukuk da vardır. Dolayısıyla bundan bin-iki bin yıl önce insanların sözleşmeler yapmasında şaşılacak bir durum yoktur. Ayrıca Türklerin devlet kurma tecrübeleri göz önüne alındığında; Köprülü'nün de belirttiği gibi: "*Devlet kurmak, amme müesseseleri yaratmak demek olduğuna göre, büyük Türk İmparatorluklarının kuvvetli teşkilat, yani sağlam hukuki müesseseler vücuda getirmiş olması pek tabii*"[2] karşılanmalıdır.

İslamiyet öncesi Türk hukukuna dair elimizde bulunan en önemli kaynaklardan birisi Uygurlardan kalma hukuk vesikalarıdır. Bu vesikalar, vergi hukukundan borçlar hukukuna, kişiler hukukundan ceza hukukuna kadar pek çok sahada eşsiz malumat barındırmaktadır. Bununla birlikte, şimdiye kadar bu konuda bir literatür değerlendirmesi yapılmamıştır. Bu sebeple şimdiye kadar bu sahada yapılmış çalışmaların bir değerlendirmesinin yapılması, hem neler yapıldığının ortaya koyulması hem eksiklerin gösterilmesi hem de bundan sonra yapılacak çalışmalar için yol göstermesi maksadıyla önemli görülmüştür. Bu çerçevede Uygur hukuk vesikaları üzerine kaleme alınan tüm Türkçe

---

[1] Sadri Maksudi Arsal, "Türk Hukuku Tarihi", Fethi Gedikli/Ali Adem Yörük/Mahmud Esad Kalıpçı (Haz.), C. LXXV, 2017, İÜHFM, Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı, s.821. Arsal sözlerine şöyle devam etmektedir: "İrfan ve idrâk seviyesi yüksek ve gayet münkeşif mukîm bir halk muhitin icâbıyla göçebe hayat sürmeye mecbur olabilir. Ve bilakis göçebe bir halk müsait şerâit mevcut olursa, mukîm hayatla yaşamağa başlar. Bu son kısım hayatı tebeddüle Türk tarihinde pek çok misaller görüyoruz. Eskide mütemeddin ve mukîm Kırgız halkının büyük bir kısmı bugün göçebedir. Bilakis eskiden Kırgız steplerinde göçebe hayatla yaşamış Türkistan Özbekleri bugün oturak ve ekincidir. Onun için tarihî Türk kabilelerinin hukuki telakki ve müesseselerini tetkik ederken onların göçebe olmaları mütemeddin bir seviye-i içtimaiyeyi ifade eden hukuki müesseselere mâlik olmalarına mani sayılmamalıdır." (Arsal, "Türk Hukuku Tarihi", s.821).

[2] M. Fuad Köprülü, "Ortazaman Türk Hukuki Müesseseleri İslam Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok mudur?", İstanbul, 1937, II. Türk Tarih Kongresi, s.49.

çalışmalar (mümkün mertebe) kronolojik sıra gözetilerek değerlendirilmiştir.[3]

Makalede öncelikle Uygurların tarihi ve Uygur hukuk vesikaları hakkında kısa bir malumat verilmiş, ardından literatür değerlendirmesi yapılmıştır. Uygur hukukuna dair dolaylı veya çok muhtasar malumat veren kaynaklar ayrıca ele alınmayarak (yeri geldikçe) dipnotlarda ve kaynakçada gösterilmiştir.

Buradaki literatür değerlendirmesinin Uygur hukuk vesikalarının *hukuki değerlendirmelerine* dair olduğu önemle vurgulanmalıdır. Nitekim pek çok dilci-tarihçi bu vesikaları Türk dili ve tarihi cephesinden tetkik etmiş, çok kıymetli eserler ortaya koymuşlardır. Bu tetkikleri değerlendirme kudretimiz bulunmamaktadır.

I. UYGURLAR HAKKINDA TARİHİ MALUMAT

Uygurlar, Hun Devleti'ne tâbi Türk boylarından olup, Hunlardan sonra Göktürklerin hâkimiyeti altında yaşamışlardır.[4] Uygurların iktidarı ele geçirmek maksadıyla Basmiller ve Karluklar ile birleşerek giriştiği faaliyetler sonucu Göktürk Devleti yıkılmıştır.[5] Göktürklerin yıkılışını (744) takiben kendi devletlerini kurmuşlar ve bu devleti bir asır yaşatmışlardır. Bu dönemde Uygurlar Moğolistan havalisinde ve yarı göçebe şekilde yaşamaktaydılar. Bu sebeple onlara Kuzey Uygurları da denmektedir.[6] Kırgızlar 840/845 yıllarında Uygurları bu bölgeden

---

[3] Yabancı literatür değerlendirmesi için bkz. Ahmet Caferoğlu, "Uygurlarda Hukuk ve Maliye Istılahları", C.IV, İstanbul, 1934, Türkiyat Mecmuası, s.1 vd.; Hüseyin Namık Orkun, "Türk Hukuk Tarihinin Uygur Vesikaları", Ankara, 1935, Türk Hukuku Tarihi - Araştırmalar ve Düşünceler-, s.541 vd.; Reşid Rahmeti Arat, "Eski Türk Hukuk Vesikaları", S.1, 1964, Ankara, Türk Kültürü Araştırmaları, s.9 vd.; Osman Fikri Sertkaya "Turfan metinleri ve yapılan yayınları", C.XIX, 1980, Türkiyat Mecmuası, s. 309-334.; Özkan İzgi, Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre), Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Yayınları, Seri:3, Sayı:A.17, Ankara, 1987, s.51 vd.; Ahmed Akgündüz, "Uygur Hukuku", S.57, 1988, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, s.20 vd.; Berker Keskin, "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı", Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2020, s.64 vd.

[4] Orkun, "Türk Hukuk Tarihinin Uygur Vesikaları", s.533 vd.; Akgündüz, "Uygur Hukuku", s.17.; Gülçin Çandarlıoğlu, "Uygurlar", DİA, C.42, İstanbul, TDV, 2012, s.242-244.

[5] Akgündüz, s.17.; Çandarlıoğlu, 2012, s.242.

[6] Kuzey Uygurlarının kurduğu devletin tebaasında, nüfusun çoğunluğunu dokuz tane Oğuz boyu oluşturmuştur. Bu nedenle Uygurlara "Dokuz-Oğuzlar" ya da bu dokuz tane boyun Uygur boyu ile birleşmesi sebebiyle "On-Uygurlar" da denilmektedir. İbrahim Kafesoğlu, Türk Milli Kültürü, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınlarından, Ankara, 1977, s.130 vd.; Faruk Sümer, "Dokuz Oğuzlar", DİA, C.9, İstanbul, TDV, 1994, s.500-502.; Ahmet Taşağıl, Çin Kaynaklarına Göre Eski Türk Boyları, M.Ö. III-M.S. X. Asır, TTK, Ankara, 2013, s.113-115.; Dokuz Oğuzlar ve bugün Anadolu halkının esasını teşkil eden Oğuzlar farklı kavimlerdir.

Bkz. https://ekrembugraekinci.com/question/?ID=18999 (s.e.t. 30.06.2022)

çıkarmış ve Uygurlar güneybatıya yani Doğu Türkistan'a yerleşmişlerdir (Güney Uygurları-Turfan Uygurları). Uygurlar burada da yaklaşık bir asır hüküm sürmüş bunun ardından hâkimiyetlerini ilk Müslüman Türk devleti olan Karahanlılara kaptırmışlardır.[7] Bununla birlikte Turfan Uygurlarının 1209 yılına kadar bağımsızlıklarını kısmen de olsa sürdürdüğü ardından Moğol İmparatorluğuna bağlanarak bir şekilde hayatını devam ettirdiği eklenmelidir.[8]

Diğer komşu Türk topluluklarının çoğu gibi Göktanrı dinine bağlı olan Uygurlar, 763'ten sonra Mani dinini, 1000'li yıllardan itibaren Buda dinini kabul etmişlerdir. İslamiyet de aynı dönemlerde Uygurlar arasında yayılmaya başlamıştır. Bu dinler, Uygurların göçebe hayatı terk ederek yerleşik hayata geçmesinde önemli bir etken olmuştur. Güney-Turfan Uygur toplumunu diğer Türk topluluklarından ayıran en önemli özellik de Uygurların hayat tarzındaki bu değişikliktir. Nitekim onlar; göçebe hayatı terk ederek topraklarını genişletme teşebbüsünden ve siyasi-askeri çatışmalardan uzak bir hayat tarzı benimsemişlerdir. Bu sayede diğer Türk topluluklarına nazaran çok daha gelişkin şehirler ortaya çıkarabilmişler ve komşu ülkelerle çok daha canlı ticari ilişkiler kurabilmişlerdir.[9] Yerleşik hayata geçiş ve beraberinde gelen ticaretin güçlenmesi ile birlikte yazı ve kâğıdı da kullanan Uygurlar, güçlü bir medeniyet kurmuşlardır. Nitekim din, hukuk, edebiyat ve felsefe sahalarında bıraktıkları eserlerden bir kısmı günümüze kadar ulaşmıştır.

II. UYGUR HUKUK VESİKALARI

İslamiyet öncesi Türk hukukuna dair malumatın çok kısıtlı olduğu bilinmektedir. Bu dönemin hukuku genel olarak Çin kaynakları, İslam kaynakları ve eski Türklerden kalma bazı eserler üzerinden takip edilmektedir. Güney Uygurlarının hukuku hakkında ise bu kaynaklardan farklı olarak çok önemli bazı hukuk vesikaları günümüze ulaşmıştır. Bu vesikalar, Uygur hukukuna dair eşsiz malumat ihtiva etmektedir. Bunların hangi tarihte yazılmış oldukları tam olarak bilinmemekle birlikte X-XIV. asırda kaleme alındıkları tahmin edilmektedir.[10]

İlk Uygur vesikası, 1890'da Doğu Türkistan havalisinde tesadüfen bulunmuştur. Bu ilgi çekici buluntudan sonra bölgede çok sayıda araştırma gezisi/kazısı yapılmış ve pek çok vesika ortaya çıkarılmıştır.

---

7 Bahaeddin Ögel, İslamiyetten Önce Türk Kültür Tarihi (Orta Asya Kaynak ve Buluntularına Göre), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1962, s.348 vd.; Halil Cin-Ahmed Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, OSAV, İstanbul, 2011, s.86.;

8 Ahmet Taşağıl, "Turfan", DİA, C.41, TDV, İstanbul, 2012, s.415.

9 Özkan İzgi, "Turfan Uygurlarında Kiralama Vesikaları", X. Türk Tarih Kongresi'nden Ayrıbasım, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, s.76.

10 Arat, "Eski Türk Hukuk Vesikaları", s.6.; Larry Vernon Clark, "Introduction to the Uyghur Civil Documents of East Turkestan (13th-14th Cc.)", Doktora Tezi, Bloomington, Edinburg, 1975, s.374.; Akgündüz, s.19.

Keşfedilen vesikalardan bazılarının da hukuk ile ilgili olduğu tespit edilmiştir. Vesikalar üzerinde yapılan çalışmalar hakkında ayrıntılı ve kronolojik bilgi vermekten, makalenin kapsamını aşacağı ve makalenin zaten geniş olan hacmini daha da artıracağı için imtina edilmiştir.

Uygurların hem yerleşik hayata geçmeleri ve hem de Çinlilerle olan yakın münasebetleri göz önüne alındığında bu vesikaların eski Türklerin adet ve hukuk telakkilerini ne derece yansıttıkları tartışma konusudur. Uygur hukuk vesikalarının Çin vesikaları ile ayrıntılı bir mukayesesi henüz yapılmamış olmakla birlikte, belirli noktalarda bu vesikalar üzerinde Çin tesiri görülmektedir.[11]

Uygur hukuk vesikaları literatürde "Uygur Sivil Belgeleri" olarak da adlandırılmıştır. "Sivil belgeler" kullanımının kaynağı Fransızca kökenli "civil" kelimesinin doğrudan Türkçeye aktarılmasından ibarettir. Fakat bu kullanım isabetli değildir. Nitekim Türkçede sivil kelimesi daha çok askerlik çerçevesinde şekillenir. Halbuki "civil"in manası "hukukla alakalı" bir çerçevede karşımıza çıkar. Dolayısıyla "Uighur Civil Documents"-in Türkçe karşılığının "Uygur Hukuk Vesikaları" şeklinde belirlenmesi daha isabetlidir.[12]

III. LİTERATÜR DEĞERLENDİRMESİ

İslamiyet öncesi Türk hukuk tarihi alanında ilk zikredilmesi gereken isim, hukuk tarihçisi Sadri Maksudi Arsal'dır.[13] Arsal'ın ilk defa 1926'da neşredilen ders notları[14] daha sonra genişletilmiş ve 1947'de "Türk Tarihi ve Hukuk" adıyla kitap olarak neşredilmiştir.[15] 1926'da neşredilen ders notlarında Uygur hukuk vesikalarından bahis yoktur. Ancak diğer kaynaklardan istifade ile Uygur hukukuna dair genel bir

[11] Bkz. İzgi, Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre), s.99.; Akgündüz, s.27.; Özkan İzgi, "Turfan Uygurları Kültürü Hakkında Bazı Düşünceler", Ankara, 1989, Uluslararası Osmanlı Öncesi Türk Kültürü Kongresi.; Nobuo Yamada, "Uygur Satış Mukavelesi Belgelerinin Şekilleri", Çev. Emine Gürsoy Naskali, C.26, İstanbul, 1993, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi, s.195-234.; Wolfram Eberhard, Çin Tarihi, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1995, s.203 vd.; Wolfram Eberhard, Çin'in Şimal Komşuları, Çev. Nimet Uluğtuğ, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996. Krş. Ferit Ayiter, "Eski Türk Hususi Hukukuna Ait Bazı Notlar", C.11, 1949-1950, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, s.418 vd.

[12] Keskin, "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı", s.1.; Berker Keskin, "Eski Uygurlar Neyi, Nasıl ve Neden Kiralıyordu?", 2019, VIII. Uluslararası Türkoloji Kongresi, s.79.

[13] Arsal hakkında bkz. Fethi Gedikli, "Yolunu Kendi Kazan Bir Yolcu: Türk Hukuku Tarihçisi Sadri Maksudi Arsal", C.70, S.1, İÜHFM, s.399-412.

[14] Osmanlıca olan bu notların yazı çevrimi yapılıp neşredilmiştir. Bkz. Sadri Maksudi Arsal, "Türk Hukuku Tarihi", Fethi Gedikli/Ali Adem Yörük/Mahmud Esad Kalıpçı (Haz.), C. LXXV, 2017, İÜHFM, Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı, s.711-833.

[15] Sadri Maksudi Arsal, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1947.

portre ortaya koyulmuştur. Arsal'ın 1937'de neşredilen bir makalesinde ise Uygur hukuk vesikalarının mevcudiyetinden ve bunların çoğunun neşredilmemiş olduğundan bahsedilmiştir. Buna göre, Uygurlar yüksek bir kültür ve medeniyet seviyesi yakalamıştır.[16] Yine Arsal, 1947'de neşredilen ve İslamiyet öncesi Türk hukuk tarihi sahasında hâlâ temel kaynak eser olarak görülen meşhur kitabında, Uygur hukuk vesikalarından örnekler zikretmiş ve bunlardan bazılarının tercümesini vermiştir. Ardından da bunlardan yola çıkarak bir değerlendirme yapmış ve Uygur hukukunu özetlemiştir.[17]

Ahmet Caferoğlu da, Uygur hukuku ve Uygur hukuk vesikaları ile alakalı ilk çalışma yapanlardandır. İlk defa 1932 yılında "Öz Hukuk Dili" isimli makalesinde bir hukuk vesikasının yazı çevrimi ve tercümesini yapmış, yirmi altı hukuk terimini de izah etmiştir.[18] Aynı yıl "Uygur Türklerinde Milli Hukuk Istılahları" makalesi ile bazı Uygur hukuk vesikalarını tanıtmıştır.[19] Caferoğlu'nun bu sahadaki en önemli eseri ise şüphesiz 1934'de neşrettiği "Uygurlarda Hukuk ve Maliye Istılahları" isimli çalışmasıdır.[20] Makalede ilk olarak Uygur hukuk vesikalarının nasıl ve nerede neşredildiğinden bahsedilmiş, neşirlerdeki hata ve eksiklikler de dipnotta zikredilmiştir. Elde bulunan Uygur vesikalarının hukuka dair veçhesinin şimdiye kadar yeterince ele alınmadığına hayıflanan[21] Caferoğlu, makalenin devamında, vesikalardan yola çıkarak ilk olarak Uygur medeniyeti ve hukukuna dair genel bir portre ortaya koymuştur. Bu çerçevede "Uygur medeniyeti", "vesikaların mevzuu, devri, modelleri ve tarihi", "borç maddeleri ve ödeme şartları", "ödemede tehir ve cezası" başlıkları altında önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. Ardından makalenin asıl konusu olan Uygurlarda kullanılmış olan hukuk ve maliye tabirlerinin, sözleşme isimlerinin bugün hangi manalara karşılık geldiği teker teker başlıklar halinde incelenmiştir. Makalenin vazifesi, kendi ifadesi ile, "*vesikalarda tesadüf edilen hukuk tabir ve ıstılahlarını (gayyur hukuk araştırıcıları için) hiç olmazsa malzeme şeklinde hazırlamaktır*".[22] Caferoğlu'nun 1934'te fasiküller halinde neşretmeye başladığı "Uygur Sözlüğü"[23] de burada zikredilmelidir.[24] 1939 yılında

---

16 Sadri Maksudi Arsal, "Beşeriyet Tarihinde Devlet ve Hukuk Mefhumu ve Müesseselerinin İnkişafında Türk Irkının Rolü", 1937, II. Türk Tarih Kongresi, s.1062-1093.

17 Ayrıca bkz. Sadri Maksudi Arsal, "Eski Türklerin Hususi Hukuku", TÜRKLER, Hasan Celal Güzel/Kemal Çiçek/Salim Koca (Ed.), C.3, Yeni Türkiye Yayınları, s.142-158.

18 Ahmet Caferoğlu, "Öz Hukuk Dili", S.5, 1932, Öz Dilimize Doğru, s.72-74.

19 Ahmet Caferoğlu, "Uygur Türklerinde Millî Hukuk Istılahları", S.8, 1932, Öz Dilimize Doğru, s.130-135.

20 Caferoğlu, "Uygurlarda Hukuk ve Maliye Istılahları", s.1-43.

21 Caferoğlu, "Uygurlarda Hukuk ve Maliye Istılahları", s.3.

22 Caferoğlu, "Uygurlarda Hukuk ve Maliye Istılahları", s.13.

23 Ahmet Caferoğlu, Eski Uygur Türkçesi Sözlüğü, TDK Yayınları, Ankara, 2011.

neşredilen "Türk Taamül Hukukunda Evlâtlık Müessesesi"[25] isimli makalenin bir bölümünde Uygur hukuk vesikalarından yola çıkılarak Uygur hukukunda evlatlık, çocuk rehni/satışı konusu tasrih edilmiştir.[26]

Tarihçi Hüseyin Namık Orkun,[27] Uygur hukuk vesikalarını ilk neşredenler arasındadır. 1936'da neşredilen "Türk Hukuk Tarihinin Uygur Vesikaları" isimli makalesine Uygur tarihine ve Uygur vesikalarına nasıl ulaşıldığına dair tarihi malumatla başlayan Orkun, eldeki vesikaların hukuk ile alakalı olanlarının tercümesini vermiştir. Bu manada ilk Türkçe toplu tercüme ve neşir Orkun tarafından yapılmıştır. Orkun çalışmasında "*transkripsiyonda ise Radloff'un yanlış ve bir çok itiraza uğrayan transkripsiyonu'nu bir tarafa bırakarak mümkün olduğu kadar diğer bilginlerin trankripsiyonu'nu kabul etdik.*" demiştir. Fakat bu tercüme ile alakalı İzgi *"…Orkun yaptığı çalışmada sadece Radloff'un kitabının bir tercümesini yapmağa çalışmış fakat ne yazık ki Radloff'un okuma yanlışları ve terimleri açıklamasındaki hatalar burada da tekrar edilmiştir. Ayrıca tercümedeki hatalar yüzünden de vesikalar adeta tanınamaz hale gelmiştir.*" değerlendirmesinde bulunmuştur. Bu sebeple olsa gerek, sonraki çalışmalarda bu makaleden fazla istifade edilmemiştir. Orkun, çeşitli zamanlarda bu makaleden yola çıkarak birkaç kısa makale daha neşretmiştir.[28]

Reşid Rahmeti Arat,[29] Uygur hukuk vesikaları ile alakalı ilk makalesini 1936'da "Uygurca Yazılar Arasında" ismiyle neşretmiştir. Bu makalede Uygur hukuk vesikalarından birinin neşri ve tahkiki yapılmıştır.[30] 1965'te ise "Uygurca Yazılar Arasında-II" ismiyle bir

---

[24] Sözlük hakkında bir değerlendirme için bkz. Berker Keskin, "Ahmet Caferoğlu ve Uygur Sözlüğü", İstanbul, 2019, Doğumunun 120. Yılında Prof. Dr. Ahmet Caferoğlu Hatıra Kitabı, s.78-93.

[25] Ahmet Caferoğlu, "Türk Taamül Hukukunda Evlâtlık Müessesesi", C.II, 1939, İstanbul, Türk Hukuk ve İktisat Tarihi Mecmuası, s. 97-118.

[26] Bu makalede kullanılan usul ve evlatlık hususundaki bazı değerlendirmeler daha sonraki tarihlerde başka yazarlarca eleştirilmiş/düzeltilmiştir. Mesela bkz. Abdülkadir İnan, "Göçebe Türk Boylarında Evlatlık Müesseseleriyle İlgili Gelenekler", Cilt VI. Sayı: 3, 1948, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, s.128 vd.; Keskin, "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı", s.35 vd., s.135 vd.

[27] Hüseyin Namık Orkun hakkında bkz. Saliha Okur Gümrükçüoğlu, "Hukuk Tarihi Açısından Hüseyin Namık Orkun ve Fasikülleri", C.3, S.5, 2005, TALİD, 805-822.

[28] Bkz. Hüseyin Namık Orkun, "Eski Türklerde Anlaşma", Türk Hukuku Tarihi, Belgeler, Ankara, 1936, s.19-23.; Hüseyin Namık Orkun, "Eski Türklerde Sosyal Kurumlar", Belgeler, Ankara, 1936, Türk Hukuku Tarihi, s.24-34.; Hüseyin Namık Orkun, "Uygur Türklerinde Senet İle Alış Veriş", C.V, S.17-18, 1954, Banka, s.33-39.

[29] Arat için bkz. Osman Fikri Sertkaya, "Ord. Prof. Dr. Reşid Rahmeti Arat (15 Mayıs 1900-29 Kasım 1964) ve Eserleri –Ölümünün 20. yıl dönümü dolayısı ile-", C.32, 1984, Türk Dili Araştırmaları Yıllığı-Belleten, s.305-313.; Saadet Çağatay, "Reşid Rahmeti Arat (12.V.1900-29.XI.1964)", C.29, Belleten, s.176-193.; Nuri Yüce, "Reşit Rahmeti Arat", DİA, C.3, İstanbul, TDV, 1991, s.336-337.

[30] Reşid Rahmeti Arat, "Uygurca yazılar arasında", C.II, İstanbul, 1936, Türk Tarih Arkeologiya ve Etnografya Dergisi, s.101-112.

makale daha neşredilmiş ve bu İstanbul Üniversitesi Kütüphanesi'nde Yıldız Sarayı'ndan gelen yazmalar arasında bulunan vesikalar üzerine kaleme alınmıştır.[31] Yazmalar arasında bu vesikaların ne olduğu ve önemine dair padişaha sunulmuş bir rapor da bulunmaktadır ki bu raporun yazı çevrimi makaleye dercedilmiştir. Ardından bulunan evrakın kısa bir tanıtımı yapılmıştır. Ardından bu evrak içinde bulunan "*iyi ve tam olarak muhafaza edilen en büyük vesika*"nın yazı çevrimine ve tercümesine yer verilmiştir. Belge bir bağın satımını konu almaktadır ve "hüccet" belgesi mahiyetindedir. Bulunan diğer hukuk vesikaları ile aynı özellikleri taşımaktadır.[32]

Arat'ın Uygur hukuku ile alakalı en önemli eseri, hiç şüphesiz 1964'de neşrettiği "Eski Türk Hukuk Vesikaları" isimli makalesidir.[33] Bu eserde, giriş mahiyetinde eski Türk hukukuna ilişkin yapılan araştırmaların kısa bir özeti verilmiş (I.), sonra bu konuda yapılmış çalışmalar (II.) sıralanmıştır. Ardından hukuk vesikalarının mahiyetleri (III.), hukuk vesikalarının türleri (IV.), vesikaların tanzimi (V.), vesikaların tarih tespiti, vesikalarda adı geçen şahıslar, mukavele yapılmasının sebepleri, anlaşmanın bedel tespiti, kefalet, ödeme usulü, ödeme şartları, sözleşmeye itiraz, taraflar ve şahitlerin imzaları ile mukaveleyi kaleme alan kişinin ismi ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Ayrıca Uygur hukuk vesikalarının metinleri, tercümeleri ve orijinallerinin fotoğrafları da esere ek olarak verilmiştir. Hukuk vesikalarının tasnifi ve sınıflandırması ilk defa bu makalede yapılmıştır.

M. Fuad Köprülü 1937'de neşrettiği "Ortazaman Türk Hukuki Müesseseleri İslam Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok mudur?"[34] isimli makalesinde Uygur hukukuna ve hukuk vesikalarına dair malumat bulunmamakla birlikte, "kamu hukukuna ve idareye ait" Uygurlarda kullanılan bazı kavramların sonra da kullanıldığı hususu makale konusu ile bağlantılı olarak zikredilmiştir.

Abdülkadir İnan tarafından 1948'de neşredilen "Göçebe Türk Boylarında Evlatlık Müesseseleriyle İlgili Gelenekler" isimli makale, esas itibariyle göçebe Türk boylarındaki evlatlık müessesesini konu aldığı için Uygur hukukundan ve buradaki evlatlık müessesesinden çok

---

[31] Reşid Rahmeti Arat, "Uygurca Yazılar Arasında-II", XXIII, 1979, Türk Dili Ve Edebiyatı Dergisi, s.17-28.

[32] Arat'ın konuyla alakalı başka çalışmaları da bulunmaktadır. Bkz. Reşid Rahmeti Arat, "Uygurlarda Istılahlara Dair", VII-VIII/1, 1942, Türkiyat Mecmuası, s.56-81.; Reşid Rahmeti Arat, Eski Türk Hukuk Vesikaları, S.1, 1964, Türk Kültürü Araştırmaları.; Reşid Rahmeti Arat, "Uygurlar", C.XVI/1-2, 1977-1978, Türk Kültürü Araştırmaları, s.89-149.

[33] Reşid Rahmeti Arat, Eski Türk Hukuk Vesikaları, Türk Kültürü Araştırmaları, Ankara, S.1, 1964.

[34] M. Fuad Köprülü, "Ortazaman Türk Hukuki Müesseseleri İslam Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok mudur?", II. Türk Tarih Kongresi, İstanbul, 1937, s.39-72.

muhtasar bir biçimde bahsetmiştir.[35] İnan bununla birlikte daha önce Uygur hukukunda evlatlık üzerine bir makale neşretmiş olan Caferoğlu'nun kullandığı usulü eleştirmiştir.[36] İnan tarafından evlat edinme bir "*oğul satışı*" olarak tavsif edilmiştir. Bunun da "*unutulmamış geleneklerin zoruyla*" satın alınan çocukların evlatlık olarak gösterilerek meşrulaştırıldığını yani "*uşaklığın evlatlık perdesi altında saklamak temayülü*" olduğu iddia edilmiş ve bu "*eskiden kalma kabile gururuna*" bağlanmıştır.[37] Hâlbuki bu değerlendirme hatalıdır. Nitekim Uygur hukuk vesikalarına göre "evlatlık" ve "oğul satışı" farklı hukuki müesseselerdir.[38] Oğul satışına dair elde bulunan vesikalar "*uşaklığın evlatlık perdesi altında saklamak temayülü"* iddiasını boşa düşürmektedir.

Ferit Ayiter tarafından 1949'da neşredilen "Eski Türk Hususi Hukukuna Ait Bazı Notlar" isimli makale Uygur hukukundaki cezai şart müessesesi özelinde Uygur hukukunun geneli üzerine önemli değerlendirmeleri havidir. Bu çerçevede makale hukuk sistemlerinin birbirleri ile münasebeti ve Uygur hukukuna Çin hukukunun tesiri ile alakalı değerlendirmeler ile başlamıştır. Ardından Uygur hukuk vesikalarına dayanarak, hukuki muamelelerin illeti-saiki, faiz meselesi, örf-adet hukuku, cezai şart-tazminat, akitlerin üçüncü kişilere tesiri ele alınmıştır. Daha sonra bu başlıklar (bazıları) Çin, Hind, Sasani ve Moğol hukukları ile mukayese edilmiştir.[39] Makale Orta Asya kavimlerinin müşterek hukuku, örf-adet hukuku ve mukayeseli değerlendirmeler çerçevesinde bazı Uygur hukuk uygulamalarını değerlendirmesi bakımından önemini muhafaza etmektedir.

Uygur hukuk vesikalarında rastlanan ve sözleşmeye aykırı davranış neticesinde cezai şart öngören hükümler, Ayiter tarafından isabetle özel hukuk başlığı altında ele alınmıştır. Yine Nobuo Yamada ve Ahmed Akgündüz bu konuyu ele almış ve mezkûr cezai şartları isabetle özel hukuk kapsamında değerlendirmiştir.[40] Buna rağmen ilk kez Özkan İzgi, bu şartları hatalı olarak "ceza hukuku" başlığı altında değerlendirmiştir.[41] Bu tavsif hatası daha sonra başka yazarlarca da tekrarlanmıştır.[42]

---

35 Abdülkadir İnan, "Göçebe Türk Boylarında Evlatlık Müesseseleriyle İlgili Gelenekler", C.VI, S. 3, 1948, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi.

36 İnan, s.128 vd.

37 İnan, s.135.

38 Keskin, "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı", s.36.

39 Ayiter, s.417-436.

40 Yamada, "Uygur Satıs Mukavelesi Belgelerinin Şekilleri"; Akgündüz, s.24.

41 Özkan İzgi, Kutluk Bilge Kül Kağan Böğü Kağan ve Uygurlar, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara, 1986, s.89.; Özkan İzgi, Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre), Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1987, Seri:3, Sayı:A.17, s.106.

42 Feda Şamil Arık, "Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar Suçlar ve Cezalar", C.17, S.28, 1995, Tarih Araştırmaları Dergisi, s.13 vd.; Melek Özyetgin, "Turfan Uygurlarında Ceza

Bahaeddin Ögel, İslamiyet'ten önce Türk kültür tarihini konu alan çalışmalar yapmıştır.[43] Fakat bu eserlerde doğrudan Uygur hukukuna dair bir malumat bulunmamaktadır. Müellif, sadece "Dünden Bugüne Türk Kültürünün Gelişme Çağları" isimli kitabında İslamiyet öncesi Türk aile hukukuna dair genel bir malumat verilmiştir.

İsmet Binark, 1969'da Uygur Türklerinde vakıf ile alakalı kısa bir makale neşretmiştir.[44] Burada Uygur hukuk vesikalarının ortaya çıkış serüveninden bahsedilmiş ve vakıf ile alakalı muhtasar malumat verilmiştir.

Özkan İzgi, Uygurlar ve Uygur hukuku ile alakalı nitelik ve nicelik bakımından önemli eserler kaleme almış yazarlardandır.[45] Ayrıca (Uygur hukukuna dair fazla malumat barındırmasa da) Uygur tarihi için çok önemli ve birinci el bir kaynak olan "Çin Elçisi Wang Yen-te'nin Uygur Seyahatnamesi", İzgi tarafından tercüme edilmiştir.[46] Şüphesiz, İzgi'nin Uygur hukuku ile alakalı en önemli eseri 1987'de neşredilen "Uygurların Siyasî ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)" isimli kitabıdır. İzgi'nin bu kitaptan önce de Uygur hukuku ile alakalı çalışmaları vardır.

Hukukuyla İlgili Uygulamalar", C.LXXV, S.273, 2011, Belleten, s.337-360.; Muhammed Serkan Başar, "İslamiyet Öncesi Eski Türk Hukuku", Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi SBE, Tez No: 387731, 2013, s.80.; Okan Açıl, "Bozkır Kavimlerinde Hukuk Anlayışı (Başlangıcından Uygur Dönemi Sonuna Kadar)", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2016, s.54.

43 Bkz. Ögel, İslamiyetten Önce Türk Kültür Tarihi (Orta Asya Kaynak ve Buluntularına Göre),; Bahaeddin Ögel, Türk Kültür Tarihine Giriş, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1978.; Bahaeddin Ögel, Dünden Bugüne Türk Kültürünün Gelişme Çağları, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2001.

44 İsmet Binark, "Türk Dünyasının En Eski İçtimai Yardım Müessesesi, Vakıflar ve Uygur Türklerinde Vakıf", Yıl.7, S.78, Nisan 1969, Türk Kültürü, s.422-432.

45 Özkan İzgi, "İslâmiyetten Önceki Türklerde Kadın", XI-XII-XIII-XIV, Ankara, 1973-1975, Türk Kültürü Araştırmaları.; Özkan İzgi, "Uygur Alım-Satım Vesikalarında Cezanın Ödendiği Bazı Müessese ve Şahıslar", C.II, 1976, VIII. Türk Tarih Kongresi, Türk Tarih Kurumu, s.799-802.; Özkan İzgi, "Kao-ch'ang Uygurları Hakkında", S.32, Mart 1979, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi.; Özkan İzgi, "Uygurlarda X-XIV. Yüzyıllarda Alım-Satım ve Borç Alıp-Verme Muâmeleleri", Hacettepe Üniversitesi Sosyal ve İdari Bilimler Fakültesi Tarih Bölümü Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.; Özkan İzgi, Kutluk Bilge Kül Kağan Böğü Kağan ve Uygurlar, Ankara, Kültür ve Turizm Bakanlığı, 1986.; Özkan İzgi, Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre), Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1987, Seri:3, Sayı:A.17.; Özkan İzgi, "Uygurlardaki Vergilere Ait Bazı Düşünceler", IX. Türk Tarih Kongresi'nden Ayrıbasım, Ankara Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1988, s.579-585.; Özkan İzgi, "Turfan Uygurları Kültürü Hakkında Bazı Düşünceler", Ankara, 1989, Uluslararası Osmanlı Öncesi Türk Kültürü Kongresi.; Özkan İzgi, "Turfan Uygurlarında Kiralama Vesikaları", X. Türk Tarih Kongresi'nden Ayrıbasım, Ankara Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1991, s.767-771.; Özkan İzgi, Orta Asya Türk tarihi araştırmaları, Hazırlayanlar: Erkin Ekrem, Serhat Küçük, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2017.

46 Çin Elçisi Wang Yen-te'nin Uygur Seyahatnamesi, Çev. Özkan İzgi, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1989.

Mezkûr kitap ise o döneme kadar bulunan Uygur hukuk vesikalarının toplu bir değerlendirmesini yapması açısından öne çıkmaktadır. Kitapta Uygurlara dair genel tarihi malumattan sonra; Uygur hukuk vesikalarının nasıl keşfedildiği, yayınlanma süreci, vesikaların içeriği, yazılış düzeni (taraflar, tarihlendirme, sözleşmenin niçin ve kimler arasında yapıldığı, ödeme zamanı, karşılıklı hakların belirlenmesi, sözleşmenin taraflarının ve şahitlerin imzaları vb.) hakkında genel malumat verilmiştir. Daha sonra bu hukuk vesikalarının içerikleri incelenmiş ve bunlar borç alıp verme vesikaları, kiraya verme ile ilgili vesikalar, alım satım vesikaları şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Kitabın sonunda Uygur hukuk vesikalarından 24 tanesinin tercümesine yer verilmiştir. İzgi'nin çalışmaları Uygur hukuku açısından çok önemli olmakla birlikte, bu çalışmalarda bazı hukuki tavsif hataları da bulunmaktadır. Nitekim Uygur hukuk vesikalarında karşılaşılan ve bugünkü hukukta özel hukuk başlığı altında cezai şarta karşılık gelen bazı uygulamaların, ceza hukuku olarak tavsif edildiği yukarıda zikredilmişti. Yine Uygur hukukunda "oğul satışı" ve "evlatlık" müessesesinin farklı hukuki müesseseler olduğu yukarıda ifade edilmişti. İzgi'nin bir kitabında bu hususta bir tavsif hatası bulunmaktadır.[47] Bununla birlikte İzgi'nin eserleri, Uygur hukuk vesikalarının değerlendirilmesi noktasında önemini muhafaza etmeyi başarmaktadır. Uygurlarda vergilere dair yazdığı makalesinde Ahmet Caferoğlu ve Reşid Rahmeti Arat'ın vergilere dair çalışmalarında hatalar olduğunu, kendisinin bu çalışma ile ortaya konan bu çalışmaları bir adım daha ileri götürmek niyetinde olduğunu ifade etmiştir. Vergileri toprak, hayvan ve mesken vergisi olmak üzere 3 başlık altında incelenmiştir.[48] Yine Uygur hukukuna Çin'in tesiri ile alakalı tartışmaları Türkçede ilk zikredip değerlendiren de kendisidir.[49]

Ahmed Akgündüz 1988'de "Uygur Hukuku" başlıklı bir makale yayınlamıştır.[50] Çalışmada Uygur tarihine dair kısa bir malumatın ardından Uygur hukuk vesikalarından, bunların ortaya çıkış sürecinden ve bunlar üzerine yapılan çalışmalardan bahsedilmiştir. Sonrasında Uygur hukuku, özel hukukla sınırlı olmak üzere tetkik edilmiş ve akitler muhtasar fakat derli toplu biçimde ele alınmıştır. Hukuk vesikalarından iki tanesi de aynen zikredilmiştir. İlginç bir şekilde Uygur hukuku ile alakalı çalışmalarda bu makaleye hemen hemen hiç atıf yapılmamış, bu çalışma adeta unutulmuştur. Bunda Akgündüz ve Halil Cin tarafından kaleme alınan "Türk Hukuk Tarihi" isimli kitabın da etkisi olabilir. Zira bu makale küçük değişikliklerle kitabın alakalı bölümüne alınmıştır.

47 İzgi, Kutluk Bilge Kül Kağan Böğü Kağan ve Uygurlar, s.85 vd.

48 İzgi, "Uygurlardaki Vergilere Ait Bazı Düşünceler", s.579.

49 İzgi, Kutluk Bilge Kül Kağan Böğü Kağan ve Uygurlar, s.73 vd.; İzgi, Turfan Uygurları Kültürü Hakkında Bazı Düşünceler.

50 Akgündüz, s.17-30.

Ayrıca Uygur kamu hukuku da "Kutadgu Bilig" ve "Divânü Lügâti't-Türk"ten istifade ile burada değerlendirilmiştir.[51]

Osman Fikri Sertkaya, çalışmaları ile Uygur hukuk vesikalarının neşrine katkı sağlayan yazarlardandır. 1991 ve 1992'de neşrettiği makaleler ile bazı Uygur hukuk vesikalarını tercüme etmiştir.[52] Sertkaya'nın tüm Uygur hukuk vesikalarını neşretmeye niyet ettiğini İzgi'nin bir makalesinden öğreniyoruz.[53] Fakat bu "*niyet*" maalesef gerçekleşmemiştir.

Harun Güngör, 1992 yılında "Göktürk Kitabeleri ve Uygur Metinlerinin İnsanî Değer ve Hukuk Açısından İncelenmesi" isimli bir makale neşretmiştir.[54] Bu çalışmada Göktürkler ve Uygurlar ayrı ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Göktürklerin anlatıldığı bölümde "*demokrasi*"[55], "*laiklik*"[56] başlıkları altında çok abartılı ifadeler ve anakronik[57] değerlendirmeler mevcuttur. Ayrıca köleliğin kurumsal olarak mevcut olmayışı, kadınla erkeğin hukuk önünde bir farklılığının olmayışı ifadeleri de abartılı ve hatalıdır. Hatta "*kitabelerde kul, cariye gibi terimler kullanılmış olmasına rağmen*"[58] köleliğin kurumsal olarak mevcut olmadığı "*herkesin hür ve serbest olduğu*"[59] iddia edilmiştir. Uygur hukuku ile alakalı olarak da Uygur kamu hukukunun Göktürklerle "*hemen hemen aynı*" olduğu ve insanların "*eşit haklara sahip*" olduğu ifade edilmiştir.[60] Uygurların özel hukukuna dair vesikaların mevcudiyetinden bahsedilmiş fakat bu hususta tafsilata girilmemiş, bütün Uygur özel hukuku yarım sayfada ele alınmıştır. Sonuçta bu kurallarla, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi kurallarının bir mukayesesi yapılmış ve belli hususların aynı olduğu ifade edilmiştir. Makale yeni bir bilgi

---

51 Cin- Akgündüz, s.85 vd. (Kitabın ilk baskısı 1989'da yapılmıştır)

52 Osman Fikri Sertkaya "Uygur para belgeleri (I. Bölüm: Kümüş)", Issledovanie Yazıkovıh Sistem v Sinhronim i Diahronim, K 70-letiyü E. R. Tenişeva, Moskova 1991, s. 114-136. Bu eseri de hâvi yeni baskı için bkz. Osman Fikri Sertkaya- Rysbek Alimov, Eski Türklerde Para, Göktürklerde Uygurlarda Türgişlerde, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2016.; Osman Fikri Sertkaya "Eski Uygur Türklerinden Hukuk Belgeleri Örnekleri", İstanbul 1992, Tarih Boyunca İnsanî Değerler ve İnsan Hakları, s.131-148.; Ayrıca bkz. Sertkaya "Turfan metinleri ve yapılan yayınları. 1. Das uigurische Insadi-Sûtra (Uygurca İnsadi-Sûtra)", s.309-334. Ayrıca bkz. Osman Fikri Sertkaya "Turfanda bulunan Uygur metinleri Türkiye kütüphânelerine nasıl geldi? (I)", XXI/247 (Kasım 1983), Türk Kültürü, s.740 (52)-746 (58).

53 İzgi, "Uygurlardaki Vergilere Ait Bazı Düşünceler", s.579.

54 Harun Güngör, "Göktürk Kitabeleri ve Uygur Metinlerinin İnsanî Değer ve Hukuk Açısından İncelenmesi", İstanbul, 1992, Türk Kültürüne Hizmet Vakfı, s.201-220.

55 Güngör, s.211.

56 Güngör, s.211 vd.

57 Bu makale kapsamında "anakronizm" ile ne kastedildiği hakkında bkz. Sonuç bölümü.

58 Güngör, s.213.

59 Güngör, s.213.

60 Güngör, s.219.

sunmamasının yanı sıra, eldeki malumatın çok az olduğu bir mevzuda kesin, iddialı ve anakronik pek çok şey iddia etmektedir.

Japon Türkolog Nobuo Yamada, 1960'lardan itibaren Uygur hukuk vesikaları üzerinde yayınlar yapmaya başlamıştır. Yamada'nın çalışmalarının bir hülasası olarak nitelendirilebilecek makalesi, Emine Gürsoy Naskali tarafından tercüme edilerek 1993 yılında neşredilmiştir.[61] Bu çalışmada yazar, vesikaların şekli açıdan bir değerlendirmesini yapmıştır. Bu çerçevede Uygurlarda satış mukavelesinin şekilleri sekiz ana başlık olmak üzere on yedi bölümde incelenmiştir. Ana başlıklar tarih, mukavelenin konusu (satan, satın alan, satılan mal, fiyat), ödemenin tasdiki, toprak hudutları, yeni mal sahibinin haklarının açıklanması, akdin ihlaline karşı teminat ve ceza, ek (şahit, imza ve yazar) ve ek beyanlardan ibarettir. Yine makalenin sonunda makalenin yazılmasında esas alınan vesikaların suretleri de bulunmaktadır. Yamada "*netice"* kısmında "*Bu belgelerin yazıldığı bölgedeki yabancı tesirler üzerinde önemle durulmalıdır: bölgenin doğusunda Sung, Yüan, Liao ve Chin gibi hanedanlıklar, batısında ise Karahanlılarla başlamak üzere İslamî devletler hüküm sürmüştür. Bu belgeleri incelerken bu tarihi ortamı hatırdan çıkarmamak gerekir. Bu tarihi ortam içinde en etkin tesirler Çin'den gelmiştir. Elimizdeki malzeme ile aynı tarihlerde kaleme alınmış olmasına rağmen İslamî usule uygun tarzda tertiplenmiş olan Yarkent mukavele belgeleri bizimkinden çok farklıdır, buna karşılık Çin belgeleri ile bizimkiler arasında pek çok müşterek husus vardır: bazı terimler aynı etimolojiye sahiptir, hatta ıstılahlar arasında bile benzerlikler vardır.*"[62] diyerek Uygur hukuk vesikalarına Çin tesirine değinmiş, bunun mukayesesini ayrıca ele alma niyetini de ifade etmiştir.[63]

Esra Yakut, 2002 yılında "Eski Türklerde Hukuk" isimli bir makale neşretmiştir.[64] Adeta bir Türk hukuk tarihi kitabının "İslamiyet öncesi Türk hukuku" bölümünü oluşturur nitelikte kurgulanan bu makalede, genel olarak eski Türk hukuku incelenmiştir. Bu çerçevede, İslamiyet öncesi Türk devletleri tek tek ele alınmış, bu devletlerin hukuku "kamu hukuku" ve "özel hukuk" başlıkları altında incelenmiştir. Makalede Uygur hukuku da aynı ayrımla incelenmiş, bu incelemede Uygur hukuk vesikalarından örnekler verilmiştir. Nitekim bu makale, çok küçük birkaç cümle değişikliği ile Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi için hazırlanan Hukuk Tarihi ders kitabında kitap bölümü olarak neşredilmiştir.[65]

---

61 Yamada, "Uygur Satış Mukavelesi Belgelerinin Şekilleri", s.195-234.

62 Yamada, "Uygur Satış Mukavelesi Belgelerinin Şekilleri", s.226 vd.

63 Yamada, "Uygur Satış Mukavelesi Belgelerinin Şekilleri", s.227.

64 Esra Yakut, "Eski Türklerde Hukuk", C.1, S.3, Anadolu Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, s.401-426.

65 Esra Yakut, "Eski Türk Hukuku", Hukuk Tarihi, Fethi Gedikli (Ed.), Açıköğretim Fakültesi Yayınları, Eskişehir, 2019, s.54-77.

Uygur hukuku üzerine yaptığı çalışmaları ile zikredilmesi gereken bir başka yazar da Ayşe Melek Özyetgin'dir.[66] Özyetgin, bu konuda ilk olarak 2004 yılında "Eski Türk Vergi Terimleri" isimli kitabını neşretmiştir.[67] Üç bölümden müteşekkil kitap, ilk bölümde eski Türk vergi düzenini ele almıştır. Burada Uygur hukuk vesikaları üzerine yapılan çalışmalar da değerlendirilmiştir. İkinci bölüm Türk vergi terimlerini ele almış ve bunları kendi içinde tasnif etmiştir. Son bölüm ise vergi hukukuna dair malumat içeren kırk dört Uygur hukuk vesikasının yazı çevrimi ve tercümesinden müteşekkildir.[68] Özyetgin'in bir başka çalışması 2011 yılında neşredilen "Turfan Uygurlarında Ceza Hukukuyla İlgili Uygulamalar" makalesidir. Bu makalede Uygur hukuk vesikalarının serüvenine kısaca değinildikten sonra çeşitli "ceza hukuku" uygulamaları anlatılmıştır. Önce Uygur Devleti'ndeki ceza çeşitleri sıralanmış sonra her birine örnekler verilmiştir. Fakat bu makalede de yukarıda zikredilen hukuki tasnif hatası tekrarlanmıştır. Zira her ne kadar makalenin başlığı ceza hukuku ise de makalede verilen örneklerin çoğunluğu özel hukuka dair cezai şart kapsamında değerlendirilmelidir. Zira burada taraflar sözleşmeye uymadıkları zaman ödeyecekleri cezai şartı belirlemektedirler ki bu durum bir özel hukuk uygulamasıdır. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere bu tatbikatın bir özel hukuk müessesesi olduğu Ayiter, Yamada ve Akgündüz tarafından isabetle ifade edilmiştir. Bununla birlikte makalede "verilen örneklerin çoğunluğu" dememizden de anlaşılacağı üzere gerçekten ceza hukuku uygulaması diyebileceğimiz örnekler de mevcuttur.

Özyetgin'in Uygur hukuku ile alakalı son çalışması ise "İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku" isimli kitabıdır.[69] Kitap üç bölümden müteşekkildir. Birinci bölüm "Uygurlarda Toprak Hukuku" başlığını taşımakta olup, burada Uygur toprak hukukuna dair umumi malumat verilmiştir. İkinci bölüm "Uygurlarda Toprakla İlgili Sözleşmeler" başlığını taşımakta olup, burada sözleşmeler konularına göre tasnif edilip incelenmiştir. Son bölüm ise "Uygur Sözleşme Metinleri" başlığını taşımaktadır. Burada "toprak hukukunu" ilgilendiren ve kitapta inceleme konusu yapılan kırk bir belgenin yazı çevrimleri ve tercümeleri bulunmaktadır. Bu kitapta da bazı hukuki değerlendirme hataları bulunmaktadır. İlk olarak cezai şart, önceki makalede olduğu

---

66 Ayşe Melek Özyetgin, Eski Türk Vergi Terimleri, KÖKSAV, Ankara, 2004.; Ayşe Melek Özyetgin, "Eski Türklerde ödeme Araçları: Kağıt Para Çav'ın Kullanımı", C.1, S.1, 2004, Modern Türklük Araştırmaları Dergisi, s.90-105.; Özyetgin, "Turfan Uygurlarında Ceza Hukukuyla İlgili Uygulamalar", s.337-360.; Ayşe Melek Özyetgin, İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2014.

67 Özyetgin, Eski Türk Vergi Terimleri,

68 Keskin, bu sayıyı hataen 27 olarak ifade etmiştir. Keskin, "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı", s.71.

69 Bu kitapla alakalı bir değerlendirme yazısı için bkz. Melike Uçar, "Melek Özyetgin'in "İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku" Adlı Eserine Dair", S.3/2, 2014, Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi, s.318-331.

gibi yine ceza hukuku başlığı altında ele alınmıştır.[70] Yine bazı Uygur hukuk vesikalarında sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle devlete (devlet adına devlet görevlilerine) ödenecek bir paradan bahsedilmektedir. Bu durum Özyetgin tarafından "*cezalandırmanın devlet tekelinde olduğu*"[71] şeklinde yorumlanmıştır ki, bu vesikalardaki kayıtlardan cezalandırmanın devlet tekelinde olduğu sonucu çıkarılamaz. Öncelikle bunların ceza hukuku uygulaması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmalıdır. Bunlar, birer ceza hukuku uygulaması olarak kabul edilse buradan da cezalandırma yetkisinin devletin tekelinde olması sonucu çıkmamaktadır. Sadece belirli durumlarda devlete böyle bir cezanın ödendiği sonucu çıkmaktadır. Nihayet Karahanlı devrine ait arazi satım senetleri ile alakalı hukuki değerlendirmeler, fahiş bir hatanın tekrarıdır. Bu husus kitapta şöyle ifade edilmiştir: "*Bir İslam devleti olan ve İslamiyeti kabul eden ilk Türk devleti vasfını taşıyan Karahanlılara ait 1080 ve 1090 tarihli tarla satım senetleri, bu dönemin mevcut en eski belgeleri olarak kabul edilmektedir. Bu satım senetlerinin İslam döneminde hazırlanmış olmakla birlikte şekil ve içerik bakımından Uygur toprak satım sözleşmeleriyle büyük bir uygunluk içinde olması ilgi çekicidir. Bu belgeler üzerinde ilk çalışanlardan olan Şinasi Tekin, Karahanlı tarla satım sözleşmelerinin Uygur satım sözleşmeleri ile olan benzerliğine vurgu yapmıştır. Şinasi Tekin'in de yazısında belirttiği gibi İslam hukukunda mülkiyet hakkı (özel mülkiyet) meselesinin farklı olması ve istisnalar dışında mevcut tüm toprakların mirî sayılması hususu göz önünde tutulduğunda, bir İslam devleti olan Karahanlıların en azından ilk dönemleri için bu uygulamanın geçerli olmadığını anlıyoruz. Yani söz konusu satım sözleşmelerine göre Karahanlı devletinde kişilerin, Uygurlarda olduğu gibi toprak sahibi olarak arazilerini alma-satma hakkına sahip olduğunu görüyoruz. Öte taraftan sözleşmelerde geçen İslam hukuku ile ilgili terminoloji de dikkati çekiyor. Konuyla ilgili bu dönemden kalan başka belge olmadığı için Karahanlılardaki toprak hukukunun tüm özelliklerini tespit etmek güçtür.*"[72] Görüldüğü üzere burada; Karahanlılar devrine ait vesikalardan toprak üzerinde özel mülkiyetin söz konusu olduğu, hâlbuki İslam hukukunda istisnalar haricinde tüm toprakların miri sayılması gerektiği, buradan yola çıkılarak en azından da ilk dönemler açısından İslam devleti olan Karahanlı devletinde bu hususta İslam hukukuna aykırı olmasına rağmen eski Türk geleneklerinin yaşatıldığı iddia edilmiştir. Bu iddia, ilk kez Şinasi Tekin tarafından 1975 yılında Karahanlılardan kalan tarla satış senetlerinin tercümesinin de neşredildiği makalede zikredilmiştir.[73] Nitekim Tekin, makalesinde bu hususu "*İslam hukukuna göre (Hanefi), fethedilen ülkeler-bazı özel durumlar bir yana bırakılacak olursa-mirî*

[70] Özyetgin, İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku, s.41, s.42, s.90, s.97.

[71] Özyetgin, İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku, s.102.

[72] Özyetgin, İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku, s.50.

[73] Şinasi Tekin, "Uygur Harfleri İle Yazılmış Karahanlılar Devrine Ait Tarla Satış Senetleri", 1975, Selçuklu Araştırmaları Dergisi, s.157-186.

sayıldığından, kişiler arasında tarla alım- satımının bahis konusu edilmemesi gerekir. Fakat bazı şartlar altında hiç olmazsa tasarruf hakkının başkasına devri bahis konusu olduğu zaman Kaşgar'da olduğu gibi ayrıntılı, şahitli senet düzülmesine lüzum yoktur. İşte elimizdeki bu belgeler bu anlayışın Türkistan'da böyle olmadığını gösteriyor; öyleyse Batı Türkistan'da yerli «örf» ve «adetler» hâlâ canlı tutuluyordu…"[74] şeklinde ifade etmiştir. Burada Karahanlı Devleti'nin bu konuda en azından ilk dönemler açısından İslam hukukuna aykırı olan yerli örf ve adetleri canlı tuttuğu iddiası, İslam hukukuna göre "araziler üzerinde özel şahısların mülkiyet hakkının bulunmadığı" malumatı üzerine kurulmuştur ki bu doğru değildir. İslam hukukunda araziler üzerinde özel mülkiyet mümkündür. Çalışmada – bazı özel durumlar bir yana bırakılacak olursa- ifadesi de malumatı doğru hale getirmemektedir. Zira İslam hukukuna göre mirî arazinin istisnai nitelikte olduğu bile söylenebilir. Mirî arazi ile alakalı tartışmalar bu çalışmanın kapsamını aştığı için biz burada konunun ayrıntısına girmeyeceğiz. Fakat konu ile alakalı çok temel bir kaç kaynağın (mesela Diyanet *İslam Ansiklopedisi*ndeki maddelerin) okunması bile yukarıdaki iddianın temelsizliğini ortaya koymaya kâfidir. Burada Tekin tarafından ifade edilen "*tasarruf hakkının başkasına devri bahis konusu olduğu zaman Kaşgar'da olduğu gibi ayrıntılı, şahitli senet düzülmesine lüzum yoktur.*" ifadesi de bir mantıki tutarsızlık ifade etmektedir. Zira bu dönemde, bu bölgede en basit bir karz muamelesi için bile bu nitelikte senetler düzenleniyorken, bundan hem şahıslar hem devlet açısından çok daha önemli olan, arazideki tasarruf hakkının devri için senet düzenlenmesinde garipsenecek bir durum yoktur. Yine Uygur vesikaları ile bunlar arasındaki şekli benzerlik ayrıca ele alınması gereken önemli bir mesele olmakla birlikte, bu iddiaya delil olarak gösterilemez. Neticede Türkçe literatürde ilk kez Tekin tarafından 1975 yılında ifade edilen hukuki değerlendirme hatası, Özyetgin tarafından da tekrarlanmıştır. Bununla birlikte Özyetgin'in eserleri, Uygur hukuk vesikalarının değerlendirilmesi noktasında önemli vazifeler icra etmeye devam etmektedir.

Abdullah Şen, 2004 yılında Türk dili anabilim dalında "Uigurische Sprachdenkmaler'den Seçme Uygur Hukuk Belgeleri" isimli yüksek lisans tezi ile Radloff'a ait mezkûr eserdeki yüz üç Uygur hukuk vesikasının yazı çevrimini ve tercümesini yapmıştır.[75] İncelemede öncelikle metin verilmiş, ardından metnin Türkçe ve Almanca tercümesi yazılmış ve metnin imla özellikleri incelenmiştir. Çalışma, dil üzerine odaklanmış ve hemen hemen hiçbir hukuki değerlendirme yapmamıştır. Bununla birlikte Radloff'un kitabındaki hukukla alakalı tüm vesikaların Türkçeye kazandırılması ve topluca zikredilmesi

[74] Tekin, s.159.

[75] Abdullah Şen, "Uigurische Sprachdenkmaler'den Seçme Uygur Hukuk Belgeleri", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2004, Tez No: 14609.

açısından Uygur hukuku üzerine çalışacaklar açısından önemli bir kaynak niteliğindedir.

Fethi Gedikli, 2005 yılında, eğitim fakülteleri ve genel okuyucu kitlesi için kaynak eser olması amacıyla hazırlanan "Türk Tarihi ve Kültürü" isimli kitapta "Türklerde Hukuk" başlığını kaleme almıştır.[76] Kitabın amacı gereği burada Türk hukuk tarihi özetlenmiş, Uygur hukuk vesikalarının mevcudiyetine ve önemine de atıf yapılmakla iktifa edilmiştir. Gedikli tarafından İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi için hazırlanmış olan "Hukuk Dili ve Adli Yazışmalar" isimli ders kitabı, Uygur hukuk tarihine, Uygur hukuk vesikalarının serüvenine dair muhtasar fakat derli toplu malumat ihtiva etmektedir.[77] Bu malumattan sonra birkaç hukuk vesikası, o dönemki hukuk dili hakkında fikir vermesi açısından zikredilmiştir.

Zekiye Genç tarafından 2009 yılında tarih anabilim dalında "Uygurlarda Kadın" isimli bir yüksek lisans tezi hazırlanmıştır.[78] Yazar, tezde Uygurlarda kadının durumunu ele almış ve pek çok farklı açıdan bir değerlendirme yapmıştır. Bu değerlendirmelerden bazıları da kadının hukuki durumuna dairdir. Burada dikkat çeken husus ise malumatın hemen hemen tamamının ikinci el kaynaklardan alınması ve eldeki hukuki vesikaların neredeyse hiç kullanılmamasıdır. Buna rağmen yazar, kadınların hukuki durumuna dair iddialı genellemeler yapmaktan çekinmemiştir. Tezde karşılaşılan hukuki değerlendirme hatalarından bazıları üzerinde durmak gerekir. Örneğin "kalın" İslam hukukundaki "mehir"in karşılığı olarak gösterilmiştir[79] ki mehir ile kalın arasında ciddi hukuki farklılıklar mevcuttur. Yine "*Uygur toplumunda sınıf ayrımının olmadığı*" iddia edilmiştir.[80] Fakat devamında köleliğin mevcudiyetinden bahsedilmiştir. Kölelerin sahiplerinin izni olmadan evlenebileceği ve böyle bir evliliğe sahiplerinin "*kızmadığı*" ifade edilmiştir.[81] Fakat eldeki bir belgeden[82] bu sonuç çıkarılamamaktadır. Sadece o olaya has olmak üzere kölelerin sahiplerinin evliliği bozmadıkları söylenebilir ki buradan sahiplerin bu evliliği bozma salahiyetleri olduğu da anlaşılır.

Hasan Güzel, 2013 yılında Türk dili anabilim dalından "Eski Uygur Sivil Belgelerinde İktisat Terimleri" isimli bir yüksek lisans tezi

---

76 Fethi Gedikli, "Türklerde Hukuk", Editör: Cemil Öztürk, Pegem Akademi, Ankara, 2005, Türk Tarihi ve Kültürü, s.223-239.

77 Fethi Gedikli, Hukuk Dili Adli ve Adli Yazışmalar, İstanbul Üniversitesi UZEM, 2019.

78 Zekiye Genç, "Uygurlarda Kadın", Yüksek Lisans Tezi, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi SBE, 2009.

79 Genç, s.48.

80 Genç, s.82.

81 Genç, s.83.

82 Bkz. Genç, s.83.

hazırlamıştır.[83] Çalışmada ilk olarak Uygur hukuk vesikalarının ortaya çıkışı hakkında malumat verilip, vesikalar üzerine yapılan başlıca çalışmalar zikredilmiştir. Ardından vesikaların şekli özellikleri, düzenlenme biçimleri ve belge türleri muhtasaran izah edilmiştir. Son bölümde ise yazar, hukuk terimlerini "Ticaret Hukuku Terimleri" başlığı altında ekseriyetle İzgi'nin çalışmasından istifade ederek dil açısından değerlendirmiştir.[84] Tetkik edilen terimler çerçevesinde bu bölümün başlığının "Borçlar Hukuku Terimleri" olması daha isabetli görünmektedir.

Muhammed Serkan Başar tarafından 2013 yılında tarih anabilim dalında "İslamiyet Öncesi Eski Türk Hukuku" başlıklı bir yüksek lisans tezi hazırlanmıştır. Bu çalışmada da bir "iddialı iyimser genellemecilik" havası hakimdir. Öncelikle tezdeki cümlelerde pek çok anlatım bozukluğu, yazım hataları dikkati çekmektedir. Çalışma kaynağın çok az olduğu çok geniş bir dönemi ve sahayı kapsamaktadır. Bununla birlikte hiçbir özgünlüğü bulunmayan çok iddialı ifadeler kullanılmış, üstelik bu ifadelerin delilleri de zikredilmemiştir. Hemen her konuya temas edilmiş fakat birkaç kişiye atıfla mesele hakkındaki tartışmaların varlığına bile değinmeden konu kapatılmıştır. Ayrıca literatür tam olarak taranmamış ve çok sayıda hukuki değerlendirme hatası yapılmıştır. Yapılan değerlendirmelerin hangi dönem, hangi eski Türk devleti için yapıldığı (bazı yerlerde) tasrih edilmemiştir. Yazar "Önsöz" kısmında "*Türk Hukuk Tarihi ile ilgili kaynaklarda, İslamiyet öncesi Türk devletlerinin hukuk anlayışı her fırsatta ifade edilmesine rağmen, konu ile ilgili olarak yüzeysel bilgiler verilmiştir. Biz bu çalışmamızda tarihi bakımdan çok önemli olan, günümüz Türk Hukukunun temelini teşkil eden, üzerinde pek fazla durulmamış olan "İslamiyet Öncesi Eski Türk Devletlerinin Hukuku" anlayışı hakkında bir Yüksek Lisans tezi hazırlayarak faydalı olmaya çalıştık.*"[85] demekte ve bu konuda "yüzeysel bilgi" verilmesini eleştirmektedir. Yine "*günümüze kadar varlığını sürdürebilmiş, elimizde bulunan en eski Hukuk belgeleri Uygurlara aittir. Bunlar, yazılı kanun metinleri niteliğinde olmayıp, fertlerin kendi aralarında yaptıkları anlaşmaları ya da bireylerin devletle olan ilişkilerini içeren yazılı akidler biçimindedir. Tezimizin ikinci bölümünde bu konular ayrıntılı olarak açıklanmıştır.*"[86] demektedir. Fakat çalışmada yayınlanmış yüzlerce Uygur hukuk vesikasından sadece bir tanesine atıf yapılmış ve özel hukuk kısmı iki buçuk sayfada genel geçer ifadelerde özetlenmiştir. Vesikaları yayınlayanlardan bazılarına atıf bile bulunmamaktadır. Yine çalışmada birkaç yerde Uygur hukukunda gözaltı süresinin on günden fazla olmadığı ifade edilmiş[87], fakat bu

[83] Hasan Güzel, "Eski Uygur Sivil Belgelerinde İktisat Terimleri", Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2013.

[84] Güzel, s.181 vd.

[85] Başar, s.iv.

[86] Başar, s.4.

[87] Başar, s.vii, s.68, s.97.

malumatın kaynağına dair bir atıf yapılmamıştır. Ayrıca eski Türk hukukuyla Osmanlı örfi hukuku arasında bağlantı kurulmuş ve çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Fakat örfi hukuk ile alakalı değerlendirme yaparken örfi hukuk literatürü hemen hemen hiç taranmamış ve haliyle pek çok hatalı değerlendirme yapılmıştır. Bunlara rağmen "*İslamiyet Öncesi Eski Türkler, yargıda eşitliği temel alan, hızlı işleyen, herkesin kolayca anlayabileceği, adil bir hukuksal düzen kurmuşlardır.*"[88] gibi iddialı genellemeler yapmaktan da çekinilmemiştir.

Yasemin Toros Kurtoğlu tarafından 2015 yılında kamu hukuku anabilim dalında "Eski Orta Asya Türk Devletlerinde Aile Hukuku" isimli bir yüksek lisans tezi hazırlanmıştır.[89] Çalışmada aile kavramı, aile birliğinin kurulması ve aile birliğinin sona ermesi üç ana başlığı oluşturmuştur. Bu çalışmada Uygur hukukundaki evlatlık, çocuk satışı, evlat rehni, levirat gibi aile hukuku ile alakalı diğer meselelere de temas edilmiştir. Öncelikle çalışma, kaynakların çok az olduğu çok geniş bir tarihi dönemi ve geniş bir coğrafyayı konu almıştır. Dolayısıyla meseleler hakkında derinlikli bir değerlendirme mümkün olmamıştır. Bu noktada şu ifade edilmelidir ki, aile hukuku diğer hukuk dallarına göre örf adete daha fazla dayanmaktadır. Bu sebeple devletler değişse bile örf-adet fazla değişmediğinden aile hukukunun da daha az değiştiği söylenebilir. Bununla birlikte binlerce yıllık bir süreç ve geniş bir coğrafya içinde aile hukukunun da hiç değişmediğini söylemek makul değildir. Mesela "levirat" İslamiyet öncesi Türk hukukunda rastlanan ve hakkında nispeten fazlaca malumat sahibi olunan bir müessesedir. Bununla birlikte bu müessesenin Kutluklarda "*hiç görülmediği, çünkü kocası ölen kadınların tekrar evlenmelerinin yasak olduğu*" çalışmada ifade edilmiştir.[90] Çalışma aile hukuku başlığını taşısa da hukuki bir üslup ve değerlendirme yerine hikâyevi bir üslup kullanılmıştır. Alt başlığa çok az yer verilmesi de farklı hukuki müesseselerin rahat anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Yazar Uygur hukuk vesikalarının aile hukuku açısından da çok önemli bilgiler ihtiva ettiğini ve kaynak noktasında önemli bir eksiği doldurduğunu ifade etmesine rağmen vesikaları neşreden yazarların bir kısmına atıf yapmamış ve bu vesikalarda yer alan aile hukuku ile alakalı meseleler yeterince tartışılmamıştır. Halbuki eldeki en somut delil bu kaynaklardır. Çalışmada bazı hukuki değerlendirme hataları da mevcuttur. Mesela yazar "*şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki, kalın Genel Hukuk Tarihi itibarıyla ortaya çıkmış çeşitli evlenme biçimlerinden Satış Evliliği'nin sonraki yüzyıllarda eski Orta – Asya Türk toplumlarında aldığı biçimdir. Bu uygulama daha sonra İslam Hukuku'nu da etkileyecek, 'mehir' evliliğin temel şartlarından birini oluşturacaktır.*"[91]

---

88 Başar, s.iv.

89 Yasemin Toros Kurtoğlu, "Eski Orta Asya Türk Devletlerinde Aile Hukuku", Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi SBE, 2015.

90 Kurtoğlu, s.74.

91 Kurtoğlu, s.91.

demektedir. Burada öncelikle İslam hukukunda birincil kaynaklarla ve en ayrıntılı düzenlenen sahalardan birisi olan aile hukukunun eski Türk hukukundan etkilendiği iddiası hatalıdır. Ayrıca "mehir" kadının satış bedeli olmadığı gibi evliliğin de şartı değil sonucudur. Nitekim nikahta mehir konuşulmasa bile kadın mehre hak kazanır. Yine yazar "*çocuk satışı*" müessesesinin sonradan Türk hukukuna girdiğini ve bunun evlatlık perdesi altına gizlendiğini İnan'a atıfla zikretmiştir.[92] Fakat bu müessesenin sonradan Türk hukukuna girdiğine dair herhangi bir delil gösterilmemiş, ayrıca bir müessesenin sonradan başka bir hukuk sistemine girmesinin ne anlam ifade ettiği ile alakalı herhangi bir değerlendirme de yapmamıştır. Çocuk satışının evlatlık perdesine ardına gizlendiği iddiası da hatalı olup yukarıda ele alındığı için burada tekrar izahat yapılmamıştır. Son olarak ifade edilmesi gereken önemli bir nokta da genel bir problem olarak yukarıda zikredilen "iddialı iyimser genellemecilik havası" hakimiyetidir. Bu hava anakronik değerlendirmeleri de beraberinde getirmiş ve çalışmada çelişkili ifadelere de sebebiyet vermiştir. Bu husus özellikle "*eşitlik*" ve "*kadın hakları*" özelinde ortaya çıkmaktadır. Yazar pek çok yerde anakronik bir yaklaşımla çok kesin değerlendirmeler yapmış ve kendi içinde de çelişkiye düşmüştür. Bu ifadelerden bazılarını zikretmek gerekirse, "*Eski Türklerde, kız ve erkek çocukların evlenmek istedikleri kişileri ailelerinin herhangi bir baskısı olmadan, kendi istekleri doğrultusunda seçme hakkına kesinlikle sahip oldukları görülmektedir.*"[93], "*kız çocuğunun, rızası dışında evlenmeye hiçbir şekilde zorlanmadığı görülmektedir.*"[94] Denmiş, ardından velilerin "*çocuklarını istedikleri yaşta evlendirebilme*"[95] hakkından bahsedilmiştir. Yine kadın-erkek eşitliği meselesinde pek çok iddialı genelleme yapılmış, fakat bazı bölümlerde kadınların (birinci veya ikinci eş olma durumuna göre) kendi arasında bile eşit olmadığı ve mutlak itaat etme yükümlülüğü altında bulunduğu ifade edilmiştir.[96] Leviratın bazı hallerde zorunlu görüldüğü ve bunun "*kadınların hak ve özgürlüklerini büyük ölçüde sınırladığı*"[97] sonucuna varılmıştır. Yine "*çağdaşı pek çok ulusun, Türklerin kadınlara verdiği değerin yanına bile yaklaşamadıkları*"[98], "*özellikle aile yapısı içinde bireylerin özgür ve birbirine eşit kılındıkları bir düzenin yaratılması ve kadına çağdaşı hiçbir toplumda görülmeyecek derecede hakların tanınmış olması*"[99] da hangi devir için bile söylendiği anlaşılamayan ve su götürür ifadelerdir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Son olarak "*göçebe oldukları halde, bazı etkenlerle yerleşik*

92 Kurtoğlu, s.33.

93 Kurtoğlu, s.36.

94 Kurtoğlu, s.90.

95 Kurtoğlu, s.41.

96 Kurtoğlu, s.71.

97 Kurtoğlu, s.83.

98 Kurtoğlu, s.85.

99 Kurtoğlu, s.92.

hayata da çok yakın bir çizgiye ulaşmış bulunan Türk kavimlerinin pek çok alanda oldukça modern bir hukuk anlayışını benimsedikleri kesindir"[100] ifadesi "*göçebeliği medeniyetin bir derecesi gibi telakki eden eski sosyolagların*"[101] iddialarını kabul etmiş görünmektedir ve Arsal'ın girişte aynen zikrettiğimiz eleştirilerine muhataptır.

Okan Açıl tarafından 2016 yılında tarih anabilim dalında "Bozkır Kavimlerinde Hukuk Anlayışı (Başlangıcından Uygur Dönemi Sonuna Kadar)" isimli bir yüksek lisans tezi hazırlanmıştır.[102] Çalışma kaynakların çok az olduğu çok geniş bir dönemi (Hunlar, İskitler, Göktürkler, Uygurlar) konu almıştır. Dolayısıyla bunlar hakkında derinlikli bir değerlendirme mümkün olmamış, bu devletlerin hukukları hakkındaki genel geçer malumat tekrar edilmiştir. Yine çalışmada genel bir problem olarak yukarıda zikredilen "iddialı iyimser genellemecilik havası" hakimdir. Mesela sonuç kısmında yer alan "*hak ve kurallar oluşturulurken insanlar arasında ırka, cinsiyete, refah durumuna, dine ve diğer akla gelebilecek herhangi bir unsura göre ayrılmamışlardır. Kanun karşısında herkes eşit görülmüştür. Dönemin, yaşanılan coğrafyanın ve yaşayan insan unsurunun ihtiyaçlarına göre değişip, gelişebilen bu kurallar sayesinde bozkırlarda insanlar ve devletler, demokratik bir hava içerisinde, hem kamu hukukuna hem de özel hukuka çağdaş diyebileceğimiz bir anlayış çerçevesinde sahip olmuşlardır.*"[103] ifadeleri, bu durumu güzel şekilde göstermektedir. Hâlbuki dönemin şartları gereği kölelik müessesesi caridir, bugünkü eşitlik/demokrasi vb. düşünceleri o günün değerleri içerisinde aramak da bir anakronizm örneğidir. Dolayısıyla genel problem yüzeysellik ve genelleyici iyimser yaklaşımdır. Ayrıca çalışmada hukuki tavsif hataları da mevcuttur. Mesela cezai şart -malum hatanın tekrarı mahiyetinde- ceza hukuku başlığı altında zikredilmiştir.[104] Yine Özyetgin'e atıfla, "*Bu metinler o dönemde cezalandırmanın devlet tekelinde olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.*"[105] denmiştir ki, daha önce de ifade edildiği üzere bu metinlerden böyle bir mana çıkarılamayacağı açıktır. Ayrıca çalışmada Uygur hukuk vesikalarının çok azı kullanılmış, vesikaların transkripsiyon ve tercümelerini yayınlayan bazı yazarlara atıf da yapılmamıştır. Öte yandan, Açıl tarafından aynı yıl "*Eski Bozkır Devlet ve Toplum Hayatında Kadının Konumu*" isimli bir makale de neşredilmiştir.[106] Burada Uygurlar makalenin kapsamı dışında tutulmuştur. Fakat yukarıdaki genel yaklaşım ve problemler bu çalışmada da aynıdır.

---

100 Kurtoğlu, s.92.

101 Arsal, "Türk Hukuku Tarihi", s.821.

102 Okan Açıl, "Bozkır Kavimlerinde Hukuk Anlayışı (Başlangıcından Uygur Dönemi Sonuna Kadar)", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2016.

103 Açıl, "Bozkır Kavimlerinde", s.134.

104 Açıl, "Bozkır Kavimlerinde", s.54.

105 Açıl, "Bozkır Kavimlerinde", s.57.

106 Okan Açıl, "Eski Bozkır Devlet ve Toplum Hayatında Kadının Konumu", S.6, 2016, Cappadocia Journal of History and Social Sciences,.

Ali Ahmetbeyoğlu tarafından İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi için "Uygurlar" isimli bir ders notu neşredilmiştir.[107] Bu çalışmada Uygur hukukuna dair genel geçer, kısa malumat zikredilmiştir. Bununla birlikte burada da çok kesin ve genelleyici ifadeler kullanılmıştır. Nitekim bu genelleyici ve kesin ifadelerin pek çoğu da gerçeği yansıtmamaktadır. Mesela "12.2.3 Hukuk" başlığı altında ele geçen Uygur hukuk vesikalarının "*diğer topluluklarda olmayıp ama Türklerde var olan hürriyeti gösterdiği*" iddia edilmiştir.[108] Hâlbuki bu vesikaların ekserisi özel hukuka dair anlaşmalardan müteşekkildir. Tarih boyunca insanlar birbiri ile ticari münasebetler kurmuşlardır. Bunun da "*hürriyeti gösterdiği*" hele hele "*diğer topluluklarda olmayıp ama Türklerde var olan hürriyeti gösterdiği*" iddiası ile bir alakası yoktur. Yine Uygur hukukunun çağdaşı devletlerin hukuku ile bir mukayesesi henüz yapılmamıştır. Ayrıca –daha önce ifade edildiği üzere- bu vesikalar üzerindeki Çin etkisi bile yeterince tartışılmış değildir. Hal böyleyken bu ifade çok abartılı bir değerlendirmedir. Yine mesela "12.2.4 Töre" başlığı altında "*bununla beraber törenin anayasa hükmünde değişmez prensipleri vardı. Törenin değişmez prensipleri ise; adalet, iyilik, faydalılık, eşitlik ve insanlık olarak*" sıralanmıştır.[109] Hâlbuki bugün elimize ulaşan malumatla bu prensiplerden bazılarına ulaşmak mümkün değildir. Özellikle "*eşitlik ve insanlık*" prensipleri bugünkü hukuk anlayışının bir tezahürü olma iddiasındadır. Bu prensipleri geçmişte aramak da bir anakronizm örneği olarak görülebilir.

Berker Keskin, son dönemde Uygur hukuku ve hukuk vesikaları üzerine önemli çalışmalar yapmıştır. Uygur hukuk vesikaları ile alakalı olarak 2020 yılında Türk dili anabilim dalında hazırlamış olduğu "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri ve Söz Varlığı" isimli doktora tezi bu çalışmaların en önemlisidir.[110] Çalışma, öncelikle bir dil araştırmasıdır ve "*erişilebilir durumda olan tüm Eski Uygur hukuk belgelerinin bir araya getirilmesini*" amaçlamıştır.[111] Çalışmada "*Almanya, Rusya, Japonya, Finlandiya, Türkiye, İngiltere ve Çin'de muhafaza edilen ve orijinali ya da tıpkıbasımı görülebilen tüm belgeler transkripsiyonlanmış, Türkiye Türkçesine aktarılmış ve söz varlığı ile birlikte dizin*" hazırlanmıştır.[112] Bu çerçevede toplamda beş yüz otuz sekiz metin incelenmiştir. Bu metinlerden bazıları şimdiye kadar hiç tetkik edilmemiştir, bazıları ise ilk kez Türkçeye aktarılmıştır. Tezin ikinci bölümü Uygur hukuk sistemine, üçüncü bölümü ise Uygur hukuk vesikaları çalışmalarının tarihine hasredilmiştir. Çalışma, Türk dili sahasında yapılmış olmakla birlikte, hukuk vesikalarını (hukuki açıdan) derli toplu biçimde

[107] Ali Ahmetbeyoğlu, Uygurlar, İstanbul Üniversitesi UZEM, t.y.

[108] Ahmetbeyoğlu, s.194.

[109] Ahmetbeyoğlu, s.194.

[110] Keskin, "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı".

[111] Keskin, "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı", s.iii.

[112] Keskin, "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı", s.2.

değerlendirmiştir.[113] Bu çalışma ile şu anda elde bulunan Uygur hukuk vesikalarının Türkçeye tercümesi tamamlanmış olup, araştırmacılar için önemli bir malzeme hazırlanmıştır. Ayrıca Keskin'in hukuk vesikaları ile alakalı başka çalışmaları da bulunmaktadır.[114]

Ayten Akcan tarafından 2021 yılında tarih anabilim dalında "Bozkır Kavimlerinde Devlet Yönetimi (Başlangıçtan Uygur Dönemi Sonuna Kadar)" isimli bir doktora tezi hazırlanmıştır.[115] Çalışmada bir bölüm hukuka ayrılmıştır. Fakat buradaki malumat çok sathidir. Çok geniş bir dönem konu olarak alınmış ve bütün bunlar için tek bir hukuk nizamı varmış gibi genel geçer ifadeler kullanılmıştır. Uygur hukuk vesikalarından sadece birkaçına atıf yapılmıştır. Ayrıca bazı hukuki değerlendirmelerde anakronik sıkıntılar göze çarpmaktadır. Mesela "*kurultayların hukuk devleti anlayışına bir örnek teşkil ettiği*" ifade edilmiş fakat kurultayların mevcudiyetinin modern bir kavram olan "hukuk devleti"ne nasıl iyi bir örnek teşkil ettiği veya "hukuk devleti" ile neyin kastedildiği ile alakalı herhangi bir izahat yapılmamıştır.[116]

Yasemin Geçerler Ceylan, 2021 yılında Türk dili anabilim dalında "Eski Uygurcada Medeni Hukuk Terimleri" isimli bir doktora tezi hazırlamıştır.[117] Çalışma iki bölümden müteşekkil olup ilk bölüm "*Eski Türklerde Hukuk ve Adalet Anlayışı*", ikinci bölüm ise "*Uygur Sivil Belgelerinden Hareketle Eski Uygurcada Medeni Hukuk Terimleri*" başlığını taşımaktadır. İlk bölümde Uygur hukuk vesikaları ile alakalı hukuki değerlendirmeler yapılmış, ikinci bölümde ise bu vesikalardaki "medeni hukuk terimleri" dil açısından tetkik edilmiştir. Çalışmada hukuki değerlendirmelerin yapıldığı ilk bölümde hem fahiş hukuki değerlendirme hataları hem de tasnif hataları bulunmaktadır. Ayrıca bilimsel üslup ve atıf kullanımında ciddi problemler vardır. Tez içerisinde çelişkili ifadeler, çok sayıda delilsiz "iddialı iyimser genellemeler" ve tekrarlar bulunmaktadır. Literatürün taranmasındaki eksiklikler ve anakronik pek çok ifade de bunlara eklenmelidir. Burada, tespitlerimize örnek kabilinden, bazı ifadeler aynen alıntılanması ve tetkik edilmesi yararlı görülmüştür. Öncelikle tezde kullanılan üslubun,

---

[113] Çalışmada dikkati çeken bir husus vesikaları ilk kez toplu biçimde neşreden Hüseyin Namık Orkun'a ve Ferit Ayiter'e atıf bulunmamasıdır.

[114] Berker Keskin, "Eski Uygur Hukuk Belgelerinde Kısaltmalar", 1/2, 2019, International Journal od Old Uyghur Studies, s.233-248.; Berker Keskin, "Ahmet Caferoğlu ve Uygur Sözlüğü", İstanbul, 2019, Doğumunun 120. Yılında Prof. Dr. Ahmet Caferoğlu Hatıra Kitabı, s.78-93.; Berker Keskin, "Eski Uygurlar Neyi, Nasıl ve Neden Kiralıyordu?", 2019, VIII. Uluslararası Türkoloji Kongresi, s.79-86.; Berker Keskin, "Eski Uygur Borç Sözleşmelerine Ait Sekiz Fragman", C.51, 2021, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, s.253-272.

[115] Ayten Akcan, "Bozkır Kavimlerinde Devlet Yönetimi (Başlangıçtan Uygur Dönemi Sonuna Kadar)", Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2021.

[116] Akcan, s.179.

[117] Yasemin Geçerler Ceylan, "Eski Uygurcada Medeni Hukuk Terimleri", Doktora Tezi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi SBE, 2021.

yer yer bilimsel ölçülerin dışına taşan bir üslup olduğu söylenmelidir. Tezde genel olarak hikâye tarzı bir anlatıma başvurulduğu görülmektedir. Tez, Uygur hukuk vesikalarına dayandırılmış, fakat bu vesikalara parmakla sayılacak kadar atıf yapılmış, bu vesikaları neşredenlerden bazılarına ve hemen hemen hiçbir hukuk tarihi kaynağına atıf dahi yapılmamıştır.[118] Literatürdeki bazı temel tartışmalar üzerinde herhangi bir malumat dahi verilmemiştir. Bununla birlikte aynı meselelerde kesin iddialarda bulunulmuştur. Mesela "*Pek çok millet hukuk kurallarını ve adalet düzenlerini başka milletlerden almışlardır. Ancak eski Türklere ait hukukî kurallar kendi örf ve adetlerinden meydana gelmiş özgün kurallardır.*"[119] denilmiş, Uygur hukukuna Çin tesiri ile alakalı bahis açılmamıştır.

Yazar, "*Eski Türklerdeki insanlar sosyal bir sınıf içerisinde eşit hak ve özgürlüklere sahip olurlardı. Diğer toplumlar bir hürriyet mücadelesi verirken eski Türk toplumları şuan medeni hukukta kişiler hukuku içerisinde değerlendirilen bazı hakları öteden beri korumaktaydı. Eski Türklerde statü ayrımı olmaksızın her insan eşit sayılırdı. Zaten Türk töresinin değişmez ilk şartı da buydu. Her kim olursa olsun aynı derecede hukuki haklardan yararlanabilirdi. Bu eşitliği sağlamak Türk kağanının ilk görevlerinden biriydi.*"[120], "*Türklerde sosyal sınıf anlayışının olmayışı eşitliğin sağlanmasını kolaylaştırmıştı.*"[121] demektedir. Öncelikle burada kastedilen eski Türklerin kim oldukları tasrih edilmemiştir. Binlerce yıllık tarihleri, kültürleri ve hukukları bulunan ve çok geniş bir coğrafyada hüküm süren Türklerin hangi dönemi kastedilmektedir? Türklerde kastedilen dönemde "*eşit hak ve özgürlüklerin olduğu*", "s*tatü ayrımı olmaksızın her insanın eşit olması*" ve hatta "*Türk töresinin değişmez ilk şartının bu olduğunun*" delili nedir? Çalışmanın ilerleyen aşamalarında kölelik, evlat rehni, çocuk satışı gibi durumlar bu "eşitlik" anlayışı ile nasıl örtüşmektedir. Nitekim tezde "*köleler, cariyeler, çocuklar*"ın "*açıkça kişinin eşya olarak algılandığını göster*"diği ifade edilmiştir.[122] Yine "*diğer toplumlar bir hürriyet mücadelesi verirken eski Türk toplumları şuan medeni hukukta kişiler hukuku içerisinde değerlendirilen bazı hakları öteden beri"* sahip oldukları ifade edilmiştir. Kaynakların bu kadar az olduğu bir dönemde diğer milletlerin bu mücadeleyi verirken, Türklerin bu haklara zaten sahip olduğuna dair malumat nereden edinilmiştir? Şu ifade edilmelidir ki burada Türklerin hukuk sisteminin çağdaşı diğer devletlerden daha "geri-ileri" olduğu iddia etmemekteyiz. Bilimsel değerlendirme eldeki veriyi kullanarak görüneni ifade eder. Hakkında çok az şey bildiğimiz meselelerde bu kadar kati genellemeler yapmanın hatalı olduğu rahatlıkla söylenebilir. Nitekim tezde "eşitlik", "kadın hakları" vb.

[118] Mesela vesikaları yayınlayanlardan Abdullah Şen ve Berker Keskin'e atıf yoktur.

[119] Ceylan, s.7.

[120] Ceylan, s.16.

[121] Ceylan, s.16.

[122] Ceylan, s.264.

meseleler üzerinde çokça durulmuştur. Fakat bu anakronik bir yaklaşımdır. Eşitliğin, hukukun temel ilkelerinden birisi sayılması bugünün hukuk telakkisinin bir tezahürü olarak görülebilir. Bunu geçmişte aramak hatalıdır. Nitekim tezde hem herkesin "eşit" olduğu, "sosyal sınıf olmadığı" iddia edilmiş hem de kölelikten, çocuk satışından, insanların eşya hükmünde olabileceğinden vb. bahsedilmiştir. Yine tezde kadının "*eşitliğini bozan*"[123] başka örnekler de zikredilmiştir. Aynı anakronik yaklaşım "*sosyal devlet*"[124], eski Türk hukukunun "*evrenselliği*"[125] (hatta eşitlik ve evrensellik "*anayasanın değişmez maddeleri gibi yok sayılamayacak ve yeniden düzenlenemeyecek ilkeler*" olarak ifade edilmiştir) gibi ifadelerde de karşımıza çıkmıştır. Yine "*kadın bu noktada da demokratik hakları bulunan bir bireydi.*"[126] ifadesi bu hatalı yaklaşımın bariz bir örneğini teşkil etmektedir.

Söz konusu tezin pek çok yerinde kesin ve iddialı malumat verilmiş ve bunlara atıf bile yapılmamıştır. Mesela "*Devlet idaresinde yer alan kadın aynı zamanda kararlar konusunda da etkindi. Sadece hakanın kararı bazı kuralların çıkması için yeterli değildi. Aynı zamanda hakanın eşinin de onayı gerekliydi. Hakanın ya da eşinin onayının olmadığı tek taraflı kararlar geçerli olmazdı.*"[127] denmiştir. Fakat "bazı kararların" ne olduğu, hangi konularda hangi şartlarda bu söylenenin geçerli olduğuna dair, hatta bu malumatın hangi dönem için verildiğine dair bir bilgi verilmemiştir. Yine mesela "*Uygur sivil belgelerinde tanıklanan örneklerden hareketle kadınların borç sorumlusu olabildiği, eşlerinin yaptığı ticari anlaşmalara itiraz haklarının bulunduğu görülmektedir.*"[128] denmiştir. Bu çok önemli bir iddiadır. Öyle ki böyle bir durumda kişiler hukuku başlığı altında, ehliyet bahsinde erkeğin ehliyetinin belirli durumlarda kısıtlandığının ifade edilmesi gerekir. Bu yapılmadığı gibi, hangi belgede böyle bir örneğe rastlandığı bile ifade edilmemiştir. Yine "*Birden fazla evlilik yapan erkeğin evlenmeden önce karısına danıştığı ve onun rızasını aldığı bilinmektedir.*"[129] denmiş ve hiçbir kaynak, delil gösterilmemiştir. Ayrıca bu durum kişiler hukuku başlığı altında ele de alınmamıştır. Yazar çalışmada TMK kavramlarını kullanmıştır. Fakat bazı yerlerde boşanma yerine ayrılma tabirini kullanılmıştır[130] ki TMK'ya göre boşanma ve ayrılık farklı hukuki müesseselerdir.[131] Çalışmanın 39. sayfasında "*Çocukların sevmedikleri insanlarla evlenmeleri konusunda zorlanmamış*

[123] Ceylan, s.28. Ayrıca bkz. s,49.; s.50.

[124] Ceylan, s.5.

[125] Ceylan, s.8.

[126] Ceylan, s.19.

[127] Ceylan, s.20.

[128] Ceylan, s.27.

[129] Ceylan, s.44.

[130] Mesela bkz. Ceylan, s.48.

[131] Bkz. TMK, m.167 vd.

olmaları aile hukuku olduğu kadar kişiler hukukunun da bir konusudur. Daha önce bahsettiğimiz üzere kişinin tercih yapma hakkı kişiler hukukunun bir gereğidir. Burada kişinin evleneceği kişiyi tercih etmesi yönündeki şahsi kararı eski Türklerde kişiler hukukunun da sağlam temellere dayandığını göstermektedir." denmiştir. Hâlbuki böyle bir zorlamanın olup olmamasının "kişiler hukukun sağlam temeli" ile bir alakası bulunmamaktadır. O dönemde hukuken böyle bir zorlamaya izin verilmişse, yapılan iş hukuka uygundur. Bir durumu bugünden geçmişe bakarak tasvip edip etmemek başka; hukukiliği şahsi bir fikirle bağdaştırarak ancak o fikre uygun düşene "hukuki" demek başkadır. Hukuki değerlendirmede göze çarpan bir başka husus ise başlıklar ile içeriğin birbirini tutmamasıdır. Nitekim mesela "Kişiler Hukuku Açısından Kadın" diye başlık açılmış fakat metinde kişiler hukuku ile alakalı sistematik bir bilgi verilmemiştir. Aynı problem "Kişiler Hukuku Açısından Çocuk" başlığında da mevcuttur.[132] Hâlbuki kişiler hukukunun alt başlıkları bellidir ve somuttur. Bu alt başlıklar dahilinde eldeki malumatla bir değerlendirme yapılmalıdır. Fakat burada neredeyse hukuki herhangi bir değerlendirme bile bulunmamaktadır. Zaten "*Değerlendirmeler*" bölümünde yazar "*Aile birliğinin kurulması, eşler*

[132] Bu bölümün başlangıcı şu şekildedir: "Eski Türklerde ebeveynlerin çocuğa istediği şekilde davranmasına müsaade edilmemekteydi. Her ne kadar baba evin reisi konumunda olan bir otorite figürü olsa da çocuğa zarar verecek bir harekette bulunmazdı. Türk toplumunda çocukların canına kast edilen durumlar görülmemekteydi. Çocuk kız ya da erkek olsun aile için kıymetliydi Ailenin en önemli parçalarından biri olan çocuğun yokluğu büyük eksiklik olarak görülürdü. Kişilerin çocuklarının olması onları itibar sahibi yapar, toplum tarafından önemli görülürlerdi. Çocuğu olan kişiler kazandıkları itibarın yanında belli bir sorumluluk da yükleniyorlardı. Kişiler hukukunda çocuğun bakım hakkı doğrudan kazanılan haklardan olduğundan eski Türklerde çocuğa bakımın önemsenmesi kişiler hukuku açısından da önemliydi. Kadın ve erkeğin birbirinden ayrılmayarak eşitlik ilkesine göre konumlandığından bahsetmiştik. Kadının ve erkeğin eşit şekilde paylaştığı ev işlerine çocuk da dâhildi. Çocuklar özelliklerine göre bazı görevler üstlenmekteydi.

Çocukların doğrudan kazandığı haklardan olan bakım hakkı hem annenin hem babanın uygulaması gereken hakları içermekteydi. Ancak eski Türklerde kız çocukları ile anneler erkek çocukları ile babalar daha fazla meşgul olurlardı. Baba erkek çocuğunu kendisi gibi yetiştirerek diğer konularda da sorumluluk almasını sağlıyordu. Her ne kadar erkek ve kız çocukları eşit olsalar da erkek çocuğunun bazı üstün durumları vardı. Neslin devam ettiricisi olarak görülen erkek çocuğunun başına bir şey gelmesi en üzücü olaylardan biriydi. Eski Türklerde çocuklar kişiler hukuku kapsamında kişiye doğrudan verilen hak olan korunma hakkına da sahiplerdi. Muharebe vakitlerinde çocuklar muhafaza edilir, aileler tarafından korunaklı bir yerde bulundurulurlardı.

Kişiler hukuk açısından önemli olan isim alma durumu Türkler için bir tören mahiyetindeydi. Türklerde kişilere isim verilirdi ancak bunun için çocukların belli bir yaşa gelmesi ve önemli bir başarı göstermiş olması gerekmekteydi. Bu durum kişiye isim hakkının verilmesi için belli şartların olduğunu göstermektedir. Bu açıdan güncel kişiler hukukundan farklı bir özelliktedir. Ancak dönemin özellikleri göz önünde bulundurulduğunda çocukların hayatta kalabilmeleri ve bir birey olarak hayatlarına devam edebilmeleri için güçlü olmaları gerekmekteydi." Ceylan, "Eski Uygurcada Medeni Hukuk Terimleri", s.21 vd.

arasındaki görev ve sorumluluklar, aile içindeki sorumluluklar, çocuklara bakma yükümlülüğü, eşlerin birbirlerinin malları üzerindeki tasarrufları, evlilik birliğinin sona ermesi gibi konuları içeren aile hukukuna dair bilgilere sivil belgelerde sınırlı derecede ulaşılabilmiştir."[133] demektedir. Hal böyleyken bazıları yukarıda zikredilen onlarca kesin ve genelleyici iddia nasıl ortaya atılmaktadır?

Esas itibariyle ders kitabı mahiyetinde olan Türk hukuk tarihi kitapları da Uygur hukuku ve hukuk vesikaları ile alakalı malumat barındırmaktadır.[134] Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt tarafından kaleme alınan "Türk Hukuk Tarihi" kitabında Uygur hukuk vesikalarından da yararlanılarak genel bir Uygur hukuku portresi çizilmiştir. On adet hukuk vesikası aynen alınmış ve sonrasında bunlarla alakalı değerlendirmeler yapılmıştır.[135] Halil Cin ve Ahmed Akgündüz tarafından kaleme alınan "Türk Hukuk Tarihi" kitabı Uygur hukuk vesikalarının derli toplu bir değerlendirmesini hâvidir.[136] Nitekim yukarıda zikredildiği üzere Akgündüz tarafından kaleme alınan "Uygur Hukuku" makalesi ufak tefek değişiklikler ve Kamu hukuku bölümünün eklenmesiyle bu kitaptaki yerini almıştır. Dolayısıyla Türk hukuk tarihi kitapları arasında Uygur hukuk vesikaları ile alakalı en geniş malumat bu kitaptadır.

Şimdiye kadar sayılanlardan başka Uygurlarda kültür hayatı, dinî, iktisadi hayat vb. konuları ele alan pek çok çalışma bulunmaktadır. Sosyal hayatın bir bütün teşkil etmesi sebebiyle ve hukuki malumat bulabilme umuduyla bu eserler de taranmış fakat bu kaynakların çoğunda Uygur hukukuna-hukuk vesikalarına dair malumat bulunamamıştır. Bu eserlerden bazılarına dair kısa açıklamalar yapılmış, diğerlerinin ise yazarı zikredilip eserleri dipnotta gösterilmiştir.

821 yılında Uygur Devleti'ni ziyaret eden Arap Seyyah Temim İbn Bahr'ın yazdığı seyahatnamede Uygurlara dair çeşitli malumat bulunsa da hukuka dair malumat bulunmamaktadır.[137] 921-922 yıllarında Abbasi Halifesi Muktedir tarafından Etil (Volga) Bulgarlarına gönderilen elçilik

---

133 Ceylan, s.261 vd.

134 M. Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.7 vd.; Halil Cin / Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2003, s.29 vd.; Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2014, s.61 vd.; Ekrem Buğra Ekinci, Hukukun Serüveni, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2011, s.87 vd.; Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s.13 vd.; Abdullah Demir, Mufassal Türk Hukuk Tarihi, Astana Yayınları, Ankara, 2019, s.35 vd.

135 Coşkun Üçok / Ahmet Mumcu / Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.32 vd.

136 Cin /Akgündüz, s.85 vd.

137 V. Minorsky, "Tamim İbn Bahr's Journey to the Uyghurs" C.12, 1948, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, University of London, s.275-305.; Caner Sağır, "Temim İbn Bahr'ın Seyahatnamesi İle Mervezi'nin Taba-İ Hayavan Eserinin Tercümesi Ve Değerlendirilmesi", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2006.

heyetinde bulunan İbn Fadlan'ın[138] seyahatnamesinde Uygurlar zikredilip birtakım malumat verilmekle birlikte hukuka dair malumat bulunmamaktadır.[139] Necdet Sevinç tarafından kaleme alınan "Eski Türklerde Kadın" isimli kitap daha çok genel okuyucu kitlesi için yazılmış olmakla birlikte birkaç yerde Uygur hukuk vesikalarına atıf yaparak örnekler zikretmiştir.[140] Hayaşi Toru ve Umemura Hiroşi "Japonya'da Göktürkler ve Uygurlarla İlgili Olarak Japonca Yayınlanan Araştırmaların Bibliyografyası" isimli bir makale neşretmişlerdir.[141] Bu eserde Göktürkler ve Uygurlar hakkında Japonya'da Japonca olarak kaleme alınmış eserler herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın sıralanmış ardından konulara göre bir indeks oluşturulmuştur. Bu indekse göre Japoncada Uygur hukuk vesikalarına dair yirmi dört eser neşredilmiştir. Uygurlarda vakıflar hakkında birkaç çalışma mühimdir. Bu hususta Uygur vesikaları arasında bulunan (Budist) vakfiyeler dikkat çekicidir.[142] Ayrıca Şükrü Akkaya,[143] Osman Turan,[144] Lev Nikolayeviç Gumilev,[145] İbrahim Kafesoğlu,[146] Emel Esin,[147] Erkin Alptekin,[148] Emine

[138] Bkz. Saleh Muhammedoğlu Aliev, "İbn Fadlân", DİA, C.19, İstanbul, TDV, s.477-479.

[139] İbn Fadlan, "İbn Fadlan Seyahatnamesi (Rıhletu'bni Fadlan" Çev. Lûtfi Doğan, C.3, S.I-II, 1954, AÜİFD.; İbn Fadlan, İbn Fadlan Seyahatnamesi ve Ekleri, Çev. Ramazan Şeşen, İstanbul, 1975.

[140] Necdet Sevinç, Eski Türkler'de Kadın ve Aile, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1987.

[141] Hayaşi Toru- Umemura Hiroşi, "Japonya'da Göktürkler ve Uygurlarla İlgili Olarak Japonca Yayınlanan Araştırmaların Bibliyografyası", TTK, 1989, Türk Dili Araştırmaları Yıllığı.

[142] Bkz. Halim Baki Kunter, "Türk Vakıfları ve Vakfiyeleri Üzerine Mücmel Bir Etüd", S.1, 1938, Vakıflar Dergisi, s.103-129.; Fuad Köprülü, "Vakıf Müessesesi ve Vakıf Vesikalarının Tarihî Ehemmiyeti", S.1, 1938, Vakıflar Dergisi, s.1-6.; Fuad Köprülü, "Vakıf Müessesesinin Hukuki Mahiyeti ve Tarihi Tekâmülü", S.2, 1942, Vakıflar Dergisi, s. 1-36.; W. Ruben, "Buddhist Vakıfları Hakkında", Çev. Meliha Torkak, Sayı: II, 1942, Vakıflar Dergisi, s.173-181.; Bülent Köprülü, "Tarihte Vakıflar", C.8, S.3, 1951, AÜHFD, s.479-518.; Emel Esin, "Resimli Bir Uygur Varakı", Reşid Rahmeti Arat İçin (Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Ayrıbasım), Ankara, 1966, s.189-207.; Gönül Cantay, "Türklerde Vakıf ve Taş Vakfiyeler", S.11, 1994, Vakıf Haftası Dergisi, s.147-162.

[143] Şükrü Akkaya, "Uygur Türklerini ve Kültürlerini Tanıyalım", C.1, S.3, Mart-Nisan 1943, Ankara, Ankara Üniversitesi DTCF Dergisi, s.75 vd.

[144] Osman Turan, "Eski Türklerde Okun Hukukî Bir Sembol Olarak Kullanılması", C.IX, S.35, 1945, Belleten, s.305-318.

[145] Lev Nikolayeviç Gumilev, Eski Türkler, Çev. D. Ahsen Batur, Selenge Yayınları, İstanbul, 2011.; Eser Gumilev'in 1961'de tamamladığı doktora tezidir. Tercümesi 1999'da Ahsen Batur tarafından tamamlanıp neşredilmiştir.

[146] İbrahim Kafesoğlu, Türk Milli Kültürü, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınlarından, Ankara, 1977.; İbrahim Kafesoğlu, "Eski Türk Dini", S.3, 1972, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Enstitüsü Dergisi. ; İbrahim Kafesoğlu, Eski Türk Dini, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1980.; İbrahim Kafesoğlu, Türkler ve Medeniyet, İstanbul Yayınları, İstanbul, 1957.; İbrahim Kafesoğlu, Türk Bozkır Kültürü, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınlarından, Ankara, 1987.

Gürsoy Naskali,[149] Saadettin Gömeç,[150] Aybars Pamir,[151] Gülçin Çandarlıoğlu,[152] Ahmet Taşağıl,[153] Bülent Gül,[154] Sultan Mahmut Kaşgarlı,[155] Demet Ulusoy- Abdülreşit Celil,[156] Özlem Civelek,[157] Ferruh Ağca,[158] Turgun Almas,[159] Nuri Yazıcı,[160] Mustafa Celaleddin Paşa,[161]

---

147 Emel Esin, İslamiyetten Önceki Türk Kültür Tarihi ve İslâma Giriş, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1978.

148 Erkin Alptekin, Uygur Türkleri, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 1978.

149 Emine Gürsoy Naskali, "Doğu Türkistan'da Ahilik (Yeni Uygurca Belgeler)", Ankara, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1996, I. Uluslararası Ahilik Kültürü Sempozyumu Bildirileri 13-15 Ekim 1993.

150 Saadettin Gömeç, Uygur Türkleri Tarihi ve Kültürü, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Ankara, 1997.; Saadettin Gömeç, Türk Kültürünün Ana Hatları, Akçağ Yayınları, Ankara, 2006.; Saadettin Gömeç, Uygur Türkeri Tarihi, Berikan Yayınevi, Ankara, 2009.

151 Aybars Pamir, "Türkler'in Geleneksel Dini Şamanizm'in Orta Asya Eski Türk Kamu Hukuku'na Etkisi", C.52, S.4, AÜHFD, 2003, s.155-185.; Aybars Pamir, "Orta-Asya Türk Hukukunda "Töre" Kavramı", C.58, S.2, 2009, AÜHFD, s.359-375.; Aybars Pamir, "Maniheizm Dini ve Bu Dinin Eski Orta-Asya Türk Hukuku'na Etkileri", C.1, S.1, 2014, Çukurova Üniversitesi HFD, s.61-75.; Aybars Pamir, "Eski Orta Asya Türk Hukuku'nda Kurultay Müessesesi", C.2, S.3, Çukurova Üniversitesi HFD, 2015, s.11-50.; Aybars Pamir, "Eski Orta Asya Türk Devletlerinde Törenin Oluşmasında Kurultayların Rolü", 2019, Adalet Dergisi, s.213-234.

152 Gülçin Çandarlıoğlu, İslam Öncesi Türk Tarihi ve Kültürü, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2003.; Gülçin Çandarlıoğlu, "Uygurlar", DİA, C.42, İstanbul, TDV, 2012.; Gülçin Çandarlıoğlu, "Uygur Devletleri Tarihi ve Kültürü", Genel Türk Tarihi, Hasan Celâl Güzel / Ali Birinci (Ed.), C.2, Yeni Türkiye Yayınları, s.17-45.; Gülçin Çandarlıoğlu, Uygur Devletleri Tarihi ve Kültürü (Çin Kaynakları ve Uygur Kitabelerine Göre), Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2004.; Gülçin Çandarlıoğlu, Sarı Uygurlar ve Kansu Bölgesi Kabileleri (9-11 Asırlar), Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2004.

153 Ahmet Taşağıl, Çin Kaynaklarına Göre Eski Türk Boyları (M.Ö. III- M.S. X. Asır), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2014.; Ahmet Taşağıl, "Uygurlar", Genel Türk Tarihi, Hasan Celal Güzel / Ali Birinci (Ed.), C.1, s.711-726.; Ahmet Taşağıl, Kök Tengri'nin Çocukları (Avrasya Bozkırlarında İslam Öncesi Türk Tarihi), Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2013.

154 Bülent Gül, "Eski Türk Tarım Terimleri", Doktora tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2004.

155 Sultan Mahmut Kaşgarlı, Uygur Türkleri Kültürü ve Türk Dünyası, Çağrı Yayınları, İstanbul, 2004.

156 Demet Ulusoy- Abdülreşit Celil, "Uygurlarda Aile", İstanbul, 2005, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Sosyoloji Konferansları, İstanbul Üniversitesi Yayın No:4620.

157 Özlem Civelek, "Dindışı Eski Uygurca Metinlerin Karşılaştırmalı Sözvarlığı", Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi SBE, 2005.

158 Ferruh Ağca, "Eski Uygur Türkçesiyle Yazılmış Eserlerin Ses Ve Şekil Özelliklerine Göre Tarihlendirilmesi", Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2006.

159 Turgun Almas, Uygurlar, Çev: Ahsen Batur, Selenge Yayınları, İstanbul, 2010.

160 Nuri Yazıcı, Tarihte Türkler ve Türk Devletleri, İlgi Yayınları, İstanbul, 2011.

161 Mustafa Celaleddin Paşa, Eski ve Modern Türkler, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2014.

Engin Eroğlu,[162] İzzet Şirin,[163] Münevver Ebru Zeren,[164] Talip Keleş,[165] İbrahim Sarı,[166] Buse Rüzgar,[167] Pairezhatı Abası,[168] Yaşar Bedirhan,[169] Ahmet Gökhan Ertürk,[170] Bilen Yılmaz,[171] Zerrin Günal[172] ve Uuriintuya Dashtseren[173] da Uygur tarihi-kültürü ile eser/ler neşretmişler, fakat bunlarda Uygur hukukuna dair malumata rastlanmamıştır.

SONUÇ

Şekil ve içerik olarak incelendiğinde standart, mütekâmil bir hukuk sisteminin varlığına delalet eden Uygur hukuk vesikaları, XIX. asrın sonlarında keşfedilip, neşredilmeye başlanmıştır. 1930'lara gelindiğinde Türk akademiyası tarafından ilgiye mazhar olmuş ve 1930'ların başlarında bu vesikalarla alakalı neşriyata girişilmiştir. Bu manada ilk çalışmalarda, (çoğunlukla Almancaya tercümesi yapılan) Uygur hukuk vesikaları Türkçeye kazandırılmaya başlanmış ve eldeki veriler ışığında çeşitli meseleler ele alınmıştır. Uygur vesikaları toplu olarak ilk kez 1936'da Hüseyin Namık Orkun tarafından Türkçeye kazandırılmıştır. Zamanla bu çalışmalar tashih edilerek bu sahada, (sayısı çok olmamakla birlikte) dönemin şartları da göz önüne alındığında, rahatlıkla başarılı denebilecek eserler ortaya çıkarılmıştır. Elde bulunan vesikaların ilk kez toplu şekilde hukuki tasnif ve değerlendirmesinin

---

162 Engin Eroğlu, "Bozkır Kavimlerinde İktisadi ve Mesleki Yapı (Başlangıçtan Uygur Dönemi Sonuna Kadar)", Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2014.

163 İzzet Şirin, "Uygur Sivil Dokümanlarının Söz Varlığı", Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi SBE, 2014.

164 Münevver Ebru Zeren, "Maniheizm Ve Budizm'in Uygurlar'ın Kültür Hayatına Etkileri", Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2015.

165 Talip Keleş, "Uygurların (744-5/840) İpek Yolu Üzerindeki Ticari Faaliyetleri", Yüksek Lisans Tezi, Çankırı Karatekin Üniversitesi SBE, 2016.

166 İbrahim Sarı, Türklerde Adalet, Net Medya Yayıncılık, Antalya, 2017.; Kitapta Uygur hukuk vesikalarından ve içeriğinden bahsedilmiş ve genel geçer bir takım malumat verilmiştir. s.68 vd.; s.99 vd.

167 Buse Rüzgar, "Bozkır Kavimlerinde Bilim ve Düşünce Hayatı (Başlangıcından Uygur Dönemi Sonuna Kadar)", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2019.

168 Pairezhatı Abası, "İslamiyeti Kabul Etmeden Önceki Uygurların Sosyokültürel Hayatı", Yüksek Lisans Tezi, İbn Haldun Üniversitesi Medeniyetler İttifakı Enstitüsü, 2019.

169 Yaşar Bedirhan, İslam Öncesi Türk Tarihi ve Kültürü, Konya, Eğitim Yayınevi, 2019.

170 Ahmet Gökhan Ertürk, "Ötüken Uygur Kağanlığı'nda Devlet Teşkilatı (744-840)", Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi SBE, 2020.

171 Bilen Yılmaz, "Uygur Sivil Belgelerinin Moğol Tarihi Araştırmalarındaki Önemi", 2020\40, Türkbilig, s.251-260.

172 Zerrin Günal, Türk Tarihi ve Kültürü –İslam Öncesi Dönem-, Urzeni Yayınevi, İstanbul, 2021.

173 Uuriintuya Dashtseren, "Bozkır Kavimlerinde İnanç (Başlangıçtan XIII. Yüzyıla Kadar)", Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2021.

yapılması ise 1964 yılını bulmuştur.[174] 1987 yılında İzgi tarafından vesikaların toplu bir değerlendirmesi daha yapılmıştır. 1980'lerden 2000'lere kadar bu sahada çalışmalar sayıca çok azalmış, bu tarihten sonra ise bir artış gözlenmiştir. Son dönemlerde, bu sahada çok sayıda yüksek lisans ve doktora tez çalışması yapılmış, makaleler yayınlanmıştır. Bunlardan bazıları, sadece vesikaların tercümesini havi iken; bazıları vesikalar üzerine hukuki değerlendirme yapmaya teşebbüs etmiştir. Fakat ayrıntısı aşağıda izah edildiği üzere, son dönemde yapılan çalışmalar ile ilk dönemde yapılan çalışmalar arasında ciddi farklar bulunmaktadır. Nihayet 2020 yılında Keskin tarafından kaleme alınan doktora tezi ile şu ana kadar ele geçen tüm Uygur vesikaları Türkçeye kazandırılmıştır.

Bu genel ifadelerden sonra söz konusu çalışmalarda karşılaşılan temel problemler madde madde izah edilmiş, ardından bundan sonra bu sahada nelerin yapılması gerektiğine dair bazı tespitler yapılmıştır.

1. Uygur hukuk vesikaları üzerine tarihçiler, dilciler ve hukukçular çalışmıştır. Bu disiplinlerin farklılıkları bazı zorlukları ve problemleri beraberinde getirmiştir. Nitekim çalışmalarda çok sayıda hukuki hata bulunmaktadır. Bunun da en büyük sebebi vesikaların hukuki cihetten değerlendirmesinin hukukçu olmayanlarca yapılmasıdır. Bu, bir noktaya kadar normal karşılanabilir. Fakat en azından alan dışına çıkıldığında ihtiyatın elden bırakılmaması, genelleyici, kesin ifadelerden kaçınılması gerekirdi. Burada bir başka problem de yapılan bir hatanın başka yazarlarca da tekrar edilerek literatürde "sahih bilgi" gibi yerleşmesidir ki, bu problem "nadirattan" da değildir.[175]

2. Pek çok yazarın Uygur hukuk vesikalarına ve buradaki hukuki ilişkilere bakıp bunları hayret ifadeleri ile değerlendirmeleri veya olağanüstü hadiseler gibi algılamaları temel bir problem olarak karşımıza çıkmıştır. Halbuki girişte de ifade edildiği üzere, bu çok tabii bir durumdur. Tarih boyu insanlar evlenmiş, alışveriş yapmış, suç işlemiş, savaşmış, barış yapmıştır. Bunların her birisi hukuki muamelelerdir. Nihayetinde insani ilişkinin olduğu yerde hukuk vardır. Nitekim hukukun temeli sabittir; değişen, şekiller ve görünümlerdir. Bu manada hukuk muhafazakâr bir disiplindir ve istikrar onun temel

[174] Arat, "Eski Türk Hukuk Vesikaları".

[175] Bu problem sadece Uygur Hukuku'na has değildir. İslamiyet öncesi Türk hukukuna dair çalışmalarda bu problemle karşılaşılmaktadır. Bazen, yapılan hatalı bir değerlendirme üzerine "koca bir tez" inşa edilmiştir. Fakat tezin dayandığı temel bilgi fahiş şekilde hatalıdır. İslam hukukunda tarım arazisinin özel mülkiyete konu olamayacağı, fakat Karahanlılardan kalma vesikalarda bu duruma rastlandığı, bunun da en azından ilk dönemler açısından Türklerin bazı sahalarda İslam hukukunu tatbik etmeyip kendi örf adetlerini önceledikleri iddiası (hatta bunun daha da ileri taşınarak örfi hukukun İslam hukukundan tamamen bağımsız olduğu iddiasına delil yapılması) bu durumun basit bir örneğidir ki yukarıda ayrıca ele alınmıştır. Bkz. Tekin, s.159.; Özyetgin, İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku, s.50.

özelliklerindendir. Nihayetinde devlet kurma becerisi ile temayüz eden Türklerin de bu şekilde akitler yapmasında şaşılacak bir durum yoktur.

3. Bu sahada yazılan eserlerde karşılaşılan yaygın problemlerden birisi de bir usul hatası olan anakronizmdir. Anakronizm kabaca "tarih yanılgısı" olarak tarif edilebilir. Bunun pek çok türü bulunmakla birlikte bu makale kapsamında kastedilen bugünkü zihin dünyası, değer yargıları, hukuku algılayış biçimleri ile geçmişi yargılamaktır. Bu hususu Umur "*Tarihçinin metoduna alışan insan, bir az farklı düşünür: Bu, hâdiseleri, kendi zaman ve şartlarına göre görüp değerlendirmektir. Yüz sene evvelki işi bugünkü zihniyetle ölçmemek... Şu zaman konmuş kaideyi, bugünün şartları içinde başka türlü görmesini bilmek... Şuradaki işi buradaki kafa ile değerlendirmemek...*" şeklinde isabetle ifade etmiştir.[176] Nitekim elimizdeki vesikalar X.-XIV. asır arasında muayyen bir bölgedeki hukuk tatbikatını göstermektedir. Bugünün hukuki düşünce kalıplarıyla o günü değerlendirmek, bazı problemler (!) (farklılıklar) görünce de tevile girişmek ilmi usule uygun değildir. Bu çerçevede kadının "*demokratik hakları bulunan bir birey*" olması; herkesin hiçbir fark gözetilmeksizin eşit olduğu iddiası; demokrasi, eşitlik, kadın hakları, laiklik, kölelik... vb. vurgular anakronik yaklaşımın örneklerindendir ve anlamsızdır. Burada tarihin bir dönemindeki hukuk tatbikatı ile günümüz hukukunun mukayesesinin hiçbir zaman yapılamayacağı ve bunun bütün bütün anlamsız olduğu kastedilmemektedir. Fakat bugünün hukuku algılayış biçimleri ile geçmişi yargılamak; bir hukuk tarihi çalışmasını bugünün hâkim hukuk anlayışı üzerine kurgulayıp tarihi malumatı buna göre tevil etmek kabul edilebilir görünmemektedir.

4. Özellikle son zamanlarda (bu mevzuda) tarih bölümlerinde yapılan bazı lisansüstü tezlerde ve diğer eserlerde "iyimser (!) bir genellemecilik" mevcuttur.[177] Hemen hemen tüm çalışmalara eldeki verinin çok sınırlı olduğu malumatı ile başlanmaktadır. Fakat bazı çalışmalarda bundan sonra çok kesin, genelleyici, mutlak iyimserlik şeklinde pek çok şey ifade edilmektedir. Bunlara herhangi bir delil de getirilmemektedir. Burada iyimser ile "tarihteki bir hukuki müessese bugünün hukuk anlayışına ne kadar uygunsa o kadar iyidir." düşüncesi kastedilmektedir ki bu zihniyetin hatası yukarıda izah edilmişti. Bu iyimserlik bazen o noktaya ulaşmaktadır ki hem Uygur hukuk vesikalarında hem diğer kaynaklarda açıkça görülen bazı uygulamaların bile aslında olmadığı iddia edilmektedir. "*Kitabelerde kul, cariye gibi terimler kullanılmış olmasına rağmen"* köleliğin kurumsal olarak mevcut olmadığı "*herkesin hür ve serbest olduğu*" iddiası bunlardan sadece biridir.

---

176 Ziya Umur, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Beta, İstanbul, 1987, s.54.

177 Bu duruma bazı eski çalışmalarda da rastlanmaktadır. Ancak onlarda bu durum ilmi değerlendirmenin önüne nadiren geçmiştir. Ayrıca dönemin ruhu, siyasi ortam vb. göz önüne alındığında; söz konusu sorun o dönem için bir dereceye kadar normal karşılanabilir. Hatta dönemin ruhunun bu dönem çalışmaları üzerinde nasıl bir etki yaptığı ayrıca ele alınmaya değer bir mevzudur.

5. Bahsi geçen çalışmaların çok sathi değerlendirmeler yapması da bir başka problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Eldeki yüzlerce vesika değerlendirilmeyi beklerken, bu değerlendirmeyi yaptığını iddia eden bazı çalışmaların odak noktası "demokrasi, eşitlik, insan hakları, kadın hakları" olmakta ve söz konusu vesikalara atıf bile yapılmamaktadır. Yapılan değerlendirmeler ise çok sathi kalmaktadır.

1934'de başarılı bir neşriyat yapmasına, o tarihten bu yana makalesinden halen daha istifade edilmesine ve sahaya yaptığı önemli katkıya rağmen Caferoğlu, "*Orta Asya Uygur Türkleri hukuk medeniyeti abidelerini, millî medeniyet noktası bakımından, küçük bir salahiyetle gözden geçirdikten sonra, itiraf edeyim ki, gayyur Türk hukukçuları için bu vesikalarda bizim gözümüzden kaçmış olan daha bir çok ehemmiyetli noktalar vardır ki bunlar her şeyden evvel bir ihtisas meselesidir.*"[178] diyebilmiştir. Buna rağmen genel olarak İslamiyet öncesi Türk hukuku, özel olarak Uygur hukuku ve hukuk vesikaları ile alakalı olarak yakın zamanlarda tarihçiler ve dil bilimciler tarafından yapılan bazı çalışmalarda, tercüme edilip neşredilmiş kaynaklara/vesikalara bile atıf yapılmaksızın son derece sathi, eksik, hatalı, delilsiz değerlendirmeler yapılması, bu sathilik içinde de genelleyici ve objektiflikten uzak, iyimser bir kesinlik içinde hukuki (!) değerlendirmeler yapılması (bu mevzu özelinde) Türk tarihçiliğinin geldiği nokta açısından son derece üzüntü vericidir.

Bu noktada Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde yaşamış, müderrislik, Şura-yı Devlet Tanzimat Dairesi Reisliği ve nazırlık yapmış olan Mahmud Esad Efendi (Seydişehrî) tarafından kaleme alınan ve ülkemizde yazılan ilk Türk hukuk tarihi kitabı olan "Tarih-i İlm-i Hukuk (1913-1914)"[179] isimli eserdeki şu satırları zikretmek elzemdir: "*Tertib-i tabiî icâbınca âsâr-ı kadîmenin yazıldığı zamanlardan daha ileri giderek akvâm-ı ibtidâiye nezdinde dahi fikr-i hukukun nasıl neşv ü nema bulduğunu taharriye çalışmak lâzım gelirdi. Lakin bu yoldaki tetkikattan netayic-i nâfia husûlü memul değildir. Çünkü burada istinâd edilecek bir esas metin yokdur. Şehadât-ı şahsiye bi'l-külliye mefkud olduğundan onun yerine istidlalât ve faraziyât ile iktifa etmek, akvâm-ı mezkûre içinde ne türlü ahvâlin cereyan etmesi icâb etdiğini keşfe çalışmak lâzım gelir; bu ise hakikat değil belki hayal ile iştigal olur.*"[180] Esad Efendi bu satırlardan sonra "maziyi keşf" için kullanılan farklı usullerden bahseder ve şimdi en emin cihetin "iptidai kavimlerin" hukuku hakkında değerlendirmeler yapılmaması gerektiğini, bunun "faydasız nazariyat ile iştigal" olduğunu ifade eder. Hâlihazırda elde mevcut bulunan vesikaların değerlendirmelerindeki

[178] Caferoğlu, "Uygurlarda Hukuk ve Maliye Istılahları", s.13.

[179] Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, Fethi Gediki / Mahmud Esad Kalıpçı / Ebru Kayabaş / Sevtap Metin / Ayhan Ceylan / Abdullah Demir / İrem Karakoç / Ali Adem Yörük (Haz.), Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.7.

[180] Mahmud Esad Efendi, s.31.

fahiş hatalar ve problemli yaklaşım görülünce, kendisine bu hususta hak vermemek elde değildir.[181]

Yazılan bu makalede, büsbütün bir alanın veya şahısların itham edilmediğini vurgulamak gerekir. Fakat çalışmalar kronolojik olarak incelendiğinde geçmişten günümüze doğru yapılan çalışmaların genelindeki "kalite düşüşü problemi" açıkça göze çarpmaktadır. Bununla birlikte son dönemde de alana katkı yapan çok ciddi çalışmalar mevcuttur ki yukarıda bunlar ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Caferoğlu 1934'te neşrettiği makalesinde, "*işbu Uygur hukuk vesikaları yığınına rağmen, şimdiye kadar, maatteessüf, Türk hukuk tarihi bakımından hiçbir ciddi tetkik yapılmamıştır.*" diyerek hayıflanmıştır. Bu tarihten sonra pek çok yeni vesika neşredilmiş, çok sayıda kıymetli çalışma kaleme alınmıştır. Fakat bu çalışmalar tarih itibariyle eskimiştir. Nitekim bu çalışmalar kaleme alındıktan sonra pek çok yeni vesika ortaya çıkmıştır. Ayrıca bu değerlendirmeler ekseriyetle dilciler ve tarihçiler tarafından yapılmıştır. Bu da bazı hukuki tavsif ve değerlendirme hatalarına sebebiyet vermiştir. Caferoğlu'nun yukarıda da zikredilen "*Orta Asya Uygur Türkleri hukuk medeniyeti abidelerini, millî medeniyet noktası bakımından, küçük bir salahiyetle gözden geçirdikten sonra, itiraf edeyim ki, gayyur Türk hukukçuları için bu vesikalarda bizim gözümüzden kaçmış olan daha birçok ehemmiyetli noktalar vardır ki bunlar her şeyden evvel bir ihtisas meselesidir.*"[182] ifadeleri de bu durumu göstermektedir.

Uygur hukuk vesikalarında dikkat çekici uygulamalar göze çarpmaktadır. Nitekim akitlerin yazılı yapılması ve bunların şekli olarak yeknesak olması, vasiyet gibi o dönem bazı diğer hukuk sistemlerinde bilinmeyen tasarrufların mevcudiyeti, vasiyeti tenfiz memuru atanması, vesikalarda örf-adet hukukuna yapılan atıflar, akitlerde cezai şart, evlatlık, çocuk satışı ve rehni bunlardan bazılarıdır. Bunlar, genelde göçebe toplulukları özelde Orta Asya Türkleri'ni "barbar vahşi göçebeler" olarak gören, hukuku ve içtimai kaideleri sadece yerleşik hayat ve tarımla özdeşleştiren tarih anlayışının temelsizliğini ortaya koymaya kafi gelmektedir. Her ne kadar bu vesikalar Türkler'in yerleşik hayata geçtikleri bir dönemden günümüze kalmış olsa da vesikalarda rastlanan pek çok müessesenin, bu dönemden önce de mevcut bulunduğu bilinmektedir. Ayrıca vesikalarda sık sık örf-adet hukukuna atıf yapılmaktadır. Bu durum insanlar arasında yerleşmiş ve kuralları insanlar tarafından bilinen mütekâmil bir hukuk sistemine delalet etmektedir.

Halihazırda, eldeki Uygur hukuk vesikaları tercüme edilerek Türkçeye kazandırılmış ve hukuk ıstılahlarına dair önemli çalışmalar

[181] Bu çalışmaların mevcut bulundukları halle yayınlanabiliyor olması da Türkiye'de "danışmanlık" ve "hakemlik" kurumlarının işleyişindeki problemler açısından ayrıca ele alınmaya değerdir.

[182] Caferoğlu, "Uygurlarda Hukuk ve Maliye Istılahları", s.13.

yapılarak malzeme hazırlanmıştır. Artık vesikaların hukuk tarihçileri tarafından değerlendirilmesi zarureti hasıl olmuştur. Bu "*gayyur hukuk araştırıcılarına düşen milli bir vazife*"[183] olarak telakki edilmelidir. Bu noktada hukuk tarihçilerinin şimdiye kadar genel olarak İslamiyet öncesi Türk hukukuna özellikle Uygur hukuk vesikalarına gereken alakayı göstermemiş olduğu da bir öz eleştiri olarak ifade edilmelidir. Dolayısıyla Uygur hukuk vesikaları hukuk tarihçilerinin hamiyetini beklemektedir.

[183] Caferoğlu, "Uygurlarda Hukuk ve Maliye Istılahları", s.13.

KAYNAKÇA

"Çin Elçisi Wang Yen-te'nin Uygur Seyahatnamesi", Çev. Özkan İzgi, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1989.

Abası P, "İslamiyeti Kabul Etmeden Önceki Uygurların Sosyokültürel Hayatı", Yüksek Lisans Tezi, İbn Haldun Üniversitesi Medeniyetler İttifakı Enstitüsü, 2019.

Açıl O, "*Eski Bozkır Devlet ve Toplum Hayatında Kadının Konumu*", S.6, 2016, Cappadocia Journal of History and Social Sciences,.

Açıl O, "Bozkır Kavimlerinde Hukuk Anlayışı (Başlangıcından Uygur Dönemi Sonuna Kadar)", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2016.

Ağca F, "Eski Uygur Türkçesiyle Yazılmış Eserlerin Ses Ve Şekil Özelliklerine Göre Tarihlendirilmesi", Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2006.

Ahmetbeyoğlu A, Uygurlar, İstanbul Üniversitesi UZEM, t.y.

Akcan A, "Bozkır Kavimlerinde Devlet Yönetimi (Başlangıçtan Uygur Dönemi Sonuna Kadar)", Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2021.

Akgündüz A, "Uygur Hukuku", S.57, 1988, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, s.17-31.

Akkaya Ş, "Uygur Türklerini ve Kültürlerini Tanıyalım", C.1, S.3, Mart-Nisan 1943, Ankara, Ankara Üniversitesi DTCF Dergisi.

Aliev S M, "İbn Fadlân", DİA, C.19, İstanbul, TDV, s.477-479.

Almas T, Uygurlar, Çev: Ahsen Batur, Selenge Yayınları, İstanbul, 2010.

Alptekin E, Uygur Türkleri, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 1978.

Arat R R, "Uygurca yazılar arasında", C.II, İstanbul, 1936, Türk Tarih Arkeologiya ve Etnografya Dergisi, s.101-112.

Arat R R, "Uygurlarda Istılahlara Dair", VII-VIII/1, 1942, Türkiyat Mecmuası, s.56-81.

Arat R R, "Eski Türk Hukuk Vesikaları", Yıl:1, Sayı:1, Ankara, 1964, Türk Kültürü Araştırmaları, s.5-51.

Arat R R, "Uygurlar", C.XVI/1-2, 1977-1978, Türk Kültürü Araştırmaları, s.89-149.

Arat R R, "Uygurca Yazılar Arasında-II", XXIII, 1979, Türk Dili Ve Edebiyatı Dergisi, s.17-28.

Arsal S M, "Beşeriyet Tarihinde Devlet ve Hukuk Mefhumu ve Müesseselerinin İnkişafında Türk Irkının Rolü", 1937, II. Türk Tarih Kongresi, s.1062-1093.

Arsal S M, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1947.

Arsal S M, "Eski Türklerin Hususi Hukuku", TÜRKLER, Ed. Hasan Celal Güzel-Kemal Çiçek- Salim Koca, C.3, Yeni Türkiye Yayınları, s.142-158.

Arsal S M, “Türk Hukuku Tarihi”, Haz. Fethi Gedikli- Ali Adem Yörük-Mahmud Esad Kalıpçı, C. LXXV, 2017, İÜHFM, Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı, s.711-833.

Arık F Ş, “Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar Suçlar ve Cezalar”, C.17, S.28, 1995, Tarih Araştırmaları Dergisi, s.1-50.

Avcı M, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.

Aydın M A, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

Ayiter F, “Eski Türk Hususi Hukukuna Ait Bazı Notlar”, C.11, 1949-1950, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, s.417-436.

Başar M S, “İslamiyet Öncesi Eski Türk Hukuku”, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi SBE, Tez No: 387731, 2013.

Bedirhan Y, İslam Öncesi Türk Tarihi ve Kültürü, Konya, Eğitim Yayınevi, 2019.

Binark İ, “Türk Dünyasının En Eski İçtimai Yardım Müessesesi, Vakıflar ve Uygur Türklerinde Vakıf”, Yıl.7, S.78, Nisan 1969, Türk Kültürü, s.422-432.

Caferoğlu A, “Öz Hukuk Dili”, S.5, 1932, Öz Dilimize Doğru, s.72-74.

Caferoğlu A, “Uygur Türklerinde Millî Hukuk Istılahları”, S.8, 1932, Öz Dilimize Doğru, s.130-135.

Caferoğlu A, “Uygurlarda Hukuk ve Maliye Istılahları”, C.IV, İstanbul, 1934, Türkiyat Mecmuası, s.1-43.

Caferoğlu A, “Türk Taamül Hukukunda Evlâtlık Müessesesi”, C.II, İstanbul 1939, Türk Hukuk ve İktisat Tarihi Mecmuası, s. 97-118.

Caferoğlu A, Eski Uygur Türkçesi Sözlüğü, TDK Yayınları, Ankara, 2011.

Cin H-Akgündüz A, Türk Hukuk Tarihi, OSAV, İstanbul, 2011.

Cin H-Akyılmaz G, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2003.

Civelek Ö, “Dindışı Eski Uygurca Metinlerin Karşılaştırmalı Sözvarlığı”, Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi SBE, 2005.

Clark L V, Introduction to the Uyghur Civil Documents of East Turkestan (13th-14th Cc.) Doktora Tezi, Bloomington, Edinburg, 1975.

Çağatay N, “Reşid Rahmeti Arat (12.V.1900-29.XI.1964)”, C.29, Belleten, s.176-193.

Çandarlıoğlu G, “Uygur Devletleri Tarihi ve Kültürü”, Genel Türk Tarihi, Ed. Hasan Celâl Güzel-Ali Birinci, C.2, Yeni Türkiye Yayınları, s.17-45.

Çandarlıoğlu G, İslam Öncesi Türk Tarihi ve Kültürü, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2003.

Çandarlıoğlu G, Uygur Devletleri Tarihi ve Kültürü (Çin Kaynakları ve Uygur Kitabelerine Göre), Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2004.

Çandarlıoğlu G, Sarı Uygurlar ve Kansu Bölgesi Kabileleri (9-11 Asırlar), Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2004.

Çandarlıoğlu G, “Uygurlar”, DİA, C.42, İstanbul, TDV, 2012, s.242-244.

Cantay E, “Türklerde Vakıf ve Taş Vakfiyeler”, S.11, 1994, Vakıf Haftası Dergisi, s.147-162.

Dashtseren U, “Bozkır Kavimlerinde İnanç (Başlangıçtan XIII. Yüzyıla Kadar)”, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2021.

Demir A, Mufassal Türk Hukuk Tarihi, Astana Yayınları, Ankara, 2019.

Eberhard W, Çin Tarihi, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1995.

Eberhard W, Çin’in Şimal Komşuları, Çev. Nimet Uluğtuğ, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996.

Ekinci E B, Hukukun Serüveni, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2011.

Ekinci E B, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2014.

Ekinci E B, “Sual-Cevap”, https://ekrembugraekinci.com/question/?ID=18999 (s.e.t. 30.06.2022)

Emet E, “Uygur Türkleri”, TÜRKLER, Ed. Hasan Celal Güzel-Kemal Çiçek- Salim Koca, C.2, Yeni Türkiye Yayınları, s.233 vd.

Eroğlu E, “Bozkır Kavimlerinde İktisadi ve Mesleki Yapı (Başlangıçtan Uygur Dönemi Sonuna Kadar)”, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2014.

Ertürk A G, “Ötüken Uygur Kağanlığı’nda Devlet Teşkilatı (744-840)”, Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi SBE, 2020.

Esin E, “Resimli Bir Uygur Varakı”, Reşid Rahmeti Arat İçin (Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Ayrıbasım), Ankara, 1966, s.189-207.

Esin E, İslamiyetten Önceki Türk Kültür Tarihi ve İslâma Giriş, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1978.

Geçerler Ceylan Y, “Eski Uygurcada Medeni Hukuk Terimleri”, Doktora Tezi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi SBE, 2021.

Gedikli F, “Türklerde Hukuk”, Editör: Cemil Öztürk, Pegem Akademi, Ankara, 2005, Türk Tarihi ve Kültürü, s.223-239.

Gedikli F, “Yolunu Kendi Kazan Bir Yolcu: Türk Hukuku Tarihçisi Sadri Maksudi Arsal”, C.70, S.1, İÜHFM, s.399-412.

Gedikli F, Hukuk Dili Adli ve Adli Yazışmalar, İstanbul Üniversitesi UZEM, 2019.

Genç Z, “Uygurlarda Kadın”, Yüksek Lisans Tezi, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi SBE, 2009.

Gömeç S, Uygur Türkleri Tarihi ve Kültürü, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Ankara, 1997.

Gömeç S, Türk Kültürünün Ana Hatları, Akçağ Yayınları, Ankara, 2006.

Gömeç S, Uygur Türkeri Tarihi, Berikan Yayınevi, Ankara, 2009.

Gumilev L N, Eski Türkler, Çev. D. Ahsen Batur, Selenge Yayınları, İstanbul, 2011.

Gül B, “Eski Türk Tarım Terimleri”, Doktora tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2004.

Gümrükçüoğlu S O, “Hukuk Tarihi Açısından Hüseyin Namık Orkun ve Fasikülleri”, C.3, S.5, 2005, TALİD, 805-822.

Günal Z, Türk Tarihi ve Kültürü –İslam Öncesi Dönem-, Urzeni Yayınevi, İstanbul, 2021.

Güngör H, "Göktürk Kitabeleri ve Uygur Metinlerinin İnsanî Değer ve Hukuk Açısından İncelenmesi", İstanbul, 1992, Türk Kültürüne Hizmet Vakfı, s.201-220.

Güzel H, "Eski Uygur Sivil Belgelerinde İktisat Terimleri", Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2013.

İbn Fadlan, "İbn Fadlan Seyahatnamesi (Rıhletu'bni Fadlan" Çev. Lûtfi Doğan, C.3, S.I-II, 1954, AÜİFD.

İbn Fadlan, İbn Fadlan Seyahatnamesi ve Ekleri, Çev. Ramazan Şeşen, İstanbul, 1975.

İnan A, "Göçebe Türk Boylarında Evlatlık Müesseseleriyle İlgili Gelenekler", Cilt VI. Sayı: 3, 1948, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, s.127-137.

İzgi Ö, "İslâmiyetten Önceki Türklerde Kadın", XI-XII-XIII-XIV, Ankara, 1973-1975, Türk Kültürü Araştırmaları.

İzgi Ö, "Uygur Alım-Satım Vesikalarında Cezanın Ödendiği Bazı Müessese ve Şahıslar", C.II, 1976, VIII. Türk Tarih Kongresi, Türk Tarih Kurumu, s.799-802.

İzgi Ö, "Kao-ch'ang Uygurları Hakkında", S.32, Mart 1979, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi.

İzgi Ö, "Uygurlarda X-XIV. Yüzyıllarda Alım-Satım ve Borç Alıp-Verme Muâmeleleri", Hacettepe Üniversitesi Sosyal ve İdari Bilimler Fakültesi Tarih Bölümü Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.

İzgi Ö, Kutluk Bilge Kül Kağan Böğü Kağan ve Uygurlar, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara, 1986.

İzgi Ö, Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre), Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1987, Seri:3, Sayı:A.17.

İzgi Ö, "Uygurlardaki Vergilere Ait Bazı Düşünceler", IX. Türk Tarih Kongresi'nden Ayrıbasım, Ankara Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1988, s.579-585.

İzgi Ö, "Turfan Uygurları Kültürü Hakkında Bazı Düşünceler", Ankara, 1989, Uluslararası Osmanlı Öncesi Türk Kültürü Kongresi.

İzgi Ö, "Turfan Uygurlarında Kiralama Vesikaları", X. Türk Tarih Kongresi'nden Ayrıbasım, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991.

İzgi Ö, Orta Asya Türk tarihi araştırmaları, Hazırlayanlar: Erkin Ekrem, Serhat Küçük, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2017.

Kafesoğlu İ, Türkler ve Medeniyet, İstanbul Yayınları, İstanbul, 1957.

Kafesoğlu İ, "Eski Türk Dini", S.3, 1972, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Enstitüsü Dergisi.

Kafesoğlu İ, Türk Milli Kültürü, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınlarından, Ankara, 1977.

Kafesoğlu İ, Eski Türk Dini, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1980.

Kafesoğlu İ, Türk Bozkır Kültürü, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınlarından, Ankara, 1987.

Kamalov A, “Uygur İmparatorluğu (744-840), TÜRKLER, Ed. Hasan Celal Güzel-Kemal Çiçek- Salim Koca, C.2, Yeni Türkiye Yayınları, s.225-232.

Kaşgarlı S M, Uygur Türkleri Kültürü ve Türk Dünyası, Çağrı Yayınları, İstanbul, 2004.

Keleş T, “Uygurların (744-5/840) İpek Yolu Üzerindeki Ticari Faaliyetleri”, Yüksek Lisans Tezi, Çankırı Karatekin Üniversitesi SBE, 2016.

Keskin B, “Eski Uygurlar Neyi, Nasıl ve Neden Kiralıyordu?”, 2019, VIII. Uluslararası Türkoloji Kongresi, s.79-86.

Keskin B, “Eski Uygur Hukuk Belgelerinde Kısaltmalar”, 1/2, 2019, International Journal od Old Uyghur Studies, s.233-248.

Keskin B, “Ahmet Caferoğlu ve Uygur Sözlüğü”, İstanbul, 2019, Doğumunun 120. Yılında Prof. Dr. Ahmet Caferoğlu Hatıra Kitabı, s.78-93.

Keskin B, “Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri Ve Söz Varlığı”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2020.

Keskin B, “Eski Uygur Borç Sözleşmelerine Ait Sekiz Fragman”, C.51, 2021, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, s.253-272.

Konan B, “Türk Kadınının Siyasi Hakları Kazanma Süreci”, C.60, 2011, AÜHFD, s.157-174.

Konan B, “Cumhuriyet Öncesi Dönemde Türk Kadınının Aile Hukukundaki Durumu”, Yasama Dergisi, S.33, 2016, s.7-28.

Konan B- Özkorkut N Ü, *Türk Hukuk Tarihinde Kadın*, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ed.: G.Uygur-N.Özdemir, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 93-117.

Köprülü B, “Tarihte Vakıflar”, C.8, S.3, 1951, AÜHFD, s.479-518.

Köprülü F, “Ortazaman Türk Hukuki Müesseseleri İslam Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok mudur?”, İstanbul, 1937, II. Türk Tarih Kongresi, s.39-72.

Köprülü F, “Vakıf Müessesesi ve Vakıf Vesikalarının Tarihî Ehemmiyeti”, S.1, 1938, Vakıflar Dergisi, s.1-6.

Köprülü F, “Vakıf Müessesesinin Hukuki Mahiyeti ve Tarihi Tekâmülü", S.2, 1942, Vakıflar Dergisi, s. 1-36.

Kunter H B, “Türk Vakıfları ve Vakfiyeleri Üzerine Mücmel Bir Etüd”, S.1, 1938, Vakıflar Dergisi, s.103-129.

Kurtoğlu Y T, “Eski Orta Asya Türk Devletlerinde Aile Hukuku”, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi SBE, 2015.

Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, Haz. Fethi Gediki-Mahmud Esad Kalıpçı- Ebru Kayabaş- Sevtap Metin- Ayhan Ceylan-Abdullah Demir- İrem Karakoç- Ali Adem Yörük, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Minorsky V, “Tamim İbn Bahr’s Journey to the Uyghurs” C.12, 1948, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, University of London, s.275-305.

Mustafa Celaleddin Paşa, Eski ve Modern Türkler, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2014.

Naskali E G, "Doğu Türkistan'da Ahilik (Yeni Uygurca Belgeler)", Ankara, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1996, I. Uluslararası Ahilik Kültürü Sempozyumu Bildirileri 13-15 Ekim 1993.

Orkun H N, "Türk Hukuk Tarihinin Uygur Vesikaları", Ankara, 1935, Türk Hukuku Tarihi -Araştırmalar ve Düşünceler-, s.533-548.

Orkun H N, "Eski Türklerde Anlaşma", Türk Hukuku Tarihi, Belgeler, Ankara, 1936, s.19-23.

Orkun H N, "Eski Türklerde Sosyal Kurumlar", Belgeler, Ankara, 1936, Türk Hukuku Tarihi, s.24-34.

Orkun H N, "Uygur Türklerinde Senet İle Alış Veriş", C.V, S.17-18, 1954, Banka, s.33-39.

Ögel B, İslamiyetten Önce Türk Kültür Tarihi (Orta Asya Kaynak ve Buluntularına Göre), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1962.

Ögel B, Türk Kültür Tarihine Giriş, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1978.

Ögel B, Dünden Bugüne Türk Kültürünün Gelişme Çağları, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2001.

Özyetgin A M, Eski Türk Vergi Terimleri, KÖKSAV, Ankara, 2004.

Özyetgin A M, "Eski Türklerde ödeme Araçları: Kağıt Para Çav'ın Kullanımı", C:1, Sayı:1, 2004, Modern Türklük Araştırmaları Dergisi, s.90-105.

Özyetgin A M, "Turfan Uygurlarında Ceza Hukukuyla İlgili Uygulamalar", C.LXXV, S.273, 2011, Belleten, s.337-360.

Özyetgin A M, İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2014.

Pamir A, "Türkler'in Geleneksel Dini Şamanizm'in Orta Asya Eski Türk Kamu Hukuku'na Etkisi", C.52, S.4, AÜHFD, 2003, s.155-185.

Pamir A, "Orta-Asya Türk Hukukunda "Töre" Kavramı", C.58, S.2, 2009, AÜHFD, s.359-375.

Pamir A, "Maniheizm Dini ve Bu Dinin Eski Orta-Asya Türk Hukuku'na Etkileri", C.1, S.1, 2014, Çukurova Üniversitesi HFD, s.61-75.

Pamir A, "Eski Orta Asya Türk Hukuku'nda Kurultay Müessesesi", C.2, S.3, 2015, Çukurova Üniversitesi HFD, s.11-50.

Pamir A, "Eski Orta Asya Türk Devletlerinde Törenin Oluşmasında Kurultayların Rolü", 2019, Adalet Dergisi, s.213-234.

Ruben W, "Buddhist Vakıfları Hakkında", Çev. Meliha Torkak, Sayı: II, 1942, Vakıflar Dergisi, s.173-181.

Rüzgar B, "Bozkır Kavimlerinde Bilim ve Düşünce Hayatı (Başlangıcından Uygur Dönemi Sonuna Kadar)", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2019.

Sağır C, "Temim İbn Bahr'ın Seyahatnamesi İle Mervezi'nin Taba-İ Hayavan Eserinin Tercümesi Ve Değerlendirilmesi", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2006.

Sarı İ, Türklerde Adalet, Net Medya Yayıncılık, Antalya, 2017.

Sertkaya O F, “Uygur harfleri ile yazılmış bazı mensur parçalar I, Mes’ele Kitabı (Mez-’el-e Kidāb-ı)”, Türkiyat Mecmuası, XVIII, İstanbul 1976, s. 245-280.

Sertkaya O F, “Turfan metinleri ve yapılan yayınları”, C.XIX, 1980, Türkiyat Mecmuası, s.309-334.

Sertkaya O F, “Turfanda bulunan Uygur metinleri Türkiye kütüphânelerine nasıl geldi? (I)”, XXI/247 (Kasım 1983), Türk Kültürü, s.740 (52)-746 (58).

Sertkaya O F, “Ord. Prof. Dr. Reşid Rahmeti Arat (15 Mayıs 1900-29 Kasım 1964) ve Eserleri –Ölümünün 20. yıl dönümü dolayısı ile-”, C.32, 1984, Türk Dili Araştırmaları Yıllığı-Belleten, s.305-313.

Sertkaya O F, “Uygur para belgeleri (I. Bölüm: Kümüş)”, Issledovanie Yazıkovıh Sistem v Sinhronim i Diahronim, K 70-letiyü E. R. Tenişeva, Moskova 1991, s. 114-136.

Sertkaya O F, “Eski Uygur Türklerinden Hukuk Belgeleri Örnekleri”, İstanbul 1992, Tarih Boyunca İnsanî Değerler ve İnsan Hakları, s.131-148.

Sertkaya O F – Alimov R, Eski Türklerde Para, Göktürklerde Uygurlarda Türgişlerde, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2016.

Sevinç N, Eski Türkler’de Kadın ve Aile, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1987.

Sümer F, “Dokuz Oğuzlar”, DİA, C.9, İstanbul, TDV, 1994, s.500-502.

Şen A, “Uigurische Sprachdenkmaler'den Seçme Uygur Hukuk Belgeleri”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2004, Tez No: 14609.

Şirin İ, “Uygur Sivil Dokümanlarının Söz Varlığı”, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi SBE, 2014.

Taşağıl A, “Uygurlar”, Genel Türk Tarihi, Ed. Hasan Celal Güzel-Ali Birinci, C.1, s.711-726.

Taşağıl A, “Turfan”, DİA, C.41, İstanbul, TDV, 2012, s.414-416.

Taşağıl A, Çin Kaynaklarına Göre Eski Türk Boyları, M.Ö. III-M.S. X. Asır, TTK, Ankara, 2013, s.113-115.

Taşağıl A, Kök Tengri’nin Çocukları (Avrasya Bozkırlarında İslam Öncesi Türk Tarihi), Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2013.

Tekin Ş, “Uygur Harfleri İle Yazılmış Karahanlılar Devrine Ait Tarla Satış Senetleri”, 1975, Selçuklu Araştırmaları Dergisi, s.157-186.

Togan Z V, Umumi Türk Tarihine Giriş, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1946.

Toru H-Hiroşi U, “Japonya’da Göktürkler ve Uygurlarla İlgili Olarak Japonca Yayınlanan Araştırmaların Bibliyografyası”, TTK, 1989, Türk Dili Araştırmaları Yıllığı.

Turan O, “Eski Türklerde Okun Hukukî Bir Sembol Olarak Kullanılması”, C.IX, S.35, 1945, Belleten, s.305-318.

Uçar M, “*Melek Özyetgin’in “İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku” Adlı Eserine Dair*”, S.3/2, 2014, Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi, s.318-331.

Ulusoy D- Celil A, “Uygurlarda Aile”, İstanbul, 2005, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Sosyoloji Konferansları, İstanbul Üniversitesi Yayın No:4620.

Umur Z, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Beta, İstanbul, 1987.

Üçok C- Mumcu A- Bozkurt G, Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Yakut E, “Eski Türklerde Hukuk”, C.1, S.3, Anadolu Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, s.401-426.

Yakut E, “Eski Türk Hukuku”, Hukuk Tarihi, Ed. Fethi Gedikli, Açıköğretim Fakültesi Yayınları, Eskişehir, 2019, s.54-77.

Yamada N, "Uygur Satış Mukavelesi Belgelerinin Şekilleri", Çev. Emine Gürsoy Naskali, C.26, İstanbul, 1993, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi, s.195-234.

Yamada N, “Tamgha- and Nishan-Form of Uighurian Contract Discovered in East Turkestan”, Trudy dvadcat’ pyatogo Mejdunarodnogo Kongressa Vostokovedov (Moskva 9-16 avgusta 1960), Moskova 1963, s. 321-322.

Yazıcı N, Tarihte Türkler ve Türk Devletleri, İlgi Yayınları, İstanbul, 2011.

Yılmaz B, “Uygur Sivil Belgelerinin Moğol Tarihi Araştırmalarındaki Önemi”, 2020\40, Türkbilig, s.251-260.

Yüce N, “Reşit Rahmeti Arat”, DİA, C.3, İstanbul, TDV, 1991, s.336-337.

Zeren M E, “Maniheizm Ve Budizm’in Uygurlar’ın Kültür Hayatına Etkileri”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2015.

KOLOMB'TAN MÜLTECİLERE 1492-1850 AVRUPASI VE BUGÜNÜN GÜVENLİK HAKKI OLMAYAN ÖZNELERİ

From Colomb to Refugees Europe Between 1492-1850 and the Subjects without Freedom and Security

Dr. Buğrahan ELDELEKLİ*

Öz: XVI. yüzyılın başında yeni ticaret yolları keşfetmek için çıkılan yol Rönesans ve Reform ile bir yeniden yapılandırma hareketinin yolunu açmıştır. Bu reformasyon ile devletler, üretim şekilleri, ekonomi ve nihayetinde hayatın kendisi dizayn edilmiştir. Günümüzde insan haklarının evrenselliği halen güncel bir tartışma konusudur. Tartışma güncel krizler ile yenilenmekte ve boyut kazanmaktadır. Çalışmada insan hakları denildiğinde ilk akla gelen özgürlük ve güvenlik konusundaki tartışmaların sürmesinin nedeni, sürecin kendisinde aranmış, gündemde yer tutan ve gelecekte de yer tutacak olan mülteci tartışmaları ekseninde değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır..

Anahtar Kelimeler: Avrupa, modernite, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özgürlük ve güvenlik hakkı

Summary: The expaditions to find new trade routes in the begining of XVI. century pawed the way for a restructuring movement with the Renaissance and Reformation. With these reformation revolutions, states, production methods, economy and ultimately life itself were re-designed. The universality of human rights is still a topic of discussion today. The debate is being renewed and gaining dimensions with current crises. In the study, the reason for the continuation of the discussions on freedom and security, which comes to mind first when human rights are mentioned, has been sought in the history of the above mentioned period, and an evaluation has been made in the axis of the refugee debates which will possibly remain a topic in the near future.

Keywords: Europe, modenity, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, right to freedom and security

* beldelekli@erdemir.com.tr, ORCID: 0000-0003-0320-4976
Makale Geliş Tarihi: 28.07.2022, Makale Kabul Tarihi: 16.08.2022

GİRİŞ

XVI. yüzyılın başında Avrupalı kâşifler doğuda Hint Okyanusu'na kadar uzanarak yeni ticaret yolları keşfetmek için yola çıkmış, bu keşif harekâtı Amerika kıtasının sömürgeleştirilmesi ile sonuçlanmıştır. Yeni ticaret rotaları ve bakir bir kıta bulan Avrupa, kavuştuğu kaynaklar ve savuşturduğu salgın hastalıklar sonrasında Rönesans ve Reform ile hem düşünsel hem siyasal anlamda şekillenmiştir. Nihayetinde Fransız devrimi ile devletler, sanayi devrimi ile de ekonomi yeniden dizayn edilmiştir.

Günümüzde bir yandan insan haklarının evrenselliği tartışılırken bir yandan da bu hakların ihlalinin nasıl önlenebileceği, etkin mekanizmaların neler olduğu konuları ele alınmaktadır. İnsan hakları denildiğinde ilk akla gelen özgürlük ve güvenlik konusunda halen benzer tartışmaların sürmesi ise düşündürücüdür.

Bu bağlamda aydınlanmanın bir çıktısı olarak insan haklarının bu dönemin ürünü olduğu ve bu nedenle de ürünün Avrupa kökenli olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Ancak Avrupa'nın insan hakları konusunda tek ve hâkim otorite olduğunu ileri sürmek, bu hakların ancak Avrupa'da ya da Avrupa standartlarında var olabileceğini söylemenin aynı derecede mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Çalışmada 1492-1850 Avrupa'sı ele alınırken mümkün olduğunca ülkeler özelinde açıklamalardan uzak durularak bu dönemde kıtada meydana gelen olaylar ele alınmaya çalışılacaktır. Çalışmada Kolomb'un yeni kıtayı keşfi bir milat olarak ele alınmıştır, zira bu keşif sonrasında yaşanan ekonomik, siyasal ve sosyal değişim bugünün dünyasını hazırlamıştır. Bu nedenle Avrupa denildiği zaman sadece coğrafi olarak sınırları belirlenmiş kıta değil aynı zamanda aydınlanma hareketinin doğduğu ve olgunlaştığı düşünsel alanı da kastediyor olacağız.

Bu çerçevede çalışmada dönemin kısa kronolojisine yer verilecek, bağlantılı olarak dönemde düşünsel alanda meydana gelen değişim ana hatlarıyla ele alınacak ve daha sonra insan haklarının evrenselliğinin esasında iddia edildiği ölçüde kapsayıcı olmadığını ortaya koyabilmek adına mültecilerin özgürlük ve güvenlik hakları konusuna değinilmeye çalışılacaktır. Mültecilerin özgürlük ve güvenlik hakkı durumunun saptanabilmesi açısından bir örnek olarak da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili hükmü (Sözleşme veya AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin konu hakkında vermiş olduğu karar ele alınmaya çalışılacaktır.

I- 1492-1850 ARASI AVRUPA

A-KRONOLOJİ

Çalışmaya konu olan dönem kimi tarihçiler bakımından ortaçağın sonu olarak kabul edilmektedir. Yeni bir çağdan bahsolunurken bu çağda düşünsel, siyasal ve sosyal alanda bir ortak desen ortaya

koyulmaya çalışmaktadır. Bu durumda kimi tarih okumalarında 1453 Ortaçağ'ın sonu olarak kabul edilmektedir. İstanbul'un fethi savaş teknolojisi bakımından ateşli silahların bir daha çıkmamak üzere sahneye girişini ve aynı zamanda "Müslüman Osmanlı ülkesi ile Ortodoks Rusya arasındaki sevgi, nefret ilişkini" gündeme getirmiştir.[1] Barutlu silahlar Amerika kıtasının sömürgeleştirilmesi hareketinde büyük önem taşırken, İstanbul gibi bir merkezin fethinin yarattığı kırılma Avrupa düşüncesine uzun süre hâkim olacak "diğerleri" koduna Müslümanları net olarak yerleştirmiştir. XVI. yüzyılın başları bakımından Avrupa'da geçerli bir başka ortak yan önceki yüzyılda nüfusu büyük oranda etkileyen salgın hastalıkların (özellikle vebanın) etkisinin azalması, nüfusun yeniden yükselmeye başlamasıdır.[2] X-XIII. yüzyıllar arasında Dünyadaki en büyük kentler Avrupa dışında Çin, Afrika Hindistan'da iken XV. yüzyıldan itibaren Avrupa'da da bu klasmanda şehirler var olmaya başlamıştır.

Dönemde önemli bir tarih olarak 1492 üzerinde durmak gerekmektedir. Bu tarih Amerika kıtasının Kolomb tarafından keşfi ile açılan yeni bir dönemi belirtmesi açısından semboldür. Roma'nın çöküşünden sonra giderek daha parçalı bir hal alan siyasi hayatta önemli aktörler, krallar ve kilise olarak karşımıza çıkmaktadır. Keşif ve sonrasındaki sömürge hareketi, hem kralın hem kilisenin tahakküm alanında kalan çiftçiler ve tüccarlar bakımından bir kırılmaya işaret eder. Bu tarihten sonra giderek artan ticaret olanakları ve zenginlik, bir grubun lehine olmak üzere toplumsal yapıyı değiştirmiş, ticaretle uğraşan kesimin giderek güçlenmesi hem taleplerinin artmasına hem de çeşitlenmesine yol açmıştır.

XVI. yüzyıl doğuda giderek ağırlığını hissettiren Osmanlı İmparatorluğu'nun yükseliş dönemi olarak anılırken Avrupa'da bu yükselişin etkilerinin edebiyattan güzel sanatlara ve siyasete kadar gözlemlenebildiği bir dönemdir. Doğu ile ilişkilerde gerek Osmanlı'nın Avrupalı devletlere karşı tutumu, gerekse Avrupalı devletlerin güç savaşındaki konumlanmaları belirleyici olmuştur. Bu anlamda XVI. yüzyılın ilk yarısı bir yanda Osmanlı ile kapitülasyonlarla anlaşma zemininin aranmasına, bir diğer yanda ise Avrupa'da devletler arasında ve devletlerin kendi içinde uzun süren savaşlara sahne olmuştur. Benzer şekilde iktidar iddiası olan bir diğer odak olan kilisenin ise Protestanlık (1517) ile mücadelesi söz konusudur.

XVI. yüzyılın ikinci yarısında Amerika'nın sömürgeleştirilmesine öncü olan İspanya ve Portekiz'in denizlerde İngiltere karşısındaki güç kaybı, kıtada ise Fransa tarafından geriletilmesi genel siyasi havayı özetler. Bu yüzyıl düşünsel hayatta da köklü değişimlerin olduğu bir

---

[1] Charles Tilly, Avrupa'da Devrimler 1492-1992, çev. Özden Arıkan, Afa Yayıncılık, İstanbul, 1995, s.45.

[2] Mehmet Ali Ağaoğulları, Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s.289.

dönemdir. Ortaçağ dogmalarının sorgulandığı, yeni bilimin, yeni dinin ve yeni sanatın ortaya çıktığı yüzyıldır.[3]

XVII. yüzyıl ise bir yandan sömürgelerden elde edilen zenginliğin devletler arasında paylaşılması savaşlarına sahne olurken beri yandan da devletin ne olduğu, nasıl ortaya çıktığına ilişkin ilk düşüncelerin ortaya atıldığı dönem olmuştur. Doğanın bilimsel alanda yeninde keşfi ve insicamının kurallarla izahı bir izlek olarak düşünsel alanda da takip edilmiştir. Thomas Hobbes'un "De Cive" (1642), ve "Leviathan"ı (1650), Baruch (Benedictus) Spinoza'nın "Tractus Theologico Politicus"u (1670), John Locke'un "Yönetim Üzerine İki İnceleme"si (1689) bu yüzyılın eserleridir.

XVII. yüzyıl Osmanlı için fetih ile sonuçlanamayan Viyana Kuşatmaları ve Karlofça Antlaşması (1689) ile kapanır. XVIII. yüzyıl Avrupa bakımından doğu denildiği zaman artık sadece Müslüman Osmanlı'nın değil, Ortodoks Rusya'nın da varlığının hissedildiği yüzyıldır. Bu dönemde önceki yüzyıldan itibaren giderek artan ticaret – sömürgeleştirme sayesinde hem artan, hem çeşitlenen talepleri ile sesini daha çok duyuran burjuva sınıfı Avrupa'da ağırlığını iyice hissettirmektedir. Düşünsel anlamda geçen yüzyılda ortaya konulan doğal hak ve toplumsal sözleşme fikirleri olgunlaşmaya ve somutlaşmaya başlar. Artık aydınlanma ve rasyonelleşme düşüncesi temel motif olmaktadır. Montesquieu, Rousseau ve Kant döneme eserleri ile yön vermişlerdir. Yüzyılın sonunda Fransa'da gerçekleşen devrim sadece devlet düzleminde değil, güzel sanatlardan sosyolojiye birçok alanda bir "yeni"ye yol açmıştır.

XIX. yüzyıl devrimle kapanan yüzyıldan aldığı ivme ile salt siyasal değil ancak düşünsel, ekonomik ve üretim biçimleri açısından da yenilenmelerin ve devrimlerin yaşandığı çağ olmuştur. Sanayi devrimine kadar gelen süreçte bir yanda Fransız Devrimi sonrası ulus devlet fikri iyice olgunlaşırken, diğer yanda yeni üretim biçimleri ile ortaya çıkan artık değer ve toplumsal sınıf çatışmaları tartışmaları sürmektedir. Bu dönemde İdealizm, Marksizm, Varoluşçuluk, Pozitivizm gibi akımların canlı biçimde tartışıldığı, Hegel, Nietche, Marx, Engels, Stuart Mill, Auguste Comte gibi yazarların sonraki dönemdeki düşünürler üzerinde derin etkiler bırakacak eserlerini ortaya çıkardığı dönem olmuştur.

B. KRONOLOJİNİN DÜŞÜNSEL İZDÜŞÜMÜ

1492-1850 arası Avrupa'da yukarıda kısaca yer vermeye çalıştığımız değişimler ve dönüşümler yaşanmıştır. Çöken Roma İmparatorluğu sonrasında yaşanan çekişme küçük krallıklar şeklinde bir yapılanmaya yol açmış olsa da tüm kıtada tek ve merkezi egemenlerden

[3] Jacqueline Russ, Avrupa Düşüncesinin Serüveni Antik Çağlardan Günümüze Batı Düşüncesi, çev. Özcan Doğan, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2011, s.101.

bahsetmek henüz mümkün değildir. Kralların iktidarı ile başat olarak kilise iktidar iddiasını korumuş, bu ikisinin zaman zaman çekişmesi ve zaman zaman ittifakı her ikisinin de siyaset sahnesinden çekilmesine kadar sürmüştür.

Avrupa XVI. yüzyılda siyasal olarak çok parçalı bir haldedir. Bunun bir sonucu diğer coğrafyadakilerin aksine toprak sahipleri ve kapitalistlerin serpilmesi olmuştur. Örneğin Çin'de ve Japonya'da devlet, toprak sahipleriyle kapitalistleri sınırlandırmayı başararak, onların elindeki rantlarla kârların önemli bir bölümünü memurlara aktarmayı başarırken, Avrupa'da hiçbir imparatorluk, toprak sahiplerini ya da kapitalistleri kıta ölçeğinde denetimi altına tutmayı başaramamıştır.[4]

Avrupa 1300'lerden itibaren salgın hastalıklar nedeniyle nüfusunun önemli bir kısmını yitirmiş buna bağlı olarak da ekonomik hayat durma noktasına gelmiştir.[5] XVI. yüzyıla gelindiğinde kontrol altına alınmaya başlanan hastalıklar ile nüfus artmaya başlamış, ancak bu büyük belanın neden ortaya çıktığı ve nasıl olup da kilise tarafından savuşturulamadığı bir soru işareti olarak kalmıştır. Buna ek olarak Avrupa için büyük önem taşıyan baharatların ve doğunun diğer ticari emtiasının sevkiyatının kontrolünün Osmanlı'nın eline geçmiş olması yeni ticari yolların keşfini zorunlu kılmıştır. 1492'de yapılmaya çalışılan aslında yeni ticari yolların bulunmasıdır. Hedef doğudur. Kolomb'un meşhur "Hindistan" şaşırmasının altında yatan neden budur.

Kolomb'un keşiflerinin Avrupa'daki değişimlerine aşağıda değineceğiz. Bu keşifler sonrası yeni kıtada meydana gelen değişikliklerin etraflıca ele alınması ise ayrı bir çalışmanın konusudur; ancak çalışmamızın kapsamı dahilinde şunlara değinmek mümkündür. "Yeni" kıtada yaşayan insanlar bakımından, kıyılarda beliren insanlar tamamen başka bir uygarlıktan gelmekteydiler. Amerika'da yaşayan yerliler farklı ihtiyaçlar çerçevesinde bilimsel ve teknik olarak farklı biçimde gelişmişlerdi. Astronomi ve matematik tarım için büyük önem taşıdığından oldukça ileri düzeyde iken, silah teknolojisi Avrupa'nın gerisindeydi. Özellikle barutlu silahlar ve atlı süvariler bu insanlar için daha önce görmedikleri bir teknolojiyi ifade etmekteydi.[6] Buna karşın İspanyolların gözünde bu yerliler insan *statüsünde* dahi değildiler. Her şeyden önce Hristiyan, dolayısıyla medeni değildiler. Böylece ilahi kuralların kendilerine uygulanmasına imkân yoktu. Kaşifler ile gelen papazlar tarafından gerçek dine ve medeniyete çağrılmalarına rağmen itaat etmediler. Bu noktadan sonra katledilmeleri önünde de bir engel

4 Tilly, s.50.

5 Tilly, s.40 vd.

6 Jared Diamond, Tüfek, Mikrop ve Çelik İnsan Topluluklarının Yazgıları, çev. Ülker İnce, Pegasus Yayınları, İstanbul, 2018, s.70 vd.

kalmamıştı. Zengin altın ve gümüş madenleri doğal olarak onları *ehlileştirmeye* çalışan medeniyet temsilcilerinin oldu.[7]

Sömürgecilerin yarattığı katliamdan kaçabilen yerliler bu kaşiflerin yan ürünü olan mikrop ve hastalıkların eline düştüler. Daha önce kıtada olmayan kızamık, suçiçeği, veba gibi hastalıklar nüfusu ciddi oranda düşürmüş, madenlerin işletilmesi için gerekli işgücü bulunamaz hale gelmiştir. Bu duruma çözüm ise Afrika'dan getirilen köleler ile bulunmuştur.[8]

Kolomb'un keşifleri ile ticaret hacminin büyümesi, fiyatların giderek artması karşısında sömürge ve kölelik hareketi ile ucuzlayan iş gücü, hem toprak sahiplerinin hem de kapitalistlerin işine yaramış ve kıtanın birçok bölümünde bu ikisinin ittifak kurmasına, hatta birbiriyle bütünleşmesine olanak sağlamıştır.[9]

Bu iş birliğinin düşünsel hayata yansımaları ise kentleşme ile mümkün olmuştur. Bu yerleşim biçimi yeni toplumsal ilişkilerin ve yeni mücadelelerin sahnesi haline gelmiş böylece düşünsel üretim içinde merkez konumunu almıştır[10]. Bu etkileşim ve çatışma düşünsel hayattaki özgürlük, hak, hukuk gibi kavramların da bu etkileşim üzerinden tanımlanmasına neden olmuştur.

Amerika kıtasının sömürgeleştirilmesi ve buna bağlı olarak kapitalist dünya sisteminin bu dönemde Avrupa merkezinde gelişmesi[11] ile koşut olarak gelişen bir başka olay kilisenin siyasal iktidarın ortağı değil; ona tabi olan bir unsur haline gelmesidir. 1517 tarihinde Martin Luther tarafından fitili ateşlenen Reform hareketi ile somutlaştırılan bu düşünceye göre yozlaşmış – kurumsallaşmış kilisenin alternatifi olarak gerçek kilise, iman sahibi Hristiyanların sadece manevi dünyasında iktidar sahibidir. Bunun haricindeki alanlarda iktidar-zor kullanma hakkı yoktur. Şu hâlde manevi dünya dışında kilise kurum olarak dünyevi iktidara tabidir.[12]

Kilisenin iktidarı bakımından tehlikeli olan bu görüşler gelişen ve toplumsal alanda giderek ağırlığı artan burjuvazi tarafından hemen büyük bir iştahla karşılanmamıştır. Her ne kadar bir yeniden yapılanma arayışında olsa da Luther nihayetinde bozulmamış Hristiyanlığı ve arzulardan uzakta mümin-hakiki Hristiyan'ı tesis etmek peşindedir.

Burjuvazinin aradığı, ihtiyaç duyduğu, dünya ile barışık ancak dinden çıkmamış insan sentezini Jean Calvin sunmuştur:

---

7 Cemal Bali Akal, Modern Düşüncenin Doğuşu İspanyol Altın Çağı, Dost Yayınları, Ankara, 1997, s.93.

8 Akal, s.90-91.

9 Akal, s.43.

10 Ağaoğulları, s.290-291.

11 Tilly, s.48.

12 Ağaoğulları, s.303.

Calvin sayesinde bir yanda bu dünyanın nimetleri için didinip duran Hristiyanlar, öbür yanda bu dünyadan vazgeçmiş ve tümüyle tanrısal krala adanmış Hristiyanlar arasındaki uçurum kapatılacaktır.(...) Calvinci yaklaşım, dünyevi bir başarıyı sınırsız bir kazanç arzusu olarak ele almamaktadır. Dünyevi başarı yeniden başka dünyevi başarıları için sermaye haline getirilmektedir. Artık kutsanan paranın kendisi değildir; sermaye olarak paradır. [13]

Yukarıda değindiğimiz üzere bu dönem iktidarın sorgulandığı, açıklanmaya – temellendirilmeye çalışıldığı bir dönemdir. Bu bakımdan Kolomb'un keşifleri XVI. yüzyılın ekonomik yaşantısında ne kadar kökten bir değişiklik getirdiyse Machiavelli'nin eserleri ve düşüncesi de siyasi iktidarın temellendirilmesi yolundaki düşünceleri o kadar etkilemiştir.

Machiavelli ideal olandan, olması gerekenden çok, mevcut yapının-siyasi olgunun açıklanması peşindedir. Bu konudaki duruşunu Prens isimli eserinde şu şekilde ortaya koyar:

"Bu konuda çok yazılmış olduğunu biliyorum; o yüzden benim de yazdığımı görenlerin beni kendini beğenmiş biri sanmalarından çekiniyorum; hele ki bu konuda benim görüşüm başkalarınınkinden oldukça farklıyken. Ama değil mi ki niyetim bana kulak vereceklere hizmet etmektir insanın hayalinde canlandırabileceğinden çok, şeylerin fiili gerçeğine bağlanmak bana gerekli gözükmektedir. Hakikaten, çokları hiç kimsenin fiilen görmediği ya da tanımadığı cumhuriyetler ve prenslikler hayal etmişlerdir. Ama yaşanılan biçim ile yaşanılması gereken biçim arasındaki mesafe öylesine büyüktür ki her kim ki olana gözlerini kapar da yalnızca olması gerekeni görür aslında nasıl yaşamasını değil nasıl canından olmasını öğrenir; zira senin tam karşıtın olan öncü insan arasında her zaman ve her şeyde iyi insan örneği olmak istersen kesinlikle yitip gidersin. Demek ki bir prens tahtını elinde tutmak istiyorsa katı yürekli olmasını bilmeyi öğrenmeli ve gerektiğinde bu sanata başvurmalıdır.

O halde, prensler hakkında çıkartılmış bir sürü hayali öyküyü bir yana bırakıp yalnızca gerçeklere bakalım."[14]

Ona göre siyasal öğretide asıl ele alınması gereken siyasal olgulardır, iktidarın korunmasıdır. *"...[T]üm zamanlar ve mekanlar için geçerli olan bir ideal devlet biçiminden söz edilemez. Bu anlayış, meşruluk kavramının teorik açıdan dışarıda bırakılmasına yol açar... Bir başka değişle, iktidarı ele geçirmek ve korumak amacıyla girişilen her eylem, Başarıya ulaştığında meşrudur."* [15]

---

[13] Ağaoğulları, s.311-12.

[14] Machiavelli, Prens, çev. Nazım Güvenç, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1994, s.100 (vurgu bize ait).

[15] Ağaoğulları, s.325-326.

Machiavelli çağdaşları ve sonrasındaki düşünürler üzerinde büyük etkiler bırakmış bir yazardır. Kimi eleştirmenler tarafından özgürlükçü kimi eleştirmenler tarafından ise monarşist olarak ele alınıp eleştirilmiştir. Kimilerine göre şeytanın uşağı, canavar, burjuvanın adamıdır. Ayrıca ragion de stato'nun asıl tarihini yazan kişi olarak hedeftedir. [16]Bizim çalışmamız bakımından önemi, tek bir evrensel - ideal devleti reddetmesi ve insanın doğası gereğince iktidar için savaştığı önermesidir.[17] Bu hareket noktası bilindiği üzere daha sonra Hobbes tarafından da ele alınacak ve devletin bu mücadelenin bir sonucu olarak bir sözleşme ile örgütlendiği sonucuna varılacaktır.

Coğrafi keşifler, bilimsel gelişmeler ve düşünsel alanda ortaya konan eserler XVII. yüzyıl Avrupası'nda esaslı bir değişikliği işaret etmektedir. Doğa bilimlerinin ve aklın giderek kendine daha çok yer bulması düşünsel dünyada da etkili olmuştur. Artık ilahi bir egemen tarafından buyrulan hukukun yerini açıklamalarını doğada arayan hukuk almaya başlamıştır. Çalışmamız bakımından önemli olan bu referans değişimi öz olarak doğal hak tartışması çerçevesinde açıklanabilir.

Klasik dönemde her şeyin özü ile tanımlanması temelinden hareketle bu öze uygun davranma ve bu öze ulaşma fikri çerçevesinde şekillenen doğa durumu; Hıristiyanlık sonrasında Tanrı tarafından verilen öze uygun davranma şekline, böylece erdemli insan da mümin insana dönüşür. [18]

Hobbes ise bu varsayımı reddeder. Şeylerin bir öz tarafından tanımlanmadıklarını, bir kudret tarafından tanımlandıklarını söyler. Demek ki doğal hak şeyin özüne uygun olan demek değildir, şeyin yapabileceği her şeydir. Ve herhangi bir şeyin, -hayvan olsun insan olsun- hakkı, yapabileceği her şeyi yapmaktır. Yapabileceği her şey hakkı içindedir. O andan itibaren şu tipten büyük önermeler baş gösterecektir: Ama büyük balıklar küçükleri yerler. Bu onun doğal hakkıdır. [19]

Böylelikle doğa durumu ile doğal hak arasındaki geçiş sağlanmıştır.

Hobbes'un bu önermesi iki bakımdan önem taşımaktadır. Hobbes topluluk halinde yaşamayı (ve devleti) açıklarken bir toplum öncesi hal ileri sürer. Doğal durum tarifinden ortaya çıkan aslında insanın

---

[16] Abdurrahman Saygılı, Kutsal Canavar Devlet, İmaj Yayınları, Ankara, 2019, s.136.

[17] Ağaoğulları, s.329 vd.

[18] Gilles Deleuze, Spinoza Üzerine 11 Ders, çev. Ulus Baker, Öteki Yayınları, Ankara, 2000, s.101-103. Bu dönüşümü Cicero'da takip etmek mümkündür: "Cicero, yasaların ve adaletin kaynağını göstermeye çalışmakta ve adaletin kökünü doğa ve insan doğasında aramaktadır. Ona göre, "doğaya uygun olarak bütün insanlar için geçerli olan, aynı kalan ve değişmeden sonsuza dek süren gerçek bir yasa vardır; bu doğru akıldır. Bu yasa, buyruklarıyla insanları ödevlerini yerine getirmeye iter, yasaklarıyla da onları hata işlemekten alıkoyar." Ağaoğulları, s.184.

[19] Deleuze, s.104.

toplumsal bir varlık olarak doğmadığıdır. İnsan nasıl toplumsal bir varlık olarak doğmaz ise aklı başında bir varlık olarak da doğmaz. Bu varsayım Hristiyan inancındaki Adem'in ilk günahı işlemeden önceki mütekamil insan olduğu savına karşı çıkış olarak değerlendirilmiştir.[20] Bizim çalışmamız bakımından önemli olan ise Hobbes'un ortaya koymuş olduğu düşünce yapısının kendisinden sonraki düşünürler tarafından bir model olarak ele alınması, iktidar, toplum, hak gibi kimi kavramların bu model üstünden anlatılmaya çalışılmasıdır. Hobbes'un açmış olduğu yol Ortaçağ cadılarına karşı aklın kazandığı zafer olarak ele alınmıştır.[21]

Doğal hak konusunda Hobbes ile aynı doğa durumu varsayımından hareket eden Spinoza ise doğal hakkı, "*doğanın evrensel gücü, yani insanları varlıklarını sürdürmeye yönelten şeyin kendisi*" [22] olarak tanımlamıştır. Tüm insanların bu doğal hakkının peşinde koşması halinde barışçıl bir düzen içinde yaşama olanağı olamayacağını ileri süren Spinoza bu çıkmaz duruma çareyi tüm bireylerin haklarının egemene devretmesinde bulmuştur. Spinoza'nın açıklamalarının o dönem itibariyle en radikal yönü hukuku yorumlayanların bağımsızlığına ilişkin açıklamaları ve devletin dinden özerkleşerek hukuk üzerinde temellenmesi gerektiği yönündeki düşünceleridir.[23]

Toplum öncesi doğa hali ve insanın bu doğa halindeki haklarının muhafazası için devlet egemenliğine razı olması çerçevesinde şekillenen toplumsal sözleşme düşüncesinde Hobbes ve Spinoza'nın takipçisi Locke olmuştur. Şu farkla ki Locke doğa durumunu Hobbes ve Spinoza'nın aksine barış, eşitlik ve özgürlük durumu olarak tasvir eder. [24] İnsanlar bu barışçıl durumun muhafazası ve devamı için ancak kendi rızaları ile egemen gücün çıkartmış olduğu yasalara uyarlar ve böylece kendilerini iç ve dış tehditlere karşı korurlar.[25]

XVII. yüzyılın bu düşünsel temeli üzerine XVIII. yüzyılda inşa edilen ve eski düzenin eleştirisi ekseninde yer alan düşünce akımını "Aydınlanmacılar" olarak bir başlık altında toplamak mümkündür. Voltaire, Hume, Kant gibi önemli temsilcileri olan bu akımın temelde her türlü önyargıdan uzak, insanın bu dünyada mutlu olmasını sağlayacak akla dayalı bir toplumsal düzen kurgulamaya çalıştığını belirtebiliriz.[26] Özellikle Kant tarafından dile getirildiği şekliyle insanın

---

20 Deleuze, s.106.

21 Costas Douzinas, The End of Human Rights Critical Legal Thought At The Turn of The Century, Hart Publishing, Oregon, 2000, p.9.

22 Ağaoğulları, s.467.

23 Ağaoğulları, s.473.

24 Ağaoğulları, s.485.

25 Ağaoğulları, s.496.

26 Ağaoğulları, s.518.

mutlu olabilmesi, kendi aklını kullanamaya cesaret edebilmesinin önündeki engel ise mevcut düzenin devamından yana olan iktidardır.[27]

Bu düşünürlerin katkılarıyla oluşturulan "Ansiklopedi" de dönem bakımından önem taşımaktadır. Bu eserle yazarlar kamuya düşüncelerini ve bilgilerini toplu olarak sunma imkânı bulmuşlardır.

Bu düşünce akımları ile şekillenen XVIII. yüzyılın sonunda Avrupa'da ortaya çıkan ise devrimdir. Aydınlanma düşüncesinin de etkisiyle ortaya çıkan Fransız devriminin ürünleri, ulus devlet düşüncesi ile anayasa ile düzenlenmiş bir devlet sistematiği fikridir. İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi ise kendinden sonra gelecek İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi bakımından bir model olarak karşımıza çıkmaktadır.[28]

Devrim ve sonrasında yaşananlar devlet ile tabiiyeti altında olanların ilişkisi bakımından belirleyici olmuştur. Devrim dünyaya kendisini, bildirgede yer alan ilkeler ile duyurmuş ve insanlara evrensel ve doğal haklar müjdelemiştir. Bu müjde bildirgede kendine yer bulan "insan"a aittir. Bu "insan" ise mülkiyet hakkı bulunan ve devrimin sahibi olan burjuva erkekten başkası değildir.[29] Devrim sonrasında Avrupa'da yaşanan savaşlar devleti tabiiyetinden daha fazla vergi, daha fazla asker ve daha fazla itaat talep etmeye itmiştir:

Yöneticiler, daha önce görülmemiş bir ölçekte kendi ulusal topraklarını ve barındırdığı kaynakları tanımlayıp çevrelemeye, sermaye, emek, mal ve para ile bunların hareketlerini denetlemeye, bunlara müdahale etmeye başladılar. Ulusal kimlikte kendi çıkarları bulunan sınıflarla iş birliği halinde yöneticiler, standart diller yaratarak, ulusal eğitim sistemleri oluşturarak, ortak bir kültürel miras yaratıp yaygınlaştırarak ulusal nüfuslarını homojenleştirmeye de çalıştılar.

Başka devletler ve uluslararası gruplanmalar da ortak kimlik temelinde devletlerin meşrulaşmasını pekiştirmeye girişince, önce bir mitos, ardından kısmi bir gerçek olarak ulus devleti ortaya çıktı. Aynı zamanda silahlı kuvvetlerin oluşturulması için verilen mücadele de, nüfusun belli başlı kesimleriyle pazarlığa oturulmasına, yurttaşlığın genişletilmesine ve önceden devleti pek ilgilendirmeyen pek çok faaliyetin, konunun, meselenin devlete bırakılmasına sebep oldu. [30]

Böylece XIX. yüzyıl, ulus devlet fikrinin monarşileri ve imparatorlukları kemirmeye başladığı dönem olmuştur. İlginç bir şekilde devrimin ortaya çıktığı Fransa, Napolyon'un yönetiminde 50 yıl içinde cumhuriyetten yeniden imparatorluğa ve sonra cumhuriyete savrulmuştur.

---

27 Ağaoğulları, s.520.

28 Costas Douzinas, İnsan Haklarının Sonu Yeni Binyılda Eleştirel Hukuk Kuramı, çev. Kasım Akbaş/Umre Deniz Tuna, Dipnot Yayınları, Ankara, 2018,s. 104.

29 Douzinas, s.119.

30 Tilly, s.76.

XIX. yüzyılda, ardı ardına yaşanan devrimlerle birlikte tarihin seyri hızlanır (1830 ve 1848 devrimleri); öte yandan bugünkü düşünce yapısını oluşturan unsurlar şekillenmeye başlar. Karmaşık, zengin ve çelişkilerle dolu olan XIX. yüzyıl karşıt imgeler ve düşünceler barındırır. XIX. yüzyılda birey düşüncesi güçlü bir biçimde kendini gösterir. Bu, büyük romantik eserlerle birlikte öne çıkan "Ben" yüzyılıdır. [31]

Beri yandan Avrupa nüfusunda üretim modelinin değişmesine bağlı olarak köklü değişimler olmaktadır:

Üretimin örgütlenmesindeki değişimin bir sonucu olarak Avrupa'da nüfus proleterleşmiştir. Proleterleşme, hane halkının ücretli emeğe giderek daha fazla bağımlı hale gelmesini ve/veya üretim araçları üzerindeki denetimini yitirmesini içerir. On dokuzuncu yüzyılın üstü başı kir içinde fabrika işçisi şeklindeki "proleter" imajına rağmen, neredeyse o yüzyılın ortalarına kadar Avrupa'da proleterleşme büyük ölçüde kırsal kesimde ve küçük kasabalarda gerçekleşmişti; toprak sahipleri, tüccarlar, köylüler ve zanaatkarlar arasında, topraksız tarım işçilerinin, yarım gün çalışan dokumacıların, saatlik, günlük, aylık, yıllık işe göre ya da parça başı ücret alan diğer işçilerin sayısı gittikçe artıyordu. [32]

Yaratılan ulus miti üzerine inşa edilen devletler belirledikleri sınırları içerisinde egemenlik iddia etmeye, tabiiyetinde olanlara vergi, askerlik gibi yükümlülükler buyurmaya muktedir olmuşlardır. Bu değişim devlet ile tabiiyet arasındaki mücadelenin biçimine de etki etmiştir. Devletin gelişimi ile paralel olarak incelenebilecek diğer bir gelişim de kapitalizmin gelişimidir. Bu gelişimde de temel çatışma emek-sermaye, sermaye-toprak sahibi ve sermaye ile pazara yeni girmeye çalışan diğer sermayedar arasında olmuştur." Bu değişim mücadele yöntemlerine de yansımış, yeni toplumsal ilişki modelleri yeni talepleri ve dolayıyla yeni mücadele biçimlerini ortaya çıkarmıştır. "Mesela XVII.yüzyıldaki İngiliz işçileri, dilekçe verir, utanç törenleri düzenler, patronlara karşı bütün bir yerleşim ölçeğinde direnişler örgütler, parlamento adayları için parayla tezahürat yapar (ama tabii oy kullanamaz) ve taleplerini başka pek çok yoldan ifade ederlerdi. Ama şirket temelinde greve gitme, sendikalaşma, siyasal bir partiye başvurma gibi XIX.yüzyıldaki işçilerin taleplerini dile getirmede yararlanacağı imkanlardan yoksundular.[33]

Aydınlanma ve akılcılık düşüncesi bu yüzyılda yerini romantizme bırakır. [34] Yıkıcı aydınlanma akılcılığı karşısında romantikler "ben"i, bireyi keşfederler:

---

[31] Russ, s.271.

[32] Tilly, s.51.

[33] Tilly, s.65-66.

[34] Russ, s.276.

XVIII. yüzyılda İngiltere'de başlayan sanayileşme hareketi 1815'ten itibaren Fransa'dan Renanya'ya kadar Avrupa'nın kuzey batısına yayılır. Sanayi devrimi her ülkenin kendisine özgü ritmiyle zamanla Avrupa'nın bir bölümüne hâkim olur. Burada birey kendisini aşan bu dönüşüme bir tepki olarak ortaya çıkar. Bu bağlam içerisinde, romantik ben, bütün bir XIX. yüzyıl boyunca, birinci tekil şahıs üzerinden kendini ifade etmek ister. Öznellik ve bireysellik öne çıkmaya başlar.[35]

XIX. yüzyılın ilk yarısında doğa, tarih ve düşünce bir bütün olarak tasavvur edilir. "*1800'den 1850'ye kadar, felsefi, bilimsel ve politik alanda birçok yeni ve etkili düşünce ortaya çıkmıştır. Hümanizmin temsilcileri (Feuerbach) bütünsel tarihin (Hegel) ve bireyciliğin temsilcileriyle (Constant, Tocqueville) yan yana durur; bilimin yarattığı etkiyi de unutmamak gerekir (Comte).*"[36]

Bu yüzyıl bilimin ve aklın iktidarının sağlamlaştığı yüzyıl olmuştur. İlerlemeci düşünce insanın doğa bilimleri sayesinde doğaya tahakküm ettiği bir dünya vadetmektedir. "*Bilimsel akıl artık iktidarından fazlasıyla emindir; güçlü bir biçimde organize olmuş kurumlar arasında yayılır: Araştırmalar ileri düzeyde bilimsel eğitim çerçevesinde gerçekleşir ve yeni bilimsel metotlar geliştirilir.*"[37] Modernite XIX. yüzyıl ile hayatımıza çıkmamak üzere girer.

II. İNSAN HAKLARI

A- SÜREÇ

Yukarıda yer verdiğimiz kronoloji ve bunun düşünsel hayata iz düşümünü insan hakları serüveni perspektifinden şu şekilde özetlemek mümkündür. Kolomb'un keşifleri ile zenginleşen Avrupa burjuvazisi bir yandan üzerinde baskı kuran iktidar odaklarına karşı mücadele yürütürken bir yandan da düşünsel alanda aktif olmuştur. Bu mücadele ve üretimin bir görünümü devrimdir. İnsan hakları bu süreçte doğal halden doğal hukuka oradan da doğal hakka evrilen düşünceler çerçevesinde şekillenmiştir.

"*Klasik dönemin ve Ortaçağ döneminin klasik hukuku, kozmos'un ve onun içindeki insan topluluklarının doğru düzenini, yurttaşa yerini, zamanını ve onurunu bahşeden bir düzeni ifade ederken, modernite insanı özgürleştirir, yurttaştan bireye dönüştürür ve toplumsal ve politik örgütlenmenin ve faaliyetin merkezine yerleştir.*"[38]

---

35 Russ, s.280.

36 Russ, s.314.

37 Russ, s.289.

38 Douzinas, s.34.

Bu anlamda insan hakları Avrupa'nın yukarıda özetlenen dönemindeki mücadelelerinin üründür denilebilir; ancak tam da bu sebepten evrensellik iddiası akamete uğramaktadır. Yukarıda da değindiğimiz üzere birçok eleştirmen tarafından Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Beyannamesi'nde yer bulabilen insanın, yani hakkın süjesinin, devrimin taşıcısı olan, mülkiyet hakkının korunmasını talep eden burjuva olduğu ileri sürülmüştür.[39] Avrupa'da 1850 ve sonrasında yaşananların bu eleştirileri haksız çıkartmadığını belirtmek gerekir.

Çalışmada ele aldığımız dönemdeki bu rasyonelleşme hukukun süjesi bakımından tanımlama ve kategorileştirmeyi de beraberinde getirmiştir. Bunun bir yansıması olarak Bildirge'yi ele alabiliriz. Diğer taraftan XVI. yüzyıldan itibaren çeşitli kurumlar tarafından toplum içerisindeki birey bakımından bir "normal" tanımı ve bu tanıma uydurma-sığdırma pratiği gelişmiştir.[40] Böylece iktidara karşı yürütülen mücadele içinde, iktidarın şekillendirdiği bir başka görüntü ortaya çıkmıştır. İktidar tabiiyetine sahip çıkmanın ötesinde onu biçimlendiren, aykırıları ve ayrıkları temizleyen bir bahçıvana dönüşmüştür.[41]

Bahçıvan imgesi ile tahayyül edilen devlet çeşitli bakış açıları ile kategorilere ayrılabilir. Üretim modeli, yönetim şekli, yönetimde toplumun ne şekilde ve ne kadar söz sahibi olduğu gibi kıstaslar kullanılabilir; ancak nihayetinde basholunan ulus devlet ve onun iktidar pratikleridir. Ulus devlet ise yeknesak bir toplum, yeknesak bir pazar, yeknesak bir ölçümleme ve tabii ki yeknesak bir hukuk düzenine ihtiyaç duyar ve bunlar çerçevesinde tecessüm eder. [42]

Ulus devletin inşasındaki yeknesaklık arayışı ulusların birbirleri ile olan ilişkilerinde de benzer bir inşa arayışını getirmiştir. Böylelikle hukukun evrensel ilkelerinden bahsedebilmek mümkün hale gelmiş, bu sayede "evrensel değerlerin" aktarımı ya da kabul görmüş söylem ile ifade etmek gerekirse "ortak değerlerin paylaşımı" mümkün olabilmiştir.

B. İNSAN HAKLARININ EVRENSELLİĞİ

Kabul etmek gerekir ki insan nüfusunun oldukça kısıtlı bir kısmının doğrudan yaşadığı ve görece dar bir coğrafyada yaşananlar, günümüzde "evrensel" ilkeler olarak dünyada tartışılan, Birleşmiş Milletler'e üye devletlerin birçoğu tarafından kabul edilen insan hakları beyannamesinin temelini oluşturmuştur. 1789'un yukarıda kısaca

---

[39] Douzinas, s.117-19. Karşılaştırınız: Karl Marks / Friedrich Engels, Devlet ve Hukuk, çev. Rona Serozan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2016, s.143-44.

[40] Michel Foucault, Klasik Çağda Deliliğin Tarihi Akıl ve Akıl Bozukluğu, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Yayınları, Ankara, 2017,s. 100.

[41] Zygmunt Bauman, Yasa Koyucular ile Yorumcular Modernite, Postmodernite ve Entellektüeller Üzerine, çev. Kemal Atakay, Metis Yayınları, İstanbul, 1996, s.66-7.

[42] Ali Murat Özdemir/Abdurrahman Saygılı/Gökçe Zabunoğlu etal. Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım, İmge Kitapevi, Ankara, 2019, s.65.

değinmeye çalıştığımız dönemin bir ürünü olduğu kabul edilmelidir. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1789 tarihli Bildiri'nin yakın takipçisi olduğu söylenebilir. Nihayetinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de BM Beyannamesine yapmış olduğu atıf nedeniyle 1789 tarihli Bildiri'den ayrı düşünülmemesi gerekir. O halde bugün insan haklarının uluslararası platformda dünyadaki en etkili koruma mekanizmasının temel dokümanı ve Birleşmiş Milletlere üye devletlerin büyük bir kısmı bakımından kabul edilen ilkeler, Avrupa kültürünün bir ürünü olarak karşımızdadır.

Bildiride insanın korunması, yüceltilmesi, bir hakka layık bulunması için ayrıca bir özellik aranmayacağı vurgulanmaktadır. İnsan, insan olduğu için bu haklara sahiptir. Peki ama neden? İnsan olmanın onuru kavramı cevaplanmaya çalışılan bu soru başka sorular da gündeme getirmektedir. Bildiride de *temel olarak bahsedilen bu onur kavramından ne anlaşılması gereklidir? Kısaca değindiğimiz üzere aydınlanmanın bir ürünü olarak ele alındığında insan haklarının temelinde yer olan insan onuru kavramı da bu temel de aydınlanma düşüncesiyle bağlantılıdır, insana biçilen eşsiz değeri tasvir eder.* [43]

Bildiri şekillenirken yaşanan doğu – batı çekişmesi bildirinin temel karakterini de belirlemiştir. Batının Bildirideki etkisi gözle görülür bir ağırlıktadır. Bunda elbette insan haklarının liberal bir geleneğin ürünü olması da etkendir. [44]

Günümüzde insan haklarının *mücadeleci ruhunu kaybetmesi* [45] ve giderek *kültürel emperyalizmin bir aracı* haline geldiği yönündeki eleştirinin [46] kaynağı bu temel çekişmede ve "haklara" yaklaşımdaki bu temel farklılaşmada bulunabilir. Özellikle soğuk savaş döneminin mirası olarak doğu-batı çekişmesi, insan hakları konusundaki tartışmalarda da kendisini göstermektedir. Batının bu hakların patentine sahip çıkması ve diğer toplumlara "benimsetme" çabaları, bizzat batı toplumlarındaki uygulama aksaklıklarını işaret eden tartışmaları getirmiştir. Eleştirilerde haklılık payı olduğunu yukarıda belirtmiştik. Gerçekten gerek coğrafi gerek kültürel olarak Dünya'nın tamamını temsilden uzak olan Avrupa'nın, Ortaçağ ile Yeniçağ döneminde ortaya koymuş olduğu eserler sadece fizik, matematik, kimya gibi bilim dallarında değil, sosyoloji, psikoloji, hukuk siyaset ve iktisat gibi alanlarda da temel niteliktedir.

Bu çerçevede aynı derecede geçerli olabilecek bir başka önerme, insan hakları, eşitlik, kötü muamele ve işkencenin kabul edilemez olduğu gibi evrensel olması gereken düşüncelerin yegâne üreticisi ve

---

[43] Gökçe Zabunoğlu, Kültürel Görecelilik ve İnsan Haklarının Evrenselliği, Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011 s.789-812

[44] Zabunoğlu, 2011, s.798

[45] Douzinas, s.21.

[46] Douzinas, s.12.

hâkim otoritesinin Avrupa ya da onun temsil ettiği medeniyet olamayacağıdır. Değerlerin diğer kültürlere ihracı (ya da tıpkı 1492'de olduğu gibi zorla benimsetilmesi), çoğunlukla kültürel emperyalizm araçları ile birlikte yürütüldüğünden haklı bir reaksiyona da neden olmaktadır. Bu değerlerin Avrupa kültürüne içkin olması onların benimsenmesi için "Avrupalı" olunması gerektiği yolunda bir şaşırtmacaya neden olmaktadır.

Bu temel eleştiriye karşı öne sürülen bir yorumlama modeli kültürel görecelilik kuramı olarak adlandırılmaktadır.

Kültürel görecelik, bir yorumlama aracı olarak düşünülmüş olmakla birlikte, bu eğilim sonucu, zamanla araç olmanın ötesinde, evrensellik vurgularına karşı bir kültürel karşı çıkış biçimine dönüşmüştür. Sömürgeci güçlerin kendilerini tek doğru ve ileri medeniyet olarak sunmaları karşısında düşünürler, bu yaklaşıma karşı çıkarak her toplumun kendi kültürel farklılıklarına vurgu yaparak, sömürgeci yaklaşımın diğer kültürleri yok etme tehlikesi doğuracağına işaret etmişlerdir. [47]

Konuyu insan hakları bağlamında değerlendirirsek, bu kavramların evrensel olduğu konusunda varılan konsensüsün, bu değerlerin etkin korunmasına sıra geldiğinde ortaya konamadığını kabul etmek gerekmektedir. Bu konudaki en güncel sınav olan mültecilerin Avrupa'daki durumu, bizzat bu değerlerin havariliğini yapan ülkelerin, aslında halen insan haklarını bütün insanlar için mutlak bir değer olarak kabul edemediğini, kimileri için göreceli olarak daha az insan hakkının mümkün olabileceği anlayışında olduklarını ortaya koymaktadır. Uluslararası bir sözleşme [48] ile hukuki statüleri belirlenmiş mülteciler ise, gittikleri ülkelerdeki hakkın süjesi statüsüne, yani insan statüsüne uzak bir muamele ile karşı karşıya kalmaktadır. Bunun temelinde yatanın yurttaş olan ile olmayan, yabancı ile yerel olan arasındaki gerginlik olduğunu söylemek mümkündür.[49]

C. YURTTAŞ VE MÜLTECİ

Modernite özü itibariyle bir dönüşüm ve değişim sürecidir. Bu sürece kayıtsız kalmak mümkün olmadığı gibi, süreç dışında kalmaya çalışmak da "modern dünyadan" soyutlanmak anlamına gelmektedir. Modern dünyanın ihtiyaç duyduğu doğal kaynaklara sahip bir coğrafyada yaşayanların ise (insan gücü, madenler ya da verimli topraklar) tercih hakkı yoktur. Bu değişimin objesi ya da süjesi olarak bir rol oynamak zorundadırlar.

---

47 Zabunoğlu, 2011, s.800

48 1948 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme.

49 Douzinas, s.162

Moderniteye eşlik eden değişim, çeşitli disiplinlerde ve sahalarda gözlemlenmiştir. Sanat, hukuk, siyaset ve ekonomi bu değişimin net biçimde takip edilebildiği alanlardır. Ekonomik gelişme ve çeşitlenme ile giderek kurumsallaşan siyasal iktidar bakımından modernitenin ürettiği model ise ulus devlet olmuştur.

Bu üretim-değişim süreci egemen ile teba arasındaki ilişkiler bakımından da dönüştürücü bir etki yaratmıştır. Bu süreçte egemen, egemenlik alanı olarak benimsediği toprakları daha önce görülmemiş şekilde sınırlamaya başlamış, bu toprak üzerindeki insan topluluğunu da egemenliğin doğrudan süjesi haline getirmiştir. Böylece siyasal iktidarlar "*ulusal topraklarını ve barındırdığı kaynakları tanımlayıp çevrelemeye, sermaye, emek, mal ve para ile bunların hareketlerini denetlemeye, bunlara müdahale etmeye başladılar. Ulusal kimlikte kendi çıkarları bulunan sınıflarla iş birliği halinde yöneticiler, standart diller yaratarak, ulusal eğitim sistemleri oluşturarak, ortak bir kültürel miras yaratıp yaygınlaştırarak ulusal nüfuslarını homojenleştirmeye de* [50]çalışmışlardır. Ulus devletlerin diğer devletler karşısında üstünlükleri sayesinde bu süreç giderek yayılmış ve böylece ulus devlet mitosu ete kemiğe bürünmüştür.

Devletin toprağına ve vatandaşına "sahip çıkması" onlar üzerinde sonsuz bir değiştirme gayretini de beraberinde getirmiş; şehirlerin planlanıp düzenlenmesine nüfusun planlanması ve düzenlemesi eşlik etmiştir. Kimin çocuk sahibi olacağına karar vermekten, istikbalin güvencesi için nasıl bir neslin yetiştirileceğine karar vermeğe kadar bir dizi düzenleyici – dönüştürücü araç ile devlet giderek daha seçici hale gelmiştir. [51] Bu *seleksiyon* çabası ise biyoloji kitaplarının arasından sıyrılıp facia yaratma potansiyelini hep elinde tutmuştur. Nihayetinde toplum hafızasına kazınan prototip yurttaş, "normal" tip olarak edilmiş bu formatın dışında kalan "yabancı" ise derhal tehlikeli olarak damgalanmıştır. Bauman'ın da saptadığı gibi "*yabancılar tam da "yaban" - dolayısıyla, günlük olarak etkileşimde olduğumuz ve ne beklediğimizi bildiğimize inandığımız insanlardan farklı olarak-yani korkutucu şekilde öngörülemez oldukları için kaygıya neden olmaya eğilimlidir; çünkü hepimiz biliriz ki kitlesel yabancı akını değer verdiğimiz şeyleri yok edebilir ve bu, avutucu şekilde aşina olduğumuz yaşam şeklini sakatlamak ya da yok etmek anlamına gelebilir."* [52]

Ulus devletlerin doğuşu için XVI. yüzyıl milat olarak kabul edilmektedir.[53] Ulus devletlerin iyiden iyiye büyüyüp serpilmesinin çalışma konumuz bakımından önem taşıyan bir sonucu olmuştur: Yurttaşlık kavramı ve buna yüklenen anlam. Antik Yunan'da rastlanan

---

[50] Tilly, s.76.

[51] Bauman, 1996, s.66.

[52] Zygmunt Bauman, Kapımızdaki Yabancılar, çev. Emre Barca, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2018, s.14

[53] Hamdi Gökçe Zabunoğlu, Modern Devletin Kıyısındaki Ayrıksılar Mülteciler, İmaj Yayınevi, Ankara, 2018, s.9

bu kavram ulus devlet mitosu içinde evrilmiş, öteki üzerinden tanımlanarak uluslaşma hareketinin pivotu haline gelmiştir. Kavramsal olarak yurttaş Antik Yunan'da kent devleti birliğini ifade etmektedir. Aristoteles'in ifade ettiği şekliyle, bir araya gelen yurttaşlar kent devletini oluştururlar. [54] Bu yurttaş tanımı tüm bireyleri kapsayıcı değildir. Kavram dışında kalanların kent devletinin yönetiminde hak sahibi olması söz konusu olmadığı gibi diğer hak kategorilerinde de kısıtlı bir varlıkları söz konusudur.

Roma, Yunan şehir devletlerinden farklı olarak yurttaşlığı hukuksal bir statü olarak tanımlamış, başlarda bunu belirli bir kesime hasretmiş, İmparatorluk döneminde de sınırlarında yaşayan herkese "bahşetmiştir".

Orta Çağ'da Roma'nın gerilemesi ve yerini feodaliteye bırakması yurttaşlığa atfedilen önemi de silikleştirmiştir. Dini temelde bir ortak payda bulunması ve Avrupa'da güçlü bir merkezi devletin olmayışı, doğuda ise yurttaşlık kavramına ilginin bulunmayışı kavramı kamusal alandan uzaklaştırmıştır. Bu dönemde yöneten – yönetilen ilişkisinin sadakat ve himaye kavramları üzerinden şekillendiği görülmektedir. XVI. yüzyılda özellikle sömürgecilik hareketleri ile birlikte gelişen burjuvazi ile feodalite arasındaki mücadele kent-kentli-yurttaş kavramını bir kez daha öne çıkartmıştır.[55]

Feodalitenin zayıflaması karşısında güçlenen monarşiler klasik anlamda yurttaşlık kavramını silerken teba ile ilişkisini modern anlamda yurttaş üzerinden kurmaya başlamıştır. Monarkların başucu kitabını yazan Machievelli ve onun bir arada yaşama kurgusunun takipçileri yurttaşlık kavramını ve devletle ilişkilerini ele alırken haklar ve karşılıklı ödevler ortaya koymuşlardır.

Bu hakların süjesi olarak belirlenen "insan" ve "yurttaş"ın kim olduğu çalışmamız bakımından önem taşımaktadır. Yukarıda yer vediğimiz insan hakları beyannamelerinin bir birleri ile olan takip ilişkisini akılda tutarsak, günümüzde evrensel olduğu iddia edilen değerlerin kökeni olması bakımından [56] Fransız Beyannamesinde kurgulanan yurttaşlık modeli bugün yaşanılan mülteci-yurttaş geriliminin de habercisidir.

Beyannameye adını da veren yurttaşlık, devrimde önemli bir kavram olarak karşımızdadır. Beyanname, insanların doğal hakları olduğunu ilan ederek başlar. Ancak ilerleyen maddelerinde bu doğal haklar devletin yasaları ile belirlenen sınırlara alınır ve önce pozitif haklara daha sonra da yurttaş haklarına dönüşür. Birey insan değil, yurttaş kimliğiyle bir değere sahip olur. *Zaten bu yüzden özellikle siyasal haklardan yoksul bırakıldıkları için tam anlamıyla yurttaş sayılmayan kadınlar,*

[54] Zabunoğlu, 2018, s.22.

[55] Ağaoğulları, s.291.

[56] Douzinas, s.104.

bu bildirimin kendilerine hitap etmediğini düşüneceklerdir. [57] Beyannamedeki insan kavramı da kapsayıcı değil dışlayıcıdır. Herkes bu insan kavramı içerisine düşmez.[58] Meclisteki tartışmalar ve bizzat Beyanname'nin diliyle teyit edilen bu nokta, yurttaşın da fonksiyonunu ortaya koyar. Yurttaşlık, ulus-egemenlik arasındaki bağ sayesinde ayrıcalıklar sona ermektedir; ancak her yurttaş her hak alanında tam olarak var olamaz. Aktif-pasif yurttaşlık, pozitif hakların her yurttaşa tanınırken, siyasal haklar bakımından bir ayrım aranması tartışmaları yurttaşın yabancıyı dışlama fonksiyonunu da göstermektedir.[59]

Böylece modern öncesi dönemde yabacı yahut Roma'daki değim ile "barbar" kavramının yerine yurttaş olmayan oturtulmuştur. [60] Yurttaş sadece siyasal haklara sahip olan değildir. Bu statü aynı zamanda ulusal aidiyetin de timsali haline gelmiştir. Bu anlamda hak ve söz sahibi olamayan, yurttaş statüsü dışında kalan yabancılar bir hak iddia edemez konumdadırlar. Mülteciler bu statüde yer almaktadır.

Bu dışarda kalmak durumu salt kavramsal olarak ele alınmaz. Modern devletleri öncekilerden keskin biçimde ayıran somut bir unsur yabancıyı ya da mülteciyi dışarda tutar: Sınır. Sınırlar modern öncesi toplumlarda bugün algıladığımız anlamda ve işlevde değilken, günümüzde egemenliğin başlayıp bittiği yeri sembolize etmektedir. Böylece sınırın içindekiler ile sınırdan geçmek için bekleyenler arasında ayrım yapmak da mümkün olmaktadır. Modern dünyada toprak bir uzamdır ve devletler tarafından egemenlik altına alınmıştır. Dolayısıyla, toprağa malik olan devlet, aslında üzerinde yaşayanların da maliki demektir. [61]

Gerek savaşlar gerekse kıt kaynaklar nedeniyle tarih boyunca insanların yerleştikleri yerleri terk ettikleri yahut terke zorlandıkları olmuştur. Ancak modern çağda bu olaylar kitlesel boyutlara ulaşmış, devletler karşılaştıkları bu yabancı akımının getireceği olumsuzluklardan endişe duymuşlardır. Bu akıma ilk refleks, sınırlarda bu kişilerin tutulması veya başka bir yere yönlendirilmesine yönelik olsa da, nihayetinde soruna kalıcı bir çözüm getirilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmıştır.

Mültecilerin durumuna ilişkin ilk uluslararası girişim Milletler Cemiyeti döneminde olmuştur. Rusya'daki büyük göçmen hareketi nedeniyle oluşturulan komiserlik tarafından oluşturulan raporlar bu anlamdaki ilk belgeler olarak kabul edilebilir. Ancak II. Dünya Savaşı ve Cemiyetin dağılması bu konudaki çalışmaları ötelemiştir.

---

57 Ağaoğulları, s.612-13.

58 Karl Marks / Friedrich Engels, s.143.

59 Zabunoğlu, 2018, s.44.

60 Douzinas, s.162

61 Abdurrahman Saygılı, İnsan Haklarının Kıyısındaki Özneler: Mülteciler, İmaj Yayınları, Ankara, 2018, s.5.

III. MÜLTECİLERİN ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI

A- MÜLTECİLERİN HUKUKİ DURUMUNA DAİR SÖZLEŞME

Baştan belirtmek gerekir ki "mülteci" kavramı bir durumu - statüyü ifade etmek için kullanılabilir. Bir kişinin mülteci "statüsünün" tanınması talebi ve muhatabı olan devletin bu talebi kabulü ile hukuki sonuçlardan bahsolunabilir. [62]

Yukarıda da belirttiğimiz üzere I. Dünya Savaşının hemen öncesindeki dönemde kitlesel boyuta ulaşan mültecilik durumu hem mültecilerin kendisi hem de bulundukları yerdeki mülteci olmayanlar için sorun teşkil etmeye başlamıştır. Avrupa'da gerek I. Dünya Savaşı döneminde gerekse bunu takip eden dönemde yabancıların hukuki durumlarının düzenleyen yasalara rastlamak mümkündür.[63] II. Dünya Savaşı sonrasında ise durum daha kritik bir hal almış, devletlerarası bir anlaşma ile bu insanların hukuki durumunun düzenlemesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede Birleşmiş Milletler tarafından başlatılan çalışmalar neticesinde Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı Kararıyla toplanan Konferansta kabul edilmiş, 28 Temmuz 1951 tarihinde Cenevre'de imzalanmıştır. Sözleşme mülteciyi "*1 Ocak 1951 tarihinden önce meydana gelen olaylar sonucunda..., zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için.... vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan her şahıs*" şeklinde tanımlanmaktadır.

"Sözleşmenin kabulü sırasında devletlerin yükümlülüklerini o anda mevcut olan ya da o ana kadar gerçekleşmiş olan olaylardan kaynaklanıp da sonuçları daha ileride ortaya çıkabilecek mülteci sorunlarıyla sınırlamak istemeleri üzerine, 1 Ocak 1951 tarihi sınır olarak kabul edilmiştir. Zamanla yeni mültecilik durumlarının ortaya çıkması üzerine, 1951 tarihli Sözleşme hükümlerinin bu yeni mültecilere de uygulanması gerekmiş, Mültecilerin Statüsüne ilişkin Protokol bu nedenle hazırlanmıştır. Protokol, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca incelendikten sonra 31 Ocak 1967 tarihinde Devletlerin imzasına açılmış ve 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1967 Protokolü'ne katılan Devletler, 1 Ocak 1951 sınır tarihine ve 1951 tarihli Sözleşme'de yer alan coğrafi sınırlamaya bakmaksızın, durumları 1951 tarihli Sözleşmedeki tanıma uyan mültecilere Sözleşmenin temel hükümlerini uygulamayı taahhüt etmişlerdir." [64]

Bu noktaya kadar belirtilenlerden mültecinin kim olduğunun ve hangi hukuki korumaya müstahak olduğunun kolayca saptanabileceği

---

62 Saygılı, 2018, s.17-18.

63 1915 Fransa, 1922 Belçika, 1926 İtalya, 1933 Avusturya, 1935 Almanya. Bkz. Eda Bozbeyoğlu, "Mülteciler ve İnsan Hakları" , S.2, 2015, Moment Dergi, ss.62.

64 BM Mülteciler Yüksek Komiserlliği, Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı, 2013, s.6.

düşünülse de uygulamada durum böyle olmamıştır. Devletlerin mültecileri kabulde ve ihtiyaçlarını gidermede gösterdiği isteksizlik Birleşmiş Milletler'i bu konuda çalışmalar yapmaya zorlamıştır. Mültecilerin tabi olduğu rejimi netleştirmek için başvurulacak önemli bir kaynak olan Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında Elkitabı'nda bir kimse 1951 tarihli Sözleşme anlamında mülteci tanımında uyduğu andan itibaren mülteci sayılır denilmektedir. Şu halde geçerli bir korku sebebiyle ülkesini terk ederek bir başka ülkeye sığınmak zorunda kalan kişilerin mülteci olarak sözleşmenin kapsamında ve korumasında olduğunu kabul etmek gerekir.

B- ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI

Çalışmamızın bu noktasında *herkes* için geçerli olan özgürlük ve güvenlik hakkı tanımı üzerinde kısaca durmaya çalışacağız.

Özgürlük herhangi bir kısıtlamaya ve zorlamaya tabi olmadan, düşünme, davranma kendi düşüncesine dayanarak karar verme durumudur.[65] Özgürlüğe temel olan serbestliğin sınırına ilişkin ana ilke ise 1789 tarihinde verilmiştir: "Başkasına zarar vermeden ve kanunlar dairesinde her şey yapılabilir." Bu tanımı geçerli kabul edersek şunu da kabul etmek gerekir ki özgürlük ancak toplum içinde anlam ifade etmektedir.

Bu anlamda özgürlük, yakalama ve tutuklama gibi özgürlüğün sınırlandırıldığı durumların bulunmadığını belirtirken, güvenlik hakkı ise, özgürlüğü sınırlandıran bu durumların uygulanması konusunda keyfiliğin engellenmesine dair bir güvencedir.[66] Özgürlüğün temel bir hak olduğu konusunda bir duraksama olmamalıdır. [67] Güvenliğin mutlak olduğu, özgürlüğe karşı yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişilerin korunması hususunu ifade ettiği AİHM tarafından da karara bağlanmıştır.[68]

Görüleceği üzere temel bir hak olarak özgürlük ve bunun güvencesi olarak güvenlik hakkı yurttaşlara değil herkese tanınmış bir haktır. Bu temel hakkın yurttaşlık statüsü dolayısıyla askıya alınabilmesi devletlerin egemenlik hakkının doğal bir görünümü olarak kabul edilmektedir. Ancak AİHS'nin beşinci maddesi herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğunu belirttikten hemen sonra büyük bir parantez açmakta ve mültecileri bu parantezin içine hapsetmektedir.

---

65 Ahmet Mumcu/Elif Küzeci, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri Kavramlar ve Ulusal Gelişimleri Bugünkü Durumları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, 11.

66 Betül Kalyoncu, Türk Pozitif Hukuku'nda ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.13.

67 Mumcu/Küzeci, 18.

68 Tanju Sarıgül, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.33.

AİHM'nin özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin vermiş olduğu kararlar, bu hakkın kapsamını belirleyen en önemli kaynaklardan birini oluşturmaktadır. [69] AİHM hukuka uygun tutma kavramının tanımını yaparken iç hukuktaki usulü temel almakta, öngörülen usule uygun davranılmasını önemli bir kriter olarak belirlemektedir. [70] Bu bakımdan AİHM'nin vermiş olduğu bir karara burada yer vermenin önemli olduğunu düşünüyoruz. Bu karar 5.maddenin f bendinin nasıl algılandığı konusunda ilk içtihat olması ve AİHM'nin mülteciler konusundaki "aydınlatıcı" rolü bakımından önemlidir.

C- SAADİ / BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI [71]

Saadi/Birleşik Krallık davasında verilen karar, AİHM'nin AİHS'nin 5.maddesinde mülteciler bakımından yer verilen istisna hükmünü nasıl yorumladığını göstermesi bakımından önemlidir. Davaya konu olayda başvurucu Iraklı bir Kürt'tür. Irak'tan kaçan başvurucu 30 Aralık 2000 tarihinde Londra'nın Heathrow havalimanına varmıştır. Başvurucu hemen sığınma talebinde bulunmuş ve kendisine "geçici kabul" verilmiştir. Başvurucuya kendisi hakkında yapılacak işlemi beklemek üzere yakınlardaki bir otele gitmesi için, ertesi gün tekrar gelmesi şartı ile izin verilmiştir. Başvurucu ertesi gün gelerek yetkililer ile görüşmüş, Oakington mülteci merkezinde boş yer olmadığı için ertesi gün bir daha gelmesi söylenmiştir. Başvurucu bu şekilde 4 gün boyunca gidip geldikten sonra 2 Ocak 2001 tarihinde, göç bürosuna geldiğinde "yakalanıp" Oakington mülteci merkezine gönderilmiştir.

Bu merkez Mahkeme'nin saptamaları uyarınca "kaçma ihtimali zayıf olan dolayısıyla durumu "seri inceleme usulüyle" incelenmeye müsait mülteciler"in yollandığı bir kamptır. Bu merkezde başvurucuya tutulma nedenini ve haklarını belirtmesi gereken bir form verilmiş ancak formda başvurucunun seri inceleme amacıyla tutulduğu yazılmamıştır. 5 Ocak 2001 tarihinde, göç bürosundan bir memur telefonla başvurucunun temsilcisine müvekkilinin Oakington'daki merkezde tutulma kriterlerine uyan bir Irak vatandaşı olmasından dolayı orada tutulduğunu ifade etmiştir. "*8 Ocak 2001 tarihinde, başvurucunun sığınma talebi reddedilmiş ve başvurucunun Birleşik Krallık topraklarına girişi resmen yasaklanmıştır.*" [72] Ancak ertesi gün başvurucu

---

69 Kalyoncu, s.49.

70 Kalyoncu, s.51.

71 AİHM Büyük Daire Kararı Başvuru No: 13229/03, 29 Haziran 2008, Saadi/Birleşik Krallık. https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim Tarihi 04.06.2022. Karar bu konuda AİHM tarafından verilmiş yegane karar değildir ancak AİHM'nin konuyu ele alışını net biçimde yansıttığı için çalışmada ele alınmıştır. AİHM'nin içtihadında bu karar ekseninin ötesine geçen bir değişiklik bulunmadığından diğer benzer kararlarda da aynı motifi görmek mümkündür.

72 AİHM Büyük Daire Kararı Başvuru No: 13229/03, 29 Haziran 2008, Saadi/Birleşik Krallık. P.13

serbest bırakılmış, ülke topraklarına girişine izin vermeyen karara karşı yaptığı itiraz haklı bulunmuş ve daha sonra da sığınma talebi kabul edilmiştir. Başvurucu Oakington merkezinde alıkonulması kararının adli denetimden geçirilmesi talebinde bulunmuştur. Sonuçta Lordlar Kamarası başvurucunun Oakington prosedürü çerçevesinde alıkoyulmasının orantılı ve makul bir tedbir olduğuna karar vermiş ve dolayısıyla başvurucunun başvurusunu reddetmiştir. AİHM, 11 Temmuz 2006 tarihli kararıyla, AİHS'nin 5.maddesinin birinci fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

AİHM kararını verirken Oakington merkezinde uygulanan tutulma rejiminin, o dönemde Birleşik Krallık'a her sene yapılan yaklaşık 84.000 sığınma talebinden bu merkezin payına düşen 13.000 talebin hızlı bir şekilde incelenmesini sağlamayı amaçladığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre bu sayısal zorunluluk başvurucuya yapılan işlemi makul hale getirmektedir (80.paragraf). Buna göre Mahkeme sistemin kusursuz işlemesi için, günde 150 mülakat yapılması gerektiğine işaret etmiş, gecikmeler nedeniyle bütün sistemin işleyişinin zarar görmesi riski olduğunu belirtmiştir (76.paragraf). Mahkemeye göre başvurucu, dosyası seri inceleme usulüne uygun olduğu için özgürlüğünden mahrum bırakılmıştır. Dolayısıyla, başvurucuyu tutuklayan makamlar iyi niyetle hareket etmişlerdir. Alıkoymanın yer ve şartlarına oldukça *elverişli* olduğundan bu hususta bir sorun saptanmamıştır (78.paragraf). Son olarak, Mahkemeye göre "sığınma talebinin ilk derecede reddedilmesinden sonraki gün salıverilmeden önce, başvurucunun özgürlüğünden mahrum kaldığı yedi günlük süre sığınma talebinin hızlı bir şekilde incelenmesi için gerekli makul süreyi aşmış sayılmaz." (79.paragraf).

Kararın karşı oyunda da belirtildiği üzere Mahkeme kararını verirken başvurucunun özel durumuna hiç yer vermemiştir. Olayı salt sığınmacı-mülteci kavramsal çerçevesinde incelemiştir. Ne var ki bunu yaparken de esaslı biçimde düzenlemenin amacının uzağına düşmüştür. Kararda Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme ile Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme hükümlerine yer verilmekte, bu kapsamda yer alan kişilerin mülteci statüsünde olduğu kabul edilmektedir (paragraf 32). Ancak hemen sonra Devletlerin tartışılmaz egemenlik hakkından bahsedilerek, mülteci olacak kişilerin saptanması aşamasında özgürlüklerinden mahrum edilmesinin hukuka uygun olduğu belirtilmektedir (paragraf 64). Ayrıca kararda binlerce başvurunun sağlıklı biçimde karara bağlanması için kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakılmasının onların iyiliği için olduğu savı ileri sürülmektedir (paragraf 76).

Yukarıda yer verdiğimiz üzere bir kimse 1951 tarihli Sözleşme anlamında mülteci tanımında uyduğu andan itibaren mülteci sayılmaktadır. AİHM hukuka uygun tutma kavramının tanımını yaparken iç hukuktaki usulü temel aldığı, öngörülen usule uygun

davranması önemli bir kriter olarak belirlediği gözetilirse [73] söz konusu Sözleşmeye taraf olan ülkenin başvurucunun mülteci olup olmadığını karara bağlaması gibi bir ön şarta ihtiyaç bulunmamaktadır. Yine AİHS'nin beşinci maddesinin lafzını da doğru biçimde ele almak gerekmektedir.[74] Beşinci madde herkesin özgülük ve güvenlik hakkına sahip olduğunu herhangi bir yoruma ihtiyaç duymayacak şekilde açıkça düzenlemiştir. AİHM'nin kararının dayanak noktası olan (f) bendi ise bu hakkın hangi hallerde kısıtlanabileceğini düzenlemektedir. Buna göre bir kişinin yasalara aykırı biçimde ülkeye girişini engellemek için alıkonması özgürlük hakkının istisnasını teşkil etmektedir. Oysa olayda başvurucu ülkeye uçak ile gelmiş, pasaport kontrolünde de sığınma talebini açıkça beyan etmiştir. O halde bu kişinin ülkeye yasaya aykırı biçimde girmeye teşebbüs dahi etmediğini kabul etmek gerekir.

Bu noktada en fazla durumundan şüphe duyulan kimsenin kaçma ihtimalini bertaraf edilmesi için önleyici tedbirlere başvurulmasının AİHS'nin beşinci maddesi birinci fıkrası kapsamında yorumlanabileceği kabul edilse dahi, olayda başvurucunun kaçma şüphesi de yoktur. Kişi dört gün üst üste otelden kendi isteği gelmiş ve yetkililere kendini göstermiştir. Bu durumda AİHM, şikâyet edilen ülkenin binlerce başvuru karşısındaki durumundan kendiliğinden bir önşart çıkartmakta, henüz mülteciliğine karar verilmemiş kişiler statüsü icat etmekte ve böylece bir statüsüz alan ihdas etmektedir. Bu kişiler herhangi bir statüye dolayısıyla hukuki korumaya ve hakka sahip olmadığı için de her

---

[73] Kalyoncu, s.51.

[74] Madde 5 Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınırdışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

türlü muamaleye tabi tutulabilir hale gelmektedir. Karar uyarınca kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması için "kişinin usulüne aykırı biçimde ülke topraklarına girmekten alıkonulması" şartı aranmak zorunda değildir.[75] Ancak Mahkemenin içi rahattır; çünkü başvurucu "konforlu" bir kampta sadece yedi gün tutulmuştur. Bu şekilde sözleşmenin "az" ihlali Mahkemeye göre ihlal sayılmaz.

Görüleceği üzere AİHM yapılan başvuruların çokluğunun yaratmış olduğu sayısal "zorunluluk" ile başvurucunun özgürlüğü arasında bir karşılaştırma yapmış, devletin egemenlik hakkı karşısında kişilerin güvenliğinin ikinci planda değerlendirilebileceğini hükme bağlamıştır.

SONUÇ

1492-1850 Avrupa'sı birden çok inceleme sahasında ciltlerce kitaba konu olabilecek gelişmelerin yaşandığı dönem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dönemde ortaya konulan eserler düşünsel anlamda tartışmalara konu olmakta ve böylece güncelliğini korumaktadır.

Avrupa'da bu dönemde yaşananların dünyaya etkisi sadece düşünsel değildir. Bu dönem yeni devlet şekilleri ve hükümet modelleri de doğurmuştur. Ayrıca keşifler sonrasında sömürgecilik hareketinin sonucunda kıtaların demografik yapısı değişmiş, dünyadaki zenginlik kaynağı madenler bu madenlere hiç sahip olmayanların kontrolüne geçmiştir.

Avrupa bu dönemdeki değişimden sonra dünyaya bir evrensel değerler ihracına da başlamıştır. Hukuk, ekonomi ve siyaset alanındaki bu değerlerin tüm insanlık için en iyisi olduğu yolundaki düşüncenin sonunda, bu dayatmacı tavır değil, değerlerin kendisi sorgulanır haldedir.

Bir silsile halinde Fransız İhtilali'nden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan bu evrensellik iddiası Avrupalı devletlerin diğer devletler ile olan ilişkilerindeki gerilime bir açıklama olarak ileri sürülebilir. Ancak 1492-1850 döneminin çıktısı olarak kabul edilebilecek bu evrensel değerlerin sahibi ve koruyucusu Avrupa'nın yaşamış olduğu mülteci krizine vermiş olduğu cevap için nasıl bir açıklama yapılacağı merak konusudur. Tüm dünyadaki insan hakları ihlalleri için komisyonlar kurarak raporlar düzenlemekten geri kalmayan Avrupa'nın sınırları içindeki bu somut örneğe kimi zaman kayıtsızlığı kimi zaman ise histeri boyutunda reaksiyonu ayrı bir araştırma konusudur.

"*Hegel'e göre tarihsel her bir yapı olgunluğa eriştiği anda yok olmaya mahkumdur. Ulus-devletin ulaştığı zaferde de madalyonun ironik diğer yüzünü görmek için, Hegel'in tarih felsefesini özümsemek gerekmez. Ekolojik ve askeri*

[75] Alice Edwards, Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants, s.29

risklerdeki küreselleşme artık bizleri, bir ulus-devlet çerçevesi içerisinde ya da daha önce alışılagelmiş yollarla egemen devletlerin birleşerek çözemeyeceği sorunlarla karşı karşıya bırakmaktadır." [76]

Çalışmada yer verdiğimiz AİHM kararı salt hukuksal bir el çabukluğunun gösterilmesi bakımından önemli değildir. İnsan haklarının ulusüstü düzeyde korunmasına en iyi örneklerden birisi olarak gösterilen AİHM başvurucunun mülteci olarak kabul edilmesini, kaçma girişimi ya da şüphesinin olmamasını ve şikâyet edilen ülke tarafından keyfi biçimde (ancak iyi niyetle) göz altına alınmasını dikkate değer biçimde hukuki bulmakta, bu kişinin mülteci kampında tutulmasında bir beis görmemektedir. Bu refleksin altında yüzyıllardır kurulması hayal edilen pax europanın mülteci akınları ile sarsılmasından duyulan endişe yatıyor olabilir mi? Avrupa Roma İmparatorluğu'nu yok eden kavimler göçünün bir benzerini yaşadığını, Roma'nın düşüşü sonrasındaki karanlık dönemleri hatırladığı için kendi icat ettiği insan hakları ideallerine kendisi ihanet ediyor olabilir mi?

Bu soruların yanıtından bağımsız olarak şunu ileri sürmek mümkün olabilir; günümüzde kanıksadığımız, hatta devletler tarafından lütuf olarak sunulan mülteci kampları, öteki konumunda olan kişilerin sınırdan geçmesine izin verilse de bir başka şekilde sınırlar içinde tutulmasına yarayan modern zamanın icatlarıdır.[77] Bu sınır içindeki sınır ile kamp hem kontrol hem de egemenlik aracı olmaktadır. [78] Buraya alınan kişi, AİHM kararında da izlenebildiği üzere hakkın öznesi olmaktan çıkarak nesne haline getirilmektedir. Bu temsili vazifesini layıkıyla ancak "insanca" yerine getiren kampların varlığı ise AİHM yargıçlarının bazıları bakımından rahatlatıcı bir unsur teşkil etmektedir.

Unutulmamalıdır ki hali hazırdaki mültecilerin büyük çoğunluğu güvenlik nedeniyle ülkelerini terk etmek zorunda kalanlardır. Yakın gelecekte ekolojik felaketler nedeniyle kimi yerleşim yerlerinde barınma imkânı kalmayacağı öngörülmektedir. Çok uzak olmayan bir gelecekte bu felaketler nedeniyle şu andaki mültecilerin birkaç katı büyüklüğünde bir kitle harekete geçtiğinde ne yapılacaktır?

Hannah Arent 1943 yılında yayımladığı "Biz Mülteciler" [79] isimli yazısında Hitler Almanyası'ndan kaçan Yahudilerin sığındıkları ülkelerde Yahudiliklerinden vazgeçme ya da gizleme çabalarını anlatırken bir noktaya değinir. Mülteciler herhangi bir yasanın ya da konvansiyonun konusu olmaktan çıkıp salt insan oldukları anda hukuk

---

[76] Jürgen Habermas, "Öteki" Olmak, "Öteki"yle Yaşamak, çev. İlknur Aka, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2004, s.14-15.

[77] Giorgio Agamben, Kutsal İnsan, çev. İsmail Tükrmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017, s.199.

[78] Zabunoğlu, 2018, s.55.

[79] Hannah Arendt, "We Refugees", The Menorah Journal, 1943; Altogether Elsewhere: Writers on Exile, Marc Robinson, Boston: Faber and Faber, 1996, s. 110-119.

dışı haline gelmektedirler. Zira sadece insan olmak artık bir hakkın süjesi olmak için yeterli değildir.

Sorunun bu kısmına devletlerin bir arada çözüm bulmasının, en azından çağımızda mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Elbette en kalıcı çözüm insanları ilticaya iten nedenlerin ortadan kaldırılmasıdır. Savaşların, kıtlığın ve gelir dağılımındaki adaletsizliğin olmadığı bir dünyada kitlesel göç hareketlerinin olmayacağını varsayabiliriz. Ancak bu "varsayımsal" dünya hayalini bir kenara bırakırsak, insan haklarının özümsenmesine çaba sarf etmenin şu anda bizi çözüme götürebilecek en emin yol olduğunu düşünülmektedir.

Sonuç olarak 1492-1850 Avrupa'sını sanat, bilim ve hukuk alanında dünyaya yadsınmaz ve vazgeçilemez katkıların sunulduğu dönem olarak kabul etmek gerekir. Bugün yaşanılan ikilem ve bocalamanın ise yine Avrupa düşüncesinin temelindeki korkudan kaynaklanabileceğini, yüz yıllardır hedeflenen Avrupa barışı idealine yaklaşılmışken bu idealin sarsılmasına bir tepki olabileceği ileri sürülebilir.

Avrupa idealine inanan ve bu ideale savaşsız ulaşmayı hedefleyen Avrupalı için gerek yabancıların "istilası", gerek bu idealden uzaklaşan devletlerin isteksizliği, gerekse idealin temellerinde yer alan yukarıda belirtmeye çalıştığımız çelişkiler bu idealin yeniden ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu yeniden değerlendirmeye temel teşkil edecek, düşünsel alanda 1492-1850 Avrupa'sının ortaya koyduğu çeşitlilik ve zenginlikte bir üretimin günümüzden geleceğe doğru olanaklı olup olmadığını ise bizler ve sonraki nesiller yaşayarak deneyimleyecektir.

KAYNAKÇA

Giorgia A, Kutsal İnsan Egemen İktidar ve Çıplak Hayat, Çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017.

Ağaoğulları M.A, Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayınları, İstanbul 2016.

Akal C B, Modern Düşüncenin Doğuşu İspanyol Altın Çağı, Dost Kitapevi Yayınları, Ankara, 1997.

Arendt H, "We Refugees", The Menorah Journal, 1943; Altogether Elsewhere: Writers on Exile, Marc Robinson, Boston: Faber and Faber, 1996, s. 110-119.

https://www.jus.uio.no/smr/om/aktuelt/arrangementer/2015/arendt-we-refugees.pdf.

Bauman Z, Kapımızdaki Yabacılar, Çev. Emre Barca, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2018.

Bauman Z, Yasa Koyucular ile Yorumcular Modernite, Postmodernite ve Entellektüeller Üzerine, Çev. Kemal Atakay, Metis Yayınları, İstanbul, 1996.

BM Mülteciler Yüksek Komiserliği, Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı, 2013. https://www.refworld.org/cgibin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa66404.

Bozbeyoğlu E, Mülteciler ve İnsan Hakları, Moment Dergi, 2015 Cilt 2 Sayı 1 60-80

https://doi.org/10.17572/mj2015.1.6080

Deleuze G, Spinoza Üzerine 11 Ders, Çev. Ulus Baker, Öteki Yayınları, Ankara, 2000.

Diamond J, Tüfek, Mikrop ve Çelik İnsan Topluluklarının Yazgıları, Çev. Ülke İnce, Pegasus Yayınları, İstanbul, 2018.

Douzinas C. İnsan Haklarının Sonu Yeni Binyılda Eleştirel Hukuk Kuramı, Çev. Kasım Akbaş/Umre Deniz Tuna, Dipnot Yayınları, Ankara, 2018.

Douzinas C, The End of Human Rights Critical Legal Thought At The Turn of The Century, Hart Publishing, Oregon, 2000.

Edwards A, Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants. https://www.unhcr.org/4dc949c49.pdf

Foucault M, Klasik Çağda Deliliğin Tarihi Akıl ve Akıl Bozukluğu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2017.

Habermas J, "Öteki" Olmak, "Öteki"yle Yaşamak, çev. İlknur Aka, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004.

Kalyoncu B, Türk Pozitif Hukuku'nda ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Machiavelli, Prens, Çev. Nazım Güvenç, Anahtar Kitaplar Yayın Evi, İstanbul, 1994.

Marks K / Engels F, Devlet ve Hukuk, Çev. Rona Serozan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2016.

Mumcu A / Küzeci E, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri Kavramlar ve Ulusal Gelişimleri Bugünkü Durumları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Özdemir A M/Saygılı A./Zabunoğlu H G, etal. Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım, İmge Kitapevi, Ankara, 2019.

Russ J, Avrupa Düşüncesinin Serüveni Antik Çağlardan Günümüze Batı Düşüncesi, Çev. Özcan Doğan, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2011.

Saygılı A, İnsan Haklarının Kıyısındaki Özneler: Mülteciler, İmaj Yayınları, Ankara, 2018.

Saygılı A, Kutsal Canavar Devlet, İmaj Yayınları, Ankara, 2019.

Sarıgül T, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

Tilly C, Avrupa'da Devrimler 1492-1992, Çev. Özden Arıkan, Afa Yayıncılık, İstanbul, 1995.

Zabunoğlu H G, Modern Devletin Kıyısındaki Ayrıksılar Mülteciler, İmaj Yayınevi, Ankara, 2018.

Zabunoğlu H G, Kültürel Göreceelilik ve İnsan Haklarının Evrenselliği, Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011.

Saadi/Birleşik Krallık AİHM Büyük Daire Kararı Başvuru No: 13229/03, 29 Haziran 2008.

https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim Tarihi 04.06.2022.

İSPAT YÜKÜNÜ TERSİNE ÇEVİREN KANUNİ KARİNELERİN MASUMİYET KARİNESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of Legal Presumptions That Shift the Burden of Proof in the Context of Presumption of Innocence

Araştırma Görevlisi Semih Oğuz AYDIN*

Öz: Varlığından haberdar olunan bir olgudan yola çıkılarak, diğer bir olgunun varlığı hakkında bir sonuca varmayı sağlayan kanuni karinelere her devletin hukuk sistemlerinde yer verilmektedir. Hatta kimi zaman kanuni karineler vasıtasıyla suç normlarının ihdas edildiği de gözlemlenebilmektedir. Bahsi geçen nitelikteki karineler, öğretide suçluluk karineleri olarak adlandırılmaktadır. Suçluluk karineleri suç isnadı altındaki kişinin suçlu olduğu hususunda bir varsayım ihdas ettiğinden mahkumiyetine hükmedilmemesi için suç isnadı altındaki kişinin suçlu olmadığını ispat etmesini gerektirmektedir. Bilindiği üzere aksi ispat edilinceye dek bir suçla itham edilen herkesin masum olduğu hususunda normatif bir olgu ortaya koyan masumiyet karinesi, isnat altındaki kişinin suçu işlediğini ispat etme yükümlülüğünün iddia makamınca deruhte edilmesini gerektirmektedir. Bu halde suçluluk karineleri, masumiyet karinesinin gerekliliklerine aykırılık taşımaktadır. Buna karşın İHAM ve AYM'nin yerleşik içtihadına göre suçluluk karinelerinin kullanılmaları kategorik olarak masumiyet karinesi bakımından bir ihlal oluşturmamaktadır. Belirli sınırlar içerisinde kullanılmaları halinde ispat yükünü tersine çeviren suçluluk karineleri masumiyet karinesi bakımından bir ihlal teşkil etmemektedir.

Anahtar Kelimeler: Masumiyet Karinesi, İspat Yükü, Kanuni Karine, Suçluluk Karinesi, Otomatik Uygulama, Savunma Hakkı

Summary: Legal presumptions that enable a conclusion to be drawn about the existence of a fact based on a known fact, are included in the legal systems of every state. Sometimes it can be seen that a crime is established through legal presumptions. These kind of presumptions called presumptions of guilt. Since a presumption of guilt establishes a presumption that the person charged with a crime is guilty, the accused must prove that he or she is not guilty to elude a conviction. Presumption of innocence, that known as a normative fact that everyone charged with a crime is innocent until proven otherwise, necessitates that prosecution has to endure the burden of proof that the person accused have commited the crime. In this regard presumptions of guilt are incompatible with necessitates of presumption of innocence. Nevertheless, according to well established case law of ECHR and CCRT, application of presumptions of guilt does not categorically constitutes a violation of the presumption of innocence. When application of presumptions of guilt that reverse the burden of proof stand within the certain limits, there will be no violation of presumption of innocence.

Keywords: Presumption of Innocence, Burden of Proof, Legal Presumptions, Presumptions of Guilt, Automatic Reliance, Right of Defence

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, semihoguzaydin@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0148-5452

Makale Geliş Tarihi: 28.08.2022, Makale Kabul Tarihi: 17.11.2022

GİRİŞ

Masumiyet karinesi, kendisine bir suç isnat edilen kişinin suçlu olduğu kesin bir hükümle sabit oluncaya dek masum sayılması gerektiğini ifade etmektedir. Suç isnadı altındaki kişinin masum sayılması gerekmekteyse, masum sayılan kişiden suçu işlemediğini ispatlaması beklenemeyecektir. Bu halde masumiyet karinesinin en tabii sonuçlarından birisi, suç isnadı altındaki kişinin suçlu olmadığını ispat etme gibi bir yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Ancak kimi zaman belirli bir suçun maddi unsurlarının somut vakıada mevcudiyetinin ispatlanmasının zorluğu, korunan hukuki değerlerin toplumsal önemi ve ilgili suç bakımından öngörülen yaptırımın türü ve miktarı gibi birçok nitelik dikkate alınarak belirli olguların mevcudiyeti halinde ilgili suçun oluştuğuna hükmeden ve suçluluk karinesi olarak adlandırılan hükümlerin mevzuatlarda yer aldığı görülmektedir. Bu hükümler, esasen suçu işlemediğini ispat yükü altında olmayan kişiye, aleyhine olan karinenin işler hale gelmesi sebebiyle, masum olduğunu ispatlama yükümlülüğü yüklemektedir.

Bu çalışma bahsedilen nitelikteki karinelerin, suç isnadı altındaki kişinin masum olduğunu ispat etmelerini gerektirmeleri sebebiyle masumiyet karinesi bakımından herhangi bir aykırılık oluşturup oluşturmadığının araştırılmasına hasredilmiştir. İspat yükü konusu insan hakları hukuku bağlamında masumiyet karinesi başlığı altında incelendiğinden ilk olarak masumiyet karinesinin çalışmaya konu teşkil eden ispat yükü olgusuna ilişkin sonuçları incelenmiştir. Ardından konunun bir ispat yükü meselesi olması ve ceza muhakemesi ile sınırlandırılmış olması sebebiyle ceza muhakemesi hukukunda bir ispat yükünün söz konusu olup olmadığı, bu konuda öne sürülmüş olan görüşler bağlamında incelenmiştir. Ardından ise bir karine kullanımının söz konusu olduğu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları üzerinden bir değerlendirme gerçekleştirilmiştir.

I. MASUMİYET KARİNESİ

İlkenin muhtevasının incelenmesinden önce adlandırılması hususundaki tartışmalara değinilmesi gerekmektedir. İHAS'ın 6. maddesinin 2. fıkrasında kendisine yer bulmuş olan ilkeyi ifade etmek için "masumiyet" anlamına gelen "*innocence*" kelimesi kullanılmıştır. Anayasanın 38. maddesinin 4. fıkrası ise bir kimsenin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar "*suçlu sayılamayacağını*" düzenlemiştir. Genel olarak masumiyet karinesi olarak ifade edilmekte olmasına karşın, öğretide *Kunter* Anayasanın mezkûr maddesindeki ibarenin tercih edilmiş olmasının daha isabetli olduğunu zira sanığın masum sayıldığı ihtimalinde kendisine uygulanacak olan koruma tedbirlerinin izah

edilemeyeceğini belirtmiştir[1]. Aynı şekilde *Feyzioğlu*, mezkûr ilkeyi "*suçsuzluk karinesi*" olarak ifade etmiş ve bu yaklaşıma gerekçe olarak ise bahsedilen ilkenin, muhakemeye konu kişinin *masum sayılmasını* değil, *suçlu sayılmamasını* gerektirdiğini ve aksi bir durumda *masum sayılan* bir kişiye koruma tedbirlerinin uygulanmasının gerekçelendirilemeyeceğini belirtmiştir[2].

Kanımızca böyle bir yaklaşım yerinde değildir. Koruma tedbirlerinin her birinin uygulanma şartı olarak belirli bir dereceye ulaşmış olan şüpheyi gerektirdiği düşünüldüğünde, bahsedilen yaklaşımın, kişinin muhakeme konusu suçu işlediğine yönelik şüphenin, kişinin *masum sayılmasına* engel teşkil ettiği fikri üzerine temellendiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Oysa masumiyet karinesinin işlevi, belirli bir dereceye ulaşmış *şüphenin* varlığına kanaat getirildiğinde başlatılan ve tamamen ortadan kaldırılıncaya kadar derecesi değişmekle birlikte *şüphenin* sürekli mevcut olduğu bir süreç olan ceza muhakemesinin her aşamasında, suç isnadı altındaki kişinin masumiyetini o şüpheye karşı vurgulamak ve korumaktır. Esasen şüphenin varlığı, kişinin *masum sayılması* yönündeki engel değil masumiyet karinesinin varlık sebebidir. Zira kişi hakkında belirli bir şüphenin söz konusu olmadığı ve dolayısıyla ceza muhakemesinin yürütülmediği hallerde zaten masum sayılmaya ihtiyacı yoktur. Bu halde, şüphenin varlığı sebebiyle "masumiyet" kelimesi yerine "suçsuzluk" kelimesinin kullanılması yerine; ilkenin tam da amaçladığı gibi şüpheye rağmen ve şüpheye yönelik bir koruma sağlaması amacıyla "masumiyet" kelimesinin kullanılmasını daha yerine bulmaktayız[3].

Mezkûr ilke kendisine bir suç isnat edilen kişinin, suçlu olduğu adil bir muhakeme sonucunda ihdas edilecek olan bir hükümle ortaya

---

[1] Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1986, s. 24.

[2] Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", C. 48, S. 1, Ankara, 1999, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 37-38. ("Suçsuzluk Karinesi")

[3] Doğan, masumiyet karinesi bakımından, suç isnadı altındaki kişi hakkındaki şüphenin derecesinin değişmesiyle birlikte etkisinin azalabileceği şekilde açıklanabilecek olan psikolojik yaklaşımın değil; en kuvvetli şüphenin varlığı halinde dahi kişinin masumiyeti hususundaki karinenin değişmeyeceği yani masumiyet karinesinin hükmün kesinleşmesine kadar herhangi bir şekilde sınırlandırılamayacağı normatif yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna gerekçe olarak ise ne kadar kuvvetli olursa olsun kişi hakkında oluşan şüphenin, sonradan ortaya çıkan bir delil ile her zaman ortadan kalkabileceği gerçeğine dayanmaktadır. Normatif yaklaşımın benimsenmesiyle, ilgili koruma tedbirinin uygulanması bakımından aranan şüphenin derecesi ne olursa olsun kişinin masumiyeti bakımından herhangi bir değişiklik yaratmayacağını, bu yüzden masumiyet kelimesinin kullanılması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Koray Doğan, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik: Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo", 3. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 145-146.

koyuluncaya dek masum sayılacağını ifade etmektedir[4]. İlkenin uygulanmasıyla varılmak istenen sonuç, herhangi bir kişi hakkındaki muhakemeye o kişinin suçlu olduğu önyargısıyla başlanmasının engellenmesi ve delillerin önyargıdan ari bir şekilde değerlendirilmesi suretiyle maddi gerçeğe uygun ve dolayısıyla adil bir kararın çıkmasına imkân tanımaktır[5].

İHAM, masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddialarını taşıyan başvurularda yapmış olduğu değerlendirmelerde İHAS'ın 6. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan masumiyet karinesinin belirli gerekliliklerinin olduğunu ifade etmektedir. Bu gereklilikler; hüküm makamının suç isnadı altındaki kişinin muhakemeye konu suçu işlediği hususunda bir önyargı taşımaması, ispat yükünün iddia makamınca üstlenilmesi ve her türlü şüpheden sanığın yararlanmasıdır[6].

II. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN İSPAT YÜKÜ

A. SANIK DIŞINDAKİ SÜJELER BAKIMINDAN İSPAT YÜKÜ

İspat yükü, uyuşmazlığın çözümlenmesi için ispatı gereken hususu muhakemenin taraflarından hangisinin ortaya koyması gerektiğini belirten kavramdır[7]. İspat yükü veya niteliğini de ortaya koyar şekilde ispat külfeti[8], esasen medeni muhakemede söz konusu olan bir hususdur.

---

4 Pınar Memiş, "Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE, İstanbul, 2003, s. 4.

5 Memiş, s. 5; Stefan Treschel, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, New York, 2005, s. 163.

6 Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain, B. No: 10590, K.T.: 06.12.1988, para. 77; Anayasa Mahkemesi de aynı gereklilikleri İHAM'ın çeşitli kararlarına atıfta bulunarak benimsemektedir. bkz: Gurbet Çoban Başvurusu, B. No: 17.11.2021, para. 20.

7 Ali Kemal Yıldız, "Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2002, s. 236; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 320; Devrim Aydın, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 23; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 316; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 7. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 342; Memiş, s. 48.

8 Bilindiği üzere külfet, kişiye, belirli bir menfaati elde etmesi veya bu menfaati kaybetmemesi için yüklenmiş olan davranıştır. Yani külfet teşkil eden davranışın yerine getirilmesi, yerine getiren kişi lehine sonuçlar yaratır. Medeni muhakeme anlamında bir kişinin iddiasını ispat etmesi de kendi lehine sonuçlar yaratacağından, esasen iddiayı ispat etmek bir külfettir. Çalışmanın devamında da görüleceği üzere biz medeni muhakeme anlamında bir ispat külfetinin ceza muhakemesinde söz konusu olmadığını düşünmekteyiz. Buna karşın suç isnadı altındaki kişinin cezalandırılması için sanık dışındaki süjeler olan iddia ve hüküm makamının, sanığın suçu işlediğini ispatlaması gerekliliğini bir yükümlülük olarak telakki etmekteyiz. Bu sebeple çalışmanın konusu ile bağdaşır nitelik taşıması bakımından ispat yükü tabiri

Bilindiği üzere medeni muhakemede bir olgunun varlığını iddia eden ve bu iddia üzerine bir menfaat talebini temellendiren kişinin bu olguyu ispat etmesi gerekmektedir. Bu olgunun ispatlanamaması durumunda ispat yükümlüsü bir menfaati elde edememekte veya koruyamamaktadır. Nitekim bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.*" şeklindeki 190. maddesinde ortaya koyulmuştur. Ceza muhakemesinde ise suç isnadı altındaki kişinin ispat yükünü deruhte etmediği hususunda fikir birliği söz konusu olsa da iddia ve hüküm makamı bakımından bir ispat yükünün söz konusu olup olmadığı hususunda tartışmalar mevcuttur.

Ceza muhakemesi sonucunda verilen kararların kamusal niteliği ve bu kamusal nitelik sebebiyle medeni muhakemeye göre muhakemenin işleyişi bakımından benimsenmiş olan farklı kurallar ispat yükü sorununun mevcut olmadığına ilişkin düşünceleri yaratmaktadır[9]. Medeni muhakeme sonucunda verilen bir karar, genellikle yalnızca uyuşmazlığın taraflarını ilgilendirirken, ceza muhakemesine kamu düzeninin ciddi şekilde bozduğu iddia edilen bir haksızlık olan suç konu olduğundan, ortaya çıkacak olan hüküm bir bütün olarak kamuyu ilgilendirmektedir[10]. Nitekim ceza muhakemesinde, medeni muhakemede olduğunun aksine maddi gerçek aranmaktadır[11]. Zira medeni muhakemeden farklı olarak ceza muhakemesinde tehlike altında olan hak genellikle kişi özgürlüğüdür. Kişi özgürlüğü gibi medeni muhakeme sonucunda ihdas edilecek hükümlerle müdahale edilen haklardan daha önemli olduğu addedilebilecek bir hak söz konusu olması[12] ve keza hükmün kamu düzenini ilgilendiriyor olması sebebiyle maddi gerçeğin aranıyor olması hususları ise uyuşmazlık konusu vakıanın araştırılmasında tarafların talep, çaba veya imkânlarıyla sınırlı kalınmamasını, hüküm makamının da önem arz ettiğini düşündüğü vakıalar hususuna re'sen araştırmalar yapabilmesini gerektirmektedir[13]. Re'sen araştırmanın söz konusu

---

kullanılmaya devam edilecektir. İspat yükünün külfet niteliğine ilişkin bkz: Kuru, s. 320; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 342.

9 Aydın, s. 24; Yurtcan, s. 317.

10 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 30.

11 Kunter, medeni muhakeme hukukunda da hakikatin arandığını ve fakat hüküm makamının hakikati dış görünüşle öğrenmekle yetindiğini buna karşın özüne ilişkin herhangi bir inceleme gerçekleştirmediğini ve tarafların talepleriyle bağlı olduğunu belirtmiştir. Yazara göre ceza hukuku ise hakikatin şeklini değil maddesini araştırmaktadır. bkz: Kunter, s. 23-24.

12 Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 425; Memiş, s. 48.

13 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 31; Yurtcan bu hususu, ceza muhakemesinin, tarafların yürüttükleri ve iradeleriyle sonucu üzerinde etkili oldukları bir muhakeme türü olmamasıyla açıklamaktadır. bkz: Yurtcan, s. 317.

olduğu durumda ise, iddia makamının tam anlamıyla ispat yükünü deruhte ettiğinden söz etmenin mümkün olmadığı belirtilmektedir[14]. Zira iddia makamının iddiayı yeterince kuvvetli bir şekilde ortaya koyamaması halinde suç isnadı altındaki kişinin doğrudan beraatine karar verilmemekte; hüküm makamı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması şeklindeki görev gereği bu hususstaki araştırmaya devam etmektedir[15]. Yine maddi gerçeğin açığa çıkarılması amacının bir sonucu olarak iddia makamının yalnızca suç isnadı altındaki kişinin aleyhine olan delilleri değil lehine olan delilleri de toplaması yani suç isnadı altındaki kişinin menfaatine olabilecek şekilde de hareket etmesi sebebiyle iddia makamının medeni muhakemedeki anlamıyla bir ispat yükünü deruhte ettiğinden söz edilemeyeceği de belirtilmektedir[16]. Keza aynı yönde bir başka görüşe göre maddi gerçeğin açığa çıkarılması şeklindeki amaç, belirli delillerin sunulması gereken kişiler tarafından ileri sürülmediği ve belirli olgular muhakemenin süjelerinden belirli biri tarafından ispat edilmediği halde belirli hususların mevcudiyetlerinin kabul edilmemesi ve buna dayanarak ispatın gerçekleşmemesi sebebiyle muhakemenin sonlandırılmasını engellemekte; bu durum ise belirli olguları ispatlamak belirli bir tarafın yükümlülüğü olmaktan çıkararak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması şeklindeki yükümlülüğün kolektif bir şekilde yerine getirilen bir görev haline getirmektedir[17].

Ceza muhakemesinde ispat yükünün olduğu görüşünde olan yazarlar, suç isnadı altındaki kişinin mahkûm edilebilmesi için suçlu olduğunun şüpheden uzak bir şekilde ispatlanması gerekliliğine dayanmaktadır. Buna göre iddia makamı olan savcı, bir kimsenin suç işlediği için cezalandırılması gerektiğinden bahisle davayı açan kişi

---

[14] Doğan, s. 282; Yurtcan, s. 316; Koca, bu olguya tersinden bir yaklaşım sergileyerek ispat yükü sorununun yalnızca hüküm makamının sunulan delillerle bağlı olduğu sistemlerde ortaya çıkacağını belirtmektedir. bkz: Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesinde Deliller", C. 1, S. 2, 2006, Ceza Hukuku Dergisi, s. 210; Tosun da ispat yükü sorununun yalnızca hâkimin pasif konumda olduğu yani re'sen araştırma yetkisine sahip olmadığı durumlarda gündeme geleceğini belirtmektedir. bkz: Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Dersleri, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 727-728; Yıldız ise hüküm makamının re'sen araştırma ilkesinin bir gereği olarak delil toplamasını ispat yükünün olmadığı anlamına gelmediği görüşündedir. bkz: Yıldız, s. 237; aynı yönde bkz: Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde İspatin Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, 2. baskı, Islık Yayınları, İstanbul, 2015, s. 265 ("Vicdani Kanaat")

[15] Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, 8. baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984, s. 334.

[16] Birtek, s. 425; Yurtcan, s. 316; Yıldız, iddia makamının suç isnadı altındaki kişinin yalnızca aleyhine olan delilleri değil lehine olan delilleri de toplama yükümlülüğü altında olmasının onun ispat yükünün olmadığı anlamına gelmediği görüşündedir. bkz: Yıldız, s. 238; Feyzioğlu, savcının sanık lehine de delil toplamasına sebep olarak bir kamu görevlisi olmasını ve kamu yararının ise yalnızca suçlu kişilerin hak ettiği oranda cezalandırılmaları suretiyle ortaya çıkabileceğini göstermekte ve bu durumdan ispat yükünün savcının üzerinde olmadığı sonucunun çıkarılamayacağını belirtmektedir. bkz: Feyzioğlu, 2015, s. 266.

[17] Aydın, s. 24; Birtek, s. 425; Doğan, s. 283.

olduğundan, istihdaf ettiği sonuca ulaşabilmek için iddiasını ispat etmekle yükümlüdür[18]. Yani suç isnadı altındaki kişinin mahkûm edilebilmesi için suç işlediğin iddia makamınca ispat edilmesi bir gerekliliktir[19]. Keza hüküm makamı da maddi gerçeğin re'sen araştırılması hususundaki yükümlülüğü uyarınca isnat altındaki kişinin suçlu olup olmadığını araştırmakta ve yine isnat altındaki kişinin mahkûm edilebilmesi için kişinin suç işlediğini ispat etmesi gerekmektedir. Bu halde hem iddia makamı hem de hüküm makamının ispatı gerçekleştirememesi halinde suç isnadı altındaki kişi beraat edeceğinden, yani suçun ispatı bir gereklilik teşkil ettiğinden suç iddiasını ispat etmenin her iki makam bakımından da bir yükümlülük olarak değerlendirilmesi gerekmektedir[20].

Biz de medeni muhakemedeki anlamıyla esasen külfet niteliğini haiz olan bir ispat yükünün ceza muhakemesi hukukunda söz konusu olamayacağını düşünmekteyiz. Zira ispat yükü, belirli bir menfaat elde etmesini sağlayacak bir olgunun varlığını iddia eden kişiye bu iddiasını ispatlama yükümlülüğü getirmekte ve bu yükümlülüğünü gerektirdiği gibi yerine getirememesi halinde ilgili menfaati elde edememektedir. Oysa ceza muhakemesinde, savcının ortaya koymuş olduğu iddia ile ulaşmayı hedeflediği menfaat medeni muhakeme anlamında kişisel bir menfaat değil, kamusal nitelik taşıyan bir menfaattir. Kamu düzeni olarak açıklanabilecek olan bu menfaatin kamusal niteliği ve bir kimsenin hak ettiğinden fazla ceza almamasının da yine kamu düzenine ilişkin oluşu, ceza muhakemesinde hüküm makamına re'sen araştırma yetki ve yükümlülüğünün verilmesini gerektirmektedir. Hüküm makamının pasif bir konuma hapsedilmemesi gerekliliğini ortaya koyan bu durum esasen medeni muhakeme anlamındaki bir ispat yükünün ceza muhakemesinde söz konusu olmadığını göstermektedir. Keza, ispatın gerçekleştirilememesi durumunda medeni muhakemede olduğunun aksine kişisel bir menfaat kaybı veya kişisel bir menfaati elde edememe gibi bir sonucun da ispatı gerçekleştirmesi kendisinden beklenen makamlar bakımından ortaya çıkmaması medeni muhakeme anlamında bir ispat yükünün ceza muhakemesi bakımından söz konusu olmadığını ortaya koymaktadır.

---

[18] Feyzioğlu, 2015, s. 264-265; Memiş, s. 48; Yıldız, s. 238; Tosun, iddia makamının ispat yükünü deruhte etmesi gerekliliğini, ceza muhakemesinde işgal ettiği konum ile açıklamaktadır. Buna göre savcı, iddia eden makamdadır. Bu iddia üzerine suç isnadı altındaki kişi savunma gerçekleştirmektedir. İddianın söz konusu olmadığı durumda, bir savunma da söz konusu değildir. İddianın, belirli bir sonuca ulaşmak için ortaya koyulan iddianın bu sonuca ulaşmaya elverişli olması için bu iddiayı doğrulayacak ve ispat edecek niteliği haiz delilleri de içermesi gerekliliği düşünüldüğünde ispat yükünü iddia makamının deruhte etmesi gerektiğini ifade emektedir. bkz: Tosun, s. 727.

[19] Zira mevcut durumun değişmesini isteyen kişi iddia makamı olan savcıdır. bkz: Tosun, s. 727.

[20] Feyzioğlu, 2015, s. 267.

Ceza muhakemesinde, sonuçlarının kamusal nitelik taşıması sebebiyle muhakeme konusu vakıaya ilişkin maddi gerçeğe odaklanılmış ve bunun kim tarafından ispat edileceğine herhangi bir önem atfedilmemiştir. Ancak belirtilmelidir ki, bir kimsenin belirli bir suçtan dolayı mahkûm edilebilmesi için o kişinin suçlu olduğunun iddia makamı veya hüküm makamınca ortaya koyulmasının zaruri olması, bu faaliyetin medeni muhakeme anlamında bir ispat külfeti teşkil etmese dahi bir yükümlülük olarak nitelendirilmesini kanımızca mümkün kılmaktadır. İddia makamının ve hüküm makamının görev ve yetkileri düşünüldüğünde ise, suç isnadı altındaki kişinin suçu işlediğinin ispatı olan bu yükümlülüğün anılanlarca deruhte edildiği sonucuna varılması mümkündür. Esasen buradan ortaya koyulabilecek en önemli sonuç ispat yükünün kimde olduğunun belirlenmesi değil, kimde olmadığının belirlenmesidir. Aşağıda sebeplerinden ayrıntılı şekilde bahsedileceği üzere, ispat yükü taşımadığına ilişkin belirleme yalnızca suç isnadı altındaki kişi bakımından yapılabilecektir.

B. SANIK BAKIMINDAN İSPAT YÜKÜ

Masumiyet karinesinin bir gereği olarak, kişi hakkında yürütülecek olan ceza muhakemesine o kişinin suçlu olduğu önyargısıyla değil; masum olduğu düşüncesiyle başlanması gerekmektedir. Bu şekildeki bir yaklaşım ise, ilgili ceza muhakemesinde kişinin suçlu olduğunun ispatlanması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Bu halde, mahkûmiyet kararının, suç isnadı altındaki kişinin suçlu olmadığını ispat edememiş olmasına dayanmaması gerekmektedir[21]. Zira kişinin masum olduğu varsayımında aynı zamanda muhakeme konusu suçu işlemediğini ispatlamasını kendisinden beklemek bir çelişki arz etmektedir[22]. Aksi yönde bir uygulama, susma hakkının özüyle de çelişmektedir. Zira susma hakkı olan isnat altındaki kişiyi suçu işlemediğini ispatlamak zorunda bırakmakta yani susma hakkının tersine aktif bir şekilde muhakemede rol almaya zorlamaktadır[23]. Keza suç isnadı altındaki kişinin suçlu olmadığını ispatlamak zorunda bırakmak, gerçekten kendisine isnat edilen suçu işlemediği hallerde suç isnadı altındaki kişiden yokluğu ispat etmesini beklemek anlamına gelecektir. Yokluğun ispatı ise birçok vakıa bakımından esasen mümkün değildir[24].

Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) suç isnadı altındaki kişinin bir ispat yükümlülüğü bulunmadığına ilişkin açık bir hüküm yer almamasına karşın, ispata ilişkin 217. madde hükmünden bu nitelikte bir

---

21 Erem, s. 326-327.

22 "[…] kişinin masumiyeti 'asıl' olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup, kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez." Kürşat Eyol Başvurusu, B. No: 2012/665, K.T.: 13.06.2013, para. 26; Yıldız, s. 238.

23 Koca, s. 211; Memiş, s. 49.

24 Birtek, s. 423; Erem, s. 326; Tosun, s. 727.

yükümlülüğün söz konusu olmadığının ortaya koyulabilmesi mümkündür. CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrasında *yüklenen suçun*, hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille *ispat edilebileceği* düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere ilgili madde suçun işlenmediğinin değil suçun ispat edilmesinden bahsetmektedir. Suç isnadı altındaki kişinin işlemiş olduğu suçu ispat etmesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından suç isnadı altındaki kişinin böyle bir yükümlülük altında olduğunu ifade etmekte bir beis yoktur.[25]

Genel kural suç isnadı altındaki kişini ispat yükü taşımaması olmakla birlikte kimi zaman kanun koyucular suçluluk karineleri adı verilen fiili ve hukuki karinelere mevzuatlarında yer verebilmektedir. Bu nitelikteki karineleri içeren hükümler, çalışmanın başından bu yana ortaya koymaya çalıştığımız ve medeni muhakemedeki anlamıyla olmasa dahi yükümlülük olarak nitelendirilebileceğini ve iddia makamı ile hüküm makamının deruhte etmesi gerektiğini belirttiğimiz ispat yükünü tersine çevirmekte ve suç isnadı altındaki kişiye yüklemektedir. Yani isnat altındaki kişinin, suçluluk karinesi adı verilen karinenin içerdiği olgunun gerçekleşmiş olması halinde o suçu gerçekten işleyip işlemediğinin ayrıca incelenmesine gerek kalmaksızın suçu işlediği ispat edilmiş olmaktadır.

III. İSPAT YÜKÜNÜ TERSİNE ÇEVİREN KANUNİ KARİNELER

A. GENEL OLARAK KARİNE KAVRAMI

Karine kelimesi, varlığından haberdar olunan bir olgudan yola çıkılarak, diğer bir olgunun varlığı hakkında bir sonuca varmayı ifade etmektedir[26]. Karinelerin fiili ve hukuki karineler olarak ikiye ayrılmaları mümkündür. Belirli bir olgunun varlığına işaret olarak kabul edilen kuralın bir hukuk kuralı olması halinde kanuni bir karine söz konusu olmaktadır[27]. Bir kanuni karinenin söz konusu olduğu hallerde, karinenin içerdiği olgunun ispat edilmesiyle birlikte, o karineye bağlanan sonuç ortaya çıkmaktadır.

Suçluluk karinesine örnek olarak 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun *ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde oraya çıkan artışlar*ın haksız mal edinme olarak değerlendirileceğini belirten 4. maddesinin verilmesi mümkündür.

---

[25] Doğan, s. 280-281.

[26] Fatma Tülay Karakaş, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", C. 62, S. 3, 2013, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 731; Feyzioğlu karineyi, "gerçeğe uygun kabul edilen bir olaydan veya olaylar bütününden yola çıkılarak, diğer bir olayın varlığına dair karar vermeyi gerektiren bir kurala dayanılarak yapılan işlem" olarak tanımlamaktadır. bkz: Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s. 251.

[27] Karakaş, s. 736.

Maddede yer alan karine kişinin sosyal yaşamında gerçekleştirdiği harcamaların, geliri göz önüne alındığında bir uyumsuzluk taşıdığının ispatlanmasıyla birlikte haksız mal edinmenin oluşacağını belirtmekte; bunun aksini ilgili kişinin ispat etmesini gerektirmektedir. Görüldüğü üzere kişinin geliri ile uygun düşmeyecek nitelikteki harcamalarının söz konusu olduğu halde gerçekten bir haksız mal edinip edinmediğinin incelenmesine gerek olmaksızın o karineye bağlanan sonuç olan haksız mal edinme suçunu işlediği kabul edilmektedir.

Kanımızca, suçluluk karinelerinin, bu karinelerin düzenlendiği suçun niteliği ve ilgili suç için öngörülen yaptırımın türü fark etmeksizin ceza muhakemesi hukukunda yeri olmaması gerekmektedir. Zira bu tür karineler kısmen de olsa sanığı bir suçu işlemediğini ispatlama yükümlülüğü altına sokmaktadır. Öngördüğü yaptırım ile kişi özgürlüğü hakkını sınırlandıran ceza hukuku disiplininde, bir kişinin suçlu olduğuna yönelik bir varsayım ihdas edilmesi ve iddia makamının sahip olduğu yetki ve güce sahip olmayan isnat atlındaki kişiden özgürlüğünün kısıtlanmaması için suçu işlemediğini ispatlamasının beklenmesi adil bir uygulama olmaktan uzaktır.

Keza bu tür karinelerin söz konusu olması halinde suç isnadı altındaki kişinin savunma hakkı ya ciddi şekilde kısıtlamakta ya da tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bir an için birtakım mülahazalarla suçluluk karinelerinin mevzuatlarda yer alabileceği düşünüldüğünde dahi bu karinelerin mutlaka aksi ispat edilebilir nitelikte olmaları gerekmektedir. Aksi bir durumda, suç isnadı altındaki kişinin aleyhine ceza muhakemesine hâkim olan vicdani delil ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde bir kanuni delil yaratılmış olduğu anlamına gelecek[28] ve savunma makamının bu aşamadan sonra kendi lehine bir sonuç elde etme imkânı söz konusu olmadığından suç isnadı altındaki kişinin savunma hakkı suçluluk karinesinin karşısında yukarıda da bahsedildiği üzere tamamen işlevsiz bir hale gelecektir.

B. İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHADI

1. Mahkemenin İspat Yüküne İlişkin Genel Yaklaşımı

Öncelikle değinilmesi gereken nokta herhangi bir karinenin söz konusu olmadığı durumlarda İHAM'ın ispat yüküne ve bu yükün tersine dönmesine ilişkin ortaya koymuş olduğu yaklaşımıdır. *Barbera, Messegue ve Jabardo v. İspanya* kararında İHAM, adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan masumiyet karinesinin gerekliliklerinden birinin ispat yükünü iddia makamının deruhte etmesi olduğunu belirtmiştir[29]. Mahkeme, ispat yükünün iddia makamında

[28] Memiş, s. 51.

[29] Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain, para. 77.

olmasının ispat yükünün hiçbir zaman taraf değiştirmeyeceği anlamına gelmediğini belirtmekle birlikte, bu değişimin masumiyet karinesi bakımından bir ihlal teşkil etmemesi için iddia makamının belirli bir derecede iddiasını ispat etmiş olması gerektiğini ifade etmektedir.

Telfner v. Avusturya kararında mahkeme, ispat yükündeki tersine dönüşün masumiyet karinesi bakımından ihlal oluşturduğu sonucuna varmıştır. Gerçekleşen bir araba kazasında, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanan K., kendisine çarpan aracın model ve plaka bilgilerini kolluk görevlileri ile paylaşmıştır. Başvurucunun annesi olan ve araç üzerine kayıtlı olan G. aracı kullanmadığını ve aracın ailenin tüm üyeleri tarafından ihtiyaç oldukça kullanıldığını ve sorulması üzerine ise oğlu olan başvurucunun evde olmadığını belirtmiştir. G.'nin ertesi gün tekrar gelen aynı kolluk görevlilerine oğlunun hala eve gelmediğini belirtmesi üzerine soruşturma raporunda başvurucu şüpheli olarak kaydedilmiş ve genel olarak aracı kullanan kişinin o olduğuna ilişkin duyumları de raporda eklenmiştir.[30]

Açılan davada başvurucu suçsuz olduğunu ve bahsedilen zaman aralığında aracı sürmediğini iddia etmiştir. Mağdur K., sürücüyü teşhis etmesinin ve hatta sürücünün cinsiyetinin ne olduğunu dahi belirtmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. İlk derece mahkemesi, başvurucunun suç ile arasındaki bağlantıyı sağlayan tek delilin kolluk görevlilerinin ilgili aracın genellikle başvurucu tarafından kullanıldığına dair duyumları olduğunu ve bu duyumlardan yola çıkarak kaza anında da aracın başvurucu tarafından kullanıldığına kanaat getirdiğini kararında belirtmiş ve başvurucuyu adli para cezasına mahkûm etmiştir. Kanun yolu incelemesinde ise başvurucunun, muhakeme konusu vakıanın farklı şekilde oluştuğuna yönelik açıklamalarda bulunma imkânı kendisine tanınmış olmasına karşın bu nitelikte bir açıklama yapmayarak sessiz kalmasının, suçun bariz bir şekilde onun tarafından işlendiğini gösterdiğini belirtmiştir.[31]

İHAM yaptığı incelemede; yerel mahkemelerin her ikisinin de kararlarında kolluk görevlilerinin inceleme raporuna eklemiş olduğu ilgili aracı kullanan kişinin genellikle başvurucu olduğu şeklindeki duyuma dayandığını belirtmiştir. Zaten kendi başına yetersiz olan ilgili duyumun, çelişmeli bir muhakemede dermeyan edilen delillerle doğrulanamadığını belirtmiştir. Bu belirlemenin ardından Mahkeme, yerel mahkemelerde başvurucu aleyhine ortaya koyulan iddiaların, ilk bakışta (*prima facie*) dahi başvurucuyu, hakkında belirli bir açıklama yapmak durumunda bırakacak bir nitelik taşımamaları sebebiyle başvurucuya karşı bir iddia veya dava oluşturamadığına dikkat çekmiş ve buna rağmen başvurucudan iddiaya yönelik açıklama beklenmesini

[30] Telfner v. Austria, B. No: 33501/96, K.T.: 20.03.2001, para. 7-8.

[31] Telfner v. Austria, para. 9-11.

ispat yükünün tersine çevrilmesi olarak değerlendirerek masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir[32].

İspat yükü bakımından incelemeye değer diğer bir karar ise *Poletan ve Azirovik v. Kuzey Makedonya* kararıdır. İlgili karara konu teşkil eden olayda, Makedonya'da gümrük yetkilileri tarafından ikinci başvurucunun kullandığı kamyon aranmış ve kamyonda akrilik boya tenekelerinin içine saklanmış halde daha sonra kokain olduğu tespit edilen uyuşturucu maddeler bulunmuştur. İkinci başvurucu, ilk başvurucuyu uzun yıllardır tanıdığını ve akrilik boyaları Yunanistan'a götürmesi için kendisi ile iletişime geçtiğini belirtmiştir. 7 ocakta Makedonya gümrük yetkililerince yapılan aramada ise uyuşturucu maddeler bulunmuştur. Bunun üzerine ikinci başvurucu uyuşturucu madde taşıdığını bilmediğini iddia etmiştir.[33]

Yerel mahkeme vermiş olduğu kararda ikinci başvurucunun uyuşturucularla alakalı herhangi bir bilgisinin olmadığına ilişkin savunmasını değerlendirmiş ve reddetmiştir. Mahkeme, uyuşturucuların içerisinde bulunduğu kamyonu kullanan kişinin ve uyuşturucuların içerisinde bulunduğu akrilik boya tenekelerine ilişkin taşıma belgesindeki imzanın sahibinin ikinci başvurucu olduğu gerçeklerine dayanarak -hayatın olağan akışına uygun bir şekilde- ikinci başvurucunun uyuşturucu madde taşıdığını bildiğine kanaat getirmiştir. Bu kanaatin aksinin kendisi tarafından delillerle ortaya koyulmamış olması sebebiyle uyuşturucu taşıdığını bilmediği hususundaki savunmasını reddetmiştir.[34]

İkinci başvurucu, uyuşturucu taşıdığını bildiği hususunda herhangi bir delile dayanılmadığını ve bu durumun uyuşturucu taşıdığını bilmediğini ispat etmesi gerekliliğiyle sonuçlandığından ispat yükünün tersine çevrildiğini ve bu durumun masumiyet karinesi ile bağdaşmadığını ifade etmiştir. İHAM bu iddiaya ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede, bkinci başvurucunun suç teşkil eden bu faaliyete birinci başvurucu tarafından dahil edildiğinin, kamyonun ödeme karşılığında ikinci başvurucu tarafından kullanıldığı hususlarının tartışmasız olduğunu ve ikinci başvurucu tarafından da reddedilmediklerini belirtmiştir. Buna ek olarak başvurucular arasında taşıma esnasında dikkate değer miktarda telefon görüşmesi yapıldığına ilişkin arama kayıtlarının da bulunduğuna ve yerel makamların kanaatini oluştururken bu kayıtlara da dayandığına dikkat çekmiştir. Tüm bu delillerin dikkate alınmasıyla birlikte hayatın olağan akışı içerisinde ikinci başvurucunun uyuşturucu taşıdığını bildiğinden şüphe etmeyi gerektirecek bir durum olmadığını ve kendisine karşı ilk görüşte

[32] Telfner v. Austria, para. 18.

[33] Poletan and Azirovik v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, B. No: 26711/07, 32786/10 and 34278/10, K.T.: 12.05.2016, para. 6-9.

[34] Poletan and Azirovik v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, para. 43.

(*prima facie*) kendisinden açıklama bir başka deyişle savunma yapmasının beklenmesini meşru kılacak bir iddia veya dava oluştuğunu belirten Mahkeme, ikinci başvurucudan uyuşturucu taşıdığını bilmediğini ispatlamasının beklenmesinin masumiyet karinesi bakımından bir aykırılık teşkil etmediğini ortaya koymuştur.[35]

Görüldüğü üzere İHAM'ın genel anlamda konuya yaklaşımı ispat yükünün hiçbir şekilde taraf değiştirmemesi değildir. Mahkeme, İspat yükünün esasen iddia makamınca deruhte edilmesinin gerektiği kanaatinde olmakla birlikte, iddia makamının, oluşturduğu iddiayı hayatın olağan akışı içerisinde makul kabul edebilecek hale getirecek şekilde somut delillerle ortaya koyabilmesi yani ilk bakışta haklı bir iddia veya dava oluşturulabilmesi halinde, ortaya koyulan bu hususların aksinin savunma tarafınca ispat edilmesinin beklenmesini masumiyet karinesi bakımından bir aykırılık olarak nitelendirmemektedir.

Nitekim Mahkeme, *Telfner* kararında yerel mahkemelerin ispat faaliyeti konusundaki hareketsizliği ve ortaya koyduğu iddiayı ilk görüşte haklı olarak nitelendirilebilecek derecede dahi kuvvetli bir şekilde ortaya koyamamış olması sebebiyle masumiyet karinesine aykırı bir şekilde ispat yükü değişimi olduğuna karar vermişken *Poletan ve Azirovik* kararında ikinci başvurucu hakkında delillere dayalı bir isnat oluşturulabildiğinden ve ilgili iddia en azından ilk görüşte haklı olarak nitelendirilebildiğinden kendi tabiri ile ispat yükündeki değişimin masumiyet karinesi bakımından herhangi bir sakınca taşımadığını belirlemiştir.

IV. MAHKEMENİN BİR KANUNİ KARİNENİN SÖZ KONUSU OLDUĞU HALLERDE İSPAT YÜKÜNE İLİŞKİN YAKLAŞIMI

Kimi zaman önceki başlıktaki kararlardaki durumlardan farklı olarak Sözleşmeci Devletler, mevzuatlarında suçluluk karinesi adı da verilen karinelere yer vermekte ve bu karinelerin içerdiği olguların gerçekleştiğinin iddia makamı tarafından ortaya koyulduğu durumlarda, suç isnadı altındaki kişi suçun işlenmediğini ispatlamakla yükümlü hale gelmektedir[36]. İHAM, ispat yükünü tersine çeviren kanuni karinelerin her hukuk sisteminde mevcut olduğunu ve bu nitelikteki karinelerin mevcudiyetinin kategorik olarak masumiyet karinesi bakımından bir ihlal oluşturmayacağını belirtmekte ve kanuni karinelerin ihdas edilmelerinin ve kullanılmalarının sınırını belirlerken, söz konusu suçun niteliğini (İHAM'ın tabiri ile "*the importance of what is at stake*") ve savunma haklarının korunup korunmadığını değerlendirme altına almaktadır[37].

---

[35] Poletan and Azirovik v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, para. 65-67.

[36] Memiş, s. 49; Yıldız, s. 238.

[37] Salabiaku v. France, B. No: 10591/83, K.T.: 07.10.1988, para. 28.

Mahkemenin bu hususta değerlendirmesi bakımından değinilmesi gereken ilk nokta Mahkemenin içtihadıyla çizmiş olduğu sınırın belirsizliğidir. Mahkeme, bizim bu hususta kararları inceleyerek "*suçun niteliği*" olarak anlaşılması gerektiğini düşündüğümüz tabiri yukarıda da belirtildiği üzere "*the importance of what is at stake*" şeklinde ifade etmektedir. Farklı şekillerde yorumlanmaya meyyal olan *söz konusu olan şeyin önemi* kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğunun ortaya koyulması suçluluk karinelerinin kullanılabileceği sınırının belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir.

Söz gelimi, *söz konusu olan şeyin önemi* tabirinden yola çıkılarak suçluluk karinelerinin yalnızca ciddi nitelik arz eden suçlar bakımından ihdas edilebileceği şeklinde bir sonuca varılması mümkündür. Zira bu halde kamu düzenini ciddi şekilde bozan bir davranış söz konusudur ve bu davranışın cezalandırılmasının daha kolay hale gelmesi amaçlanmaktadır. Buna karşın masumiyet karinesi bakımından taşıdığı sakıncalar göz önüne alınarak bir önceki cümlede belirtilenin tam tersi bir şekilde ilgili suç için öngörülen cezaların nitelik ve miktarlarından yola çıkılarak hafif olarak addedilebilecek olan haksızlıklar bakımından suçluluk karinelerinin ihdas edilebileceği şeklinde de anlaşılması mümkündür[38]. Keza nitelikleri gereği belirli suçların kimi zaman ispat edilebilmelerinin daha güç olması[39], ilgili haksızlığı soruşturacak olan makamın soruşturma faaliyeti konusunda sahip olduğu yetkilerin kapsamının dar olması[40] veya vergi yükümlülüklerine ilişkin suçlarda olduğu gibi korunan hukuki değerin kamusal yönünün daha ağır basması sebebiyle kanuni karinelere cevaz verilebileceği şeklinde de anlaşılabilmesi mümkündür. İHAM'ın kararları incelendiğinde, bu kararlara konu olan suçların genellikle para cezasını gerektirmeleri sebebiyle yalnızca hafif olarak nitelendirilebilecek ve Türk ceza hukuku

[38] Treschel, s. 169.

[39] Centel/Zafer, TCK'nın 282. maddesinde düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunu bu hususta örnek vermektedir. Yazarlar, gelire kaynak teşkil eden öncül suçun ispatlanmasına gerek görülmediğine söz gelimi uyuşturucu ticareti gibi hukuka aykırı bir kaynaktan elde edildiği tahmin edilen ve fakat bu durumun ispatlanamadığı hallerde ilgili malvarlıklarının alınmasını sağlamayı amaçladığını ifade etmektedir. bkz: Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 195; Belirtmeliyiz ki, suçun düzenleniş şekli ve keza uygulaması dikkate alındığında kanun koyucu tarafından anılan amacın istihdaf edildiğinin çıkarılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz; Memiş de benzer şekilde, bir suçluluk karinesi niteliği taşıyan Haksız Mal Edinme suçuna ilişkin değerlendirme yaparken ispatı zor olan hususlar bakımından ispat yükünün iddia makamı üzerinden alınarak sanığa yüklenmesinin masumiyet karinesi bakımından tartışmalı bir husus olduğunu belirtmiştir. bkz: Memiş, s. 56-57.

[40] Anayasa Mahkemesi, idari yaptırımların söz konusu olduğu hallerde masumiyet karinesine ilişkin ispat standardının daha düşük olabileceğini belirtmektedir. Buna gerekçe olarak ise idari makamların, savcılık makamının sahip olduğu yetkilere sahip olmaması sebebiyle idare ile kişi arasındaki ilişkide ispat imkânı bakımından önemli bir dezavantajın olmamasını göstermektedir. bkz: Adem Hüseyinoğlu Başvurusu, B. No: 2014/3954, K.T.: 15.02.2017, para. 37.

sistemimizde kabahatlere tekabül eden birtakım haksızlıklar bakımından suçluluk karinelerinin ihdasının mümkün olduğunu belirten yorumun daha doğru olduğu sonucuna varmaktayız. Nitekim daha sonraki tarihli *Janosevic v. İsviçre* kararında bu yorumu tasdik eder nitelik taşıyacak şekilde "*başvurulan araçların ulaşılmak istenen hukuki amaç göz önüne alındığında ölçülü olması gerekmektedir.*" şeklindeki belirlemeden de esasen bu tabirin bir ölçülülük değerlendirmesine işaret ettiği ve ölçülülükten de masumiyet karinesi bakımından sakınca teşkil eden bu hususun ancak hafif suçlar bakımından söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır[41].

Suçluluk karinelerinin kategorik olarak masumiyet karinesi bakımından ihlal oluşturmadığını belirten Mahkeme, bu karinelerin salt kullanılmalarına değil, niteliklerine ve kullanılış şekillerine önem atfetmektedir. Mahkemeye göre yalnızca suçluluk karinesi içeren norma dayanılarak başka herhangi bir incelemeye gerek duyulmaksızın bir kişinin mahkûm edilmesi *otomatik* bir uygulama teşkil etmektedir ve bu durum masumiyet karinesi bakımından bir ihlal sebebidir. Buna göre Mahkemeye göre karinenin *otomatik* bir şekilde suçluluk ihdas etmediğine veya bu nitelikte bir uygulamaya yer vermemesine karşın mahkemeler tarafından bu şekilde uygulanmadığına kanaat getirmesi için ilk olarak karinenin içerdiği olgunun iddia makamınca ispat edilmiş olması ve karineye bağlanan sonucun bu olgunun ispatı ile ortaya çıkması gerekmektedir. Söz gelimi bir kişinin hapishanede bulunması yasaklanmış olan bir malı zilyetliğinde bulundurmasına hapishaneye yasaklı bir malı sokmak sebebiyle ceza verilmesinin öngörülmüş olması halinde, kişinin yasaklı malı zilyetliğinde bulundurması, bu yasaklı malı hapishaneye o kişinin soktuğuna ilişkin bir karine teşkil etmektedir. Zilyetlik olgusunun ispat edilmesiyle, yasaklı malın hapishaneye sokulması suçunun da işlenmiş olduğu kabul edilecektir. İşte bu durumda Mahkeme bu suçluluk karinesinin masumiyet karinesi bakımından ihlal teşkil etmemesi için iddia makamının bu zilyetlik olgusunu ispat etmiş olması gerektiğini ve bu olgunun ispatıyla buna bağlanan sonuç olan yasaklı malın hapishaneye sokulması suçunu işlendiğinin kabul edileceğini belirtmektedir.

Bunun dışında Mahkeme, ihdas edilen karinenin aksi ispat edilebilir bir karine olmasının yani suç isnadı altındaki kişinin savunma haklarını tamamen işlevsiz kılmaması gerektiğini belirtmektedir. Yine örneğimize dönecek olursak yasaklı malı hapishaneye sokmakla itham

[41] Janosevic v. Sweden, B. No: 34619/97, K.T.: 23.07.2002, para. 101. AYM ise bu hususu - son derece yerinde olduğunu düşündüğümüz şekilde- Janosevic kararının ilgili paragrafına atıfla "Bu karinelerin kabul edilebilirliği, ceza davasında risk altında bulunan menfaatle de doğrudan ilgilidir. Sözleşmeci devletler, ceza hukuku kapsamında karinelere başvururken dava konusunun önemi ile savunmanın hakları arasında adil bir denge kurmalıdırlar." şeklinde suçun niteliğine ve suç için öngörülen cezanın tür ve miktarına ve dolayısıyla suç ile müdahale edilecek olan temel hak ve özgürlüğün öneminin dikkate alınacağı olarak açıklamaktadır. bkz: Fameka İnş. Plastik San. Ve Tic. Ltd. Şirketi Başvurusu, B. No: 2014/3905, K.T.: 19.04.2017, para. 15.

edilen kişinin kendisi aleyhine işleyen karineye karşın yasaklı malı hapishaneye sokmadığını yani karinenin aksini ispat etmesinin mümkün olması gerekmektedir. Yani yukarıda da bahsedildiği üzere ilgili karinenin olayın gerçekleşme koşullarından bağımsız olarak mutlak bir suçluluk hali ihdas etmemiş olması gerekmektedir. Son olarak ise bu objektif olarak karinenin çürütülebilir olmasının yanında yürütülen muhakemede de savunma imkânlarının savunma hakkının bir gereği olarak kendisine tanınmış olması gerekmektedir.

İHAM'ın bu konuda önem arz eden ilk kararı olan *Salabiaku v. Fransa* kararına konu olan olayda, başvurucu kendisine akrabaları tarafından gönderilmiş olan bir yemek kolisini almak için havaalanına gitmiş ve alandaki görevlinin uyarılarına karşın üzerinde herhangi bir isim yer almayan asma kilitli koliyi almıştır. Başvurucu, havaalanından ayrılmak üzereyken gözaltına alınmış ve kolisi incelenmiştir. Kolisinin içinden ot ve tohum şeklinde on kiloya yakın kenevir çıkan başvurucu kenevirlerden haberdar olmadığını ve yanlış koliyi aldığını iddia etmiştir. Olaylardan iki gün sonra taşımayı gerçekleştiren hava yolu şirketi başvurucunun ev sahibine ulaşarak başvurucu adına gönderilmiş bir kolinin sehven Brüksel'e gönderildiğinin haberini vermiştir. İlgili koli orada incelenmiş ve içinde herhangi bir uyuşturucu maddeye rastlanmamıştır. Bunun ardından ise başvurucu serbest bırakılmıştır.[42]

Paris Temyiz Mahkemesi, başvurucunun beklediği kolinin daha sonra ismi yazılı halde Brüksel'de ortaya çıkmış olmasının, uyuşturucu ticareti suçunun işlendiğinin makul şüpheden uzak bir şekilde ispatlanmasına engel teşkil ettiğini ifade etmiş ve ilk derece mahkemesinin aksine beraatine karar vermiştir. Buna karşın gümrük kaçakçılığı suçunu işlendiği hususunda ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.[43]

Başvurucunun para cezasına mahkûm edilmesinde dayanılan gümrük kaçakçılığı suçunun hareket unsuru "[…] *kaçakçılık teşkil eden herhangi bir hareket ve yasaklı olduğu belirlenmiş olan malların beyan edilmeksizin ithal veya ihraç edilmesi…*" şeklindedir. Bununla birlikte başvurucunun ilgili gümrük suçundan sorumluluğunu belirlerken temyiz mahkemesinin yine aynı Kanunun 392. maddesinde düzenlenmiş olan "*anılan malları zilyetliğinde (elinde) bulunduran kişi suçtan sorumlu varsayılmalıdır.*" şeklindeki suçluluk karinesi niteliği taşıyan hükmüne dayanarak mahkûmiyetini onadığını gözlemleyen Mahkeme[44], başvurucunun ilgili Kanunun 392. maddesi çürütülemez bir karine (İng. *Irrebuttable presumption*) oluşturduğu iddiasını da dikkate almış ve başvuru konusu olay bakımından bir kanuni karineye dayanılarak hüküm ihdası söz konusu olduğundan, kanuni karinelerin

42 Salabiaku v. France, para. 8-12.

43 Salabiaku v. France, para. 13-14.

44 Salabiaku v. France, para. 15.

kullanımı bakımından öngörülmüş olan sınırların aşılıp aşılmadığının değerlendirme konusu etmiştir[45].

İHAM, ilk olarak her ne kadar söz konusu başvuruda olayın gerçekleşmesi şekli bakımından taraflar arasında herhangi bir ihtilafa yer bırakmayacak kadar bariz olması sebebiyle ispatı gerekmese de normatif olarak karinenin içerdiği olgu olan kaçak malların zilyetliğinin, savcılık makamı tarafından ispatlanması gerektiğine dikkat çekmiştir[46]. Somut olayda kaçak malları içeren kolinin başvurucunun elindeyken aranmasına karar verilmiş böylece suçluluk karinesinin içerdiği olgu olan zilyetliğinde bulundurma iddia makamınca ispatlanmıştır. Bu olgunun ispatlanmasının ardından ise Mahkeme, bu karinenin *otomatik* bir şekilde suçluluk yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığını incelemiştir. İHAM, yerel mahkemelerin, tutanaklarda yer alan "*Başvurucunun huzurunda açılan kolide beklediği hiçbir yiyeceğin bulunmamasına şaşırmadığı…*" yönündeki kolluk gözlemini başvurucunun haksızlık iradesini göstermiş olduğunun bir işareti olarak değerlendirmesini bu karinenin *otomatik* olarak suçluluk yaratacak şekilde kullanılmadığına kanaat getirmesinde etkili olmuştur[47]. Zira yerel mahkemeler yalnızca bu karineye dayanmamış olayın devamında meydana gelen diğer hususlar da suçluluğa kanaat getirilmesinde dikkate alınmıştır.

Keza Mahkeme, savunma hakkının korunup korunmadığına ilişkin değerlendirmesinde suç isnadı altındaki kişinin ilgili Kanunda yer alan hafifletici sebeplerin mevcudiyetinden yararlanabileceğine ve hatta 392. maddenin ortaya koyduğu sorumluluktan tamamen kurtulma imkânı sunan bir mücbir sebebin[48] (İng. *Force majeure*) mevcudiyetini işaret ederek ilgili karinenin aksi ispat edilebilir bir karine olduğunu belirtmiştir.[49] Tüm bunların bir arada değerlendirilmesi sonucunda Mahkeme, kanuni karinenin herhangi başka bir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın yani *otomatik* bir şekilde suçluluk yaratacak bir karine olmadığına ve aynı zamanda bu karinenin *otomatik* şekilde suçluluk yaratacak ve dolayısıyla masumiyet karinesiyle bağdaşmayacak şekilde kullanılmadığına kanaat getirmiş buna bağlı olarak ise masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Radio France ve Diğerleri v. Fransa kararı da incelenecek olan diğer bir karardır. Karara konu olan olay, haftalık olarak yayımlanan bir dergide yer alan ve bir dönem Paris Belediye Meclisinin başkan vekili

---

45 Salabiaku v. France, para. 26-28.

46 Salabiaku v. France, para. 29.

47 Salabiaku v. France, para. 30.

48 "Force Majeure" bakımından yerel mahkemelerin ortaya koyduğu tanımın şu şekilde Türkçeye çevrilmesi mümkündür: "Sorumluluğu suçun failine yüklenemeyecek veya suçun failinin kaçınmasının imkânsız nitelik taşıdığı olaylar" bkz: Salabiaku v. France, para. 29.

49 Salabiaku v. France, para. 26-28.

olan bir kişinin ikinci dünya savaşı sırasında toplama kamplarında görev aldığına dair iddialar içeren makalenin radyo yayınında paylaşılmasına ilişkindir. İsnat ve iddiaların yöneltildiği kişi, karalayıcı nitelikteki bu isnatların radyo aracılığıyla yayımlanmış olmasından dolayı şikâyette bulunmuştur.[50]

Başvuruculardan yayın yönetmeni olanı, görsel ve işitsel basına ilişkin hükümleri içeren 1982 tarihli Kanunun 93-3 ve yine basına ilişkin hükümler içeren 1881 tarihli Kanunun 41. maddeleri uyarınca cezalandırılmıştır. İlgili hükümler özetle yayın yönetmenlerinin, yayınlarda ortaya koyulan karalayıcı nitelik taşıyan ifadelerden dolayı sorumlu olacaklarını belirtmektedir.[51]

Yapmış olduğu değerlendirmede İHAM, yayın yönetmenlerinin, 1982 Act md. 93-3 ve 1881 Act md. 41'in doğal bir sonucu olarak, yayımlanan karalayıcı ve küçük düşürücü nitelikteki ifadelerin yayımlanmalarından önce denetlenmiş olması halinde (İng. *Prior fixing*) cezalandırılacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre yayımlanan ifadelerin karalayıcı nitelik taşıdığının ortaya koyulduğu an, yayın yönetmeninin bu konuda kastı olup olmadığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapmaya gerek kalmaksızın hakaret suçu işlenmiş varsayılmaktadır.[52]

Mahkeme bu konudaki içtihadına uygun bir şekilde ilk olarak bahsi geçen karinenin uygulama alanı bulabilmesi için iddia makamının ispatlaması gereken birtakım hususlar olduğuna dikkat çekmiş ve bunları sıralamıştır. Buna göre kişinin yayın müdürü olduğunun, söz konusu ifadelerin yayımlandığının, bu ifadelerin karalayıcı nitelik taşıdıklarının ve ifadelerin yayımlanmadan önce denetlenmiş olduğunun ispatlanması gerekmektedir. Son hususa bakımından Mahkeme, Hükümetin, ifadelerin önceden denetlenmiş olmadığı hallerde yayın müdürünün sorumlu *varsayılmayacağı*, aksine genel hükümlere göre değerlendirmeler yapılacağı hususundaki belirlemesine de dikkat çekmiştir.[53]

İncelenmesinin devamında ise Mahkeme, bu karineye karşı savunma imkanının söz konusu olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, ifadelerin yayımlanma öncesi denetlenerek belirlenmiş olmamasının ispatlanması halinde bu karinenin uygulama alanı bulmayacak olmasını bir savunma imkânı olarak değerlendirmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, hakkında şikayette bulunulan bu ifadelerin herhangi bir kişisel düşmanlık güdülmeksizin, meşru bir amaca yönelik

---

[50] Radio France and Others v. France, B. No: 53984/00, K.T.: 30.03.2004, para. 6-9.

[51] 1982 Act md. 93-3: "Yayın yönetmenleri, saldırı niteliğindeki ifadelerin içeriğinin yayımlanmadan önce denetlenerek belirlendiği ortaya koyulduğu takdirde asıl fail olarak cezalandırılırlar.", 1881 Act md. 41: "Aşağıda bahsedilen kişiler, basın yoluyla işlenen suçlar bakımından asıl fail olarak sorumludurlar." bkz: Radio France and Others v. France, para. 15.

[52] Radio France and Others v. France, para. 24.

[53] Radio France and Others v. France, para. 24.

olarak ve olayın koşulları göz önüne alındığında yeterli kabul edilebilecek bir araştırmanın yapılmasının ardından uygun bir üslup kullanılarak yayımlandıklarının yani bir başka deyişle iyi niyetli bir şekilde yayımlandıklarının ispatlanması halinde de herhangi bir sorumluluk söz konusu olmayacağından iyi niyet savunmasını da bir savunma imkanı olarak değerlendirmiş ve somut olayda her iki savunma imkanının başvurucular tarafından etkili şekilde kullanıldığını belirtmiştir.[54]

Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, söz konusu olan şeyin -kişilerin karalayıcı, küçük düşürücü iddiaların medya yoluyla yayılımını etkili bir şekilde engelleyebilmek için yayım müdürleri denetleme görevi ile yükümlü kılmak- önemini de göz önüne alarak ilgili karinenin savcılık makamının kanıtlaması gereken belirli hususların varlığından ötürü otomatik bir uygulamaya imkan vermediğini, savunma imkanlarının mevcudiyetinden ötürü aksi ispat edilebilir bir karine olduğuna kanaat getirmiş ve makul sınırlar içerisinde olduğunu ortaya koymuştur.[55]

Bahsedilecek olan diğer bir karar ise *Klouvi v. Fransa* kararıdır. Karara konu olan olayda başvurucu bir şirkette çalışmaktadır. Çalıştığı şirkette 1992 yılından, rütbesinin düşürüldüğü yıl olan 1994 yılına kadar amiri konumunda olan kişi tarafından birden fazla kez cinsel saldırıya ve tacize uğradığı hususunda şikâyette bulunmuştur. Bu şikayetine ilişkin yapılan inceleme sonucunda iddialarını güçlendirecek delillerin bulunmaması sebebiyle davasının reddine karar verilmiştir. Ardından ise kendisine suç isnat edilen amir, başvurucu tarafından kendisine iftira atıldığı iddiasıyla şikâyette bulunmuştur. Bu şikâyetin ardından yerel mahkeme, iftira suçuna ilişkin ceza kanununun 226-10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*İsnat edilen fiilin gerçekleştiğinin ortaya koyulamadığına veya ilgili suçun kendisine isnat edilen kişiye atfedilemediğine ilişkin mahkemelerin nihai nitelik arz eden beraat, salıverme ve düşme kararları, ihbar veya şikâyette bulunan kişinin isnatlarının yanlış olduğunu ortaya koyar.*"[56]

---

[54] Radio France and Others v. France, para. 24.

[55] Radio France and Others v. France, para. 24.

[56] Belirtmek gerekir ki ilgili hüküm metnin içerisinde verilen şekliyle ciddi tartışmalara yol açmış ve ilgili hüküm 2010 yılında "İsnat edilen **fiilin işlenmediğine [vurgu eklenmiştir.]** veya ilgili suçun kendisine isnat edilen kişiye atfedilemediğine ilişkin mahkemelerin nihai nitelik arz eden beraat, salıverme ve düşme kararları, ihbar veya şikâyette bulunan kişinin isnatlarının yanlış olduğunu ortaya koyar." şeklinde değiştirilmiştir. İki hüküm bakımından tek değişiklik "fiilin gerçekleştiğinin ortaya koyulamadığına" ibaresinin "fiilin işlenmediğine" şeklinde tadil edilmiş olmasıdır. Görüldüğü üzere hükmün ilk halinde bir kişinin yapmış olduğu ihbar ve şikâyetten dolayı iftira suçundan cezalandırılması için ihbar ve şikâyete konu olan fiilin işlendiğinin kesin bir şekilde ortaya koyulamamış olması yeterli olmaktaydı ve bu durum ise ihbar ve şikayetçi bakımından ciddi bir dezavantaj oluşturmaktaydı. Anılan değişiklikle birlikte ihbar veya şikâyette bulunan kişi, yalnızca suç isnadı altındaki kişinin kendisine isnat edilen fiili işlemediği hükümle sabit olduğu takdirde 2. fıkra kapsamında cezalandırılabilecektir. Buna karşın fıkranın ilk şeklindeki hükmün

şeklindeki hükme dayanarak hapis ve para cezasına hükmetmiştir. Mahkeme iftira suçunun oluştuğuna kanaat getirirken şikâyete konu fiilin niteliği gereği başvurucunun bu fiilin gerçekleşmemiş olduğunu bilmemesinin mümkün olmadığından bahisle amirine iftirada bulunmak hususunda kastının olduğuna kanaat getirmiştir. Yani mahkeme, cinsel taciz ve cinsel saldırı fiillerinin gerçekleştiğinin ortaya koyulamamış olması sebebiyle bu konuda şikâyette bulunan başvurucuyu cezalandırmıştır.[57]

Daha sonra yapmış olduğu başvurularda başvurucu, cezalandırılmasına temel teşkil eden 226-10/2'nin, suçun oluşması için aranan maddi unsurun önceki bir yargı kararıyla oluştuğunu varsaydığını ifade etmiştir. Gerçekten de ilgili fıkra, iftira suçunun maddi unsuru olan gerçek dışı isnatlarda bulunmak şeklindeki fiilin gerçekleştiği kanaatine, bu fiilin işlendiği iddiasını inceleyen mahkemenin vermiş olduğu *fiilin gerçekleştiğinin ortaya koyulamadığına* ilişkin karar ile varılacağını belirtmektedir. Zira belirtildiği üzere ilgili fıkra, *fiilin gerçekleştiğinin ortaya koyulamamış* olduğuna mahkemece karar verilmiş olması halinde ihbar veya şikayetçinin isnatlarının yanlış olduğunun ortaya koyulmuş olacağını belirtmektedir. Keza başvurucu, isnatların yanlışlığını peşinen ortaya koyan ikinci fıkra hükmü ile öngörülmüş olan bu karinenin -niteliği sebebiyle amirine isnat ettiği fiillerin gerçekleşmediğini bilmemesi mümkün olmaması sebebiyle başvurucunun iftira suçuna ilişkin kastının bulunduğu kabul edildiğinden- kast unsurunun iftira suçunu inceleyen mahkemece ispatlanmasına gerek kalmayacak şekilde genişletildiğini de ortaya koymuştur. Bunun dışında başvurucu, isnatların yanlışlığına ilişkin bu hükmün bir mahkeme kararından kaynaklanması sebebiyle aksinin ispatı mümkün olmayan bir karine niteliği taşıdığını, cinsel saldırı ve cinsel taciz suçuna ilişkin iddialarının delillerin yetersizliği sebebiyle reddedilmiş olduğunu ve bu iddiaların gerçek dışı olduğunun henüz ispatlanmamış olması sebebiyle iftira suçunu inceleyen mahkemenin bu incelemeyi gerçekleştirmesi gerekmesine karşın karineye dayanarak isnatların yanlış olduğu kabulüyle otomatik bir şekilde cezalandırma yoluna gittiğini ve böylece masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ifade etmiştir.[58]

Mahkeme her ne kadar açık bir aykırılık söz konusu olması sebebiyle ayrıntılı bir inceleme yapma gereği duymamışsa da başvurucunun şikayetinde ortaya koyduğu isnatların iftira suçunu

---

içerdiğinin aksine isnat edilen fiilin gerçekleşip gerçekleştiğinin ortaya koyulamadığı durumlarda artık 2. fıkra gereğince kişinin iftira suçundan cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Yani mahkemenin, fiilin gerçekleştiğinin ortaya koyulamadığına karar vermiş olması halinde iftiraya ilişkin maddenin ikinci fıkrası ihbar veya şikâyette bulunan kişi bakımından artık otomatik bir şekilde uygulanabilir olmaktan çıkmıştır.

[57] Klouvi v. France, B. No: 30754/03, K.T.: 30.06.2011, para. 5-13.

[58] Klouvi v. France, 14-16.

inceleyen hakimlerce incelenmesinin mümkün olmadığına aksi bir durumun şikâyeti inceleyen hâkim veya mahkemelerin bu konuda oluşturdukları kanaatlerin sorgulanması ile sonuçlanabileceğine dikkat çekmiştir. Buna ek olarak ise başvurucunun iddialarına temel teşkil eden cinsel taciz ve cinsel saldırı fiillerinin nitelikleri gereği bu hareketlerin gerçekleşmediğini bilmemesinin mümkün olamayacağından bahisle iftira suçunu işlemek hususunda kastının mevcut olduğuna herhangi bir inceleme yapılmaksızın *otomatik* olarak karar verildiğini ifade etmiştir. Hem delil yetersizliği sebebiyle düşme kararı sonucunda isnatların yanlışlığının ortaya çıkması ve hem de isnat ettiği fiillerin niteliğinden yola çıkılarak kastının varlığına hükmedilmesini *çifte karine* olarak değerlendiren İHAM, başvurucunun suçsuz olduğunu ortaya koyacak delilleri veya argümanları ortaya koyamadığını ve dolayısıyla İHAS 6. maddenin ihtiva ettiği savunma imkanlarını kullanamadığını da dikkate alarak masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[59]

Bu konuda bahsedilmesi gereken son karar oldukça yeni tarihli bir karar olan *Busuttil v. Malta* kararıdır. İlgili karar bir şirketin hisselerinin yüzde yirmi beşine sahip olan ve ayrılmadan önce 2001-2006 yılları arasında şirkette eş yönetici olarak görev alan başvurucunun eş yönetici olarak görev aldığı yıllarda şirketin vergi beyanlarını ve ödemelerini gerçekleştirmemiş olması sebebiyle hakkında bir ceza muhakemesinin yürütülmesine ve belirli bir miktar adli para cezasına mahkûm edilmesine ilişkindir.

Başvurucu, şirketin bu nitelikteki bir borcunun olduğu hususunda bir bilgi sahibi olmadığını, şirketin yönetimine ilişkin hususlara hiç müdahil olmadığını, kendisinin şirketin dışında satış işlerinin başında olduğunu ve bir muhasebeciden bu konularda yardım alınması konusunda defaatle diğer yöneticilere uyarılarda bulunduğunu belirtmiştir. Yerel mahkemeler, başvurucunun bu iddialarını ve bu suçun oluşmasından kaçınmak için her türlü önlemi aldığına yönelik iddialarını incelemiş ve reddetmiştir. Yerel mahkeme, suçun oluşmasının engellenmesi için her türlü önlemi alındığına yönelik savunmasını reddederken yine başvurucunun yönetim işleriyle ilgilenmediğine ve haberdar olmadığına ilişkin beyanlarını dikkate almıştır.[60]

Mahkeme nihai değerlendirmesinde Malta hukukunda şirket yöneticisinin, şirkete hukuki düzenlemelerle yükümlenmiş olan hususlardan sorumlu tutulacağının düzenlenmiş olduğuna ve somut vakıadaki suçluluk karinesinin bu olduğunu ifade etmiştir[61]. Bu belirlemenin ardından ise karinenin ispat yükünü tersine çevirmesi için iddia makamı tarafından başvurucunun şirketin vergi borçlarının ortaya

[59] Klouvi v. France, para. 47-48.

[60] Busuttil v. Malta, B. No: 48431/18, K.T.: 03.06.2021, para. 9-11.

[61] Busuttil v. Malta, para. 49.

çıktığı dönemde yöneticisi olduğunun, ortaya çıkan mali sorumlulukların yerine getirilmediğinin ve vergi borçlarının ödenmediğinin ispatlanması gerektiğini belirtmiş, bu ispatın gerçekleştirildiğini ve başvurucunun herhangi bir şekilde itirazda bulunmadığını da ortaya koymuştur[62]. Görüldüğü üzere İHAM, tıpkı diğer kararlarda olduğu gibi, suçluluk karinesinin işleyebilmesi için gereken olguların mevcudiyetinin iddia makamı tarafından ispat edilmesine önem atfetmiş ve bu ispatın gerçekleştirildiğini belirtmiştir.

Savunma haklarına riayet edilip edilmediği hususuna ilişkin değerlendirmesinde ise kendisine karşı yürütülen ceza davasında başvurucunun ilgili kanuni karinenin çürütülebilmesi bakımından tek şansının imkânsızlık savunması[63] (İng. *Defence of impossibility*) olduğunu gözlemleyen İHAM, yerel mahkemelerin, başvurucunun imkânsızlık savunmasını detaylı bir şekilde incelediğini ve savunmanın ispatlanamadığına kanaat getirdiklerine dikkat çekmiştir. Mahkeme, imkânsızlık savunmasını, suçsuzluk karinesinin ortaya koyduğu sorumluluktan kaçınma imkânı tanıyan bir savunma aracı olarak nitelendirmiş ve somut başvuruda aksi ispat edilebilir bir karinenin söz konusu olduğunu belirtmiştir. Keza başvurucuya, iddialarını ortaya koymak bakımından her türlü hakkın tanındığına ve bu iddiaların yerel mahkemelerce kendi beyanlarına dayanılarak çürütüldüğüne de dikkat çekmiştir. Yani böylece, savunma haklarına riayet edildiğini ve karinenin *otomatik* bir şekilde uygulanarak bir mahkûmiyet ihdas edilmediğini de ortaya koymuştur. Tüm bu belirlemelerin ardından Mahkeme, başvurucunun savunma imkânından yoksun bırakılmayan başvurucu bakımından masumiyet karinesinin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır[64].

Mahkemenin ilgili kararda söz konusu suç düzenlemesi ile korunan hukuki değer bakımından yapmış olduğu değerlendirme de *söz konusu şeyin önemi* tabirinin neleri içerebileceğinin anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. Mahkeme, başvuru konusu uyuşmazlığın vergisel bir uyuşmazlık olduğunu ve devletlerin ekonomik çıkarları bakımından vergilerin ne denli önemli olduğuna dikkat çekmiştir. Keza daha sonra devlet olmanın temel taşlarından biri olan toplumsal sağlığın korunmasına ilişkin projelerin fonlanmasında kullanılan sigorta katkılarının şirket tarafından ödenmediğini belirtmiştir. Mahkeme, halk sağlığının işgal ettiği bu önemli konum

---

62 Busuttil v. Malta, para. 53.

63 İmkânsızlık savunması, Malta iç hukukunda yer alan ve kişinin kendisine yüklenen sorumlulukların farkında olmasının mümkün olmadığı halleri ifade eden bir kavramdır. Söz gelimi Hükümet tarafından örnek olarak sunulan The Police vs Carmela Agius davasında başvurucunun ortaya koyduğu imkânsızlık savunması kabul edilmiştir. Zira başvurucu eşi tarafından kendi haberi olmaksızın şirketin yöneticisi olarak tescil edilmiştir. bkz: Busuttil v. Malta, para. 43.

64 Busuttil v. Malta, para. 50-51.

sebebiyle şirket yöneticilerinin -birtakım savunma araçlarının mevcudiyeti halinde- ilgili ödemelerin gerçekleştirilmesi ve bunun ispatlanması hususundaki yükümlülüğü deruhte etmesinin kanunla öngörülmesini makul olarak değerlendirmiştir.[65]

Bu ifadelerin ardından belirtilmelidir ki suçluluk karinelerinin yalnızca önemsiz olarak nitelendirilebilecek yaptırımların öngörüldüğü hallere özgü olarak uygulanmalarına cevaz verilmiş olan düzenlemeler olarak değerlendirilmeleri eksiklik arz edecektir. Anılana ek olarak, ilgili suçun ihdası ile korunması istihdaf edilen hukuki değerlerin veya tali birtakım menfaatlerin -ödenmesi gereken sigorta katkılarının, toplum sağlığı projelerinin fonlanmasında kullanılması gibi- kamusal nitelik taşıması halinde de Mahkeme, diğer şartların da bulunmasını dikkate alarak suçluluk karinelerinin kullanılmasının masumiyet karinesine uygun olduğuna karar verebilecektir. Bu halde yeri gelmişken belirtilmelidir ki, gerek yaptırım türünün hafifliği ve miktarının azlığını ve gerekse kamusal nitelik taşıyan birtakım menfaatlerin de suç ile koruma altına alınmış olması gibi çok çeşitli hususlar söz konusu olduğunda suçluluk karinelerinin kullanılması masumiyet karinesi bakımından uygun görülebildiğinden, "*the importance of what is at stake*" tabirinin tüm bu değerlendirme kıstaslarına teşmil edecek şekilde "suçun niteliği" olarak Türkçeye çevirmenin uygun olacağını düşünmekteyiz.

A. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADI

AYM de masumiyet karinesinin gerekliliklerinden birinin bir suçun işlendiğini ispat yükümlülüğünün, iddia makamınca deruhte edilmesi olduğunu belirtmektedir. Buna karşın Mahkemeye göre, birtakım olguların varlığı halinde suçun maddi unsurlarının oluştuğunun, bir başka deyişle karine olarak suçun işlendiğinin kabul edilebilmesi mümkündür. Suçun işlendiğinin ispatlanması yükümlülüğü genel olarak iddia makamında kaldığı sürece, ispat yükünü tersine çeviren birtakım kanuni veya fiili[66] karinelerin mahkûmiyet kararlarına

[65] Busuttil v. Malta, para. *55*.

[66] Mahkemenin önüne gelen başvurularda mahkûmiyet hükümleri yalnızca kanuni karinelere dayanmamaktadır. Hatta denebilir ki bu konuda yapılan başvuruların çoğunluğunda mahkûmiyet kararı fiili karinelere dayanmaktadır. Çalışma kanuni karinelerle sınırlandırılmış olduğundan AYM'nin fiili karinelere ilişkin kararlarının ayrıntısına girilmemesi uygun görülmüştür. Ancak belirtilmelidir ki fiili bir karineye dayalı olarak verilen mahkûmiyet kararları bakımından da hem İHAM'ın hem de -İHAM ile içtihadı arasında temel bir fark bulunmadığından- AYM'nin içtihadı uygulanmaktadır. Bir tarım arazisinin yapısının moloz dökülmesi suretiyle bozulması sebebiyle ilgili tarım arazisinin maliki olmasına dayanılarak molozu döken kişi olduğundan bahisle başvurucunun idari para cezasına mahkûm edildiği Gülsüm Kestaneci Başvurusu, B. No: 2018/7477, K.T.: 27.10.2021, Bir tarım arazisinde anız yakılmış olması sebebiyle ilgili tarım arazisinin maliki olmasına dayanılarak anızı yakan kişi olduğundan bahisle başvurucunun idari para cezasına mahkum edildiği Ahmet Altuntaş ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2015/19616, K.T.: 17.05.2018, Bir aracın

esas teşkil etmeleri, masumiyet karinesi bakımından herhangi bir aykırılık taşımayacaktır.[67]

Bu hususta bahsedilmesi gereken ilk karar İcra ve İflas Kanunu'nun "*Ticareti terk edenlerin cezası*" başlıklı 337/a maddesinin masumiyet karinesine aykırılığı sebebiyle yapılan somut norm denetimi sonucunda verilen karardır. Maddenin ilk fıkrasında "[…] *mal beyanında bulunmayan, beyanda mevcudunu eksik gösteren, aktifinde yer alan malı veya yerine kaim olan değeri haciz ve iflas sırasında göstermeyen veya beyandan sonra malı üzerinde tasarrufta bulunan*" kişinin, borçlunun şikâyet üzerine hapis cezasına mahkûm edileceğine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere bu madde ile korunması istihdaf edilen şey alacaklıların haklarıdır. Aynı maddenin "*Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediği ispat eden borçluya ceza verilmez.*" şeklindeki ikinci fıkrasının ispat yükünü borçluya yüklediği iddiasıyla iptal başvurusunda bulunulmuştur. Gerçekten de ikinci fıkrasının bu düzenlenmesiyle birlikte ilk fıkrada seçimlik olarak gösterilen olguların gerçekleşmesiyle birlikte alacaklının zarara uğradığı kabul edilmiş olmakta ve borçlu konumdaki kişinin ceza almamak için herhangi bir zararın ortaya çıkmadığını ispat etmesi gerekmektedir.

İlgili hükmün, hükmün birinci fıkrada yer alan olguların alacaklı bakımından bir zarar meydana getirdiği yönünde karine oluşturduğunu belirleyen AYM, ilgili hükümle savunma hakkının kısıtlanmamış olması sebebiyle masumiyet karinesi bakımından herhangi bir aykırılığın söz konusu olmadığına karar vermiştir[68]. Kanımızca AYM'nin vermiş olduğu bu karar yerinde değildir[69]. Zira İHAM'ın suçluluk karineleri

---

sürücü belgesi olmaksızın kullanılmış olması sebebiyle kiraya verdiği araçların sürücü belgesi bulunmayan kişilere kullandırılabileceğini öngörmesi gerektiğine ve aracın maliki olmasına dayanılarak başvurucunun aracın sürücü belgesi olmayan kişiler tarafından sürülmesine izin verenlere uygulanan idari para cezasına mahkum edildiği Mehmet Güzeloğlu (2) Başvurusu, B. No: 2014/12757, K.T.: 07.06.2017 ve Taner Koyuncu Başvurusu, B. No: 2015/11678, K.T.: 24.05.2018 fiili karinelere dayanılarak ihdas edilen mahkumiyet hükümlerine ilişkin bireysel başvurulara örnek olarak verilmesi mümkündür.

67 AYM, 2013/38 E., 2014/58 K., K.T.: 27.03.2014.

68 AYM, 2017/109 E., 2018/39 K., K.T.: 02.05.2018, para. 10-11.

69 Kararın karşı oy gerekçesinde, itiraza konu olan hükümde ispat yükünün her durumda tamamen sanığa yüklenmesi ve alacaklıların zarara uğramadığını ispat edemediği takdirde cezalandırılmasının öngörülmesi sebebiyle otomatik bir suçluluk durumu yaratmasından bahisle masumiyet karinesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. bkz: AYM, 2017/109 E., 2018/39 K., K.T.: 02.05.2018, Karşı oy para. 12; Sonuca katılmakla birlikte karşı oyun içeriğine katılmanın mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Görüşümüzdeki ayrılık gerekçede "otomatik" kavramına verilen anlam sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Karşı oy gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla karşı oy yazan hâkimlerin kavrama yüklediği anlam, bu karinenin işletilmesiyle birlikte ispat yükünün tersine dönmesidir. Hâlbuki bu şekilde anlaşıldığında, suç hükmü ihdas eden tüm kanuni karineler ispat yükünü tersine çevirdiğinden, her birinin otomatik suçluluk yaratması sebebiyle masumiyet karinesi bakımından aykırılık teşkil ettiğini belirtmek

bakımından ortaya koyduğu içtihadına göre salt savunma hakkının sınırlanmamış olması bu karinelerin masumiyet karinesi bakımından uygun olduğu anlamına gelmemektedir.

Mahkeme, *söz konusu şeyin önemi* tabiri altında suçun niteliğini, suç için öngörülmüş olan yaptırımın tür, süre ve miktarını ve korunan hukuki değerin kamusal nitelik arz edip etmediğini de incelemektedir. Başvuruya konu hükümde yer alan suçun yaptırımı, hapis cezası olarak belirlenmiştir. İHAM'ın bu konuda incelemeye almış olduğu ve suçluluk karinesi olmasına karşın masumiyet karinesi bakımından herhangi bir sorun teşkil etmediğini belirttiği kararlara konu teşkil eden normların hiçbirinde öngörülen yaptırım hapis cezası değildir. Karşılığında süresi fark etmeksizin özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülen suçlar bakımından aksi ispat edilebilir dahi olsa suçluluk karinesi ihdas edilmesini kesinlikle masumiyet karinesine aykırı bulmaktayız[70]. *Söz konusu şeyin önemi*

---

gerekecektir. Kanımızca ilgili tabirden anlaşılması gereken ilk olarak ihdas edilen bu kanuni karinenin aksinin ispat edilmesinin mümkün olmamasıdır. Ancak aksi ispat edilemeyecek olan bir karine söz konusu olduğunda savunma hakkı tamamen anlamsız hale geleceğinden, otomatik bir suçluluktan bahsedilebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki esasen otomatik suçluluk yaratma, norma ilişkin bir nitelik değil, hüküm makamının ilgili hükmü uygulayışı bakımından ortaya çıkan bir sonuçtur. Yani otomatiklik hükmün lafzından anlaşılabilecek olan bir nitelik değil, hükmün uygulanış şeklidir. Kanuni bir karinenin söz konusu olduğu hallerde hüküm makamının salt bu karineye istinaden bir mahkûmiyet hükmü kurması bir otomatik uygulamadır. Buna karşın, hüküm makamının ilgili karineye dayanmakla birlikte dermeyan edilmiş veya re'sen araştırma sonucu ortaya çıkarılmış olan delilleri değerlendirmesi, savunma tarafına bu savunma haklarının kullanılması imkânın tanınması hallerinde otomatik bir uygulamadan bahsedilemeyecektir. Nitekim İHAM'ın Salabiaku kararında da aynı yönde bir belirleme görülmektedir. Yapmış olduğu değerlendirmede Mahkeme, yerel mahkemelerin karinenin sonuçlarıyla bağlı kalmayarak başvuru konusu olaya ilişkin delilleri de değerlendirmesi ve suç isnadı altındaki kişiye karineyi çürütme imkânı tanımış olması sebebiyle yerel mahkemelerin otomatik sonuç çıkarmaktan kaçındığını belirtmiştir. bkz: Salabiaku v. France, para. 30; Esasen AYM'nin de "otomatik" olmaya atfettiği anlam farklı değildir: "[…] Ancak suç isnadını içeren karinenin aksinin başvurucu tarafından yargılama sırasında ispat edilebilmesinin mümkün olması, hâkimin de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre verebilmesi, bir başka ifadeyle karinelerin kişiyi otomatik olarak 'suçlu' hale getirmemesi gerekir." bkz: Adem Hüseyinoğlu Başvurusu, para. 36.

70 Benzer sonuçları sebebiyle eleştiriye şayan bir karine hükmüne ilişkin karar da Orman Kanunu'nun 82. maddesinde yer alan ve ilgili Kanunun hükümlerine aykırı nitelik taşıyan hareketleri kayıt altına alan tutanakların "aksi ispat edilinceye kadar muteber" olacaklarını ortaya koyan 4. fıkrasına ilişkindir. AYM mezkûr bakımından yapmış olduğu incelemede, yargılama esnasında bu tutanakların aksinin isnat altındaki kişi tarafından her türlü delille ispat edilmesinin mümkün olduğunu ve bu sebeple otomatik bir uygulama ihdas ettiğinden söz edilemeyeceğini belirtmiş ve masumiyet karinesi bağlamında herhangi bir ihlal teşkil etmediğini belirtmiştir. bkz: AYM, 2013/38 E., 2014/58 K., K.T.: 27.04.2014; İlgili maddenin ilk fıkrasında aksinin ispatı isnat altındaki kişiden beklenen ilgili tutanakların Orman Kanunu'nun herhangi bir maddesine muhalefet olması halinde düzenleneceği belirtilmektedir. Orman Kanunu'nun 91 ve devamındaki maddelerinde ise birçok farklı fiil bakımından hapis cezası öngörülmüştür. Bu halde, muhtevalarının doğru olduğu konusunda kanuni bir

tabirinin kişi özgürlüğünü de içerdiğini ve kişi özgürlüğü gibi son derece önemli bir temel hak ve özgürlüğün söz konusu olduğu bir durumda isnat altındaki kişiyi bu denli dezavantajlı bir konuma sokan hükümlerin uygulanmasının yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

Bahsedilmesi gereken bir diğer karar ise *Fameka İnş. Plastik San. ve Tic. Ltd. Şirketi Başvurusu*dur. İlgili kararda başvurucu olan ve yalnızca mal gönderen konumunda olan şirkete, sahibi olmadığı ve üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan bir araç ile bu taşıma işlemi yapılırken gerçekleştirilen hukuka aykırılık sebebiyle "[…] *izin verilen azami yüklü ağırlığın aşılması … yasaktır.* […] *İşleten ve gönderene ayrı ayrı idari para cezası verilir.*" şeklindeki hükme binaen para cezası kesilmiştir.[71]

Mahkeme konuya ilişkin değerlendirmesinde ilgili normun *işleten* veya *gönderici* olmanın idari para cezası uygulamak bakımından yeterli olduğunu belirtir bir nitelik taşıdığını belirtmiştir. Yani Mahkemeye göre, salt gönderici statüsünü haiz olmak idari para cezasına gerekçe teşkil etmiştir. Buna karşın, göndericinin tonaj aşımı veya yükün ağırlığı hususunda herhangi bir bilgisinin veya kastının olup olmadığı konusunda herhangi bir araştırmaya ya da incelemeye girişmediğini ifade etmiş ve salt gönderici olmanın ilgili kabahatin işlendiği yönünde teşkil ettiği bu karineye dayanılarak somut olgular dikkate alınmaksızın mahkumiyete karar verildiğine kanaat getirmiştir. Bunun ardından yerel mahkemelerce karineye dayanılarak kabahatin işlendiğine yönelik olarak yapılan bu varsayımın somut olay bakımından aksinin ispat edilmesinin mümkün olmayacak şekilde değerlendirildiğine kanaat getiren Mahkeme, bu durumun masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaştığını ifade etmiştir.[72]

Aktarılan bu bireysel başvuru kararında da görüldüğü üzere AYM, suçluluk karinelerine ilişkin değerlendirmesinde; öncelikli olarak herhangi bir statüyü haiz olmakla birlikte veya herhangi bir olgunun gerçekleşmesiyle birlikte kişilerin sorumluluğunun doğacağına ilişkin karinenin *otomatik* bir şekilde mi uygulandığı yoksa somut olayın koşulları bağlamında suçluluğu ortaya koyan diğer hususların da mı dikkate alındığı konusunda araştırma gerçekleştirilmiş olması ve bunun ardından ise karineye dayanılarak ortaya koyulan hususlar bakımından kendisine sorumluluk atfedilen kişinin bu sorumluluktan kurtulmasına imkan tanıyacak savunma imkanlarının mevcut olup olmadığının dikkate alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

---

karine ihdas edilmiş olan ve dolayısıyla aksinin isnat altındaki kişi tarafından ispat edilmesi gereken tutanakların bir kişinin hapis cezasına hükmedilmesinde bir delil olarak kullanılması mümkündür. Oysa bahsettiğimiz üzere özgürlüğü bağlayıcı cezaların söz konusu olduğu durumlarda kanuni karinelerin ihdas edilmeleri kanımızca isnat altındaki kişi aleyhine çok ciddi bir dezavantaj yarattığından kabul edilebilir nitelik taşımamaktadır.

71 Fameka İnş. Plastik San. Ve Tic. Ltd. Şirketi Başvurusu, para. 8-9.

72 Fameka İnş. Plastik San. Ve Tic. Ltd. Şirketi Başvurusu, para. 32-34.

Bu konuda bahsedilmesi gereken bir karar bir bireysel başvuru olan *Adem Hüseyinoğlu Başvurusu*dur. İlgili başvuruya konu teşkil eden olayda, başvurucu, Kars ilindeki veteriner kliniğini 05.11.2012 tarihinde kapatmıştır. Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı yetkilileri tarafından yapılan denetimde başvurucunun Ankara'daki bir ecza deposundan kliniğin kapanmasından önceki iki farklı tarihte izinsiz üretilen bir veteriner tıbbi ürününden 300 kutu aldığı tespit edilmiştir. kliniği kontrole giden Kars Valiliği yetkilileri, başvurucunun kliniği kapattığını ve bahsi geçen klinikte belirtilen ürünlere rastlanmadığını tutanak altına almıştır. Buna karşın başvurucu, yetkililerce bulundurulması yasak veteriner tıbbi ürünü bulundurduğu gerekçesiyle Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun "[…] *Veteriner tıbbi ürünle ilgili onay alınmadan veteriner tıbbi ürünü ithal eden ve üretenlere otuzbin Türk Lirası, satan ve bulunduranlara yirmibin Türk Lirası idari para cezası verilir…*" şeklindeki 37. maddesine istinaden idari para cezasına mahkum edilmiştir. Ancak idari para cezasına ilişkin kararda başvurucunun ilgili ürünü sattığı veya bulundurduğuna dair herhangi bir delile yer verilmemiştir. Bunu belirten başvurucu sırf bu tıbbi maddeleri ilgili ecza deposundan satın almış olmasına dayanılarak hakkındaki idari para cezasına hükmedildiğini belirtmiştir.[73]

Somut olayda yasaklı malların bulunamamış olmasına karşın bu yasaklı malların başvurucu tarafından satın alındığına dair bir bilgiye sahip olan yetkili makamlar, bu malların ne şekilde elden çıkarıldığına dair herhangi bir açıklama da yapılmamış olması sebebiyle, hayatın olağan koşulları içerisinde satın alınan bu malların hala bulundurulduğuna kanaat getirmiştir[74]. Belirtilmelidir ki burada ancak bir fiili karinenin varlığından söz edilebilmesi mümkündür. Zira sabit olan ürünlerin satın alındığı gerçeği, malların elden çıkartıldığı hususunda herhangi bir açıklamanın yapılmaması ve delil sunulmaması hususlarıyla birlikte değerlendirilerek başvurucunun malları bulundurulduğuna kanaat getirilmiştir. Mahkeme bu kararının devamında başvurucunun savunma hakkını kullanabildiğine ve uygulanan fiili karinenin aksinin ispat edilmesine imkân tanındığını belirtmiş ve kişinin karşısındaki tarafın idare olması sebebiyle yetkilerinin sınırlı oluşunu dikkate alarak taraflar arasında ciddi bir dezavantaj olmadığını da ortaya koyarak masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir[75].

SONUÇ

Masumiyet karinesinin sonuçlarından birisi, ispat yükünün iddia makamında olması, isnat altındaki kişiden kendisine isnat edilen suçu

[73] Adem Hüseyinoğlu Başvurusu, para. 9-16.

[74] Adem Hüseyinoğlu Başvurusu, para. 39.

[75] Adem Hüseyinoğlu Başvurusu, para. 39.

işlemediğini ispat etmesinin beklenememesidir. Her ne kadar, amacı ve bu amacın yerine getirilmesi için taraflara verilmiş olan roller ve görevler sebebiyle niteliği farklılaşsa da ceza muhakemesi hukuku bakımından da -medeni muhakemede hâkim olan ispat külfeti gibi olmamakla birlikte- bir ispat yükü olgusunun mevcut olduğunu söylemek mümkündür.

Meseleye medeni muhakemedeki ispat külfetinin niteliğiyle değil, bir kişinin mahkûm olması için nelerin gerektiği üzerinden yaklaşıldığında ceza muhakemesi bakımından da bir ispat yükünden bahsedilebileceği açıktır. Bir kimse hakkında mahkûmiyet hükmünün kurulabilmesi için o kişinin kendisine isnat edilen suçu işlediğinin kendisi dışındaki süjelerce ispatlanması bir zorunluluk olduğundan, esasen ceza muhakemesi hukukunda da isnat altındaki kişiler dışındaki süjeler bakımından bir ispat yükümlülüğü söz konusudur. Nitekim ispat yükünün iddia makamında olmasından anlaşılması gereken şey, isnat altındaki kişinin mahkûm edilebilmesi için o kişinin suçlu olduğunun kendisi dışındaki kişilerce ispatlanmış olması gerekliliğidir.

Kimi zaman devletler, mevzuatlarında ispat yükünü karşı tarafa yükleyen birtakım karinelere yer verebilmektedir. İspat yükünün tarafını değiştiren bu karineler İHAM'a ve AYM'ye göre kategorik olarak masumiyet karinesi bakımından aykırılık teşkil etmemektedir. Önemli olan bu karinelerin niteliği ve nasıl kullanıldığıdır. İHAM, muhakemeye konu teşkil eden şeyin önemi yani verilecek olan hükmün müdahale edeceği temel hak ve özgürlüğün niteliğine, isnat altındaki kişinin ilgili karineye karşı bir savunma imkanına normatif olarak sahip olup olmadığına ve bununla birlikte bu savunma imkanlarının fiilen tanınıp tanınmadığına bakılarak karinelerin kullanılmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Söz konusu şeyin öneminden, İHAM'ın bu konuda verdiği kararlar dikkate alındığında öncelikli olarak öngörülen yaptırımın niteliği anlaşılmalıdır. Genellikle karşılığında adli para cezası öngörülmüş olan suçlar veya kabahat hareketler bakımından bu nitelikteki karinelerin kullanılması mümkündür. Bu kıstas bakımından önem arz eden bir husus ise ihdas edilen suç normu ile korunan hukuki değerin toplumsal niteliğidir. Mahkeme, vergi hukuku veya gümrük hukukuna ilişkin meselelerde olduğu gibi suç normunun koruduğu değerin toplumsal nitelik arz etmesi halinde de karinelerden faydalanılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki kanımızca korunan hukuki değerin toplumsal nitelik arz etmesi, masumiyet karinesi bakımından karinelerin kullanılmasını meşru kılacak bir unsur olarak değerlendirilmesi yerinde değildir. Zira esasen her bir suç normu kamu düzenini korumayı istihdaf ettiğinden her bir suç için bu nitelikteki bir belirlemenin yapılması yani toplumsal nitelik arz eden bir hukuki değeri koruduğunun iddia edilmesi mümkündür. Bunun ise birtakım keyfi uygulamalara yol açma riski taşıdığı açıktır.

Savunma haklarına riayet bakımından ise mahkûmiyet hükmünde dayanılan karineye karşı normatif bir savunma imkanının mevcut

olması ve bu karinenin fiili olarak savunma imkanını kaldıracak şekilde kullanılmamasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Yani var olan karine otomatik bir uygulama imkânı sunmamalı ve bu karineye dayanılarak otomatik bir şekilde mahkumiyete karar verilmemelidir. Otomatik uygulamanın iki şekilde ortaya çıkabilmesi mümkündür. Eğer bir karine, normatif olarak aksi ispat edilemez bir nitelik taşımaktaysa bu halde suçluluk karinesi otomatik bir uygulama sunmaktadır. Karine aksi ispat edilebilir bir karine olmakla birlikte mahkeme bu karineye dayanarak muhakeme konusu olayı ortaya koymaya elverişli başka herhangi bir hususu araştırmamış ve savunma imkanları mevcut olmasına karşın bunları suç isnadı altındaki kişiye kullandırmamışsa bu halde yerel makam otomatik bir uygulama gerçekleştirmiştir.

Kanımızca ceza muhakemesi hukuku bağlamında herhangi bir şekilde suçluluk karinelerinin kullanılması mümkün değildir. Zira bu muhakeme sonucunda kişi özgürlüğünü tahdit eden bir yaptırım olan hapis cezası uygulanmaktadır. Nitekim söz konusu olan şeyin önemi bağlamında değerlendirildiğinde aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Bununla birlikte adli para cezaları bakımından da kanımızca söz konusu olan şey önemini yitirmemektedir. Zira meseleye salt esas yaptırımın niteliğiyle değil, yaptırımın sonuçlarını bakımından da yaklaşılması gerekmektedir. Adli para tali sonuçlarının kişilere etkisi düşünüldüğünde bu nitelikteki yaptırımların öngörüldüğü suç düzenlemeleri bakımından da suçluluk karinelerinin kullanılmasının mümkün olmaması gerekmektedir.

Bununla birlikte idari nitelik taşıyan kabahatler bakımından değerlendirmemiz suçluluk karinelerine cevaz verilebileceği yönündedir. İlk olarak belirtilmelidir ki kabahatler bakımından öngörülen yaptırım parasal bir nitelik taşımaktadır. Şeyin önemi bağlamında değerlendirildiğinde parasal nitelik arz ettiğinden ve bunun dışında tali sonuçları söz konusu olmadığından kabahatler bakımından suçluluk karinelerinin ihdası mümkündür. Belirtilmelidir ki bu görüşümüzün tek sebebi müdahale edilen hakkın kişi özgürlüğü olmayan nispeten daha az önemi olan bir hak olması değildir. Bununla birlikte kabahatlerin söz konusu olduğu durumlarda bir olguyu ispatlayabilmek bakımından uyuşmazlığın tarafları arasında, ceza muhakemesi hukukundakinin aksine, bir dengenin söz konusu olmasıdır. Şüphesiz bir idari makam, bir Cumhuriyet savcısının veya hâkimin sahip olduğu yetkileri haiz değildir. Durum bu olduğunda zaten kendisi de karşısındaki gibi ispat hususunda yetkileri dikkate alındığında kuvvetli olmayan idari makamların kendi alanlarına ilişkin hukuka aykırılıkları ispat edebilmeleri konusunda bir kolaylık olarak karinelere dayanılmasını kabul etmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Aydın D, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Birtek F, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Centel N/Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2017.

Doğan K, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik: Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo", 3. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Erem F, Ceza Usulü Hukuku, 8. baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984.

Feyzioğlu M, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", C. 48, S. 1, 1999, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 135-163.

Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, 2. baskı, Islık Yayınları, İstanbul, 2015.

Karakaş F T, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", C. 62, S. 3, 2013, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 729-759.

Koca M, "Ceza Muhakemesinde Deliller", C. 1, S. 2, 2006, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 207-225.

Kunter N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1986.

Kuru B, Medeni Usul Hukuku, 1. baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.

Memiş P, "Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.

Pekcanıtez H/Atalay O/Özekes M, Medeni Usul Hukuku, 7. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Tosun Ö, Türk Suç Muhakemesi Dersleri, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984.

Treschel S, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, New York, 2005.

Yıldız A K, "Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.

Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

UZAY KAYNAKLARININ KULLANIMINA İLİŞKİN BM PERSPEKTİFİ

UN Perspective on the Use of Space Resourcesand Possible Reflectıons to Turkish Space Operations

Onur Utku SEVİM*

Öz: Uzay yarışının başlangıcından itibaren Ay, Mars ve diğer gök cisimleri ile derin uzayda keşfedilen kaynaklardan en efektif şekilde yararlanılması devletlerin ve şirketlerin orta ve uzun vadeli planlamalarında esaslı bir yer tutmaktadır. Çünkü geleceğin dünyasında uzay ekonomisinin temel yapı taşlarını oluşturan uzay kaynaklarının, nominal değer taşımasının yanı sıra astropolitik güç dengelerine de doğrudan etki yaptığında kuşku bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışmada, genel bir bakış açısıyla uluslararası uzay hukuku kaynakları ile netliğe kavuşturulamayan pek çok konu gibi kavramsal olarak uzayın sınırı, uzay kaynaklarına değinilmiştir. Bunun dışında uzay teknolojisinin süreç içerisinde gelişimi ekseninde dış uzayda keşfedilen uzay kaynaklarının kullanımı hususunda Birleşmiş Milletler'in ve devletlerin bakış açıları özelinde bir incelemeye de yer verilmiştir. Bu yönde çalışma kapsamında, ağırlıklı olarak uzay kaynaklarının kullanılması keşfi, işletilmesi ve kullanılması arasındaki hassas paradigmaya vurgu yapılarak, Türkiye'de ulusal uzay hukuku ve astropolitik stratejiye etkilerinin ele alınması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uzay kaynakları, keşif-kullanım-işletme, uluslararası uzay hukuku, Türk uzay operasyonları.

Summary: Since the beginning of the space race, the most effective use of the Moon, Mars and other celestial bodies and the resources discovered in deep space has an essential place in the medium and long-term plans of states and companies. Because there is no doubt that space resources, which constitute the basic building blocks of the space economy in the world of the future that have a direct impact on the astropolitical power balances as well as having nominal value. The boundary of air and space, space resources, such as many issues that not be able to clarified with international space law resources as conceptual are mentioned in this study from a general point of view. Apart from this, an examination specific to the perspectives of the United Nations and states on the use of space resources discovered in outer space which is in the axis of the development of space technology in the process is also included. In this context of this study, it is mainly aimed to discuss the effects of national space law and astropolitic strategy in Türkiye by emphasizing the sensitive paradigm between the exploration, exploitation and utilization of space resources.

Keywords: Space resources, exploration-exploitation-utilization, international space law, Turkish space operations.

* Türkiye Adalet Akademisi/Hâkim-Öğretim Görevlisi, onurutkusevim@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9014-669X

Makale Geliş Tarihi: 07.09.2022, Makale Kabul Tarihi: 15.11.2022

GİRİŞ

İnsanoğlunun uzay serüveni 1957 sonbaharında Rusya Federasyonu (S.S.C.B) tarafından uzaya fırlatılan "Sputnik-1" füzesiyle başlamış, akabinde "Sputnik-II" füzesiyle uzaya Laika isimli ilk canlıyı -köpeği- göndererek yarışa hız vermiş, ABD tarafından ise 1958 yılında "Explorer-I" kendi uydusunu uzaya göndererek ve NASA'yı (National Aeronautics and Space Administration - Ulusal Havacılık ve Uzay Ajansı) kurarak kıyasıya bir uzay mücadelesini başlatmıştır. [1]

Sonrasında rekabetin meydana getirdiği muhtemel risklere istinaden 12 Aralık 1959 yılında Birleşmiş Milletler nezdinde "Uzayın Barışçıl Kullanımı Sorunu" isimli karar çerçevesinde uzay hukuku ilkelerinin ortaya çıkmasına esas bir organizasyon olan ve Türkiye'nin de üyesi olduğu "Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanımı Komitesi" (United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space-COPUOS) kurulmuştur.[2]

İlk yapılan uzay çalışmalarıyla ay ve diğer gök cisimleri ile uzayın keşfi amaçlanmış, gelişen teknolojik imkânlara bağlı olarak zaman içinde dış uzay veya derin uzayda (deep space) bulunduğu tespit edilen ve dünyada kritik öneme sahip maden, enerji ve doğal kaynakların nasıl işleneceği ve kullanılacağı hususu gündeme gelmiştir. Bu da doğal olarak insanlık için uzayda madencilik, ticaret ve turizm gibi alanları içinde barındıran uzaya has ve kompleks bir ekonomik modele kapı aralamıştır.

Dünyanın zamanla daha da yöneldiği uzay ekonomisine klasik parametrelerle yaklaşılmaması sürecin doğru okunması açısından büyük önem arz etmektedir. En nihayetinde bu, modern zaman ekonomisinin belki de en büyük parçalarından uzay kaynaklarının keşfi ve kullanılmasını içine alan ve salt devletlerin değil özel müteşebbislerin de içine dâhil olduğu bir süreci deyimlemektedir.

Bu yönde dünya ölçeğine bakıldığında uzay teknolojisine yön veren ABD'nin ve Rusya'nın uzay kaynaklarının, Ay materyallerinin keşfine ve kullanılmasına verdikleri önemi artık uzay çalışmalarına daha yakın zamanda başlamış olan Çin, Japonya ve Hindistan gibi devletler de vermektedir. [3]

Türkieye'de ise uydu teknolojilerine ilişkin uzay deneyimlerinin daha da ileri taşınmasının hedeflendiği Ay misyonu çerçevesinde Ay'a gönderilmesi planlanan insansız araç için milli ve özgün hibrit motorlu

---

[1] Davide Sivolella, Space Mining and Manufacturing: Off-World Resources and Revolutionary, Engineering Techniques, Springer Praxis Books in Space Exploration, Springer Nature Awitzerland AG 2019 s.2.

[2] Ayşe Öz, "Hava ve Uzay Hukukunda Tahkimin Gelişimi", Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2015, s. 28.

[3] Ayten Selin Doğan, "Uzay Hukukunda Milli İktisaba Konu Olmama İlkesinin Yeniden Değerlendirilmesi", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2022, s. 33.

roket geliştirme, uydu üretimlerinin tek çatı altında toplanması ve yerli milli uydu geliştirme, uzaya aracı ve uydu fırlatma tesis altyapı çalışmalarının süratle devam ettiği çok da uzak olmayan bir zaman içinde Türkiye'nin uzay kaynaklarının keşfi ve kullanılmasına dönük operasyonlarda yer alması mühim bir noktadır.

Dolayısıyla bu çalışma bağlamında Türkiye'de ileri uzay faaliyetleri açısından kayıtsız kalması düşünülemeyecek uzay kaynaklarının kullanılmasına dair BM perspektifi ve farklı ülke bakış açıları ekseninde dikkat çekilmesi, bu yolla farkındalığın arttırılması amaçlanmıştır.

I- HUKUKİ BOYUTUYLA UZAY

Uzay sınırının nerede başladığı konusunda uluslararası anlamda bir mütabakat bulunmamaktadır. Nitekim Dış Uzay Antlaşmasının akdedilmesinden Ay Antlaşmasına uzanan süreçte uzayın başlangıcına ilişkin net bir mesafe ortaya konulamamamıştır.

Keza uluslararası sivil havacılık hukukunda dikey irtifa seviyesi net olarak belirlenmemiş, havayolu taşımacılığının prensiplerini düzenleyen 1944 tarihli Şikago (Chicago) Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşması'nda hava uzay sınırına ilişkin bir tespit yapılmamıştır. [4]

Bununla birlikte genel olarak literatürde 100 km'ye tekabül eden Kármán hattı astronot sayılmak için Uzay Havacılık Federasyonu (FAI) tarafından uzayın sınırı olarak kullanılırken; ABD Askeri Uzay Kuvvetleri, NASA ve ABD Federal Havacılık İdaresince astronot uzay uçuşunu tanıyan ilgili programlarda bu sınır 50 mil / yaklaşık 80 km olarak kabul edilmektedir. [5]

Bu görüşlerin aksine bilhassa uzay saha sınırının 100 km olarak belirlenmesinin uzay operasyonlarına engel olma olasılığına istinaden Uluslararası Uzay Emniyetinin Arttırılması Birliği (IAASS-International Association for Advancement of Space Safety) tarafından;

Hava Sahası (0-50 km) : Devletlerin münhasır egemenlik sahası olarak kabul edilir,

Yakın Uzay (50-120 km): Uzay cisimlerinin fırlatılmasında zararsız geçiş hakkı verilmekle sivil havacılık mevzuatı tatbik edilir,

Dış Uzay (120 km): Uzay hukuku tatbik edilir,

şeklinde farklı bir yaklaşım ve öneride bulunulmuştur. [6]

---

[4] İslam Safa Kaya, "Chicago Sözleşmelerinin Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", C.7, S.2, 2016, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 193.

[5] Patrick Butchard, "International Regulation of Space, Commons Library Research Briefing, (26 January 2022), (commonslibrary.parliament.uk), (s.e.t. 18.06.2022).

[6] Görkem Gökçe, Uzay Hukuku Dünü, Bugünü, Yarını, On İki Levha, 2022, s. 13.

Bunun dışında Birleşik Krallık için hava sahası pratik amaçlara yönelik sınırın en azından herhangi bir uçağın uçabileceği kadar yüksek olduğu kabul edilir. Dolayısıyla, Birleşik Krallık açıkça egemenliğine bir üst sınır koymamış olsa da, bu yönüyle ilerideki herhangi bir iddiasını da sınırlamamaktadır. [7]

Almanya ise 1961'de 10 Ocak 1959 tarihli Hava Seyrüsefer Yasasını, uzay aracı ve roketlerini "uçak" tanımına dahil edecek şekilde değiştirmiştir. Ancak söz konusu Yasa, bu hava sahasının üst kapsamını tanımlamamaktadır. [8]

Milletlerarası hukuka göre, bir devletin yer altı ve üstü egemenlik hakkından hareketle hava-uzay egemenliği mutlak kabul edilmektetir. Bu yönde egemenliğin sonsuz yükseklikte uzaya yaygın olduğu (*cuyus est solum ejus est usque ad coleum*) ilkesine paralel olarak, devletlerin uzayda açık denizlerdekine benzer mahiyette tam bir serbestlik alanına tabi olacağına dair görüş savunulmaktadır. [9]

Uzayın sınırının ve kapsamının belirlenmesi hem elde edilmesi muhtemel kaynakların aidiyeti hem de bunları kullanma hak ve yetkisi açısından büyük önem arz etmektedir. Bu sebeple ulusal egemenlik ve yetki sahasına ilişkin hava hukuku ile uluslararası niteliği haiz uzay hukuku rejimleri arasındaki farkları ortaya koymak gerekmektedir.

HAVA HUKUKU VE UZAY HUKUKU REJİMLERİ ARASINDAKİ TEMEL FARKLAR[10]	
Hava Hukuku	Uzay Hukuku
"Hava sahası" için geçerlidir.	"Dış uzay" için geçerlidir.
"Hava aracı - uçak" için geçerlidir.	"Uzay cisimleri" için geçerlidir.
Devletlerin kendi hava sahaları üzerinde "tam ve münhasır" egemenlik hakkı mevcuttur.	Dış uzay üzerinde "tam ve münhasır" devlet egemenliği yasaktır.
Sorumluluğu havayollarına veya uçak operatörüne yükler.	Sorumluluğu ve gözetim yükümlüğünü devlet üzerine yükler.
Devletlerin hava aracını sertifikalandırmasını ve tescil	Uluslararası bir kayıt yükümlüğü

[7] Dean Reinhardt, 'The Vertical Limit of State Sovereignty', 2007 72 (1), Journal of Air Law and Commerce, s. 82.

[8] Reinhardt, s. 84.

[9] Ayhan Sorgucu, Hava ve Uzay Hukuku (Air & Space Law), Adalet, 2019, s. 232-233.

[10] Paul Stephen Dempsey, Maria Manoli, 'Suborbital flights and the delimitation of air space vis-à-vis outer space: functionalism, spatialism and state sovereignty', 29 Mart 2018, UN Doc A/AC.105/C.2/2018/CRP.9, s. 10,

etmesini gerektirir.	oluşturur.
Devletlerin emniyet, yönlendirme ve güvenlik düzenlemelerini yapmasını zorunlu kılar.	Evrensel bir emniyet, yönlendirme ve güvenlik standardı bulunmamaktadır.
Devletlerin emisyon ve gürültü düzenlemelerini yapmasını gerektirir.	Çevresel standartlar, rehberlerde ve bağlayıcı olmayan yönergelerde bulunur.

II- UZAY HUKUK REJİMİNİ BELİRLEYEN ULUSLARARASI MEVZUAT

Uzay hukukunun rejimini belirleyen 5 temel uluslararası anlaşma ve prensip bulunmaktadır; [11]

Anlaşmalar;

- "Dış Uzay Antlaşması": 10 Ekim 1967 tarihli "Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dâhil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Antlaşma" (Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies),
- "Kurtarma Anlaşması": 3 Aralık 1968 tarihli "Astronotların Kurtarılması, Astronotların ve Uzaya Fırlatılmış Olan Cisimlerin Geri Verilmesi Anlaşması" (Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space),
- "Sorumluluk Sözleşmesi": 1 Eylül 1972 tarihli "Uzay Cisimlerinin Verdiği Zarardan Dolayı Uluslararası Sorumluluk Hakkında Sözleşme" (Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects),
- "Tescil Sözleşmesi": 15 Eylül 1976 tarihli "Dış Uzaya Fırlatılan Cisimlerin Tescili Hakkında Sözleşme" (Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space),
- "Ay Anlaşması": 11 Temmuz 1984 tarihli "Devletlerin Ay ve Diğer Gök Cisimlerindeki Faaliyetlerini Yöneten Anlaşma" (Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies).

Beyan ve yasal ilkeler[12:]

[11] United Nations, Office for Outer Space Affairs, 'Space Law Treaties', (http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html), (s.e.t. 28.06.2022).

[12] United Nations, Office for Outer Space Affairs, 'Space Law Principles', (http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html), (s.e.t. 28.06.2022).

- "Hukuki İlkeler Bildirgesi": 13 Aralık 1963 tarihli Genel Kurul kararı 1962 (XVIII), Devletlerin Dış Uzayın Keşfi ve Kullanımına İlişkin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuki İlkeler Bildirgesi,
- "Yayın İlkeleri": 10 Aralık 1982 tarihli 37/92 sayılı Genel Kurul kararı, Uluslararası Doğrudan Televizyon Yayıncılığı için Yapay Dünya Uydularının Devletlerin Kullanımını Yöneten İlkeler,
- "Uzaktan Algılama İlkeleri": 3 Aralık 1986 tarih ve 41/65 sayılı Genel Kurul kararı, Dünyanın Uzaydan Uzaktan Algılanmasına İlişkin İlkeler,
- "Nükleer Güç Kaynakları" İlkeleri: 14 Aralık 1992 tarihli 47/68 sayılı Genel Kurul kararı, Nükleer Güç Kaynaklarının Uzayda Kullanılmasına İlişkin Esaslar,
- "Fayda Bildirgesi": 13 Aralık 1996 tarih ve 51/122 sayılı Genel Kurul kararı, Gelişmekte Olan Ülkelerin İhtiyaçlarını Özel Olarak Göz önünde bulundurarak, Tüm Devletlerin Yararına ve Yararına Dış Uzayın Keşfi ve Kullanımında Uluslararası İşbirliği Bildirgesidir.

III- UZAY KAYNAKLARI ve BM AÇISINDAN KULLANIMI

A- Uzay Kaynakları

İlk uzay keşif faaliyetleri devletlerin kendi imkânları çerçevesinde yapılmış olsa da, bilhassa ABD'de yeni uzay (New Space) olarak nitelendirilen konseptle birlikte günümüzde özel kişilerin uzay çalışmalarının ve stratejilerinin şekillendirilmesinde büyük bir rol oynadığı ifade edilmelidir. [13]

Öncelikli amaç uzayın keşfine yönelik veri toplanması olmakla birlikte, süreç içerisinde insanlık için gerekli bir takım materyal ya da madenlerin kaynak olarak kullanılması hatta işletilmesi mümkün hale gelmiştir.

Dünya dışında insanlığın varlığını sürdürebilmesi için temel nitelikteki suyun bulunması uzay keşiflerinde öncelikli misyonlardan biri olmuştur. Süreç içerisinde uzay kolonizasyonu ve ticareti açısından vazgeçilmez bir değere sahip su dışında başkaca kaynakların keşfedilmesine de ağırlık verilmiştir.

Bu anlamda 1990'lı yılların başında görece basit bir kimyasal süreçle işlenebilecek ilk materyalin büyük olasılıkla ay yüzeyinin neredeyse tamamını kaplayan "regolit" [14] olacağı ifade edilmiştir. [15]

---

[13] Tuğrul Çakır, 'Uluslararası Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşmada Patent Hukuku Alanındaki Kanunlar İhtilafı Kuralı', C. 6, S. 2, 2020, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, s. 240.

[14] Yeryüzünde de bulunan regolit bir ana kaya tabakasının üzerine oturan gevşek, konsolide olmayan kaya ve toz bölgesi olarak tarif edilmektedir. Ay'da regolit,

Nitekim NASA oksijen üretimi, ısı yalıtımı ve enerji üretiminde de kritik bir öneme sahip olan regolit rezervlerinin tespiti ve sorunsuz bir şekilde çıkarılması için ilk andan itibaren yoğun bir çalışma yapmaktadır. [16]

Ay regolithi temelde dünyamızda neredeyse hiç bulunmayan füzyon reaktörlerinde kullanılabilen Helyum-3 elementini de barındırmaktadır. Yüksek endüstriyel potansiyeli dikkate alındığında bu element en efektif füzyon yakıtlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.[17]

Bunların dışında derin uzayın keşfine yönelik atılan hızlı adımlar sayesinde astreoid madenciliği yapılarak pek çok farklı uzay kaynağı keşfedilmeyi ve hatta insanlık yararına kullanılmayı beklemektedir.

Astreoidde Bulunması Muhtemel Nadir Element Miktarı ve Piyasa Değeri (2021 Verileri) [18]		
Elementler	Bulunma Oranı (Milyonda bir birim)	Gram Fiyatı (USD)
Altın	2.8	59
İridyum	16	202
Paladyum	3.7	95
Platin	7.7	40
Rodyum	2.1	90

B- Uzay Kaynaklarının Kullanımı

1967 tarihli Dış Uzay Antlaşmasının 2. maddesinde dış uzayın keşfi ve kullanımı hususunda tüm ülkelerin özgür olduğu, 1. maddesine göre ise dış uzayın keşfinin ve kullanımının tüm ülkelerin yararı ve çıkarları gözetilerek yürütüleceği, bu bakımdan üzerinde egemenlik, işgal ve benzer iddialarda bulunulamayacağı belirtilmiştir.

---

göktaşlarının vücut yüzeyine çarpmasıyla oluşan toz ve kırık kaya karışımından meydana gelir. (https://www.britannica.com/science/regolith), (s.e.t. 22.06.2022).

15 Michael B Duke, 'Space Resources/Lunar Exploration of Resource Utilization', (NASA 1992) Nasa Scientific and Technical Information Program, Washington D.C., s. 15.

16 NASA Lunar Petrographic Educational Thin Section Set C Meyer (2003), s. 46, (https://curator.jsc.nasa.gov/lunar/letss/regolith.pdf), (s.e.t.06.07.2022).

17 Andrew May, The Space Business: From Hotels in Orbit to Mining Moon - How Private Enterprise is Transforming Space, (Türkçe: Uzay Turizmi ve Ticareti, Çev. Fatih Şekerci) Icon Books Ltd 2018, s. 108-110

1979 tarihli Ay anlaşmasının 11. maddesinde ise Ay ve onun doğal kaynakları 5. maddesine atfen insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmiş, Ay'ın yüzeyi ve toprak altı, hükümetler arası olan veya olmayan uluslararası teşkilatların, ulusal teşkilatların, devletlerin veya gerçek kişilerin mülkiyetinde olamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca Ay'ın doğal kaynaklarının işletilmesi mümkün hale gelir gelmez; anlaşma'ya taraf devletlerin, söz konusu işletmeyi düzenleyen, uygun usuller dâhil, uluslararası bir rejim kurmayı üstlenecekleri ifade edilmiştir. Söz konusu uluslararası rejimin aynı maddede yer alan en dikkat çekici amaçlarından biri; bu kaynaklardan sağlanan faydaların, taraf devletler arasında, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimlerine ve çıkarlarına ve Ay'ın keşfine, doğrudan doğruya veya dolaylı katkıda bulunan ülkelerin gayretlerine özel bir önem atfetmek suretiyle, adilane bir şekilde paylaştırılmasını gözetmek olduğu bildirilmiştir.

Ay anlaşmasında bir gerçek ya da özel kişinin dış dünyadaki bir objeyi sahiplenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmişse de; güncel durumda Dünya'daki "uluslararası sular" statüsüne kıyasen dış uzaydaki objeler üzerinde herhangi biri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı ancak bunların herkesçe kullanılabileceği (Uluslararası açık sularda balıkçılık yapılması neticesinde edilen deniz mahsullerinin kişilere ticari kullanım imkân tanıması gibi) görüşü hâkimdir. [19]

Ortak mirasa vurgu yapan uluslararası anlaşmalara paralel olarak 13 Aralık 1996 tarih ve 51/122 sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilen "Fayda Bildirgesi"nde; tüm devletlerin, özellikle ilgili uzay yeteneklerine ve dış uzayın araştırılması ve kullanılmasına yönelik programlara sahip olanlar, eşitlikçi ve karşılıklı olarak kabul edilebilir bir temelde uluslararası işbirliğini teşvik etmeye ve geliştirmeye katkıda bulunması gerektiği, bu bağlamda, daha gelişmiş uzay yeteneklerine sahip ülkelerle yürütülen bu tür uluslararası işbirliğinden kaynaklanan yeni başlayan uzay programları ile gelişmekte olan ülkelerin ve ülkelerin çıkarlarına ve menfaatlerine özel önem verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. [20]

Burada insanlığın üzerinde ortak sahipliği bulunan uzaya ilişkin çalışmalarda uluslararası işbirliği çerçevesinde ülkeler arası tecrübe, bilgi ve teknoloji paylaşımının yapılması teşvik edilerek, alanda daha yeni olan ülkeler nezdinde müşterek gelişim sağlanması amaçlanmıştır.

Nitekim bu yöndeki uluslararası uzay işbirliği kapsamında 29 Ocak 1998 tarihinde Washington şehrinde "Amerika ve Diğer Ülkeler arasında

---

19 May, s. 100.

20 13 December 1996 51/122, General Assembly Resolution - Space Benefits Declaration; Gelişmekte Olan Ülkelerin İhtiyaçlarını Özel Olarak Göz önünde bulundurarak, Tüm Devletlerin Yararına ve Çıkarına Uygun Uzayın Keşfi ve Kullanımında Uluslararası İşbirliği Bildirgesi,

(https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/principles/space-benefits-declaration.html), (s.e.t. 05.07.2022).

Uzaya İstasyonu Sözleşmesi" akdedilmiştir. "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinde bu uluslararası sivil istasyonu tarafından dış uzayın teknolojik ve bilimsel, ticari yönden kullanımının güçlendirileceği vurgulanmıştır. Uzay istasyonundan yararlanma başlıklı 9. maddesinde ise, her bir ortak ülkenin uzay istasyonu altyapısından türetilen kaynakları adil bir şekilde kullanacağı belirtilmiş, ancak uzay kaynaklarının kullanım tarzına ilişkin bu ve diğer maddelerde bir düzenleme yapılmamıştır.[21]

Tüm bu uluslararası düzenlemelere rağmen uzay kaynakları üzerinde devlet veya birey egemenliği hususunda mütabakat sağlanamamıştır.

Bunun nedeni dünya devletlerinin büyük bir çoğunluğu tarafından imzalanan 1967 tarihli Dış Uzay antlaşmasında doğrudan bir düzenleme bulunmaması, 1979 tarihli Ay anlaşmasının ise 16 devlet dışında onaylanmaması sebebiyle etki doğurmaktan uzak olması şeklinde izah edilebilir. [22]

Bu gerekçeye bağlı olarak uzay çalışmalarında uzay kaynaklarının kullanımı hususunda ülkeler bazında farklı yaklaşımlar geliştirildiği göze çarpmaktadır.

"Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dâhil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Antlaşma" ya taraf olmayan ABD'de 25 Kasım 2015 tarihinde kabul edilen "ABD Ticari Uzay Fırlatma Rekabet Edebilirlik Yasası" nın "Uzay Kaynaklarının Ticari Keşfi Ve Kullanımı" başlıklı bölümünde bir asteroit kaynağının veya bir uzay kaynağının ticari olarak çıkarılmasıyla iştigal eden bir Birleşik Devletler vatandaşı, elde edilen asteroit kaynağına veya uzay kaynağına elinde bulundurma hakkı da dâhil olmak üzere sahip olma, taşıma, kullanma ve satma haklarına sahip olcağı belirtilmektedir. [23]

Buna dayanarak 06 Nisan 2020 tarihinde çıkarılan "Uzay Kaynaklarının Çıkarılması ve Kullanılmasına Yönelik Uluslararası Desteği Teşvik" başlığını taşıyan 5 maddeli Başkanlık Kararnamesi kapsamında ise uzay kaynaklarının özel şirketler ve şahıslarca tasarruf edilebilmesine yönelik olarak özel uzay girişim ve araştırmalarını

---

[21] Space Station Agreement Between the Unıted States of Amerıca And Other Governments, Signed at Washington January 29, 1998, s. 4, (https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/02/12927-Multilateral-Space-Space-Station-1.29.1998.pdf), (s.e.t. 24.06.2022.

[22] Zeynep Danışman Seyitoğlu, Uzay Hukukunda Devlet Egemenliği ve Mülkiyet, Adalet, 2019, s. 131.

[23] U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, H.R. 2262 (2015–2016), Title IV « Space Resource Exploration and Utilization », (https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/text), (s.e.t. 07.07.2022).

desteklemek üzere Ay ve diğer gök cisimlerinde bulunan su ve madenlerden faydalanılabilmesi öngörülmektedir. [24]

Birleşmiş Milletler nezdinde bu konuda bir konsensusa varılabilmiş değildir. Konunun tartışılması amacıyla yıllık toplantılarda konu değerlendirmeye alınmaktadır. Son noktada BM Dış Uzayın Barışçıl Kullanımı Komitesinin Hukuk Alt Komitesi'nin 28 Mart - 8 Nisan 2022 tarihleri arasında Viyana'da düzenlenen altmış birinci oturumuna ilişkin raporun 13. bölümünde "Uzay kaynaklarının araştırılması, işletilmesi ve kullanılmasına yönelik faaliyetler için potansiyel yasal modeller" hakkında genel görüş alışverişinde farklı modeller dile getirilmiştir.

Raporda yer alan farklı görüşlere göz atıldığında;

- Bazı delegasyonlar, uzay kaynakları faaliyetlerinin yalnızca bağlayıcı bir yasal çerçeve içinde gerçekleştirilmesi gerektiğini ve böyle bir çerçevenin, ticari faaliyetleri insanlığın yararına uzay araştırmalarını teşvik edecek şekilde yönlendirmesini ve tanımlanması gerektiğini,

- Bazı delegasyonlar, Ay Anlaşması uyarınca, Ay'ın ve diğer gök cisimlerinin doğal kaynaklarının işletilmesini yönetmek için uygun prosedürler de dâhil olmak üzere uluslararası bir rejimin kurulmasına olan bağlılıklarını ifade ettiklerini,

- Bazı delegasyonlar, Devletlerin hareket tarzları ve konumları da dâhil olmak üzere uzay kaynaklarının kullanımıyla ilgili faaliyetleri hakkında bilgi paylaşmaya teşvik edilmesi gerektiğini,

- Bazı delegasyonlar, uzay kaynakları faaliyetlerini yöneten bir yasal çerçeveye ilişkin tartışmaların, uluslararası bir sistemin geliştirilmesi için yapı taşları gibi hâlihazırda üstlenilmiş olan ilgili çalışmaları bilhassa "Uzay kaynak faaliyetleri üzerine uluslararası bir çerçevenin geliştirilmesi için yapı taşları" (A/AC.105/C.2/L.315) isimli çalışma belgesinin dikkate alınmasının uygun olacağını,

İfade etmişlerdir. [25]

Burada yer alan dikkat çekici noktalardan biri de, son görüşte ifadesini bulan ve BM Dış Uzayın Barışçıl Kullanımı Komitesinin Hukuk Alt Komitesince 23 Mart–3 Nisan 2020 tarihler arasında yapılan elli dokuzuncu oturumunda Lüxemburg ve Hollanda devletlerince sunulan

---

[24] Executive Order 13914 of April 6, 2020, Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources,

(https://www.federalregister.gov/documents/2020/04/10/2020-07800/encouraging-international-support-for-the-recovery-and-use-of-space-resources),

(s.e.t. 19.06.2022).

[25] Report of the Legal Subcommittee on its sixty-first session, held in Vienna from 28 March to 8 April 2022 is declared by Committee on the Peaceful Uses of Outer Space Sixty-fifth session Vienna, 1–10 June 2022

(https://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/documents/2022/aac.105/aac.1051260_0.html), (s.e.t. 19.06.2022).

"Uzay kaynak faaliyetleri üzerine uluslararası bir çerçevenin geliştirilmesi için yapı taşları" (A/AC.105/C.2/L.315) isimli uzay kaynaklarının kullanımına ilişkin çalışma belgesidir

Belgede dile getirilen uzay kaynaklarının sürdürülebilir, akılcı, verimli ve ekonomik kullanımını teşvik etme amacına istinaden kullanıma ilişkin bir hak ihdası önerisiyle "Kaynak Hakları" başlıklı 8. maddesinde; uluslararası çerçevenin, yerel mevzuat, ikili anlaşmalar ve/veya çok taraflı anlaşmalara göre uzay kaynaklarından çıkarılan ham mineral ve uçucu maddeler ile bunlardan türetilen ürünler üzerindeki kaynak haklarını sağlaması, yine bu tür kaynak haklarının devletler arasında karşılıklı olarak tanınmasını temin etmesi ve ancak uzay kaynaklarının kullanımının, Dış Uzay Antlaşmasının 2. maddesi kapsamındaki tahsis edilemezlik ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlaması gerektiği belirtilmiştir. [26]

İlişkin belgenin 2.6. maddesinde uzay kaynağı faaliyetlerini yürüten hükümet, uluslararası veya özel kuruluş operatör/işletmeci olarak tanımlanmış, 7. maddesinde ise bu işletmeciye, uluslararası bir sicile kayıt olduktan sonra azami süre ve azami alan için uzay kaynaklarını arama ve/veya kurtarma için öncelik haklarının verilmesinin ve bu tür öncelik haklarının uluslararası olarak tanınmasının sağlaması gerektiği belirtilmiştir. [27]

Son kertede buna dayanarak Türkiye'nin de katılım sağladığı Uzayın Barışçıl Kullanımları Komitesi Hukuk Alt Komitesinin 2021 yılında gerçekleştirilen Altmışıncı Oturumundaki Geçici Gündemin 14. maddesiyle Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Almanya, Yunanistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya ve İspanya tarafından sunulan teklif üzerine "Uzay Kaynaklarının Keşfi, İşletilmesi

---

[26] 'Building blocks for the development of an international framework on space resource activities' (A/AC.105/C.2/L.315), s. 4

8. Resource rights

8.1 The international framework should ensure that resource rights over raw mineral and volatile materials extracted from space resources, as well as products derived therefrom, can lawfully be acquired through domestic legislation, bilateral agreements and/or multilateral agreements.

8.2 The international framework should enable the mutual recognition between States of such resource rights.

8.3 The international framework should ensure that the utilization of space resources is carried out in accordance with the principle of non-appropriation under article II OST,

(https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/008/95/PDF/V2000895.pdf?OpenElement),

(s.e.t. 08.07.2022).

[27] "Building blocks for the development of an international framework on space resource activities" (A/AC.105/C.2/L.315), Article 7 Priority Rights, 3.

ve Kullanılmasına İlişkin Faaliyetler için Potansiyel Hukuki Modeller Üzerine Bir Çalışma Grubunun Kurulması" kararlaştırılmıştır. [28]

Bu çalışma grubunun 2022 ilâ 2026 arasında faaliyetlerini yürüteceği belirtilmiş olup, teklif edilen çalışma planında sırasıyla;

2022

- Uzay kaynakları faaliyetlerinin yasal yönleri hakkında görüş alışverişi yapılması,

- Sekreterlik tarafından desteklenen Çalışma Gurubu başkanı tarafından bu hususların bir derlemesinin hazırlanması,

2023:

- Çalışma gurubu başkanı tarafından hazırlanan yasal hususların derlenmesinin değerlendirilmesi ve gözden geçirilmesi,

- Uzay kaynakları faaliyetleri için ilkelerin ve pratik önlemlerin tartışılması,

- Uzay kaynakları faaliyetleri için uluslararası bir çerçevenin daha da geliştirilmesinin beklenen faydalarının ve araçlarının değerlendirilmesi,

- Sekreterlik tarafından desteklenen çalışma gurubu tarafından taslak ilkelerin ve pratik önlemlerin hazırlanması,

2024:

- Yasal yönlerin gözden geçirilmiş derlemesinin ve taslak ilkelerin ve pratik önlemlerin belirlenmesi,

- 62. oturumunda görüşler için taslak ilkelerin ve pratik önlemlerin STSC'ye (Scientific and Technical Subcommittee-Bilimsel ve Teknik Alt Komite) sunulması,

- Uzay kaynakları faaliyetleri için uluslararası bir çerçevenin daha da geliştirilmesinin beklenen faydalarının ve araçlarının değerlendirilmesi ve gözden geçirilmesi,

2025:

- Yasal yönlerin gözden geçirilmiş derlemesinin dikkate alınması,

- STSC'den (Scientific and Technical Subcommittee-Bilimsel ve Teknik Alt Komite) alınan yorumları dikkate alarak taslak ilkelerin ve pratik önlemlerin değerlendirilmesi ve gözden geçirilmesi.

- Uzay kaynakları faaliyetleri için uluslararası bir çerçevenin daha da geliştirilmesinin beklenen faydalarının ve araçlarının değerlendirilmesi,

---

[28] The Establishment of a Working Group on Potential Legal Models for Activities in Exploration, Exploitation and Utilization of Space Resources, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Legal Subcommittee Sixtieth session, Vienna, 31 May–11 June 2021, Item 14 of the provisional agenda* General exchange of views on potential legal models for activities in exploration, exploitation and utilization of space resources.

2026:

- Hukuk Alt Komitesinin 65. oturumuna sunulmak üzere gök cisimleri üzerindeki uzay kaynakları faaliyetleri için ilkelerin ve pratik önlemlerin benimsenmesi ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından özel bir kararla kabul edilmesi,

- Beklenen faydaların değerlendirilmesi ve uzay kaynakları faaliyetleri için uluslararası bir çerçevenin daha da geliştirilmesi için araçlar ve ayrıca Hukuk Alt Komitesinde bu konuyla ilgili daha fazla çalışma için öneriler de dahil olmak ve Hukuk Alt Komitesinin 65. oturumuna sunulmak üzere uzay kaynakları faaliyetlerinin yasal yönlerine ilişkin raporun kabul edilmesi,

Kararlaştırılmıştır. [29]

İşte bu çalışma belgesi ekseninde bir uzay kaynaklarına ilişkin çalışmalara hız verilmesinin bir sonucu olarak; uzay kaynaklarının keşfi ve kullanılması için uzayda misyonlar ve operasyonlar yürüten çok sayıda ülke ve özel sektör oyuncusu ile sivil keşif ve uzayın kullanımını yönetmek için ortak bir ilkeler dizisi oluşturma amacıyla Artemis programı başlatılmıştır. Program vasıtasıyla uluslararası ortaklıklar kurulması, Mars'a tarihi bir insan görev yürütülmesi, Ay'da sürdürülebilir ve sağlam bir varlık elde etmenin yanı sıra ilk kadın ve ilk siyahi insanın uzaya gönderilmesinin planlandığı belirtilmektedir. [30]

Bu programa esas olmak üzere 1967 Dış Uzay Antlaşması'na dayanan ilkelerine dayandığı ifade edilen "Artemis Mütâbakatı: Ay, Mars, Kuyruklu Yıldız ve Asterioid'lerin Barışçıl Amaçlarla Sivil Keşif Ve Kullanımında İşbirliği İlkeleri" toplam 12 ülke tarafından imzalanmıştır. İmzacılar arasında ABD, Avustralya, Bahreyn, Brezilya, Kanada, Kolombiya, İsrail, İtalya, Japonya, Güney Kore, Lüksemburg, Meksika, Yeni Zelanda, Polonya, Romanya, Singapur, Ukrayna, Birleşik Arap Emirlikleri ve İngiltere'nin yer aldığı sözleşmeye son olarak 8 Haziran 2022 imzalayan Fransa da taraf olmuştur. Artemis programı bu mütabakat çerçevesinde faaliyetlerini yürütecektir. [31]

---

[29] The Establishment of a Working Group on Potential Legal Models for Activities in Exploration, Exploitation and Utilization of Space Resources, 3-4.

[30] Within framework of the Artemis program, this accords reinforce that space resource extraction and utilization can and will be conducted under the auspices of the Outer Space Treaty, with specific emphasis on Articles II, VI, and XI, (https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/index.html), (s.e.t.24.06.2022).

[31] "Fransa Artemis mütâbakatını imzaladı.",
(https://www.trthaber.com/haber/dunya/fransa-artemis-anlasmasini-imzaladi-686612.html), (s.e.t. 24.06.2022).

Bu yönde mütâbakat metninin dikkat çekici "Uzay Kaynakları" başlıklı 10. maddesinde; [32]

"1. İmzacı devletler, uzay kaynaklarının kullanımının güvenli ve sürdürülebilir operasyonlar için kritik destek sağlayarak insanlığa fayda sağlayabileceğini belirtmektedir.

2. İmzacı devletler, Ay'ın, Mars'ın, kuyruklu yıldızların veya asteroitlerin yüzeyinden veya yüzeyinden herhangi bir kurtarma işlemi de dâhil olmak üzere, uzay kaynaklarının çıkarılması ve kullanılmasının, Dış Uzay Antlaşması'na uygun ve aşağıdakileri destekleyecek şekilde güvenli ve sürdürülebilir uzay faaliyetleri gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgularlar. İmzacılar, uzay kaynaklarının çıkarılmasının doğası gereği Dış Uzay Antlaşması'nın II. Maddesi uyarınca ulusal ödenek teşkil etmediğini ve uzay kaynaklarıyla ilgili sözleşmelerin ve diğer yasal belgelerin bu Antlaşma ile tutarlı olması gerektiğini onaylarlar.

3. İmzacı devletler, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin yanı sıra kamuoyunu ve uluslararası bilim camiasını Dış Uzay Antlaşması uyarınca uzay kaynağı çıkarma faaliyetleri hakkında bilgilendirmeyi taahhüt ederler.

4. İmzacılar, anlaşmalar kapsamındaki deneyimlerini, COPUOS'da (Birleşmiş Milletler Dış Uzay Ofisi) devam eden çabalar da dâhil olmak üzere, uzay kaynaklarının çıkarılması ve kullanılması için geçerli olan uluslararası uygulamaları ve kuralları daha da geliştirmeye yönelik çok taraflı çabalara katkıda bulunmak için kullanmayı amaçlamaktadır."

Bu hususta Avrupa hinterlandında da benzer kodifikasyon çalışmaları yapılmıştır. Nitekim Lüksemburg'da 20 Temmuz 2017 tarihli "Uzay Kaynaklarının Keşfi Ve Kullanımına İlişkin Kanun" çıkarılmıştır. Kanunun 1. maddesinde uzay kaynaklarının sahiplenilebilir nitelikte olduğu, 2. maddesinde ise ekonomiden ve uzay faaliyetlerinden sorumlu bakan veya bakanlardan yazılı bir görev yetkisi almadan uzay kaynaklarının keşfedilemeyeceği veya kullanılamayacağı belirtilmiştir. [33]

Nitekim bu alanda aktif çalışmaları teşvik eden Lüksemburg Uzay Ajansı, konunun önemine binaen 03-05.05.2022 tarihinde "2022 Uzay Kaynakları Haftası" isimli bir etkinlik düzenlemiştir. Belirtilen program

---

[32] The Artemıs Accords: Principles For Cooperatıon In The Civil Exploration And Use Of The Moon, Mars, Comets, And Asteroıds For Peaceful Purposes, signed Date: 13th October 2020, Place: 71st International Astronautical Congress, s. 4-5,

(https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/img/Artemis-Accords-signed-13Oct2020.pdf), (s.e.t. 24.06.2022).

[33] Law of July 20th 2017 On The Exploration And Use Of Space Resources,

Article 1: Space resources are capable of being owned.

Article 2/1: No person can explore or use space resources without holding a written mission authorisation from the minister or ministers in charge of the economy and space activities (hereinafter "the ministers").

(https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2017/07/20/a674/jo/en), (s.e.t. 04.07.2022).

Avrupa Uzay Kaynakları İnovasyon Merkezi (ESRIC) ve Avrupa Uzay Ajansı (ESA) işbirliğinde karasal kaynaklar sektörü, havacılık endüstrisi, finans kurumları, araştırma enstitüleri ve akademiden düşünce liderlerini birleştiren 3 günlük bir konferanstır. Yerinde kaynak kullanımının (ISRU) karşılaştığı teknik ve ekonomik zorlukları anlamayı ve bu yüksek teknoloji sektörünün gelecekteki gelişimi için ayrıntılı önerilerde bulunmayı amaçlamaktadır. [34]

Neticeten doktriner olarak uzay cisimleri ve kaynaklarının kullanımı yönünden ilk keşfedenin kullanım hakkı, yarı özerk bölge sistemi, kiralama sistemi, dış uzayda münhasır ekonomik bölge benzeri bir sistemin kurulması[35] gibi pek çok farklı görüşe istinaden pratik açıdan bir mütâbakat bulunmadığından tüm bu faaliyetlerin tamamlanmasının görece uzun bir zamanı kapsayacağı ifade edilmelidir.

IV- TÜRK UZAY OPERASYONLARINA OLASI YANSIMALAR

21. yüzyılda "astropolitik" literatürde, devletler için jeopolitikten daha geniş bir yapıya sahip en büyük stratejik manevra aracı olarak, dış uzayın kendisine has coğrafyasında teknolojik olarak etkin olmayı deyimleyen bir dış politik kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. [36]

Diğer yandan astropolitika içerdiği anlam itibarıyla salt politik düzeyde değil aynı zamanda yeni teknolojilerin, özellikle uzay teknolojilerinin sosyal ve kültürel etkilerini kapsamaktadır. [37] İşte bu parametrelerin doğurduğu etkinin doğal bir sonucu olarak, uzay yarışının başlamasıyla Türkiye de şartlar dairesinde kendi astropolitik pozisyonunu güçlendirmek için adımlar atmıştır.

İlk olarak Birleşmiş Milletlerin uzay konusunda temel perspektifini yansıtan ve dış uzayın barış ekseninde adil bir şekilde kullanımında, "Uzay Hukukunun Magna Carta'sı" olarak nitelendirilen 1967 tarihli Dış Uzay antlaşması, Türkiye Cumhuriyeti'nce aynı yıl imzalanarak 23 Ekim 1967 tarihli resmî gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. [38]

---

[34] Luxemburg Space Resources Week 2022, 03-05.2022 (https://space-agency.public.lu/en/agenda/2022/space-resources-week.html), (s.e.t. 05.07.2022).

[35] Doğan, s. 81-92.

[36] Tolga Erdem, 'Uluslararası İlişkilerde Yeni Perspektif: Astropolitiğe Giriş', C. 20, S.1, 2018, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 441-442.

[37] Everest C Dolman, Astropolitic: Classical Geopolities in the Space Age, (Frank Cass Publishers 2002), s. *5*.

[38] Anıl Uğraş Kara, Özel Uzay Yatırımlarının Uluslararası Uzay Hukukuna Uygunluğunun İncelenmesi: "Starlink" Projesi Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi, 2021, s. 32.

Uzay teknolojisinin kullanılması açısından Türkiye'deki diğer bir ilk ise haberleşme sahasına 1994 yılında yollanan Türksat 1B uydusunun fırlatılmasıyla uzay faaliyetlerine aktif olarak başlanması olarak ifade edilebilir. TÜBİTAK bünyesinde sürdürülen uzay çalışmaları devam etmektedir, ancak süreçte yurtdışındaki organizasyon yapılarına benzer olarak uzay operasyonları ağırlıklı olarak 18 Aralık 2018 yılında 23 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulmuş olan Türkiye Uzay Ajansı (TUA) tarafından yütütülmektedir.

TUA'nın "2022-2026 Stratejik Planı"nda kuruluşun amacı; "kurumsal kapasiteyi güçlendirmek, ülkedeki uzay ve havacılık sektörünü ve ekosistemini geliştirmek ve dünyada rekabet edebilir hale getirmek, TUA'nın ulusal ve uluslararası etkinliğini artırmak, Türkiye genelinde uzay ve havacılık bilim ve teknolojilerine yönelik ilgi ve merakın geliştirilmesinde öncülük yapmak" olarak ifade edilmiştir. [39] Bu sebeple kuruluşundan itibaren çeşitli uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği çalışmalarına aralıksız olarak devam etmektedir.

TUA, uzay bilimi, uzay teknolojisi ve uzay uygulamalarında kaynak paylaşımı üve yelerinin kapasite geliştirmesini kolaylaştırmak üzere çok taraflı işbirliğini destekleyen ve Türkiye'nin (2006 yılında katılım sağladığı) 9 kurucu üyeden biri olduğu APSCO (Asia Pacific Space Cooperation Organisation-Asya Pasifik Uzay İşbirliği Örgütü) ile işbirliği çalışmalarını sürdürmektedir. Bu organizasyon üye ülkelere veri Paylaşım Ağı, Uzay Segmenti Ağı ve Yer Sistemlerinin Ara Bağlantıları, Yere Dayalı Uzay Nesnesi Gözlemi (APOSOS), Afet İzleme Ağı, Uzay Uygulama Ağı, Eğitim ve Uygulama Merkezi gibi ağ ve merkezlerle eşgüdüm imkânı sunmaktadır.

Bu kapsamda yine ESA'ya (European Space Agency-Avrupa Uzay Ajansı) üye ülkelerle de işbirliği faaliyetleri yürütülmektedir. ESA bünyesinde yer alan uzay kaynakları özelindeki bir kuruluş olan ESRİC'de (European Space Resources Inovations Centre-Avrupa Uzay Kaynakları İnovasyon Merkezi) ise 2030 yılına kadar Ay yüzeyindeki su, oksijen, mineral ve maden gibi çeşitli uzay kaynaklarının keşfi, görüntülenmesi, lokasyon tespiti, haritalanması ve kaynakların çıkarılmasına ilişkin teknolojilerin ile projelerin geliştirilmesi faaliyetleri devam etmektedir. [40]

Uzay stratejileri temelde devlet odaklı astropolitik bir yaklaşımı içine almaktadır. Ancak özel girişimcilerin giderek daha aktif bir rol aldığı uzay teknolojisindeki gelişmelere bağlı olarak özel kişilerin bu stratejilerdeki pozisyonu ve etkinlik düzeyi değişmektedir.

---

[39] TUA 2022-2026 Stratejik Planı, 46, (https://cdn.tua.gov.tr/616ebf277e94b.pdf), (s.e.t. 07.07.2022).

[40] ESA Space Resources Strategy, 23 May 2019, published by ESA, 15, (https://sci.esa.int/documents/34161/35992/1567260390250-ESA_Space_Resources_Strategy.pdf), (s.e.t. 15.07.2022).

Bu yönde ülkeler nezdinde bir çok işbirliği faaliyetinde bulunan Türkiye Uzay Ajansı son olarak 8-26 Haziran 2022 tarihleri arasında ABD'de uzay alanında çalışmalar yürüten uluslararası kuruluşlarla bir araya gelmek ve teknoloji transferi konusunda fikir alışverişinde bulunmak üzere yapılan teknik ziyarette ABD'nin dünyaca ünlü uzay şirketlerinden biri olan Sierra Space ile TUA bir mutabakat zaptı imzalamıştır. Bu anlaşmayla; uzaktan algılama, sevk sistemleri, mürettebatlı uzay sistemi ve uzay iletişimi gibi alanlardaki uzay teknolojileri ve uygulamaları, şirketin LIFE uzay habitat modülünün kullanımı dâhil olmak üzere, LEO yörüngesinde uzay ortamı kullanımı, yükleri LEO'ya (alçak Dünya yörüngesi) ve Ay'a gönderme, uzayla ilgili ticari girişimler, Ar-Ge, teknoloji inovasyonu ve bilim kampanyalarında Türk sanayisi ve akademisinin katılımı gibi konularda iş birliği yapılması planlanmaktadır. [41]

Son kertede ulusal savunma bağlamında askeri uzay kavramı açısından uzay kaynaklarının keşfi ve gerektiğinde kullanılması geçmişe nazaran daha mümkün görünmektedir. Nitekim askeri uzay konsepti kapsamında, daha evvel süreç içerisinde keşif, komuta kontrol haberleşme ve ihbar ikaz uydu ve ar-ge uzay projelerini barındıran çalışmalarda kriz, savaş ve barışta uzaydan maksimum seviyede istifade edilmesi hedefiyle; minimal ekonomik yükle yürüteceği her türlü faaliyetlere ilişkin olarak Milli Savunma Bakanlığı, Savunma Sanayi Başkanlığı ve TSK bünyesinde de pek çok çalışma yapıldığını belirtmek gerekmektedir.[42]

Gerçekleştirilmesi planlanan "Mikro Mili Uydu Fırlatma Sistemi (MUFS)" geliştirme ve genel haritalama, güvenlik, orman ve bitki örtüsünün takibi, tarım alanlarının incelenmesi, afet takibi gibi amaçlara "LAGARİ" mikro uzaktan algılama uydu yapım projelerinin süreç içerisinde artacağı nazara alındığında sivil kullanımı dışında uzay kaynaklarının askeri kullanım boyutuna da de milli mevzuat çalışmalarında ayrıca yer verilmesi kanaatimizce önem arz etmektedir.

SONUÇ

TUA'nın kuruluşuna müteakip Türk uzay operasyonları sistematik bir şekilde planlanmaktadır. Nitekim 24 Mayıs 2022 tarihli ve 2022/4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi'ne43 istinaden hazırlanan 2022 ila

[41] (https://tua.gov.tr/tr/haberler/tua-ozel-davetle-abd-ye-teknik-ziyaret-gerceklestirdi), (s.e.t. 05.07.2022).

[42] Oktay Şahiner, 'Hava Ve Uzay Hukukunun Gelişimi Açısından Türkiye'nin Yeri', Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006, s. 130-131.

[43] 24 Mayıs 2022 tarihli ve 2022/4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi'nde; Türkiye'nin uzay politikaları alanındaki vizyon, strateji, hedef ve projelerinin, koordineli ve entegre olarak yürütülmesi amacıyla TUA tarafından Milli Uzay Programı Strateji Belgesinin (2022-2030) hazırlandığı belirtilmektedir.

2030 yıllarındaki faaliyetleri ve amaçları kapsayan Milli Uzay Programı Strateji Belgesinde, TUA'nın stratejik planları dâhilinde bölgesel ve ikili işbirliği çerçevesinde "Uzay Limanı" kurulması ve işletilmesi projesinin Ay, Mars ve diğer gök cisimlerinde keşfedilen zengin uzay kaynaklarının taşınması ve yararlanılması için Türkiye adına ciddi bir seçenek olarak değerlendirilmektedir.[44]

Astropolitik konumunun güçlendirilmesi için ülkesel bazdaki araştırma-geliştirme çalışmalarının ağırlıklı olarak uzay kaynaklarının keşfi ve kullanılmasına dayanan uzay ekonomisinde de etkin bir konuma gelme amacını taşıması oldukça önemlidir. Bu yönde APSCO, ESA gibi uluslararası organizasyonlarla yapılan ve/veya yapılması muhtemel işbirliği ve ortak çalışmaların ivme kazandığı nazara alındığında milli mevzuat çalışmalarında uzay kaynaklarının kullanılması hususuna özellikle yer verilmesinin potansiyel çalışmalara pozitif katkıda bulunacağı açıktır.

Bir diğer önemli husus, uzay kaynaklarının keşfi, çıkarılması ve kullanılması için kamu projelerinin geliştirilmesinin yanında bu alanda özel müteşebbislerin de teşvik edilmesi, yine üniversitelerin "Havacılık ve Uzay Mühendisliği" bölümlerinde uzay madenciliği konusundaki çalışmaların desteklenmesi, bu yolla sivil ve devlet kuruluşları arasında stratejik açıdan birlikte hareket edilmesidir.

Buna bağlı olarak uzayda yakın gelecekte oluşturulacak enerji nakil hatlarında etkin bir konumda olabilmek için uzay liman projelerinde işbirliklerinin derinleştirilmesi, bunun muhtemel uzay kaynakları koridorlarında lojistik yönden stratejik bir güç olma idealini kuvvetlendireceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Ancak an itibarıyla uzay kaynaklarının kullanımı hususunda milli uzay operasyonlarının yapılmasında çalışmalar ivme kazansa da, diğer ülkeleri de kapsayan bir yararlanma rejiminin ve uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının milli hukuk veya uluslararası hukuk bağlamında tahkim gibi modeller üzerinden yapılandırılması çözüme kavuşturulmaya ihtiyacı olan bir konudur.

En nihayetinde kanaatimizce uzay kaynaklarının kullanılması ve işletilmesinin önündeki sorunlu alanların sınırlı olarak da olsa çözüme kavuşturulmasının kaçınılmaz olduğu değerlendirilen önümüzdeki 10 yıl içerisinde; BM kararlarında yer aldığı üzere Türkiye'nin tüm uluslararası işbirliği enstrümanları kullanılarak uluslararası uzay kuruluşlarıyla, müstakilen devletlerle veya milli menfaatlere uygun düştüğü ölçüde özel tüzel kişiler kanalıyla stratejik olarak uzay operasyonlarına bu minvalde de şekil vermesinin ve mevzuatını buna göre yapılandırmasının faydalı olacağı hususu dikkatlerden uzak tutulmamalıdır.

[44] Milli Uzay Programı Strateji Belgesi 2022-2030, (Türkiye Uzay Ajansı 2022), s. 28.

KAYNAKÇA

"Building blocks for the development of an international framework on space resource activities" (A/AC.105/C.2/L.315), Uniteds Nations, (https://documents-dds-y.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/008/95/PDF/V2000895.pdf?OpenElement), (s.e.t. 08.07.2022).

Butchard P, International Regulation of Space, Commons Library Research Briefing, 26 January 2022, (commonslibrary.parliament.uk), (s.e.t. 18.07.2022).

Committee on the Peaceful Uses of Outer Space Sixty-fifth session Vienna, 1–10 June 2022, (https://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/documents/2022/aac.105/aac.1051260_0.html), (s.e.t. 05.07.2022).

Çakır T, 'Uluslararası Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşmada Patent Hukuku Alanındaki Kanunlar İhtilafı Kuralı', C. 6, S. 2, 2020, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, s. 239-251.

Danışman Seyitoğlu Z, Uzay Hukukunda Devlet Egemenliği ve Mülkiyet, ,Adalet Yayınevi, 2019

Doğan Ayten S, 'Uzay Hukukunda Milli İktisaba Konu Olmama İlkesinin Yeniden Değerlendirilmesi', Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2022, s. 33.

Dolman Everest C., Astropolitic: Classical Geopolities in the Space Age, Frank Cass Publishers 2002)

Duke Michael B., *Space Resources/Lunar Exploration of Resource Utilization*, Nasa Scientific and Technical Information Program, Washington D.C., 1992, s. 15.

Erdem T, 'Uluslararası İlişkilerde Yeni Perspektif: Astropolitiğe Giriş', C. 20, S. 1, 2018, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 431-446.

The Establishment of a Working Group on Potential Legal Models for Activities in Exploration, Exploitation and Utilization of Space Resources, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space.

ESA Space Resources Strategy, 23 May 2019, published by ESA, p. 15, (https://sci.esa.int/documents/34161/35992/1567260390250-ESA_Space_Resources_Strategy.pdf), (s.e.t. 20.07.2022).

Executive Order 13914 of April 6, 2020, Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources, (https://www.federalregister.gov/documents/2020/04/10/2020-07800/encouraging-international-support-for-the-recovery-and-use-of-space-resources), (s.e.t. 20.07.2022).

Gökçe G, Uzay Hukuku Dünü, Bugünü, Yarını, On İki Levha Yayınları, 2022.

Kaya İ S, "Chicago Sözleşmelerinin Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", C. 7, S. 2, 2016, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 187-200.

Kara A U, "Özel Uzay Yatırımlarının Uluslararası Uzay Hukukuna Uygunluğunun İncelenmesi: "Starlınk" Projesi Örneği", Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi, 2021.

Law of July 20th 2017 On The Exploration And Use Of Space Resources, (https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2017/07/20/a674/jo/en), (s.e.t. 04.07.2022).

May A, The Space Business: From Hotels in Orbit to Mining Moon – How Private Enterprise is Transforming Space (Türkçe: Uzay Turizmi ve Ticareti, Çev: Fatih Şekerci), Icon Books Ltd, 2018.

Milli Uzay Programı Strateji Belgesi 2022-2030, (Türkiye Uzay Ajansı-2022)

NASA Lunar Petrographic Educational Thin Section Set C Meyer - 2003, p. 46, (https://curator.jsc.nasa.gov/lunar/letss/regolith.pdf), (s.e.t. 06.07.2022).

Öz A, "Hava ve Uzay Hukukunda Tahkimin Gelişimi", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

Dempsey P S / Manoli M, Suborbital flights and the delimitation of air space vis-à-vis outer space: functionalism, spatialism and state sovereignty, 29 Mart 2018, UN Doc A/AC.105/C.2/2018/CRP.9.

Reinhardt D, 'The Vertical Limit of State Sovereignty', (2007) 72 (1), Journal of Air Law and Commerce, ss. 65-137.

Report of the Legal Subcommittee on its sixty-first session, held in Vienna from 28 March to 8 April 2022 is declared by Committee on the Peaceful Uses of Outer Space Sixty-fifth session Vienna, 1–10 June 2022 (https://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/documents/2022/aac.105/aac.1051260_0.html), (s.e.t. 05.07.2022).

Sorgucu A, Hava ve Uzay Hukuku (Air & Space Law), Adalet Yayınevi, 2019.

Space Station Agreement Between the Unıted States Of Amerıca And Other Governments, Signed at Washington January 29, 1998, (https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/02/12927-Multilateral-Space-Space-Station-1.29.1998.pdf), (s.e.t. 24.06.2022).

Sivolella D, Space Mining and Manufacturing: Off-World Resources and Revolutionary, Engineering Techniques, Springer Praxis Books in Space Exploration, Springer Nature Awitzerland AG 2019.

Şahiner O, "Hava Ve Uzay Hukukunun Gelişimi Açısından Türkiye'nin Yeri", Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006.

U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, H.R. 2262 (2015–2016), Title IV « Space Resource Exploration and Utilization », (https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/text), (s.e.t. 07.07.2022).

The Artemıs Accords: Principles For Cooperatıon In The Civil Exploration And Use Of The Moon, Mars, Comets, And Asteroıds For Peaceful Purposes, signed Date: 13th October 2020, Place: 71st International Astronautical Congress (https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/img/Artemis-Accords-signed-13Oct2020.pdf), s 4-5, (s.e.t. 24.06.2022).

United Nations, Office for Outer Space Affairs, “Space Law Treaties and Principles”, (http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html), (s.e.t. 05.07.2022).

(https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/index.html), (s.e.t. 05.07.2022).

(https://www.britannica.com/science/regolith), (s.e.t. 22.06.2022).

(https://www.trthaber.com/haber/dunya/fransa-artemis-anlasmasini-imzaladi-686612.html), (s.e.t. 08.07.2022).

13 December 1996 51/122, General Secretary Decission - Space Benefits Declaration; (https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/principles/space-benefits-declaration.html), (s.e.t. 06.07.2022).

Luxemburg Space Resources Week 2022, 03-05.2022 (https://space-agency.public.lu/en/agenda/2022/space-resources-week.html) (s.e.t. 05.07.2022).

(https://tua.gov.tr/tr/haberler/tua-ozel-davetle-abd-ye-teknik-ziyaret-gerceklestirdi), (s.e.t. 05.07.2022).

ÖZEL HUKUK
PRIVATE LAW

OSMANLI DEVLETİ İLE İSLAM DÜNYASINDA KIYMETLİ EVRAK VE TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NE ETKİLERİ

Negotiable Instruments in the Ottoman Empire and the Islamic World and Their Effects on Republic of Turkey

Dr. Metin KIRATLI*
Dr. Mustafa ÇAKICI**

Öz: Dünya tarihinde paranın icadı, insanların hayatının kolaylaşması ve ticaret açısından önemli bir adım olmuştur. Ticarî senetlerin icat edilmesi ise mevcut para miktarının bir hayli üzerinde ticaret hacminin genişlemesine sebebiyet vermiştir. Kıymetli evrak hukukunun doğup gelişmesi, toplumların ihtiyaçlarıyla paralel bir seyir izlemiş ve günümüzdeki durumuna ulaşmıştır. İslam dünyasında İslamiyet'in ilk yüzyılında para dolaşımını kolaylaştıran süftece (poliçe), çek (sakk) ve havale senetleri kullanılmıştır. Süftece ve havale-kredi mektubu, şehirler arasında parayı taşımanın sakıncalarını giderirken çek ise ticarette kullanılan bir ödeme aracı olmuştur. Osmanlı Devleti'nde kıymetli evrak olarak kullanılan en önemli araçlar senet, poliçe idi. Tanzimat'tan sonra bono ve çek gibi bazı kıymetli evrak da ticarî hayatta kullanılmaya başlanmıştır. Ancak diğer kıymetli evrakların hiç birisi poliçe kadar yaygınlık kazanamamıştır. Bu çalışmada, kıymetli evrakın İslam Dünyası ve Osmanlı ticaret hukuku bakımından oynadığı rolün ortaya konulması hedeflenmiştir. Ayrıca Türkiye'de yapılan son düzenlemeler de genel olarak açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Süftece, Sakk, Poliçe, Çek, Bono, Havale Mektubu, Ticaret Hukuku, Kıymetli Evrak, Emre Muharrer Senet.Avrupa, modernite, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özgürlük ve güvenlik hakkı

Summary: Invention of money has been an important step in the world history in terms of trade and making people's life easier. On the other hand, invention of the commercial papers caused the expansion of trade volume above the amount of money supply. Birth and development of the negotiable instruments law followed a parallel course with the needs of societies and negotiable instruments law reached its current state. For instance, draft (süftece), check (sakk) and money orders were used facilitating circulation of money in the first century of Islam. While draft and money-credit orders eliminated drawbacks of the money transporting between cities, checks became a payment instrument which is used widely in the commercial life. Most important negotiable instruments used in the Ottoman Empire were bonds and drafts. After the Tanzimat, other negotiable instruments such as checks were started to be used in the Ottoman commercial life. However, none of the other negotiable instruments could gain as much prevalence as the draft. In this study, it is aimed to reveal the roles of the negotiable instruments in terms of commercial law of Ottoman Empire and Islamic World. In addition, the latest regulations made in Turkey's Commercial Law are explained as general.

Keywords: Süftece, Sakk, draft, check, bond, money order, commercial law, negotiable instruments, promissory note.

* YÖK Üyesi, T.C. Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, cb.metinkiratli@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5203-2053

** mustafafuatcakici@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1691-3034

Makale Geliş Tarihi: 02.07.2022, Makale Kabul Tarihi: 27.07.2022

GİRİŞ

Dünya tarihinde paranın icadı, insanların hayatını önemli oranda kolaylaştırmıştır. Bu dönüm noktası ticaretin gelişmesini sağladığı gibi ticarette yeni icatlara da neden olmuştur. Ticari senetlerin icat edilmesi bu kolaylaşmada önemli bir merhaledir. Çünkü yüklü miktarda paranın taşınmasına ihtiyaç duyulmadan kıymetli evrak sayesinde bireysel ve ülkeler arası ticaret gelişmiştir. Ticarî senetler ve dolayısıyla kıymetli evrak, eşkıyalık ve korsanlıktan korunmak için de önemli bir yol olmuştur. Yüklü miktarda paranın çalınması, taşınması gibi riskler en aza indirgenmiştir. Kıymetli evraktan poliçe, bu ticaret uğraşı içinde en çok kullanılan senetlerden biri olmuştur. Kıymetli evrak hukukunun doğup gelişmesi, toplumların ihtiyaçlarıyla paralel seyir izlemiş ve günümüzdeki durumuna ulaşmıştır. Devletler, bu evrakın hukuki kullanımını düzenleyerek toplumsal barışı ve gelişmeyi sağlamaya çalışmışlardır.[1]

Dünya ticaretinde kıymetli madenler ve benzeri takas araçlarının kullanılması M.Ö. 1700'lere kadar gitmektedir. Hammurabi döneminde takasta kıymetli madenler kullanılmıştır. İlk Çağ'da maden ticaretinin gelişmesi kıymetli madenlerin çokça kullanılmasına neden olmuştur. M.Ö. 12. yüzyılda Yunanlıların denizcilik alanında gelişmesine bağlı kıymetli maden bolluğu yaşanmıştır. Deniz ticaretinin de bunda etkisi fazladır. Kıymetli madenlerin çoğalması sarraflık mesleğinin doğmasına ve gelişmesine neden olmuştur. Sarraflığın gelişmesiyle bu işi yapanlar zamanla borç para vermeye ve senet düzenlemeye de başlamışlardır.[2] Yunan tüccarlar, parayı borç vererek bunun üzerinden faiz kazanmayı bir ticari faaliyet olarak görmüşlerdir. Deniz ticaretiyle uğraşan tüccarlar, sarraflardan veya diğer tüccarlardan poliçe ile kredi alabilmişlerdir.[3] Roma İmparatorluğu döneminde takas olarak kıymetli madenlerin kullanıldığı örnekler de mevcuttur. Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra kıymetli madenlerle takas işlemi güncelliğini yitirmiştir. Fakat 14. yüzyılda İtalya'da takas araçlarının kullanımı yine yaygınlaşmıştır.[4]

Kıymetli evrak, ilk defa düzenli bir ticari emtia olarak Orta Çağ'da kullanılmaya başlamıştır. Ortaçağ'da kâğıt evrak yerine kıymetli madenler genelde ödeme ve tedavül araçları olarak kullanılmıştır. Bu dönemde toplum, sahip oldukları kıymetli maden-parayı güvendikleri

---

1 Mustafa Çakıcı, "19. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Kıymetli Evrakların Hukuki ve İktisadi İşlevleri", İstanbul Üniversitesi, SBE, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 6-42: Bu tezde geçen konular, ticaret hukuku açısından yeniden analiz edilerek bu makalede ortak yazarlar tarafından geniş biçimde yorumlanmıştır.

2 Hasan Ferid, Nakit ve İtibar-ı Mali- Evrâk-ı Nakdiye, Maliye Mektebi Kütüphanesi Külliyatı, C. 2, İstanbul, 1334/1918, s. 18.

3 Ahmet Tabakoğlu, Türkiye İktisat Tarihi, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2008, s. 55.

4 Daniel Warner/George Siedel/Jethro K. Lieberman/Don Mayer, The Legal Environment and Advanced Business Law, Flat World Knowledge, Boston, 2011, s. 564.

zengin kimselere vererek onların saklamalarını istemişlerdir. Bir bakıma zengin ve güvenilir kişiler banka rolünü üstlenmişlerdir. Güven duygusuyla kıymetli paraları saklamak için alan kişiler ise "*Şu kadar altın veya gümüş saklamak için alınmıştır*" yazılı makbuzlar vererek hem kendisini hem de parayı aldığı kişileri güvence altına almışlardır. Bu zenginler zamanla sakladıkları paraları ihtiyacı olanlara yazılı garantiler karşılığında borç vererek bu işten para da kazanmaya başlamışlardır. Bu durum günümüzdeki faiz ve kredi karşılığı olarak kabul edilebilir. Genelde tüccar olan bu zenginler verdikleri krediler için "bank note" kullanmışlardır. Bir süre sonra ise yazılı kâğıtlar hem saklanabilir hem de güvenli oldukları için tercih edilir olmuştur. İşte bu yazılı kâğıtlar da günümüzde çek-senete karşılık gelmektedir. Bu yazılı kâğıtlarda ödenecek paranın miktarı açıkça belirtilmiştir. Zamanla poliçeler olarak şekillenen bu kâğıtlarla ülkeler arasında ticaret ve alışveriş ağı oluşmuştur. Örneğin Venedik'te alacağı olan bir tüccar, alacağını bir belge ile Roma'daki tüccara devredebilmiştir. Yine bir tüccar sattığı mala karşılık nakit para yerine senet kabul edebilmiştir. Bu senedi de başka kişiye devrederek kendi borcunu ödeyebilmiştir.[5] Ticarette kullanılan bu yöntemler zamanla özel imtiyazlar tanınan bazı senetleri ortaya çıkarmıştır. Bu özel senetler de poliçe, bono, çek, süftece gibi adlarla adlandırılmıştır. Bu makalede bu senetler için pozitif hukukta kullanılan kıymetli evrak terimi tercih edilmiştir.

Makalemizin konusunu da oluşturan İslam Dünyasında kıymetli evrakın kullanımı ise İslamiyet'in ilk yüzyılında başlamıştır. Bu yüzyılda süftece, çek ve havale senetleri ticarette ve borç alıp vermede kolaylaştırıcı araç olmuştur. Bu kıymetli evraktan süftece ve havale-kredi mektubu paranın taşınmasına dair riskleri azaltmıştır. Çek ise İslam Dünyasında genelde ticarette tercih edilmiştir. Hz. Ömer devrinden itibaren kullanılan çek, bir ödeme aracı olarak görülmüştür. İslam Dünyasında süftece ve çekin kullanımı para ekonomisi ve ticaret hukukunun gelişmesine neden olmuştur. İslam Devleti, 12. yüzyılda Türkistan'dan İspanya'ya kadar coğrafi olarak genişlemiş ve deniz ticaret yollarına hâkim olmuştur. Böylece hem kara hem de deniz ticaretiyle uğraşan Müslümanlar, bir bakıma uzak diyarlarla ticaret yapabilmek için kıymetli evrakı kullanmışlar ve icat etmişlerdir.[6] Bu dönemde İslam ekonomisinin gelişmesinde ve büyümesinde kıymetli evrak kullanımının önemli rolü vardır.

Avrupa'da ise ticaretin gelişmesi 16. yüzyılda hız kazanmıştır. Bu dönemde ticaret hukuku alanında yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Örneğin 1563 yılında 9. Şarl tarafından çıkarılan Kral Emirnamesi, ticaret hukukuna dair düzenlemeleri de içermektedir. Bu emirnameye göre Paris'te ticaret mahkemeleri kurulmuştur. Yine Fransız Kralı 14. Lui zamanında yayınlanan 1673 ve 1681 tarihli

[5] Oğuz İmregün, Kıymetli Evrak Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 1-3.

[6] İmregün, 1998, s. 69-70.

emirnameler de ticaret hukukuna yönelik düzenlemelerdir. Bu emirnameler bir bakıma o dönemin ticaret hukukuna uygun kanunlardır. Fransa Kralının yayınladığı 1673 tarihli emirname genel olarak kara yoluyla yapılan ticareti düzenlemektedir. Bu emirnameye göre şirketlerin işleyişi, poliçelerin düzenlenmesi, iflas ve benzeri konular belli bir kurala bağlanmıştır. Fransa Kralının yayınladığı 1673 tarihli ticari emirnameyi Jacques Savary adında bu konuda uzman bir tüccar hazırlamıştır. Bu nedenle de tarihte bu emirname "Savary Kanunu" veya "Tüccar Kanunu" adıyla bilinmektedir.[7] Fransa, ticaret hukuku düzenlemeleri konusunda Avrupa'da önemli çalışmalar yapmıştır. Özellikle 1789 İhtilalinden sonra yapılan çalışmalarla 1807 Ticaret Kanunu yayınlanmıştır. İlk Ticaret Kanunu olarak görülen bu düzenleme daha çok 1673 ve 1681 tarihli emirnamelerin yeniden düzenlenmesi ve çağa uydurulması biçimidir. Bu Ticaret Kanunu ilk örnek olması hasebiyle başta Osmanlı Devleti olmak üzere birçok Avrupa devleti tarafından da örnek alınmıştır. 1807 Ticaret Kanunu, dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde poliçe ve emre muharrer senetlerle ilgili maddeler yer almıştır. Fransa Ticaret Kanunu, 1841 yılında güncellenmiştir. Avrupa ülkeleri bu kanunları örnek almışsa da bazıları kendi ülkelerindeki geleneklerden vazgeçmemişlerdir. Örneğin Büyük Britanya, İrlanda ve Amerika Birleşik Devletleri, Fransa'dan ticaret kanunu almak yerine kendi geleneksel hukuk kurallarını uygulamaya devam etmiştir.[8] Osmanlı Devleti ise şer'i hukuk ve örfi hukuk yanında Fransa'da çıkarılan ticaret kanunundan da yararlanarak karma bir düzen oluşturmaya çalışmıştır. Osmanlı Devleti'nde hukuk sisteminde önemli değişiklikler öncelikle ticaret hukukunda gerçekleştirilmiştir.[9] Osmanlı Devleti'nde kıymetli evrakın kullanımı Tanzimat Fermanı ile yaygınlaşmaya başlamıştır. 17. yüzyılda başlayıp 19. yüzyılda yaygınlaşan ve ticaret hukuku bakımından sözleşmeye dayalı hale getirilen bu evrak günümüzde Türkiye'de ticaret hukukunun da temelini oluşturmuştur. İslam Dünyasında ve Osmanlı Devleti'nde kullanılan kıymetli evrak, günümüzde Türkiye'de ticaret hukuku yanında örfi hukuk biçiminde de ticareti şekillendirmiştir. Bu evrakın incelenmesi günümüz ticaret hukukunun anlaşılmasında önemli katkı

---

7 Lui Reault/Kan Lyon Saint, Rehber-i Hukuk-ı Ticaret, Çev. Lütfü İbn-i el-Hakkı, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1327, s. 9.

8 Reault/Saint, s. 12, 20.

9 Akmandar Demirci, "Osmanlı Devleti'nde Taşra Ticaret Mahkemeleri", S. 75, 2019, Akademik Bakış Dergisi, ss. 95-129; Ahmed Reşid, Hukuk-ı Ticaret, 4. Kitap, Dersaadet Ticaret Odası Gazetesi Matbaası, İstanbul, 1311, s. 10-22; Çoşkun Üçok/AhmetMumcu, Türk Hukuk Tarihi, 2.baskı Savaş Yayınları, Ankara, 1991, s.12; Kanunnâme-i Ticaret ve Zeyilleri, Çevirmen: Fikri Gürzumar, Tekin Gürzumar, Yeni Harflere Çeviren: Ali Himmet Berki, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1962, 276 s.; M. Macit Kenanoğlu, Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku, Lotus Yayınları, Ankara, 2005, s. 25-119; Mehmed Celaleddin, Hukuk-ı Ticaret Dersleri, Matbaa-ı Hukukiye, İstanbul, 1328, s. 14-40; Bülent Tanör, Osmanlı -Türk Anayasal Gelişmeleri (1789–1980), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016, s.460

sağlayacaktır. Türkiye, 1926 yılından itibaren Kıta Avrupasını örnek alarak yeni bir hukuk sistemi oluşturmuştur. Ancak hukuk sisteminin devamlılığı çerçevesinde Türklerin kendi kültürüne özgü kurallar ile Osmanlı Devleti döneminde uygulamaların günümüz hukukçuları tarafından da bilinmesi faydalı olacaktır. Bu anlamda Türk Hukuk tarihi ile bu sistemin başta ticaret hukuku olmak üzere etkilerinin de bilinmesi önemlidir.[10] İslam hukuku ile Osmanlı hukukunun şirketler hukuku açısından incelenmesi ve değerlendirmesi de genel olarak günümüzde ortaya çıkan veya çıkabilecek bazı sorunların çözümünde etkili olacaktır. XVI. ve XVII. Yüzyıl Osmanlı mahkeme kayıtlarını esas alan bazı çalışmalarda genel olarak hukuki değerlendirmeler yapılmıştır.[11]

I- İSLAM DÜNYASI'NDA KIYMETLİ EVRAK

Müslümanlar, 632 yılı itibariyle bütün Arabistan Yarımadası'na hâkim olmuşlar ve güçlü bir medeniyet kurmuşlardır. İslamiyetin yayılmaya başlamasıyla da Orta Asya'dan Kuzey Afrika ve İspanya'ya kadar uzanan geniş bir coğrafyaya egemen olmuşlardır. İslamiyetin etkisiyle yerleşik hayatı daha çok benimseyen Müslümanlar bu dönemde tarım, ticaret, bilim ve sanayi gibi alanlarda kısa sürede geliştiler. İslamiyetin ticareti teşvik etmesi sayesinde de ticaret İslam Dünyasında kısa sürede yaygınlaşmıştır. Ticaretin gelişmesi kervansarayların, hanların ve yeni şehirlerin yapılmasına neden olmuştur. Müslümanların ticarette önemli rol oynayan önemli ticaret yollarına hâkim olması, diğer medeniyetlerle ticaret yaparak münasebet kurmalarına da vesile olmuştur. Bu münasebetler İslam Dünyası ile diğer medeniyetler arasında birçok alanda etkilenme ve fikir değişimine sebep olmuştur.[12] Bu etkileşim, başta ticarî senet olmak üzere kıymetli evrakın ticarette kullanılmasını da yaygınlaştırmıştır. İslamiyet'in doğuşundan hemen sonra süftece, sakk ve havale mektubu, kullanılan kıymetli evrak olmuştur. Ticari senetlerden süftece, çek ve havale mektubunu genel olarak değerlendirmek, günümüz ticaret hukukunu anlamak açısından da faydalı olacaktır.

A. SÜFTECE

Süftece, Farsça "sefte veya süfte" kelimesinden türemiş olup "sağlamlaştırılmış" "pekiştirilmiş" anlamlarına gelmektedir. Süftece'nin, seftece veya siftecenin (çoğulu sefâtic ve süftecât) Arapçaya dönüşmüş hali olduğuna inanılmaktadır. Süftece terimi, ticarette "alacağın yazılı

[10] Halil Cin/Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 37-38; Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s.496

[11] Fethi Gedikli, Osmanlı Şirket Kültürü, İz Yayıncılık, İstanbul, 2018, 392 s.

[12] Tevfik Güran, İktisat Tarihi, Acar Basım, İstanbul, 1999, s. 77-78.

belgeyle sağlamlaştırılması" anlamında kullanılmıştır.[13] Süftecenin sözlük anlamı poliçe, tahvil, kambiyo senedi ile birlikte kullanılmaktadır. Süftecenin İslam ticaret hukukundaki tanımı ise, "bir şehirden başka bir şehir veya ülkede bulunan bir kimseye, borç verenin kendisine veya vekiline geri verilmek üzere borç verilip karşılığında senet alınması"dır.[14] Süftecede borçlu alacaklısına belirli miktarda parayı vermeyi yazılı olarak taahhüt etmektedir. Bu taahhüt gereği ödeme, borçlanılan yerin dışındaki bir yerde ya kendisi ya da o yerdeki ortağı, acentesi, nâibi veya vekili tarafından yapılabilir. Süftece, kayıtsız şartsız ödeme emrini içermektedir.[15] Süftecede bulunması gereken başlıca unsurlar şöyledir:

Belirli bir bedel.

Keşideci, muhatap ve lehdârın isimleri.

Düzenleme yeri ve tarihi.

Ödeme yeri.

Vade.

Bedelin düzenlenme sebebi.[16]

Süftece, İslam hukukçuları arasında halâ tartışmalı bir konudur. Çünkü menfaat elde etmek amacıyla düzenlendiği iddia edilmektedir. Bu görüş farklılıkları İslam mezheplerine göre değişmektedir. Hanefi mezhebine göre süftece mekruhtur; fakat kullanılması caizdir. Şafi Mezhebi'ne göre süftece mekruhtur ancak caiz değildir. Hanbelî ve Maliki mezheplerine göre ise bazıları caiz olduğunu bazıları da olmadığını ifade etmişlerdir.[17] Tüm bu tartışmalara rağmen süftece, Hulefa-i Raşidin döneminde yaygın biçimde kullanılmıştır.[18] Örneğin 7. yüzyılda Mekke'de ticaret yapan Abdullah bin Abbas, dirhem kabul ederek Kufe'ye süftece yazmıştır.[19]

Abbasiler döneminde 9. yüzyılda ticaretin gelişmesine bağlı olarak İslam Dünyasında bankacılık sistemi oluşmuştur. Bankacılık sistemi üzerinden Bağdat'ta yazılan çek, Fas'ta ödenebilmiştir. İslam Dünyasında ticaretin gelişmesi ve ticaret yollarına hâkimiyet, özellikle 10. yüzyılda gemi ve kervanlar ile dünyanın farklı bölgelerine ulaşmayı kolaylaştırmıştır. Müslümanlar, Bağdat ve İskenderiye'de tüm dünyanın

---

13 Cengiz Kallek, "Süftece", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 38, İstanbul, 2010, s.19.

14 Fikret Karaman/İbrahim Ural, Dini Kavramlar Sözlüğü, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006, s. 605.

15 Kallek, 2010, s. 19.

16 Kallek, 2010, s. 20.

17 Abdullah Durmuş, "Fıkhî Açıdan Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri", Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s. 164-165.

18 Fatih Turan, "İslam Hukuku Açısından Usulsüz Vedia Akdi", S. 15, 2010, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, s. 419.

19 Abdulaziz Bayındır, Ticaret ve Faiz, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2007, s. 268.

ilgisini çekecek pazarlar kurmuşlardır. Kuzey Rusya, Çin ve Hindistan gibi coğrafyalarda Müslüman tüccarlar etkili olmaya başlamıştır. Bu ticaret ağı zamanla süftece ve sakk kullanılmasını da zorunlu hale getirmiştir.[20] Çünkü uzak mesafelerle ticarette nakit para taşınamadığı için kıymetli evrak geçerli olmuştur. İslamiyeti kabul eden Orta Asya'daki Türk toplulukları da ticarette kıymetli evrak kullanmaya başlamışlardır.[21]

Fransız Tarihçi Sayous, 10-13. yüzyıllarda Müslümanların ticarî yöntemler bakımından Avrupa'dan daha ileride olduğunu ve kıymetli evrak kullandıklarını yazmıştır. Bu durum Avrupa'nın kıymetli evrak kullanımında İslam Dünyasından etkilendiğini veya geliştirdikleri yöntemlerde Müslümanların kullandığı kıymetli evrakı da örnek aldıklarını göstermektedir. Avrupa'nın sistemsel hale getirdiği ortaklık hukuku, sözleşme hukuku, iş ortaklığı türleri, süftece ve havale gibi finans teknikleri, aslında Avrupa'ya İslam Dünyasından geçmiştir.[22] Çünkü İslam Dünyasında modern biçimde Avrupa'dan çok önce kullanılan süftece, poliçenin ve kambiyo senedinin aynısıdır. Hatta günümüzde Suriye, Lübnan, Cezayir ve Irak'ta poliçe yerine halâ süftece terimi kullanılmaktadır.[23] İslam Dünyasında kullanılan süftece terimi, fıkıh kitaplarında "havale" başlığı ile incelenmiştir. Bu adla incelenmesinin nedeni ise borçlu tarafından alacaklının alacağının, başka bir yerde üçüncü kişiye havale edilmesidir. Bu terimsel karmaşa ticaret hukuku açısından bazı olumsuz durumlara neden olabilmektedir. Öncelikle havale ile süftece arasındaki farkı belirtmek gerekmektedir. Havale, ticaret hukukunda borcun naklidir. Süftece ise alacağın başka bir şehre nakledilmesidir.[24] Süftece ile havale arasındaki farkları genel anlamda şu şekilde sıralamak mümkündür:

Havalede borç, borç transferinden önce; süftecede borç, süftecenin düzenlenmesi sırasında oluşur.

Süftecede borç, bir yerden başka bir yere; havalede borç, bir kişiden başka bir kişiye aktarılır.

Süftecede, bir taraf bağış olarak veya iki taraf karşılıklı menfaat elde ederken; havalede, lehdar keşideciden havalenin kabulü için bedel talep edemez.

---

[20] Aydın Çelik /Taner Yıldırım, "Abbasiler Dönemi Bağdat Çarşıları", C. 23, S. 1, 2013, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 250.

[21] Servet Bayındır, "Sermaye ve Tarihsel Süreçte Mali Aracı Kurumların Sermayeye Yaklaşım Tarzı", S. 4, 2001, İstanbul Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi, s. 182.

[22] Mehmet Salih Kumaş, "Bir Finansman Yöntemi Olarak İş Ortaklığı Uygulaması: Mudârebe-Commenda Karşılaştırması", C. 15, S. 1, 2006, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 373.

[23] Kallek, 2010, s.19.

[24] Faruk Emrah Oruç, "İslam Hukukunda Deyn", Selçuk Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011, s. 48.

Havalede üç taraf bulunurken; süftecede bazen iki taraf bulunabilir. Bu durum keşideci ile muhatap sıfatlarının bir kişide birleşmesi durumunda ortaya çıkar.

Havalede yol güvenliği temel unsur değildir.[25]

Havale ile süftece arasındaki farkların bilinmesi önemlidir. Ancak Batı'da kullanılan poliçe ile İslam Dünyasında kullanılan süftece arasındaki iki temel farkı da bilmek gerekmektedir. Süftece ile poliçe arasında iki fark şöyledir:

Süftecede, senette "süftece" kelimesinin bulunması zorunlu değil iken; poliçede "poliçe" kelimesinin veya "poliçe anlamına gelecek" bir kelimenin bulunması şarttır.

Süftecede borçlanılan ve ödeme yapılan para cinsinin aynı olması gerekirken, poliçede para cinsinin aynı olması zorunlu değildir.[26] Yerel para ile o günkü kurdan yabancı paranın ödenmesi mümkündür

İslam Dünyasında kıymetli evrakla ticaret, borç ve alacak konusu halâ tartışılmaktadır. İslam hukukunda krediden menfaat sağlanması haramdır. Bu nedenle verilecek borç veya kredinin karşılıksız olması ve bu durumdan faiz alınmaması esastır. Kur'an'da ve diğer kutsal kitapların hepsinde faiz haram kabul edilmiştir. Bu nedenle süftecede ödeme yazan para birimiyle aynı olmalıdır. Süftecede alacaklı, yol tehlikesi veya taşıma masraflarından kurtulmaktadır.[27] Hanefi mezhebine göre, süftece sayesinde paranın taşınırken kaybolması veya çalınması riski ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle caizdir. Ancak süftece borç olarak verilirse alacaklıya yarar sağladığından tahrimen mekruhtur. Hanbelî mezhebine göre ise süftece borçlu ve alacaklının faydasına olduğundan yararlıdır. Ancak süftece eğer yarar veya bedel şart koşulmuşsa o zaman caiz değildir.[28] Bu değerlendirmeler İslam hukukçuları tarafından "*Menfaat sağlayan her karz, faizdir."* hadisine dayandırılmaktadır.[29] İslam hukukçularının süftece konusundaki değerlendirmeleri fıkıh kitapları çerçevesinde yapılmıştır. İslam fkıkıhçısı el-Kuduri (ö. 1036), "*Süftece mekruhtur. Borç verenin yol riskine karşı güvenceden yararlandığı bir borç işlemidir."* yorumuyla süftecenin mekruh olduğunu yazmıştır. El-Merginani (ö. 1197) ise "*Süftece mekruhtur. Borç verenin yol riskinden kurtulmak istediği bir borç işlemidir. Bu tarz bir işlem, yarar sağlayan bir borçtur. Yarar sağlayan borcu ise Hazreti Muhammed yasaklamıştır.*" yorumuyla süfteceyi açıklamaya çalışmıştır.[30] Genel olarak

---

25 Kallek, 2010, s.20.

26 Kallek, 2010, s.20

27 Servet Bayındır, "Finansal Türev Varlıklar ve Bu Varlıklar Üzerine Yapılan Sözleşmelerin Fıkhî Tahlili", S. 12, 2005, İ.Ü.İ.F.D, Ss. 64-68.

28 Karaman/Ural, 2006, s. 605.

29 H. Yunus Apaydın, "Karz", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 24, İstanbul, 2001, s. 523.

30 Fahri Demir, "Sigorta (Âkile Müessesesi ve Süftece Muamelesi Işığında Bir Tedkik)", C. 43, S. 2, 2002, AÜİFD, s. 174.

ticareti kolaylaştırıcı bir unsur olması ve faiz içermemesi süftecenin İslam Dünyasında kabullenilmesini sağlamıştır.

B. SAKK (ÇEK)

Farsça çek kelimesi; "onaylanmış belge" ve "anlaşma" anlamlarına gelmektedir. Arapça'ya ise "sakk" şeklinde geçmiştir. Bu terim genel olarak resmi tutanak, yazılı belge anlamındadır. Ticaret hukukunda ise sakk, mevcut bir karşılık üzerine çekilmiş ödeme emri manasında kullanılmaktadır.[31] İslamiyet'in doğuşundan itibaren ödeme emri niteliğindeki kıymetli evrak yaygın olarak kullanılmıştır. Örneğin Hz. Muhammed, kendisinden yardım talep eden Akra bin Hâbis ve Uyeyne bin Hısn adına, zekât gelirlerinden karşılanmak üzere çek şeklinde birer ödeme emri hazırlattırmıştır. Hz. Ömer döneminde de sakk yaygın biçimde kullanılmıştır. Bu dönemde sakklarda tarih olması ve mühürlenmesi geleneği oluşmuştur. Emeviler döneminde de sakklar yaygın olarak kullanılmıştır. Memur maaş ödemeleri bile sakk ile yapılmıştır. Sakk ve süftece gibi kıymetli evrakın ticarette özellikle alacak ve borcun nakledilmesine dair önemli kolaylıklar sağlaması, İslam devletlerinin bu evrakı yaygın olarak kullanmasında etkili olmuştur.[32]

C. HAVALE MEKTUBU

İslâm devletlerinde havale mektubu, ödeme emri karşılığında kullanılmıştır. Bu terim genel olarak maliye terimidir. İslam Dünyasında Abbasiler Döneminde ortaya çıkmış bir terimdir. İlhanlı ve Büyük Selçuklular Döneminde de bu terim kullanılmıştır. İlhanlı Devleti'nde "havâle" ve "havâlât" terimleri maliye kayıtlarında geçmektedir. Bu terim, hem ödeme emri ve hem de ödenen belirli miktar için kullanılmıştır. Havale, Abbasîlerde bir ödeme emri belgesidir. Havale mektubu ile resmî ve hususî maliyede paranın naklindeki tehlikeler ortadan kaldırılmak istenmiştir. Havale ile ilgili bütün işlerde "câhbac" adlı görevli önemli rolü oynamıştır.[33] Fakat sakk ve süftece, İslam devletlerinde genel olarak daha çok kabul görmüştür.

II- OSMANLI DEVLETİ'NDE KIYMETLİ EVRAK

Osmanlı Devleti'nde kıymetli evrak olarak kullanılan en önemli varlıklar senet ve poliçe olmuştur. Tanzimat Dönemiyle birlikte bono ve çek gibi kıymetli evrak da ticarî hayatta yaygınlaşmıştır. Ancak poliçe, çek ve bonoya göre Avrupa'nın da etkisiyle daha çok tercih edilmiştir. Bu kıymetli evrakı genel olarak ticaret hukuku açısından

---

31 Cengiz Kallek, "Sak", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 35, İstanbul, 2008, s. 584.

32 Kallek, 2008, s. 585-586.

33 Halil İnalcık, "Havâle", TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 16, İstanbul, 1997, s. 512-513.

değerlendirdiğimizde Osmanlı maliyesinde ne gibi farklılıklar oluşturduğu ortaya çıkmaktadır.

A. POLİÇE

Osmanlı Devleti'nde poliçenin kullanılmaya başlandığı tarihle ilgili kesin bir kayıt bulunmamaktadır. Osmanlı Arşivi kayıtlarından yapılan tespitlere göre 17. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ticarî hayatta poliçe kullanımı artmaya başlamış ve bu artış 18. yüzyıl boyunca da devam etmiştir. Osmanlı Arşivinde poliçe kullanımına dair tespit edilebilen en erken tarih 2 Temmuz 1657'dir. Bu tarihte Divân-ı Hümâyûn hükmündeki belgede şu ifadeler geçmektedir:

"İzmir Mollası'na Hüküm ki; Hesâb-ı atik teberdârlarından Hacı Mustafa arzuhâl edip İzmir sâkinlerinden Hacı Hasan nâm kimesnede vakıf akçeden iki bin kuruş hakkı olup vadesi mürûr eylelediğinden gayrı iki senedir ki varan adamlarına dahi vermeyip ve gâh İstanbul'a polise eyledim deyu temessük verip adamları İstanbul'a geldikde aslı çıkmayıp hile olmakla meblağ-ı mezbûr, mezkûrdan tahsil olunup ta'allül eder ise ihzâr olunmak bâbında emr-i şerifim rica etmeğin mahallinde şer'ile alıverilip inad eder ise ihzârı için yazılmıştır. Fî Evasıt-ı N. Sene 1067"[34]

Osmanlı'da poliçe kullanımına dair bu kayıtta Teberdâr Hacı Mustafa'nın kullandığı üsluba göre poliçe kullanımının 1655 yılına kadar gidebileceği tahmin edilebilir. Osmanlı Devleti'nde 17. yüzyıldan itibaren iltizam usulüyle toplanan ve nakde çevrilen vergiler devletin merkezine aktarılmıştır. Bu büyük miktarlı nakit paranın merkeze gönderilmesi güvenli olmadığından, poliçeler ve kıymetli evrakla kayıtlar tercih edilir olmuştur.[35] 18. yüzyıldan itibaren hem Avrupa ile ticarette hem de toplanan vergilerin merkeze gönderilmesinde daha güvenli olan poliçe kullanımı zamanla ana ödeme kaynağı olmuştur.[36] Bu dönemde Fransız Tüccar Roux ailesinin Fransa'dan İstanbul'a veya İstanbul'dan Fransa'ya çektiği poliçeler büyük artış göstermiştir.[37] Kahire ile Şam arasında düzenli olarak poliçe kullanılmaya başlanmıştır.[38]

Osmanlı devlet bürokratları, 18. yüzyıldan itibaren topladıkları vergileri bulundukları bölgelerdeki tüccarlara vererek karşılığında poliçe

---

[34] Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı (BOA), Bâb-ı Âsafi Divan-ı Hümâyûn Sicilleri Mühimme Kalemi Defterleri (A. DVNS. MHM. D), 96/65, 20 Ramazan 1067/2 Temmuz 1657.

[35] Şevket Pamuk, Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2002, s. 94.

[36] Pamuk, 2002, s. 185.

[37] Edhem Eldem, "18'inci Yüzyılda İstanbul'da Poliçe Tedavülü ve Kambiyo Kurları Hakkında", X. Türk Tarih Kongresi (22-26 Eylül 1986), Kongreye Sunulan Bildiriler, 4. Cilt, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1993, s. 1671-1672.

[38] Eldem, 1993, s. 1673.

almışlar ve bu poliçeleri devlet hazinesine göndermişlerdir. Bu dönemde Fransızların poliçeleri daha çok tercih edilmiştir. Tüccarlar da kestikleri poliçeler üzerinden komisyon alarak kâr elde etmişlerdir.[39] Osmanlı Devleti, Rusya ile giriştiği 1787-1792 Savaşlarında büyük ekonomik kayıplar yaşamıştır.[40] Bu savaşlarda Ruslara esir düşen Osmanlı askerlerinin ihtiyaçlarını karşılamak için poliçeler kullanılmıştır.[41] Osmanlı büyükelçisi Rasih Paşa, poliçe keserek Osmanlı esirlerinin ihtiyaçlarını karşılamaya çalışmıştır. Osmanlı diplomatik misyonlarının yurtdışında poliçe kullanması bu olaydan sonra yaygınlaşmıştır. Osmanlı Büyükelçisine poliçe kullanım yetkisi verilen izin de şöyledir:

"Sahh

İzzetli Defterdâr Efendi

Bu def'a büyükelçilik ile Rusya Devleti canibine me'mûr edilen Rasih Paşa'nın üserâ-yı Müslimîn istihlâsına me'mûriyeti olmak hasebiyle istihlâs edeceği üserâ-yı Müslimîn'in infâk ve iksâları için paşa-yı mûmâ-ileyhe Hazine-i Âmire'den elli bin kuruş i'tâ olunup ancak paşa-yı mûmâ-ileyhe verilen meblağ-ı mezkûr üseranın masârıfına vâfi olmayacağı zâhir ve bu sûrette ol taraftan poliçe veçhile akçe tedarikinden lâ-büdd olmakla o makûle istihlâs edeceği üseranın isim ve şöhretlerini ve memleketlerini ve infâk ve iksâları için harç edeceği akçeyi sebt-i defter edip bi-mennihi Teâlâ ba'de'l-avde muhasebesini görmek ve meblağ-ı mezbûrdan ahar mahalle bir akçe ve bir habbe sarf etmemek şerâyiti ve sâir bu vâdilerde lâzım gelen kuyûd-ı ihtirâzî derciyle Başmuhasebe'ye kayd ve poliçe tedâriki ruhsatını hâvi paşa-yı mûmâ-ileyh yedine suret i'tâ eylesin deyu buyruldu."[42]

Osmanlı Devleti'nde hem ticarette hem de diplomatik misyonlarda poliçe kullanımı zamanla bireysel girişimciler ve halk tarafından da benimsenmiştir.[43] Poliçe kullanımı, 19. yüzyılda artık normal ticari işlerin ve devlet işlerinin vazgeçilmez unsuru haline gelmiştir.[44] Osmanlı Devleti'nde 18. yüzyılda kullanılan poliçelere örnek verilmesi ve bunun değerlendirilmesi sonraki dönemlerle mukayese açısından da yararlı olacaktır.

---

39 Eldem, 1993, s. 1674.

40 Kemal Beydilli, "Yaş Antlaşması", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 43, İstanbul 2013, s. 343-347.

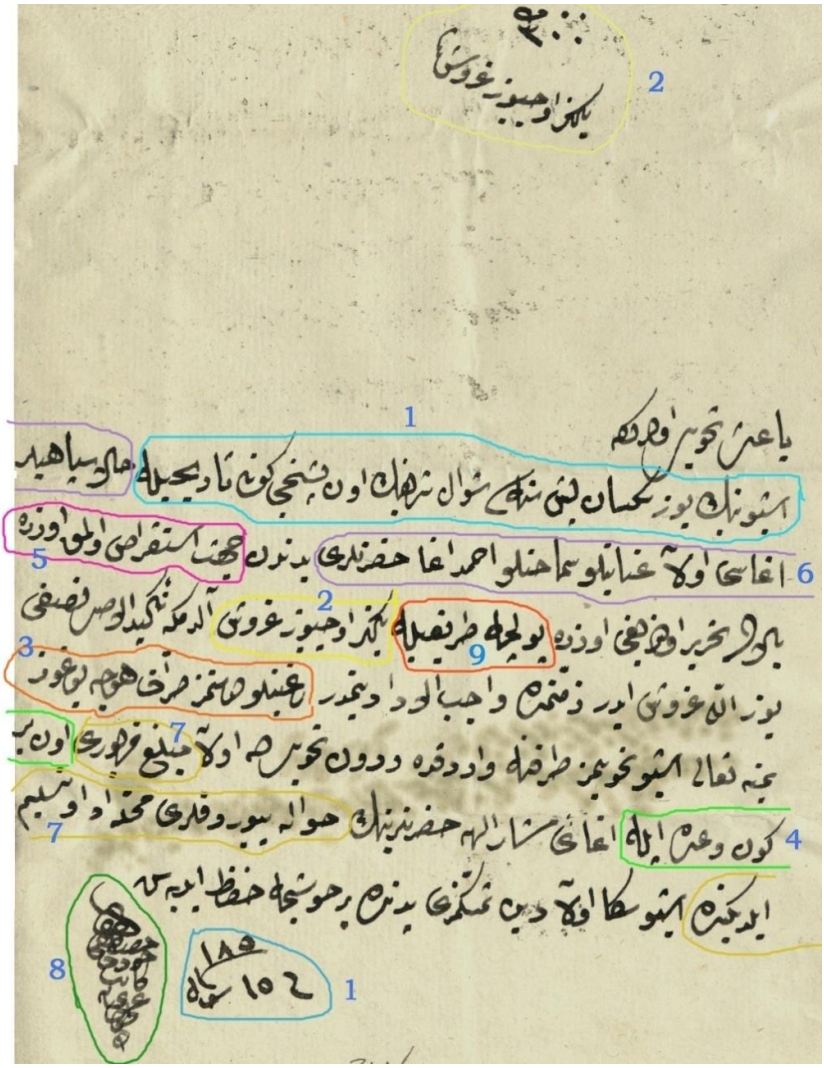
41 BOA, Cevdet Tasnifi Hariciye Kalemi (C. HR), 179/8925 / 16 C. Sene 207/27 Ocak 1793.

42 BOA, C. HR, 179/8925 / 16 C. Sene 207 / 27 Ocak 1793.

43 BOA, Cevdet Tasnifi İktisat Kalemi (C. İKTS), 2/98; 18 S. 1212 / 17 Ağustos 1797.

44 BOA, Cevdet Tasnifi Adliye Kalemi (C. ADL), 34/2052; 9 Ş. 1214 / 6 Ocak 1800.

Belge 1: 18. Yüzyıla Ait Bir Poliçe Örneği (21 Ocak 1772)



Kaynak: BOA, Ali Emiri Mustafa III (AE. SMST. III), 27524.

Belge 1'in Transkripsiyonu:

"300 Kuruş

Yalnız üç yüz kuruş

Bâis-i tahvil oldur ki

İşbu bin yüz seksen beş senesinde Şevvâl-i Şerif'in on beşinci günü tarihiyle hâlâ Sipahiler Ağası olan inâyetli, semâhatli Ahmed Ağa

hazretleri yedinden cihet-i istikrâz olmak üzere bâlâda tahrir olunduğu üzere poliçe tarikiyle yalnız üç yüz kuruş aldım ki te'kidü'l-asl nısfı yüz elli kuruş eder zimmetimde vâcibu'l-edâ deynimdir. Rağbetli dostumuz Sarraf Hoca Bogoz bi-mennihi Teâlâ işbu tahvilimiz tarafına vardıkda derûn-ı tahvilde olan meblağ-ı mezbûru on bir gün vade ile ağa-yı müşârun-ileyh hazretlerinin havâle buyurdukları mahalle eda ve teslim eylediğinde işbu sana olan deyn temessüğümüzü yedinde bir hoşça hıfz eyleyesin.

Fî 15 Şevvâl sene 1185 / [21 Ocak 1772]

Bende Mustafa Cevdet

Kâtib-i Arabacıyan-ı HâssaHâlâ"

Osmanlı Devleti'nde 18. yüzyılda kullanılan örnek poliçenin Tanzim Edilme Şartları (Belge 1'de numaralanmış yerler) ise şöyledir:

1- Keşide tarihi (15 Şevvâl/21 Ocak 1772).

2- Ödenecek para miktarı (300 kuruş).

3- Muhatap (Sarraf Hoca Bogos).

4- Ödeme zamanı/vade (11 gün).

5- Poliçe parasının kaynağı (Cihet-i istikrâz).

6- Lehdar/alıcı (Sipahiler Ağası Ahmed Ağa).

7- Ödeme emri (Meblağ-ı mezbûru havale edilen mahalle eda ve teslim).

8- İmza / Keşideci (Mustafa Cevdet, Arabacıyan-ı Hâssa Kâtibi).

9- Poliçe İbaresi.

Belge 1'deki poliçe örneğine göre 19. yüzyılda keşide edilen poliçelerde, tanzim şartlarının büyük bir kısmı belge üzerinde bulunmaktadır. Fakat bu poliçede keşide yeri ve ödeme yeri belirtilmemiştir. Osmanlı Devleti'nde poliçeler, mahkemenin huzurundaki bir taahhütle, yani "kitâbu'l-kadı" ile güvence altına alınmıştır. Keşide eden ile muhatabın, akrabalık veya ortaklık ilişkisi de poliçelerin güvence altına alınmasında kullanılan bir yöntem olmuştur. 1740 yılında Rakka Valisi için Halep'ten İstanbul'a yazılan 12 poliçenin 8'inde akrabalık veya ortaklık ilişkisi tespit edilmiştir. Ayrıca poliçe muhataplarının tamamı İstanbul'da Valide Han'da faaliyet göstermektedir (Tablo 1).

Tablo 1: Rakka Valisi Adına Halep'ten İstanbul Üzerine Keşide Edilen Poliçeler (1740).

Keşideci	Lehdâr	Keşide Tarihi	Muhatap	Muhatabın Adresi	Vade (Gün)	Poliçe Tutarı
Seyyid Bekri	El-Hac Mehmed Emin Ağa (Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Kardeşi Hacı Ahmed ve Kardeşinin Oğlu Seyyid Mehmed	İstanbul'da Valide Han	31	10.000
Seyyid Abdulgani	El-Hac Mehmed Emin Ağa (Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Ortağı Trabluslu Hüseyin Celil	İstanbul'da Valide Han	31	5.000
Seyyid Hasan Salahi	El-Hac Mehmed Emin Ağa (Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Şeyh Ali bin el-Hac İsmail	İstanbul'da Valide Han	31	1.180,5
El-Hac İbrahim	El-Hac Mehmed Emin Ağa (Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Ortağı Abdullatif Celil	İstanbul'da Valide Han	31	3.500
Merahizade el-Hac Taha	El-Hac Mehmed Emin Ağa(Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Ortağı İrizade el-Hac Ömer Celil	İstanbul'da Valide Han	31	1.500
Cebrinizade el-Hac Abdullah Çelebi	El-Hac Mehmed Emin Ağa (Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Hüseyin Çelebi Futi	İstanbul'da Valide Han	31	3.000
El-Hac Ali bin Celil Çiftçi	El-Hac Mehmed Emin Ağa (Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Ortağı Abdullatif Celil	İstanbul'da Valide Han	31	2.000
Futi el-Hac Yusuf	El-Hac Mehmed Emin Ağa (Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Oğlu Hüseyin Celil	İstanbul'da Valide Han	31	1.000
Mehmed Emin Çelebi	El-Hac Mehmed Emin Ağa (Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Şeyh Ali ve biraderi el-Hac Abdulkadir	İstanbul'da Valide Han	31	1.000

El-Hac Kasım Şavata	El-Hac Mehmed Emin Ağa (Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Futi el-Hac Ebu Bekir Çelebi	İstanbul'da Valide Han	31	900
El-Hac Mustafa ibn-i Mustafa	El-Hac Mehmed Emin Ağa (Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Biraderi el-Hac Abdullah ve ortağı Hoca Yani	İstanbul'da Valide Han	31	700
El-Hac Mehmet Hakvati	El-Hac Mehmed Emin Ağa (Kapı Kethüdası)	20.11.1740	Mehmed Çelebi	İstanbul'da Valide Han	31	300

Kaynak: BOA, Bab-ı Defteri Başmuhasebe Kalemi Defteri (D. BŞM. d.) 2453.

B. BONO (EMRE MUHARRER SENET)

Osmanlı Devleti'nde bononun kullanımı, poliçe gibi yaygın olmasa da tercih edilmiştir. Osmanlı Arşivi'nde 1842 yılına ait bir belgede bono kullanımı ilk defa tespit edilmiştir. İstanbul Emtia Gümrüğü'nde 11 Ağustos 1842 tarihinde Avrupalı tüccarlar ile Anadolu ve Rumeli Kumpanyası müdürleri arasında bono ile alışveriş yapılmıştır.[45] 5 Mart 1847 tarihli başka bir bono belgesinde ise Ayvalık Kazası reayasından olup kürek cezasına çarptırılan bazı kişilerin, cezadan kurtulmak için bono kestikleri yazılıdır.[46] Osmanlı Devleti'nde 1849 yılında yayımlanan Kanunnâme-i Ticaret ile bono kullanımı hukuki olarak güvence altına alınmıştır. Osmanlı Devleti'nde bono, bir kimsenin diğer bir kimseye veya onun emrine ve belirlenen sürede bir miktar parayı ödemeyi taahhüt etmesini içeren senet olarak işlem görmüştür. Osmanlı Devleti'nde ticari hayatta ve kanunnamelerde bu senetler "sipariş tahvili"

[45] "İşbu 1258 senesi Receb-i Şerifi'nin on altıncı ve sene-i miladiyenin 1842. Senesi şehr-i Ağustosu'nun 11. Ve Frenki itibarıyla 23. Salı günü İstanbul Emtia Gümrüğü'nde akd olunan Meclis-i Ticaret'te Hayriye tüccarı müteberânından Şehbender Seyyid Ebu Bekir Ağa ve Muhtar-ı Evvel Seyyid Mustafa Ağa ve Muhtar-ı Sâni Seyyid el-Hac Mehmed Ağa ve Kumpanya sarraflarından Anadolu Kumpanyası Müdürü Kirkor ve Rumeli Kumpanyası Müdürü Hantır ve Avrupa Tüccarı muteberânından Arlo ve Zaharaki ve Tomazi ve Duran İpkanker ve Cak Galavani ve sair mazbûtu'l-esâmi muteberân tüccar hazır oldukları hâlde poliçelerde ve kambiyo ve bonolarda ber-mutâd yüzde on kuruş ufak para hususu dermeyân ve müzâkere olunup şöyle ki medyûn olan kimesne vadesi hulûlünde yüz kuruşta on kuruş ufak parayı harman olarak derhâl te'diye eylemek ve ufak para olmadığı hâlde bedeline beşlik veyahut kâime vermek ve ufak para bedeline bono tabir olunan havâle kâğıtları kabul olunmamak hususlarına bi'l-ittifâk karar verilmiş olduğundan…", BOA, C. İKTS, 6/268; 9 N. 1258/14 Ekim 1842.

[46] BOA, Bab-ı Asafi Mektubi Kalemi (A. MKT), 69/62; 17 Ra. 1263/5 Mart 1847.

olarak adlandırılmıştır. Fakat Ticaret Kanunu Zeyli'nin 28'inci maddesinde "emre muharrer senet" tabiri geçmektedir.[47] 1849 Ticaret Kanunu'nun 144 ve 145'inci maddelerinde ise emre muharrer senedin tarifi yapılmış ve senette bulunması gerekenler açıkça belirtilmiştir. Kanunnâme-i Ticaret'in 145. maddesinde "sipariş tahvili" olarak adlandırılan emre muharrer senedin unsurları şöyle tarif edilmiştir:

145'inci Madde: "Sipariş tahvilleri mutlaka bir tarih ile müverrah olmak ve mezkûr tahvilde te'diye olunacak meblağın mikdârıyla her kimin sipariş ve emrine te'diye olunacak ise onun isim ve şöhreti ve ne vakit akçesi verileceğini zikretmek ve cihet-i karz veyahut emti'a semeni midir yoksa bir hesâb veya havaleden dolayı mıdır beyân etmek lâzımdır."[48]

Şekil 1: Osmanlı Devleti'nde Kullanılan Bir Bono Örneğinin Çevirisi (Ön Yüz-1870)

Numara

840.200 Yalnız sekiz yüz kırk bin iki yüz kuruştur 94

TUĞRA 12 Haziran 1870

Min 800.001 ilâ 900.000

Kıymet 450

Bâlâda murakkam yalnız sekiz yüz kırk bin iki yüz kuruşu hâvi hâlis ve gayr-ı hâlis altın ve gümüş meskûkât-ı Osmaniye olmak üzere Bank-ı Osmanî emrine 31 Mayıs Rumi sene 1286 tarihinde tamamen ve kâmilen te'diye ve teslim edeceğimi mübeyyin bir kıt'a bonoyu i'tâ eyledim.

Tarihi İmza Mahalli

Fî 9 Mart Rumi sene 1286 (Mühür)

Kaynak: BOA, Ali Fuat Türkgeldi Evrakı (HSD. AFT), 19/17; 26 Mart 1286/7 Nisan 1870.

Osmanlı Devleti'nde kullanılan bono unsurları şöyle sıralanabilir:[49]

Tanzim (düzenleme) yeri ve tarihi.

Bono bedelinin meydana geliş sebebi.

47 Yanko Vitinos, Şerh-i Kanun-ı Ticaret, Mehran Matbaası, İstanbul, 1296/1880, s. 118.

48 Kanunnâme-i Ticaret, Atatürk Üniversitesi Seyfettin Özege Salonu, Demirbaş No: 130445, İstanbul 10 Rebiülâhir 1265, m. 145; Kanunnâme-i Ticaret'in birçok farklı nüshası bulunmakla birlikte, Kanunnâme'nin kabul ediliş tarihini içerdiği için bu nüsha tercih edilmiştir.

49 Sergiz Nihad, Usul-i Muhasebe-i Maliye yahut Banka, Borsa ve Sigorta Muhasebesi, İstanbul, Matbaa-i Âmire, 1334/1918, s. 218.

Para (senedin köşesinde rakam, senedin metninde harf ile).

Vade (Senedin metninde harf ile).

Hamilin isim ve adresi.

Emrine kaydı.

Bedelin ödenmesi için taahhüt (“Ödeyeceğim” veya “ödeyeceğiz” kaydı).

Nispî pul.

İmza (borçlunun adres ve imzası veya mührü).

Belge 2: Osmanlı Devleti’nde Kullanılan Bir Bono Örneği (Ön Yüz-1870)

Kaynak: BOA, HSD. AFT, 19/17; 26 Mart 1286/7 Nisan 1870.

Osmanlı Devleti’nde kullanılan emre muharrer senedin vade, ciro, müteselsil kefalet, aval, bizzat ödeme, aracı ile ödeme, protesto, hâmilin hak ve görevleri ve rekambiyo ile faizi konularında poliçeden bir farkı bulunmamaktadır. Poliçe gibi ciro yoluyla elden ele dolaşabilir. Bononun üzerinde kaç kişinin imzası bulunursa bu kişilerin tamamı bononun içerdiği paranın ödenmesi hususunda birbirlerine kefil olmaktadır. Bononun ödenmemesinden dolayı hamilin, kendi hukukunu korumak için 24 saat içinde senetle ilgili protesto çekmesi gerekmektedir. Yasal süresi içinde dava açılması için protesto çekilmesi

şarttır. Osmanlı Devleti'nde poliçe ve bono arasında hukuki olarak birçok benzerlik vardır.[50]

Osmanlı Devleti'nde Kanunnâme-i Ticaret'in 146'ncı maddesinde bono ile ilgili zamanaşımı süreleri yazılmıştır. Tüccar ve sarraf taraflarından imzalanan sipariş tahvilleri (bono) ile ilgili davaların zamanaşımı, protesto tarihinden itibaren 5 yıl olarak belirlenmiştir; bu süreler poliçeler için de geçerlidir. 146'ncı maddede bu konuda şöyle yazılıdır:

146'ncı Madde: "Poliçe temessüklerine dâir ve tüccar ve bazergân ve sarrâfân taraflarından imzâ ve gerek ticâret maddeleri için i'tâ olunan sipariş tahvillerine mütedâir bilcümle davalar protestonun tarihinden itibaren beş sene ve eğer aleyhine hükm olunmamış veyahut deyn hususu başkaca bir sened ile mütehakkık ve mütebeyyin olmamış ise en sonra vâki olan mahkemece iddiadan itibaren kezâlik beş sene güzârânında gayr-ı mesmû'dur. Ancak medyun olmak üzere addolunan kimselerden suâl olunmak iddiâ olunur ise min ba'd deynleri olduğunu yemin ile tasdik etmeleri ve bunların verese ve alakadârları dahi hiçbir deyn kalmadığını hilesiz itikâd eylediklerini kezâlik kasem ile tasdik eylemeleri lâzımdır."[51]

Osmanlı Devleti'nde uygulamada bono ile poliçe büyük oranda benzerlik gösterse de bazı farkları iki maddede şöyle açıklayabiliriz:[52]

Poliçede keşide eden ile ödeyen ayrı kişiler olduğu halde, bono keşide eden ile ödeyen aynı kişidir. Poliçe keşide eden kimse poliçe bedelini başkasına ödettirmeyi taahhüt ederken, bonoyu çeken kimse ise bono bedelini bizzat ödemeyi taahhüt etmektedir.

Şekil 2: Osmanlı Devleti'nde Kullanılan Bir Bono Örneği (Arka Yüz-1870)

İşbu bononun havi olduğu akçeyi Bank-ı Osmanî emrine te'diye edesiz.
Fî 9 Mart sene 1286
(Mühür)

Kaynak: BOA, HSD.AFT, 19/17; 26 Mart 1286/7 Nisan 1870

Poliçe, poliçe bedeli bir yerden bir yere nakledilmek üzere çekildiği için keşide edildiği yer ile bedelin ödendiği yerin farklı bir il olması gerekir. Bonoda ise para nakli sebebiyle senet yazılmayıp

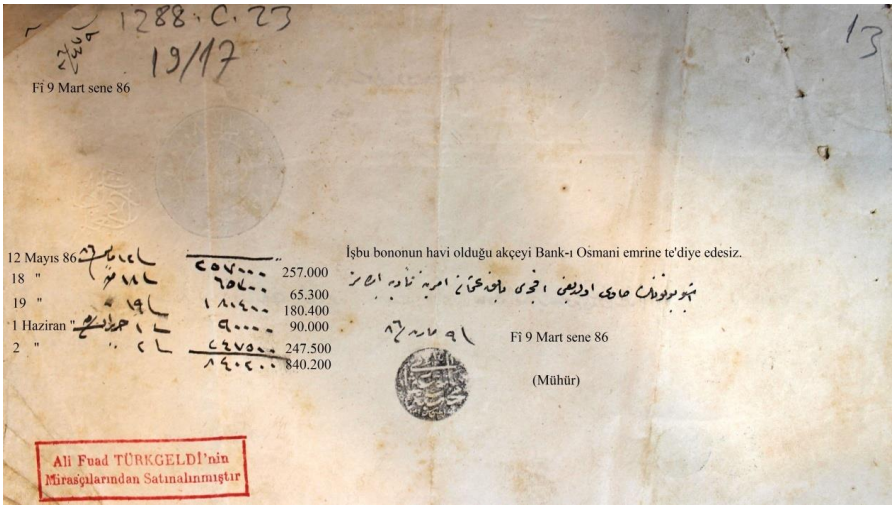
50 Vitinos, 1880, s. 119-120.

51 Kanunnâme-i Ticaret, s.146.

52 Vitinos, 1880, s. 121-122.

genellikle kişilerin nakit sıkıntılarının ortadan kaldırılması için keşide edilmektedir. Bono, genelde imza edildiği yerde ödenmektedir.

Belge 3: Osmanlı Devleti'nde Kullanılan Bir Bono Örneği (Arka Yüz-1870)



Kaynak: BOA, HSD. AFT, 19/17; 26 Mart 1286/7 Nisan 1870.

Osmanlı Devleti'nde bono eğer yukarıda verilen şartlara uygun yazılmamışsa adi senet hükmündedir. Bono ile adi borç senedi arasındaki farkları da şöyle açıklayabiliriz:[53]

Bono, keşide edenin izni ve haberi olmadan serbestçe ciro edilebilmektedir. Meydana gelen anlaşmazlıklar Ticaret Kanunu hükümlerine göre çözüme kavuşturulur. Adi senetler ise havale yoluyla Mecelle'nin Kitabu'l-havale hükümlerine dayanılarak bir kişiden başka bir kişiye nakledilebilmektedir. Adi senet nedeniyle ortaya çıkacak anlaşmazlıklar nizamiye mahkemelerinde çözüme kavuşturulmaktadır.

Bonolarda cirantalar kefil yerine geçtiğinden, senedin ödenmemesinden dolayı sorumludur. Adi senetler havale yoluyla başkasına nakledildiğinde Kitabu'l-kefâle'nin 649'uncu maddesine göre herhangi bir şart koşulmazsa havale edilen borcun ödenmemesinden sorumlu olunmamaktadır.

Bono vadesinde ödenmediği takdirde hamil, cirantalara karşı hukukunu korumak için protesto yöntemine başvurmak ve Ticaret Kanunu'nun 122, 123 ve 124'üncü maddelerinde belirtilen süre içinde

[53] Vitinos, 1880, s.122.

dava açmak zorundadır. Adi borç senedi hamilinin ise böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Osmanlı Devleti'nde Maliye Hazinesince kabul edilecek bonoların düzenlenmesi ve carî işlemleri hususunda 30 Mayıs 1864 tarihinde bir nizamname çıkarılmıştır. Bu nizamnameye göre bononun düzenlenmesi, ciro edilmesi, ödenmesi, ödenmemesi halinde protesto edilmesi ve Maliye Nezareti'nde ilgili kurumlara kaydedilmesine dair şu hükümler vardır:[54]

Müzayedesi yapılan vergi ve öşürlerin ihalesi sırasında mültezimlerin vereceği taahhüt senedi, bono için hazırlanmış matbu kâğıda yazılacak ve bu senette bonoların taksit ve bedellerini içeren açıklama olacaktır. Mültezim ve müteahhit tarafından imzalanıp mühürlenecektir. Bu taahhüt senediyle Maliye Hazinesi emrine keşide edilmek ve bedeli ödenmek üzere mültezim ile müteahhit tarafından her taksit için ayrı ayrı bono düzenlenecek ve hazineye verilecektir. Alınacak bonolar, nakit hükmünde hazineye teslim edilecek ve Maliye Nezareti Varidat Muhasebesi'nde korunacaktır. Adı geçen bonolar, ciro edilmek istendiğinde Maliye Muhasebesi tarafından bono üzerine açıklama yazılarak mühürlenecektir. İlave olarak bono, Varidat Muhasebesi'nin mührüyle onaylanacak ve maliye nazırının özel mührüyle de mühürlenecektir.

Bononun vadesi, dini bayram günleri ile Cuma, paskalya, yortu ve Pazar günü gibi özel günlerden birisine rastladığı zaman, ödeme bir sonraki gün talep edilecektir.

Vadesi sona eren bononun bedeli, imzası bulunan mültezim veya müteahhit tarafından ödendiğinde bono geciktirilmeksizin Varidat Muhasebesi'ne ibraz edilecektir. Maliye Hazinesi tarafından ciro edilen bononun, vadesi sona erdiği günden itibaren 3 gün içinde bedeli ödenmediği takdirde hamili tarafından, Maliye Muhasebesi'ne müracaat ettiği andan itibaren 15 gün sonunda Maliye Hazinesi tarafından nakit olarak ödenecektir. Ayrıca vadeden sonra geçen günler için yıllık %6 faiz verilecektir.

Bono bedeli, Maliye Hazinesi veya ciro edilmişse hamili tarafından talep edildiğinde bonoyu imzalayıp mühürleyen mültezim ve müteahhit, bu bedeli ödemekten kaçındıklarında Maliye Muhasebesi tarafından bir ilmühaber ile protesto çekilecektir. Bono aynı gün, Divan-ı Muhasebat'a verilerek kaydettirildikten sonra imza ve mühür sahipleri olan mültezim ve müteahhide gösterilecek veya gönderilecektir. Ciro edilmiş bir bononun ödenmemesinden dolayı hazinenin zararı ve yapacağı masraflar da mültezim ve müteahhitten alınacaktır.

[54] Bono Nizamnamesi, Ceride-i Havadis, sayı 1195, s. 1; 23 Z. 1280/30 Mayıs 1864.

C-ÇEK

Osmanlı Devleti'nde çek, nakit bir paranın kısmen veya tamamen geri alınmasına hizmet eden bir belgedir. Çeki düzenleyen kişi "keşideci", çekin bedelinin ödeneceği kişi "hâmil", çekin hitap edildiği kişi veya kurum (çoğunlukla bankalardır) "muhatap" olarak geçmektedir.[55] Çek, ödeme emrini kapsayan bir senettir. Çekin, bir kimseye veya onun emrine veyahut hamiline ait olmak üzere keşide edilmesi gerekmektedir.[56] Çekler, karşı tarafa ibraz edildiğinde ödenmektedir. Çek, eğer aynı şehirde keşide edilmişse tanzim tarihinden itibaren 10 gün, farklı bir şehirde ödenmek üzere keşide edilmişse tanzim tarihinden itibaren 20 gün içinde muhataba gösterilerek ödeme talep edilmelidir. Bu şartlar oluşmamışsa muhatap ödemeyi reddedebilir.[57] Çekler hamiline, nâma veya bir kimsenin emrine tanzim edilebilmektedir. Çekler, emre yazılmışsa ciro yoluyla elden ele dolaşmıştır. Çeklerin kaybolması ihtimaline karşı da İngiltere, Fransa, Almanya, Amerika gibi ülkelerde çizgili çekler kullanılmıştır. Bu sayede bulan kişiye ödeme yapılmaması amaçlanmıştır. Çekler, "adi" ve "çizgili" olmak üzere iki çeşit olarak keşide edilmiştir.[58] Adi çekler, "bir bankaya konulan paranın tamamen veya kısmen geri alınması" olarak açıklanabilir. Adi çek eğer kaybolursa, onu bulan veya çalan kişinin bankaya başvurarak bedelini tahsil edebilmesi mümkündür. Çizgili çekler, birbirine eşit ve paralel iki kırmızı çizgi eklenmesiyle adi çeklerden ayrılmaktadır. Çizgili çeklerde bulunan iki çizginin arasına çekin bedelinin ödeneceği bankerin adı yazılmıştır. Bu önlem ile çekin kaybolması veya çalınması halinde, bedelin bulan veya çalana ödenmesi önlenmiştir. Çizgili çekin icat edilmesi "takas ve mahsup" işlemlerinde genişlemeye neden olmuştur.

Osmanlı Devleti'nde banknot ve nakit kaimeler halk arasında yaygın kullanılmamıştır. Çünkü banka şubeleri sadece İstanbul'da veya büyük şehirde bazı yerlerde bulunuyordu. Halkın, bankalardan hizmet alımı veya banknot çekmesi ve yatırması çok tercih edilmemiştir. Bu durum toplumda çekin kullanımını da azaltmıştır.[59] Osmanlı Devleti'nde keşide edilen çeklerin yurt içinde keşide edilen çekler ve yurt dışına keşide edilen çekler olmak üzere iki kısma ayrıldığını söyleyebiliriz.[60] Osmanlı Devleti'nde çekler, yurt içinde bir başka şehirde ödenmek üzere yazılmışsa yerel bankalardan birinden alınacak 20 paralık maktu pul ve nispi bir komisyon karşılığında ödenmiştir.

---

55 Nihad, 1918, s. 227.

56 Nazaret Hilmi, Teşrih-i Kanun-ı Ticaret, Karabet ve Kaspar Matbaası, C. 2, İstanbul 1303, s. 304.

57 Nihad, 1918, s.227.

58 Nihad, 1918, s.415-416.

59 Ferid, 1918, s. 57.

60 Nihad, 1918, s.416-422.

III- CUMHURİYET DÖNEMİNDE KIYMETLİ EVRAK HUKUKU

Kıymetli Evrak Hukukunda Osmanlı Devleti, doğal olarak özellikle Abbasiler ve Büyük Selçuklular Dönemindeki uygulamalardan etkilenmiştir. İstanbul'un 17. yüzyıldan itibaren ticaret merkezi haline gelmesiyle birlikte Avrupa ile ticari münasebetlerde zaman zaman Batı hukukuna uygun düzenlemeler sözleşmelerle uygulamaya geçirilmeye çalışılmıştır. Örneğin 1838, 1843 ve 1860 yıllarında Batılı tüccarlarla kambiyo sözleşmeleri imzalanarak bir bakıma Batı'dan beslenen ticaret, hukuken Batı etkisiyle değişime uğramaya başlamıştır. Osmanlı Devleti'nde, 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu (Code de Commerce) birinci ve üçüncü kitapları tercüme edilerek Kanunname-i Ticaret hazırlanmıştır. Bu tercüme kanun, ilk Türk Ticaret Kanunu olarak 1850 yılında yürürlüğe girmiş ve Cumhuriyet'in ilanından sonra da 1926 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra komisyonlar oluşturularak batı ülkelerinin ticaret kanunları incelenmeye başlanmıştır. Komisyon; Fransa, İtalya, Almanya, Belçika, Macaristan, Şili, Arjantin, Portekiz, Cezayir gibi ülkelerin ticaret kanunlarını inceleyerek karma bir Türk Ticaret Kanunu hazırlamıştır. Ticaret Kanunu, 30 Ocak 1926 tarihinde Büyük Millet Meclisine sunulmuş ve 26 Mayıs 1926 tarihinde maddeler üzerinde müzakere yapılmaksızın kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Kanunu, TBMM'ye "Ticareti Berriye Kanunu" adıyla sunulmuştur. 26 Mayıs 1926 tarih ve 865 sayılı Ticaret Kanunu, Cumhuriyet döneminin ilk Ticaret Kanunu olarak 4 Ekim 1926 tarihinde Medeni Kanun ile birlikte yürürlüğe girmiştir.

13 Mayıs 1929 tarihli ve 1440 sayılı kanunla "İkinci Kitap" olarak 13 bölümden oluşan deniz ticaretine ilişkin hükümler 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenmiştir. Alman Ticaret Kanunu'nun 4. Kitabının tercüme edilmesiyle hazırlanan Deniz Ticaret Kanunu genel olarak Türk Ticaret Kanunu'nu tamamlayıcı bir unsur olmuştur. Atatürk Döneminde yapılan Türk Ticaret Kanunu ile İsviçre'den esinlenerek yapılan Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun birçok alanda çeliştiği ortaya çıkınca II. Dünya Savaşı'nın bitiminden sonra ticaret hukuku alanında bir kanun çalışması yapmak üzere Prof. Dr. Ernst Hirsch görevlendirilmiştir. Prof. Dr. Ernst Hirsch'in hazırladığı 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 29 Haziran 1956 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilerek kanunlaşmış ve 1 Ocak 1957 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihine kadar uygulanmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile de Türkiye'de kıymetli evrak yeniden düzenlenmiştir.[61]

21. yüzyılda kıymetli evrak artık dijitalleşme yolunda gelişmektedir.[62] Buna bağlı olarak da "evraksız kıymetli evrak" terimi

[61] Türk Ticaret Kanunu – Kıymetli Evrak (TTK m. 645-849), RG, 14.02.2011, S:27846.

[62] Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/ Füsun Nomer Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2021, s. 167-170.

kullanılmaya başlamıştır. Elektronik kıymetli evrak, hamiline yazılı elektronik tahviller genel anlamda küresel ticarette daha geçerli hale gelmiştir. Hatta son dönemde kripto paralarında da kıymetli evrak hukuku içerisinde değerlendirilmesi için birçok ülke çalışmalar yürütmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda kıymetli evraka ilişkin genel hükümler, Kanunun 645-849 maddeleri arasında düzenlenmiştir.[63] Bu maddede "kıymetli evrak öyle senetlerdir ki bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez" denilerek; senet, devredilebilir hak, hakkın senede bağlanması (hak senet birlikteliği), evraksız (varakasız) kıymetli evrak, tedavül (dolanım) yeteneği gibi hükümleri kapsamaktadır. Kıymetli evrak bir senettir. Kıymetli evrak iktisadi değer taşıyan bir hakkı içermektedir. Kıymetli evrakın içerdiği hak ile senet birbirine sıkı sıkıya bağlanmıştır.[64]

Türk Ticaret Kanunu'nda açıklanan "***kıymetli evrak bir senettir.***" açıklaması ile kıymetli evrakta öncelikle devredilebilir nitelikte bir hak söz konusu olduğu yani alacak hakkına vurgu yaptığı görülmektedir. Kıymetli evrakın oluşması için tek başına bir hakkın varlığı yeterli değildir: Bir evrakın (senet vb.) da söz konusu olması gerekmektedir. "*Hak, senede sıkı sıkıya bağlanmıştır.*" açıklaması ile de kendisine bağlanmış hakkı temsil eden her senetin kıymetli evrak niteliği taşıyamayacağı vurgulanmaktadır. Kıymetli evraktan söz edilebilmesi için hak ile senedin iç içe geçmiş olması ve hakkın senede sıkı sıkıya bağlanmış olması gerekmektedir. Bir hakkı temsil eden senedin kıymetli evrak sayılabilmesi için de temsil ettiği hak ile senedin sıkı sıkıya bağlanmış olması şarttır.

Türk Ticaret Kanunu'nda kıymetli evrak içeriği genel anlamda İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmıştır. Bu düzenlemeler de Türkiye'nin daha önce onayladığı Cenevre Yeknesak Kuralları ile uyumludur. Türkiye'de kıymetli evrakın genel hükümlerini şu şekilde özetleyebiliriz:

Kambiyo Senetleri,

Bono

Poliçe

Çek

Menkul Kıymetler (Hisse Senedi, Tahvil vb.),

Emtia Senetleri,

Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Kıymetli Evrak (İpotekli borç senedi, İrat Senedi, Rehinli Tahvil vb.).

---

63 Türk Ticaret Kanunu – Kıymetli Evrak (TTK m. 645-849), RG, 14.02.2011, S:27846.

64 Sevilay Uzunallı/Ali Haydar Yıldırım, Uygulamalı Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 216.

Türkiye'de ticaret hukuku bağlamında kıymetli evrakı incelediğimizde, kanun koyucu altı kısımda konuyu ele almış ve düzenleme yapmıştır. Bunlar:

Nama Yazılı Kıymetli Evrak.

Emre Yazılı Kıymetli Evrak.

Hamile Yazılı Kıymetli Evrak.

Kambiyo Senetleri.

Kambiyo Senetlerine Benzeyen Senetler ve Diğer Emre Yazılı Senetler.

Makbuz Senedi ve Varant.

Türkiye'deki düzenlemelerde Türk Medeni Kanunu (TMK), Türk Borçlar Kanunu (TBK), İcra ve İflâs Kanunu (İİK), Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK), 5941 sayılı Çek Kanunu (ÇekK) ve Türk Ceza Kanunu (TCK) gibi düzenlemeler içerisinde de kıymetli evraka dair hükümler bulunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun dışında başka kanunlarda kıymetli evraka ilişkin hükümler şöyledir:

Sermaye Piyasası Kanunu ve Sermaye Piyasası Kurulu tebliğlerinde düzenlenen menkul kıymetler.

Türk Medeni Kanunu'ndaki ipotekli borç senetleri ve irat senetleri ile rehinli tahviller.

Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu'ndaki ürün senedi.

İcra ve İflas Kanunu m. 167-176 ile m. 176/a ve 176/b.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4/5.

Harçlar Kanunu m. 13/1(a) bendi.

Türk Ceza Kanunu m. 210.

Türk Ticaret Kanunu ve diğer kanunlarda yer alan düzenlemelerin genel içeriğini "kıymetli evrakla ödeme yapma, kredi temin etme, pay sahipliği haklarını kullanma gibi işlevleri yerine getirmek üzere kanun ve ilgili mevzuat ile düzenlenen belgeler bütünü" olarak tanımlayabiliriz. Küresel ekonominin gelişmesiyle kıymetli evrakta da çeşit ve değişim hızlanmıştır. Örneğin Sermaye Piyasası Kanunu'na dayanılarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayımlanan tebliğlerde pek çok kıymetli evrak tipi yeniden düzenlenmiştir. Bunlardan bazıları şöyle sıralanabilir:

Oydan yoksun hisse senedi.

Hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil.

Katılma intifa senedi.

Banka bonosu.

Varlığa dayalı menkul kıymet.

Gayrimenkul sertifikası.

Depo sertifikası.

Türkiye'de Ticaret Kanunu çerçevesinde düzenlenen kıymetli evrak, doğal olarak Osmanlı Devleti ve İslam Dünyasından bazı

hükümlerden de etkilenmiştir. Günümüzde küresel ekonomik düzen doğrudan kapitalizm ve Batı medeniyeti üzerine kurulduğu için uygulamalar da çoğunlukla Batı'dan alınmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nda gelecekte özellikle kripto paralar ve elektronik kıymetli evrak konusunda yeni düzenlemeler yapılması beklenmektedir.

SONUÇ

Kıymetli evrak, para gibi toplumların hayatını kolaylaştırmış ve ticaretin gelişmesine önemli katkılarda bulunmuştur. Tarihsel açıdan ticarî senetlerin en önde gelenlerinden birisi poliçe olmuştur. İslam Dünyasında kıymetli evrak olarak para dolaşımını kolaylaştıran süftece (poliçe), çek (sakk) ve havale senetleri kullanılmıştır. Süftece ve havale-kredi mektubu, şehirler arasında parayı taşımanın sakıncalarını gidermiş, çek ise ticarette kullanılan bir ödeme aracı olmuştur.

İslam Dünyasının Batı ile ticaret anlamında etkileşimi, zamanla Doğu-Batı arasındaki kıymetli evrak değişimini ve geçerliliğini artırmıştır. Avrupa'da bankaların yaygınlaşmasıyla özellikle çekin kullanımı ve çeşitleri artmıştır. Ancak zikredilen senetlerin kullanımı, poliçe kadar yaygınlaşamamıştır. Poliçenin yaygınlaşmasını sağlayan sebeplerden birisi Fransa'da 17. yüzyılda ciro yönteminin keşfedilmesidir. Ciro ile poliçe, elden ele dolaşmaya bir nevi para yerine kullanılmaya başlanmıştır. Genel olarak poliçeyle ilgili olup Fransa'da çıkarılan 1673 ve 1681 Kral Emirnameleri, bu konuda en önemli hukuki düzenlemelerden olmuştur. Dünyadaki ilk ticaret kanunu olma vasfını taşıyan 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun büyük oranda adı geçen iki kararnameyi temel alarak hazırlanması, bu kararnamelerin önemini göstermektedir. Fransız Ticaret Kanunu ise dünyadaki birçok ticaret kanununa örnek olmuştur. Osmanlı Kanunname-i Ticareti de 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun birinci ve üçüncü bölümleri tercüme edilerek oluşturulmuştur.

Bono ve çek, Osmanlı Devleti'nde kullanım sahasına çok geç girmiş, ancak 19. yüzyılın ortalarından sonra kullanımı artmıştır. Bununla birlikte Cumhuriyet'e kadar poliçe gibi yaygınlık kazanamamışlardır. Bonoyla ilgili Kanunnâme-i Ticaret'te sadece iki maddenin bulunması ve çekle ilgili kanunun 1914 yılında çıkarılması bu durumu teyit etmektedir. Poliçenin Osmanlı Devleti'nde 17. yüzyılda kullanıldığı, Osmanlı Arşivi'nde bulunan kayıtlardan anlaşılmaktadır. 1850 yılında yürürlüğe giren Kanunname-i Ticaret ile poliçe işlemleri düzenlenmiş ve hukuki durumu ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. İstanbul, poliçe kullanımının artışıyla finans merkezi haline gelmiştir. Bu bağlamda özellikle Galata ve İstanbul Suriçi'nde bulunan bazı hanlar ile iskele ve kapanlar (borsalar) poliçe işlemlerinin oldukça yoğun olarak yapıldığı yerler olmuştur.

Osmanlı Devleti, kıymetli evrak konusunda önce İslam Dünyasından sonra da Avrupa ülkelerinden etkilenmiştir. Cumhuriyet Döneminde ise 1926'da birçok devletin ticaret hukukunun

incelenmesiyle yapılan ticaret hukuku ve kıymetli evrak düzenlemeleri, 1957 ve 2012 yürürlüğe girme tarihleriyle son şeklini almıştır. Ancak küresel ekonominin kendine özgü işleyişi yeni ekonomik ve hukuki gelişmeleri de beraberinde getirmektedir. 21. yüzyılda küresel ekonomide dijitalleşmeye bağlı olarak kripto paralar finans piyasasında ve ticarette yer yer kullanılmaya başlamıştır. Fakat dünyada kripto paralara dair henüz bir genel kanaat oluşmadığından ticaret hukukunda bunların nasıl değerlendirileceğine dair tartışmalar devam etmektedir. Başta ABD Hazine Bakanlığı olmak üzere Türkiye'de de çalışmalar yapılmaktadır. Ticaret hukuku gelenekler, küresel piyasalardan bağımsız olmadığından bir kültür oluşmasının yanında dünyada da küresel bir ortak hukuk normu haline gelmektedir.

KAYNAKÇA

Arşiv Belgeleri

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı (BOA), Bâb-ı Âsafi Divan-ı Hümâyûn Mektubi Kalemi (A.MKT), 69/62; 17 Ra. 1263/5 Mart 1847.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı (BOA), Bâb-ı Âsafi Divan-ı Hümâyûn Sicilleri Mühimme Kalemi Defterleri (A.DVNS.MHM.d), 96/65, 20 Ramazan 1067/2 Temmuz 1657.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı (BOA), Cevdet Tasnifi Adliye Kalemi (C.ADL), 34/2052; 9 Ş. 1214 / 6 Ocak 1800.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı (BOA), Cevdet Tasnifi Hariciye Kalemi (C. HR), 179/8925 / 16 C. Sene 207/27 Ocak 1793.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı (BOA), Cevdet Tasnifi İktisat Kalemi, (C. İKTS), 2/98; 18 S. 1212 / 17 Ağustos 1797.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı (BOA), AE. SMST. III, 27524.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı (BOA), HSD.AFT, 19/17; 26 Mart 1286/7 Nisan 1870.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı (BOA), C. İKTS, 6/268; 9 N. 1258/14 Ekim 1842.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı (BOA), D. BŞM.d, 2453.

Diğer Kaynaklar

Apaydın H Y, "Karz", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 24, İstanbul, 2001, ss. 520-525.

Aydın M A, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

Bayındır A, Ticaret ve Faiz, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2007.

Bayındır S, "Finansal Türev Varlıklar ve Bu Varlıklar Üzerine Yapılan Sözleşmelerin Fıkhî Tahlili", S. 12, 2005, İ.Ü.İ.F.D, ss. 51-73.

Bayındır S, "Sermaye ve Tarihsel Süreçte Mali Aracı Kurumların Sermayeye Yaklaşım Tarzı", S. 4, 2001, İstanbul Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi, ss. 175-190.

Beydilli K, "Yaş Antlaşması", TDV İslam Ansiklopedisi, C.43, İstanbul, 2013, ss. 343-347.

Bono Nizamnamesi, Ceride-i Havadis, S. 1195, s. 1; 23 Z. 1280/30 Mayıs 1864.

Cin H/Akgündüz A, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011.

Celaleddin M, Hukuk-ı Ticaret Dersleri, Matbaa-i Hukukiye, İstanbul, 1328.

Çakıcı M, "19. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Kıymetli Evrakların Hukuki ve İktisadi İşlevleri", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2019.

Çelik A/Yıldırım T, "Abbasiler Dönemi Bağdat Çarşıları", C. 23, S. 1, 2013, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 241-253.

Demir F, "Sigorta (Âkile Müessesesi ve Süftece Muamelesi Işığında Bir Tedkik)", C. XLIII, S. 2, 2002, AÜİFD, ss. 169-200.

Demirci A, "Osmanlı Devleti'nde Taşra Ticaret Mahkemeleri", S. 75, 2019, Akademik Bakış Dergisi, ss. 95-129.

Durmuş A, "Fıkhî Açıdan Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2008.

Eldem E, "18'inci Yüzyılda İstanbul'da Poliçe Tedavülü ve Kambiyo Kurları Hakkında", X. Türk Tarih Kongresi (22-26 Eylül 1986), Kongreye Sunulan Bildiriler, 4. Cilt, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1993, ss.1671-1684.

Ferid H, Nakit ve İtibar-ı Mali- Evrâk-ı Nakdiye, Maliye Mektebi Kütüphanesi Külliyatı, C. 2, İstanbul, 1334/1918.

Gedikli F, Osmanlı Şirket Kültürü, İz Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Güran T, İktisat Tarihi, Acar Basım ve Cilt Sanayi ve Ticaret A.Ş., İstanbul, 1999.

Hilmi N, Teşrih-i Kanun-ı Ticaret, C. 2, Karabet ve Kaspar Matbaası, İstanbul, 1303.

İmregün O, Kıymetli Evrak Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

İnalcık H, "Havâle", TDV İslâm Ansiklopedisi, C.16, İstanbul, 1997, ss. 512-513.

Kallek C, "Sak", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 35, İstanbul, 2008, ss. 584-586.

Kallek C, "Süftece", TDV İslam Ansiklopedisi, C. 38, İstanbul, 2010, ss. 19-21.

Kanunnâme-i Ticaret ve Zeyilleri, Çev. Fikri Gürzumar/ Tekin Gürzumar, Yeni Harflere Çeviren: Ali Himmet Berki, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1962.

Kanunnâme-i Ticaret, Atatürk Üniversitesi Seyfettin Özege Salonu, Demirbaş No: 130445, İstanbul 10 Rebiülâhir 1265, m. 145.

Karaman F/Ural İ, Dini Kavramlar Sözlüğü, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006.

Kenanoğlu M M, Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku, Lotus Yayınları, Ankara, 2005.

Kumaş M S, "Bir Finansman Yöntemi Olarak İş Ortaklığı Uygulaması: Mudârebe-Commenda Karşılaştırması", C. 15, S.1, 2006, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 369-383.

Nihad S, Usul-i Muhasebe-i Maliye yahut Banka, Borsa ve Sigorta Muhasebesi, İstanbul, Matbaa-i Âmire, 1334/1918.

Oruç F E, İslam Hukukunda Deyn, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2011.

Pamuk Ş, Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2002.

Reault L/Saint K L, Rehber-i Hukuk-ı Ticaret, Çev. Lütfü İbn-i el-Hakkı, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1327.

Reşid A, Hukuk-ı Ticaret, 4. Kitap, Dersaadet Ticaret Odası Gazetesi Matbaası, İstanbul, 1311.

Tabakoğlu A, Türkiye İktisat Tarihi, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2008.

Tanör B, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789–1980), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016.

Turan M F, "İslam Hukuku Açısından Usulsüz Vedia Akdi", S.15, 2010, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, ss. 401-430.

Türk Ticaret Kanunu - Kıymetli Evrak (TTK m. 645-849), Resmî Gazete, Sayı: 27846, 14 Şubat 2011.

Uzunallı S/Yıldırım A H, Uygulamalı Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Üçok C/Mumcu A, Türk Hukuk Tarihi, 2. baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1991.

Ülgen H/ Helvacı M/ Kaya A/ Nomer Ertan F, Kıymetli Evrak Hukuku, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2021.

Vitinos Y, Şerh-i Kanun-ı Ticaret, Mehran Matbaası, İstanbul, 1296/1880.

Warner D/George S/ Lieberman J K/ Mayer D, The Legal Environment and Advanced Business Law, Flat World Knowledge, Boston, 1 November 2011.

BİLİRKİŞİLİK ŞİRKETLERİNİN TİCARET HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of Expert Witness Companies in Terms of Commercial Law

Dr. Öğretim Üyesi Altan Fahri GÜLERCİ*

Öz: 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu özel hukuk tüzel kişilerinin de bilirkişilik faaliyetinde bulunmasına olanak tanımıştır. Özel hukuk tüzel kişilerinin kimler olduğunu belirlemek konusunda ise Bilirkişilik Daire Başkanlığı yetkili kılınmıştır. Bu makale bir özel hukuk tüzel kişisi olan ticaret şirketlerinin, bilirkişilik faaliyetinde bulunmalarını konu edinmiştir. Makalede bilirkişilik faaliyetinde bulunacak ticaret şirketleri, ticaret hukuku açısından incelenmiştir. Bu amaçla bilirkişilik şirketlerinin türünün ne olması gerektiği konusuna yoğunlaşılmıştır. Pozitif hukuktan ve karşılaştırmalı hukuktan yola çıkarak, kurulacak bilirkişilik şirketlerinin hangi şirket türüne göre örgütlenmesi gerektiği tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketlerinin anonim şirket şeklinde örgütlenmesi halinde, bunun nasıl olması gerektiği konusunda birtakım tespitlerde bulunulmuştur. Alman hukukunda düzenlenen meslektaş şirketi tipinin *(Partnerschaftsgesellschaft)* Türk hukukunda bilirkişilik şirketleri için uygulama kabiliyetinin olup olmadığı ele alınmıştır. Ayrıca ticaret şirketlerinin bilirkişilik faaliyetinde bulunmaları ticaret hukukunun değişik konuları bağlamında da incelenmiştir. Merkez-şube ilişkileri, sorumluluk durumları, haksız rekabet ve rekabet hukuku boyutu bunlar arasındadır. Bu makalede bilirkişilik şirketleri ile ilgili getirilecek düzenlemeler konusunda katkı sağlanması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bilirkişilik şirketi, ticaret şirketleri, meslektaş ortaklıkları, kollektif şirket, komandit şirket

Summary: Act no. 6754 on Expert Witnesses allows private legal entities to act as experts. The Expert Witnesses Department is authorized to determine who the private law legal entities are. This article deals with the fact that commercial companies, which are legal entities of private law, act as experts. In the article, commercial companies that will act as expert witnesses are examined in terms of commercial law. For this purpose, it has been focused on what type of expert witnesses companies should be. Based on positive law and comparative law, it has been tried to determine according to which company type the expert witnesses companies to be established should be organized. In this context, some determinations have been made about how the commercial companies that will perform the expert witness activity are organized as a joint stock company. It has been discussed whether the colleague partnership type (Partnerschaftsgesellschaft) regulated in German law has the ability to apply for expert witness companies in Turkish law. In addition, the expert witnesses companies has been examined in the context of different subjects of commercial law. These include head office-branch relations, liability situations, unfair competition and competition law. In this article, it is aimed to contribute to the regulations to be brought about the expert witnesses companies.

Keywords: Expert witnesses company, commercial companies, colleague partnerships, unlimited liability company, limited partnership

* Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, afgulerci@aku.edu.tr, altanfahrigulerci@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8731-4181

Makale Geliş Tarihi: 14.10.2022, Makale Kabul Tarihi: 27.10.2022

GİRİŞ

6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu özel hukuk tüzel kişilerinin de bilirkişilik faaliyeti icra edebilmelerine imkân tanımıştır[1]. Bununla birlikte kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar, özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik faaliyetinde bulunmadığı görülmektedir. Ancak son zamanlarda konuyla ilgili birtakım gelişmeler yaşanmaktadır. Gerçekten de 29.04.2021 tarihli 2021/9 sayılı Cumhurbaşkanı Genelgesi İnsan Hakları Eylem Planı (2021-2023)[2] kapsamında Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan İnsan Hakları Eylem Planı Uygulama Takvimi adlı belgede, faaliyet 3.6.k. maddesinde yer alan "öncelikle taşınmaz ve motorlu taşıt değerleme ile muhasebe alanlarında olmak üzere özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik yapabilmelerine ilişkin uygulama geliştirilecektir" şeklindeki ifadeler, tüzel kişilerin bilirkişilik yapabilmelerine ilişkin düzenlemelerin uygulamaya sokulmasının kısa vadeli amaçlar arasında yer aldığını göstermektedir[3]. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı pilot uygulamalara başlanıldığını, ilk etapta gayrimenkul değerleme alanında gerçekleştirilen uygulamalardan oldukça olumlu sonuçlar alındığını ve özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik faaliyeti ile ilgili hukuki düzenlemelerin de gerçekleştirilip sistemin yaygınlaştırılacağını kamuoyuna duyurmuştur[4]. Adalet Bakanlığı'nın kamuoyu açıklamasında pilot uygulama neticesinde keşif ve rapor hazırlama işlemlerinin tek bir yetkili eliyle gerçekleştirilmesinin sürece hız kattığı, özel hukuk tüzel kişileri çalışanlarınca hazırlanan raporlarda gecikme, ek rapor talebi ve hata yüzdesinin çok az olduğu da ayrıca belirtilmiştir. Bu açıklamalardan Adalet Bakanlığı'nın yakın gelecekte bilirkişilik faaliyetinin yoğun olarak özel hukuk tüzel kişileri marifetiyle yürütülmesini amaçladığı sonucuna ulaşılabilir.

Bu çalışmada bir özel hukuk tüzel kişisi olarak, ticaret şirketlerinin bilirkişilik faaliyeti icrası, ticaret hukuku açısından değerlendirilip, ileride karşı karşıya kalınabilecek sorunlardan bahsedilecektir. Ayrıca önerilerde bulunulmak suretiyle hukuki altyapısının hazırlanması ya da geliştirilmesi konusuna teorik düzeyde katkı sağlanması da hedeflenmektedir.

---

1 Benzer bir düzenlemeye bilirkişilerin gerçek veya tüzel kişiler arasından seçileceğine ilişkin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) md. 64/1 hükmünün ilk halinde de yer verilmiştir. Ancak CMK md. 64/1'de yer alan "gerçek veya tüzel kişiler" ifadesi daha sonra 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu md. 43 hükmü ile "kişiler" şeklinde değiştirilmiştir.

2 30.04.2021 Tarih ve 31470 sayılı Resmî Gazete

3 https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/30420210719 17İnsan%20Hakları%20 Eylem%20Planı%20ve%20Uygulama%20Takvimi.pdf (S.e.t. 08.10.2022)

4 https://basin.adalet.gov.tr/tuzel-bilirkisilik-istanbul-ve-antalya-da-uygulanacak (S.e.t. 08.10.2022).

I. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİLİRKİŞİLİK FAALİYETİ İCRASI KONUSUNDA MEVZUATTAKİ DÜZENLEMELER VE BU DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. BİLİRKİŞİLİK KANUNUNDAKİ VE BİLİRKİŞİLİK YÖNETMELİĞİNDEKİ DÜZENLEMELER

6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu (BK) bilirkişinin kim olduğunu tanımladığı md. 2/1-b bendinde "Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi" ifadeleriyle özel hukuk tüzel kişilerinin de bilirkişilik faaliyeti icra edebileceğinin altını çizmekle işe başlamıştır.

Bilirkişilik Kanunu md. 6/2'nin ı ve i bentleri; bilirkişilik faaliyeti icra edecek özel hukuk tüzel kişilerinin ve bu kişilerin bünyesinde çalışacak bilirkişilerin haiz olması gereken nitelikleri, özel hukuk tüzel kişisi bilirkişilerin uzmanlık alanları ile yetki çevrelerini belirleme konusunda Bilirkişilik Daire Başkanlığı'nı görevlendirmiştir[5]. Keza özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik faaliyetlerine ilişkin izin ve izin iptalleri ile faaliyetlerinin ve raporlarının denetimi konusunda da bölge kurulları yetkili kılınmış bulunmaktadır (Bilirkişilik Kanunu md. 8/1-e). Ayrıca bölge kurulları yaptıkları inceleme ile ilgili olarak özel hukuk tüzel kişisi bilirkişilerden bilgi ve belge talebi hususunda da yetkilidir (Bilirkişilik Kanunu md. 14/5). Kanunun bilirkişiliğe kabul şartları ile ilgili md. 10/2 hükmünde ise bilirkişinin, özel hukuk tüzel kişisinin bünyesinde iş ya da hizmet akdi kapsamında çalışsa dahi, Bilirkişilik Kanunu md. 10/1 hükmünde belirtilen gerçek kişi bilirkişiler bakımından gerekli olan şartları taşıması gerektiği belirtilmiştir.

Bilirkişilik Yönetmeliği'ne gelince Yönetmeliğin 27. maddesinin 1-ç bendi bölge kurulu kararlarında yer verilmesi gereken hususlar arasında özel hukuk tüzel kişisi bilirkişinin ticaret unvanı veya MERSİS numarasını da zikretmektedir. Yine Yönetmelik md. 38/2 ise, özel hukuk tüzel kişisi bilirkişilerin md. 38/1'de belirtilen bilirkişiliğe kabul şartlarını taşıyan ve sicile de kayıtlı bulunan gerçek kişileri istihdam etmesini zorunlu kılmıştır. Yönetmelik md. 40 hükmüne göre bilirkişilik başvurusu yapacak özel hukuk tüzel kişisinin başvuru dilekçesine eğer şirket ise ticaret sicil tasdiknamesi, diğer bir özel hukuk tüzel kişisi ise halihazırda faaliyetlerini sürdürdüğüne dair belge ile bilirkişilik faaliyetini tüzel kişilik bünyesinde yürütecek gerçek kişi bilirkişilerin listesini de eklemesi gerekmektedir. Bilirkişilik sicilinde bilirkişilik

[5] Bilirkişilik Yönetmeliği md. 19/1-ğ bendi "Bilirkişi olarak hizmet verecek özel hukuk tüzel kişilerinin ve bu tüzel kişilik bünyesinde bilirkişi olarak çalışacak kişilerin taşıması gereken nitelikleri belirlemek" ve h bendi de "Bilirkişi olarak hizmet verecek özel hukuk tüzel kişilerinin temel ve alt uzmanlık alanları ile yetki çevrelerini; ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri, bu alandaki çalışmaları dikkate alarak belirlemek" konusunda daire başkanlığının görevli olduğunun tekraren altını çizmiştir.

faaliyetini icra eden tüzel kişi ve bu tüzel kişi nezdinde çalışan gerçek kişilere ilişkin bilgiler ve bunların uzmanlık alanlarına birlikte yer verilmesi gerekmektedir (Bilirkişilik Yönetmeliği md. 45/2-d). Keza faaliyetini, tüzel kişilik nezdinde yürütecek gerçek kişi bilirkişilerin, ayrıca listeye kaydedilmeleri de mümkün değildir (Bilirkişilik Yönetmeliği md. 46/3)[6].

B. BİR ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİSİ OLARAK TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİLİRKİŞİLİK FAALİYETLERİNİN BİLİRKİŞİLİK KANUNU BAKIMINDAN DOĞURABİLECEĞİ SONUÇLAR

Görüldüğü üzere Bilirkişilik Kanunu özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik faaliyeti icra edebileceği hususunu öngörmektedir. Dolayısıyla özel hukuk hükümlerine tabi tüm tüzel kişilerin bilirkişilik faaliyeti icra edebilmelerinin önü açılmış bulunmaktadır.

Özel hukuk tüzel kişilerine bilirkişilik faaliyetinde bulunma hakkı tanıyan mezkûr düzenleme, kanunlaşma aşamasında TBMM görüşmelerinde önemli eleştirilere maruz kalmıştır[7]. Ayrıca *"özel hukuk tüzel kişisi"* ibaresi oldukça geniş kapsamlı olup, bu geniş kapsamdan yola çıktığımızda özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilen derneklerin,

[6] Özel hukuk tüzel kişisi bilirkişinin hazırladığı raporun şekli şartlarına da değinmek gerekir. Özel hukuk tüzel kişisi bünyesinde rapor hazırlasa dahi, raporu hazırlayan gerçek kişi bilirkişi, raporunda kendi adı ve soyadı ile imzasına yer vermek durumundadır (BK md. 10/2). Raporda ayrıca özel hukuk tüzel kişisi bilirkişinin ticaret unvanı ile kanuni temsilcinin ad- ve soyadının da bulunması gerekmektedir (Bilirkişilik Yönetmeliği md. 55/1-i). Keza Yönetmeliğin 63. maddesinde ifadesini bulan bilirkişilik listesinden çıkarılma usulü hususundaki hükümler, tüzel kişi bilirkişiler ve bunların nezdinde çalışan gerçek kişi bilirkişiler hakkında da uygulanacaktır (Yön. md. 63/4).

[7] Özel hukuk tüzel kişilerinin özellikle de şirketlerin bilirkişilik faaliyeti icra edebilmelerine ilişkin söz konusu düzenleme Bilirkişilik Kanunu henüz tasarı aşamasında iken, TBMM komisyon ve genel kurul görüşmelerinde çeşitli eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır. Bu eleştirileri özetlemek gerekirse; özel hukuk tüzel kişisinin bilirkişilik kurumunu iyileştirmekten ziyade sakat hale getireceği, bilirkişinin bağımsızlığı ve bilirkişilik görevinin kamu görevi niteliği ile bağdaşmayacağı, şirketleşme ve tekelleşme riskini barındırdığı savunulmuştur. Yine getirilen eleştirilerin bir diğeri de işi bizzat yapma, sır saklama, yasaklılık ve ret halleri gibi özellikleri ile bilirkişilik kurumunun; bir yönüyle dürüstlük ve güven temeline dayanan, diğer yönüyle de kamu görevi niteliğine haiz olan bir faaliyet olduğu, bu nedenle de münhasıran gerçek kişiler eliyle yürütülmesi gerektiği şeklindedir. Adalet Komisyonu ise hazırladığı raporda, günümüzde uyuşmazlıkların karmaşıklığı karşısında tüzel kişilere de bilirkişilik faaliyetinde bulunma imkanının tanınmasının kaçınılmaz olduğu, tüzel kişi bilirkişilerin denetimsiz değil, bilakis bölge kurullarının daimi denetimi altında bulunacağı ve tüzel kişi olması nedeniyle de denetimin daha etkili gerçekleşeceği ve bu konudaki endişelerin yersiz olduğu ifadelerine yer verilmiştir; Bilirkişilik Kanunu Tasarısı, hükümet gerekçesi, muhalefet şerhleri ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz.

https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss388.pdf (S.e.t. 05.06.2022).

vakıfların, sendikaların, siyasi partilerin ve ticaret şirketlerinin özel hukuk tüzel kişisi vasfını haiz bulunduğu söylenebilir[8]. Bununla birlikte her ne kadar Bilirkişilik Kanunu *"özel hukuk tüzel kişileri"* ifadesine yer vermişse de doktrinde mesele ağırlıklı olarak ticaret şirketleri bağlamında ele alınmaktadır. Biz de burada meseleyi sadece ticaret şirketleri bağlamında ele alacağız.

Ticaret şirketlerinin bilirkişilik faaliyeti icra etmesi Bilirkişilik Kanunu bakımından bazı soruların çözümünü gerekli kılmaktadır. Bu soruların başında bilirkişiliğe hâkim olan ilkelerin bilirkişilik faaliyeti icra eden ticaret şirketlerinde ne şekilde tecessüm edeceği hususu gelmektedir. Konu doktrinde medenî usûl ve icra iflas hukukçuları tarafından çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır[9]. Buna karşılık *Toraman* bazı uyuşmazlıklarda teknik meselenin çözümünün tek bir bilirkişinin imkanları ile gerçekleşemeyebileceği, çok uluslu bir şirket üzerinde yapılacak mali inceleme gibi karmaşık uyuşmazlıklarda tek bir bilirkişinin yeterli olamayabileceği ve bağımsız denetim kuruluşlarının zaten 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu kapsamında bir özel hukuk tüzel kişisi olarak faaliyet gösterdiği şeklindeki düşünceleri ile farklı bir yaklaşım ortaya koymuştur[10]. Ancak yazar teknik uzmanlık gerektiren konularda özel hukuk tüzel kişilerinin bilgisine başvurulması ile bilirkişilerin şirketleşmesinin karıştırılmaması gerektiğini de özellikle belirtmiştir[11]. Toraman kanunun bilirkişilik faaliyetinin ticaret şirketlerinin işletme konusu haline getirilmesini amaçlamadığı, böyle bir

---

8 Mustafa Dural/ Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 9. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 217-220.

9 Gerçekten de Tanrıver bilirkişiliğin münhasıran gerçek kişiler tarafından icra edilebilecek bir faaliyet olmasının bilirkişiliğin doğasından kaynaklandığı; zira bilirkişilik faaliyetinin kamu hizmeti bilirkişinin de kamu görevlisi niteliğinde bulunması zaruretinin, özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişi olarak atanmalarına fiili bir engel teşkil ettiği kanısındadır. Yazar dürüstlük, güvenilirlik, uzmanlık, yemin etme, sır saklama, görevin sadakat ve özenle ifası, yasaklılık ve ret kurumları gibi hallerin bilirkişinin gerçek kişi olmasını zorunlu kıldığını; ayrıca özel hukuk tüzel kişilerinin ve özellikle de ticaret şirketlerinin bilirkişilik faaliyeti icra etmesinin, bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile de bağdaşmadığını ifade etmiştir; bkz. Süha Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 51. Atalay da benzer şekilde; bilirkişilik görevinin özellikle de yetki ve sorumluluk bağlamında bizatihi bilirkişi tarafından icra edilmesi gereken bir faaliyet olduğunun ve ancak gerçek kişilerin uzmanlık niteliğine haiz olabileceğin altını çizmiştir. Yazar, "Bilirkişilik görevi bir şirkete verilecek ve fakat fiilen o şirketin kanundaki koşulları taşıyan çalışanları (işçileri) rapor hazırlayacaktır. Çalışanlar organ olmadığına göre, rapor hazırlama işi başkasına devredilmiş demektir" şeklindeki düşünceleri ile; ticaret şirketlerinin bilirkişilik faaliyeti icra etmesinin, bilirkişilik görevinin bizzat yapılacağı ve başkasına devredilemeyeceğinin öngörüldüğü Bilirkişilik Kanunu md. 3 / 4 hükmüne aykırılık teşkil ettiği kanaatindedir; bkz. Oğuz Atalay, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1932.

10 Barış Toraman, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 413-414.

11 Toraman, s. 415.

durumun bilirkişileri işçi haline dönüştüreceği, kanundaki düzenlemenin bu şekilde yorumlanmaması gerektiği düşüncesindedir[12]. *Zora* ise, bilirkişilerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının sağlanması şartıyla bir tüzel kişilik bünyesinde faaliyette bulunmalarının mümkün olabileceğini savunmaktadır[13].

Kanaatimizce tüzel kişilerin belli bir örgütlenme modeli esas alınmak suretiyle bilirkişilik faaliyetinde bulunmalarına imkân tanınması, bilirkişiliğin kurumsallaşmasına yardımcı olacağı gibi, uyuşmazlıkların daha kısa sürede sonuçlanmasını da sağlayabilecektir. Mevcut kanuni düzenleme, bilirkişilik kurumunun bir tüzel kişilik bünyesinde örgütlenerek, bilirkişilik faaliyetinin gerçekleştirilmesine imkân tanır mahiyettedir. Özellikle de Bilirkişilik Kanunu md. 6/2-ı bendindeki, *"Bilirkişi olarak hizmet verecek özel hukuk tüzel kişilerinin ve bu tüzel kişilik bünyesinde bilirkişi olarak çalışacak kişilerin taşıması gereken nitelikleri belirlemek"* ifadeleri karşısında aksini kabul etmek zordur. Yine Bilirkişilik Yönetmeliği'nde de bilirkişilik başvurusunda bulunacak ticaret şirketlerine ve tüzel kişilere ilişkin düzenlemeler mevcuttur (md. 40/2-a). Bu ifadelerin, gerektiğinde teknik ve uzmanlık bilgisine başvurulacak özel hukuk tüzel kişilerin bilirkişilik yapabilmesi ile sınırlı bir kapsamda bulunmadığı; aynı zamanda tüzel kişilerin, bilirkişilik faaliyeti icra edebilmelerine de imkân sağladığı görülmektedir. Gerçekten de bilirkişi olarak özel ve teknik bilgisine başvurulabilecek bağımsız denetim kuruluşu ya da gayrimenkul değerleme kuruluşu gibi özel hukuk tüzel kişilerinin ana faaliyet konuları bilirkişilik faaliyetinde bulunmak değil; bağımsız denetim ve gayrimenkul değerleme gibi spesifik alanlardır. Oysa Kanun'da spesifik uzmanlık alanlarında faaliyet gösteren özel hukuk tüzel kişilerini kapsamakla beraber, aynı zamanda onu da aşan ifadeler kullanılmıştır. Dolayısıyla Bilirkişilik Kanunu sadece bağımsız denetim kuruluşu, gayrimenkul değerleme kuruluşu gibi belirli alanlarda uzmanlaşmış özel hukuk tüzel kişilerinin, bilirkişilik faaliyetinde bulunabilmelerini sağlamakla kalmamıştır. Aynı zamanda münhasıran bilirkişilik faaliyetinde bulunmak üzere özel hukuk tüzel kişilerinin kurulmalarına da imkân tanımıştır.

---

[12] Toraman, s. 415.

[13] Fatih Zora,"Anglo Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, 2021, s. 5.

II. BİLİRKİŞİLİK FAALİYETİNDE BULUNACAK TİCARET ŞİRKETİNİN TÜRÜ, FAALİYET KONUSU VE TİCARET UNVANI

A. GENEL OLARAK

Bilirkişilik faaliyeti icra edebilecek ticaret şirketinin türünün ne olacağı özellikle önem taşımaktadır. Bilirkişilik faaliyetini icra edecek tüzel kişilik, bir şirket olacaksa, bu şirketin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 125/1 uyarınca tüzel kişilikleri bulunan ve TTK md. 124/1 hükmünde sayılan ticaret şirketlerinden olması gerekecektir[14]. Zira TTK md. 124, "Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir" diyerek konuyu somut hale getirmiştir.

Bu noktada çözülmesi gereken ilk mesele bu şirketlerden hangisinin bilirkişilik faaliyeti icra edilmesi bakımından daha uygun olacağı ve söz konusu şirketin, işletme konusunun münhasıran bilirkişilik faaliyeti icrası ile sınırlı olup olmayacağı hususlarıdır. İkinci aşamada bu şirketin faaliyet konusunun ve ticaret unvanının ne olacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle mevcut hukuki yapıda bilirkişilik faaliyetinde bulunan ticaret şirketinin, türü ne olursa olsun, tacir olacağını belirtmek gerekir. Zira ticaret şirketleri TTK md. 16 uyarınca tacirdir[15]. Farklı tezahür şekilleri olsa da temel amaçları kâr elde

---

[14] Türk hukukunda şirket türlerinin belirlenmesinde sınırlı sayıda (numerus clausus) olma ilkesi benimsenmiş olup, şirket kuruluşlarında, kurucuların ihtiyaç durumuna göre bu şirket tipleri arasında kendilerine en uygun olanı seçmeleri gerekmektedir; bkz. Rıza Ayhan/ Hayrettin Çağlar/ Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2019, s. 40; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 50; Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 87, n. 120b; Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, Dora Yayınları, Bursa, 2013, s. 51; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 108; Şaban Kayıhan, Şirketler Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021a, s. 83.

[15] Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı/ Alper Özboyacı, Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2022, s. 144; Oruç Hami Şener, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 162; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018, s. 132. Kollektif (TTK md. 211) ve adi komandit şirketlerden (TTK md. 304) farklı olarak anonim (TTK md. 331), limited (TTK md. 573/3), sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler (TTK md. 565/2, TTK md. 331) ve kooperatiflerin ticari işletme işletmek gibi bir zorunlulukları bulunmadığı, buna karşılık TTK md. 16/1 uyarınca sırf ticaret şirketi olmaları nedeniyle ticaret şirketlerinin tacir sayıldığı yönünde bkz. Rıza Ayhan/ Hayrettin Çağlar/ Mehmet Özdamar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 233; Şaban Kayıhan, Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021b, s. 136. Kollektif ve adi komandit şirketlerde tacir sıfatının kısmen ticari işletmeden, kısmen de kanuna uygun olarak hazırlanmış şirket sözleşmesinin sicile tescilinden kaynaklandığı; diğer şirketlerin ise ticari nitelik arz etmeyen işletmeleri konu etmek suretiyle de kurulabildiği, bu nedenle tacir sıfatlarının tüzel kişilik olarak doğmalarına bağlı olduğu yönünde bkz. Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt: 1, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s. 118-119.

etmek olan ve bu amaçla teşekkül eden ticaret şirketlerinin, bilirkişilik faaliyeti icra etmesi durumunda, bu faaliyetin bilirkişilik kurumunun kamu hizmeti karakteri ile ne şekilde örtüşeceği ciddi bir sorun olarak karşımızda durmaktadır[16]. Ticaret şirketlerinin bilirkişilik faaliyeti icrası konusunda getirilen en önemli eleştiri ise bilirkişilik faaliyetinin ticari iş haline geleceği şeklindedir[17]. Dolayısıyla meselenin ticari işletme, tacir ve ticari iş kavramları bağlamında irdelenmesi gerekmektedir. Böyle bir irdeleme ise bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketinin türünün ne olacağı ya da ne olması gerektiği sorusuna cevap alınmadan yapılamayacaktır. Bilirkişilik şirketinin ortaklık yapısının ne şekilde teşekkül edeceği ise ayrıca önem taşımaktadır. Zira bu yapının bilirkişinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile doğrudan ilgisi bulunmaktadır.

Biz yukarıdaki soru ve sorunlara cevap bulabilmek amacıyla bilirkişilik faaliyetinde bulunacak ticaret şirketlerinde esas alınacak örgütlenme konusunda; "Bilirkişilik Kuruluşu" adı ile anonim şirket türünde örgütlenme, 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu md. 45/4 hükmünün örnek alınması ve son olarak da karşılaştırmalı hukukta meslektaş ortaklığı olarak ifade edilen "Sınırlı Sorumlu Bilirkişilik Şirketi" adı ile yeni bir şirket türü ile örgütlenme olmak üzere, üç öneride bulunacağız.

B. ANONİM ŞİRKET ÇATISI ALTINDA BİLİRKİŞİLİK KURULUŞU ŞEKLİNDE ÖRGÜTLENME ÖNERİSİ

Kanaatimizce ülkemizdeki mevcut düzenlemelerden yola çıkarak, bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketleri için birtakım esaslar belirlemek mümkündür. Bu noktada bağımsız denetim kuruluşları bakımından Bağımsız Denetim Yönetmeliği'nde[18] yer alan düzenlemeler ile gayrimenkul değerleme kuruluşlarına ilişkin Sermaye Piyasasında Faaliyette Bulunacak Gayrimenkul Değerleme Kuruluşları Hakkında Tebliğ[19] hükümlerinde yer alan düzenlemeler örnek teşkil edebilecektir. Kuşkusuz bu düzenlemeler niteliği gereği kendilerinden yapısal farklılıkları barındıran bilirkişilik faaliyeti ile kıyas yoluyla sonuca ulaşılabilecek faaliyetler değildir. Zira bilirkişilik faaliyeti bir mesleki faaliyet değildir[20]. Bununla birlikte bilirkişilerin tüzel kişilik bünyesinde örgütlenmesine imkân tanıyan düzenlemeler bilirkişilik faaliyetinin mesleki olmama niteliğine halel getirmiştir. Gerçekten de Bilirkişilik Kanunu md. 6/2-1 bendi, *"tüzel kişilik bünyesinde bilirkişi olarak çalışacak kişiler"*; Bilirkişilik Yönetmeliği md. 38/2 ise özel hukuk tüzel kişileri bünyesinde *"sicile kayıtlı gerçek kişilerin istihdam edilmesi"* ifadelerini

16 Tanrıver, bu ikisinin bir arada düşünülemeyeceği kanısındadır; bkz. Tanrıver, s. 51.

17 Atalay, s. 1932.

18 26.12.2012 Tarih ve 28509 sayılı Resmî Gazete

19 31.08.2019 Tarih ve 30874 sayılı Resmî Gazete

20 Toraman, s. 415.

kullanmıştır. Tüm bu ifadeler bilirkişilik görevinin, bir meslek olarak telakki edilmesinin arzu edildiğini göstermektedir. Bu nedenle mezkûr düzenlemeler kıyas yoluyla olmasa da tüzel kişilik şeklinde örgütlenecek bilirkişilik faaliyetinin hangi yöntemi izlemesi gerektiği noktasında yol gösterici olabilecektir.

Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 4/1-ç bendi bağımsız denetim kuruluşunu "Kurumca (Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu) bağımsız denetim yapmakla yetkilendirilen ortakları yeminli mali müşavirlik ya da serbest muhasebeci mali müşavirlik ruhsatını almış meslek mensuplarından oluşan sermaye şirketleri" şeklinde tanımlamıştır[21]. Aynı Yönetmeliğin 13. maddesi de bağımsız denetim kuruluşlarının sahip olması gereken nitelikleri sayma suretiyle belirtmiştir. Bu nitelikler arasında sermaye şirketi olma (md. 13/1-a), paylarının nama yazılı olması (md. 13/1-b), faaliyet konusunun ilgili alana münhasır olması (md. 13/1-c), ticaret unvanında münhasır olduğu alanın bulunması (md. 13/1-ç) ve faaliyetlerini etkin bir şekilde yürütebilmesini teminen Kurum tarafından uygun görülecek düzeyde organizasyon, mekân, teknik donanım, belge ve kayıt düzenine sahip olması (md. 13/1-k) şartlarının bilirkişilik faaliyeti icra edecek şirketler açısından da geçerli olabileceği kanaatindeyiz. Yine aynı maddede bağımsız denetim kuruluşlarının sermaye ve ortaklık yapılarına ilişkin olarak da "sermayesinin ve oy haklarının yarısından fazlasının denetçilerine ait olması ve ortaklarının tamamının meslek mensubu olması" şeklinde bir şart daha öngörülmüştür (md. 13/1-e). Bağımsız denetim kuruluşları için aranan bu şartın bilirkişilik şirketleri açısından "sermayenin ve oy hakkının tamamının bilirkişilik siciline kayıtlı bilirkişilere ait olması" şeklinde uygulanması bilirkişinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından daha doğru olabilecektir. Bağımsız denetim kuruluşları için aranan bir diğer şart ise denetçilerin en azından bir rapor dönemi için ve tam zamanlı olarak istihdam edilmesi gerekliliğidir (md. 13/1-g).

Gayrimenkul değerleme kuruluşlarına gelince; ilgili Tebliğ md. 4 hükmüne göre bu kuruluşların anonim şirket şeklinde kurulması (md. 4/1-a), ticaret unvanında faaliyet konusunun açıkça yer alması (md. 4/1-b), paylarının nama yazılı olması (md. 4/1-c) ve faaliyetini sürdürebilmek için gerekli fiziki, teknik, idari ve finansal yapıya haiz olması (md. 4/1-f) şartları aranmaktadır. Ayrıca bu kuruluşların Tebliğ md. 4/1-d bendi uyarınca "ödenmiş sermayesini temsil eden payların ve oy haklarının asgari % 51'inin, en az 2 sorumlu değerleme uzmanına ait olması" ve tebliğ md. 4/1-e uyarınca da "değerleme kadrosunun en az 2'si sorumlu değerleme uzmanı olmak üzere asgari 10 adet tam zamanlı olarak

[21] Bağımsız denetim kuruluşları hakkında bkz. Aytaç Köksal, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sermaye Piyasası Mevzuatı Bankacılık Mevzuatı Açısından ve Karşılaştırmalı Olarak Bağımsız Denetim Sözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 169-185.

istihdam edilen gayrimenkul değerleme uzmanından oluşması" gerekmektedir.

Görüldüğü üzere bağımsız denetim kuruluşları ve gayrimenkul değerleme kuruluşlarının kurulabilmeleri için aranan şartlar büyük oranda özdeştir. Kanaatimizce bu şartların bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketleri için de öngörülmesi mümkündür. Biz bu konuda bilirkişilik faaliyetinde bulunmak üzere kurulacak ticaret şirketinin "Bilirkişilik Kuruluşu" olarak ifade edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz[22]. Bilirkişilik faaliyeti, Bilirkişilik Kanununda belirtilen şartları taşıyan, bilirkişilik bölge kurulları tarafından uygun bulunmak kaydı ile bilirkişilik siciline kayıtlı kişiler tarafından yürütülebilmesi nedeniyle izne tabi faaliyet olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla idarenin bir kamu hizmetinin görülmesi konusunda özel hukuk kişilerine yetki vermesi söz konusu olduğundan, amaca uygunluk açısından "kuruluş" ifadesinin kullanılması gerektiği düşüncesindeyiz[23]. Yapılacak düzenlemede ayrıca söz konusu şirketin ticaret unvanında bilirkişilik ifadesinin yer alması, paylarının nama yazılı olması da öngörülmelidir.

Acaba anonim şirket türü ile örgütlenip "Bilirkişilik Kuruluşu" adıyla anılacak olan bu şirkette; bilirkişinin bağımsızlığı ve tarafsızlığının tesis edilebilmesi adına, sadece eşit oranda pay sahibi bulunan bilirkişilerin faaliyette bulunabileceğinin öngörülmesi mümkün olabilir mi? Yukarıda emsal gösterdiğimiz düzenlemeler böyle bir husus içermemektedir. Ayrıca bağımsızlık ve tarafsızlığın oy oranı ile sağlanması mümkün olmayabilir (Bu hususta imtiyazlı paylar ile ilgili bkz. TTK md. 478).

Son olarak bilirkişilik kuruluşuna ilişkin düzenleme önerimiz ise şöyledir:

"Bilirkişilik Kuruluşu"

"Bilirkişilik Kanunu'na göre bilirkişilik faaliyetinde bulunmak üzere yetkilendirilmiş, bünyesinde münhasıran bilirkişilerin çalıştığı ve faaliyet gösteren bilirkişilerin tamamının paya sahip olduğu, ticaret unvanında bilirkişilik ifadesinin yer aldığı anonim şirket kurulabilir. Bu amaçla kurulan şirket, bilirkişilik dışında faaliyette bulunamaz."

---

[22] Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre kuruluş "Topluma hizmet, üretim, tüketim vb. amaç ve görevlerle kurulan her şey, tesis" anlamına gelir; bkz. https://sozluk.gov.tr/ (s.e.t. 14.10.2022). Görüldüğü gibi kuruluş kelimesinin toplumsal bir fonksiyonu bulunmaktadır. Bu yönüyle kuruluş, iktisadi veya iktisadi olmayan amaçlar için teşekkül edebilir.

[23] Bağımsız denetim kuruluşları açısından meseleyi ele alan Köksal, bu kuruluşların idarenin bir izni ve ruhsatı ile faaliyette bulunmaları nedeniyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 115/3 ve md. 116/3 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Benzer bir durum bilirkişilik faaliyetinden bulunacak şirketler için de söz konusu olabilecektir; bkz. Köksal, s. 169-170.

C. 3568 SAYILI SERBEST MUHASEBECİ MALİ MÜŞAVİRLİK VE YEMİNLİ MALİ MÜŞAVİRLİK KANUNU HÜKÜMLERİNDEN YARARLANILARAK TİCARET ŞİRKETİ ŞEKLİNDE ÖRGÜTLENME ÖNERİSİ

Bilirkişilik faaliyetinde bulunacak ticaret şirketlerinin örgütlenmesi konusunda, pozitif hukukumuzda yararlanılabilecek bir diğer düzenleme de 3568 sayılı Serbest Muhasebeci ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu md. 45/4 hükmü ile Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 30 hükmüdür. 3568 sayılı kanunun 45/4 hükmü şöyledir:

"Birden çok meslek mensubu çalışmalarını; serbest muhasebeci mali müşavirlik veya yeminli mali müşavirlik ortaklık bürosu veya şirket şeklinde birleştirebilirler. Bu bürolarda yapılan faaliyetler ticari faaliyet sayılmaz. Şirket şeklinde çalışılması halinde, yapılan işlerden doğacak cezai sorumluluk işi yapan meslek mensubuna aittir."

Yönetmelik md. 30 hükmü ise 3568 sayılı kanun md. 45/4 hükmünün uygulanma esasları ile ilgilidir. Bu madde; ortaklık büroları ve şirketlerin ancak meslek mensupları tarafından kurulabileceği, ortaklık büroları ve şirketlerin münhasıran faaliyet konuları ile iştigal edebileceği, mesleki faaliyetlerin icrasında sadece ortaklar tarafından temsil edilebileceği, ticaret unvanında meslek unvanlarının açık olarak kullanılması gereği gibi şartlar ihtiva etmektedir.

Görüldüğü gibi 3568 sayılı kanun md. 45/4 ile bu kapsamda çıkartılan çalışma esaslarına ilişkin yönetmelik md. 30 hükmü bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketleri için yapılacak düzenlemelere örnek teşkil edebilecek niteliktedir. Ancak Bilirkişilik Kanunu'na göre ortaklık bürosu kurulması mümkün olmayıp, sadece ticaret şirketi kurulması imkân dahilindedir.

Bu düzenleme örnek alınmak suretiyle önerdiğimiz düzenleme ise şu şekildedir:

"Bilirkişilik Şirketi"

"Aynı bilirkişilik siciline kayıtlı birden çok bilirkişi, çalışmalarını bilirkişilik şirketi şeklinde birleştirebilir. Bu şirketlerin bilirkişilik faaliyetine ilişkin işleri ticari iş sayılmaz. Bu şirketlerde yapılacak işlerden cezai sorumluluk işi yapan bilirkişiye aittir. Bu şirketlerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.

Bilirkişilik faaliyetinde bulunmak amacıyla kurulmuş bilirkişilik şirketleri faaliyet konusu dışında başka bir işle uğraşamaz. Bu şirketlerin ticaret unvanında mesleki faaliyetin belirtilmesi zorunludur.

Şirket, bilirkişilik faaliyetinin icrasına ilişkin işlerde ancak ortak veya ortaklar tarafından temsil edilebilir."

D. ALMAN HUKUKUNDA UYGULANAN SINIRLI SORUMLU MESLEKTAŞ ORTAKLIĞI ŞEKLİNDE ÖRGÜTLENME ÖNERİSİ

Bilirkişilik faaliyetinin icra edilmesi bakımından uygulanabilecek bir diğer yöntem ise hali hazırda Türk hukukunda mevcut olmayan, ancak karşılaştırmalı hukukta yaygın olarak uygulanan, aynı meslekle iştigal edenlerin ortaklığını temeline alan şirket tiplerine dayalı bir örgütlenme modelinin benimsenmesidir. Karşılaştırmalı hukukta meslektaş ortaklığına dayalı şirket türleri ilk olarak "limited liability partnership-LLP" adı ile ABD hukukunda ortaya çıkmış ve hemen akabinde LLP ile birebir aynı olmasa da Almanya tarafından 1995 yılında "Partnerschaftsgesellschaftsgesetz-PartGG" adı ile benimsenmiş ve uygulamaya konulmuştur[24].

Alman hukukunda söz konusu düzenleme 25.07.1994 tarihli Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz-PartGG) adı ile kanunlaşmış ve 1995 yılında yürürlüğe girmiştir[25]. Kanunun birinci maddesinin birinci fıkrasına göre meslektaş ortaklığı; yalnızca gerçek kişilerin ortak olabildiği, ticari bir faaliyeti bulunmayan ve serbest meslek mensuplarının mesleklerini icra etmek üzere bir araya geldikleri bir şirket niteliğindedir. Bu şirket bir ticari işletme işletmediği gibi kendisi de bir ticari işletme değildir[26]. PartGG 2/2 hükmü serbest meslek ile neyin kastedildiğini "genel olarak spesifik mesleki nitelikler veya yaratıcı nitelikteki yeteneklerin; kamunun ve müşterilerin yararına olacak şekilde, kişisel, özerk ve profesyonel olarak bağımsız bir şekilde sunulması" şeklinde açıkladıktan sonra, PartGG anlamında serbest meslek olarak kabul edilebilecek faaliyetlerin neler olduğu belirtilmiştir. Bu faaliyetler arasında ülkemiz için önem taşıyanlarını hekimlerin, diş hekimlerinin, veterinerlerin, fizyoterapistlerin, masörlerin, psikologların, avukatların, marka ve patent vekillerinin, denetçilerin, yeminli muhasebeci ve denetçilerin, mühendis ve mimarların, profesyonel bilirkişilerin faaliyetleri olarak burada zikredebiliriz. Şirketin ticaret unvanı ise ortaklardan en az birinin adını içermek şartı ile "ve ortak" veya "ortaklık" ekini ve ortaklıkta temsil edilen tüm mesleklerin mesleki unvanlarını içermelidir (PartGG § 2/1).

Önemle belirtelim ki söz konusu ortaklığın iki görünüm biçimi bulunmakta olup meslektaş ortaklığı olarak adlandırılan ilk şeklinde PartGG § 8/1 uyarınca ortaklar, şirket borçlarından dolayı müşterek ve müteselsil şekilde sorumlu durumdadır. Meslektaş ortaklığı yapılanması

---

[24] Adı geçen kanunla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Pulaşlı, Alman Hukukunda Serbest Meslek Mensuplarına İlişkin Özel Tip "Meslektaş Ortaklıkları", C: 19, 2017, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, s. 1835-1847.

[25] https://www.gesetze-im-internet.de/partgg/BJNR174410994.html (s.e.t. 14.10.2022).

[26] Pulaşlı, s. 1839.

tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık yapılanmasına dayalı olmakla beraber, sınırlı bir hak ehliyetlerinin bulunduğu da kabul edilmektedir[27]. Bu konuda öngörülen ikinci görünüm biçimi ise, yine bir şahıs şirketi şeklinde olmakla beraber hak ve fiil ehliyetine de sahip olan sınırlı sorumlu meslektaş ortaklığı olarak ifade edilmektedir[28]. Bu yapılanmada PartGG § 8/2 uyarınca; gerçekleştirilen faaliyet ortaklardan sadece birinin mesleki sorumluluk alanına ilişkinse, diğer ortaklar ancak o ortağın sorumlu olduğu işe yönelik gerçekleştirdikleri katkı oranında istisnai olarak sorumlu olacaklardır. Asli sorumluluk, işi bizzat gerçekleştirene ait olacaktır. Keza PartGG § 8/3 uyarınca, şirket sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlü kılınmış ve şirketin, hatalı mesleki uygulamalar nedeniyle sadece şirket malvarlığı ile sorumlu olacağı öngörülmüştür. Kısacası hatalı mesleki uygulamalardan münhasıran o faaliyeti gerçekleştiren meslektaş ortak sorumlu olacak; buna karşılık mesleki faaliyetin dışında kalan haksız fiil, kira ilişkisi, hizmet ilişkisi gibi konularda ise ortaklar sınırsız ve müteselsil sorumlu kalmaya devam edecektir[29].

Kanaatimizce Alman hukukundaki bu düzenlemelerden özellikle de sınırlı sorumlu meslektaş ortaklığı şeklindeki yapılanma, inceleme konumuz olan bilirkişilik başta olmak üzere benzeri tüm mesleki, uzmanlık faaliyetleri ve sanatsal faaliyetlerin şirket şeklinde örgütlenebilmesi için Türk hukukunda da benimsenmelidir. Dikkat edilirse Alman hukukundaki söz konusu düzenlemeler (tüzel kişilik haricinde) Türk hukukunda kollektif şirket ve adi komandit şirket türlerine bazı yönlerden benzemektedir. Bu nedenle kanun değişikliği ile TTK'nın kollektif şirket ve adi komandit şirketle ilgili hükümlerine ek bir madde getirilerek söz konusu meslektaş ortaklığının Türk hukukuna kazandırılabileceğini düşünmekteyiz. Gerekli kanun değişikliği ile böyle bir yapının Türk hukukuna kazandırılması halinde, bilirkişilik faaliyeti icra edecek olan şirketler "sınırlı sorumlu bilirkişilik kollektif şirketi" veya "bilirkişilik adi komandit şirketi" adı ile söz konusu faaliyetlerini gerçekleştirebileceklerdir. Bu faaliyetlerin ticari iş ve ticari işletme işletilmesi faaliyeti olarak kabul edilmemesi nedeniyle, bilirkişiliğin ticarileşeceği şeklindeki eleştirilerin de önüne geçilmiş olabilecektir. Ayrıca bu sayede günümüzde sayıları giderek azalan şahıs şirketi türlerinin de uygulama alanının genişletilmesi sağlanmış olacaktır.

Bu önerimiz; şirketin unvanında sınırlı sorumluluğun belirtilmesinin gerekmesine karşın, aynı zamanda kollektif şirket türüne sahip olması nedeniyle şirketler hukuku ile bağdaşmayacağı şeklinde eleştirilebilir. Zira kollektif şirketi tanımlayan TTK md. 211 hükmü, *"Kollektif şirket ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla, gerçek kişiler arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirinin sorumluluğu şirket*

[27] Pulaşlı, s. 1839.

[28] Pulaşlı, s. 1843.

[29] Pulaşlı, s. 1847.

alacaklılarına karşı sınırlanmamış olan şirkettir" ifadeleri ile ticari işletme işletilmesi ve sınırsız sorumluluk olgularını kollektif şirketin temel nitelikleri arasında belirtmiştir[30]. Bununla birlikte İsviçre Borçlar Kanunu md. 553 hükmü uyarınca, bu ülkede kollektif şirketin ticari olmayan amaçlarla da kurulabildiği görülmektedir[31]. Ayrıca mesleki, uzmanlık faaliyetlerine ilişkin özel bir şirket türünün ihdas edilmesine olan ihtiyaca, 6102 sayılı TTK genel gerekçesi 32. numaralı paragrafında da özellikle değinildiğini belirtmek gerekir. Gerçekten de genel gerekçede dünyada serbest meslek mensuplarının ortak olacağı sınırlı sorumlu bir şahıs şirketi türüne olan ihtiyacın, karşılaştırmalı hukukta bu ihtiyacı gideren şirket tiplerinin ortaya çıkmasına sebep olduğu, ancak sınırlı sayı ilkesine aykırılık teşkil edeceği için, bu yeni şirket türlerine TTK tasarısında yer verilmediği belirtilmiş; bu yeni türlerin ABD hukukundaki "limited liability partnership-LLP" ile Alman hukukundaki "Partnerschaftsgesellschaftsgesetz-PartGG" olduğu özellikle belirtilmiştir. Tasarıda Alman hukukundaki Partnerschaftsgesellschaftsgesetz-PartGG ile ilgili olarak, *"iç ilişkide kollektif şirkete benzeyen, meslekî katkının şart olduğu ve sorumluluğun, mesleğin kanunî düzenlemesinin gerekli görmesi istisnası dışında, sınırlanamadığı bir tür"* ifadelerine yer verilmiştir.

Konuyla ilgili düzenleme önerilerimiz TTK'nın kollektif şirket ve komandit şirket ile ilgili hükümlerine ek madde konulması şeklinde olup, kanun değişikliğini gerekli kılmaktadır. Zira bu şirketlerin kanuni özelliklerine aykırılık teşkil edeceğinden, söz konusu düzenlemelerin yönetmelik ile gerçekleştirilmesi kanaatimizce mümkün olmayacaktır.

Düzenleme önerilerimiz şöyledir:

"Sınırlı Sorumlu Mesleki Faaliyet Kollektif Şirketi"

"Avukat, doktor, diş hekimi, veteriner, diyetisyen, fizyoterapist, serbest muhasebeci mali müşavir, yeminli mali müşavir, bilirkişilik listesine kayıtlı bilirkişi gibi mesleki ve uzmanlık faaliyetleri ile sanatsal faaliyetlerde bulunan gerçek kişiler mesleki, uzmanlık ve sanatsal faaliyetlerini birlikte yürütmek amacıyla kollektif şirket kurabilirler.

Bu amaçla kurulan şirketlerin ticari işletme işletmesi gerekmediği gibi mesleki, uzmanlık ve sanatsal faaliyetleri de ticari iş niteliğinde değildir.

---

[30] Oğuz İmregün, Kollektif Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 3-7. Kollektif şirkette sınırsız sorumluluk, ortaklar ile şirket tüzel kişiliği arasındaki sıkı bağlılıktan kaynaklanır. Bu sıkı bağlılık bir diğer ifadeyle "kader birliği" nedeniyle kollektif şirketlerde sınırsız sorumluluk sadece şirketin temelini teşkil etmekle kalmaz; aynı zamanda iktisadi ve hukuki sebebini de oluşturur; bkz. Güzin (Oğuz) Üçışık, Türk Hukukunda Kollektif Ortaklıkta Ortakların Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985, s. 35-36.

[31] Halil Arslanlı, Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 122, dn. 90.

Bu şirketlerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.

Bu şirketlerde mesleki faaliyetin icrasından münhasıran faaliyeti icra eden meslektaş sorumlu olacak, diğer hallerde kollektif şirkete ilişkin hükümler tatbik edilecektir.

Şirketin ticaret unvanında mesleki faaliyetin ve sınırlı sorumluluk halinin belirtilmesi zorunludur.

Ortaklardan birinin mesleki faaliyetin icrası için gerekli şartları yitirmesi durumunda, ortaklık sıfatı kendiliğinden sona erer."

Yukarıdaki önerdiğimiz düzenleme TTK'nın kollektif şirketlerle ilgili hükümleri arasında, md. 216 hükmünden sonra gelmek üzere md. 216a numarası ile kanunlaştırılmak suretiyle uygulamaya kazandırılabilecektir. Bu sayede sadece bilirkişilik faaliyetlerinin değil, önerdiğimiz metinde yer alan tüm mesleki ve uzmanlık faaliyetleri ile sanatsal faaliyetlerinin kollektif şirket türünde örgütlenmesine imkân tanınmış olacaktır.

Komandit şirketlerle ilgili düzenleme önerimize gelince; bu konuda komanditer ortağın sorumluluğunun genişlediği durumlar arasına ek bir fıkra konulmak suretiyle bir düzenleme yapılabilir (bkz. TTK md. 320-321). Bununla birlikte biz komandit şirket türü bakımından da TTK md. 307 hükmünden sonra md. 307a hükmü ihdas edilmesi suretiyle aşağıdaki şekilde bir düzenleme önermekteyiz:

"Mesleki Faaliyet Komandit Şirketi"

"Avukat, doktor, diş hekimi, veteriner, diyetisyen, fizyoterapist, serbest muhasebeci mali müşavir, yeminli mali müşavir, bilirkişilik listesine kayıtlı bilirkişi gibi mesleki ve uzmanlık faaliyetleri ile sanatsal faaliyetlerde bulunan gerçek kişiler mesleki, uzmanlık ve sanatsal faaliyetlerini birlikte yürütmek amacıyla komandit şirket kurabilirler.

Bu amaçla kurulan şirketlerin ticari işletme işletmesi gerekmediği gibi mesleki, uzmanlık ve sanatsal faaliyetleri de ticari iş niteliğinde değildir.

Bu şirketlerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.

Bu şirketlerde mesleki faaliyetin icrasından münhasıran faaliyeti icra eden meslektaş sorumlu olacak, diğer hallerde komandit şirkete ilişkin hükümler tatbik edilecektir.

Şirketin ticaret unvanında mesleki faaliyetin belirtilmesi zorunludur.

Ortaklardan birinin mesleki faaliyetin icrası için gerekli şartları yitirmesi durumunda, ortaklık sıfatı kendiliğinden sona erer."

III.TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİLİRKİŞİLİK FAALİYETİ İCRASI HALİNDE TİCARET HUKUKU BAKIMINDAN ÖNEM TAŞIYAN DİĞER HUSUSLAR

Ticaret şirketlerinin bilirkişilik faaliyeti icra etmesi halinde ticaret hukuku açısından önem arz eden ve çözülmesi gereken bir diğer önemli sorun da bu şirketlerde merkez-şube ilişkisinin ne şekilde gerçekleşeceği ile ilgilidir[32]. Bilirkişilik faaliyeti gerçekleştirecek ticaret şirketlerinin yetki çevreleri Bilirkişilik Daire Başkanlığı tarafından belirlenecektir (Bilirkişilik Kanunu md. 6/2-i). Konuyla ilgili henüz bir düzenleme bulunmamakla beraber Bilirkişilik Kanunu md. 8/1-e, özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik faaliyetinde bulunmalarına izin vermek konusunda görevi, bilirkişilik bölge kurullarına vermiştir. Şu durumda çeşitli alternatifler üzerinden değerlendirmede bulunmak gerekmektedir. İlk olarak ticaret şirketlerinin yetki çevresi, belli bir bölge kurulunun yetki çevresi ile sınırlandırılabilir. Bir ticaret şirketinin, belirli bir bölge kurulu bilirkişi listesinde yer alması kaydıyla, ülke genelinde bilirkişilik faaliyetinde bulunması da mümkündür. Böyle bir durumda ticaret şirketinin, tek bir merkezden ve şube açmadan bilirkişilik faaliyeti gerçekleştirmesi söz konusu olabilecektir. Bu konuda karşımıza çıkabilecek bir diğer ihtimal ise şirketin merkezin bulunduğu bölge kurulu bilirkişi listesi dışında, diğer bölge kurullarının listesinde ancak şube açmak kaydıyla faaliyette bulunma şartının öngörülmesidir. Ancak önemle belirtelim ki; gerçek kişilerin, münhasıran kayıtlı olduğu bilirkişilik bölge kurulu yetki çevresi içerisinde faaliyet göstermesi zorunluluğu karşısında, bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketleri açısından farklı bir düzenleme yapılması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir. Bu nedenle kanaatimizce bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketlerinin tek bir bilirkişi bölge kurulunda faaliyet göstermesi ve şube açmalarına müsaade edilmemesi gerekir.

Bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı açısından sorun teşkil edebilecek bir diğer husus da bilirkişilik faaliyetinde bulunacak ticaret şirketinde, yönetim ve temsil yetkilerinin, şirkette pay sahibi olmayan kişiler eliyle gerçekleştirilebilme ihtimalidir. Gerçekten de bilirkişilik faaliyetinden bulunacak olan ticaret şirketinin, anonim şirket türünde kurulması durumunda böyle bir durum mümkündür (bkz. TTK md. 367; 370/II)[33]. Bu konuda Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 30/II/d bendinde yer alan şirketin mesleki faaliyetlerde münhasıran ortaklar tarafından temsil edileceğine ilişkin hükmünün, bilirkişilik

[32] Genel olarak merkez-şube ilişkileri hususunda bkz. Bilgili/ Demirkapı/ Özboyacı, s. 40-49; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 125-133; Arkan, s. 34-41; Şener, 2020, s. 10-18; Kayıhan, 2021b, s. 61-66.

[33] Şener, s. 371-382; Bahtiyar, s. 230-234; Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp), s. 345-350; Beşir Fatih Doğan, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 223-241.

faaliyeti icra edecek ticaret şirketlerinin ortaklık yapısının, bilirkişilerden teşekkül etmesi şartıyla, örnek olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu durumda üçüncü kişilere yönetim işlerinin bırakılması mümkün olabilecekken; bu kişilerin ticari temsilci sıfatına sahip olmaları söz konusu olamayacaktır[34].

Bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketinin faaliyetlerinin TTK'nın haksız rekabete ilişkin md. 54-63 hükümleri ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir[35]. Hemen belirtmek gerekir ki Bilirkişilik Kanununun ticaret şirketlerine bilirkişilik faaliyetinde bulunma yetkisi tanıması ve ticaret şirketlerinin de kanuni hükümlere uygun şekilde bilirkişilik listesine kaydolup, bilirkişilik faaliyeti yürütmesi, başlı başına TTK'nın haksız rekabet hükümlerine ya da 4054 sayılı RKHK hükümlerine aykırılık bulunduğu anlamına gelmeyecektir[36]. Buna karşılık bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret

---

[34] Köksal, s. 182.

[35] TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri ile 4054 sayılı RKHK hükümlerinin amaç, korunan menfaat ve kullanılan araçlar bakımından farklılık arz ettiğini; bununla beraber rekabete aykırı bazı eylemlerin aynı zamanda haksız rekabet teşkil edebileceğini de belirtmek gerekir; bkz. Ercüment Erdem, Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi, Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 141-157. TTK ile RKHK hükümleri arasındaki bağlantılar hakkında bkz. İsmail Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku Teori- Uygulama- Mevzuat, 5. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, s. 31-47.

[36] Mevcut uygulamada bir bilirkişinin bakabileceği dosya sayısı aylık 30 adet ile sınırlandırılmıştır. Ticaret şirketlerinin bilirkişilik faaliyeti gerçekleştirmesi durumunda ticaret şirketi bünyesinde hazırlanacak dosya sayısının bu sınır esas alınmak suretiyle belirlenmesi halinde, bu işin bilirkişilik faaliyeti icra eden ticaret şirketi için kârlı bir iş olabilmesi, şirket bünyesinde çok sayıda bilirkişinin görev alması, aylık dosya adedine ilişkin sınırın kaldırılması ve şirketin geniş bir bölgede faaliyet göstermesi ile mümkün olabilir. Böyle bir durum bilirkişiler ile şirket arasında istihdam ilişkisinin mevcudiyetini şart kılar. Bilirkişiler ile şirket arasında istihdam ilişkisinin varlığı ise bilirkişilik görevinin mesleki faaliyet olmaması gerekliliği ile bağdaşan bir durum değildir. Ancak her halükârda şirket tarafından gerçekleştirilen bu faaliyet, bilirkişilik listesine kayıtlı gerçek kişi bilirkişileri dezavantajlı bir duruma sokacaktır. Burada dezavantajlı durum ibaresini kullanmamızın nedeni, söz konusu durumun kanundan ve kanunun verdiği bir yetkinin kullanılmasından kaynaklanmasından ötürüdür. Zira bilirkişilik faaliyeti icra eden ticaret şirketleri, TTK anlamında haksız rekabet teşkil edecek hiçbir davranışta bulunmasa dahi, salt varlıkları, gerçek kişi bilirkişilerin aleyhine bir durum meydana getirecektir. Ancak bu fiili durum bizzat kanundan, kanun koyucunun takdirinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bilirkişilik faaliyeti icra eden ticaret şirketlerinin mezkûr faaliyetlerinin TTK anlamında haksız rekabet teşkil ettiği ya da Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bağlamında rekabet hukuku kurallarına aykırılık taşıdığı söylenemeyecektir. Görülüyor ki, kanun koyucu bilirkişilik görevinin bir tüzel kişilik örgütü bünyesinde gerçekleştirilmesini arzu etmekte ve gerçek kişi bilirkişilik faaliyetinin alanını giderek sınırlandırmak istemektedir. Zira tüzel kişilerin bilirkişilik faaliyeti icra etmesi halinde gelinecek nokta burasıdır. Elbette bu bir hukuk politikası meselesidir. Ancak hangi tür olursa olsun tüzel kişilerin bilirkişilik faaliyet icrasının yaygınlaşması ile, gerçek kişilerin münhasır olarak bilirkişilik faaliyeti icra etmesinin zorluk arz edeceği de

şirketlerinin bağlı ortaklıklar yoluyla kartelleşmesi ya da uyumlu eylemlerin varlığı gibi hallerde 4054 sayılı RKHK hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Yine belirli bir şirketin, TTK md. 54 vd. maddelerinde ifadesini bulan davranışlarının mevcudiyeti de haksız rekabete ilişkin hükümlere gidilmesine sebebiyet verebilecektir.

Son olarak bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketlerinde sorumluluk durumlarının da ortaya konulması gerekmektedir. Gerçekten de ticaret şirketlerinin bilirkişilik faaliyeti icra etmesi halinde Bilirkişilik Kanunu açısından çözülmesi gereken bir diğer soru ise, bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketinin ve şirket bünyesinde bilirkişi olarak çalışanların faaliyetlerinin bilirkişinin denetimi ve denetim sonucunda uygulanacak müeyyideler bakımından karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda bilirkişinin hukuki sorumluluğu ile ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 285 hükmünün uygulanması hususunda önemli problemler yaşanabileceği belirtilmektedir[37]. Gerçekten ticaret şirketinin bilirkişilik faaliyeti icra etmesi durumunda, bilirkişilik faaliyeti nedeniyle ortaya çıkacak zararlardan kaynaklanan hukuki sorumluluğun tespiti konusunda farklı hukuki düzenlemeler karşımıza çıkabilecektir. HMK md. 285, bilirkişi tarafından kasten ya da ağır ihmal ile düzenlenmiş gerçeğe aykırı raporun, hükme esas alınması durumunda, bundan zarar görenlerin devlete karşı tazminat davası açabileceğini, devletin de sorumlu olan bilirkişiye rücu edebileceğini hükme bağlamıştır. Bilirkişilik faaliyetinin bir ticaret şirketi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda ticaret şirketi bünyesinde yer alan bir bilirkişinin düzenlediği gerçeğe aykırı raporun hükme esas alınması halinde, HMK md. 285 hükmü ne surette uygulanacaktır? Yine bilirkişinin bir ticaret şirketi olması durumunda hukuki sorumluluk neye göre tespit edilecektir? Bilirkişilik faaliyetini gerçekleştirecek ticaret şirketlerinin türünün ne olacağı konusunda henüz bir düzenleme bulunmamakla beraber, önerdiğimiz alternatiflerden yola çıkarak şu tespitlerde bulunmak mümkündür:

Bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketlerinin, anonim şirket şeklinde kurulmalarının öngörülmesi durumunda öncelikle TTK'nın anonim şirkete ilişkin sorumluluk hükümleri karşısında HMK md. 285 hükmünün yerini tespit etmek gerekecektir. Kanaatimizce gerçeğe aykırı ve hükme esas alınmış bilirkişi raporunun varlığı halinde devlet, raporu hazırlayan bilirkişiye değil bilirkişilik faaliyetini yürüten ticaret şirketine rücu etmelidir. Zira tüzel kişiliğin varlığı, bunu gerektirmektedir. Zararı tazmin eden ticaret şirketinin, ilgili bilirkişiye başvurması ise bilirkişi ile ticaret şirketi arasındaki ilişkiye göre değişebilecektir. Şirket ile bilirkişi arasında istihdam ilişkisi bulunmakta ise zararın tazmini hizmet

---

açıktır. Kuşkusuz bu tüzel kişilik bir ticaret şirketi olmak zorunda da değildir. Bilirkişilerin bir dernek bünyesinde örgütlenmek suretiyle faaliyetlerini yürütmesi de mümkündür.

[37] Tanrıver, s. 51.

ilişkisine göre; ortaklık ilişkisi bulunmakta ise TTK'nın anonim şirketlerde hukuki sorumluluğa ilişkin md. 549-561 hükümlerine göre gerçekleşecektir. Keza bilirkişilik faaliyeti icra edecek anonim şirketler için mesleki sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu öngörülebilmesi de mümkündür.

Bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketlerinin Alman hukukundaki sınırlı sorumlu meslektaş ortaklığı türünde örgütlenmesi halinde ise, mesleki faaliyetin icrasından kaynaklanan zarardan her halükârda ilgili bilirkişinin hukuki sorumluluğu söz konusu olacak, ayrıca şirket, mesleki sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlü olacağı için şirket tüzel kişiliğinin ve diğer ortakların sorumluluğu kural olarak söz konusu olmayacaktır.

IV.TEKNİK VE UZMANLIK BİLGİLERİNİ KULLANARAK BİLİRKİŞİLİK FAALİYETİ İCRA EDEN TİCARET ŞİRKETLERİNİN DURUMU

Çalışmanın buraya kadar olan kısmında münhasıran bilirkişilik faaliyeti icra edecek ticaret şirketleri ile ilgili hususlara değinildi. Bununla birlikte bilirkişilik kurumunun temelinde bilirkişiliğin bir meslek olmadığı düşüncesinin yattığını da unutmamak gerekir. Bu düşünce sadece gerçek kişiler için değil, ticaret şirketleri için de geçerli olmalı ve ticaret şirketlerinin de münhasıran bilirkişilik faaliyeti yürütecek şirketler kurulması haricinde, aynı zamanda sahip olduğu teknik ve uzmanlık bilgilerini bilirkişilik faaliyetinde bulunmak suretiyle gerçekleştirebilmeleri gerekir. Nitekim Bilirkişilik Kanunu'nda da bilirkişilik faaliyeti icra edecek özel hukuk tüzel kişilerinin faaliyet konularının sınırlayıcı bir yaklaşımla düzenlenmediği görülmektedir. Bir başka ifadeyle Kanun, bilirkişilik yapacak özel hukuk tüzel kişilerinin münhasıran bilirkişilik faaliyeti icra etmesi gerektiğine ilişkin sınırlayıcı bir hükme yer vermemiştir. Bu nedenle ana faaliyet konusu gayrimenkul değerleme, bağımsız denetim, serbest muhasebeci ve mali müşavirlik, veri analizinde bulunma, araç değerleme, araç ekspertiz gibi işler olan şirketlerin durumunun da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu şirketlerin sahip oldukları teknik ve uzmanlık bilgileri nedeniyle bilirkişilik siciline kaydolmaları mümkündür. Böyle bir durumda söz konusu şirketlerin işletme konularında ana faaliyet alanlarının yanında bilirkişilik faaliyetinin de yer alıp almayacağının tespiti önem taşımaktadır. Acaba bu şirketlerin işletme konuları ve ticaret unvanlarında ana faaliyet konularına ilaveten bilirkişilik faaliyetinin de belirtilmesi gerekli midir? Kanaatimizce bu şirketlerin, münhasıran bilirkişilik faaliyeti icra edecek şirketlerden ayrı tutulması gerekir. Gerçekten de mezkûr şirketlerin ana faaliyet konuları yerine göre ticari nitelik arz edebilecektir. Bu nedenle bağımsız denetim, gayrimenkul değerleme, araç ekspertiz gibi konularda faaliyet gösteren ticaret şirketlerinin ticaret unvanlarında bilirkişilik faaliyetine yer verilememesi gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Ticaret şirketlerinin bilirkişilik faaliyeti yürütmesi durumunda ticaret hukuku bakımından ortaya çıkabilecek sorunların ve bilirkişilik faaliyeti icra edecek şirketlerin hangi özelliklere sahip olması gerektiği konularının ele alındığı bu çalışmada, ulaştığımız sonuçlar ve önerilerimiz şu şekilde özetlenebilir:

Bilirkişiliğin münhasıran gerçek kişilerin yapabileceği bir faaliyet olduğu, özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik faaliyetinde bulunmalarının bilirkişinin tarafsızlığı, bağımsızlığı açısından ciddi sıkıntılara sebebiyet verebileceği gibi bilirkişiliği bir ticari iş haline getireceği şeklinde eleştiriler söz konusudur. Kanaatimizce özel hukuk tüzel kişilerine bilirkişilik faaliyetinde bulunma imkânı getirilmesi, bilirkişiliğin kurumsal bir hale gelmesi ve uyuşmazlıkların daha kısa sürede sonuçlanması gibi olumlu sonuçlar doğurabilecektir.

Bilirkişilik faaliyeti icra edecek şirketler konusunda çözüm bekleyen en önemli soru, böyle bir faaliyetin hangi şirket türü esas alınmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiğidir. Biz bu konuda üç alternatif önermekle birlikte; Alman hukukunda yaygın bir uygulaması olan sınırlı sorumlu meslektaş ortaklığı tipinin, TTK'nın kollektif şirket ve komandit şirket hükümlerine ek bir madde konulmak suretiyle Türk hukukuna kazandırılması halinde, bilirkişilik şirketlerinden kaynaklanabilecek sorunların önemli oranda çözülebileceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte bilirkişilik faaliyeti icra edece şirketlerin türleri ile ilgili önerilerimiz şunlardır:

1-Birinci önerimiz bilirkişilik şirketlerinin bağımsız denetim kuruluşları ve gayrimenkul değerleme kuruluşlarının yapılarına benzer bir örgütlenme modelini "bilirkişilik kuruluşu" adı ile benimseyebileceği şeklindedir. Bu amaçla hazırladığımız düzenleme tasarısı şöyledir:

"Bilirkişilik Kuruluşu"

"Bilirkişilik Kanunu'na göre bilirkişilik faaliyetinde bulunmak üzere yetkilendirilmiş, bünyesinde münhasıran bilirkişilerin çalıştığı ve faaliyet gösteren bilirkişilerin tamamının paya sahip olduğu, ticaret unvanında bilirkişilik ifadesinin yer aldığı anonim şirket kurulabilir. Bu amaçla kurulan şirket, bilirkişilik dışında faaliyette bulunamaz."

2-İkinci önerimiz bilirkişilik faaliyeti icra edecek şirketler hakkında, 3568 sayılı Serbest Muhasebeci ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu md. 45/4 hükmü ile Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 30 hükmüne benzer bir düzenleme yapılması şeklinde olup, hazırladığımız tasarı şu şekildedir:

"Bilirkişilik Şirketi"

"Aynı bilirkişilik siciline kayıtlı birden çok bilirkişi, çalışmalarını bilirkişilik şirketi şeklinde birleştirebilir. Bu şirketlerin bilirkişilik faaliyetine ilişkin işleri ticari iş sayılmaz. Bu şirketlerde yapılacak

işlerden cezai sorumluluk işi yapan bilirkişiye aittir. Bu şirketlerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.

Bilirkişilik faaliyetinde bulunmak amacıyla kurulmuş bilirkişilik şirketleri faaliyet konusu dışında başka bir işle uğraşamaz. Bu şirketlerin ticaret unvanında mesleki faaliyetin belirtilmesi zorunludur.

Şirket, bilirkişilik faaliyetinin icrasına ilişkin işlerde ancak ortak veya ortaklar tarafından temsil edilebilir."

3-Üçüncü önerimiz ise, Türk hukukuna mutlaka kazandırılması gerektiğini düşündüğümüz, Alman hukukunda uygulanan sınırlı sorumlu meslektaş ortaklığı adlı şahıs şirketinin TTK'nın kollektif ve komandit şirketlere ilişkin hükümlerine ek bir madde konulması suretiyle Türk hukukunda yeni bir şirket türü olarak öngörülmesi şeklindedir. Bu amaçla hazırladığımız ilk düzenleme tasarısı şöyledir:

"Sınırlı Sorumlu Mesleki Faaliyet Kollektif Şirketi"

"Avukat, doktor, diş hekimi, veteriner, diyetisyen, fizyoterapist, serbest muhasebeci mali müşavir, yeminli mali müşavir, bilirkişilik listesine kayıtlı bilirkişi gibi mesleki ve uzmanlık faaliyetleri ile sanatsal faaliyetlerde bulunan gerçek kişiler mesleki, uzmanlık ve sanatsal faaliyetlerini birlikte yürütmek amacıyla kollektif şirket kurabilirler.

Bu amaçla kurulan şirketlerin ticari işletme işletmesi gerekmediği gibi mesleki, uzmanlık ve sanatsal faaliyetleri de ticari iş niteliğinde değildir.

Bu şirketlerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.

Bu şirketlerde mesleki faaliyetin icrasından münhasıran faaliyeti icra eden meslektaş sorumlu olacak, diğer hallerde kollektif şirkete ilişkin hükümler tatbik edilecektir.

Şirketin ticaret unvanında mesleki faaliyetin ve sınırlı sorumluluk halinin belirtilmesi zorunludur.

Ortaklardan birinin mesleki faaliyetin icrası için gerekli şartları yitirmesi durumunda, ortaklık sıfatı kendiliğinden sona erer."

Komandit şirketlerle ilgili düzenleme önerimiz ise şu şekildedir:

"Mesleki Faaliyet Komandit Şirketi"

"Avukat, doktor, diş hekimi, veteriner, diyetisyen, fizyoterapist, serbest muhasebeci mali müşavir, yeminli mali müşavir, bilirkişilik listesine kayıtlı bilirkişi gibi mesleki ve uzmanlık faaliyetleri ile sanatsal faaliyetlerde bulunan gerçek kişiler mesleki, uzmanlık ve sanatsal faaliyetlerini birlikte yürütmek amacıyla komandit şirket kurabilirler.

Bu amaçla kurulan şirketlerin ticari işletme işletmesi gerekmediği gibi mesleki, uzmanlık ve sanatsal faaliyetleri de ticari iş niteliğinde değildir.

Bu şirketlerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.

Bu şirketlerde mesleki faaliyetin icrasından münhasıran faaliyeti icra eden meslektaş sorumlu olacak, diğer hallerde komandit şirkete ilişkin hükümler tatbik edilecektir.

Şirketin ticaret unvanında mesleki faaliyetin belirtilmesi zorunludur.

Ortaklardan birinin mesleki faaliyetin icrası için gerekli şartları yitirmesi durumunda, ortaklık sıfatı kendiliğinden sona erer."

Yukarıda önerdiğimiz metinlerden de görüleceği üzere söz konusu faaliyetler Alman hukukunda olduğu gibi, ticari iş niteliğinde sayılmayacak ve bu şirketler ticari işletme işletmeyeceklerdir. Bu önerimizin Türk hukukuna kazandırılması halinde sadece bilirkişilik faaliyeti için değil, tüm mesleki ve sanatsal faaliyetler açısından uygulanabilecek yeni bir şirket türü ihdas edilmiş ve böylelikle şahıs şirketlerinin uygulama alanı da genişletilmiş olacaktır. Ayrıca "sınırlı sorumlu bilirkişilik kollektif şirketi" ve "bilirkişilik adi komandit şirketi" ile birlikte bilirkişinin sorumluluğundan kaynaklanabilecek meselelerin de önüne geçilebilecektir.

Ticaret şirketlerinin bilirkişilik faaliyeti icrası konusunda ortaya çıkabilecek bir diğer sorun da bu şirketlerin faaliyet alanları ve şube açma yetkilerinin bulunup bulunmadığı ile ilgilidir. Gerçek kişilerin, kayıtlı oldukları bölge kurulunun yetki çevresi dışında faaliyet göstermeleri mümkün değildir. Bu nedenle aynı hususun bilirkişilik faaliyeti yürütecek şirketler için de geçerli olması gerekir. Aksi durumun kabulü, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir.

Münhasıran bilirkişilik faaliyeti icra etmek amacıyla kurulacak ticaret şirketlerinin yanında gayrimenkul değerleme, bağımsız denetim, oto ekspertiz, bilişim servisi gibi teknik ve uzmanlık bilgisine sahip şirketlerin, bu teknik ve uzmanlık bilgileri nedeniyle bilirkişilik siciline kaydolmaları mümkündür. Bu durumda kanaatimizce söz konusu şirketlerin (faaliyet konularına göre) ticari faaliyetleri de bulunabileceğinden, ticaret unvanlarında bilirkişilik faaliyetine yer vermemeleri gerekir.

KAYNAKÇA

Arkan S, Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018.

Arslanlı H, Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.

Aslan İ Y, Rekabet Hukuku Teori- Uygulama- Mevzuat, 5. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.

Atalay O, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, 15. Bası, İstanbul 2017.

Ayhan R/ Çağlar H/ Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2019.

Ayhan R/ Çağlar H/ Özdamar M, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

Bilgili F/ Demirkapı E, Şirketler Hukuku, Dora Yayınları, Bursa, 2013.

Bilgili F/ Demirkapı E/ Özboyacı A, Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2022.

Doğan B F, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Domaniç H, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt: 1, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.

Dural M/ Öğüz T, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

Erdem E, Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi, Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

https://basin.adalet.gov.tr/tuzel-bilirkisilik-istanbul-ve-antalya-da-uygulanacak (s.e.t. 08.10.2022).

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/3042021071917İnsan%20Hakları%20Eylem%20Planı%20ve%20Uygulama%20Takvimi.pdf (s.e.t. 08.10.2022).

https://sozluk.gov.tr/ (s.e.t. 14.10.2022).

https://www.gesetze-im-internet.de/partgg/BJNR174410994.html (s.e.t. 14.10.2022).

https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss388.pdf (s.e.t. 05.06.2022).

İmregün O, Kollektif Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989.

Kayıhan Ş, Şirketler Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, (2021a).

Kayıhan Ş, Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, (2021b).

Köksal A, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sermaye Piyasası Mevzuatı Bankacılık Mevzuatı Açısından ve Karşılaştırmalı Olarak Bağımsız Denetim Sözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

Poroy R/ Tekinalp Ü/ Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Pulaşlı H, Alman Hukukunda Serbest Meslek Mensuplarına İlişkin Özel Tip "Meslektaş Ortaklıkları", C: 19, 2017, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, ss. 1835-1847.

Şener O H, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Şener O H, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

Tanrıver S, Hukukumuzda Bilirkişilik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Toraman B, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Üçışık G O, Türk Hukukunda Kollektif Ortaklıkta Ortakların Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985.

Zora F, Anglo Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, 2021.

7392 VE 7416 SAYILI KANUNLARLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN ARACI HİZMET SAĞLAYICI OLARAK ÇEVRİMİÇİ ÇOK TARAFLI PLATFORMLARIN SORUMLULUKLARINA VE TÜKETİCİLERE ETKİLERİ

The Effects of the Amendments Made by Law no. 7392 and no. 7416 on the Responsibilities of the Online Multi-Sided Platforms as Intermediary Service Providers and on Consumers

Öğretim Görevlisi Dr. Erman EKİNGEN*
Dr. Miray ÖZER DENİZ**

Öz: Teknolojinin gelişmesi ve internetin insan hayatının ayrılmaz bir parçası haline gelmesiyle birlikte tüketicilerin, mal veya hizmet satıcıları/sağlayıcıları ile fiziken bir araya gelmeden hukuki işlemler yapabilmesi oldukça yaygınlaşmıştır. Bu işlemler genellikle bireysel kullanıcı olan tüketicilerin günlük işlerini yürütmesini kolaylaştıran Amazon, Trendyol, Yemeksepeti gibi farklı çevrimiçi çok taraflı platformlar aracılığıyla gerçekleşmektedir. Günümüzde hemen hemen her tüketicinin bu platformlardan en az birini kullandığı görülmektedir. Bu ilişki 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında mesafeli sözleşme ve 6563 sayılı E-Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında e-sözleşme olarak ifade edilmektedir ve ilgili kanunlarla bu ilişki içerisinde aracı hizmet sağlayıcı olan çevrimiçi çok taraflı platformlar için bazı sorumluluklar belirlenmiştir. Değişime ve gelişime müsait olan bu alanda belirlenen sorumlulukların da çağa ayak uydurur hale getirilmesi bir gereklilik haline gelmiştir. Bu nedenle yukarıda belirtilen kanunlar üzerinde de 2022 yılında belirli değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışmada Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve E-Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun üzerinde yapılan değişikliklerin aracı hizmet sağlayıcı olarak çevrimiçi çok taraflı platformların sorumluluklarını nasıl şekillendirdiği ve bu yeni sorumluluk mekanizmasının e-ticaret içerisinde tüketiciyi nasıl etkilediği tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mesafeli Sözleşme, Tüketici, Aracı Hizmet Sağlayıcı, Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı, Çevrimiçi Çok Taraflı Platformlar, E-Ticaret, Tüketicinin Korunması.

Summary: With the development of technology and the internet becoming an inseparable part of human life, it has become quite common for consumers to make legal transactions without physically meeting with goods or service vendors/providers. These transactions are usually carried out through many different online multi-sided platforms such as Amazon, Trendyol, Yemeksepeti, which facilitate the daily tasks of individual consumers. Today, it is seen that almost every consumer uses at least one of these platforms. This relationship is expressed as a distance contract within the scope of the Law on Consumer Protection No. 4077 and as an e-contract within the scope of the Law on the Regulation of E-Commerce No. 6563, and the relevant laws have determined some responsibilities for online multi-sided platforms that are intermediary service providers in this relationship. It has become necessary to adapt the responsibilities determined in this field, which are suitable for change and development, to keep up with the times. For this reason, specific changes were made to the laws mentioned above in 2022. In this study, it is discussed how the amendments to the Law on Consumers Protection and the Law on the Regulation of E-Commerce shape the responsibilities of online multi-sided platforms as intermediary service providers and how this new responsibility mechanism affects the consumers in e-commerce.

Keywords: Distance Contract, Consumer, Intermediary Service Provider, E-Commerce Intermediary Service Provider, Online Multi-Sided Platforms, E-Commerce, Consumer Protection.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, eekingen@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9534-2860

** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, mdeniz@cu.edu.tr, ORCID:0000-0003-2443-6290

Makale Geliş Tarihi: 27.09.2022, Makale Kabul Tarihi: 14.11.2022

GİRİŞ

İnternetin insan hayatının vazgeçilmez bir parçası haline geldiği artık yadsınamaz bir gerçektir. İnternetin insan hayatındaki bu öneminin bir sonucu olarak günlük rutinde yürütülen birçok iş dijitalleşmiş ve çevrimiçi ortamlar üzerinden yürütülür hale gelmiştir. Bu değişimin en önemli sonucu olarak çevrimiçi çok taraflı platformların sayıları ve kullanımı artmıştır. Bu da bu platformların hem ekonomik hem de hukuki anlamda tartışmalara konu olmasına neden olmuştur.

Hukuki açıdan ortaya çıkan tartışmaların en önemlilerinden biri çevrimiçi çok taraflı platformlar aracılığıyla fiziki olarak bir araya gelmeden akdedilen sözleşmelerdir. Özellikle akdedilen bu sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olduğu varsayımda ortaya çok daha karmaşık bir durum çıkmaktadır. Tüketicilerin çevrimiçi olarak bir platform aracılığıyla mal ve hizmet satın alınmasına yönelik olarak herhangi bir satıcı/sağlayıcı ile yapmış olduğu sözleşmeler kural olarak mesafeli sözleşme olarak kabul edilmektedir[1]. Mesafeli sözleşmeye ilişkin temel esasların düzenlendiği 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) mesafeli sözleşme ilişkisi içerisinde tüketicinin işlem yaptığı satıcı/sağlayıcı için belirli sorumluluklar belirlemiştir. Bununla birlikte ilgili mesafeli sözleşmenin çevrimiçi ortamda elektronik iletişim araçlarıyla gerçekleşiyor oluşu, tüketicilerin akdetmiş olduğu sözleşmenin elektronik sözleşme (e-sözleşme) olarak da nitelendirilmesi ve dolayısıyla 6563 Sayılı E-Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda (E-ticaret Kanunu) yer alan hükümlerin de platform ilişkisini tanımlamada ve bu ilişkiden doğan sorumlulukların belirlenmesi noktasında etkili olması sonucunu ortaya çıkarmıştır.

Değişen ticaret koşulları, teknolojinin gelişmesi ve çevrimiçi çok taraflı platformların insanların günlük işlerini yürütmesinin vazgeçilmez bir parçası haline gelmesiyle bu alanın ortaya çıkan gelişmelere ayak uydurabilmesi için güncellenmesi gerekliliğini gündeme getirmiştir. Bu nedenlerle Nisan 2022'de 7392 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[2] ile TKHK üzerinde ve Temmuz 2022'de 7416 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[3] ile E-ticaret Kanunu üzerinde belirli değişiklikler yapılmış ve e-ticaretin önemli aktörlerinden olan çevrimiçi çok taraflı platformların aracı hizmet sağlayıcı olarak sorumlulukları üzerinde değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca, 31932 sayılı Resmî Gazete'de Mesafeli Sözleşmeler

---

1 Aydın Zevkliler/Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 322; Mustafa Topaloğlu, "Mesafeli Sözleşmeler", C. 2, S. 3, 2016, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 17-18.

2 RG, 24.3.2022, Sayı: 31796.

3 RG, 1.7.2022, Sayı: 31889.

Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (MSYDY) ile aracı hizmet sağlayıcılarının tüketiciye karşı sorumlulukları düzenlenmiştir.

Çalışmada TKHK ve E-ticaret Kanunu üzerinde yapılan değişikliklerin aracı hizmet sağlayıcı olarak çevrimiçi çok taraflı platformların sorumluluklarını nasıl şekillendirdiğinin ve bu yeni sorumluluk mekanizmasının e-ticaret içerisinde tüketiciyi nasıl etkilediğinin ayrıntılarıyla anlatılması amaçlanmıştır.

Bu amaçla makale içerisinde öncelikle birinci bölümde çevrimiçi çok taraflı platformlar ve genel yapısı açıklanacaktır. Ardından ikinci bölümde mesafeli sözleşme kavramı açıklanıp çevrimiçi çok taraflı platform ilişkisi içerisinde kurulması hali özellikle incelenecektir. Tüm bu genel açıklamaların ardından çalışmanın temel amacına uygun olarak üçüncü bölümde doğrudan TKHK ve 7392 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler kapsamında aracı hizmet sağlayıcının sorumluluklarına ve tüketiciye etkisine odaklanılacaktır. Son olarak dördüncü bölümde ise E-ticaret Kanunu ve 7416 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler kapsamında aracı hizmet sağlayıcının sorumlulukları ve tüketiciye etkisi incelenip çalışma sonuca ulaştırılacaktır.

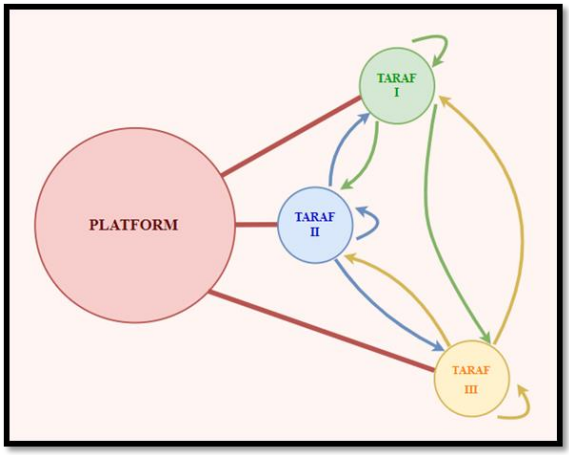
I- BİR ARACI HİZMET SAĞLAYICI OLARAK ÇEVRİMİÇİ ÇOK TARAFLI PLATFORMLAR

Çevrimiçi çok taraflı platformlar hem ürün satıcılarına/hizmet sağlayıcılara hem de bu ürün ve hizmete erişmek isteyen tüketicilere alışveriş yapma, bilgi arama, kitap okuma, müzik dinleme, video izleme ve toplantılara katılma gibi genel ihtiyaçlar üzerinde aracılık yapmaktadır. Temel olarak bu platformların amacı, iki veya daha fazla farklı ticaret aktörünü ihtiyaç duydukları arama ve eşleştirme hizmetini sağlayarak çevrimiçi ortamlarda bir araya getirmek olarak ifade edilebilir[4]. Ortaya koydukları bu çok taraflı ilişkide tarafların sorumluluklarını belirleyebilmek için tarafların bu ilişkideki rollerini analiz etmek gerekmektedir. Bunun için artık neredeyse her ürün satıcısının, hizmet sağlayıcının ve bireysel kullanıcının dahil oldukları çok taraflı platform ilişkilerinin ayrıntılarıyla incelenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Aşağıda üç farklı tarafın bir platform aracılığıyla bir araya geldiği hali tasvir etmeye çalışan Şekil I'de görüleceği üzere, çevrimiçi çok taraflı platform ilişkilerinde, aynı anda varlık gösteren üç temel ilişki söz

[4] David S Evans, "Multi-Sided Platforms, Dynamic Competition, and The Assessment of Market Power for Internet-Based Firms", The University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper Series, 2016, S. 753, s. 6; Giuseppe Colangelo/Mariaterasa Maggiolino, "Applying Two-Sided Markets Theory: The MasterCard and American Express Decisions", C. 14, S. 1, 2018, Journal of Competition Law & Economics, s. 116.

konusu olmaktadır. Bunların ilki kırmızı çizgi ile gösterilen ve platform ilişkisine dahil olan tarafların doğrudan platform ile arasında var olan ilişkidir. Platform, aracısı olduğu ilişkinin tarafları ile doğrudan iletişim içerisindedir ve bu iletişimin yanında ilişkinin tüm farklı tarafları arasında oluşabilecek etkileşimlere de olanak tanır. Her farklı iki taraf arasında ortaya çıkan bu etkileşimler de ikinci temel ilişkiyi oluşturmaktadır. Şekil I'de Taraf I, II ve III arasında yeşil, mavi ve sarı çizgilerle taraflar arasında oluşacak ilişki tasvir edilmeye çalışılmıştır. Son temel ilişki ise platformun ortaya koyduğu aracılık ile her bir tarafın kendi içerisindeki katılımcılarla bir araya gelmesi ve etkileşim oluşturmasından ortaya çıkmaktadır. Şekil I'de Taraf I, II ve III'ün yeşil, mavi ve sarı renklerde kendi üzerlerine dönen ok ile de bu ilişki hali tasvir edilmeye çalışılmıştır.



Şekil I: Çok taraflı platform ilişkisi[5]

Bu ilişkiyi çevrimiçi çok taraflı platformların en önemli örneklerinden olan Amazon üzerinden açıklamak gerekirse; e-ticaret pazaryeri platformu olarak ifade edebileceğimiz Amazon, ürünlerini son kullanıcılara ulaştırmak isteyen satıcıları, bu ürünlere ulaşmak isteyen son kullanıcıları ve kullanıcılara platform üzerinden vereceği reklamlar ile ulaşmak isteyen reklam verenleri bir araya getiren bir platform ilişkisi ortaya koymaktadır. Amazon aracılığıyla ortaya çıkan platform ilişkisini Şekil I üzerinde açıklayacak olursak; platform Amazon'u, Taraf I satıcıları, Taraf II bu ürünlere ulaşmak isteyen son kullanıcı olan tüketicileri ve Taraf III reklam verenleri ifade etmektedir.

Amazon örneğinde, platform ilişkisi içerisinde yer alan tüm tarafların, doğrudan Amazon ile temel bir ilişkisi vardır. Bu temel ilişkiden kaynaklanan imkanlar ile hem platform ilişkisi içerisinde yer

[5] Erman Ekingen, The Relation Between EU Competition Law Policy and Consumers in Online Multi-Sided Platform Markets: An Analysis Based on Consumer Welfare Standard, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2022, s. 49.

alan farklı taraftan hem de kendileriyle aynı taraftan olan diğer aktörler ile de etkileşim içerisinde olma imkânı her bir tarafa tanınmıştır. Örneğin Amazon kullanıcısı, hem platform ilişkisi içerisinde yer alan satıcılar ve reklam verenler ile iletişime geçebilir hem de diğer kullanıcıların herhangi bir ürün için verdiği puanlar ve yaptıkları yorumlar üzerinden, kendi tarafında bulunan diğer kullanıcılarla etkileşim içerisinde bulunabilir.

Geleneksel pazarlardaki birbirinin ardından gelen ve sadece iki taraf arasında devam eden ilişkilerle kıyaslandığında daha karmaşık bir ilişki örneği ortaya koyan çevrimiçi çok taraflı platformlar incelendiğinde, bu platform ilişkilerinde yer alan aktörlerin çoğunun bireysel son kullanıcı olan tüketiciler olduğu görülecektir. Amazon, Trendyol, Facebook, booking.com, Spotify, Microsoft, Uber, Yemeksepeti ve sayabileceğimiz birçok örnek, tüketici konumundaki kullanıcı sayıları açısından bu platform ilişkilerinin ne denli önemli olduğunu ortaya koyacaktır; çünkü, internete erişimi olan tüm tüketiciler, herhangi bir sınır olmaksızın, istedikleri her platform ilişkisine kolayca dahil olabilmektedirler[6].

Tüketicilerin oldukça yoğun olarak yer aldığı bu platform ilişkileri doğal olarak tüketici hukukunun da önemli tartışma konularından biri haline gelmiştir. Özellikle son yıllarda artan sayıları, kolay ulaşılabilir olmaları, tüketiciler için yer, zaman gibi koşullar açısından oldukça geniş bir kulanım alanı ve kolaylığı sağlıyor olmaları, satıcıların/sağlayıcıların tüketicilerle doğrudan iletişime geçebilme imkanları sayesinde etki güçleri yüksek olan çevrimiçi çok taraflı platformlar, tüketicilerin konumu açısından incelenmesi ve üzerine düzenleme yapılması gereken alanlardan biri haline gelmiştir.

Tüketicilerin çevrimiçi olarak bir platform aracılığıyla mal ve hizmet satın alınmasına yönelik olarak herhangi bir satıcı/sağlayıcı ile yapmış olduğu sözleşmeler, kural olarak mesafeli sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle mesafeli sözleşme kavramının ayrıntılarıyla açıklanması bu çalışma için bir gerekliliktir ve bir sonraki bölüm bu amaca hizmet edecektir.

II- MESAFELİ SÖZLEŞME: TANIMI, UNSURLARI VE PLATFORM İLİŞKİSİNE DAYALI OLARAK KURULMASI

Günümüzde teknolojinin gelişmesiyle birlikte, satıcı/sağlayıcı ile tüketicinin bir araya gelerek akdettiği geleneksel sözleşmelerin yanında taraflar, bir araya gelmeden uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla sözleşme akdedebilmektedirler. Taraflardan birinin tüketici olduğu ve tarafların

[6] Daniel A. Hanley, "A Topology of Multisided Digital Platforms", Connecticut Public Interest Law Journal, C. 19, S. 2, 2020, s. 276.

fiziki olarak bir araya gelmeden akdettiği sözleşmeler, mesafeli sözleşme olarak kabul edilmektedir[7].

Mesafeli sözleşmeye ilişkin esaslar TKHK'un 48. maddesinde, 29188 Sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde (MSY) ve 29253 Sayılı Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde (FHMSY) düzenlenmiştir. Ancak bunun yanında platform ilişkisine dayalı sözleşmelerin çevrimiçi ortamda elektronik iletişim araçlarıyla gerçekleşiyor oluşu, tüketicilerin akdetmiş olduğu ilgili sözleşmenin e-sözleşme olarak da nitelendirilmesini ve dolayısıyla E-ticaret Kanunu yer alan hükümlerin de platform ilişkisini tanımlamada ve bu ilişkiden doğan sorumlulukların belirlenmesi noktasında etkili olması sonucunu ortaya çıkarmıştır.

Mesafeli sözleşmeler, TKHK'ya, 4822 Sayılı Kanun md. 9/A ile eklenmiştir. Mesafeli sözleşme, TKHK md. 48/I'de, *"Satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir"* şeklinde ifade edilmiştir.

Mesafeli sözleşmelerden bahsedebilmek için öncelikle, sözleşmenin tarafı olan satıcı/sağlayıcı ile tüketicinin, sözleşmenin kurulması ve sözleşme görüşmeleri sırasında fiziki olarak bir araya gelmemesi gerekir. Bu kapsamda, taraflar hem sözleşme görüşmeleri hem de sözleşmenin kurulma aşamasında uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla görüşmüş olmalıdır[8]. Taraflar, sözleşmeyi uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla kurmalıdır[9]. Bu vasıtaların neler olduğu MSY md.

---

[7] Mesafeli sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bknz. Ece Baş Süzel, Mesafeli Sözleşmeler ve İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 12 vd.; Zeynep Özbay Özdoğru, İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketiciye Karşı Sorumluluğunun Şartları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 13 vd; Şebnem Akipek Öcal/ İlhan Kara, Tüketici Hukuku Dersleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 136 vd; Mustafa Topaloğlu, "Madde-48 Mesafeli Sözleşmeler", Hakan Tokbaş/ Özlem Tüzüner (Ed.), Milli Şerh (National Commentary), Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2016; Seda İrem Çakırca, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Mesafeli Sözleşmeler", C. 34, S. 3, 2018, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 108.

[8] Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 48'in gerekçesine göre; tüketici, satıcı/sağlayıcının işyerine yalnızca mal veya hizmetler hakkında bilgi toplamak için gitmiş fakat sözleşme müzakereleri ve sözleşmenin kurulması uzaktan iletişim aracıyla gerçekleştirilmişse yine mesafeli sözleşmeden bahsedilir. Zevkliler/Özel, s. 322; Topaloğlu, (2016a), s. 17-18; Çakırca, s. 108-109; Cihan Avcı Braun, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler", C.12, S. 2, 2016, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 29; Özbay Özdoğru, s. 16 vd; Baş Süzel, 2022, s. 13.

[9] TKHK m. 48'in gerekçesinde, sözleşmenin kurulması anına kadar şeklindeki ifade "Bu tanım aynı zamanda tüketicinin sadece mal veya hizmetler hakkında bilgi toplamak amacıyla bir satıcı veya sağlayıcının işyerini ziyaret etmesinin ardından uzaktan bir iletişim aracı vasıtasıyla sözleşmeyi müzakere ettiği ve kurduğu durumları da kapsar.

4'te, "*Mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkân veren her türlü araç veya ortamı*" şeklinde tanımlanmıştır. Tanımın sınırlı sayı şeklinde değil örnekseme yoluyla yapılmasından yola çıkarak, tarafların fiziken bir araya gelmeksizin iletişim kurmasını sağlayan her türlü araç şeklinde geniş yorumlama yapmak mümkündür[10].

Buradan anlaşılacağı üzere, TKHK'da mesafeli sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu'ndaki (TBK) mesafeli satıştan farklıdır. TBK'daki mesafeli satışta, taraflar sözleşmenin kurulması aşamasında bir arada olup satış konusu mal başka bir yere gönderilerek ifa gerçekleşmektedir. TKHK, sözleşmenin kurulması anını esas almaktadır. TBK ise ifanın şekline ilişkindir[11].

Bunun dışında, taraflar arasındaki sözleşmenin kapsam dışı sözleşme olmaması gerekmektedir. Hangi sözleşmelerin mesafeli sözleşme kapsamında olmadığı MSY md. 2'de sayılmıştır[12]. Ayrıca belirtmek gerekir ki, taraflar arasında kurulan sözleşmenin mesafeli sözleşme olması için TKHK kapsamındaki mal ve hizmetlerden olması gerekir[13]. TKHK md. 3'e göre mal, alışverişe konu olan taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamdaki yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallardır. Hizmet ise ücret

---

Bu durumun tam tersine satıcı veya sağlayıcının işyerinde müzakere edildikten sonra uzaktan bir iletişim aracı kullanılarak kurulan bir sözleşme mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez. Bir sözleşme uzaktan iletişim araçlarıyla başlatılırsa, fakat sonunda satıcı veya sağlayıcının işyerinde kurulursa bu da mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez. Benzer şekilde mesafeli sözleşme kavramı bir profesyonelden hizmet almak amacıyla tüketici tarafından uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla rezervasyon yapılması durumunu kapsamaz. Örneğin saç tıraşı olmak için berberin aranarak rezervasyon yapılması" şeklinde açıklanmıştır. Dolayısıyla, sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin kurulma anında taraflar bir araya gelmemelidir.

10 Topaloğlu, (2016b) s. 765; Akipek/Kara, s. 137

11 Ümit Gezder, "Mesafeli Sözleşmeler", Murat İnceoğlu (Ed.), Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 334-335; Mehmet Demir, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015, s. 15.

12 Yönetmelik maddesine göre, a) Finansal hizmetler, b) Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar, c) Halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı, ç) Bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler, d) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı, e) Konut kiralama, f) Paket turlar, g) Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi, ğ) Yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi, h) 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerindeki bilgi verme yükümlülüğü ile 18inci ve 19uncu maddelerde yer alan yükümlülükler saklı kalmak koşuluyla yolcu taşıma hizmetleri, ı) Malların montaj, bakım ve onarımı, i) Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler sözleşmelere mesafeli sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır.

13 Avcı Braun, s. 23 vd; Özbay Özdoğru, s. 25.

veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemidir.

Tanımdan ve yapılan açıklamalardan mesafeli sözleşmeler ve çevrimiçi çok taraflı platformların bu ilişkideki yerleri açısından büyük önem taşıyan iki husus bulunmaktadır. Öncelikle mesafeli sözleşme bir bağımsız sözleşme tipini değil, uzaktan iletişim araçlarıyla kuruluyor olmasını vurguladığından, sözleşmenin kuruluş yolunu ifade etmektedir[14]. Dolayısıyla herhangi bir kanunda belirtilen şartlara uygun olarak uzaktan iletişim araçlarıyla kurulmuş olan tipik ya da atipik bir sözleşme mesafeli sözleşme olabilir[15]. Burada ilgili sözleşme uzaktan iletişim aracıyla kurulduğu için ayrıca mesafeli vasfına sahip olacaktır[16].

Diğer önemli nokta ise çevrimiçi çok taraflı platformların bu tanımda nasıl ifade edildiğine ilişkindir. Platform ilişkisi içerisinde platformun tüketici hukuku anlamında konumunu anlamak için dikkat edilmesi gereken husus, tanım içerisinde mesafeli sözleşme için mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistemin varlığının aranmasıdır. Dolayısıyla, her uzaktan pazarlama sisteminin değil; ancak sözleşme kurmaya elverişli bir sistemin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Örneğin, çeşitli mal ve hizmetlerin fiyatlarını karşılaştırmaya imkan sağlayan bir internet sitesi, sözleşme kurmaya imkan sağlamadığından, bu çalışma kapsamında uzaktan pazarlama sistemi olarak kabul edilmeyecektir[17].

Bu ifade ile ayrıca anlatılmak istenen diğer bir konu ise mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik düzenli bir organizasyonun varlığıdır[18]. Nitekim madde gerekçesinde "*Önemli olan uzaktan pazarlamanın tek seferlik, istisnai bir durum olmamasıdır*" şeklindeki ifadeyle sistemin sürekliliği vurgulanmıştır.

Düzenli ve organize sistemin varlığı şart olmakla birlikte bu sistemin bizahiti satıcı veya sağlayıcı tarafından kurulması gerekmez[19]. Nitekim günümüz ilişkilerinde bu organizasyon genellikle çevrimiçi çok taraflı platformlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte daha önce de belirttiğimiz gibi, satıcı/sağlayıcı ve tüketici arasındaki işlemlere aracılık eden platformların öneminin artması sebebiyle bu platformları özellikle ifade edecek ve aracılık vasfını vurgulayacak terim arayışı da başlamıştır. Bu arayış tüketici hukuku için 1 Nisan 2022 tarihinde

---

14 Gezder, s. 334-335; M. Murat İnceoğlu/ Ece Baş Süzel, "Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketiciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5)", C. 15, 2020, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 189-190.

15 Derya G. Bütün Yılmaz, "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı", C. 69, S. 2, 2020, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 329.

16 Gezder, s. 335.

17 Baş Süzel, 2022, s. 18.

18 Demir, s. 25.

19 Baş Süzel, 2022, s. 16; Özbay Özdoğru, s. 31.

yayınlanan 7392 sayılı Kanun ile TKHK md. 48 hükmünde oluşturulan mesafeli sözleşme ilişkisine aracı hizmet sağlayıcı olarak yeni bir kavramın dahil edilmesiyle son bulmuştur.

MSYDY md. 2'de aracı hizmet sağlayıcı, "*Oluşturduğu sistem ile uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden gerçek veya tüzel kişiyi*" olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede platform ise "*Kamu hizmetlerinin tek noktadan sunulduğu ortak kamu elektronik platformu hariç olmak üzere, aracı hizmet sağlayıcının mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık etmek üzere oluşturduğu sistem*" olarak tanımlanmaktadır.

Dikkat edileceği üzere MSYDY'deki tanımlar, E-ticaret Kanunu ile uyumludur. Bu, ilgili değişikliklerin, çevrimiçi çok taraflı platformları ifade etmek amacıyla yapıldığını kanıtlar niteliktedir.

Amacı elektronik ticarete ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olan E-ticaret Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı ikinci maddesinde, elektronik ticaret; fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrimiçi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla çalışmamızın temel konusunu oluşturan çevrimiçi çok taraflı platform ilişkileri de bu kanun kapsamında elektronik ticaret olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla kanunun öngördüğü ticari iletişime, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarına, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler ile elektronik ticarete ilişkin bilgi verme yükümlülüklerine ve uygulanacak yaptırımlara tabi olmaktadır.

E-ticaret Kanunu, "Tanımlar" başlıklı ikinci maddesinde aracı hizmet sağlayıcı kavramını tanımlamıştır. İlgili maddenin (d) bendinde bu kavram *"Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişiler"* olarak ifade edilmiştir. Çalışmamızda daha önce de belirtiğimiz gibi günümüz koşulları içerisinde çevrimiçi çok taraflı platformların kapsamına dahil olduğu aracı hizmet sağlayıcı kavramı, TKHK'da yapılan değişikliklerle birlikte hem TKHK hem de E-ticaret Kanunu nezdinde yeknesaklaşmıştır.

7 Temmuz 2022 tarihinde ise söz konusu çerçeveye 7416 sayılı Kanun ile yeni bir kavram daha eklenmiştir. 7416 sayılı Kanun md. 2 hükmü ile E-ticaret Kanunu md. 2/I(f) hükmünde 'Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı' kavramı tanımlanmış ve bu yeni ticaret aktörü için kanunda bazı yeni sorumluluklar belirlenmiştir.

7416 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikte elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, *"Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcıyı"* olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlama ile geniş anlamda e-ticaret ve dar alamda e-ticaret ayrımı üzerinden bir kategorizasyon yapılarak e-ticaret pazaryeri platformları için ayrı bir sorumluluk mekanizması ortaya konmuştur. Geniş anlamda e-ticaret çevrimiçi çok taraflı platformlar ile

gerçekleştirilebilecek tüm ticari aktiviteleri; dar anlamda e-ticaret ise tüketicilerin uygun çevrimiçi ortamlardan mal ve hizmet satın almasına dayalı aktiviteleri ifade etmektedir[20]. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı da dar anlamda e-ticaret anlayışı ile sadece mal ve hizmet sağlayıcılarının ve tüketicilerin çevrimiçi ortamlarda bir araya getirilmesi ve ilgili mal ve hizmetlerin satın alınmasının temel amaç olduğu e-ticaret pazaryeri platformlarını ifade etmektedir. Dolayısıyla E-ticaret Kanunu'nda yapılan değişikliklerin 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte e-ticaret pazaryeri platformları diğer çevrimiçi çok taraflı platformlara nazaran daha farklı sorumluluklar altına gireceklerdir.

Hem TKHK'da hem de E-ticaret Kanunu'nda peş peşe değişikliklerin yapılması, iki kanunda da çevrimiçi çok taraflı platformlar özelinde belirli düzenlemelerin ortaya konması, aracı hizmet sağlayıcı kavramının ve sorumluluklarının yeni düzenlemeler ışığında incelenmesi ve var olan bilgilerin güncellenmesi ihtiyacını ortaya koymuştur. Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde iki kanun metni ve aracı hizmet sağlayıcı için ortaya koydukları sorumluluklar ve bunların tüketiciler için olası etkileri açıklanmaya çalışılacaktır.

III-ARACI HİZMET SAĞLAYICININ TKHK KAPSAMINDAKİ SORUMLULUKLARI

A- DEĞİŞİKLİKLER ÖNCESİNDE ARACI HİZMET SAĞLAYICININ SORUMLULUKLARI

Çalışmanın ikinci bölümünde belirtildiği üzere, mesafeli sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan uzaktan iletişim kurmaya yarayan sistemin, satıcı veya sağlayıcı tarafından kurulması gerekmez. Sistemin satıcı/sağlayıcı dışında üçüncü bir kişi tarafından kurulabileceği, değişiklik öncesi TKHK md. 48/5'teki *aracılık edenler* şeklindeki ifadeden anlaşılmaktaydı.

TKHK md. 48/5 "*Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu maddede yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi hâlinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur*." şeklinde düzenlenmiştir. MSY md. 20'de, oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak

[20] Cihan Doğan, Rekabet Hukuku ve İktisadı Bağlamında Dijital Platformlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 16.

suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenlerin satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Maddedeki "aracılık edenler" ifadesi hem TKHK hem de MSY'de tanımlanmamıştı. Dolayısıyla, aracılık edenlerden kimin/kimlerin anlaşılması gerektiği ile ilgili belirsizlikler yaşanmaktaydı[21]. TKHK ve MSY'deki değişiklikler yapılmadan önceki dönemde, aracılık edenlerin kim/kimler olduğunun belirlenmesindeki zorluk, aracılık edenlerin sorumluluğunun kapsamı ve hukuki dayanağının belirlenmesine de sirayet etmekteydi.

TKHK kapsamında değerlendirildiğinde, mesafeli sözleşme, tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında kurulmaktadır ve bu sözleşmede aracılık edenler taraf değildir[22]. Aracılık edenler ile tüketici arasındaki hukuki ilişki ise üyelik ilişkisidir ki bu ilişki üzerinden ayıplı hizmet/maldan doğan hakların aracılık edenlere karşı kullanılması mümkün değildir[23]. Zira aracılık edenler ile tüketici arasında kurulan üyelik sözleşmesinden doğan yükümlülükler, banka ve iletişim bilgileri gibi kişisel verilerin korunmasından doğan yükümlülüklerdir.

Nitekim Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin önüne gelen olayda, tüketicinin satın aldığı trüf paketinden sigara izmariti çıkmıştır ve tüketici bedel iadesi için aracılık edene başvurmuştur. Mahkeme, taraflar arasında kurulan mesafeli satış sözleşmesinin ön bilgilendirme formunda, D.P.'nin satıcı olduğu bilgisinin yer aldığını belirttikten sonra aracı hizmet sağlayıcı olan çiçeksepeti'nin yükümlülüğünün, hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan kişilerin sağladığı içeriği kontrol etmek olduğuna ve satıcı/sağlayıcıların mal veya hizmete ilişkin hukuka aykırı faaliyetin bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlü olmadığına ve dolayısıyla aracılık eden olarak ayıptan sorumlu olmadığına karar vermiştir[24].

Aracılık edenlerin, değişiklik öncesi sorumluluğunun kapsamına ilişkin olarak farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, bedeli tahsil eden aracılık edenler, tıpkı satıcı/sağlayıcı gibi her türlü borca aykırı

---

[21] Dilşad Keskin, "TKHK Değişiklik m. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketiciye Karşı Sorumluluğu", C .XXVI, S. 3, 2022, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 122.

[22] Baş Süzel, 2022, s. 121; Keskin, s. 140.

[23] Baş Süzel, 2022, s. 121; Keskin, s. 125; Selin Sert Sütçü, "Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi", C. 4, S. 1, 2021, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 280.

[24] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2021/4000, K: 2021/11403

davranıştan sorumlu olmalıdır[25]. Bir diğer görüşe göre, değişiklik öncesi kanuni düzenlemeler, aracılık edenler yalnızca sınırlı olarak sorumludur[26]. Aracılık edenler, satıcı/sağlayıcının temerrüt veya ayıba karşı tekeffülünden değil yalnızca sistemin işleyişine ilişkin sorumlulukların yerine getirilmemesinden doğmaktadır[27].

Aracılık eden kavramının kim/kimler olduğu, kime karşı hangi hukuki dayanak ile sorumlu olduğu yönündeki tartışmalar, yapılan değişiklikler ile son bulmuştur. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde yapılan değişiklik maddeleri bu yönleriyle incelenecektir.

B-DEĞİŞİKLİKLER SONRASI ARACI HİZMET SAĞLAYICININ SORUMLULUKLARI

Aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin 7392 sayılı Kanun ve MSYDY ile iki köklü değişiklik yapılmıştır. Birincisi, aracılık edenler ifadesi, aracı hizmet sağlayıcı olarak değiştirilmiştir. İkinci olarak, aracı hizmet sağlayıcının tüketiciye karşı olan sorumluluğu genişletilmiştir. Mevzuat değişiklikleri ile satıcı/sağlayıcı ile müteselsilen sorumlu tutulduğu noktalar haricinde, aracı hizmet sağlayıcı tek başına tüketiciye karşı sorumlu hale getirilmiştir[28].

MSYDY md. 10 ile "*Aracı hizmet sağlayıcının yükümlülükleri*" başlıklı MSY md. 12/A hükmü eklenmiştir. Bu eklenen hüküm ile aracı hizmet sağlayıcısına özellikle çevrimiçi çok taraflı platform üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerde bir takım sorumluluklar getirilmiştir. Aşağıda aracı hizmet sağlayıcının sorumlulukları tek tek incelenecektir.

IV- ÖN BİLGİLENDİRME VE TEYİT YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Tüketicinin bilgilendirme yükümlülüğü, TKHK md. 48/2'de yer aldıktan sonra MSY'nin ikinci bölümünde md. 5-8 arasında, ön bilgilendirmede hangi bilgilerin verileceği, bu bilgilendirmenin ve teyidinin ne şekilde olacağı ve diğer yükümlülükleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. MSYDY md. 3-6 ile "sağlayıcı" ibaresinden sonra gelmek üzere "ile aracı hizmet sağlayıcı" ibaresi eklenmiştir. Bu şekildeki düzenleme ile aracı hizmet sağlayıcının tüketiciye karşı olan yükümlülükleri açıkça belirlenmiştir.

TKHK md. 48'e ve MSY'de yapılan değişiklik ile aracı hizmet sağlayıcıya, kurulan mesafeli sözleşmeye ilişkin ön bilgilendirme yapma ve bilgilendirme yapıldığının teyidini almaya ilişkin yükümlülük açıkça

---

[25] Topaloğlu, (2022b), s. 775.

[26] Baş Süzel, 2022, s. 123; İnceoğlu/ Baş Süzel, s. 475 vd.

[27] Sert Sütçü, 2021, s. 285.

[28] Keskin, s. 141.

getirilmiştir. Bu düzenleme olmasaydı, mesafeli sözleşmenin tarafı olmayan aracı hizmet sağlayıcının, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya teyidinin yapılmamasından dolayı sorumluluğu söz konusu olmayacaktı[29]. Değişikler ile birlikte aracı hizmet sağlayıcının hem satıcı/sağlayıcı ile müteselsil hem de tek başına sorumlu olduğu iki durum gündeme gelmiştir.

MSYDY md. 3 ile MSY md. 5'te yapılan değişiklik:

"b) Satıcı veya sağlayıcı ile aracı hizmet sağlayıcının adı veya unvanı, MERSİS numarası veya vergi kimlik numarası,

c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkân veren açık adres, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket edenin kimliği ve adresi,

ç) Satıcı veya sağlayıcı ile aracı hizmet sağlayıcının tüketicinin şikayetlerini iletmesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi,"

"f) Ödeme, ticari reklam ve tanıtımlarında taahhüt edilen süre ile uyumlu teslim veya ifa süresi, teslimat ve ifaya ilişkin diğer bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcı ile aracı hizmet sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri,

g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü, satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgi ile malın bu taşıyıcıyla iadesi halinde teslim masrafını geçmemek üzere iade masraf tutarına ve hangi tarafça karşılanacağına, öngörülenin dışında bir taşıyıcıyla iadesi halinde ise iade masrafını tüketicinin karşılayacağına ilişkin bilgiler," şeklindedir.

Bu kapsamda öncelikle aracı hizmet sağlayıcı, satıcı veya sağlayıcı ile birlikte, MSY'ye eklenen fıkradaki bilgileri, tüketiciye sözleşme kurulmadan önce vermelidir.

MSYDY md. 3 ile MSY md. 5'e eklenen hükme göre aracı hizmet sağlayıcı ön bilgilendirmenin yapılmasından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur. Müteselsil sorumluluk ilişkisi ayrıca 7392 sayılı Kanun ile TKHK md. 48'de düzenlenen ön bilgilendirmeye ilişkin yükümlülüğe de eklenmiştir ve md. 48/6'da belirtilmiştir. Eklenen TKHK md. 48/6-a'ya göre, aracı hizmet sağlayıcı, tüketiciye ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve ispatından, satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Ayrıca, TKHK md. 48/6-b ve MSYDY md. 3 uyarınca, veri girişinin aracı hizmet sağlayıcı tarafından yapıldığı durumlarda, zorunlu hususlardaki eksikliklerden ve verilerin doğruluğundan aracı hizmet sağlayıcı sorumludur. Bu halde, önceki fıkradan farklı olarak, aracı

[29] Baş Süzel, 2022, s. 125.

hizmet sağlayıcı tek başına sorumludur. Nitekim veri girişi kendisi tarafından yapılmaktadır.

MSY md. 6, ön bilgilendirmenin şekline ilişkindir. Bu maddeye göre, bilgilendirme yükümlülüğü, uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde satıcı, tüketici ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce, sağlayıcı veya aracı hizmet sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılmalıdır.

MSYDY md. 4 ile MSY md. 6'ya eklenen hükme göre,

"*Mesafeli sözleşmenin platform üzerinden kurulması halinde aracı hizmet sağlayıcı bu maddede düzenlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesinden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur. Veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapıldığı durumlar hariç olmak üzere, bu maddede belirtilen bilgilendirmelerde bulunulması zorunlu hususlardaki eksikliklerden ise aracı hizmet sağlayıcı sorumludur."* şeklindedir. Dolayısıyla, ön bilgilendirmenin mevzuata uygun şekilde yapılmasından aracı hizmet sağlayıcı, tüketiciye karşı, satıcı/sağlayıcı ile müteselsil sorumludur. Ancak, veri girişi kendisi tarafından yapılıyorsa, eksikliklerden tek başına sorumlu olacaktır.

MSYDY md. 5 uyarınca aracı hizmet sağlayıcı, tüketicinin mevzuatta yer alan ön bilgileri edindiğini, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamak zorundadır. Bu konuda satıcı veya sağlayıcı ile birlikte sorumludur. Ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmaması halinde, sözleşme kurulmamış sayılacaktır.

Bu şekilde aracı hizmet sağlayıcının ön bilgilendirme ve teyidinin yapılmasıyla yükümlü tutulması, öncelikle tüketiciyi korumayı amaçlar. Zira tüketici çoğu kez, satıcı/sağlayıcıyı tanımadan salt aracı hizmet sağlayıcıya güvenerek işlem yapmaktadır. Bilgilendirme gibi önemli bir konuda aracı hizmet sağlayıcının da sorumlu tutulması tüketicinin sözleşme öncesinde korunması açısından etkili olacaktır. Aracı hizmet sağlayıcı da müteselsil sorumlu olduğu satıcı ve sağlayıcıya, bu ön bilgilendirme ve teyidinin yapılması konusunda öncü ya da yardımcı olacaktır. Bu noktada, aracı hizmet sağlayıcıların, ön bilgilendirme ve teyidinin yapılmasını, kurdukları sistem üzerinden doğrudan üstlendikleri de uygulamada görülmektedir[30].

7392 sayılı Kanun ile TKHK md. 48'e daha önceki mevzuatta yer almayan bir fıkra eklenmiştir. Ayrıca, TKHK md. 48/6-f'ye göre, aracı hizmet sağlayıcı, ön bilgilendirmede yer alan hususlar ile reklamlarında yer alan bilgilerin uyumlu olmasından ve ispatından sorumludur. Bu şekilde bir sorumluluk öngörülmesinde kuşkusuz aracı hizmet sağlayıcının reklam içeriğini belirlemesindeki etkisi rol oynamaktadır[31]. Reklamlarda yer alacak bilgiler, aracı hizmet sağlayıcı tarafından

[30] Baş Süzel, 2022, s. 126.

[31] Keskin, s. 132.

belirlendiğinden, bu bilgiler ile mesafeli sözleşmenin ön bilgilendirmesindeki uyumsuzluklardan aracı hizmet sağlayıcının sorumlu olması bu anlamda yerinde olmuştur.

V-KESİNTİSİZ AÇIK BİR SİSTEM KURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TKHK md. 48'e göre, mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için düzenli ve organize, hizmet veya satış ağına sahip bir sistem olması gerekir. Yukarıda bahsedildiği gibi buradaki sistemden anlaşılması gereken bir defaya mahsus değil; düzenli bir pazarlamaya yönelik organizasyondur[32]. Sistemin oluşturulma şartlarına ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Bu sistemin satıcı veya sağlayıcı tarafından kurulmuş olması veya yönetilmesi gerekmez[33]. Nitekim aracı hizmet sağlayıcının rolü bu noktada başlamaktadır. 7392 sayılı Kanun md. 7 ile aracı hizmet sağlayıcıya, mesafeli sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükler ile tüketicilerin yönetmelikle belirlenen hususlara ilişkin talep ve bildirimlerini iletebilmelerine ve takip edebilmelerine elverişli bir sistemi kurmak ve kesintisiz olarak açık tutma yükümlülüğü getirilmiştir. MSYDY md. 10 ile eklenen MSY m. 12/A-1'e göre, platform üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerde aracı hizmet sağlayıcı, tüketicilerin cayma hakkını kullanmasına, sözleşmenin feshine, bedelin iadesine yönelik bildirimleri, yapılan işlemler ile teslimat veya ifaya ilişkin talep ve şikâyetleri iletebilmelerine elverişli bir sistem kurmalıdır.

Bu sistemin kesintisiz olarak açık kalmasından aracı hizmet sağlayıcı sorumludur. MSYDY md. 10 ile eklenen MSY m. 12/A-2 uyarınca, aracı hizmet sağlayıcı, bu sistem içerisinde kendisine yapılan bildirim ve talepleri satıcı ve sağlayıcıya derhal iletmek sorumluluğu altındadır.

Burada amaçlanan, sistemin yalnızca tarafları bir araya getirerek mesafeli sözleşme kurulmasını sağlamanın yanında, tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında iletişim kurulabilmesiyle talep ve bildirimlerin iletilebilmesidir[34]. Böylece tüketici, örneğin ayıp bildirimini aynı sistem içerisinden satıcı/sağlayıcıya ilave bir çaba sarf etmeden yapabilecektir. Bu şekilde, tüketicinin sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin süresi boyunca muhatap bulma zorluğu yaşamaması amaçlanmıştır[35].

---

[32] Avcı Braun, s. 28; Demir, s. 26.

[33] Keskin, s. 128; Özge Uzun Kazmacı, "İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", C. 22, S. 3, 2016, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 2795.

[34] Keskin, s. 129.

[35] Keskin, s. 128; Baş Süzel, 2022, s. 124.

VI- CAYMA HAKKININ KULLANIMINA İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLER

Cayma hakkı, tüketiciyi sözleşme sonrasında koruyan en önemli haktır. Tüketici, uzaktan iletişim araçlarıyla muayene etme fırsatı olmadan aldığı mal veya hizmetten memnun kalmaması, beklediği kaliteden farklı ya da yanlış ürün teslim edilmesi halinde, sözleşme ile bağlı kalmak zorunda bırakılmamıştır. Tüketicinin mağdur olmaması ve korunması amacıyla TKHK'da sözleşme sonrasında cayma hakkı tanınmıştır.

Cayma hakkının hukuki niteliği ile ilgili farklı görüşler olmakla birlikte, cayma hakkı, tüketicinin varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran haktır[36]. TKHK m. 48/4'e göre tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.

Bilgilendirilme, cayma hakkının kullanımında da söz konusu olur. Tüketiciye cayma hakkının varlığı konusunda bilgi verilmez veya eksik bilgi verilir ise cayma hakkına ilişkin bu süreler başlamayacaktır. MSY md. 10 uyarınca, bilgilendirmenin tam ve gereği gibi yapılmasından sonra cayma hakkının kullanılmasına ilişkin süre başlar.

MSY md. 10, cayma hakkı ile ilgili bilgilendirmenin yapıldığının ispatını satıcı/sağlayıcıya yüklemiş iken MSYDY md. 7, aracı hizmet sağlayıcıya da bu sorumluluğu getirmiştir. Böylece, MSY'deki değişiklikle, tüketiciye cayma hakkı konusunda bilgilendirme yapıldığının ispatında aracı hizmet sağlayıcı da satıcı ve sağlayıcı ile birlikte sorumludur.

Cayma hakkını kullanmak isteyen tüketici, süresi içerisinde, cayma bildirimini yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcı, sağlayıcı veya aracı hizmet sağlayıcıya (MSYDY md. 8) yöneltmelidir. MSYDY md. 9 ile MSY md. 12/6 olarak eklenen fıkrada, cayma bildiriminin satıcı veya sağlayıcıya yapılması halinde, satıcı ve sağlayıcının bu bildirimi aracı hizmet sağlayıcısına bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

MSYDY md. 8'de, sözleşmenin platform üzerinde kurulması halinde, aracı hizmet sağlayıcıya, tüketicinin cayma beyanını kendisine, satıcı veya sağlayıcıya gönderebilmesi için gerekli olan sistemi kurması zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca, cayma beyanının satıcı/sağlayıcı/aracı

[36] Çalışmanın konusunu genişletmemek için cayma hakkının hukuki niteliği ile ilgili görüşlere yer verilmeyecektir. Detaylı bilgi için bknz. Selin Sert Sütçü, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 8; Akipek Öcal/Kara, s. 144 vd; Savaş Bozbel/ Murat Atalı, "Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", C. IX, S. 1-2, 2005, AÜEHFD, s. 452-456; Uzun Kazmacı, s. 2806; Topaloğlu, 2016b, s. 787.

hizmet sağlayıcıya ulaştığına dair teyit bilgisinin tüketiciye iletilmesi gerekmektedir.

MSYDY md. 8 ile MSY md. 11'e fıkra eklenmiştir. Yeni eklenen MSY md. 11/5'e göre, sözleşme platform üzerinden kurulduysa aracı hizmet sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullanması için gerekli formu veya kendi beyanını iletebilmesi için sistem kurmalıdır. Ayrıca bu kurulan sistem, cayma beyanlarının satıcı, sağlayıcı veya aracı hizmet sağlayıcıya ulaştığı bilgisini tüketiciye derhal iletmeye elverişli olmalıdır.

Cayma hakkının kullanılamayacağı hallerin düzenlendiği MSY md. 15'e aşağıdaki MSYDY md. 13 ile fıkra eklenmiştir.

"ı*) 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre tescili zorunlu olan taşınırlar ile kayıt veya tescil zorunluluğu bulunan insansız hava araçlarına ilişkin sözleşmeler.*

i) Tüketiciye teslimi yapılmış olan cep telefonu, akıllı saat, tablet ve bilgisayarlara ilişkin sözleşmeler.

j) Canlı müzayede şeklinde açık artırma yoluyla akdedilen sözleşmeler.

k) Tanıtma ve kullanma kılavuzunda satıcı veya yetkili servis tarafından kurulum veya montajının yapılacağı belirtilen mallardan kurulum ya da montajı yapılanlara ilişkin sözleşmeler." Böylece, yapılan değişiklik ile birlikte yukarıdaki durumlar cayma hakkının istisnası olacaktır. Bu değişiklik ile cayma hakkının kullanılamayacağı durumlar genişletilmiştir.

Satıcı veya sağlayıcının sorumluluklarını düzenleyen MSY md. 12, MSYDY md. 9 ile değiştirilmiştir. MSYDY md. 9 ile MSY md. 12/1'de iki husus düzenlenmiştir. Birinci olarak, cayma hakkı kullanıldıktan sonra tüketiciye bedelin ödenmesine ilişkin sürenin başlangıcında ayrım yapılmıştır. Cayma hakkı kullanılıp malın teslim dâhil tüm ödemelerinin 14 günlük iadesine ilişkin süre, taşıyıcıya göre değişmektedir. Tüketici, malı ön bilgilendirmede belirtilmiş olan taşıyıcıya teslim etmiş ise 14 günlük süre, malın taşıyıcıya teslim edildiği an başlayacaktır. Şayet tüketici malı, başka bir taşıyıcıya teslim etmiş ise 14 günlük süre, malın satıcıya ulaştığı gün başlayacaktır.

MSY md. 12/1'de düzenlenen ikinci husus, cayma hakkı kullanılması sonucu tüketiciye ödenmesi gereken bedele ilişkindir. MSYDY md. 9'da yapılan değişiklik uyarınca, mesafeli sözleşmenin platform üzerinden kurulması halinde aracı hizmet sağlayıcı, bu bedelin ödenmemesinden satıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Bedelin satıcıya aktarıldığı durumlar hariç tutulmuştur.

MSYDY md. 9, MSY md. 12/2 ve md. 12/3'ü değiştirmiştir. Yapılan değişiklik ile artık MSY md. 12/2 ve md. 12/3 uyarınca aracı hizmet sağlayıcı, platform üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerde, kendisinin bedelin tahsiline aracılık etmesi halinde, malın veya hizmetin bedelini cayma hakkını kullanan tüketiciye 14 gün içinde ödemek zorundadır.

MSY md. 12/4, cayma hakkı kullanılması sonrası yapılacak ödemelerin tüketiciye herhangi bir masraf veya yükümlülük getirmeden tek seferde yapılmasını ön görmüştür. MSYDY md. 9, bu ödemelerin yapılmasında aracı hizmet sağlayıcıyı, satıcı ve sağlayıcı ile birlikte sorumlu tutmuştur[37]. Değişiklik sonrası MSY md. 12/5'e göre, platform üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerde, ön bilgilendirmeden belirlenen taşıyıcının tüketicinin bulunduğu yerde olmaması ve bu durumun aracı hizmet sağlayıcıdan kaynaklanması halinde, tüketicinin iade için yapacağı masrafları aracı hizmet sağlayıcı karşılayacaktır.

VII- SÖZLEŞMENİN İFASI VE TESLİMATINA İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLER

7392 sayılı Kanun ile TKHK md. 48'e ön bilgilendirmeye ilişkin fıkra eklenmiştir. Eklenen md. 48/6'ya göre, aracı hizmet sağlayıcısı,

ç) Satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları aracılık hizmetine ilişkin sözleşmeye aykırı uygulamaları nedeniyle satıcı ve sağlayıcıların bu madde hükümlerine aykırı davranmasına sebep oldukları her bir işlemden,

Benzer hüküm MSYDY md. 10 ile MSY md. 12/A'ya eklenmiştir. Bu hüküm, aracı hizmet sağlayıcı ile satıcı/sağlayıcı arasında kurulan aracılık sözleşmesinde, aracı hizmet sağlayıcının, kendi yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle, satıcı/sağlayıcının mesafeli sözleşme kapsamında sözleşmeye aykırı davranmasına neden olma durumunu düzenlemektedir[38]. Şayet, aracı hizmet sağlayıcı, satıcı/sağlayıcı ile akdettiği aracılık sözleşmesiyle, satıcı/sağlayıcının TKHK md. 48 ve MSY'de yer alan hükümlere aykırı davranmasına sebep olur ise bu aykırılığın sonucu her tüketici işleminden sorumludur. Örneğin, aracı hizmet sağlayıcı ile sağlayıcı arasında yapılan sözleşmede, aracı hizmet sağlayıcısının kuracağı sistemin, sağlayıcı-tüketici arasında iletişim kurulmasına imkan sağlama gerektiği özellikle belirtilmiş olmasına rağmen sistem sağlayıcının tüketici ile doğrudan iletişime geçmesine olanak vermiyor ve bu durum cayma hakkının kullanımını zorlaştırıyor ise aracı hizmet sağlayıcı aykırılıktan sorumlu olacaktır.

Bu değişikliğin yapılmasının bir diğer sebebi, kuşkusuz, mesafeli sözleşmelerin kurulmasında, aracı hizmet sağlayıcının en az satıcı/sağlayıcı kadar etkin bir rolünün olmasıdır. Mesafeli sözleşmenin kurulduğu sistem, sözleşmeden doğan ön bilgilendirme, belgelerin saklanması gibi bir çok yükümlülüğün aslında aracı hizmet sağlayıcıda olması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, aracı hizmet sağlayıcının, satıcı/sağlayıcı ile kurduğu sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmesi, aslında TKHK'dan doğan tüketiciye karşı olan

[37] Ayrıca yapılan değişiklik ile 5464 sayılı Kanun kapsamındaki kuruluşlara, aracı hizmet sağlayıcısı, satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketiciye ödenmek üzerine aktarılan tutarı, tek seferde kart limitine ilave yükümlülüğü getirmiştir.

[38] Keskin, s. 134.

yükümlülüklerin yerine getirilmesi anlamı taşımaktadır. Değişiklik ile bu durum dikkate alınarak, sorumluluklar net bir şekilde belirlenmiştir.

VIII- BİLGİLERİN SAKLANMASI VE İSPATINA İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLER

7392 sayılı Kanun ile TKHK md. 48'e ön bilgilendirmeye ilişkin fıkra eklenmiştir. Eklenen md. 48/6-c'ye göre, aracı hizmet sağlayıcısı, tüketicilerin satıcı veya sağlayıcılar ile yaptıkları işlemlere ilişkin kayıtların tutulmasından ve istenilmesi hâlinde bu bilgilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile tüketicilere verilmesinden sorumludur. TKHK md. 48'deki değişikliğe paralel olarak, MSY md. 20'deki "aracılık edenler" şeklindeki ifade, MSYDY md. 16 ile aracı hizmet sağlayıcı olarak değişikliğe uğramıştır.

TKHK, aracı hizmet sağlayıcının kayıt tutma yükümlülüğünün süresini belirlememiştir. MSY'de ise bu süre 3 yıl olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, MSY md. 20 uyarınca aracı hizmet sağlayıcı, satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmak zorundadır. Ayrıca bu belgelerin istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür.

Kayıt tutma yükümlülüğü ayrıca "*Aracı hizmet sağlayıcının yükümlülükleri*" başlıklı MSY md. 12/A-5'de de yer almaktadır. Eklenen maddeye göre aracı hizmet sağlayıcı, yapılan işlemlerin kayıtlarının 3 yıl tutulması ve gerektiğinde ilgili kurum ve kuruluşlar ile talep halinde tüketiciye verilmesiyle yükümlüdür.

Mesafeli sözleşmelerde, bilgilerin kayıt altında tutulmasının satıcı, sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıya yüklenmesinin en önemli sebebi, tüketiciye kolaylık sağlamaktır. Tüketicinin özellikle satıcı/sağlayıcıyı bizzat tanımadığı ve sözleşmeyi aracı hizmet sağlayıcıya güvenerek yaptığı durumlarda, gerekli bilgi ve belgeleri sağlama konusunda zorluk yaşamaması amaçlanmıştır[39]. Ayrıca, satıcı, sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının bu bilgileri kayıt altında tutması HMK md. 220'deki ibraz yükümlülüğü bakımından da uygundur[40].

IX-KAMPANYALI, PROMOSYONLU VEYA İNDİRİMLİ SATIŞLARA İLİŞKİN YÜKÜMLÜLER

7392 sayılı Kanun ile TKHK md. 48'e ön bilgilendirmeye ilişkin fıkra eklenmiştir. Eklenen md. 48/6'ya göre, aracı hizmet sağlayıcı, satıcı veya sağlayıcı onayı olmaksızın düzenledikleri kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlarda, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden sorumludur. Maddeye göre, aracı

[39] Baş Süzel, 2022, s. 124.

[40] Baş Süzel, 2022, s. 118.

hizmet sağlayıcı, platformda mal/hizmet sunan satıcı/sağlayıcıya herhangi bir bildirimde bulunmadan kampanya, promosyon veya indirim yapar ve satıcı/sağlayıcı bu dönem içerisinde akdedilen mesafeli sözleşmedeki taahhütleri karşılayamaz ise sözleşmenin gereği gibi ifa edilememesinden sorumlu olacaktır. Örneğin, Trendyol elektronik pazarının, çevrimiçi çok taraflı platformda yer alan satıcılar onay vermeksizin, indirim günleri adıyla kampanya düzenlemesi ve satıcıların kampanya sırasında tüketiciye vaat edilen nitelikte satış yapamaması halinde, tüketicinin uğradığı zararı Trendyol karşılayacaktır.

Kanun koyucunun bu şekilde düzenleme yapması aslında hem tüketicileri hem de satıcı/sağlayıcıları korumayı amaçlamaktadır. Zira hem dürüstlük kuralı hem de aracı hizmet sağlayıcı ve satıcı/sağlayıcı arasındaki aracılık sözleşmesi gereği, aracı hizmet sağlayıcının kampanya, promosyonlu veya indirimli satış yapmadan önce satıcı/sağlayıcıya haber vermesi gerekir. Aksi halde, satıcı/sağlayıcı, hazırlıksız yakalanıp halihazırdaki arz-talep dengesinin değişmesiyle ürün/hizmet tedariğinde sıkıntı yaşayabilir. Bu durum ayrıca, tüketicinin yetersiz stok nedeniyle ürün/hizmetlere kavuşamamasına sebep olabilir[41]. Bu gibi hallerin yaşanıp, hem satıcı/sağlayıcının hem de tüketicinin zor durumda kalmasının engellenmesi adına kanun koyucu, aracı hizmet sağlayıcıya haber verme yükümlülüğü getirmiştir. Aksi halde, aracı hizmet sağlayıcı, tüketici ile kurulan mesafeli satış sözleşmesinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden tek başına birinci dereceden sorumlu olacaktır[42].

X-TESLİM VE İFAYA İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLER

7392 sayılı Kanun ile TKHK md. 48/6'ya eklenen d bendi, aracı hizmet sağlayıcının satıcı/sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi halinde sorumluluğu düzenlenmiştir. Eklenen TKHK md. 48/6-d *"Satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde, mal veya hizmetin tüketiciye teslim veya ifası sonrası bedelin satıcıya veya sağlayıcıya aktarıldığı durumlar ile 11 inci ve 15 inci maddelerde yer alan hakların kullanımı hariç olmak üzere teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen,"* şeklindedir. Fıkrada, ayıptan doğan hakların kullanımı kapsam dışında bırakılmıştır. Böylece, aracı hizmet sağlayıcı, bedeli satıcı/sağlayıcı adına tahsil ediyor ise, yalnızca teslim, cayma hakkının varlığına ve kullanımına ilişkin ön bilgilendirme bakımından sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, ayıplı mal/hizmetin söz konusu olmasıyla seçimlik hakların kullanılması halinde, aracı hizmet sağlayıcı sorumlu olmayacaktır[43].

41 Keskin, s. 138.

42 Keskin, s. 139.

43 Keskin, s. 136; Baş Süzel, 2022, s. 128.

MSY md. 12/A/7'ye göre aracı hizmet sağlayıcı, satıcı/sağlayıcı adına bedel tahsil ediyorsa mal, hizmet veya teslimata ilişkin masrafların tüketiciye süresi içinde iadesinden satıcı ve sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu sürelere ilişkin detaylar maddede her duruma göre ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, MSYDY md. 14/4 ile MSY md. 16'ya gelen değişiklik uyarınca sipariş konusu mal ya da hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaştığı hallerde satıcı/sağlayıcı adına bedel tahsil eden aracı hizmet sağlayıcının, bu durumu, öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi gerekir.

XI-ARACI HİZMET SAĞLAYICININ E-TİCARET KANUNU KAPSAMINDAKİ SORUMLULUKLARI

Çalışmamızın "Mesafeli Sözleşme: Tanımı, Unsurları Ve Platform İlişkisine Dayalı Olarak Kurulması" başlığı altında da açıklandığı üzere çevrimiçi çok taraflı platformlar üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler bir tarafın tüketici olması halinde hem TKHK hem de E-ticaret Kanunu hükümleri kapsamına girmektedir.[44] Özellikle belirtmek gerekir ki E-ticaret Kanunu sadece tüketicilere yönelik belirli kurallar ortaya koymamaktadır, ancak aracı hizmet sağlayıcının sorumlulukları ve bunların tüketicilere etkisinin konuşulduğu bir alanda E-ticaret Kanunu hükümlerinden bahsetmemek ve bunların etkilerini yorumlamamak mümkün değildir[45]. Aşağıda ayrıntıları paylaşılacağı üzere E-ticaret Kanunu kapsamında ortaya konan hükümler hem doğrudan tüketicinin korunması esasıyla hem de tüketicinin refahını etkileyecek sonuçlarla tüketicileri etkilemektedir.

Tüm bu nedenlerle çalışmamızın bu bölümünde E-ticaret Kanunu'nun var olan düzenlemelerinin aracı hizmet sağlayıcı için ortaya koyduğu sorumluluklar, bu alanda 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler ve bu değişikliklerin etkisi tartışılmaya çalışılacaktır.

A- E-TİCARET KANUNU KAPSAMINDA 7416 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÖNCESİNDE ARACI HİZMET SAĞLAYICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Elektronik ticarete ilişkin esas ve usulleri düzenlemeyi amaçlayan E-ticaret Kanunu'nda aracı hizmet sağlayıcı için dört temel sorumluluk hali getirilmiş ve her biri ayrı bir maddede düzenlenmiştir. E-ticaret Kanunu md. 9/2 hükmünde ayrıca "bu Kanunun 3.-8. maddeleri

[44] II. Mesafeli Sözleşme: Tanımı, Unsurları ve Platform İlişkisine Dayalı Olarak Kurulması, s. 6.

[45] İnceoğlu/Baş Süzel, s. 478.

arasında düzenlenen yükümlülüklerin aracı hizmet sağlayıcılarına uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir" denilerek 29457 Sayılı Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik'e de ayrı bir önem atfedilmiştir.

E-ticaret Kanunu kapsamında tartışılan temel sorumluluklar sırasıyla md. 3'te düzenlenen bilgi verme yükümlülüğü, md. 4'te düzenlenen mesafeli sözleşmenin konusunu oluşturan mal ve hizmete ilişkin verilen siparişler üzerindeki sorumluluklar, md. 9'da düzenlenen aracı hizmet sağlayıcının hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etme yükümlülüğü ve md. 10'da düzenlenen kişisel verilerin korunması yükümlülüğüdür.

Sözleşmesel bir ilişkiye girecek taraflar arasındaki ilişki sözleşmeye ilişkin müzakerelere girişmeleriyle birlikte başlamaktadır. Sözleşmenin kurulması için büyük önem taşıyan bu müzakere sürecinde ortaya çıkabilecek aksaklıkların ortadan kaldırılması amacıyla bazı kanunlarda taraflara sözleşme görüşmeleri aşamasında uymaları gereken belirli sorumluluklar yüklenmiştir. Teknolojik gelişmelerle birlikte yer ve zaman açısından herhangi bir sıkıntıya düşmeden işlem yapabilen bireysel tüketicilerin ortaya çıkan bu "hızla işlem yapabilme halinden" olabildiğince az etkilenmeleri açısından, mesafeli sözleşmeler için müzakere ve sözleşmenin kuruluşu aşamasında belirli bilgi verme yükümlülükleri ortaya konmuştur[46].

Elektronik ortamlarda kurulan mesafeli sözleşmeler kapsamında bilgi verme yükümlülüğü, TKHK ve MSY'de belirlenen yükümlülüklere ek olarak E-ticaret Kanunu md. 3'te de düzenlenmiştir[47]. Bu hükme göre hizmet sağlayıcı, sözleşme kurulmadan önce alıcıya kendisine ait tanıtıcı bilgileri, sözleşmenin kurulabilmesi için elektronik ortamda izlenecek olan teknik adımları, sözleşme metninin saklanması/erişimi ile ilgili bilgileri, kullanılan sözleşme ilişkisi kapsamında veri girişine ve burada oluşacak hataların tespit ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlarla ilgili bilgileri, uygulanan gizlilik kurallarını ve uyuşmazlık çözüm yollarını açıklamak durumundadır. E-ticaret Kanunu'nda bilgi verme yükümlülüğü temel olarak hizmet sağlayıcıya yüklenmiştir, ancak hizmet sağlayıcı ilgili hizmeti bir aracı hizmet sağlayıcı vasıtasıyla iletiyorsa bu noktada md. 3 hükmü yükümlülükleri aracı hizmet sağlayıcı için de bağlayıcı olacaktır[48]. Söz konusu ilişkide alıcı ve hizmet sağlayıcı arasındaki iletişim aracı hizmet sağlayıcı olan çok taraflı

46 Harun Demirbaş, 6562 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Kapsamında Hizmet Sağlayıcıları ve Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 3.

47 Ece Baş Süzel, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü", C. 17, S. 2, 2018, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 350.

48 Demirbaş, s. 34.

platform üzerinden sağlandığı için, bu bilgilerin tüketici olan alıcıya ulaşması için aracı hizmet sağlayıcının sistemi kullanılacaktır ve dolayısıyla bu bilgilendirme yükümlülüğünden aracı hizmet sağlayıcı da sorumlu olmaktadır[49]. Bu durumu destekleyecek nitelikte olan düzenleme ayrıca 29457 Sayılı Yönetmelik md. 6/1, 6/2 ve 6/3 hükümlerinde de yer almaktadır[50].

E-ticaret Kanunu kapsamında belirlenen bir diğer sorumluluk alıcının verdiği siparişe ilişkin ortaya çıkan yükümlülüklerdir. Burada da esasen hizmet sağlayıcı için bir sorumluluk hali ortaya konmaktadır. Kanun md. 4/2 hükmüne göre hizmet sağlayıcı; siparişin onaylanması aşamasında ve ödeme bilgilerinin girilmesinden önce, ödeyeceği toplam bedel de dâhil olmak üzere, sözleşmenin şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesini sağlar, alıcının siparişini aldığını gecikmeksizin teyit eder ve sipariş verilmeden önce alıcıya, veri giriş hatalarını belirleyebilmesi ve düzeltebilmesi için uygun, etkili ve erişilebilir teknik araçları sunar. Bu noktada yine belirtmek gerekir ki hizmet sağlayıcının alıcı ile iletişimi aracı hizmet sağlayıcı konumunda olan çok taraflı platform üzerinden sağlandığı varsayımda, md. 4 kapsamında siparişine ilişkin öngörülen sorumluluklar aracı hizmet sağlayıcı için de geçerli olacaktır[51]. Aracı hizmet sağlayıcının ilişkiye dahil edeceği altyapı üzerinden devam edecek olan sözleşme ilişkisi varlığı nedeniyle, hizmet sağlayıcının siparişe ilişkin yükümlülüğünün ifası için her aşamada aracı hizmet sağlayıcının dahil olması gerekecektir[52].

E-Ticaret Kanunu md. 9 hükmünde aracı hizmet sağlayıcının, hizmet sağlayıcının kendi platformu üzerinden sağladığı içerik üzerinde denetimine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Burada aracı hizmet sağlayıcıların, "hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığı" belirtilmiştir (md. 9/1). Bu durum ayrıca 29457 sayılı Yönetmelik md. 6/4 hükmünde de tekrar edilmiştir. Ancak bu hüküm üzerinde 7416 sayılı Kanun ile bir değişiklik yapılmıştır ve md. 9/3 hükmü uyarınca

---

49 Özbay Özdoğru, s. 72.

50 6/I - Alıcı ve hizmet sağlayıcı arasında alım satım işleminin yapıldığı elektronik ticaret pazar yerlerini işleten aracı hizmet sağlayıcılar, kendileriyle ilgili olarak *5* inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki yükümlülükleri aynı usulle yerine getirir.

6/II - Aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret ortamı sunduğu hizmet sağlayıcıya ilişkin bilgilerin, hizmet sağlayıcıya tahsis edilen alanda gösterilebilmesi ve güncellenebilmesi için gerekli teknik imkânları sağlar.

6/III - Aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcının elektronik ticaret faaliyetine başlamasından önce *5* inci maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarındaki yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlar.

51 Demirbaş, s. 46.

52 Demirbaş, s. 46.

elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar için hukuka aykırı içeriği derhal yayından kaldırma ve ilgililere bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Yapılan bu düzenleme ve etkileri çalışmamızın "7416 Sayılı Kanun'la E-Ticaret Kanunu Üzerinde Yapılan Değişiklikler" başlıklı bir sonraki bölümünde ayrıca tartışılacaktır.

E-ticaret Kanunu'nda 7416 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler öncesi aracı hizmet sağlayıcı için belirlenen son sorumluluk hali md. 10'da düzenlenen kişisel verilerin korunması yükümlülüğüdür. Bu kanun hükmüne göre aracı hizmet sağlayıcı, yapmış olduğu işlemler nedeniyle elde ettiği kişisel verilerin saklanmasından ve güvenliğinden sorumludur ve kişisel verileri ilgili kişinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletemez ve başka amaçlarla kullanamaz. Bu hüküm, yapılan değişiklikle yürürlükten kaldırılmıştır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin yapılan değişikliğin ayrıntıları da bir sonraki bölümde açıklanacaktır.

B-7416 SAYILI KANUNLA E-TİCARET KANUNU ÜZERİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Dijital piyasaların düzenlenmesi tüm dünyada son yıllarda en çok tartışılan ve üzerine adım atılan alanların başında gelmektedir. Avrupa Birliği'nde (AB) dijital tek pazar stratejisi raporuyla başlayan süreç, Aralık 2020'de Dijital Pazarlar Yasası (Digital Markets Act 'DMA') ve Dijital Hizmetler Yasası (Digital Services Act 'DSA') taslaklarının yayınlanmasıyla son aşamasına ulaşmıştır[53]. Bununla birlikte Almanya, Alman Rekabet Yasası'nda yaptığı 10. değişiklikle birlikte bu alanda yasalaşmış ilk örneği hayata kazandırmıştır[54]. İngiltere, Japonya, Çin ise dijital pazarların düzenlenmesi üzerinde çalışmaya devam ettiklerini duyuran ülkelerden bazılarıdır[55].

Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de elektronik ticaretin düzenlenmesi ve dijital pazarların düzenlenmesi büyük tartışmaların ve bu tartışmaların sonucunda da belirli değişikliklerin konusu olmaktadır. Dijital pazarların düzenlenmesi hususunda Rekabet Kurumu belirli araştırmalar yürütmüş ve 7 Mayıs 2021 tarihinde bir ön inceleme raporu

[53] Erman Ekingen, "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Açısından Avrupa İçin Dijital Tek Pazar Stratejisinin Son Adımı: Dijital Pazarlar Yasası Taslağı", C. 20, S. 232, 2022, Legal Hukuk Dergisi, s. 1199-1237.

[54] Franck Jens-Uwe/ Peitz Martin, "Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act", C. 12, S. 7, 2021, Journal of European Competition Law & Practice, s. 513-528; Marco Botta, "Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila", C. 12, S. 7, 2021, Journal of European Competition Law & Practice, s. 501.

[55] Botta, s. 500.

sunmuştur[56]. Ön raporun yayınlanmasının ardından kamuoyu görüşleri ve dünyada dijital pazarların düzenlenmesi konusunda ortaya çıkan gelişmeler de dikkate alınmış ve 14 Nisan 2022 tarihinde nihai rapor yayınlanmıştır[57]. Oldukça ayrıntılı incelemeler içeren bu raporda aracı hizmet sağlayıcı konumunda bulunan çevrimiçi çok taraflı platformları ve girdikleri mesafeli sözleşmeler kapsamında sorumluluklarını etkileyecek nitelikte belirli politika önerilerinde bulunulmuştur. Temel olarak AB'nin DMA taslağında olduğu gibi pazarda önemli pazar gücüne sahip olan pazaryer(ler)inin ve bu teşebbüslerin uymakla yükümlü oldukları davranışların *ex-ante* olarak belirleneceği bir yasal düzenlemenin hayata geçirilmesi önerilmektedir[58].

Rekabet Kurumu'nun e-pazaryeri platformları sektör incelemesine paralel süreçte bir de E-ticaret Kanunu üzerinde belirli değişiklikler yapılarak e-ticarette ve e-ticarette aracı hizmet sağlayıcı olarak rol alan çok taraflı platformların sorumlulukları hususunda yeni düzenlemeler hayata geçirilmeye çalışılmıştır. İlgili değişiklikler 7 Temmuz 2022 tarihinde kabul edilerek kanunlaşmıştır ve 1 Ocak 2023 itibariyle yürürlüğe girecektir.

E-ticaret Kanunu üzerinde yapılan değişikliklere bakıldığında ilk göze çarpan husus tanımlar ikinci maddesine yeni tanımların eklenmesi olmuştur. Buraya eklenen elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tanımlamasıyla birlikte e-ticaret pazaryeri platformları için diğer çevrimiçi çok taraflı platformlardan daha farklı yaptırım ve sorumlulukların söz konusu olacağının sinyalleri verilmiştir. Kanunun tanımlar ikinci maddesi e-ticaret için yeni ticaret aktörleri tanımlamanın yanında aynı zamanda e-ticarette sorumluluk sahibi aktörlerin belirlenmesinde kullanılacak önemli bir kriteri de tanımlamaktadır. 'Ekonomik bütünlük' olarak ifade edilen bu hal kanun metninde:

'Bir kişinin, bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak paylarının en az yüzde yirmi beşine ya da oy haklarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek payına sahip olmasını, şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyeyi seçme hakkını haiz olmasını, kendi oy haklarının yanında bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleriyle birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturmasını, bir ticaret şirketini sözleşmeye bağlı olarak hâkimiyeti altında bulundurmasını veya bu hâllere bağlı olarak bu kişiyle bağlantılı tüm ticaret şirketleri ve bu kişiye ait işletmeler arasındaki ilişkiyi yada

---

[56] Rekabet Kurumu, "E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu", (2021), <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/e-pazaryeri-si-on-rapor-teslim-tsi_son-pdf>, s.e.t. 15.08.2022.

[57] Rekabet Kurumu, "E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu", (2022), https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/e-pazaryeri-si-raporu-pdf>, s.e.t. 15.08.2022.

[58] E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu, s. 335-336.

pay sahibi olup olmadıklarına bakılmaksızın birden fazla ticaret şirketinin aynı kişi veya kişiler tarafından yönetilmesini ifade eder' şeklinde tanımlanmıştır.

Daha önce net olarak tanımı yapılmamış olsa da ekonomik bütünlük kavramı 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da teşebbüs tanımı yapılırken benimsenmiş olan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kanun kapsamında ekonomik bütünlük ile varılmak istenen nokta yapılacak olan değerlendirmelerde bir yavru şirketin tek başına değil ekonomik bütünlük oluşturduğu yani bağlı olduğu diğer şirketlerle birlikte ele alınmasını sağlamaktır[59].

E-ticaret Kanunu'nda yapılan değişiklikle birlikte ekonomik bütünlük ilkesinin benimsenmesi, özellikle elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğu hususunda önemlidir. Şöyle ki ekonomik bütünlük ilkesinin benimsenmesi ile elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının sorumlulukları ekonomik bütünlük içerisinde bulunduğu kişilerin de sorumluluğunu kapsayacak şekilde geniş tutulmaya çalışılmıştır ve kanun içerisinde bu noktayı belirten birçok düzenleme yapılmıştır. Örneğin e-ticarette haksız ticari uygulamada bulunulmasının önüne geçilmesi amacıyla E-ticaret Kanunu'na eklenen Ek Madde 1 hükmünün üçüncü fıkrasında elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının ekonomik bütünlük içinde bulunduğu ödeme hizmeti sağlayıcısına yapılan ödemelerin, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya yapılmış kabul edileceği belirtilmiştir.

Aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının sorumluluklarına etki edecek olan tanımlar maddesi değişiklikleri sonrasında E-ticaret Kanunu'nda yapılan ve doğrudan aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının sorumluluklarını etkileyen durumları incelemek için çalışmamızın bu kısmında kanunun üzerinde değişiklik yapılan, kanun metninden çıkarılan ve kanun metnine eklenen maddeler incelenecektir. Bunlar sırasıyla md. 9 üzerinde değişiklik yapılan hukuka aykırı içerikten kaynaklanan sorumluluklar, daha önce md. 10'da düzenlenmiş olan ancak kanun metninden çıkarılan kişisel verilerin korunmasına ilişkin sorumluluklar, ek md. 1 ile kanuna eklenen haksız ticari uygulamalardan kaynaklanan sorumluluklar, ek md. 2 ile kanuna eklenen aktif ticari hayatın akışından kaynaklanan sorumluluklar ve ek md. 4 ile kanuna eklenen elektronik ticaret lisansı alma sorumluluğudur.

Yapılan bu değişikliklerin ve getirilen yeni sorumlulukların temelde iki amacı olduğu görülmektedir. Öncelikle kanundaki bazı sorumluluklar doğrudan tüketicilere karşıdır ve bu noktada amaç tüketicinin korunmasıdır. Bununla birlikte özellikle kanun metnine yeni eklenen hükümlerin getirdiği sorumluluklarda ise doğrudan tüketicilerden ziyade pazar ekonomisi ve rekabetine ilişkin amaçların

[59] İsmail Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s. 84.

olduğu görülmektedir. Bu sorumluluklar ise tüketici üzerindeki etkilerini tüketici refahını etkileyerek göstermektedir. Çalışmanın genel amacına uygun olarak yapılan değişikliklerin tüketici üzerindeki etkilerini yorumlayabilmek için değişiklikler, tüketicinin korunması açısından önemli olan değişiklikler ve tüketici refahı açısından önemli olan değişiklikler olarak iki temel başlık altında incelenecektir.

XII-TÜKETİCİNİN KORUNMASI AÇISINDAN ÖNEMLİ OLAN DEĞİŞİKLİKLER

E-ticaret Kanunu ile ortaya konmuş olan ve tüketicinin korunması açısından önem taşıyan sorumluluklar kanunun 3, 4, 9 ve 10. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak yapılan değişiklikler düşünüldüğünde bu bölümde 7416 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış olan madde 9 ve madde 10 hükümleri incelenecektir.

Tüketicinin korunması açısından önem taşıyan ve değişiklik yapılan sorumlulukların ilki E-ticaret Kanunu md. 9 hükmünde düzenlenmiş olan hukuka aykırı içerik açısından getirilen sorumluluktur. Aracı hizmet sağlayıcı için hizmet sağlayıcının platform üzerinden sunduğu hukuka aykırı içerik açısından bir sorumluluğun var olmadığı yeni kanun metninde de kabul edilmiş ve ilk fıkrada tekrarlanmıştır. Ancak e-ticaret pazaryerlerini kapsayacak şekilde kendine düzenleme bulan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar için yeni bazı ek sorumluluklar getirilmiştir.

Yapılan değişiklikler sonrası E-ticaret Kanunu md. 9/2 hükmü gereğince elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması hâlinde, bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirme sorumluluğu altındadır. Buna ek olarak elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyetleri ve itirazları dikkate alarak bunlara uygun olarak ilgili ürünü yayımdan kaldırmak veya tekrar yayıma sokmak üzerinde de sorumluluğu bulunmaktadır.

Tüketicinin korunması açısından önemli olan ve üzerinde değişiklik yapılan sorumluluklardan bir diğeri ise md. 10 hükmünde yer alan kişisel verilerin korunmasına ilişkin sorumluluktur. E-ticaret kapsamında hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcılara yüklenen E-ticaret Kanunu çerçevesinde yapılan işlemler nedeniyle elde edilen kişisel verilerin saklanmasından ve güvenliğinden ve kişisel verilerin ilgili kişinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletilememesine ve başka amaçlarla kullanılamamasına ilişkin sorumluluk 7416 sayılı Kanun ile E-ticaret Kanunu'ndan çıkarılmıştır.

Tüketicinin korunması hususunda en önemli alanlardan biri olan kişisel verilerin korunmasına ilişkin bu hükmün kanundan çıkarılması tüketicinin korunması hususunda herhangi bir aksaklığa neden olmayacaktır çünkü E-ticaret Kanunu'ndan sonra 2016 yılında yürürlüğe

girmiş olan 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK), E-ticaret Kanunu md. 10 hükmünden daha geniş bir sorumluluk kapsamı belirlemiştir. Aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı da bu kapsamda olduğundan, E-ticaret Kanunu md. 10 hükmü, yapılan değişiklikle kanun metninden çıkarılmıştır.

KVKK md. 12 ile veri sorumlusuna kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi önlemek, kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafaza edilmesi hususlarında sorumluluklar yüklenmiştir. Bu noktada E-ticaret Kanunu kapsamında aracı hizmet sağlayıcı veya elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı olarak kabul edilen çevrimiçi çok taraflı platformların veri sorumlusu kapsamında olup olmadığı tartışma konusu olabilecektir. Şöyle ki veri sorumlusu, KVKK md. 3 kapsamında *"Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi"* olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan çıkan sonuçla veri sorumlusunu, kişisel verilerin tüketici tarafından paylaşıldığı andan itibaren içerisinde bulunduğu süreci yürüten ve kontrol eden kişi olarak ifade etmek yanlış olmayacaktır[60]. Çevrimiçi çok taraflı platformların da içerisinde bulundukları mesafeli sözleşme ilişkisinde verileri tüketiciden doğrudan alan konumunda bulunabildikleri için veri sorumlusu oldukları aşikardır. Bu noktada Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun 'Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen'[61] başlıklı rehber niteliğindeki dosyada da aracı hizmet sağlayıcı konumunda olan ödeme servisi sağlayan çevrimiçi çok taraflı platformların veri sorumlusu olduğu belirtilmiştir. Buradan, veri ile doğrudan etkileşimde bulunan çevrimiçi çok taraflı platformların veri sorumlusu olduğu ve dolayısıyla KVKK md. 12 sorumluluklarına tabii olduğu sonucuna ulaşılmaktadır[62].

XIII-TÜKETİCİ REFAHI AÇISINDAN ÖNEMLİ OLAN DEĞİŞİKLİKLER

7416 sayılı Kanun ile E-ticaret Kanunu'nda yapılan en önemli değişikliklerden biri ek maddeler ile getirilen yeni hükümlerdir. Bu hükümlerin geneline bakıldığında, doğrudan e-ticarete dahil olan bir aktöre pozitif etkide bulunmaktan ziyade pazarın genel işleyişine ve genel dinamiğine yönelik olarak belirli bir düzen getirilmeye çalışılarak pazar içerisindeki rekabetin korunması ve sürdürülmesi sağlanmaya çalışıldığı görülecektir. Bu noktada da rekabet hukukunun genel amacına

60 Ömer Faruk Kuntoğlu, "Elektronik Ticarette Kişisel Verilerin Korunması", C. 1, 2021, Bilişim Hukuku Dergisi, s. 187.

61 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen, < https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/31d9c444-27a5-4a75-95b1-1ca9bdb81ea5.pdf>, s.e.t. 25.08.2022.

62 Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen, s. 7.

uygun olarak[63], getirilen bu yeni hükümlerin pazarda tüketici refahını artıcı etkide bulunmaya çalışarak pazardaki rekabeti korumaya ve sürdürmeye çalıştığı fikri üzerinden hükümleri incelemek yararlı olacaktır. Çünkü, henüz pazardaki etkilerini görmeye fırsatımızın olmadığı bu yeni hükümlerin nasıl sonuçlar ortaya çıkaracağı hususunda tüketici refahına dayalı bir analiz yapmak hükümlerin olası etkileri açısından bize yorum yapma fırsatı tanıyacaktır.

Tüketici refahı esasen bir ekonomi terimidir. Ancak, bir pazarın işleyişini ve bu pazardaki rekabete ilişkin hususları etkileyecek kuralların etkisini ekonomik analizler yapmadan yorumlamak çok zordur. Dolayısıyla ekonomik analizler bir pazarın genel işleyişine ve genel dinamiğine ilişkin yorumların yapıldığı bir alanda vazgeçilmez bir unsurdur[64].

Rekabet hukuku bir pazar içerisindeki rekabetin ekonomik olarak verimli ve maksimize edilmiş şekilde sürdürülmesini sağlamayı amaçlamaktadır[65]. Tüketici refahının temel amacı, piyasadan elde edilecek toplam faydadan tüketicilere hak ettikleri kadar verirken pazarın ekonomik verimliliğini artırmak olarak tanımlanabilir[66]. Bu yönüyle bakıldığında bireysel kullanıcı olarak yer alan tüketicilerin sayısının oldukça fazla olduğu çevrimiçi çok taraflı platform pazarlarında tüketici refahı kriterine odaklanmak pazarın işleyişi için önemli olmaktadır. Pazarda tüketici refahını artırmaya odaklanmak birçok farklı açıdan olumlu sonuçlar ortaya koymaktadır. Örneğin artan tüketici refahı ürünlerin daha iyi koşullarda tüketiciye sunulmasını sağlayarak tüketici menfaatini korumaktadır. Artan tüketici refahıyla birlikte pazarda kalmaya devam edecek olan tüketici, pazardaki etkinliği artıracaktır ve bu artan etkinlikten tedarik zincirinin tüm aşamalarındaki ticari aktörler fayda sağlayacaktır[67].

Rekabet hukuku kapsamında sözlü kriterlerle değerlendirilen tüketici refahı kavramı, bir mikroekonomi terimi olarak sayısal verilerle ifade edilmektedir. Mikroekonomide, tüketici refahı genellikle Marshallian talep eğrisinde tüketici fazlası olarak ifade edilmektedir. Ancak sözlü olarak ifade etmeye çalıştığımız bir kriteri sadece fiyat gibi sayısal bir değer üzerinden değerlendirmek doğru olmayacaktır, çünkü pazar içerisindeki dinamiğe etki eden fiyat dışında da kriterler

---

63 European Commission, Guidelines on the Application of Article 101(3) TFEU (formerly Article 81(3) TEC), [2004], OJ C101/97, para 13.

64 Zeynep Ayata, "Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Rekabet Hukuku", C. 4, S. 1, 2014, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 41.

65 Terry Hutchinson/ Nigel Duncan, "Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research", C. 17, S. 1, 2012, Deakin Law Review, s. 112-113.

66 K. J Cseres, "The Controversies of the Consumer Welfare Standard", C. 3, S. 2, 2007, The Competition Law Review, s. 124.

67 Herbert J Hovenkamp, "On the Meaning of Antitrust's Consumer Welfare Principle", Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2020, s. 4.

bulunmaktadır[68]. Genel bir değerlendirme yapıldığında fiyat, kalite, seçenek ve inovasyon kriterlerinin genel olarak tüketici refahı kavramını etkileyen ana faktörler olduğunu kabul etmek yanlış olmayacaktır. Kısaca tüketiciye daha iyi fiyatın sunulduğu, daha kaliteli mal veya hizmetin verildiği, pazarda alınacak mal veya hizmet için tüketicinin seçim yapabileceği sayıda mal veya hizmetin bulunduğu ve pazarın inovasyona açık olduğu hallerde tüketici refahı artacak ve ilgili pazarda rekabetin korunduğu ve sürdürebilir olduğu görülecektir.

7416 sayılı Kanun ile E-ticaret Kanunu'na yapılan ve tüketici refahı açısından önemli olan değişiklere dönecek olursak, bunların ilki e-ticarette haksız ticari uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla düzenlenen ek md. 1 hükmüdür. Bu madde hükmü öncelikle haksız ticari uygulamaların genel sınırını çizmek amacıyla bir tanımlama yapmıştır. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının, aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret hizmet sağlayıcının ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozan, makul karar verme yeteneğini azaltan veya belirli bir kararı almaya zorlayarak normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilmiştir.

Hükmün ikinci fıkrasında ise altı farklı uygulama hali sayılmış ve bunların her durumda haksız uygulamalar olduğu kabul edilerek elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya bunlardan kaçınma sorumluluğu yüklenmiştir. Bu uygulamalar kanunda belirtildiği sırayla:

Mal veya hizmet satışı karşılığında elektronik ticaret hizmet sağlayıcıya yapılması gereken ödemenin, en geç satış bedelinin elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının tasarrufuna girdiği ve siparişin alıcıya ulaştığı tarihten itibaren beş iş günü içinde eksiksiz yapılmaması.

Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tarafından satış fiyatında tek taraflı değişiklik yapılması dâhil olmak üzere, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının kampanyalı mal veya hizmet satışına zorlanması.

Elektronik ticaret hizmet sağlayıcıyla olan ticari ilişkinin koşullarının, yazılı şekilde veya elektronik ortamda yapılan aracılık sözleşmesiyle belirlenmemesi ya da bu sözleşmenin açık, anlaşılır ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından kolay erişilebilir olmasının sağlanmaması.

Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının aleyhine olacak şekilde aracılık sözleşmesi hükümlerinde geçmişe yönelik veya tek taraflı değişiklik yapılması ya da buna imkân sağlayan herhangi bir hükme aracılık sözleşmesinde yer verilmesi.

---

[68] Avrupa Birliği tüketici refahını rekabet hukuku analizlerinde önemli bir kriter olarak kullanmaktadır ve buradaki analizlerde tüketici refahının Marshallian talep eğrisindeki tüketici fazlasından daha geniş değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu duruma ilişkin tartışma ve tüketici refahına ilişkin ilk ayrıntılı açıklama için bkz. Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, Case C-209, (2012), Judgment of the Court (Grand Chamber), ECLI:EU:C:2012:172.

Herhangi bir hizmet verilmediği veya verilen hizmetin türü ve hizmet bedelinin tutar ya da oranı aracılık sözleşmesinde belirtilmediği hâlde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıdan bedel alınması.

Aracılık sözleşmesinde herhangi bir nesnel ölçüte yer verilmediği hâlde ya da kamu kurumlarına veya adli mercilere başvuruda bulunulduğu gerekçesiyle elektronik ticaret hizmet sağlayıcının sıralama ya da tavsiye sisteminde geriye düşürülmesi, elektronik ticaret hizmet sağlayıcıya sunulan hizmetin kısıtlanması, askıya alınması veya sonlandırılmasıdır.

Görüldüğü üzere bu madde ile ortaya konan sorumluluklar e-ticaretin gerçekleştiği çok taraflı platform pazarlarına yönelik olarak elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tarafından ortaya konabilecek ve pazarın genel dinamiğini etkileyebilecek hususlara yöneliktir. Bu madde ile pazarın genel dinamiğini etkileyebilecek uygulamaların ortadan kaldırılması ve pazarda sürecin herhangi bir aksaklık olmadan devam edebilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Bu noktada özellikle e-ticarette artan önemi nedeniyle elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı olarak kabul edilen çevrimiçi çok taraflı platformlar ve onların pazar rekabetini etkilemesi muhtemel uygulamaları dikkate alınmıştır. İlgili uygulamaların tüketici refahına olan etkisinin incelenmesi ve tüketici refahını artıracak önlemlerin alınması pazarda rekabetin korunması, sürdürülmesi ve dolayısıyla tüketiciler dahil pazarda yer alan her aktörün pazar içerisindeki konumu açısından önem taşımaktadır. Pazarın genel işleyişinin ön planda tutulduğu ek md. 1 düzenlemesinin de tüketici refahını artırarak pazarda rekabetin korunması ve sürdürülmesi amaçlarını taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır.

E-ticaret Kanunu'na eklenen ek md. 1 hükmünde belirlenen sorumluluklar genel olarak incelendiğinde elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı konumunda olan çevrimiçi çok taraflı platformun haksız ticari uygulamaları ile platform ilişkisine dahil olan elektronik ticaret hizmet sağlayıcının bu ilişkiden negatif etkilenmesinin önüne geçilmeye çalışıldığı görülmektedir. Günümüz e-ticaretin başat kavramı ve en güçlü aktörü niteliğinde olan çevrimiçi çok taraflı platformlara getirilen bu sorumluluklar, her ne kadar sonuçları henüz pratik hayatta görülmemiş olsa da pazar içerisindeki ticaretin devamına yöneliktir. Getirilen bu sorumluluklar ile genel olarak platform üzerinden mal ve hizmet satışı yapan satıcının platformdan alacağını alması, satıcının ilgili mal veya hizmetine ilişkin satış fiyatı üzerinde tasarruf hakkının olması ve platform ile satıcı arasındaki ilişkinin düzenlenmesi amaçlanmıştır. Bu sorumluluklar platform ilişkisinin güçlü tarafı olan çevrimiçi çok taraflı platformun tehlikeli olabilecek nitelikteki uygulamalarının önüne geçecektir. Pazar içerisindeki gücün çevrimiçi çok taraflı platform üzerinde toplanmasını engelleyecek olan bu sorumluluklar ile birlikte pazar içerisindeki satıcı konumunda olan elektronik ticaret hizmet sağlayıcı sayısı korunacak ve böylece tüketicinin fiyat, kalite ve seçenek hususunda olumlu şekilde etkilenmesi sağlanacaktır. Bununla birlikte pazar içi rekabetin sürdürülmesinin sağlanması ile birlikte de rakiplerin

inovasyona yönelmeleri desteklenmiş olacaktır. Tüm bunlar da tüketici refahının artacağına işarettir.

Tüketici refahı açısından önemli etkiye sahip olacak ve etkilerinin ayrıntılı olarak tartışılması gereken bir diğer nokta ise 7416 sayılı Kanun ile E-ticaret Kanunu'na eklenen ek md. 2 hükmüdür. Bu hükümde elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı için bir dizi sorumluluk hali ortaya konmuştur. Bu noktada kademeli bir sorumluluk sistemi belirlenmiş ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar bir takvim yılındaki net işlem hacimlerine göre kategorize edilerek farklı sorumluluk mekanizmalarına tabii tutulmuşlardır. Yıllık net işlem hacimlerine göre yapılan kategorizasyon ve buna bağlı olarak ortaya konan sorumluluk sistemi akla AB'nin 15 Aralık 2020'de taslağını yayınlanıp 5 Temmuz 2022'de son halini kabul ettiği DMA'i getirmektedir.

DMA, Avrupa Komisyonunun dijital pazarlarda ortaya çıkan pazara ilişkin aksaklıkları gidermeyi amaçladığı sektör odaklı *ex ante* bir kanun metnidir[69]. Bu kanun ile dijital pazarlarda ticari aktörler arası rekabet edilebilirliği sağlamak ve pazarda bulunan tüm katılımcılar için adil ekonomik sonuçların ortaya çıkmasını sağlamak amaçlanmıştır[70]. Bu kanun çevrimiçi çok taraflı platform pazarlarında pazarın dinamiği değiştirecek güçte az sayıda olan belirli teşebbüslerin bulunduğunu belirtmektedir. Temel olarak günümüzün en önemli ticari aktörlerinden olan bu az sayıda ancak çok güçlü olan çevrimiçi çok taraflı platformlara ve onların ortaya koyduğu uygulamalara odaklanmaktadır[71]. DMA, eşik bekçisi olarak tabir ettiği bu çevrimiçi çok taraflı platformların, ilgili oldukları pazarda potansiyel rakiplerin pazara girişlerini engelleyebilecek güçte olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte oluşacak bu engellemelerin sonucu olarak bu pazardaki tüketicilerin olabilecek en iyi fiyat, en çok çeşit, en iyi kalite ve en inovatif mal veya hizmete erişim sağlayamamaları kaçınılmazdır[72]. Tüm bu nedenlerle DMA md. 3(2)'de belirtilen kriterleri[73] taşıyan ekonomik olarak pazarı

---

69 Filomena Chirico, "Digital Markets Act: A Regulatory Perspective", C. 12, S. 7, Journal of European Competition & Practice, 2021, s. 494.

70 Avrupa Komisyonu, 'European Parliament legislative resolution of 5 July 2022 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) (COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD))',

<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0270_EN.html>, s.e.t 01.09.2022, recital 7.

71 Recital, s. 3.

72 Ekingen, 2022, s. 1222.

73 Bir çevrimiçi çok taraflı platformun eşik bekçisi olarak kabul edilmesi için son üç mali yılda Avrupa Ekonomik Alanı içerisinde yıllık olarak 7,5 milyar Euro ya da daha fazla ciro elde etmiş olması, son mali yıl içerisinde ait olduğu teşebbüsün ortalama piyasa değerlemesinin en az 75 milyar Euro olması ve en az üç AB üyesi ülkede ilgili hizmeti sağlıyor olması gerekmektedir.

büyük ölçüde etkileyecek güçte olan çevrimiçi çok taraflı platformların diğer rakiplerinden daha farklı sorumluluklar taşıması gerektiğine karar verilmiş ve kanun içerisinde md. 5 ve 6 hükümleriyle bu platformlara belirli yükümlülükler yüklenmiştir.

E-ticaret Kanunu üzerinde yapılan değişiklik ile DMA'e benzer olarak bir sorumluluk sistemi belirlenmiştir. Ancak E-ticaret Kanunu'nda dört aşamalı artan bir sorumluluk sistemi ortaya konmuştur. Ek md. 2/1 hükmü tüm elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar için belirli sorumluluk halleri ortaya koyarken; ek md. 2/2 hükmü bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar Türk lirasının üzerinde olan; ek md. 2/3 hükmü bir takvim yılındaki net işlem hacmi otuz milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan üzerinde olan ve ek md. 2/4 hükmü bir takvim yılındaki net işlem hacmi altmış milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar aracı hizmet sağlayıcılar için çeşitli sorumluluk halleri ortaya koymuştur. Her üst basamakta yer alan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar alt basamaktaki sorumlulukları da yerine getirmek zorundadır.

E-ticaret Kanunu üzerinde yapılan değişikliklerle tüm dünyada olduğu gibi e-ticaretin en önemli ve güçlü aktörü olan çevrimiçi çok taraflı platformların pazara olan etkisinin kontrol altına alınarak pazarın iç dinamiğinin düzenlenmeye çalışılması ve bu sayede rekabetin korunması anlaşılabilir bir adımdır. Ancak Türk Hukuku uygulamasında olan ve özellikle tüketici refahı açısından sorun yaratacak olan nokta çevrimiçi çok taraflı platformlar için ortaya konan sorumluluk mekanizmasının en alt basamağının herhangi bir ekonomik etkililik aranmadan tüm e-pazaryeri platformlarını kapsayan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar için uygulanıyor olmasıdır. Ek md. 2/1 hükmü için herhangi bir kriter aranmadan tüm elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar için dört temel sorumluluk hali belirtilmiştir:

Aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerlerinde kendisinin veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları satışa sunamaz veya bu malların satışına aracılık edemez. Bu malların, farklı elektronik ticaret ortamında satışa sunulması hâlinde bu ortamlar arasında erişim imkânı sunamaz ve birbirinin tanıtımını yapamaz. Bu hüküm, toplam satış hasılatının yarısından fazlasını elektronik ticaret dışındaki satışlardan elde eden kişilerin markasını taşıyan veya marka kullanım hakkını haiz olduğu mallar hakkında uygulanmaz.

Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının 4/1/1961 tarihli ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamında düzenlemesi gereken belgelerdeki bilgilere, satışın yapıldığı elektronik ticaret pazar yerinde yer verebilmesine imkân sağlar.

Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı veya elektronik ticaret hizmet sağlayıcının yazılı şekilde ya da elektronik ortamda önceden olumlu irade beyanını almadan bunların ETBİS'e kayıtlı alan adlarının ana unsurunu

oluşturan tescilli markalarını kullanarak çevrim içi arama motorlarında pazarlama ve tanıtım faaliyetinde bulunamaz.

Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının tanıtıcı bilgilerini, kendisinden temin ettiği belgeler üzerinden veya ilgili kurumların erişime açık elektronik sistemlerinden doğrular.

Bu belirtilen sorumluluklardan ilkinin elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı olan tüm çevrimiçi çok taraflı platformlara uygulanacak olmasının, pazarın dinamiği açısından olumsuz sonuçlar ortaya çıkarabileceği kanaatindeyiz. Bu hüküm ile pazarda şu anda bulunan ve güçlü etkiye sahip olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların platformları üzerinde kendi markalarını önceleme halinin önüne geçilmesinin amaçlanmış olduğunu düşünmekteyiz. Ancak bir teşebbüs için kendisinin veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları oluşturduğu platformu üzerinden satışa sunamayacak olma hali pazara yeni girişler üzerinde olumsuz etki oluşturacaktır. Ortaya çıkan bu giriş engeli de pazar içerisindeki rekabetin azalmasına sebebiyet verebilecektir. Tüm bu sonuçlar doğrudan tüketicinin ilgili pazarda en iyi fiyat, en çok çeşit, en iyi kalite ve en inovatif mal veya hizmete erişimlerini etkileyerek tüketici refahı üzerinde olumsuz etki ortaya çıkaracaktır. Bu noktada kanun ile tüm elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar için bu denli ağır bir sorumluluk hali yerine, DMA örneğinde[74] ve E-ticaret Kanunu ek md. 1 hükmü örneğinde olduğu gibi doğrudan elektronik aracı hizmet sağlayıcının ortaya koyacağı olumsuz etki oluşturacak uygulamaların yasaklanması çözümünün seçilmesi kanaatimizce tüketici refahının artırılması ve pazar rekabetinin sürdürülmesi açısından daha uygun olabilirdi.

Ek md. 2/2 hükmü birinci fıkra hükmündeki sorumluluklara ek olarak, bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar Türk lirasının üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı için satıcılardan ve tüketicilerden elde edilen verilerin sadece aracılık hizmeti için kullanılması, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının platform aracılığıyla yaptığı satışlara ilişkin sayısal verilere ulaşmasının sağlanması, kendine ait elektronik ticaret ortamları arasında erişim imkânı sunamaması ve bu ortamlarda birbirinin tanıtımını yapamaması, şirket ortaklarının pay devir ve edinim işlemlerinin, bağımsız denetim kuruluşunca hazırlanan denetim raporunun ve mevzuata aykırı içeriklerin tespitine ilişkin hususların bildirimi açısından sorumluluklar belirlenmiştir.

Ek md. 2/3 hükmü birinci ve ikinci fıkra hükmündeki sorumluluklara ek olarak, bir takvim yılındaki net işlem hacmi otuz milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin

[74] Avrupa Komisyonu (n 70). DMA md. 6(5) hükmünde platform sahibi teşebbüsün kendi mal ve hizmetlerini platformu üzerinden tüketicilere sunarken kendi mal ve hizmetlerine rakiplerin mal ve hizmetlerinden daha iyi koşulların sağlanamayacağı açıkça belirtilerek yasaklanmıştır.

üzerinde olan üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı için net işlem hacminin aynı takvim yılına ilişkin on iki aylık ortalama Tüketici Fiyat Endeksi değişim oranı uygulanmış tutarı üzerinde belirli oranlarda reklam bütçesi ve elektronik ticaret pazar yerindeki alıcı ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcılara yapılabilecek toplam indirim bütçesi belirlenmiştir. Bu bütçelerin bir takvim yılının üçer aylık dönemlerinde en fazla dörtte biri oranında kullanılabilmesine ilişkin sorumluluklar belirlenmiştir.

Ek md. 2/4 hükmü birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükmündeki sorumluluklara ek olarak, bir takvim yılındaki net işlem hacmi altmış milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı için iki temel sorumluluk hali daha belirlenmiştir. Bunlardan ilki md. 2/4 kapsamına giren elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının platformunda 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu kapsamında kredi kartıyla yapılan kredili ödeme işlemleri ile diğer ödeme işlemleri hariç olmak üzere, ekonomik bütünlük içinde bulunduğu bankaların ya da 6361 Sayılı Kanun kapsamındaki şirketlerin, kredi verme işlemleri dâhil sundukları her türlü hizmetin gerçekleştirilmesine ilişkin faaliyette bulunmasına imkân sağlayamayacak olmasına ilişkindir. İkinci sorumluluk hali ise md. 2/4 kapsamına giren elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının aracılık hizmeti sunduğu e-ticaret pazaryeri platformunda yapamayacağı işlemlere yöneliktir. Bu kapsamda md. 2/4 kapsamına giren elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ekonomik bütünlük içinde bulunduğu 6493 Sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun kapsamındaki elektronik para kuruluşlarınca ihraç edilen elektronik paraların kabulüne ilişkin faaliyette bulunulmasına imkan tanıyamaz, 6493 Sayılı Kanun kapsamı dışında kalan araçlarla ilgili hizmetler sunamaz veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerce bu hizmetlerin sunulmasına imkân sağlayamaz[75].

Çalışmanın bu başlığı altında değinilmesi gereken bir diğer nokta 7416 sayılı Kanun ile E-ticaret Kanunu'na eklenen ek md. 4 hükmüdür. Bu madde ile elektronik ticaret lisansı üzerinde bir düzenleme yapılmış ve bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısına faaliyetine devam edebilmek için Gümrük ve Ticaret Bakanlığından lisans alma ve lisansını yenileme sorumluluğu getirilmiştir.

[75] Md. 2(4) hükmü için birçok istisna hali düzenlenmiştir. Tüm bunlara makale metni içerisinde yer verilmesi mümkün değildir. Tüm bu ayrıntılara madde metninden ulaşılabilir.

SONUÇ

İnternet kullanımının yaygınlaşmasıyla çevrimiçi çok taraflı platformlar artık hayatımızın vazgeçilmez bir parçası olmuştur. Özellikle bireysel kullanıcı olan tüketicilerin günlük hayatlarında sıklıkla kullandıkları bu platformların tüketicilere karşı sorumluluklarının belirlenmesi konusu, önem teşkil eden bir tartışma konusu haline gelmiştir. Taraflardan birinin tüketici olduğu ve tarafların fiziki olarak bir araya gelmeden akdettiği sözleşmeler, mesafeli sözleşme olarak kabul edilmektedir. Mesafeli sözleşmeye ilişkin esaslar TKHK'un md. 48, MSY'de ve FHMSY'de düzenlenmektedir. Bunun yanında platform ilişkisine dayalı sözleşmelerin çevrimiçi ortamda elektronik iletişim araçlarıyla gerçekleşiyor oluşu, tüketicilerin akdetmiş olduğu ilgili sözleşmenin e-sözleşme olarak da nitelendirilmesini gerektirmektedir. E-ticaret Kanunu kapsamındaki düzenlemeler de çevrimiçi çok taraflı platformların sorumluluklarının belirlenmesi hususunda önem taşımaktadır.

Var olan teknolojik gelişmeler ve çevrimiçi çok taraflı platformların kazandığı önem neticesinde ilgili kanunlar üzerinde değişiklikler yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyacın karşılanması amacıyla hem TKHK hem de E-ticaret Kanunu üzerinde 2022 yılında değişiklikler yapılmıştır.

7392 sayılı Kanun ile TKHK üzerinde yapılan değişiklikler sonucunda tüketicilerin, satıcı ve sağlayıcı ile bir araya gelmeksizin kurdukları mesafeli sözleşmelere aracılık eden platform, elektronik pazar yeri ve aracı hizmet sağlayıcı tanımları yapılmıştır. Değişiklikler öncesi dönemde, TKHK'da tanım yer almadığından, aracılık edenlerin kim olduğu belirsiz iken TKHK ve MSY'deki değişiklikler ile hem TKHK hem de MSY'de hem aracı hizmet sağlayıcı hem de aracı hizmet sağlayıcının yükümlülükleri belirlenmiştir.

7416 sayılı Kanun ile E-ticaret Kanunu üzerinde yapılan değişiklikler ile aracı hizmet sağlayıcı yanında yeni bir ticari aktör tanımlaması yapılarak elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı kavramı kanun hükmüne dahil edilmiştir. İlgili değişikliklerle hem aracı hizmet sağlayıcı hem de elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı için temel olarak tüketicinin korunmasını açısından önemli olan ve tüketici refahı açısından önemli olan şeklinde ifade edebileceğimiz iki temel kategorideki yeni sorumluluklar ortaya konmuştur. Tüketicinin korunması açısından olumlu etkide bulunacak olan bu sorumluluklar üzerindeki değişikliklerin tüketici refahı açısından düşünüldüğünde yer yer olumsuz etkilere yol açması söz konusudur.

KAYNAKÇA

Akipek Öcal Ş/Kara İ, Tüketici Hukuku Dersleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Avcı Braun C, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler", C.12, S. 2, 2016, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 17-45.

Ayata Z, "Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Rekabet Hukuku", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2014, ss. 35-54.

Baş Süzel E, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü", C. 17, S. 2, 2018, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 337-370.

Baş Süzel E, Mesafeli Sözleşmeler ve İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Botta M, "Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila", C. 12, S. 7, 2021, Journal of European Competition Law & Practice, ss. 500–512.

Bozbel S/ Atalı M, "Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", C. IX, S. 1-2, 2005, AÜEHFD, ss. 452-456.

Bütün Yılmaz DG, "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı", C. 69, S. 2, 2020, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 325-367.

Chirico F, "Digital Markets Act: A Regulatory Perspective", C. 12, S. 7, 2021, Journal of European Competition & Practice, ss. 493–499.

Colangelo Giuseppe / Maggiolino Mariaterasa, "Applying Two-Sided Markets Theory: The MasterCard and American Express Decisions", C. 14, S. 1, 2018, Journal of Competition Law & Economics, ss. 115-143.

Cseres K. J, "The Controversies of the Consumer Welfare Standard", C. 3, S. 2, 2007, The Competition Law Review, ss. 121-173.

Çakırca Sİ, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Mesafeli Sözleşmeler", C. 34, S. 3, 2018, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, ss. 99-147.

Demir M, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015.

Demirbaş H, 6562 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Kapsamında Hizmet Sağlayıcıları ve Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Doğan C, Rekabet Hukuku ve İktisadı Bağlamında Dijital Platformlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Ekingen E, "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Açısından Avrupa İçin Dijital Tek Pazar Stratejisinin Son Adımı: Dijital Pazarlar Yasası Taslağı", C. 20, S. 232, 2022, Legal Hukuk Dergisi, ss. 1199-1237.

Ekingen E, The Relation Between EU Competition Law Policy and Consumers in Online Multi-Sided Platform Markets: An Analysis Based on Consumer Welfare Standard, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2022.

Evans DS. "Multi-Sided Platforms, Dynamic Competition, and The Assessment of Market Power for Internet-Based Firms", S. 6, 2016, S. 753, The University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper Series, ss. 1-33.

Gezder Ü, "Mesafeli Sözleşmeler", İnceoğlu M (Ed.), Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Hanley DA, "A Topology of Multisided Digital Platforms", C. 19, S. 2, 2020, Connecticut Public Interest Law Journal, ss. 272-350.

Hovenkamp HJ, "On the Meaning of Antitrust's Consumer Welfare Principle", 2020, Penn Law: Legal Scholarship Repository, ss. 1-4.

Hutchinson T/ Duncan N, "Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research", C. 17, S. 1, 2012, Deakin Law Review, ss. 83-119.

İnceoğlu M.M./Baş Süzel E, "Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketiciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m.48/f.5)", C. 15, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 475- 491

Jens-Uwe F/Martin P, "Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act", C. 12, S. 7, 2021, Journal of European Competition Law & Practice, ss. 513-528

Keskin D, "TKHK Değişiklik m. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketiciye Karşı Sorumluluğu", C.XXVI, S.3, 2022, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 119-144.

Kuntoğlu ÖF, "Elektronik Ticarette Kişisel Verilerin Korunması", C. 1, 2021, Bilişim Hukuku Dergisi, ss.176-241.

Özbay Özdoğru Z, İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketiciye Karşı Sorumluluğunun Şartları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Sert Sütçü S, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Sert Sütçü S, "Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi", C. 4, S. 1, 2021, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 276 – 287.

Topaloğlu M, "Mesafeli Sözleşmeler", C. 2, S. 3, 2016, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 15-50.

Topaloğlu M, "Madde-48 Mesafeli Sözleşmeler", Ed. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem, Milli Şerh (National Commentary), Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2016.

Uzun Kazmacı Ö, "İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", C. 22, S. 3, 2016, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss.2791-2818.

Yılmaz Aslan İ, Rekabet Hukuku, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.

Zevkliler A/Özel Ç, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0270_EN.html>, s.e.t 01.09.2022, recital 7.

European Commission, Guidelines on the Application of Article 101(3) TFEU (formerly Article 81(3) TEC), 2004.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen, https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/31d9c444-27a5-4a75-95b1-1ca9bdb81ea5.pdf, 2022, s.e.t. 25.08.2022.

Rekabet Kurumu, "E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu", 2022, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/e-pazaryeri-si-raporu-pdf>, s.e.t. 15.08.2022.

Rekabet Kurumu, "E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu", 2021, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/e-pazaryeri-si-on-rapor-teslim-tsi_son-pdf>, s.e.t. 15.08.2022.

ALACAĞIN DEVRİNDE İPTAL HAKKININ DEVRALANA GEÇİP GEÇMEYECEĞİ MESELESİ

Zur Frage ob das Anfechtungsrecht mit der Abtretung der Forderung auf den Zessionar übergeht

Araştırma Görevlisi Dr. Seda BAŞ*

Öz: Alacağın devri, alacaklının alacağını borçlunun rızası aranmaksızın üçüncü bir kişiye devretmesidir. Alacağın devrinin sonucu olarak alacaklı borç ilişkisinden çıkar. Alacağın devriyle birlikte öncelik hakları ve fer'i haklar devralana geçer. Yenilik doğuran haklar konusunda ise alacağa bağlı yenilik doğuran hakların devirle birlikte devralana geçeceği kabul edilmektedir. Sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar, tüm borç ilişkisini ilgilendirdiğinden devirden etkilenmez ve devredende kalır. Ancak iptal hakkının alacağın devriyle birlikte devralana geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre iptal hakkı esasen bağımsız olarak devredilemez. Nitekim iptal hakkı sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hak ve kişisel hak niteliğine sahiptir ve tüm borç ilişkisini etkiler. Gittikçe önem kazanmaya başlayan yeni bir görüş ise, iptal hakkının devrinin önünde hiçbir hukuki engel bulunmadığını savunmaktadır. Bu görüş sözleşme özgürlüğü kapsamında iptal hakkının devrinin de mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Hâkim görüş, alacağın devriyle iptal hakkının devredende kalacağı yönündedir. Diğer yandan iptal hakkının devralana geçip geçmeyeceği sorusuna cevap aranırken devredilen alacağın niteliği, devreden ve devralanın menfaatlerinin karşılaştırılması gibi kıstaslar dikkate alınmak suretiyle bir değerlendirme yapan görüşler de mevcuttur.

Anahtar Kelimeler: Alacağın devri, iptal hakkı, iptal hakkının devri, iptal hakkının devredilemezliği ilkesi, iptal hakkı sahibi, alacağı devralan, alacağı devreden.

Zusammenfassung: Die Zession ist die Übertragung der Forderung des Gläubigers auf einen Dritten ohne Einholung der Zustimmung des Schuldners. Als Ergebnis von der Zession scheidet der Gläubiger aus dem Schuldverhältnis aus. Mit der Abtretung der Forderung gehen Vor- und Nebenrechte auf den Zessionar über. Hinsichtlich der Gestaltungsrechte wird angenommen, dass die mit der Forderungsverbundenen Gestaltungsrechte mit der Übertragung auf den Zessionar übertragen werden. Da die vertragsbezogene Gestaltungsrechte das gesamte Schuldverhältnis betreffen, bleiben sie von der Übertragung unberührt und beim Zessionar bleiben bestehen. Streitig ist, ob das Anfechtungsrecht mit der Zession auf den Zessionar übergeht. Nach herrschender Meinung ist das Anfechtungsrecht grundsätzlich eigenständig nicht übertragbar. Tatsächlich hat das Anfechtungsrecht den Charakter eines vertraglichen Gestaltungsrechts und eines Persönlichkeitsrechts und bewirkt das gesamte Schuldverhältnis. Eine mehr und mehr Gewicht gewonnen neue Auffassung vertritt, dass der Übertragung des Anfechtungsrechts keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Diese Ansicht behauptet, dass eine Übertragung des Anfechtungsrechts im Rahmen der Vertragsfreiheit möglich ist. Die herrschende Meinung spricht sich dafür aus, dass das Anfechtungsrecht mit der Abtretung der Forderung beim Zessionar bestehen bleibt. Andererseits gibt es bei der Beantwortung der Frage, ob das Anfechtungsrecht auf den Zessionar übergeht, auch Meinungen, die eine Beurteilung anhand von Kriterien wie der Art der übertragenen Forderung, dem Nutzenvergleich vornehmen der Zedent und der Zessionar.

Schlüsselwörter: Zession, Anfechtungsrecht, die Übertragung des Anfechtungsrecht, das Prinzip der Unübertragbarkeit des Anfechtungsrecht, Anfechtungsberechtigung, Zessionar, Zedent.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, yildizs@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5382-2663

Makale Geliş Tarihi: 27.09.2022, Makale Kabul Tarihi: 15.11.2022

GİRİŞ

Alacağın devri, alacaklının alacağını borçlunun rızasına ihtiyaç duymaksızın alacağı devralan ile yaptığı bir sözleşme sonucunda devrederek borç ilişkisinden çıkması ve yerini yeni alacaklıya bırakmasıdır. Alacağın devri; borçlu, devreden ve devralanın oluşturduğu üç köşeli bir hukuki ilişkidir. Alacağın devrinin konusu sözleşmenin tamamı değildir; aksine sözleşme ilişkisinden doğan bir alacak devre konu olabilir. Alacağın devrinin ilk ve en önemli sonucu borç ilişkisinin aktif süjesindeki değişikliktir. Devredenin garanti borcu ve ispat araçlarını ve özellikle yazılı belgeleri teslim etme borcu da devrin asli sonuçları arasında yer alır. Alacağın devrinin yan sonuçları ise, öncelik haklarının ve fer'i hakların devralana geçmesidir. Yenilik doğuran haklar bakımından bağımlı yenilik doğuran hakların ilke olarak alacak hakkından ayrı olarak devredilemeyeceği ifade edilmektedir. Diğer yandan alacağın devri sonucunda yenilik doğuran hakkın kim tarafından kullanılacağı sorusu da ortaya çıkmaktadır. Bu hususta bağımlı yenilik doğuran haklar konusunda da ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Alacağa bağlı yenilik doğuran haklar devirle birlikte devralana geçerken sözleşmeye bağlı yenilik doğuranlarda bu yönde bir kabul söz konusu değildir.

Alacağın devrinde yenilik doğuran hakların kim tarafından kullanılacağı meselesi irdelenirken kullanılan en sık örneklerden biri iptal hakkıdır. İptal hakkı, sahibine aşırı yararlanma ya da bir irade bozukluğu etkisi altında kurulan sözleşmeyi geçmişe etkili bir biçimde ortadan kaldırma imkânı veren sözleşmeye bağlı bozucu yenilik doğuran haklardan biridir. Alacağın devrinde iptal hakkının devralana geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Hâkim görüş; iptal hakkının sözleşmeye bağlı bir yenilik doğuran hak niteliğine sahip olduğunu, kanun koyucu tarafından iptal hakkı sahibinin karar verme özgürlüğünü, bir başka ifadeyle sözleşme özgürlüğünü koruyucu işlevini ve kişisel hak niteliğini ön plana çıkararak devredende kalacağını ileri sürmektedir. Bu düşünce, iptal hakkının devredilmesinin önünde hiçbir hukuki engel bulunmadığını ileri süren yeni bir görüş tarafından eleştirilmektedir Yeni görüş taraftarları, alacağın devrinde de iptal hakkının devralana geçebileceğini; bu hususta bir değerlendirme yaparken devredilen alacağın niteliği, devreden ve devralan arasındaki menfaat dengesinin karşılaştırılması gibi ölçütlerden hareket etmektedirler.

I. ALACAĞIN DEVRİ KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

A. KAVRAM

Alacağın devri (*Zession; Abtretung*), Türk Borçlar Kanunu'nun "borç ilişkilerinde taraf değişiklikleri" başlıklı beşinci bölümünün birinci ayrımında, m. 183-194 hükümleri arasında düzenlenmektedir. TBK'da

alacağın devrinin kavramsal tanımına yer verilmemiştir. Alacağın devri, alacaklının alacağını borçlunun rızasına gerek duymaksızın bir üçüncü kişiye devretmesi şeklinde tanımlanmaktadır.[1] Bu tanım, TBK'da yer verilen alacağın devrinin unsurlarını barındıran bir tanımdır. Öğretide alacağın devrine ilişkin tüm hükümler dikkate alınarak çeşitli tanımlamalar[2] da yapılmakla birlikte, en kısa anlatımla alacağın devrinden, bir alacağın alacaklısının değişmesi durumu anlaşılır.[3]

Alacağın devrinde alacağı üçüncü bir kişiye devreden eski alacaklıya "devreden (*Zedent*)", alacağı devralan üçüncü kişi yeni alacaklıya "devralan (*Zessionar*), devre konu alacağın borçlusuna ise "borçlu (*Zessus*)" denir.[4] Alacağın devriyle devreden, alacağını üçüncü bir kişiye devrettiğinde üçüncü kişi alacaklı sıfatını kazanır ve eski

---

[1] Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988, s. 536; Christian Grüneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, C. H. Beck, München, 2018, § 398, s. 621, N. 2; Theo Guhl/Hans Merz/Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991, s. 244; Eugen Spirig, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1k, Vorbemerkungen zu Art. 164-174, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1993, s. 12, N. 20; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2012, s. 573, 574, N. 90.02; Andreas Furrer/Anton K. Schynder, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, s. 936, N. 1; Fahrettin Aral, "Topyekün Temlik", C. 42, S. 1, 1992, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 93; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1386, N. 3827; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 413, N. 1; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1078.

[2] Öğretide yer verilen bir tanıma göre, alacağın devri "*bir alacak hakkının hakkı devreden alacaklı ile devralmak isteyen arasında kurulan ve borçlunun katılmasının gerekmediği tasarruf işlemi niteliğindeki yazılı bir sözleşme ile hakkın özünde bir değişiklik meydana gelmeden (olduğu gibi), devralanın malvarlığına geçirilmesi işlemidir*". İlgili tanım için, bkz. Baki İlkay Engin, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 10. Bir başka tanıma göre alacağın devri, "*alacaklının bir borç ilişkisinde borçlunun rızasına gerek duymaksızın, alacağını tasarrufî ve soyut bir işlemle üçüncü bir şahsa devretmesine imkân sağlayan yazılı şekle bağlı bir sözleşmedir*". Bu tanım için, bkz. Mehmet Üçer, "Roma Hukuku'nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki", C. 54, S. 3, 2005, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 407. Benzer yönde bir tanım için, bkz. Mustafa Arıkan, "Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki", C. 13, S. 1, 2005, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 131.

[3] Hermann Becker, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 164-174 (Abtretung), 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 1945, s. 764, N. 1; Schwenzer, 2012, s. 573, 574, N. 90.02; Arif B. Kocaman, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 6; Eren, s 1386, N. 3827.

[4] Bucher, s. 536; Spirig, N. 12; Guhl/Merz/Koller, s. 244; Schwenzer, 2012, s. 573, 574, N. 90.02; Aral, s. 93; Eren, s. 1386, N. 3828;

alacaklının yerine geçer. Borçlunun bu işleme katılması gerekmediği gibi, rıza göstermesi -hatta devirden haberdar olması dahi- gerekmez.[5]

Alacağın devri, TBK m. 184/I gereğince yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Alacağın devrinin iradi devir, kanuni devir ve yargısal devir olmak üzere üç farklı türü vardır. Kanuni devir ve yargısal devre ilişkin TBK m. 185'te özel bir düzenleme mevcut olup gerçek anlamda alacağın devri ile kastedilen iradi devirdir.[6]

Alacağın devri, hukuki niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemidir.[7] Alacağın devri aynı zamanda bir sözleşmedir.[8] Bu sözleşmenin tarafları alacağı devreden eski alacaklı ve alacağı devralan yeni alacaklıdır.[9] Alacağın devrinin sebebe bağlı bir işlem olup olmadığı tartışmalıdır. Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüş, alacağın devrinin sebebe bağlı bir işlem olduğudur.[10] Alman hukukunda ise alacağın devri, soyut bir işlem olarak kabul edilmektedir.[11]

Alacağın devrinin konusu, sözleşmenin kendisi değildir. Devrin konusu borç ilişkisinin içerdiği alacak hakkıdır.[12] İlke olarak her türlü alacak devre konu olabilir.[13] Ayni bir talep hakkı alacağın devrinin

---

5 Bucher, s. 536; Guhl/Merz/Koller, s. 244; Schwenzer, 2012, s. 574, N. 90.02; Kocaman, s. 11, 12; Eren, s. 1386, 1387, N. 3828.

6 Kocaman, s. 8; Eren, s. 1390, N. 3839; H. Tolunay Ozanemre Yayla, Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği), Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 44.

7 Bucher, s. 536; Guhl/Merz/Koller, s. 244; Schwenzer, 2012, s. 574, N. 90.04; Aral, s. 94; Eren, s. 1390, N. 3841; Kemal Dayınlarlı, Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri, 5. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2019, s. 86; Ozanemre Yayla, s. 58; H. Kübra Ercoşkun Şenol, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 50.

8 Eren, s. 1392, N. 3846; Dayınlarlı, s. 90; Ozanemre Yayla, s. 53; Ercoşkun Şenol, s. 49.

9 Palandt/Grüneberg, § 398, s. 621, N. 3; Eren, s. 1392, N. 3846

10 Eren, s. 1394, N. 3853; Dayınlarlı, s. 102. Aksi yönde, Ozanemre Yayla, s. 393, 394. İsviçre hukukunda geleneksel görüşün aksine alacağın temlikini soyut bir işlem olarak kabul eden ve gittikçe taraftar toplamaya başlayan görüş için, bkz. Bucher, s. 554 vd.; Guhl/Merz/Koller, s. 245; Heinrich Honsell, "Tradition und Zession - kausal oder abstrakt?", http://honsell.at/pdf/FS_Wiegand.pdf, s. 17 vd.; Schwenzer, 2012, s. 575.

11 Palandt/Grüneberg, § 398, s. 621, N. 2.

12 Eren, s. 1398, N. 3865.

13 Eren, s. 1398, N. 3865. Bir kanun hükmü, sözleşme veya işin niteliği gereği devredilemeyen alacaklar da söz konusudur. Bu hususta, bkz. Bucher, s. 540 vd.; Schwenzer, 2012, s. 578, N. 90.22; Eren, s. 1399, 1400; Ercoşkun Şenol, s. 111 vd. Müstakbel alacakların devri hususunda da devir anında herhangi bir hukuki temele sahip olup olmadıklarına göre bir ayrım yapılmaktadır. Bu hususta, bkz. Nurcihan Dalcı, "Müstakbel Alacakların Toptan Devri", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Cilt I, Ankara, 2013, s. 752 vd.

konusunu oluşturamaz.[14] Bağımlı yenilik doğuran haklar da alacak hakkından ayrı olarak devredilemez.[15]

B. ALACAĞIN DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Alacağın devri, üç köşeli hukuki ilişkilerden biridir. Buradaki "üç köşeli"likten maksat, hukuki ilişkide devreden, devralan ve borçludan oluşan üç kişinin varlığıdır[16]. Alacağın devrinin ortaya çıkardığı ilk ve en önemli sonuç, borç ilişkisinin aktif süjesinin değişmesidir.[17] Nitekim alacak devredenden devralana geçmekte, devreden borç ilişkisinden ayrılarak yerini devralan sıfatıyla yeni alacaklıya bırakmaktadır. Bu durum, alacağın devrinin asli sonuçlarından biridir. Alacağın devri nedeniyle devredenin garanti borcu ve ispat araçlarını ve özellikle yazılı belgeleri teslim etme de devrin asli sonuçlarındandır (TBK m. 190; m. 191). Alacağın devrinin yan sonuçları ise, öncelik haklarının ve fer'i hakların devralana geçmesidir (TBK m. 189/I).

Çalışmamız açısından önem arz eden mesele, alacağın devrinde yenilik doğuran haklardan iptal hakkının devirden nasıl etkilendiğidir. Bu sebeple alacağın devrinin asli sonuçları hakkında ayrıntıya girmeden yan sonuçlardan özellikle yenilik doğuran hakların geçmesi meselesi üzerinde durmak gerekmektedir. Söz konusu mesele ikili bir ayrım yapılarak cevaplandırılmaya çalışılmaktadır. Bu kapsamda alacağa bağlı yenilik doğuran hakların devirle birlikte devralana geçeceği kabul edilmektedir[18]. Örneğin, seçimlik bir alacak devre konu olmuşsa, artık seçim hakkı devralana aittir. Buna karşılık alacağın kaynaklandığı borç ilişkisinin tamamını ilgilendiren bir yenilik doğuran hak söz konusu olduğunda, alacağın devri bu hakkın devralana geçmesi sonucunu

---

14 Eren, s. 1399, N. 3867; Nisim Franko, "Alacağın Temliki", C. 49, S. 1, 1994, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 180.

15 Eren, s. 1399, N. 3867.

16 Kocaman, s. 9.

17 Palandt/Grüneberg, § 398, s. 623, N. 18; Kocaman, s. 11; Eren, s. 1402, N. 3876. Bu değişiklik, alacak üzerindeki "hak sahipliği" bakımından söz konusu olmaktadır. Devredenin borç ilişkisi çerçevesinde sahip olduğu "alacaklılık durumu"nda herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Nitekim bir borç ilişkisinde alacaklı lehinde yalnızca alacak hakkı doğmaz. Birden fazla alacak, yenilik doğuran haklar ve itirazlar da alacaklının "alacaklılık" konumuna bağlı olarak sahip olabileceği haklardandır. Bu hususta, bkz. Kocaman, s. 11.

18 Joachim Gernhuber, "Synallagma und Zession", Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1974, s. 60, 61; Eren, s. 1404, N. 3886; Franko, s. 187; Anja Verena Steinbeck, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Verlag Dunkel & Humblot GmbH, Berlin, 1994, s. 63; Jan Felix Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, s. 13, 14; Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 280; Dayınlarlı, s. 274; Özcan Günergök, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 201.

doğurmaz.[19] Nitekim alacağın devrinin konusu borç ilişkisinin tamamı değil, sadece söz konusu ilişkiden kaynaklanan alacak hakkıdır. İptal hakkı, sözleşmeyi geçmişe etkili bir biçimde ortadan kaldıran bir etkiye sahip olduğundan borç ilişkisinin tamamını ilgilendiren bir yenilik doğuran haktır. Bununla birlikte alacağın devrinde iptal hakkının devralana geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. İfade etmek gerekir ki, iptal hakkının devredilebilirliğiyle ilgili yapılan değerlendirmelerin birçoğu, sözleşmeden dönme, fesih gibi diğer yenilik doğuran haklar bakımından da dikkate alınmalıdır.[20] İptal hakkının devredilebilirliği konusundaki tartışmalara geçmeden önce iptal hakkı kavramına kısaca değinmek yararlı olacaktır.

II. İPTAL HAKKI KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

A. KAVRAM VE GENEL ÖZELLİKLER

İptal hakkı, kuruluş aşamasında irade bozukluğu veya aşırı yararlanma etkisi altında hukuki işlem gerçekleştiren kimseye bu işlemi ortadan kaldırma imkânı sunan bir haktır.[21] İrade bozukluğu ya da aşırı yararlanma etkisi altında kurulan hukuki işlemin kaderi, iptal hakkı sahibinin kararına bağlıdır. İptal hakkı sahibi, iptal hakkını kullanmayarak sözleşmenin geçerliliğini koruyabileceği gibi; iptali ileri sürerek sözleşme ilişkisini sona da erdirebilir. Bu sebeple iptal hakkı, hukuki işlemin geçerliliğine veya iptaline karar verme yetkisi olarak da tanımlanabilir.[22] Bu hakkın kullanılabilmesi iptale yönelik iradenin açıklanmasına bağlıdır. İptal hakkının kullanılmasının ön şartı, iptal beyanı olarak adlandırılan söz konusu irade açıklamasının varlığıdır.

Sözleşmenin iptalini, sözleşmenin her iki tarafı da isteyemez. İptal hakkının kullanılması, hak sahibinin iradesine bırakılmıştır. Sadece iradesi sakatlanan ya da aşırı yararlanmaya maruz kalan taraf, sözleşmeyi iptal edebilme yetkisine sahiptir.[23] Bu yönüyle iptal hakkı,

---

19 Franko, s. 187; Günergök, s. 202, 203.

20 Peter Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, Manzsche Verlags, Wien, 1986, s. 45.

21 Max Waiblinger, Begriff und Ausübung der Anfechtungsrechte im schweizerischen Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Anfechtung des ehelichen Kindesverhältnisses, Abhandlung zum schweizerischen Recht, 30. Heft, Verlag von Stämpfli & Cie, Bern, 1928, s. 8; Buz, s. 281.

22 Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Çev.: Cevat Edege, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 226; Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Springer Verlag, Berlin 1965, s. 557.

23 Jürgen Ellenberger, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, C. H. Beck, München, 2018, BGB § 143, N. 4; von Tuhr, s. 302, 303; Maja L. Blumer, Kurzkommentar Obligationenrecht, Hrsg. Heinrich Honsell, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, s. 137, N. 2; Schwenzer, 2012, s. 297, N. 39.11.

iradesi sakatlanan kimsenin karar verme özgürlüğünü ve üst kavram olarak sözleşme özgürlüğünü koruyucu bir işleve sahiptir ve kişisel hak niteliğindedir.[24] Karşı taraf iptal açıklamasına kadar sözleşmeyle bağlı kalmak zorundadır.

İptal hakkı miras yoluyla intikale elverişlidir.[25] Ancak rehnedilemez ve haczedilemez.[26] İptal hakkının kullanılması hak düşürücü süreye tabidir.[27] İptal açıklaması koşula (şarta) bağlanamaz[28] ve iptal beyanında bulunulduktan sonra bu beyandan geri dönülemez.[29] İptal beyanının ileri sürülmesi herhangi bir şekle bağlı değildir.[30] İptal edilen işlem özel bir şekil gerektirse dahi iptal, şekle bağlı olmaksızın ileri sürülebilir.[31]

B. İPTAL HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İptal edilebilir bir hukuki işlemin geçmişe dönük olarak ortadan kaldırılabilmesi için, hak sahibinin, hukuki değişikliği fark edilebilir kılması gerekir. Bu bağlamda iptal hakkının kullanılması, hukuki niteliği itibariyle, bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasıdır. İptal hakkının ileri sürülmesi, iptal beyanı aracılığıyla gerçekleşir. İptal beyanı tek taraflı,

---

[24] Bruno Schmidlin, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 23-31 OR, Stämpfli Verlag, 2. Aufl., Bern, 2013, s. 316, N. 78; Herbert Roth, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsrecht und Nebengesetzen, Buch I, Allgemeiner Teil, Sellier de Gruyter, Berlin 2015, BGB §142 N. 11; Christian Hattenhauer, Einseitige private Rechtsgestaltung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 454.

[25] Staudinger/Roth, BGB §142 N. 10; Eren, s. 400.

[26] Flume, s. 561.

[27] Peter Gauch / Walter R. Schluep / Jörg Schmid / Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Bern, 2008, s. 191, N. 906; Kurzkommentar / Blumer, s. 138, N. 5; Karl Larenz / Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004, s. 675, N. 86; Eren, s. 475; Hatemi / Gökyayla, s. 108, N. 41.

[28] Josef Fenkart, Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1925, s. 86.

[29] Fenkart, s. 89.

[30] Seckel, s. 238; von Tuhr, s. 304; Berner Kommentar / Schmidlin, s. 314, N. 68; Staudinger / Roth, BGB §143 N. 6; Schwenzer, 2012, s. 297, N. 39.14; Larenz / Wolf, s. 680, N. 110; Kurzkommentar / Blumer, s. 137, N. 3; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess Verl., 3. Aufl., Zürich, 2019, s. 177, N. 577; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 124.

[31] Bucher, s. 211; Flume, s. 559; Berner Kommentar / Schmidlin, s. 314, N. 68; Jan Busche, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I Allgemeiner Teil, C.H. Beck, 9. Aufl., München 2021, BGB § 143, N. 4; Arnd Arnold, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., Otto Schmidt Verl., Köln, 2017, s. 412, N. 4; Staudinger / Roth, s. 119, N. 6; Schwenzer, 2012, s. 297, N. 39.14. Aksi yönde, bkz. Ahmet Kut, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristsiche Medien AG, 2016, s. 177.

varması gerekli bir irade açıklamasıdır.[32] Karşı tarafça kabul edilmesi gerekmez.[33] Dolayısıyla iptal hakkının kullanılması, tek taraflı bir hukuki işlemdir ve her zaman tasarruf işlemi niteliğine sahiptir.[34]

İptal hakkı, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. Diğer yandan iptal hakkı sözleşme ilişkisini sona erdirirken daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcunun doğmasına da neden olur. Bu şekilde taraflar arasındaki hukuki ilişki hem sona ermekte hem içeriği değişerek bir iade borcuna dönüşmektedir. Bunun sonucu olarak iptal hakkının, bozucu ve değiştirici yenilik doğuran hakların özelliklerini bünyesinde taşıdığı söylenebilir.[35] İptal hakkının her iki tür yenilik doğuran hak grubuna dahil edilmesinin yerinde olup olmadığı, yerinde değilse bir grup belirlerken hangi kıstasların göz önünde bulundurulması gerektiği gibi sorular akla gelebilir. İptal hakkının hem değiştirici hem bozucu yenilik doğuran haklara ait olmasının yerindeliği bir tarafa bırakılacak olursa, birtakım kıstaslar dikkate alınarak bir grup içerisinde değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. İptal hakkının meydana getirdiği "esas etki"nin tespiti, dahil olması gereken yenilik doğuran hak çeşidinin belirlenmesi için bir kıstas olarak önerilmektedir.[36] Ancak iptal hakkının esas etkisinin sözleşme ilişkisini sona erdirmek mi yoksa daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesini sağlamak mı olduğu cevaplanması güç meselelerdendir. Bu sebeple, iptal hakkının hangi gruba ait olduğu belirlenirken, "ilk etki"den hareket edilebileceği ifade edilmektedir.[37] Bizim de katıldığımız bu görüş, iptal hakkının ilk etkisinin sözleşme ilişkisini sona erdirmek olduğunu vurgulayarak daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesini ilk etkinin sonucu olarak nitelemektedir. Bu durumda iptal hakkını, hakkın ilk etkisi sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmak olduğundan, bozucu yenilik doğuran haklar kategorisinde değerlendirmek gerekir.

İptal hakkı, hak sahibinin sakatlanmış irade beyanıyla bir sözleşme ilişkisi içerisinde olmasının sonucunda kendisine kanun tarafından verilmiş bir haktır. İptal hakkı, sahibinin sözü edilen konumuna bağlı olduğundan bağımlı yenilik doğuran haklardandır. Bağımlı yenilik

---

[32] Berner Kommentar / Schmidlin, s. 314, N. 68; Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing Lichtenhahn Verl., 4. Aufl., Basel, 2007, s. 272, N. 10; Flume, s. 559; Waiblinger, s. 48, 49; Oğuzman / Öz, s. 123; Eren, s. 1430.

[33] Berner Kommentar / Schmidlin, s. 314, N. 68; Basler Kommentar / Schwenzer, s. 272, N. 10.

[34] Emil Seckel, "Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts", Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50 Jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzendes Richard Koch, Berlin, 1903, s. 237; Bucher, s. 212; Münchener Kommentar / Busche, BGB § 143, N. 4; Waiblinger, s. 44; Erman BGB / Arnold, s. 411, N. 1; Eren, s. 474.

[35] Buz, s. 194, 195.

[36] Buz, s. 195.

[37] Rolf Steiner, Das Gestaltungsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1984, s. 70, 71; Buz, s. 195.

doğuran haklar kendi içerisinde, alacağa veya borca bağlı yenilik doğuran haklar ve sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar olarak ikiye ayrılır.[38] Bağımlı yenilik doğuran hakların bazıları bir sözleşme tarafı olmayla yakından ilgilidir. Bu tür haklara sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar denir.[39] Sözleşmenin iptali de sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklardan biri olup iptal hakkının kullanılması, sözleşmenin tamamı üzerinde sonuçlar meydana getirir.[40]

III. İPTAL HAKKININ DEVRİ KONUSUNDA İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

İptal hakkının devre konu olup olamayacağı hususunda başlıca iki görüş ileri sürülmektedir. Geleneksel görüşe göre, iptal hakkı kural olarak devre konu olamaz. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak belirtileceği üzere, devredilemezliğin birkaç önemli istisnası vardır. Gittikçe taraftar toplamaya başlayan yeni görüş ise, iptal hakkının devrinin önünde hiçbir hukuki engel bulunmadığından hareketle devrin mümkün olduğunu ileri sürmektedir.

A. İPTAL HAKKININ DEVREDİLEMEZLİĞİNİ SAVUNAN GÖRÜŞ

1. Genel İlke

İptal hakkı ilke olarak bağımsız bir şekilde devredilemez.[41] İptal, hukuki niteliği itibarıyla sözleşmeye bağlı bir yenilik doğuran haktır. Bu sebeple, iptal hakkının bağlı olduğu sözleşmeden ayrı olarak tek başına devri mümkün değildir. Sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar, bir bütün olarak sözleşme ilişkisinden doğan yükümlülükle ilgili hakları içerir. Yenilik doğuran hakka bahşedilen etki, sadece yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkar. Buradaki temel meseleler, devralanın yenilik doğuran hakkı kullanmaya yetkili olup olmadığı veya devredenin söz konusu yenilik doğuran hakkı kullanmak zorunda olup olmadığı soruları etrafında şekillenmektedir.[42]

---

38 Buz, s. 196, 197.

39 Buz, s. 197.

40 Buz, s. 197.

41 Wolfgang Schlochoff, Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit, Druckerei und Verlag, Breslau 1933, s. 39; Berner Kommentar / Schmidlin, s. 316, N. 78; Münchener Kommentar / Busche, BGB §142, N. 7; Flume, s. 561; Buz, s. 394; Günergök, s. 206.

42 Flavio Lardelli, Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2008, s. 45; Hoffmann, s. 12.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğine sahip iptal hakları tamamen devredilemez niteliktedir.[43] Bu hususta aile hukukundan kaynaklanan iptal hakları örnek olarak gösterilebilir.

Sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hak esasen devreden ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiye dayandığından, devreden hakkı kullanmaya yetkili kişi olarak kabul edilebilir. Alacağa bağlı yenilik doğuran hakların aksine, sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar, alacakla birlikte otomatik olarak devralana geçmez. Hâkim görüş sözleşmeye dayalı bir devir imkanını reddetmektedir.[44] Yenilik doğuran haklar alacak niteliğine sahip olmayıp; aksine devredilemez borç ilişkisinin bir sonucu olduğundan, alacağın devri hükümleri kapsamında devre konu olamaz.[45] Devre benzer bir etki ancak ilgili yenilik doğuran hakkı kullanmak için devralana yetki vermek suretiyle sağlanabilir.[46] Ancak bu düşünce, devreden veya borçlunun menfaatleri ile çelişmemek kaydıyla, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yenilik doğuran hakkın devrine izin verilmesi gerektiği ileri sürülerek *Schwenzer* tarafından eleştirilmektedir.[47]

Seckel, esasen bağımlı yenilik doğuran hakların, ana ilişkinin cüz'i halefe devredilmesi durumunda zorunlu olarak devralana geçeceğini kabul etmektedir.[48] Bununla birlikte yazar özellikle sözleşmeden dönme[49] ve iptal hakkı[50] bakımından sözleşmenin niteliği ve tarafların yükümlülüklerini yerine getirip getirmedikleri kıstaslarına göre bir ayrım yaparak iptal hakkının kullanılmasının, selefin hukuki alanını da etkilemesi halinde iptal hakkının geçmeyeceğini, iptalin etkilerinin halefin kendi hukuk sınırları içinde kalması durumunda ise geçeceğini ifade emektedir.[51]

---

43 Seckel, s. 221; Steiner, s. 69; Peter Mankowski, Beseitigungsrechte – Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, s. 990.

44 Huguenin, s. 416. Tarafların böyle bir geçiş üzerinde anlaşıp anlaşamayacakları ise şüphelidir. Bu hususta, bkz. Lardelli, s. 45.

45 Bucher, s. 539.

46 Bucher, s. 540; Lardelli, s. 46.

47 Schwenzer, 2012, s. 578, N. 90.21.

48 Seckel, s. 221.

49 Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için, bkz. Seckel, s. 221-223.

50 Bağışlama vaadi gibi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin iptalinde, borçlu henüz ifayı gerçekleştirmemişse iptal hakkı, borcun bir parçası olduğundan bağımsız olarak devredilemez. Bu hususta, bkz. Seckel, s. 223, 224. Böyle bir sözleşmede borçlu borcunu ifa etmişse, borç ifa ile sona erdiğinden artık iptalin bir anlamı kalmadığı yönünde, bkz. Seckel, s. 225. Satım sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede iptal hakkının devredilip devredilemeyeceği hakkında, bkz. Seckel, s. 225-228.

51 Seckel, s. 228. Seckel'ın bu tespitinin amaca uygun olmadığı ve hedefe ulaştırmayacağı ifade edilmektedir. Nitekim "*devreden, kendisini isteyerek devralanın ellerine bırakmıştır*". Bu hususta, bkz. Bydlinski, s. 52.

Kühne, iptal hakkının devredilemeyeceği yönündeki görüşünü şu şekilde açıklar: "*İptal hakkı, kanunla hak sahibinin mali menfaatlerini korumak için değil; iradesinden sapma gösteren ve gerçek iradesi dışında hiçbir hukuki işlemin kendisine ait olmadığını ortaya koyan maddi olmayan menfaatlerini korumak için getirilmiştir*".[52] Hukuki işleme katılan kimseler dışında herhangi bir kimsenin iradesinin rol oynamayacağına inanan *Kühne*, bu nedenle üçüncü bir kişinin hiçbir zaman iptal hakkına sahip olamayacağını ileri sürmektedir.[53]

Larenz, kişiye sıkı sıkıya bağlı iptal haklarının devredilemeyeceğini, malvarlığı üzerinde etkili olan bir hukuki işlemle ilgili olan iptal hakkının ise "külli halefiyet" yoluyla ancak mirasçılara geçebileceğini kabul etmektedir.[54] Sözleşmeyi iptal hakkını da kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak nitelendiren yazar, iptal hakkının bu niteliğine o kadar önem vermektedir ki; sözleşmenin devri durumunda bile iptal hakkının devredende kalacağını savunmaktadır.[55] Bu görüş, beyan sahibi dışında birinin iptal hakkına sahip olduğu durumlar gösterilmek suretiyle haklı olarak eleştirilmiştir.[56]

Steiner, iptal hakkını, bozucu yenilik doğuran hak kategorisinin özel bir türü şeklinde ifade ettiği "*denkleştirici yenilik doğuran hak (ausgleichende Gestaltungsrechte)*" olarak nitelemektedir.[57] Yazara göre iptal hakkı gibi tüm borç ilişkisini etkileyen denkleştirici yenilik doğuran haklar devredilemez.[58]

Schmidlin, iptal hakkının devredilmezliğini doğası gereği kişisel olmasıyla açıklamaktadır.[59] Kişinin sözleşme özgürlüğünü korumayı amaçlayan bu hak, üçüncü kişiler tarafından kullanılamaz. Bu nedenle iptalin devre konu olması söz konusu değildir.

2. İstisnalar

Yukarıda açıklanan görüşe göre iptal hakkının devredilmezliği ilkesinin birkaç önemli istisnası vardır. Bu istisnalar, sözleşmenin

---

52 Eberhard Kühne, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Rostock, 1929, s. 84 vd.

53 Kühne, s. 96.

54 Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1979, s. 485. Aynı yönde, Michael Coester, "Vertragsübernahme und Anfechtungsrecht", 10/1974, Monatsschrift für Deutsches Recht, s. 805; Ingeborg Schwenzer, "Zession und sekundäre Gläubigerrechte", 182, 1982, Archiv für die civilistische Praxis, s. 248, 249.

55 Larenz, s. 485, 490. İptal hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı yönünde, Buz, s. 284, 285.

56 Schwenzer, 1982, s. 248-250; Bydlinski, s. 47; Buz, s. 284.

57 Steiner, s. 71, 72.

58 Steiner, s. 69, 70.

59 Berner Kommentar / Schmidlin, s. 316, N. 78.

üçüncü bir kişinin hesabına yapılmış olması ve sözleşme tarafında var olan irade bozukluğunun devralanda sürdürülmesi halidir.

İrade bozukluğu altında kurulan sözleşme, üçüncü bir kişinin hesabına yapılmışsa, bu durumda iptal hakkının devrine izin verilir.[60] İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, -bankanın kendi adına fakat üçüncü bir kimse için aracı olarak kıymetli evrak alım satımı yaptığı olayda- tüm hakların özellikle irade bozukluğu nedeniyle iptal hakkının işlemin devriyle kendiliğinden üçüncü kişiye geçeceğini belirterek, bu istisnayı kabul etmiştir.[61]

Sözleşme tarafında mevcut olan irade bozukluğunun devralanda devam etmesi mümkündür. Örneğin sözleşme tarafının yanılma nedeniyle kurduğu bir sözleşmede, devralan da aynı konuda yanılgı içerisine düşebilir. Böyle bir durumda da iptal edilebilir irade beyanında bulunan kimsenin iptal hakkına sahip olduğu kuralı uygulanmaz.[62] Devralan sözleşmenin kuruluş aşamasında bulunmasa bile aynı irade bozukluğundan etkilenmiştir. Bu sebeple iptal hakkının devralana geçeceği kabul edilir.[63]

B. İPTAL HAKKININ DEVREDİLEBİLECEĞİNİ SAVUNAN GÖRÜŞ

Geleneksel görüşün aksine, iptal hakkının devre konu olabileceğini savunan yeni bir görüş gittikçe taraftar toplamaya başlamıştır. Bu görüş savunucuları, iptal hakkının devrinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı hususunda tam bir uzlaşı halindedirler.[64]

---

60 Berner Kommentar / Schmidlin, s. 317, N. 80.

61 BGE 41, II 571, 573 "*… Denn mit der Abtretung des Geschäftes an den Kläger als Kommittenten sind von selbst auch alle Rechte, die der Volksbank aus dem Geschäfte gegenüber der Beklagten erwuchsen, besonders auch das Recht zur Anfechtung wegen Willensmängeln, auf den Kläger übergegangen.* (…Çünkü işin asil olarak davacıya devri ile davalı karşısında Volksbank'a tahakkuk eden tüm haklar, özellikle irade bozukluğundan kaynaklanan iptal hakkı kendiliğinden davacıya geçmiştir.)". Karar metni için, bkz.

https://entscheide.weblaw.ch/cache.php?link=BGE-41-II-571, (s.e.t.: 20.09.2022).

62 Temsil edilenin, temsilcinin beyanını irade bozukluğu nedeniyle iptal etmesi halinde de aynı durum geçerlidir. Bu hususta, bkz. Bydlinski, s. 47; Coester, s. 805; Schwenzer, 1982, s. 249.

63 Berner Kommentar / Schmidlin, s. 317, N. 81.

64 Roland Steffen, Selbständige Gestaltungsrechte? – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der Zivilrechtlichen Gestaltungsrechte, Würzburg 1966, s. 91; Bydlinski, s. 54; Schwenzer, 1982, s. 248 vd.; Heinrich Dörner, Dynamische Relativität – Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, C. H. Beck'sche Verlag Buchhandlung, München 1985, s. 322, 323; Werner Lorenz, "Abtretung einer Forderung aus mangelhaftem Kausalverhältnis: Von wem kondiziert der Schuldner?", AcP, bd. 191, H. 4, 1991, s. 306; Kent Leverenz, "Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Recht", Jura, 1996, s. 4; Schwenzer, 2012, s. 578, N. 90.21; Steinbeck, s. 79 vd.

Schwenzer, ne devredenin ne borçlunun menfaatlerinin genel bir devir yasağını gerektirdiğini, tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde iptal hakkını devretme özgürlüğüne sahip olduklarını dile getirmektedir.[65]

Bydlinski, herhangi bir kimsenin rızası veya devir konusunda bir anlaşmanın varlığını aramaksızın, iptal hakkının hukuken devrinin esas itibariyle mümkün olduğunu ifade etmektedir.[66] İptal hakkının devredilemezliğini savunan görüşün en önemli argümanlarından biri olarak belirtilen karşı tarafın dezavantajlı bir konuma gelme riskini de eleştiren yazar, iptal hakkının devrinin karşı tarafın hukuki konumunu etkilemeyeceğini vurgulamaktadır.[67]

IV. ALACAĞIN DEVRİNİN İPTAL HAKKINA ETKİSİ

Alacağın devriyle birlikte iptal hakkının devredende mi kalacağı yoksa devralana mı geçeceği hususu tartışmalıdır.[68] Bazı durumlarda devreden veya devralanın bağımsız olarak sözleşmeyi iptal edebilmesi veya ancak devralanın katılımıyla devredenin iptal hakkını kullanabileceği ihtimaller de ayrıca değerlendirilmektedir.[69] Hâkim görüş, alacağın devrinde iptal hakkının devredende kalacağı, devralana

---

65 Schwenzer, 2012, s. 578, N. 90.21.

66 Bydlinski, s. 54.

67 Bydlinski, s. 47, 51.

68 Bu yöndeki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Buz, s. 281 vd. Burada TBK'da borç ilişkilerinde taraf değişiklikleri bölümünde düzenlenen diğer hukuki kurumlardan da kısaca bahsetmek ihtiyacı hissedilmektedir. Borcun dış üstlenilmesinde iptal hakkının devirden etkilenmeyerek yeni borçluya geçmeyeceği kabul edilmektedir. Bu hususta, bkz. Berner Kommentar / Schmidlin, s. 316, N. 78. Aksi yönde, Mehmet Kılıç, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 180. Borcun doğumu, sebebi, konusu ve varlığına ilişkin savunmalardan yeni borçlunun da yararlanacağından hareketle iptal hakkının yeni borçluya geçeceği yönünde, Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 278. Sözleşmenin devrinde, hâkim görüş iptal hakkının sözleşmeyi devralan kimseye geçeceği yönündedir. Çünkü sözleşmenin devrinde, üçüncü bir kişi, tarafların rızasıyla herhangi birinin yerine geçmekte ve böylece tüm hak ve borçlar kendisine devredilmektedir. Sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hak niteliğine sahip iptal hakkı da sözleşme tarafı olma sıfatıyla doğrudan ilgili olduğundan sözleşmenin devri durumunda devralana geçer. Bu hususta, bkz. Coester, s. 806; Eren, s. 1421; Buz, s. 355; Hasan Ayrancı, Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 138; Gökhan Çayan, Sözleşmenin Devri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 120-122. Sözleşmenin devrinde iptal hakkının sözleşmeyi devralana geçmeyeceği yönünde, bkz. Berner Kommentar / Schmidlin, s. 316, N. 78. Sözleşmeye katılmada ise sözleşmeye katılan taraf, sözleşme tarafının yerine geçmemekte, onun yanında yer alarak hak ve borçlara katılmaktadır. Bu sebeple sözleşmeye katılan taraf, sözleşmeyi iptal hakkına sahip değildir. Bu hususta, bkz. Flume, s. 561. Konuyla ilgili farklı bir görüş için, bkz. Sinem Camcı, Sözleşmeye Katılma, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 271.

69 Bydlinski, s. 46; Coester, s. 805.

geçmeyeceği yönündedir.[70] Öğretide bir görüş açıkça veya zımni olarak devredilmediği takdirde, bağımlı yenilik doğuran haklardan olan iptal hakkının devredende kalacağını ileri sürmektedir.[71] Bir başka görüş devredenin, ancak devralanın rızasıyla iptal hakkını kullanabileceğini ifade etmektedir.[72] Bu görüş, teminat amacıyla gerçekleştirilen alacağın temlikinde, devredenin de tazminat talep etme yetkisine sahip olması durumunda rızanın aranmayacağını da dile getirmektedir.[73] *Buz* tarafların aralarında anlaşarak alacağın devri durumunda iptal hakkının devralana geçeceğini kararlaştırılabileceklerini ifade etmektedir[74].

İptal, sözleşmeden dönme ve fesih gibi sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakların alacağın devri nedeniyle devralana geçmeyeceği öğretide hâkim görüşü temsil etmekte ve içtihatlarda da kabul edilmektedir.[75] Nitekim iptal hakkı, sadece alacağı değil tüm borç ilişkisini etkiler ve sözleşmeye bağlı bir hak olarak devirden etkilenmez.[76] Özellikle para alacaklarının devri durumunda bu görüş benimsenebilir. Nitekim burada iptal hakkının devri, devralanın menfaatlerine açıkça aykırılık teşkil eder.[77] Ayni alacakların devrinde ise durum farklıdır. Bir ayni alacak söz konusu olduğunda, ifanın kısa sürede yerine getirilmesi devralanın menfaatlerine hizmet ettiğinden burada hakkın devralana geçişine izin verilmelidir.[78] *Seckel* da ayni bir yükümlülükle ilgili iptal hakkının, subjektif ayni hak niteliğini vurgulayarak, her zaman malı satın alan kimseye geçeceğini ifade etmektedir.[79]

İptal hakkının alacağın devriyle birlikte devralana geçmeyeceği yönündeki bu görüş, şekli bir düşünce olarak nitelendirilerek

---

70 Berner Kommentar / Schmidlin, s. 316, N. 78; Spirig, Art. 170, N. 58; Steiner, s. 69, 70; Eren, s. 1404; Buz, s. 286.

71 Palandt/Grüneberg, § 398, s. 623, N. 120.

72 Uwe Seetzen, "Sekundäre Gläubigerrechte nach Abtretung des Hauptanspruchs aus einem gegenseitigen Vertrag: -Zugleich ein Beitrag zum Schuldnerschutz", Bd. 169, H. 4, 1969, AcP, s. 365, 366; Schwenzer, 1982, s. 214.

73 Seetzen, 366.

74 Buz, s. 290. Yazar bu yola gidilmesinin bir anlamı olmadığını ve karışıklıklara yol açmaktan başka bir işe yaramayacağını da ifade etmektedir. Bu hususta, bkz. Buz, s. 290.

75 Bucher, s. 571; Guhl/Merz/Koller, s. 251; Günergök, s. 206; Arıkan, s. 151. BGE 84 II 355, 367: "*Keinesfalls war es zulässig, den Zessionar in die erbrechtliche Stellung der Zedentin einzusetzen, worauf der zweite Absatz der Abtretungsurkunde abzuzielen scheint; Gegenstand der Abtretung könnte nur das bei der Erbteilung auf die Klägerin entfallende Treffnis sein*".

76 Kurz Kommentar / Blumer, s. 137, N. 2; Günergök, s. 206; Arıkan, s. 151.

77 Lardelli, s. 48.

78 Schwenzer, AcP, s. 223. Benzer bir görüş için, bkz. Robert Scheyhing, "Zur Abtretbarkeit des dem Besteller eines Werkvertrags wegen eines Werkmangels zustehenden Anspruchs auf Minderung", Nr. 2, 1986, Juristen Zeitung, s. 87.

79 Seckel, s. 228.

eleştirilmekte ve devralanın sözleşmenin iptalinde herhangi bir menfaati bulunmaktaysa, iptal hakkının devralana geçmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[80]

Diğer yandan iptal hakkının devredilmesinin önünde hiçbir hukuki engel bulunmadığı gerekçesiyle, alacağın devri durumunda hakkın devralana geçeceği de ileri sürülmektedir. Bu görüşünün savunucuları, devrin nasıl gerçekleştirileceği konusunda fikir ayrılıkları yaşamaktadırlar. Bu hususta *Tils* tarafından ileri sürülen görüşe göre, alacağın devrinde iptal hakkının devralana geçmesi için devrin açık bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir.[81] Alacağın devri yapılırken iptal hakkının açıkça devredilmemesi, bu hakkın ortadan kalkmasına neden olur. Bu durumda iptal imkânı ortadan kaldırıldığından ne eski alacaklı ne yeni alacaklı sözleşmeyi iptal edebilir. *Bydlinski*'ye göre bu görüş, hukuki dayanaktan yoksun olup keyfi sonuçlara neden olabileceğinden baştan reddedilmesi gerekir.[82] İptal hakkının devrini sözleşme özgürlüğü kapsamında her zaman mümkün gören *Schwenzer* ise, iptal hakkının kim tarafından kullanılması gerektiği sorusunun ancak devreden ve devralanın menfaatleri karşılaştırıldıktan sonra cevaplanabileceğini ileri sürmektedir.[83] Bu kapsamda irade bozukluğunun ve dolayısıyla iptal hakkının kullanılmasının ekonomik sonuçlarına kim katlanmak zorundaysa, iptal hakkı ona ait olmalıdır.[84] Bu ilkeden hareketle devredilen alacağın para alacağı mı mala ilişkin bir alacak mı olduğuna göre bir ayrım yapılmalıdır. Devredilecek alacağın mala ilişkin bir alacak olması durumunda da devir türlerine göre bir ayrıma giden yazar, teminat ve tahsil için devir durumlarında iptal hakkının devreden şahısta kalacağını; mal alacağının devri durumunda ise devralana geçeceğini ifade etmektedir.[85] Yazar para alacaklarının devri hususunda da iptal hakkının devralana geçip geçmeyeceğini devir türlerine göre ayrı ayrı değerlendirmektedir. Sonuç olarak tahsil ve teminat amacıyla devirde iptal hakkı eski alacaklıda kalırken, bir para alacağının satışı durumunda yeni alacaklıya geçmesi gerekir.[86]

Yukarıda da bahsedildiği üzere, iptal hakkının devredilemeyeceğini savunanların en önemli gerekçelerinden biri, borçlunun hukuki durumunun kötüleşme riskidir. *Bydlinski*, iptal hakkının devrinin borçlunun hukuki durumunu etkilemeyeceğini vurgulamaktadır.[87] *Buz* da iptal hakkının devrinin borçlunun durumunu

---

80 Basler Kommentar / Schwenzer, s. 270, N. 2.

81 Wilhelm Tils, Zur Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten, Köln 1933, s. 34.

82 Bydlinski, s. 60.

83 Schwenzer, 1982, s. 250. Benzer yönde, Huguenin, s. 417, N. 1356.

84 Schwenzer, 1982, s. 249.

85 Schwenzer, 1982, s. 251.

86 Schwenzer, 1982, s. 251, 252.

87 Bydlinski, s. 51.

kötüleştirmeyeceğini ve iptal hakkının mutlaka eski alacaklı tarafından kullanılmasında borçlunun bir menfaati bulunmadığını dile getirmektedir.[88] Öğretide borçlunun korunması gereken menfaatleri bağlamında, eski ve yeni alacaklının iptal hakkını kullanmasında farklı saiklere sahip olabileceği; bu sebeple iptal hakkının eski alacaklıda kalması durumunda sözleşmenin iptal edilmeme ihtimali gerekçe olarak gösterilmektedir.[89] Kanaatimizce bu görüş, borçlunun sözleşmenin iptal edilmeyeceğine dair "*umudu*"nu korunması gereken menfaatleri kapsamında değerlendirmektedir. Ancak sözleşmenin iptal edilmeyeceğine yönelik taşınan umut, iptal hakkı mevcut olduğu sürece korunamaz.[90] Nitekim sözleşmenin iptal edilmeyeceğine yönelik taşınan umut gibi subjektif bir değerin karşısında, iptal hakkı sahibinin kanunla koruma altına alınan sözleşme özgürlüğünün korunması bulunmaktadır.

Alacağın devri gerçekleştirildiği anda, tarafların iptal sebebinin farkında olmaması mümkündür. *Dörner*'e göre alacağın devriyle iptal hakkının devralana geçip geçmeyeceği meselesi tam da bu durumda ortaya çıkar.[91] Yazar, borçlunun yerine getireceği edimin değerinin alacaklının ediminin değerinden düşük olması durumunda, iptal hakkının alacağa ilişkin bir hak olduğunu ifade ederek yeni alacaklıya geçmesi gerektiğini savunmaktadır.[92] Diğer yandan eski alacaklının ifa etmekle yükümlü olduğu edimin değeri iptal edilebilir alacağın değerinden önemli ölçüde yüksek ise, bu durumda iptal hakkının eski alacaklıda kalması gerektiğini de belirtmektedir.[93]

Devir sözleşmesi yapılırken tarafların iptal sebebini bildikleri halde, iptal hakkının devrinden bahsetmemeleri ihtimalini de kısaca değerlendirmek gerekir. Bu durum, iptal edilebilir sözleşmenin onanması olarak yorumlanmaktadır.[94] Nitekim iptal sebebini bilen ve bu işlemi hak düşürücü süreler içerisinde iptal etmeyerek söz konusu hukuki işlemden doğan alacağını bir başka kimseye devreden eski alacaklı, artık iptal hakkından feragat etmiş demektir. *Dörner*, onama ile iptal hakkı ortadan kalkacağından artık bu hakkın kim tarafından kullanılacağının mesele olmaktan çıkacağını ifade etmektedir.[95] Tarafımızca da desteklenen bu görüş şu gerekçeyle de savunulabilir: İptal hakkı sahibi eski alacaklının, alacağı üzerinde tasarrufta bulunarak hukuki işlemin geçerliliğine ve geçerli kalacağına yönelik yarattığı güven

88 Buz, s. 286.

89 Seetzen, s. 365.

90 Bydlinski, s. 50.

91 Dörner, s. 320.

92 Dörner, s. 322. Aynı yönde, Hattenhauer, s. 455.

93 Dörner, s. 323. Aynı yönde, Steinbeck, s. 93; Hattenhauer, s. 454.

94 Dörner, s. 320; Hattenhauer, s. 455.

95 Dörner, s. 320.

korunmalıdır. Bu durumda borçlunun ve yeni alacaklının oluşturulan hukuki görünüşe güvenmekte haklı menfaatleri bulunmaktadır.

SONUÇ

Bu çalışmada alacağın devri sonucunda sözleşmenin iptalini talep etme hakkının devredende kalıp kalmayacağı irdelenmiştir. Sözleşmeye bağlı bir yenilik doğuran hak olan iptal hakkı, ileri sürüldüğü andan itibaren sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasına neden olur. Bu bakımdan sözleşme ilişkisini yıkıcı bir etkiye sahiptir. Kanun koyucu iptal hakkını iradesi yanılma, aldatma veya korkutma nedeniyle sakatlanan ya da aşırı yararlanma etkisi altında kalarak hukuki işlem yapan kimse lehine sözleşme özgürlüğünü korumak amacıyla ihdas etmiştir. İptal hakkı, sadece iradesi sakatlanan ya da aşırı yararlanma nedeniyle zarar gören kimseye aittir. Sözleşmenin karşı tarafı iptali ileri süremez. Bunun nedeni, iptal hakkı sahibinin karar verme özgürlüğünü korumak düşüncesidir.

Alacağın devri ile borç ilişkisinin alacaklı tarafı değişir. Bu durumda yenilik doğuran hakların da devralana geçip geçmeyeceği meselesi ortaya çıkar. İptal hakkı bu hususta özellik gösteren haklardan biridir. Bağımlı yenilik doğuran hakların alacak hakkından ayrı olarak devredilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu hususta da alacağa bağlı yenilik doğuran hakların sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklardan ayrılması gerekir. Alacağa bağlı yenilik doğuran haklar devirle birlikte devralana geçerken sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar hususunda böyle bir genel kabul söz konusu değildir. Nitekim sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar sadece alacak hakkını değil, sözleşme ilişkisinin tamamını ilgilendirir. Ayrıca iptal hakkının kişisel olma özelliği gereği, sadece iradesi sakatlanan ya da aşırı yararlanma nedeniyle zarar gören kimse bu hakka sahiptir. Bu sebeple iptal hakkının esasen devredilemeyeceği öğretide hâkim görüşü temsil etmektedir.

İptal hakkının ilke olarak devrini mümkün görmeyen bu görüşe, iptalin mirasçılara geçebileceği ve temsilcide mevcut olan irade bozukluğunun temsil olunana iptal hakkı vereceği gerekçe gösterilerek karşı çıkılmaktadır. Gerçekten iptal hakkının kişisel olmasından hareketle devredilemeyeceğini savunan klasik görüş bu bakımdan kolayca çürütülebilmektedir.

Alacağın devrinde iptal hakkının devralana geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Klasik görüşü temsil edenler, alacağın devrinde iptal hakkının devredende kalması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş, aksi durumun kabulü halinde özellikle iptal sonucunda ortaya çıkan iade taleplerinin çözümü güç meseleler ortaya çıkaracağını ifade etmektedir.[96] Mevcut düzenlemeler karşısında yerinde bir endişe olarak

[96] Buz, s. 288 vd.

ifade edilebilecek bu iddia, esasen iptal edilebilir sözleşmenin benimsenen tasfiye rejiminden kaynaklanmaktadır. Bu husus, başka bir çalışmanın konusu olabilecek nitelikte olduğundan burada ayrıntıya girilmeyecektir.

Alacağın devrinde iptal hakkının devralana geçip geçmeyeceği meselesinin, tarafların menfaat durumu, devrin hangi amaçla yapıldığı ve devredilen alacağın türüne göre cevaplandırılması gerektiği görüşü hakkaniyete daha uygun görünmektedir. Tarafların menfaat durumu incelenirken borçludan ziyade devreden ve devralanın menfaat dengesi değerlendirilmelidir. Nitekim alacağın devri sözleşmesi kurulurken borçlunun rızasına ihtiyaç duyulmaz; bilgisi olması dahi gerekmez. Yukarıda da açıklandığı üzere, alacağın bir üçüncü kimseye devri, borçlunun menfaatlerini de ihlal etmez. Devreden ile devralan arasındaki menfaat dengesinin değerlendirilmesinde, devredilen alacağın türü ve devrin ekonomik sonuçlarının kimin üzerinde olacağı belirleyeceği kıstaslar olarak ön plana çıkmaktadır. Bu kapsamda devrin ekonomik sonuçlarına devralan katlanmak zorunda kalıyorsa iptal hakkı devralana geçmelidir. Diğer yandan teminat amacıyla devirde para alacağının devri söz konusuysa bu durumda iptal hakkının devredende kalması, devredenin menfaatleri bakımından daha isabetlidir.

Bu tartışma, alacağın devri sözleşmesi kurulurken iptal hakkının varlığından haberdar olunmaması durumunda önem kazanmaktadır. Devir sözleşmesinin akdedilmesi sırasında tarafların iptal hakkının farkında olmalarına rağmen bu haktan bahsetmemeleri, iptal edilebilir sözleşmenin onanması anlamına gelir. Onama, iptal hakkını ortadan kaldıran bir niteliğe sahiptir[97]. Bu sebeple artık iptal hakkının kime ait olduğu bir mesele olmaktan çıkmaktadır.

[97] Burada birden çok iptal sebebinin bulunduğu "çoklu iptal" durumuna kısaca değinmek gerekir. Bu durumda, iptal sebebi kadar iptal hakkı vardır. Onamanın hangi iptal sebebi için verildiği ya da bir iptal sebebine dayanan onama nedeniyle diğer sebeplerin de ortadan kalkacağı üzerinde düşünülmesi gereken meselelerdendir. Bu kapsamda beyanda bulunurken iptal sebebinin gösterilmesi gerekip gerekmediği sorusu da gündeme gelir.

KAYNAKÇA

Aral F, "Topyekün Temlik", C. 42, S. 1, 1992, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 93-140.

Arıkan M, "Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki", C. 13, S. 1, 2005, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 129-155.

Arnold A, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., Otto Schmidt Verl., Köln, 2017 (Erman BGB/Arnold).

Ayrancı H, Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Becker H, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 164-174 (Abtretung), 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 1945.

Blumer ML, Kurzkommentar Obligationenrecht, Hrsg. Heinrich Honsell, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014 (Kurzkommentar/Blumer).

Bucher E, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988.

Busche J, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I Allgemeiner Teil, C.H. Beck, 9. Aufl., München, 2021.

Buz V, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Bydlinski P, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, Manzsche Verlags, Wien, 1986.

Camcı S, Sözleşmeye Katılma, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Coester M, "Vertragsübernahme und Anfechtungsrecht", 10/1974, Monatsschrift für Deutsches Recht, ss. 803-807.

Çayan G, Sözleşmenin Devri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Dalcı N, "Müstakbel Alacakların Toptan Devri", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Cilt I, Ankara, 2013, ss. 749-766.

Dayınlarlı K, Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri, 5. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2019.

Dörner H, Dynamische Relativität – Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, C. H. Beck'sche Verlag Buchhandlung, München, 1985.

Ellenberger J, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, C. H. Beck, München, 2018.

Engin Bİ, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Ercoşkun Şenol HK, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Fenkart J, Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1925.

Flume W, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Springer Verl., Berlin 1965.

Franko N, "Alacağın Temliki", C. 49, S. 1, 1994, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss. 177-197.

Furrer A/Schynder AK, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.

Gauch P/Schluep WR/Schmid J/ Emmenegger S, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Bern, 2008.

Gernhuber J, "Synallagma und Zession", Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1974, ss. 57-98.

Grüneberg C, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, C. H. Beck, München, 2018.

Guhl T/Merz H/Koller A, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991.

Gümüş MA, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Günergök Ö, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Hatemi H/Gökyayla E, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

Hattenhauer C, Einseitige private Rechtsgestaltung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

Hoffmann JF, Zession und Rechtszuweisung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

Honsell H, "Tradition und Zession - kausal oder abstrakt?", http://honsell.at/pdf/FS_Wiegand.pdf, ss. 1-22.

Huguenin C, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess Verl., 3. Aufl., Zürich, 2019.

Kılıç M, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Kocaman AB, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1989.

Kut A, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristsiche Medien AG, 2016.

Kühne E, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Rostock, 1929.

Lardelli F, Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2008.

Larenz K, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1979.

Larenz K/ Wolf M, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004.

Leverenz K, “Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Recht”, Jura, 1996, ss. 1-9.

Lorenz W, “Abtretung einer Forderung aus mangelhaftem Kausalverhältnis: Von wem kondiziert der Schuldner?”, AcP, bd. 191, H. 4, 1991, ss. 279-311.

Mankowski P, Beseitigungsrechte – Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

Oğuzman MK / Öz MT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

Ozanemre Yayla HT, Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği), Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Roth H, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsrecht und Nebengesetzen, Buch I, Allgemeiner Teil, Sellier de Gruyter, Berlin, 2015 (Staudinger/Roth).

Scheyhing R, “Zur Abtretbarkeit des dem Besteller eines Werkvertrags wegen eines Werkmangels zustehenden Anspruchs auf Minderung”, Nr. 2, 1986, Juristen Zeitung, ss. 85-87.

Schlochoff, W, Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit, Druckerei und Verlag, Breslau, 1933.

Schmidlin B, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 23-31 OR, Stämpfli Verlag, 2. Aufl., Bern, 2013 (Berner Kommentar/Schmidlin).

Schwenzer I, “Zession und sekundäre Gläubigerrechte”, 182, 1982, Archiv für die civilistische Praxis, ss. 214-253 (Schwenzer, 1982).

Schwenzer I, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing Lichtenahhn Verl., 4. Aufl., Basel, 2007 (Basler Kommentar/Schwenzer).

Schwenzer I, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2012 (Schwenzer, 2012).

Seckel E, “Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts”, Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50 Jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzendes Richard Koch, Berlin, 1903, ss. 205-252.

Seetzen U, “Sekundäre Gläubigerrechte nach Abtretung des Hauptanspruchs aus einem gegenseitigen Vertrag: -Zugleich ein Beitrag zum Schuldnerschutz”, Bd. 169, H. 4, 1969, AcP, ss. 352-371.

Spirig E, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1k, Vorbemerkungen zu Art. 164-174, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1993.

Steffen R, Selbständige Gestaltungsrechte? – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der Zivilrechtlichen Gestaltungsrechte, Würzburg, 1966.

Steinbeck AV, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Verlag Dunkel & Humblot GmbH, Berlin, 1994.

Steiner R, Das Gestaltungsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1984.

Tekinay SS/ Akman S / Burcuoğlu H / Altop A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tils W, Zur Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten, Köln, 1933.

Üçer M, "Roma Hukuku'nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki", C. 54, S. 3, 2005, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 397-443.

Von Tuhr A, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Çev.: Cevat Edege, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

Waiblinger M, Begriff und Ausübung der Anfechtungsrechte im schweizerischen Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Anfechtung des ehelichen Kindesverhältnisses, Abhandlung zum schweizerischen Recht, 30. Heft, Verlag von Stämpfli & Cie, Bern, 1928.

EK TASFİYE AMACIYLA ŞİRKETİN YENİDEN TESCİLİNİN TALEP EDİLDİĞİ YARGILAMADA UYGULANACAK OLAN YARGILAMA USULÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation Of The Judicial Procedure To Be Applied In The Trial Where The Re-Registration Of The Company Is Requested For The Purpose Of Additional Liquidation

Araştırma Görevlisi Merve HAYRAN POLAT*

Öz: Türk hukukunda tüzel kişiliği haiz ticaret şirketleri ticaret siciline tescil edilmekle beraber tüzel kişilik kazanırlar. Faaliyetlerine devam eden şirketler kanunda veya sözleşmede belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmesiyle sona erer ve tasfiye aşamasına girer. Tasfiye aşamasının tamamlanmasından sonra şirket unvanı ticaret sicilinden silinir. Ancak tasfiyenin tamamlanmasından sonra ek tasfiye işlemlerinin yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılırsa, son tasfiye memurları, yönetim kurulu üyeleri, pay sahipleri veya alacaklılar, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, bu ek işlemler sonuçlandırılıncaya kadar, şirketin yeniden tescilini isteyebilecekleri Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescilinin mahkemeden istenecek olması, medeni usul hukukuna özgü sorunları da beraberinde getirir. Bu nedenle ek tasfiye talebi amacıyla şirketin yeniden tescili talebinin veya uygulamadaki adıyla *"ihya davası"*nın hukuki niteliği değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bu değerlendirmeler sonucu ek tasfiye amacıyla şirketin sicile tekrar tecili talebinin çekişmesiz yargı işi niteliğinde oluğu sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle uygulamada yeknesaklığın sağlanması ve daha basit ve kolay yolla şirketin tesciline hükmedilmesi adına çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğuna ilişkin ifadenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alması gerekmektedir. Ayrıca çekişmesiz yargı işi niteliğinde olması dolayısıyla ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescilinin talep edildiği yargılamada basit yargılama usulü uygulanır ve resen araştırma ilkesi geçerli olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ek tasfiye, ihya davası, çekişmesiz yargı, basit yargılama usulü.

Abstract: According to Turkish law, commercial companies gain legal personality when they are registered with the trade registry in Turkish law. Companies that continue their activities are terminated by the realization of one of the reasons specified in the law or the contract and enter the liquidation phase. After the completion of the liquidation phase, the company title is deleted from the trade registry. However, if it is understood that it is compulsory to carry out additional liquidation transactions after its closure, it is under adjustment that the last liquidators, members of the board of directors, shareholders or creditors may request the re-registration of the company from the commercial court of first instance in the place where the company's head office is located, until these additional transactions are concluded. For this reason, the legal nature of the request for the re-registration of the company for the purpose of an additional liquidation request, or the "ihya davası" as it is called in practice, has been tried to be evaluated. As a result of these evaluations, it has been concluded that the request for re-deferment of the company to the registry for the purpose of additional liquidation is in the nature of an Non-contentious proceeding act. In addition, since it is an ex parte proceeding, the simple trial procedure will be applied and the ex officio investigation principle is valid.

Keywords: Additional liquidation, ex parte proceeding, the simple trial procedure.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hayranmerve@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3187-2728

Makale Geliş Tarihi: 02.09.2022, Makale Kabul Tarihi: 28.11.2022

GİRİŞ

Türk hukukunda tüzel kişiliği haiz ticaret şirketleri ticaret siciline tescil edilmekle beraber tüzel kişilik kazanırlar. Faaliyetlerine devam eden şirketler kanunda veya sözleşmede belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmesiyle sona erer ve tasfiye aşamasına girer. Tasfiye aşamasının tamamlanmasından sonra şirket unvanı ticaret sicilinden silinir. İşte tasfiyenin tamamlanmasından sonra başkaca tasfiye işlemlerinin yapılmasının zorunlu olduğunun anlaşıldığı hallerde ek tasfiye kurumu karşımıza çıkmaktadır.

Ek tasfiye kurumu, doktrin ve uygulamada kabul edilmekle beraber, ilk defa 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, tasfiyenin kapanmasından sonra ek tasfiye işlemlerinin yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılırsa, son tasfiye memurları, yönetim kurulu üyeleri, pay sahipleri veya alacaklılar, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, bu ek tasfiye işlemleri sonuçlandırılıncaya kadar, şirketin yeniden tescilini isteyebilirler[1].

Eksik kalan tasfiye işlemlerinin tamamlanması amacıyla sermaye şirketleri ve kooperatiflerin yeniden tescili, şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinden talep edilmektedir. Bu talep uygulamada "*ihya davası*" adıyla anılmaktadır[2]. Ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden

---

[1] Bu düzenleme anonim şirketlere ilişkin hükümler arasında Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde yer almasına rağmen sermaye şirketleri ve kooperatifler açısından da uygulama alanı bulacaktır (Oruç Hami Şener, Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 4-5). Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler için TTK m. 565/2 ve limitet şirketler için TTK m. 643 hükümleri, anonim şirketlerin ek tasfiyesine ilişkin TTK m. 547'nin anılan şirketlere uygulanacağını belirtmektedir. Yine aynı şekilde, Kooperatifler Kanunu m. 98'in anonim şirketlere yaptığı yollama gereği, TTK m. 547 hükmü kooperatifler açısından da uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, TTK m. 547 hükmünün şahıs şirketlerine uygulanıp uygulanamayacağı hususunda kanunda açık bir düzenleme mevcut değildir. Bazı yazarlar söz konusu ek tasfiye kurumunun şahıs şirketleri açısından da geçerli olacağını savunmaktadırlar. Her ne kadar TTK'nın 547. maddesinin şahıs şirketlerine uygulanması hususunda bir engel olmasa da tasfiye aşamasında şirket tüzel kişiliğine başvurup alacağını alamayan alacaklılar, ikinci dereceden sınırlı sorumlu ortaklara başvurarak alacaklarını tahsil etme imkanına sahip olduklarından, alacaklıların ek tasfiyeye başvurması için zorunluluk ve son çare şartlarının sağlanamamasından dolayı şahıs şirketlerinde ek tasfiyeye ihtiyaç olmasa gerektir. Ancak şahıs şirketi alacaklılarının ortaklara başvuru imkânı TTK m. 264 gereği üç yıllık süre sınırlandırıldığı göz önüne alındığında, ancak bu üç yıllık sürenin geçmesinden itibaren ek tasfiye yoluna ihtiyaç hasıl olacağı söylenebilir (Şener, 2015, s. 6-7). Yargıtay'ın Eski TTK döneminde şahıs şirketlerinin ek tasfiyeye gidip gitmeyeceği yönünde verdiği kararlarında da istikrar bulunmamaktadır.

[2] Türk Ticaret Kanunu m. 547 gerekçesi. Sözlük anlamıyla diriltme, canlandırma ve uyandırma anlamına gelen ihyanın, doktrinde bugüne kadar birbirinden farklı iki kuruma; ek tasfiye ya da tasfiyeden dönmeye karşılık olarak kullanıldığı görülmektedir. Kanun koyucu da 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nda, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik (RG, 02.09.2006 S. 26277)'de "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kurulu tarafından

tesciline mahkemece karar verilmesi, usul hukukuna özgü sorunları da beraberinde getirir.

Ek tasfiyenin geçici bir tedbir olduğu belirtilmesine rağmen, uygulamadaki adıyla "*ihya davasının*" hukuki niteliğine ilişkin ise doktrinde bir netlik bulunmamaktadır. Bu da bu davanın usul hukuku bakımından incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Bundan dolayı bu çalışmada şirketin yeniden tescilinin talep edildiği davanın hukuki niteliği incelenecek ve bu davada uygulanması gereken yargılama usulü tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. EK TASFİYE

Şirketler hukukunda ek tasfiyeye ilişkin düzenlemeler, anonim şirketlere ilişkin hükümler arasında Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, tasfiyenin kapanmasından sonra ek tasfiye işlemlerinin yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılırsa, son tasfiye memurları, yönetim kurulu üyeleri, pay sahipleri veya alacaklılar, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, bu ek işlemler sonuçlandırılıncaya kadar, şirketin yeniden tescilini isteyebilirler. Mahkeme de istemin yerinde olduğuna kanaat getirirse, şirketin ek tasfiye için yeniden tesciline karar verir ve bu işlemlerini yapmaları için son tasfiye memurlarını veya yeni bir veya birkaç kişiyi tasfiye memuru olarak atayarak tescil ve ilan ettirir.

Bu hükümden hareketle ek tasfiye, tasfiyenin tamamlanmasının ardından ticaret sicilinden silinen şirketin, hukuki yarar bulunması halinde, ek tasfiye işlemlerinin yapılmasını zorunlu kılan nedenlere bağlı olarak yeniden ticaret siciline tescil edilmesine yönelik istisnai ve geçici bir tedbirdir[3]. Ek tasfiyenin geçici bir tedbir olması sebebiyle yeni

---

tasfiyesine karar verilen şirketlerin iflas ve ihyası istenemez" şeklinde bir düzenlemeye giderek ek tasfiye terimi yerine uygulamadaki gibi "ihya" kavramı kullanmıştır. Hatta ek tasfiye kavramı yerine "ihya" kavramının tercih edilmesi 6102 Sayılı TTK'nın geçici 7. maddesinde de karşımıza çıkmaktadır (Damla Songur, "Türk Hukukunda Şirketlerin İhyası -Yargıtay Kararları Işığında TTK Geçici 7. Madde Üzerine Değerlendirmeler", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, Ocak 2019, s. 1012). Yargıtay ihyayı, tasfiyeden dönme anlamında kullandığı istisnai kararları dışında; çoğunlukla ek tasfiyeye karşılık olarak kullanmıştır (Şener, 2015, s. 1). Ayrıca aksi yöndeki düşünce için bkz. Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 2504, Nr. 93-94. Ek tasfiye yerine "ihya" kavramının kullanıldığı kararlar için bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2001/10852, K: 2001/10921, T: 25.06.2001 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 14. HD, E: 2007/2411, K: 2007/3583, T: 02.04.2007 sayılı kararı (Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, 517-518); 11. HD, E: 2014/12576, K: 2014/13713, T: 15.09.2014 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 11. HD, E: 2015/14706, K: 2016/30, T: 11.01.2016 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 11. HD, E: 2016/7363, K: 2016/7302, T: 19.09.2016 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[3] Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, 4. Basım, Dora Yayınevi, Bursa, Şubat 2015, s. 331; Pulaşlı, s. 2498, Nr. 80.

bir hukuki durum meydana getirerek alınmayan tedbirlerin veya yapılmayan işlemlerin yapılması amaçlanmaktadır[4]. Şirket, yapılmamış bu tasfiye işlemlerinin yapılması için yeniden tescil edilir ve işlemlerin yerine getirilmesinden sonra tekrar ticaret sicilinden silinir[5].

Ek tasfiye, 6762 sayılı (eski) Türk Ticaret Kanunu'nda yer almayan, ancak doktrinde ve Yargıtay kararlarında "*ihya*" kavramı ile ifade edilmekteydi. Yargıtay'ın içtihatlarla oluşturduğu "*ihya"*, ticaret şirketlerinin hukuka aykırı şekilde sona erme, tasfiye veya (varsa) ilgili sicilden silinmenin söz konusu olduğu durumlarda, dava yoluyla hukuka aykırılığın ileri sürülmesine ve bu hukuka aykırılığın giderilmesine yöneliktir[6]. İlk kez 6102 sayılı (yeni) Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde düzenlemeye kavuşturulan ek tasfiye, sermaye şirketleri ve kooperatifler açısından uygulama alanı bulacaktır.

Alman hukukunda ek tasfiye, AktG (Alman Anonim Şirketler Kanunu) § 273/4'deki düzenlemeye göre, "Daha sonra başka tasfiye tedbirlerinin gerekli olduğunun ortaya çıkması halinde, mahkeme ilgili taraflardan birinin talebi üzerine, eski tasfiye memurlarının veya yeni tasfiye memurlarının görevlendirilmesine karar verir."

İsviçre hukukunda ek tasfiyeye ilişkin düzenleme kanunda yer almamaktadır. Ancak doktrin ve uygulamada yer almaktadır. OR (İsviçre Borçlar Kanunu) § 941 esas alınarak düzenlenen Handelsregisterverordnung'un (İsviçre Ticaret Sicil Yönetmeliği) 164. maddesinde, düzenlemede belirtilen sebeplerden birinin varlığının kanıtlanması durumunda mahkemeden ticaret sicilinden terkin edilen tüzel kişinin yeniden tescilinin talep edilebileceği belirtilmiştir[7].

A. EK TASFİYE GEREKTİREN DURUMLAR

Ek tasfiye talep edebilmek için, Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinin gerekçesinde belirtilen ek tasfiye yapılması zorunluluğu doğuran işlemlerin ortaya çıkması gerekir. Bu durumların şunlar olabileceği belirtilmiştir[8]:

---

4 Mehmet Emin Bilge, "Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", C. 16, S. 3-4, 2012, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 289.

5 Damla Songur, "Türk Hukukunda Şirketlerin İhyası -Yargıtay Kararları Işığında TTK Geçici 7. Madde Üzerine Değerlendirmeler", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, Ocak 2019, s. 1013.

6 Songur, s. 1011.

7 Türk Ticaret Kanunu m. 547 gerekçesinde belirtilen ek tasfiyeye gidilebilecek durumlar ve ayrıca Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 89. maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, HRegV m. 164'ün Türk hukukunda ek tasfiye kurumunun düzenlenmesine kaynaklık ettiği sonucuna ulaşılabilir. Söz konusu düzenlemede belirtildiği şekilde, tüzel kişinin ek tasfiyesine mahkeme tarafından karar verilmektedir.

8 Türk Ticaret Kanunu m. 547 gerekçesinde ek tasfiyeye başvurulabilecek haller sınırlı sayıda olmayıp, örnek kabilinden sayılmış hususlardır. Zira madde gerekçesinde "özellikle" denmek suretiyle de bu husus vurgulanmıştır (Gönen Eriş, Ticari İşletme ve

Şirkete ait bazı malvarlığı değerleri, tasfiye sırasında dikkate alınmamaları nedeniyle, dağıtım dışında kalmışlarsa;

Uyuşmazlık konusu olan ve bu nedenle tasfiyeye ilişkin özel hüküm gereği tevdi edilmiş veya teminat altına alınmış bir borç, şirket lehine çözülmüşse ve söz konusu borçların karşılıkları boşta kalmışsa;

Organlara karşı sorumluluk davası açılacaksa;

Şirket lehine sonuç doğuracak bir davanın açılması gerekiyor ya da şirket aleyhine bir dava açılması veya takip başlatılması söz konusu ise;

Pay sahiplerince haksız olarak alınmış olan tasfiye payları için geri verme davasının açılması gerekiyorsa;

Malvarlığının dağıtımı sırasında ilgili kanun hükümlerine uyulmamışsa;

Şirket tarafından yapılması ve internet sitesine konulması gerekli açıklamalar veya şirket tarafından kabul edilmesi zorunluluğu bulunan işlemler varsa[9].

Şirketler, C. III, '. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 3552; Rümeysa Erdoğan, "Anonim Şirketlerde Ek Tasfiye", S. 43, Yıl 11, Temmuz 2020, Türkiye Adalet Akademisi, s. 123). İsviçre hukukunda HRegV § 164'de düzenlenen ek tasfiye nedenleri de sınırlı sayıda değildir. Söz konusu sebepler dışında da tasfiye önlemlerinin alınması gereken hallerde ek tasfiye talep edilebileceği belirtilmektedir (Mehmet Ali Aksoy, Sermaye Şirketlerinde ve Kooperatiflerde Ek Tasfiye, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 65).

[9] Türk Ticaret Kanunu m. 547'nin gerekçesinde malvarlığı ile ilgili olmayan işlemler bakımından ek tasfiye yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. Ancak doktrinde şirketin malvarlığı ile ilgili olmayan işlemleri için ek tasfiyeye gidilip gidilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, şirket tarafından yapılması gereken açıklamalar veya şirket tarafından kabul edilmesi gereken işlemler bulunuyorsa malvarlığı ile ilgili olmasa bile ek tasfiyeye gidilebilmelidir (Bilge, s. 290; Asuman Yılmaz, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim ve Limited Şirketlerde Ek Tasfiye", C. 32, S. 2, 2016, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 157-158). Alman hukukunda da anonim şirketin tasfiyesinden sonra ilave tasfiye önlemleri alınması gereken durumlarda ek tasfiyeye gidilebileceği noktasında görüş birliği mevcuttur. Anonim şirket adına yapılması gereken açıklamaların ek tasfiye yoluyla yapılması gerektiği belirtilmektedir. Ancak Alman hukukunda azınlıkta kalan bir görüş ise bu durumda kayyım atanmasının daha orantılı olacağını belirtmektedir (Wulf Goette/ Mathias Habersack/ Susanne Kalss, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 §§ 1-75, 5. Auflage, 2019, AktG § 273, Rn. 35; Aksoy, s. 42). Yargıtay da malvarlığı ile ilgili olmayan ilave tasfiye işlemleri için ek tasfiyeye gidilebileceği görüşündedir. Bu hususta, şirketin tasfiye edilerek ticaret sicilinden terkin edilmesinden sonra açılmış olsa da ipoteğin kaldırılması davası açılması nedeniyle ek tasfiyeye gidilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Karar için bkz. "*Anonim şirketin tüzel kişiliği ticaret sicilinden silinmesi (terkini) ile sona erer. Tüzel kişiliğin sona ermesi için tasfiye işlemlerinin eksiksiz yapılmış olması gerekir. Şayet, tasfiye işlemleri gerektiği gibi tamamlanmamış ve tasfiyesi gereken hususlar eksik bırakılmışsa, tüzel kişilik ticaret sicilinden silinse bile, anonim şirketin tüzel kişiliğinin sona erdiğinin kabulü olanaksızdır. Bir tüzel kişiliğin son bulmasını ifade eden iflas işlemi, hukuki bir işlem olup, bu karar ve işlemin hataya dayanması karşısında gerçek anlamda bir tasfiye işleminden söz edilemez. Hataya veya kasta dayalı, şeklen gerçekleşmiş bir tasfiyenin kaldırılmasının gerek o işlemi gerçekleştirenlerce, gerekse bundan zarar görenlerce istenebilmesi Borçlar Hukukunun*

B. EK TASFİYEYE BAŞVURU KOŞULLARI

Ek tasfiye yoluna gidebilmek için öncelikle şirketin tasfiyesi yapılmış ve tamamlanmış olması gerekir. Tasfiyenin tamamlanmasından söz edilebilmesi için, Türk Ticaret Kanunu m. 540-543 arasında düzenlenen tasfiye işlemlerinin gerçekleştirilmiş olması gerekir. Yani alacakların ödenmesi ya da tevdi edilmesi veya teminat altına alınması, bir yıllık bekleme süresinin geçirilmesi ve geriye kalan malvarlığının pay sahipleri arasında dağıtılmış olması gerekir. Tasfiyeye tabi aktif ve pasif kalmadığı anlaşıldığı takdirde, Türk Ticaret Kanunu m.

---

temel kurallarından biridir. Buna yönelik düzenlemeye TTK hükümlerinde yer verilmemiş ise de 6102 sayılı TTK'nun 1. maddesi yollaması ile Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde, hataya dayalı bir hukuki işlemin düzeltilmesine olanak tanınması kaçınılmazdır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.01.1999 günlü ve 1999/10-1-1 sayılı Kararı). Bu durumda, tüzel kişiliğin yeniden ihyasına gidilerek yargılamanın anonim şirket tüzel kişiliğine karşı devamının sağlanması gerekmektedir. ... Her ne kadar, ipoteğin kaldırılması davası davalı şirketin tasfiyesinden sonra açılmış ise de, tasfiye memuru şirketin tüm alacak ve borçlarını araştırmakla yükümlü olması nedeniyle eksik işlemler neticesinde tasfiyenin hukuken sonuçlandığı kabul olunamaz. Bu nedenle tüzel kişiliği sona eren şirketin ihyası için tasfiye memuru ile Ticaret Siciline husumet yöneltilerek ayrı bir dava açılması için davacı tarafa 6100 sayılı HMK'nun 32 ve 33. maddeleri hükümleri uyarınca uygun bir süre verilmelidir. Dava açıldığı, takdirde ve alınacak sonuca göre eldeki davaya devam edebilme olanağı bulunduğu belirlendiğinde, tüzel kişiliğe tebligat yapılarak davanın esası incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru değildir. Kararın açıklanan nedenle bozulması gerekmiştir." şeklindeki 14. HD, E: 2013/762, K: 2013/2807, T: 27.02.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ancak anonim şirketin ek tasfiyesine sadece malvarlığı ile ilgili olan hususlar söz konusu olduğunda başvurulabileceği de diğer bir görüş olarak belirtilmiştir. Bu sonuç, her şeyden önce ek tasfiye görevlilerinin atanmasının, dağıtılabilecek malvarlığı olmadığında gereksiz masraflara yol açacağı pratik düşüncesi ile desteklenmektedir. Ayrıca bir tasfiye şirketinin söz konusu olabilmesi için ortada malvarlığı da bulunması gerekir. Bu nedenle anonim şirketin dağıtılabilir malvarlığının bulunması, ek tasfiyenin bir unsuru olması yanında uzun süre boyunca ek tasfiyenin ön koşulu olarak değerlendirilmiştir. Şener'e göre, ticaret sicilinden terkin edilen şirket lehine tesis edilmiş ipoteğin, borç ödenmesine rağmen tapu sicilinden silinmemiş olması durumunda olduğu gibi, malvarlığı ile ilgili olmayan diğer tasfiye işlemleri için ek tasfiye yoluna başvurulmasına gerek yoktur. Bu tür talepler, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından çekişmesiz yargı işi olarak kolaylıkla incelenip, mahkeme şirketin yerine geçerek gerekli beyanda bulunabilir (Şener, s. 68 vd.). Şirket defter ve belgelerin sulh hukuk mahkemesi tarafından saklandığı hesaba katıldığında, defter ve belgelere ulaşma ve bunların incelenerek durumun kavranması gereği karşısında, mahkemelerin iş yükünün oldukça artacağı ve istenen sonuca ulaşmayı yavaşlatacağı ve bu açıdan pek pratik olmayacağı gerekçesiyle, mahkemenin olaya dahil olmaması gerektiğini, Alman hukukunda bazı yazarlarca savunulduğu gibi, görev alanı belirli işlemlerle sınırlı bir tasfiye memurunun atanmasının yerinde olacağını belirtmektedir (Karsten Schmidt, Aktiengesetz, Grosskommentar, Band 7/II, 4. Auflage, Berlin, 2012, § 273, Rn. 14-18; Emrullah Kervankıran, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 295). Türk Ticaret Kanunu m. 547, ek tasfiye önlemlerinin alınması gerektiği her durumda ek tasfiyeye gidilebileceğini belirten geniş bir düzenleme alanına sahip görünmektedir. Bu nedenle düzenlemede yer alan "tasfiye işlemi" terimi sadece şirketin dağıtılabilir malvarlığı bulunması durumunu içermekle kalmaz, şirketin taraf olduğu sonuçlanmamış her türlü hukuki ilişkiyi de içerir.

545'e göre, tasfiye memurları Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne başvurarak şirket unvanının sicilden silinmesini talep etmeleri gerekir. Dolayısıyla ek tasfiyeye başvurabilmek için şirketin sicilden silinmiş olması gereklidir.

Ek tasfiye davasına başvurabilmek için, Türk Ticaret Kanunu m. 547'de sayılan kimselerden olmak gereklidir. Buna göre son tasfiye memurları, yönetim kurulu üyeleri, pay sahipleri ve şirket alacaklıları[10] ek tasfiyeye başvurma hakkında sahiptir[11]. Dolayısıyla ek tasfiye davasında davacı sıfatına sadece maddede sayılan kimseler sahip olacaktır. Kanun koyucu bu kimseler dışındakilerin bu davayı açmakta hukuki yararlarının olmadığına hükmetmiştir. Türk hukukundaki bu düzenleme, İsviçre hukukundaki uygulamaya oldukça benzemektedir[12]. Tek fark, İsviçre hukukunda yönetim kurulu üyeleri değil, yönetim kuruluna ek tasfiyeyi talep etme yetkisi tanınmıştır. Alman hukukunda ise, ilgisi olan herkesin ek tasfiyeye başvurabileceği hüküm altına alınmıştır[13].

---

[10] Ek tasfiye talebi açısından "alacaklılar" kavramının geniş yorumlanması, şirketten talepte bulunan herkesin alacaklı kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ek tasfiye tedbirleri açısından ek tasfiyeye başvurulabileceğinin kabulü karşısında "alacaklı" kavramının beyanın muhatabı olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu sebeple ister parasal nedenlerle ister diğer nedenlerle ek tasfiye talebinde bulunulsun, menfaati olan herkes bu kavram çerçevesinde değerlendirilmelidir (Aksoy, s. 154).

[11] Ticaret sicil müdürünün ek tasfiye talebinde bulunma yetkisi yoktur. Ancak gerekçede belirtildiği gibi sicil memuru maddede sayılan ilgilileri talepte bulunmaya zorlayabilir (TTK m. 547 gerekçesi).

[12] İsviçre'de ise önceki düzenleme, yeniden tescil *(reinscription/Wiedereintragung)* terimiyle anılan farklı bir uygulama idi. İsviçre Ticaret Siciline tescili gereken tüzel kişilerde, tüzel kişiliğin hukuka aykırı olarak tasfiye ve terkin edilmiş olması durumunda, hukuki yarara sahip olanların, tüzel kişiliğin yeniden tescil edilmesi için ticaret siciline başvurabileceği, sicilin bu başvuruyu reddetmesi halinde de ret kararına karşı yargı yoluna gidebileceği kabul edilmiştir. Federal Mahkeme'nin bu başvurulara ilişkin olarak verdiği kararlarla, ispat, hukuki yarar, yeniden tescil ölçütleri gibi hususlarda istikrarlı bir içtihat oluşmuştu. İsviçre'de, içtihat yoluyla yaratılmış ayrı kurum söz konusu olmayıp ticaret siciline ilişkin düzenlemelerle gelişmiş bir uygulama gerçekleşmişti. Ancak 17 Ekim 2007 tarihli Ticaret Sicili Tüzüğüyle birlikte, m. 164 düzenlemesiyle ticaret siciline yeniden tescil başvurusu yapma yolu kapanmış, gelişen içtihatlarla ortaya çıkan ilkelerden hareketle somut bir düzenleme getirilmiş ve bu konudaki başvuru ve karar mercii münhasıran mahkemeler olarak belirlenmiştir. Doktrinde tüzük düzenlemesinin yasal dayanağı olmadığı ve ticaret sicili nezdinde işleyen uygulamanın daha doğru olduğu belirtilmiştir (Barış Demirsatan, "Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi", C. LXXIV, S. 2, 2016, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 700; Kervankıran, s. 296).

[13] Aktiengesetz § 273/4; Schmidt, Aktiengesetz, § 273, Nr. 16.

Yukarıda belirtilen kişilerden herhangi bir talep olmaksızın mahkeme kendiliğinden ek tasfiye kararı alamaz[14]. Ki bu durum, medeni usul hukukundaki taleple bağlılık ilkesinin bir gereğidir.

Ayrıca ek tasfiyeye başvurulabilmesi için, korunmaya değer bir menfaatinin bulunması da şarttır[15]. Ki zaten ek tasfiye talebi mahkemeye

---

[14] Pulaşlı, s. 2508, Nr. 106. Alman hukukunda da ek tasfiye ve ek tasfiye memurlarının atanmasının ancak ilgililerden birinin talebi üzerine gerçekleşebileceği, resen atanması için bir sebep olmadığı belirtilmektedir (MüKoAktG/J. Koch AktG § 273, Rn. 37).

[15] TTK m. 547 gerekçesi; Şener, s. 77; Pulaşlı, s. 2509, Nr. 107. Kervankıran, s. 283; Tasfiyenin hukuka aykırılığının ileri sürülmesinde tek başına bir hukuki yarar kural olarak bulunmaz (Demirsatan, s. 698). İsviçre hukukunda da ek tasfiye talebinde bulunan kimsenin öncelikle bu noktada korunmaya değer bir hukuki yararının bulunduğunu kanıtlaması zorunludur. HRegV § 164/2'ye göre, terkin edilen tüzel kişiliğin yeniden tescil edilmesinde korunmaya değer hukuki yararı bulunan hak sahibi ek tasfiye talebinde bulunabilecektir.

11. HD, 07.12.2009 tarihli, E. 7980, K. 12584 sayılı kararı: *"...Somut olayda; ihyası istenen anonim şirketin ticaret sicilinden terkin edilmesinin ilan edildiği tarihten önce şirket aleyhine başlatılmış bir icra takibi mevcut olduğuna göre, şirketin sorumlu tutulmasını gerektirebilecek bu durum nedeniyle ticaret e-sicilindeki terkin kaydının kaldırılması isteminde bulunulabilir. Buna göre, davacı tarafın alacaklı olduğunu iddia ettiği ticaret sicilinden terkin edilmiş anonim şirketin yeniden ihyasını istemesinde hukuki yararı mevcut olup, bu davayı açma hakkının bulunduğunun kabulü gerekmektedir."* (Eriş, s. 3101); 11. HD, E: 2004/13191, K: 2005/1074, T: 09.11.2005 kararı için bkz. *"Dava, kooperatif tüzel kişiliğinin ihyası istemine ilişkindir. Kooperatif tüzel kişiliği ticaret sicilinden terkin ile sona erer. Tüzel kişiliğin sona ermesi için de, tasfiye işlemlerinin eksiksiz tamamlanması gerekir. Şayet, tasfiye işlemleri gerektiği gibi tamamlanmamış ve tasfiyesi gereken hususlar eksik bırakılmışsa, tüzel kişilik ticaret sicilinden silinse bile, kooperatifin tüzel kişiliğinin sona erdiğinin kabulü olanaksızdır. İşte bu gibi durumlarda, kooperatif tüzel kişiliğinin ihyası için dava açılabilir. İhya davası açmakta hukuki yarar bulunmalı, bunun için tam olmasa da, kanaat uyandırıcı bazı delillerin varlığı aranmalıdır. Hiçbir neden ve açıklama gösterilmeden, bir kanıt sunulmadan, soyut, içi boş nedenlere dayalı ya da terkinden uzunca bir süre geçtikten sonra, kötü niyetle, salt kooperatifi zarara uğratmak amacıyla ihya isteminde bulunulması halinde hukuki yararın bulunmadığının kabulü gerekir. Masraf ve zaman gerektiren ihyanın, gerçek amacına uygun, inandırıcı nedenlere dayanılmalıdır. Bu noktada sınır, MK.'nun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralları ile çizilmelidir. Somut olayda, mümeyyiz davalılar vekili, davacının ihracının kesinleştiğini, bundan çok sonra başlayan tasfiye sırasında çıkma payını da çekincesiz tahsil ettiğini, ihya sisteminin kötüniyete dayandığını, tasfiyenin eksiksiz yerine getirildiğini, bu davanın çok sonra açıldığını savunmuştur. Dosya kapsamına göre, 10.2.1996 tarihli genel kurulda davacının ihracı onaylanmış, 15.8.2000 tarihinde tasfiye sona ermiş ve terkin yapılmış, bu dava ise 14.3.2003 tarihinde açılmıştır. Davacı, 11.7.1995 tarihinde açtığı, kabul ile sonuçlanıp kesinleşen ve dava tarihi itibariyle borçlu olmadığına ilişkin menfi tespit ilamı nedeniyle üyeliğinin devam ettiğini, ihracının haksız olduğunu, haksız ihraç nedeniyle haklarını talep edebilmek için ihya kararı verilmesini isteyerek bu davayı açmıştır. Mümeyyiz davalıları vekili, ilhamın kesinleşmesinden sonraki borçlar nedeniyle ihraç edildiğini savunmuştur. Mahkemece, iddia ve savunma üzerinde yeterince durulmadan, tarafların delilleri toplanmadan, açıklama istenmeden, yukarıda açıklanan ilkeler değerlendirilemeden, davacının ihraç kararının iptal davası açabilmesi için kooperatifin ihyasına karar verilmiş olup, açıklanan yönlerden eksik incelemeye dayalı hükmün bozulması gerekmiştir."* (Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 518). Tasfiyenin üzerinden uzun bir zaman geçmiş olmasının, tek başına ek tasfiyede hukuki yarar bulunmadığı anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Şener, s. 78. Tasfiye memurlarının ek tasfiye talebiyle açtıkları davada hukuki yararın bulunması için, tasfiye memurlarının sorumluluğunu

müracaat ile ileri sürülebildiğinden, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 114/1-h uyarınca davadaki dava şartlarından biri de hukuki korunma talep eden kimsenin hukuki yararının bulunmasıdır[16].

Ayrıca amaca ulaşmanın ek tasfiye amacıyla şirketin tescili talebi dışında başka bir yolu bulunuyorsa bu yola başvurulamaz[17]. Öte yandan ek tasfiye talebinde bulunan kimsenin korunmaya değer menfaatlerinin

---

doğuracak hallerin olması gerektiği belirtilmiştir. Sorumluluklarının söz konusu olmaması halinde ise, ek tasfiye işlemlerinin yapılması zorunlu olsa bile, hukuki yararları bulunmadığından tasfiye memurlarının dava açamayacakları belirtilmiştir (Özlem Karaman Coşgun, Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 281).

16 Dava şartları aynı zamanda dava dışındaki diğer yargılamalarda da bu yargılamaların özelliği de dikkate alınarak birer yargılama şartı olarak göz önünde bulundurulmalıdır (Hakan Pekcanıtez, Pekcanıtez Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 927). Ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tesciline ilişkin talebin çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılsa da, maddede yer alan dava şartları bu talep için de geçerli olacaktır.

17 Kervankıran, s. 284; Pulaşlı, s. 2509, Nr. 109; F. Von. Steiger, İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, Çev. Tahir Çağa, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 40.0 Ancak Şener bu görüşe şu sebeple katılmamaktadır; belli bir amaca ulaşmak için birden fazla kanuni olanak sunulmuşsa, hak talep eden kişinin mutlaka bu yollardan birini seçmesi kendisinden beklenemez. Örneğin, alacaklı doğrudan zararının tazmini için hem sorumluluk davası açma yoluna gidebilmeli hem de ek tasfiye yoluna başvurabilmelidir (Şener, s. 63-64). Alman hukukunda da söz konusu kişilere karşı talep hakkının devam ettiği durumda, ek tasfiye hükümlerinin hakların yarışını engeller nitelikte bir düzenleme olmadığı belirtilmektedir (Gerald Spindler/ Eberhard Stilz, Kommentar zur Aktiengesetz, Band 1 §§ 150-410, 4. Auflage 2019, AktG § 273, Rn. 28). Ek tasfiyenin tali niteliği, hakların yarışması durumunda ek tasfiye hükümlerine gidilemeyeceği sonucuna ulaştırmaz (Aksoy, s. 135). Yargıtay da kooperatifin ihyasının talep edildiği bir davada, bu davayı açmakta hukuki yararın bulunması ve tam olmasa da kanaat uyandırıcı bazı delillerin varlığının aranması gerektiğini, hiçbir neden gösterilmeden ve açıklamada bulunulmadan, kanıt sunulmadan, soyut, içi boş nedenlere dayalı ya da terkinden uzunca bir süre geçtikten sonra kötüniyetle, salt kooperatifi zarara uğratmak amacıyla ihya talep edilmesi halinde hukuki yararın bulunmadığına hükmetmiştir. Bu noktada sınırın Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin sınır olması gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz. 11. HD, E: 2009/5255, K: 2011/4799, T: 21.04.2011 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

Yargıtay başka bir kararında ise, işçi alacağını talep etmek amacıyla ek tasfiye davası açan davacının alacak iddiasının şirketin ticaret sicilinden terkin edilmesinden önceki döneme ilişkin olduğunu belirtmiş, davacının dava açmakta hukuki yararı olduğunu kabul eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Karar için bkz. "*Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre tüzel kişiliğin sona erdirilebilmesi için tasfiye işlemlerinin eksiksiz tamamlanmasının gerektiği, tasfiye işlemleri gerektiği gibi tamamlanmamışsa tüzel kişilik sicilden silinse bile tüzel kişiliğin sona erdiğinin kabul edilemeyeceği, davacının alacak iddiasının ihyası istenen şirketin ticaret sicilinden terkininden önceki döneme ilişkin olduğu, davacının dava açmakta hukuki yararının bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, anılan şirketin ihyası ile ticaret siciline kaydedilmesine karar verilmiştir.*" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

inandırıcı delillerle açıklamalarının yeterli olduğu kabul edilmekte, bu noktada ispat zorunluluğu aranmamaktadır[18].

C. EK TASFİYENİN SONUÇLARI

Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 89. maddesinin ilk fıkrasına göre, daha önce kaydı silinmiş bir şirketin, mahkemece Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesine göre ek tasfiyesine karar verilmesi halinde, şirketin ek tasfiyeye girmesine ilişkin kararı veren mahkeme ile kararın tarihi ve sayısı; şirketin ek tasfiye halinde olduğu; şirketin unvanına "tasfiye halinde" ibaresi eklenmek suretiyle yeniden tescil edilmiş bulunduğu; ek tasfiye ile görevlendirilen tasfiye memurlarının adı ve soyadı, kimlik numarası ve yerleşim yeri; ek tasfiye işlemlerinin yürütüldüğü adres tescil edilir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, ek tasfiyenin tescili üzerine şirket, tüzel kişiliğini yeniden kazanacağı ve organların kendiliğinden çalışmaya başlayacağı; bu durumun ayrıca tescil edilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir[19]. Ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden ticaret siciline tescili, eksik fakat sözde tamamlanmış olan tasfiyeyi tamamlayıcı nitelikte bir tasfiye yöntemidir[20].

Ek tasfiye halinde şirketin tüzel kişiliği ile birlikte tacir sıfatı da devam etmektedir. Ticaret unvanını da "tasfiye halinde" ibaresi ile birlikte kullanmaya devam etmektedir[21]. Belirtildiği gibi ek tasfiye aşamasında şirketin organları varlığını sürdürmeye devam eder[22]. Ek tasfiyede sadece tasfiye sürecindeki eksik kalan işler tamamlanacağından genel kurulun ve yönetim kurulunun yetkileri de bu kapsamda sınırlandırılmış olur. Artık yönetim kurulunun şirketin malvarlığı üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Ancak yönetim kurulu, tasfiye dışı işlemlerden dolayı şirketi her zaman temsil edebilir.

---

18 TTK m. 547 gerekçesi; Şener, s. 80-81; Kervankıran, s. 283; Erdoğan, s. 122; Aksoy, s. 157; Bilgili/Demirkapı, s. 583; Pulaşlı, s. 2509, Nr. 110. Anonim şirkete taraf ehliyetini kazandıran şey, şirketin malvarlığının bulunması olduğu için bunun tam ispatı gerekmemekle birlikte, başvuru sahibinin terkin edilen şirketin halen malvarlığı olduğunu veya talep edilen iddianın gerçekleşebileceğini güvenilir hale getiren bilgileri en azından tatmin edici şekilde ispatlanması gerekir (MüKoAktG/J. Koch AktG §273, Rn. 46). Ek tasfiye talebini haklı kılan sebeplerin tam ispatı bu aşamada makul olarak aranmaz (MüKoAktG/J. Koch AktG § 273, Rn. 38).

19 Aksoy'a göre, tüzel kişiliğin yeniden kazanılacağı ve organlarının kendiliğinden çalışmaya başlayacağının düzenlenmesi maddi hukuka ilişkindir ve bu düzenlemenin kanunla yapılması tercih edilmelidir (Aksoy, s. 4).

20 Pulaşlı, s. 2510, Nr. 111.

21 TTK m. 533/2; Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 89/1-c.

22 Ek tasfiye kararı anonim şirketin ehliyetinde herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Ek tasfiye kararında, tasfiye memurlarının görev kapsamının kararda belirtilmesi veya yetkilerinin sınırlandırılması da söz konusu hususu etkilemez. Çünkü, ek tasfiye memuru atanmasıyla, kayyımlıkta olduğu gibi kısmi ve özel bir koruma amacı ile kanuni temsilcinin atanması değil, şirketin iradesinin yansıdığı bir organ teşekkül etmesinin söz konusu olduğu bir haldir.

Örneğin, şirketin ek tasfiye memurları aleyhine sorumluluk davası açması veya ek tasfiye memurlarının genel kurul kararları aleyhine iptal davası açması hallerinde, yargılamada şirket yine yönetim kurulu tarafından temsil edilecektir[23].

Ek tasfiye süreci tamamlandıktan sonra şirket ticaret sicilinden terkin edilmektedir[24]. Ticaret sicilinden terkin için Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne başvuru ek tasfiye memurları tarafından gerçekleştirilmektedir.

II. EK TASFİYE -"İHYA"- DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir kurumun hukuki niteliğini belirlemeden, ona uygulanacak olan usul kurallarını belirlemek doğru olmayacaktır. Bu nedenle ek tasfiyenin talep edildiği davanın hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Öncelikle çalışmanın bu kısmına kadar "dava" olarak adlandırdığımız ek tasfiye veya uygulamadaki adıyla ihya davasının hukuki niteliğinin bir dava olup olmadığı tespit edilmelidir.

Medeni usul hukukunda çekişmeli yargının temelini oluşturan dava, başkaları tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin, tekrar uyuşmazlık konusu yapılamayacak şekilde geleceğe yönelik olarak bu tehlikenin veya ihlalin ortadan kaldırılması için mahkemeden hukuki koruma talep edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır[25]. Davalar talep edilen hukuki korumaya göre tespit davası, eda davası ve inşai dava olarak üçe ayrılırlar.

Uygulamada en fazla yer alan dava türü olarak eda davaları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre eda davası, davacının, davalının bir şeyi vermeye veya yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edilmesini talep ettiği dava türüdür. Ancak şirketin tekrar sicile tescilinin talep edildiği ek tasfiye davasında bir şeyi vermeye veya yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle bu talebin eda davası olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106. maddesinde düzenlenen tespit davası ise, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesinin talep edildiği dava türüdür. Yani bir hukuki ilişkinin varlığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık mevcutsa bu uyuşmazlık tespit davası yoluyla ortadan kaldırılır[26]. Bunun haricinde maddi vakıalar tek başına tespit davasının konusunu oluşturmamaktadır. Kanunda da açıkça

---

[23] Kervankıran, s. 343.

[24] TTK m. 545 kıyasen.

[25] Pekcanıtez, s. 923; Yılmaz, s. 731; İlhan E. Postacıoğlu/ Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 181.

[26] Pekcanıtez, s. 972.

maddi vakıaların tek başına tespit davasına konu olamayacağı belirtilmiştir. Örneğin bir şeyin durumunun tespiti, genel olarak davalının bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tespit davasının konusunu oluşturmaz. Gerçek veya tüzel kişinin var olup olmadığı da tespit davasının konusunu oluşturmamaktadır[27]. Dolayısıyla şirketin tüzel kişiliğinin devam ettiğine dair tespitin yer aldığı ek tasfiye talebi tespit davası olarak da nitelendirilemez.

Eda ve tespit davasına oranla uygulamada daha az karşılaşılan dava türü insai dava, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 108. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, davacının inşai hakkını kullanarak bir hukuki durumun kurulması, kaldırılması veya değiştirilmesini talep ettiği dava türüdür. Bu nedenle inşai davalar ancak kanunda belirtilen durumlarda açılabilmektedir[28]. Yani maddi hukukta inşai hak olarak nitelendirilen hak söz konusu olduğunda inşai dava olarak ileri sürülebilecektir. Şirketin tasfiyesinin hukuka uygun gerçekleştirilmediğinden bahisle şirket tüzel kişiliğinin sicile tekrar tescil edilmesinin talep edilmesinde, bir inşai hakkın kullanılması söz konusu değildir. Bu nedenle ek tasfiye talebinin inşai dava olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.

Ek tasfiye davasının bahsedilen üç dava türünden herhangi birine girmediği belirlendiğinden, ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescilinin talep edildiği davanın çekişmeli yargı kapsamında olmadığı açıktır.

Türk uygulamasında, mahkemeye yapılan başvuruların neredeyse hepsini davaya benzetme itiyatı mevcuttur[29]. Bu yönelim de yanlış hukuki nitelendirmeler sonucu yanlış yargılamalar ve yanlış sonuçlara götürmektedir.

Bu durumda çekişmeli yargıya ilişkin bir dava türü olarak nitelendirilemeyen ek tasfiye talebinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389 vd. maddelerinde yer alan geçici hukuki koruma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Ek tasfiye talebinin geçici bir tedbir niteliğinde olması belirtilmesine rağmen, geçici hukuki koruma olmadığı da açıktır. Çünkü geçici hukuki koruma olarak karşımıza çıkan ihtiyati tedbir, kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, tarafların her ikisinin de hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte hukuki koruma olarak tanımlanmıştır[30].

Geçici hukuki koruma tedbiri niteliğinde de olmayan ek tasfiye talebi ancak çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilip

---

27 Demirsatan, s. 702, dn. 68'den naklen, Leo Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Münih ve Bertin, 1960, s. 405.

28 Pekcanıtez, s. 984;

29 Pekcanıtez, s. 924.

30 Özekes, s. 2461.

değerlendirilemeyeceği tespit edilmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesine göre, çekişmesi yargı, ilgililer arasında çekişme bulunmaması, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmaması yahut hâkimin resen harekete geçmesi ölçütlerinden biri veya birkaçına göre bu alana giren işlere hukukun mahkeme tarafından uygulanmasıdır[31].

Kayyım atanması çekişmesiz yargıya tabi işlerden olması sebebiyle (HMK m. 382/2/a/19), ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescilinin talep edildiği yargılamada belirli faaliyet için atanan ek tasfiye görevlisinin atanması da çekişmesiz yargıya dahil işlerden olabileceği düşünülebilir. Kolektif şirketlere ilişkin olarak ek tasfiye görevlisinin atanmasının çekişmesiz yargıya ilişkin işlerden olduğu açıkça belirtilmiştir (HMK m. 382/2/e/3). Ayrıca gerçek kişinin sağ veya vefat etmiş olmasının Türk Medeni Kanunu m. 44/2 uyarınca tespiti çekişmesiz yargı kapsamında kalması, ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescilinin talep edildiği yargılama uygulamasının da çekişmesiz yargı işi olarak sayılacağına işaret edebileceği belirtilmiştir. Ancak ek tasfiye talebinin çekişmesiz yargıya dahil işlerden olduğuna ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda özel bir hüküm yer almamaktadır.

Şirketin ticaret siciline tekrar tescilinin talep edildiği yargılamanın, çekişmesiz yargı işi olup olmadığına ilişkin tespiti yapabilmek için yukarıda belirtilen üç kriterden bir veya birkaçına sahip olması gerekmektedir. Öncelikle ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tesciline karar verilen yargılamada talep olmaksızın hâkimin resen harekete geçtiğinden bahsedilemez. Diğer kriterlerin incelemesine geçildiğinde, *"ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı haller"* çekişmesiz yargı işi kapsamında karşımıza çıkmaktadır. Aslında ek tasfiye talebinde bulunan tarafın, menfaat ilkesi gereği ilgili olduğunu kanıtlamak için alacağı bulunduğunu veya şirketin dağıtılmamış malvarlığı bulunduğunu ileri sürmesi ve bunu inandırıcı şekilde kanıtlamak zorunda olduğu belirtilmiştir. Ancak bu taleplerin aslında ek tasfiye talebinin değil asıl davadaki uyuşmazlığın konusu olduğu ve bu nedenle de ek tasfiye talebinde gerçek anlamda bir hakkın ileri sürüldüğünden söz edilemeyeceği söylenmiştir[32].

Son kriterin değerlendirilmesine gelindiğinde ise, ilgililer arasında çekişme bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Hukuki ilişki çerçevesinde mahkemeden bir karar alınmasına ihtiyaç duyulmakla birlikte, bu konu hakkında hukuki ilişkinin tarafları yahut mahkemeye başvuranların arasında herhangi bir çekişme mevcut değilse çekişmesiz yargı işi olduğu söylenir. Bu durumda mahkemeye müracaat eden kişi, bir başka kişiyle arasında olan uyuşmazlık sebebiyle ve ona karşı

[31] Atalı, s. 2107-2108; Postacıoğlu/ Altay, s. 27.

[32] Aksoy, s. 205.

Devletten hukuki koruma talebinde bulunarak mahkemeye müracaat etmemekte, aksine ilgili hukuki ilişki bağlamında bir yargısal karara ihtiyaç duyduğu için mahkemeye müracaat etme gereği duymaktadır[33].

Kanaatimizce şirketin ticaret siciline tekrar tescilinin talep edildiği yargılamada ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunduğu ve ilgililer arasında bir çekişme olduğu söylemez. Burada ek tasfiye talebinde bulunan kimse madde hükmünün somut olaya uygulanmasını talep etmektedir. Dolayısıyla ek tasfiye yargılamasının ve uygulamadaki adıyla ihya davasının çekişmesiz yargı işine dahil olduğu söylenebilir[34].

Kabul etmek gerekir ki, bir işin bu üç ölçütten en az biri sebebiyle çekişmesiz yargı kapsamında olup olmadığının belirlenmesi güç bir değerlendirmedir[35]. Bu nedenle hukuki değerlendirmede öne çıkarılan veya dikkate alınan ölçütler itibariyle farklı sonuçlara ulaşılması muhtemeldir. Hatta farklı değerlendirmelerle ulaşılan sonuçlar tamamen zıt olabilir. Yapılan bir değerlendirmeye göre çekişmesiz yargı kapsamında sayılan bir durum, başka bir değerlendirme sonucu çekişmeli yargının kapsamına dahil olabilir. Bundan dolayı kanun koyucu hukuki belirlilik ve kolaylık adına özel hukuka ilişkin mevzuat çerçevesinde, çekişmesiz yargı işi kapsamında olan hukuki ilişki ve kurumları tespit ederek, Kanun'da açıkça belirtmiştir. Ancak, bazı hukuki ilişki ve kurumların çekişmesiz yargı kapsamında olacağının farkına varılamamış olabilir ya da yeni ortaya çıkacak hukuki ilişki ve kurumlar da söz konusu olabilir. Keza ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescil talebi de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde açıkça yer almaması bu anlamda bir ihmalden kaynaklanıyor olabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlanma süreçlerinin aynı döneme denk gelmesi bu düşüncemizi daha da güçlendirmektedir. Bu noktada önerimiz ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden ticaret siciline tescili talebinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinin 2. fıkrasının e bendine eklenmesine ilişkin değişikliğin yapılmasıdır.

Ek tasfiyenin çekişmesiz yargı işi olduğunun kabulü halinde, bu talep için "*dava*" teriminin kullanılmaması gerekir. Ayrıca çekişmesiz yargıda "*davacı-davalı*" veya "*karşı taraf*" terimlerinin ve "*husumet*" terimlerinin yeri yoktur[36]. Ancak ek tasfiye talebi amacıyla şirketin

---

33 Atalı, s. 2114.

34 Nesibe Kurt Konca, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri, S. 15, Ekim 2013, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 112.

35 Atalı, s. 2109.

36 "*Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki farkı belirten en önemli ölçü, (ihtilaf çekişme yokluğu kıstası)dır. Buna göre çekişmeli yargı, bir ihtilaf (çekişme), uyuşmazlık, iddia ve karşı iddia hakkında karar verilmesi talebi ile açılan davalarla meşgul olmasına karşın; çekişmesiz yargı ya tabi işlerde ilgililer arasında kural olarak bir ihtilaf (çekişme, uyuşmazlık) yoktur.*"

yeniden tescili talebinin hukuki niteliği tespit edilmeden davalı olarak kimin gösterileceği veya husumetin kime yöneltileceğine ilişkin sorunlar Yargıtay'ın pek çok kararına konu olmuştur[37]. Çekişmesiz yargıda dolayısıyla ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescili talebinde davalı sıfatının kime ait olacağının tartışılması gereksizdir. Ancak Yargıtay kararlarında kanuni hasım olarak Ticaret Sicili Müdürlüğünün ve tasfiye memurlarının gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir[38]. Esası itibariyle

---

şeklindeki kararı için bkz. YHGK, E: 2005/2-693, K: 2005/726, T: 14.12.2005 (Postacıoğlu/ Altay, s. 24, dn. 17).

[37] Yargıtay ek tasfiye davasında Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün davalı sıfatına sahip olması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay 11. HD, 11.02.2014 tarihli, E. 2013/18632, K. 2014/2337 sayılı kararı için bkz. "*...Dava, dava dışı şirket tüzel kişiliğinin ihyası istemine ilişkindir. Bu tür davalarda, davalılardan ticaret sicil müdürlüğü yasal hasım konumundadır. Bu nedenle ticaret sicil müdürlüğü aleyhine harç, yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmemesi gerekirken, yazılı şekilde aksine hüküm doğru olmadığı gibi...*" (Kervankıran, s. 292); 11. HD, 27.11.2013 tarihli, E. 16285/K. 21487 sayılı kararı için bkz.:"*...Dava; A. Ölçen ve E. Kaçar limited şirketin ihyasına ilişkin bulunduğuna ve bu davada da hasmın ticaret sicil memurluğu ve tasfiye memuru olması gerekçesine rağmen, şirket ortaklarına husumet yöneltilmesi doğru görülmemiş ve davalılar yararına bozulması gerekmiştir.*" (Eriş, s. 3142-3143). Anonim şirketin son yönetim kurulu üyelerinin pasif husumet ehliyetleri olmadığından, aleyhlerine ek tasfiye davasının açılamayacağına ilişkin Yargıtay kararı için bkz. 11. H.D. 05.02.2018 tarihli, E. 2018/35, K. 2018/776 sayılı kararı (Abuzer Kendigelen/ İsmail Cem Soykan/ Yasemin Aydınalp vd., Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2019, s. 292). Ek tasfiye davasında davalı taraf olarak Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün yanında, Ticaret ve Sanayi İl Müdürlüğü'nün gösterilemeyeceğine ilişkin bkz. 11. HD, 16.11.2009 tarihli, E. 12852, K. 11915 sayılı kararı (Eriş, s. 3541-3542) ve 11. HD, 27.05.2002 tarihli, E. 1581, K. 5265 sayılı kararı (Eriş, s. 3113-3114). Bir başka Yargıtay kararında ticaret sicilinden terkin işleminin iptali için davalı taraf olarak sadece Ticaret Sicil Müdürlüğü belirlendiğine ilişkin bkz. 11. HD, 12.12.1996 tarihli, E. 6046/ K. 8702 sayılı kararı (Gönen Eriş, Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 1156). Bu kararın eleştirisi için bkz. Şener, s. 50-51. Ayrıca başka kararlar için bkz. "*...şirket tüzel kişiliğinin ihyası davası olup, bu davada husumet, tasfiyeyi sağlayan memur ile Ticaret Sicil Müdürlüğüne düşer.*" (11.HD, 08.10.2019 tarihli, E. 2019/3602, K. 2019/6319 sayılı kararı; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 11. HD, 22.10.2018 tarihli, E. 2018/4386, K. 2018/6581 sayılı kararı (Kendigelen, Soykan, Aydınalp vd., s. 281-283).

[38] "*Dava, ihya davası olup davada, tasfiye memuru ile Ticaret Sicil Memurluğuna karşı husumet yöneltilmesi gerekirken davalı sıfatı olmayan tasfiye halindeki şirket de davalılar arasında gösterilmiştir. Davalı olarak gösterilen şirketin tasfiyesi tamamlanmış ve tüzel kişiliği ortadan kalkmıştır. Taraf ve dava ehliyetini yitirmiş olan şirket vekilinin ise bu tarih itibariyle vekalet görevi sona ermiştir. Bu durumda ticaret sicil kaydı silinen şirketin vekili sıfatıyla yapılan temyiz başvurusunda sıfat yokluğundan dilekçenin reddine karar vermek gerekmiştir.*" şeklindeki karar için bkz. 11. HD, 20.11.2019 tarihli, E. 2019/4609, K. 2019/7376 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay yerleşmiş içtihatlarına göre, ek tasfiye davasında davalı olarak şirketin eski ortaklarının ya da şirketin gösterilemeyeceğini, şirketi haksız şekilde ticaret sicilinden terkinini talep eden tasfiye memurlarının ve Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün davalı olarak gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. 11. HD, 30.01.2006 tarihli, E. 758, K. 646 sayılı kararı (Yılmaz, Şerh, s. 519). Doktrindeki bir görüş, tasfiye memurlarının bu davada davalı olarak gösterilebileceklerini, bu durumda tasfiye memurlarının davacı olamayacağını, bu nedenle tasfiye dışı mallar bakımından kayyım tayin edilerek davanın kayyıma

çekişmesiz yargıya tabi işlerde maddi olarak hasım sayılamayacak olan bir makam veya şahsın şeklen taraf gösterilmeye çalışılması çekişmesiz yargıyı çekişmeli hale getirmemektedir. Kanuni hasım yoluna başvurmadaki amaç, kanuni hasım olacakların muhtemel menfaatlerinin korunması ise, bu amaç ilgilinin talebinin bu kimselere resen bildirileceğine dair bir tebliğ mecburiyeti koymak yoluyla da elde edilebilir[39]. Bu nedenle ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescilinin

---

karşı açılması gerektiğini belirtmiştir (Aksoy, s. 201; Eriş, s. 3552; Erdoğan, s. 132). Yargıtay'ın bu yaklaşımına yönelik eleştirisi için bkz. Karaman Coşgun, s. 278-279. Yargıtay 11. HD, 02.05.2017 tarihli, E. 2017/1611, K. 2017/2582 sayılı kararında yer alan ek tasfiye davasının bir çok yönden değerlendirildiği karşı oy yazısı için bkz.; *"Dava, şirketin ihyası istemine ilişkindir. Davacı vekili cevap dilekçesinde, 2000 yılında ticaret sicilinden terkin edilen ve müvekkilinin eski işçisi olduğu …Ltd. aleyhine 2014 yılında … İş Mahkemesinde işçilik alacakları için dava açıldığını ve şirketin davada temsili için ihyasını sağlamak üzere kendisine yetki verildiğini beyanla şirketin ihyasına karar verilmesini talep etmiş, davalı tasfiye memuru ise, kendisinin şirketin tasfiye işlemlerini TTK'ya uygun yaptığı gerekçesiyle davanın reddini talep etmiştir. İlk derece mahkemesinde şirketin ek tasfiye amacıyla ihyasına karar verilmiş, karar davalı tasfiye memurunca … Bölge Adliye Mahkemesi nezdinde istinaf olunmuş ise de istinaf isteminin esastan reddine karar verilmiştir. Davalı tasfiye memuru hem istinaf, hem de temyiz isteminde, kendisinin tasfiye prosedürünü hukuka uygun olarak yerine getirdiğini, davacının şirket kayıt ve defterleri ile … kayıtlarında şirket çalışanı olarak görünmediğini, alacaklı olarak da görünmediğini, tasfiye ve terkin tarihlerinde böyle bir dava ve alacak isteminin de bulunmadığını, anılan nedenlerle kendisinin dava masraflarından ve vekalet ücretinden sorumlu tutulmaması gerektiğini beyan etmektedir. Dairemiz yerleşik içtihatlarında da zikredildiği üzere, ek tasfiye davalarının yasal hasım olan Ticaret Sicil Müdürlüğü ile tasfiyede kusuru ve hatası bulunan tasfiye memurlarına yöneltilmesi gerekir (HGK 24.09.1997 T. 1997/441-649, 11. HD 04.11.2004 T. 1698-10818, 27.11.2013 T. 16285-21487). Yargılama giderlerine ilişkin HMK m. 326 uyarınca, yargılama giderleri aleyhine hüküm verilen taraftan alınmalıdır. Yasal hasımların dava harç ve masraflarından sorumlu tutulmayacağı izahtan varestedir. Nitekim yerel mahkemece Ticaret Sicili Müdürlüğü masraflardan muaf tutulmuştur. Tasfiye memurlarının ek tasfiye amacıyla ihya davalarında hasım gösterilmesi zorunluluğu yoktur. Ancak kendilerine sorumluluk isnat ediliyorsa o takdirde hasım gösterilmeleri gerekir. Hasım gösterildiklerinde ise mahkemece, tasfiye memurlarının tasfiye işlemlerini gerçekleştirmede bir kusurlarının bulunup bulunmadığına bakılarak yargılama giderlerinden sorumlu tutulmalarına karar verilmelidir. İhya davaları, tasfiye memurlarının veya ticaret sicil memurlarının kabulüne bağlı olmayıp, ihya koşullarının bulunup bulunmadığının mahkemece re'sen gözetilmeleri, şayet ihya koşulları oluşmamışsa veya hukuki yarar gibi dava şartlarının bulunmadığı anlaşılırsa mahkemenin davayı reddetmesi gerekir. Söz gelimi, tasfiye eksi bakiye ile kapatılan bir şirketin, aktifinin varlığı iddia edilmeksizin ihyasının istenilmesi hukuki yarardan yoksun sayılmalıdır. Somut olayda, davadan 14 yıl önce tasfiyesi tamamlanan ve terkin işlemleri gerçekleşen şirketin ihyası davasında, davacı tarafça davalı tasfiye memuruna tasfiye işlemleriyle ilgili herhangi bir kusur ve sorumluluk isnat edilmediği gibi, ilk derece ve bölge adliye mahkemelerince de tasfiye memuruna bu yönde kusur izafe edilmeksizin davalı tasfiye memurunun yargılama giderleri ile vekalet ücretinden sorumlu tutulması HMK'daki temel ilkelerle ve hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Davacı tarafın ihya isteminde haklı olması, davalının tasfiye ve terkinde haksız ve hukuka aykırı işlem yaptığı anlamına gelmez. Tam tersine, davalı savunmasında, tasfiye ve terkinde kusurunun bulunmadığını savunmuş olup, mahkemece de davalıya bir kusur izafe edilmediğine göre, davalı davadaki savunmasında haklı çıkmış ve yargılama gideri ile vekalet ücreti talep etmeye hak kazanmıştır."* (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

[39] Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 22-24.

talep edildiği yargılamada davalı olarak kanuni hasım tespiti yersizdir. Bu yargılamada "*ilgili*" kavramının kullanılması tercih edilmelidir. Bu kavram mahkemeye yapılan talep üzerine, talebin kabulü halinde verilen karardan hukuki durumları etkilenecek olanları ifade eder[40].

III. EK TASFİYE YARGILAMASINDA UYGULANACAK YARGILAMA USULÜ

Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesine göre aksine düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde ek tasfiye amacıyla şirketin ticaret siciline yeniden tescili talebinin şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden isteneceği açıkça belirtilmiştir. Bu açık hüküm karşısında çekişmesiz yargı işi niteliğinde olan ek tasfiye talebinin sulh hukuk mahkemesinden istenemeyeceği ortadadır. Bu açık hüküm düzenlenmemiş olsa dahi Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Maddesi uyarınca ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine asliye ticaret mahkemesince bakılacağı belirtilmiştir. Kanun koyucu görevli mahkemesi ihdas etmekle kalmayıp, kesin yetki kuralına da yer vermiştir.

Ek tasfiye talebine ilişkin yargılamada hangi yargılama usulünün uygulanacağı Türk Ticaret Kanunu'nda özel olarak belirtilmemiştir. Yargıtay kararları, özel bir düzenleme öngörülmediğinden temel yargılama usulü olan yazılı yargılama usulünün uygulanacağı yönündeydi[41]. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yakın tarihli bir

---

[40] Atalı, s. 2121. Çekişmesiz yargı işi kapsamındaki talebin kabul edilmesi halinde verilecek karadan hukuki durumu etkilenecek olanlar maddi anlamda ilgili olup, talepte bulunan bu kişileri dilekçesinde ilgili kısmında göstermesi gerekir. Eğer talepte bulunan ilgilileri dilekçesinde göstermişse bu kişiler şekli anlamda da ilgili olma sıfatını kazanmış olurlar ve çekişmesiz yargı faaliyetinin bir süjesi olarak yargılamaya fiilen katılır ve usul işlemlerini kendi adlarına yaparlar. Ancak söz konusu kişilerin talepte bulunan kişi tarafından dilekçede gösterilmemesi halinde, bu kişiler maddi anlamda ilgili sıfatını haiz olmakla birlikte somut yargılama faaliyetine usul işlemi yaparak dahil olamazlar. Bunun istisnası, bu kişilerin ilk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı kanun yoluna başvurabilecek olmalarıdır (HMK m. 387). Ek tasfiye talebine ilişkin yargılamada da dilekçede gösterilmemiş olsalar dahi hukuki yararı bulunan ilgililer, ek tasfiye talebinin kabulü halinde, bu karara karşı kanun yoluna başvurabileceklerdir.

[41] Yargıtay 11. HD, 25.09.2013 tarihli, E. 2013/13652, K. 2013/16500 sayılı kararı için bkz.: *"...Ayrıca, ihya davalarının yargılanmasının 6100 sayılı HMK'nın 316. maddesinde sayılan işlerden olmaması ve 6102 sayılı TTK'da bu konuda basit yargılamaya tabi olduğuna ilişkin hüküm bulunmaması karşısında, yazılı yargılama usulüne tabi olmasına rağmen, tensiben yargılamanın basit yargılama usulüyle yapılmasına da karar verilerek, basit yargılama usulü ile yargılama yapılması ve sonuca varılması doğru görülmemiş, davalı tasfiye memuru vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün bozulmasına karar vermiştir..."* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde başka kararlar için bkz. 11. HD, 14.02.2013 tarihli, E. 2013/426, K. 2013/2561 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası; Çakı, s. 213, dn. 1057); 11. HD, 22.10.2014 tarihli, E. 2014/15266, K. 2014/16165 sayılı kararı için bkz.: *"...Dava, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde düzenlenen ek tasfiye ve şirketin yeniden tescil istemine dair olup mahkemece, taraflar çağrılmaksızın, dosya üzerinden, dava basit*

kararında, ek tasfiye talebine ilişkin yargılamada isabetli olarak basit yargılama usulünün uygulanacağını belirtmiştir[42].

---

yargılama usulüne uygun olarak görülmek suretiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde gösterilen dava çekişmesiz yargıya tabi olmayıp, 6100 Sayılı HMK'nın 316. maddesinde gösterilen basit yargılama usulüne tabi dava ve işler arasında da sayılmamıştır. Kural olarak, hakim, davanın taraflarını yasaya uygun bir şekilde davet edip onları dinlemeden kararını veremez (HUMK'nın 73. Maddesi, HMK'nın 27. Maddesi). Bu kapsamda, yazılı yargılama usulüne tabi bulunan işbu dava yönünden, dava ve karar tarihi itibariyle yürürlükte bulunan HMK hükğmlerine aykırı olarak, taraflar çağrılmadan ve dinlenmeden, dosya üzerinden hüküm kurulmuş olması doğru olmamış, kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).11. HD, 08.05.2018 tarihli, E. 1552, K. 3339 sayılı kararı (Kendigelen, Soykan, Aydınalp vd., s. 286-287).

[42] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.12.2018 tarihli, E. 2017/2924, K. 2018/1935 sayılı kararı için bkz.: *"... TTK'nın 1521. maddesinde ise "Şirket davalarında yargılama usulü" düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, ticaret şirketlerinde, ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından veya pay sahipliğinden kaynaklanan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında somut uyuşmazlığa gelindiğinde; eldeki dava TTK'nın 547. maddesine dayalı ve uygulamada isimlendirildiği üzere bir "ihya" davası niteliğinde olup, davanın tasfiye memuruna yöneltilmiş bulunması, diğer davalının hasım olması ve aynı Kanun'un 1521. maddesi gözetildiğinde davanın niteliği uyarınca HMK'nın 316. maddesi uyarınca basit yargılama usulüne tabi bulunduğu kabul edilmiştir. Bu nitelikteki davaların yazılı yargılama usulüne tabi olduğunu kabul etmenin yasal dayanağı bulunmadığı gibi, TTK'nın 1521. maddesine göre ana tasfiye davası basit yargılama usulde görülürken ek tasfiye davasının yazılı yargılama usulüne tabi bulunduğunu kabul etmek için neden de bulunmamaktadır. TTK'nın 547. maddesinden düzenlenen ek tasfiyenin HMK'nın 382. maddesinin ikinci bendinde sayılmamış olsa da, maddede sayılanların sınırlı olmadığı, örnek olarak bir kısım çekişmesiz yargı işlerinin gösterildiği, HMK'nın 382. maddesinde bir işin çekişmesiz yargı işi olup olmadığının tespiti için belirtilen ölçütlerden "İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller" ve "İlgililerin, ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı haller" şeklinde belirtilen ölçütler dikkate alındığında, ek tasfiyenin çekişmesiz yargı işi olduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, yerel mahkemenin yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik görülmediğinden usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekir...Karşı oy:...Ticaret sicil kaydına göre, limited şirketin ortaklar kurulu kararı ile 04.03.2014 tarihinde tasfiye ve terkin edildiği anlaşılmaktadır. TTK 547. maddesinde şirketin ihyası düzenlenmiş olup, bu halde yargılamada basit yargılama usulü uygulanacağına dair açık bir hüküm yoktur. HMK 316. maddesinde, kanunlarda açıkça belirtilenler dışında, basit yargılamaya tabi dava ve işler sayılmış, son bendinde diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işler de basit yargılama usulüne tabi dava ve işler arasında belirtilmiştir. TTK'da iki maddede basit yargılama usulü uygulanacak uyuşmazlık yer almıştır. TTK 546. maddede, pay sahipleri ile tasfiye memuru veya memurları arasında çıkacak uyuşmazlık halinde basit yargılama usulü uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Eldeki davada pay sahibi değil, 3. kişi alacaklının açtığı bir dava söz konusudur, bu maddenin uygulanması söz konusu değildir. Bir diğer madde, TTK'nın 1521. maddesidir. Bu maddeye göre, ticaret ortaklıklarında ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından veya pay sahipliğinden kaynaklanan davalarda veya şirket yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memuru ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır. Eldeki dava ortak sıfatına sahip olmayan alacaklı tarafından ve tasfiye memuru ile ticaret sicil memurluğuna karşı açılmış olup; bu maddede belirtilen uyuşmazlıklardan ve davanın taraflarından değildir. HMK 382. maddede çekişmesiz yargı işleri madde gerekçesinde belirtildiği gibi mümkün olduğunca sayılarak belirtilmiştir. Ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri HMK m. 382/2-e maddesinde sayılmış, şirket tüzel*

Ayrıca doktrinde Şener'e göre, ek tasfiye talebiyle açılan yargılamada çift unsur öğretisi uyarınca tüzel kişiliği devam eden şirkete karşı dava açılacağı gerekçesiyle, hangi yargılama usulünün uygulanması gerektiğini Türk Ticaret Kanunu'nun 1521. maddesine[43] göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda ek tasfiye pay sahibi sıfatına sahip biri tarafından talep edilmekteyse basit yargılama usulü uygulanmalıdır. Ancak ek tasfiye pay sahibi sıfatına sahip olmayan üçüncü kişiler, özellikle alacaklı tarafından talep edilmekteyse bu halde yazılı yargılama usulü uygulanmalıdır[44].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 385. maddesi uyarınca, çekişmesiz yargı kapsamındaki işlerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü uygulanır ve aksine bir hüküm bulunmadıkça resen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu durumda hangi mahkemenin görevli olduğuna bakılmaksızın çekişmesiz yargı işlerinde basit yargılama usulünün uygulanması gerektiği genel kural haline getirilmiştir. Dolayısıyla ek tasfiye talebine ilişkin yargılamada kanaatimizce basit yargılama usulünün ve resen araştırma ilkesinin uygulanması gerekir[45].

Bu noktada ayrıca belirtilmesi gerekir ki, bir dava veya iş hakkında ilk derece mahkemesinde basit yargılama usulünün uygulanması gerektiği halde yazılı yargılama usulünün uygulanmış olmasının yaptırımı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça yer

---

kişiliğinin ihyası davası maddede sayılanlar arasında yer almamıştır. Maddede önce çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğu genel çerçevesi belirlenmiştir. Bunlar ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller ve hakimin resen harekete geçtiği haller, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hallerdir. Davadaki uyuşmazlık bu hallerden olmayıp, HMK 385. maddede çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanacağı belirtilmiş olup, yukarıda açıklandığı üzere, ticaret sicil memurluğunun da davalı olduğu ve davacısı şirket ortağı dahi olmayan eldeki ihya davasında basit yargılama usulünün uygulanması uyuşmazlığın niteliğine de uygun değildir. Bu davada resen harekete geçilecek bir durum da yoktur. Çekişmesiz yargı kararları HMK 388 uyarınca, kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler. İşbu davada bu hal de söz konusu değildir. Açıklanan gerekçelerle direnme kararının bozulması görüşünde olduğumdan, çoğunluğun basit yargılama usulü uygulanacağına dair aksi görüşüme katılmıyorum." Yargıtay HGK 21.02.2019 tarihli, E. 2017/2624, K. 2019/199 sayılı kararı ise; *"…Dava, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde düzenlenen ek tasfiye ve şirketin yeniden tescili istemine ilişkin olup mahkemece dava basit yargılama usulüne tabi olarak görülmek suretiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 547. maddesinde gösterilen dava çekişmesiz yargıya tabi olmayıp, 6100 Sayılı HMK'nın 316. maddesinde gösterilen basit yargılama usulüne tabi dava ve işler arasında sayılmamıştır…"* şeklindedir (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

[43] TTK m. 1521: *"Ticaret şirketlerinde, ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından veya pay sahipliğinden kaynaklanan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır."*

[44] Şener, s. 92-93.

[45] Alman hukukunda da ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescil talebi de FamFG § 26 uyarınca resen araştırma ilkesine tabidir.

almamaktadır. Bu durumun özellikle mutlak temyiz sebepleri arasında sayılmaması, nisbi bir bozma sebebi teşkil edeceğini düşündürtmektedir[46]. Bu anlamda bir dava veya işe doğru yargılama usulünün uygulanmamış olması somut durum bakımından "*karara etki eden bir yargılama hatası*" şeklinde nitelendirilebiliyorsa kararın bozulması gerekir[47]. Fakat sadece bu sebeple kararın bozulmaması gerekir. Bunun değerlendirilmesi ise her somut olay bakımından ayrıca yapılmalıdır.

SONUÇ

Şirketin sona ermesi ve tasfiyesinin tamamlanmasından sonra bazı ek tasfiyeyi zorunlu kılan durumların ortaya çıkması halinde, kanunda belirtilen kişiler mahkemeden ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescilini mahkemeden talep edeceklerdir. Bahsedildiği gibi mahkemeden istenecek bu talebe ilişkin yargılamanın hukuki niteliğine ilişkin doktrinde bir netlik bulunmaması bizi bu çalışmayı yapmaya sevk etmiştir.

Ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescil talebine ilişkin yargılamanın hukuki niteliğinden netlik bulunmaması sebebiyle, yargılamada hangi usul hükümlerinin uygulanacağı da belirlenememektedir. Ancak çekişmesiz yargıya ilişkin kriterlerin değerlendirilmesi neticesinde, bu talebin çekişmesiz yargı işi kapsamında olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Çekişmesiz yargı işi kapsamında yer alması sebebiyle de ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescilinin talep edildiği yargılamada, çekişmesiz yargı işlerinde uygulanacak olan usul hükümleri uygulanması gerekir. Buna göre uygulanacak olan yargılama usulü de basit yargılama usulüdür. Çalışmamızda ek tasfiye amacıyla şirketin yeniden tescilinin talebinin hukuki niteliği ve uygulanacak olan yargılama usulünün tespiti ile beraber mevzuatta ve dolayısıyla uygulamada yeknesaklığın sağlanması hedeflenmiştir.

[46] Atalı, s. 2019.

[47] Atalı, s. 2019.

KAYNAKÇA

Aksoy M A, Sermaye Şirketlerinde ve Kooperatiflerde Ek Tasfiye, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.

Bilge, M E, "Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", C. 16, S. 3-4, 2012, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 261-294.

Bilgili F/ Demirkapı E, Şirketler Hukuku Dersleri, 4. Basım, Dora Yayınevi, Bursa, Şubat 2015.

Demirsatan B, "Hukuka Aykırı Tasfiyenin Tüzel Kişiliğe Etkisi", C. LXXIV, S. 2, 2016, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 685–703.

Erdoğan R, "Anonim Şirketlerde Ek Tasfiye", S. 43, Temmuz 2020, Türkiye Adalet Akademisi, ss. 115-143.

Eriş G, Ticari İşletme ve Şirketler, C. III, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Eriş G, Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

Goette W/ Habersack M/ Kalss S, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 §§ 1-75, 5. Auflage, 2019.

Karaman Coşgun Ö, Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Kendigelen A/ Soykan İ C/ Aydınalp Y vd., Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2019.

Kervankıran E, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 295.

Kurt Konca N, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri, S. 15, Ekim 2013, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 79-125.

Kuru B, Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961.

Pekanıtez H/ Özekes M/ Akkan M vd., Pekcanıtez Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017.

Postacıoğlu İ E/ Altay S, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Rosenberg L, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Münih ve Bertin, 1960.

Schmidt K, Aktiengesetz, Grosskommentar, Band 7/II, 4. Auflage, Berlin, 2012.

Songur D, "Türk Hukukunda Şirketlerin İhyası -Yargıtay Kararları Işığında TTK Geçici 7. Madde Üzerine Değerlendirmeler", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, Ocak 2019, ss. 995-1023.

Spindler G/ Stilz E, Kommentar zur Aktiengesetz, Band 1 §§ 150-410, 4. Auflage 2019.

Steiger F V, İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, Çev. Tahir Çağa, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.

Şener O H, Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Yılmaz A, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim ve Limited Şirketlerde Ek Tasfiye", C. 32, S. 2, 2016, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, ss. 149-173.

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

ANLAŞMALI BOŞANMA BİR ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞİ MİDİR?

Is a Consensual Divorce a Matter of Law Without Dispute?

Araştırma Görevlisi Aybüke BASIM*

Öz: Çekişmesiz yargı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382-388. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen anlaşmalı boşanma ise, HMK m. 382/2'de sayılan çekişmesiz yargı işleri içerisinde yer almamaktadır. Ancak bu durum, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı bakımından değerlendirilmesine engel değildir. Nitekim HMK m. 382/1'de sayılan çekişmesiz yargı ölçütlerinden birine veya birkaçına giren işler de çekişmesiz yargı işi sayılmaktadır.

Bu çerçevede, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olup olmadığı sorusu cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Bu bakımdan öncelikle, çekişmesiz yargı ve anlaşmalı boşanma kavramları incelenecektir. Daha sonra, anlaşmalı boşanma, gerek çekişmesiz yargı işi gerek çekişmeli yargı (dava) olarak ele alınacak ve bu hususta doktrindeki görüşlere ve belli Yargıtay kararlarına yer verilecektir. Nihayetinde, konuya ilişkin görüş ve önerilerimizi ortaya koymak suretiyle maddi hukuk ve usul hukuku sorunlarının içe içe geçtiği bu mesele açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çekişmesiz yargı, çekişmeli yargı, dava, anlaşmalı boşanma.

Abstract: Non-contentious jurisdiction is regulated between Articles 382 and 388 of the Code of Civil Procedure. The contractual divorce regulated in paragraph 3 of Article 166 of the Turkish Civil Code is not included in the uncontested judicial affairs listed in Article 382/2 of the Code of Civil Procedure. However, this does not prevent the uncontested divorce from being evaluated in terms of uncontested jurisdiction. As a matter of fact, the works falling within one or more of the non-contentious judicial criteria listed in Article 382/1 of the Code of Civil Procedure are also considered as non-contestious judicial work.

In this context, the question of whether a consensual divorce is a judicial matter without dispute will be tried to be answered. In this respect, first of all, the concepts of non-contested jurisdiction and uncontested divorce will be examined. Later, the contracted divorce will be handled as both non-contested judicial work and contested jurisdiction (lawsuit), and the opinions in the doctrine and certain decisions of the Supreme Court will be included in this regard. Finally, by presenting our opinions and suggestions on the subject, this issue, in which the problems of substantive law and procedural law are intertwined, will be tried to be clarified.

Keywords: Uncontested jurisdiction, contentious jurisdiction, lawsuit, uncontested divorce.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, aybuke@baskent.edu.tr, ORCİD: 0000-0002-9251-0395

Makale Geliş Tarihi: 10.08.2022, Makale Kabul Tarihi: 18.11.2022

GİRİŞ

Medeni yargının bir alt türünü oluşturan çekişmesiz yargı, başlı başına bir kısım olarak, ilk kez 6100 sayılı HMK'nun 382. ila 388. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Çekişmesiz yargı kapsamına giren işlerin belirlenmesi bakımından, HMK'nun 382. maddesi önem taşımaktadır.

HMK m. 382/2'de belli çekişmesiz yargı işleri sayılmıştır. Ancak bu sayım içerisinde yer almayan işlerin de çekişmesiz yargı kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür. Bu durum, anılan düzenlemedeki sayımın örnek niteliğinde olması ve çekişmesiz yargıya ilişkin belli ölçütlerin varlığı sayesinde söz konusudur. Daha açık bir ifadeyle, HMK'nda açıkça çekişmesiz yargı işi olarak sayılmamakla birlikte, 382. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen ölçütlerden birine veya birkaçına giren işler de çekişmesiz yargı işidir.

Anlaşmalı boşanma, TMK'nun 166. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olup; HMK'nun 382/2. maddesindeki sayımın içerisinde yer almamaktadır. Ancak bu durum, çalışmamızın da başlığını oluşturan *"Anlaşmalı Boşanma Bir Çekişmesiz Yargı İşi Midir?"* sorusunun cevaplandırılmasına engel teşkil etmemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu sorunun cevaplandırılmasında öncelikle HMK m. 382/1'de yer alan ölçütler yol gösterici olacaktır.

Anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olup olmadığının incelenmesinde herhangi bir engel bulunmamasının yanı sıra bu konunun hangi amaçlarla incelendiğinin de ortaya konulması gerekmektedir.

Genel boşanma sebeplerinden birini teşkil eden anlaşmalı boşanmanın, mahiyeti itibari ile teknik anlamda boşanma kavramından ayrı tutulması gerektiği açıktır. Anlaşmalı boşanmada, eşlerin evlilik birliğini sona erdirme iradeleri daha ön planda olup; eşler, belli şartların varlığı halinde oldukça kısa sürede, esnek ve mümkün olduğu kadar az giderle boşanabilmektedirler. Dolayısıyla anlaşmalı boşanmanın, eşler, çocuklar ve diğer ilgililer bakımından psikolojik bir boyutunun da olduğu söylenebilir. Ayrıca, anlaşmalı boşanmanın eşlerin birlikte başvurması veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde mümkün olabilmesi yani bir anlamda ortada "boşanma konusunda" herhangi bir çekişmenin bulunmaması, bu incelemenin yapılmasını daha da anlamlı kılmaktadır.

Bu hususlardan hareketle, konunun maddi hukuk ve usul hukukunun içe içe geçtiği bir alana ilişkin olduğu söylenebilmektedir. Nitekim sorunun cevaplandırılması ile aynı zamanda anlaşmalı boşanmada uygulanacak olan yargılama usulü, yargılama malzemesinin toplanması, kanun yolları ve kararın maddi anlamda kesin hüküm niteliği hususları da tayin edilebilecektir.

Bu çerçevede çalışmamızda ilk olarak, çekişmesiz yargı kavramı, bu kavramının çekişmeli yargı ile ilişkisi ve çekişmesiz yargı ölçütleri ortaya konulacaktır. Zira ölçütler, ne kadar açık bir şekilde ortaya

konulacak olursa, anlaşmalı boşanmanın bu ölçütlerden birine veya birkaçına girip girmediği de o kadar kolay bir şekilde tayin edilebilecektir. İkinci olarak, anlaşmalı boşanmanın içerdiği anlam ve anlaşmalı boşanmanın şartları ele alınacaktır. Son olarak, anlaşmalı boşanmanın bir çekişmesiz yargı işi olup olmadığı sorusu, konuya ilişkin görüş ve önerilerimize de yer verilerek, cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

I. ÇEKİŞMESİZ YARGI

A. ÇEKİŞMESİZ YARGI KAVRAMI VE ÇEKİŞMELİ YARGIYLA İLİŞKİSİ

Türk hukukunda yargı örgütü, parçalı bir yapı özelliği göstermekte; yani tek bir çatı altında toplanmamaktadır.[1] Bu bakımdan, yargı yolları (çeşitleri, kolları) şeklindeki bir üst başlık altında inceleme yapılmaktadır. Yargı yolları arasında en geniş uygulama alanı olan yargı yolu ise, adli yargıdır.[2] Adli yargı, medeni yargı ve ceza yargısı şeklinde bir alt ayrıma tabi tutulmaktadır. İşte bu alt ayrımlardan biri olan medeni yargı, bizi çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargı kavramlarına götürmektedir. Zira medeni yargıyla, hukuk mahkemelerinin özel hukuk alanındaki yargısal faaliyetlerinin tamamı yani özel hukuk ilişkilerinden doğan dava ve işler kastedilmektedir.[3]

Yargısal faaliyet kavramına, sadece hukuka aykırılık iddialarının veya uyuşmazlıkların belli usullerle, kesin bir şekilde karara bağlanması olarak yaklaşılmamalıdır. Aksi takdirde medeni yargı, yalnızca çekişmeli yargı kavramıyla sınırlı kalmış olacaktır. Her ne kadar çekişmeli yargı, medeni yargının temelini oluştursa da; mahkemelerin, bir hukuka aykırılık iddiası içermeyen veya tipik bir uyuşmazlık çözme özelliği göstermeyen ve fakat maddi hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasını içeren faaliyetleri de bulunmaktadır. Bu faaliyetlere dahil olan işler de çekişmesiz yargı olarak ifade edilmektedir.[4] Özetle, çekişmesiz yargı da çekişmeli yargı gibi, yargısal bir faaliyeti içermektedir.[5]

Medeni usul hukukunun asıl inceleme konusu çekişmeli yargı olduğundan HMK'nda da ağırlıklı olarak çekişmeli yargı esas alınarak

---

1 Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021a, s. 66.

2 Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2015, s. 3.

3 Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C. I, Ankara, 2016, s. 112; Kuru, 2015, s. 3.

4 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 64, 77; Mine Akkan, Pekcanıtez Usûl Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 101; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 321.

5 Sabri Şakir Ansay, "Münazaasız (İhtilafsız) Kaza", S. 2, Y. 1939, Adliye Ceridesi, s. 259; Akkan, s. 101.

düzenleme yapılmıştır. Çekişmesiz yargıya ilişkin usul hükümlerine, HMK'nun kabulüne kadar, TMK veya bazı ilgili diğer Kanunlarda yer verildiği görülmektedir.[6] Çekişmesiz yargının başlı başına bir kısım olarak düzenlenmesi ise, ilk defa HMK'nun 382-388. maddeleri ile söz konusu olmuştur.

Kanun koyucu bir işin çekişmesiz yargı işi olup olmadığının belirlenebilmesi bakımından ilk olarak, belli ölçütlere yer vermiş olup; bu ölçütlerden birine veya birkaçına giren işler çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmiştir (HMK m. 382/1).

HMK'nun 382. maddesinin 2. fıkrasında ise, belli çekişmesiz yargı işlerinin örnek niteliğinde sayıldığı görülmektedir. HMK m. 382/2 içerisinde yer alan bir iş, yukarıda sayılan ölçütlere uygun olmasa da çekişmesiz yargı işi sayılmaktadır.[7] Çekişmesiz yargı ölçütlerinin ortaya konulmasından sonra ayrıca bir sayım yapılması, bir işin çekişmesiz yargı işi olup olmadığının belirlenmesinin belli hallerde güç olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır.[8] Ayrıca böyle bir sayım yapılmasında, çekişmesiz yargı işlerinin uygulamada tam olarak bilinmemesi ve zaman zaman bazı çekişmesiz yargı işlerinin dava gibi yürütülmesi de etkili olmuştur.[9]

Çekişmesiz yargı ölçütlerinin yol göstericiliği, HMK m. 382/2'de sayılmayan çekişmesiz yargı işleri ve dolayısıyla anlaşmalı boşanma bakımından söz konusudur. Bu nedenle, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı bağlamında değerlendirilmesinde, çekişmesiz yargı ölçütleri açıkça ortaya konulmalı ve anlaşmalı boşanmanın bu ölçütlerden birine veya birkaçına girip girmediği incelenmelidir.

B. ÇEKİŞMESİZ YARGI ÖLÇÜTLERİ

Çekişmesiz yargı ölçütleri, HMK'nun 382. maddesinin 1. fıkrasında, *"ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller"*, *"ilgililerin, ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı haller"* ve *"hakimin re'sen harekete geçtiği haller"* şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca doktrinde, çekişmesiz yargının yasal olarak düzenlemeye kavuşturulmasından önce ve hatta sonrasında, hasım yokluğu, ihtiyari olma, önleyici olma, inşai etki şeklindeki ölçütlere de yer verildiği görülmektedir.[10] Özellikle de inşai etki ölçütü inceleme konumuz bakımından önem arz ettiğinden, HMK'nda

---

6 Akkan, s. 99.

7 Tanrıver, s. 116; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 590.

8 Tanrıver, s. 116.

9 Akkan, s. 102.

10 Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara, 1961, s. 20 vd., 26-32; Budak/Karaaslan, s. 323-324; Aslı Aras, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü, Ankara, 2017, s. 26 vd.

düzenlenen ölçütlerden bağımsız olarak ayrı bir başlık altında incelenecektir.

1. Uyuşmazlık Yokluğu

Uyuşmazlık yokluğu ölçütüne göre, çekişmesiz yargıda uyuşmazlık söz konusu değildir ve mahkemeden talepte bulunan kişi ile uyuşmazlık içinde olan gerçek bir karşı taraf bulunmamaktadır.[11] Bu ölçüt, hasım yokluğu, niza yokluğu veya ihtilaf yokluğu şeklinde de adlandırılmaktadır.[12] Bu ölçüte göre çekişmesiz yargı işlerine; ergin kılınma, adın (ismin) değiştirilmesi ve mirasçılık belgesi verilmesi örnek gösterilebilir.

Esasında bu ölçüt, çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasındaki farklardan birini de ortaya koymaktadır. Zira çekişmeli yargıda bir uyuşmazlığın ve bu uyuşmazlığın süjeleri konumunda bulunan "davacı" ve "davalı" iki tarafın olduğu açıktır.[13] Bu iki tarafın ne ifade ettiği doktrinde *Ansay* tarafından şu cümlelerle net bir şekilde ortaya konulmaktadır: *"Taraflar birbirine zıt menfaatlarını hâkim kılmak için, kendi mefaatını yürütmek ve üstün kılmak için bütün enerjileriyle çalışır ve âdeta birbirile boğuşur. Bazan da yalancı pehlivanlar gibi mücadeleye girişir ve bu mücadelede bir taraf rızasile mağlûp ve mahkûm olur".*[14]

Çekişmesiz yargıda ise, bir uyuşmazlık söz konusu olmadığından taraf da bulunmamaktadır. Tarafın söz konusu olmadığı mevcut yargısal faaliyet de, olsa olsa bir çekişmesiz yargı işi veya geçici hukuki himaye yargılaması olabilir.[15] Nitekim çekişmesiz yargının konusu dava değildir ve burada "iş" terimi kullanılmaktadır. [16]

Çekişmesiz yargıda ilgililer (alakadarlar, talepte bulunan) kavramı esas olup; mahkemenin ilgililer arasında mevcut bir uyuşmazlık hakkında karar vermesi söz konusu değildir.[17] Dolayısıyla, çekişmesiz yargı işleri için, dava, hasımsız dava veya tek taraflı dava gibi terimler kullanılarak şekli tarafların oluşturulması ve bu işlerin yapay bir davaya dönüştürülmesi yanlıştır.[18] Örneğin, ad ve soyadın değiştirilmesi

---

11 Akkan, s. 102; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 78.

12 Akkan, s. 103; Kuru, 1961, s. 16.

13 Tanrıver, s. 119; Akkan, s. 102; Aras, s. 27.

14 Ansay, s. 261-262.

15 Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 207.

16 Kuru, 2015, s. 91, 710.

17 Kuru, 1961, s. 16; Kuru, 2015, s. 715; Akkan, s. 102; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 78; Budak/Karaaslan, s. 332; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 588, 591.

18 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 78; Akkan, s. 104.

taleplerinde nüfus idaresinin hasım olarak gösterilmesi bu duruma ilişkindir.[19]

Bu hususlardan hareketle, uyuşmazlık yokluğu ölçütü ile HMK m. 382/1'de açıkça sayılmayan ve fakat doktrinde sıklıkla karşımıza çıkan hasım yokluğu ölçütünün aynı anlama geldiği söylenebilmektedir.[20] Diğer bir deyişle, uyuşmazlık yokluğu, birbirleriyle uyuşmazlık içinde bulunmayan iki tarafın yokluğunu da kapsayacak şekilde anlaşılmalı ve bu yönüyle de ele alınmalıdır.

Uyuşmazlık yokluğu ölçütü, çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargıyı birbirinden ayırt etmeye yarayan en önemli ölçüt olmakla birlikte, bunun için yeterli olmamaktadır.[21] Nitekim bazı işler, çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmekle birlikte, uyuşmazlık içermektedirler. Örneğin, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde hakimin müdahalesinin istenmesinde (TMK m. 195) böyle bir durum söz konusudur.[22]

2. Sübjektif Hakkın Yokluğu

Sübjektif hakkın yokluğu ölçütüne göre, çekişmesiz yargıya ait işlerde talepte bulunan ilgilinin her zaman özel hukuk kişilerine karşı ileri sürebileceği sübjektif bir hakkı bulunmamaktadır.[23] Bu ölçüte göre çekişmesiz yargı işi sayılan bir işin, uyuşmazlık konusu içermesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır.[24] Burada esas alınan, talepte bulunan ilgililerin özel hukuk kişilerine karşı ileri sürebilecekleri sübjektif bir haklarının bulunup bulunmadığıdır.[25] Örneğin, vasinin görevden alınması bu ölçüte göre çekişmesiz yargı işi sayılmaktadır.

Sübjektif hakkın yokluğu, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işleri ve re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde söz konusu olmaktadır.[26] Bu noktada, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işleri ve re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işleri şeklindeki ayrıma değinilmesi

---

19 Kuru, 1961, s. 21.

20 Kuru, 1961, s. 20; Aras, s. 27.

21 Bir işin çekişmesiz yargı işi olup olmadığının belirlenmesinde uyuşmazlık yokluğu ölçütünden başka ölçütlerin de kullanılması bunu doğrular niteliktedir. Aynı şekilde çekişmesiz yargı ile amaçlanan hususların gerçekleştirilebilmesi için, çekişmesiz yargının içerisine çeşitli ölçütlere göre belli işler havale edilmektedir (Kuru, 1961, s. 19).

22 Kuru, 1961, s. 19; TMK'nun 195. maddesi, eserin kaleme alındığı dönemde yürürlükte olan 743 sayılı EMK'nun 161. ve 162. maddelerine karşılık gelmektedir; aynı yönde bkz. Aras, s. 26.

23 Akkan, s. 106; Kuru, 1961, s. 32; Kuru, 2015, s. 709; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 78; Aras, s. 29.

24 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 78; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 589.

25 Kuru, 1961, s. 33.

26 Kuru, 1961, s. 33-34; Kuru, 2015, s. 709.

gerekmektedir. Zira bu ayrım, bir sonraki başlıkta ele alınacak olan re'sen harekete geçme ölçütü bakımından da önem taşımaktadır.

Söz konusu ayrım, çekişmesiz yargı işlerini, genel menfaatin özel menfaate üstün gelip gelmediği açısından ele almaktadır. Buna göre, bir çekişmesiz yargı işinin mahkemede görülebilmesinin ilgilinin talebine bağlı olup olmadığı belirlenmektedir.[27] Özel menfaatin genel menfaate üstün geldiği çekişmesiz yargı işlerinin mahkeme tarafından görülebilmesi ilgilinin talebine bağlıdır.[28] Genel menfaatin özel menfaate üstün geldiği hallerde bazı çekişmesiz yargı işleri ise, re'sen takip edilmektedir.[29] Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerine, gaiplik kararı verilmesi talebi; re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerine ise, velayetin kaldırılması örnek gösterilebilir.[30] Çalışma konumuz olan anlaşmalı boşanmanın ise, takibi talebe bağlı bir çekişmesiz yargı işi olduğu ileri sürülmektedir.[31]

Sübjektif hakkın yokluğu aynı zamanda, çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasındaki farklardan birine daha işaret etmektedir. Çekişmesiz yargıda, ilgilinin talebi, sübjektif bir hakkının ihlal edilmesinden kaynaklanmamakta[32] veya talebi doğrultusunda karar verilen ilgiliye bir hakkın geçişi söz konusu olmamaktadır.[33] Oysa çekişmeli yargının konusunu, tarafların sübjektif hakları oluşturmaktadır.[34] Nitekim bir davada davacı mahkemeden, bir başkası (davalı) tarafından ihlal edilen veya tehlikeye düşürülen hakkının yani sübjektif hakkının korunmasını talep etmektedir.[35] Başka bir deyişle dava, objektif hukukun kişilere tanımış olduğu sübjektif haklar üzerindeki uyuşmazlıktan kaynaklanmaktadır.[36] Bu açıdan dava, sübjektif hakkın varlığı ile tanımlanmakta[37] ve sübjektif hak ile dava arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır.[38]

---

27 Kuru, 1961, s. 150, 153.

28 Kuru, 1961, s. 150.

29 Kuru, 1961, s. 153.

30 Kuru, 1961, s. 33, 150, 153.

31 Ali Cem Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 282.

32 Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 589.

33 Akkan, s. 106.

34 Kuru, 2015, s. 709; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 589.

35 Akkan, s. 107; Aras, s. 29.

36 Kuru, 2015, s. 7.

37 Bununla birlikte, menfi tespit davası gibi, bir davanın sübjektif hakka dayanmadığı haller de bulunmaktadır (Tanrıver, s. 450).

38 Tanrıver, s. 449.

3. Hakimin Re'sen Harekete Geçtiği Haller

Çekişmesiz yargıda hakim, re'sen harekete geçip, işe el koymaktadır.[39] Çekişmeli yargıda ise, yargılama süreci davacının isteği yani dava açması ile başlamaktadır. Bu bakımdan, çekişmeli yargıda hakimin, iki taraftan birinin talebi olmaksızın bir davayı kendiliğinden inceleyip karara bağlayamaması yani tasarruf ilkesi (HMK m. 24) söz konusudur.[40]

Hakimin re'sen harekete geçtiği haller ölçütü, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işleri ve re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işleri şeklindeki ayrımla da açıklanabilir.[41] Nitekim bu ölçüt, çekişmesiz yargının sadece re'sen takip edilen işlerini kapsamaktadır.[42] Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde ise, çekişmeli yargıdaki geniş anlamıyla olmasa da,[43] tasarruf ilkesinin işlerlik kazanacağı söylenebilir. [44]

Re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde mahkeme, ilgililerin talebi olmaksızın re'sen harekete geçmektedir.[45] Dolayısıyla ilgililerin başvuruları, uyarıları ve ihbarları, mahkemenin harekete geçebilmesinin bir şartı olmadığı gibi, mahkemeyi buna mecbur eden bir durum da değildir.[46] Bu halde hakim, çoğunlukla kendiliğinden öğrenemeyeceği hususlar bakımından bilgi sahibi olmaktadır.[47] Hakimin re'sen harekete geçtiği hallere, vasinin görevden alınması ve çocuklar hakkında koruma tedbirleri alınması örnek olarak gösterilebilir.[48]

4. İnşai Etki

İnşai etki, HMK'nun 382. maddesinin 1. fıkrasındaki çekişmesiz yargı ölçütleri arasında sayılmamıştır. Buna rağmen inşai etkinin, bir işin çekişmesiz yargı işi sayılıp sayılmadığının tayin edilmesi bakımından diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilmesi mümkündür.[49]

---

39 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 78; Cenk Akil, "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanununda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri", C.62, S.4, 2013, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 933; Ansay, s. 260, 261; Kuru, 1961, s. 34; Kuru, 2015, s. 709; Aras, s. 29; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 589.

40 Kuru, 1961, s. 34; Kuru, 2015, s. 710; Akil, s. 934; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 79; Aras, s. 29.

41 Akkan, s. 107.

42 Kuru, 1961, s. 34, dn. 88.

43 Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kuru, 1961, s. 150-151.

44 Kuru, 1961, s. 150.

45 Akkan, s. 107; Kuru, 1961, s. 34.

46 Ansay, s. 261; Kuru, 1961, s. 154; Kuru, 2015, s. 718; Akkan, s. 107.

47 Kuru, 1961, s. 154; Kuru, 2015, s. 718; Akkan, s. 107.

48 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 78-79; Kuru, 1961, s. 34; Akkan, s. 107; Aras, 29-30.

49 Aras, s. 30.

Nitekim çekişmeli yargı, mevcut hakların tespiti ve muhafazasına ilişkin olmakla birlikte; çekişmesiz yargı, yeni hukuki ilişkilerin kurulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasına yani inşai etkiye ilişkin olmaktadır.[50] Ancak, çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargı arasında inşai etki bağlamında ortaya konulan bu fark, her durumda geçerli olmamaktadır.[51] Örneğin, tipik bir çekişmesiz yargı işi olan mirasçılık belgesi verilmesinde, mevcut hakların tespiti ve korunmasına çalışılmaktadır.[52] Aynı şekilde inşai etkinin, sadece çekişmesiz yargı işlerine özgü bir nitelik olmadığı; çekişmeli yargıda da –örneğin inşai davalarda- birtakım inşai kararlar verildiği görülmektedir.[53]

II. ANLAŞMALI BOŞANMA

A. GENEL OLARAK

Boşanmanın gerçekleştirilmesi konusunda, çeşitli hukuk sistemlerinde belli görüşlere yer verilmiştir.[54] Türk hukukunda boşanma sebepleri TMK'nda sınırlı olarak düzenlenmiştir ve boşanma, hakimin hükmüyle gerçekleşmektedir. Başka bir deyişle, boşanma, sebebe ve hakimin hükmüne dayanmaktadır.[55] Aynı husus anlaşmalı boşanma bakımından da söz konusudur. Bu nedenle anlaşmalı boşanmanın, boşanma sebepleri arasındaki yerinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

Boşanma sebepleri, özel boşanma sebepleri (TMK m. 161-165) ve genel boşanma sebepleri (TMK m. 166) olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. Anlaşma boşanma, *"eşlerin boşanma hususunda anlaşmaları"* şeklinde ifade edilebilecek genel boşanma sebebinin somutlamış hali olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anlaşmalı boşanma, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (EMK) 1926 yılında yürürlüğe giren ilk halinde bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu kurumun gerekliliği hakkındaki tartışmalar, EMK'nun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra söz konusu olmuş ve anılan değişikliğin yapılmasına kadar devam etmiştir.[56]

---

50 Ansay, s. 259; Kuru, 1961, s. 29-30; Aras, s. 30; Budak/Karaaslan, s. 323.

51 Ansay, s. 259; Aras, s. 30; Akil, s. 935.

52 Ansay, s. 259. Kuru, 1961, s. 30; Aras, s. 30.

53 Kuru, 1961 s. 30.

54 Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, C. 2, 23. Baskı, İstanbul, 2021, s. 235 vd.

55 Akıntürk/Ateş, s. 243.

56 Anlaşmalı boşanmanın Türk hukukuna girmesi sürecinde söz konusu olan tartışmalar bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal T. Gürsoy, "Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II, Ankara, 1977, s. 151 vd.; Nevzat Özdemir, Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul, 2003, s. 17 vd.

Anlaşmalı boşanmanın Türk hukukuna girişi, EMK'nun boşanma sebeplerine ilişkin 134. maddesinde 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle söz konusu olmuştur. Bu değişiklik, 4721 sayılı TMK'nda da aynen benimsenmiştir. Böylelikle anlaşmalı boşanma, TMK'nun "Evlilik Birliğinin Sarsılması" başlıklı 166. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir.

Anlaşmalı boşanmanın Kanunla düzenlenmesi, belli şartların gerçekleşmesi halinde eşlere, daha kolay ve kısa sürede evlilik birliğini sona erdirme olanağının sağlanması bakımından önem taşır.[57] Böylelikle, eşlerin bireysel iradeleri korunarak evlilik hususunda tasarrufta bulunabilmeleri mümkündür[58].

Bu hususlardan hareketle, anlaşmalı boşanmanın genel olarak şu şekilde tanımlanabilir: Anlaşmalı boşanma, ortak hayatı devam ettirme konusunda ruh ve inançlarını tamamen yitiren, buna samimiyetle inanan ve bu sebeple de boşanmak isteyen eşlerin hukuk dışı yollara başvurmasının önüne geçmek suretiyle[59] belli şartlar halinde, daha kısa sürede, daha esnek ve mümkün olduğu kadar az giderle boşanmasına hükmedilmesini sağlayan bir yoldur.

B. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ŞARTLARI

Anlaşmalı boşanma, Türk Hukukunda boşanma bakımından irade ilkesini beraberinde getirmiştir. İrade ilkesi, eşlerin ortak iradelerinin sonucu olan evlilik birliğinin yine eşlerin iradeleriyle sona erdirilmesi esasına dayanmaktadır.[60] Ancak bu ilke, anlaşmalı boşanmanın şartlarıyla birlikte yorumlanmalıdır.[61] Başka bir deyişle eşlerin sırf anlaşmış olması, kendiliğinden boşanma sonucunu sağlamamakta[62] boşanma kararının verilmesi için bir sebep oluşturmaktadır.[63]

---

57 Nurten Yetik, Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 161; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara, 2015, s. 114; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 692; Namık Yalçınkaya/Şakir Kaleli, Boşanma Hukuku, Ankara 1987, s. 2055. Bununla birlikte, anlaşmalı boşanmada eşlerin rasyonel amaç dışında boşanma talebinde bulundukları sosyolojik bir vakıa olarak bilinmektedir (Mehmet Akif Tutumlu, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C. I-II, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 157).

58 Bununla birlikte, ailenin selameti ve devamlılığı aynı zamanda bir toplum meselesi olduğundan eşlerin tasarruf yetkileri toplum fayda ve gerçekleriyle sınırlıdır (Gürsoy, s. 161).

59 Akıntürk/Ateş, s. 269. Aynı yönde bkz. Gürsoy, s. 161.

60 Akıntürk/Ateş, s. 240-241.

61 Anlaşmalı boşanma ile kısmen irade ilkesi ve kısmen evlilik birliğinin sarsılması ilkesine yer verildiği görülmektedir (Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara, 2013, s. 687).

62 Gürsoy, s. 161.

63 Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2016, s. 120.

Dolayısıyla, eşlere anlaşmalı boşanma imkanı verilirken bazı şartların da aranmasına ihtiyaç vardır. Aynı şekilde Yargıtay'ın, bu şartlardan herhangi birinin gerçekleşmemesi halinde incelemenin TMK'nun 166. maddesinin 1., 2. ve 4. fıkralarına göre yapılacağına ilişkin kararları da bulunmaktadır.[64]

Aşağıda incelenecek olan bu şartlar, kamu düzenini ilgilendirdiğinden hakimin kendiliğinden araştırması zorunludur. [65] Bununla birlikte, araştırmanın kapsamına evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı ve ortak hayatın devamının eşlerden beklenip beklenemeyeceği hususları girmemektedir. Anlaşmalı boşanmada eşlerin kusurlu olup olmadıkları incelenmez.[66]

1. Evlilik Birliğinin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması

Kanun tarafından aranan ilk şart olan bir yıllık süre, anlaşmalı boşanma için söz konusudur. Dolayısıyla, evliliğin üzerinden bir yıl geçmediği takdirde boşanmanın hiçbir şekilde mümkün olmayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Bu halde, eşlerin gerek özel boşanma sebeplerine gerek TMK'nun 166/1-2 hükmüne dayanabilmeleri mümkündür. [67]

Bir yıllık süre, TMK m. 142 uyarınca gerçekleştirilen evlenme akdinin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar.[68] Bir yıllık süre, eşlerin birbirlerini iyice tanımaları, herhangi bir olay nedeniyle duygusallığa kapılıp acele etmemeleri, fevri davranmamaları, kararlarını gözden geçirebilmeleri; başka bir ifadeyle, daha sağlıklı düşünebilmelerini sağlamak amacıyla getirilmiştir.[69]

Bir yıllık süre dolmadan anlaşmalı boşanmaya başvurulması halinde hakim, anlaşmalı boşanma talebini usulden reddetmelidir.[70]

---

64 Yargıtay 2. HD, E: 5660, K: 6602, T: 05.05.2003; Yargıtay 2. HD, E: 11584, K: 12817, T: 06.10.2003: Ali İhsan Özuğur, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara, 2008, s. 469.

65 Öztan, 2015, s. 696.

66 Özdemir, s. 114; Öztan, 2015, s. 692, 693. Kusurun, anlaşmalı boşanmada önemli bir rolü olmadığı; ancak, boşanmanın sonuçları yönünden bir değeri olduğuna ilişkin ayrıca bkz. Gürsoy, s. 159.

67 Kılıçoğlu, 2015, s. 141.

68 Akıntürk/Ateş, s. 270; Özdemir, s. 124.

69 İzzet Doğan, "Anlaşmalı Boşanma", C. 81, S. 5, Y. 2007, İstanbul Barosu Dergisi, s. 1934-1935; Akıntürk/Ateş, s. 270; Öztan, 2015, s. 694. Buna karşılık, bu sürenin anlaşmalı boşanmaya uygun düşmeyeceği ve eşlerin özgür iradelerini belli bir süre için sınırlayacağı da ileri sürülmektedir (Yetik, s.164; Aynı yönde bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1990, s. 194).

70 Yetik, s.163; Özdemir, s. 125. Buna karşılık *Doğan*'a göre, anlaşmalı boşanma davasının bir yıllık yasal süre dolmadan açılması halinde yargılama ekonomisi bakımından dava reddedilmemeli ve taraflara delillerini bildirmeleri için süre verilerek evlilik birliğinin

Bununla beraber süre, talep anında söz konusu olmamakla birlikte süreç içerisinde dolarsa talebin usulden reddedilmemesi gerekmektedir.[71]

2. Eşlerin Boşanma Yönündeki İradelerinin Birleşmesi: Birlikte Başvuru veya Bir Eşin Davasını Diğer Eşin Kabul Etmesi

Anlaşmalı boşanmada, eşlerin boşanma konusundaki iradelerini iki şekilde gösterebilmeleri mümkündür. Bu irade, eşlerin birlikte başvurması veya bir eşin diğerinin açtığı davayı kabul etmesiyle ortaya çıkabilir. Her iki durumda da, eşlerin anlaşmalı boşanma talebinden vazgeçebilmeleri mümkündür.[72]

Eşlerin birlikte başvurmaları halinde, bu başvurunun nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin olarak TMK m. 166/3'te herhangi bir düzenlenme bulunmamaktadır. Bu bağlamda birlikte başvurunun, eşlerin ortak bir dilekçe vererek anlaşmalı boşanmayı talep etmeleri şeklinde anlaşılması gerektiği doktrinde belirtilmiştir.[73] Bir eşin diğer eşin açtığı boşanma davasını[74] kabul etmesi ise, tek taraflı irade beyanı ile sözlü ya da yazılı olarak yapılabilir.[75]

Kabulün hangi ana kadar yapılabileceği ise, Kanunda açıkça düzenlenmemiş olup, bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, bu hususta görüş birliği olmamasının sebeplerinden biri de, buradaki kabul beyanının, medeni usul hukuku anlamında davayı kabul kavramını tam olarak karşılamamasıdır. Aksi takdirde, medeni usul hukuku anlamında kabulün, hükmün şeklen kesinleşmesine kadar söz konusu olabileceğinden[76] hareketle, buradaki kabulün de aynı aşamaya kadar yapılacağı sonucuna ulaşılabilecektir.

Bir görüşe göre, medeni usul hukukunun genel ilkelerinden de ayrılmayarak, kabulün hükmün şekli anlamda kesinleşmesine kadar yapılabilmesi söz konusudur.[77] Başka bir görüşe göre, kabul, davanın ve

---

temelinden sarsılmış olup olmadığı araştırılmalıdır (Doğan, s. 1935); aynı yönde örnek olarak bkz. Yargıtay 2. HD, E: 5277, K: 2323, T: 26.02.2008: Gençcan, s. 689.

71 Yetik, s. 163; Özdemir, s. 126; Öztan, 2015, s. 694; aynı yönde örnek olarak bkz. Yargıtay 2. HD, E: 2269, K: 3453, T: 13.03.2003: KİİB.

72 Bu nedenle, boşanma talebinin geri alınamayacağına yönelik yapılan anlaşmalar geçersizdir (Öztan, 2015, s. 693)

73 Doğan, s. 1936; Yetik, s. 164; Özdemir, s. 127; Ahmet Kılıçoğlu, "Boşanma İle İlgili Olarak Medenî Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler", S. 3, Y. 1988, Ankara Barosu Dergisi, s. 387.

74 Bu davanın, evlilik birliğinin sarsılmasına dayanarak açılması ile diğer boşanma sebeplerine dayanarak açılması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır (Doğan, s. 1936; Yetik, s. 166; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 120-121).

75 Ayrıca, mahkeme dışı kabul de mümkün olmakla birlikte uygulamada çok fazla rastlanılmamaktadır (Doğan, s.1937).

76 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 596.

77 Yetik, s.166; Özdemir, s. 141.

yargılamanın her aşamasında söz konusu olabilirse de, hakimin davayı sona erdirip hükmü açıklamasından ve davadan elini çekmesinden sonra mümkün değildir.[78] Zira hüküm açıklandıktan sonra taraflardan birinin davayı kabul etmesi halinde bu beyanın herhangi bir hukuksal sonuç doğurabilme imkanı bulunmamaktadır.[79] Diğer bir görüşe göre, bu husus, boşanmaya karar verilmesi ve boşanma talebinin reddi ihtimalleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.[80] Kabulün boşanma kararı verilmesinden sonra yapılması halinde, yargılamaya anlaşmalı boşanma olarak devam edilmesi söz konusu olmayacaktır.[81] Bu durum, boşanma kararının inşai etkisinden kaynaklanmaktadır.[82] Boşanma davasının reddine karar verilmesi halinde ise, hüküm şekli anlamda kesinleşinceye kadar kabulün yapılabilmesi mümkün olmakta ve bu halde dava, anlaşmalı boşanma yargılamasına dönüşmektedir.[83]

Son olarak, eşlerin boşanma yönündeki iradelerinin birleşmesi şartı, aynı zamanda, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olup olmadığının belirlenmesinde yol göstericidir. Dolayısıyla, bu başlık altında ele alınabilecek diğer hususların (birlikte başvuran eşlerin sıfatları, kabulün anlamı vb.) çalışma konumuzla ilgisi olduğu açıktır. Bu hususlara, tekrara düşülmemesi amacıyla çalışmamızın ilerleyen başlıklarında yer verilecektir.

3. Hakimin Eşleri Bizzat Dinlemesi

TMK m. 166/3 c. 1'e göre, evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması doktrinde çoğunlukla karine[84] olarak kabul edilmiştir ve bu karineye bağlı olarak[85] ortaya çıkan sonuçlardan biri de,

---

78 Bilge Öztan, "3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanunun 134. Maddesi", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 129; Yalçınkaya/Kaleli, s. 2060; İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara, 2009, s. 23.

79 Öztan, 1990, s. 129; Yalçınkaya/Kaleli, s. 2060.

80 Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara, 2017, s. 249.

81 Akkaya, s. 249.

82 Öztan, 1990, s. 129.

83 Akkaya, s. 249.

84 Kanun koyucunun burada bir faraziye (varsayımdan) hareket etmiş olduğuna ilişkin olarak bkz. Öztan, 2015, s. 693; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 120. Gençcan ise, bunu yapıntı olarak ifade etmektedir (Gençcan, s. 687).

85 Bu karinenin niteliği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, kanun koyucu burada, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı konusunda kesin bir karine kabul etmiştir (Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Medeni Kanunun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmedebilir Mi?", Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990, s. 113; Öztan, 1990, s. 127; Yalçınkaya/Kaleli, s. 2058; Özdemir,

hakimin eşleri bizzat dinlemesidir. Hakimin eşleri bizzat dinlemesi, eşlerin boşanma konusunu tekrar düşünmelerini sağlamak açısından da önemlidir.[86]

Bu halde hakim, evlilik birliğinin gerçekten sarsılıp sarsılmadığını veya eşler arasındaki olayların buna etkisini araştırmayacak; başka bir deyişle, artık TMK m. 166/1-2'deki diğer şartların varlığını aramayacaktır.[87] Nitekim evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması, aynı zamanda ortak hayatın devamını eşler için çekilmez hale getirmekte ve bu husus varsayım olarak kabul edilmektedir.[88]

Gerek eşlerin birlikte başvurması gerek bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi[89] halinde hakim, eşleri bizzat dinlenmek suretiyle, boşanma yönündeki taleplerinin serbest iradelerinin ürünü olup olmadığını tespit edecektir.[90] Bununla birlikte, boşanma iradesine sahip eşlerin bu sonuca hangi iç nedenlerle varmış olduğu hususu hakimi ilgilendirmemektedir.[91]

Boşanma talebinin eşlerin özgür iradelerine dayanması ve eşlerin iradelerinin herhangi bir nedenle sakatlanmamış olması gerekir.[92] Bu husus, anlaşmalı boşanma talebini karara bağlayan mahkeme tarafından eşlerin beyanlarına bağlı kalınmaksızın araştırılmalıdır.[93] Anlaşmalı boşanmada hakimin eşleri bizzat dinlemesi, olmazsa olmaz şart niteliğindedir.[94] Dolayısıyla, eşlerin vekil aracılığıyla temsil edilmesi halinde de hakim, sadece vekilleri dinlemekle yetinmemeli; eşleri de

---

s. 147; Budak, s. 284; bu kesin karineye rağmen hakimin ayrılığa hükmedip hükmedemeyeceği konusunda ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 115 vd.; Kılıçoğlu, 2015, s. 142). Buna karşılık *Tekinay*'a göre, burada adi bir karine söz konusu olup; bu husus, TMK m. 166/3'ün son cümlesiyle birlikte yorumlandığında bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Zira bir taraftan, hakimin boşanma yönünde anlaşan eşleri bizzat dinlenmesi ve onların iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını araştırması şart kılınırken, diğer yandan anılan düzenlemenin son cümlesi uyarınca tarafların ikrarlarının hakimi bağlaması açık bir çelişkidir (Tekinay, s. 195).

86 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121.

87 Özdemir, s. 147; Yalçınkaya/Kaleli, s. 2059.

88 Akıntürk/Ateş, s. 269.

89 Bu halde, sadece davayı kabul eden eşin dinlenmesiyle yetinilmemeli; davayı açan eşin de dinlenilmesi gerekmektedir (Özdemir, s. 150).

90 Akıntürk/Ateş, s. 270; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121; Yetik, s. 167; Doğan, s. 1938; Kılıçoğlu, 2015, s. 143; Öztan, 2015, s. 693; Gürsoy, s. 162.

91 Özdemir, s. 151.

92 Yetik, s.164; Doğan, s.1937; Budak, s. 283.

93 Bu araştırma yapılırken, irade sakatlığı halleri Borçlar Kanunu'nda tanımlandığı şekliyle anlaşılmamalıdır. Örneğin, irade sakatlığı halleri kapsamına girmeyecek bir baskı altında yapılan boşanma talebinin dahi bu bakımdan herhangi bir sonuç doğurmaması gerekir (Budak, s. 283).

94 Akıntürk/Ateş, s. 271.

huzuruna çağırıp bizzat dinlemelidir.[95] Başka bir deyişle, vekillerin dinlenmiş olması eşlerin bizzat dinlenilmesine engel oluşturmaz.[96] Hakim eşleri bir arada dinleyebileceği gibi ayrı ayrı da dinleyebilir.[97] Ancak bu açıklamalara karşılık, eşlerin bizzat dinlenmesi hususunda gerekli hassasiyet gösterilmemektedir. Bu durum, hakimin, sadece eşlerin içinde bulunduğu çıkmazı ve bir arada yaşamak istemediklerini değerlendirerek yani eşlerin bu hususlaki menfaatlerini ön planda tutarak, onlara yardımcı olma düşüncesinden kaynaklanmaktadır.[98]

Tüm bu hususlardan hareketle, eşlerin karşılıklı ve birbirine uygun boşanma iradelerinin sadece yazılı olarak mahkemeye sunulması yeterli değildir. Burada, evliliğin ayakta kalması ve sürdürülmesi yönündeki kamu yararı da dikkate alınarak, eşlerin boşanma konusundaki irade beyanlarının hakim tarafından onaylanması gerekir.[99] Hakim, eşleri dinledikten sonra tespit ettiği hususları ve buna ilişkin olguları gerekçesinde göstermekle yükümlüdür. Şayet hakim, eşlerin iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmezse boşanma kararı veremeyecektir.[100]

4. Hakimin Boşanmanın Mali Sonuçları ve Çocukların Durumuna İlişkin Anlaşmayı Uygun Bulması

TMK m. 166/3 uyarınca boşanmaya hükmolunabilmesi için, eşlerin sadece boşanma konusunda değil, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu konusunda da anlaşmış olmaları ile bu anlaşmanın[101] hakim tarafından uygun bulunması şarttır.[102]

Anlaşmanın, eşlerin özgür iradelerinin ürünü olup olmadığı ve bu konuda herhangi bir baskı altında yapılıp yapılmadığı hususları hakim tarafından gözetilmelidir.[103] Dolayısıyla hakim, anlaşmayı sadece şeklen değil eşlerin ve çocukların menfaatlerine uygun olup olmadığı açısından da incelemelidir.[104]

---

95 Akıntürk/Ateş, s. 271; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121; Özdemir, s. 148.

96 Doğan, s. 1938.

97 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121; Öztan, 2015, s. 693-694.

98 Akkaya, s. 202.

99 Akkaya, s. 202.

100 Akıntürk/Ateş, s. 271; Yetik, s. 168; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121.

101 Bu anlaşma, TMK m. 184/1 b.5 uyarınca boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin yapılan ve hakimin onayına sunulan anlaşmadan farklıdır (Özdemir, s. 153).

102 Anlaşmanın içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Hande Atmaca Ülkü, Anlaşmalı Boşanma Protokolü Nasıl Düzenlenir?, Ankara, 2021, s. 50 vd.; Özdemir, s. 128 vd.; Yetik, s. 169 vd.; Doğan, s. 1940-1941.

103 Akkaya, s. 252.

104 Yetik, s. 168; Akkaya, s. 252.

Anlaşmanın uygun bulunması kamu düzeninden olup, boşanmanın yan sonuçları bakımından da tarafların ortak iradelerine yer verilmesinin bir gereğidir.[105] Böylelikle, ahlaka, hakkaniyete, kanunun emredici hükümlerine aykırı anlaşmalar yapılması, tarafların sonradan zarurete düşmeleri, aldanmaları ve eşlerden birinin sırf boşanmayı sağlamak amacıyla malvarlığının önemli bir bölümünü veya tümünü diğer eşe bırakması önlenebilmektedir.[106]

Boşanmanın mali sonuçları ile, TMK'nun 174-175. maddelerinde düzenlenen tazminat ve nafaka kastedilmektedir. Anlaşmanın çocukların durumuna ilişkin kısmı ise, velayetin hangi eşe ait olacağı, kendisine velayet hakkı verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişkisi, çocuğun geçimi için ödeyeceği iştirak nafakasıyla ilgilidir.[107] Ayrıca belirtilmelidir ki, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu, anlaşmanın asgari içeriği olmakla birlikte, anlaşmada yer alacak konular bakımından kural olarak herhangi bir sınırlama söz konusu değildir.[108]

Anlaşma, gerek yazılı bir metin halinde gerek mahkemede tutanağa geçirilerek sözlü olarak hakime sunulabilir.[109] Ancak anlaşmanın mahkemeye sunulması yeterli değildir. Nitekim boşanmanın mali sonuçları hakkındaki teklif ve kabullerin incelenmesi için eşlerin malvarlığı konusunda mahkemeye yeterince açıklamada bulunması ve gerekli belgeleri sunması gerekir.[110] Anlaşmalı boşanma talebiyle birlikte mahkemeye verilmesi gereken bu belgelerin ibraz edilmesine hakim de re'sen karar verebilir. Ayrıca doktrinde, belgelerin sunulması veya re'sen ibrazı hususlarının, anlaşmalı boşanmanın bir çekişmesiz yargı işi olması; buna bağlı olarak, basit yargılama usulü ve re'sen araştırma ilkesiyle ilişkisi de ortaya konulmaktadır. [111]

Hakim kendisine sunulan anlaşmada, eşlerin ve çocukların menfaatini göz önünde tutarak gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Boşanma kararı verilmesi bu değişikliklerin eşler tarafından kabul edilmesine bağlıdır.[112] Bu halde, tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü (TMK m. 184/1-b.3) uygulanmayacaktır (TMK m. 166/3-son cümle). Bilindiği üzere, TMK m. 184/1-b.3 hükmü, eşlerin boşanma konusunda aralarında gerçekleştirecekleri anlaşmanın önlenmesi ve böyle bir anlaşmaya hukuksal sonuç bağlanmaması amacıyla öngörülmüştür. Bu hüküm, eşlerin anlaşarak boşanmalarına

[105] Yetik, s. 168; Doğan, s. 1939; Özdemir, s. 152.

[106] Akkaya, s. 252; Özdemir, s. 179.

[107] Kılıçoğlu, 2015, s. 142; Öztan, 2015, s. 698.

[108] Öztan, 1990, s. 133.

[109] Akıntürk/Ateş, s. 271; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 122; Kılıçoğlu, 2015, s. 142; Öztan, 2015, s. 694; Doğan, s. 1939.

[110] Akkaya, s. 253; Yetik, s. 169; Özdemir, s. 173.

[111] Akkaya, s. 253-254; Özdemir, s. 177; Yetik, s. 169; Budak, s. 284.

[112] Örnek olarak bkz. Yargıtay 2 HD, E: 13510, K: 14673, T: 08.12.2004: Özuğur, s. 457.

imkan sağlayan TMK m. 166/3 ile çelişmektedir.[113] İşte bu nedenle, TMK m. 184/1-b.3 hükmü, anlaşmalı boşanma bakımından uygulanmayacaktır.[114]

Hakim tarafından uygun bulunan veya gerekli görülen değişiklikler doğrultusunda yeniden düzenlenen ve eşler tarafından onaylanan anlaşma, mahkeme kararının hüküm fıkrasında yer almalıdır.[115] Ayrıca hakim, kendisine sunulan anlaşmayı uygun bulmaz ve buna bağlı olarak herhangi bir değişiklik yapmazsa veya gerekli gördüğü değişiklikler hakkında eşleri bilgilendirmezse anlaşmayı uygun görmüş sayılır. Bu halde hakim, anlaşma şartlarına uygun olarak karar vermelidir.[116] Ayrıca, boşanma konusunda anlaşmış ancak yan sonuçları konusunda kısmen ya da hiç anlaşamamış eşlerin, anlaşamadıkları hususların çözümünü hakime bırakmaları ve hakimin bu konudaki çözümünü kabul ederek boşanabilmeleri mümkün olmalıdır.[117]

III. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ÇEKİŞMESİZ YARGI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

HMK'nda açıkça çekişmesiz yargı işi sayılmayan[118] anlaşmalı boşanma bakımından, *"uyuşmazlık yokluğu"* ölçütü ön plana çıkmaktadır.[119] Bununla birlikte, konunun incelenmesinde Kanunda açıkça sayılmayan belli ölçütlerden de yararlanıldığı görülmektedir. Nitekim anlaşmalı boşanmanın, uyuşmazlık yokluğunun yanı sıra inşai etki ölçütüne göre de çekişmesiz yargı işi olduğu ileri sürülmektedir.[120]

---

113 Yalçınkaya/Kaleli, s. 2059.

114 Buna karşılık *Budak*, çekişmesiz yargı işi olan anlaşmalı boşanmada re'sen araştırma ilkesinin uygulanacağını ve mahkemenin, ilgililerin ikrarına bağlı kalmaksızın araştıracağı olguların (örneğin boşanma iradesinin serbestçe açıklanıp açıklanmadığı, eşler arasındaki anlaşmanın amaca uygun olup olmadığı) bulunduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, TMK m. 166/3'teki, ikrarın hakimi bağlamayacağı hükmünün uygulanmayacağı ifadesi yanıltıcı olmaktadır. (Budak, s. 282-283).

115 Özdemir, s. 180; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 122; Yetik, s.173.

116 Akıntürk/Ateş, s. 271-272; Özdemir, s. 172.

117 Özdemir, s. 184.

118 Kanundaki sayımın yanı sıra *Budak* tarafından, çekişmesiz yargı işleri, adi (büyük) çekişmesiz yargı işleri ve basit (küçük) çekişmesiz yargı işleri şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bu ayrım, bir çekişmesiz yargı işinin, idari yönünün ağır basıp basmadığına veya ilgililerin hukuki durumunu önemli bir şekilde etkileyip etkilemediğine göre yapılmaktadır. İlgililerin hukuki durumunu önemli bir şekilde etkileyen çekişmesiz yargı işleri adi (büyük) çekişmesiz yargı işleri şeklinde adlandırılmış olup, anlaşmalı boşanma da bu başlık altında yer almaktadır (Budak/Karaaslan, s. 328).

119 Budak, s. 282; Akil, s. 955; Tutumlu, s. 1066.

120 Budak, s. 282; Akil, s. 955.

Ayrıca konuya, eşlerin boşanma konusundaki iradelerinin birleşmesi bakımından da yaklaşılması önem taşır. [121] Bu halde, *"eşlerin birlikte başvurması"* veya *"bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi"* şeklinde iki farklı ihtimalle karşılaşılmaktadır.

Çekişmesiz yargı ölçütleriyle yapılacak genel bir değerlendirme, eşlerin boşanma konusundaki iradelerinin ortaya çıkışı bakımından her durumda geçerli olmayabilir. Başka bir deyişle, bu iradenin ortaya çıkış şekline göre, uyuşmazlık yokluğu ölçütünün işlerlik kazandığı usul kesiti farklıdır. Ayrıca, özellikle de eşlerin birlikte başvurması bakımından uyuşmazlık yokluğundan ziyade hasım yokluğu gündeme gelmektedir.

Her ne kadar çalışmamızda, *"anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı bağlamında değerlendirmesi"* şeklinde bir ifade tercih edilmiş olsa da, konunun çekişmeli yargı (dava) karşısındaki anlamı da ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Son olarak, tüm bu incelemeler yapılırken, Yargıtay'ın konuya ilişkin tutumu ve yer yer kendi görüşlerimiz de belirtilecektir. Bununla birlikte, konuya ilişkin görüşümüz esas olarak ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

B. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞİ OLARAK ELE ALINMASI

1. Eşlerin Birlikte Başvurması

Anlaşmalı boşanmada eşlerin birlikte başvurması, doktrinde genellikle uyuşmazlık yokluğu ölçütü bağlamında ele alınmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere bu ölçüt, çekişmesiz yargıda teknik anlamda bir uyuşmazlığın bulunmaması ve dolayısıyla birbirleriyle uyuşmazlık içinde bulunan tarafların (davacı/davalı) da bulunmaması şeklinde iki yönlü olarak ele alınmaktadır.

Bir görüşe göre, anlaşmalı boşanma, eşlerin birlikte başvurması halinde, uyuşmazlık yokluğu ölçütü bakımından çekişmesiz yargı işi sayılmalıdır.[122] Zira birlikte başvurma talebi, eşlerin boşanma konusundaki anlaşmalarının mahkeme tarafından uygun bulunmasına

[121] Doktrinde de meseleyi bu şekilde ele alıp inceleyen yazarlar için bkz. Akkaya, s. 54 vd.; Mehmet Handan Surlu, "Eşlerin Birlikte Başvurusuna Dayalı Anlaşmalı Boşanma İsteminin Medeni Usul Hukuku Açısından Anlamı Üzerine Bir İnceleme", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul, 2008, s. 741 vd.

[122] Akkaya, s. 55. Eşlerin boşanma konusundaki iradelerini ayrı ayrı incelemeksizin anlaşmalı boşanmanın "uyuşmazlık yokluğu ölçütüne" göre çekişmesiz yargı işi olduğunu belirten yazarlar için bkz. Budak, s. 282; Özdemir, s. 514; Akil, s. 955; Tutumlu, s. 1066. Öztan, doğrudan uyuşmazlık yokluğu şeklinde bir ifade kullanmamakla birlikte, taraflar arasında bir tartışma konusu olmaması ve her iki tarafın da boşanmayı talep etmesinden dolayı, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargıya tabi olduğunu belirtmektedir (Öztan, 2015, s. 700).

ilişkindir. Bu halde uyuşmazlık yokluğu, eşlerin boşanma ve buna bağlı hususlar konusunda anlaşmış olmaları ve evliliklerinin sona erdirilmesini talep etmeleri şeklinde anlaşılmalıdır. Başka bir deyişle, uyuşmazlık yokluğu eşler arasında boşanma konusunda bir uyuşmazlığın olmaması anlamındadır.[123]

Buna karşılık, eşlerin birlikte başvurmasında, tam anlamıyla bir uyuşmazlık yokluğu ölçütünden söz edilemeyeceği ileri sürülmektedir.[124] Buna göre eşler birlikte başvuruda, aslında çekişmeli oldukları evlilik birliklerinin ortak hayatı sürdüremeyecek şekilde temelinden sarsıldığı olgusunu dışa vurmaksızın, bu hususta TMK m. 166/3'ün getirdiği yasal karineden yararlanmaktadırlar.[125] Bu halde eşlerin, aslında çekişme olmakla birlikte sırf TMK m. 166/1-2 hükümlerinden kaçmak için bu yola başvurmaları söz konusudur. Dolayısıyla bu başvuru, görünürde bir çekişme olduğu izlenimini vermemekle birlikte, temelinde çekişmeyi içermektedir.[126]

Eşlerin birlikte başvurması, esas olarak, uyuşmazlık yokluğu ölçütünün hasım yokluğu boyutuyla incelenmiştir. Çekişmesiz yargının davacı ve davalı kavramlarına yabancı olması, hasım yokluğu ölçütü ile ilgilidir. Nitekim uyuşmazlık yokluğu ölçütünün bir başka şekilde ifadesi olan hasım yokluğu ölçütü,[127] HMK m. 382/1'de açıkça sayılmamakla birlikte, eşlerin birlikte başvurması bakımından önem taşımaktadır.

Hasım yokluğuna ilişkin inceleme, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olup olmadığı bakımından bir sonuca varmaktan ziyade, birlikte başvurunun ne şekilde yapılacağı ve eşlerin hangi sıfatla bu süreç içerisinde yer alacağı noktasında toplanmaktadır.

Eşlerin birlikte başvurusunun ortak bir dilekçeyle yapılması gerektiği doktrinde çoğunlukla[128] kabul edilmiştir. Ortak dilekçenin verilmesinden hareketle de, inceleme konumuza ilişkin belli görüşler ileri sürülmüştür. Nitekim anlaşmalı boşanmanın, her iki eşin ortaklaşa bir dilekçe vermeleri biçiminde çekişmesiz yargı türünü mü oluşturacağı

---

123 Akkaya, s. 55.

124 Surlu, s. 747.

125 Surlu, s. 747.

126 Surlu, s. 747.

127 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, 1961, s. 20 vd.; Aras, 27 vd.

128 Birlikte başvurunun ortak bir dilekçeyle yapılması gerektiğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Özdemir, s. 127; Doğan, s. 1936; Yetik, s. 164; Gençcan, s. 691; Aras, s. 44. Ayrıca, eşlerin birlikte başvurması ortak bir dilekçenin yanı sıra aynı içerikte ve aynı zamanda mahkemeye sunulan her iki eşe ait boşanma dilekçesi ile de söz konusu olabilmektedir (Yetik, s. 164). Buna karşılık, eşlerin birlikte imzaladıkları ortak bir dilekçeden ziyade, eşlerden birinin hazırladığı ve boşanma hususundaki ortak iradenin gösterildiği dava dilekçesiyle de anlaşmalı boşanmanın talep edilebilmesi mümkündür. Zira bu iradenin serbestçe açıklanıp açıklanmadığı hususu, eşlerin hakim tarafından bizzat dinlenmesi esnasında belirlenebilir (Yalçınkaya/Kaleli, s. 2061).

şeklinde bir soru ortaya atılmıştır.[129] Bu bağlamda, doğal olarak anlaşmalı olsa bile, boşanma davasını çekişmesiz yargı türüne sokmanın mümkün olmadığı; davanın mutlaka bir davalısı da olması gerektiği ileri sürülmüştür.[130] Buna karşılık, eşlerin boşanma ve yan sonuçlar üzerinde anlaşmış olduklarını gösteren ortak bir dilekçe ile mahkemeye başvurmaları halinde ortada bir çekişmesiz yargı işi bulunduğu da belirtilmektedir.[131]

Başvurunun ortak bir dilekçeyle yapılması, birlikte başvuruda tek bir başvuru harcının yatırılıp yatırılmayacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir.[132] Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay, başvuruda tek bir harcın yatırılmasını yeterli görmektedir.[133] Buna karşılık Yargıtay'ın, birlikte başvuruda iki başvurma harcının yatırılmasını gerekli gördüğü ve birlikte başvurmaya rağmen sadece harcı yatıranı davacı olarak kabul ettiği kararları da bulunmaktadır.[134]

Birlikte başvurunun ne şekilde yapılacağının tespitinin yanı sıra ortak dilekçenin niteliği ve eşlerin dilekçede hangi sıfatla yer alacağı da belirlenmelidir. Daha açık bir şekilde ifade edilecek olursa, ortak dilekçede eşlerin, ilgili mi yoksa davacı ve davalı sıfatıyla mı yer alacağı; bu son halde, hangi eşin davacı hangi eşin davalı olarak gösterileceği veya her iki eşin de davacı-davalı olarak gösterilip gösterilmeyeceğine[135] ilişkin görüşlere aşağıda yer verilmiştir.

İlk olarak, anlaşmalı boşanma bir çekişmesiz yargı işi olduğundan, birlikte başvuran eşlerden birinin davacı, diğerinin davalı şeklinde gösterilmesine gerek yoktur.[136] Benzer bir görüşe göre, gerek eşler arasında boşanma konusundaki uyuşmazlık yokluğu gerek kanun koyucunun eşlere birlikte boşanma imkanı tanıması nedeniyle bir boşanma davası söz konusu değildir. Dolayısıyla burada davaya özgü

---

129 Akıntürk/Ateş, s. 270.

130 Akıntürk/Ateş, s. 270.

131 Aras, s. 44.

132 Başvuru harcının eşlerden hangisi tarafından yatırıldığı önemli olmayıp; bu husus, tarafların kendi iç meselesidir. Dolaysıyla harcı yatıran daha sonra diğerine rücu edebilir (Atmaca Ülkü, s. 29).

133 Örnek olarak bkz. Yargıtay 2. HD, E: 4194, K: 4994, T: 9.4.2002: KİBB.

134 Örnek olarak bkz. Yargıtay 2. HD, E: 4531, K: 1409, T: 12.02.2008; Yargıtay 2. HD, E: 6634, K: 9059, T: 08.05.2009: Gençcan, s. 691-692.

135 Akıntürk/Ateş, s. 270.

136 Özdemir, s. 128. Aynı şekilde *Özdemir,* ortada bir dava ve davacı-davalı olmamasının sonuçlarından biri olarak, anlaşmalı boşanma yargılaması sırasında eşlerden birisinin ölmesi halinde TMK m 181/2 hükmünün uygulanmayacağını da belirtmektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki *Özdemir* bu görüşünü, anlaşmalı boşanma yargılamasında eşlerin kusurunun hiçbir şekilde gündeme gelmemesine dayandırmaktadır. Dolayısıyla, yargılama sırasında ölen eşin mirasçılarının, kusuru, diğer (sağ kalan) eşle tartışmaları TMK m. 166/3 hükmünün amacına aykırıdır (Özdemir, s. 190-191). Buna karşılık gerek çekişmesiz yargı gerek eşlerin kusur durumlarının tartışılması bağlamında bu şekilde bir çıkarım yapılamayacağına ilişkin olarak bkz. Atmaca Ülkü, s. 191.

davacı ve davalı kavramlarının kullanılmaması gerekmektedir.[137] Bu kavramlar yerine, birlikte boşanma talep eden ilgililerden söz edilebilir.[138] Başka bir deyişle eşler, "dilekçe verenler, talepte (istemde) bulunanlar, boşanmak isteyenler" gibi ifadelerle birlikte mahkemeye başvurabileceklerdir.[139]

İkinci olarak, anlaşmalı boşanmanın temelinde bir çekişme olmasından dolayı burada hasım yokluğu ölçütünden söz etmek oldukça güçtür. Bu halde olsa olsa, çekişmeyi asgariye indirmiş iki tarafın bulunduğu söylenebilmektedir.[140]

Üçüncü olarak, Kanunda her ne kadar eşlerin birlikte başvurmasından söz edilmişse de, hukuk yargılamasında iki kişinin birlikte davacı veya davalı olması mümkün değildir. Bu nedenle, TMK m. 166/3 hükmü, eşlerin birlikte başvurması bakımından değil eşlerden birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesiyle uygulanabilecektir.[141] Buna karşılık, eşlerin davacı-davalı şeklinde gösterilmelerinin uygun olacağı da ileri sürülmüştür.[142] Bu halde eşlerin karşılıklı olarak birbirlerinden boşanmak istediklerine ilişkin imzalarının varlığı, eşlerin davacısı oldukları davanın aynı zamanda davalısı oldukları sonucunu ortaya koymaktadır.[143]

Bu son hususdan hareketle ele alınan bir başka mesele ise, eşlerin aynı dava dilekçesini davacı ve davalı olarak ayrı ayrı imzalamasının çekişmeli bir davaya işaret edip etmediğidir.[144] Bu noktada, ortada

---

137 Eşlerin aynı dilekçenin hem davacısı hem de davalısı olması usul hukuku ilkeleri bakımından da mümkün olmamaktadır (Akkaya, s. 247).

138 Bununla birlikte *Akkaya*, anlaşmalı boşanmayla ilgili yapılacak olan usul düzenlemesinde, tereddütlerin giderilmesi bakımından, eşlerin birlikte başvuru konusunun da kanunda açık olarak yer alması gerektiğine işaret etmektedir. *Akkaya* bu hususu, sözlü yargılama usulüne ilişkin düzenlenen, tarafların mahkemeye aynı taleple ve birlikte başvurmalarına imkan tanıyan 1086 sayılı HUMK 474. maddesine dayandırmaktadır (Akkaya, s. 247-248).

139 Özdemir, s. 129.

140 Surlu, s. 747.

141 Kılıçoğlu, 2015, s. 143. Ayrıca *Kılıçoğlu*'na göre, eşlerin ortak bir dilekçe ile başvurması, boşanmanın çekişmeli yargıya ait bir alanı içermesi ve açılacak davada da bir eşin davacı diğer eşin davalı olması, usul hukuku açısından önemli problemler çıkarabilmektedir. Bu bağlamda, anlaşmalı boşanma yönünde verilecek ortak dilekçede eşlerden yine birisi davacı olarak gösterilmeli ve davalı gösterilen diğer eş ise, bu davayı kabul iradesini imzasıyla onaylamalıdır (Kılıçoğlu, 1988, s. 387).

142 Atmaca Ülkü, s. 29; Gençcan, s. 690. Yargıtay kararlarında da, hali hazırda anlaşmalı boşanma davası, davacı ve davalı eş, davacı-davalı, davalı-davacı tabirleri kullanılmaktadır. Ayrıca Yargıtay, 1990'lı yıllarda verdiği kararlarda anlaşmalı boşanmada bir bakıma iki davacı ve iki davalı olduğunu açıkça vurgulamıştır (Örnek olarak bkz. Yargıtay 2. HD, E: 325, K: 592, T: 27.01.1992; Yargıtay 2. HD, E: 10499, K: 14491, T: 21.11.1991; Yargıtay 2. HD, E: 2006, K: 8171, T: 11.09.1990: E-Uyar).

143 Atmaca Ülkü, s. 29.

144 Gençcan, s. 690.

boşanmak istemeyen bir eş olmaması nedeniyle çekişme de olmayacağı ileri sürülmektedir.[145]

Eşlerin hem davacı hem davalı olmaları doktrinde ayrıca çift taraflı dava (actio duplex) kavramı bakımından da ele alınmıştır. Çift taraflı dava, davacı ve davalı olmak üzere iki tarafın bulunduğu ancak bunlar arasında gerçek anlamda bir menfaat çekişmesinin olmadığı ve açılan davanın sonucundan iki tarafın da yararlandığı davaları ifade etmektedir.[146] Çift taraflı davada, kaybeden taraf olmadığı için yargılama giderleri davacı ve davalı arasında bölüştürülür ve bu nedenle, davacı aynı zamanda davalı; davalı aynı zamanda davacı konumundadır yani davacı ve davalı bu sıfatlara şeklen sahiptir.[147]

Çift taraflı davanın en tipik örneklerinden bir tanesi ortaklığın giderilmesi davasıdır. Çift taraflı dava, malvarlığı paylaşımına veya malvarlığının paraya çevrilmesine yönelik inşai davalarda ortaya çıkmakta ve malvarlığı paylaşımına yönelik talepler bakımından boşanma davası da bu davalar arasında sayılmaktadır.[148]

Doktrinde anlaşmalı boşanmanın da çift taraflı dava olduğu ileri sürülmüştür.[149] Bu husus, eşlerin her ikisinin de hem davalı hem de davacı konumunda bulunduğu ve dava sonucunda verilecek karardan her iki tarafın da yararlanması ile açıklanmıştır.[150] Bu halde, davanın niteliği gereği, dava dilekçesinin taraflara tebliği gereksiz olup; davaya

---

[145] Gençcan, s. 690. Ayrıca *Gençcan* anlaşmalı boşanmanın çekişme içermediğini *"Çekişmeli değil!"* şeklinde ifade etmektedir (Gençcan, s. 690, dn. 1250; s. 692, dn. 1254) . Ayrıca *Gençcan*, Yargıtay 2. HD'nin vermiş olduğu bazı kararlara yönelik kaleme aldığı karşı oy yazılarında da aynı hususu vurgulamıştır. Örnek olarak bkz. *"...Taraflar birlikte verdikleri dilekçe ile anlaşmalı boşanma hükümleri doğrultusunda "karşılıklı boşanma" talebinde bulunduklarını dava dilekçesinde açıkça ifade etmişlerdir. Dava dilekçesinde beyan edilen "karşılıklı" boşanma istemi ile hem kadın eşin hem de erkek eşin anlaşmalı olarak boşanma istedikleri bellidir. Anlaşmalı boşanma davasında bir "çekişmeden" söz edilemeyeceği için eşlerin "birlikte boşanma istemeleri" ve "birlikte davacı" olmaları davanın mahiyeti gereğidir. Anlaşmalı boşanma davasında eşlerden birinin "davalı" olduğu başka bir deyişle "çekişme çıkaran taraf" olduğu düşünülemez. Karşılıklı boşanma isteyenlerin ikisinin de "boşanma davacısı" boşanma konusunda "davacı" oldukları imzalı beyanları ile tartışılamayacak kadar açıktır. (...)"* (Yargıtay 2. HD, E: 4531, K: 1409, T: 12.02.2008: Gençcan, s. 691). *"...Oysa bir anlaşmalı boşanma davasında davacı ya da davalı sıfatını kullanma "teknik anlamda" gerçek bir "davacı" ya da "davalı" kavramını ifade etmekten uzaktır. Taraflar böyle bir düşünceyi asla kabul asla hedeflemedikleri gibi ikisinin boşanmak isteyen taraf olarak "aynı safta/tarafta" yer aldıkları kuşkusuzdur. Bu yüzdendir ki aynı safta yer alma olgusu yasada "anlaşma" olarak ifade edilmiştir. Yasa koyucu ve taraflar anlaşmalı boşanma davasında bir çekişmeli davayı düşünmemişler/akıllarından dahi geçirmemişlerdir"* (Yargıtay 2. HD, E: 1503, K: 8003, T: 22.05.2006: Özuğur, s. 443-444).

[146] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 312; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 503-504.

[147] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 312; Yılmaz, 2013, s. 504.

[148] Akkaya, s. 53.

[149] Yılmaz, 2013, s. 504; Ermenek, s. 24; Surlu, s. 754.

[150] Ermenek, s. 24.

cevap ve ikinci dilekçelerin de verilmesine gerek yoktur.[151] Ayrıca eşlerin birlikte başvurmasının çift taraflı dava olması nedeniyle, burada HMK m. 308 anlamında davayı kabul söz konusu değildir.[152] Zira bu halde davayı kabul eden davalı, davacı konumuna gelmekte ve davacının ileri sürdüğü talep sonucunun gerçekleşmesi ancak hakim tarafından verilecek yenilik doğuran bir kararla mümkün olmaktadır.[153]

Buna karşılık, anlaşmalı boşanmanın çift taraflı dava kapsamında değerlendirilemeyeceği de ileri sürülmektedir.[154] Zira bir davaya çift taraflı dava niteliğini veren şey, tarafların mahkemeden aynı yönde talepte bulunmaları ile davanın taraflarının şeklen aynı zamanda davacı ve davalı olarak gösterilmesi değildir. Burada belirleyici olan, bir hukuki ilişkinin mahkeme kararıyla sona ermesi halinde, dava konusu hak bakımından davalının hukuki yararını gerçekleştirecek şekilde karar verilmesidir. Bu kararın verilebilmesi için, davalı tarafça bir talepte bulunulmasına dahi gerek yoktur.[155]

2. Bir Eşin Açtığı Davayı Diğer Eşin Kabul Etmesi

Bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi hali bakımından bir görüşe göre, başlangıçtaki boşanma davasının, anlaşmalı boşanma yargılamasına yani çekişmesiz yargı işine dönüşmesi söz konusudur.[156] Bu halde, artık ilgililer arasında uyuşmazlık bulunmaması ölçütü oluşmuştur.[157] Ancak burada, kabul beyanına ek olarak, anlaşmalı boşanmanın diğer şartlarının somut olay bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği de göz önünde bulundurulmalıdır.[158] Aksi takdirde, davaya TMK m. 166/1-2 uyarınca devam edilmesi gerekir.[159] Dolayısıyla, bir eşin diğer eşin davasını kabulü halinde, kabul anına kadar çekişmeli yargı; kabul anından sonra ise çekişmesiz yargı söz konusudur şeklindeki ifadenin her durumda doğru olmayabileceği unutulmamalıdır.

Örneğin, boşanma davasında davalı olan akıl hastası eşin davayı kabulünün vasisi tarafından yapılması halinde, her ne kadar bir kabul beyanı söz konusu olsa da, hakimin tarafları bizzat dinlemesi şartı

---

151 Yılmaz, 2013, s. 504.

152 Ermenek, s. 24.

153 Ermenek, s. 28.

154 Akkaya, s. 53.

155 Akkaya, s. 53.

156 Akkaya, s. 55, 249; Yetik, s. 164; Özdemir, s. 117, 128; kabul beyanının, alelade bir vakıa olarak değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda iddianın ve savunmanın değiştirilmesi yasağı teşkil etmeyeceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Akkaya, s. 249.

157 Akkaya, s. 56.

158 Akkaya, s. 56; Yetik, s. 166.

159 Örnek Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 2. HD, E: 16916, K: 363, T: 12.01.2005; Yargıtay 2. HD, E: 12769, K: 14617, T: 07.12.2004: E-Uyar.

gerçekleşmemiştir. Zira boşanma kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, vasinin davayı kabulü anlaşmalı boşanma sonucunu elde etmeye yetmemekte ve ayrıca davalı akıl hastası eşin de dinlenme imkanı bulunmamaktadır.[160] Aynı husus, eşlerin hazır olmadıkları duruşmalarda eşler yerine vekillerinin kabul açıklamasında bulunması halinde de söz konusu olmalıdır.[161] Yargıtay ise bir kararında, duruşmaya gelmeyen ve hakim tarafından bizzat dinlenilmeyen davalının, cevap dilekçesindeki davanın kabulü ile ilgili beyanının sonuç doğurmayacağını belirtmiştir.[162]

Başka bir görüş ise, burada bir çekişmesiz yargı işinden ziyade çekişmeli yargı işinin bulunduğu yönündedir.[163] Bu görüşe göre, başlangıçta bir boşanma davası açılmaktadır ve çekişmeli yargıda da bir uyuşmazlık olmadan davanın sonuçlandığı haller bulunmaktadır.[164]

Bu hususta bir başka ihtimal ise, diğer eşin kabul beyanından önce, toplanan delillerden boşanma sebebinin (örneğin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının) gerçekleşmiş olduğunun ispatlanmasıdır. Böyle bir durumda boşanma davasının, kabul söz konusu olmadan dahi, çekişmesiz yargıya dönüşerek anlaşmalı boşanma hükümlerine göre sürdürülüp sürdürülmeyeceğinin de tartışılması gerekmektedir. *Özdemir*'e göre,[165] bu durumda eşlerin anlaşarak boşanabilmelerine üstünlük tanınması uygundur.[166] Ancak anlaşmalı boşanma sağlanamıyorsa, davanın açıldığı ve artık ispatlanmış olan boşanma sebebi doğrultusunda karar verilmelidir.[167]

Kanaatimizce, henüz kabul beyanı söz konusu olmadan, boşanma sebebinin ispatlanması nedeniyle sürecin çekişmesiz yargıya dönüşmesi, gerek ispat faaliyeti gerek anlaşmalı boşanma ve çekişmesiz yargı hükümlerinin içerdikleri anlam karşısında mümkün görünmemektedir.

Davada ispat, tarafın veya tarafların talebinin dayanağını oluşturan vakıaların yani olay ve olguların doğru olduğu konusunda hakimi

---

160 Akkaya, s. 56; Doğan, s. 1939; Özdemir, s. 140-141.

161 Buna karşılık uygulamada, eşler yerine vekillerinin kabul beyanında bulundukları ve bazı mahkemelerin, normal şartlar altında reddedilecek bir boşanma davasını, davalı vekilinin boşanmayı kabul beyanını dikkate almak suretiyle ve yetersiz delillerle dahi kabul ettikleri görülmektedir (Doğan, s. 1937).

162 Yargıtay 2 HD, E: 16082, K: 17207, T: 24.12.2003: Özuğur, s. 469.

163 Surlu, s. 745.

164 Aras, s. 44.

165 Özdemir, s. 150.

166 Bununla birlikte, davayı uzatmak isteyen kötüniyetli davalının kabul beyanında bulunarak, boşanma sebebini ispat eden davacıya karşı güçlük çıkarabileceği ihtimali de unutulmamalıdır. Ancak bu ihtimalin varlığı, iyiniyetli eşlerin son aşamada dahi anlaşmalı boşanabilme imkanlarını ellerinden almak için bir gerekçe oluşturmamalıdır. Zira hakim, usul hukukunun kendisine vermiş olduğu tüm imkanları kullanarak kötüniyetli girişimlerin önüne geçebilmelidir (Özdemir, s. 150).

167 Özdemir, s. 150.

inandırma faaliyetidir.[168] HMK m. 187/1 uyarınca ispatın konusunu, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve fakat uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturmaktadır. Taraflardan biri ancak kendisinin dayandığı vakıaların doğru olup olmadığı ispat ederek, davayı kazanır veya davanın reddini sağlayabilir. Bununla birlikte davacı, davasını dayandırdığı vakıaları ispat etse dahi, davalı bunların aksini ispat ederse davayı kaybeder.

Dolayısıyla, somut olayda davacı eşin boşanma sebebini ispat etmiş olması halinde davalı eş, bunun aksini ispat edebilir. Böyle bir durumda, sürecin anlaşmalı boşanma hükümlerine göre yürütülmesi uygun olmayacaktır. Ayrıca ispat, uyuşmazlığın çözümüne hizmet etmekle birlikte, boşanma sebebinin ispatı, her durumda eşlerin boşanma yönündeki iradelerinin birleştiği yani anlaştıkları anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle, boşanma sebebinin ispatı, eşlerin birlikte başvurması veya bir eşin davasını diğer eşin kabul etmesi şeklinde bir etki doğurmamaktadır.

Aynı şekilde, davanın dayanağını oluşturan belli konular bakımından (örneğin mali konular) uyuşmazlığın hali hazırda devam edebilmesi de mümkündür. Bu nedenle hakimin, süreci TMK m. 166/3 uyarınca yürütmesinin herhangi bir anlamının bulunmayacağı söylenebilir. Bir başka ifadeyle, her ne kadar anlaşmalı boşanma ve buna bağlı olarak çekişmesiz yargı, sürecin daha basit, daha çabuk ve daha ucuz bir şekilde gerçekleşmesine hizmet etse de somut olay bağlamında bu hususlar söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bu halde hakimin, açılmış ve görülmekte olan boşanma davasını, anlaşmalı boşanma hükümleri kapsamında karara bağlamaması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu başlık altında tartışılması gereken bir başka mesele ise, bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi şeklindeki beyanının, HMK anlamında davayı kabul olup olmadığıdır. Doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte,[169] bu halde kanaatimizce HMK anlamında davayı kabulden söz edilmemesi gerekir.

Bilindiği üzere, davaya son veren taraf işlemlerinden biri olan davayı kabul, davacının talep sonucuna davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir (HMK m. 308/1). Davayı kabul, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğurur (HMK m. 308/2). Davayı kabul, tek taraflı bir irade beyanı olup, mahkemeye verildiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaktadır.

---

168 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 403.

169 Burada HMK anlamında davayı kabulden söz edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Budak, s. 282; Akkaya, s. 57, 248; aksi yönde bkz. Kılıçoğlu, 1988, s. 387. Buna ek olarak *Ermenek*, bu irade beyanı ile, talep sonucunun değil; bir vakıanın kabulünün söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla, burada bir davayı kabulden değil bir ikrardan söz edilebilir. Bu durum, evlilik birliğinin temelinden sarsılması olgusunun çekişmeli olmaktan çıkması ve hakimin davacı eşin ileri sürdüğü vakıaların doğruluğunu artık araştırmamasıyla açıklanmaktadır (Ermenek, s. 22-23).

Davayı kabulün geçerliliği, davacının rızasına veya mahkemenin onayına bağlı değildir (HMK m. 309/2).

Bu hususlardan hareketle, bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesinin, davayı sona erdiren usul işlemi niteliğinde olmadığı[170] söylenebilmektedir.[171] Aksi takdirde, anlaşmalı boşanmanın diğer şartlarının (TMK m. 166/3-c.2) gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması engellenmiş olmakta ve bu da, kanun hükmünün amacıyla bağdaşmamaktadır.[172] Dolayısıyla buradaki kabul ile, esasen anlaşmalı boşanmanın şartlarından biri gerçekleşmiş olup, diğer eşin boşanma talebine katılmak suretiyle boşanma isteğinin ortaya konulmasına ilişkin bir irade beyanı söz konusudur.[173]

Ayrıca, anlaşmalı boşanmada, boşanma talebini kabul eden eşin yargılama sırasında bu talebinden vazgeçmesi mümkün olmakla birlikte, davayı kabul geri alınamaz.[174] Gerek eşlerin birlikte başvurmasında gerek bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesinde, eşlerden birinin bu talebinden vazgeçebileceği doktrinde kabul edilmiş olup; diğer eş, davaya TMK m. 166/1'e göre devam edebilecektir.[175] Başka bir deyişle, artık bu halde, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının ispatı için delil gösterilmesi gerekecektir.[176] Yargıtay da aynı görüşte olup, ayrıca bu halde "çekişmeli boşanmanın" söz konusu olacağını belirtmektedir. [177] Dolayısıyla Yargıtay, kanaatimizce, zımnen de olsa anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olduğunu kabul etmektedir.[178]

Son olarak, TMK ve HMK anlamındaki kabullerin farklı olduğu, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olduğundan hareketle de ortaya konulmaktadır.[179] *Budak*'a göre, çekişmesiz yargı işi olan anlaşmalı

---

170 Davaya son veren taraf işlemleri bakımından, buradaki kabulün, görülmekte olan davanın taraflarının, karşılıklı anlaşmayla dava konusu uyuşmazlığa son vermelerini ifade eden sulh (HMK m. 313) anlamına da gelmeyeceğinin belirtilmesi gerekmektedir. Zira sulh, davayı, mahkemenin muvafakatine ihtiyaç olmaksızın sona erdirmekte ve kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadır. Buna karşılık anlaşmalı boşanmada, anlaşmanın uygun bulunduğuna dair bir mahkeme kararıyla boşanmaya karar verilmektedir (Akkaya, s. 57).

171 Budak, s. 285; Akkaya, s. 248.

172 Budak, s. 285.

173 Akkaya, s. 248.

174 Budak, s. 285-286.

175 Öztan, 1990, s. 219; Budak, s. 285; Özdemir, s. 144; Akkaya, s. 250.

176 Budak, s. 285.

177 Örnek olarak bkz. *"Anlaşmanın diğer tarafı olan eşin hüküm kesinleşinceye kadar anlaşma iradesinden dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmadığından, taraflara iddia ve savunmalarını bildirmesi ve delillerini sunması için imkân verilerek davaya "çekişmeli boşanma" (TMK m. 166/1-2) olarak davaya devam edilmesi gerekir."* (YHGK. T. 18.04.2019, E. 2017/2-1941, K. 475: E-Uyar).

178 Aynı yönde bkz. Tutumlu, 1066; Özdemir, s. 118.

179 Budak, s. 282.

boşanmada ilgililerin yargılama malzemesi üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığından, teknik anlamıyla davayı kabulden söz etmek imkanı bulunmamaktadır.[180]

C. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ÇEKİŞMELİ YARGI (DAVA) OLARAK ELE ALINMASI

Anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı içerisinde değerlendirilemeyeceği; başka bir deyişle, çekişmeli yargı (dava) olarak ele alınması gerektiği de ileri sürülmektedir.[181] Bu sonuca, çoğunlukla eşlerin birlikte başvurması ihtimali üzerinden ulaşılmaktadır.[182] Söz konusu değerlendirmede, birlikte başvuran eşlerin, davacı, davalı; davacı-davalı veya ilgili mi olduklarının tespiti önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, anlaşmalı boşanmaya çekişmesiz yargı veya dava niteliğinin verilmesi, genellikle anılan hususların tespitinden sonra yapılmaktadır.[183]

Anlaşmalı boşanma bakımından birlikte başvuru, eşlerin boşanma davasını beraberce açabilecekleri anlamına gelmektedir.[184] Bu halde, birlikte dava açmak hususunda kanunun tanımış olduğu şekli bir kolaylık söz konusudur.[185] Anlaşmalı da olsa, boşanma davasının doğal olarak çekişmesiz yargı türü içerisinde değerlendirilmesi mümkün değildir.[186] Hatta doktrindeki bazı yazarlara göre, eşlerin birlikte başvurması halinde çift taraflı dava söz konusu olmaktadır.[187]

Anlaşmalı boşanmanın çekişmeli yargı olarak ele alınmasında hakimin, eşleri bizzat dinlemesi, boşanma yönündeki iradenin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumuna ilişkin düzenlemeyi uygun bulması, eşlerin de kabulü halinde bu düzenlemede değişiklikler yapabilmesi hususları belirleyici olmaktadır.[188] Bu noktada, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumuna ilişkin düzenlemenin yani protokolün eşlerin ve çocukların menfaatine uygunluğunun denetlenmesi ön plana çıkmaktadır. Başka bir deyişle, bu denetimin varlığı, anlaşmalı boşanmanın çekişmeli yargı

---

180 Budak, s. 282-283.

181 Yılmaz, 2013, s. 504; Akıntürk/Ateş, s. 270; Surlu, s. 745, 754; Atmaca Ülkü, s. 164.

182 Nitekim bir eşin diğerinin açtığı davayı kabul etmesi hali, herhangi bir duraksama olmaksızın çekişmeli yargı olarak nitelendirilmelidir (Surlu, s. 745).

183 Ayrıca bkz. III, B, 1.

184 Akıntürk/Ateş, s. 270. Buna karşılık, söz konusu görüş, boşanmanın tabiatı şeklindeki sebebin ne anlama geldiğini açıklamamaktadır (Akkaya, s. 51).

185 Atmaca Ülkü, s. 29.

186 Akıntürk/Ateş, s. 270. Buna karşılık, söz konusu görüş, boşanmanın tabiatı şeklindeki sebebin ne anlama geldiğini açıklamamaktadır (Akkaya, s. 51).

187 Yılmaz, 2013, s. 504; Ermenek, s. 24; Surlu, s. 754.

188 Surlu, s. 754.

kapsamında ele alınmasının gerekçelerinden biri olarak ileri sürülmüştür.[189]

Kanaatimizce, bir faaliyete çekişmeli yargı veya çekişmesiz yargı niteliği verilmesinde bu şekilde bir genelleme yapılmaması gerekmektedir. Örneğin, HMK m. 382/2'de, *"6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna göre aile mahkemesi hakimi tarafından verilecek tedbirler"* aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmıştır. Bu tedbirlerde dahi, şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hallerde, resen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya aynen devam etmesine karar verilebileceği düzenlenmektedir (6284 s. K. m. 8/2-c.2). Söz konusu tedbirler bağlamında, menfaatin korunmasına yönelik bir değerlendirme yapıldığı açık olmakla birlikte burada bir çekişmesiz yargı işi söz konusudur.

Anlaşmalı boşanmanın çekişmeli yargı kapsamında değerlendirilmesinin diğer bir gerekçesi ise, hakimin talep üzerine vereceği ihtiyati tedbir kararına dayanılarak tapu sicilinde yapılacak olan şerh işlemidir.[190] Söz konusu görüş ayrıntılı bir şekilde açıklanmamakla birlikte, buradaki ihtiyati tedbirin konusunu, protokole konu edimlerin ifasını tehlikeye atabilecek tasarruf işlemlerinin oluşturduğu düşünülmektedir. Şerh işlemi ile de TMK m. 1010/1-b.1 uyarınca, çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarının şerhi kastedilmektedir. Başka bir deyişle bu görüş, hakim kararı üzerine tapu siciline yapılacak şerh işleminin ancak çekişmeli hakka dayanmasından hareketle, anlaşmalı boşanmayı çekişmeli yargı kapsamında değerlendirmektedir.

Kanaatimizce, tarafların bu şekilde bir ihtiyati tedbir talep edebilmeleri çekişmeli yargıda dahi mümkün değildir. Zira edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin edinilmiş malları aralarında paylaşmaması; başka bir deyişle, eşlere tasfiye sonunda bir ayni hak tanınmaması söz konusudur.[191] Bu halde, tasfiye sonucunda eşler veya mirasçılar artık değere katılmakta yani hesaplanan artık değer üzerinden belli bir oranda alacak hakkına sahip olmaktadırlar.[192] Bu alacak, TMK m. 239/1 uyarınca katılma alacağıdır.

Katılma alacağının konusunu para alacağı oluşturduğundan, bu alacağın teminat altına alınması bakımından söz konusu olabilecek geçici

189 Atmaca Ülkü, s. 164.

190 Atmaca Ülkü, s. 164.

191 Akıntürk/Ateş, s. 168.

192 Akıntürk/Ateş, s. 163, 172.

hukuki koruma tedbiri kural olarak ihtiyati hacizdir.[193] Çünkü ihtiyati haciz, rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı tarafından istenebilir. Buna karşılık ihtiyati tedbir kural olarak paradan başka şeyler hakkındaki davalarda söz konusudur.[194] Daha açık bir ifadeyle, bir para alacağının ileride tahsil edilmesini teminat altına almak için, borçlunun bir kısım alacak, hak ve mallarına geçici olarak hukuken el konulması söz konusu ise alınması gereken tedbir, ihtiyati hacizdir.[195] Buna karşılık Yargıtay, katılma alacağının temini bakımından ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir.[196]

Sonuç olarak, temelini yargı kararlarından alan bu uygulama doğru kabul edilecek olsa bile, tapu kütüğüne verilen şerhin konusunu oluşturabilecek mahkeme kararlarının sırf çekişmeli hakların korunmasına ilişkin olmasından hareketle böyle bir çıkarım yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

D. GÖRÜŞÜMÜZ

1. Çekişmesiz Yargı Ölçütleri Bakımından

Anlaşmalı boşanma, uyuşmazlık yokluğu ölçütüne göre bir çekişmesiz yargı işi sayılmalıdır. Bununla birlikte, diğer ölçütlerin (sübjektif hakkın yokluğu, re'sen harekete geçme, inşai etki) anlaşmalı boşanma bakımından neden işlerlik kazanmadığı öncelikle ortaya konulmalıdır.

Boşanma inşai bir hak olup; bunun, gerek dava gerek anlaşmalı boşanma ile sağlanması arasında sübjektif hakkın varlığı bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Her iki durumda da, hak sahibinin, bu hakkını tek taraflı olarak kullanmasıyla hukuki sonuç kendiliğinden doğmamaktadır. Hukuki sonucun doğması için bir mahkeme hükmüne ihtiyaç bulunmaktadır. Boşanma talebinin kabul edilmesi halinde verilen inşai hüküm, sübjektif inşai bir hakka dayanmaktadır.[197] Dolayısıyla, eşler arasında boşanma konusunda herhangi bir çekişmenin olmaması, boşanma kararının da sübjektif bir hakka dayanmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır.[198]

---

193 Merve Çetinkaya, "Para Alacaklarına İlişkin Geçici Hukuki Korumalar (Karar İncelemesi)", S. 2, Y. 2014, İzmir Barosu Dergisi, s. 27.

194 Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2021b, s. 447.

195 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021b, s. 447.

196 Örnek olarak bkz. Yargıtay 8. HD, E: 1742, K: 1778, T: 13.03.2012: E-Uyar; bu kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Çetinkaya, s. 37-38.

197 Kuru, 1961, s. 33; Kuru, 2015, s. 709.

198 Aynı yönde bkz. Surlu, s. 750.

Anlaşmalı boşanmada, boşanma yönündeki iradenin mahkemeye taşınması, hakimin re'sen harekete geçmesiyle değil; ancak eşlerin talebiyle söz konusudur. Başka bir deyişle, hakimin, eşleri bizzat dinleyerek boşanma konusundaki iradelerinin serbestçe açıklanıp açıklanmadığına kanaat getirebilmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumuna ilişkin anlaşmayı inceleyebilmesi, eşlerin birlikte başvurmasına veya bir eşin diğer eşin davasını kabul etmesine bağlıdır. Bu bakımdan anlaşmalı boşanmanın takibi talebe bağlı bir çekişmesiz yargı işi olduğu da söylenebilir.[199]

Anlaşmalı boşanmanın inşai bir kararı beraberinde getirmesi, inşai etki ölçütünü makul kılmakla birlikte; anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olarak sayılabilmesi için yeterli değildir. Nitekim tipik bir boşanma davası sonucunda verilen boşanma hükmüyle de inşai bir etki ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu ölçüt, tek başına olmamakla birlikte ancak diğer belli ölçütlerle ele alındığında, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olduğu sonucunu doğurabilir.

Uyuşmazlık sözlük anlamıyla, uyuşmama durumu[200] veya niza, ihtilaf, çekişme, dava, kavga anlamlarına gelmektedir.[201] Anlaşmalı boşanma bakımından uyuşmazlık yokluğu ise, eşlerin boşanma ve buna bağlı hususlarda aralarında bir uyuşmazlık olmamasıdır. Başka bir deyişle, boşanma konusunda eşler arasında bir çekişme bulunmadığı gibi, eşlerden birinin boşanma talebinin kabulü; diğer eşin ise boşanma talebinin reddi gibi bir durum da söz konusu değildir.

Ayrıca konunun incelenmesinde, "çekişmeli" ve "çekişmesiz" kavramlarının birbirinin aksini ifade eder şekilde ele alınmaması gerekir. Bu kavramlar, dava olarak somutlaşan farklı bir alanı ifade etmek için kullanılmaktadır.[202] Dolayısıyla anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesi, bir anlamda onu, boşanma davasıyla taban tabana zıt bir kurum haline getirmemektedir. Esasında bu farklılık, evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı araştırılmaksızın, Kanunda sayılan şartların sağlanması halinde belli bir usul izlenerek boşanma imkanı verilmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim çekişmeli yargıda olduğu gibi çekişmesiz yargı da yargısal bir faaliyeti içermektedir.

Uyuşmazlık yokluğunun, belli hallerde çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki farkı tam olarak ortaya koyamayabileceği hususu da inceleme konumuz bakımından dikkat çekicidir. *Kuru,* çekişmeli yargıda, davanın bir uyuşmazlık olmadan da sonuçlandığı haller arasında, *"boşanma davalarında davalının, davacının hukuki talebine*

[199] Aynı yönde bkz. Budak, s. 282.

[200] https://sozluk.gov.tr/ (s.e.t. 01.07.2022)

[201] Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, 2004, s. 1278.

[202] Akkan, s. 102.

itiraz etmeyip bilakis iştirak etmesini" de saymıştır.[203] Kanaatimizce bu hal, bugün için, bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi kapsamında değerlendirilebilir.

Kuru, bu durumda uyuşmazlığın olmadığını kabul etmekle birlikte; meseleyi, çekişmeli yargı içerisinde değerlendirmiş ve bunu da uyuşmazlık yokluğu ölçütüne verilmesi gereken anlamla açıklamıştır.[204] *Kuru*'ya göre, bir meselede uyuşmazlık olup olmadığının tespitinde, sadece görünür olan veya meydana gelen bir uyuşmazlığın varlığı ile yetinilmemeli; o meselenin, ilgililer arasında uyuşmazlık doğurma ihtimali ve imkanına da bakılmalıdır. Ancak bu ihtimal ve imkan geniş tutulmamalıdır.[205] Bunun için, uyuşmazlığı meydana getirebilecek olan kimsenin bilinmesi ve bu kimsenin irade açıklaması önem taşımaktadır. Zira irade açıklamasının meseleyi tek başına uyuşmazlık konusu haline getirmeye yeterli olması gerekmektedir.[206] Nitekim yukarıdaki boşanma davası örneğinde davalı, davacının hukuki talebine iştirak edebileceği gibi bu talebe karşı da çıkabilir.[207] Dolayısıyla, burada görünürde bir uyuşmazlık bulunmamakla birlikte, meselenin ilgililer arasında uyuşmazlık doğurması ihtimali saklıdır.

Uyuşmazlığın varlığından ziyade uyuşmazlık ihtimalini esas alan bu görüş, oldukça isabetlidir. Bu açıdan, özellikle de, bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi halinin uyuşmazlık içermese dahi çekişmeli yargı kapsamında ele alınması gerektiği söylenebilir. Ancak söz konusu görüş, anlaşmalı boşanmanın henüz yasal olarak düzenlemeye kavuşturulmadığı dönemde kaleme alınmıştır. Dolayısıyla bugün için, anlaşmalı boşanma ile tipik bir boşanma davasından farklı usuller izlenerek boşanmaya hükmolunabilmesi karşısında, bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hali çekişmesiz yargı kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca, kabul beyanının geri alınması halinde, meselenin çekişmeli yargı kapsamında incelenmesi zaten mümkündür.

2. Eşlerin Boşanma Yönündeki İradeleri Bakımından

Çekişmesiz yargı ölçütlerinin yanı sıra, konuya ilişkin görüşümüzün oluşmasında eşlerin boşanma yönündeki iradelerinin birleşmesi bakımından yapılan değerlendirmeler de etkili olmuştur. Bu bakımdan:

İlk olarak, birlikte başvurunun, uyuşmazlık yokluğu kapsamında değerlendirilemeyeceği; bu başvurunun, yasal karineden yararlanmak ve esasında çekişmeli olan evlilik birliğini sonlandırmak için yapıldığı

[203] Kuru, 1961, s. 18.

[204] Kuru, 1961, s. 18-19

[205] Kuru, 1961, s. 18.

[206] Kuru, 1961, s. 18.

[207] Kuru, 1961, s. 18.

görüşü[208] uygun görünmemektedir. Zira anlaşmalı boşanmada eşlerin boşanmayı hangi iç nedenlerle istedikleri hususu hakimi ilgilendirmemektedir. Hakimin tespit edeceği şey, eşlerin boşanma konusundaki özgür, sakatlanmamış ve üzerinde düşünülmüş kararlarıdır.[209]

Birlikte başvuruda dahi eşlerin boşanma iradelerini mahkeme önüne taşımalarına yol açan belli anlaşmazlıklar içinde bulunma ihtimalleri saklıdır. Ancak bu anlaşmazlıkların varlığı, meselenin çekişmeli yargı veya çekişmesiz yargı bağlamında değerlendirilmesinde etkili olmamalıdır. Ayrıca bu halde eşler, yasal karineden yararlanmaktan ziyade irade ilkesine uygun olarak evlilik birliğini sona erdirmektedirler. Bu durum ise, eşlerin boşanma ve buna bağlı hususlar bakımından anlaşmaları şeklinde somutlaşmıştır.

Uyuşmazlık kavramını mutlak bir şekilde ele alan bu görüş, birlikte başvuru sonrasında da eşler arasındaki herhangi bir çekişmenin mahkeme önüne taşınamayacağı izlenimini vermektedir. Ancak burada eşlerin, sırf bir an önce boşanabilmek için hali hazırda veya süreç içerisinde meydana gelebilecek uyuşmazlıklardan feragat etmeleri gibi bir durum söz konusu değildir.

Anlaşmalı boşanmayı, boşanma yargılamasında TMK m. 166/1-2 hükümlerinin işlerlik kazanmaması için sadece bir araç olarak görmek, bu kurumla amaçlanan belli hususların da göz ardı edilmesine yol açabilir. Anlaşmalı boşanmayla, evlilik birliğini temelden sarsan olaylara rağmen boşanma kararı verilememesinin, eşleri bıraktığı zor durumun önüne geçilmiştir. Bu bakımdan, eşlerin fiilen ayrı yaşadıkları ve sadece hukuken devam eden evlilikler engellenmiştir.

Ayrıca, bu kurumla, kusur isnatlarıyla dolu boşanma süreçlerinin önlenmesi, eşler arasında işbirliği ve anlaşma yapılmasına uygun bir zemin hazırlanması, mahkemenin sürece daha az müdahalesiyle taraflar arasındaki çekişmenin en aza indirgenmesi, aile içi sorunların mahkeme önüne taşınmaması, eşlerin boşanma sonrasında da iyi ilişkiler içinde bulunabilmeleri ve özellikle de çocukların en az zararla yeni bir yaşama geçebilmeleri vb. hususlar da amaçlanmaktadır.[210]

Birlikte başvuruda, başvuru dilekçesinin niteliği ve eşlerin dilekçede hangi sıfatla yer alacaklarına ilişkin tartışmalar da dikkat çekicidir. Bu tartışmalar, bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi halinde gündeme gelmemektedir. Zira bu halde, boşanma talebi, başlangıçta bir dava yoluyla ileri sürülmektedir.

Genel olarak doktrinde öncelikle, eşlerin davacı, davalı, davacı-davalı veya ilgili mi olacakları şeklindeki tartışmalar ve buna ilişkin

[208] Surlu, s. 747.

[209] Özdemir, s. 151.

[210] Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, s 31-32.

tespitler yapılmaktadır. Anlaşmalı boşanmaya, çekişmesiz yargı işi veya dava niteliğinin verilmesi ise bundan sonra söz konusu olmaktadır.

Anılan hususların tartışılması ve tespiti bakımından izlenen sıra, kanaatimizce hatalıdır. Zira bu tartışmaların sona erebilmesi, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olup olmadığı sorusunun cevaplandırılmasıyla mümkündür. Ancak bu soru cevaplandırılsa dahi, belli hususların hala tam olarak açıklanamadığı da görülmektedir.

Örneğin, anlaşmalı boşanma bir dava olarak kabul edildiğinde, hangi eşin davacı hangi eşin davalı olacağı veya eşlerden her ikisinin davacı-davalı şeklinde gösterilip gösterilmeyeceği soruları gündeme gelmektedir. Bu noktada tekrar belirtilmelidir ki, anılan sorular, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi veya dava olup olmadığının tayini ile ilgili değildir.

Birlikte başvurma, dava kavramından farklıdır. Dava, maddi hukuk kurallarının kendisine tanıdığı hakkı bir başkası tarafından tanınmayan; tanınmama tehlikesiyle karşı karşıya bulunan veya haksız bir taleple karşılaşan kişinin mahkemeden hukuki koruma isteminde bulunmasıyla söz konusu olmaktadır. Mahkemeden hukuki koruma isteyen kişi "davacı"; davacının hakkını ihlal eden, kullanmasını önlemeye çalışan veya ondan haksız talepte bulunan kişi ise, "davalı" olarak adlandırılır.[211]

Birlikte başvuruda ise, bir hakkın ihlali veya haksız bir talep söz konusu olmadığı gibi eşlerin yukarıdaki nitelikleri haiz davacı veya davalı sıfatını taşımadıkları açıktır. Bunun bir sonucu olarak, eşlerin boşanma iradelerini ortaya koydukları dilekçe de dava dilekçesi olmayacaktır. Bu durum, çekişmesiz yargı işlerinde basit yargılama usulünün ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasıyla da (HMK m. 385/1) uyumludur.

Birlikte başvuran eşlerin, hem davacı hem de davalı olmaları da söz konusu değildir. Dolayısıyla burada bir çift taraflı davanın bulunmamaktadır. Ayrıca, gerek menfaat çekişmesinin yokluğu gerek davanın sonucundan her iki tarafın yararlanması özelliklerinin ortak olması, anlaşmalı boşanmanın başlı başına bir çift taraflı dava olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Zira çift taraflı davanın talep sonucu, taraflar arasındaki ortak hukuki ilişkinin sona ermesi sebebiyle, bu ilişkiden kaynaklanan hakların paylaştırılmasıdır. Anlaşmalı boşanmada ise, boşanmanın mali sonuçlarına ve çocukların durumuna ilişkin bir anlaşma söz konusu olmakla birlikte; bu husus, eşlerin boşanmaya karar verilmesi yönündeki asıl taleplerinin konusunu oluşturmamaktadır. Başka bir deyişle, böyle bir anlaşma, hukuki ilişkiden kaynaklanan hakların paylaştırılmasından ziyade TMK m. 166/3 anlamında boşanma kararı verilebilmesi için aranan bir koşuldur.

[211] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 253; Dava, davacı ve davalı kavramları için ayrıca bkz. Yılmaz, 2004, s. 246, 247, 248.

Tüm bu hususlardan hareketle, birlikte başvuru bakımından şu sonuçlara ulaşılabilir:

Birlikte başvuruda, boşanma yönündeki iradenin dava şeklinde mahkemeye taşınmaması gerekmektedir.

Kanun koyucunun iki farklı ihtimal üzerinden düzenleme yapması da, eşlerin birlikte başvurmasının bir dava olarak nitelendirilemeyeceğini doğrulamaktadır.[212] Aksi takdirde, başlangıçtaki ortak boşanma iradesine rağmen, talebin her halükarda bir dava ile mahkemeye taşınacağı ve boşanmanın da ancak bundan sonra, eşlerden birinin davayı kabul etmesiyle gerçekleşebileceği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır.

Birlikte başvuran eşlerden birinin davacı, diğerinin davalı veya eşlerin hem davacı hem davalı olacağı kabul edilmemelidir.

Aksi takdirde, ortada bir çekişmesiz yargı işi olmasına rağmen eşlerin adeta birbirlerinin hasmı haline getirilmesi söz konusu olacaktır. Bu husus, çekişmesiz yargı işlerinin, şekli taraflar oluşturularak yapay bir davaya dönüştürülmesine benzetilebilir. Ancak esasında hasım olarak kabul edilemeyecek bir makam veya şahsın şeklen hasım gösterilmesiyle bir işin çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargıya girmesi mümkün olmamalıdır.[213]

Bu durum önceleri, ülkemizde başlı başına bir çekişmesiz yargı usulünün olmamasına, çekişmesiz yargının niteliğinin değerlendirilmemesine ve bu nedenle mahkemeye gelen her işin kanundaki usul kalıplarına uydurulmak istenmesine bağlanmıştır.[214] Anılan hususlar, çekişmesiz yargının HMK'nda ayrıca düzenlenmesiyle bertaraf edilmeye çalışılsa da hala varlığını devam ettirmektedir ve bu durumun en tipik örneklerinden biri de anlaşmalı boşanmadır.

İkinci olarak, bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi halinde de anlaşmalı boşanma, bir çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilmelidir. Burada başlangıçta bir boşanma davası söz olmakla birlikte; kabulden sonra süreç, çekişmesiz yargıya dönüşmektedir. Nitekim kabulle birlikte, boşanma yönündeki iradenin ortak hale geldiği ve bu konuda eşler arasında herhangi bir çekişmenin bulunmadığı açıktır. Dolayısıyla bu ihtimalde de, uyuşmazlık yokluğu ölçütü işlerlik kazanmaktadır.

---

[212] *Kuru*'ya göre, 743 sayılı EMK'nun 132. maddesinde, boşanma davası ile ihtar talebi aynı cümle içerisinde kullanılarak talep ile dava arasındaki fark doğru bir şekilde ortaya konulmuştur (Kuru, 1961, s. 25). Aynı husus, TMK'nun 164. maddesinde de, istem ve boşanma davası sözcüklerinin kullanılmasıyla gerçekleşmiştir. Kanaatimizce, TMK m. 166/3'te, eşlerin birlikte başvurması ile bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi ibarelerinin arasında da böyle bir durum söz konusudur.

[213] Kuru, 1961, s. 22.

[214] Kuru, 1961, s. 22.

Ayrıca bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabulü, HMK m. 308 anlamında bir kabul değildir. Zira bu halde, davayı sona erdiren bir taraf işleminden bahsedilemez. Nitekim burada, dava yoluyla ileri sürülen boşanma talebine diğer eşin de katılmasına ilişkin bir irade beyanı söz konusudur. Bu irade beyanı, boşanma yargılamasının TMK m. 166/3 hükümlerine göre yürütülebilmesi için varlığı aranan ve meselenin çekişmesiz yargı bağlamında değerlendirilebilmesine yol açan bir irade beyanıdır.

3. Diğer Hususlar Bakımından

Bu hususlar, eşlerden birinin boşanma talebinden vazgeçmesi, Yargıtay'ın konuya ilişkin tutumu ve anlaşmalı boşanma kurumu hakkında ileri sürülen çekinceler şeklinde sayılabilir.

İlk olarak, eşlerin birlikte başvurmasında veya bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesinde, eşlerden birinin bu talebinden vazgeçebilmesi mümkündür.[215] Bu durum, bir işin yargılama sırasında çekişmesiz olmaktan çıkıp çekişmeli yargı alanına girmesine benzetilebilir. Bu ise, çekişmesiz yargı kararından etkilenebilen ve çekişme yokluğunu ortadan kaldıracak nitelikteki uyuşmazlığı ortaya çıkaran bir üçüncü kişinin yani maddi anlamda ilgilinin[216] varlığına bağlıdır.[217] Burada çekişme, üçüncü kişinin itirazı ile söz konusudur. Bunun en tipik örneği, mirasçılık belgesi verilmesi taleplerinde, kendisine mirasçı olarak yer verilmeyen üçüncü bir kişinin mahkemeye başvurarak kendisinin de mirasçı olduğunu bildirmesidir.[218]

Eşlerden birinin anlaşmalı boşanma talebinden vazgeçmesi de, boşanma konusundaki uyuşmazlık yokluğunu ortadan kaldıracak nitelikte bir irade beyanı şeklinde yorumlanabilir. Dolayısıyla boşanma çekişmesiz olmaktan çıkıp, çekişmeli yargı alanına girecektir.[219] Bu noktada, anlaşmalı boşanma talebini inceleyen mahkemenin meseleyi, çekişmeli yargı (dava) bağlamında kendiliğinden ele alıp alamayacağı sorusu gündeme gelebilir. Zira meselenin kendiliğinden çekişmeli yargıya dönüşeceğinin kabulü, yargılamaya hakim olan ilkelerle özellikle de tasarruf ilkesi ve taleple bağlılık ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

*Budak'*a göre, çekişmesiz yargı işini gören mahkemenin, çekişmeli yargı talebini inceleyebilmesi belli hususlarla mümkündür. Bunlar, derdest çekişmesiz yargı işinin ıslah yoluyla HMK m. 176'daki şartlar

---

215 Öztan, 1990, s. 219; Budak, s. 285, Özdemir, s. 144; Akkaya, s. 250.

216 Çekişmesiz yargıda şekli anlamda ilgili ve maddi anlamda ilgili kavramları için ayrıca bkz. Kuru, 1961, s. 141; Akkan, s. 105; Budak/Karaaslan, s. 332; Tanrıver, s. 114.

217 Budak/Karaaslan, s. 330.

218 Budak/Karaaslan, s. 331; Kuru, 2015, s. 711.

219 Nitekim Yargıtay kararlarında da bu durum, "çekişmeli boşanma" şeklinde ifade edilmiştir (Örnek olarak bkz. Yargıtay 2. HD, E: 2016/18784, K: 6487, T: 22.05.2018: E-Uyar).

yerine getirilerek davaya dönüştürülmesi veya çekişme yaratan üçüncü kişinin harçlarını ödeyerek bir dava dilekçesi hazırlamasıdır. Bu yollara başvurulmaması halinde ise, çekişmesiz yargı işinin konusuz kalması nedeniyle yargılamaya son verilmesi gerekir.[220]

Bu durum, özellikle de birlikte başvuran eşlerden birinin boşanma talebinden vazgeçmesi halinde önem taşımaktadır. Zira birlikte başvuruda eşler çoğunlukla ortak bir dilekçe kaleme almaktadırlar. Her ne kadar bu dilekçe, çoğu zaman dava dilekçesi gibi kaleme alınsa da, eşlerin boşanma yönündeki ortak iradelerini içermektedir ve bu nedenle HMK anlamında bir dava dilekçesi olmadığı açıktır. Dolayısıyla, anlaşmalı boşanma talebinden vazgeçen eşin, birlikte başvuruda tek bir harç yatırılması halinde harcını da yatırmak suretiyle mahkemeye HMK m. 119'daki unsurları içeren bir dava dilekçesi vermesi uygun olacaktır.

İkinci olarak, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları bağlamında, zımnen de olsa, anlaşmalı boşanmanın bir çekişmesiz yargı işi olduğu sonucuna varılabilir. Zira boşanma, TMK m. 166/3 uyarınca talep edilmiş olsa dahi, eşlerin tek bir konuda anlaşamamaları halinde hakim, bu anlaşmazlıkları devam eden anlaşmalı boşanma süreci içerisinde karara bağlayamayacaktır. Bu süreç, TMK'nun 166. maddesinin 1., 2. ve 4. fıkralarına göre yürütülerek "çekişmeli boşanmaya" dönüşecektir[221]. Ayrıca Yargıtay bir kararında, anlaşmalı boşanma için *"iş"* ifadesini kullanmış olup, bu husus çalışma konumuz bakımından oldukça önem taşımaktadır.[222]

Son olarak, anlaşmalı boşanmanın doğrudan bir çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilmemesi, kanaatimizce bu kurum bakımından ileri sürülen belli çekincelerle de ilgilidir. Bu çekincelerden konumuz bakımından en dikkat çekici olanı, eşlere karşılıklı rıza ile boşanma yetkisinin verilmesi halinde mahkemenin işinin yalnızca tescilden ibaret olacağıdır. Halbuki anlaşmalı boşanmanın bir çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesi, mahkemeyi TMK m. 166/3'teki şartları şeklen inceleyen ve bu şartların gerçekleşmesi halinde de boşanmaya onay, izin veren bir makam haline dönüştürmemektedir. Başka bir deyişle, burada boşanmanın nüfus idaresince evlendirme memurluğunda veya noter vb. kurumda tescil edilerek gerçekleştirilmesi gibi bir söz konusu değildir.

Kaldı ki, belli çekişmesiz yargı işlerinde mahkemeler, bazen onay, bazen izin makamı, bazen de yeni bir durum oluşturmaya yönelik karar organı gibi de görev yapmaktadırlar.[223] Dolayısıyla, konuya bu açıdan yaklaşılmamalıdır.

---

220 Budak/Karaaslan, s. 331-332.

221 Örnek olarak bkz. Yargıtay 2. HD, E: 3660, K: 7254, T: 17.06.2019: E-Uyar.

222 *"1- Medenî Kanunun 166/3. maddesinin aradığı koşullar oluşmamıştır. İşin 166/1. maddesi çerçevesinde incelenmesi gerekirken bu yönde araştırma yapılmaması isabetsizdir."* (Yargıtay 2. HD, E: 5432, K: 6797, T: 08.05.2003: Özuğur, s. 473).

223 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 2021a, s. 77.

SONUÇ

Çekişmesiz yargı işleri, HMK'nun 382. maddesinin 2. fıkrasında örnek niteliğinde sayılmıştır. TMK'nun 166. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen anlaşmalı boşanma ise, bu sayımın içerisinde yer almamaktadır. Buna rağmen, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olup olmadığı değerlendirilebilir. Bu değerlendirme, HMK m. 382/1 uyarınca çekişmesiz yargı ölçütleriyle söz konusu olabilmektedir. Çalışmamızda öncelikle bu ölçütler bağlamında bir değerlendirme yapılmıştır. Ayrıca mesele, eşlerin boşanma yönündeki iradelerinin birleşmesi bakımından da incelenmiştir. Bu incelemeler yapılırken öncelikle doktrindeki görüşlere ve Yargıtay'ın konuya ilişkin tutumuna yer verilmiştir. Konuya ilişkin görüşümüz ise, yine bu hususlar çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ayrıca konu ile ilgisi olan belli hususlara da değinilmiştir.

Tüm bu değerlendirmelerden hareketle, *"Anlaşmalı Boşanma Bir Çekişmesiz Yargı İşi Midir?"* sorusu, *eşlerin boşanma yönündeki ortak iradelerinin ne şekilde somutlaştığına bakılmaksızın burada uyuşmazlık yokluğu ölçütüne göre bir çekişmesiz yargı işi bulunmaktadır* şeklinde cevaplandırılmıştır.

Bu sorunun cevaplandırılmasının yanı sıra, konuya ilişkin usul kuralları ve maddi hukuk kuralları bakımından belli önerilere yer verilmesi önem taşımaktadır. Zira bu yolla, çalışmanın amacı tam anlamıyla gerçekleşecektir. Aşağıda önerilerimize yer verilmek suretiyle çalışma sonuçlandırılmıştır. Gerek çalışma konumuz gerek ilgili hususlar bakımından önerilerimiz şu şekildedir:

Anlaşmalı boşanma, doğrudan doğruya HMK'nun 382. maddesinin 2. fıkrasındaki sayıma dahil edilebilir. Nitekim burada yer alan bir işin, çekişmesiz yargı ölçütlerine uygun olmasa da çekişmesiz yargı işi sayılacağı açıktır. HMK m. 382/2'deki sayımda, aile hukukuna giren çekişmesiz yargı işlerinin sayısının (on dokuz adet) en fazla olduğu görülmektedir. Bu durumun, çekişmesiz yargının aile hukukundaki işlere uygulanmasındaki genel menfaat[224] ile ilgisi olduğu söylenebilir. Ayrıca, re'sen araştırma ve bazı hallerde re'sen harekete geçme ilkesinin uygulandığı çekişmesiz yargı işleri ile aile hukukuna ait davalar, hakimin üstlendiği aktif rol sebebiyle benzerlik taşımaktadır.[225] Anlaşmalı boşanma mahiyeti itibariyle, kanun koyucuyu HMK m. 382/2'deki sayımı yapmaya sevk eden nedenlerle de uyumludur. Zira bu sayım, çekişmesiz yargı işlerinin dava şeklinde yürütülmesi veya bir işin çekişmesiz yargı işi olup olmadığının belirlenmesinin belli hallerde güç olması gibi nedenlerle yapılmıştır. İşte tüm bu hususlar karşısında, eşlerin iradesinin ön planda olduğu anlaşmalı boşanmanın HMK m. 382/2 düzenlemesi içerisinde açıkça yer alması gerekir. Bununla birlikte,

[224] Kuru, 1961, s. 69.

[225] Budak/Karaaslan, s. 323.

aile hukukuna ilişkin ayrı bir çekişmesiz yargı kanununun düzenlenmesi ve anlaşmalı boşanmanın da burada yer alması düşünülebilir.

Yukarıdaki önerimiz saklı kalmak üzere, en azından konuya ilişkin çelişkilerin giderilebilmesi için TMK'nun 166. maddesinin 3. fıkrasına, "*Yukarıdaki şartların gerçekleşmemesi halinde, yargılamaya birinci, ikinci ve dördüncü fıkralar uyarınca devam olunur"* şeklinde son bir cümle eklenmesi düşünülebilir. Nitekim böyle bir düzenlemeyle anlaşmalı boşanma, zımnen de olsa, bir çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilebilecektir. Ayrıca Yargıtay'ın bu hususta yıllardır süregelmiş olan içtihatı yasal bir düzenlemeye kavuşturulacaktır. Bu şekilde bir düzenlemenin yapılması, TMK m. 166/1-2 ile TMK m. 166/3 hükümlerinin işlerlik kazandığı hallerin farklı olduğunu da ortaya koyacaktır. Zira söz konusu fark çoğu zaman anlaşılamadığından, uygulamada TMK m. 166/1-2 hükmünün arkasında anlaşmalı boşanmanın gerçekleştirildiği ve dolayısıyla boşanma konusunda anlaşmış eşlere çok özel durumlar bulunmadığı sürece hoşgörü ile yaklaşıldığı ve boşanmalarına karar verildiği görülmektedir.

Anlaşmalı boşanmada, çekişmeli yargıya ilişkin terminoloji kullanılmamalıdır. Bu bakımdan TMK m. 166/3'te, boşanma ve yan sonuçları konusunda ortak iradeye sahip eşler ifade ediliyor olsa da, *"taraf"* kavramının kullanılmaması gerekir.[226] Zira taraf, istekleri, düşünceleri karşıt olan iki kişiden veya iki topluluktan her biri[227] ya da bir hukuki işleme yan olan kişi; yargılamada, davacı veya davalı bulunan kişi[228] anlamlarına gelmekte yani bir uyuşmazlığı, çekişmeyi çağrıştırmaktadır. Aynı husus, anlaşmalı boşanma yargılamasında da geçerli olmalıdır. Dolayısıyla, *"anlaşmalı boşanma davası",*[229] *"davacı eş", "davalı eş", "davacı-davalı eş", "davalı-davacı eş"* kavramları da kullanılmamalıdır. Özellikle de uygulamacıların bu kavramları sıkça kullanması, daha önceleri çekişmesiz yargının kanunda ayrıca düzenlenmemesiyle açıklanabiliyorken, hali hazırda bu kavramların kullanımına devam edilmektedir. Oysa birlikte başvuruya rağmen boşanma hükmünde, eşlerden birinin davacı diğerinin davalı olarak gösterilmesi sakıncalıdır. Böyle bir durumda her bir eş, kendisinin davacı olduğunu ileri sürerek hükümde bu şekilde gösterilmesini isteyebilir. Hatta uygulamada davanın (?) kadın eş tarafından açılması gibi bir durum gelişmiştir. Dolayısıyla, bu kavramlar yerine *"iş"*, "*istek"*,

---

[226] Bu düzenlemedeki taraf kavramının davanın taraflarından ziyade; evlilik birliğinin tarafları yani eşler olarak anlaşılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Özdemir, s. 147, dn, s. 610.

[227] https://sozluk.gov.tr/ (s.e.t. 01.07.2022)

[228] Yılmaz, 2004, s. 1184.

[229] Boşanma davası, eşlerden birinin diğerini hasım göstererek, aralarındaki evlilik ilişkisinin sona erdirilmesini mahkemeden istemesi şeklinde tanımlanmaktadır (Yılmaz, 2004, s. 175). Bu tanımdan da hareketle, anlaşmalı boşanmanın, "anlaşmalı boşanma davası" şeklinde ifade edilmesi kanaatimizce doğru değildir.

"istem", *"talep"; "ilgili", "alakadar", "talepte bulunan"* kavramlarının kullanılması isabetli olacaktır. Ayrıca meselenin bu kavramlarla ele alınması, başlangıçtaki anlaşmanın sonradan sağlanamamasına; dolayısıyla, eşler ve hatta çocuklar açısından tatsızlıklara yol açabilmektedir. Dolayısıyla, gerek yargılama hukukunun esasları gerek eşlerin ve çocukların psikolojisi bakımından bu kavramları kullanmanın yol açabileceği sorunların tespiti ve giderilmesi için uygulamacıların bilinçlendirilmesi ve belli anket çalışmalarının yapılması düşünülebilir.

HMK m. 385/1 uyarınca çekişmesiz yargıda niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü uygulanmaktadır. Bu hüküm, basit yargılama usulünde dava açılmasının dilekçeyle olacağına ilişkin HMK m. 317/1 hükmü ile birlikte yorumlandığında, çekişmesiz yargıda mahkemeye başvurunun tipik bir dava dilekçesiyle olmasa da kural olarak bir dilekçeyle olacağı söylenebilir. Ayrıca, basit yargılama usulünde dava dilekçesinin Yönetmelikte[230] belirlenecek formun doldurulması suretiyle verilebilmesi (HMK m. 317/4), çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanabilir.[231] Ancak bu hükümlerin varlığına rağmen, çekişmesiz yargıya başvuru dilekçesinin içermesi gereken hususların HMK m. 382 vd. hükümleri içerisinde başlı başına bir düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir. Bu hususlara anlaşmalı boşanma açısından bakıldığında ise, doktrinde çoğunluğun da kabul ettiği üzere birlikte başvurunun her iki eş tarafından imzalanan ortak bir dilekçeyle yapılabileceği tespit edilebilir. Ancak burada, birlikte başvurunun ne şekilde yapılacağının yanı sıra dilekçenin içeriği de önem taşımaktadır. Zira hali hazırda içerik bakımdan basit yargılama usulü, niteliğine uygun düştüğü ölçüde değil; bilinen şekliyle yani özel bir "çekişmeli yargı" usulünü ifade eder şekilde uygulanmaktadır. Başka bir deyişle, eşlerin dilekçede davacı ve/veya davalı olarak yer almaları söz konusudur. Halbuki anlaşmalı boşanma bir çekişmesiz yargı işi olup, ortada bir dava yoktur.

Konuyla ilgili HMK düzenlemelerinin yanı sıra TMK m. 166/3'ün de belli hususlar bakımından yeniden ele alınması yerinde olacaktır. Nitekim bu düzenlemede medeni usul hukuku terminolojisinin özenli bir şekilde kullanılmadığı görülmektedir.[232] Halbuki söz konusu düzenlemede kullanılan kavramların, medeni usul hukukunun temel kavramları bakımından (örneği taraf) tereddütte yol açmaması gerekir. Özellikle de, *"bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi"* ibaresindeki *"kabul"* kavramı, HMK m. 308 anlamında davayı sona erdiren bir usul işlemi değildir. TMK m. 166/3 anlamındaki kabul, eşlerin boşanma yönündeki iradelerinin ortak olmasına yol açmakla birlikte, doğrudan boşanma

[230] Ayrıca bkz. Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m. 198.

[231] Kuru, 2015, s. 717; Aras, s. 97.

[232] Tutumlu, s. 1066.

hükmünün verilmesiyle yargılamayı sona erdirmez. Başka bir deyişle, buradaki kabulle anlaşmalı boşanmanın şartlarından sadece biri gerçekleşmiş olup; boşanmaya hükmolunması, düzenlemedeki diğer şartların da gerçekleşmesine bağlıdır. Dolayısıyla, söz konusu ibarenin "*bir eşin açtığı dava devam ederken diğer eşin de boşanmak istemesi"* şeklinde değiştirilmesi düşünülebilir.

KAYNAKÇA

Akıntürk T/Ateş D, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku İkinci Cilt., 23. Baskı, İstanbul 2021.

Akil C, "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanununda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri", C.62, S.4, 2013, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 923-970.

Akkan M, Pekcanıtez Usûl Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

Akkaya T, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017.

Ansay S Ş, "Münazaasız (İhtilafsız) Kaza", S. 2, Y. 1939, Adliye Ceridesi, ss. 258-262.

Aras A, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü, Ankara 2017.

Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2021a.

Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2021b.

Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2019.

Atmaca Ülkü H, Anlaşmalı Boşanma Protokolü Nasıl Düzenlenir?, Ankara, 2021.

Budak A C, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, ss. 273-306.

Budak A C/Karaaslan V, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2018.

Çetinkaya M, "Para Alacaklarına İlişkin Geçici Hukuki Korumalar (Karar İncelemesi)", S. 2, Y. 2014, İzmir Barosu Dergisi, ss. 12-44.

Doğan İ, "Anlaşmalı Boşanma", C. 81, S. 5, Y. 2007, İstanbul Barosu Dergisi, ss.1933-1943.

Dural M/Öğüz T/Gümüş M A, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2016.

Ermenek İ, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara, 2009.

Gençcan Ö U, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara, 2013.

Gürsoy K T, "Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II, Ankara, 1977, ss. 127-163.

Kılıçoğlu A, "Boşanma İle İlgili Olarak Medenî Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler", S. 3, Y. 1988, Ankara Barosu Dergisi, ss. 383-392.

Kılıçoğlu A M, Aile Hukuku, Ankara, 2015.

Kocayusufpaşaoğlu N, "Medeni Kanunun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma

Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmedebilir Mi ?", Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990, ss. 113-121.

Kuru B, Nizasız Kaza, Ankara, 1961.

Kuru B, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2015.

Özdemir N, Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul, 2003.

Öztan B, "3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanunun 134. Maddesi", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, ss. 111-137.

Öztan B, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2015.

Özuğur A İ, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara, 2008.

Surlu M H, "Eşlerin Birlikte Başvurusuna Dayalı Anlaşmalı Boşanma İsteminin Medeni Usul Hukuku Açısından Anlamı Üzerine Bir İnceleme", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul, 2008, ss. 741-756.

Tanrıver S, Medeni Usul Hukuku, C. I, Ankara, 2016.

Tekinay S S, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.

Tutumlu M A, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C. I-II, 2. Baskı, Ankara, 2009.

Yalçınkaya N/Kaleli Ş, Boşanma Hukuku, Ankara, 1987.

Yetik N, Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 2. Baskı, Ankara, 2005.

Yılmaz E, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, 2004.

Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2013.

İŞ HUKUKUNDA TELAFİ ÇALIŞMASI VE DENKLEŞTİRME ESASI

Compensatory Work and Equalization Practice in Labor Law

Araştırma Görevlisi Muhammed Enes YILDIZ*

Öz: 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte iş hukuku mevzuatına esneklik ilkesine uygun düzenlemeler kazandırılmıştır. Yine Covid-19 salgını sürecinde, Kanunda halihazırda var olan bazı esnek çalışma uygulamalarını daha esnek hale getirecek yasal düzenlemeler yapılmıştır. Telafi çalışması ve denkleştirme esası uygulaması, çalışma sürelerine ilişkin esneklik uygulamalarının en yaygın türlerindendir. Bu çalışma türleri sayesinde haftalık çalışma süresi aşılsa da fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekmemektedir.

Anahtar Kelimeler: Esneklik İlkesi, Telafi Çalışması, Denkleştirme Esası, Çalışma Süreleri

Summary: With the Labor Law No. 4857, regulations in accordance with the principle of flexibility have been added to labor legislation. In addition, during the Covid-19 pandemic, legal arrangements were made in the Law to make some existing flexible working practices more adjustable. Compensatory work and equalization practice are among the most common types of flexibility practices regarding working times. Owing to these types of work, even if the weekly working time is exceeded, it is not necessary to pay overtime wages.

Keywords: Flexibility Principle, Compensatory Work, equalization practice, Working Hour

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, muhammed.yildiz@yalova.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9803-8661

Makale Geliş Tarihi: 14.10.2022, Makale Kabul Tarihi: 27.10.2022

GİRİŞ

2019 yılının Aralık ayından beri tüm dünyada adeta tek gündem maddesi olan Koronavirüs (Covid-19) ülkemizde de işyerlerini ve iş ilişkilerini ciddi bir biçimde etkilemiştir. Hızla yayılan bu salgın hastalık nedeniyle tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de işyerlerinin ve özellikle işçilerin çalışma biçimlerini etkileyen önlem niteliğinde birtakım düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur.

Salgından ekonomik anlamda etkilenen pek çok işyeri tamamen kapanmış ve işyerlerinin büyük bir kısmı da faaliyetini geçici olarak durdurmuştur. Faaliyetini durduran çok sayıda işyeri, kısa çalışma uygulamasına geçmiştir. Ancak kısa çalışma ödeneği almaya hak kazanamayan işçiler yalnızca küçük miktardaki nakdi ücret desteği ile yaşamlarını sürdürebilmişlerdir.

Koronavirüs neticesinde işyerlerinde meydana gelen temel değişikliklerden biri de işçilerin çalışma biçimlerinde meydana gelen değişiklikler olmuştur. Bu konuda özellikle buna uygun olan iş türleri bakımından evden ve genel olarak uzaktan çalışma uygulamaları artmış, işyerlerinde en az sayıda işçi olacak şekilde mal veya hizmet üretimi gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Salgının etkisiyle giderek "iş hukukunda esneklik ilkesi" önem kazanmış ve esneklik ilkesinin gereği olan çalışma biçimleri daha fazla uygulama alanı bulmuştur.

Telafi çalışması ve denkleştirme uygulamaları esasen iş hukukunda genelde işçinin korunması ilkesinin karşısında yer alan esneklik ilkesinden doğan çalışma biçimleridir. Başka bir anlatımla işçilerin haftalık çalışma sürelerinin haftanın günlerine eşit bir biçimde dağıtılmasının istisnasını teşkil eden bu uygulamalar, esneklik ilkesinin uygulama alanlarına ilişkin en temel örneklerdir.

1475 sayılı İş Kanunundan[1] farklı olarak, 4857 sayılı İş Kanunu[2] ile birlikte işçinin korunması ilkesi göz önünde bulundurularak "güvenceli esneklik" uygulamalarına iş mevzuatımızda geniş bir biçimde yer verilmiştir[3]. Çalışmada, esneklik ilkesinin birer örneği olarak İş Kanunundaki yerini alan ve Covid-19'un da etkisiyle daha sık başvurulması muhtemel olan, telafi çalışması ve denkleştirme uygulamaları açıklanmaya çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK ESNEKLİK İLKESİ VE ESNEKLİĞİN TÜRLERİ

İş hukukunun gelişimi, yakın bir zamana kadar temel olarak işçinin korunması ilkesi üzerinden ilerlemiştir. Ancak son yıllarda işçinin

[1] RG. 1.9.1971, 13943.

[2] RG. 10.6.2003, 25134.

[3] Gaye Baycık, "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C. 20, S. 1, 2014, MÜHF-HAD, s. 233.

korunması düşüncesinin yanında iş hukukunda esneklik kavramı da değerlendirilmeye başlanmıştır. İş hukukunda esnekliğin artırılmasına ilişkin talepler daha çok ekonomik krizlere, üretim yavaşlamalarına ve işsizliğin büyük oranda artmasına dayanmaktadır[4]. Yine giderek küreselleşme sonucunda uluslararası hale gelen rekabet, teknolojik gelişmelerin hız kazanması, işyerlerinde yaygın bir biçimde bilgisayar kullanımına ve otomasyona geçilmesi, başka bir deyişle emek yoğun teknolojiden bilgi yoğun teknolojiye geçilmesi iş hukukunda esneklik ihtiyacının güçlenmesine yol açmıştır[5].

Giderek artan esneklik ihtiyacı işçi ve işveren arasındaki ilişkileri doğrudan etkilemekte, üretim biçimlerini, sürelerini ve yerlerini değişikliğe zorlamaktadır. Bu doğrultuda klasik çalışma biçimleri azalmakta, kısmi süreli çalışmalar yaygınlaşmakta geçici iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışma, uzaktan çalışma gibi farklı iş sözleşmesi türleri iş hukuku uygulamasındaki yerini genişletmektedir. Yine işyerleri çalışma sürelerinin homojenliğini kaybetmekte, yoğunlaştırılmış iş haftalarının oluşturulması, denkleştirme uygulamaları ve telafi çalışmaları gibi esnek çalışma yöntemleri uygulama alanı bulmaktadır[6].

Esneklik, sayısal, fonksiyonel, ücrete ve çalışma sürelerine ilişkin olmak üzere çeşitli türlere ayrılmaktadır. Sayısal esneklik, işyerlerinde doğan işçi ihtiyacının dönemlik değişimlere göre resmi iş aracılığı kurumlarından ziyade geçici iş ilişkisi ve alt işverenlik gibi müesseseler vasıtasıyla karşılanmasıdır[7]. Ancak bu esneklik uygulamalarında genelde iş güvencesi ve çalışanların sosyal güvenliği gibi konular tehlikeye atılmaktadır[8].

Fonksiyonel esneklik, işçilerin iş tanımlarının değişen ekonomik ve teknolojik koşullara uyum sağlayabilmesini ve işçilerin birden farklı alanda iş görebilmeleri anlamına gelir[9]. Bu tür esneklik uygulamalarında işçinin niteliği ve kapasitesinin önemi büyüktür. Bu tür uygulamalarda işe alım aşamasında işçilerin birden fazla türdeki işi yerine getirebilecek nitelikte olup olmadıklarına dikkat edilmelidir[10]

---

4 Sarper Süzek, İş Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 19.

5 Muzaffer Koç, "4857 Sayılı İş Kanunundaki Esneklik Düzenlemeleri ve Uygulama Problemleri", İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 7, 2016, s. 2170.

6 Süzek, s. 19.

7 Yılmaz Topcuk, Esnek Çalışma ve Esnek Çalışanların Sosyal Güvenliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2006, s. 16; A. Can Tuncay, "Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler, Esneklik", Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Çimento Müstahsilleri Sendikası Yayını, 27-30 Nisan 1995, s. 59.

8 Gökçe Cerev, "İş Kanunu Kapsamında Esnek Çalışmaya Yeni Yasal Yaklaşımların Çalışma Hayatına Etkisi", Karatahta İş Yazıları Dergisi, S. 5, Ağustos 2016, s. 68.

9 Tuncay, s. 61; Topcuk, s. 19.

10 Cerev, s. 69; Arif Yavuz, Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi, TTK Basımevi, Ankara 1995, s. 22.

Ücret esnekliği ise, işverenin değişen işgücü piyasasına göre çalışanların ücret politikalarını belirleyebilmesi anlamında kullanılır. Burada önemli olan işyerinin mevcut ekonomik şartlar altında varlığını sürdürebilmesi adına ödeme dengesini belirli bir ölçüde belirleyebilmesidir[11].

Esneklik türlerinin sonuncusu olan çalışma sürelerinde esneklik iş mevzuatımızdaki en yaygın esneklik uygulamasıdır. Esnekliğin bu türünde amaç çalışma sürelerinin tam süreli iş sözleşmesine göre kısaltılmasından ziyade bireyselleştirilerek işçilerin ve işyerinin ihtiyaçlarına uygun bir biçimde uygulanabilmesinin sağlanmasıdır. Bu sayede işyeri menfaatleri göz önünde bulundurularak işçiler normal çalışma sürelerinin dışında çalıştırılabilmektedir. Yine bu sayede işçilerin de kendi yaşam planlarını, bireysel ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak çalışma sürelerini belirli bir oranda planlayabilmelerine imkân tanınmaktadır[12].

Telafi çalışmasının ve denkleştirme uygulamasının ortak yönlerinden biri her iki müessesenin de çalışma sürelerinde esneklik türünün bir uygulaması olmasıdır. Her iki esnek çalışma biçimi de özünde çalışılmayarak veya daha az çalışılarak geçen belirli bir dönemin başka bir tarihte yapılan çalışmayla telafi edilmesini veya dengelenmesini ifade eder.

II. TELAFİ ÇALIŞMASI

A. GENEL OLARAK TELAFİ ÇALIŞMASI VE KOŞULLARI

Telafi çalışması, 1475 sayılı Kanun döneminde ekonomik kriz süreçlerinde işçi çıkarmayı önlemek adına çalışma sürelerinin kısaltılması hakkındaki öneriler arasında yer alan önlemlerden biridir[13]. Ancak Kanunun çalışma sürelerinin haftanın günlerine eşit bir biçimde dağıtılmasını öngören katı kuralları karşısında günlük çalışma süresini aşan bir çalışmanın fazla çalışma sayılmaması mümkün değildi. Bu nedenle telafi çalışması uygulaması yapılması mümkün olmamaktaydı (1475 sK. m. 61/a, 2).

Kural olarak yalnızca Kanunda belirtilen sebeplere dayalı olarak telafi çalışmasına başvurulabilir. Bu haller, işyerinde zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi halleridir (İK m.

---

11 Cerev, s. 69.

12 Baycık, s. 231.

13 Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 35. Baskı, İstanbul 2022, s. 729.

64/1). Örneğin, hammadde bulunamaması, siparişlerin durması vb. nedenlerle iş yapılmaması halinde telafi çalışması yapılması mümkün değildir. Zira bu hal işveren temerrüdünü oluşturur. İşveren böyle bir durumda ancak toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinde düzenleme varsa denkleştirme uygulaması yapabilir. Çalışılmayan bu süreleri yoğunlaştırılmış iş haftasıyla karşılayabilir[14].

Telafi çalışması yapılabilmesi için Kanunda sayılan şartların katı bir şekilde aranmasının nedeni bu çalışma biçiminin iş hukukunun iki önemli müessesesine istisna teşkil etmesidir. Öncelikle işçinin iş görme edimini sunmaya hazır olmasına rağmen işverenin zorunlu nedenler ve benzeri hallerle iş görme edimini kabul etmemesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun[15] (TBK) 408. maddesi anlamında bir işveren temerrüdü niteliğindedir. Bu hükme göre işveren temerrüde düştüğünde, işçinin çalışmadığı süreler için ücret ödemek zorunda kalacak ancak telafi çalışmasından farklı olarak ücreti ödenen bu süreler için daha sonra işçinin çalışmasını isteyemeyecektir[16]. İkinci olarak işçinin haftalık normal çalışma süresini aşan bir çalışma yapmış olmasına rağmen bu süreler için işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanamaması, bu çalışmaların alelade bir çalışmanın karşılığı olarak ücretlendirilmesidir. Özellikle bu durumda işverenin kanuna karşı hileye teşkil edecek şekilde fazla çalışma hükümlerini dolanarak işçilere fazla çalışma yaptırabilmesi olanağı gözden kaçırılmamalıdır. Bu durumda hem fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma hükümleri uygulama alanı bulacak hem de işveren hakkında idari para cezası uygulanması gerekecektir (İK m. 104/son)[17].

Telafi çalışmasının yalnızca Kanunda gösterilen hallerde yapılması gerektiği muhakkaktır. Ancak Kanunda "benzeri hallerde" ifadesine yer verilmiştir. Bu durum öğretideki bir görüşe göre ekonomik ve mevsimsel nedenlerle işin tatil edildiği her durumda telafi çalışmasının uygulanabileceği şeklinde yorumlanmaktadır[18]. Ancak katıldığımız öğretideki çoğunluk görüşüne göre, "benzeri haller" zorunlu nedenler ile bağlantılı olarak değerlendirilmelidir. Aksi takdirde ekonomik ve işletme kaynaklı riskler telafi çalışması ile işçilerin üzerine bırakılmış olacaktır[19].

---

14 Mustafa Alp, "Covid 19 Pandemi Döneminde Telafi Çalışması", Legal İSGHD, C. 17, S. 68, 2020, s. 1392.

15 RG, 4.2.2011, 27836.

16 Alp, s. 1384.

17 Hamdi Mollamahmutoğlu/ Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022, s. 1399.

18 Ömer Ekmekçi, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri", Çimento İşveren Dergisi, C. 19, S. 6, Kasım 2005, s. 4.

19 Alp, s. 1387; Baycık, s. 247; Nurşen Caniklioğlu, 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III. Yılında İş Yasası Semineri, Bodrum 21-25 Eylül 2005, s. 188; Öner Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanununda Telafi Çalışmaları", DEÜHFD Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, S. 9, 2007, s. 25.

Bu halde örneğin ulusal bayram niteliği taşımayan, Eskişehir'in kurtuluş günü olarak kutlanan iki Eylül tarihinin o ildeki bir işyerinde tatil edilmesi benzeri haller olarak nitelendirilebilecektir.

İş Kanununda telafi çalışması yapılabilmesi için işçiden onay alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanundaki şartlardan herhangi birinin somut olayda varlığı halinde işveren, işçinin rızası aranmaksızın telafi çalışması yaptırabilir. Burada işçinin iradesinin dahil olduğu tek uygulama, işçinin talebi üzerine kendisine izin verilen günler için yapacağı telafi çalışması yapılmasıdır. Bu halde taraflar arasında bir anlaşmayla yani işçinin de rızasıyla bir telafi çalışması yapılmaktadır[20].

İş Kanununun kapsamı dışında kalan iş sözleşmeleri bakımından işverenin, iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde özel bir düzenleme bulunmadığı takdirde, tek taraflı olarak telafi çalışması yaptırması mümkün olmayacaktır. Zira bu halde telafi çalışması TBK'da öngörülmemiş olduğundan işverenin yönetim hakkının kapsamını aşacak, iş sözleşmesinde esaslı değişiklik teşkil edecektir. TBK kapsamındaki iş ilişkilerinde tarafların anlaşmalarıyla telafi çalışması uygulaması yapılabilmesi mümkün olsa da günlük ve haftalık çalışma sürelerinin sınırlarının net bir biçimde belirlendiği Deniz İş Kanunu[21] ve Basın İş Kanunu[22] kapsamındaki iş ilişkilerinde telafi çalışması yapılabilmesi mümkün olmayacaktır[23].

İşverenin, işçinin rızası aranmaksızın tek taraflı iradesiyle telafi çalışması yaptırabilmesi için en önemli husus, işçinin çalışmamış olduğu yani telafisi gereken süreye ilişkin ücretini ödemiş olmasıdır. Bahse konu dönemin ücreti gününde ödenmemiş olduğu takdirde telafi çalışması yaptırılması mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle ücretsiz geçen bir sürenin telafisi söz konusu olamaz[24]. Nitekim ücretsiz izin sürelerinin telafisinin talep edilmesi mümkün değildir. İşçinin, ücreti ödenmiş bir çalışılmayan dönemin telafisi için telafi çalışması talimatına uymama hakkı bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle kendisinden hukuka uygun bir telafi çalışması yapması istenen işçi bu gerekçeyle iş sözleşmesini feshetmesi halinde fesih haksız sayılacaktır[25].

---

20 Süzek, s. 811.

21 RG, 29.4.1967, 12586.

22 RG, 20.6.1952, 8140.

23 Alp, s. 1391; Akyiğit, s. 2; Astarlı, s. 322.

24 Alp, s. 1391.

25 Ankara BAM, 26.11.2020, E. 2018/3749, K. 2020/2697, (www.lexpera.com, ET. 15.11.2022).

B. ZORLAYICI NEDENLERLE TELAFİ ÇALIŞMASI VE PANDEMİ SÜRECİ

Genelde salgın hastalık, özelde ise Covid-19, hukukta zorlayıcı sebep olarak kabul edilmektedir. Bir işyerinin salgın hastalık nedeniyle faaliyetinin durmak zorunda kalması, zorlayıcı sebep teşkil eder[26]. Ancak telafi çalışması açısından Kanunda aranan şart zorlayıcı sebep değil, zorunlu sebeptir. Bu açıdan zorunlu sebeplerin zorlayıcı sebebi de kapsayıp kapsamadığına göre salgın hastalık nedeniyle telafi çalışması yapılıp yapılamayacağı hakkında bir sonuca varılmalıdır.

Öğretide çoğunluk görüşüne göre zorunlu nedenler, zorlayıcı nedenleri de içerisinde barındıran daha geniş bir kavramdır. İşyerinden kaynaklanan bir sistem arızası, makine bakımı gibi haller zorlayıcı sebep sayılmasa da zorunlu neden teşkil ettiğinden telafi çalışmasına gerekçe yapılabilir[27]. Bu açıdan salgın hastalık nedeniyle alınan sokağa çıkma yasağı kararı ve karantina uygulamaları gibi işin kısmen veya tamamen durmasına yol açan zorlayıcı sebepler nedeniyle telafi çalışması yapılabilmesi mümkün olmalıdır.

Zorlayıcı neden ve zorunlu neden kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğunu savunan öğretideki diğer görüşe göre ise zorlayıcı neden zorunlu neden tanımı içerisinde değerlendirilemez. Zira zorlayıcı nedenler, zorunlu nedenlerin aksine dışsal niteliktedir. Yine Kanunda da zorunlu neden ve zorlayıcı neden kavramları birbirlerinin yerine kullanılmamıştır. Buna göre sokağa çıkma yasağı gibi uygulamalarında telafi çalışması yaptırmak için işçinin zorlanabilmesi mümkün değildir[28].

Kanımızca öğretideki çoğunluk görüşüne katılmak gerekmektedir. Zira işçinin menfaati açısından da zorlayıcı nedenlerin telafi çalışmasına olanak sağlaması ücretsiz izinden ve kısa çalışma uygulamalarından çok daha lehe sonuçlar doğurmaktadır. Yine Covid 19 pandemisi

---

[26] Talat Canbolat/Hasan Kayırgan, "Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkisine Etkisi ve Sonuçları", ÇÜHFD Ceren Damar Şenel Armağanı, C.5, S. 1, Nisan-Mayıs 2020, s. 646; Hasan Kayırgan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, On İki Levha Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 31; Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2020, s. 675; Eda Manav Özdemir, Covid 19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmelerine Etkisi, S.43, Sicil 2020, s. 132.

[27] Hakan Keser, "Koronavirüs (Covid 19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenlerin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme", Legal İSGHD, C. 17, S. 65, 2020, s. 23; Muhittin Astarlı, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, s. 323 vd; Münir Ekonomi, Telafi Çalışması, Legal İSGHD, S. 4, 2004, s. 1248; Eyrenci, 2007, s. 24; Caniklioğlu, s. 189; Akyiğit, s. 4; Sevgi Dursun Ateş, "Covid- 19 Pandemisine Bağlı Sokağa Çıkma Yasağında Çalışılmayan Süreye İlişkin Telafi Çalışması Yaptırılması", Legal İHD, C. 17, S. 68, 2020, s. 1482; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan/Esra Baskan, Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, s. 312-313.

[28] Murat Özveri, İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, İzmir Barosu 2020, s. 29.

çerçevesinde alınan ilk önlemlerden biri de telafi çalışması süresinin uzatılması olmuştur. Bu da kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğuna işaret etmektedir[29].

İşyeri ile ilgili zorlayıcı nedenlerin haricinde, pandemi döneminde salt işçilere veya belirli bir yaşın üzerinde veya kronik hastalığı olan işçilerin sokağa çıkmasına ilişkin yasaklar ve benzeri haller de telafi çalışması açısından değerlendirilmesi gereken bir husustur. İşçiden kaynaklanan bu haller telafi çalışmasının düzenlendiği İK m. 64'te sayılan durumlar ve "benzeri haller" ile ilişkilendirilebilecek nitelikte değildir. Telafi çalışmasının yalnızca Kanunda öngörülen hallerde yapılabileceği göz önünde bulundurulduğunda bu hallerde telafi çalışması yaptırılamayacak, iş sözleşmesi askıya alınacağından işçi bu süre zarfında ücretsiz izinli sayılacaktır[30].

İşyerinden kaynaklanan zorlayıcı nedenlerle faaliyetin durdurulması halinde İş Kanununun 40'ıncı maddesine göre bir hafta boyunca işçilere yarım ücret ödenmesi gerekmektedir. Telafi çalışmasının bu yarım ücret ödenen bir haftasına ilişkin kısmının işçinin ücretine etkisi öğretide farklı biçimlerde değerlendirilmiştir. İlk görüşe göre yarım ücret bir sosyal ödeme olarak değerlendirilmeli ve telafi çalışması için bu yarım ücret hesaba katılmaksızın tam bir ücret ödemesi yapılmalıdır[31]. Katıldığımız ikinci görüşe göre ise telafi çalışması yaptırılabilmesi için işverence ücretin eksik kalan kısmının tamamlanması yeterli olacaktır. Zira aksi yöndeki görüşün kabulü halinde işçinin korunması için öngörülen bir düzenlemenin işverenin aleyhine bir zenginleşme aracına dönüşmesi söz konusu olacak ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır[32].

C. TELAFİ ÇALIŞMASININ UYGULANMASI VE SINIRLARI

İşyerinde telafi çalışması yapılabilmesi için Kanunda öngörülen süreye ilişkin şartlara dikkat edilmesi icap eder. Kanuna göre telafi çalışması en geç dört ay içinde yaptırılmalıdır (m. 64/1). Niteliği gereği nispi emredici olan, dolayısıyla kısaltılabilen ancak uzatılamayan bu süre, 25.3.2020 tarihli kanun değişikliği ile iki aydan dört aya çıkarılmıştır[33]. Denkleştirme sürelerine ilişkin yasal düzenlemeden farklı olarak Kanunda dört aylık sürenin toplu iş sözleşmeleri ile belirli bir oranda uzatılabileceğine ilişkin bir düzenlemeye, telafi çalışması bakımından yer verilmemiştir.

---

29 Alp, s. 1397-1398.

30 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1341; Alp, s. 1400.

31 Caniklioğlu, s. 199; Kayırgan, s. 171; Ekonomi,2004, s. 1258.

32 Astarlı, s. 347; Alp, s. 1401.

33 RG. 26.3.2020, 31080.

Dört aylık sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağına ilişkin bir düzenlemeye Kanunda yer verilmemiştir. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde (ÇSY)[34] ise telafi çalışmasına gerekçe gösterilen zorunlu nedenin ortadan kalkması ve işyerinin normal çalışma dönemine başlamasından itibaren dört ay içinde telafi çalışmasının yapılması gerektiği ifade edilmiştir (m. 7/3). Bu halde dört aylık sürenin başlaması için zorunlu nedenin ortadan kalkması yeterli olmayacak ayrıca işyerinin normal çalışma düzenine geçmiş olması aranacaktır.

Telafi çalışması kural olarak kanunda öngörülen sebeplerle çalışmanın kısmen veya tamamen durdurulduğu dönemin sona ermesinden sonraki bir tarihte gerçekleştirilir. Zira Yönetmelik hükmünün lafzından da telafi çalışmasının ancak telafi edilecek çalışılmayan dönemden sonra gerçekleştirilebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır (m. 7/3). Bu hususta öğretide bir görüşe göre İK m. 64'ün amacı, işçinin izinli sayıldığı ancak ücretinin de ödendiği bir dönemin telafi edilmesidir. Aksi durumda daha sonra verilecek bir dinlenme süresi için önceden yapılacak telafi çalışması ile yapılan fazla çalışma neticesinde kazanılan serbest zamanın, zamlı süre üzerinden değil normal süre üzerinden verilmesi suretiyle fazla çalışmanın dolanılması sonucu doğabilecektir[35].

Telafi edilecek dönemden önceki bir tarihte telafi çalışması yapılmasının mümkün olduğunu ileri süren bizim de katıldığımız görüşe göre böyle bir uygulamanın mümkün olması, bu çalışma uygulamasının zaten iş hukukunda esnekliğin tesisi amacıyla öngörülmüş olmasıyla daha uygun sonuç doğuracaktır. Bu halde dahi önceden çalışılarak yapılan telafi çalışmasının uygulama alanı çok geniş olmayacaktır. Zira zorunlu nedenlerin gerçekleşmesinden önceki bir tarihten öngörülmesi mümkün olmayacaktır. Önceki tarihli telafi çalışmaları ancak belirli bir tatil gününden önceki veya sonraki sürelerin tatil edilmesi halinde ve işçinin isteği üzerine ileri tarihli bir gün için izinli sayılması hallerinde uygulanabilecektir[36]. Yine kanımızca işveren tarafından bu çalışmanın önceden işçiye bildirilmesi icap ettiğinden işçi de yaptığı çalışmanın bir fazla çalışma sayılmayacağını önceden bilebilecek durumda olacaktır.

İş Kanununa göre telafi çalışması günlük azami çalışma süresini aşacak şekilde yapılamaz. Yine günde üç saatten fazla telafi çalışması yapılması mümkün değildir. Son olarak tatil günlerinde de telafi çalışması yapılamayacaktır (m. 64/2). Kanundaki açık düzenleme gereği, örneğin günlük çalışma süresinin sekiz saat olduğu bir işyerinde üç saat telafi çalışması yapılarak o günün çalışma süresi on bir saate çıkarılabilecektir. Ancak o günün çalışma süresi dokuz saat olan bir

---

34 RG. 6.4.2004, 25425.

35 Ekmekçi, s. 32; Keser, s. 50; Manav Özdemir, s. 126.

36 Baycık, s. 249; Ekonomi, 2004, s. 1257; Eyrenci, 2004, s. 37; Dursun Ateş, s. 1495.

işyerinde, o gün en fazla iki saat telafi çalışması yapılabilecektir. Hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatillerde kural olarak telafi çalışması yapılması mümkün değildir. Ancak öğretide işçinin ulusal bayram ve genel tatillerde çalışması için rızası alınmış olması halinde telafi çalışması yapılabileceği de kimi yazarlarca kabul edilmektedir[37].

Öğretide özellikle haftalık çalışma süresinin haftanın beş gününe dağıtılarak cumartesi gününde çalışılmayan işyerlerinde cumartesi günü telafi çalışması yapılıp yapılamayacağı hakkında farklı görüşler ileri sürülmektedir. Yargıtay bu hususta verdiği bir kararda açıkça cumartesi gününü bir tatil günü saymış ve bugünde işyerinde telafi çalışması yapılamayacağına hükmetmiştir[38]. Yargıtaya katılmayan öğretideki bir görüşe göre haftalık çalışma süresinin haftanın beş gününe dağıtılması, cumartesi gününün akdi tatil sayılması anlamına gelmeyecektir. Cumartesi bir tatil günü değil "boş gündür". Yine işçinin uzun süre çalışıp yorulmuş olduğu çalışılan günde telafi çalışması yapılmasından ziyade cumartesi günü yapılan telafi çalışması bazı durumlarda daha makul dahi olabilecektir[39]. Kanımızca normal çalışma takviminde cumartesi çalışmayan işçinin cumartesi günü telafi çalışmasına tabi tutulması çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğindedir. Bu nedenle böyle bir çalışma için İK m. 22 çerçevesinde işçinin yazılı rızası alınmalıdır.

İşçinin telafi çalışması yapma borcunun doğması için işverence bir bildirim yapılmalıdır. Kanunda açık bir biçimde düzenlenmese de Yönetmelikte bir bildirim yapılması gerektiği ve bildirimin muhtevasında telafi çalışmasının gerekçesinin ve hangi tarihte telafi çalışması yapılacağının belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bildirimin şekline ve işçinin çalışmasının istendiği günden kaç gün önce yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme ise ne Kanunda ne de Yönetmelikte yer almaktadır. Bu noktada kanımızca işveren, dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde ve makul bir süre önceden bu bildirimi yapmalıdır[40]. Makul bir süre önceden bildirim yapılmaması halinde işçinin telafi çalışması yapma borcunun doğması söz konusu olmayacaktır.

---

37 Ekonomi, 2004, s. 1257; Keser, s. 50.

38 Yarg. 9.HD, 17.3.2008, E. 2007/27667, 2008/5292, (www.lexpera.com, ET. 19.04.2022); Yargıtay kararını haklı gören yazarlar için bkz. Caniklioğlu, s. 197; Astarlı, s. 344; Keser, s. 50; Dursun Ateş, s. 1498.

39 Sezgi Öktem Songu/Erhan Birben, "Çalışılmayan Cumartesi Günü Telafi Çalışması Yaptırılması Mümkün Müdür?", C. 9, Özel Sayı, 2007, DEÜHFD, s. 286; Ekmekçi, s. 37.

40 Muhammed Enes YILDIZ, İş Hukukunda Bildirim, On İki Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2021, s. 126.

III. DENKLEŞTİRME ESASI UYGULAMASI

A. DENKLEŞTİRME KAVRAMI VE DENKLEŞTİRME DÖNEMİ

1475 sayılı Kanun döneminde katı bir çalışma süresi düzenlemesinin yer alması ve bu nedenle haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit bir biçimde dağıtılması zorunluluğunun bulunması nedeniyle denkleştirme uygulamasına başvurulması mümkün değildi. 4857 sayılı Kanun ile çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine tarafların anlaşmasıyla farklı şekillerle dağıtılabilmesi mümkün hale gelmiştir.

İş Kanununun denkleştirme esasına ilişkin düzenlemesine göre, "Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir. Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir" (İK m. 63/2).

Kanun koyucu iş sözleşmesi taraflarına yalnızca çalışma sürelerini özgür biçimde belirleyebilme imkânı sağlamamış, ayrıca iki aylık bir zaman dilimiyle hatta toplu iş sözleşmeleri ile dört aylık bir zaman diliminde günlük çalışma süresinin 11 saati aşmaması ve haftalık ortalama çalışma süresinin 45 saati aşmaması şartıyla çalışma sürelerini diledikleri gibi belirleyebilme imkânı sunmuştur. Tarafların bu yönde yapacakları belirleme sayesinde bazı haftalar haftalık normal çalışma süresinin üzerinde çalışma yapılsa dahi denkleştirme dönemi içerisindeki ortalama dikkate alınacak, 45 saati aşan haftalardaki çalışmalar fazla çalışma ücreti ödenmesini gerektirmeyecektir. Bu sayede hem işveren fazla çalışma ücreti ödemek zorunda kalmayacak hem de işçi, denkleştirme döneminde az çalıştığı veya boşta geçirdiği süreleri dilediği gibi planlayabilecektir[41].

Kanunda denkleştirme süreleri içerisinde çalışma sürelerinin haftalık ortalamanın 45 saati aşmayacağı şekilde düzenlenebileceği ifade edilmiş, ancak yoğunlaştırılmış iş haftası tabiri kullanılmamıştır. Buna rağmen bu hükmün uygulanmasının sağlanması amacıyla yürürlüğe girmiş olan İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 5'inci maddesinde "yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki dönemde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması suretiyle, toplam çalışma süresi, çalışması gereken toplam normal süreyi geçmeyecek şekilde denkleştirilir" ifadesine yer verilmiş bu şekilde yoğunlaştırılmış iş haftası kavramı mevzuatta yerini almıştır.

---

41 Astarlı, s. 289.

Telafi çalışmasında olduğu gibi denkleştirme esasının uygulanmasında da işyerindeki işçilerin tamamını kapsayacak genel bir uygulamaya gidilmesi şart değildir. Bir veya birkaç işçinin denkleştirme uygulaması çerçevesinde çalıştırılması mümkündür. Yine işçiler farklı farklı gruplandırılarak her bir grubun ayrı denkleştirme tarzına uygun çalıştırılması da mümkündür[42].

Denkleştirme uygulamasının hangi hallerde veya hangi gerekçelerle yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemeye ne Kanunda ne de Yönetmelikte yer verilmiştir. Telafi çalışmasından farklı olarak denkleştirme uygulaması salt işletmenin veya işin gereklilikleri nedeniyle uygulanabilecektir. Telafi çalışmasından farklı olarak denkleştirme uygulamasında yegâne gerekçe tarafların, özellikle işverenin iradesidir. Ancak her hâlükârda denkleştirme uygulaması da dürüstlük kurallarına uygun bir biçimde yapılmalıdır[43].

Denkleştirme uygulaması ile birlikte kural olarak her ne kadar çalışılan günler ve bu günlerin yoğunluklarında bir farklılık oluşsa da işverenin ücret ödeme borcu bakımından ücret ödeme dönemi ve miktarı açısından herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Bu açıdan işçinin zamana göre veya parça başına ücret almasının da bir önemi bulunmamaktadır[44]. Ancak iş sözleşmesi tarafları denkleştirme dönemi bakımından ücret ödeme zamanını İş Kanunundaki sınırlamalara uygun bir biçimde belirleyebilecektir.

Kanunda denkleştirme dönemi iki aylık bir süre ile sınırlandırılmış, toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar çıkarılabileceği belirtilmiştir. Yine turizm sektörü için bu süre dört ay olarak öngörülmüş ve toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar çıkarılabileceği ifade edilmiştir. Bu sınırlamalar sayesinde Yönetmelikte tanımlanan yoğunlaştırılmış iş haftalarının belirli bir zaman dilimi içerisinde sınırlı sayıda olabilmesi sağlanmıştır. Bu sayede hem işçinin sosyal yaşamdan uzunca bir süre uzak kalmasının önüne geçilmiş hem de çok uzun bir zaman dilimi içerisinde insan takatini aşacak biçimde günlük çalışma süresinin sınırlarının zorlanması neticesinde iş kazalarının meydana gelmesine engel olunmuştur. Bu nedenle tarafların aralarında anlaşarak iki aylık sürenin üzerinde bir denkleştirme süresi belirlemeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile dört aylık sürenin üzerinde bir denkleştirme süresi belirlemeleri halinde bu süreler geçerli olmayacak, çalışılan süre

---

[42] Münir Ekonomi, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı", C. 7, S. 3, 2004, Yargıç Resul Arslanköylü'ye Armağan, Kamu-iş, s. 166; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 280; Süzek, s. 802; Caniklioğlu, s. 156; Polat Soyer, "İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzenlemeleri", Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s. 188.

[43] Astarlı, s. 293.

[44] Caniklioğlu, s. 12; Astarlı, s. 294.

yasal sınırlara uygun olarak denkleştirme hesabında değerlendirilecektir[45].

İş sözleşmesi tarafları usulüne uygun bir biçimde denkleştirme esasını uygulamaya koymalarına rağmen denkleştirme süresine ilişkin bir sınırlama yapmamaları halinde, Yönetmeliğe göre işveren yönetim hakkı kapsamında denkleştirme döneminin başlama ve bitiş sürelerini tayin edebilecektir (ÇSY m. 5/son).

Kanunda belirtilen denkleştirme süreleri takvim ayı veya yılı olarak düşünülmemelidir. Belirlenen denkleştirme süresi içerisinde o ayın kaçıncı gününde ilk olarak dönem başlatıldıysa, denkleştirme dönemi o tarihte başlamış sayılmalıdır. Yine örneğin iki aylık bir denkleştirme dönemi, iki ay sonraya denk gelen ayın o gününde tamamlanmış olacaktır. Ancak tarafların aralarında yaptıkları denkleştirme anlaşmasında dönemin kaçıncı gün başlayacağı belirtilmemişse bundan birinci gün anlaşılmalıdır[46].

B. İŞÇİNİN ONAYININ ALINMASI

Gerek İş Kanununda gerekse Yönetmelikte denkleştirme uygulaması yapılabilmesi için tarafların anlaşmasının sağlanması gerektiği açık bir biçimde düzenlenmiştir (İK m. 63/2, ÇSY m. 5/1). Bu nedenle işverenin tek taraflı olarak işyerinde denkleştirme uygulamasına geçmesi mümkün değildir[47]. Yönetmelik bu hususu daha da ileriye taşımış ve anlaşmanın ancak yazılı olarak yapılabileceğine işaret etmiştir. Kanımızca Kanunda yer almayan bir yazılı şekil şartının Yönetmelikte öngörülmüş olması isabetli olmamıştır. Bu açıdan öğretide denkleştirme esasının uygulanmasında yazılı bir anlaşmanın aranmaması gerektiği ifade edilmiştir[48].

İşveren, denkleştirme esasını uygulayabilmesi için işçiden iş sözleşmesinin yapılması aşamasında veya daha sonraki bir tarihte ancak denkleştirme uygulamasından önce işçinin onayını almak zorundadır. Yine her yeni denkleştirme dönemi için bu onayın tekrar tekrar alınması da gerekmez. İş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümle de bu rızanın var olduğu kabul edilecektir. Zira kanımızca denkleştirme esası işçinin ücretinden önce çalışma koşullarına ilişkin bir uygulamadır ve işçi toplu iş sözleşmesinden yararlanmıyor olsa da denkleştirme esası hakkındaki düzenlemeler uygulanması gereken hükümler arasında yer alır. Bu nedenle 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/2 gereği, denkleştirme esasına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmü, işçilere sendika üyesi olup olmamasına

[45] Astarlı, s. 295.

[46] Astarlı, s. 297.

[47] Caniklioğlu, s. 160.

[48] Caniklioğlu, s. 161.

bakılmaksızın uygulanması gereken bir hükümdür[49]. Ancak öğretide sendika üyesi olmayan ve dayanışma aidatı da ödemeyen işçiler için toplu iş sözleşmesinde düzenlenen denkleştirme esasının uygulanamayacağı da ileri sürülmektedir[50].

Öğretide katıldığımız görüşe göre, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile denkleştirme uygulamasına onay verilmemiş olması halinde işyerindeki mevcut çalışma düzeninden denkleştirme esası uygulamasına geçilmesi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil edecektir. Bu nedenle söz konusu onay verilmediği müddetçe işverenin yönetim hakkına dayanarak bu uygulamayı yürürlüğe koyması mümkün değildir. Nitekim daha önceki bir tarihte iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılmamış olan denkleştirme esası çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde olduğundan ancak İş Kanununun yirmi 22'nci maddesinde öngörülen usul ile yürürlüğe konulabilir. Buna göre işveren, işyerinde uygulayacağı denkleştirme esasına ilişkin şartları işçiye yazılı olarak bildirmeli, işçi de bu değişiklik teklifini altı iş gün içinde yazılı olarak kabul etmelidir. Aksi takdirde değişiklik gerçekleşmeyecek ve denkleştirme esası o işçi bakımından uygulanamayacaktır[51].

Denkleştirme uygulaması için işçiden alınacak onayın şeklinin yazılı olmasının gerekmediği, bu nedenle örtülü olarak onay verilebileceğini savunan görüşe göre ise her ne kadar denkleştirme uygulaması çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde olsa da işçinin yazılı onay vermemesine rağmen denkleştirme uygulaması takvimine uygun olarak fiilen çalışması denkleştirmeye rıza gösterdiği anlamına gelir. Zira aksinin kabulü dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecektir[52]. Yargıtay da verdiği kararlarda işçinin açık yazılı rızasını aramamakta, "örtülü denkleştirme" uygulamasına geçerlilik tanımaktadır[53]. Kanımca çalışma koşullarında esaslı değişiklik işçinin örtülü onayı ile gerçekleştirilemez. Bu hususta işçinin yazılı rızasının alınması şarttır. Ancak buradaki yazılı rıza şartının Yönetmelikten değil İş Kanunundan doğduğuna özellikle dikkat edilmelidir (İK m. 22/1). Öte yandan işçi herhangi bir itirazda bulunmadan karşılığında ücretini alarak denkleştirme takvimine uygun bir şekilde uzunca bir süre çalışmasını sürdürdüğü takdirde, artık denkleştirme uygulamasına

---

49 Caniklioğlu, s. 161; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 279; Süzek, s. 800.

50 Astarlı, s. 300.

51 Astarlı, s. 301; Sezgi Öktem Songu, "Çalışma Süresinin Örtüşü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtay'ın İki Kararı Üzerine Bazı Düşünceler", C. 8, S. 2, 2006, DEÜHFD,s. 183.

52 Cevdet İlhan Günay, Türk İş hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Ankara 2007, s. 93.

53 Songu Öktem, 2006, s. 169 vd. YHGK, 14.6.2006, E. 2006/9-374, K. 2006/382; Yarg. 9. HD, 1.3.2012, E. 2009/45842, K. 2012/6570, (www.lexpera.com, ET. 19.04.2022).

rızasının olmadığını ileri sürmesi ise dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecektir.

C. DENKLEŞTİRME UYGULAMASININ SÜRE YÖNÜNDEN SINIRLARI

İş Kanununda denkleştirme esası uygulaması açısından iki farklı süre sınırlamasına yer verilmiştir. Bunlardan ilki, denkleştirme takviminin her ne şekilde oluşturulduğuna bakılmaksızın günlük çalışmanın 11 saati aşamayacağıdır. İkincisi ise denkleştirme süresi içerisinde toplam çalışılan sürenin ortalamasının haftalık normal çalışma süresini aşamamasıdır.

Günlük 11 saat süre sınırı aşılarak yapılan çalışmalar yasak çalışma niteliğinde olduğundan, denkleştirme süresi içerisinde değerlendirilemeyecektir. Yoğunlaştırılmış iş haftası niteliğindeki bir iş haftasında bir haftalık bir zaman diliminde en az bir gün hafta tatili verilmesi gerektiği dikkate alındığında, haftanın geriye kalan altı gününde en fazla on birer saatten altmış altı saat çalışma yapılabilecektir. Örneğin iki aylık bir denkleştirme süresi içerisinde ilk dört hafta, haftada 66'şar saat çalışan bir işçi kalan dört hafta 24'er saat çalışarak haftalık ortalama 45 saatlik çalışmasını doldurabilecektir.

Günlük azami çalışma süresi açısından dolayısıyla haftalık en fazla 66 saat çalışma imkânı bakımından bir diğer önemli husus da bu sürenin diğer denkleştirme dönemine sarkıtılmasının mümkün olmamasıdır. Yani bir denkleştirme döneminde çalışma sürelerinin ortalamanın altında kalması nedeniyle kalan sürelerin diğer denkleştirme dönemine eklenerek çalışılması mümkün değildir[54].

Belirlenen denkleştirme dönemi içerisindeki günlerde çalışma saatleri her ne şekilde dağıtılırsa dağıtılsın bu dönemin çalışma süresi ortalaması işyerindeki haftalık çalışma süresini aşmamalıdır. Aksi takdirde aşan süreler denkleştirme hesabının içerisinde değerlendirilemeyecektir.

Denkleştirme esasının ele alındığı Kanun hükmünde açıkça ifade edilmese de çalışma sürelerinin bireysel niteliği gereği işçinin birden fazla işverene karşı iş görmesi halinde toplam çalışma süresi esas alınır ve çalışma sürelerine ilişkin sınırlara uyulup uyulmadığına toplam süre üzerinden karar verilir. Bu halde örneğin yoğunlaştırılmış iş haftalarında dahi bir işçinin günlük en fazla çalışma süresi 11 saati aşamayacak ve bu süre hesabında iki farklı iş sözleşmesi çerçevesinde yaptığı günlük toplam çalışma süresi göz önünde bulundurulacaktır[55].

---

[54] Astarlı, s. 308.

[55] Astarlı, s. 293.

D. ÇALIŞMA SÜRESİNİN DENKLEŞTİRME DÖNEMİNE DAĞITILMASI VE SERBEST ZAMAN

İş Kanununda, çalışma sürelerini denkleştirme ve belirlenen bir dönemde, çalışma sürelerini farklı günlere belirli kurallar dahilinde özgürce dağıtma imkânı tanınmıştır. Ancak Kanunda denkleştirme planının yapılmasının kimin takdirinde olacağına ilişkin sınırlayıcı bir düzenleme yapılmamış, aksine tarafların anlaşması ile denkleştirme uygulaması yapılacağı ifade edilmiştir. Bu halde denkleştirme dönemi içerisindeki çalışma planı, yani işçinin hangi günlerde ne kadar çalışacağı, hangi günlerin serbest zaman olacağı tarafların anlaşması üzerine işçi tarafından da bizzat belirlenebilir. Zira Kanunda buna engel bir hal bulunmamaktadır. Ancak her ne kadar böyle bir imkân olsa da uygulamada çoğunlukla çalışma planının işverence tasarlanarak işçiye bildirileceği aşikârdır.

Kanunun aksine Yönetmelikte denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlangıç ve bitiş tarihlerinin işveren tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Kanımızca açık Kanun hükmü karşısında bu hükmün uygulama alanı bulması mümkün olmayacaktır. Başka bir ifadeyle Yönetmelikte yer alan bu hüküm, tarafların aralarında anlaşmasıyla örneğin, işçiye denkleştirme planını tek taraflı olarak belirleme yetkisi verilebilmesine mâni olmayacaktır[56].

İşverenin denkleştirme planı içerisindeki çalışma ve dinlenme sürelerini hazırlaması halinde işçiye bu planı makul bir süre öncesinden uygun araçlarla bildirmesi şarttır. Zira her ne kadar denkleştirme süresinin ele alındığı hükümde bu husus açıkça belirtilmemiş olsa da kanımızca niteliği gereği bir çalışmanın başlama ve bitiş zamanlarını gösteren bu planın uygun bir şekilde işçiye bildirimi şarttır (İK m. 67, ÇSY m. 8/1). İşverence makul bir süre önceden çalışma planının bildirilmediği ve işyerinin ihtiyaçlarına göre çok kısa bir süre öncesinden işçinin çalışma için çağrılması durumunda ortada bir çağrı üzerine çalışma ilişkisini ortaya çıkacağından İK m. 14 hükmünde belirlenen hususların değerlendirilmesi gerekecektir[57].

Yönetmelikte, yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki dönemde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması suretiyle, toplam çalışma süresi, çalışması gereken toplam normal süreyi geçmeyecek şekilde denkleştirileceği ifade edilmiştir (m. 5/1). Yönetmeliğin lafzından yoğunlaştırılmış iş haftaların muhakkak daha az çalışılan veya serbest zaman olarak geçirilen sürelerden önceki bir tarihte olması gerekiyormuş gibi bir anlam çıkmaktadır. Kanımızca yoğunlaştırılmış iş

[56] Aynı yönde bkz. Astarlı, s. 310.

[57] Astarlı, s. 311; Çağrı üzerine çalışmanın koşulları hakkında bkz. Ufuk Aydın, Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları, S. 8, 2007, SİCİL İHD, s. 41 vd.

haftaları, denkleştirme döneminin başında, ortasında veya sonunda olacak şekilde belirlenebilir[58].

Öğretide bir görüşe göre iki farklı denkleştirme döneminin yoğunlaştırılmış iş haftalarının birbiri ardına denk gelecek şekilde ardışık olarak uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Örneğin ikişer aylık iki farklı denkleştirme döneminin birbiri ardına uygulandığı varsayımında ilk denkleştirme döneminin yoğunlaştırılmış haftalarının dönem sonuna koyulmuş olması halinde ikinci denkleştirme döneminin ilk haftasına yoğunlaştırılmış iş haftası koyulamayacaktır. Bu görüşe göre işçiler uzunca bir süre kesintisiz yüksek saatlerle çalışmış olacağından iş sağlığı ve güvenliği açısından ciddi olumsuzluklar ortaya çıkabilecektir. Yine bu görüşe göre adeta iki aylık denkleştirme süresi fiilen dört aya çıkarılmaktadır[59].

Kanımızca işveren her ne kadar iki farklı denkleştirme döneminin yoğunlaştırılmış iş haftalarını adeta sırt sırta getirse de bir denkleştirme dönemi bitmeden başka bir denkleştirme planına başlanması mümkün değildir. Yani bu çalışma dönemi ne kadar yoğun olursa ardından gelecek serbest zaman da o kadar geniş olacaktır. Yine kesintisiz bir biçimde denkleştirme esası uygulanmasıyla çalışılan işyerlerinde yani her sürenin bitiminde yeni bir dönemin başladığı işyerlerinde işverenin zincirleme olarak tüm yılın yoğunlaştırılmış çalışma haftalarını tek bir parça halinde kullanması da mümkün olmayacaktır. Başka bir ifadeyle işveren bu uygulamayı yalnızca iki denkleştirme döneminin yoğun çalışma haftalarını sırt sırta vererek yapabilecek, üç veya dört denkleştirme döneminin yoğun çalışma haftalarını bir araya getiremeyecektir. Bu nedenle araya muhakkak az çalışılan veya serbest olarak geçirilen süreler girecektir. Bu gerekçelerle, iki denkleştirme döneminin yoğun haftalarının ardışık bir biçimde uygulanmasına karşı çıkan öğreti görüşüne katılmamaktayız.

Yoğunlaştırılmış iş haftalarının öncesinde veya sonrasında işçilere tanınacak serbest zaman işçi tarafından önceki bir tarihte çalışılmış veya sonraki bir tarihte çalışılacak bir zamandır. Bu nedenle bu sürelerin sözleşmeden veya kanundan doğan tatil günleri ile iç içe geçirilmesi mümkün değildir. Bu sürelerin tarihsel anlamda çakışması halinde, serbest zaman süresine ayrıca eklenmesi gereklidir[60]. Benzer durum işçinin hastalık nedeniyle serbest zamanını kullanamaması durumu için de geçerlidir. Zira aksi halde bahse konu çalışma süreleri denkleştirilmemiş olacak, dolayısıyla ortalama çalışma süresi haftalık normal çalışma süresinin üzerinde kalacak ve bu nedenle işveren bu süreler için fazla çalışma ücreti ödemek zorunda kalacaktır[61].

---

58 Caniklioğlu, s. 159; Astarlı, s. 312.

59 Caniklioğlu, s. 159; Astarlı, s. 313.

60 Günay, s. 87.

61 Astarlı, s. 318.

Denkleştirme dönemi içerisinde iş sözleşmesinin sona ermesi denkleştirme anlaşması ile öngörülen çalışma planında bozulmaya ve ücret ödemesinde tartışmalı bir duruma yol açmaktadır. Öğretide bir görüşe göre denkleştirme döneminin yoğun çalışılan haftalarının tamamlanmasının ardından işçinin dinlenerek veya çok az çalışarak geçireceği dönemde iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, işçinin haftalık kırk beş saatin üzerinde çalıştığı her saat için fazla çalışma ücretine hükmedilmesi gerekir[62].

Bizim katıldığımız görüşe göre denkleştirme döneminin yoğun haftasından önce veya daha az çalışılarak geçirilen ve dinlenilen süresinden sonraki bir tarihte iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, ücret hususunda karar verilirken tarafların fesihteki kusurlarına göre değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır[63]. Böylece örneğin yoğun çalışma haftasından sonra iş sözleşmesinin işçi tarafından İK m. 24'e göre haklı nedenle veya işveren tarafından işyerinin ve işletmenin gerekleriyle süreli fesih bildirimi yoluyla veya işçinin kusuruna dayanmayan başka bir nedenle feshedilmesi halinde işçiye, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekir. Yine dinlenilecek veya az çalışacak sürelerin denkleştirme döneminin başına konması halinde, bu dönemden sonra iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçinin kusurunun bulunmaması durumunda işçiden haftalık ortalama çalışma süresi üzerinden ödenen ücretin iadesi talep edilemeyecektir.

SONUÇ

Telafi çalışması İş Kanununun 64'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren dört ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir". Denkleştirme esası ise, Kanunun 63'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir (m. 63/2).

---

[62] Öner Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler", Genel Bir Değerlendirme, S. 1, Ocak- Mart 2004, İHSGHD, s. 43; Süzek, s. 803; Ali Cengiz Köseoğlu/Sibel Kabul, "Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri", C.1, İstanbul, 2011, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, s. 989.

[63] Serkan Odaman, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, 2013, 130 vd.

Her iki çalışma türü de 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte iş hukukumuzda geniş yer edinen esneklik ilkesinin uygulama alanlarındandır. Zira her iki çalışma türü de eski İş Kanunundan farklı olarak haftalık 45 saatlik çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit bir biçimde dağıtılması zorunluluğunun yerini almıştır. Yine dolaylı bir şekilde her iki çalışma türü de işveren temerrüdü ve fazla çalışma hükümlerinin uygulanmasının önüne geçmekte, çalışılmayan veya daha az çalışılan sürelerin başka bir zamanda normalin üzerinde çalışılarak telafi edilmesi esasına dayanmaktadır.

İşyerinde haftalık çalışma süresinin haftanın beş gününe toplanarak cumartesi gününün boşta bırakılması halinde, boş bırakılan cumartesi gününde kural olarak telafi çalışması yapılamayacaktır. Nitekim sözleşmede cumartesi gününün akdi tatil sayılacağına ilişkin bir ibare bulunsa da bulunmasa da normal zamanda cumartesi çalışmayan bir işçinin bu gün için telafi çalışma yapmakla yükümlü kılınması, çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil edecektir. Dolayısıyla ancak işçinin yazılı rızasının varlığı halinde çalışılmayan cumartesi günü telafi çalışması yapılabilecektir.

Kanunda telafi çalışmasının şartları açık bir biçimde belirtilmiş olmasına rağmen denkleştirme esası uygulaması için herhangi bir şart öngörülmemiştir. Yine telafi çalışmasının dört ay içinde yapılacağı düzenlenmiş, denkleştirme esasının ise tarafların anlaşması ile en fazla iki ay içerisinde, toplu iş sözleşmeleri ile de en fazla dört ay içerisinde uygulanabileceği ifade edilmiştir. Kanımızca işveren, bir denkleştirme dönemi tamamlanmadan diğerine başlayamaz ancak işyerinde iki farklı denkleştirme döneminin yoğunlaştırılmış iş haftalarının birbiri ardına denk gelecek şekilde denkleştirme planının yapılması mümkündür. Nitekim mantıken bu ardışık uygulama yalnızca bir kez denk getirilebileceğinden ve en nihayetinde çalışılan haftaların yoğunluğuna orantılı bir biçimde dinlenilecek haftalar da artacağından insan takatini aşan uygulamalar haricinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından da bir risk teşkil etmeyecektir.

Telafi çalışmasının yapılabilmesinin şartları genel itibariyle Kanunda belirtilmiş olduğundan kural olarak işçinin rızası aranmaz. Denkleştirme esası ise ancak işçi ve işverenin anlaşması ile yapılabilecek bir çalışma türüdür. Kanımca daha önce iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılmamış olması halinde, denkleştirme esası çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde olacağından tarafların açık bir biçimde anlaşması yani İK m. 22'ye uygun şekilde işçinin onayının alınması gerekmektedir. Ancak işçinin yazılı onayı olmasa da uzunca bir süre denkleştirme takvimine uygun bir şekilde iş görülmüş ve buna göre ücretin ödenmiş olması halinde daha sonra denkleştirme esasına onay verilmediği dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremeyecektir.

KAYNAKÇA

Akyiğit E, Telafi Çalışması, TÜHİS, Şubat 2005, C. 19, S.3.

Alp M, Covid 19 Pandemi Döneminde Telafi Çalışması, C. 17, S. 68, Legal İSGHD, 2020.

Astarlı M, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitapevi, Ankara 2008.

Aydın U, Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları, S. 8, SİCİL İHD, 2007.

Baycık G, Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C. 20, S. 1, 2014, MÜHF-HAD.

Canbolat T/Kayırgan H, Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkisine Etkisi ve Sonuçları, C.5, S. 1, Nisan-Mayıs 2020, ÇÜHFD Ceren Damar Şenel Armağanı.

Caniklioğlu N, 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III. Yılında İş Yasası Semineri, Bodrum 21-25 Eylül 2005.

Cerev G, İş Kanunu Kapsamında Esnek Çalışmaya Yeni Yasal Yaklaşımların Çalışma Hayatına Etkisi, S. 5, Ağustos 2016, Karatahta İş Yazıları Dergisi.

Çelik N/Caniklioğlu N/Canbolat T/Özkaraca E, İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.

Dursun Ateş S, Covid- 19 Pandemisine Bağlı Sokağa Çıkma Yasağında Çalışılmayan Süreye İlişkin Telafi Çalışması Yaptırılması, C. 17, S. 68, 2020, Legal İHD.

Ekmekçi Ö, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri, Çimento İşveren Dergisi, C. 19, S. 6, Kasım 2005.

Ekmekçi Ö/ Yiğit E, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2020.

Ekonomi M, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, C. 7, S. 3, 2004, Yargıç Resul Arslanköylü'ye Armağan, Kamu-iş.

Ekonomi M, Telafi Çalışması, S. 4, 2004, Legal İSGHD.

Eyrenci Ö, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, S. 1, Ocak- Mart 2004, İHSGHD.

Eyrenci Ö, 4857 Sayılı İş Kanununda Telafi Çalışmaları, S. 9, 2007, DEÜHFD Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan.

Eyrenci Ö/Taşkent, S/Ulucan, D/Baskan, E, Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020.

Günay C İ, Türk İş hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Ankara 2007.

Kayırgan H, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, 2. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2021.

Keser H, Koronavirüs (Covid 19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenlerin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme, C. 17, S. 65, 2020, Legal İSGHD,

Koç M, 4857 Sayılı İş Kanunundaki Esneklik Düzenlemeleri ve Uygulama Problemleri, C. 5, S. 7, 2016, İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi.

Köseoğlu A C/Kabul, S, Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri, C.1, İstanbul, 2011, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan.

Manav Özdemir E, Covid 19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmelerine Etkisi, S.43, Sicil 2020.

Mollamahmutoğlu H/Astarlı M/Baysal U, İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022.

Odaman S, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, 2013.

Öktem Songu S, Çalışma Süresinin Örtüşü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtay'ın İki Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, C. 8, S. 2, 2006, DEÜHFD.

Öktem Songu S/ Birben, E, Çalışılmayan Cumartesi Günü Telafi Çalışması Yaptırılması Mümkün Müdür?, C. 9, Özel Sayı, 2007, DEÜHFD.

Özveri M, İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, İzmir Barosu 2020.

Soyer P, İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzenlemeleri, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003.

Süzek S, İş Hukuku, Beta Yayınevi, 20. Baskı, İstanbul 2020.

Topcuk Y, Esnek Çalışma ve Esnek Çalışanların Sosyal Güvenliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2006.

Tuncay A C, Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler, Esneklik, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Çimento Müstahsilleri Sendikası Yayını, 27-30 Nisan 1995.

Yavuz A, Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi, TTK Basımevi, Ankara 1995.

Yıldız M E, İş Hukukunda Bildirim, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2021.

ADALET DERGİSİ ETİK KURALLARI

Adalet Dergisi yayın etiği ile açık erişim politikası; 11 Ağustos 2020 tarih ve 31210 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği'ni, Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics, COPE) açık erişimde yayınladığı kılavuz ve politikasını, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'ni, Açık Erişim Dergileri Dizinini (Directory of Open Access Journals - DOAJ), Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA) ve Dünya Tıbbi Editörler Topluluğu (World Association of Medical Editors - WAME) tarafından yayınlanan ulusal ve uluslararası etik yayıncılık ilkelerini benimsemiştir. Bu ilkelere ek olarak Akademik Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkelerini (Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing) benimsemiştir.

Bir makalenin hazırlanması veya yayımlanmasıyla ilgili olarak aşağıdaki haller etiğe aykırı davranış olarak kabul edilir:

a) Uydurma: Araştırmada bulunmayan verileri üretmek, bunları rapor etmek veya yayımlamak.

b) Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek.

c) İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek.

ç) Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırarak çok sayıda yayın yapmak.

d) Mükerrerlik: Aynı araştırma sonuçlarını, birden fazla dergiye yayım için göndermek veya yayımlamak.

e) Desteklenerek yürütülen çalışmaların sonuçlarını içeren sunum ve yayınlarda destek veren kurum veya kuruluş desteğini belirtmemek.

f) Araştırma ve makalede ortak araştırıcı ve yazarların yazılı görüş birliği olmadan, araştırmada ve makalede aktif katkısı bulunanların isimlerini çıkartmak veya yazarlıkla bağdaşmayacak katkı nedeniyle yeni yazar veya yazarlar eklemek ya da yazar sıralamasını değiştirmek.

g) Diğer etik ihlali türleri: İnsan ve hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalarda etik kurallara uymamak, yayınlarında hasta haklarına saygı göstermemek, hakem olarak incelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri yayınlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak, bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak, tamamen dayanaksız, yersiz

ve kasıtlı etik ihlali suçlamasında bulunmak. Bu hususlarda ilgili mevzuat hükümleri saklıdır.

Bu anlamda araştırma, makale yazımı ve yayımı konusunda Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma Ve Yayın Etiği Yönergesi'nden de yararlanılarak aşağıdaki etik kurallar ve ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler Adalet Dergisi tarafından uygulanmaktadır.

1. Yazarlar ve hakemlerle şeffaf bir iletişim sağlanır.

2. Çalışmalarda bilimsel standartlar ve kalite önceliklidir.

3. Makalede kişi haklarına özen gösterilmelidir. Örnek olarak ele alınacak veya incelenecek mahkeme kararlarında kişi bilgileri, kişi bilgilerini ele verecek diğer özel bilgi ve işaretler gizlenmelidir.

4. Makale yayımında, değerlendirilmesinde, incelenmesinde din, mezhep, etnisite, siyasi görüş, bölge, cinsiyet gibi hususlar bir ayrım nedeni olarak kabul edilemez. Makalelerde bu konular ayrımcılık tarzıyla ele alınamaz. Makalelerin yayım kararlarında bunlar belirleyici olamaz.

5. Makalelerde insan hakları ve özgürlüklerine saygılı bir tutum sergilenir.

6. Eserlerin ortaya çıkarılması süreçlerinde katkıları olan özel ve tüzel kişiler bilgilendirilmelidir, yazıda bu hususlara yer verilir. Onay gereken konular ilgili özel veya tüzel kişilerin onayı alınır.

7. Veri ve sonuçlar, bilimsel yöntemlerle elde edilir. Bunların değerlendirilmesi, yorumu ve kuramsal sonuçların elde edilmesinde bilimsel yöntemlerin dışına çıkılamaz; bu sonuçlar saptırılamaz, elde edilmemiş sonuçlar araştırma sonuçlarıymış gibi gösterilemez.

8. Henüz savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışma, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanılamaz.

9. Yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uyulur.

10. Bilimsel çalışmalarda, başka kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgiler izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılır, bu bilgilerin gizliliğine riayet edilir ve korunmasını sağlanır.

11. Akademik atama ve yükseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunulamaz.

12. Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergi taranıyor gibi gösterilemez, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapılamaz.

13. Anket ve davranış araştırmalarında katılımcıların rızası alınmalıdır. Araştırma, bir kurumda yapılacaksa, katılımcıların rızasından sonra bağlı bulundukları kurumun izni gerekir.

14. Hayvan sağlığına ve ekolojik dengeye zarar verilmemesi temel ilkedir. Çalışmalara başlanılmadan önce gerekli izinler yetkili birimlerden yazılı olarak alınmalıdır. Bu çerçevede uluslararası beyanname hükümleri ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulur.

15. Araştırmacılar, kendi vicdanî kanaatlerine göre zararlı sonuçlara ve/veya onaylamadıkları uygulamalara yol açabilecek araştırmalara katılmama hakkına sahiptir.

16. Yapılacak çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgilerin, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılması, gizliliğine riayet edilmesi ve korunması sağlanır.

17. Bilimsel araştırma için tahsis edilen imkân ve kaynaklar amacı dışında kullanılamaz.

18. Makaleler bilimsel niteliğine uygun olarak tarafsız, net, açık ve anlaşılır olmalıdır.

Kabul edilmiş olan bu etik ilkelere uyulmaması durumunda, çalışma kabul edilmeyeceği gibi ilgili mevzuat gereği yerine getirilecektir.

Etik Kurul İzni Gerektiren Çalışmalar Şu Şekildedir:

1. Anket, görüşme, odak grup çalışması, saha çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel veya nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırma ve çalışma;

2. İnsan ve hayvanların (materyal/veri dahil) deneysel veya diğer bilimsel amaçlarla incelenmesi;

3. İnsanlar üzerinde klinik veya biyolojik araştırmalar;

4. Hayvanlar üzerinde araştırmalar;

5. Kişisel verilerin korunması kanunu uyarınca geriye dönük çalışmalar.

Bu kapsamda Adalet Dergisi'ne değerlendirilmek üzere gönderilecek çalışmalarda;

1. Yazar veya yazarlar, etik kurul kararı gerektiren deney, anket, ölçek, görüşme, gözlem, odak grup çalışması gibi nicel veya nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı almalıdır.

2. Yazar makalenin ilk-son sayfası ve yöntem bölümünde etik kurul adı, karar tarihi ve numarası belirtilmeli ve etik kurul kararını gösteren belge makalenin uygulanması ile birlikte Dergiye iletmelidir. Ayrıca olgu sunumunda olgu aydınlatılmalı ve onam formunun alındığına ilişkin bilgilere yazıda yer verilmelidir.

ADALET DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI

1873 yılından günümüze kadar fasılalarla Adalet Bakanlığı uhdesinde yayınlanan Adalet Dergisi, hukuk birimine akademik ve doktrin bakımından her anlamda katkı sağlamayı, Adalet Bakanlığının uyguladığı veya uygulayacağı hukuk politikalarının akademik alandaki karşılığını görmeyi ve bundan istifade etmeyi, dergi aracılığıyla akademik birikimi yargıya ve hukuk politikası üreten bütün kamu kurum ve kuruluşlara aktarmayı hedefleyen hakemli bir dergidir.

Adalet Dergisi Türk hukuk tarihi ve Türk hukukunun gelişim evreleri, uygulamadaki ve doktrindeki kaynakların tespit edilmesi, anlaşılması ve işlenmesi bakımından özel bir dikkat sahibidir.

Yayın Danışma Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir "Özel Sayı" olarak da yayınlayabilir.

Adalet Dergisi'nin resmi internet sitesi adaletdergisi.adalet.gov.tr adresidir. Matbu olarak yayımlanan derginin dijital nüshaları bu sitede arşivlenerek yayımlanmaktadır. Derginin akademik hakemli süreçten önceki arşivi de bu internet sitesinde yayımlanmıştır.

Adalet Dergisi "AD" kısaltmasını kullanmaktadır.

Dergide makaleler ile ilgili nihai kararı ön incelemede Editör/Genel Yayın Yönetmeni, hakem sürecinden sonra Yayın Danışma Kurulu vermektedir.

Adalet Bakanlığı'nın, Derginin fiziki ve dijital nüshalarından hiçbir ticari amacı bulunmamaktadır.

Adalet Dergisi, bilimsel çalışmaların ilerletilebilmesi için bilgiye kolay ulaşılabilir olması gerektiğinin bilincinde olan bir dergi olarak hakemli dergi literatürünün açık erişimini destekler ve yayınlanan tüm makaleleri herkesin okuyabileceği ve indirebileceği bir ortamda ücretsiz olarak sunar.

Genel İlkeler:

1- Adalet Dergisi ulusal hakemli bir dergidir. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanır. Bakanlık adına Eğitim Dairesi Başkanlığı derginin yayımından ve içerik takibinden sorumludur.

2- Dergi Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanır.

3- Adalet Dergisi'nin yayın dili esas olarak Türkçe'dir. Bununla birlikte Yayın Danışma Kurulunun uygun göreceği farklı dillerdeki makaleler de yayınlanabilir.

4- Adalet Dergisinde yayımlanmak üzere gönderilen makaleler, Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulur ve yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilir.

5- Dergide çeviri makale, karar incelemesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir.

6- Adalet Dergisi'nde yayımlanmaması yönünde karar verilen yazılar için ayrıca sahiplerine yazılı cevap verilmez.

7- Dergide yayımlanan eser sahiplerine Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşletme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenen telif ücreti ödenir. Yazara iki adet dergi gönderilir. Hakem incelemeleri için de yine bahsi geçen yönetmelik çerçevesinde inceleme ücreti ödenir.

8- Yayımlanması kararlaştırılan yazıların her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması veya yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Adalet Bakanlığı'na aittir; bu hakkın takibi ve süreç yönetiminden Eğitim Dairesi Başkanlığı sorumludur. Yazarların eserlerle ilgili tasarruf kullanma durumunda Eğitim Dairesi Başkanlığı ile irtibata geçmeleri gerekmektedir.

9- Yayımlanan eserlerin hukukî sorumlulukları kadar, fikri ve siyasi anlamda bağlayıcılığı da yazarlara aittir.

10- Adalet Dergisinde yayımlanan yazılar kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir. Ancak tıpkı basım olarak çoğaltılamaz, bu noktada Adalet Bakanlığı gereken hukukî haklarını kullanmaya sahiptir.

Makale Gönderme

1. Makaleler dergi sayısıyla ilgili duyuru metninde yer alan son yazı gönderme tarihi içerisinde gönderilmelidir. Süre aşımı yapan makalelerle ilgili karar Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne aittir.

2. Makaleler ilanda belirtilen mail adresine (adaletdergisi@adalet.gov.tr) dijital olarak ve yine ilanda belirtilen standartlara göre gönderilmelidir. Diğer yandan makaleler fiziki olarak da ilanda belirtilen adrese gönderilmelidir.

3. Makale sahiplerinin yazıları ile ilgili olarak ihtiyaç halinde görüşme sağlanabilmesi için dilekçelerinde iş ve cep telefon numaraları ile açık adreslerini belirtilmelidir. Yazarlar, görev yaptıkları kurum veya üniversite yanında unvanlarını belirtmelidir. Bunlarla birlikte ORCİD kimlikleri, e-posta adresleri de belirtilmelidir.

4. Daha önce hiç bir yerde yayımlanmadığı veya yayımlanmak üzere gönderilmediği, başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığı ve bu hususta tüm sorumluluğun üstlenildiği hususlarının yazılı olarak beyan edilmesi gerekmektedir. (Dilekçe Örneği). Dilekçe göndermeyen yazarların makalelerinin gönderdikleri haliyle yayımlanabileceğini, derginin yayım, yazım ve etik kurallarını kabul ettikleri varsayılacaktır. Bu beyanlar neticesinde yayımlanmaya uygun bulunan çalışmanın işleme, çoğaltma, yayma hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Dergide yayımlanan çalışmaların elektronik ortamda bütün olarak yayımı, fiziki olarak basımı, tanıtım amacıyla farklı dijital veya matbu mecralarda görsel olarak paylaşımı,

alıntı yapılması gibi hususlar da dahil olmak üzere yayın hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Makalelerin olduğu gibi başka bir yerde yayımı konusunda Bakanlık hak talebinde bulunabilecektir. Diğer yandan yazarın makaleleri kendi adıyla yayımlayacağı kitaba alması, kendine ait internet sitesinde yayımlanası hakları bulunmaktadır.

5. Yazıların ilan yayın ilkeleri ve yazım kuralları ile etik kurallara uygun hazırlanması gereklidir. Bu kurallara uymayan makaleleri, her aşamada Editör ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından geri çevrilebilir.

6. Dergide yayımlanan bir makale veya çalışmanın bilimsel ve telif hakları sorumlulukları da dahil olmak üzere idari, hukuki ve etik sorumlulukları yazar(lar)a aittir. Çeviri çalışmalarla ilgili olarak ise, makalenin veya çalışmanın yazarının, yazar dışında ise telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanı eş zamanlı olarak çalışma ile Dergiye gönderilmelidir. Çevirilerin de telif hakkı, hukuki hakları başta olmak üzere tüm sorumlulukları çevirene aittir.

7. Yayınlanmayan çalışmalar yazarlarına geri gönderilmez. Ancak ekte verilen dilekçede belirtilen yayım hakları konusundaki taahhüt ortadan kalkmış olur.

8. Yayımlanan yazılar için yazarlara, çeviriler için çevirenlere, incelemeler için hakemlere Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre hesaplanan telif ücreti ödenmektedir.

Makale İnceleme Süreci

1. Makaleler hakem süreci başlamadan Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Ön incelemeden geçen makaleler için hakem süreci başlatılır.

2. Her makale yazar veya yazarlarının kimlik bilgileri (adı-soyadı, unvanı, üniversite veya kurum bilgileri) kapatılarak (kör hakem uygulaması yöntemiyle) incelenmesi için iki hakeme gönderilir.

3. Makalelerle ilgili hakem takip süreci dergi Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirdiği yardımcıları tarafından yapılır.

4. Hakem incelemeleri, makale yazarıyla eşit unvan veya üst unvandaki hakemler tarafından yapılır.

5. Hakemlerden birinin kabul diğerinin red verdiği makale hakkında üçüncü hakem yoluna gidilir veya bu durumda Editör/Genel Yayın Yönetmeni karar verir.

6. Üçüncü hakem incelemesi sonucunda oluşacak kanaat ve rapor makalenin yayımlanıp yayınlanmayacağı hususunu belirler.

7. Hakemler tarafından düzeltme istenen makaleler yazarlarına gönderilir. Yazar, hakemlerin düzeltme talepleri çerçevesinde düzeltme

yapabilir. Yazarların düzeltmelerinin ardından, gerekli görüldüğü hallerde, makale tekrar hakeme gönderilir.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından bir sonraki sayıda değerlendirilmesine karar verilen makale yazarına bilgi verilir.

Değerlendirme İlkeleri

Yayınlanması talep edilen makale genel olarak dört ana çerçevede değerlendirilmektedir.

1. Çalışmaların genel anlamda hukuka aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.

2. Bilimsel etik kurallara, kişi haklarına, telif haklarına ve diğer sorumluluklara riayet edilmiş olması gerekmektedir.

3. Şekil açısından ilan edilen standartlara uyulması, Türkçe dilbilgisi kurallarına uyulması, yabancı bir dilde yayımlanacak makalenin o dilin kurallarına uygun olması, Türkçe ve yabancı dildeki özetlerin yine dil kurallarına uygun olması gerekmektedir.

4. Çalışmaların içerik bakımından özgün olması en öncelikli kriterdir. Diğer yandan çalışmaların doğru ve öğretici bilgi vermesi, yol gösterici olması, tartışarak bir gerçeği hedeflemesi, siyasi ve polemik konuları içermemesi, akademik dilin gerektirdiği şekilde başka görüş ve düşünceleri rencide etmemesi ve genel olarak bilimsel yöntemlere göre hazırlanması önem taşımaktadır.

Editör'ün/Genel Yayın Yönetmeni'nin ve Yayın Danışma Kurulunun Sorumlulukları

Genel Sorumluluklar

1.Dergiye yayımlanmak üzere gönderilen tüm çalışmaların sağlıklı yürütülmesinden Yayın Danışma Kurulu Üyeleri ve Editör (Genel Yayın Yönetmeni) sorumludur.

2. Bu çerçevede, Yayın Danışma Kurulu üyeleri kamu yararına bağımsız kararlar vermelidir.

3.Yayın Danışma Kurulu üyeleri ve Editör/Genel Yayın Yönetmeni dergiyi sürekli iyileştirmek ve yayın kalitesini yükseltmek için çaba gösterir.

4. Yayın Danışma Kurulu üyeleri, yayın, kör hakemlik, değerlendirme süreci ve etik ilkeler gibi dergi politikalarının tanımlanmasını ve uygulanmasını sağlar.

5. Yayın Danışma Kurulu Üyeleri, Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yazarların, hakemlerin ve okuyucuların dergi ve yayın süreci hakkında bilgi ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır ve bu konuda aydınlatıcı kılavuzlar hazırlar.

6. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, dergi yayıncılık süreçlerinin yayıncılık politikalarına ve yönergelerine

uygun olarak yürütülmesini sağlar ve süreçteki görev alanlarını yayın politikalarındaki gelişmelerden haberdar eder.

7. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, Dergi'ye gelen şikayetleri inceler, durumla ilgili genel değerlendirmeyi ve gerekli açıklamaları yapar.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, incelenen makalelerdeki kişisel verilerin korunmasını sağlar; yazar, hakem ve okuyucuların kişisel verilerini korurlar.

9. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, değerlendirilen eserlerde insan ve hayvan haklarının korunmasını sağlamakla yükümlüdür.

10. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerin fikri mülkiyet haklarını korumak ve olası ihlallerde dergi ve yazar(lar)ın haklarını savunmakla yükümlüdür. Ayrıca Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerdeki içeriğin diğer yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi için gerekli önlemleri almak ve bu kapsamda özgünlük kontrolü yapmakla yükümlüdür.

11. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, olası suistimal ve suistimallere karşı önlem almakla yükümlüdür. Bu durumla ilgili şikayetler olduğunda objektif bir araştırma yapar ve konuyla ilgili bulgularını paylaşır.

12. Hakem raporlarının ve ilgili diğer evrakın düzenli bir şekilde arşivlenmesini sağlamak.

13. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler Dergide TR Dizin şartları çerçevesinde hakemsiz bilimsel nitelikte makalelere yer verilebilir.

Özel Sorumluluklar

1. Editör/Genel Yayın Yönetmeni, makaleleri kabul etmek ya da reddetmek sorumluluk ve yetkisine sahiptir.

2. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil ve tarafsız bir şekilde değerlendirilmelidir.

3. Kabul ya da reddedilen makalelerle ilgili çıkar çatışması içerisinde olunmamalıdır.

4. Yalnızca özgün ve alanına katkı sağlayacak makaleler yayıma kabul edilmelidir.

5. Gönderilen eserlerin hakemlik süreçleri gizlilik içerisinde etik kurallar çerçevesinde sürdürülmelidir. Bu bağlamda hakemlerin kimlikleri gizli tutulmalıdır. Hakemler dergi yayımlandığında genel olarak liste halinde yayımlanabilir. Her makale konunun uzmanı olan hakeme gönderilir. Hakemlerin makul sürede incelemeyi

tamamlamaması durumunda hakemlerden incelemenin hızlandırılması talebinde bulunması, süresi içinde incelemenin yetişmeyeceği kanaati oluştuğunda ise yeni bir hakem incelemesine başvurma yetkisi bulunmaktadır.

6. Gönderilen eserler ile ilgili tüm bilgiler gizli tutulmalıdır.

7. Dergi politikası ve yayım kurallarına uymayan eksik ve hatalı çalışmalar hiçbir etki altında kalmadan reddedilmelidir.

8. Yayın Kurulu, gönderilen makalenin hakem değerlendirmelerine dayalı olarak yayımlanması kararının verilmesinden, derginin yayın kurulu politikalarından ve intihal, hakaret ve telif hakkı ihlaline karşı yasal tedbirlerin alınmasından sorumludur.

9. Makalelerin geliş tarihi ve kabul tarihi yayımlanan yazıların ilk sayfasında verilir.

10. Çalışmada ciddi bir sorun olmadığı sürece olumlu hakem önerileri göz ardı edilmez.

11. Yazarlara açıklayıcı ve bilgilendirici beyan ve geri bildirim sağlanır.

12. Hakemlerin kimlikleri ve raporları gizli tutulur.

13. Hakemlerin performansını artırıcı uygulama ve politikalar belirlenir.

14. Editör/Genel Yayın Yönetmeni farklı hakemler arar, hakem listesini geniş ve güncel tutar.

Hakemlerin Sorumlulukları

1. Hakemler yalnızca kendi uzmanlık alanına giren konularda yazılmış makaleleri kabul eder.

2. Hakemler makul sürede makalenin içeriğine dönük bilimsel değerlendirmeyi detaylı bir şekilde yapmakla yükümlüdür. Adalet Dergisi bu süreyi 20 gün olarak belirlemiştir, 10 gün de ek süre imkanı tanımıştır.

3. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir. Hakemler yazarın kapatılan kimliğini araştırma ve öğrenme çabasına girmemelidir

4. Değerlendirme için gönderilen bir eserin içeriğinin, teklif götürülen hakemin bilimsel alanı ya da birikimi ile uyumsuz olduğu düşünüldüğünde veya önerilen süre zarfında hızlı bir değerlendirme yapılamayacağı durumlarda Editör/Genel Yayın Yönetmeni bilgilendirmeli ve ilgili makalenin hakemliğinin yapılmasına yönelik teklif reddedilmelidir.

5. Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

6. Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

7. Değerlendirme süreci sırasında çıkar çatışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör'e bildirilmelidir.

8. Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

9. Makalenin yayımlanmasının reddine neden olabilecek herhangi bir bilgiye erişildiği takdirde, durum Editör bildirilmelidir. Aynı zamanda bilimsel makale yazma konusundaki tespitler ve etik kurallar ihlalleri de Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne iletilmelidir.

Yazarların Sorumlulukları

1. Yazarların en başta özgün çalışma yapma sorumluluğu bulunmaktadır. Yazar verdiği dilekçe ile fikir ve sanat eserleri ve telif haklarına ilişkin tüm sorumlulukları üstlenebileceğini de beyan ve kabul etmiştir. Makalede intihal bulunması durumunda, tüm sorumluluk yazara aittir.

2. Yazarlar makale yazımında bilimsel makale yazım kurallarına, etik kurallara ve Dergi'nin ilan ettiği yayın ve yazım kurallarına uymakla sorumludur. Yazarlar, Adalet Dergisi web sayfası ve Dergipark'ta yayımlanan; etik ilkeleri, yayın politikası, değerlendirme ilkeleri, yazım ve atıf kurallarına uymakla yükümlüdür. Bunların yanında yazar, makale başvurusu ile belirtilen tüm sorumluluklar ile hukuki sorumluluğu da üstlenmiş olacaktır.

3. Yazarlar makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalışma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu hususta tüm sorumluluğu üstlendiğini beyan eden (ek) dilekçe ile makalesini fiziki ve e-posta ile Adalet Dergisi editörlüğüne ulaştırması gerekmektedir.

4. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telife bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir. Tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır. Alıntılar makul oranda olmalıdır. Mevzuat veya mahkeme kararları zorunlu olmadıkça anlamı bozmayacak şekilde özetlenmelidir.

5. Bir yazar kendi yayımlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltmeyi dergide düzeltme metni olarak yayımlayabilir ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

6. Hakem değerlendirmeleri sırasında, hakemler tarafından talep edildiği takdirde, araştırmalara ilişkin ham verilerin sunulması şarttır.

7. Makalede adı geçen tüm yazarlar, gönderilen ve yayınlanan makaleler üzerinde eşit sorumluluğa sahiptir.

8. Deney, anket ve saha araştırmaları ve odak grup çalışması gibi nicel ya da nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı olmak yazarın yükümlülüğündedir. Etik kurul adı, karar tarihi ve sayısı aday makalenin ilk ve son sayfasında ve yöntem bölümünde belirtilmelidir. Yazar, bu kararı, makale ile birlikte göndermelidir.

I- YAZIM KURALLARI

A) 1-Makaleler, kaynakça dahil 4.000 kelimeden az, 15.000 kelimeden çok olmamalıdır.

2- Makalelerde "Başlık" 12 kelimeyi aşmamalı, "Öz" ilk sayfada 150-250 kelime arası olmalı, "Anahtar Kelimeler" 3-8 kelime arası bulunmalıdır.

3- Makalelerde "Başlık, Öz ve Anahtar Kelimeler"in Türkçe'nin yanı sıra İngilizce (veya diğer dilde) yazılması zorunludur.

B) 1-Yazılar belirlenen ve ilân edilen şekil ve esas ilkeleri doğrultusunda olmalı, içeriğinde gereksiz tekrardan kaçınılmalıdır.

2- Metin içerisinde imlâ kurallarına dikkat edilmeli, kullanılan kelimelerde yeknesaklık bulunmalıdır (kanun-yasa, hakim-yargıç vb.).

3- Çalışmalarda kısaltma kullanılabilir. Kişi ve eser adları ilk kullanımda açık yazılmalı, ikinci ve devam eden kullanımlarda kısaltılarak kullanılmalıdır. Bununla birlikte Yazım ve Atıf Kurallarından belirtilen kısaltmalar (Çev., by., ty. gibi) ilk kullanımdan itibaren kısa kullanılmalıdır.

4- Ana metin "Times New Roman" yazı karakterinde 12 punto, dipnotlar sayfa altında 10 punto, satır aralığı "tek aralık", iki yana hizalı olmalıdır.

5- Vurgulanmak istenen kısımlar kalın değil italik yapılmalı, yine alıntılar italik şekilde verilmelidir.

6- Madde numaralandırmalarının sistematiği Romen rakamı, büyük harf, rakam, küçük harf (I-, A-, 1-, a-) sınıflama tekniğine göre yapılmalıdır.

7- Giriş ve Sonuç bölümlerine numara verilmemeli.

II- ATIF KURALLARI

A) Hazırlanan makalelerde atıflar sayfa altı dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır.

B) 1- Dipnotta yer alan kaynak kitap atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı (Soyadının ilk harfi büyük diğer harfleri küçük şekilde), eser adı, varsa cilt numarası parantez dışında "C.", çeviri ise çevirenin adı parantez dışında "Çev." ibarelerinin ardında, birden fazla baskısı yapılmış ise baskı sayısı (1. baskı'nın belirtilmesine gerek bulunmamaktadır), yayınevi, basıldığı yer, baskı yılı, sayfa numarası "s." sırası ile belirtilmelidir.

Örnek: Ernst E. Hirsch, Anılarım, Çev. Fatma Suphi, 11. baskı, Yayınevi, Ankara, 1997, s. 362

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verildiğinde, "Yazar soyadı", eserin yayın yılı ile atıf yapılan sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır.

Örnek: Hirsch, s. 362

3- Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla yazarın soyadı, eserin yayınlandığı yıl, sayfa numarası şeklinde atıf yapılmalıdır.

Örnek: Hirsch, 1997, s. 362

Hirsch, 2021, s. 30

4. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a, b harfleri konulmalıdır.

Örnek: Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010a, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010b, s. 60

C) Birden fazla yazarlı çalışmalara yapılan atıflar, birinci yazarın adı-soyadı araya "/" yazılarak ikinci yazarın adı-soyadı virgül adı şeklinde; üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise üçüncü yazarın soyadından sonra "vd." şeklinde yapılmalıdır.

Örnek1: Feridun Yenisey/ Nurullah Kunter/ Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku – 1, 18. Baskı, Yayınevi, İstanbul, Ekim 2010.

Örnek2: Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yayınevi, Ankara, 2016.

Ç) 1- Dipnotta yer alan kaynak makale atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı, (tırnak içinde) "makale adı", varsa cilt (C.), sayı (S.), yıl, yayımlandığı dergi, sayfa numarası (s.) sırası ile belirtilmelidir, kaynakçada sayfa aralığı (ss.) bulunmalıdır.

Örnek: M. Âkif Aydın, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", C. 24, S. 24, 2004, Osmanlı Araştırmaları, ss.37-46

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verilecek ise, yazarın soyadı, yayın yılı, sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır. Aynı yıl içerisinde yayımlanmış birden fazla makale bulunması durumunda, "a, b" harfleri yıl ibaresi yanına eklenerek tekrar atıflarında kullanılır.

3- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

D) Bir derleme eserde derleyici soyadı yanına parantez içinde "der.", editörlük gerektiren bir eserin editörünün soyadı yanına parantez içinde "ed." ibaresi konulmalıdır. Bu tür eserler içerisinde yer alan farklı bir yazarın çalışmasına yapılan atıf, makale atıfları gibi yapılmalı, devamında derleme eserin adı, derleyen veya editör veya yayıma hazırlayanın ismi verilmelidir.

E) İnternet üzerinden erişim sağlanan kaynaklar, dipnotta ve yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yer almalı, ilgili internet kaynağının URL adresi de sonda parantez içinde verilmelidir. İlave olarak parantez içinde "son erişim tarihi" anlamında "s.e.t." ibaresine yer verilmelidir.

F) Arşiv belgeleri ile ilgili atıf şekli: Arşiv adı, tasnif adı, numara vb. orijinal tarihi ile verilmelidir.

Örnek: BOA, A.MKT.MHM, 110/92; 9 Ramazan 1273/3, Mayıs 1857

G) Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb., Yayının adı, baskı sayısı, yayımlayan, basım yeri, yayın tarihi, sayfa numarası (s.) sırasıyla verilmelidir. Baskı yeri belli olmayan eserlerde baskı yeri yok anlamında "by.", baskı tarihi belli olmayan eserlerde ise tarih yok anlamında "ty." ibareleri kullanılmalıdır.

Ğ) Yüksek lisans ve doktora tezlerine yapılan atıflar da yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yapılmalıdır. Yazar adı-soyadı, tez adı (italik olmadan tırnak içinde), yayımlanma bilgisi, üniversite adı, enstitü adı ve ana bilim dalı, şehir ve yılı belirtilmelidir. Aynı kaynağa ikinci kez atıflarda yazar soyadı, yıl, sayfa numarası ibaresi kullanılabilir.

H) İkincil Kaynaklardan Aktarma: Metin içerisindeki bilgi ya da ifadelerin ikincil bir kaynaktan silsile yoluyla aktarıldığı durumlarda esere ilişkin bilgilere atıf sonrasında parantez içinde (Aktaran:) ibaresiyle verilir.

I) Bir kongre yahut sempozyumda sunulan bir bildiri metnine yapılacak atıf, bildiri sahibinin adı-soyadı, (tırnak içinde) "Bildiri Başlığı", sempozyum adı, düzenleyen veya yayımlayan, şehir, düzenlenme tarihi, sayfa numarası sırasıyla verilmelidir, çalışma kaynakçada gösterilirken sayfa aralığı (ss.) verilmelidir.

İ) Gazete, akademik olmayan dergi vb. yayınlara yapılan atıflarda, konu haber ise haber başlığı tırnak içinde önce verilir; makale, deneme gibi vb. ise yazar adı-soyadı, tırnak içinde yazı başlığı; röportaj ise konuşulan kişinin adı- soyadı, röportajın başlığı, konuşan kişi verilmelidir. Bu sıralamaları gazete veya dergi adı, tarih numarası izlemelidir.

J) Mahkeme kararına atıflar şu şekildedir: Dava Adı, Merci, Başvuru no, E:, K:, T:. Şeklinde sıralanmalıdır.

Örnek 1: Ahmet B. Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/**, K.T. 11.2.20** (Karara ulaşılan kaynak).

Örnek 2: Yargıtay 2. CD, E: 2015/**, K: 2016/**, T: 11.02.20** (Karara ulaşılan kaynak).

K) Resmi Gazeteye Yapılan Atıflar şu şekildedir: RG, 02.01.2020, S. 30996.

III- KAYNAKÇA

A) Çalışmanın sonunda, yararlanılan kaynaklara, yazar soyadına göre alfabetik sırayla KAYNAKÇA'da yer verilmelidir. Aynı yazarın birden fazla eseri varsa, eski tarihli yayına öncelik verilmelidir. Birden fazla yazarlı eserlerde ilk yazarın soyadına öncelik verilerek, belirtilen şekilde sıralanır.

"Yazar soyadı yazar adının ilk harfi, eser adı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, yıl" şekilde sıralanmalıdır.

B) Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir. Aktarım yapılan eserler değil aktaran esere kaynakçada yer verilmelidir.

C) Metin içerisinde atıf yapılan mevzuata kaynakçada yer verilmesi zorunlu değildir.

Ç) Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

ADALET BAKANLIĞI
EĞİTİM DAİRESİ BAŞKANLIĞINA

Adalet Dergisinin.... yılının …… ayında yayımlanacak …..nci sayısında yer almasını istediğim,

……. başlıklı makalem ekte yer almakta olup ayrıca belirtilen e-posta adresine de gönderilmiştir.

Bu makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalıma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu hususstaki tüm sorumluluğu üstlendiğimi beyan ederim.

Bilgi ve gereğini arz ederim. .../.../20...

Adı Soyadı
İmza

Görev Yeri :
Unvanı :
Yazışma adresi :
İletişim e-posta:
Cep Tel :
İrtibat Tel :
ORCİD ID :