

**İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Cilt 7, Eylül, Sayı 13  
Vol. 7, September, No. 13**

**İstanbul  
Eylül 2022**

Dergiye yapılan atıflarda “İMHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

"İMHFD" abbreviation should be used in reference to the journal.

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.



**Copyright © 2022**

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN'ın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik vesair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law and Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

**İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**İstanbul Medeniyet Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**

**Yayın Sahibi**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi adına  
Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**

Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR

**Editörler**

Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN  
Dr. Öğr. Üyesi Caner TAŞATAN

**Editör Yardımcıları**

Arş. Gör. Ebuzer ZENGİN  
Arş. Gör. Melike ERGÜN TOPCU  
Arş. Gör. Yusuf Sinan CANATAR  
Arş. Gör. Büşra İZCİ  
Arş. Gör. Emre KÖPRÜCÜ

**Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

*İstanbul Üniversitesi*

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Mustafa AVCI

*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi*

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ

*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

**Medeniyet Law Review**  
**Publisher**

On behalf of Istanbul Medeniyet University  
Faculty of Law  
Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN

**Responsible Manager**

Asst. Prof. Dr. Dilek AYDEMİR

**Editors**

Assoc. Prof. Dr. Emrullah KERVANKIRAN  
Asst. Prof. Dr. Caner TAŞATAN

**Editor Assistants**

Res. Asst. Ebuzer ZENGİN  
Res. Asst. Melike ERGÜN TOPCU  
Res. Asst. Yusuf Sinan CANATAR  
Res. Asst. Büşra İZCİ  
Res. Asst. Emre KÖPRÜCÜ

**Editorial Board**

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

*İstanbul Medeniyet University Faculty of Law*

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

*İstanbul University*

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

*Marmara University Faculty of Law*

Prof. Dr. Mustafa AVCI

*Ankara Sosyal Bilimler University*

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

*Selçuk University Faculty of Law*

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

*Ankara Hacı Bayram Veli University*

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ

*İstanbul Medeniyet University Faculty of Law*

**Dil Editörleri****İngilizce**

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK

**Almanca**

Öğr. Gör. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Arş. Gör. Dr. Kübra TUNÇ

**Fransızca**

Doç. Dr. Halil ALTINDAĞ

**Yayımcının Adı:**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

**Basımcının Adı:**

Renk Matbaası

**Yönetim Yeri:**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünal Mah.

Ünal Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

**Yayın Türü:**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.

**Language Editors****English**

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Asst. Prof. Dr. Ekrem SOLAK

**German**

Lect. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Res. Asst. Dr. Kübra TUNÇ

**French**

Assoc. Prof. Dr. Halil ALTINDAĞ

**Name of Publishing Company:**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

**Printed by:**

Renk Matbaası

**Place of Management:**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünal Mah.

Ünal Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

**Type of Publication:**

Medeniyet Law Review is a peer reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK ULAKBİM TR Index Legal Database.

**ISSN-2757-7082**

**Basım Tarihi:** Eylül 2022

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünal Mah. Ünal Sok.

D-100 Karayolu Yanyol 34700 Üsküdar/İstanbul

E-mail: [hukukdergi@medeniyet.edu.tr](mailto:hukukdergi@medeniyet.edu.tr)

URL: <https://hukukdergi.medeniyet.edu.tr/tr>

DergiPark: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd>



## DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman Eren	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. A. Can Tuncay	Bahçeşehir Üniversitesi
Prof. Dr. Adnan Deyneklı	Bahçeşehir Üniversitesi
Prof. Dr. Adnan Tuğ	Hacı Bayram Veli Üniversitesi E.
Prof. Dr. A. Hamdi Topal	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Koç	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ	Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Cengiz Köseođlu	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Güzel	Kadir Has Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Ali Paşlı	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. A. Nizamettin Aktay	Antalya Bilim Üniversitesi
Prof. Dr. Arslan Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Aydın Başbuğ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi
Prof. Dr. Aydın Gülan	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Ayhan Döner	Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Celal Erbay	İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi
Prof. Dr. Cem Baygın	Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Cemil Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. C. İlhan Günay	Hasan Kalyoncu Üniversitesi
Prof. Dr. Emre Esen	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. E. Murat Engin	Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Ercan Akyiğit	MEF Üniversitesi
Prof. Dr. Fethi Gedikli	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Fevzi Demir	Yaşar Üniversitesi
Prof. Dr. Fevzi Şahlanan	İstanbul Okan Üniversitesi
Prof. Dr. Fuat Bayram	Kocaeli Sağlık ve Teknoloji Üniversitesi
Prof. Dr. Füsun Nomer Ertan	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Hakan Hakeri	İstanbul Medeniyet Üniversitesi E.
Prof. Dr. Halil Akkanat	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Halil Kalabalık	Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutođlu	Çankaya Üniversitesi
Prof. Dr. Hasan Hacak	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Hasan Tunç	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi
Prof. Dr. H. İbrahim Sarıoğlu	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. H. Nuri Yaşar	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Kaya	İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Özbay	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi
Prof. Dr. İbrahim Subaşı	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Prof. Dr. İsmail Kayar	İstanbul Aydın Üniversitesi
Prof. Dr. Kadir Arıcı	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Levent Akın	Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut Kabaççı	İstanbul Teknik Üniversitesi
Prof. Dr. Mahmut Koca	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. M. Akif Aydın	İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. M. Deniz Yener	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. M. Erdem Özdemir	Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet Akman	Marmara Üniversitesi

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar  
Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım  
Prof. Dr. M. Nusret Bedük  
Prof. Dr. M. Zeki Aydın  
Prof. Dr. Melikşah Yasin  
Prof. Dr. M. Fatih Uşan  
Prof. Dr. Murat Balcı  
Prof. Dr. Murat Doğan  
Prof. Dr. Murat Yavaş  
Prof. Dr. Mustafa Alp  
Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım  
Prof. Dr. Mustafa Koçak  
Prof. Dr. Mustafa Topaloğlu  
Prof. Dr. N. Binnur Tulukcu  
Prof. Dr. Necla Akdağ Güney  
Prof. Dr. Nihat Bulut  
Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu  
Prof. Dr. Ömer Anayurt  
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi  
Prof. Dr. Ömer Özkan  
Prof. Dr. Rauf Karasu  
Prof. Dr. Ramazan Çağlayan  
Prof. Dr. Refik Korkusuz  
Prof. Dr. Sabahattin Yürekli  
Prof. Dr. Saim Ocak  
Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu  
Prof. Dr. Sururi Aktaş  
Prof. Dr. Süleyman Başterzi  
Prof. Dr. Şafak Narbay  
Prof. Dr. Şahin Akıncı  
Prof. Dr. Tankut Centel  
Prof. Dr. Turan Yıldırım  
Prof. Dr. Ümit Gezder  
Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu  
Prof. Dr. Vahit Doğan  
Prof. Dr. Yavuz Atar  
Prof. Dr. Yusuf Çalışkan  
Prof. Dr. Yücel Oğurlu  
Prof. Dr. Zekeriyya Arı

Yeditepe Üniversitesi  
Marmara Üniversitesi  
Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi  
Selçuk Üniversitesi  
İstanbul Üniversitesi  
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi  
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi  
Erciyes Üniversitesi  
Marmara Üniversitesi  
Dokuz Eylül Üniversitesi  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
İstanbul Okan Üniversitesi  
Özyeğin Üniversitesi  
Selçuk Üniversitesi  
İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi  
İstanbul Medipol Üniversitesi  
Marmara Üniversitesi  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
İstanbul Üniversitesi  
Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi  
Hacettepe Üniversitesi  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi  
Dokuz Eylül Üniversitesi  
Bursa Uludağ Üniversitesi  
Marmara Üniversitesi  
İstanbul Okan Üniversitesi  
Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi  
Ankara Üniversitesi  
Sakarya Üniversitesi  
İstanbul Ticaret Üniversitesi  
Koç Üniversitesi  
Marmara Üniversitesi  
İstanbul Medeniyet Üniversitesi  
Yaşar Üniversitesi  
İstanbul Aydın Üniversitesi  
İbn Haldun Üniversitesi  
İstanbul Medeniyet Üniversitesi  
İstanbul Ticaret Üniversitesi  
Bursa Uludağ Üniversitesi

## YAYIN POLİTİKASI

1. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, açık erişim ilkesini benimsediği için derginin tüm içeriğini okurlara ücretsiz olarak sunar. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almaksızın dergide bulunan makalelerin tam metnini okuyabilir, makaleleri kopyalayabilir, indirebilir, arayabilir ve bunlara bağlantı sağlayabilir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan Öz, Özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce veya Türkçe öz eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı, ORCID numarası ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça Chicago atf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.
12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
  - a. **Kitap atıflarında:**
    - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**  
ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.

- bb. Sonraki atıflarda:**  
ŞANLI, s. 24.
- b. Makale atıflarında:**  
**aa. Metin içindeki ilk atıflarda:**  
TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)” **MÜHF – HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.  
**bb. Sonraki atıflarda:**  
TOPUZ, s. 298.
- c. Elektronik kaynakların atıflarında:**  
**aa. Metin içindeki ilk atıflarda:**  
GÖZLER, Kemal, “Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.  
**bb. Sonraki atıflarda:**  
GÖZLER, s. 8.
- d. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.**  
GÖZLER, **Anayasa Hukukunun...**, s. 76.
- e. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.**  
KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.
- f. Mahkeme kararı:** Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).
- g. T. C. Resmi Gazete:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

## EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a peer-reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. Medeniyet Law Review, embracing open access policy, provides all content of the review to the readers free of charge. Readers, except for commercial use may read, copy, download, search, and make connection to all the articles in the journal without the permission of the writer or the publisher.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200- 250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English or Turkish shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation, ORCID number and e mail address.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.
9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page. Bibliography and references should be arranged in accordance with The Chicago Manual of Style.
12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Footnotes should be arranged as follows:
  - a. **For books:**
    - aa. **For the first footnote:**  
BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
    - bb. **For following footnotes of the same work:**  
BORN, p. 62.
  - b. **For papers:**
    - aa. **For the first footnote:**  
WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust ", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.

- bb. For following footnotes of the same work:**  
WRIGHT, p. 298.
- c. For web pages:**
  - aa. For the first footnote:**  
LORCHER, Torsten, “Arbitration in Germany”, [https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration\\_volume\\_I/CMS%20GtA\\_Vol%20I\\_GERMANY.pdf](https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf), Access Date: 03.03.2014.
  - bb. For following footnotes of the same work:**  
LORCHER, p. 9.
- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author’s other studies.**
  - CHEMERINSKY, **Constitutional Law...**, p. 76.
  - CHEMERINSKY, **Criminal Procedure...**, p. 35.
- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**
  - aa. For the first footnote:**  
MILLER, Angharad/OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.
  - bb. For following footnotes of the same work:**  
MILLER/OATS, s.145.
- f. Citing a court case:** Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).
- g. Official Gazette of the Republic of Turkey:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

## DERGİMİZİN AMACI

TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizini'nde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukukun yardımcı kaynağı olarak kabul edilen hukuk alanındaki bilim insanlarının görüş, düşünce ve kanaatlerinden oluşan hukuk doktrinine alanlarında uzman kişilerin hakemliklerinden geçmiş makaleler ulaştırmayı hedeflemektedir.

Derginin danışma kurulunu farklı alanlardan ve farklı ülkelerden bilim insanları oluşturmaktadır. Akademik alandaki çeşitli görüş ve değerlendirmeler öncelikle akademik alanda çalışan bilim insanlarına katkı sağlayacak olup, hukuk alanında öğrenim gören lisans ve lisansüstü seviyesindeki öğrenciler ile mesleğini icra eden avukat, hâkim ve savcılara da uygulamada değerlendirebilecekleri ve yararlanabilecekleri farklı kanaatler sunacaktır.

Bunun yanında, dergimizde yer alacak bilimsel eserler ile ülkemizin uluslararası alanda üretilen fikirler ile entegre olmasına yardımcı olması, akademisyenlerin, araştırmacıların ve öğrencilerin yararlanmasına açık olması, üniversitemizin ve fakültemizin tanınırlığı ve başarılarını artmasına hizmet etmesi amaçlanmaktadır.





## SUNUŞ

TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yeni sayısını sizlerle buluşturmanın sevincini yaşıyoruz.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 7 S. 13 olarak sizlere sunduğumuz bu sayıda, Enes BAKKALOĞLU'nun “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Yeni Bir Usul Olarak Öngörülen İfade Verme Taahhüdü” başlıklı makalesi; Ahmet Emrah GEÇER’in “Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesine İlişkin Güncel Gelişmeler: 2019/4 E. 2021/78 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ve 7394 Sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanununun 359. Maddesinde Yapılan Değişiklikler” başlıklı makalesi; Önder PERÇİN’in “A Brief Overview of Early Islamic States’ Structures” başlıklı makalesi; Batuhan USTABULUT’un “Arap Baharı ve Güncel Gelişmeler Çerçevesinde Cezayir Anayasal Sistemine Genel Bir Bakış” başlıklı makalesi; Yusuf ÇALIŞKAN ve Aslı GÜNAYDINOĞLU’nun “ICC ve UNIDROIT Düzenlemeleri Bağlamında Milletlerarası Uzun Dönemli Doğal Gaz Sözleşmelerinde Aşırı İfa Güçlüğü” başlıklı makalesi; Akif DURSUN’un “Aile Kavramı, İslâm Hukukunda ve Türk Hukukunda Ailenin Tanımı ve Kapsamı” başlıklı makalesi; Mine ERCEVAHİR’in “Özel Hastaneye Kabul Sözleşmesi” başlıklı makalesi; Salih KARADENİZ’in “Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul” başlıklı makalesi; Nurgül KUTLU DOĞAR’ın “7392 Sayılı Kanun ile Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesine İlişkin Yapılan Değişiklik Hakkında Düşünceler” başlıklı makalesi; Cüneyt PEKMEZ’in “Yargıtay Kararları Işığında Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Arazilerde (2/B) Kullanım Kadastro Tutanağının Düzeltilmesi” başlıklı makalesi; Mustafa Oğuz TUNA’nın “Decommissioning” – “İşletmeden Çıkarma” Kavramı ve Hukuki Altyapısı” başlıklı makalesi; Habib YILDIZ’ın “Sigortacılıkta Tahkimin Tahkim Türleri Arasındaki Yeri” başlıklı makalesi; Esra YİĞİT’in “İşçi Lehine Hükmün Belirlenmesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 23.03.2021 Tarih ve 2021/2913-2021/6633 Sayılı Kararı Üzerine)” başlıklı makalesi olmak üzere on üç özgün araştırma makalesi yer almaktadır.

Dergimizin bu sayısına katkı veren yazarlarımıza ve incelemelerini titizlikle yapan hakemlerimize teşekkürlerimizi sunuyoruz

**Editörler Kurulu**



## **DERGİMİZ HAKKINDA / ABOUT OUR JOURNAL**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisidir. Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde yazılmış olan hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi, kitap incelemesi ve çeviriler hakem denetiminden geçerek yayınlanmaktadır.

Medeniyet Law Review is a peer reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database. Articles, case notes, and comments, discussions of legislative development, book reviews, and another similar type of papers, which are written in Turkish, English, German and French, are published after peer-review.

## **DERGİMİZİN TARİHÇESİ / HISTORY OF OUR JOURNAL**

Dergimiz, Temmuz 2016 -Temmuz 2019 tarihleri arasında Medeniyet Law Review (MLR) adıyla ve ISSN-2458-7958 numarası ile yayımlanmıştır. Ocak 2020 sayısından itibaren İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMHD) adını, Mart 2021 sayısından itibaren ise ISSN-2757-7082 numarasını kullanmaktadır. Dergimiz, Mart 2021 sayısı itibarıyla TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranmaktadır.

Our journal was published under the name Medeniyet Law Review (MLR) and numbered ISSN-2458-7958 between July 2016 and July 2019. Since January 2020 issue, the Journal of Medeniyet Law Review (MLR) has been using as the name of the journal and since the March 2021 issue, the number ISSN-2757-7082 has been using. Our journal has been cited in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database since March 2021 Issue.



## İÇİNDEKİLER / CONTENTS

### MAKALELER / ARTICLES

#### Kamu Hukuku / Public Law

##### *Araştırma Makalesi / Research Article*

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yeni Bir Usul Olarak Öngörülen İfade Verme Taahhüdü.....255  
A New Method in Penal Procedure Code That Commitment to Give a Statement  
Enes BAKKALOĞLU

##### *Araştırma Makalesi / Research Article*

“Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesine İlişkin Güncel Gelişmeler: 2019/4e. 2021/78k. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ve 7394 Sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanununun 359. Maddesinde Yapılan Değişiklikler.....273  
Current Developments Regarding Non Bis In Idem Principle in Tax Criminal Law: Constitutional Court Decision No. 2019/4e. 2021/78k. And Amendments Made in Article 359 of Tax Procedure Act by the Act Number 7394  
Ahmet Emrah GEÇER

##### *Araştırma Makalesi / Research Article*

A Brief Overview of Early Islamic States' Structures .....325  
Erken Dönem İslam Devlet Yapılarına Kısa Bir Bakış  
Önder PERÇİN

##### *Araştırma Makalesi / Research Article*

Arap Baharı ve Güncel Gelişmeler Çerçevesinde Cezayir Anayasal Sistemine Genel Bir Bakış.....349  
An Overview of the Algerian Constitutional System in the Light of the Arab Spring and Current Developments  
Batuhan USTABULUT

## Özel Hukuk / Private Law

### *Araştırma Makalesi / Research Article*

ICC ve UNIDROIT Düzenlemeleri Bağlamında Milletlerarası Uzun Dönemli  
Doğal Gaz Sözleşmelerinde Aşırı İfa Güçlüğü.....385  
Hardship in International Long Term Natural Gas Contracts in the Context of  
ICC and UNIDROIT Regulations  
Yusuf ÇALIŞKAN, Aslı GÜNAYDINOĞLU

### *Araştırma Makalesi / Research Article*

Aile Kavramı, İslâm Hukukunda ve Türk Hukukunda Ailenin Tanımı ve  
Kapsamı.....407  
The Concept of Family, Definition and Scope of Family in Islamic and Turkish  
Law  
Akif DURSUN

### *Araştırma Makalesi / Research Article*

Özel Hastaneye Kabul Sözleşmesi .....449  
Hospital Admission Contract  
Mine ERCEVAHİR

### *Araştırma Makalesi / Research Article*

Anonim Şirketlerde Elektronik Genel  
Kurul.....491  
Electronic General Assembly in Incorporated Companies  
Salih KARADENİZ

### *Araştırma Makalesi / Research Article*

7392 Sayılı Kanun ile Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesine İlişkin Yapılan  
Değişiklik Hakkında Düşünceler. ....521  
Thoughts on the Amendment to the Pre-Paid Housing Sale Contract Made with  
the Law Number 7392  
Nurgül KUTLU DOĞAR

### *Araştırma Makalesi / Research Article*

Yargıtay Kararları Işığı Altında Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Arazilerde  
(2/B) Kullanım Kadastro Tutanağının Düzeltilmesi .....541

In The Light of The Decisions of The Court of Jurisdiction, The Correction of  
The Use Cadastre Report on The Lands (2/B) Classified Out of The Forestland  
Cüneyt PEKMEZ

***Araştırma Makalesi / Research Article***

“Decommissioning” – “İşletmeden Çıkarma” Kavramı ve Hukuki  
Altyapısı.....565  
Decommissioning Concept at Nuclear Power Plants and The Legal Framework  
Mustafa Oğuz TUNA

***Araştırma Makalesi / Research Article***

Sigortacılıkta Tahkimin Tahkim Türleri Arasındaki Yeri.....615  
The Place of Arbitration in Insurance Among Types of Arbitration  
Habib YILDIZ

***Araştırma Makalesi / Research Article***

İşçi Lehine Hükümün Belirlenmesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 23.03.2021  
Tarih ve 2021/2913-2021/6633 Sayılı Kararı Üzerine).....629  
Determination of the Provision in Favor of the Worker  
(On Decision of Supreme Court 23.03.2021, 2021/2913-2021/6633)  
Esra YİĞİT





# CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA YENİ BİR USUL OLARAK ÖNGÖRÜLEN İFADE VERME TAAHHÜDÜ

Enes BAKKALOĞLU\*

## Öz

Bu çalışmada; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 94. maddesine 3. fıkra olarak 08.07.2021 tarihli değişiklikle eklenen ve yakın tarihte uygulanmaya başlandığı için bünyesinde tereddütler barındıran ifade verme taahhüdü müessesesi ele alınacaktır. Çalışma konusu; ifade verdikten sonra serbest bırakılmaya yönelik hakkında yakalama kararı çıkarılan şahısların, mesai saatleri dışında yakalanmaları üzerine yakalamanın haber verildiği Cumhuriyet savcısının kararıyla gözaltına alınmaları yerine, belirlenen ileri bir tarihte ifade vermek üzere rızaen adliyeye müracaat edecekleri taahhüdünden bahisle Cumhuriyet savcısının emriyle serbest bırakılmalarını düzenleyen müesseseye odaklanmaktadır. Oldukça öz biçimde, şahısların ifadeye yönelik yakalama emri çerçevesinde yakalanması, taahhülle serbest bırakılması ve taahhüdü ihlal durumunda 1000 TL'lik idari para cezası ile cezalandırılmalarını içermekte olan düzenleme, daha önceden benzeri bir kurum bulunmamasına bağlı olarak tamamıyla yeni bir müessesedir ve beraberinde getirdiği muğlaklık ortadadır. Çalışmada mevzubahis kuruma dair farklı ihtimaller ele alınacak ve henüz çok yeni olan taahhüt uygulamasında karşılaşılan örnek olaylar üzerinden konu somutlaştırılmaya çalışılacaktır. Bu surette, bireysel özgürlükleri ön planda tutma amacıyla ihdas edilen taahhüt müessesesi uygulanırken, adli işleyişin sekteye uğramaması için gerekli görülen fikirlere odaklanılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** *Yakalama, gözaltı, ifade verme taahhüdü, taahhüdü ihlal, ifade, sorgu, gıyabî tevkif*

---

\* Cumhuriyet Savcısı, LLM, ORCID ID: 0000-0003-3385-5876, bakkalzade@hotmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 15.01.2022

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 09.08.2022

Bu makaleye atıf için; BAKKALOĞLU Enes, “Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yeni Bir Usul Olarak Öngörülen İfade Verme Taahhüdü”, **İMHD**, C. 7, S. 13, 2022, s. 255-272.

## **A NEW METHOD IN PENAL PROCEDURE CODE THAT COMMITMENT TO GIVE A STATEMENT**

### **Abstract**

In this study, the institution of the commitment to give a statement, which was added to the article 94 of the Criminal Procedure Law No. 5271 with the amendment dated 08.07.2021 as the 3rd paragraph and which has unsolved question marks on practice, will be discussed. The subject of the study; focuses on the institution that regulates the release of individuals for whom an arrest warrant has been issued to release them after giving their statement, instead of being taken into custody after their apprehension outside of working hours, by the order of the Public Prosecutor, who is informed of the arrest, with the commitment that they will apply to the courthouse with their consent to give their statements at a specified future date. Quite succinctly, the regulation, which includes the arrest of individuals with the arrest warrant for getting their statements, their release with the commitment, and the punishment of an administrative fine of 1000 TL in case of violation of the commitment, is a completely new institution due to the absence of a similar institution before and the ambiguity it brings is obvious. In the study, different possibilities regarding the aforementioned institution will be discussed and the subject will be tried to be concretized through the case studies encountered in the practice of the commitment to give statement, which is still very new. In this way, while applying the institution of commitment to give statement, which was created with the aim of prioritizing individual freedoms, will be focused on the ideas that are deemed necessary in order not to interrupt the judicial process.

**Keywords:** *Apprehension, custody, commitment to give a statement, violation of the commitment, statement, interrogation, arrest in absentia*

### **I. KAVRAM VE AMAÇ**

Ceza muhakemesi; maddi gerçekliğe ulaşma amacıyla olduğundan<sup>1</sup>, özel hukuktan farklı olarak, tarafların ileri sürdükleri veya talepleri ile bağlılıktan ziyade re'sen araştırma ve delil serbestisi ilkelerine tâbîdir.<sup>2</sup> Bu doğrultuda ceza yargılamasında, özel hukukta olduğunun aksine, adli mercilere sunulandan ziyade yetkili makamın dosyanın safahatı için gerekli gördüğü delillerin temini öncelikli

---

<sup>1</sup> T.C. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2005/7-144 K. 2005/150 29.11.2005 "... Amacı isnada konu maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza yargılamasında..."

YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 61.

<sup>2</sup> TOROSLU Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 172 vd.

kabul edilecektir. Hukuk uygulamamızda yerleşik içtihatlar<sup>3</sup>, mevzuat<sup>4</sup> ve doktrin<sup>5</sup> uyarınca, adli mercilerce belirlenen hususlara ilişkin taraf beyanları başat delilleri teşkil etmektedir. Bu surette beyanların temini adına Türk Ceza Hukuku; ifadeye çağrı, zorla getirme ve yakalama gibi kurumları düzenlemektedir.

Dosyayla ilgili tüm taraflar için çıkarılabilecek olan ifadeye çağrı kâğıdı, tarafın bilinen/beyan adresine yapılacak olan bir tebligatla, belirli süreler içerisinde adli mercilere başvurulmasını temin etmek üzere daveti ifade etmektedir. Usulüne uygun yapılan bu çağrının karşılıksız bırakılması durumunda gerçekleşecek sonuçların da yer verildiği bu evrakın, genel uygulamada UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) SMS sistemi ile birlikte kullanıldığı görülmektedir. Ancak çoğu zaman, bireylerce UYAP SMS uygulamasının bilinmemesi veya adli personel sıfatları kullanılarak yapılan dolandırıcılıkların hatırlanması dolayısıyla kısa mesaj gönderimindeki maksat hasıl olmamaktadır.

Kendisine çağrı kâğıdı tebliğ edilen ve buna rağmen ilgili birime başvurmayan şüpheli, sanık, tanık ve bilirkişi nev'inden taraflar hakkında ikinci adım olarak, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturma evresinde ise mahkemece re'sen veya talep üzerine ihzâren (zorla) getirme kararı verilebilmektedir.<sup>6</sup> Bireyin ikametinden mevcutlu olarak alınıp ilgili adli makam

---

<sup>3</sup> Yargıtay 13. CD. E. 2011/27923 K. 2012/2008 02.02.2012 “...İade kararında da belirtildiği üzere; belki de olaylarla hiçbir alakası olmayabilecek olan R.K.'nın dinlenilmesi ve oluşacak duruma göre toplanması gereken ilave bütün delillerin toplanması, suçun sübutuna etki edeceği muhakkak olan bir delil olduğundan...”.

Yargıtay 15. CD. E.2013/33204 K. 2014/2705 17.02.2014 “...”Yeni Türk Ceza Adalet Sistemi'nde benimsenen, "Kişilerin Lekelenmeme Hakkı" ile "Eksiksiz soruşturma ve Tek Celsede Duruşma" prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının mâkul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yâni bir nev'i filtre görevi yapmaları gerekir. Bu prensiplerin hayata geçirilebilmesi için mevzuatımızda ilk defa, 5271 sayılı Kanun'un 160/2. maddesi hükmü ile; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılarının şüphelinin lehine olan delilleri (de) toplama ve şüphelinin haklarını koruma yükümlülüğü getirilmiş, ayrıca; 170 ve 174. madde hükümleri ile de, iddianamenin iadesi kurumuna yer verilmiştir. Soruşturma evresi uzun sürebilir. Ancak, kovuşturma evresinin yeni bir delil toplanmasına gerek kalmadan ve bir iki celsede yargılamanın bitirilmesi hedeflenmiştir. Anılan Kanun'un 174. maddesinin 1. fıkrasının b) bendi hükmüne göre de "Suçun sübutuna etki edeceği muhakkak olan bir delil toplanmadan" hazırlanan iddianamenin iade edilmesi gerekir. Kaçak veya gaip halleri ve benzeri istisnai durumlarda şüpheli ya da sanığın ifadesi alınmadan da dava açılabilirse de; kural olarak "şüphelinin ifadesi" toplanması gereken en önemli delillerden birisi olarak kabul edilmektedir." Bu itibarla somut olayda; şüpheli M. K. 'ın, münnet suça ilişkin olarak savunmasının tespit edilmeden iddianame tanzim edilmesi...”.

<sup>4</sup> 5271 sayılı CMK m. 247/3: “Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet kararı verilemez.”.

<sup>5</sup> GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN, Mehmet Emin/ ÇAKIR, Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.320-321.

<sup>6</sup> ÖZTÜRK, Bahri/ KAZANCI, Behiye Eker/ GÜLEÇ, Sesim Soyer, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 88 .

önüne zorla getirilmesi anlamına getirilen bu koruma tedbiri, yakalamadan önceki son aşamadır<sup>7</sup>.

Bahsi geçen denemelere rağmen ulaşılamayan şahısların, tüm ülke çapında aranarak temin edilmeleriyle, ilgili makam önüne fizîken yahut teknik imkanlar vasıtasıyla uzak bağlantı yoluyla çıkarılmalarına imkân sağlayan koruma tedbiri ise yakalama kurumudur. Kişi haklarına olan kuvvetli etkisi bakımından uygulanması için en katı şekil şartları aranan<sup>8</sup> koruma tedbiri olan yakalama emrinin karar mercii mutlaka mahkeme ya da hâkimliklerdir. Bu düzenlemenin istisnası ancak evvelce yakalanmış kişilerin kaçması<sup>9</sup> yahut itiraza konu bir kararla salıverilmiş olması<sup>10</sup> durumlarında doğacaktır.

Bu kriterlere göre ifade almak üzere çıkarılan yakalama emirlerinin mesai saatleri dışında infaz edilmesi hallerinde ifade verme taahhüdü düzenlemesi uygulama alanı bulmaktadır. Yakalanan şüpheli/sanığın taahhütte bulunmayı kabul etmesi ve Cumhuriyet Savcısının bunu uygun görmesi durumunda, kişinin gözaltına alınması yerine rızaen müracaatına imkân tanınabilmektedir. Şüpheli/sanığa maruz kaldığı koruma tedbirinden kısa süreli olarak varestede tutulmasına fırsat tanıyan bu düzenlemeye ifade verme taahhüdü denilmektedir.

## **II. YAKALAMA KORUMA TEDBİRİ**

Ceza muhakemesinin yürütülmesi ve sonuca kavuşturulması sırasında ortaya çıkacak kararların kağıt üzerinde kalmaması adına, geçici mahiyette başvuru ve hükmün kesinleşmesinden önce bazı hak ve özgürlüklere istisnaî olarak müdahalede bulunmaya imkân tanıyan önlemlere koruma tedbirleri denilmektedir.<sup>11</sup> Ceza usulümüzü düzenleyen mevzuat, kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın insan hak ve özgürlüklerine geçici müdahalelere olanak

<sup>7</sup> ÖZTÜRK/ KAZANCI / GÜLEÇ s. 45.

<sup>8</sup> Yargıtay 12. CD. E. 2021/3664 K. 2021/6591 T. 06.10.2021 “...şüpheli hakkında usulüne uygun çağrı ile şüphelinin mernis adresinde etkili bir soruşturma ve şüphelinin İstanbul'daki tebligata elverişli adresini tespiti yönelik yeterli bir araştırma yapılmadan şüphelinin ifadesinin alınmasına yönelik yakalama emri düzenlenmesi talebinde bulunulması nedeniyle Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 05.01.2021 tarihli ve 2019/201686 soruşturma sayılı talebinin reddine dair Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliğinin 08.01.2021 tarihli ve 2021/374 değişik iş sayılı kararına yönelik itirazın reddine ilişkin Ankara 7. Sulh Ceza Hâkimliğinin 21.01.2021 tarihli ve 2021/804 değişik iş sayılı kararında bir isabetsizlik görülmemiştir...”.

<sup>9</sup> 5271 sayılı CMK m. 98/2: “Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler.”.

<sup>10</sup> 5271 sayılı CMK 98/1-2.cümle: “...tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.”.

<sup>11</sup> ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin/ ALAN AKCAN, Esra/ ÖZAYDIN, Özdem/ ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ ALTINOK VİLLEMİN, Derya/ TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 441 .

sağladığı için, ancak kanuni dayanak varsa uygulama alanı bulacak olan; yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, zorla getirme, arama, el koyma gibi geleneksel koruma tedbirlerinin yanında beden muayenesi, fizik kimliğin tespiti, iletişimin dinlenmesi ve tespiti, gizli soruşturmacı atanması, teknik araçlarla izleme nev'inden yeni nesil koruma tedbirlerini öngörmektedir.<sup>12</sup> Örneklenen bu müesseselerin ortak özelliği, münnet fiile oranla ölçülülük kriteridir.<sup>13</sup> Mevzuatın öngördüğü tedbirlerin uygulanması suretinde temin edilecek muhtemel faydaların, haklar üzerinde doğacak olumsuz etkilere oranla üstünlüğünü hedefleyen ölçülülük kriteri, doktrinde orantılılık olarak da ele alınmaktadır.<sup>14</sup>

Cumhuriyet savcısının, kendisine suç isnat edilen şüpheli/sanığı gözaltına alma yahut serbest bırakma kararı vermesinden önce, kişinin kesin hüküm olmaksızın hürriyetinin sınırlandırılması anlamına gelen yakalama müessesesinin<sup>15</sup>, koruma tedbirlerinin genel niteliği gereği ihtiyaç duyduğu yasal dayanak, Anayasa<sup>16</sup> ve CMK maddeleri<sup>17</sup> uyarınca sağlanmaktadır. Ceza muhakemesine ilişkin bir müessesenin anayasal çerçeveye sahip olmasının, zaman içinde değişmeler gösteren hukuk sistematğine kırmızı çizgiler belirlemek amaçlı, hukuk devleti ilkesi bağlamında insan haklarını önceleyen bir tutum olduğu söylenebilecektir.<sup>18</sup>

Yakalama kurumu, genellikle suçun ilk ortaya çıktığı anda (müzekkeresiz) fiili yakalama suretinde uygulama alanı bulmaktadır. Suçüstü hallerinde, faile yönelik herkesin yakalama ve muhafaza altına alma yetkisinin bulunduğu ve icra edilen yakalamalar akabinde gerçekleştirilecek işlemler kanunda detaylıca düzenlenmektedir.<sup>19</sup>

---

<sup>12</sup> ÖZTÜRK, Bahri/ KAZANCI, Behiye Eker/ GÜLEÇ, Sesim Soyer, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 27; bununla birlikte öğretide “beden muayenesi, fiziki kimliğin tespiti, iletişimin dinlenmesi ve tespiti, gizli soruşturmacı atanması, teknik araçlarla izleme ve dinleme” gibi delil elde etme yöntemlerine hem koruma tedbiri özelliği hem de soruşturma evresinde araç olma özelliklerini bir arada barındırmalarından dolayı karma nitelik izafe eden görüşler de mevcuttur. GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 355 vd.

<sup>13</sup> CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı**, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 268 vd.

<sup>14</sup> GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.113-114.

<sup>15</sup> ALAN, Esra: **Güncel Sorunlar Işığında Yakalama ve Gözaltına Alma**, Terazi Hukuk Dergisi, 2009 C.4 S. 34, s. 55 .

<sup>16</sup> Anayasa m. 19: “Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.”

<sup>17</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 90 ve devamında “Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler” şeklinde yer almaktadır.

<sup>18</sup> İBİCİOĞLU, Gözde, **Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 62 vd.

<sup>19</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 90/1 “Aşağıda belirtilen hallerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir:

Daha önce hakkında çıkarılan yakalama emri uyarınca kolluk tarafından tutulan yahut önceki bir karara istinaden ceza infaz kurumlarında bulunan şahsın firar etmesi üzerine Cumhuriyet savcısının ve Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı durumlarda kolluk amirlerinin yakalama yetkisine sahip olduğu hususu da kanunda düzenlenmekle birlikte<sup>20</sup>, çalışma konusuna dayanak teşkil eden emir üzerine yapılan yakalama türü, hâkimlerce CMK m. 98 uyarınca<sup>21</sup> çıkarılan kararlara dayanmaktadır. Müzekkereli yakalama adı da verilen<sup>22</sup> bu kararlar uygulamada, savcılık aşamasında firari şüpheli için sorguya sevk etmeye yönelik yakalama ve dosyanın ilerletilmesi adına ifade/sorguya yönelik yakalama olmak üzere iki surette çıkarılmaktadır. Çıkarılan bu emirler ile yakalama yapılması için diğer yakalama türlerinde olan gecikmesinde sakınca bulunan hal ve Cumhuriyet savcısına ya da kolluk amirine ulaşma imkânının bulunmaması kriterleri aranmayacaktır.<sup>23</sup> Emre istinaden infaz edilen yakalamaların derhal iadesinin talep edileceği yahut re'sen kaldırılacağı da kanuni düzenlemenin bir başka veçhidir.<sup>24</sup>

### **A. Sorguya Sevke Yönelik Yakalama Emri**

Kuvvetli suç şüphesi, somut delil, mağdur/müşteki üzerinde baskı oluşturma ihtimali, sabit ikamet sahibi olmama, iştirâken işlenen suçlarda diğer iştirak edenlerin tutuklu bulunması gibi kriterler ışığında; yakalamanın infazı halinde tutukluluk, adli kontrol gibi tedbirlerin değerlendirilmesi bakımından muhakkak sorguya çıkması gereken firari şüpheli/sanıklar hakkında çıkarılan emir, şahsın en geç yirmi dört saat içinde mahkeme önüne çıkarılmasını öngörmektedir.<sup>25</sup> Doktrinde tutuklama yakalaması olarak da adlandırılan bu türde, henüz verilmiş bir tutuklama kararı bulunmasa da tutuklamaya giden yolda bulunulduğuna dair işaretler bulunmaktadır.<sup>26</sup> Kolluk birimleri tarafından bahsi geçen emir üzerine

a) *Kişiyi suçu işlerken rastlanması.*

b) *Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması”.*

<sup>20</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 90/2 “Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.”.

<sup>21</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 98 “Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.”.

<sup>22</sup> GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 397.

<sup>23</sup> ÖZTÜRK, Bahri vd. s. 463.

<sup>24</sup> TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 242.

<sup>25</sup> 5271 sayılı CMK m. 94/1 “Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır.”.

<sup>26</sup> ERYILMAZ VAROL, Seçil, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı**, Ufuk Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020, s. 17; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 321.

yakalanan kişi, yasal hakları anlatılıp tanıdıklarına haber verildikten sonra ivedilikle nöbetçi Cumhuriyet savcısına bildirilmektedir.<sup>27</sup> Yakalamanın mesai saatleri içinde olup olmamasına ve şahsın çıkarılacağı adli mercinin aktif yoğunluğuna göre Cumhuriyet savcısı derhal adliyeye sevk yahut gözaltına alma kararı verebilmektedir.<sup>28</sup> Uygulamada yakalamanın; emri düzenleyen mahkemenin yargı çevresi dışında bir konumda icra edilmesi durumunda, öncelikle yakalama emrini düzenleyen mahkemeye sevk, bu mümkün değilse kararı veren yargı birimine SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) aracılığıyla uzaktan bağlantı yollarıyla sorgu yapılmaktadır.<sup>29</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus mevzuatın belirlediği gözaltı süresi<sup>30</sup> içinde hâkim önüne çıkarılma güvencesine uyulmasıdır. Zira kişinin tutulmasındaki hukuki dayanak sürenin dolmasıyla ortadan kalkacak ve kamu görevlilerinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan<sup>31</sup> sorumluluğu doğacağı gibi, adil yargılanma hakkının ihlali suretinde tazminat hakkı da oluşabilecektir.<sup>32</sup>

## **B. İfadeye Yönelik Yakalama Emri**

Taahhütlerin uygulama alanı bulduğu ifadeye yönelik yakalama emirlerinde, sorguya sevkten ziyade dosya için gerekli delil ve beyanlar alınıp serbest bırakma hedefi gözetilmektedir. İfadeye yönelik yakalama kararları; hakkında evvelce çıkarılan çağrı kâğıdı tebliğ edilemeyen yahut cevapsız bırakılan, kollukça adresinin belirlenmesi hususunda yapılan araştırmaların sonuçsuz kaldığı<sup>33</sup> ve dosya akıbeti için mutlaka dinlenilmesi gereken kişilere yönelik, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, kovuşturma aşamasında ise yine talep üzerine yahut re'sen hâkim tarafından çıkarılabilmektedir. Bu kararın içerdiği koruma tedbiri uyarınca ilgili kişiler; yurdun her yerinde aranmakta, kolluk görevlilerinin GBT (genel bilgi taraması) ekranlarında yakalamalı

---

<sup>27</sup> ÖZTUĞUT, Alper, **Yakalama ve Gözaltı**, Başkent Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s. 95.

<sup>28</sup> ÖZTUĞUT, s. 92.

<sup>29</sup> KAYA GÖÇMEN, Özen, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Koruma Tedbirleri Üzerindeki Etkileri: Yakalama ve Gözaltı Koruma Tedbirleri Özelinde Bir Değerlendirme**, AÜ SBE Doktora Tezi, Ankara 2021, s. 297 vd.

<sup>30</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 13 “Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250. maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlara bakmakla görevli olan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giriyorsa bu süre kırk sekiz saattir.”

<sup>31</sup> 5237 S. TCK. m. 109.

<sup>32</sup> ERYILMAZ VAROL, s. 69.

<sup>33</sup> Adli kolluğun iş yoğunluğunun had safhada olduğu büyükşehirlerde, zaman zaman gerçek bir adres araştırması yapılmadan, eski bilgilerin tutarlı olmadığı yönünde tutanaklarla da yakalama emri verilebilmesine istinaden bkz. Aydın, Ertan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Ceza Muhakemesi Hukukundaki Koruma Tedbirlerinden Yakalama, Gözaltına Alma ve Tutuklama, T.C. Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2020, s. 18.

görülmektedirler. Uygulamada ifadeye yönelik yakalama kararları; sıklıkla teşhise elverişli fotoğrafların çekilmesi, yazı-imza el örneklerinin alınması yahut bilgi-belge nev'inden dosya için gerekli bir yan delilin tamamlanması gibi ilave emirleri de içermektedir. Dosyanın ilerlemesi adına hedeflenen bu deliller, yetkili merci tarafından bizzat temin edilmek durumundadır. Bununla birlikte adli işleyişin güç kazanması adına, infaz edilen her yakalama emrine ekstra puan veren kolluk ödüllendirme mekanizmalarının teşviğiyle, yakalama kararlarının çoğu zaman yakalamayı emreden mercinin yargı alanı dışında infaz edildiği de fark edilmektedir. Bizzat infaz hususundaki gereklilik, sorguya yönelik yakalamada olduğu gibi mutlak surette burada uygulanmamakta, yetkili mercinin yargı alanı dışında yakalanma hallerinde SEGBİS ile sonuca ulaşılmaya çalışılmakta, bunun mümkün olmadığı durumlarda ise yetkili merciye eşdeğer görevdeki makam tarafından yakalama emrinin gereği yerine getirilebilmektedir. Örneğin soruşturma dosyasındaki deliller ile mukayese etmek üzere şüphelinin teşhise elverişli fotoğraflarının temin edilerek ifadesinin alınması için verilen bir yakalama emri, teknik imkanların el vermemesi ve sevk için yeterli sürenin kalmaması durumunda, yetkili merciye denk olması cihetiyle yakalamanın yapıldığı yer Cumhuriyet savcısınca infaz edilebilecektir.

Hukuki dayanağı ve ortaya çıkış evreleri aktarılan ifadeye yönelik yakalama emirlerinde uygulanmak üzere, maddeye sonradan eklenen fıkra<sup>34</sup> marifetiyle kişilik haklarını muhafaza amacına binaen taahhüt düzenlemesi yapılmıştır. Zira günümüzde bireyler, hayat meşgalelerinden dolayı birçok zaman ikamet bilgilerini güncelleyememekte, adreslerine yapılan tebligatları takip edememekte, adli makamlara başvuru konusunda tembel davranabilmektedirler. Bunun sonucunda ise şahıslar hakkında yakalama emirleri düzenlenmekte ve bir yolculuğa çıkacaklarında, bir yerde konaklayacaklarında yahut muhtelif sebeplerle haklarında kimlik kontrolü yapıldığında adlarına düzenlenen yakalama emri görülüp infaz edilerek hürriyetleri kısıtlanmaktadır. Buna istinaden, kanun gerekçesi<sup>35</sup> çerçevesindeki düzenlemeyle; adalet mekanizmalarının, bireylerin başvuruda bulunacaklarına ilişkin şahsi teminatına güvenerek insanları alıkoymaktan geri durmasına imkân tanınmakla devletin vatandaşına güveni perçinlenmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, taahhüt düzenlemesi sadece ifadeye yönelik yakalama emirleri bakımından söz konusu olmaktadır. Bu neviden bir karar uyarınca mesai

---

<sup>34</sup> 08.07.2021 tarihli 7331 sayılı kanun m. 12 ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 94'e eklenen 3. fıkra "*İfadesi alınmak amacıyla düzenlenen yakalama emri üzerine mesai saatleri dışında yakalanan ve belirlenen tarihte yargı mercii önünde hazır bulunmayı taahhüt eden kişinin serbest bırakılması, Cumhuriyet savcısı tarafından emredilebilir. Bu hüküm her yakalama emri için ancak bir kez uygulanabilir. Taahhüdünü yerine getirmeyen kişiye, yakalama emrinin düzenlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından bin Türk lirası idari para cezası verilir.*"

<sup>35</sup> İnsan Hakları Eylem Planı adıyla çıkarılan 7331 sayılı Kanun m. 12 gerekçesi "*...kişilerin özgürlüğünü kısıtlayan koruma tedbirlerinden olan yakalama emrinin, telafisi güç zararlar doğurmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır...*"



saatleri dışında yakalanan kişi, derhal yakalamanın yapıldığı yer Cumhuriyet savcısına haber verilmekte, şahsın taahhüt verme iradesi bulunması durumunda ise Cumhuriyet savcısının takdirine göre taahhüt tutanağı tanzim edilerek serbest bırakılması mümkün olmaktadır. Bu bağlamda, henüz çok yeni olan kanuni düzenlemenin uygulanması bakımından birden fazla soru işareti ortaya çıkmakta, fakat fıkranın ihdası üzerinden yüksek yargı kararlarına konu olacak kadar fazla zaman geçmemesine bağlı olarak bahsedilen muğlaklıklar mevcudiyetini korumaktadır.

Bahsi geçen muğlaklıkların neden olduğu yanlış uygulamalar ise kanunî düzenlemeyi takip eden süreçte, sorunlu durumlar ortaya çıkmaktadır. Çoğaltılabilecek yanlış uygulama örnekleri(Soruşturmanın gizliliği nedeniyle belirleyici detaylar verilmeyecektir.)<sup>36</sup> bakımından adli işleyişin zora sokulduğu görülmektedir. Bu sorunlara ek olarak uygulamadaki aksaklıklar nedeniyle bireysel hak kayıpları da doğabilmektedir.<sup>37</sup> Bu nedenle taahhüt düzenlemesinin çerçevelerine odaklanılması önem arz etmektedir.

## **1. Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi**

Kanuni düzenlemede yer alan, “*Cumhuriyet savcısı tarafından emredilebilir*” hükmüne dayanan takdir yetkisinin sınırı, somut ihtimaller bakımından değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere Türk adli teşkilatında yargı çevreleri, 1 ila 5 numaralı bölgelere ayrılmakta<sup>38</sup> ve bunlardan en küçüğü olan 5’te dahi çoğu

---

<sup>36</sup> 1- K. Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 2021/... numaralı soruşturma dosyası kapsamında şüpheli hakkında çıkarılan yakalama emri çerçevesinde A. İlçe Jandarma Komutanlığı’nca yakalama yapılmıştır. İfade ve imza-yazı örneklerini almaya yönelik bu yakalamanın saati mesai içinde 13.00 olmasına rağmen kolluk birimince taahhüt tutanağı tanzim edilmiştir. Hakkındaki yakalamayı öğrenen kötü niyetli şüpheli, kendisine verilen süreyi aşmasına rağmen müracaat etmemiş ve geçen 5 aylık zaman diliminde yakalanamamıştır.

2- D. Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 2022/... numaralı soruşturma dosyasında şüpheli, nitelikli dolandırıcılık suçu üzerinden tutukluluk koruma tedbirinin değerlendirilmesi için sulh ceza hakimliğine sevk edilmiştir. Tutukluluk talebinin reddiyle adli kontrol şartı getirilerek salıverilen şüpheli, dolandırıcılık neticesinde elde ettiği 450.000-USD ile birlikte K. İlimden yurtdışına kaçmak üzere yola koyulmuştur. Talebin reddedildiğini fark eden Cumhuriyet Savcısı, itirazın sevk etmek üzere derhal re’sen yakalama emri çıkarmıştır. Sorguya yönelik bu yakalama emrine rağmen M. ilinde yakalanan şüpheliye taahhüt verilmiştir. Neticeten geçen 4 aylık zaman diliminde ne para ne de şüpheli ele geçirilebilmiştir.

<sup>37</sup> K. Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 2022/... numaralı soruşturma dosyasında 5809 sayılı kanuna muhalefet suçundan şüpheli bulunan yabancı ülke vatandaşı B. K. hakkında çağrı yapılmadığı gerekçesiyle yakalama emri çıkarılmış ve önleme aramasında mesai saatleri dışında şüpheli yakalanmıştır. Kolluk birimine intikal ettirilmesi akabinde taahhüt alınarak serbest bırakılan şüpheli, süreçten yeterince haberdar edilmemesi nedeniyle taahhüdünü ihlal etmiş ve ön ödeme kapsamında teklif edilecek olan adli para cezası kadar meblağı idari para cezası olarak da ödemiştir. Şüphelinin adli makamlar nezdindeki taahhüde rağmen kaçmaya devam eden şüpheli izlenimi de dosya bazlı olarak takdir yetkisinin olumsuz yönde oluşmasına sebebiyet verebilecektir.

<sup>38</sup> Adli Yargı Bölge Sınıflandırmaları <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/f034f8bf-0834-42c8-8fb0-4270b6cfe09e.pdf> (çevrimiçi kaynak).

zaman en az iki Cumhuriyet savcısı görev yapmaktadır. Misalen 5. bölgede görev yapmakta olan ve tek Cumhuriyet Başsavcılığı makamını temsil eden<sup>39</sup> iki farklı Cumhuriyet savcısından birinin taahhüt uygulaması daha katı iken diğerindeki daha serbest olabilecek ve yargı kararlarındaki istikrara zarar verebilecektir. Düzenlemenin, somut kriterler belirlemeksizin taahhüt hususunu tümüyle takdire bırakması, tamamlanması gereken bir eksik olarak görülmektedir.

## **2. Taahhüdün Ne Kadar Süreyle Verilebileceği**

İki farklı Cumhuriyet savcısının görev yaptığı mahal örneğinden devam edildiğinde, yakalanan kişinin adli makamlara başvurması için taahhütnamede belirlenecek sürenin de farklı olabileceği düşünülmelidir. Herhangi bir tahdit bulunmayan düzenleme uyarınca, karşılaştırılacak başvuru süresi objektif kriterlere göre belirlenebilir bir aralık öngörmelidir.

Belirlenen sürenin taahhüt edilmesi neticesinde serbest bırakılan şahsın, hukuken kabul edilebilir bir izahı olması durumunda taahhüdünü ihlal edip etmediği hususu da düzenlemede kendisine yer bulması gereken bir başka ihtiyaçtır. Zira bir sağlık mazeretiyle süresini aşan yakalamalı şahıs taahhüdü ihlal ettiğinden bahisle tekrar yakalanabilecek ve adına idari para cezası karar tutanağı düzenlenebilecektir.

## **3. Taahhüt Tutanağının Bilinirliği**

Taahhüt kurumunun yeni olmasına bağlı bir başka sorun da henüz kolluk entegrasyonunun sağlanamamış olmasıdır. Adli kolluk birimi olarak emniyet personeline yakalandıktan sonra taahhütle serbest bırakılan şahsın, henüz taahhüt süresi içindeyken bu sefer de adli kolluk birimi olarak jandarma personeli tarafından yakalanmasıyla uygulamada sıklıkla karşılaşmaktadır. Bu husus; taahhütle serbest bırakılmakla, taahhüt ettiği süre müddetince hakkındaki yakalama emri bir nevi rafa kaldırılan kişi için bir hak ihlali niteliğinde olacaktır. Yakalaması pasifize edilmiş olmasına rağmen tekrar yakalanan kişiler bakımından devletin sağladığı güvencenin reddi ortaya çıktığından<sup>40</sup> ilgili düzenlemenin ivedilikle ele alınması gerekmektedir.

## **4. Yakalamaya Konu Suçun Vasfı**

İfade vermeye taahhüt müessesesinin uygulanmasında suç farkı gözetilip gözetilmeyeceği hususu da düşünülmesi gereken bir başka başlıktır. Zira ceza sistematiğimiz bakımından; öldürme, yaralama, işkence, yağma, cinsel dokunulmazlık, uyuşturucu ve devlet güvenliğine karşı suçlar vb. konulu suçların

<sup>39</sup> ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 193.

<sup>40</sup> ERYILMAZ VAROL, s. 97.

farklı değerlendirildiği açıktır<sup>41</sup>. Bu doğrultuda, suçlar arasında ağırlık-hafiflik kriterinin takdir yetkisi bakımından nasıl uygulanması gerektiği, düzenlemeyle ilgili bir başka soru işaretidir.

## **5. Yakalanan Kişinin Niteliği**

Suçların farklı niteliklerinin ardından kişilerin vasıflarının da ayrı bir değerlendirme konusu yapılacağı ortadadır. Sabit ikametgâhı olmaması nedeniyle kendisine çağrı yapılmadığından, hakkında yakalama emri çıkarılıp da müteakip günlerde yakalanan kişi ile hakkında senelerdir aktif yakalama emri bulunmasına rağmen özel çaba ile bu kararın uygulanmasına engel olan kişinin durumu kanaatimizce aynı olmamalıdır. Henüz birkaç gün önce çıkarılmış emre istinaden yakalanan şahıslar diğer şartların mevcudiyeti durumunda kolaylıkla taahhüt ile salılabilecekken, haklarında adli mercilerden kaçtıklarına dair somut olgular bulunan ve yakalama emrinin çıkarılmasından uzun süre sonra yakalanmış şahıslar, ancak makul bir gerekçe göstermeleri halinde taahhüt neticesinde salıverilme imkânından yararlanabilmelidir.

Kişilerin hukuk önündeki sıfatları da bir değerlendirme başlığıdır. İfadesi alınmak üzere hakkında yakalama emri çıkarılan şahsın, on sekiz yaşından küçük olmakla suça sürüklenen çocuk sıfatıyla dosyada bulunması durumunda ne yapılacağı hassasiyetle belirlenmelidir. Zira modern hukuk sistemleri ekseninde Türk Hukuku da çocuğun âli menfaatini öncelikli kabul etmektedir.<sup>42</sup> Çocuk hakları sözleşmesinde geçen, çocuğun en iyi yararı ifadesi<sup>43</sup> hukuk sistemimizce bağlayıcıdır. Zira, Anayasamız temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası düzenlemeleri kanunlardan üst bir konuma yerleştirmekteyken<sup>44</sup>, kanunlar da sözleşmeyle paralel mahiyettedir. Hukukumuzun teminini öncelikli hedeflediği bu ilke gereği, çocuğun koruma tedbirleri kapsamında tutulmasının son çare olması, başka imkân kalmadığı hallerde ise olabildiğince kısa süreli gerçekleşmesi

---

<sup>41</sup> 5237 sayılı TCK m. 43/3 “Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

5271 sayılı CMK m. 253/3 “Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, (...) (1) cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.”

5237 sayılı TCK m. 192/2 “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, bu maddeyi kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini mercine haber vererek suçluların yakalanmalarını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolünmez.”

<sup>42</sup> 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 4/1-b “Çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi”.

<sup>43</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3/1 “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.”

<sup>44</sup> 1982 Anayasası m. 90 “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

aranmaktadır.<sup>45</sup> Mevzuat uyarınca bireylerin cezaî sorumluluğunun on iki yaşından itibaren başlayacağı söylenebilecektir.<sup>46</sup> Bununla birlikte; çalışma konusu düzenlemenin ihlali durumunda öngörülen müeyyidenin idari para cezası olması delaletiyle bağlantılı hale gelen mevzuatta, işlenen kabahatten sorumluluk için alt sınır on beş yaş olarak belirtilmektedir.<sup>47</sup> Bu durumda, âlî menfaati öncelenmekle taahhüt verdirilerek ivedilikle serbest bırakılması için hakkında diğer şartların esnetilmesi gereken suçta sürüklenen çocuğun, on beş yaşından küçük olması durumunda taahhüdün nasıl tanzim edileceği tartışmalıdır. Zira on beş yaşından küçük olmakla mevzuattaki yasak çerçevesinde, hakkında idari para cezası kararlaştırılmayan suçta sürüklenen çocuğun âlî menfaati gereği derhal saliverilmesi gerekmekte ve ceza sorumluluğunun şahsiliği<sup>48</sup> uyarınca veli-vasi hakkında da idari para cezası düzenlenememektedir. Bu surette bahsedilen suçta sürüklenen çocuklar hakkında müeyyidesiz bir taahhüt evrakı mümkün görülmemekte olup adli işleyiş bir garabete muhatap kılınmaktadır.

Son yıllarda yaşanan global karışıklıklar sebebiyle yoğun göç alan ülkemizde yaşanan demografik dalgalanma, adli işleyiş bakımından da sonuçlar doğurmaktadır. Temel insan haklarından olan haberleşme hakkını<sup>49</sup> kullanmak amacıyla, ülkemize gelen yabancılar panik halinde bilgi ve belgelerini birçok yere dağıtmakta ve kişisel verilerinin korunması konusunda dikkatli davranmamaktadırlar. Bunun sonucu olarak çalıntı kimlik bilgileri ile düzenlenen sahte evrak marifetiyle; izinsiz ticari iletişim, dolandırıcılık, terör vb. yasadışı faaliyetlerde kullanılmak üzere oluşturulan “açık hat”lar ortaya çıkmaktadır. Uygulamadaki bilişim suçlarının hatrı sayılır bir kısmında aktif rol oynayan bu açık hatların kullanımı sonucunda, konu hakkında hiçbir fikri olmamakla birlikte hat sahibi olarak gözükken yabancı bireyler dosya kapsamında şüpheli sıfatına sahip olmaktadır. Yabancı pasaportlu olmakla Türkiye’de sabit bir ikamet sahibi olmayan bu şahısların ifadeleri, birçok zaman ancak yakalama emri neticesinde alınabilmektedir. Bu yol haritası neticesinde, ifadeye yönelik yakalamaları mesai saatleri dışında infaz edilen yabancı uyruklu bireylerin taahhütle saliverilmeleri durumunda, çoğu zaman mesul oldukları müracaatı kavrayamayarak taahhüdü ihlal ettikleri ve ancak tekrar yakalanmaları durumunda ifadelerinin alınabildiği görülmektedir. Yerleşik adresi mevcut olmayan yabancılar mevzubahis olduğunda, somut olayın nitelikleri de göz

<sup>45</sup> KAYA GÖÇMEN, s. 32.

<sup>46</sup> 5237 sayılı TCK m. 31/1 “*Füili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur.*”.

<sup>47</sup> 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 11 “*Füili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idari para cezası uygulanamaz.*”.

<sup>48</sup> 5237 sayılı TCK m. 20/1 “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*”.

<sup>49</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8/1 “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*”.

önünde bulundurulup adli işleyiş öncelenerek daha hassas davranılması gerektiği âşikârdır.

## **6. Birden Fazla Aktif Yakalama Emri Bulunmasının Etkisi**

Hakkında birden fazla ifadeye yönelik yakalama kararı bulunan şahıslardan alınacak taahhüt de başkaca bir mütalaanın konusu olacaktır. Yukarıdaki adımlar takip edilerek yakalanması emredilen şahsın, taahhüt vermeye uygun görülmesi halinde, yakalama adedince taahhüt evrakı tanzim edilmesi gerekmektedir. Zira, hakkında bir adet yakalama kararı olan kişiden alınan taahhüdün ihlali ile birden fazla yakalama emri bulunan kişiden alınan taahhüdün ihlali neticesinde doğacak sonuçlar aynı olmamalıdır. Birçok yakalama ile aranan kişinin, muhtemel bir ihlal durumunda yakalama adedince idari para cezasına mahkum olması, hukukun temeli olan hakkaniyet ilkesinin gereğidir.

## **7. İhlali Tespit Etmeye Yetkili Mercii**

Kanunî düzenleme, ihlal durumunda İDARİ PARA CEZASI tanzim edecek makam konusunda açık bir hükme sahiptir. Taahhüdü uygun görerek tanzim ettiren yakalamanın yapıldığı yer Cumhuriyet savcısı, taahhüt tutanağını dosyada yetkili yer Cumhuriyet savcılığına gönderecek ve ihlalin takibi yetkili yer Cumhuriyet savcılığınca yapılacaktır. Tespit edilen ihlal durumunda ise yine yetkili yer Cumhuriyet savcısı CMK<sup>50</sup> ve Kabahatler Kanunu<sup>51</sup> uyarınca idari para cezası kararı düzenleyecektir.

## **SONUÇ**

Çalışma konusu düzenleme; hakkında CMK. m. 98 uyarınca düzenlenen yakalama emri mesai saatleri dışında infaz edilen kişinin, ifade vermek üzere ileri bir tarihte rızaen müracaatta bulunacağını taahhüt ederek Cumhuriyet savcısının emri ile serbest bırakılmasına imkân sağlamaktadır. İnsan hak ve özgürlükleri alanının genişletilmesine açıkça hizmet ettiği görülen mevzubahis yeniliğin; hukuk devletinin başat kriterlerinden olan “hukuki güvenlik ilkesi”<sup>52</sup> bakımından belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamakta halihazırda eksik kaldığı fark edilecektir. Maddenin detaylı incelemesi mahiyetinde yukarıda yer verilen başlıklarda geçmekle değerlendirilen muhtemel düzenlemeler neticesinde, taahhüt müessesesinin istikrara kavuşacağı kanaatimiz mevcuttur. Tüm bunlarla birlikte;

<sup>50</sup> 5271 sayılı CMK m. 94/3: “*Taahhüdünü yerine getirmeyen kişiye, yakalama emrinin düzenlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından bin Türk lirası idari para cezası verilir.*”

<sup>51</sup> 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 23/1: “*Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir.*”

<sup>52</sup> ÇAPTUĞ, Mehpere, **Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Haziran, 2021, s. 141 vd.

ifade verme taahhüdünün, yeni bir müessese olmakla beraberinde getirdiği muğlaklıkların zamanla ortadan kalkmasını müteakiben, devletin vatandaşına güvenini perçinleyen bir başka araç olarak sıkça uygulama alanı bulacağı aşikârdır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

Adli Yargı Sınıflandırma Tablosu, Hakim ve Savcılar Kurulu - E.T. 05.01.2021

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/f034f8bf-0834-42c8-8fb0-4270b6cfe09e.pdf> (çevrimiçi kaynak).

ALAN, Esra, **Güncel Sorunlar Işığında Yakalama ve Gözaltına Alma**, Terazî Hukuk Dergisi, 2009 C.4 S. 34 - ET: 06.01.2022 Jurix Dergi Veritabanı: <https://0964014d0ab50e27778abed2b29baac4a1454264.vetisonline.com/article/565>(çevrimiçi kaynak).

AYDIN, Ertan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Ceza Muhakemesi Hukukundaki Koruma Tedbirlerinden Yakalama, Gözaltına Alma ve Tutuklama**, T.C. Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2020.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı**, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2015.

ÇAPTUĞ, Mehpare, **Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Haziran, 2021, Y. 9, S. 17 – ET: 02.01.2022 Dergipark Veritabanı: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1844526> , s. 133-160(çevrimiçi kaynak).

ERYILMAZ VAROL, Seçil, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı**, Ufuk Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020.

GÖKCEN, Ahmet/ Balcı, Murat/ Alşahin, Mehmet Emin/ Çakır, Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

İBİCİOĞLU, Gözde, **Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama**, On İki Levha Yayıncılık İstanbul, 2019.

Kanun metni ve gerekçelerine Türkiye Büyük Millet Meclisi aracılığıyla erişilmiştir.

<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3697.pdf>(çevrimiçi kaynak).

KAYA GÖÇMEN, Özen, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Koruma Tedbirleri Üzerindeki Etkileri: Yakalama ve Gözaltı Koruma Tedbirleri Özelinde Bir Değerlendirme**, AÜ SBE Doktora Tezi, Ankara 2021.

ÖZTUĞUT, Alper, **Yakalama ve Gözaltı**, Başkent Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.

ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa RUHAN/ Sırma Gezer, Özge/ Saygılar Kırıt, Yasemin/ Alan Akcan, Esra/ Özaydın, Özdem/ Erden Tütüncü, Efser/ Altınok Villemin, Derya/ Tok, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

ÖZTÜRK, Bahri/ KAZANCI, Behiye Eker/ GÜLEÇ, Sesim Soyer, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Yargı kararlarına Ulusal Yargı Ağı Projesi aracılığıyla ulaşılmıştır. [www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr) (çevrimiçi kaynak).

YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.





**T.C. KÜÇÜKÇEKMECE CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI**

7331 SAYILI YASAYA GÖRE

**SERBEST BIRAKMA VE TAAHHÜTTE BULUNMA TUTANAĞI**

08.07.2021 tarihinde yürürlüğe giren 7331 sayılı kanun ile 5271 sayılı CMK. m. 94/3'e eklenen fıkra aşağıdaki gibidir:

*“İfadesi alınmak amacıyla düzenlenen yakalama emri üzerine mesai saatleri dışında yakalanan ve belirlenen tarihte yargı merii önünde hazır bulunmayı taahhüt eden kişinin serbest bırakılması Cumhuriyet savcısı tarafından emredilebilir. Bu hüküm her yakalama emri için ancak bir kez uygulanabilir. Taahhüdü yerine getirmeyen kişiye yakalama emrinin düzenlendiği yer Cumhuriyet savcılığı tarafından 1.000 Türk Lirası idari para cezası verilir.”*

YAKALANAN KİŞİNİN KİMLİK BİLGİLERİ:

YAKALANDIĞI TARİH ve SAAT:

YAKALANANIN ADRESİ ve İLETİŞİM BİLGİLERİ:

YAKALAMA KARARININA ESAS

MAHKEME veya CUMHURİYET SAVCILIĞI DOSYA NUMARASI:

İFADE VERMENİN TAAHHÜT EDİLDİĞİ TARİH:

Yukarıda yazılı CMK. m. 94/3 tarafıma okundu, açıklaması anlatıldı, taahhüt ettiğim tarihte ifade vermek üzere başvurmadığım takdirde tarafıma 1.000 TL idari para cezası verileceği konusunda ihtar yapıldı.

Yakalanan Kişi

İki nüsha olarak düzenlenen bu serbest bırakma ve taahhütname tutanağı yakalanan kişi tarafından imza altına alındı. .... / ..... / 2022

Emri Yerine Getiren

Emri Veren

Kolluk Memuru

Nöbetçi Cumhuriyet Savcısı

**Tablo 1:** 7331 Sayılı Yasaya Göre Serbest Bırakma ve Taahhütte Bulunma Tutanak örneği



**VERGİ CEZA HUKUKUNDA NON BIS IN IDEM İLKESİNE İLİŞKİN  
GÜNCEL GELİŞMELER: 2019/4 E. 2021/78 K. SAYILI ANAYASA  
MAHKEMESİ KARARI VE 7394 SAYILI KANUN İLE VERGİ USUL  
KANUNUNUN 359. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER**

**Ahmet Emrah GEÇER\***

**Öz**

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) Ek 7 Nolu Protokolünün 4. maddesinde öngörülen ve Anayasal çerçevede adil yargılanma hakkı ile hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmezi sayılan non bis in idem ilkesi, Türk Ceza Hukukuna ilişkin temel kanunlarda düzenlenmesine rağmen 213 sayılı Vergi Usul Kanununun (VUK) kabahat ve suçlara ilişkin hükümlerde yer almamaktadır. Bu durum kişinin aynı fiili nedeniyle hem idari süreç neticesinde para cezasına hem de ceza yargılaması sonucunda hapis cezasına maruz kalmasına neden olmaktadır. Anayasa Mahkemesi yakın zamanda vermiş olduğu karar ile idari ve adli süreçler çerçevesinde çıkan kararların birbirlerini bağlamayacağına ilişkin kuralı iptal etmiştir. Müteakiben 7394 sayılı Kanun ile VUK'un 359. maddesine non bis in idem ilkesinin uygulamasına etkisi olabilecek düzenlemeler eklenmiştir. Bu çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin kararı ile 7394 sayılı Kanun ile VUK'un 359. maddesine eklenen söz konusu düzenlemeler incelenecektir. Ancak bunların öncesinde ilk olarak non bis in idem ilkesinin tanımı ve unsurlarına değinilerek bu ilkeye ilişkin İHAS'ın 7 Nolu Protokolünün 4. maddesi ve ceza hukukuna ilişkin ulusal kanuni düzenlemelere yer verilecektir. Ardından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) vergi ceza hukukunda non bis in idem ilkesine ilişkin içtihatları özellikle Glantz v. Finlandiya ve A ve B v. Norveç kararları irdelenecektir. Sonrasında ilgili VUK hükümleri non bis in idem ilkesi bakımından değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** *Non bis in idem ilkesi, vergi kabahatleri, vergi suçları, idarî yaptırımlar, adlî yaptırımlar*

---

\* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, ORCID ID:0000-0002-8784-6871; ahmet.gecer@medeniyet.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 07.06.2022

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 20.08.2022

Bu makaleye atf için; GEÇER Ahmet Emrah, “Vergi Ceza Hukukunda Non Bis In Idem İlkesine İlişkin Güncel Gelişmeler: 2019/4 E. 2021/78 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ve 7394 Sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanununun 359. Maddesinde Yapılan Değişiklikler”, **İMHFD**, C. 7, S. 13, 2022, s. 273-324.

**CURRENT DEVELOPMENTS REGARDING NON BIS IN IDEM PRINCIPLE IN TAX CRIMINAL LAW: CONSTITUTIONAL COURT DECISION NO. 2019/4E. 2021/78K. AND AMENDMENTS MADE IN ARTICLE 359 OF TAX PROCEDURE ACT BY THE ACT NUMBER 7394**

**Abstract**

Whereas the principle of non bis in idem, which is envisaged in Article 4 of Protocol No. 7 of the Additional Protocol to the European Convention on Human Rights (ECHR) and considered indispensable in the constitutional framework of the right to a fair trial and the rule of law, is regulated in the basic laws pertaining to the Turkish criminal law, it is not included in the provisions of the Tax Procedure Law (TPL) No. 213 on misdemeanors and crimes. This situation causes the person to be subject to both a monetary fine due to the administrative process and imprisonment resulting from the criminal trial for the same act. With its recent decision, the Constitutional Court annulled the rule that decisions made within the framework of administrative and judicial processes are not binding on each other. Subsequently, with the Law No. 7394, regulations that may affect the application of the non bis in idem principle was added to Article 359 of the TPL. In this study, the said provisions added to Article 359 of the TPL with the Law No. 7394 and the decision of the Constitutional Court will be examined. However, first, the definition and elements of the non bis in idem principle will be mentioned, and article 4 of Protocol No. 7 of the ECHR and national provisions regarding this principle will be scrutinized. Then, the case-law of European Court of Human Rights (ECtHR) relating to the principle of non bis in idem in tax criminal law, particularly Glantz v. Finland and A and B v. Norway decisions will be scrutinized. Afterwards, the relevant TPL provisions will be interpreted in terms of the principle of non bis in idem.

**Keywords:** *Principle of non bis in idem, tax misdemeanours, tax crimes, administrative sanctions, judicial sanctions*

**Giriş**

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) Ek 7 Nolu Protokolünün 4. maddesinde öngörülen kişinin aynı fiilinden dolayı çifte yargılanmasını ve çifte cezalandırılmasını yasaklayan non bis in idem ilkesi, 1 Haziran 2016 tarihi itibari ile yürürlüğe girerek Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Anayasamızda non bis in idem ilkesine ilişkin düzenleme olmamasına rağmen doktrin ve uygulamada bu ilkenin adil yargılanma hakkının alt bir unsuru ve hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu ifade edilmektedir. Türk Ceza Kanunu (TCK), Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve Kabahatler Kanunu'nda (KK) non bis in idem ilkesinin esas olarak benimsendiği gözlemlenmektedir. Ancak Vergi Usul

Kanununun (VUK) ceza sistemi kuralları incelendiğinde temel ceza kanunlarının aksine kişi aynı fiili nedeniyle hem idari süreç neticesinde para cezasına hem de ceza yargılaması sonucunda hapis cezasına maruz kalabilmektedir. Bu bağlamda, 2019/4E. 2021/78K. sayılı Anayasa Mahkemesi Kararında bu durumun mükerrer yargılama/cezalandırma yasağını başka bir ifade ile non bis in idem ilkesini ihlal edip etmediği itiraz konusu yapılan VUK'un 340. maddesi, 359. maddesinin b bendi ile son fıkrası ve 367. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları ile sınırlı olarak incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi VUK'un 367/6 fıkrasının Anayasa'ya aykırılığına ve iptaline oy çokluğu ile ve itiraz konusu edilen diğer kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olmamaları sebebiyle oy çokluğuyla itirazın reddine karar vermiştir. Müteakiben 7394 sayılı Kanun<sup>1</sup> ile VUK'un 359. maddesine eklemeler yapılmıştır.

Bu çalışmamızda Anayasa, İHAS ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararları, VUK mevzuatı çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Kararı ile karşı oyları değerlendirilerek vergi ceza hukuku uygulamasına olası etkileri üzerinde fikir yürütülecek, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonucunda vergi cezalarında non bis in idem ilkesine uyuma ilişkin açılan yolda olması gereken hukuki düzenlemelere ilişkin görüşlerimiz sunulacaktır. Ayrıca 7394 sayılı Kanun ile VUK'un 359. maddesine eklenen non bis in idem ilkesi uygulamasına etkisi olabilecek düzenlemelerin de üzerinde durulacaktır. Ancak bunların öncesinde ilk olarak non bis in idem ilkesinin tanımı ve unsurlarına değinilerek bu ilkeye ilişkin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) 7 Nolu Protokolünün 4. maddesine ve ceza hukukuna ilişkin ulusal kanuni düzenlemelere yer verilecektir. Ardından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) vergi ceza hukukunda non bis in idem ilkesine ilişkin içtihatları özellikle Glantz v. Finlandiya ve A ve B v. Norveç kararları ele alınacaktır. Sonrasında ilgili VUK hükümleri non bis in idem ilkesi bakımından değerlendirilecektir.

## **1. Non Bis İn İdem İlkesine Genel Bakış**

Non bis in idem ilkesi, aynı kişinin aynı fiili dolayısıyla birden fazla kez yargılanmasını ve bu yargılamalar neticesinde bu kişi aleyhine ceza içeren hüküm verilmesini yasaklamaktadır<sup>2</sup>. Non bis in idem ilkesi, fiilin aynılığı ve failin

<sup>1</sup> RG Sayı:31810 Tarih:15/04/2022

<sup>2</sup> Non bis in idem ilkesi hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta yansımaları olan bir ilkedir. Aynı devletin aynı kişiyi aynı fiilden dolayı mükerrer şekilde yargılamaması iç hukuka ilişkindir. Diğer yandan, aynı kişinin aynı fiilden dolayı yabancı mahkeme hükmü olması sebebiyle yargılanmaması bu ilkenin uluslararası hukukta olan etkisini göstermektedir. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2006, s. 613; Birden fazla devletin cezalandırma yetkisine giren konularda non bis in idem ilkesi Türkiye'nin de taraf olduğu 28.5.1970 tarihli "Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi ve 15.5.1972 tarihli "Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusundaki Avrupa Sözleşmesi" ile uluslararası ceza hukukunda uygulama alanı bulmaktadır. ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2013, s.867-868. Diğer yandan aşağıda da ayrıntılı

aynılığı olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Genel bir ifadeyle non bis in idem ilkesi, daha önce kesinleşmiş bir hükmün mevcudiyeti halinde aynı fiile ilişkin başka bir hükmün verilmesini engeller. Başka bir söylemle bu ilke, failin aynı fiilinden dolayı tek yargılama sürecinde bir kez cezalandırılmasını emretmektedir. Bu sebeple non bis in idem ilkesinin kesin hükmün önleme etkisi işlevine sahip olduğu görülmektedir<sup>3</sup>.

Roma hukuk sistemi içinde şekillendiği kabul edilen kadim bir ceza hukuku ilkesi olan non bis in idem ilkesi uluslararası insan hakları belgelerinde de yer bulmaktadır. 16 Aralık 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 14. maddesinin yedinci fıkrasında non bis in idem ilkesi “*Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkûm olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz.*” ifadesiyle belirtilmiştir. Bu düzenleme ile kişinin aynı suçtan dolayı birden fazla kez devlet tarafından birden fazla kez yargılanması ve cezalandırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi, 4868 sayılı Kanun<sup>4</sup> ile onaylanması uygun bulunmuş<sup>5</sup> ve hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.

Non bis in idem ilkesi, İHAS'ın Ek 7 Nolu Protokolünün “aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama” başlıklı 4. maddesinde açıkça düzenlenmiştir:

*“(1) Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devlet yargısal mercilerince yargılanamaz veya cezalandırılmaz. (2) Yukarıdaki fıkra hükümleri yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki işlemlerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı kusurun varlığı durumunda ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden*

---

şekilde incelediğimiz gibi İHAS Ek 7 Nolu Protokolün 4. maddesinde yer alan non bis in idem ilkesi, tek bir devletin yargılama alanı içinde birden fazla kez yargılamayı veya cezalandırmayı yasaklamaktadır. GEÇER, Ahmet Emrah, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Vergi Cezalarında “Non bis in idem” İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamasına Etkileri”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı:350, Kasım 2017, s. 110. Non bis in idem ilkesine ilişkin ayrıntı bilgi için bkz. CİHAN, Erol/YENİSEY, Feridun, “Non Bis İn İdem İlkesi”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2004; ÖZEN, Mustafa, “Non Bis in idem (Aynı fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XIV, Sayı:1, 2010, ss. 389-417.

<sup>3</sup> YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987, s. 33.

<sup>4</sup> RG Sayı:25142 Tarih:18/06/2003.

<sup>5</sup> Türkiye Cumhuriyeti, bu Sözleşmede yer alan non bis in idem ilkesine münhasır bir çekince ya da beyan sunmamıştır. [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=en) (Çevrimiçi) 22 Nisan 2022.

*açılmasını engellemez. (3) Sözleşme'nin 15. maddesine dayanılarak bu maddeye aykırı hiçbir tedbir alınamaz.”*

Türkiye, non bis in idem ilkesinin düzenlendiği İHAS Ek 7 Nolu Protokolü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamış, 10 Mart 2016 tarihinde 6684 sayılı Kanun ile onaylamaya uygun bulmuştur. 2 Mayıs 2016 tarihinde onaylanan 7 Nolu Protokol, 1 Haziran 2016 tarihi itibarı ile yürürlüğe girerek iç hukuk kuralı<sup>6</sup> haline gelmiştir. Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrası gereğince, usulüne göre yürürlüğe konulmuş İHAS'ın Ek 7 Nolu Protokolü, kanun hükmündedir. Söz konusu Sözleşme, temel hak ve özgürlüklere ilişkin oldukları için bu Sözleşme ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda bu Sözleşme hükümlerinin esas alınması gerekmektedir.

Non bis in idem ilkesine ilişkin Anayasamızda doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Anayasa Mahkemesinin non bis in idem ilkesini hukuk devleti ilkesi kapsamında değerlendirdiği kararları bulunmaktadır<sup>7</sup>. Ancak Anayasa Mahkemesi, Ünal Gökpinar kararı<sup>8</sup> ile birlikte non bis in idem ilkesini Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak görmeye başlamıştır. Doktrinde de non bis in idem ilkesinin Anayasasının 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının bir parçası olduğu ifade edilmektedir<sup>9</sup>.

Ceza kanunlarında non bis in idem ilkesinin esas olarak benimsendiği gözlemlenmektedir. TCK'nın fikrî içtima başlıklı 44. maddesinde “*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*”; CMK'nın 172. maddesinin ikinci

<sup>6</sup> Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrası gereğince, usulüne göre yürürlüğe konulmuş İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 7 Nolu Protokolü, kanun hükmündedir. Söz konusu Sözleşme, temel hak ve özgürlüklere ilişkin oldukları için bu Sözleşmeler ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda bu Sözleşmelerin hükümlerinin esas alınması gerekmektedir.

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi, non bis in idem ilkesini hukuk devleti ilkesinin bir parçası olarak görmüştür. Bununla birlikte, Mahkeme disiplin cezasının yanında ek ödeme kesintisi öngören kanunu hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi 2008/114E. 2010/53K. R.G. 27633-6.7.2010; Benzer yönde değerlendirme için bkz. Anayasa Mahkemesi 2013/119E. 2013/141K. R.G. 28954-27.3.2014.

<sup>8</sup> Ünal Gökpinar [GK], Başvuru No: 2018/9115 Tarih: 27/3/2019, R.G. Tarih ve Sayı: 16/5/2019-30776, § 50.

<sup>9</sup> YALTI, Billur, “İHAM'ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non bis in idem İlkesine Aykırılığı Üzerine”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı:317, Şubat 2015, s. 85; BİYAN, Özgür, “Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyat Cezası ve Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis in Idem İlkesi”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Sayı:145, Ocak 2016, s. 101. Kesin hüküm ile mahkûm olan kişinin aynı fiilden dolayı tekrar yargılanması, adalet duygusunu rencide ettiği gibi haksızlık ve ceza arasındaki oranı kişi aleyhine bozar. GÜLŞEN, Recep, “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis İn İdem İlkesi”, Ömer Teoman (Ed.), **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, Cilt:2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 317-318.

fıkrasında, “Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.” ve 223. maddesinin yedinci fıkrasında, “aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.”; KK’nın 15. maddesinin üçüncü fıkrasında, “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.” hükümleri yer almaktadır.

## 2. İHAM’ın Non Bis İn İdem İlkesine İlişkin İçtihatlarının Değerlendirilmesi

İHAS’ın Ek 7 Nolu Protokolünün 4. maddesinde yer alan non bis in idem ilkesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM), içtihatları doğrultusunda şekillendirilmiştir. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak nitelendirilen non bis in idem ilkesi, İHAM kararlarında ilgili ülkenin mevzuatı ve uygulaması nazara alınarak farklı ölçütler çerçevesinde değerlendirilmiştir. Aşağıda İHAM’ın non bis in idem ilkesine ilişkin vermiş olduğu kilometre taşı olarak görülen kararlara değinilecektir.

İHAM, Engel Kararında<sup>10</sup>, başvuru konusu maddi olayda suç isnadının mevcut olup olmadığını belirlemek amacıyla üç ölçüt geliştirmiştir. İlk ölçüt, suçun cezai nitelikte olup olmadığını belirlenmesi için suçun ulusal hukukta nerede sınıflandırıldığı tespit edilmesidir. Ancak, bu ölçüt suç isnadının mevcudiyeti açısından büyük önem taşımamaktadır. Asıl önemli olan ölçütler, suçun niteliği gereği cezai olması (caydırıcı ve cezalandırıcı) ve suç karşılığında verilecek cezanın niteliği ve ağırlık derecesidir. İHAM, ikinci ve üçüncü ölçütlerin ayrı ayrı uygulanması sonucunda bir suç isnadının mevcudiyeti tespit edilemediği durumda bu iki ölçütün kümülatif şekilde uygulanabileceği kanaatine varmıştır. Bendenoun Kararında<sup>11</sup>, vergisel yükümlülükler aykırılık dolayısıyla kesilen para cezası Engel Ölçütleri çerçevesinde değerlendirilmiş ve bu para cezasının cezai nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır. İHAM Ponsetti Kararında<sup>12</sup>, vergi kaçakçılığı suçunda kast unsurunun arandığının ancak idari para cezası yaptırımına tabi kabahat ise kast unsurunun aranmadığını tespit ederek bu iki suçun kurucu unsurlarının birbirinden farklı olduğu kanaatine varmış ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Benzer şekilde Rosenquist Kararında<sup>13</sup>, ağır vergi kaçakçılığı suçundan ötürü hapis cezası verilmesinde kasıt veya ağır ihmalin esaslı unsur olduğunun ancak idari para cezasında böyle bir unsurun aranmadığının altı çizilmiş ve ağır vergi kaçakçılığı suçu ile kabahatin birbirinden farklı esaslı

<sup>10</sup> Engel and Others v. The Netherlands, App. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 Tarih: 8.6.1976, Para. 80-85.

<sup>11</sup> Bendenoun v. Fransa, App. No:12547/86 Date:24.2.1994, Para. 44-48.

<sup>12</sup> Ponsetti and Chesnel v. France (Admissibility decision), App. No:36855/97;41731/98, Date:14.9.1999, para. 5.

<sup>13</sup> Nils-Inge Rosenquist v. Sweden (Admissibility decision), App. No: 60619/00, Date: 14.9.2004.



unsurlara sahip olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere İHAM bu davalarda suçun unsurlarının aynı olmaması ve bunun neticesinde korunan değerlerin farklı olması sebebiyle non bis in idem ilkesine aykırılığın olmadığı sonucuna ulaşmıştır. İHAM, Manasson Davasında<sup>14</sup>, başvurucu aleyhine hükmedilen hapis cezası ile idari para cezasının aynı fiilden kaynaklanmadığına ve dolayısıyla İHAS Ek 7 Nolu Protokolün 4. maddesi çerçevesinde bir aykırılık olmadığına kanaat getirmiş ve sonuç olarak kabul edilemezlik kararı vermiştir.<sup>15</sup> JB Davasında<sup>16</sup>, ilk idari para cezasının idarece istenen bilginin verilmemesinden kesildiği, ikinci idari para cezasının ise istenen bilginin verilmemesinin sürdürülmesinden ilk cezanın kesilmesinden 21 ay sonra kesildiği ve bu nedenle ceza konusu fiillerin zaman ve esas bakımından farklı olduğu sonucuna ulaşılarak başvuru kabul edilemez bulunmuştur. Görüldüğü üzere bu kararlarda da hapis cezası ve idari para cezası gerektiren fiillerin zaman ve konu bakımından farklılık arz etmesi sebebiyle aynı fiilin söz konusu olmadığı kanaatine varılmıştır. İHAM, Glantz Kararı<sup>17</sup> ile vergi cezalarında non bis in idem ilkesinin uygulanmasına ilişkin yerleşik içtihadının yönünü değiştirmiştir. A ve B v. Norveç Kararı ile de vergi cezalarında non bis in idem ilkesinin uygulanmasında önemli bir adım daha atılmıştır. Aşağıda Glantz Kararı ile A ve B v. Norveç Kararına ilişkin ayrıntılara yer verilecek ve sonrasında bu iki karar karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir.

## **2.1. Glantz v. Finlandiya Kararı**

Finlandiya Vergi İdaresi, 2006 yılında başvurusunun avukatlık ofisinde vergi incelemesi gerçekleştirmiş ve 2000-2004 yılları arasında başvurusunun şirketinden örtülü kâr payı aldığı kanaatine vararak ek vergi tarhiyatı yapmış ve vergi ziyayı cezası kesmiştir. Başvurucu, idari cezanın kaldırılması için idareye başvurmuş ancak bu başvuru vergi idaresine eksik bilgi verildiğinin sabit olması nedeniyle kabul görmemiştir. Bunun üzerine başvuru, uyuşmazlığı, idare mahkemesine taşımıştır. İdare mahkemesi de aynı gerekçe ile davayı reddetmiştir. Başvurucu son kanun yolu mercii olan Finlandiya Yüksek İdare Mahkemesine (Korkein Hallinto-Oikeus KHO) temyiz başvurusunda bulunmuş ancak KHO bu temyiz başvurusunu 11 Ocak 2010 tarihinde reddetmiştir. Eş zamanlı olarak savcılık, 15 Aralık 2008 tarihinde başvuru aleyhine zimmet ve ağır nitelikli vergi kaçakçılığı suçlarından ötürü ceza davası açmıştır. Helsinki Bölge Mahkemesi (Käräjäoikeus), başvurusunun zimmet ve ağır nitelikli vergi kaçakçılığı suçlarını işlediğini sabit görerek 2 yıl 8 ay hapis cezasına

---

<sup>14</sup> Mishel Manasson v. Sweden (Admissibility decision), App. No: 41265/98, Date:8.4.2003.

<sup>15</sup> Manasson davasında, başvurucuya vergi beyannamelerinde yer alan bilgilerin doğru olmaması ve idare tarafından re'sen tarh edilen vergi matrahının beyannamedeki miktardan daha yukarı olması nedenleriyle başvuru aleyhine idari para cezası kesilmiştir. Ayrıca kasıtlı olarak defter tutma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden ötürü başvuru aleyhine ceza davası açılmış ve hapis cezasına hükümlenmiştir.

<sup>16</sup> JB v. Switzerland (Admissibility decision), App. No:31827/96, Date:6.4.2000.

<sup>17</sup> Glantz v. Finland App. No:37394/11 Date:20.8.2014.

hükmetmiştir. Mahkeme, ayrıca başvurucunun vergi idaresine 214,168.38 Euro vergi ve faiz ödemesine karar vermiştir. Başvurucu, 25 Ocak 2010 tarihinde Helsinki İstinaf Mahkemesine (Hovioikeus) itirazda bulunmuş ancak başvurucunun itirazı kabul edilmemiştir. Bunun üzerine, başvurucu, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ve aynı fiili nedeniyle iki kez yargılandığını ve mahkûm edildiğini ve sonuç olarak non bis in idem ilkesine uyulmadığını iddia ederek Yüksek Mahkemeye (Korkein Oikeus-KO) başvurmuştur. Ancak KO, 18 Mayıs 2011 tarihinde başvuruyu, temyize kabil görmemiştir. Bunun üzerine başvurucu, 31 Ağustos 2011 tarihinden itibaren hapis cezasını çekmeye başlamıştır.

İHAM, Ek 7 Nolu Protokolün 4. maddesinde yer alan non bis in idem ilkesinin ihlal edilip edilmediğini “i) Vergi idaresi tarafından uygulanan yaptırımın niteliği cezai midir? ii) Başvurucunun yargılandığı suçlar aynı mıdır? iii) Kesin bir hüküm mevcut mudur? iv) Mükerrer yargılama söz konusu mudur?” soruları çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutmuştur.

İHAM ilk soruya ilişkin değerlendirmede Engel, Jussila ve Ezech Kararlarına atıfta bulunarak; aleyhine uygulanan yaptırımın cezai nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde yaptırım hükmünün iç hukukta nerede sınıflandırıldığının öneminin olmadığını vurgulamış ve asıl önemli olan ölçütlerin yaptırımın niteliği ve ilgili kişinin aleyhine kesilen cezaların ağırlığı olduğunu ifade etmiştir<sup>18</sup>. İHAM, Finlandiya hukukunda öngörülen vergi para cezalarının amacının devletin uğradığı zararın tazminini sağlamak değil, vergi kurallarını ihlal eden kişilerin cezalandırılması ve caydırılması olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, bu sebeple vergi idaresi tarafından uygulanan vergi para cezalarını Ek 7 Nolu Protokolün 4. maddesi çerçevesinde cezai nitelikte olduğu kanaatine varmıştır.

İHAM, ikinci soruyu incelerken Zolotukhin Kararına<sup>19</sup> atıf yapmıştır. Mahkemeye göre, Ek 7 Nolu Protokolün 4. maddesinde yer alan non bis in idem ilkesi, birebir aynı veya esaslı şekilde aynı olaylardan doğan (identical facts or facts which are substantially same) ikinci suçtan dolayı yargılama ve bunun sonucunda cezalandırılma yapılmasını yasaklamaktadır. Bu ilkenin uygulanması için söz konusu olayların aynı kişi ile ilgili olması ve zaman ve mekân bakımından birbirinden ayrılmaz şekilde birbirine bağlı bulunması gerektiği (inextricably linked together in time and space) belirtilmektedir<sup>20</sup>. İHAM, başvurucu ve

---

<sup>18</sup> Bu iki ölçüt birbirinin alternatifidir ve her olayda bir arada bulunması gerekmemektedir. Ancak, ölçütlerden biri, cezai isnadının varlığına yetmediği durumlarda bu iki ölçüt kümülatif olarak uygulanabilecektir.

<sup>19</sup> Sergey Zolotukhin v. Russia Application no. 14939/03, Date:10.2.2009.

<sup>20</sup> İHAM Zolotukhin kararı ile birlikte aynı suç olup olmadığının tespitinde önceki içtihatlarda belirttiği gibi suçun esaslı unsurlarının aynı olup olmadığına ilişkin uygulamasını değiştirmiş ve maddi vakıalara dayalı bir değerlendirme yapmayı tercih etmiştir. Bu değerlendirme ile aynı kişiye

Finlandiya Hükümetinin beyanları doğrultusunda idari ve adli yargılamanın aynı kişi ile ilgili aynı olaylardan kaynaklandığı ve bunların zaman ve mekân bakımından belli bir derecede bağlantılı oldukları sonucuna varmıştır.

İHAM, somut olayda kesin hüküm olup olmadığını incelemiştir<sup>21</sup>. Somut olayda olağan kanun yolu son merci olan KHO 11 Ocak 2010 tarihinde başvurusunun temyiz başvurusunu reddetmiştir. Bu sebeple, 11 Ocak 2010 tarihinde idari para cezası niteliğinde olan vergi ziyai cezasına ilişkin karar kesin hüküm niteliğini kazanmıştır.

İHAM, son olarak başvuru aleyhine mükerrer yargılamanın mevcut olup olmadığını değerlendirmiştir. İHAM'a göre aynı kişi aynı fiili nedeniyle iki kez yargılama usulüne tabi tutulabilir. Ancak, yargılamalardan birinin kesinleşmesi halinde paralel şekilde yürütülen diğer yargılamanın derhal sonlandırılması gerekmektedir. İHAM, Finlandiya Yargı Sistemi'nde cezai ve idari yaptırımların farklı otoriteler tarafından verildiğini, bu otoriteler tarafından verilen kararların birbirini etkilemediğini ve sonuç olarak iki tür yaptırımın da birbirinden bağımsız şekilde kesinleştiğini tespit etmiştir. İHAM, özellikle mahkeme veya idare tarafından uygulanan yaptırımlardan hiçbirinin diğer mahkeme veya idare tarafından cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınmadığını ve merciler arasında hiçbir etkileşim olmadığını vurgulamıştır.

Sonuç olarak başvuru aleyhine iki farklı yargılamanın yürütüldüğünü, idari para cezası niteliğinde olan vergi ziyai cezasına ilişkin yargılamanın 11 Ocak 2010 tarihinde kesin hüküm teşkil ettiğini, ikinci yargılama olan ceza davasının bu kesin hükümden sonra durdurulmadığını ve 18 Mayıs 2011 tarihinde kesin hüküm teşkil ettiğini, böylece başvurusunun aynı maddi vakıalara dayanılarak birbirinden bağımsız yürütülen iki farklı yargılama sonucunda iki ayrı cezaya mahkûm olduğunu belirleyerek başvuru haklı bulunmuş ve İHAS Ek 7 Nolu Protokolünün 4. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.

## **2.2. A ve B v. Norveç Kararı**

İHAM, Glantz Kararı ve daha önceki içtihatlarda yer alan maddi vakılardan farklı maddi vakıaları içeren A ve B v. Norveç Kararında<sup>22</sup> vergi cezalarında non bis in

---

ait aynı veya çok benzer olaylardan doğan ve zaman ve mekân bakımından bağlantılı suçların aynı suç oluşturduğu sonucuna varılmaktadır.

<sup>21</sup> İHAM içtihatlarına göre, olağan kanun yollarının tüketilmesi halinde söz konusu karar, kesin hüküm (res judicata) teşkil eder. Yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü kanun yollarına başvurulmasına gerek yoktur. YALTI, "İHAM'ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non bis in idem İlkesine Aykırılığı Üzerine", s. 89.

<sup>22</sup> A and B v. Norway App. No:24130/11;29758/11, Date:15.11.2016.

idem ilkesinin sınırlarını daha net şekilde belirleme girişiminde bulunmuştur<sup>23</sup>. Maddi olayda, başvuru A ve B elde ettikleri belli tutarda gelirlerini vergi beyannamelerine yansıtılmaları dolayısıyla ziyaa uğrayan verginin yüzde otuzu oranında vergi ziyayı cezasına çarptırılmıştır. İdari para cezası niteliğinde olan bu cezalar kesinleşmiştir. Diğer yandan aynı olaylardan doğan fiilleri nedeniyle ceza yargılamasına maruz bırakılan başvuru A ve B, vergi kaçakçılığı suçundan dolayı birer yıl hapis cezasına mahkûm olmuştur. Ceza davasına bakmakla görevli olan Follo Bölge Mahkemesi (Tingrett), sanıklar A ve B'nin cezalandırılmasında daha önce idari süreç içinde vergi idaresi tarafından kesilen vergi ziyayı cezalarını dikkate almıştır. A aleyhinde verilen karar 27 Eylül 2010 tarihinde ve B aleyhinde verilen karar 29 Ekim 2010 tarihinde kesinleşmiştir<sup>24</sup>.

İHAM, A ve B v. Norveç Kararında non bis in idem ilkesine ilişkin önceki içtihatlarına değinerek aynı suça ilişkin birbirine paralel ya da birbirini izleyen yargılamalar içinde farklı cezaların uygulanmasının mümkün olduğunu ancak bu cezaların birbiri ile uyumlu ve birbirini tamamlayıcı olmaları gerektiğini belirtmiştir<sup>25</sup>. İHAM, Ek 7 Protokolün 4. maddesinin amacının kişinin aynı suç nedeniyle birden fazla yargılanması veya cezalandırılması sonucunda uğrayacağı adaletsizliği engellemek olduğunu vurgulamakta ve ayrıca bu hükmün, söz konusu haksızlığın farklı amaçlar doğrultusunda ve farklı merciler tarafından birbirine paralel usuller ve tamamlayıcı bir yaklaşım içerisinde ele alınmasını yasaklamadığını ifade etmektedir<sup>26</sup>. Bu bağlamda, İHAM, yargılamalar arasında esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantı (sufficiently close connection in substance and in time) testinin esaslı unsurlarını, i) yargılamaların birbirini tamamlayıcı olup olmadığı ve bu sebeple sosyal haksızlığın farklı yüzlerini içerip içermediği, ii) mükerrer yargılamanın öngörülebilir sonuçlar doğurup doğurmadığı, iii) idareler arasında etkileşim sağlanarak bir idare tarafından tespit edilen maddi vakıaların diğer idare tarafından kullanılması yolu ile delillerin toplanmasında ve değerlendirilmesinde mümkün olduğu kadar tekrarlamalardan kaçınılıp kaçınılmadığı, iv) kesin hüküm teşkil eden ilk yargılama sonunda uygulanan yaptırımın sonraki yargılama sonucunda uygulanacak yaptırıma karar verilirken dikkate alınıp alınmadığı ve böylece başvuru aşırı bir yük altında bırakılıp bırakılmadığı olarak belirlemiştir<sup>27</sup>. Bu test somut olayda yer alan maddi vakıalara uygulanmıştır.

<sup>23</sup> A ve B v. Norveç kararına ilişkin maddi vakıa ve İHAM'ın değerlendirmesine ilişkin kısım GEÇER, Ahmet Emrah, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Vergi Cezalarında "Non bis in idem" İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamasına Etkileri", ss. 108-120'den alınmıştır.

<sup>24</sup> A and B v. Norway App. No:24130/11;29758/11, Date:15.11.2016 para. 14-40.

<sup>25</sup> İHAM, Zolotukhin ve bazı diğer kararlara konu olan yargılamaların birbirini tamamlayıcı amaç taşımadıklarını belirtmiştir. A and B v. Norway App. No:24130/11;29758/11, Date:15.11.2016 para. 129.

<sup>26</sup> A and B v. Norway App. No:24130/11;29758/11, Date:15.11.2016 para. 118-123.

<sup>27</sup> A and B v. Norway App. No:24130/11;29758/11, Date:15.11.2016 para. 130-132.

İHAM, ilk olarak idari para cezası niteliğinde olan vergi ziyai cezasının Engel Ölçütleri çerçevesinde cezai nitelikte olduğunu ve vergi ziyai cezası ile hapis cezasının aynı maddi vakılardan kaynaklandığını tespit etmiştir. Sonrasında somut olayda mükerrer yargılama yapılıp yapılmadığı değerlendirilmiştir. Bu bağlamda İHAM, başvuru A ve B'nin aynı fiilleri dolayısıyla biri idari biri adli olmak üzere iki ayrı yaptırıma tabi tutulduklarını ancak bu yaptırımların farklı amaçlara hizmet ettiklerini ve bu yaptırımlara ilişkin suçların farklı esaslı unsurlar taşıdıklarını belirtmiştir<sup>28</sup>. Somut olayda, başvuru aleyhine hapis cezasına hükmedilirken, daha önceden başvuru kesilen vergi para cezalarının dikkate alındığı tespit edilmiştir. Adli ve idari cezalara ilişkin sürecin birbirine paralel sürdüğünün, birbirini tamamladığının ve bu sebeple öngörülebilir sonuçlar doğurduğunun altı çizilmiştir. İdari süreçte ortaya koyulan maddi vakıaların ceza yargılamasında da aynen kullanıldığı anlaşılmıştır. Bu sebepler ışığında İHAM, başvuru adaletsiz ve/veya ölçsüz bir yaptırıma maruz kalmadığını, yürütülen idari ve adli süreçlerin esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantılı olduğuna, şeklen iki süreç yürütülse de öz olarak tek bir süreç içinde bütünleşik bir ceza uygulandığına ve dolayısıyla ihlalin olmadığına karar vermiştir<sup>29</sup>.

### **2.3. A ve B v. Norveç Kararı, Glantz Kararı ile Çelişmekte midir?**

İlk bakışta, A ve B v. Norveç Kararı ile Glantz Kararının çeliştiği düşünülebilir. Zira söz konusu kararlardan birinde non bis in idem ilkesine aykırılık sonucuna ulaşılırken diğerinde tam tersi bir kanaate varılmıştır. Ancak bu iki kararda yer alan maddi vakıalar ve milli hukuktaki düzenlemeler birbirinden farklılık arz etmektedirler. Bu sebeple, farklı sonuçların ortaya çıkması işin doğası gereğidir.

Glantz Kararında başvuru aynı fiilinden dolayı maruz kaldığı idari para cezası niteliğinde olan vergi cezası ile ceza yargılaması sonucunda hükmedilen hapis cezasının birbirinden tamamı ile bağımsız idari ve adli usuller çerçevesinde sürdürüldüğü ve kesin hükme bağlandığı görülmektedir. Bu noktada, adli ve idari makamların başvuru hakkında cezayı belirlerken diğer makam tarafından verilen cezayı dikkate almadıkları ve ilgili makamlar arasında hiçbir etkileşimin

---

<sup>28</sup> Bu noktada, mükellefin kast olmadan yanlış ya da eksik bilgi vermesine bir tepki olarak vergi para cezasının kesildiği ve bu cezanın genel önleme (general deterrence) amacı taşıdığı ve ayrıca, vergi para cezasının amacının vergi idarelerinin toplum adına yaptıkları fazladan denetim ve incelemelerin bir tazminatı olduğu ifade edilmiştir. Diğer yandan, adli cezanın ise önleyici işlevinin yanında cezalandırma (punishment) amacının da olduğu belirtilmiştir. İlaveten aynı fiil nedeniyle adli cezanın hükmedilebilmesi için vergi para cezasındaki durumdan farklı olarak kasit unsurunun mutlaka mevcut olması gerektiği diğer bir ifade ile vergi kaçakçılığı suçunun ancak kasten işlenebileceği ifade edilmiştir. A and B v. Norway App. No:24130/11;29758/11, Date:15.11.2016 para. 142-147.

<sup>29</sup> A and B v. Norway App. No:24130/11;29758/11, Date:15.11.2016 para. 154.

meydana gelmediği anlaşılmaktadır. Bu sebeple, non bis in idem ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Diğer yandan, A ve B v. Norveç Kararında yer alan maddi vakıalardan, vergi ziyayı cezası ile hapis cezasına ilişkin idari ve adli usullerin birbirine paralel sürdüğü, birbirini tamamladığı ve bu sebeple öngörülebilir, adil ve ölçülü sonuçlar doğurduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, burada idari süreç sırasında tespit edilen maddi vakıaların ceza yargılamasında da aynen kullanıldığı tespit edilmiştir. Böylece iki mahkeme kararı arasında çelişkinin doğması engellenmiştir. Dahası, İHAM, başvurucular aleyhine ceza yargılamasında hapis cezasına hükmedilirken daha önceden kesilen vergi ziyayı cezalarının dikkate alındığının altını çizerek idari ve adli süreçlerin esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantılı olduğuna ve dolayısıyla ihlalin söz konusu olmadığına kanaat getirmiştir.

İHAM, A ve B v. Norveç Kararı ile vergi cezalarında non bis in idem ilkesinin uygulanma sınırlarını önüne gelen maddi vakıaları nazara alarak belirginleştirme yolunda ilerlemiştir. İHAM, kişinin aynı fiili dolayısıyla yukarıda belirtilen şartların varlığı halinde iki ayrı usul çerçevesinde birden fazla cezalandırma yapılmasının Ek 7 Nolu Protokolün 4. maddesinde yer alan non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmediği sonucuna varmıştır. İHAM, birbirini tamamlayıcı nitelikte olan idari ve adli süreçler sonucunda uygulanan iki cezanın, maddi anlamda tek yaptırım oluşturması halini non bis in idem ilkesinin ihlali olarak görmemektedir.

Kanaatimizce devletlerin egemenlik gücünün göstergesi olan vergilendirme ve vergisel yükümlülüklerle aykırılıklara ilişkin düzenlemeleri öngören vergi ceza hukuku alanında kamu yararı ile kişisel yarar arasında adil denge kurulması hususunda genel kabul edilebilir bir kuralın katı biçimde uygulanması mümkün değildir. İHAM'ın konu ile ilgili vermiş olduğu kararlardan bu durumun kabullenildiği ve İHAS'ın 7 Nolu Protokolün 4. maddesi çerçevesinde vergi cezalarında non bis in idem ilkesinin uygulanmasına ilişkin asgari standartların oluşturulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Milli hukuk, toplumun sosyal, ekonomik ve politik şartları dâhilinde non bis in idem ilkesine hangi esas ve usullerle uyum sağlanacağını tayin edecektir. Milli hukukta, en azından İHAM içtihatlarında yer alan asgari standartlar çerçevesinde adil yargılanma hakkının ve hukuk devleti ilkesinin mütemmim cüzlerinden olan non bis in idem ilkesine uyum sağlanmalıdır. Bu asgari standartların oluşturulmaması ve/veya tatbik edilmemesi halinde İHAS'ın Ek 7 Nolu Protokolünün 4. maddesine taraf olan ilgili devletin tazminata mahkûm edilmesi kaçınılmazdır.

### **3. VUK'un Non Bis İn İdem İlkesiyle İlişkili Hükümlerinin Değerlendirilmesi**

VUK'un aşağıda inceleyeceğimiz muhtelif maddelerinde, TCK genel hükümlerde yer alan içtima kurallarının aksine düzenlemeler mevcuttur. İçtima yasağını

emreden bu düzenlemeler, kişinin aynı fiili dolayısı ile hem idari usul çerçevesinde para cezasına hem de ceza yargılaması sonucunda hapis cezasına maruz kalması sonucunu doğurabilmektedir.

VUK'un 344. maddesinin ikinci fıkrasında VUK'un 359. maddesindeki suç teşkil eden fiiller ile vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde mükellef veya sorumluya ziyaa uğrayan verginin üç katı ve bu fiile iştirak edenlere ise bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesileceği öngörülmüştür. Anlaşılacağı üzere VUK'un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık fiilleri, nitelikli vergi ziyayı kabahatinin unsuru olarak sayılmıştır. Bu sebeple, idari makamlar ve dava açılması halinde vergi mahkemeleri, vergi ziyasının, VUK'un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık fiili ile işlenip işlenmediğini tespit etmektedir. Aşağıda inceleyeceğimiz gibi bu durum çelişkili kararların ortaya çıkarılma olasılığı taşıması dolayısıyla kesin hüküm otoritesini zedeleme gücünü barındırmaktadır. Kesin hüküm otoritesinin zedelenmesi, kişinin aynı fiili nedeniyle ölçüsüz ceza almasını sorgulatacağından non bis in idem ilkesine aykırılık durumu ortaya çıkabilecektir.

VUK'un 367. maddesinin son fıkrasında, idari ve adli süreçler sonunda ulaşılan kararların birbirlerini etkilemelerini engelleyen düzenleme (karşılıklı bağlamazlık kuralı) mevcuttu. Bu düzenleme, 2019/4E. 2021/78K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir. Karşılıklı bağlamazlık kuralının iptaline rağmen içtima yasağına ilişkin düzenlemeler varlıklarını sürdürmektedir. Bu noktada cevaplandırılması gereken soru şudur: Mevcut VUK hükümleri nazara alındığında birbirine paralel şekilde yürütülen söz konusu iki süreç sonunda iki ayrı ceza verilmesi, İHAM içtihatları çerçevesinde non bis in idem ilkesinin ihlali sayılabilir mi? Söz konusu soru, VUK'ta yer alan içtima yasağına ilişkin düzenlemeler ve ilga edilen karşılıklı bağlamazlık kuralına ilişkin açıklamalar ile bunların uygulamada non bis in idem ilkesine etkileri incelenerek cevaplandırılacaktır.

### **3.1. İçtima Yasağı**

VUK'un vergi kabahat ve suçları karşılığında verilen cezalara ilişkin içtima hükümleri nazara alındığında kuralın, içtima yasağı; istisnanın ise içtima olduğu sonucu ile karşılaşılmaktadır. VUK'un 336. maddesinin ilk fıkrasına göre, tek bir fiil ile hem vergi ziyayı kabahati hem de usulsüzlük kabahati işlenir ise bunlara ait cezalardan en ağır olanı kesilecektir. Görüldüğü üzere kanun koyucu burada kabahatlerin içtimasını (birleşmesini) emretmiştir. Diğer yandan, VUK'un 340. maddesinde vergi kabahatleri karşılığında öngörülen cezalar ile kaçakçılık suçları karşılığında öngörülen cezaların birleşmeyeceği hüküm altına alınmıştır. VUK'un 359. maddesinin son fıkrasında ise kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yer alan cezaların uygulanmasının 344. maddede yer alan vergi ziyayı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmediğini belirtmiştir. VUK'un 367. maddesinin sondan ikinci fıkrasında 359. maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesinin, vergi ziyayı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca

uygulanmasına engel teşkil etmediği öngörülmüştür. Görüldüğü üzere kanun koyucu, kaçakçılık suçuna ilişkin cezalar ile vergi kabahatlerine ilişkin idari cezaların birbirinden bağımsız şekilde ayrı ayrı uygulanmasını emretmiştir.

### 3.2. Elveda Karşılıklı Bağlamazlık Kuralı!

VUK'un 367. maddesinin son fıkrasında, “*Ceza mahkemesi kararları, bu kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hakimini bağlamaz.*” hükmüne yer verilmekteydi. Vergi kabahat ve suçları ile ilgili olarak idari ve adli süreçlerde alınan kararların birbirlerini bağlamazlığı kuralı getirilmişti. Burada kanun koyucunun açık arzusunun, söz konusu idari ve adli süreçler neticesinde ortaya çıkan kararlar arasında olası etkileşimi engelleme olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu madde hükmü, çalışma konumuzun parçası olan 2019/4E. 2021/78K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir.

Kanun hükmünün yürürlükte olduğu zamanda doktrinde bu hükmün vergi idaresi ile ceza mahkemesi arasında etkileşimi yasakladığı ancak vergi mahkemeleri ile ceza mahkemeleri arasındaki etkileşimi yasaklamadığı ifade edilmekteydi<sup>30</sup>. Ancak uygulamada iki yargılama sürecinin paralel olarak devam ettiği ve kural olarak birbirleri arasında etkileşimin söz konusu olmadığı sonucuna varıldığı anlaşılmaktaydı<sup>31</sup>.

Karşılıklı bağlamazlık kuralının iptal edilmiş olması sebebiyle vergi kabahat ve suçlarından dolayı yürütülen idari ve adli süreçler sonucunda ortaya çıkan kararlar arasında etkileşimin önü ardına kadar açılmıştır. Ancak bu iki sürecin birbirinden nasıl ve ne şekilde etkileneceğine ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme mevcut

<sup>30</sup> Akkaya, “Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme”, s. 90.

<sup>31</sup> “...Vergi Mahkemesi tarafından dava konusu faturaların fail tarafından bilerek ve isteyerek kullanılmadığı, bu itibarla vergi kaçakçılığı değil kusur cezası uygulanması gerektiğine karar verilmiş, bu karar Danıştay incelemesinden geçerek kesin hüküm haline gelmiş olsa bile her ne kadar failin bu eylemleri nedeniyle vergi kaybına neden olduğunun tespiti kesinleşen vergi mahkemesi kararı ile saptanmış olsa da, bu karardaki faturaların bilerek ve istenerek kullanılmadığı kanaatin suçun manevi unsuru ile ilgili olduğu ve oluşup oluşmadığının ceza mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerektiğine ve bu sebeplerle hiç bir değerlendirme yapmadan Yerel Mahkeme tarafından Danıştay incelemesinden geçerek kesinleşen Vergi Mahkemesi kararına dayanılarak verilen beraat kararının bozulmasına...” Yargıtay CGK 2001/11-213E. 2001/219K. 16.10.2001 [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Çevrimiçi) 12 Şubat 2020. Aynı yönde karar için bkz. “...Yetersiz bilirkişi raporu ile suçun sübutu bakımından ceza hakimi yönünden bağlayıcı olmayan vergi mahkemesi kararlarına dayanarak eylemin usulsüzlük cezası gerektirdiğinden bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...” Yargıtay 11. CD 2008/330E. 2008/1415K. 12.3.2008; Yargıtay 11.CD 2012/26987E. 2013/2512K. 15.2.2013; Yargıtay 11.CD 2008/330 2008/1415K. 12.3.2008 aktaran TAŞTAN, Mehmet, **Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları**, Adalet, Ankara, 2015, s. 88, Dipnot 87-88.



değildir. Bu iptal kararından sonra, vergi ziyayı cezasına ilişkin uyuşmazlığa bakan vergi mahkemeleri ile kaçakçılık suçuna ilişkin yargılamayı yürüten ceza mahkemeleri arasında etkileşim sağlanabilecek midir? İHAM'ın A ve B v. Norveç kararında belirtilen ölçütler dikkate alınabilecek midir? Bunun sağlanması için İHAM'ın güncel içtihatları ve anayasal temel hak ve özgürlükler çerçevesinde vergi kabahat ve suçlarına ilişkin idari ve adli süreçleri birbirini tamamlar hale getirecek bütünleştirici mekanizmaların oluşturulması şarttır. “Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesine Kabul Edilebilir Ölçüde Uyum İçin Öneriler” başlığı altında söz konusu mekanizmalar hususunda fikir yürütülecektir.

Diğer yandan 7394 sayılı Kanun ile VUK'un 359. maddesine “etkin pişmanlık” müessesesi getirilmiştir. Buna göre idari süreç sonucunda vergi ziyaya bağlı olarak yapılan tarhiyata karşı dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şartı ile vergi, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamının, vergi ziyayının yarısının ve buna düşen gecikme zammının tamamının ödenmesi halinde adli cezada indirim öngörülmüştür. Bu düzenleme, “7394 Sayılı Kanun ile Vuk'un 359. Maddesine Eklenen Etkin Pişmanlık Müessesesi” başlığı altında incelenecektir.

### **3.3. VUK'un 359. Maddesinde Yer Alan Kaçakçılık Fiilleri ile İşlenen Vergi Ziyayı Kabahati Karşılığında 3 Kat ve 1 Kat Vergi Ziyayı Cezasının Kesilmesi**

VUK'un 344. maddesinin 2. fıkrasında, VUK'un 359. maddesinde öngörülen kaçakçılık fiilleri ile vergi ziyayına sebep olunması halinde ziyaya uğratılan vergi aslının üç katı ve bu fiile iştirak edenlere ise bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesilmesi emredilmektedir. Burada vergi ziyayı cezasına ilişkin süreç vergi idaresi tarafından yürütülürken kaçakçılık suçuna ilişkin yargılama ceza mahkemesi tarafından yapılmaktadır. Diğer taraftan, vergi idaresi tarafından kesilen vergi ziyayı cezasına ilişkin uyuşmazlık ise vergi mahkemelerinde görülmektedir. Anlaşıldığı üzere Türk Vergi Ceza Hukuku'nda VUK hükümleri ve uygulama, aynı fiilden dolayı birbirinden farklı süreçler içinde hem idari yaptırım hem de adli yaptırım uygulanmasının mümkün olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>32</sup>.

VUK'un 341. maddesinin ilk fıkrasına göre vergi ziyayı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi sebebiyle, verginin zamanında ve/veya eksik tahakkuk edememesidir. Görüldüğü üzere, vergi ziyayı, neticeli bir vergi kabahati olarak düzenlenmiştir. Ancak VUK'un 359. maddesinde yer alan suçlarda<sup>33</sup>, vergi ziyayı

<sup>32</sup> Benzer yönde görüş için bkz. BİLİCİ, Nurettin/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda “Non Bis İn İdem Kuralı ve Yasallık İlkesi (Türk Vergi Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri)”, Prof. Dr. Şükrü Kızılot'a Armağan, Nevzat Saygılıoğlu (Ed.), Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ankara, 2014, s. 54.

<sup>33</sup> Çift defter tutma suçu, neticeli bir suç olarak öngörülmüştür. Suçun maddi unsurunun tamamlanması için çift defter tutma eylemi sonucunda vergi matrahının azalması şarttır.

suç unsuru olarak yer almamaktadır. Örneğin sahte belge düzenleme veya kullanma suçunda, söz konusu fiilin vergi ziyayı doğurup doğurmaması önem arz etmemektedir. Ayrıca kaçakçılık suçlarında manevi unsur olarak kast aranırken vergi ziyayı kast ya da taksir ile işlenebilir. Görüldüğü üzere kaçakçılık suçları ile vergi ziyayı kabahati farklı unsurlar içermektedir. Bu bağlamda, kişinin aynı fiili nedeniyle vergi ziyayı cezası ve VUK'un 359. maddesinde yer alan suçlara ilişkin hapis cezası ile cezalandırılması, İHAM'ın Glantz Kararı öncesi içtihatlarından olan Ponsetti Kararı<sup>34</sup> ile Rosenquist Kararında<sup>35</sup> varmış olduğu sonuç ile uyumlu olduğu ifade edilebilir<sup>36</sup>. Ancak İHAM, Glantz Kararı<sup>37</sup> ile vergi cezalarına ilişkin non bis in idem uygulamasında ayniyet (idem-aynı suç olup olmadığına ilişkin değerlendirmede) kavramında ölçüt olarak suçun unsurlarının birbiri ile aynı olup olmadığını kullanmayı bırakmış ve bu ölçüt yerine birebir aynı veya esaslı şekilde aynı olaylardan doğma (identical facts or facts which are substantially same) ölçütünü esas almıştır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi vergi ziyayı kabahati neticeli bir kabahat türüdür. Bu sebeple vergi ziyayı kabahatinin tamamlanması için sadece hareketin gerçekleşmesi yetmez. Ayrıca kanunda netice olarak belirlenen vergi ziyasının doğması gerekir. Örneğin 1 Eylül 2019 tarihinde kullanılan sahte fatura, VUK'un 359. maddesinin b bendinde yer alan sahte belge düzenleme veya kullanma suçunu oluşturmaktadır. Diğer yandan, bu sahte fatura dolayısıyla vergi ziyasının doğması, söz konusu faturanın beyannameye yansıtılmasına ve bu beyannamenin vergi idaresine sunulmasına bağlıdır. Başka bir ifade ile kişinin söz konusu sahte faturayı, vergi idaresine sunduğu beyannameye yansıtılmaması halinde vergi ziyayı cezasının doğması mümkün olmayacaktır. Görüldüğü üzere, sahte belge düzenleme veya kullanma suçunun gerçekleşme tarihi, vergi ziyayı kabahatinden farklı olabilmektedir<sup>38</sup>. Ancak ifade edilmelidir ki, vergi ziyasının hareket unsuru olan “*vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi*” sahte belgenin kullanılması aracılığıyla gerçekleştirilmiştir<sup>39</sup>. Bu noktada, sahte belge

<sup>34</sup> Ponsetti and Chesnel v. France (Admissibility decision), App. No:36855/97;41731/98, Date:14.9.1999, para. 5.

<sup>35</sup> Nils-Inge Rosenquist v. Sweden (Admissibility decision), App. No: 60619/00, Date: 14.9.2004.

<sup>36</sup> Aynı yönde görüş için bkz. CANDAN, Turgut, Bir Anayasa Mahkemesi Kararı, Vergi Cezaları ve Non Bis İn İdem İlkesi, <https://turgutcandan.com/2019/05/25/bir-anayasa-mahkemesi-karari-vergi-cezaları-ve-non-bis-in-idem-kurali/> E.T. 15.02. 2020.

<sup>37</sup> Glantz v. Finland App. No:37394/11 Date:20.8.2014.

<sup>38</sup> BAHÇEÇİ, Barış, İHAM'ın Vergi Cezalarında Ne Bis İn İdem İctihadı ile Türk Hukukunun Uyum Sorunu”, **TBB**, 2018(136), s.154. Ancak önemine binaen belirtmek gerekir ki burada kaçakçılık suçu oluşturan hareket esas alınarak vergi ziyayı kabahatini oluşturan hareket gerçekleştirilmektedir. Somut olayda sahte olarak düzenlenen fatura temel alınarak beyanname verilmekte ve bu hareket neticesinde vergi ziyayı cezası doğmaktadır.

<sup>39</sup>RENÇBER, Altan “Ne Bis İn İdem İlkesi Uyarınca Vergi Suç ve Kabahatlerinin Değerlendirilmesi”, **Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler**, (Ed. İzzet Özgenç; Cumhuriyet Şahin; Faruk Turhan), Cilt:II, Seçkin, Ankara, 2020, s. 1099. Aksi görüş için bkz. Yazar, kaçakçılık suçları ile vergi ziyayı kabahatinin hareket ve netice unsurları farklı olması sebebiyle non bis in idem ilkesinin uygulama alanı bulamayacağını kabul etmektedir.

düzenleme veya kullanma suçu ile vergi ziyayı kabahatinin zaman ve mekân bakımından da birbirinden ayrılmakta olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, bu durumun Glantz Kararında yer alan aynı kişi ile ilgili zaman ve mekân bakımından birbirinden ayrılmaz şekilde birbirine bağlı bulunma (inextricably linked together in time and space) ölçütü ile uyumlu olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Kanaatimizce burada sahte belge düzenleme veya kullanma suçu ile vergi ziyayı kabahatinin belli durumlarda aynı hesap döneminde farklı tarihlerde gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Ayrıca “kullanma hareketi” ile icra edilen sahte belge düzenleme veya kullanma suçu defter, kayıt ve beyannamelerde işlenirken vergi ziyayı kabahati sadece beyannamede vücut bulabilmektedir. Başka bir ifade ile mekânsal bir farklılıkta olabilmektedir. Bununla birlikte unutulmamalıdır ki, “kullanma hareketi” suretiyle icra edilen sahte belge düzenleme veya kullanma suçu, defter ve kayıtlara intikal ettirilmeden sadece beyannamelere yansıtılarak da işlenebilmektedir. Bu sebeple VUK’un 359. maddesinde öngörülen kaçakçılık suçları ile vergi ziyayı kabahati arasında her durumda zaman ve mekân bakımından bir farkın olduğunu iddia etmek isabetli olmayacaktır. VUK’un 359. maddesinde yer alan diğer bazı suçlar ile vergi ziyayı kabahatinin zaman ve mekân bakımından farklılık arz ettikleri açıktır. Örneğin defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçu ile vergi ziyayı kabahatinin unsurlarının tamamlanması, zaman ve mekân bakımından farklılık göstermektedir. Ancak bu noktada ifade etmek gerekir ki VUK’un 359. maddesinde yer alan suç ile suç olarak öngörülen kaçakçılık fiilleri ile işlenen vergi ziyasının iptaline ilişkin yargılamalarda aynı deliller ve delil değerlendirme araçları (vergi tekniği raporu, vergi inceleme raporu, vergi suç raporu, vergi ve cezalara ilişkin tarhiyatlar, rapor değerlendirme komisyonu mütalaası, tutanaklar, VUK gereğince tutulması ve düzenlenmesi zorunlu defter, kayıt ve belgeler) kullanılmaktadır. Ayrıca VUK’un 344. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Vergi ziyasına 359 uncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde bu ceza üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanır.*” hükmü, unsurları birbirinden farklılık arz eden kaçakçılık suçları ile vergi ziyayı kabahatini bir noktada birbirinden ayrılmaz şekilde bağlamaktadır. Hem vergi mahkemesi hem de ceza mahkemesi VUK’un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık fiilleri ile işlendiği iddia edilen vergi ziyayı cezalarının olduğu durumlarda kaçakçılık fiilinin (maddi unsur) gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek durumundadır. Zira kaçakçılık suçu cezası da ziyaa uğratılan verginin üç katı tutarındaki vergi ziyayı cezası da VUK’un 359. maddesinde öngörülen kaçakçılık fiilleri karşılığında verilmektedir<sup>40</sup>. Görüldüğü üzere, burada tek fiil sebebiyle iki yargılama sürecinde iki ayrı ceza ile karşı karşıya kalınması söz konusudur.

---

TAŞDELEN, Aziz, **Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010. s. 66.

<sup>40</sup> YALTI, “İHAM’ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non bis in idem İlkesine Aykırılığı Üzerine”, s. 90; GEÇER, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Vergi Cezalarında “Non bis in idem” İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamasına Etkileri”, s. 119. Aksi görüş için bkz. BAHÇECİ, **a.g.e.**, s. 153-

VUK çerçevesinde şu ana kadarki uygulamada aynı fiilden dolayı birbirinden farklı iki yargılama süreci paralel olarak devam etmekte, ceza mahkemesi, cezayı belirlerken vergi idaresinin kesmiş olduğu vergi ziyayı cezasını ve bu idari cezaya ilişkin vergi mahkemesi kararını dikkate almamakta ve aynı şekilde vergi mahkemesi de ziyaa uğratan verginin üç katı tutarında kesilen vergi ziyayı cezasının iptaline ilişkin yürüttüğü davada, ceza mahkemesinin kararı ile bağlı olmamaktadır<sup>41</sup>.

### 3.4. Hükümlerin Sonuçları

Non bis in idem ilkesiyle ilişkili yukarıda incelediğimiz VUK hükümleri, uygulamada aşağıda yer alan sonuçları doğurmaktadır.

#### 3.4.1. Öngörülemezlik

VUK'un vergi ceza sistematığı, İHAM'ın Glantz Kararında tespit edilen Finlandiya Hukuk Sistemindeki uygulamaya benzerdir. Zira o dönemde Finlandiya Hukuk Sisteminde, Türk Vergi ceza Hukukunda olduğu gibi adli ve idari yaptırımların farklı otoriteler tarafından birbirinden bağımsız şekilde yürütülmekte ve kesinleşmekteydi. Diğer yandan, İHAM, Glantz Kararından sonra vergi cezalarında non bis in idem ilkesine ilişkin içtihadı olan A ve B v. Norveç Kararında, birbirine paralel şekilde yürütülen yargılamalar sonucunda birden fazla cezaya hükmedilebileceğini kabul etmiştir. Ancak bu kabulün şartı, farklı amaçlara hizmet eden cezaların birbiri ile uyumlu ve birbirini tamamlayıcı olmaları<sup>42</sup> ve kişinin birden fazla yargılanması veya cezalandırılması sonucunda adil olmayan sonuçların doğmamasıdır<sup>43</sup>. İHAM'ın önüne gelen maddi olayda başvuru aleyhine hapis cezasına hükmedilirken daha önceden başvuru kesilen vergi para cezalarının dikkate alındığı, idari süreçte ortaya koyulan maddi vakıaların ceza yargılamasında da aynen kullanıldığı, adli ve idari cezalara ilişkin sürecin birbirini tamamlar şekilde sürdürülerek öngörülebilir sonuçlar doğurduğu tespit edilmiştir. İHAM, bu tespitler ışığında başvuru adaletsiz ve/veya ölçsüz bir yaptırıma maruz kalmadığını, yürütülen idari ve adli süreçlerin esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantılı olduğuna ve dolayısıyla

---

154; CANDAN, Bir Anayasa Mahkemesi Kararı, Vergi Cezaları ve Non Bis İn İdem İlkesi, <https://turgutcandan.com/2019/05/25/bir-anayasa-mahkemesi-karari-vergi-cezaları-ve-non-bis-in-idem-kurali/> E.T. 15.02.2020.

<sup>41</sup> Yargıtay CGK 2001/11-213E. 2001/219K. 16.10.2001 [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Çevrimiçi) 12 Şubat 2020. Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 11.CD 2012/26987E. 2013/2512K. 15.2.2013; Yargıtay 11.CD 2008/330 2008/1415K. 12.3.2008 aktaran TAŞTAN, **Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları**, s. 88, Dipnot 87. Anayasa Mahkemesi Başvuru No:2018/9115 Karar Tarihi: 27.3.2019 RG Tarih:16.5.2019 Sayı:30776

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/9115> (Çevrimiçi) 12 Şubat 2020.

<sup>42</sup> A and B v. Norway App. No:24130/11;29758/11, Date:15.11.2016 para. 129.

<sup>43</sup> A and B v. Norway App. No:24130/11;29758/11, Date:15.11.2016 para. 118-123.

ihlalin olmadığına karar vermiştir<sup>44</sup>. Ancak Türk Vergi Ceza Hukukunda idari ve adli süreçlerin birbirinden bağımsız şekilde yürütülmesi, öngörülemezlik oluşturmaktadır. Her ne kadar karşılıklı bağlamazlık kuralını öngören VUK'un 367. maddesinin son fıkrası 2019/4E. 2021/78K. sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilse de VUK'ta idari ve adli süreçleri birbirini tamamlayıcı hale getirebilecek bütünleştirici mekanizmalar bulunmamaktadır. Dolayısıyla mevcut düzenlemeler ışığında gerçekleştirilen uygulamanın, İHAM'ın vergi cezalarında non bis in idem ilkesine ilişkin son içtihatları ile uyumlu olduğu sonucuna ulaşılması mümkün görünmemektedir.

### **3.4.2. Ölçsüz Ceza**

VUK'un 359. maddesinde yer alan fiiller ile vergi ziyana sebep olunması halinde ziyaa uğratılan verginin üç katı tutarında vergi ziyayı cezası kesilmektedir. Araştırdığımız kadarıyla vergi ziyana sebebiyet verme eylemine, ziyaa uğratılan verginin %300 tutarında idari para cezası kesilmesini öngören başka bir milli hukuka rastlanmamıştır<sup>45</sup>. Hatta vergi ziyana, ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında kesilen idari para cezası, karşılaştırmalı hukukta ortalamanın üstünde kalan idari nitelikte para cezasıdır. Vergi ziyana yüksek idari para cezalarının öngörülmesinin nedeni, vergi ceza sistemimizden kaynaklanmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta genel olarak kast ile vergi ziyana sebebiyet verme suç olarak nitelendirilerek karşılığında hapis cezası; taksirle vergi ziyana sebep olma ise kabahat olarak nitelendirilerek karşılığında idari para cezası öngörülmektedir. Bu bağlamda, örneğin vergi beyannamesini kasten vermeyen biri, suç işlemiş olacaktır ve karşılığında hapis cezası ile karşı karşıya kalacaktır. VUK'ta ise vergi ziyasının kast ve/veya taksirle işlenmesi önem arz etmemektedir. Buna göre kasıtlı olarak kişi, 50 Milyon TL'lik gelirini/kazancını beyan etmemesi halinde vergi ziyayı kabahati işlemiş olacaktır ve bu kabahatin karşılığında kişiye ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında idari para cezası kesilecektir. Diğer yandan, ülkemizde mevcut kayıt dışı ekonomi sebebiyle uygulamada “naylon fatura” olarak adlandırılan sahte belge ticareti ve bu sahte belgeleri kullanma vakıalarının yaygın olduğu gerçeğini kabul etmek gerekir. Kayıt dışı ekonomi ile mücadele ve hazinenin yararının korunması amacıyla bir kısım hileli fiiller, vergi ziyana sebep verip vermediklerine bakılmaksızın VUK'un 359. maddesinde kaçakçılık suçları olarak öngörülmüştür. Kaçakçılık fiilleri ile vergi ziyana sebebiyet verilmesi halinde ziyaa uğratılan verginin üç katı tutarında idari para cezası kesileceği düzenlenmiştir. İdari süreç neticesinde vergi ziyasının kaçakçılık fiili ile işlenmesinden dolayı kişi aleyhine kesilen vergi aslının üç katı tutarında idari para cezası, aynı kişi aleyhinde kaçakçılık suçuna ilişkin ceza mahkemesinde yürütülen

<sup>44</sup> A and B v. Norway App. No:24130/11;29758/11, Date:15.11.2016 para. 154.

<sup>45</sup> Araştırmamız Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Finlandiya, Fransa, İspanya, İtalya ile sınırlıdır. GEÇER, Ahmet Emrah, **Vergi Usul Kanunu'nda Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları**, Adalet Yayınevi, 2021, s. 137-216.

yargılamada dikkate alınmamaktadır. Bu durum kişinin ölçsüz cezaya maruz kalmasına sebep olmaktadır. Ölçsüz cezaların, çeşitli adlar altında getirilen af kanunları<sup>46</sup> ve en son 7394 sayılı Kanunla<sup>47</sup> VUK'un 359. maddesine eklenen "etkin pişmanlık müessesesi" gibi günü kurtarmayı hedefleyen, vergi bilincini zedeleyen, eşitlik ilkesine aykırı, ceza hukukunun temel ilkelerini dikkate almayan düzenlemeler ile azaltılmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

### 3.4.3. Çelişkili Kararlar ile Kesin Hüküm Otoritesinin Zedelenmesi

Türk Vergi Ceza Hukukunda aynı fiilden kaynaklanan mükerrer yargılama, çelişkili kararların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir<sup>48</sup>. Örneğin, VUK'un 359. maddesi kapsamında olan bir belgeyi sahte olarak düzenleyen kişi ceza yargılaması sonucunda beraat edebilirken kişinin bu fiilden dolayı ziyaa uğratılan verginin üç katı tutarında kesilen vergi ziyayı cezasının iptaline ilişkin vergi mahkemesinde açılan iptal davasında cezanın hukuka uygun olduğuna karar verilebilmektedir. Bu durumun tam aksi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin vergi mahkemesi, muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgenin kasten kullanılmaması sebebiyle üç kat tutarındaki vergi ziyasının bir kat olarak uygulanması gerektiği sonucuna ulaşabilmektedir<sup>49</sup>. Ceza mahkemesi ise aynı maddi olayda failin kasten hareket ettiği kanaatine vararak VUK'un 359. maddesinin a-2 bendinde yer alan muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma suçundan mahkûmiyete karar verebilmektedir. Görüldüğü üzere hem vergi mahkemesi hem de ceza mahkemesi kişinin aynı fiili kasten işleyip işlemediğini değerlendirmekte ve bazı durumlarda çelişik kararlar ortaya çıkabilmektedir. Bu da kesin hüküm otoritesinin zedelenmesine yol açabilmektedir.

Doktrinde bu şekilde çelişik kararların önüne geçilmesi için çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre kaçakçılık fiili ile vergi ziyasına sebep verilmesi

---

<sup>46</sup> Bu şekilde düzenlemeler genel olarak vergi incelemesi yapılmasını engellediğinden VUK'un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık suçlarının tespit edilmesinin önünde set oluşturmaktadır.

<sup>47</sup> Bu Kanundan önce çıkan mali yapılandırma adı altında çıkan yakın tarihli kanunlarda, açıkça VUK'un 359. maddesinde yer alan suçların ve bu suçlardan kaynaklanan vergi ve ferilerinin kapsam dışı olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple, zaman içinde kaçakçılık suçlarından doğan mahkûmiyet sayısı arttı. Ciddi sayıda kişinin hapis cezalarının infazı için cezaevine girmelerine yol açtı. Bu da soruşturma, kovuşturma ve infaz aşamalarında etkin pişmanlık müessesesi kuralının çıkarılmasına neden oldu.

<sup>48</sup> DONAY, Süheyl, **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, Beta, İstanbul, 2008, s. 80; KARAKOÇ, Yusuf, "Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme", **DEÜHFD Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan**, Cilt:12 Özel Sayı, 2010 (BasımYılı 2012), s. 12.

<sup>49</sup> "...davacı tarafından katma değer vergisi indiriminde kullanılan ancak muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu saptanan fatura bedellerinin büyük bir kısmı karşılığında davacı tarafından çek düzenlenmesi ve bu durumun da inceleme elemanına belirtilmesi nedeniyle davacı ihtilaflı faturalar karşılığında gerçekten mal aldığı, ancak muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu saptanan bu faturaların bilmeden kullanıldığı sonuç ve kanaatine varıldığından, cezanın bir kata indirilmesi gerekirken, üç kat olarak onanmasında isabet görülmemiştir..." Danıştay 9.D. 2009/1991E. 2010/267K. 27.01.2010 [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Çevrimiçi) 18 Şubat 2021.

halinde ziyaa uğratılan vergi aslının bir katı tutarında temel vergi ziyayı cezası kesilmeli, kaçakçılık suçuna ilişkin ceza mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararı kesinleşince ziyaa uğratılan vergi aslının iki katı tutarında ek vergi ziyayı cezası devreye sokulmalı ve ceza yargılaması sürecinin uzun sürmesi ihtimali nazara alınarak ceza davası açılmasını, vergi ziyayı cezası kesme zamanaşımını durduran bir neden olarak düzenlenmelidir<sup>50</sup>. Başka bir görüş göre ise ceza mahkemesi, vergi idaresi tarafından kesilen mali nitelikteki cezaya ilişkin vergi mahkemesinde görülen dava kesinleşene kadar bekletici mesele kurumuna başvurulmalıdır<sup>51</sup>. Bu görüş çerçevesinde, bekletici mesele yapılan vergi mahkemesi kararında mali nitelikli cezanın kesilmesinin temelini oluşturan fiilin işlenmediğinin tespiti ile idari para cezasının iptaline karar verilmesi halinde bu kararın ceza mahkemesini bağladığı ileri sürülmektedir<sup>52</sup>. Aksi görüş ise böyle bir durumda vergi mahkemesinin, ceza mahkemesinin kararını bekletici mesele yapması yönündedir<sup>53</sup>. Bu görüşe göre, vergi mahkemesi, ceza mahkemesinin kararı kesinleşene kadar davaya ara vermeli ve ceza mahkemesinin kararı kesinleştikten sonra vergi mahkemesi kaldığı yerden yargılamaya devam etmelidir<sup>54</sup>. Bahsettiğimiz son iki görüşe orta bir yol bulan diğer bir görüşe göre çift defter tutma, sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma fiillerinin teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmesi gerekçesiyle ceza mahkemesinin, vergi mahkemesinin kararını bekletici mesele yapmalı; VUK'un 359. maddesinde yer alan diğer suçlar bakımından suçun manevi unsuruna yönelik değerlendirmenin önem arz etmesi nedeniyle bu suçlarda vergi mahkemesinin ceza mahkemesi kararını bekletici mesele saymalıdır<sup>55</sup>. Başka bir görüş ise vergi idaresi tarafından ziyaa uğrayan verginin üç katı tutarındaki vergi ziyayı cezası kesme işleminin, ceza mahkemesi yargılaması sonucunda belirlenecek kasta bağlanması gerektiği yönündedir<sup>56</sup>. Buna benzer görüşe göre, kaçakçılık suçundan dolayı kesinleşmiş mahkûmiyet kararı olmadan ziyaa uğratılan verginin üç katı

---

<sup>50</sup> Aynı yazar alternatif olarak, ceza mahkemesinin, kaçakçılık fiili sonucunda vergi ziyayı tespit etmesi halinde ziyaa uğratılan verginin tutarını esas alarak ya da almayarak idari para cezası hükmetmesine ilişkin bir düzenlemenin de söz konusu çelişik mahkeme kararlarının ortaya çıkmasını engelleyebileceğini ifade etmiştir. KARAKOÇ, "Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme", s. 13-14. Benzer yönde görüş için bkz. BİYAN, "Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyayı Cezası ve Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis in Idem İlkesi", s. 106; DOĞRUSÖZ, A. Bumin "Vergi Ceza Sistemi Üzerine", **Yaklaşım**, Yıl:17, Sayı:196, Nisan 2009.

<sup>51</sup> AKKAYA, Mustafa, "Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme", **AÜHFD**, Sayı:49, 2000, s.93.

<sup>52</sup> **A.e.**

<sup>53</sup> BAYKARA, Bekir, "Ceza Mahkemesi ve Vergi Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi", **Vergi Dünyası**, Sayı 323, Temmuz 2008, s.6.

<sup>54</sup> DİLEMRE ÖDEN, Begüm, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Hapis Cezası Kalktı mı?", **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Yıl:2015, sayı:136 s. 108 ve 112-113; BİYAN, "Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyayı Cezası ve Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis in Idem İlkesi", s. 105-106.

<sup>55</sup> İÇER, Zafer/YENER, Yücel, "Vergi ve Ceza Mahkemelerinin Kararlarının Birbirine Etkisinin Değerlendirilmesi", **Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler**, (Ed. İzzet Özgenç; Cumhur Şahin; Faruk Turhan) Cilt:2, Seçkin, Ankara, 2020, s.1180-1183.

<sup>56</sup> BAHÇECİAĞAÇCI, **a.g.e.**, s. 163.

tutarında kesilen vergi ziyayı cezasının tatbiki mümkün değildir<sup>57</sup>. Diğer bir görüşe göre, VUK'un 359. maddesi kapsamında yer alan kaçakçılık fiilleri sebebiyle ceza mahkemesi ve vergi mahkemeleri arasında çıkan hüküm uyumsuzluklarının çözülmesi için tek yol, vergi mahkemeleri içinde ihtisas mahkemesi konumunda olacak şekilde vergi ceza mahkemelerinin kurulması ve vergi kabahatleri ile vergi suçlarının bu mahkemelerin görev alanına dâhil edilmesidir<sup>58</sup>.

### 3.5. Non Bis İn İdem İlkesine Uyumda Başarısız Bir Deneme: Ünal Gökpinar Bireysel Başvuru Kararı

Anayasa Mahkemesi, Ünal Gökpinar'ın başvurusuna ilişkin kararında kişinin aynı fiili nedeniyle idari süreç sonunda vergi ziyayı ile özel usulsüzlük cezası kesilmesini ve ceza yargılaması sonucunda sahte belge düzenleme veya kullanma suçundan hapis cezasına mahkûm olmasını Anayasanın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında güvence altına alınan non bis in idem ilkesine aykırı görmemiştir<sup>59</sup>. Anayasa Mahkemesi, bu kararında idari ve adli cezaları gerektiren fiilin, aynı fiil olduğunu kabul etmiştir. Kanaatimizce bu kabulleniş daha sonrasında vergi ceza hukukunda non bis in idem ilkesine uyumda atılacak ilk adımın habercisidir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesine göre, aynı fiile hem adli cezanın ve hem de idari cezaların verilmesinde farklı amaç ve hukuki yararlar<sup>60</sup> mevcuttur<sup>61</sup>. İHAM'ın eski tarihli içtihatlarında da bu yönde

<sup>57</sup> DONAY, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, s. 151.

<sup>58</sup> ÖZEN, *213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri*, s. 141.

<sup>59</sup> Anayasa Mahkemesi Başvuru No:2018/9115 Karar Tarihi: 27.3.2019 RG Tarih:16.5.2019 Sayı:30776 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/9115> (Çevrimiçi) 12 Şubat 2020.

<sup>60</sup> Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi suç (sahte belge düzenleme veya kullanma suçu) ve kabahat (vergi ziyayı ve özel usulsüzlük kabahatleri) ayırımında modern ceza hukukunda kabul görmeyen niteliksel ölçütü esas almıştır. Bize göre söz konusu suç ve kabahatlerde korunan hukuki değer bakımından farklılık yoktur. Korunan hukuki değer, hazine yararlarıdır.

<sup>61</sup> "...56. Somut olayda şikâyet konu her iki takibat aynı kişi hakkında ve aynı vergilendirme dönemleri ile ilgili olarak yürütülmüştür. Vergi idaresince sahte fatura düzenlendiğinin tespiti üzerine yürütülen idari takibatta bu fiil dolayısıyla elde edildiği takdir edilen gelir üzerinden vergi cezaları uygulanmış, yine vergi düzenini bozan bu fiil yüzünden ayrıca ceza yargılaması yürütülmüştür. Buna göre başvuru ceza süreçlerine neden olan hareketleri, amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı şekilde kendi içinde bir bütünlük oluşturduğundan hukuki anlamda aynı fiil olarak değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle sonuç olarak somut olayda her iki takibatta da, özünde aynı olgulara dayanan tek bir fiilin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

57. Bununla birlikte somut olay yukarıdaki ilkeler ışığında değerlendirildiğinde, farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirilmeye yönelik olarak hem idari süreç sonunda vergi cezası hem de adli süreç sonunda mahkûmiyet verilebilmesinde aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Dolayısıyla somut olayın koşullarında adil yargılanma hakkı bağlamında aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin ihlaline yol açılmamıştır..." Anayasa Mahkemesi Başvuru No:2018/9115 Karar Tarihi: 27.3.2019 s. 13-14 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/9115> (Çevrimiçi) 12 Şubat 2020. Doktrinde Anayasa Mahkemesinin bu kararı, İHAS'ın Ek 7 Nolu Protokolünün 4. maddesinde yer alan non bis in idem ilkesine aykırı olması sebebiyle eleştirilmiştir. RENÇBER, *Ne Bis İn İdem İlkesi Uyarınca Vergi Suç ve Kabahatlerinin Değerlendirilmesi*, s. 1095-1096. Diğer yandan doktrinde aksi görüşler de mevcuttur. Doktrinde de kaçakçılık fiilleri karşılığında adli cezanın



gerekçelerin esas alındığı görülmektedir. Örneğin, Ponsetti<sup>62</sup> ve Rosenquist<sup>63</sup> Kararlarında suç ile kabahat unsurlarının aynı olmaması ve korunan değerlerin farklı olmasına dayanılarak non bis in idem ilkesine aykırılığın olmadığı sonucuna varılmıştır. Söz konusu İHAM kararlarında dikkat çekilmesi gereken iki husus mevcuttur. İlk olarak adli ve idari yaptırımların birbirinden bağımsız şekilde yürütülen usuller çerçevesinde uygulanmasıdır. Bu durum kişinin, işlediği fiile oranla ölçülülük ilkesine aykırı şekilde daha ağır ceza ile karşılaşmasına yol açabilmektedir. İkinci husus ise kabahat karşılığında verilen para cezalarının makul tutarlarda olmasıdır. Uygulanan para cezasının makul bulunması, İHAM'ı non bis in idem ilkesini ihlal eder derecede ölçüsüz cezalandırma yapılmadığı sonucuna varmasında etkili olmuştur. Türk Vergi Ceza Hukukuna bakıldığında VUK'un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık suçlarının işlenmesi sonucunda vergi ziyanının gerçekleşmesi halinde kişi hakkında hem vergi ziyanının üç katı tutarında vergi ziyai cezası ile özel usulsüzlük cezası ve hem de hapis cezasına hükmedilmektedir. Yukarıda incelediğimiz VUK'ta yer alan içtima yasakları gereğince vergi ziyai cezası ve özel usulsüzlük cezasına ilişkin yargılama vergi mahkemesinde ve VUK'un 359. maddesindeki suçlara ilişkin yargılama ceza mahkemesinde birbirinden bağımsız şekilde sonuçlandırılmaktadır. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesinin atıfta bulunduğu İHAM kararlarının non bis in idem ilkesinin Türk Vergi Ceza Hukukundaki uygulamasına esas alınması mümkün görünmemektedir. Diğer yandan aynı fiile dayalı olarak ceza mahkemesinde beraat ederken vergi mahkemesinde idari cezanın hukuka uygun olduğu sonuca varılarak davanın reddedilmesi ya da tam tersi durumda mahkeme kararlarını çelişkili hale getirmekte ve kesin hüküm otoritesini zedelemektedir. Türk Vergi Ceza Hukukunda mevcut olan bu durum, İHAM'ın yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz yeni tarihli içtihatları (Glantz v. Finlandiya ve A ve B v. Norveç Kararları) ile uyum göstermemektedir. Bu sebeplerle, İHAS'ın Ek 7 Nolu Protokolünün kabulünden sonra Anayasa Mahkemesi'nin farklı amaç taşımasını

---

yanında idari para cezasının verilebileceği ifade edilmektedir. ERDEM, Tahir, **Vergisel Kabahatler**, Beta, İstanbul, 2010, s. 68-69; HIZLI, Yılmaz, **Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçları**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1984, s. 32-33. Diğer bir görüş ise, VUK'un 344. maddesinin ikinci fıkrasında kaçakçılık suçlarına değil kaçakçılık suçlarına ilişkin fiile atıf yapılmasından dolayı vergi idaresi tarafından sadece kaçakçılık fiili ile vergi ziyana neden olunup olunmadığının tespitinin yapıldığı, ayrıca ilgili kaçakçılık suçuna ilişkin manevi unsurunun oluşup oluşmadığının tespit edilmediği ve bu sebeplerle idareye verilen yetkinin hukuka uygun olduğu yönündedir. Bu bağlamda, vergi idaresi, ziyaa uğratılan verginin üç katı tutarındaki vergi ziyai cezasını kesmesi için ceza mahkemesinin kaçakçılık suçuna ilişkin kararının kesinleşmesini beklemesine gerek yoktur. TAŞKAN, Yusuf Ziya, "Vergi Ziyai Cezasının Üç Kat Uygulanmasında Bir Sorun Olasılığı ve Öneriler", **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı:227, Ağustos 2007, s. 124.

<sup>62</sup> Ponsetti and Chesnel v. France (Admissibility decision), App. No:36855/97;41731/98, Date:14.9.1999.

<sup>63</sup> Nils-Inge Rosenquist v. Sweden (Admissibility decision), App. No: 60619/00, Date: 14.9.2004.

ve farklı hukuki yararı korumasını gerekçe göstererek aynı fiil için mükerrer yaptırım uygulamasını kabul etmesi hukuken isabetli değildir<sup>64</sup>.

#### 4. 2019/4E. 2021/78K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı

##### 4.1. İtiraz Konusu Kanun Hükümleri ve İptal İsteminin Gerekçeleri

Anayasa ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yer alan somut norm denetimi kuralları çerçevesinde İstanbul 7. Vergi Mahkemesi (E.2019/4) ve Bursa 17. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2019/84)<sup>65</sup>] resen tarh edilen üç kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisi ile kesilen özel usulsüzlük cezasının iptali ile sahte faturaları ticari işletmesine ait ticari defterlerinin gider hanesine kaydetmek suretiyle kullandığı iddia olunan sanığın vergi kaçakçılığı suçundan cezalandırılması talebiyle açılan davalarda uygulanacak aşağıda sıralanan kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak iptal edilmeleri için başvuru yapmıştır. Bu bağlamda itiraz konusu kurallar ile vergi hukuku mevzuatında aynı fiilin hem suç hem de kabahat olarak nitelendirilmesi nedeniyle vergi mükelleflerine idari nitelikli vergi cezası yaptırımının yanı sıra adli nitelikli hürriyeti bağlayıcı cezanın uygulanabildiği, bu yaptırımlara ilişkin davalardan birinin vergi mahkemesinde diğerinin ise ceza mahkemesinde yürütülüp farklı yargılama usullerine tabi olduğu, anılan mahkemeler arasında herhangi bir etkileşimin olmadığı, bu nedenle aynı fiilden kaynaklanan yargılamalar sonucunda verilen kararların birbiriyle çelişmeleri hâlinde dahi geçerli olduğu, bu durumun hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 11. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İtiraz konusu yapılan VUK maddeleri aşağıda sıralanmıştır:

*“Suçlarda birleşme:*

*Madde 340- (Değişik: 22/7/1998-4369/10 md.) Bu kanunda yazılı vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359 uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemez.*

<sup>64</sup> RENÇBER, *Ne Bis In Idem İlkesi Uyarınca Vergi Suç ve Kabahatlerinin Değerlendirilmesi*, s. 1095.

<sup>65</sup> Anayasa Mahkemesi 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 22/7/1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen 340. maddesinin ikinci fıkrası ile 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 276. maddesiyle değiştirilen 359. maddesinin (b) fıkrasının iptallerine karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2019/84 sayılı davanın aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2019/4 sayılı dava ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2019/4 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine karar vermiştir.

*Bu Kanunla vergi cezasıyla cezalandırılan fiiller, aynı zamanda 359 uncu maddeye göre suç teşkil ettiği takdirde vergi cezası kesilmesi söz konusu madde hükmüne göre takibat yapılmasına engel olmaz.”*

*“Kaçakçılık Suçları ve Cezaları*

*Madde 359- (Değişik: 23/1/2008-5728/276 md.)*

*b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.*

*“Bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul:*

*Madde 367- (Değişik: 23/1/2008-5728/280 md.)*

*359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.*

*Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.”*

## **5.2. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi**

Anayasa Mahkemesi, non bis in idem ilkesini İHAM içtihatları çerçevesinde incelemiştir. Anayasa Mahkemesine göre aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde non bis in idem ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır.

İlk olarak “ceza” ile ilgili bir yargılama sürecinin olması gerekmektedir. Sonrasında bu yargılama süreci, kesin/kesinleşmiş mahkûmiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmalıdır. Üçüncü olarak yeniden “ceza” ile ilgili bir yargılama süreci işletilmelidir. “Ceza” ile ilgili iki yargılama süreçlerinin aynı fiilden kaynaklanması icap etmektedir. Son olarak ise, somut olayda non bis in idem ilkesinin istisnalarından birinin olmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi, önceki içtihatlarında<sup>66</sup> olduğu gibi “ceza” ile ilgili yargılama süreçlerinin her durumda teknik olarak ceza yargılaması hukuku anlamında bir süreç olarak öngörülmüş olmasının şart olmadığını kabul etmiştir. Buna göre idari süreç neticesinde kesilen vergi cezaları, Anayasanın 36. ve 38. maddeleri çerçevesinde “ceza” kavramına dâhildir.

Anayasa Mahkemesi, mahkûmiyet ya da beraat hükmünü özerk olarak yorumladığını ifade etmiştir. Buna göre non bis in idem ilkesi (aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi) ile korunan hukuki menfaat, “ceza” yaptırımına bağlanmış olan bir fiile ilişkin isnadın esası incelenerek kişinin cezai sorumluluğu hakkında olumlu ya da olumsuz verilmiş kesin/kesinleşmiş bir karardan sonra yeniden yargılanmaması ve cezalandırılmamasıdır. Bununla birlikte zamanaşımı nedeniyle verilen düşme kararı ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar gibi suç isnadının esası incelenmeden verilen ve bu sebeple kişinin cezai sorumluluğuyla ilgili tespit içermeyen kararlar, non bis in idem ilkesi kapsamında beraat kararı olarak nitelendirilemez. Anayasa Mahkemesi “kesin olma/kesinleşme” kavramını da özerk olarak yorumladığını belirtmiştir. Mahkemeye göre “kesin olma/kesinleşme”, ilgili kararın kanun yolu öngörülmemesi nedeniyle verildiği anda kesin olması veya olağan kanun yolları tüketilerek ya da bunlara başvuru için öngörülmüş sürelerde başvuru yapılmadan geçirilerek kesinleşmesidir.

Anayasa Mahkemesi, iki kere (kez) cezalandırma ve tekrar (yeniden) cezalandırma kavramları arasında farklılığa işaret etmiştir. Bu bağlamda, non bis in idem ilkesi, bir kişiye aynı fiilden dolayı iki kere ceza verilmemesini değil kişinin aynı fiilden dolayı tekrar (yeniden) yargılanmamasını ve bu yargılamaya bağlı olarak cezalandırılmamasını emretmektedir. Burada “ceza” ile ilgili birden fazla süreç bulunmaması sebebiyle, kişinin aynı fiilden dolayı aynı yargılama süreci içinde birden fazla yaptırıma maruz kalması tek başına ilkeyi ihlal etmeyecektir.

Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama ve yeniden cezalandırmanın aynı suçtan değil aynı fiilden kaynaklanması gerektiğini vurgulamıştır. Non bis in idem ilkesi kapsamında suçun unsurları arasındaki farklılıkların incelenmesine gerek yoktur. Önem arz eden, farklı yargılama süreçlerine kaynaklık eden fiilin/olgunun aynılığıdır. Suç ve kabahatlerin aynı fiile işlenip işlenmediğinin tespiti için fiile ilişkin zamansal, mekânsal ve olgusal aynılığın sağlanması gerekmektedir. Aynı fiilden söz edilebilmesi için birden fazla takibat ya da cezaya kaynaklık eden olguların bire bir aynı veya maddi olarak (büyük ölçüde) aynı olgular olması ve aynı zamanda ve mekânda gerçekleşmesi gerekmektedir. Tek bir fiilin cezaya ilişkin iki farklı düzenlemede aynı biçimde ele alınması durumunda *birebir aynı*

<sup>66</sup> AYM, E.2019/16, K. 2019/15, 14/3/2019, § 13; bkz. Gür-Sel İnşaat Malzemeleri San. Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/4324, 7/7/2015; Ünal Gökpınar, §§ 54-56.

olma hâlinde, düzenlemelerde bazı farklılıklar bulunmakla birlikte bu farklılıkların önemsiz olması hâlinde maddi olarak (büyük ölçüde) aynı olma hâlinde söz edilebilecektir.<sup>67</sup>

Anayasa Mahkemesi, İHAM'ın A ve B Norveç Kararı ile olgunlaştırdığı non bis in idem uygulamasını, non bis in idem ilkesinin istisnası olarak nitelendirmiştir. Oysa ki, yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz gibi A ve B v. Norveç Kararı, non bis in idem ilkesinin istisnası değildir. İHAM'ın bu içtihadında, non bis in idem ilkesinin unsurlarını, şekle tabi olmaksızın somut olaya uygulanmıştır. A ve B v. Norveç Kararında, cezaya ilişkin idari ve adli süreçlerin bir bütünü parçaları olacak şekilde bağlantılı bir biçimde yürütülmesinin non bis in idem ilkesi kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır<sup>68</sup>. Başka bir ifade ile aynı fiile ilişkin şeklen birden fazla süreç yürütülse de bunun aslında bütünlük bir süreçten ibaret olduğu ortaya koyulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, İHAM'ın A ve B v. Norveç içtihadı ile oluşturulan non bis in idem ölçütlerini şu şekilde sıralamıştır:

*“ -Birden fazla sürecin hukuka aykırı aynı fiilin farklı yönlerini ele almak üzere birbirini tamamlayıcı farklı amaçlar takip edip etmediği;*

*-Aynı fiile ilişkin birden fazla sürecin yürütülebileceğinin öngörülebilir olup olmadığı;*

*-Birden fazla süreç arasında mümkün olduğunca delillerin toplanması ve değerlendirilmesi ile olguların tespitinde yeterli etkileşim sağlanıp sağlanmadığı, bu kapsamda birden fazla bağımsız süreç yürütüldüğü izlenimi verecek şekilde herhangi bir tekrarın oluşmasından kaçınılıp kaçınılmadığı, özellikle farklı yetkili makamlar tarafından bir süreçte tespit edilen olguların diğer süreçte de kullanılmasına özen gösterilip gösterilmediği;*

*- Kişilerin, haklarında yürütülen birden fazla süreç sonunda tek bir süreç yürütülmüş olsaydı karşılaşacakları külfete göre aşırı bir külfet yüklenmesini önlemek için ilk olarak kesinleşen süreçte uygulanan yaptırımın sonradan kesinleşende dikkate alınıp alınmadığı;*

*- Yukarıda unsurlarına yer verilen maddi yönden bağlantının sağlanması hâlinde her iki sürecin zaman yönünden de bağlantılı olup olmadığı; (Bu bağlamda bir*

---

<sup>67</sup> İHAM Zolotukhin v. Rusya [BD], B. No: 14939/03, 10/02/2009, §§ 78-84, 97; A ve B/Norveç [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 108.

<sup>68</sup> A ve B v. Norveç [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 130.

*sürecin diğer sürecin tamamlanmasından sonra makul bir süre içerisinde sonlandırılıp sonlandırılmadığının değerlendirilmesi gerekir).”*

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu yapılan VUK’un 340. maddesi, 359. maddesinin son fıkrası ile 367. maddesinde yer alan “359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyat cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.” şeklindeki fıkrası sebebiyle kaçakçılık suçu ile vergi kabahatlerinin bağlantılı olarak işlenmesi hâlinde bunlara ilişkin cezaların ayrı ayrı uygulanacağını belirtmiştir. Mahkeme, bu hükümlerin suç ve kabahatlerin aynı fiille işlenmesi hâlinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağına ilişkin 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 15. maddesinin üçüncü fıkrasına istisna teşkil ettiğine işaret etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, kaçakçılık suçu ve vergi kabahatleri karşılığında uygulanan adli ve idari yaptırımların “cezaî” olduğuna ve bu yaptırımlara ilişkin farklı yargılama süreçlerinin işletildiğini kabul etmektedir. Mahkeme, “aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama” anlamına gelen non bis in idem ilkesinin belirli şartların sağlanması hâlinde ikili bir yargılama sürecini ve bu süreçler neticesinde birden fazla cezanın uygulanmasını dışlamadığını ifade etmiştir.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi, süreçlerin bir bütünün parçaları olacak biçimde bağlantılı yürütülmesine ilişkin güvencelerin sağlanması hâlinde birden fazla cezanın uygulanması kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce burada Anayasa Mahkemesi, VUK hükümleri gereğince yürütülen iki yargılama sürecinin bütünleşik hale getirilmesi için bütünleştirici mekanizma kurabilecek kuralların getirilmesine ihtiyaç olduğunu vurgulayarak yasama organına mesaj göndermiştir. Sadece birden fazla cezanın uygulanmasını ve bunların birleştirilmesine izin verilmemesini öngören söz konusu kuralların (VUK’un 340. maddesi, 359. maddesinin son fıkrası ile 367. maddesinde yer alan “359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyat cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.”) non bis in idem ilkesine aykırı bir yönü olmadığı sonucuna varılarak Anayasanın 36. maddesine aykırılık teşkil etmediğine ve itirazın reddine oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu yapılan VUK’un 367. maddesinde yer alan “Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.” şeklindeki fıkrasını ayrı olarak incelemeye tabi tutmuştur. Bu noktada, Mahkeme, aynı fiille ilişkin birden fazla yargılamanın bir bütünün parçaları olacak biçimde bağlantılı yürütülmesi hâlinde non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi,

bağlantılı olarak işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin yargılamalar sonucunda verilen kararların birbirine etkisinin bu kanun hükmü ile yasaklandığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre bir hukuka aykırı fiile karşı tamamlayıcı olacak şekilde birden fazla yargılama süreçleri işletilebilir ve bunlar sonucunda birden fazla ceza verilebilir. Bu bağlamda, özünde aynı fiile ilişkin olmakla birlikte farklı hukuki değerleri koruyan biri adli, diğeri idari iki ayrı yargılama ve cezalandırma usulünün tamamlayıcı amaçlar taşıdığı ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesi, aynı fiil ile işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri esas olarak vergi incelemesine dayandığının altını çizmiştir. Mahkeme, adli ve idari yargılama süreçleri tamamen birbirinden bağımsız olarak yürütülmekte olduğunu ve süreçler arasında delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde herhangi bir tekrarın oluşmasını engelleyecek bir düzenlemeye yer verilmediğini tespit etmiştir. Ayrıca adli ve idari yargılama süreçleri arasında etkileşimin olmamasından dolayı yargılama süreçlerin sonuçlandırılmasında zamansal farklılıkların ortaya çıktığı vurgulanmıştır. Söz konusu kuralın adli ve idari yargılama süreçlerinin bir bütünü parçası olacak biçimde bağlantılı olarak yürütülmesini sağlamaya imkân tanımadığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, adli ve idari yargılama sonucunda hükmolunan toplam cezanın kişi üzerinde aşırı bir külfet oluşturmasının engellenmesi amacıyla ilk yargılamadaki cezanın diğer yargılamada dikkate alınıp alınmadığı, bu konuda her iki süreci yürüten kamu otoritelerinin birbirleriyle etkileşime girip girmedikleri hususlarının değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Bu bağlamda her iki sürecin de cezalandırma ile sonuçlandığı durumlarda ortaya çıkan sonucun kişi üzerinde orantısız bir külfete yol açması durumunda tamamlayıcılık unsurunun zedelenebileceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu sebepler dairesinde söz konusu kuralın kişi üzerinde aşırı bir külfet oluşmasını engellemek amacıyla ilk yargılamadaki cezanın diğer yargılamada dikkate alınmasını engellemekte, süreçler arasında etkileşime izin vermemekte ve ilgili kişi aleyhine hükmedilen toplam cezanın aşırı külfet oluşturma riskinin arttığı hallerde dengeleyici mekanizmaların uygulanabilmesine imkân tanımamakta olduğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla bağlantılı fiillerle işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama süreçleri arasında bağlantı kurulmasına engel olan kuralın Anayasanın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelere aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılarak iptaline oy çokluğu ile karar verilmiştir.

### **4.3. Karşı Oy Gerekçeleri**

#### **4.3.1. Zühtü Arslan**

Zühtü Arslan, VUK'un 340. maddesinin, 359. maddesinin son fıkrasının ve 367. maddesinin "359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi,

*vergi ziyayı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.*” şeklindeki fıkrasının Anayasa’ya aykırı olmadığına dair oy çokluğu ile alınan Anayasa Mahkemesi kararına katılmamaktadır.

İptali talep edilen bu kurallar çerçevesinde, aynı fiilden dolayı yürütülen farklı yargılama/cezalandırma süreçlerinde vergi kabahatleri karşılığında idari para cezası ve kaçakçılık suçu karşılığında hürriyeti bağlayıcı ceza ayrı ayrı uygulanmaktadır. Başka bir ifade ile söz konusu kurallar adli ve idari süreçlerin sonunda uygulanan cezaların birleştirilmesini engellemektedir.

Arslan, Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 36. maddesinde vücut bulan non bis in idem ilkesine ilişkin açıklamalarını kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, burada İHAM’ın A ve B v. Norveç Kararı çerçevesinde oluşturulan non bis in idem ilkesine uygunluk ölçütlerini sıralamıştır. Buna göre birden fazla yargılama veya cezalandırma süreçlerinin (1) birbirini tamamlayıcı farklı amaçlar izlemesi, (2) öngörülebilir olması, (3) aralarında delillerin toplanması ve değerlendirilmesi ile olguların tespitinde yeterli etkileşim sağlanması, (4) sonunda tek bir sürece oranla aşırı bir külfet yüklenmemesi ve (5) zaman yönünden de bağlantılı olması durumunda, non bis in idem ilkesine aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Ancak Arslan, yukarıda yer alan non bis in idem ilkesine uygunluk ölçütlerinin, VUK’ta mevcut olmadığını ifade etmiştir. Bunun, Anayasa Mahkemesinin oy çokluğu ile aldığı kararında kabul edildiği belirtilmiştir<sup>69</sup>.

Anayasa Mahkemesinin VUK’un 367. maddesinin son fıkrasında yer alan adli ve idari süreçler sonunda verilen kararların birbirini etkilememesine ilişkin kuralı, non bis in idem ilkesine aykırı bularak iptal etmesi isabetli bulunmuştur. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi iptal ettiği bu kuralı, yukarıda belirtilen non bis in idem ilkesine uygunluk ölçütlerinden tamamlayıcılık ve öngörülebilirlik açısından sorunlu görmemiştir. Ancak Mahkeme, söz konusu kuralın, etkileşim, aşırı külfet yüklememe ve zaman bakımından bağlantı ölçütlerini sağlamadığını belirtmiştir.

Ancak Arslan’a göre VUK’un 367. maddesinin son fıkrasında yer alan karşılıklı bağlamazlığa ilişkin kuralın iptali itiraz konusu diğer kuralları Anayasa’ya uygun hale getirmez. Zira iki ayrı yargılama/cezalandırma sürecinin sonunda verilen kararların karşılıklı bağlamazlığına son verilmesi, gerekli güvenceleri sağlamaz. Adli ve idari süreçler arasında delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde herhangi bir tekrarın oluşmasını engelleyecek bir etkileşim bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin VUK’un 367. maddesinin son fıkrasında yer alan karşılıklı bağlamazlık kuralı ile “*yargılama/cezalandırma süreçlerinde verilen*

---

<sup>69</sup> Anayasa Mahkemesi kurullarla öngörülen farklı süreçlerin “*bir bütünün parçaları olacak şekilde bağlantılı yürütülmelerine ilişkin güvencelerin sağlanması halinde*” non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğinin altını çizmiştir.



*kararların karşılıklı olarak karar verici birimleri bağlayamayacağı hüküm altına alınmakla bu bağlantı eksikliği daha da pekiştirilmiştir”* ifadesiyle bağlantı eksikliğinin varlığının kabul edildiği belirtilmiştir.

Bu sebeple, Arslan, Anayasa Mahkemesinin, itiraz konusu yapılan kanun hükümlerinin (VUK’un 340. maddesi, 359. maddesinin son fıkrası ve 367. maddesinin “359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.” şeklindeki fıkrası) non bis in idem ilkesine ilişkin güvenceleri sağlamamasına rağmen iptal etmemesini eleştirmektedir. Anayasa Mahkemesinin, itiraz konusu kuralların farklı süreçlerin bağlantılı yürütülmesine ilişkin güvencelerin sağlanması halinde Anayasa’ya aykırılık teşkil etmeyeceği şeklinde “şartlı red” kararında isabet olmadığına altı vurgulanmıştır. Arslan’a göre kanun koyucunun konuya ilişkin tercihini ifade eden itiraz konusu tüm kuralların bir bütün olarak ele alınıp gerekli güvenceler sağlanmadığı gerekçesiyle iptal edilmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde non bis in idem ilkesine uygunluk ölçütleri bir bütün olarak yasama organı tarafından yeniden değerlendirilmesine fırsat oluşturulabilirdi. Bunun yerine itiraz konusu kuralların (VUK’un 340. maddesi, 359. maddesinin son fıkrası ve 367. maddesinin “359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.” şeklindeki fıkrası) iptal edilmemesi, ayrı süreçlerin bir bütünü parçaları olacak şekilde bağlantılı yürütülmesine yönelik gerekli ve yeterli güvenceler sağlanmadan uygulanabilmesinin yolunu açmıştır.

#### **4.3.2. Hasan Tahsin Gökcan**

Hasan Tahsin Gökcan, VUK’un 340. maddesinin ilk fıkrasının, 359. maddesinin son fıkrasının ve 367. maddesinin “359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.” şeklindeki fıkrasının Anayasa’ya aykırı olmadığına dair oy çokluğu ile alınan Anayasa Mahkemesi kararına katılmamaktadır.

Karşı oy gerekçesinde, ilk olarak non bis in idem ilkesine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Bu bağlamda ilkenin temel dayanağı olan uluslararası hukuk metinleri ve Anayasal hükümler incelenmiştir. Gökcan, non bis in idem ilkesinin unsurlarını İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararı ve diğer karşı oy gerekçelerinde yer almayan ikinci kez yargılama/cezalandırma yasağı (non bis in idem ilkesi) ile kesin hüküm otoritesi ilişkisinden söz edilmiştir. Gökcan’a göre kesin hüküm otoritesi, hukuk devleti ilkesinin unsurları olan hukuki öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği ilkelerinin gereğidir. Kesin hüküm otoritesi ile bireylerin, yargı erkine duydukları

güven sarsılmaz. Ceza yargılaması sonucunda kişinin, ölçüsüz ceza ile karşılaşmasının önü kesilir. Bu sebeple, non bis in idem ilkesi, ikinci kez yargılamayı önleyen bir dava şartı olarak mahkemelerce re'sen dikkate alınmalıdır. Öğreti ve uygulamada non bis in idem ilkesinin, İHAM içtihatları çerçevesinde adil yargılanma hakkının cezai nitelikteki yargılamalara ilişkin özel bir güvencesi olduğu kabul edilmektedir. Gökcan bu bağlamda, non bis in idem ilkesinin, usul kuralı olmasından öte Anayasa yargısında “ölçü norm” olarak önemli bir işlevinin olduğunu ifade etmektedir. Başka bir anlatımla, non bis in idem ilkesi, yargılama usulüyle ilgili olarak bir güvence işlevi görmeyen yanında maddi veya şekli cezai nitelikli kuralların güvenceye aykırı biçimde düzenlenmesini önleme işlevi yönüyle yasama organına bir sınır çizmektedir.

Aynı fiil nedeniyle ikinci kez yargılanma hukuki güvenliği ortadan kaldırmaktadır. İlâveten kişinin bu şekilde ikinci kez cezalandırılması, anayasal kusur ilkesinin ihlaline yol açar. Zira ikinci kez yargılama sonucunda bir kez daha cezalandırma, kişinin kusuru ile orantısız cezalandırılmasına neden olabilecektir. Bu bağlamda, aynı fiil dolayısıyla suç karşılığında uygulanan yaptırımın yanında idari yaptırımların da öngörülmüş olmasının anayasal kusur ilkesi ile çatıştığı belirtilmiştir.

Non bis in idem ilkesi, aynı fiile ilişkin farklı hukuksal düzenlemelere dayalı ikili bir yargılama sürecinin uygulanmasını mutlak olarak önlememektedir. Ancak bunun için yargılamalar arasında yakın bağlantı kurulması ve etkileşimin sağlanması şarttır<sup>70</sup>. Bu noktada Gökcan, Anayasa Mahkemesi kararında da iki yargılamaya ilişkin “*süreçlerin bir bütününün parçası olacak şekilde bağlantılı bir biçimde yürütülmesi*” durumunda ilkenin ihlal edilmeyeceğinin kabul edildiğinin altını çizmiştir. Farklı hukuki değerleri koruma amacıyla düzenlenen ve unsurları da aynı olmayan kuralların ihlali nedeniyle bir cezai yargılama tamamlanmadan diğerinin de başlaması ve süreçlerin bağlantılı biçimde yürütülmesi, non bis idem ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Başka bir anlatımla ilke, suç ve kabahat şeklinde farklı unsurları kapsayan kuralların düzenlenmesine ve bu kuralların ihlaliyle ilgili olarak aynı veya yakın yargısal süreçleri kapsayan soruşturma ve kovuşturmanın yürütülmesini önlememektedir.

Gökcan, Anayasa Mahkemesinin oy çokluğu ile vermiş olduğu karardaki gibi vergi idaresi tarafından uygulanan ve hukuki niteliği kabahat olan idari para cezalarının cezai nitelikte olduğunu İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde açıklamıştır.

---

<sup>70</sup> İHAM Bajcic-Hırvatistan, 8 Ekim 2020, No: 67334/13, par. 39; İHAM A ve B – Norveç, No: 24130/11 ve 29758/11, 15, 11. 2016; İHAM Oliveira-İsviçre, No: 25711/94, 30.7.1998, par. 25-29; İHAM Glantz-Finlandiya, No: 37394/11, 20.8.2014, p. 61-62.

İHAM'ın non bis in idem ilkesine ilişkin Ek Protokol metninde geçen "bir suçtan dolayı" ibaresini özerk yorum ile aynı fiil (birden fazla takibata neden olan aynı olgular) olarak okuduğu belirtilmiştir. Bu itibarla, aynı olgulara dayalı olarak hükmedilen adli ceza ile kesilen idari cezaları aynı fiile ilişkin olacaktır. Ancak İHAM'ın aynı fiilden dolayı farklı kurallar çerçevesinde iki ayrı yargılama sürecinin yürütülmesini ihlal nedeni olarak görmediği belirtilmiştir. İHAM'a göre non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil eden husus, , aynı fiile ilişkin yargılama süreçlerinin birbirinden bağımsız ve özellikle yaptırımların belirlenmesi açısından bir etkileşime girilmeksizin yürütülüp sonuçlandırılmasıdır<sup>71</sup>. Ancak adli ve idari süreçler arasında bağlantı kurulması ve bu bağlantı çerçevesinde adli ve idari cezaların birbirini tamamladığı ve öngörülebilir sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa non bis in idem ilkesinin ihlali söz konusu olmayacaktır<sup>72</sup>.

Gökcan da Anayasa Mahkemesi'nin oy çokluğu ile vermiş olduğu kararda olduğu gibi yargılama süreçleri arasında yeterince yakın bağlantı kurulmasını, non bis in idem ilkesinin istisnası olarak görmektedir. Bu bağlamda, İHAM'ın Bajcic v. Hırvatistan Kararında yer alan yargılamalar arasında yeterince yakın bağlantının var olduğunun kabul edilebilmesinin koşulları sıralanmıştır<sup>73</sup>:

*"farklı yargılamaların tamamlayıcı amaçlara yönelik olup olmadığına yalnızca soyut olarak değil, aynı zamanda somut olarak, ilgili toplumsal kural ihlalinin farklı yönlerinin ele alınıp alınmadığı;*

*- yargılamanın ikiliğinin, uyumsuzluğa konu aynı davranışın hem hukuki düzenlemede hem de uygulamada öngörülebilir bir sonucu olup olmadığı,*

*- ilgili takibat süreçlerinin; bilhassa delillerin değerlendirilmesine yönelik tekrarı yanı sıra, taraflar arasındaki yeterli etkileşim yoluyla kovuşturmaların tekrarlanmasından ve özellikle de delillerin değerlendirilmesinden kaynaklanan ek dezavantajlardan mümkün olduğunca kaçınacak şekilde yürütülüp yürütülmediği,*

*- ve hepsinden önemlisi önce kesinleşen işlemlerde uygulanan yaptırımın, sonradan kesinleşen işlemlerde, kişinin sonuç olarak aşırı bir yüke maruz kalmasını önlemek için dikkate alınıp alınmadığı. (Suçla ilgili kurallarda) uygulanan herhangi bir cezanın toplam miktarının orantılı olmasını sağlamak için tasarlanmış bir denkleştirme mekanizmasının mevcut olduğu durumlarda bu riskin gerçekleşmesi olasılığı çok düşüktür."*

<sup>71</sup> AİHM Glantz-Finlandiya, No: 37394/11, 20.8.2014, p. 61-62.

<sup>72</sup> İHAM A ve B – Norveç, No: 24130/11 ve 29758/11, 15.11.2016.

<sup>73</sup> İHAM Bajcic-Hırvatistan, 8.10.2020, No: 67334/13, par. 39.

Gökcan, İHAM içtihatlarında yer alan yargılamalar arasındaki bağlantının varlığına ilişkin ölçütlerden, farklı amaçlarla düzenlenen cezai nitelikli kurallarda toplam cezanın orantısız olmasını önleyecek bazı denkleştirici hukuki kurumların mevcut bulunmasına özel vurgu yapıldığını ifade etmiştir. Denkleştirici hukuki kurumların mevcut olmaması halinde iki yargılama neticesinde uygulanan toplam ceza dolayısıyla adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasını engelleyen bir güvence bulunmayacaktır. Dolayısıyla bu durum non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Gökcan, VUK'ta suç ve kabahat dolayısıyla yürütülen adli ve idari süreçler arasındaki bağlantının varlığına vücut verecek herhangi bir denkleştirici hukuki mekanizmanın olmadığını belirtmiştir. Dahası, Anayasa Mahkemesinin oy çokluğu ile aldığı kararın aksine VUK'un 340. maddesinin ilk fıkrasının (*Bu kanunda yazılı vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359 uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima ve tekerriir hükümleri bakımından birleştirilemez.*), 359. maddesinin son fıkrasının (*Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344 üncü maddede yazılı vergi ziyai cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.*) ve 367. maddesinin beşinci fıkrasının (*359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.*), aynı olgulara dayalı olarak suç veya kabahat şeklindeki farklı yaptırım içeren kuralların birbiriyle etkileşimini önleyen kurallar olarak değerlendirmektedir. Bu sebepler çerçevesinde, söz konusu kuralların iptal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Diğer yandan, Gökcan'a göre idari süreç neticesinde kesilen vergi cezasının, kaçakçılık suçundan dolayı adli süreci engellemeyeceğine ilişkin VUK'un 340. maddesinin ikinci fıkrası, Anayasaya aykırılık teşkil etmemektedir. Söz konusu madde hükmü gereğince iki ayrı süreç sonunda idari yaptırım uygulanmadığı takdirde adli yaptırım ya da adli yaptırım uygulanmadığı takdirde idari yaptırım uygulanabilecektir. Dolayısıyla bu kuralın, tek başına non bis in idem ilkesini ihlal etme gücü bulunmamaktadır. Ancak VUK'ta yer alan vergi ceza sistemindeki non bis in idem ilkesine aykırılığın giderilmesi için VUK'un 340. maddesinin ilk fıkrasının, 359. maddesinin son fıkrasının ve 367. maddesinin beşinci fıkrasının iptal edilmesi ve adli ve idari süreçler arasındaki bağlantı sağlayan denkleştirici hukuki kurumların oluşturulması icap etmektedir.

#### 4.3.3. Kadir Özkaya/Yıldız Seferinoğlu/Basri Bağcı/İrfan Fidan

Kadir Özkaya, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan, VUK'un 367. maddesinin "*Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.*" şeklindeki fıkrasının Anayasa'ya aykırı bulunarak

iptaline ilişkin oy çokluğu ile alınan Anayasa Mahkemesi kararına katılmamaktadır.

Kişi aynı fiili dolayısıyla farklı hukuk dallarında farklı yaptırımlara tabi tutulabilir. Zira farklı hukuk dallarında yer alan düzenlemelerde amaç, usul, yaptırımlar ve korunan hukuki menfaat farklılık arz etmektedir. Bu sebeple farklı hukuk dallarına ait düzenlemelerde süreçlerin ve süreç sonunda uygulanan yaptırımların birbirlerini etkilememesine dair düzenlemelere yer verilmektedir. Bu şekilde birbirinden farklılık arz eden müesseselerin özdeşleşmelerine mâni olunmaktadır. Söz konusu düzenlemelere örnek olarak disiplin hukukuna ilişkin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 131. maddesinin ikinci fıkrası<sup>74</sup> verilmiştir. Diğer bir örnek ise ceza mahkemeleri tarafından verilmiş olan beraat kararlarının özel hukuk alanında mutlak manada hüküm doğurmasını engelleyen Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 74. maddesi<sup>75</sup> ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 214. maddesidir<sup>76</sup>. Bu görüşe göre vergi suçları ile vergi kabahatleri ve bunlar karşılığında uygulanan yaptırımlar da yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi birbirlerinden farklı kurumlardır. Vergi suçlarının var olması veya olmaması idari düzenlemelerin varlığı veya yokluğunun ön şartını teşkil etmemektedir. Anayasa Mahkemesinin oy çokluğu ile iptal ettiği VUK'un 367. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme, adli ve idari süreçlerin varlık veya yokluğunun birbirlerini mutlak manada etkilemesini engellemektedir. Bununla birlikte adli ve idari süreçlerin belirli bir oran dâhilinde etkileşim içerisinde olmasının hayatın bir gerçeği olduğu ifade edilmiştir. İptal edilen düzenleme, bu bağlamda vergi cezalarını uygulayacak idari makam ve merciler ile ceza yargılamasını yapacak adli mercilerin birbirlerinin karar ve bulgularından yararlanmaları engelleyen mutlak bir yasak olmadığına altı çizilmiştir. Bu gerekçeler dairesinde, birbirinden farklı hukuki kurumların birlikte varlığını sağlayan VUK'un 367. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı bir yönü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

---

<sup>74</sup> DMK'nin 131. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz.*" hükmü yer almaktadır.

<sup>75</sup> Haksız fiillerin ceza yargılaması ile olan ilişkisini düzenleyen TBK'nın 74. maddesinde "*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*" hükmü yer almaktadır.

<sup>76</sup> "Sahtelik hakkında hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının etkisi" başlıklı HMK'nın 214. maddesinde "(1) *Belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez. (2) Ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olması, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engellemez.*" hükmü yer almaktadır.

## 5. 7394 Sayılı Kanun<sup>77</sup> ile VUK'un 359. Maddesine Eklenen Etkin Pişmanlık Müessesesi

2019/4E. 2021/78K. Sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile VUK'un 367. maddesinin son fıkrasında yer alan idari süreç ile adli süreç neticesinde ortaya çıkan kararların birbirini bağlamayacağı kuralının iptal edilmesinin ardından 7394 sayılı Kanunla bir kısım farklı düzenlemeler ile birlikte VUK'un 359. maddesine etkin pişmanlık<sup>78</sup> müessesesi getirilmiştir. Esasen VUK'un 359. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.” hükmü gereğince kaçakçılık suçları için etkin pişmanlık müessesesi mevcuttur. Buna göre kaçakçılık suçunu işleyen kişi, ilgili suçtan bilgisi olmayan vergi idaresine kendiliğinden durumu bildirmesi halinde kaçakçılık suçundan dolayı takibata tabi tutulmayacak ve dolayısıyla ceza almayacaktır. Yeni getirilen etkin pişmanlık müessesesi ise VUK'un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık suçlarının işlendiğinin vergi idaresi tarafından tespiti sonrasında yürütülen adli süreçte şüpheli ve/veya sanığın kullanabileceği bir hukuki kurum olarak öngörülmüştür. 7394 sayılı Kanun ile ayrıca VUK'un 359. maddesinin (a) fıkrasında yer alan suçlar için üst sınır üçten beş yıla, (b), (c) ve (ç) fıkralarında yer alan suçlarda üst

<sup>77</sup> 7394 sayılı Kanunun genel gerekçesinde; “Vatandaşlarımızın bazı konulara ilişkin olarak yaşayabileceği hak mağduriyetlerinin önüne geçilmesi, ödeme kolaylığı sağlanması ve kamu kurum ve kuruluşlarımızın muhtelif konulara ilişkin olarak ihtiyaç duyduğu kanuni düzenlemelerin hayata geçirilmesi hedeflenmektedir.” denilmektedir.

<sup>78</sup> 7394 sayılı Kanunun 6. maddesinde ve kanunun gerekçesinde etkin pişmanlık müessesesi olarak adlandırıldığı için bu terimi tercih ettik. Söz konusu düzenlemenin hukuki niteliğinin tespiti ayrı bir çalışma konusu olabilecek niteliktedir. Biz çalışmamızda ilgili düzenlemenin hukuki niteliğini derinlemesine tartışmayı tercih etmedik. Ancak doktrinde söz konusu düzenlemenin hukuki niteliğini farklı şekilde yorumlayan görüş de mevcuttur. Candan'a göre düzenleme, “etkin pişmanlık müessesesi değil de; bir tür, koşulları yasayla belirlenmiş, uzlaşma müessesesi olarak öngörülmüştür. Zira VUK'un 359. maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçları, Anayasa Mahkemesinin anılan Kanunun 367'nci maddesiyle ilgili kararında da açıkça söylenildiği üzere, tehlike suçudur; zarar suçu değildir. Zarar suçu olmayan bir eylem sebebiyle hükmolunacak cezada indirim yapılmasının, mükellefin vergi ziyayı kabahatinin sonucu olan Hazine zararının ödenmesi koşuluna bağlanması, etkin pişmanlık haliyle uyuşur bir durum değildir.” CANDAN, Turgut, “Kaçakçılık Suçunda Ceza İndirimi/Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Etkin Pişmanlık” <https://turgutcandan.com/> E.T. 25.05. 2022. VUK'un 359. maddesinde yer alan çift defter tutma suçu haricinde kalan suçlar, tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Tehlike suçlarında, suç olarak öngörülen fiilin işlenmesi sonucunda fiilden başka bir netice aranmaz. Başka bir anlatımla fiil sonucunda zararın doğup doğmadığı önem arz etmez. Etkin pişmanlık, kişinin işlediği suçtan dolayı pişmanlık duyarak suç teşkil eden fiilin meydana getirdiği olumsuzlukları gidermesi, suçun unsurlarının veya suç ortaklarının ortaya çıkarılması, suç ortaklarının yakalanmasını kolaylaştırması gibi ceza adaletine olumlu davranışlarıyla katkı sunması halinde cezasızlık ya da ceza indirimi sağlayan bir ceza hukuku müessesesidir. 7394 sayılı Kanun ile eklenen düzenlemede ise kaçakçılık suçlarının işlenmesi sonucunda ortaya çıkan hazine zararının (vergi aslı, gecikme faizi, gecikme zammı) ödenmesi, suç teşkil eden fiilin meydana getirdiği olumsuzlukların giderilmesi kapsamında değerlendirilebilir. Diğer yandan vergi ziyayı cezasının yarısının ve buna isabet eden gecikme zammının tamamının ödenmesi tazmin edici değil cezai nitelikte olduğu için suç teşkil eden fiilin meydana getirdiği olumsuzlukların giderilmesi kapsamına sokulması mümkün görünmemektedir.

sınır ise beşten sekiz yıla çıkarılmıştır. Anlaşıldığı üzere kanun koyucu kaçakçılık suçlarında ceza üst sınırını artırarak önce verilebilecek cezayı yukarıya çekmiş sonrasında ise aşağıda yer alan etkin pişmanlık müessesesinin şartlarının sağlanması halinde verilecek cezada indirim yapılmasını emretmiştir<sup>79</sup>. Aşağıda öncelikli olarak 7394 sayılı Kanun ile VUK'un 359. maddesine eklenen etkin pişmanlık müessesesinin şartları incelenecektir. Ardından ise bu etkin pişmanlık müessesesinin uygulanması sırasında karşılaşılabilecek sorunlar ele alınacaktır.

### **5.1. Şartları**

Failin etkin pişmanlık yararlanabilmesi için ilk olarak vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi gerekmektedir. İkinci olarak ise kaçakçılık fiilleri sonucunda verginin ziyaa uğratıldığına tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının tamamı ödenmelidir.

Vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi başka bir ifade ile hak arama özgürlüğünden mahrum kalınması ve yukarıda belirtilen vergi aslı ve ferilerinin soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek hapis cezası yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek hapis cezası üçte bir oranında indirilecektir.

VUK'un geçici 34. maddesine göre ise haklarında hüküm verilmiş olup da dosyası infaz aşamasında olanlar yukarıda belirtilen vergi aslı ve ferilerini 15.04.2022

---

<sup>79</sup> İlk olarak kaçakçılık suçlarında ceza üst sınırlarını yukarı çekilip sonrasında etkin pişmanlık müessesesi getirilmesi, piyasa ekonomisi pazarlama tekniklerinden olan piyasa fiyatı X birim olan ürünün etiketine iki katını yazıp sonrasında yüzde elli indirim uygulamaya benzetmektedir. Diğer yandan bu madde hükmüne 7394 sayılı Kanun ile getirilen diğer düzenlemeler ile birlikte değerlendirmek icap etmektedir. 7394 sayılı Kanun ile kaçakçılık suçlarında TCK'nın 43. maddesinde yer alan zincirleme suç hükümleri uygulanacağı açık şekilde düzenlenmiştir. Bir suç işleme kararı kapsamında olan ayrı takvim yıllarında ya da vergilendirme dönemlerinde işlenen kaçakçılık suçlarında zincirleme suç uygulanabilir hale geldiğinden dolayı eski düzenleme ve uygulamaya nazaran faile verilecek cezada azalma meydana gelecektir. Kanun koyucu, vergi ve ferilerinin tahsili karşılığında kişilerin gerçek anlamda özgürlüğü kısıtlamayan hapis cezaları almalarının ya da hapis cezasının paraya dönüştürülmesi, hapis cezasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geriye bırakılması gibi ceza hukuku ceza muhakemesi hukuku kurumlarının uygulanmasının kapsamını genişletmiş ve önünü açmıştır. Faile verilecek hapis cezasının miktarında, hazinenin vergi ve ferilerini tahsil etmesinin bir indirim sebebi olarak öngörülmesi düşündürücüdür. Ekonomik gücü olanın ilgili vergi ve ferilerini ödeyerek hapis cezasının yarısından kurtulması, eşitlik ilkesi ile de bağdaşmaz. Ayrıca en azından ceza yargılaması sonucunda komisyon karşılığında sahte belge düzenleyicisi oldukları tespit edilenler ile matrah ve/veya cirolarının veya giderlerinin önemli bir kısmında sahte belge kullandıkları tespit edilenlerin ve buna muadil olabilecek başkaca eylemleri gerçekleştiren kişilerin etkin pişmanlık müessesesinden yararlanmalarının engellenmesi gerekirdi.

tarihinden itibaren bir yıl içinde Hazineye ödedikleri takdirde 359 uncu maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla soruşturma evresi için yapılan 1/2 oranındaki etkin pişmanlık düzenlemesinden faydalanabilecektir. Bu madde hükmü, bu maddeyi ihdas eden Kanunun yayımı tarihinde soruşturma ve kovuşturma evresinde bulunan dosyalar hakkında da uygulanır. Bu takdirde, vergi aslı ve ferilerine ilişkin ödemenin hüküm verilinceye kadar yapılması şarttır. Görüldüğü üzere söz konusu kanunun yayımlandığı gün infaz aşamasında olan veya soruşturma ya da kovuşturma evresinde olan dosyalarda yer alan mahkûm, şüpheli ve/veya sanıkların etkin pişmanlık şartlarını sağlamaları halinde verilecek ceza yarı oranında indirilecektir.

Diğer yandan tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilecektir. Bu durumda failin eylemini esas alan bir idari işlem mevcut olmadığı için vergi yargısına başvurmak mümkün değildir. Örneğin kişinin işlediği defter, belge ve kayıtları ibraz etmeme suçundan dolayı herhangi bir vergi ve buna bağlı vergi cezası tarhiyatı yok ise başkaca bir koşul aranmaksızın yarı oranında ceza indirimi söz konusu olacaktır.

## 5.2. Karşılaşılabilecek Sorunlar

VUK'un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık suçlarına ilişkin ceza yargılaması sürerken bu kişinin eylemine dayanılarak kesilmiş 3 kat vergi ziyai cezasının tamamen veya kısmen iptaline ilişkin vergi mahkemesi kararının mevcudiyeti durumunda etkin pişmanlık müessesesinden ne şekilde yararlanılacağı belirsizdir. Ayrıca kişi bu durumda etkin pişmanlık hükmünden yararlanmayarak vergi mahkemesinin vergi ziyai cezasını tamamen veya kısmen iptal kararını ceza yargılamasında delil olarak kullanabilecek midir? Kanaatimizce 2019/4E. 2021/78K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile VUK'un 367. maddesinin son fıkrasında yer alan "*Ceza mahkemesi kararları, bu kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hakimini bağlamaz.*" hükmünün iptal edilmesi, adli ve idari yargı makamlarının içtihatlarında yer alan vergi mahkemesi ve ceza mahkemesi kararları arasında etkileşim yasağını yumuşatma işlevi görecektir. Buna göre adli ve idari yargı mercileri arasında belli bir derecede etkileşim oluşacaktır. Ancak iki yargı makamının ne şekilde etkileşime gireceğine ilişkin bütünleştirici mekanizma olmaması sebebiyle hukuki öngörülebilirlikten söz etmek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte kaçakçılık suçuna ilişkin ceza yargılamasında,



suç oluşturduğu iddia edilen eylemin vergi ziyanına neden olmadığına ilişkin vergi mahkemesi kararının<sup>80</sup> delil olarak değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz.

Etkin pişmanlık müessesinden yararlanmak için failin eylemini esas alarak tesis edilen idari işleme karşı vergi yargısı yoluna başvurmamak ve başvuruldu ise vazgeçmek şart koşulmuştur. Şüpheli ve/veya sanık, ceza yargılaması sonucunda daha ağır ceza alabilme tehdidi karşısında hak arama özgürlüğünden vazgeçerek etkin pişmanlık müessesinden yararlanmak zorunda bırakılmaktadır. Bu bağlamda şüpheli ve/veya sanığın etkin pişmanlığa başvurusu halinde kaçakçılık suçu olarak öngörülen fiili işlediğinin bilincinde olduğu ve pişmanlık gösterdiğinin kabulü için söz konusu eyleme dayalı olarak kesilen vergi ve buna bağlı cezalara karşı vergi mahkemesinde dava açmasının ve bu davayı sürdürmesinin çelişki olacağı ileri sürülebilir. Kanaatimizce kişinin etkin pişmanlık hükmünden faydalanmasını anayasal hak olan hak arama özgürlüğünden vazgeçmesine bağlamak hukuken isabetli değildir. Kaldı ki vergi yargılaması sürecinde idari işlemler sebep unsurunun dışında, yetki, şekil, konu ve maksat unsuru açısından denetlenir ve idari işlemin bu unsurlarından birinin sakat olması halinde söz konusu idari işlem iptal edilir<sup>81</sup>. Örneğin söz konusu vergi inceleme raporu, yetkisiz biri tarafından düzenlenmiş ise yetki yönünden ilgili idari işlemin iptal edilmesi gerekmektedir.

Doktrinde idari yargıda dava açma hakkından vazgeçme koşulu, Anayasa'da yer alan hak arama özgürlüğüne, adil yargılanma özgürlüğüne ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması ilkesine aykırılığı nedeniyle eleştirilmektedir. Bir görüşe göre vergi mahkemesinde davanın derdest olması durumunda, etkin pişmanlık şartında yer alan vergi aslı ve ferilerine ilişkin ödemenin idari yargı kolunda kesinleşen karara göre yapılması gerekmektedir<sup>82</sup>. Başka bir görüş ise söz konusu cezada indirimden yararlanabilmek için, idari davadan feragati şart koşan düzenlemenin yerine idari davada, eylemin gerçekliğine yönelik iddiaların dinlenemeyeceğine ilişkin düzenlemenin yapılmasıdır<sup>83</sup>.

Şüpheli ve/veya sanık VUK'un 359. maddesinde yer alan suçları işlediğini kabul edebilir (Örneğin sahte belge düzenlediğini veya kullandığını ya da defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmediğini itiraf edebilir.). Ancak kişi, kaçakçılık suçu oluşturan

---

<sup>80</sup> Vergi mahkemesinin dava konusu idari işleme esas alınan kişinin eylemine ilişkin başka bir ifade ile idari işlemi sebep unsuru yönünden değil de diğer unsurları bakımından örneğin yetki yönünden sakat bulması sebebiyle iptal etmesi halinde söz konusu vergi mahkemesi kararının, ceza yargılamasında delil olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

<sup>81</sup> DOĞRUSÖZ, Bumin, "Vergi Suçlarında Etkin Pişmanlığın Geriye Dönük Uygulanması" <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-suclarinda-etkin-pismanligin-geriye-donuk-uygulamasi/653489> E. T. 25.05.2022.

<sup>82</sup> A.e.

<sup>83</sup> CANDAN, Turgut, "Kaçakçılık Suçunda Ceza İndirimi/Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Etkin Pişmanlık" <https://turgutcandan.com/> E.T. 25.05. 2022.

bu eyleminin üç yüz bin TL vergi ziyanına sebep verdiğini bilmektedir. Bununla birlikte vergi inceleme raporunda kişinin üç milyon TL vergi aslı ve bunun üç katı tutarında vergi ziyanına sebebiyet verdiği sonucuna ulaşılabilir. İlgili vergi dairesi de vergi inceleme raporunu esas alarak tarhiyat işlemini yapacaktır. Bu durumda kişinin eylemine uygun olmayan ölçsüz cezalar ile karşılaşması olasıdır. Zira kişi sebep olmadığı kanunda gösterilen vergi ve ferilerini ödeyecek ve etkin pişmanlık müessesinden yararlanabilecek ya da vergi ve ferilerine karşı vergi mahkemesinde dava açacak ancak bu durumda etkin pişmanlıktan yararlanamaması sebebiyle hapis cezasından indirim elde edemeyecektir.

### 5.3. Non Bis İn İdem İlkesi ile Uyumlu mu?

7394 sayılı Kanunla getirilen etkin pişmanlık müessesesi ile kişinin aynı eylemine dayalı olarak tesis edilen idari işlemin yargısal denetimini yapan vergi mahkemesi ile kişinin aynı eyleminin VUK'un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık suçu oluşturduğu isnadına dayalı yargılamayı yapan ceza mahkemeleri arasında etkileşiminin önüne engel konulmak istenmiştir. Etkin pişmanlık müessesesi ile kişinin idari dava açma hakkından vazgeçmesi sağlanmaktadır. Böylece kaçakçılık fiilinden kaynaklı oluşan vergi ve vergi ziyayı tarhiyatlarına karşı açılmış vergi mahkemesi kararı olmadığı için aynı delilleri inceleyen ve aynı fiili değerlendiren çelişik kararların çıkmasının önüne geçilmektedir. Kanun koyucu bunu, anayasal bir hak olan hak arama özgürlüğünü feda ederek gerçekleştirmiştir. Her ne kadar 7394 sayılı Kanunun etkin pişmanlığı düzenleyen maddesinin gerekçesinde, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması zorunlu olmayıp mükelleflerin kendi tercihlerine istinaden uygulanabileceği ve bu bakımdan mükelleflerin belirtilen düzenlemeleri tercih edip dava yoluna gitmeyerek veya feragat ederek sağlanan indirim imkânından faydalanabileceği, bu uygulamaları tercih etmeyen mükelleflerin ise sağlanan indirim imkânından faydalanamayacağı; ancak, bu mükelleflerin tarh edilen vergi ve kesilen cezalara ilişkin vergi mahkemelerinde dava açma haklarının saklı olacağı belirtilmişse de hapis cezası tehdidi altındaki kişi etkin pişmanlık müessesesini kabul etmek zorunda kalması muhtemeldir. Bu şekilde bir etkin pişmanlık müessesesinin düzenlenmesinin altında yatan nedenin, 2019/4E. 2021/78K. sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ile VUK'un 367. maddesinin son fıkrasında yer alan karşılıklı bağlamazlık kuralının iptali olduğu anlaşılmaktadır. Zira bu kuralın iptali ile vergi ziyayı sonucunu doğuran kaçakçılık fiillerinin işlendiği durumlarda vergi ve ceza mahkemelerinin aralarında etkileşim oluşturulması kuvvetle muhtemeldir. Etkin pişmanlık müessesesinin tercih edilmesi ile kişi hem daha hafif bir ceza alacak hem de vergi mahkemesi kararı olmayacağı için ortada çelişik bir durum söz konusu olmayacak ve dolayısıyla belirli durumlarda non bis in idem kuralına eski düzenlemeye nazaran göreceli bir uyum sağlanacaktır. Kanun koyucu, 7394 sayılı Kanun ile getirilen etkin pişmanlık müessesesi çerçevesinde ceza mahkemesine belirli şartları sağlayanlara hapis cezası indirimi sunmuştur. Ancak yukarıda da açıkladığımız gibi 7394 sayılı Kanun ile getirilen etkin pişmanlık müessesesi,

Anayasamızca korunan kişinin hak arama özgürlüğünü ihlal etmektedir. Kanaatimizce etkin pişmanlık müessesesi ile İHAM'ın Glantz ve A ve B v Norveç Kararı ile şekillenen vergi cezalarında non bis in idem ilkesine ilişkin içtihatları ile 2019/4E. 2021/78K. sayılı Anayasa Mahkemesi Kararına uyum yerine bu kararların uygulamada oluşturacağı hazine zararına olacağı düşünülen etkilerini bertaraf etme eğilimine girilmiştir. Ceza mahkemesi ve vergi mahkemesi arasında etkileşim sağlayacak bütünleştirici mekanizma kurulamamıştır. Bu da uygulamada çözülemeyen sorunsallara, yeni sorunsallar<sup>84</sup> eklemekten öteye geçememiştir. VUK'un mevcut düzenlemeleri nazara alındığında vergi cezalarında non bis in idem ilkesinin uygulanmasına ilişkin İHAM'ın güncel içtihatlarında öngörülen idari ve adli süreçler arasındaki etkileşimin sağlanması ve şeklen iki yargılama olarak görülse de özde birbirini tamamlayıcı nitelikte olan bütüncül bir yargılama ve cezalandırma sistematığının kurulamadığı gözlemlenmektedir. Bizim ulaştığımız sonuca göre etkin pişmanlık müessesesi, idari ve adli süreçlerin birbirleriyle etkileşimini büyük ölçüde engellemesi ve söz konusu süreçlerin birbirinin tamamlayıcı olmalarına imkân tanımaması ve bunun sonucunda ölçüsüz cezalar ile karşılaşılması ihtimalini ortadan kaldırmamasından dolayı İHAM'ın güncel içtihatları ile uyumlu değildir.

## **6. Vergi Ceza Hukukunda Non Bis İn İdem İlkesine Kabul Edilebilir Ölçüde Uyum İçin Öneriler**

İHAM'ın güncel içtihatları ve anayasal temel hak ve özgürlükler çerçevesinde vergi cezalarında non bis in idem ilkesine uyum üç farklı yol ile sağlanabilir.

-Bunlardan ilki, vergi kabahat ve suçlarına ilişkin yürütülen idari ve adli süreçleri birbirini tamamlar hale getirecek bütünleştirici mekanizmaların oluşturulmasıdır. Bunun için ilk olarak VUK'un idari ve adli süreçlerin birbirlerine paralel şekilde sürdürülmesine izin veren ve içtima yasaklarını içeren 340. maddesinin ilk fıkrasının, 359. maddesinin son fıkrasının ve 367. maddesinin “*359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.*” şeklindeki fıkrasının ilga ya da iptal edilmesi gerekmektedir.

Aynı fiilin hem kabahat hem de suç olarak öngörülmesi ve bunlar karşılığında iki ayrı yaptırım uygulanması mümkündür. Zira hem adli cezanın hem de idari

---

<sup>84</sup> Bir örnek üzerinden izah edelim. Kişinin kaçakçılık fiili nedeniyle vergi ve vergi ziyai cezası tarhiyatı yapıldığını ve ceza mahkemesindeki kaçakçılık suçu davasında etkin pişmanlık müessesesini tercih etmediğini varsayalım. Vergi mahkemesi, kaçakçılık fiili ile meydana gelen vergi ziyaya ilişkin cezalı tarhiyatların hukuka uygun olduğu sonucuna vararak reddetsin. Bu durumda ceza mahkemesi, idare tarafından kesilen cezayı, indirim sebebi olarak nazara alacak mıdır? Düzenlemeye göre bu sorunun cevabı olumsuzdur. Bu durumda vergi mahkemesi ve ceza mahkemeleri arasında etkileşim kurulmadığı gibi kişi aynı delillerin değerlendirilmesi sonucunda ölçüsüz cezaya (iki ayrı ceza) maruz bırakılacaktır.

ceza/cezaların uygulanmasında farklı hukuki değerlerin korunması amaçlanabilir. Bu bağlamda acaba vergi ziyayı kabahati ve kaçakçılık suçları farklı hukuki değerleri korumakta mıdır? VUK'un vergi ziyayı kabahati ve kaçakçılık suçlarını VUK'un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık suçlarında, vergi ziyayı suç unsuru olarak yer almamaktadır<sup>85</sup>. Başka bir ifade ile kaçakçılık fiili neticesinde vergi ziyayı sonucu olmasa da suçun maddi unsuru tamamlanacaktır. Ancak VUK'un 359. maddesindeki kaçakçılık fiilleri neticesinde vergi ziyasına sebep olunması halinde idari para cezası (vergi aslının üç katı tutarında) kesilmektedir<sup>86</sup>. Kaçakçılık suçlarında, manevi unsur kast iken kaçakçılık fiilleri ile işlenen vergi ziyayı kabahatinde manevi unsur olarak taksir yeterlidir. Örneğin sahte belgenin defter, kayıt veya beyannamelerde kast olmaksızın kullanılması halinde de vergi ziyayı cezası, ziyaya uğratılan verginin üç katı tutarında kesilecektir. Dahası kaçakçılık suçunun oluşması için vergi ziyayı şart değildir. Görüldüğü üzere vergi ziyayı kabahati ve kaçakçılık suçları farklı unsurlar içermektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki, kaçakçılık fiili neticesinde ziyaya uğratılan vergi aslının 3 katı kadar idari para cezası kesmek ile kaçakçılık suçu karşılığında hapis cezasına hükmedilmesinin farklı hukuki değerleri koruduğunu gerekçelendirmek zorlama bir yorum olacaktır. Zira normal şartlarda vergi ziyayı kabahatinin cezası ziyaya uğratılan verginin bir katı tutarında iken kaçakçılık fiili ile işlenen vergi ziyayı kabahatinde üç kattır. Burada, kanun koyucu kaçakçılık fiili nedeniyle ilave iki kat vergi ziyayı cezası kesilmesini emretmektedir. Dolayısıyla vergi ziyayı cezasının, iki katlık tutarı ve kaçakçılık suçları karşılığında uygulanan hapis cezası yaptırımı ile korunan hukuki değerlerin örtüştüğü sonucuna ulaşılması daha isabetli bir yaklaşımdır.

Görüldüğü üzere kişi tek fiili sebebiyle hem idari ceza ve hem adli ceza ile karşı karşıya kalabilmektedir. Bu noktada, idari süreç sonucunda kaçakçılık fiili ve bunun neticeleri sebebiyle idari yaptırım uygulanması halinde kaçakçılık suçunun yargılama sürecini yürüten ceza mahkemesine, adli cezadan indirim yetkisi verilebilir. Tam tersi durumda da başka bir ifade ile ceza mahkemesinin, idari süreçten daha önce yaptırım uygulaması halinde, idari mercilere kabahat karşılığında verilecek idari para cezasında indirim yetkisi tanımlanabilir. Örneğin bu son durumda vergi idaresi, ziyaya uğratılan verginin sadece bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesmesi öngörülebilir.

Ayrıca hem idari hem de adli süreçlerde yaptırım uygulanıp uygulanmamasına ilişkin verilen kararlarda aynı deliller ve delil değerlendirme araçları (vergi tekniği raporu, vergi inceleme raporu, vergi suç raporu, vergi ve cezalara ilişkin tarhiyatlar, rapor değerlendirme komisyonu mütalaası, tutanaklar, VUK gereğince tutulması ve düzenlenmesi zorunlu defter, kayıt ve belgeler) kullanılmaktadır. Bu

<sup>85</sup> Kaçakçılık suçları, çift defter tutma suçu haricinde tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.

<sup>86</sup> Ayrıca belirli durumlarda kaçakçılık fiillerine özel usulsüzlük cezaları da uygulanmaktadır. Örneğin sahte belge düzenleme veya kullanma hareketi ile fatura veya benzeri belge düzenlenmemesi suretiyle mal/hizmet satışı belgesiz olarak gerçekleştirdiği gerekçesiyle.

sebeple, vergi yargılaması ve ceza yargılaması süreçlerinden hangisi önce kesin hükme ulaştı ise o yargılamada icra edilen delil değerlendirmesi, sonraki yargılamada da dikkate alınmalıdır. Örneğin vergi mahkemesinde delillerin değerlendirilmesi sonucunda kaçakçılık fiilinin maddi unsuru işlendiği sonucuna varılmış ise ceza mahkemesi, vergi mahkemesinin bu kanaatini esas almalıdır. Eğer ceza mahkemesi, vergi mahkemesinin bu değerlendirmesinin aksi sonucuna varıyor ise bunu mutlaka gerekçelendirmelidir<sup>87</sup>. Diğer yandan, örneğin ceza mahkemesi kaçakçılık suçunda manevi unsurun değerlendirilmesinde, vergi mahkemesinin kararı neticesinde ortaya çıkan değerlendirme ile bağlı değildir. Zira kaçakçılık suçunun manevi unsurunun değerlendirilmesi, vergi ziyayı kabahatinin unsuru olmaması sebebiyle vergi mahkemesinin görev alanına dâhil değildir.

Bu gibi bütünleştirici mekanizmalar ile kişi ölçülü bir yaptırıma tutulurken ayrıca mahkeme kararları arasında çelişkinin ortaya çıkma ihtimali de azalabilecektir. Ancak hukuk kuralları ne kadar mükemmel kodifiye edilirse edilsin toplumun sosyal, ekonomik ve politik gerçekleri ile uyumadığı sürece uygulamada hedeflenen amaç gerçekleşmemektedir. Bu sebeple idareye ya da yargıya ağır iş yükü getirmeyen bürokrasiden uzak, ceza ve vergi hukukunun ilkelerine riayet edecek bütünleştirici mekanizmalar öngörülmelidir.

-İkinci yol ise vergi ziyayı ve kaçakçılık suçu unsurlarının kesişmesinin engellenmesidir. Bu kapsamda birbirinden farklı unsurları<sup>88</sup> barındıran kaçakçılık suçları ile vergi ziyayı kabahatini maddi unsur bakımından bağlantılı hale getiren VUK'un 344. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün değiştirilerek bu bağlantının ortadan kaldırılmasıdır. Kaçakçılık fiilleri sonucunda vergi ziyasının gerçekleşmesi halinde vergi ziyasının üç katı tutarında vergi ziyayı cezası uygulamasına son verilmeli, hangi fiilden kaynaklı olursa olsun vergi ziyasının gerçekleşmesi halinde ilgili mükellef, sorumlu ya da üçüncü kişiye ziyayı uğratan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesilmeli<sup>89</sup> ve verginin tahakkuk aşamasına ilişkin bir mesele olan ve vergi tekniği uzmanlığı gerektiren vergi ziyayı cezasına ilişkin yargılama mevcut durumda olduğu gibi vergi mahkemelerinde görülmelidir. Diğer yandan, kaçakçılık suçlarına ilişkin ceza yargılaması, mevcut durumda olduğu gibi ceza mahkemeleri tarafından yürütülmelidir. Bu noktada caydırıcılığı artırmak amacıyla kaçakçılık suçuna ilişkin hapis cezasının yanında

---

<sup>87</sup> Örneğin vergi inceleme raporunu düzenleyen inceleme elamanının, aleyhine vergi inceleme raporu düzenlenen kişinin hasmı olduğunun ve söz konusu husumetten dolayı yanıltıcı vergi inceleme raporunun hazırlandığının sabit olması.

<sup>88</sup> Kaçakçılık suçlarında manevi unsur kast iken vergi ziyayı kabahatinin taksirle de işlenmesi mümkündür. Diğer yandan, vergi ziyayı kabahatinde vergi ziyayı neticesi aranırken kaçakçılık suçlarında çift defter tutma suçu haricinde herhangi bir neticenin gerçekleşmesi gerek yoktur. Zira bu suçlar, tehlike suçu olarak düzenlenmişlerdir.

<sup>89</sup> KARAKOÇ, Yusuf, "Vergi Ceza Hukukuna İlişkin Tesbit ve Öneriler", **Prof. Dr. Nami Çağlayan'a Armağan**, Atılım Üniversitesi Yayınları No:63, Hukuk Fakültesi Yayınları No:1, 2020, s. 338-339.

ilaveten vergi ziyaının gerçekleşip gerçekleşmediğine bağlı olmaksızın adli para cezası hükmedilmesine ilişkin kanun değişikliği de yapılabilir<sup>90</sup>. Ancak, kişinin tek fiilinden dolayı verilecek toplam cezanın İHAM içtihatlarında da yer aldığı gibi öngörülebilir ve ölçülü olması gerekmektedir. Bu bağlamda bir hususa daha değinmekte yarar vardır. VUK'un "Tüzel kişilerin sorumluluğu" başlıklı 333. maddesinin ilk fıkrasında "*Tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde Vergi Kanununa aykırı hareketlerden tevellüt edecek vergi cezaları tüzel kişiler adına kesilir.*" hükmü gereğince tüzel kişi bünyesinde kaçakçılık fiili sonucunda vergi ziyayı meydana gelmesi halinde üç kat vergi ziyayı cezası tüzel kişi adına kesilecektir. Görüldüğü üzere, kanun hükmü, cezaların şahsiliği ilkesi ile uyuşmayacak şekilde kaçakçılık fiili işleyerek vergi ziyasına neden olan kişiden farklı bir kişiyi ziyaa uğrayan verginin üç katı tutarında vergi ziyayı cezası ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz ikinci önerimiz, cezaların şahsiliği ilkesi ile uyuşmayan bu durumu da ortadan kaldırabilecek niteliktedir.

-Üçüncüsü ise kişinin işlediği vergi kanunlarına aykırı eylemi, tek bir yargılama süreci çerçevesinde cezalandırmaktır. Bu yol, diğer ikisine nazaran daha radikal bir yaklaşımı benimsemektedir. Bu yaklaşımın temelinde vergisel aykırılıklardan dolayı yaptırım uygulama süreci olarak idari ya da adli süreçlerden sadece birinin seçilmesi yatmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta Belçika, Finlandiya ve İspanya'nın bu şekilde bir sistemi benimsedikleri tespit edilmiştir.

Belçika, kişinin tek bir fiilinden dolayı hem idari hem de adli sürecin başlatılmasını engellemek amacıyla una via ilkesinin (le principe una via) genel hatlarını içeren Kanunu 22 Ekim 2012 tarihinde kabul etmiştir<sup>91</sup>. Una via ilkesi, öz olarak ifade etmek gerekirse vergi kanunlarına aykırı davranışın soruşturulmasında tek bir usulün sürdürülerek birden fazla cezalandırma yapılmasının engellenmesini esas almaktadır. Başka bir söylemle, vergi kanunlarını ihlal eden kişi ya da kişiler hakkında vergi idaresi tarafından yapılan idari soruşturma neticesinde idari ceza ya da adli makamlar tarafından yapılan soruşturma ve kovuşturma neticesinde adli cezadan sadece biri uygulanacaktır.

Finlandiya Vergi Hukuku'nda, Belçika'ya benzer şekilde kişinin tek bir fiili neticesinde hem idari yaptırıma hem de adli yaptırıma tabi tutulmasının engellenmesi amacıyla 8 Kasım 2013 tarihinde 781 Sayılı Ek Vergi ve Ek Gümrük Vergilerinin Ayrı Bir Kararla Konulmasına Dair Kanun ihdas edilmiş ve 1 Aralık 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun amacının tek bir yargılama

<sup>90</sup> A.e., s. 339.

<sup>91</sup> Bu Kanunun idari cezaya tabi tutulmuş bir fiilden ötürü adli bir soruşturma açılmayacağına ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Sergey Zolotukhin v. Russia (14939/03 10.2.009) kararının esas alınarak yapıldığı belirtilmektedir. Chéry, Tax Procedure in Belgium: Audit to Litigation A First Insight, p. 117.

neticesinde kişiye tek bir cezaya tabi tutulmasını ve böylece İHAS'ın 7 Nolu Protokolünün 4. maddesinde düzenlenen ve İHAM içtihatlarında uygulama alanı şekillenen non bis in idem ilkesi ile uyumun sağlanmasıdır. Kanun hükümlerine göre, Finlandiya Vergi İdaresi (VH), vergi mevzuatına aykırı bir durum ile karşılaştığında idari para cezası uygulayabilir ya da ortada vergi suçunun olduğu sonucuna vararak durumu adli makamlara bildirebilir. Bu noktada, vergi idaresinin takdir yetkisi mevcuttur. Durum adli makamlara bildirilmemişse vergi idaresi, verginin aslına ilişkin kararın verildiği yılı müteakip eden yılın son gününe kadar ayrı bir karar ile idari para cezası uygulayabilir. Vergi idaresi ilgili durum sebebiyle idari para cezası uygulaması halinde buna ilişkin yeni bir delil elde edilmedikçe bu durum adli makamlara bildirilemez. Diğer yandan, vergi idaresinin ilgili durumu adli makamlara bildirmesi halinde kural olarak artık idari para cezası kesilmesi söz konusu olamaz. Ancak vergi idaresi, her durumda verginin aslına ilişkin karar alabilir. Örneğin vergi idaresine bildirilmemiş 20.000 Avroluk gelir vergisine tabi gelir için vergi tarhi yapılabilir. Diğer yandan vergi idaresi, vergi aslına ilişkin olarak her durumda karar alabilir. Savcılık tarafından yapılan soruşturma sonucunda kamu davası açılmasına yer olmadığı kararı verilmesi halinde vergi idaresi, bu kararın kendisine bildirildiği tarihten itibaren 90 gün içerisinde idari para cezasına hükmedebilir<sup>92</sup>. Vergi suçuna ilişkin ceza yargılaması sonucunda mahkemenin suçlamaları kabul etmemesi (kişinin beraat etmesi) halinde ise vergi idaresi bu duruma ilişkin olarak idari para cezası kesemez.

İspanya Hukuku'nda, 30 sayılı Kanunun (Ley 30/1992, de 26 de Noviembre) 133. maddesinde tarafları, konusu ve sebebi aynı olan durumlarda adli veya idari yaptırım uygulanması halinde bir daha yaptırım uygulanamayacağı açık şekilde ifade edilmiştir<sup>93</sup>. İdari ceza süreci ile ceza yargılamasının kesişmesi durumunda idari ceza süreci durdurulur ve ceza yargılamasına öncelik verilir<sup>94</sup>. Zira İdari Yaptırımlar Genel Vergi Kanunu'nda (LGT) “vergi yaptırımlarının kesişmemesi ilkesi” başlıklı 180. maddesinde vergi idaresinin vergi suçu işlendiği hususunda şüphe duyması halinde dosyanın savcılığa gönderilmesi ve bu dosya ile ilgili vergi idaresinin cezai bir işlem yapmaması emredilmektedir<sup>95</sup>. Ceza yargılaması sonucunda kişi suçlu bulunursa adli yaptırım uygulanır ve kişiye ilaveten idari ceza verilemez. Diğer yandan, ceza mahkemesinin beraat kararı vermesi halinde ceza mahkemesinin tespit ettiği maddi vakıalar çerçevesinde vergi idaresi, idari ceza sürecine devam edebilir<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup>IMMONEN, Raimo/LINDGREN, Juha, “Finland”, **Surcharges and Penalties in Tax Law**, EATLP International Tax Series, Volume 14, Amsterdam, 2016, p. 315.

<sup>93</sup>DÍAZ, Antonia López, “Spain”, **Surcharges and Penalties in Tax Law**, EATLP International Tax Series, Volume 14, Amsterdam, 2016, p. 593.

<sup>94</sup> **A.e.**

<sup>95</sup> **A.e.**

<sup>96</sup> **A.e.**, p. 594.

Kişinin tek fiili dolayısıyla tek bir yargılama neticesinde yaptırıma tabi tutulabilmesi için, VUK vergi ceza sisteminde kanun değişikliklerine ihtiyaç vardır. Bunun için ilk olarak VUK'un idari ve adli süreçlerin birbirlerine paralel şekilde sürdürülmesine izin veren ve içtima yasaklarını içeren 340. maddesinin ilk fıkrasının, 359. maddesinin son fıkrasının ve 367. maddesinin “359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.” şeklindeki fıkrasının ilga ya da iptal edilmesi gerekmektedir. Sonrasında ise kişinin bir fiilinden dolayı tek yargılama sürecinin yürütülebilmesine ilişkin kanun hükümleri getirilmelidir. Buna göre VUK'un 359. maddesi dışında yer alan hareketler ile vergi ziyana sebep olunması halinde vergi idaresi idari süreç çerçevesinde ziyaa uğratılan vergi aslının bir katı tutarında vergi ziyai cezasını keser. İlgili kişi, bu idari cezaya vergi mahkemesinde dava açabilir. Diğer yandan, kaçakçılık suçlarında yer alan fiiller ile vergi ziyana sebebiyet verilmesi halinde artık idari değil adli süreç başlatılmalıdır. Vergi ziyai, kaçakçılık suçlarında suç unsuru olarak öngörülmemiştir. Dolayısıyla kaçakçılık suçunun tamamlanması için vergi ziyasının gerçekleşmesine gerek yoktur. Ancak VUK'un 359. maddesinde öngörülen ve korunan hukuki değerın ağırlıklı olarak hazine yararı olan kaçakçılık suçlarında vergi ziyasının daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesi söz konusu olabilir. Bu kapsamda, kaçakçılık suçları ile vergi ziyana neden olunması durumunda ziyaa uğrayan verginin bir katı ile üç katı arasında bir tutarın adli para cezası olarak öngörülmesi uygun olacaktır<sup>97</sup>. Bununla birlikte adli sürecin başlatılması, vergi idaresinin vergi aslı, gecikme faizi ve gecikme zammına ilişkin tarhiyat yapmasına engel değildir. Vergi aslına ilişkin tarhiyatın vergi mahkemesi tarafından sebep unsuru yönünde sakat bulunarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi, ceza yargılamasında vergi ziyana dayalı olarak hükmedilecek adli para cezasında dikkate alınmalıdır. Diğer yandan, ceza yargılamasının mahkûmiyet dışında başka bir şekilde sona ermesi halinde vergi idaresi 6 ay içinde ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyai cezası kesebilecektir. Bu şekilde kapsamlı bir kanun değişikliği ile İHAS'ın 7 Nolu Protokolünün 4. maddesinde öngörülen ve İHAM içtihatlarında da esasları belirtilen non bis in idem ilkesine uygun olarak tek yargılama süreci içinde bütünleşik ve ölçülü bir yaptırım modeli ihdas edilebilecektir.

## Sonuç

Roma Hukuk Sistemi içinde doğduğu kabul edilen non bis in idem ilkesi kişinin aynı fiilinden dolayı çifte yargılanmasını ve çifte cezalandırılmasını yasaklamaktadır. Bu ilkenin insan hakları belgelerinde yer aldığı ve karşılaştırmalı hukukta genel olarak ceza yargılaması bakımından kabul edildiği

<sup>97</sup> Ceza yargılamasında vergi ziyanın tespitinde uzman makam olan vergi idaresinin adli kolluk olarak görevini ifa edecektir. Diğer yandan kaçakçılık suçları ile birlikte vergi ziyamın tespiti hususunda yargılama yapacak ceza mahkemelerinin ihtisas mahkemesi olarak kurulması uygulamada ceza mahkemelerinde yaşanacak aksaklıkların önüne geçilmesini sağlayacaktır.



görülmektedir. Ancak vergisel kabahat ve suçların farklı hukuki değerleri koruduğu ve/veya unsurlarının farklı oldukları gerekçeleriyle Amerika Birleşik Devletleri, Fransa, Avusturya, İtalya gibi birçok ülkede non bis in idem ilkesinin kabul edilmediği tespit edilmektedir.

Non bis in idem ilkesi, İHAS'ın Ek 7 Nolu Protokolünün “aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama” başlıklı 4. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Türkiye, non bis in idem ilkesinin düzenlendiği İHAS Ek 7 Nolu Protokolü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamış, 10 Mart 2016 tarihinde 6684 sayılı Kanun ile onaylamaya uygun bulmuştur. 2 Mayıs 2016 tarihinde onaylanan 7 Nolu Protokol, 1 Haziran 2016 tarihi itibarı ile yürürlüğe girerek iç hukuk kuralı haline gelmiştir.

Non bis in idem ilkesini öngören İHAS'ın 7 Nolu Protokolünün 4. maddesi İHAM içtihatları ile şekillenmiştir. İHAM, vergi kabahat ve suçlarında non bis in idem ilkesinin hangi koşullarda uygulanacağına ilişkin içtihatlar oluşturmuştur. İHAM'ın güncel içtihatlarına göre kişinin aynı fiilinden dolayı idari para cezasına maruz bırakılması ve ceza yargılaması sonucunda hapis cezasına hükmedilmesi belirli şartlar dâhilinde non bis in idem ilkesine aykırı görmemektedir. Bu şartlar, kabahat ve suça ilişkin idari ve adli süreçlerin birbirini tamamlaması, bir süreç sonunda uygulanan yaptırımın diğer süreç sonunda uygulanacak yaptırımda dikkate alınması, iki süreç içinde delillerin birbirleri ile çelişmeyecek şekilde değerlendirilmesi başka bir ifade ile idari ve adli süreçlerin birbirini tamamlayabilmeleri için bütünleştirici mekanizmaların oluşturulması ve bunun sonucunda kişi açısından adil ve ölçülü yaptırım uygulanmasının sağlanmasıdır.

VUK'un kabahat ve suçlara ilişkin kurallar çerçevesinde aynı fiilden dolayı hem idari süreç içinde idari para cezası kesilebilmekte hem de ceza yargılaması sonucunda hapis cezasına hükmedilebilmektedir. Bununla birlikte VUK'ta kabahat ve suçlar karşılığında uygulanan yaptırımlara ilişkin içtima yasakların mevcut olduğu ve İHAM içtihatlarında söz edilen idari ve adli süreçleri bütünleştirici mekanizmaların oluşturulmadığı görülmektedir. Bu sebeple, İHAM'ın içtihatlarında öngörülen şartların yer almadığı görülmektedir.

Son dönemde vergi cezalarında non bis in idem ilkesi uygulamasını etkileyecek gelişmeler yaşanmıştır. Anayasa Mahkemesi kişinin aynı fiilinden dolayı hem idari para cezasına hem de ceza yargılaması neticesinde hapis cezasına maruz kalmasının Anayasaya aykırı olup olmadığına (non bis in idem ilkesini ihlal edip etmediğine) ilişkin olarak VUK'un 340. maddesi, 359. maddesinin b bendi ile son fıkrası ve 367. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları ile sınırlı olarak incelenmiş ve idari süreç ve adli süreç neticesinde alınan kararların karşılıklı olarak birbirlerini bağlamadıklarını düzenleyen VUK'un 367/6 fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Bu karar ile birlikte idari ve adli süreçler çerçevesinde ortaya çıkan kararların etkileşime girmesinin önü açılmış

olsa da ne şekilde etkileşime girileceğine ilişkin bütünleştirici mekanizmaların VUK'ta yer almaması sebebiyle öngörülemezlik söz konusudur. İdari ve adli süreçler sonunda birbiri ile çelişir kararlar çıkabilecek ve ölçüsüz yaptırımlar uygulanabilecektir. Anayasa Mahkemesinin bu kararından kısa bir süre sonra 7394 sayılı Kanunla bir kısım farklı düzenlemeler ile birlikte VUK'un 359. maddesine etkin pişmanlık müessesesi getirilmiştir. Bu Kanunla getirilen etkin pişmanlık müessesesi ile kişinin aynı eylemine dayalı olarak tesis edilen idari işlemin yargısal denetimini yapan vergi mahkemesi ile kişinin aynı eyleminin VUK'un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık suçu oluşturduğu isnadına dayalı yargılamayı yapan ceza mahkemeleri arasında etkileşiminin önüne engel konulmak istenmiştir. Böylece kaçakçılık fiilinden kaynaklı oluşan vergi ve vergi ziyayı tarhiyatlarına karşı açılmış vergi mahkemesi kararı olmadığı için aynı delilleri inceleyen ve aynı fiili değerlendiren çelişik kararların çıkmasının önüne geçilmektedir. Kanun koyucu bunu, anayasal bir hak olan hak arama özgürlüğünü feda ederek ya da görmezden gelerek gerçekleştirmiştir. Kanun koyucunun bu şekilde bir etkin pişmanlık müessesesi düzenlemeye iten nedenin, 2019/4E. 2021/78K. sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ile VUK'un 367. maddesinin son fıkrasında yer alan karşılıklı bağlamazlık kuralının iptali olduğu anlaşılmaktadır. Zira bu kuralın iptali ile vergi ziyayı sonucunu doğuran kaçakçılık fiillerinin işlendiği durumlarda vergi ve ceza mahkemelerinin aralarında etkileşim oluşturulması kuvvetle muhtemeldir. Etkin pişmanlık müessesesinin tercih edilmesi ile kişi hem daha hafif bir ceza alacak hem de vergi mahkemesi kararı olmayacağı için ortada çelişik bir durum söz konusu olmayacak ve dolayısıyla belirli durumlarda non bis in idem kuralına eski düzenlemeye nazaran göreceli bir uyum sağlanacaktır. Ancak bu, İHAM'ın Glantz ve A ve B v Norveç Kararı ile şekillenen vergi cezalarında non bis in idem ilkesine ilişkin içtihatları ile 2019/4E. 2021/78K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararında öngörülen koşullara uygun bir düzenleme değildir. Ceza mahkemesi ve vergi mahkemesi arasında etkileşim sağlayacak bütünleştirici mekanizma kurulamamıştır. Bu da uygulamada çözülemeyen sorunsallara, yeni sorunsallar eklemekten öteye geçememiştir. VUK'un mevcut düzenlemeleri nazara alındığında vergi cezalarında non bis in idem ilkesinin uygulanmasına ilişkin İHAM'ın güncel içtihatlarında öngörülen idari ve adli süreçler arasındaki etkileşimin sağlanması ve şeklen iki yargılama olarak görülse de özde birbirini tamamlayıcı nitelikte olan bütüncül bir yargılama ve cezalandırma sistematığının kurulamadığı gözlemlenmektedir. Bize göre İHAM'ın güncel içtihatları ve anayasal temel hak ve özgürlükler çerçevesinde vergi cezalarında non bis in idem ilkesine uyum yukarıda ayrıntılı açıkladığımız gibi üç farklı yol ile sağlanabilecektir. Bunlardan ilki, vergi kabahat ve suçlarına ilişkin yürütülen idari ve adli süreçleri birbirini tamamlar hale getirecek bütünleştirici mekanizmaların oluşturulmasıdır. İkinci yol, vergi ziyayı ve kaçakçılık suçu unsurlarının kesişmesinin engellenmesidir. Son olarak ise kişinin işlediği vergi kanunlarına aykırı eylemi, tek bir yargılama süreci çerçevesinde cezalandırmaktır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

**Yazarın Notu:** Bu çalışmada, “Vergi Usul Kanunu’nda Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge” isimli doktora tezinde yer alan vergi cezalarında non bis in idem ilkesine ilişkin açıklamalarından yararlanılarak 4/11/2021 tarih ve 2019/4E. 2021/78K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile 7394 sayılı Kanun ile non bis in idem ilkesi ile yakından ilişkili olan VUK’un 359. maddesinde yapılan değişiklikler değerlendirilmiştir.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

AKKAYA, Mustafa, “Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme”, **AÜHFD**, Sayı:49, 2000, ss. 85-96.

BAHÇECİ, Barış, İHAM’ın Vergi Cezalarında Ne Bis İn İdem İçtihadı ile Türk Hukukunun Uyum Sorunu”, **TBBD**, 2018(136), ss. 141-166.

BAYKARA, Bekir, “Ceza Mahkemesi ve Vergi Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi”, **Vergi Dünyası**, Sayı 323, Temmuz 2008.

BİLİCİ, Nurettin Bilici/ BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, “Non Bis In Idem Kuralı ve Yasallık İlkesi (Türk Vergi Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri)”, **Prof. Dr. Şükrü Kızılot’a Armağan**, Nevzat Saygılıoğlu (Ed.), Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ankara, 2014, ss. 49-72.

BİYAN, Özgür, “Aynı Fiil Nedeniyle Vergi Ziyayı Cezası ve Hapis Cezasının Birlikte Uygulanması: Non Bis in Idem İlkesi”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Sayı:145, Ocak 2016.

CANDAN, Turgut, Bir Anayasa Mahkemesi Kararı, Vergi Cezaları ve Non Bis İn İdem İlkesi, <https://turgutcandan.com/2019/05/25/bir-anayasa-mahkemesi-karari-vergi-cezalari-ve-non-bis-in-idem-kurali/> E.T. 15.02.2020.

CANDAN, Turgut, “Kaçakçılık Suçunda Ceza İndirimi/Soruşturma ve Kovuşturma Evrelerinde Etkin Pişmanlık” <https://turgutcandan.com/> E.T. 25.05.2022.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2006.

CHÉRUUY, Christian, Tax Procedure in Belgium: Audit to Litigation A First Insight, Practical Law Country Q&A, 2016, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-624-7505?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-624-7505?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) E.T. 16.01.2019.

CİHAN, Erol/YENİSEY, Feridun, “Non Bis İn İdem İlkesi”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2004.

DÍAZ, Antonia López, “Spain”, **Surcharges and Penalties in Tax Law**, EATLP International Tax Series, Volume 14, Amsterdam, 2016, pp. 581-609.

DİLEMRE ÖDEN, Begüm, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Hapis Cezası Kalktı mı?”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Yıl:2015, sayı:136, ss. 108-114.

DOĞRUSÖZ, A. Bumin, “Vergi Ceza Sistemi Üzerine”, **Yaklaşım Dergisi**, Yıl:17, Sayı:196, Nisan 2009.

DOĞRUSÖZ, Bumin, “Vergi Suçlarında Etkin Pişmanlığın Geriye Dönük Uygulaması” <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-suclarinda-etkin-pismanligin-geriye-donuk-uygulamasi/653489> E.T. 25.05. 2022.

DONAY, Süheyl, **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, Beta, İstanbul, 2008.

ERDEM, Tahir, **Vergisel Kabahatler**, Beta, İstanbul, 2010.

GEÇER, Ahmet Emrah, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Vergi Cezalarında “Non bis in idem” İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamasına Etkileri”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı:350, Kasım 2017, ss. 108-120.

GEÇER, Ahmet Emrah Geçer, **Vergi Usul Kanunu'nda Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları**, Adalet Yayınevi, 2021.

GÜLŞEN, Recep, “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis İn İdem İlkesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, Ömer Teoman (Ed.), Cilt:2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

HIZLI, Yılmaz, **Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçları**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1984.

İÇER, Zafer/YENER, Yücel, “Vergi ve Ceza Mahkemelerinin Kararlarının Birbirine Etkisinin Değerlendirilmesi”, **Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler**, (Ed. İzzet Özgenç; Cumhur Şahin; Faruk Turhan) Cilt:2, Seçkin, Ankara, 2020, ss.1165-1184.

IMMONEN, Raimo/LINDGREN, Juha, “Finland”, **Surcharges and Penalties in Tax Law**, EATLP International Tax Series, Volume 14, Amsterdam, 2016, pp. 303-331.

KARAKOÇ, Yusuf, “Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme”, **DEÜHFD Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan**, Cilt:12 Özel Sayı, 2010 (BasımYılı 2012), ss. 3-26.

KARAKOÇ, Yusuf, “Vergi Ceza Hukukuna İlişkin Tesbit ve Öneriler”, **Prof. Dr. Nami Çağlayan'a Armağan**, Atılım Üniversitesi Yayınları No:63, Hukuk Fakültesi Yayınları No:1, 2020, ss. 321-382.

ÖZEN, Mustafa “Non Bis in idem (Aynı fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XIV, Sayı:1, 2010, ss. 389-417.

ÖZEN, Mustafa, **213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri**, 2. Bası, Adalet, Ankara, 2018.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2013.

RENÇBER, Altan, “Ne Bis In Idem İlkesi Uyarınca Vergi Suç ve Kabahatlerinin Değerlendirilmesi”, **Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler**, (Ed. İzzet Özgenç; Cumhur Şahin; Faruk Turhan), Cilt:II, Seçkin, Ankara, 2020, ss. 1091-1102.

TAŞDELEN, Aziz, **Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

TAŞKAN, Yusuf Ziya, “Vergi Ziyayı Cezasının Üç Kat Uygulanmasında Bir Sorun Olasılığı ve Öneriler”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı:227, Ağustos 2007, ss. 120-125.

TAŞTAN, Mehmet, **Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları**, Adalet, Ankara, 2015.

YALTI, Billur Yaltı, “İHAM’ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non bis in idem İlkesine Aykırılığı Üzerine”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı:317, Şubat 2015, ss.85-92.

YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987.

## A BRIEF OVERVIEW OF EARLY ISLAMIC STATES' STRUCTURES

Önder PERÇİN\*

### Abstract

Studies on state involve a broad historical spectrum beginning from prehistorical political units to modern nation-states. In this context, social contract is accepted as a concept of modern world, in connection with emerging of the nation state, and it is shaped in a culture mainly within the states in Europe and America which have Christian majority in population. However, historical facts indicate that in the course of the history, examples of social contracts also existed before the modern nation-state era, and at different regions of the world. This study focuses on early Islamic states as an example of the said occurrences and aims to provide a brief overview of the state structure of them. Within this scope, considering the historical facts of the Prophet and Rashidun Caliphate era of the Islamic history, although the historical data related to the said period is scarce, the social contract which was enacted by the main social and religious groups of Medina in 622 provides adequate elements to understand the main structure of the state at a very basic level. Thus, it can be stated that the first Islamic state established in Medina was based on a social contract, had a constitution in its unique character, forming not a secular but a religious pluralistic state, created its unique legislative and judiciary structure, and the ruler was authorized with the explicit written consent of the governed. However, after the Rashidun Caliphate period, the Islamic state structure departed from its uniqueness and Islamic states became dynasties which had similarities to their contemporary governments.

**Keywords:** *State, state structure, early Islamic states, social contract, Islam*

---

\* Av. Dr. Dr., Ankara Barosu, ORCID: 0000-0003-3179-9794; onderpercin@onderpercin.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 31.03.2022

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 12.09.2022

Bu makaleye atıf için; PERÇİN, Önder, “A Brief Overview of Early Islamic States’ Structures”, **İMHFD**, C. 7, S. 13, 2022 s. 325-348.

## ERKEN DÖNEM İSLAM DEVLET YAPILARINA KISA BİR BAKIŞ

### Özet

Devlet üzerine çalışmalar, tarih öncesi siyasi birimlerden başlayıp modern ulus-devletlere kadar uzanan geniş bir yelpazeyi içermektedir. Bu kapsamda, sosyal sözleşme, ulus-devletlerin ortaya çıkışına bağlı olarak gelişen, modern dünyaya ait ve esas olarak, nüfuslarının çoğunluğunu Hristiyanların oluşturduğu Avrupa ve Amerika'daki devletlerin kültürlerinde şekillenen bir kavram olarak kabul edilmektedir. Ancak, tarihsel olgular, sosyal sözleşmenin, tarihsel seyirde, modern ulus-devletler döneminden önce ve dünyanın Avrupa ve Amerika dışındaki bölgelerinde de var olduğuna işaret etmektedir. Bu çalışma, söz konusu durumun varlığına bir örnek olmak üzere Erken Dönem İslam devletlerine odaklanarak, bu devletlerin yapılarına kısa bir bakış ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede, Medine'nin ana sosyal ve dini grupları tarafından 622 yılında imzalanmış olan sosyal sözleşme, Peygamber ve Dört Halife döneminin tarihsel olguları dikkate alındığında, her ne kadar döneme ilişkin kaynaklar yeterli değilse de devletin temel yapısını anlamaya çok temel düzeyde yetecek kadar imkân sağlamaktadır. Dolayısıyla, Medine'de kurulan ilk İslam Devletinin, sosyal sözleşmeye dayandığı, kendine özgü bir anayasası olduğu, seküler değil ancak dinsel çoğulcu nitelikte olduğu, kendine özgü yasama ve yargı teşkilatı oluşturduğu ve yöneticinin yönetenlerin açık yazılı rızasına dayalı olarak yetkilendirildiği ifade edilebilir. Ancak, Dört Halife döneminden sonra, İslam'a özgü devlet yapısı özgünlüğünden ayrıştırılmış ve İslam devletleri, çağdaşları hanedanlıklarla benzer özellikleri olan yönetimlere dönüşmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** *Devlet, devlet yapısı, erken dönem İslam devletleri, sosyal sözleşme, İslam*

### Introduction

As a major determinant of state structures, social contract is a concept of the modern world considered in connection with emerging of the nation state, shaped in a culture mainly within the states in Europe and America which have Christian majority in population. So, it is accepted as a production of modern western world and it spread around the world in the course of the history.<sup>1</sup> The latest occurrence of such a wave is seen in the political era of Arab world named as Arab Spring. The movement of Arab Spring is deemed as mainly adopting the western social contract concept in the form of constitution to the former -full or semi- monarchic

---

<sup>1</sup> THORNHILL, Chris, **A Sociology of Constitutions, Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective** Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 327.



countries. Although it has some patterns in regards with Islam, it is mainly the adaptation of modern Western concept to the Islamic countries.<sup>2</sup> Thus, the envisaged state structure in Arab Spring does not directly reflect the substantive and original state structure understanding of Islam.<sup>3</sup> In order to reveal the state structure in original Islamic thought, it seems proper to focus on the social, legal, and political life of early Islamic states. From this point of view, this paper tries to explore the social, legal, and political life of early Islamic states in order to determine the original state structure in Islam. However, a general exploration of Islamic history reveals that, although at the beginning Islam itself was a very original movement in religious aspect of society, Islamic governmental culture did not reflect such an extreme departure from pre-Islamic social, legal, and political life. However, it does not mean that Islamic state structure was mostly depending on pre-Islamic period and reflects only an advanced version of it. In contrast, it seems that Islam created a unique understanding of state structure, but it also had adopted some institutions of pre-Islamic period.<sup>4</sup> However, this uniqueness of Islamic state structure did not last long. Actually, it seems proper to state that the pure unique period of Islamic states begins with the establishment of first Islamic state in 610 and ends with the death of last Rashidun Caliphate in 661.<sup>5</sup> Immediately after this period, the structure of the Islamic state departed from its unique form<sup>6</sup> and turned to a dynastic sovereignty.<sup>7</sup> Therefore, this study limited its scope to the period of early Islamic states that has unique characteristics, and tries to explore the state structure and the constitutional understanding of Islamic states between 610 and 661. Additionally, as the data and information related to said period is not ample, it is convenient to aim a brief overview, and not to be assertive about providing a detailed analysis on the subject.

To achieve said task, first chapter of this paper focuses on the concept of constitutionalism as a form of social contract and its relation to Islam. Second chapter provides a brief history of Islam in order to allow the reader to get acquainted to the main course of Islamic history. Third chapter explores the emergence of the first Islamic state, and the social, legal, and political life of that

---

<sup>2</sup> For more information, please see **Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval And Continuity**, Edited by Rainer Grote and Tilmann J. Röder, Oxford; New York: Oxford University Press, 2012.

<sup>3</sup> MALLAT, Chibli, "Islam and the Constitutional Order", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. M. Rosenfeld, & A. Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1292.

<sup>4</sup> WATT, W. Montgomery, **Islamic Political Thought**, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1998, p. 6-9.

<sup>5</sup> AHMED, Istihag, **The Concept of An Islamic State**, University of Stockholm, Stockholm, 1985, p. 56.

<sup>6</sup> AFSARUDDIN, Asma, "The Islamic State: Genealogy, Facts, and Myths", **Journal of Church and State**, Y. 2006, V. 48, I. 1, pp. 153-174, p. 156-157.

<sup>7</sup> BAKAR, A. Ibrahim, "The Theories of Islamic State as Advocated by the Two Malay Muslim Political Parties in Malaysia", **The International Journal of Interdisciplinary Social Sciences**, Y. 2011, V. 6, I. 1, pp. 91-103, p. 94.

period. Moreover, said chapter also tries to draw out a general structure of the constitutional understanding of that period, and the evolution of it after the demise of prophet Muhammad.

On the other hand, as this paper focuses to provide a brief overview of state structure of the Early Islamic states, it assumes the reader has a general knowledge on the concepts of state, social contract, constitution, and constitutionalism, and avoids to give detailed definitions, history and the debates of said concepts in order not to digress the main subject of the study.

## **I. CONSTITUTION AS A FORM OF SOCIAL CONTRACT AND ITS RELATION WITH ISLAM**

Social contract theory imagines political societies as depending on social contract as a fundamental agreement that gathers individuals under a political unit, namely state, and sets forth basic rules of state. Written constitutions functions beyond: *“Written constitutions, adopted at real moments in historical time, dictating governmental structures, bounding governmental powers, and entrenching individual rights, look temptingly like social contracts reified.”*<sup>8</sup> Therefore, considering the written constitutions are accepted as reified forms of social contract, the written documents of the history regarding the state structures may form a basis for the subject of focus of this paper. On the other hand, considering that constitutionalism is a concept attributed to Western culture of modern times, whereas Islam indicates a different culture in almost every aspect of social, legal, historical, and political life, it seems convenient to begin with the relation between constitutionalism and Islam and to keep in mind that expecting a fully corresponding relation with the two concept is anachronic, therefore the examination has to be limited to only general similarities.

There are different views of scholars about the relation of these two concepts. Arjomand takes the concept in its merely modern meaning and states that there is a concept of Islamic constitutionalism and it emerged a century ago: *“Islamic constitutionalism emerged in the late nineteenth and early twentieth centuries with the reception of Western constitutionalism in the Muslim world.”*<sup>9</sup> On the other hand, Kleidosty takes the concept in its more general meaning which is not related merely to modernity, and puts the beginning to earlier times and claims that the Constitution of Medina may *“establish a legitimate basis for an authentically*

---

<sup>8</sup> JACOB, T. Levy, “Not so Novus an Ordo Constitutions Without Social Contract”, **Political Theory**, Y. 2009, V. 37, N. 2, pp. 191-217, p. 191.

<sup>9</sup> ARJOMAND, S. Amir, “Islamic Constitutionalism”, **Annual Review of Law and Social Science**, Y. 2007, V. 3, pp. 115-140, p. 116.

*Islamic constitutional paradigm.*”<sup>10</sup> Moreover, Hosen states that some scholars claim that the inner concepts of Islam prevent any necessity for constitutionalism in Islamic societies, whereas some other scholars claim that Islam has no relationship with state affairs so constitutionalism is an applicable concept to Islamic states.<sup>11</sup> Considering the above-mentioned opinions of scholars’, it can be stated that, this study’s theoretical base depends on the second group of scholars’ views. Thus, this study takes the concept of constitutionalism in its broader and general meaning as only a written form of social contract and places the beginning of Islamic constitutionalism to the Constitution of Medina.

## **II. A BRIEF HISTORY OF ISLAM**

Islam is the name of the faith of a community of believers in Arabia which emerged in the seventh century. *“The core of this faith is the belief that Muhammad (c. 570-632), a respected businessman in Mecca, a commercial and religious center in western Arabia, received revelations from God that have been preserved in the Qur'an. The heart of this revealed message is the affirmation that "there is no god but Allah (The God), and Muhammad is the messenger of God.”*<sup>12</sup>

“Islam” means “submission” or “unconditional surrender” (to the Will of God)<sup>13</sup> and *“a Muslim is one who makes that submission. This submission or act of Islam means living a life of faith and practice as defined in the Qur'an and participating in the life of the community of believers. The core of this Islamic life is usually said to be the Five Pillars of Islam: publicly bearing witness to the basic affirmation of faith; saying prescribed prayers five times a day; fasting during the month of Ramadan; giving a tithe or alms for support of the poor; and making a pilgrimage to Mecca at least once during the believer's lifetime, if this is possible.”*<sup>14</sup>

In Islam it is believed that God sent revelations first to Moses (as found in the Hebrew Scriptures, the Torah), then to Jesus (the Gospels), and finally to

---

<sup>10</sup> KLEIDOSTY, Jeremy, “From Medina to Runnymede: Comparing the Foundational Legacies of the Constitution of Medina and the Magna Carta”, **New Middle Eastern Studies**, Y. 2011, V. 1, pp. 1-15, p. 3.

<sup>11</sup> HOSEN, Nadirsyah, “In Search of Islamic Constitutionalism”, **The American Journal of Islamic Social Sciences**, Y. 2004, V. 21, I. 2, pp. 1-24, p. 3.

<sup>12</sup> WUTHNOW, Robert, **Encyclopedia of Politics and Religion (Vol. 1)**, CQ Press, Washington, D.C., 2007, p. 383.

<sup>13</sup> FARUKI, A. Kemal, **The Evolution of Islamic Constitutional Theory and Practice from 610 to 1926**, National Publishing House Ltd., Karachi, 1971, p. 1.

<sup>14</sup> WUTHNOW, p. 383.

Muhammad (through the Islamic scripture, the Quran). Thus, Muhammad was not the founder of a new religion, but like previous monotheist prophets, namely Abraham, Moses, and Jesus, he was a religious reformer. His teaching depends on calling people back to the one true God and to a way of life they had forgotten or deviated from the one that had been brought by previous monotheist prophets. Thus, “*Muslims saw the Torah and the Gospels as a combination of original revelation and later human additions, such as the elevation of Jesus from a prophet to the Son of God.*”<sup>15</sup>

However, the teaching of Muhammad was not accepted in his birthplace Mecca, and he was forced to leave there, he found a great support at the neighbor city of Yathrib which later he changed its name to Medina, and the first Islamic state was established in that city with an agreement between his followers, pagans, and Jews, in the Gregorian year of 622.<sup>16</sup>

The first Islamic state was territorially limited to only Medina, however, in 20 years, at the death of Muhammad in 632, its borders were lying all over the Arabian Peninsula, and in the following thousand years Islamic territory reached to its larger limits at the west to Spain and Northern Africa, at the east to India, at the north to the Balkans and Caucasia, and at the south to the Sub-Saharan Africa.<sup>17</sup>

### **III. THE EMERGENCE OF THE ISLAMIC STATE**

Although, the concept of constitutionalism in its general meaning yields to the claim that the Constitution of Medina may “*establish a legitimate basis for an authentically Islamic constitutional paradigm.*”<sup>18</sup>, the first Islamic state was not purely Islamic due to the social structure of the Medina in that time. However, the Constitution of Medina is clearly the first social contract that created not a secular but a religious pluralistic state that Muslims were an important part of it, and it turned into a purely Islamic state in a very short period.

On the other hand, as Muhammad was both the head of the state and the prophet, naturally the formation of the state under his governance differed from after his

---

<sup>15</sup> ESPOSITO, John L., “What Everyone Needs to Know About Islam”, Oxford Islamic Studies Online, 2013, <http://www.oxfordislamicstudies.com/article/book/acprof-9780199794133/acprof-9780199794133-div1-6>, (accessed 28.03.2022)

<sup>16</sup> BAKAR, p. 93.

<sup>17</sup> FREGOSI, Paul, **Jihad in the West Muslim Conquests from the 7th to the 21st Centuries**, Prometheus, New York, 1998, p. 71.

<sup>18</sup> KLEIDOSTY, p. 3.

demise. So, this chapter tries to explore the issue by dividing it into two parts as the first Islamic State in the time of prophet, and the Islamic state after the prophet.

## **A. THE FIRST ISLAMIC STATE: MEDINA**

As mentioned above, although Islam itself was a very original movement in religious aspect of society, Islamic governmental culture had kept using some pre-Islamic social, legal, and political institutions. Therefore, in order to accurately illustrate the substance and form of the first Islamic state, namely Medina, it seems necessary to explore the Arabic state structure and the constitutional tradition until that time.

### **1. Pre-Islamic State Structure and State Tradition in Arabia**

It is clear that the political structure of the Arab society was not reflecting a united hierarchical form of a government, rather it was a cascade of tribes and there was no concept like kingship which was a common concept for the western world. *“Never before in her history had Arabia known allegiance to a king. Every clan, every tribe had been independent, and none had ever been under the sway of a rival clan or tribe. In the first place, the Arabs were temperamentally averse to owing allegiance to one king or overlord. Love of unfettered freedom had by birth and breeding become part and parcel of their nature, and every tribe prized its undisputed sovereignty above all else.”*<sup>19</sup> So, it seems that the traditional political structure of Arabs was different from the western world not only after but also before Islam. And an Islamic political theorization, namely asabiyyah, by the Muslim philosopher Ibn Khaldun, depends on this structure. Asabiyyah is a concept of *“social solidarity with an emphasis on group consciousness, cohesiveness, and unity. Familiar in the pre-Islamic era, the term became popularized in Ibn Khaldun’s (d. 1406) Muqaddimah. Asabiyyah is neither necessarily nomadic nor based on blood relations. In the modern period, the term is analogous to solidarity.”*<sup>20</sup>

Additionally, this high degree of solidarity was the main tool for maintaining the tribal security. This tribe-based structure was also functioning as the justice implementation mechanism. *“The most familiar aspect of this is the lex talionis of “an eye for an eye, a tooth for a tooth, and a life for a life. ... readers ... tend to think of the lex talionis as something primitive and barbaric, almost immoral. While it is primitive, however, it is neither barbaric nor immoral, for it is a*

---

<sup>19</sup> ALI, Maulana M., “The Early Caliphate”, **Ahmadiyya Anjuman Isha'at Islam**, Lahore, 1985, p. 2.

<sup>20</sup>ESPOSITO, John L., “Asabiyyah”, Oxford Islamic Studies Online, 2013, <http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e202> (accessed 28.03.2022)

*primitive way of maintaining public security. In pre-Islamic Arabia there was no sense of a general duty to another man based on the fact that he was a fellow human being. In the abstract there was no fault or sin in killing a man you happened to meet in the desert. You might be restrained from killing him, however, by considerations linked with the system of security and the lex talionis; e.g. by the fact that he belonged to an allied tribe towards which your tribe had obligations, or by the fact that he belonged to a strong tribe which you would be sure to exact full vengeance. In such ways the lex talionis succeeded in restraining wanton killing and injury among the nomads of Arabia.”<sup>21</sup>*

On the other hand, the period before Islam in the Arabia is also important for an inner view point of Islam. This period is named as Jahiliyya in Islamic culture, and as historically used in Islamic literature it refers to the "Age of Ignorance" that prevailed in Arabia before the rise of Islam, “*which signifies everything that is not Islamic,... and therefore worthless in their evaluation.*”<sup>22</sup> However, in the course of history, although the term alienated and put in a meaning that refers to everything exactly opposite to the values of Islam in Islamic literature, there are many implementations of Jahiliyya adopted to the Islamic government in the early stage of Islamic states. For example, “*Arab tribes before Islam had a loosely-formed-council of elders known as the shura (also known as majlis or mala) which adjudicated intra- and inter-tribal matters by consultation. Like a number of other Jahili virtues and customs, the Qur'an endorsed shura as an acceptable and normative practice within Islam and Umar instituted an Islamicized form of the Jahili tribal majlis to implement this injunction.*”<sup>23</sup>

## **2. First Political Movements**

Muhammad was born at Mecca in 570 and he began to declare his mission in 610<sup>24</sup> depending on the direction of God to begin to the explicit invitation to Islam. When he began to declare his teaching to public, he was able to declare his teaching also to the people who were not residents of Mecca<sup>25</sup> because Mecca was a commercial center.<sup>26</sup> Mecca, as a commercial center, provided him this opportunity that was going to help him find a territory to establish the first Islamic state, namely Yathrib. “*... Mecca was a prosperous commercial center. The great merchants there controlled all the trade passing up and down the Arabian west*

---

<sup>21</sup> WATT, p. 6.

<sup>22</sup> AFSARUDDIN, p. 167.

<sup>23</sup> AFSARUDDIN, p. 168.

<sup>24</sup> Ahmed, p. 53.

<sup>25</sup> ÖZDEMİR, Ahmet, **Establishing Order by War in the Islamic Public International Law**, Doctoral Thesis, Ankara University, Ankara, 2008, p. 69.

<sup>26</sup> WATT, p. 3.

*coast route, which at this time was perhaps the chief artery between the Indian Ocean (including its African Shores) and the Mediterranean. They also traded with Iraq, then part of the Persian Empire, and controlled mining and other enterprises along or near the various routes. When one of the citizens of Mecca in the middle ranks of merchants began to communicate to other citizens' messages from what he claimed to be a supernatural source, it seemed unlikely that this would affect the commercial and political life of Mecca.”*<sup>27</sup> This perception of threat eventually turned into a coercive power that forced him to leave Mecca. At that point he began to think about immigrating to another city and after a few unsuccessful attempts, a few people, from Yathrib<sup>28</sup>, who came to Mecca and accepted to be involved in Islam stimulated the establishment of the first Islamic state. In 620 and 622 The Pledges of al-Aqabah, which were a consensus between Muhammad and some people from Yathrib who be involved in Islam about acceptance of his teaching, are accepted as the first political moves toward an establishment of state.<sup>29</sup> Some scholars argue that since at that time Yathrib was in a political disturbance due to struggles, anarchy, and wars were forgoing more than one hundred years, Muhammad did not directly immigrate to Yathrib, instead, he first waited in al-Aqabah and enacted The Pledges of al-Aqabah, therefore they are consequences of Muhammad's first political achievement.<sup>30</sup> And he emigrated from Mecca to Yathrib with other Muslims of Mecca, only after firming his relations with the people of Yathrib in 622.<sup>31</sup>

### **3. Constitution of Medina as a Concrete Social Contract**

This migration is named hijrah and accepted as one of the biggest events of the Islamic history by Muslims, so it is accepted as the first year that starts the Islamic calendar. Moreover, it has also political importance as it is the year “*when the Medina Constitution was agreed upon and written into law.*”<sup>32</sup>

Medina Constitution is a concrete social contract which was enacted by the main social and religious groups of Medina in 622. “*Most scholars accept the authenticity of the Medina Constitution, though the original document has not been found. Scholars fail to agree, however, whether the Medina Constitution is a single contract or a compilation of multiple agreements reached at different*

---

<sup>27</sup> WATT, p. 4.

<sup>28</sup> The name of Medina before the migration of the Prophet.

<sup>29</sup> ÖZDEMİR, p. 58.

<sup>30</sup> GÜNEŞ, Ahmet, “Resource Value of Medina Constitution According to Islamic Law”, **Ekev Akademi Dergisi**, Y. 2008, V. 12, I. 34, pp. 211-222, p. 212.

<sup>31</sup> ÖZDEMİR, p. 70.

<sup>32</sup> KHAN, Ali, “Commentary on the Constitution of Medina”, Ed. H. M. Ramadan, **Understanding Islamic Law**, pp. 201-208, AltaMira, Oxford, 2006, p. 1.

times.”<sup>33</sup> It is generally accepted that, the Constitution was consisted of 47 articles and 2 parts. The first part is from article 1 to 23 and it addresses mutual relations among Muslims; whereas the second part is from article 24 to 47 and it “contains rules to regulate inter-communal affairs between Muslims and Jews.”<sup>34</sup>

As a general comment on the Constitution of Medina, it can be mentioned that some articles deal with minor matters, whereas others are repetitive. The first important provision is about “umma” as indicating the single community which consists of the believers and their dependents. Articles between 2 and 11 regulates that each clan or subdivision of the community is responsible for blood-money and ransoms on behalf of its members. Articles 13 and 21 regulates that the members of the community are to show complete solidarity against crime and not to support a criminal even when he is a near kinsman, where the crime is against another member of the community. Articles 14, 17, 19, and 44 regulates that the members of the community are to show complete solidarity against the unbelievers in peace and war, whereas article 15 sets forth that the community are to show solidarity in the granting of “neighbourly protection” too. Moreover, articles between 24 and 35, and articles 37, 38, 46 regulate that the Jews of various groups belong to the community, and are to retain their own religion; they and the Muslims are to render “help” (including military aid) to one another when it is needed.<sup>35</sup>

#### **4. Social Structure of Medina and Reflections to Social Contract**

Unfortunately, the social structure of Medina at that time was clear neither about composition nor about the population. Bakar states that Medina was composed of Muslims, pagans and Jews<sup>36</sup>, while Aljunied adds Christians among them.<sup>37</sup> Also, the population is said in different numbers. According to one view it was around 200: “At the time the Medina Constitution was written, ... the Muslim community, though gradually increasing in numbers, was still no more than a total of 200 men, women and children.”<sup>38</sup> Another view argues that about the first years of the hijrah, Muhammad carried out census and the data was approximately as following, 1500 Muslims, 4000 pagan, and 4000 Jews.<sup>39</sup> Although there is no consensus either about the composition or about the numbers, it is clear that

---

<sup>33</sup> KHAN, p. 2.

<sup>34</sup> KHAN, p. 2.

<sup>35</sup> WATT, p. 5.

<sup>36</sup> BAKAR, p. 93.

<sup>37</sup> ALJUNIED, Syed M., “Religious Freedom in Malaysia’s “Islamic State”: Comparisons with the Islamic State of Medina”, *Journal of Muslim Minority Affairs*, Y. 2011, V. 31, I. 1, pp. 113-123, p. 114.

<sup>38</sup> KHAN, p. 1.

<sup>39</sup> GÜNEŞ, p. 213.



Muslims were a rising power among the other fractions of Medina and none of the other parties was dominant among the society. So, it was not possible to establish the first Islamic state solely on one religious fraction, namely Islam. Thus, it appeared not as a secular but a religious pluralistic state. *“An equally impressive and timeless contribution of the Medina Constitution is the normative establishment of a pluralistic community. The Constitution’s opening articles state that Muslims of Quraysh and Yathrib, and those who followed them and joined them and labored with them, are one community to the exclusion of all men. These provisions assert that the immigrant Muslims of Mecca and native Muslims of Medina constitute one community. Conceptually, the Constitution establishes the concept of the community of believers (ummat–al mumunin). The community of believers treats all Muslims with equal respect and dignity. It dissolves the distinction between natives and immigrants, offering principles of equality and justice to all Muslims, regardless of their origin of birth, nationality, tribe, or any other ethnic or racial background. It does not allow natives to have superiority over immigrants or vice versa. The Islamic Free State is therefore not exclusively identified with any one tribe or culture but is expanded to include immigrants with diverse dialects, cultures, and social habits.”*<sup>40</sup>

Consequently, *“the first Islamic state established in Medina was based on a social contract, was constitutional in character and the ruler ruled with the explicit written consent of all the citizens of the state.”*<sup>41</sup> also it formed not a secular but a religious pluralistic state.

## **5. A New State and Muhammad as the Ruler**

By acting the social contract, namely accepting of the Constitution of Medina among the social fractions of Medina, Muhammad became the ruler and law-maker of a new society in the latter part of his life. However, although Medina was led by Muslims, it was jointly managed with Jews and Christians. In public life, any breaches of social order were referred to respective religious doctrines of the infringer. Therefore, the social justice of the “Islamic State” of Medina was agreed upon by the varying communities, and this agreement was manifested at the Constitution of Medina as a social contract.<sup>42</sup>

## **6. The Basis of the State and Social Contract**

---

<sup>40</sup> KHAN, p. 3.

<sup>41</sup> BAKAR, p. 93.

<sup>42</sup> ALJUNIED, p. 115.

Although the Constitution was a concrete social contract enacted by the social and religious groups living in Medina, the primary purpose of the government was not to defend or protect the state. The constitution's primary focus was on defending and protecting of the faith. Thus, the basis of the State was not political, territorial, or ethnical, instead it was ideological.<sup>43</sup> However, it was a pluralistic state in nature as it was not an accord among only Muslims. It was also a treaty between Muslims and Jews. Moreover, it is claimed that the State was open to not only monotheistic religions but also beyond, "*for after all Medina was both monotheistic and pagan.*"<sup>44</sup>

The secondary focus of the Constitution was on maintaining domestic social order and it seems possible to consider this issue in three groups as first, the inner order of each party, second, the relation of the individuals and parties with each other, and third, the relations of the individuals and parties with government. The inner order of each party was let on its religion or custom.<sup>45</sup> The relation of the individuals and parties with each other was subject to *lex talionis*, adopted from pre-Islamic Arabic tradition.<sup>46</sup> The relation of individuals and the parties with government was based on the understanding of absolute obedience to the government. In fact, this obedience can be considered as depending on different reasons for Muslims and the other parties. For Muslims, Muhammad as a ruler prophet was representing the divine authority, so obedience to him had to be absolute because of its divine source. The obedience of other parties of Constitution can be deemed as deriving from the social contract, namely Constitution they promised to obey. After the demise of Muhammad, the link between the God and the ruler had broken and it is generally accepted that Muhammad declared that absolute obedience is compulsory to the ruler unless he commands abjuration of religion.<sup>47</sup>

Considering the above-mentioned aspects of the Medina Constitution, Aljunied deems it as depending on participation rather than domination. "*The Medina Constitution paved the way for the retention of identity, customs, internal relations and freedom of religion. The development of a religious state then however is in tandem with the true sense of statehood. Political treachery and betrayal to the state are deemed as attempts to destabilize government and society. To take punitive measures against treacherous individuals or groups are crucial for socio-political stability. However, when it comes to the issue of personal and*

---

<sup>43</sup> LAMBTON, Ann. K, **State and Government In Medieval Islam**, Oxford University Press, New York, 1981, p. 13.

<sup>44</sup> KHAN, p. 5.

<sup>45</sup> ALJUNIED, p. 115.

<sup>46</sup> WATT, p. 9.

<sup>47</sup> ÖZDEMİR, p. 58.

*community obligations as well as rights which do not transgress the stability of the state, models of negotiation, accommodation and forbearance were present. The Constitution of Medina therefore is a model of inter-communal relations based on a principle of participation rather than domination.”(citations omitted)<sup>48</sup>*

On the other hand, the Medina Constitution put forth a new concept, namely umma. The word etymologically comes from Hebrew for sure, and from Sumerians probably. *“The word is almost certainly borrowed from the Hebrew umma meaning “tribe” or “people”, and that in turn may be borrowed from a Sumerian word. The word umma is found in an old Arabic inscription, but otherwise does not seem to have been widely used;...”<sup>49</sup>*

The word umma was used to refer the people who came together for the same purpose in the Constitution of Medina: *“The people who declare this record constitute a separate umma distinguished from other people.”<sup>50</sup>* Although at the beginning it was referring not only to the Muslims, in the later phrases of Islam the concept of umma became only referring to Islam, and a key element of Islamic political doctrine. *“At the heart of Islamic political doctrine, as Professor H. Siegman states, lay the umma, the Islamic community, tied by bonds of faith alone.”<sup>51</sup>*

## **7. Separation of Powers**

Muhammad was the head of the state and all governmental affairs including, treasury and judiciary was executed under supervision of him.<sup>52</sup> Yıldırım states that there was no separation of powers at Medina.<sup>53</sup> However, considering that according to Constitution of Medina, every separate religion was subject to its own religious rule, it seems necessary to explore the legislative and jurisdicative functions in detail.

As mentioned above *“In the “Islamic State” of Medina, Jews were governed according to the precepts set by the Torah whereas Christians referred to the Bible as their governing rules. Muslims henceforth were governed under the shari’ah whose rules and principles were derived from the Qur’an and the*

---

<sup>48</sup> ALJUNIED, pp. 114-115.

<sup>49</sup> WATT, p. 10.

<sup>50</sup> ÖZDEMİR, p. 51.

<sup>51</sup> LAMBTON, p. 13.

<sup>52</sup> ÖZDEMİR, p. 58.

<sup>53</sup> YILDIRIMER, Şaban, **Judicial Review of Administration in Islamic Law**, Doctoral Thesis, Ankara University, Ankara, 2007, p. 12.

*Sunnah. Thus each community governs itself according to its religious precepts that cover civil, penal, family, inheritance, customary and educational matters.*"<sup>54</sup> So, the general authority of the Muhammad as the head of state has to be limited only to the relation of individuals and parties with each other and with state, and as head of state, he had no authority over the inner relations of parties. Then it can be stated that his authority over Muslims was not depending on his position as the head of state that consists of different religious groups, but it was derived from his divine position as prophet. This distinction between temporal and divine powers of Muhammad was also reflected by two terms that used after him to indicate different roles of his successors: "*As temporal head of the community the title of the successor of the prophet was amir al muminin, commander of the faithful. As the religious head of the community his title was imam, which is commonly regarded as deriving from his function of leading the prayers of the community.*"<sup>55</sup> However, this does not mean that there was a clear distinction between temporal and divine sovereignty in Islam. This distinction became subject to many debates in context to civil wars at the later phases of Islam. "*Belief in the divine origin of the community and the lack of any separation between "church" and state had important consequences so far as civil war and internal disturbances were concerned. These were called fitna (pl. fitan) and were considered to be, fundamentally, rebellion against the divine law.*"<sup>56</sup> "*The Arabic word fitna is generally, and particularly in the political realm, understood to connote "disorder" and "chaos." Disorder is to be prevented at all costs for it militates against the peaceful, just, and law-abiding society which the Qur'an envisions for humankind.*"<sup>57</sup>

On the other hand, the legislative and judiciary functions within other parties of the Constitution were being performed according to their own religions. "*The social contract established governance and social regulation according to religious beliefs. However, if non-Muslims chose not to accept punishment meted by their religion or there is no specification stated in their religion's canon, they can choose to be tried according to the shari'ah or pre-Islamic tribal laws.*"<sup>58</sup>

The legislative and jurisdictional functions of Muslims bring the concepts of shariah and sunnah in context of Islamic legal rules. Naturally, it was accepted that law is directly being created by God and declared by Muhammad. And also, the interpretations and implementations of verses of the Qur'an were being performed by Prophet Muhammad in person. "*Muslims ... were governed under the shari'ah*

---

<sup>54</sup> ALJUNIED, p. 115.

<sup>55</sup> LAMBTON, P. 14.

<sup>56</sup> LAMBTON, P. 15.

<sup>57</sup> AFSARUDDIN, P. 169.

<sup>58</sup> ALJUNIED, p. 115.

*whose rules and principles were derived from the Qur'an and the Sunnah.*"<sup>59</sup> However, these concepts were not so strong at the time of Muhammad, but became dominant in the political and legal structure of Islam after him.<sup>60</sup>

On the other hand, the Constitution of Medina allowed Muhammad to involve in foreign affairs with other communities in a more state-like manner, and to declare his teaching and Islam to them. Many representatives of other communities came to Medina to contact with this new state and particularly with Muslims, and many messengers were sent to different centers like today's Ethiopia, Beni Amer, and Yamama.<sup>61</sup>

Of course, Muhammad's position as the head of state was weak at the beginning, and he gained power gradually. However, in a short time he was accepted as the leader of the whole community without any dispute, and also became the chief commander of the army.<sup>62</sup>

Under Muhammad's governance, the state of Medina extended rapidly and when he passed away in 632, the territory of the State was covering almost all the Arabian Peninsula<sup>63</sup> with a great majority of Muslim population. So, although the state established in 622 with the consensus of Muslims and non-Muslims of Medina was not purely Islamic, in 10 years it turned into a purely Islamic state with a huge territory in comparison with Medina.

## **B. STATE AFTER THE PROPHET**

Muhammad died in 632 and "*he left a political organization that was entirely centered around him.*" (citations omitted).<sup>64</sup> He did not address any one after him, but he commissioned Abu Bekr to conduct the service in his place when he was ill. And after Muhammad's demise Abu Bekr was elected as the head of state as the successor of the ruler prophet Muhammad.<sup>65</sup>

---

<sup>59</sup> ALJUNIED, P. 115.

<sup>60</sup> BAKAR, P. 95.

<sup>61</sup> ÖZDEMİR, P. 70.

<sup>62</sup> WATT, P. 22.

<sup>63</sup> UNIVERSITY OF NOTRE DAME, **Arabic and Middle East Studies Medieval Period of Expansion**, 2013

<http://wljxpt.cjxy.edu.cn/moocresource/data/20091107/U/NotreDame20090001/arabic-and-middle-east-studies/islamic-societies-of-the-middle-east-and-north/lectures/lecture-3.htm> (accessed 28.03.2022)

<sup>64</sup> ALJUNIED, p. 114.

<sup>65</sup> MUIR, p. 1.

Election of Abu Bekr is the beginning of a new era in the political history of Islam on the concept of Caliphate. There are a number of concepts that have key functions for the constitutionalism understanding of Islam through its historical course. Caliphate is one of these concepts, and may be the most important one, in regard with its effects to the Islam in every aspect of social, political, and legal life. *"The caliphs are the Muslims who succeeded Prophet Muhammad not as the receivers of the divine revelation but as the leaders of Muslim communities from epoch to epoch."*<sup>66</sup> Although many fractions occurred in Islamic political thought, caliph was the supreme leader of the Islamic world with rises and falls at its power in the course of history. And caliphate had existed in a position similar to Pope in the Christian world until 1924. *"The title caliph had been used by the Muslim leaders from the time of Abu Bakar until the time of the Abbasids in 13th century A.D. Tore Kjeilen writes that the Sunnite Muslims accepted that the caliph is the Muslim leader or ruler acted in Muhammad's place after his death. "The institution of the Caliph is called the Caliphate." For Kjeilen, there are "four periods of the Caliphate of Islam". They are Rashiduns (632-661), Umayyads (661-750), Abbasids (750-1258), the Muslim caliphs after 1258 in Cairo and other areas or territories. The Ottoman Empire was ruled by Sultans or Caliphs."*<sup>67</sup> With the fall of the Ottoman Empire and rise of Turkey as a modern republic, caliphate was abolished in 1924.<sup>68</sup>

Although the term caliph is used for all Islamic leaders after the prophet Muhammad, the difference between the Rashiduns Caliphs and followings derives from assignment procedure, namely election. The first four caliphs were assigned by election<sup>69</sup> and their elections did not depend on succession.<sup>70</sup> However, after the fourth caliph, the last one who was elected, the caliphate became subject to succession. *"Although the Umayyad and the Abbasid leaders used the title caliphs, they were different from the first four caliphs because the caliphs during the Umayyad caliphate were from the family members of the Umayyad and the caliphs during the Abbasid caliphate were from the family members of the Abbasid;..."*<sup>71</sup>

In fact, succession has roots in pre-Islamic governmental tradition of Arabia. The understanding behind this practice was the general acceptance that the virtue and

---

<sup>66</sup> BAKAR, p. 95.

<sup>67</sup> BAKAR, p. 94.

<sup>68</sup> FARUKI, pp. 203-212.

<sup>69</sup> This election is said to be among the citizens of Medina, however, there was a dispute among the powerful tribes about the qualifications of the leader. For more information please see: *The Caliphate Its Rise, Decline, and Fall*, Muir, W., Oxford, 1891, pp. 1-8.

<sup>70</sup> MUIR, William, **The Caliphate Its Rise, Decline, and Fall**, Oxford, 1891, p. 4.

<sup>71</sup> BAKAR, p. 9.

noble qualities of leadership were inherit in certain stocks and genetically transmitted. When a chief of a tribe died, normally he was succeeded by the best qualified person. However, this person had to be from a certain family<sup>72</sup> and after the Rashidun Caliphate period the succession became the rule for caliphate like pre-Islamic era, instead of election.

Thus, in pursue of Islamic constitutionalism, the first four caliphs consist a separate period that had important effects on the following centuries of Islamic political and legal life. “*The first four caliphs are known as khulafa` al-rashidun in Arabic (the truly guided caliphs) and they were Abu Bakar al-Siddiq (632-634), `Umar al-Khattab (634-644), `Uthman bin `Affan (644-656), and `Ali bin Abu Talib (656-661). “`Ali had become the fourth Caliph of Islam and the last of the Patriarchal caliphs.”*<sup>73</sup>

## **1. Rashidun Caliphate**

Probably the most important contribution or effect of this period to the political and legal theory and praxis of Islam is about the institutionalism of interpretation of the religious law.<sup>74</sup> After Prophet Muhammad, at the time of caliphs, shariah and sunnah became very important for the state and society. Because at the time of the prophet, naturally, no one was allowed to question the rules for they were directly set by God, and declared by the Prophet.<sup>75</sup> However, considering the Islamic dogma that prophethood was ended by the demise of Muhammad<sup>76</sup>, an important question raised: Without the guidance of the Prophet, how the true will of God would be determined for a proper Islamic life both in temporal and divine aspects?

This question brings up the concepts shariah and sunnah. Shariah in its broad meaning refers to the divine law that cannot be changed by human beings and stated in the Quran as a primary source “*they can only know or not know it, obey or disobey it.*”<sup>77</sup> Moreover, it is superior and has absolute authority, because it is “*the divinely revealed law of God*”<sup>78</sup> Moreover it regulates every aspect of life: “*(The Shari’a) It regulates, in theory, all aspects of public and private life and commercial and business affairs and forms the basis of political theory. A*

---

<sup>72</sup> WATT, p. 35.

<sup>73</sup> BAKAR, p. 94.

<sup>74</sup> UND, 2013.

<sup>75</sup> BEARMAN, Peri, **Contextualizing the Islamic Shari'a**, I.B. Tauris, London, 2008, p. 397.

<sup>76</sup> BAKAR, p. 93.

<sup>77</sup> LAMBTON, p. 1.

<sup>78</sup> AHMAD, Irfan, “Genalogy of the Islamic State”, **Journal of the Royal Anthropological Institute**, Y. 2009, V. 15, I. 1, pp. 145-162, p. 145.

*consideration of Islamic jurisprudence (fiqh), the science of law, is, therefore, fundamental to the study of Islamic political ideas.”<sup>79</sup>*

The main characteristic of the sharia is that its rules and principles are derived from the Qur'an and the Sunnah.<sup>80</sup> Quran was inscribed, and the primary source of the sharia. Sunnah was the implementation of the verses of Quran by the prophet, and coming next to Quran. *“Another source of Islamic jurisprudence, secondary only to the Qur'an, consists of the examples and words of Prophet Muhammad (the Sunnah). The Qur'an and the Sunnah quite often use words that have speculative, interpretable, and debatable meanings. This leads to the third source, ijihad, which can be defined simply as “interpretation.” The main difference between ijihad and both the Qur'an and the Sunnah is that ijihad is a continuous process of development, whereas the Qur'an and the Sunnah are fixed sources of authority and were not altered or added to after the Prophet's death.”*<sup>81</sup>

One may properly ask about the function of the Constitution of Medina that seems to have played a very important role on the establishment of the first Islamic state, as a source of law and jurisprudence. However, considering the broad definition of sunnah as the implementations of the prophet, it becomes clear that the Constitution of Medina took its place among other implementations of him. *“Among the Islamic sources of law, the Medina Constitution should not be treated as a distinct source of law and jurisprudence. It is part of the Prophet's Sunna. The Quran remains the supreme source of law, and nothing in the Medina Constitution can be invoked to trump the Quran's text. Since the Sunna is fully compatible with, and always subservient to, the Quran, the Medina Constitution is remarkable in its compatibility with the Quran's principles of inter-human behavior.”<sup>82</sup>*

With regard to above mentioned concepts like shariah, sunnah, and ijihad, it seems proper to state that in the Rashidun Caliphate period Islam began to be institutionalized especially in its legal aspects. Another important issue in this context is about institutionalism of consultation in administrative affairs. As mentioned above *“Arab tribes before Islam had a loosely-formed-council of elders known as the shura (also known as majlis or mala') which adjudicated intra- and inter-tribal matters by consultation. Like a number of other Jahili virtues and customs, the Qur'an endorsed shura as an acceptable and normative practice*

---

<sup>79</sup> LAMBTON, p. 2.

<sup>80</sup> ALJUNIED, p. 115.

<sup>81</sup> HOSEN, p. 10.

<sup>82</sup> KHAN, p. 6.



*within Islam and 'Umar instituted an Islamicized form of the Jahili tribal majlis to implement this injunction.*"<sup>83</sup> Moreover, some scholars state that the institutionalism of consultation under the name of shura was due to an intention of separation of executive and jurisdictional powers. Shuras were consisted of prominent members of the tribes and charged with making decision about executive affairs and Umar called it for every administrative issue whether important or not. However, the number of people attending to shura was depending on the importance of the issue on the agenda. If the issue was about daily matters he used to call less people, but if the issue was important he used to call more people for the assembly.<sup>84</sup>

On the other hand, Caliphs had no divine representative power. They were accepted successors of Muhammad only in temporary power.<sup>85</sup> This was because of a main dogma of Islam. During Muhammad's time, the state and government in Medina were deemed as divine as he was the prophet of Allah. However, according to the Islamic belief, he was the final and last prophet sent by Allah to human beings. Therefore, there is no one among human beings to succeed him and to become the divine leader of Muslims. In other words, as Muhammad was the last prophet, no one had a right to be a divine leader after the demise of Prophet Muhammad in 632. Thus, the leaders of Islamic state after him had no divine power, but had only temporary power. *"Therefore, these Muslims continued living in the Islamic state founded in Medina and it was led by Muslim leaders who became the caliphs to Prophet Muhammad and their governments were known as the caliphates."*<sup>86</sup> In this aspect caliphate is derived from specific historical circumstances as a product of history, and it is a purely political office deriving from a temporary convenience, and an institution of human origin rather than divine origin.<sup>87</sup>

## **2. End of Uniqueness and Beginning of Dynasties**

However, although at the beginning, caliph had no representative divine power and usually was used in the meaning of "caliph of the Messenger of God", it gained more divine meaning or at least a meaning that brings in mind an appointment by the divine power as "caliph of God" after it became subject to succession in Umayyads period.<sup>88</sup> *"The early conceptualization of the caliphate and of legitimate leadership, as the sources tell us, was in many ways markedly different from later formulations. It is well-known that Abu Bakr would only use*

---

<sup>83</sup> AFSARUDDIN, p. 168.

<sup>84</sup> YILDIRIMER, pp. 14-15.

<sup>85</sup> WATT, p. 33.

<sup>86</sup> BAKAR, p. 93.

<sup>87</sup> HOSEN, p. 10.

<sup>88</sup> WATT, p. 33.

*the title Khalifat Rasul Allah ("Successor of the Messenger of God") and recoiled from using Khalifat Allah ("God's deputy") because of the undue presumptuousness implicit in its adoption' 'Umar who followed him was at first simply called Khalifat Abi Bakr ("Abu Bakr's successor") or Khalifat Khalifat Rasul Allah ("Successor of the Successor of the Messenger of God") and then later more commonly Amir al-Mu'minin ("leader/commander of the faithful"). The last title was adopted by the third and fourth caliphs as well. The Umayyads, who came to power in 661, initiated dynastic rule and had no compunctions about adopting the title "God's deputy" to signal their enhanced status. The Abbasids who followed them in 750 continued this usage."<sup>89</sup> "They made the caliphate a hereditary political institution. Therefore, they become the two dynasties, no longer the caliphates like the caliphate during the first four caliphs."<sup>90</sup>*

Another important implementation after Rashidun Caliphate is the limitation of the interpretation of law, namely the closing of the gates of *ijtihad* that caused the Islamic sovereignty turn to a purely autocratic model depending on a frozen theocratic theory.

As mentioned above "*The Qur'an and the Sunnah quite often use words that have speculative, interpretable, and debatable meanings. This leads to the third source, ijtihad, which can be defined simply as "interpretation."* The main difference between *ijtihad* and both the *Qur'an* and the *Sunnah* is that *ijtihad* is a continuous process of development, whereas the *Qur'an* and the *Sunnah* are fixed sources of authority and were not altered or added to after the Prophet's death."<sup>91</sup> However, after approximately 300 years from the establishment of first Islamic state, this continuous character of *ijtihad* was subject to change. "*Around the 10<sup>th</sup> century..., Islamic jurisprudence reached a stage of stagnation. The leading scholars felt that the point has been reached when all essential questions in law had been answered. Thus independent reasoning, i.e., ijtihad was replaced by taqlid, which means unquestioning acceptance of the opinions of predecessors."*<sup>92</sup>, and *ijtihad* as independent judgment was restricted. In fact, the date of this restriction is not certain, it may have happened as early as 900 or at least two centuries later. Nevertheless, although the date of it is not clear, it is indisputably deemed as the closing of the gate of *ijtihad*.<sup>93</sup>

Another important departure from implementations of Rashidun Caliphate period is about the consultation, namely *shura*. As mentioned above, Caliph Umar

---

<sup>89</sup> AFSARUDDIN, pp. 156-157.

<sup>90</sup> BAKAR, p. 94.

<sup>91</sup> HOSEN, p. 10.

<sup>92</sup> AHMED, p. 52.

<sup>93</sup> WATT, p. 73.

instituted an Islamicized form of the Jahili tribal shura for consultation<sup>94</sup>, and he called it for any administrative issue whether so important or not. After Umar, the third and fourth caliphs Uthman bin `Affan, and `Ali bin Abu Talib also used to call shura, however, after Rashidun Caliphate, it replaced with fractions that supported by the dynasties.<sup>95</sup>

Consequently, after the Rashidun Caliphate period, the Islamic constitutionalism departed from its uniqueness and Islamic states became dynasties which had similarities to their contemporary governments.

## **Conclusion**

Although social contract is accepted as a concept of modern world in connection with emerging of nation state, in a culture mainly within the states in Europe and America which have Christian majority in population; it is possible to find some historical examples of that existed before the modern nation-state era and at different regions of the world other than Europe and America. Early Islamic states provide a good example of said occurrence and allow to examine state structure.

Considering the historical facts of the Prophet and Rashidun Caliphate era of the Islamic history, the social contract which was enacted by the main social and religious groups of Medina in 622 provides adequate elements to understand the main structure of the state at the basic level. The first Islamic state established in Medina was based on a social contract, was constitutional in its unique character, and the ruler ruled with the explicit written consent of the governed. It was not purely Islamic nor secular but a religiously pluralistic state, due to the social structure of Medina in that time. However, the Constitution of Medina is clearly the first political structure that Muslims were an important part of it, and it turned into a purely Islamic state in a very short period.

The newly established Islamic state had adopted some elements from the traditional political structure of the Arabs before Islam. One of the most prominent of these elements is asabiyyah theorized by Muslim philosopher Ibn Khaldun. One other element is to be tribe-based structure, in contrast of modern individual base, which was also functioning as the justice implementation mechanism.

Although it has adopted some political, legal, and governmental institutions of pre-Islamic society, it is possible to state that the Constitution of Medina enacted in 622 may establish a legitimate basis for an authentically Islamic constitutional paradigm and state structure as it has created some unique concepts such as sharia,

---

<sup>94</sup> AFSARUDDIN, p. 168.

<sup>95</sup> YILDIRIMER, p. 15.

sunnah, umma and ijihad. However, this character began to change gradually over time, and it seems proper to state that after approximately 300 years from the establishment of the first Islamic state, there were none or so little residuals of the unique form remained. And Islamic states eventually became dynasties which had similarities to their contemporary governments.

Consequently, although it did not last so long, the early Islamic states of Prophet and Rashidun Caliphate era demonstrated a state structure depending on a social contract within the conditions of the period that can be deemed in compliance with the modern social contract concept at its basic level, and an example before nation-state era at different regions of the world other than Europe and America.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **REFERENCES / KAYNAKÇA**

AFSARUDDIN, Asma, "The Islamic State: Genealogy, Facts, and Myths", **Journal of Church and State**, Y. 2006, V. 48, I. 1, pp. 153-174.

AHMAD, Irfan, "Genealogy of the Islamic State", **Journal of the Royal Anthropological Institute**, Y. 2009, V. 15, I. 1, pp. 145-162.

AHMED, Istihaq, **The Concept of An Islamic State**, University of Stockholm, Stockholm, 1985.

ALI, Maulana M., "The Early Caliphate", **Ahmadiyya Anjuman Isha'at Islam**, Lahore, 1985.

ALJUNIED, Syed M., "Religious Freedom in Malaysia's "Islamic State": Comparisons with the Islamic State of Medina", **Journal of Muslim Minority Affairs**, Y. 2011, V. 31, I. 1, pp. 113-123.

ARJOMAND, S. Amir, "Islamic Constitutionalism", **Annual Review of Law and Social Science**, Y. 2007, V. 3, pp. 115-140.

BAKAR, A. Ibrahim, "The Theories of Islamic State as Advocated by the Two Malay Muslim Political Parties in Malaysia", **The International Journal of Interdisciplinary Social Sciences**, Y. 2011, V. 6, I. 1, pp. 91-103.

BEARMAN, Peri, **Contextualizing the Islamic Shari'a**, I.B. Tauris, London, 2008.

ESPOSITO, John L., "Asabiyyah", Oxford Islamic Studies Online, 2013, <http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e202> (accessed 28.03.2022)

ESPOSITO, John L., "What Everyone Needs to Know About Islam", Oxford Islamic Studies Online, 2013, <http://www.oxfordislamicstudies.com/article/book/acprof-9780199794133/acprof-9780199794133-div1-6>, (accessed 28.03.2022)

FARUKI, A. Kemal, **The Evolution of Islamic Constitutional Theory and Practice from 610 to 1926**, National Publishing House Ltd., Karachi, 1971.

FREGOSI, Paul, **Jihad in the West Muslim Conquests from the 7th to the 21st Centuries**, Prometheus, New York, 1998.

GÜNEŞ, Ahmet, "Resource Value of Medina Constitution According to Islamic Law", **Ekev Akademi Dergisi**, Y. 2008, V. 12, I. 34, pp. 211-222.

HOSEN, Nadirsyah, "In Search of Islamic Constitutionalism", **The American Journal of Islamic Social Sciences**, Y. 2004, V. 21, I. 2, pp. 1-24.

JACOB, T. Levy, "Not so Novus an Ordo Constitutions Without Social Contract", **Political Theory**, Y. 2009, V. 37, N. 2, pp. 191-217.

KHAN, Ali, "Commentary on the Constitution of Medina", Ed. H. M. Ramadan, **Understanding Islamic Law**, pp. 201-208, AltaMira, Oxford, 2006.

KLEIDOSTY, Jeremy, "From Medina to Runnymede: Comparing the Foundational Legacies of the Constitution of Medina and the Magna Carta", **New Middle Eastern Studies**, Y. 2011, V. 1, pp. 1-15.

JACOB, T. Levy, "Not so Novus an Ordo Constitutions Without Social Contract", **Political Theory**, Y. 2009, V. 37, N. 2, pp. 191-217.

LAMBTON, Ann. K, **State and Government In Medieval Islam**, Oxford University Press, New York, 1981.

MALLAT, Chibli, "Islam and the Constitutional Order", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Ed. M. Rosenfeld, & A. Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012.

MUIR, William, **The Caliphate Its Rise, Decline, and Fall**, Oxford, 1891.

ÖZDEMİR, Ahmet, **Establishing Order by War in the Islamic Public International Law**, Doctoral Thesis, Ankara University, Ankara, 2008.

THORNHILL, Chris, **A Sociology of Constitutions, Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective** Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

UNIVERSITY OF NOTRE DAME, **Arabic and Middle East Studies Medieval Period of Expansion**, 2013

<http://wljxpt.cjxy.edu.cn/moocresource/data/20091107/U/NotreDame20090001/arabic-and-middle-east-studies/islamic-societies-of-the-middle-east-and-north/lectures/lecture-3.htm> (accessed 28.03.2022)

WATT, W. Montgomery, **Islamic Political Thought**, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1998.

WUTHNOW, Robert, **Encyclopedia of Politics and Religion (Vol. 1)**, CQ Press, Washington, D.C., 2007.

YILDIRIMER, Şaban, **Judicial Review of Administration in Islamic Law**, Doctoral Thesis, Ankara University, Ankara, 2007.

# ARAP BAHARI VE GÜNCEL GELİŞMELER ÇERÇEVESİNDE CEZAYİR ANAYASAL SİSTEMİNE GENEL BİR BAKIŞ

**Batuhan USTABULUT\***

## Öz

Antidemokratik yönetimlere karşı Orta Doğu ve Kuzey Afrika'daki birçok ülkede gerçekleşen ve Arap Baharı olarak adlandırılan gösteriler Cezayir'de de söz konusu olmuştur. Cezayir'de protesto gösterileri erken bir tarihte başlamasına rağmen Arap Baharının sonuç vermesi uzun sürmüştür. 2019 yılında başlayan ve Cumhurbaşkanı Abdülaziz Buteflika'nın istifası ile sonuçlanan barışçıl protesto gösterileri sonrasında 2020 yılında kabul edilen yeni Anayasa ile Cezayir anayasal sisteminde önemli değişiklikler söz konusu olmuştur. Yasama organının güçlendirildiği 2020 Anayasası ile yasama ve yürütme ilişkileri yeniden düzenlenerek yasama organı ile yürütme organı arasında kontrol ve dengenin kurulması amaçlanmıştır. 2020 Anayasasının kabul edilmesi ile Cezayir anayasal sistemi üzerindeki Fransız etkisinin devam ettiği görülmektedir. Özellikle Cezayir'de yarı başkanlık sisteminin uygulanması dikkate alındığında Fransa'nın bu eski sömürgesi üzerinde hukukî ve siyasî etkisinin devam ettiği fark edilecektir. Yarı başkanlık sisteminin doğmasına neden olan gelişmelerin Cezayir'de yaşanmış olduğu düşünüldüğünde bu sistemin Cezayir'de uygulanıyor olması ayrıca önemlidir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin kurulması ile yeni bir kontrol ve denge mekanizmasının oluşturulmuş olması Cezayir açısından oldukça önemlidir. Bu çalışmada Türkiye açısından çeşitli nedenlerden dolayı önemli bir yere sahip olan Cezayir'in anayasal sistemi incelenerek Arap Baharının Cezayir ve Cezayir anayasal sistemi üzerindeki etkisi üzerinde durulacaktır. Çalışma kapsamında Cezayir'deki önemli siyasî aktörler ve güncel siyasî gelişmeler üzerinde durularak anayasal değişim süreci incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Arap baharı, Cezayir, anayasal sistem, yarı başkanlık sistemi

---

\* Visiting Scholar, Cornell University Law School; Arş. Gör., Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı; ORCID: 0000-0003-1627-1318; bustabulut@yahoo.com, bu34@cornell.edu

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 08.05.2022

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 17.08.2022

Bu makaleye atf için; USTABULUT Batuhan, "Arap Baharı ve Güncel Gelişmeler Çerçevesinde Cezayir Anayasal Sistemine Genel Bir Bakış", **İMİHFD**, C. 7, S. 13, 2022, s. 349-384.

## **AN OVERVIEW OF THE ALGERIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM IN THE LIGHT OF THE ARAB SPRING AND CURRENT DEVELOPMENTS**

### **Abstract**

The demonstrations in many countries in the Middle East and North Africa against anti-democratic governments called the Arab Spring also occurred in Algeria. Even though the protest demonstrations began at an early date, the Arab Spring took a long time to produce results. After the peaceful protest demonstrations that started in 2019 and resulted in the resignation of President Abdulaziz Bouteflika, significant changes have occurred in the Algerian constitutional system with the new constitution being accepted in 2020. The relations between the legislative which was strengthened and executive branches were redesigned and it was aimed to become checks and balances between the legislative and executive branches with the Constitution of 2020. The French effect continues on the constitutional system of Algeria with acceptance of the Constitution of 2020. When we consider the implementation of the semi-presidential system in Algeria, it is noticed that the legal and political influence of France on its former colony country. Also, it is the significant implementation of the semi-presidential system in Algeria because the developments that led to the birth of the system occurred in Algeria. Also, it is very important that new checks and balances mechanism has been established with the establishment of the Constitutional Court in terms of Algeria. This article will examine the constitutional system of Algeria which is a very important country in terms of Turkey because of various reasons, and emphasis the effect of the Arab Spring on Algeria and the constitutional system of Algeria. Within the scope of the article, it will also be examined the constitutional changing process by focusing on the important political actors and current political developments in Algeria.

**Keywords:** The Arab Spring, Algeria, political system, semi-presidential system

### **Giriş**

Cezayir, Osmanlı Devleti tarafından uzun süre yönetilen bir yer olmanın ötesinde Türkiye ile olan tarihî, kültürel, siyasî ve ekonomik ilişkileri nedeniyle Türkiye için önemli bir devlettir. İlk olarak 2010 yılının sonunda Tunus'ta düzenlenen gösterilerle başlayan "Arap Baharı"; Mısır, Cezayir, Yemen, Ürdün ve Suriye gibi Orta Doğu ve Kuzey Afrika'nın önemli ülkelerinde önemli bazı gelişmelerin görülmesine neden olmuştur. Cezayir'in de içerisinde bulunduğu bazı ülkelerde siyasî iktidarlar değiştirilmiş ve Tunus başta olmak üzere bazı ülkelerde yeni anayasal gelişmeler ortaya çıkmıştır. Özellikle Arap Baharı sonrasında Tunus'ta



yapılan anayasa, yapım yöntemi bakımından önemli olduğu için Türkiye’de de bazı önemli monografilere konu olmuştur.<sup>1</sup>

Arap Baharı ve sonrasında yaşanan gelişmelerden payını alan Cezayir, çok uzun yıllardan beri uygulanan olağanüstü hâli Arap Baharı nedeniyle kaldırmak zorunda kalmış olmakla birlikte bu süreçte Cumhurbaşkanı Abdülaziz Buteflika görevine devam etmeyi başarmıştır. Cezayir, 2019 yılına kadar Arap Baharından çok fazla etkilenmemiş olmasına rağmen 2019’da başlayan barışçıl protesto gösterileri nedeniyle Abdülaziz Buteflika cumhurbaşkanlığı görevini bırakmak zorunda kalmıştır. Abdülaziz Buteflika’nın istifası sonrasında yapılan seçimlerle Cezayir yönetimi değişmiş ve yeni bir anayasa hazırlanarak 2020 yılında yürürlüğe girmesi sağlanmıştır. Cezayir’in Arap Baharının etkilerini çok fazla üzerinde hissetmemesine rağmen 2019 yılındaki barışçıl protesto gösterilerinin Arap Baharının devamı olarak kabul edilmesi nedeniyle 2020 tarihli Anayasanın incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Fakat bu noktada Anayasa değişikliğinin kabul edildiği halkoylamasına katılımın %24 gibi oldukça düşük bir oranda olduğunu ve Anayasa değişiklik sürecinin halktan gelen taleplerle değil Buteflika sonrasında göreve seçilen yeni Cumhurbaşkanı tarafından başlatıldığını belirtmek gerekmektedir. Ayrıca Fransız işgalini yaşamış olan Cezayir üzerindeki Fransa etkisinin 2020 Anayasasında da kolaylıkla görülebilmektedir. Nitekim hükümet sistemi olarak yarı başkanlık sisteminin tercih edilmiş olması Cezayir Anayasasındaki Fransa etkisinin en açık göstergelerinden birisidir.

Mısır ve Tunus gibi Arap Baharının çabuk sonuç verdiği ülkelere ilişkin siyaset, hukuk ve uluslararası ilişkiler bakımından çeşitli çalışmalar yapılmış olmakla birlikte Cezayir’i ve anayasal sistemini konu alan çalışmaların çok fazla bulunmuyor oluşu dikkat çekmektedir. Cezayir’in Türkiye ile olan tarihî ve kültürel bağları ve Arap Baharının en son sonuç verdiği ülkelerden birisi olması nedeniyle anayasal sisteminin incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu çalışma kapsamında öncelikle Osmanlı Devleti’nin Cezayir’i fethetmesi, Cezayir üzerindeki yönetim şekli ve Cezayir’in Fransızlar tarafından işgale uğraması neticesinde ortaya çıkan siyasî ve hukukî gelişmeler incelenecektir. Sonrasında ise Cezayir’in 2020 tarihli Anayasası üzerinden yasama, yürütme ve yargı organları ile yasama ve yürütme ilişkileri üzerinde durulacaktır. Ayrıca Cezayir’in seçim sistemi ve Cezayir’in önemli siyasî aktörleri olarak karşımıza çıkan siyasî partiler, ordu ve önemli etkin dinî grupların genel olarak inceleneceği bu çalışmada güncel siyasî meselelerin anayasal değişim sürecine etkisi açıklanacaktır.

## **I. OSMANLI’DAN GÜNÜMÜZE CEZAYİR**

---

<sup>1</sup> Tunus Anayasasının yapım yöntemine ilişkin olarak bkz. TÜMAY, Murat, **Demokratik Anayasa Yapımı Dinamikleri ve Tunus Anayasası Örneği**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

Stratejik bir konumda bulunan Cezayir’de<sup>2</sup> Osmanlı nüfuzunun yerleşmeye başlaması 16. yüzyılın başlarında İspanyollara karşı Oruç ve Hızır Reislerin Cezayir’de mücadeleye başlamalarına dayanır. Daha önceleri korsanlık faaliyetlerinde bulunan Oruç ve Hızır Reisler, Yavuz Sultan Selim’in himâyesi altına girmişler ve İspanyollara karşı Cezayirlilerin yardım talebinde bulunmaları üzerine Cezayir ve Şerşel’i ele geçirmişlerdir. Bunun üzerine Oruç Reis, Yavuz Sultan Selim tarafından Şerşel ve Cezayir sultanı olarak ilân edilmiştir.<sup>3</sup> Cezayir’in tam manasıyla Osmanlı Devleti’nin hâkimiyetine girmesi uzun süre almış olmakla birlikte Cezayir’de Osmanlı Devleti’nin hâkimiyet kurmasında Barbaros Hayreddin Paşa’nın rolü büyüktür. Yavuz Sultan Selim tarafından kendisine “Hayreddin” lakabı verilen Hızır Paşa<sup>4</sup>, Kanunî Sultan Süleyman tarafından Cezayir Beylerbeyi sıfatı verilmek suretiyle kaptan-ı derya yapılmıştır. Böylelikle Cezayir, Osmanlı Devleti’ne bağlı bir beylerbeyliği hâline gelmiştir.<sup>5</sup>

Barbaros Hayreddin Paşa’nın kaptan-ı derya olarak atanması ile Cezayir’in yönetimi yine Barbaros’a bağlı beyler eliyle yürütülmüştür.<sup>6</sup> Cezayir, Tunus ve Trablusgarp’tan oluşan eyaletlerin tamamına “Garp Ocakları” adı verilmiş<sup>7</sup> olmakla birlikte Cezayir, Garp Ocaklarının en muteberi olarak görülmüştür.<sup>8</sup> Garp Ocakları yarı bağımsız bir yönetime sahip olup bunlar arasında Cezayir en güç kontrol edilebileneydi.<sup>9</sup> Garp Ocakları Osmanlı Devleti için Kuzey Afrika’daki önemli bir üs bölgesiydi.<sup>10</sup> Merkeze uzak olmaları ve aşiretlerin hüküm sürmesi gibi çeşitli nedenlerden dolayı Cezayir’in de dâhil olduğu Garp Ocaklarının idarî yapısı diğer eyaletlere göre farklılıklar göstermiştir.<sup>11</sup> Cezayir kendi iradesiyle Osmanlı Devleti’ne bağlanmış olup Osmanlı Devleti burada daha serbest bir yönetim anlayışı uygulamayı tercih etmiştir.<sup>12</sup>

1534’te başlayan Cezayir’deki Türk hâkimiyeti 1830 yılındaki Fransız işgaline kadar sürmüş olup bu süre 296 yıla karşılık gelmektedir.<sup>13</sup> Fransızlar Cezayir’i işgal ederlerken büyük bir direnişle karşı karşıya kalmamışlar. Fakat ülkenin iç

<sup>2</sup> NAM, Mehmet, “İşgalden İstiklale Cezayir”, **Tarih Dergisi**, Y. 2012, S. 55, s. 156.

<sup>3</sup> KAHRAMAN, Kemal, “Cezayir (Osmanlı Dönemi)”, **İslâm Ansiklopedisi**, Y. 1993, C. 7, s. 486.

<sup>4</sup> KAHRAMAN, s. 486; TURAN, Şerafettin, “Barbaros Hayreddin Paşa”, **İslâm Ansiklopedisi**, C. 5, 1997, s. 65.

<sup>5</sup> KAHRAMAN, s. 486.

<sup>6</sup> KILIÇ, Orhan, “Beylerbeylerden Dayılara Cezayir-i Garp Vilayeti/Eyaleti’nin Yönetimi ve Yöneticileri (16-18. Yüzyıllar)”, **Cappadocia Journal of History and Social Sciences**, Y. 2017, C. 9, s. 423.

<sup>7</sup> ÇETİN, Atillâ, “Garp Ocakları”, **İslâm Ansiklopedisi**, C. 13, 1996, s. 382.

<sup>8</sup> ÇETİN, s. 383.

<sup>9</sup> KAHRAMAN, s. 487.

<sup>10</sup> ERAVCI, H. Mustafa, “Mühimme Defterlerine Göre Osmanlı Cezayir-i Garp”, **Gazi Akademik Bakış Dergisi**, Y. 2017, C. 10, s. 87.

<sup>11</sup> ÇETİN, **a.g.m.**, s. 383.

<sup>12</sup> KAHRAMAN, s. 488.

<sup>13</sup> NAM, s. 162-163.

kesimlerinde Fransız işgaline karşı önemli bir direniş söz konusu olmuştur.<sup>14</sup> Fransızlar işgal ettikleri Cezayir’de özellikle Cezayirlileri asimile ederek Arap-İslâm kimliklerini ortadan kaldırmayı hedeflemişlerdir. Ayrıca Fransızlar, işgal altında tuttukları Cezayir’de Arapçanın yerine Fransızca’yı hâkim kılmaya çalışmışlardır.<sup>15</sup> Nitekim Cezayir’de Fransızcanın, Berberice ve Arapça ile birlikte resmî dil olarak kabul edilmiş olması<sup>16</sup> bu amacın önemli ölçüde gerçekleştirildiğini göstermektedir. Cezayir halkının dinî kimliğinden uzaklaştırılmasını amaçlayan Fransızlar, camilerin bir kısmını yıkmışlar bir kısmını da kilise, ağır ve depo olarak kullanmaya başlamışlardır. Ayrıca Fransızların vakıflara el koymak suretiyle eğitime kaynak sağlanmasını engellemiştir. Fransızlar Cezayir’de İslâm dininin öğrenilmesini engellemiş ve Hıristiyanlık propagandası yapmışlardır.<sup>17</sup>

1848 tarihli Fransız Anayasası ile Cezayir üç farklı eyalete ayrılmış ve bir genel vali tarafından yönetilmeye başlanmıştır.<sup>18</sup> Sömürgeci Fransız yönetmenin Cezayir’de uyguladığı baskıcı politikalar sonucunda Cezayir halkı fakirleşmiştir. I. Dünya Savaşı’nın akabinde Fransızların bu baskıcı politikaları ile ikinci sınıf vatandaş konumuna getirilen Cezayirliler sömürge yönetimine karşı Cezayir millî hareketini başlatmışlar ve yapılan mücadelede Cezayirliler lehine kısmî haklar elde edilmiştir.<sup>19</sup> Cezayir’in II. Dünya Savaşı esnasında Fransa için önemi ise oldukça büyüktür. Cezayir 1944 yılı sonuna kadar Fransa’ya başkentlik yapmıştır.<sup>20</sup>

Fransa’nın sömürgeciliğine ve baskıcı politikalarına karşı Cezayirliler ayaklanmış, Ferhad Abbas’ın liderliğinde öncelikle otonomi, sonrasında ise bağımsızlık kazanmayı hedeflemişlerdir.<sup>21</sup> Bağımsızlığını kazanmak için direnişe geçen Cezayirlilere karşı Fransa’nın tepkisi oldukça sert olmakla beraber 19 Eylül 1958 tarihinde bağımsız bir devlet olarak “Cezayir Cumhuriyeti” ilân edilmiştir.<sup>22</sup> Fransa’nın Cezayir’deki politikalarını beğenmeyen Fransız generallerin 13 Mayıs 1958’de çıkarttığı ayaklanma esnasında kamu kurumları işgal edilmiş ve benzer bir durumun Fransa’da da ortaya çıkmasından korkulmuştur. Bunun üzerine

---

<sup>14</sup> BUZPINAR, Ş. Tufan, “Suriye’ye Yerleşen Cezayirli Muhacirlerin Tâbiyeti Meselesi (1847-1900)”, **İslâm Araştırmaları Dergisi**, Y. 1997, S. 1, s. 92.

<sup>15</sup> DURSUN, Davut, “Cezayir (Sömürge Dönemi)”, **İslâm Ansiklopedisi**, C. 7, 1993, s. 490.

<sup>16</sup> BİRSEL, Haktan, “Emperyal Fransa’nın Osmanlı-Cezayir Stratejik Düzleminde Bir Kültür ve Kimlik Asimilasyonu Örneği, (Aziz Charles de Faucauld’un Mektubu)”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2013, S. 29, s. 54.

<sup>17</sup> MUTABBAKANİ, Mâzin Salâh, “Cem’iyyetü’l-Ulemâi’l-Müslimîn”, **İslâm Ansiklopedisi**, C. 7, 1993, s. 336.

<sup>18</sup> DURSUN, s. 490.

<sup>19</sup> DURSUN, s. 490.

<sup>20</sup> DURSUN, s. 491.

<sup>21</sup> NAM, s. 169-170.

<sup>22</sup> DURSUN, s. 491.

meclis General De Gaulle'ü göreve çağırmıştır.<sup>23</sup> General De Gaulle, Cezayir'deki ayaklanmayı bastırmayı başarmış ve iktidara gelmiştir. General De Gaulle Cezayir'in Fransa'dan ayrılmasını engellemek için Cezayirliye yeni haklar verme yolunu tutmasına rağmen Cezayirliye mücadelede devam etmeyi tercih etmişlerdir.<sup>24</sup> Cezayir'de yaşanan bu kriz Fransa'da Cumhurbaşkanına dış politikada alan bırakan yeni rejimin yapısı ve işleyişi üzerinde damga vurmuştur.<sup>25</sup> Bu sürecin sonunda, 1958 tarihli Fransız Anayasasında 1962 yılında yapılan değişiklikle yarı başkanlık sistemi kabul edilmiştir.<sup>26</sup> Dolayısıyla Cezayir'in Fransa'da yarı başkanlık sisteminin kabul edilmesinde de etkisi büyüktür.

1 Temmuz 1962 tarihinde yapılan bağımsızlık oylamasında %91 oranında bağımsızlık lehine bir sonuç ortaya çıkmış ve oluşturulan geçici hükûmetin başkanlığına Ahmed b. Bella getirilmiştir. 1963 yılında yapılan halkoylaması ile yeni bir anayasa kabul edilmiş ve Ahmed b. Bella da Devlet Başkanı olarak seçilmiştir. 1963 Cezayir Anayasasının kurduğu sistem tek partili bir sosyalist sistemdir. 1965'te gerçekleşen darbe ile Cezayir'de otoriter bir yönetim tesis edilmiş, 1976 yılında yapılan anayasa ile Devlet Başkanına tanınan yetkiler artırılmıştır. 1989 Anayasası ile ise %10'luk seçim barajı getirilmiştir. 1990'da yapılan mahallî idareler seçimlerinde İslâmî Selamet Cephesi'nin (FIS) %56 gibi yüksek bir oy oranıyla başarıya ulaşması ve çok partili ilk seçim olan 1991 genel seçimlerinde FIS'in başarısı karşısında seçimlerin iptal edilmesi ve FIS mensuplarının tutuklanması söz konusu olmuştur. Bu antidemokratik durum karşısında İslâm devletlerinden ve Batılı devletlerden herhangi bir tepki gelmemiş olması da dikkat çekicidir.<sup>27</sup>

## II. CEZAYİR ANAYASAL SİSTEMİ

### A. Yasama Organı

2020 tarihli Cezayir Anayasasının yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerini düzenleyen üçüncü başlığının üçüncü bölümü yasama organını düzenlemektedir. 2020 Anayasasının kabulü ile yasama organı güçlendirilmiş ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin sağlanması yolunda önemli bir adım atılmıştır. Cezayir Anayasasının yasama meclislerinin yapısını düzenleyen 119. maddesine göre yasama yetkisinin kullanılması Halkın Ulusal Meclisi (the People's National Assembly) ve Ulusal

<sup>23</sup> ŞENCAN, Hüdayi, "Çatışmacı Parlamentarizmden Melez Bir Çözüme: Fransa'da Yarı Başkanlık Sistemi", **Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Yarı-Başkanlık Sistemi (Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri)**, Ed. Semra Gökçimen, Ankara, TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları, 2017, s. 34.

<sup>24</sup> DURSUN, s. 492.

<sup>25</sup> CLIFT, Ben, "The Fifth Republic at Fifty: The Changing Face of French Politics and Political Economy", **Modern & Contemporary France**, Y. 2008, C. 16, S. 4, s. 385.

<sup>26</sup> ATAY, Ender Ethem, "Yarı Başkanlık Rejimi ve Özellikle Fransa Örneği", **Kamu Hukuku Arşivi**, Y. 1999, S. 2, s. 141.

<sup>27</sup> DURSUN, s. 492-493.

Konseyl'den (the Council of the Nation) müteşekkil bir Parlamento tarafından kullanılmaktadır. İki kanatlı Parlamento egemen bir şekilde kanunları hazırlar ve kabul eder.<sup>28</sup> Çift meclislilik yasama yetkisinin iki meclis tarafından paylaşıldığı bir sistemdir. Dünyada yaklaşık 80 devlet çift meclisli bir yasama organına sahiptir. Çift meclislilik federal devletlerde daha yaygın olmakla birlikte üniter devletlerde daha çok tek meclisli parlamentolara rastlanmaktadır.<sup>29</sup> Cezayir üniter bir devlet olmasına rağmen çift meclisli bir parlamentoya sahip olan bir devlettir. Cezayir'deki çok meclisli parlamento zayıf bir nitelik arz etmektedir.<sup>30</sup>

Cezayir Anayasasının 126. maddesine göre Cezayir Parlamentosunun birinci kanadını oluşturan Halkın Ulusal Meclisi üyeleri evrensel, doğrudan ve gizli oyla seçilirler. Parlamentosunun ikinci kanadını oluşturan Ulusal Konsey üyelerinin üçte ikisi, her vilayete iki sandalye verilecek şekilde dolaylı ve gizli oyla belirlenir. Ulusal Konseyin söz konusu üyeleri Halkın Cemaat Meclisleri (People's Communal Assemblies) ve Halk Vilayet Meclisleri (People's Wilaya Assemblies) arasından seçilir. Ulusal Konseyin geriye kalan üçte bir üyesi ise Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Cumhurbaşkanı tarafından atadığı Ulusal Konsey üyeleri ulusal şahsiyetler ile bilimsel, meslekî, ekonomik ve sosyal alanlarda nitelikli uzman kişiler arasından olmak zorundadır. Anayasanın 127. maddesine göre Halkın Ulusal Meclisinde toplam 407 sandalye bulunmakta olup Halkın Ulusal Meclisi 5 yıl için seçilmektedir. Üyelerinin yarısı her üç yılda bir yenilenen Ulusal Konseyin görev süresi ise 6 yıllı sınırlıdır. Ayrıca bir parlamento üyesinin en fazla iki dönem görev yapabilmesi mümkündür. Anayasanın 128. maddesinde parlamenterlerin nasıl seçileceği ve taşınmaları gereken niteliklerin bir organik kanun tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Özel bir yasama sürecine sahip olan organik kanunlar, mahkemeler ya da yasama gibi kurumlar da dâhil olmak üzere anayasal düzenin temel yönlerini kuran metinlerdir.<sup>31</sup> Organik kanunlar Fransız hukukunda yer alan ve Anayasal kurumların kuruluş ve faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler getiren kanunlardır. Bu tür organik kanunlar normlar hiyerarşisinde olağan kanunlarla aynı seviyede yer almaktadır. Ayrıca Fransız hukukunda normlar hiyerarşisinde Anayasa ile kanunların arasında yer alan ve Anayasa metnini tamamlayan organik kanunlar da bulunmaktadır.<sup>32</sup> Cezayir hukukunda

---

<sup>28</sup> Cezayir Anayasasına yapılan atıflar Constitute Project internet sayfasından alınmış olup Cezayir Anayasası maddelerine yapılan atıflar buradan sonra dipnotta değil, metin içerisinde gösterilecektir.(Constitute Project, "Algeria's Constitution of 2020", (Çevrimiçi) [https://www.constituteproject.org/constitution/Algeria\\_2020.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Algeria_2020.pdf?lang=en), E.T. 15.04.2022).

<sup>29</sup> BULMER, Elliot, **Bicameralism**, Stockholm, IDEA: International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2017, s. 3.

<sup>30</sup> ARIEFF, Alexis, "Algeria: Current Issues", 2013, (Çevrimiçi) <https://fas.org/spp/crs/row/RS21532.pdf>, E.T. 15.04.2022.

<sup>31</sup> Constitute Project, "Organic Laws", (Çevrimiçi) <https://www.constituteproject.org/topics/orglaw?lang=en>, E.T. 17.04.2022.

<sup>32</sup> TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 20. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2016, s. 18.

organik kanunlara yer verilmesi, Fransa'nın Cezayir üzerindeki etkisinin bir yansıması olarak görülebilir.

Cezayir Anayasasının 130. maddesi bütün milletin temsili ilkesine yer vermiştir. Bütün milletin temsili ilkesi, temsili vekâlet teorisinin başlıca özelliklerinden birisidir. Bütün milletin temsili ilkesine göre bir parlamenter sadece seçildiği seçim çevresini temsil etmemektedir. Bu ilkeye göre parlamenterlerin tamamı bütün milleti temsil ederler.<sup>33</sup> Cezayir Anayasasının ilgili hükmü hem Halkın Ulusal Meclisindeki hem de Ulusal Konseydeki üyelerin ulusal olduğunu ve bunların görevleri esnasında diğer görev veya fonksiyonları yerine getiremeyeceklerini belirtmektedir. Bu düzenleme Cezayir Anayasasının temsili vekâlet teorisini kabul ettiğini göstermesi bakımından önemlidir. Temsili vekâlet teorisinin kabul edilmiş olması temsili demokrasinin varlığını göstermektedir.

Cezayir Anayasası 134. maddesinde yasama dokunulmazlığına yer vermiştir. Bu düzenlemeye göre Parlamento üyeleri Anayasada belirtilen görevleriyle ilgili hareketlerinden dolayı dokunulmazlığa sahiptir. Birçok devlette parlamenterlere ikili bir koruma sağlanmaktadır. Buna göre parlamenterlerin yasama görevini yerine getirmeleri esnasında kullandıkları oylardan ve açıkladıkları görüşlerden dolayı sorumlu tutulmamaları ve ayrıca meclisin izni olmaksızın tutuklanamamaları ve cezaî takibata uğratılmamaları söz konusu olmaktadır.<sup>34</sup> Cezayir Anayasasında yer verilen bu düzenleme ile Parlamento üyelerinin yasama çalışmalarına katılmalarının önündeki engellerden birisi olan cezalandırılma tehdidi ortadan kaldırılmış olmaktadır. Cezayir Anayasasının 135. maddesi ise yasama dokunulmazlığının kaldırılmasını düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre parlamenterlerin dokunulmazlığının kaldırılması iki şekilde söz konusu olabilir. Bir parlamenter açıkça yasama dokunulmazlığından vazgeçebileceği gibi kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda yasama dokunulmazlığı kaldırılabilir. Bu durumlarda ilgili parlamenterin, parlamenterlik göreviyle ilgili olmayan eylemlerinden dolayı davalara konu olabilmesi mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi tarafından 2009'da verilen Kart-Türkiye kararında başvurucunun yasama dokunulmazlığından vazgeçememesinin meşru amaç kapsamına girdiğini<sup>35</sup> belirterek adil yargılanma hakkının ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır.<sup>36</sup>

Anayasa milletvekilliği sıfatının nasıl kaybedileceğini ise 131. maddesinde düzenlemiştir. Bir milletvekilinin ya da Ulusal Konsey üyesinin seçilme yeterliliğini yerine getirmiyor olması veya kaybetmesi durumunda

<sup>33</sup> GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt I, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s. 674.

<sup>34</sup> European Parliament, "Parliamentary Immunity in the Member States of the European Community and in the European Parliament", Luxembourg, 1993, s. 7.

<sup>35</sup> Case of Kart v. Turkey, Application no: 8917/05, 3.12.2009, para. 112.

<sup>36</sup> Case of Kart v. Turkey, Application no: 8917/05, 3.12.2009, para. 114.

milletvekilliğinin düşürülmesine karar verilebilir. Bu kararın verilebilmesi için Halkın Ulusal Meclisinin ya da Ulusal Konseyin çoğunluğunun bu yönde oy kullanması gerekmektedir.

Cezayir Parlamentosunun ilk kanadı olan Halkın Ulusal Meclisinin Başkanı, Anayasanın 139. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yasama döneminin tamamı için seçilmektedir. Buna göre Halkın Ulusal Meclisi Başkanı 5 yıllık bir süre için görev yapmaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise Parlatentonun ikinci kanadını oluşturan Ulusal Konseyin Başkanının Ulusal Konsey kompozisyonunun her kısmî yenilenmesinden sonra seçileceği belirtilmiştir. Ulusal Konsey üyelerinin her üç yılda bir yenilediği düşünöldüğünde Ulusal Konsey Başkanının görev süresinin de üç yılla sınırlı olduğu sonucu çıkmaktadır. Ayrıca Ulusal Konsey üyelerinin üç yılda bir yenileniyor olması ve Halkın Ulusal Meclisi ile görev sürelerinin farklı olması dikkate alındığında Ulusal Konseyin bir kontrol ve denge mekanizması olarak konumlandırıldığı söylenebilir.

Cezayir Anayasası kanunların kabulünde özel bir karar yeter sayısı<sup>37</sup> öngörmemiştir. Anayasanın 123. maddesine göre Parlatentonun her iki kanadı bakımından da salt çoğunluk aranmaktadır. Cezayir Anayasası 144. maddesi Parlatentonun yasama alanını düzenlemiştir. Bu düzenlemede Parlatentonun Anayasa ile kendisine verilen konularda kanun yapabileceği belirtildikten sonra ayrıca bazı konular otuz maddede özellikle sayılmıştır. Bu konular arasında bireylerin temel hakları ve ödevleri, özellikle kamu özgürlüklerinin yasal rejimi, bireysel özgürlüklerin korunması, vatandaşların ödevleri; evlenme, boşanma, ehliyet gibi şahsın hukuku ve aile hukukunu ilgilendiren konular; vatandaşlıkla ilgili temel mevzuat; ülkenin idarî bölgelere ayrılması; gümrük sistemi; halk sağlığı ve nüfusa ilişkin genel kuralların belirlenmesi gibi hususlar yer almaktadır. Cezayir Anayasasının bu düzenleme ile Parlatentonun Anayasa ile kendisine verilen konularda kanun yapabileceğini belirttikten sonra ayrıca bazı konuları örnekleme yapmak suretiyle sayması yasama yetkisinin genelliği ilkesinin kabul edildiğini göstermektedir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesine göre kanunla düzenlenebilecek olan alanlara konu bazlı sınırlandırma getirmek mümkün değildir. Önemli olan düzenleme yapılacak konunun Anayasaya aykırı olmamasıdır.<sup>38</sup> Ayrıca Anayasanın böyle uzun bir liste ile yasama organının düzenleyebileceği alanları özellikle belirtmiş olmasının ortaya çıkabilecek ihtilafların giderilmesini sağlamayı amaçladığı da söylenebilir. Böylelikle yasama ve yürütme organları arasında yaşanabilecek çatışmalar engellenecektir.

Cezayir Anayasasının 145. maddesi Anayasada organik kanunla düzenleneceği belirtilen konulara ek olarak altı konunun organik kanunlarla düzenleneceği

<sup>37</sup> Karar yeter sayısının “Genel Kurulda bir konuda karar alınabilmesi için gerekli olan sayı” olduğuna ilişkin bkz. “Yeni Sisteme Göre Yasama El Kitabı”, y.y, TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, 2018, s. 32.

<sup>38</sup> ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 209.

hüküm altına alınmıştır. Bu konular kamu otoritelerinin organizasyon ve fonksiyonları, seçim sistemi, siyasî partiler kanunu, bilgi kanunu, hâkimlerin statüsü ve yargı teşkilatı, malî kanunların çerçeve kanunudur. Milletvekillerinin ve Ulusal Konsey üyelerinin mutlak çoğunluğu tarafından kabul edilen organik kanunların yayınlanmadan önce anayasaya uygunluğunu tespit etmek için Anayasa Mahkemesine sunulması gerekmektedir.

Parlamento içi muhalefetin konumuna ve yapabileceklerine ilişkin özel düzenlemelere yer veren Cezayir Anayasası, parlamento içi muhalefetin parlamento çalışmalarına ve siyasî hayata etkin katılımını sağlayan haklara sahip olduğunu hüküm altına almıştır. Anayasaya göre parti içi muhalefetin sahip olduğu haklar düşünce, ifade ve toplanma özgürlükleri; seçilmiş parlamenterlere verilen malî yardımdan yararlanma; yasama faaliyetlerine etkin katılım ve hükümet çalışmalarını denetleme; özellikle bazı komite başkanlıkları başta olmak üzere Parlamentonun her iki kanadının organlarına aktif katılımı sağlayan temsil; Parlamentonun kabul ettiği kanunları Anayasanın 187. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı ve parlamenter diplomasiye katılımıdır. Ayrıca hem Halkın Ulusal Meclisi hem de Ulusal Konsey muhalefet grupları tarafından sunulan gündemi tartışmak için ayda bir defa oturum yapılacağı Anayasanın 121. maddesinde ifade edilmiştir. Anayasanın parlamento içi muhalefetin hem meclis çalışmalarına hem de siyasî hayata etkin katılımını sağlamayı güvence altına alması ve Parlamento tarafından kabul edilen kanunları Anayasa Mahkemesine götürme hakkına sahip olmaları parlamento içi muhalefetin önemli bir konumda bulunduğunu göstermektedir.

Cezayir Anayasasının altıncı başlığı anayasa değişikliğini düzenlemektedir. Anayasanın 230. maddesi uyarınca anayasa değişikliğine karar verilebilmesi için Cumhurbaşkanı'nın girişimde bulunması gerekir. Anayasa değişiklik teklifi Parlamentonun her iki kanadı tarafından aynı şartlarda oylanır. Her iki meclis tarafından da kabul edilen anayasa değişiklikleri 50 gün içerisinde halkoyuna sunulur. Halkoyulamasında kabul edilen anayasa değişiklikleri Cumhurbaşkanı tarafından yayınlanır. Anayasa değişiklik sürecinin Cumhurbaşkanı tarafından başlatılmasının gerekmesi antidemokratik bir uygulamadır. Bununla birlikte Parlamentonun her iki kanadının katılımıyla yapılacak ortak toplantıda her iki meclisin üyelerinin dörtte üç nisbetinde verecekleri destek ile kabul edecekleri anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanı'na sunulmasının mümkün olduğu Anayasanın 233. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Cezayir toplumunu yöneten genel ilkeleri, temel hak ve özgürlükleri ihlâl etmeyen ve temel güç dengelerini ve kurumları değiştirmeyen anayasa değişikliği tekliflerinin Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan yayınlanabilmesi mümkündür. Anayasanın 232. maddesinde yer alan bu durumda anayasa değişikliği teklifinin halkoyuna sunulması gerekmez. Fakat bu teklifin Parlamentonun her iki kanadı tarafından dörtte üç oranında destek ile kabul edilmesi gerekmektedir.



Birçok devlet anayasasında değiştirilemez maddeler bulunmaktadır. Demokratik olsun olmasın birçok devlet anayasasında bu tür düzenlemeler vardır. Demokratik olmayan devletlerde yer alan değiştirilemez maddeler, mevcut sistemin korunmasını amaçlayan düzenlemeler içermektedir.<sup>39</sup> Cezayir Anayasası 234. maddesinde bazı değiştirilemez hükümlere yer vermiştir. Buna göre devletin niteliğinin Cumhuriyet oluşu, çok partili sisteme dayanan demokratik düzen, devletin dininin İslâm oluşu<sup>40</sup>, Arapçanın ulusal ve resmî dil oluşu, Tamazigh dilinin<sup>41</sup> ulusal ve resmî dil oluşu, temel hak ve özgürlükler, Cezayir topraklarının birliği ve bütünlüğü, devrimin ve Cumhuriyetin sembolü olarak ulusal amblem ve marş, her biri 5 yıl için iki dönem arka arkaya veya kesintili olarak ikiden fazla Cumhurbaşkanlığı yapmaya ilişkin Anayasa hükümlerinin değiştirilebilmesi mümkün değildir.

## **B. Yürütme Organı**

Cezayir devleti yarı başkanlık sistemini kabul etmiştir. Yarı başkanlık sistemi ilk olarak Fransa’da ortaya çıkmış bir hükümet sistemidir. Yarı başkanlık sistemi hem parlamenter sistemin hem de başkanlık sisteminin özelliklerini üzerinde taşımaktadır. Arendt Lijphart’ın belirttiği üzere yarı başkanlık sistemi, diğer iki hükümet sisteminin arasında bir yerde durmamaktadır. Lijphart’a göre yarı başkanlık sistemi, parlamenter sistem ve başkanlık sistemlerinin taşıdıkları özellikleri farklı yoğunlukta kendi içerisinde barındırmaktadır.<sup>42</sup> 2010 yılında yapılan bir araştırmaya göre Cezayir’in de içerisinde olduğu Fransızca konuşulan 10 Afrika ülkesinde yarı başkanlık sisteminin uygulandığı sonucuna varılmıştır.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> TÖGEL, Akif, “Dünya Anayasalarında Değiştirilemez Maddeler ve Türkiye’nin Yeni Anayasası İçin Öneriler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 2016, C. 7, S. 27, s. 768.

<sup>40</sup> Benzer bir düzenlemeye İran İslâm Cumhuriyeti Anayasasının 177. maddesinin son fıkrasında da yer verilmiştir. Buna göre hem siyasî sistemin İslâmî karakteri ile devletin resmî dinin İslâm oluşu değiştirilemez madde içeriğinde yer almaktadır. İlgili Anayasa maddesi için bkz. İran İslâm Cumhuriyeti Anayasası, (Çevrimiçi) [https://www.constituteproject.org/constitution/Iran\\_1989.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Iran_1989.pdf?lang=en), E.T. 18.04.2022.

<sup>41</sup> Tamazigh veya Amazigh olarak adlandırılan dillerin Berberî dilleri olduğuna ilişkin bkz. WOLFF, H. Ekkehard, “Berber Languages”, *Britannica*, (Çevrimiçi) <https://www.britannica.com/topic/Amazigh-languages#ref1023745>, E.T. 19.04.2022. Cezayir Anayasasının 4. maddesine göre Amazigh dili ulusal ve resmî dil olarak kabul edilmiş olup bu dilin geliştirilmesi bir hedef olarak gösterilmiş ve bu dilin geliştirilmesine ilişkin neler yapılacağı belirtilmiştir (Cezayir Anayasası, 2020, m. 4). Tamazigh diline ilk olarak 2002 yılında anayasal statü verilmiş olup bu dil 2016 yılında resmî dil olarak kabul edilmiştir (CHANDERLI, Abdel Kader, “Algeria”, *Britannica*, (Çevrimiçi) <https://www.britannica.com/place/Algeria/Languages#ref1230492>, E.T. 19.04.2022).

<sup>42</sup> LIJPHART, Arendt, **Parliamentary versus Presidential Government**, Oxford, Oxford University Press, 1992, s. 8 akt. YILDIZ, Mustafa, “Başkanlık, Yarı Başkanlık ve Parlamenter Sistem Üzerine Bir Değerlendirme”, **Türkiye Siyaset Bilimi Dergisi**, Y. 2018, C. 1, S. 2, s. 95.

<sup>43</sup> ELGIE, Robert, “Semi-Presidentialism, An Increasingly Common Constitutional Choice,” **Semi-Presidentialism and Democracy**, Ed. Robert Elgie, Sophia Moestrup ve Yu-Shan Wu, New York, Palgrave Macmillan, 2011, s. 11 akt. ERDEM, Kasım, “Yarı Başkanlık Sistemi: Teori, Pratik ve Tartışmalar”, **Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri - Yarı Başkanlık Sistemi: Fransa, Polonya**

Yukarıda ifade edildiği üzere Fransa’da yarı başkanlık sisteminin ortaya çıkmasında Cezayir’in çok önemli bir etkisi olmuştur. Cezayir’de hükümet sistemi olarak yarı başkanlık sisteminin tercih edilmesinde hem bu durumun varlığının hem de Fransa’nın Cezayir üzerindeki etkisinin söz konusu olduğu söylenebilir.

Maurice Duverger yarı başkanlık sisteminin üç temel özelliği olduğunu belirtmektedir. Öncelikle Cumhurbaşkanı’nın halk tarafından seçilmesinin gerektiği bu sistemde ikinci olarak Cumhurbaşkanı’nın önemli anayasal yetkilerle donatılmış olması gerekmektedir. Duverger tarafından belirtilen yarı başkanlık sisteminin son temel özelliği ise yürütme organında Başbakan ve Bakanlar Kuruluna yer verilmiş olmasıdır.<sup>44</sup>

Yarı başkanlık sistemi bakımından yürütme organı iki başlıdır. Yürütme organının ilk kanadını Cumhurbaşkanı oluştururken ikinci kanadını ise Başbakan ve Bakanlar Kurulu oluşturmaktadır.<sup>45</sup> Cezayir’de de benzer bir durum söz konusudur. Cezayir Anayasasına göre yürütmeye hem Cumhurbaşkanı hem de Bakanlar Kuruluna yer verilmiştir. Aşağıda açıklanacağı üzere Cezayir’in hükümet sisteminin parlamenter sistem değil, yarı başkanlık sistemi olmasının temel nedeni halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı’nın geniş yetkilere sahip olmasıdır.

Cezayir Anayasasının üçüncü başlığının birinci bölümü “Cumhurbaşkanı” başlığını taşımaktadır. Anayasanın 88. maddesine göre Cumhurbaşkanı devletin başı olarak nitelenmiştir. Bu düzenlemeye göre Cumhurbaşkanı ulusun birliğini temsil etmesine ek olarak ulusal bütünlüğünü de garanti eder. Ayrıca Anayasa, Cumhurbaşkanı’nın Anayasaya saygıyı koruyacağını ve garanti edeceğini de belirtmiştir. Devletin yurt içinde ve yurt dışında temsil edilmesi görevi de yine Cumhurbaşkanı’na verilmiştir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı’nın doğrudan halka hitap etme hakkının saklı olduğu da Anayasanın 88. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddede düzenlenen yetkiler Cumhurbaşkanı’na verilmiş sembolik yetkililerdir. Fakat aşağıda belirtileceği üzere Cumhurbaşkanı’nın konumu sembolik bir konum olmayıp Cumhurbaşkanı geniş yetkilere sahip kılınmıştır.

Anayasanın 89. maddesi Cumhurbaşkanı’nın seçim usulünü düzenlemektedir. Buna göre Cumhurbaşkanı evrensel ve gizli oyla doğrudan halk tarafından seçilir. Cumhurbaşkanı seçilebilmek için oy kullanan seçmenlerin mutlak çoğunluğunun oyunu almak gerekmektedir. Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin diğer şartların ise organik kanunla belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Dikkat edilirse önemli bazı

---

**ve Rusya Örnekleri**, Ed. Semra Gökçimen, Ankara, TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları, 2017, s. 11.

<sup>44</sup> DUVERGER, Maurice, “Yeni Bir Siyasal Sistem Modeli: Yarı Başkanlık Hükümeti”, **Devlet ve Hukuk Üzerine Yazılar**, Der. Mehmet Turhan, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1996, s. 69.

<sup>45</sup> GÖZLER, s. 585-586.

hususların düzenlenmesi Anayasa eliyle değil, organik kanunlar vasıtasıyla yapılmaktadır. Daha önce de yer verildiği üzere önemli bazı konuların düzenlenmesinin organik kanunlara bırakılmasında Fransız hukukunun etkisinden bahsetmek mümkündür.

Cumhurbaşkanı olabilmek için taşınması gereken nitelikler ise Anayasanın 91. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemede ilk olarak yabancı bir ülkenin vatandaşlığını kazanmamış olmak yer almaktadır. Ayrıca Cumhurbaşkanı olabilmek için adayların Cezayir uyruklu olması ve anne ve babalarının da Cezayir uyruklu olduğunu belgelemeleri gerekmektedir. Konuya ilişkin bir diğer düzenleme Cumhurbaşkanının Müslüman olması gerektiği yönündeki kuraldır. Anayasanın 91. maddesinde sayılan Cumhurbaşkanının sahip olması gereken diğer nitelikler ise seçim günü 40 yaşında olması, medenî ve siyasî hakların tamamına sahip olması, eşinin Cezayir uyruklu olduğunu kanıtlaması, en az 10 yıldır Cezayir’de daimî ikamete sahip olmasıdır. Ayrıca Temmuz 1942 öncesinde doğmuş adaylar bakımından 1 Kasım 1954 devrimine katılmış olma şartı aranmaktayken Temmuz 1942 sonrasında doğan adaylar bakımından ise ebeveynlerinin 1 Kasım 1954 devrimine karşı faaliyetler içerisinde bulunmamış olmaları şartı bulunmaktadır. Anayasanın 91. maddesinde yer alan son şart ise Cumhurbaşkanı adaylarının Cezayir’deki ve Cezayir dışındaki taşınır ve taşınmaz mallarına ilişkin beyanda bulunmaları gerektiğidir. Anayasa diğer şartların yine organik kanun eliyle düzenleneceğini belirtmiştir. Bu düzenlemede yer alan en dikkat çekici özelliklerden birisi Cumhurbaşkanlığı makamına seçilecek kişinin Cezayir uyruklu olmasını sağlamaya yönelik düzenlemelerdir. Hem Cumhurbaşkanı adayının hem eşinin hem de yer yer anne ve babasının Cezayir’e bağlılığını esas alan düzenlemelere yer verilmiş olması bu makama verilen önemi göstermektedir. Ayrıca bu düzenlemedeki milliyetçi vurgunun Cezayir’in Fransız sömürgesi olmasından kaynaklı olduğu da söylenebilir.

Cumhurbaşkanının görev süresi 5 yılla sınırlandırılmıştır. Ayrıca Anayasa Cumhurbaşkanlığı için iki dönem kuralı getirmiştir. Buna göre bir kimsenin üst üste veya kesintili olarak iki defadan fazla görev yapabilmesi mümkün değildir. Anayasanın 92. maddesine göre Cumhurbaşkanının istifa veya başka bir nedenle görevden ayrılması hâlinde görev yaptığı süre dönemden sayılır.

Yarı başkanlık sistemlerinde doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanlarının önemli anayasal yetkilere sahip olduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu yönüyle başkanlık sistemine benzeyen yarı başkanlık sisteminin<sup>46</sup> uygulandığı Cezayir’de Anayasa Cumhurbaşkanına oldukça önemli yetkiler vermiştir. Anayasanın 95. maddesine göre Cumhurbaşkanı silahlı kuvvetlerin başkomutanı olup ulusal savunmadan sorumludur. Parlatentonun üçte ikisi

---

<sup>46</sup> YAZICI, Serap, **Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 92.

tarafından kabul edilmesinden sonra Cezayir ordusunun yurt dışına gönderilmesine Cumhurbaşkanınca karar verilir. Dış politikanın belirlenmesi ve yürütülmesine karar verme yetkisi de Cumhurbaşkanına aittir. Ayrıca Cumhurbaşkanı Bakanlar Kuruluna başkanlık etmekte ve Başbakanı atama yetkisine sahip bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının hükûmeti ataması ve hükûmetin görevine son vermesi Parlamento çoğunluğuna danışmasına bağlıdır. Bu maddede Cumhurbaşkanına verilen bir diğer yetki ise Cumhurbaşkanının düzenleyici işlem yapabilme yetkisine sahip kılınmış olmasıdır. Cumhurbaşkanının kararnameler çıkartabilmesi de bu maddenin düzenlemesi kapsamındadır. Cumhurbaşkanının sahip olduğu bir diğer yetki ise ulusal öneme sahip konularda referanduma başvurabilmesidir. Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna başkanlık etmesi yönündeki kural yarı başkanlık sisteminin önemli özelliklerinden birisidir. Bu nedenle yarı başkanlık sisteminde Bakanlar Kuruluna Cumhurbaşkanı tarafından başkanlık edilmesinin bir kural olduğunu söylemek gerekmektedir. Hâlbuki parlamenter sistem bakımından bu durum bir istisnayı teşkil etmektedir.<sup>47</sup> Ayrıca Cumhurbaşkanının sahip olduğu atama yetkileri Cezayir’de Cumhurbaşkanının yerleştirildiği konumun ne kadar önemli olduğunu ve yarı başkanlık sisteminin uygulandığını göstermektedir. Cezayir Anayasasının 96. maddesinde Cumhurbaşkanının hangi devlet yetkililerini atayacağı gösterilmiştir. On iki başlıkta sayılan Cumhurbaşkanına ait atama yetkilerinin arasında Yüksek Mahkemenin birinci başkanından Danıştay (Council of State) Başkanına, Cezayir Bankası Başkanından hâkimlere, valilerden sivil ve asker görevlilere kadar birçok makam yer almaktadır.

Yarı başkanlık sistemlerinde Cumhurbaşkanının önemli anayasal yetkilere sahip olmasının yanında karşı-imza kuralına da yer verilmektedir. Yarı başkanlık sisteminin anavatani olarak kabul edilen Fransa’da Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin dışında kalan işlemler bakımından hükûmetin karşı imzası aranmaktadır.<sup>48</sup> Fakat Cezayir Anayasasında karşı imza kuralına ilişkin herhangi bir düzenleme yer verilmediği görülmektedir.

Cezayir Anayasasının üçüncü başlığının ikinci bölümü hükûmeti düzenlemektedir. Anayasanın 101. maddesi hükûmetin Başbakan ve bakanlardan oluştuğunu belirterek yarı başkanlık sistemine uygun bir yürütme yapısı kurmuştur. Yukarıda belirtildiği üzere yarı başkanlık sisteminde yürütme organı halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı ile Başbakan ve Bakanlar Kurulundan oluşmaktadır.

Cumhurbaşkanı tarafından atanan Hükûmet Başkanı, bir eylem plânı hazırlar ve Bakanlar Kuruluna sunar. Daha sonra bu eylem plânı Halkın Ulusal Meclisine

---

<sup>47</sup> EREN, Abdurrahman, **Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar - Türk Anayasa Hukuku)**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 262.

<sup>48</sup> ŞENCAN, s. 90.

sunulur. Halkın Ulusal Meclisinde yapılan tartışmalar çerçevesinde ve Cumhurbaşkanı ile yapacağı istişareler ile Hükûmet Başkanı eylem plânı üzerinde çeşitli uyarlamalar yapabilir. Sonrasında Anayasanın 104. maddesinde belirtildiği üzere eylem plânı Ulusal Konseye sunulur. Anayasanın 105. maddesine göre Halkın Ulusal Meclisinin eylem plânını onaylamaması hâlinde hükûmet istifasını sunar ve aynı yöntemle yeni bir Başbakan belirlenir. Halkın Ulusal Meclisinden onay alınamaması durumunda ise meclisin feshedileceği ve bu durumda hükûmetin yeni meclis seçilene kadar üç ay daha günlük işleri sürdüreceği Anayasanın 106. maddesinde belirtilmiştir.

Yarı başkanlık sisteminde yürütmenin ikinci kanadını oluşturan Bakanlar Kurulu parlamentonun içinden doğduğu için parlamentonun güvenine dayanmakta olup parlamentoya karşı sorumludur.<sup>49</sup> Bu nedenle Cumhurbaşkanı tarafından hükûmeti kurmakla görevlendirilecek kişinin güvenoyu alabilecek bir isim olması gerekmektedir.<sup>50</sup> Cezayir Anayasasının 109. maddesine göre Hükûmet Başkanı tarafından Halkın Ulusal Meclisine yıllık genel politika beyanı sunulur. Bu genel politika beyanı hükûmet faaliyetlerine ilişkin bir tartışma açılmasına neden olabilir. Açılacak olan tartışmanın gensoru önergesi verilmesine yol açması da mümkündür. Bu durumda Başbakan Halkın Ulusal Meclisinden güvenoyu isteyebilir. Başbakanın bu isteğine karşı güvensizlik oylarının fazla olması hâlinde Hükûmet Başkanı tarafından hükûmetin istifası teklif edilir. Duverger yarı başkanlık sisteminde hükûmetin görevde kalabilmesinin parlamentonun hükûmete muhalefet etmemesine bağlı olduğunu belirtmektedir.<sup>51</sup> Dolayısıyla hükûmetin ayakta kalabilmesi için Parlamentonun güveninin devamı şarttır.

Cezayir Anayasasının 110. maddesi Hükûmet Başkanının görevlerini belirtmiştir. Buna göre hükûmetin işleyişini yürütmek, koordine etmek ve denetlemek Hükûmet Başkanının görevidir. Hükûmet Başkanı kanunların ve düzenleyici işlemleri yürütür. Hükûmet toplantılarına başkanlık eden Hükûmet Başkanı ayrıca yürütme kararlamalarını de imzalama yetkisine sahiptir. Hükûmet Başkanına verilmiş bir diğer görev ise Cumhurbaşkanı'nın yetkisine girmeyen sivil kadroların ataması yetkisidir.

Olağanüstü yönetim usûlleri yürütme organının yetkilerini genişleten ve olağan döneme göre temel hak ve özgürlüklere daha fazla sınırlandırmalar getirebilen düzenlemeleri ihtiva etmektedir.<sup>52</sup> Cezayir Anayasasında yer verilen olağanüstü yönetim usûlleri arasında yer alan olağanüstü hâl (state of emergency) veya sıkıyönetimin (state of siege) ilân edilebilmesi için öncelikle Yüksek Güvenlik Konseyinin toplanması ve Ulusal Konsey Başkanı, Halkın Ulusal Meclisi

<sup>49</sup> EREN, s. 262.

<sup>50</sup> DEMİR, Fevzi, “Yarı Başkanlık Hükümet Sistemi ve Türkiye”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Aydın Zevkliler’e Armağan**, Y. 2013, C. 1, s. 836.

<sup>51</sup> DUVERGER, s. 69.

<sup>52</sup> EREN, s. 571.

Başkanı, Hükûmet Başkanı ve Anayasa Mahkemesi Başkanı ile istişare edilmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde Cumhurbaşkanı tarafından 30 günlük bir süre için olağanüstü hâl ilân edilebilmesi mümkündür. Anayasanın 112. maddesine göre olağanüstü hâlin veya sıkıyönetimin uzatılabilmesi Parlamentonun her iki kanadının ortak bir şekilde yapacağı toplantı ile söz konusu olabilecektir. Anayasanın 113. maddesinde ise olağanüstü hâl ve sıkıyönetim organizasyonunun düzenlenmesi organik kanuna bırakılmıştır. Devletin bağımsızlığının ve ülkenin bölünmez bütünlüğünün yakın bir tehlikeye maruz kalması hâlinde Cumhurbaşkanı'nın 60 gün süreyle istisna hâli (state of exception)<sup>53</sup> ilân edebilmesi mümkündür. Cumhurbaşkanı tarafından bu yönde bir kararın verilebilmesi için Ulusal Konsey Başkanı, Halkın Ulusal Meclisi Başkanı ve Anayasa Mahkemesi Başkanı ile istişare edilmesi ve Yüksek Güvenlik Kurulu ile Bakanlar Kurulunun dinlenmesi gerekmektedir. Bu yönde karar verilmesi hâlinde Cumhurbaşkanı istisnaî yetkilere sahip olacaktır. 60 günlük sürenin sona ermesi hâlinde Cumhurbaşkanı çıkardığı kararnameleri görüşünü almak üzere Anayasa Mahkemesine sunar. Anayasanın 114. maddesinde bu şekilde ilân edilen olağanüstü hâlin uzatılabilmesi için yine Parlamentonun her iki kanadının ortak toplantı ile uzatma yönünde karar alması gerektiği ifade edilmiştir. Cezayir Anayasasının 117. maddesi savaş hâli durumunda Anayasanın askıya alınacağını ve bütün yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından üstlenileceğini belirtmiştir.

Cezayir Anayasasındaki yürütme organına ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında Cezayir'in iki başlı bir hükûmet sistemine sahip olduğu görülmektedir. Yürütmenin ilk kanadı olan Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilmekte ve önemli anayasal yetkilere sahip bulunmaktadır. Yürütmenin ikinci kanadını oluşturan Bakanlar Kurulu ise yasama organından kaynaklanmakta olup göreve başlayabilmesi ve görevde kalabilmesi yasama organının güvenine dayanmasına bağlıdır. Hükûmet sisteminin bu özellikleri ve yukarıdaki detaylı açıklamalar dikkate alındığında Cezayir'de yarı başkanlık sisteminin uygulandığını söylemek gerekmektedir.

### **C. Yargı Organı**

Cezayir Anayasasının üçüncü başlığının dördüncü bölümü “Yargı Kuvveti”ni düzenlemektedir. Bu bölümde yer verilen ilk düzenleme olan 169. maddeye göre (yargı kuvveti bağımsızdır ve Cumhurbaşkanı yargının bağımsızlığını garanti etmektedir. Yargı bağımsızlığı, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir.<sup>54</sup> Ayrıca Cezayir Anayasasının 170. maddesi yargının toplumu, özgürlükleri ve temel

---

<sup>53</sup> İstisna hâli, siyaset ile hukuk arasında yer alan sınırdaki konumlandığı için istisna hâlinin kesin bir tanımını vermek zordur (AGAMBEN, Giorgio, **State of Exception**, Chicago, University of Chicago Press, 2005, s. 1). İstisna hâlinin tanımlanmasını zorlaştıran nedenlerden birisi onun iç savaş, ayaklanma ve direnişle olan yakın ilişkisidir. Çünkü iç savaş, devlet gücünün en aşırı iç çatışmalara doğrudan tepkisi olan istisna hâline göre belirsiz bir bölgede yer almaktadır (AGAMBEN, s. 2).

<sup>54</sup> EREN, s. 605.

hakları koruyacağını belirtirken 171. maddesi yargının yasallık ve eşitlik ilkeleri üzerine kurulduğunu ifade etmektedir. Cezayir Anayasasının 173. maddesinde yer verilen düzenleme ise cezaî yaptırımların yasallık ve kişisellik ilkelerine uygun olarak uygulanacağını hüküm altına almaktadır.

Cezayir Anayasasının 175. maddesinde gerekçeli karar hakkına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre ayrıca yargı kararlarının kamuya açık duruşmalarda açıklanacağı hususu kural altına alınmıştır. Gerekçeli karar hakkı, yargılama esnasında nelerin gerçekleştiğine ilişkin bilgi edinilmesini sağlayan önemli bir kurumdur.<sup>55</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde gerekçeli karar hakkına ilişkin doğrudan bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte bu hak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarıyla geliştirilmiştir.<sup>56</sup> Anayasanın 175. maddesinin devamında yargı kararlarının kamuya açık duruşmalar ile açıklanacağı kuralına yer verilmiş olması AİHS'in 6. maddesinde yer alan "Karar alenî olarak verilir" kuralına mutabık bir düzenlemedir. Cezayir Anayasasının 178. maddesi hâkimlik teminatını düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre Yüksek Hakimler Konseyinin gerekçeli kararı olmaksızın hâkimlerin yerlerinin değiştirilmesi, görevden alınabilmeleri mümkün değildir. Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri adil yargılamanın esas alındığı bir sistemin ortaya çıkmasını amaçlayan ilkelerdir.<sup>57</sup>

Anayasanın 185. maddesi yüksek yargı organlarını düzenlemektedir. Bu maddede Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi yüksek yargı organları arasında sayılmıştır. Anayasanın 187. maddesi ise Yüksek Hâkimler Konseyini düzenlemektedir. Yüksek Hakimler Konseyinin başkanlığının Cumhurbaşkanı tarafından yapılacağı hüküm altına alındığı bu düzenlemeye göre Yargıtay ve Danıştay Başkanları bu kurulun üyesidirler. Yüksek Hakimler Kurulunun 15 üyesi ise çeşitli şekillerde seçilmektedir. 3 üye Yargıtay tarafından seçilirken bunların ikisinin hâkimler arasından, birisinin ise savcılar arasından olması gerekmektedir. Benzer bir şekilde 3 üye Danıştay tarafından seçilmektedir. Danıştay tarafından seçilen üyelerin ikisi hâkimler arasından birisi ise valiler arasından seçilmektedir. 3 üye yargı konseyleri, 3 üye de Danıştay dışındaki idarî yargı makamları tarafından seçilmektedir. Kalan 3 üye ise normal yargı sistemine tâbi mahkemeler tarafından belirlenmektedir. Ayrıca yargı sendikası temsilcilerinden iki kişi ve İnsan Hakları Ulusal Konseyi Başkanı da Yüksek Hâkimler Konseyinin üyeleridirler. Bununla birlikte Anayasanın 187. maddesine göre yargı mesleği dışından Cumhurbaşkanı tarafından iki kişi, Halkın Ulusal Meclisi tarafından kendi üyeleri dışındaki iki kişi ve Ulusal Konsey tarafından kendi üyeleri

<sup>55</sup> ŞEKER, Hilmi, "Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2007, C. 65, S. 2, s. 179.

<sup>56</sup> BEKRİ, M. Nedim, "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2014, C. 72, S. 3, s. 209.

<sup>57</sup> EREN, s. 607.

dışındaki iki kişi de bu kurula üye olarak belirlenirler. Anayasanın 188. maddesinde yer alan düzenlemeye göre hâkimler, Yüksek Hakimler Kurulunun önerisi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından atanırlar. 190. maddede bu kurulun idarî ve malî özerkliğe sahip olduğu ve kuruluşunun bir organik kanun tarafından düzenleneceği belirtilmiştir. Yüksek Hâkimler Konseyi gibi önemli bir kurulun kuruluşuna ilişkin hususların bir organik kanun eliyle düzenleniyor olması organik kanunlara verilen önemi göstermesi bakımından iyi bir örnek olarak nitelenebilir.

Cezayir Anayasasının “Gözetim Organları” (Oversight Institutions) başlığını taşıyan dördüncü başlığının birinci bölümü, birçok devlette olduğu gibi kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini yapmak üzere kurulan Anayasa Mahkemesini düzenlemektedir. 2020 Anayasasının getirdiği en önemli değişikliklerden birisi Anayasa Konseyi yerine Anayasa Mahkemesinin kurulmasıdır. Cezayir Anayasası 193. maddesi ile kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini yapmak üzere özel bir mahkeme<sup>58</sup> kurmuştur. Cezayir Anayasasının bu yönde bir tercihte bulunması anayasa yargısı alanında Avrupa modelini benimsediğini göstermektedir. Bu tercihin nedenleri arasında birçok konuda olduğu gibi bu konuda da Fransa’nın Cezayir üzerindeki etkisinin varlığından bahsetmek gerekmektedir.

Anayasanın 193. maddesi Anayasa Mahkemesini, Anayasaya uyulmasını sağlamakla görevli bağımsız bir kurum olarak nitelemiştir. Bu madde kapsamında Anayasa Mahkemesine verilen görev kurumların yürütülmesi ve kamu otoritelerinin faaliyetlerini düzenlemektir. Yine bu madde kapsamında Anayasa Mahkemesinin idarî ve malî özerkliğinin bulunduğu ve Anayasa Mahkemesinin kendi çalışma kurallarını kendisinin belirleyeceği kuralı getirilmiştir.<sup>59</sup>

Anayasa Mahkemesi üyelerinin taşınması gereken nitelikler Anayasanın 195. maddesinde sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre Anayasa Mahkemesi üyelerinin en az 40 yaşında olması, medenî ve siyasî haklardan yararlanması ve [insan] onur[un]a karşı bir suç işlememiş olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin ayrıca yükseköğretim kurumlarında profesörler, hâkimler veya Yargıtay, Danıştay veya üst düzey memuriyette bulunmuş avukatlar arasından belirleneceği belirtilmiştir. Bu kimselerin en az 15 yıllık tecrübeye sahip olmaları gerekmektedir.

Dünyanın her yerinde Anayasa Mahkemesi üyelerinin nasıl belirlendiği problemi üzerinde tartışmalar yaşanmaktadır. Çünkü Anayasa Mahkemelerinin

<sup>58</sup> Anayasa yargısında özel mahkeme sistemi için bkz. GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt II, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s. 743-745.

<sup>59</sup> Anayasa Mahkemelerinin kendi çalışma kurallarını kendisinin belirlemesi kuralına Türkiye’de de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun “İçtüzük” başlıklı 5. maddesinde de yer verilmiştir.



kompozisyonu verecekleri kararlara sirayet etmekte olup kompozisyonun siyasi eğilimlerinin karara yansdığı görülmektedir. Cezayir Anayasa Mahkemesi 12 üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerin 4'ü Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Cumhurbaşkanının atadığı üyelerin birisi Anayasa Mahkemesinin başkanlığını da yürütür. Yüksek mahkemelerden Yargıtay ve Danıştay tarafından Anayasa Mahkemesine 2'şer üye seçilir. Kalan 4 üye Halkın Ulusal Meclisi ve Ulusal Konsey tarafından eşit olarak paylaşılacak şekilde belirlenir. Parlamento tarafından atanan üyelerin Parlamento üyesi olmamaları ve herhangi bir siyasi partiye üyeliklerinin bulunmaması gerektiği Anayasanın 194. maddesinde düzenlenmiştir. Fransa Anayasasının 56. maddesinde Anayasa Konseyi üyelerinin belirlenmesi yetkisi Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi Başkanı ve Senato Başkanı arasında eşit bir şekilde dağıtılmıştır.<sup>60</sup> Cezayir Anayasa Mahkemesine Yargıtay ve Danıştay tarafından da üye seçilebiliyor olması Cezayir'i bu konuda Fransa Anayasasından bir ölçüde ayırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesine ilişkin kabul edilen yukarıda verilen kural dengeli bir kompozisyonun oluşabilmesine imkân tanıyabileceği gibi Cumhurbaşkanının ağırlığının hissedilebileceği bir durumun ortaya çıkmasına da neden olabilir. Cumhurbaşkanının 4 üye atamasına ek olarak Parlatentonun da toplamda 4 üye atama imkânı bulunmaktadır. Bu nedenle Cumhurbaşkanı ile aynı siyasi eğilimlere sahip bir parlamento çoğunluğunun söz konusu olması hâlinde Cumhurbaşkanınca belirlenmiş bir kompozisyonla karşılaştırılması söz konusu olabilecektir.

Cezayir Anayasasının 196. maddesinde Anayasa Mahkemesinin yapısına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre Anayasa Mahkemesi Başkan ve Başkan Yardımcısının görev süresi 6 yıldır. Her iki makama da Cumhurbaşkanı tarafından atama yapılır. Anayasa Mahkemesinin diğer üyeleri de 6 yıllık bir süre için görev yaparlar. Anayasa Mahkemesi üyelerinin yarısı her 3 yılda bir yenilenir. Anayasanın 197. maddesi, Anayasa Mahkemesi üyelerine görevleriyle ilgili konularda dokunulmazlık vermektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi üyeleri görevleriyle ilgili olmayan konularda da kovuşturmaya tâbi tutulamazlar. Ancak dokunulmazlıktan açıkça feragat edilmesi veya Anayasa Mahkemesinin yetkilendirmesi durumu bu düzenlemenin istisnasını teşkil etmektedir. Ayrıca dokunulmazlığın nasıl kaldırılacağına Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü tarafından belirleneceği kuralı kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olan kurallar ise andlaşmalar, kanunlar, kararnameler ve düzenleyici işlemlerdir. Anayasa Mahkemesi andlaşmaların onaylanmasından önce andlaşmalarla ilgili bunların anayasallığına ilişkin tavsiyede bulunabilir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin, kararnameler ve

---

<sup>60</sup> Constitute Project, "France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008", (Çevrimiçi) [https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en), E.T. 20.04.2022.

düzenleyici işlemlerle ilgili bunların yayımlarından itibaren bir ay içerisinde anayasallıklarına ilişkin tavsiyelerde bulunabilme imkânı bulunmaktadır. Bu madde kapsamında kural altına alınan bir diğer husus ise kanun ve düzenleyici işlemlerin andlaşmalara uygun olup olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından bağlayıcı bir görüş verilir. Anayasa Mahkemesinin organik kanunların anayasallığına ilişkin Cumhurbaşkanına tavsiyede bulunabilmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bu tavsiye bağlayıcıdır. Benzer bir durum hem Halkın Ulusal Meclisi hem de Ulusal Konsey İçtüzüklerinin anayasallığı hakkında da söz konusudur ve buna ilişkin düzenleme Anayasanın 198. maddesinde yer almaktadır. Ayrıca Anayasanın 200. maddesinde Anayasa Mahkemesine Cumhurbaşkanlığı ve Parlamento seçimleri ile referandumların kesin olmayan sonuçlarına ilişkin itirazları inceleme ve kesin sonuçları açıklama görevi de verilmiştir.

Cezayir Anayasasının 201. maddesi anayasallık denetimine başvurabilecek olanları göstermektedir. Bu noktada ilk olarak soyut norm denetimine başvuru yapabilecek olanlar sayılmıştır. İptal davası olarak da adlandırılan soyut norm denetiminde anayasaya aykırılığı iddia edilen ve iptali istenen kanun henüz herhangi bir somut olaya konu olmamıştır.<sup>61</sup> Anayasanın 201. maddesinde yer alan düzenlemeye göre Cumhurbaşkanı, Ulusal Konsey Başkanı, Halkın Ulusal Meclisi Başkanı ve Hükûmet Başkanı tarafından Anayasa Mahkemesine anayasallık denetimine ilişkin başvuru yapılabilmesi mümkündür. Ayrıca Halkın Ulusal Meclisi üyesi 40 milletvekili veya Ulusal Konsey üyesi 25 parlamenter de Anayasa Mahkemesine anayasallık denetimi için başvuru yapabilir. Bu madde kapsamında anayasallık denetimi için başvuru yapabileceği belirtilenler soyut norm denetimi yoluyla ilgili düzenlemenin iptalini talep edebilmektedirler. Anayasanın 202. maddesinde ise somut norm denetimini düzenlenmiştir. İtiraz yolu olarak da adlandırılan somut norm denetiminde yürürlüğü devam eden ve uygulanmakta olan bir kanun hakkında bu düzenlemeden kaynaklı ihtilâfın konu olduğu davanın görüldüğü mahkemede anayasaya aykırılık iddiasında bulunulması söz konusu olmaktadır.<sup>62</sup> Cezayir Anayasasının ilgili düzenlemesine göre Yargıtay veya Danıştay tarafından talepte bulunulması hâlinde Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırılık iddiasını inceleyecektir. Yargıtay veya Danıştay tarafından bu yönde talepte bulunulabilmesi için ise davanın taraflarından birisinin davanın görülmesi esnasında davaya konu kanun veya düzenleyici işlemin anayasaya aykırı olduğunu iddia etmesi gerekmektedir. Dikkat edilirse anayasaya aykırılık iddiasının ilk derece mahkemeleri tarafından değil, temyiz mahkemeleri tarafından Anayasa Mahkemesine götürülmesi söz konusu olmaktadır. Anayasanın 205. maddesine göre Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruların 30 gün içerisinde sonuçlandırılması gerekmektedir. Ancak acil

---

<sup>61</sup> GÖZLER, a.g.e, s. 749.

<sup>62</sup> GÖZLER, a.g.e, s. 750-751.

durumlarda ve Cumhurbaşkanının talepte bulunması hâlinde Anayasa Mahkemesinin 10 gün içerisinde karar vermesi gerekmektedir.

### **III. CEZAYİR’İN SEÇİM SİSTEMİ VE CEZAYİR ANAYASAL SİSTEMİNDEKİ ÖNEMLİ AKTÖRLER**

#### **A. Cezayir’in Seçim Sistemi**

1997 tarihli Seçim Sistemi Hakkında Organik Kanunun 102. maddesine göre Halkın Ulusal Meclisindeki sandalyeler her listenin aldığı oy sayısı ile orantılı olarak dağıtılmaktadır.<sup>63</sup> Bu düzenleme Cezayir’de milletvekillerinin belirlenmesinde nisbî (orantılı) temsil sisteminin uygulandığını göstermektedir. Nisbî temsil sistemine göre siyasî partiler aldıkları oy oranıyla orantılı olarak parlamentoda temsil edilmektedir.<sup>64</sup> Nisbî temsil sistemi çok isimli seçim çevrelerinin oluşturulması suretiyle işletilmektedir.<sup>65</sup> Nitekim Seçim Sistemi Hakkında Organik Kanunun 101. maddesinde seçim çevrelerinden kaç milletvekilliği seçilebileceği gösterilmiştir. Bu düzenlemeye göre her vilayet bir seçim çevresi olarak kabul edilmekle birlikte nüfus yoğunluğu ve coğrafi nedenlerle vilayetlerin iki ayrı seçim çevresine bölünmeleri mümkündür. Nüfusu 350 binden az olan vilayetler bakımından seçilecek milletvekili sayısı en az 4 olarak belirlenmiştir.

Doğrudan ve gizli oyla belirlenen Halkın Ulusal Meclisinde temsil edilebilmek için siyasî partilerin %5’lik seçim barajını aşmaları gerekmektedir (Cezayir Seçim Sistemi Hakkında Organik Kanun, m. 101).<sup>66</sup> Seçim Sistemi Hakkında Organik Kanunun 103. maddesine göre her seçim çevresi için doldurulacak sandalyelerin tahsisi için dikkate alınan oran, kullanılan oyların sayısı ile seçim barajına ulaşmayan listelerin kazandığı oylar arasındaki oranın sonucudur. Bu nedenle seçim barajı olan %5 oranına ulaşamayan partilerin de ilgili seçim çevresinden milletvekili çıkarabilmesi mümkündür. Seçim barajı uygulamasındaki temel amaç parçalı bir parlamento aritmetiğinin ortaya çıkmasının engellenerek hükümet istikrarının sağlanmasıdır. Özellikle oy oranı düşük olan siyasî partiler seçim barajını aşamadıkları için parlamentoda temsil edilme imkanı bulamamaktadırlar.<sup>67</sup> Cezayir’de de Halkın Ulusal Meclisinin teşekkülünde seçim

<sup>63</sup> Cezayir Seçim Sistemi Hakkında Organik Kanun, (Çevrimiçi) <https://aceproject.org/en/regions/africa/DZ/algeria-ordinance-nb0-97-07-of-6-march-1997-as/view>, E.T. 20.04.2022.

<sup>64</sup> GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt I, s. 726.

<sup>65</sup> ÖZBUDUN, Ergun, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1995, C. 44, S. 1, s. 527.

<sup>66</sup> Ayrıca bkz. International Foundation for Electoral Systems, “Elections in Algeria: 2017 Legislative Elections”, (Çevrimiçi) [https://www.ifes.org/sites/default/files/2017\\_ifes\\_algeria\\_legislative\\_elections\\_faqs.pdf](https://www.ifes.org/sites/default/files/2017_ifes_algeria_legislative_elections_faqs.pdf), E.T. 20.04.2022.

<sup>67</sup> Seçim barajı uygulaması ile ulaşılmak istenen amaçlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. USTABULUT, Batuhan, “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Çerçevesinde Türkiye’de

barajı uygulamasına yer veriliyor olsa da birçok siyasî parti Parlamentoda temsil edilmektedir. Ayrıca aşağıda üzerinde durulacağı üzere bağımsız adayların çok sayıda sandalye kazanması Parlamentoda farklı dengelerin ortaya çıkmasına sebebiyet verebilmektedir. Nitekim 2021 genel seçimleri sonrasında kurulan yeni hükümet, hiçbir siyasî parti tek başına hükümeti kuracak çoğunluğa ulaşamadığı için bir koalisyon hükümeti şeklinde ortaya çıkmıştır.

12 Haziran 2021 tarihinde yapılan erken genel seçimlerde seçime katılım oranının yaklaşık %30'lar ile son 20 yılın en düşük seviyesinde kaldığı belirtilmiştir. Bu durumun ortaya çıkmasında muhalefet partilerinin seçimi boykot etme kararı almasının etkili olduğu görülmektedir. 2017 yılında yapılan genel seçimlerde ise katılım oranı %37,5 olmuştur.<sup>68</sup> Cezayir'de yapılan genel seçimlerin hemen hemen tamamında seçime katılım oranı düşük seviyelerde kalmaktadır. Benzer bir durum referandumlar için de söz konusudur.

2017 yılında yapılan genel seçimlerde geçerli oyların yaklaşık %26'sını alan Ulusal Kurtuluş Cephesi (National Liberation Front: FLN) 164 parlamenter çıkararak önemli bir başarı elde etmiştir. FLN'den sonra en fazla sandalyeye sahip olan Demokrasi İçin Ulusal Yürüyüş (National Rally for Democracy: RND) yaklaşık %15'lik oy oranıyla 100 sandalye elde etmiştir. Barış İçin Toplum Hareketi (Movement of Social for Peace: MSP) ise yaklaşık %6,1'lik oy oranıyla 33 sandalye ile temsil edilmeye hak kazanmıştır. Yeni Siyasî oluşumlardan Cezayir İçin Umut Yürüyüşü (Rally for Hope for Algeria) yaklaşık %4,2'lik oy oranıyla 19, Gelecek Cephesi (Future Front) ise %4,1'lik seçmen desteğine sahip olarak 14 sandalye kazanmıştır. 2021 genel seçimlerinden de FLN geçerli oyların yaklaşık %28,5'ini alarak başarıyla çıkmış ve 407 sandalyeli Halkın Ulusal Meclisinde 98 sandalye elde etmiştir. Böylelikle FLN, Halkın Ulusal Meclisinde %24'lik bir temsil oranına sahip olmuştur. FLN'nin en yakın rakibi olan MSP ise %20,6'lık oy oranıyla 65 sandalye kazanarak yaklaşık %16,5'lik bir temsil oranına erişmiştir. RND %19,6'lık oy oranıyla 58, Gelecek Cephesi %15,2'lik oy oranıyla 48 sandalyeye sahip olurken Ulusal İnşa Hareketi (National Construction Movement) yaklaşık %10,5'lik oy oranıyla 39 sandalye elde etmiştir. 84 sandalye ise küçük bağımsız listeler tarafından elde edilmiştir. Cezayir'de önemli sayıda milletvekilliğinin bağımsız adaylar tarafından kazanılması oldukça dikkat çekicidir. Uzun yıllar boyunca Cezayir'in FLN'nin tek parti iktidarına sahne olmasının bu durum üzerinde etkili olduğu söylenebilir.

---

Ülke Seçim Barajı Uygulaması”, **İnsan ve İnsan Bilim Kültür Sanat ve Düşünce Dergisi**, Y. 2018, C. 5, S. 18, s. 347-350.

<sup>68</sup> Aljazeera, “Algeria’s FLN wins most seats in parliament”, (Çevrimiçi) <https://www.aljazeera.com/news/2021/6/15/algerias-fln-wins-most-seats-in-parliament-election-authority>, E.T. 20.04.2022.

Parti	2017 Genel Seçimleri		2021 Genel Seçimleri	
	Oy Oranı	Sandalye Sayısı	Oy Oranı	Sandalye Sayısı
Ulusal Kurtuluş Cephesi (FLN)	26%	164	28.5%	98
Barış İçin Toplum Hareketi (MSP)	6.1%	33	20.6%	65
Demokrasi İçin Ulusal Yürüyüş (RND)	15%	100	19.6%	58
Gelecek Cephesi	4.1%	14	15.2%	48
Ulusal İnşa Hareketi	-	-	10.5%	39

**Tablo:** 2017 ve 2021 Cezayir Genel Seçim Sonuçları

## **B. Cezayir Siyasî Partileri ve Seçimlerdeki Rollerini**

Cezayir Anayasasının 57. maddesi siyasî parti kurma hakkını garanti altına almıştır. Bu madde kapsamında ayrıca siyasî parti yasaklarına da yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre dine, dile, cinsiyete dayalı veya etnik, korporatist, bölgesel temelli partilerin kurulabilmesi mümkün değildir. Siyasî parti kurma hakkı temel hak ve özgürlükleri, ulusal kimliğin temel bileşenlerini, ulusal birliği, ülkenin birliğini ve bütünlüğünü, ülkenin bağımsızlığın, halkın egemenliğini veya devletin demokratik ve cumhuriyetçi doğasını ortadan kaldırma amacıyla kullanılamaz. Ayrıca siyasî partiler şiddet veya nefretin herhangi bir türüne başvuramazlar.

Cezayir’de en köklü parti FLN’dir. FLN, 1954-1962 arasında Fransa’ya karşı verilen bağımsızlık savaşını yürüten devrimci yapılanmanın devamı olup 1962’den 1989’a kadar Cezayir’i tek başına yönetmiştir.<sup>69</sup> Ahmed b. Bella Cezayir’in ilk Cumhurbaşkanı olarak seçilmiş ve Cezayir’i sosyalist ekonomiye yönlendirmiştir. 1965’te düzenlenen askerî darbe ile Ahmed b. Bella görevinden alınmıştır.<sup>70</sup> Uzun süre Cumhurbaşkanlığı görevinde bulunan Abdülaziz Buteflika

<sup>69</sup> Britannica, “National Liberation Front”, (Çevrimiçi) <https://www.britannica.com/topic/National-Liberation-Front-political-party-Algeria>, E.T. 21.04.2022.

<sup>70</sup> MERLE, Robert, “Ahmed ben Bella”, Britannica, (Çevrimiçi) <https://www.britannica.com/biography/Ahmed-Ben-Bella>, E.T. 23.04.2022.

da 2019 ve 2014 Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde FLN'nin adayı olarak seçilmiştir.<sup>71</sup>

1989'a kadar tek partili bir sistemin var olduğu Cezayir'de bu tarihten sonra siyasî partilerin kurulmasına izin verilmiştir. Çok sayıda siyasî partinin kurulduğu Cezayir'de Ahmed b. Bella'nın da aralarında bulunduğu yasaklı liderlerin ülkeye dönmelerine müsaade edilmiştir. Abbas Medenî ve Ali Belhâc'ın liderliğindeki İslâmî hareket, İslâmî Selamet Cephesi (FIS) adıyla partileşmiş ve 1990'da yapılan mahallî idareler seçiminde büyük bir başarıya imza atmıştır. 1991'de gerçekleştirilen ilk çok partili genel seçimin ilk turunda FIS seçmenden büyük bir destek almış, FLN ise uzun süre tek başına iktidarda kalmasına rağmen varlık gösterememiştir. FIS'ın genel seçimlerin ikinci turunu kazanmasına kesinlik kazanırken Cezayir'deki Batı yanlısı laik çevreler ve Batı dünyasında ciddi endişelerin doğmasına neden olmuştur. Bunun üzerine ordu müdahale etmiş, Cumhurbaşkanı istifa etmiş, bütün yetkiler Yüksek Devlet Komitesi tarafından üstlenilmiş ve seçimler bir anayasal darbe ile iptal edilmiştir. Aralarında FIS Başkanı Abdülkadir Hasenî'nin de bulunduğu FIS üyeleri tutuklanmış ve FIS de kapatılmıştır.<sup>72</sup>

2021 genel seçimlerinde FLN'den sonra en fazla oy alan parti Barış İçin Toplum Hareketi (MSP) olmuştur. Cezayir'deki İslâmî değerleri esas alan en büyük parti olan MSP, Arap Baharı sonrasında Tunus, Mısır ve Fas'ta İslâmî hareketlerin başarılı olmasıyla cesaretlenmiştir. 2004-2012 arasında iki seküler partiyle birlikte bir ittifakın parçası olan MSP 2012'de ittifaktan ayrılmış ve diğer İslâmî hareketlerden Nahda ve Islah ile ittifak yapmıştır. Cezayir Yeşil İttifakı (Algerian Green Ally) adını alan bu ittifak sadece 48 sandalye kazanabilmiştir.<sup>73</sup> Fakat MSP tek başına girdiği 2021 genel seçimlerinden %20,6'lık oy oranıyla ikinci parti olarak çıkmıştır. MSP'nin elde ettiği sandalye sayısı ise 65'tir.

2021 genel seçimlerinde üçüncü olan parti ise Demokrasi İçin Ulusal Yürüyüş (RND) olmuştur. 1997'de kurulan RND 1997 genel seçimlerinde %33,7'lik oy oranıyla birinci parti olmuştur. Ekonomik liberalizmi savunan RND 2021 genel seçimlerinde %19,6'lık oy oranıyla 58 milletvekili çıkartmıştır.<sup>74</sup> RND, FIS'in

---

<sup>71</sup> Wikipedia, "National Liberation Front (Algeria)", (Çevrimiçi) [https://en.wikipedia.org/wiki/National\\_Liberation\\_Front\\_\(Algeria\)](https://en.wikipedia.org/wiki/National_Liberation_Front_(Algeria)), E.T. 23.04.2022.

<sup>72</sup> DURSUN, s. 493.

<sup>73</sup> Wilson Center, "Algeria", (Çevrimiçi) <https://www.wilsoncenter.org/algeria>, E.T. 23.04.2022.

<sup>74</sup> Wikipedia, "Democratic National Rally", (Çevrimiçi) [https://en.wikipedia.org/wiki/Democratic\\_National\\_Rally](https://en.wikipedia.org/wiki/Democratic_National_Rally), E.T. 23.04.2022.

FLN karşısındaki zaferi ile FLN'nin yerine “devlet partisi” olarak siyasî hayata devam etmiştir.<sup>75</sup>

Gelecek Cephesi, 2021 genel seçimlerinde %15,2'lik oy oranıyla dördüncü parti olmuştur. 2012 yılında kurulan Gelecek Cephesi, FLN'den koparak kurulmuş bir siyasî oluşumdur. Mevcut rejime karşı uzlaştırıcı bir yaklaşımı benimseyen bu hareket kendisini merkezde konumlandırmaktadır. Gelecek Cephesi 2021 itibarıyla mevcut hükûmetin ortağı olup yurtdışındaki Cezayirliyle ilişkilerden sorumlu Başbakan yardımcılığı vazifesi Gelecek Cephesi mensubu Samir Chaabna'ya aittir.<sup>76</sup>

## **C. Cezayir'deki Diğer Önemli Siyasî Aktörler ve Güncel Siyasî Gelişmeler**

### **1. Ordu**

Birçok devlette olduğu gibi Cezayir'de de ordu siyaset üzerinde belirli bir etki ve ağırlığa sahiptir. Yukarıda ifade edildiği üzere Cezayir'in bağımsızlığını kazanmasının akabinde 1965 yılında bir askerî darbe gerçekleştirilmiş ve Cezayir'de otoriter bir rejim kurulmuştur. Ahmed b. Bella'nın Cumhurbaşkanlığı esnasında Savunma Bakanı olarak görev yapan Hüvârî Bû Medyen, Ahmed b. Bella'ya karşı darbe yaparak iktidarı ele geçirmiştir. Hüvârî Bû Medyen 1965'ten 1978'e kadar 13 yıl boyunca iktidarda kalmış ve Cumhurbaşkanlığı yapmıştır.<sup>77</sup> Yukarıda belirtildiği üzere 1991 yılında yapılan genel seçimlerin ilk turunda FIS'in büyük bir başarı kazanması karşısında ordunun müdahalesi söz konusu olmuş ve FIS liderleri tutuklanmıştır. FIS'in de kapatılmasına karar verilen bu süreçte ordu etkin bir konumda bulunmuştur.

Cezayir'de askerinin siyasetteki ağırlığı sonraki dönemde de devam etmiştir. Cezayir İç Savaşı esnasında ordunun adayı olarak 1995'te seçime giren Liamin Zerval Cumhurbaşkanı olarak seçilmiştir.<sup>78</sup> Zerval'dan sonra 1999'da Cumhurbaşkanı seçilen ve 20 yıl süreyle bu görevi yürüten Abdülaziz Buteflika ise 1999'daki seçimlerde ordunun desteği ile seçime girmiş ve seçimi kazanmıştır.<sup>79</sup> Buteflika, 2013 yılında felç geçirmesine rağmen Cumhurbaşkanlığı görevine devam etmiştir. Bunun nedeni ulusal ve uluslararası güçlerin

<sup>75</sup> Georgetown University Berkeley Center, “National Rally for Democracy (RND)”, (Çevrimiçi) <https://web.archive.org/web/20150619041409/http://berkeleycenter.georgetown.edu/organizations/national-rally-for-democracy-rnd>, E.T. 23.04.2022.

<sup>76</sup> Wikipedia, “Future Front”, (Çevrimiçi) [https://en.wikipedia.org/wiki/Future\\_Front](https://en.wikipedia.org/wiki/Future_Front), E.T. 26.04.2022.

<sup>77</sup> DAYFALLAH, Muhammed, “Hüvârî Bû Medyen”, *İslâm Ansiklopedisi*, C. 19, 1999, s. 65.

<sup>78</sup> SAĞIYE, Hazım, “Cezayir'in arka planı...”, Şarkul Avsat, (Çevrimiçi) <https://turkish.aawsat.com/home/article/1692966/hazim-sagiye/cezayirin-arka-planı>, E.T. 26.04.2022.

<sup>79</sup> Wikipedia, “Abdülaziz Buteflika”, (Çevrimiçi) [https://tr.wikipedia.org/wiki/Abdülaziz\\_Buteflika](https://tr.wikipedia.org/wiki/Abdülaziz_Buteflika), E.T. 26.04.2022.

Buteflika'nın yerine geçebilecek bir isim üzerinde uzlaşmamış olmalarıdır. Buteflika'nın beşinci defa Cumhurbaşkanlığı için aday olacağı yönündeki haberler nedeniyle muhalifler protesto gösterileri düzenlemişler, bunun üzerine Buteflika seçimlerin ertelendiğini ve bir daha aday olmayacağını beyan etmiştir. Protesto gösterileri ordunun etkin bir şekilde siyasete müdahalesine zemin hazırlamıştır. Genelkurmay Başkanı Ahmed Kayid Salih, Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasını öngören anayasal kuralın uygulanması için çağrı yapmıştır.<sup>80</sup> Buteflika'nın istifası sonrasında yapılan seçimlerde Abdülmecid Tebbun %58'lik oy oranıyla Cumhurbaşkanı seçilmiştir.<sup>81</sup>

Cezayir'in Fransa'dan bağımsızlığını kazandığı tarih olan 1963'ten itibaren ordu sürekli olarak siyaseti etkilemiş ve yer yer de doğrudan müdahalelerde bulunmuştur. Özellikle 1965 yılında Cumhurbaşkanı Ahmed b. Bella'ya karşı yapılan darbe ve FIS'in demokratik yöntemlerle seçim kazanmasının akabinde kapatılması doğrudan müdahalelerle ordunun siyaseti nasıl etkilediğini ve yönlendirdiğini göstermesi bakımından önemlidir.

## **2. Etkin Dinî Gruplar**

İlk olarak Mısır'da ortaya çıkan ama birçok Ortadoğu ülkesinde faaliyet gösteren İhvân-ı Müslimîn (Müslüman Kardeşler) Hareketi<sup>82</sup>, Müslümanların yaşadığı topraklardaki yabancıların egemenliğinin ortadan kaldırılması suretiyle bu toprakların özgürleşmesini ve İslâmî hükümlerin uygulanarak İslâmî sosyal düzenin kurulmasını hedeflemektedir.<sup>83</sup>

İhvân-ı Müslimîn Hareketi Cezayir'de herhangi bir çağrı yapmamış olmakla birlikte Cezayir'in sosyalleştirilmesi çabalarının ortaya çıkması nedeniyle siyasette daha fazla görünmeye başlamıştır. 1970'li yılların ortasında Hüvârî Bû Medyen'in Cezayir'i sosyalleştirmesine karşı bildiri yayınlayan İhvân-ı Müslimîn Hareketinin liderleri tutuklanmış ve uzun süre hapiste kalmışlardır.<sup>84</sup> Cezayir'de ilk olarak 1950'lerde ortaya çıkan İhvân-ı Müslimîn Hareketinin 1990'larda kurulan MSP'nin kurulmasında etkili olduğu belirtilmektedir. Cezayir'de İslâmî değerlerin benimsenmesini savunan MSP, Yeşil Cezayir İttifakının (Green Algeria Alliance) bir parçası olarak hareket etmektedir. Yeşil

---

<sup>80</sup> Euronews, "Cezayir Ordusu'nun bağımsızlıktan bugüne ülke siyasetindeki rolü", (Çevrimiçi) <https://tr.euronews.com/2019/03/28/cezayir-ordusu-nun-bagimsizliktan-bu-gune-ulke-siyasetindeki-rolu-buteflika-darbeler-tarih>, E.T. 26.04.2022.

<sup>81</sup> TRT Haber, "Cezayir'in yeni cumhurbaşkanı Abdülmecid Tebbun", (Çevrimiçi) <https://www.trthaber.com/haber/dunya/cezayirin-yeni-cumhurbaskani-abdulmecid-tebbun-446427.html>, E.T. 28.04.2022.

<sup>82</sup> GANIM, İbrâhim Beyyûmî, "İhvân-ı Müslimîn", **İslâm Ansiklopedisi**, C. 21, 2000, s. 580.

<sup>83</sup> GÖRGÜN, Hilal, "İhvân-ı Müslimîn (Mısır Dışındaki İhvân-ı Müslimîn Hareketi)", **İslâm Ansiklopedisi**, C. 21, 2000, s. 585.

<sup>84</sup> TURAN, Abdulkadir, **Cezayir ve Cezayir'deki İslami Hareketler**, İstanbul, Strateji Düşünce ve Analiz Merkezi, 2020, s. 20.



Cezayir İttifakı, bir muhalefet hareketi olup İslâmî grupların temsil edildiği bir harekettir. Yeşil Cezayir İttifakı 2014 Cumhurbaşkanlığı seçimlerini ve 2016 anayasal reform sürecini boykot etmiştir. İslâmî ilkeler çerçevesinde egemen bir Cezayir devletini hedefleyen MSP, Cezayir’de yasamanın temel kaynağı olarak şeriat kurallarının benimsenmesini talep etmektedir.<sup>85</sup>

MSP, 2017 genel seçimlerinde sahip olduğu %6,1’lik desteği 2021 genel seçimlerinde %20,6’ya çıkararak önemli bir başarı elde etmiştir. Halkın Ulusal Meclisinde 65 sandalyeye sahip olan MSP, 2021 genel seçimleri sonrasında kurulan koalisyon hükûmetine katılmama yönünde karar almış ve muhalefette kalmayı tercih etmiştir.<sup>86</sup> MSP’nin Cezayir’de elde ettiği başarı dikkate alındığında Cezayir siyasetinde önemli bir etkiye sahip olduğu görülecektir. Bu ayrıca İhvân-ı Müslimîn Hareketinin MSP tarafından benimsenen ilkelerinin etkililiğini göstermesi bakımından da önem taşımaktadır.

### **3. Güncel Siyasî Meseleler**

Cezayir’de FIS’in seçim zaferi sonrasında ordunun seçimlere müdahale etmesi söz konusu olmuş ve FIS liderleri tutuklanmışlardır. Ordunun müdahalesi ile Cezayir, “İç Savaş”a sürüklenmiştir. 2005 yılında Cumhurbaşkanı Buteflika tarafından yapılan bir açıklamada 1992 ile 2002 yılları arasında İç Savaşta hayatını kaybedenlerin sayısının 150.000 olarak tahmin edildiği belirtilmiştir. Diğer tahminlere göre ise bu sayı 200.000’in üzerindedir. 1992 ile 1998 yılları arasında 642 katliamın gerçekleştiği belgelenmiştir.<sup>87</sup> Yaşanan İç Savaşın etkilerinin uzun süre devam ettiği, hatta bu etkilerin tam olarak ortadan kalkmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

2010 yılında ilk olarak Tunus’ta başlayan ve bütün Arap dünyasına yayılan şiddet içeren ve içermeyen protesto gösterileri ile iç savaşların yaşandığı bir hareket olan Arap Baharı<sup>88</sup>; Tunus, Mısır, Libya ve Yemen’de otuz yılı aşkın bir süredir devam eden diktatörlüklerin devrilmesine neden olmuştur.<sup>89</sup> Arap Baharının Cezayir üzerinde de etkileri söz konusudur. Cezayir’de başlayan protesto gösterileri nedeniyle 1992’den beri devam eden olağanüstü hâl kaldırılmak zorunda kalmış ve Cumhurbaşkanı Buteflika, siyasî liberalleşmenin bir işareti olarak anayasanın

---

<sup>85</sup> Counter Extremism Project, “Muslim Brotherhood in Algeria”, (Çevrimiçi) <https://www.counterextremism.com/content/muslim-brotherhood-algeria>, E.T. 26.04.2022.

<sup>86</sup> Dünya Bülteni, “Cezayir’de İslami Barış Toplumu Hareketi Partisi hükümette yer almayacak”, (Çevrimiçi) <https://www.dunyabulteni.net/afrika/cezayir-de-islami-baris-toplumu-hareketi-partisi-hukumette-h503827.html>, E.T. 26.04.2022.

<sup>87</sup> ASHOUR, Omar “Islamic De-Radicalization in Algeria: Successes and Failures”, **The Middle East Institute Policy Brief**, Y. 2008, S. 21, s. 5-6.

<sup>88</sup> MUSHTAQ, Abdul Qadir / AFZAL, Muhammad, “Arab Spring: Its Causes and Consequences”, **Journal of the Punjab University Historical Society**, Y. 2017, C. 30, S. 1, s. 1.

<sup>89</sup> ARDIÇ, Nurullah, “Understanding the ‘Arab Spring’: Justice, Dignity, Religion and International Politics”, **Afro Eurasian Studies**, Y. 2012, C. 1, S. 1, s. 9.

revize edileceğini taahhüt etmiştir.<sup>90</sup> 2019'a kadar ciddi bir hareketlenmenin yaşanmadığı Cezayir'de bu tarihten sonra Arap Baharı sürecinin bir devamı olarak nitelenen protestolar başlamış ve Buteflika yönetimine karşı demokratik yönetim, hak ve özgürlüklere saygı ve ekonomik problemlerin çözülerek gelir dağılımı adaletsizliğinin giderilmesi talepleri yöneltmiştir. Barışçıl gösteriler sonucunda Buteflika, Cumhurbaşkanlığı görevinden istifa etmek zorunda kalmıştır.<sup>91</sup>

Buteflika'nın istifasına giden süreçte beşinci defa aday olma isteğinin doğurduğu tepkiler ve sokak gösterileri önemli bir yere sahiptir. Yukarıda belirtildiği üzere Buteflika'nın istifasında ordunun da önemli bir rolü söz konusu olmuştur. Buteflika'nın istifası sonrasında yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimi ile Tebbun, Cumhurbaşkanı seçilmiştir. Fakat "Hirak" adı verilen gösteriler sonlanmamıştır. Hirak ile protestocular yolsuzluğa bulaşmış rejimin değişmesini ve askerî vesayet son bulmasını talep etmiştir. Her ne kadar Cezayir'de üst yönetim kadrosunda önemli değişiklikler söz konusu olmuş olsa da ordunun siyaset üzerindeki vesayetinin devam ettiği görülmektedir.<sup>92</sup>

COVID-19 pandemisinin başlaması ve Cezayir'de de salgının yayılması ile Hirak protestoları yeniden başlamıştır. Barışçıl protesto gösterilerinin başlamasından bir süre sonra muhalifler göz altına alınmışlar, bunlardan bazıları da tutuklanmışlardır. 2020 yılı içerisinde anayasa değişikliği yoluna gidilmiş olmakla beraber anayasa değişikliğinin oylandığı referanduma katılım yaklaşık %24 gibi çok düşük bir oranda kalmıştır. Ayrıca anayasa değişikliği sürecinin Cumhurbaşkanı tarafından başlatılmış olmasının da bu husus üzerinde önemli bir etkisi bulunmaktadır.<sup>93</sup> Dolayısıyla Arap Baharı açısından Cezayir farklı bir tecrübe yaşamış olup Cezayir'deki anayasa yapım süreci Tunus'taki tecrübeden oldukça farklıdır. Tunus'ta uzlaşmayı zorlayan bir yöntem tercih edilmiş olmakla birlikte Cezayir bakımından uzlaşmanın hedeflendiği bir süreçten bahsedebilmek mümkün değildir. Tunus'ta halkın anayasa seçim sürecini yakından izlemesine rağmen Cezayir'de aynı hususun gerçekleştiğini söyleyebilmek mümkün gözükmemektedir. Nitekim anayasa referandumuna katılımın çok düşük bir oranda kalması da halkın anayasa değişikliklerine mesafeli yaklaştığını

---

<sup>90</sup> OSMAN, İnès, "Algeria: The Arab Spring's Late Bloomer?", The Tahrir Institute for Middle East Policy (Çevrimiçi) <https://timep.org/commentary/analysis/algeria-the-arab-springs-late-bloomer/>, E.T. 29.04.2022.

<sup>91</sup> TELCİ, İsmail Numan, "Sudan ve Cezayir örnekleri: Arap dünyasında değişim talepleri sürüyor", Anadolu Ajansı (Çevrimiçi) <https://www.aa.com.tr/tr/analiz/sudan-ve-cezayir-ornekleri-arap-dunyasinda-degisim-talebi-suruyor/1450544>, E.T. 29.04.2022.

<sup>92</sup> KILAVUZ, M. Tahir, "Cezayir'de Gösteriler Yılı ve Orta Doğu'da Yeni Protesto Hareketleri", Perspektif (Çevrimiçi) <https://www.perspektif.online/cezayirde-gosteriler-yili-ve-orta-doguda-yeni-protesto-hareketleri-pandemisi-sonrasi-savunma-sanayiine-bakis/>, E.T. 29.04.2022.

<sup>93</sup> OSMAN, İnès, "Algeria: The Arab Spring's Late Bloomer?", The Tahrir Institute for Middle East Policy (Çevrimiçi) <https://timep.org/commentary/analysis/algeria-the-arab-springs-late-bloomer/>, E.T. 29.04.2022.

göstermesi bakımından önemlidir. 2020 Anayasası ile meclisin ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin güçlendirildiğini de ayrıca not etmek gerekmektedir.

## **Sonuç**

Türkiye açısından sahip olduğu tarihi, kültürel, siyasî ve ekonomik bağlar nedeniyle önemli bir yere sahip olan Cezayir, Arap Baharı sürecinin geç sonuç verdiği bir ülkedir. Arap Baharı başladıktan çok sonra ortaya çıkan barışçıl protesto gösterileri nedeniyle Cumhurbaşkanı'nın istifa etmek zorunda kalması sonrasında anayasal değişim sürecine giren Cezayir'de 2020 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren yeni Anayasa ile kuvvetler ayrılığı ilkesi güçlendirilmiştir. Yasama organı ile yürütme organı arasındaki ilişkilerin yeniden düzenlendiği 2020 Anayasası ile kontrol ve denge mekanizmaları güçlendirilerek yasama organının yürütme organı karşısında daha güçlü bir konuma gelmesi sağlanmıştır.

2020 Anayasası ile getirilen en önemli değişikliklerden birisi kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin kurulmasıdır. Birçok alanda Fransa'nın etkilerinin üzerinde hissedildiği Cezayir, Fransa'da da yer alan Anayasa Konseyinin yerine kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini yapmak üzere özel bir mahkemenin kurulmasını kabul ederek kontrol ve dengenin sağlanması yolunda önemli bir adım atmıştır. Bununla birlikte Cezayir anayasal sistemi bakımından geçerli olan fiilî gerçek, ordunun Cezayir siyasetindeki önemli ve güçlü konumudur. Bu durum dikkate alındığında siyasetin sivil yöntemlerle yapılmasının önünde önemli bir engelin bulunduğu görülecektir. Arap Baharı sonrasında 2019'da görülen protesto gösterilerine ilişkin ordunun siyasetteki değişime öncülük edecek bir talepte bulunması bu durumun en yakın örneklerinden birisidir.

Cezayir, Arap Baharı sürecinde yaşadığı farklı tecrübe ile kontrol ve denge mekanizmalarını geliştirmeyi tercih etmiş ve parlamentonun güçlendirilmesini sağlamaya çalışmıştır. Bu süreçte şiddet olayları yerine barışçıl protesto gösterileri demokratik değişimin gerçekleşmesini zorlamış olmasına rağmen Anayasa değişikliğine ilişkin referanduma katılanların oranı çok düşük bir seviyede kalmıştır. Bunun nedeni tercih edilen yöntem ve toplumdaki sosyal ve siyasî bölünmedir. Fakat yine de söz konusu bu tecrübe, özellikle Arap dünyası için önemlidir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

**Yazarın Notu:** Bu çalışma, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) tarafından sağlanan 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Bursu kapsamında yapılan araştırma esnasında elde edilen verilerden yararlanılarak hazırlanmıştır. Yazar, söz konusu destek nedeniyle TÜBİTAK'a teşekkürü bir borç bilir.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

AGAMBEN, Giorgio, **State of Exception**, Chicago, University of Chicago Press, 2005.

Aljazeera, “Algeria’s FLN wins most seats in parliament”, (Çevrimiçi) <https://www.aljazeera.com/news/2021/6/15/algerias-fln-wins-most-seats-in-parliament-election-authority>, E.T. 20.04.2022.

ARDIÇ, Nurullah, “Understanding the ‘Arab Spring’: Justice, Dignity, Religion and International Politics”, **Afro Eurasian Studies**, Y. 2012, C. 1, S. 1, s. 8-52.

ARIEFF, Alexis, “Algeria: Current Issues”, 2013, (Çevrimiçi) <https://fas.org/sgp/crs/row/RS21532.pdf>, E.T. 15.04.2022.

ASHOUR, Omar, “Islamic De-Radicalization in Algeria: Successes and Failures”, **The Middle East Institute Policy Brief**, Y. 2008, S. 21.

ATAY, Ender Ethem, “Yarı Başkanlık Rejimi ve Özellikle Fransa Örneği”, **Kamu Hukuku Arşivi**, Y. 1999, S. 2, s. 141-160.

BEKRİ, M. Nedim. “Gerekçeli Karar Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2014, C. 72, S. 3, s. 203-228.

BİRSEL, Haktan, “Emperyal Fransa’nın Osmanlı-Cezayir Stratejik Düzleminde Bir Kültür ve Kimlik Asimilasyonu Örneği, (Aziz Charles de Faucauld’un Mektubu)”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2013, S. 29, s. 43-56.

Britannica, “National Liberation Front”, (Çevrimiçi)  
<https://www.britannica.com/topic/National-Liberation-Front-political-party-Algeria>, E.T. 21.04.2022.

BULMER, Elliot, **Bicameralism**, Stockholm, IDEA: International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2017.

BUZPINAR, Ş. Tufan, “Suriye’ye Yerleşen Cezayirli Muhacirlerin Tâbiyeti Meselesi (1847-1900)”, **İslâm Araştırmaları Dergisi**, Y. 1997, S. 1, s. 91-106.

Cezayir Seçim Sistemi Hakkında Organik Kanun, (Çevrimiçi)  
<https://aceproject.org/ero-en/regions/africa/DZ/algeria-ordinance-nb0-97-07-of-6-march-1997-as/view>, E.T. 20.04.2022.

CHANDERLI, Abdel Kader, “Algeria”, Britannica, (Çevrimiçi)  
<https://www.britannica.com/place/Algeria/Languages#ref1230492>, E.T. 19.04.2022.

CLIFT, Ben, “The Fifth Republic at Fifty: The Changing Face of French Politics and Political Economy”, **Modern & Contemporary France**, Y. 2008, C. 16, S. 4, s. 383-398.

Constitute Project, “Algeria’s Constitution of 2020”, (Çevrimiçi)  
[https://www.constituteproject.org/constitution/Algeria\\_2020.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Algeria_2020.pdf?lang=en), E.T. 15.04.2022.

Constitute Project, “France’s Constitution of 1958 with Amendments through 2008”, (Çevrimiçi)  
[https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en), E.T. 20.04.2022.

Constitute Project, “Iran (Islamic Republic of)’s Constitution of 1979 with Amendments through 1989”, (Çevrimiçi)  
[https://www.constituteproject.org/constitution/Iran\\_1989.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Iran_1989.pdf?lang=en), E.T. 18.04.2022.

Constitute Project, “Organic Laws”, (Çevrimiçi)  
<https://www.constituteproject.org/topics/orglaw?lang=en>, E.T. 17.04.2022.

Counter Extremism Project, “Muslim Brotherhood in Algeria”, (Çevrimiçi)  
<https://www.counterextremism.com/content/muslim-brotherhood-algeria>, E.T. 26.04.2022.

ÇETİN, Atillâ, “Garp Ocakları”, **İslâm Ansiklopedisi**, C. 13, 1996, s. 382-386.

DAYFALLAH, Muhammed, “Hüvârî Bû Medyen”, **İslâm Ansiklopedisi**, C. 19, 1999, s. 64-66.

DEMİR, Fevzi, “Yarı Başkanlık Hükümet Sistemi ve Türkiye”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Aydın Zevkliler’e Armağan, Y. 2013, C. 1, s. 831-876.

DURŞUN, Davut, “Cezayir (Sömürge Dönemi)”, **İslâm Ansiklopedisi**, C. 7, 1993, s. 489-494.

DUVERGER, Maurice, “Yeni Bir Siyasal Sistem Modeli: Yarı Başkanlık Hükümeti”, **Devlet ve Hukuk Üzerine Yazılar**, Der. Mehmet Turhan, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1996, s. 68-97.

Dünya Bülteni, “Cezayir’de İslami Barış Toplumu Hareketi Partisi hükümette yer almayacak”, (Çevrimiçi) <https://www.dunyabulteni.net/afrika/cezayir-de-islami-baris-toplumu-hareketi-partisi-hukumette-h503827.html>, E.T. 26.04.2022.

ELGIE, Robert, “Semi-Presidentialism, An Increasingly Common Constitutional Choice,” **Semi-Presidentialism and Democracy**, Ed. Robert Elgie, Sophia Moestrup ve Yu-Shan Wu, New York, Palgrave Macmillan, 2011.

ERAVCI, H. Mustafa, “Mühimme Defterlerine Göre Osmanlı Cezayir-i Garp”, **Gazi Akademik Bakış Dergisi**, Y. 2017, C. 10, s. 83-94.

ERDEM, Kasım, “Yarı Başkanlık Sistemi: Teori, Pratik ve Tartışmalar”, **Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri - Yarı Başkanlık Sistemi: Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri**, Ed. Semra Gökçimen, Ankara, TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları, 2017, s. 1-21.

EREN, Abdurrahman, **Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar - Türk Anayasa Hukuku)**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018.

Euronews, “Cezayir Ordusu’nun bağımsızlıktan bugüne ülke siyasetindeki rolü”, (Çevrimiçi) <https://tr.euronews.com/2019/03/28/cezayir-ordusu-nun-bagimsizlikten-bu-gune-ulke-siyasetindeki-rolu-buteflika-darbeler-tarih>, E.T. 26.04.2022.

European Parliament, “Parliamentary Immunity in the Member States of the European Community and in the European Parliament”, Luxembourg, 1993.

GANIM, İbrâhim Beyyûmî, “İhvân-ı Müslimîn”, **İslâm Ansiklopedisi**, C. 21, 2000, s. 580-583.

Georgetown University Berkeley Center, “National Rally for Democracy (RND)”, (Çevrimiçi) <https://web.archive.org/web/20150619041409/http://berkeleycenter.georgetown.edu/organizations/national-rally-for-democracy-rnd>, E.T. 23.04.2022.

GÖRGÜN, Hilal, “İhvân-ı Müslimîn (Mısır Dışındaki İhvân-ı Müslimîn Hareketi)”, **İslâm Ansiklopedisi**, Y. 2000, C. 21, s. 583-586.

GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.

GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.

International Foundation for Electoral Systems, “Elections in Algeria: 2017 Legislative Elections”, (Çevrimiçi) [https://www.ifes.org/sites/default/files/2017\\_ifes\\_algeria\\_legislative\\_elections\\_faq.pdf](https://www.ifes.org/sites/default/files/2017_ifes_algeria_legislative_elections_faq.pdf), E.T. 20.04.2022.

KAHRAMAN, Kemal, “Cezayir (Osmanlı Dönemi)”, **İslâm Ansiklopedisi**, C. 7, 1993, s. 486-489.

KILAVUZ, M. Tahir, “Cezayir’de Gösteriler Yılı ve Orta Doğu’da Yeni Protesto Hareketleri”, Perspektif (Çevrimiçi) <https://www.perspektif.online/cezayirde-gosteriler-yili-ve-orta-doguda-yeni-protesto-hareketleri-pandemisi-sonrasi-savunma-sanayiine-bakis/>, E.T. 29.04.2022.

KILIÇ, Orhan, “Beylerbeylerden Dayılara Cezayir-i Garp Vilayeti/Eyaleti’nin Yönetimi ve Yöneticileri (16-18. Yüzyıllar)”, **Cappadocia Journal of History and Social Sciences**, Y. 2017, C. 9, s. 418-439.

LJPHART, Arendt, **Parliamentary versus Presidential Government**, Oxford, Oxford University Press, 1992.

MERLE, Robert, “Ahmed ben Bella”, Brittanica, (Çevrimiçi) <https://www.britannica.com/biography/Ahmed-Ben-Bella>, E.T. 23.04.2022.

MUTABBAKANÎ, Mâzin Salâh, “Cem’iyyetü’l-Ulemâi’l-Müslimîn”, **İslâm Ansiklopedisi**, C. 7, 1993, s. 336-338.

NAM, Mehmet, “İşgalden İstiklale Cezayir”, **Tarih Dergisi**, Y. 2012, S. 55, s. 155-187.

OSMAN, İnès, “Algeria: The Arab Spring’s Late Bloomer?”, The Tahrir Institute for Middle East Policy (Çevrimiçi) <https://timep.org/commentary/analysis/algeria-the-arab-springs-late-bloomer/>, E.T. 29.04.2022.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

ÖZBUDUN, Ergun, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1995, C. 44, S. 1, s. 521-539.

MUSHTAQ, Abdul Qadir - AFZAL, Muhammad, “Arab Spring: Its Causes and Consequences”, **Journal of the Punjab University Historical Society**, C. 30, S. 1, 2017, s. 1-10.

SAĞIYE, Hazım, “Cezayir’in arka planı...”, Şarkul Avsat, (Çevrimiçi) <https://turkish.aawsat.com/home/article/1692966/hazim-sagiye/cezayirin-arka-planı>, E.T. 26.04.2022.

ŞEKER, Hilmi, “Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekeç Biçimleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2007, C. 65, S. 2, s. 179-200.

ŞENCAN, Hüdayi, “Çatışmacı Parlamentarizmden Melez Bir Çözüme: Fransa’da Yarı Başkanlık Sistemi”, **Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Yarı-Başkanlık Sistemi (Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri)**, Ed. Semra Gökçimen, Ankara, TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları, 2017, s. 25-100.

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 20. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.

TÜMAY, Murat, **Demokratik Anayasa Yapımı Dinamikleri ve Tunus Anayasası Örneği**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

TÖGEL, Akif, “Dünya Anayasalarında Değiştirilemez Maddeler ve Türkiye’nin Yeni Anayasası İçin Öneriler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 2016, C. 7, S. 27, s. 757-792.

TURAN, Abdulkadir, **Cezayir ve Cezayir’deki İslami Hareketler**, İstanbul, Strateji Düşünce ve Analiz Merkezi, 2020.



TURAN, Şerafettin, “Barbaros Hayreddin Paşa”, **İslâm Ansiklopedisi**, C. 5, 1997, s. 65-67.

USTABULUT, Batuhan, “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Çerçevesinde Türkiye’de Ülke Seçim Barajı Uygulaması”, **İnsan ve İnsan Bilim Kültür Sanat ve Düşünce Dergisi**, Y. 2018, C. 5, S. 18, s. 341-358.

Wikipedia, “Abdülaziz Buteflika”, (Çevrimiçi) [https://tr.wikipedia.org/wiki/Abdülaziz\\_Buteflika](https://tr.wikipedia.org/wiki/Abdülaziz_Buteflika), E.T. 26.04.2022.

Wikipedia, “Democratic National Rally”, (Çevrimiçi) [https://en.wikipedia.org/wiki/Democratic\\_National\\_Rally](https://en.wikipedia.org/wiki/Democratic_National_Rally), E.T. 23.04.2022.

Wikipedia, “Future Front”, (Çevrimiçi) [https://en.wikipedia.org/wiki/Future\\_Front](https://en.wikipedia.org/wiki/Future_Front), E.T. 26.04.2022.

Wikipedia, “National Liberation Front (Algeria)”, (Çevrimiçi) [https://en.wikipedia.org/wiki/National\\_Liberation\\_Front\\_\(Algeria\)](https://en.wikipedia.org/wiki/National_Liberation_Front_(Algeria)), E.T. 23.04.2022.

Wilson Center, “Algeria”, (Çevrimiçi) <https://www.wilsoncenter.org/algeria>, E.T. 23.04.2022.

WOLFF, H. Ekkehard, “Berber Languages”, Britannica, (Çevrimiçi) <https://www.britannica.com/topic/Amazigh-languages#ref1023745>, E.T. 19.04.2022.

“Yeni Sisteme Göre Yasama El Kitabı”, y.y, TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, 2018.

YAZICI, Serap, **Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2002.

YILDIZ, Mustafa, “Başkanlık, Yarı Başkanlık ve Parlamenter Sistem Üzerine Bir Değerlendirme”, **Türkiye Siyaset Bilimi Dergisi**, Y. 2018, C. 1, S. 2, s. 89-108.



# ICC VE UNIDROIT DÜZENLEMELERİ BAĞLAMINDA MİLLETLERARASI UZUN DÖNEMLİ DOĞAL GAZ SÖZLEŞMELERİNDE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

Yusuf ÇALIŞKAN\*

Aslı GÜNAYDINOĞLU\*\*

## Öz

Aşırı ifa güçlüğü ile mücbir sebep kavramı ve sonuçları farklı hukuk sistemlerinde değişik şekillerde düzenlenmiştir. Bu sebeple uluslararası ticarete ortaya çıkabilecek kavram kargaşasını engellemek için her iki kavrama ilişkin halleri düzenlemeye tabi kılmak makul görülmüştür. Ancak bu hallerin milli hukuk nezdinde belirlenmesi benzer problemleri sonlandırmayacağından, uluslararası ticaretin gereklerine uygun olarak hazırlanan hukuk düzenlemelerine ihtiyaç duyulmuştur. Sözleşme hukukunun uyumlaştırılması son yıllarda önem kazanarak, özel hukuk ve ticaret hukukundaki uyumlaştırma çabalarına paralel olarak gelişme göstermiş olup, bu hususta uluslararası bazı önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Uluslararası ticarete var olan hukuki risk faktörlerini en aza indirmenin yolu, uluslararası alanda kabul gören ve uluslararası ticaret ile farklı hukuk sistemlerini dikkate alarak hazırlanan kuralların taraflarca sözleşmeye uygulanması olup, bu kurallar birçok hukuki uyumsuzlukta uygulama alanı bulmaktadır. Milletlerarası uzun dönemli doğal gaz sözleşmelerinin de süresi dikkate alındığında, tarafların sözleşmeyi yaparken birden fazla problem ve risk ile karşı karşıya kaldıkları ve bunun sonucunda sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanabilmesi için gereken şartların oluşup oluşmadığı önem teşkil etmektedir. Uzun dönemli ve sürekli edimli sözleşmeler koşulların değişmesi riski altında olup, bu riskleri öngörerek tedbir almak isteyen sözleşme tarafları, farklı devlet vatandaşlıklarından ve farklı hukuk sistemlerinden oldukları için, değişen koşullar hususunda da farklı anlayışlara sahiptirler. Bunu dikkate alan taraflar sözleşmeye koyacakları hükümlerle bu tedbirleri alabilecekleri gibi, bu alanda mevcut bazı kodlara atıfta bulunarak da bunları sözleşme hükmü haline getirebilirler. ICC

---

\* Prof. Dr. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı; ORCID: 0000-0003-1427-6334; yusuf.caliskan@medeniyet.edu.tr

\*\* Av. Arb, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD Özel Hukuk Doktora Öğrencisi; ORCID : 0000-0003-0491-3408; asli@gunaydinogluhukuk.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 28.04.2022

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 20.05.2022

Bu makaleye atıf için; ÇALIŞKAN Yusuf, GÜNAYDINOĞLU Aslı, "ICC ve UNIDROIT Düzenlemeleri Bağlamında Milletlerarası Uzun Dönemli Doğal Gaz Sözleşmelerinde Aşırı İfa Güçlüğü", *İMİHFD*, C. 7, S. 13, 2022, s. 385-406.

düzenlemeleri ile UNIDROIT prensipleri bu bağlamda uluslararası hukuk alanında önemli kaynaklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

**Anahtar Kelimeler :** *Aşırı ifa güçlüğü, mücbir sebep, uluslararası ticaret, doğal gaz sözleşmeleri, uyarılama*

## **HARDSHIP IN INTERNATIONAL LONG TERM NATURAL GAS CONTRACTS IN THE CONTEXT OF ICC AND UNIDROIT REGULATIONS**

### **Abstract**

The concepts of hardship and force majeure and their consequences, have been regulated differently under different legal systems. Therefore it was considered reasonable to regulate the circumstances relating to the two concepts in order to prevent a confusion of terms that may arise in international commerce. However, since identifying these circumstances under domestic law would not put an end to similar problems, legal arrangements that were compatible with the requirements of international commerce, were required. The harmonization of the law of contracts has gained importance in the recent years, developing in parallel to the efforts of harmonization in private law and commerce law, there are certain important arrangements. The path to minimize the risk factors at international commerce leads through parties' execution of international rules that have been prepared taking into consideration to international commerce and different legal systems, and these rules are finding a field of application in many legal disputes. Considering the duration of international long term natural gas contracts, parties are faced multiple problems and risks while executing contracts and as a consequence, it is important whether the necessary conditions have occurred to allow the adaptation of the contracts to the changing circumstances. The contracting parties who want to take measures by foreseeing risks of changing conditions at long term contracts and contracts of continuous performance, have different understandings of changing conditions, since they are having different nationalities and different legal systems. The parties considering this can take these measures with the provisions they will include in the contract, or they can make them a contractual provision by referring to some existing codes in this field. ICC arrangements and UNIDROIT principles appear as important resources in the field of international law in this context.

**Keywords:** *Hardship, force majeure, international trade, international long term natural gas contracts, adaptation*

### **GİRİŞ**

İkinci Dünya Savaşı sonrasında ve takip eden yıllarda dünya genelinde ticaret hacmi artmış, doğu bloğunun yıkılması ve ticaretin serbestleşmesi gibi etkenler

ile uluslararası ticaret üzerindeki sınırlamalar da kalkarak uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıkların da sayısı oldukça artmıştır. Sözleşmelerden kaynaklı olası uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirsiz olmasının getirdiği riskleri bertaraf etmek ve yine mahkeme ve/veya hakem kararları arasındaki uyumu sağlamak uluslararası ticaret aktörleri için önemli olduğundan uluslararası kuruluşların hazırlamış oldukları örnek yasa ve sözleşmeler uluslararası ticaret hukukunda önemli kaynaklar olmuştur.

Sözleşme hukukunun uyumlaştırılması son yıllarda önem kazanarak, özel hukuk ve ticaret hukukundaki uyumlaştırma çabalarına paralel olarak gelişme göstermiş olup, sözleşme hukukunun uyumlaştırılması konusunda uluslararası bazı önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin tümünde değişen koşulların sözleşmelere olan etkisi ile ilgili hükümler bulunmakta olup, bu hükümler bazı devlet hukukları ve teorilerden etkilenmişler ancak bununla birlikte uluslararası ticaret pratiği dikkate alınarak hazırlanmışlardır<sup>1</sup>. Uluslararası ticarete var olan hukuki risk faktörlerini en aza indirgemenin yolu, uluslararası alanda kabul gören ve uluslararası ticaret ile farklı hukuk sistemlerini dikkate alarak hazırlanan kuralların taraflarca sözleşmeye uygulanması olup, bu kurallar birçok hukuki uyuşmazlıkta esasa uygulanan hukuk olarak uygulama alanı bulmaktadır<sup>2</sup>.

Aşırı ifa güçlüğü ile mücbir sebep kavram ve sonuçları farklı hukuk sistemlerinde değişik şekillerde düzenlenmiş ve bu sebeple uluslararası ticarete ortaya çıkabilecek kavram kargaşasını engellemek için her iki kavrama ilişkin halleri düzenlemeye tabi kılmak makul görülmüştür. Ancak bu hallerin milli hukuk nezdinde belirlenmesi benzer problemleri sonlandırmayacağından, bu düzenlemeleri de dikkate alarak uluslararası ticaretin gereklerine uygun olarak hazırlanan hukuk düzenlemelerine ihtiyaç duyulmuştur<sup>3</sup>.

Uluslararası ticaret pratiğinin sözleşmelerin uyarlanması açısından önemi dikkate almırsa, uluslararası hukuk alanında önemli kaynaklar olan ICC düzenlemeleri ile UNIDROIT prensipleri uluslararası ticarete yaygın uygulama alanı bulan aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) düzenlemeleri kapsamında inceleme konusu yapılacaktır.

## **I. MİLLETLERARASI UZUN DÖNEMLİ DOĞAL GAZ SÖZLEŞMELERİ VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ**

Doğal gaz satımı ve boru hatları ile taşınmasına yönelik ya da sıvılaştırılmış doğal gaz satımı ve taşınmasına ilişkin uzun dönemli sözleşmeler, doğal gazın daha çok elektrik üretimi, endüstriyel kullanım ve evsel kullanım gibi kamusal ihtiyaçları karşılamak üzere devlet ve/veya devlet şirketleri tarafından yüksek miktarda alımını öngören doğal gaz tedarik sözleşmeleri ("*supply contracts*") olarak

<sup>1</sup> BAYSAL, Başak, **Sözleşmenin Uyarlanması, BK m.138 Aşırı İfa Güçlüğü**, 4. Basım, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 102

<sup>2</sup> ACAR, HAKAN, "Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Presnsipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü", **EÜHFD**, Y.2013, C.12, S. 1-2, s. 121

<sup>3</sup> ACAR, s. 121

adlandırılırlar<sup>4</sup>. Özellikle son yirmi yıllık dönem içerisinde doğal gaza yönelik artan talep doğrultusunda doğal gaz tedarik sözleşmeleri sayı olarak ve çeşitlilik yönünden zenginleşmiş olup, buradaki talep artışı, boru hatları ile taşımanın yanı sıra sıvılaştırılmış doğal gazın tankerler yolu ile deniz aşırı taşınması açısından da aşama kaydedilmesini sağlamıştır<sup>5</sup>.

Uluslararası nitelikli doğal gaz alım satım sözleşmeleri, tarafların devlet şirketi olması, yirmi, yirmi beş yıl gibi uzun dönemli ve yüksek miktarlı gaz satımını ve naklini içermesi nedeniyle özellik arz etmekte ve bunun temelinde doğal gazın boru hatları ile nakil zorunluluğu gibi yapısından kaynaklanan nedenlerin yanı sıra, gazın belirli bir piyasa fiyatının bulunmaması gibi gaz endüstrisi ile ilgili nedenler yer almaktadır. Özellikle doğal gaz tedarikinde meydana gelen kesintiler ve buna bağlı gaz fiyatında değişiklik yapma talepleri önde gelen uyumsuzluklar arasında yer almaktadır<sup>6</sup>.

Uluslararası satım sözleşmeleri, uluslararası ticaretin en önemli sözleşme türlerinden birisi olup<sup>7</sup>, uluslararası ticaretin iç ticaretten hukuki, sosyal ve ekonomik farklılıkları olduğu dikkate alındığında, sözleşme tarafları sözleşmeyi yaparken birden fazla problem ve risk ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu çerçevede, milletlerarası ticari satım kapsamında esasa ilişkin hükümler öngören konvansiyonlar milletlerarası satım sözleşmelerine ilişkin kuralların yeknesaklaştırılmasını amaçlamaktadır. Bu bağlamda milletlerarası menkul mal satım sözleşmelerine ilişkin kuralların yeknesaklaştırılmasına ilişkin çalışmaların bir sonucu olan ve Türkiye'nin de taraf olduğu 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ("CISG") milletlerarası sözleşmelerin hukuki rejimini doğrudan düzenlemektedir<sup>8</sup>. Uluslararası ticaret ile uğraşan firmaların hukukçu ve işletmeciler ile birlikte çalışması, anılan birtakım risklerin de ortadan kaldırılmasında kolaylık sağlamaktadır<sup>9</sup>. İç satıslara oranla birçok riski barındıran uluslararası satıslarda riskler fiziksel, politik ve hukuki risk olarak ayırma tabi tutulabilmekte ancak uluslararası satıma konu her somut olayda bir ya da birden çok risk olabileceği gibi, bazı durumlarda tüm riskler ile de karşılaşmak mümkün olabilmektedir<sup>10</sup>.

Uzun dönemli gaz satım sözleşmeleri özellikle gelişmekte olan pazarlara yönelik boru hattı projelerinin finanse edilebilmesini güvence altına alabilmek bakımından önemli bir işleve sahip olup, gerek gaz üretimi ve pazarlanması gerekse de boru hattı veya sıvılaştırılmış doğal gaz naklini içermesi bakımından

<sup>4</sup> KÖŞGEROĞLU ŞİT, Banu, **Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 111-112

<sup>5</sup> KÖŞGEROĞLU, s.112

<sup>6</sup> KÖŞGEROĞLU, s.113

<sup>7</sup> TİRYAKİOĞLU, Bilgin, "Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk", **AÜHF**, Döner Sermaye Yayınları, Y.1996, S.19, s. 8

<sup>8</sup> ŞANLI, Cemal, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 262

<sup>9</sup> ÇALIŞKAN, Yusuf, **Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 5

<sup>10</sup> ÇALIŞKAN, **Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, s. 6

masraflı bir altyapı yatırımını gerektirdiğinden hem uluslararası hem de ulusal gaz ticaretinin gelişimi açısından da gerekli sözleşmelerdir<sup>11</sup>. Uygulamada doğal gaz satım sözleşmesi, toptan gaz sözleşmesi, üretici-tedarikçi sözleşmesi, uzun dönemli al ya da öde (*take or pay*) sözleşmeleri olarak adlandırılan bu sözleşmeler, alıcı ile satıcı arasında genel olarak on beş-yirmi yıl süreli olacak şekilde iki taraflı bir tekel ilişkisi kurmakta ve bu sözleşmelerin varlığı gazın satılmak zorunda olduğu bir pazarın bulunması gerekliliğine dayanmaktadır<sup>12</sup>.

Doğal gaz alım satım sözleşmesi diğer sözleşmeler ile aynı temele sahip olup, taraflarca mutabık kalınan fiyat üzerinden, belirlenen yer ve zamanda sözleşme konusu malın, alım ve satımı hususunda karşılıklı anlaşmaya dayanan bağlayıcı bir sözleşmedir<sup>13</sup>. Uzun dönemli uluslararası doğal gaz satım sözleşmeleri, tedarik yükümlülüğü, sözleşme süresi, doğal gaz fiyatı ve fiyat düzenlemesi, doğal gaz miktarı, doğal gazın teslim yeri, teslim etme ve alma yükümlülüğü, taşıma, teminat, vergiler ve uyuşmazlık çözümü konularına ilişkin hükümler içermektedir<sup>14</sup>. Liberelleştirilmiş bir ekonomide uzun vadeli sözleşmelerin pürüzsüz işleyişi tartışmaya açık olsa da<sup>15</sup>, uluslararası nitelik taşıyan uzun dönemli gaz satım sözleşmeleri, gerek boru hattı projeleri gerekse de LNG geliştirme projeleri kapsamında doğal gaz ticareti açısından önemli bir role sahip olup, kendine özgü kayıtların yanı sıra sözleşme süresi, al ya da öde kayıtları, fiyat ayarlama (*price adaptation*) ile fiyat endeksleme, gaz miktarına ilişkin hükümler ve yine mücbir sebep hükümleri açısından önem ve özellik teşkil etmektedir<sup>16</sup>.

Ticari sözleşmeler özellikle yabancılık unsuru içerdiği taktirde diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir yapıda ve farklı özelliklerde ortaya çıkmaktadır<sup>17</sup>. Uluslararası ticari sözleşmelerin ilk ve en önemli işlevi, taraflar arasındaki ilişkinin ideal bir biçimde düzenlenmesidir. Bu manada, sözleşmelerde tarafların hakları ve yükümlülükleri, işlemin sorunsuz yürümesini ve masrafların en aza indirilmesini sağlayacak şekilde belirlenmelidir. İkinci önemli işlev ise, sözleşme ihlali durumunda başvurulabilecek çareler sağlanmasıdır. Bu tür sözleşmelerin kurallarına ve bizatihi sözleşmelere ilişkin gereksinimler bu hedefler doğrultusunda değerlendirilmelidir. İlk amaca ulaşılması, esasında tarafların kendi bireysel sözleşmelerini hazırlarken yerine getirmeleri gereken bir görevdir ve sözleşmenin tarafları, sözleşme ihlalinin sonuçlarıyla sık olarak uğraşmak durumunda kalsalar da, çoğunlukla yürürlükteki kurallara güvenirlir. Taraflar için, sözleşme ihlalinden kaynaklanacak sorunlarla uğraşmaktansa ilişkinin

---

<sup>11</sup> KÖŞGEROĞLU, s. 128

<sup>12</sup> OMORHIRHI, Ivie, “Gas Market Liberalisation and Long Term Gas Sales Contracts: Are They Compatible?”, **CEPMLP Annual Review (CAR)**, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy University of Dundee, Car-10 Version, 2007, s. 10

<sup>13</sup> ZLAMAL, David, **Option embedded in the gas sales’ contracts**, 2005, s. 11

<sup>14</sup> KÖŞGEROĞLU, s. 130

<sup>15</sup> OMORHIRHI, s. 12

<sup>16</sup> KÖŞGEROĞLU, s. 142

<sup>17</sup> İZMİRLİ AYHAN, Hilal Lale,” Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması”, **Doktora Tezi**, Gazi Üniversitesi, 2016, s. 211

sözleşme bağlamında sürdürülmeye karşılıklı ödümler vererek devam etmesi ve mümkünse yeniden düzenlenmesi daha kolaydır<sup>18</sup>.

Sözleşmenin kuruluş esnasında tarafların menfaatleri birbirlerine eşit ve ekonomik olarak dengede olsa da, özellikle uzun süreli sözleşmelerde (*long term agreements*) sözleşmenin kuruluş anı ile tarafların yükümlülüklerini ifa edecekleri zaman aralığında, tarafların yükümlülüklerini ve sözleşme ilişkisini etkileyen önemli değişimler gerçekleşebilir. Sözleşme koşullarını doğrudan etkileyen bu değişimler sözleşmenin kurulması zamanında taraflar arasında var olan dengeyi de bozabilmektedir. Bu değişimler uluslararası ticari sözleşmelerde, mahalli sözleşmelere oranla daha ciddi etkiler yaratmaktadır.

Sözleşmelerde kararlaştırılan para biriminde zamanla meydana gelen değişiklikler, sözleşme konusu mal ya da hizmetin değerinin aşırı derecede yükselmesi ya da düşmesi, ekonomik krizler, uluslararası ambargolar, savaşlar, doğal afetler gibi durumlar başlangıçta kurulan dengeyi bozmakta ve sözleşme adaletini de tamamen ya da kısmen alt üst edebilmektedir<sup>19</sup>. Özellikle para değerinin uluslararası kambiyo rejiminde aşırı oranda düşmesi ve büyük devalüasyonların beklenmeyen hal olarak sayılması konusunda oybirliği bulunmaktadır<sup>20</sup>. Dolayısıyla uluslararası ticari sözleşmeler de bu gibi etkenler nedeniyle taraflar arasındaki ticari ilişkileri etkileyen şartların değişmesi riskini taşımaktadırlar.

Genel olarak, uluslararası sözleşmelerde, öngörülebilir olmayan durumları düzeltmek veya basitçe, sözleşmeyi yeni durumlara uyarlamak için birçok hüküm kullanılır. Örneğin, uzun vadeli gaz veya petrol tedarik sözleşmesinde ifa, on hatta otuz yıllık sürelerle yayılır. Dolayısıyla, sözleşme yazılı bir belge olmaktan çok bir yaşam boyu deneyime dönüşür. Geçerli olan hukuk bu tür yazılı sözleşmelerle kesinlikle baş edemez, çünkü temel olarak ekonomik koşullar ve varlıkların ilk değeri değişir. Para birimleri değer kaybeder. Uygulanacak hukuk, değişen koşullara aşına olmadığından sözleşme yine de zorunlu olarak ayakta kalır<sup>21</sup>.

Örneğin petrol endüstrisinde, arama faaliyetleri için önemli bir miktarda kaynak ayrılması ve bunun için de onlarca yıllık arama sürecine ve ondan da daha uzun ilk üretim sürecine yönelik sözleşmelerin yapılması gerekmektedir. Ayrılan bu kaynaklar, özellikle de geliştirme ve arama dönemlerinde ortaya çıkabilecek risklerin karşılanabilmesine yöneliktir. Bu sözleşmelerin uzun süreli olması,

---

<sup>18</sup> MASKOW, Dietrich, "Hardship and Force Majeure", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.40, Issue 3, 1992, s. 657

<sup>19</sup> KAPLAN, İbrahim, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uyarlanması*, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 112-113

<sup>20</sup> BURCUOĞLU, Haluk, *Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Dövize Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Uygulaması*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995, s. 11

<sup>21</sup> PUELINCKX, A.H., "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances", *3 J.Int'l Arb.* 1986, No. 2, at 47 et seq., s. 53



sözleşmelerin özellikle dışarıdan gelebilecek ve sözleşmelerin kurulması anında öngörülemeyen siyasi veya ekonomik baskılara karşı direncinin zayıflamasına neden olmaktadır. Bunun, yatırımcı açısından, sözleşmenin ekonomik dengesi üzerinde olumsuz bir etkisi vardır<sup>22</sup>. Özellikle uzun dönemli sözleşme ilişkilerinde, sözleşmenin yapıldığı zamandaki koşullarda daha sonra meydana gelen politik, ekonomik, teknolojik ya da hukuki sebeplere bağlı değişikliklerin, tarafların pozisyonunu önemli ölçüde değiştirip edimler arasında dengesizlik yaratması haline ilişkin olarak birçok devlet hukukunda sözleşmenin uyarlanması ya da sona erdirilmesi gibi çözümler kabul edilmektedir<sup>23</sup>.

Uluslararası ticaret hacminin büyüklüğü ve sözleşmelerin süresi nedeniyle seçilen hukuktaki mevcut çözümler yeterli kalmadığından sözleşme tarafları bir takım riskleri sınırlamak amacıyla kendi önlemlerini geliştirmişler ve bu kapsamda da aşırı ifa güçlüğü/hardship klostarı ortaya çıkmıştır<sup>24</sup>. Farklı kavramlar altında ifade edilen aşırı ifa güçlüğü kelimesi, birçok uluslararası sözleşmede “aşırı ifa güçlüğü klozu” olarak yer almasından da anlaşılacağı gibi, uluslararası ticarete yaygın olarak bilinmesi nedeniyle tercih edilmiştir<sup>25</sup>. Örneğin Milletlerarası Ticaret Odası, “Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal” (Force Majeure and Hardship) kodu geliştirerek, uluslararası ticaret uygulayıcılarının hizmetine sunmuştur<sup>26</sup>.

Aşırı ifa güçlüğü, tarafların sözleşmenin kurulması sırasındaki durumlarında değişiklik yaratan, öngörülemeyen bir durum nedeniyle ifanın aşırı ölçüde güçleşmesi olarak tanımlanmakta ve unsurları itibarıyla mücbir sebebe benzemekle birlikte, mücbir sebepten farklı şekilde ifa imkansızlaşmayarak aşırı ölçüde güçleşmektedir<sup>27</sup>. Uzun dönemli doğal gaz sözleşmelerinde, sözleşmenin geçerliliğini koruyan ve uyarlamaya imkan tanıyan kayıtlar yer almakta olup bu hükümler sözleşmeyi ayakta tutan ve sözleşmenin herhangi bir hükmünün geçersiz olması durumunda diğer hükümlerin geçerliliğinin devam etmesine olanak tanıyan kayıtlardır<sup>28</sup>. Bu kayıtlar arasında son dönemlerde sözleşmelerde kararlaştırıldığı görülen “hardship” kayıtları karşımıza çıkmakta, bunlar mücbir sebepten farklı olacak şekilde işlem temelinin çökmesi<sup>29</sup> durumunda, sözleşmenin

---

<sup>22</sup> BERGER, Klaus, Peter, “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol.36, No:4, 2003, s. 1348

<sup>23</sup> İZMİRLİ, s. 294

<sup>24</sup> KÖSOĞLU, Mehmet, “Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klostarı”, **Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi, 2010, s. 109

<sup>25</sup> Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İLKELERİ 2016, Oniki LevhaYayıncılık, İstanbul, 2020, s.209

<sup>26</sup> ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Yedinci Bası, Beta Yayınevi, 2019, s.45

<sup>27</sup> İZMİRLİ, s. 294

<sup>28</sup> AYRANCI, Hasan, **Enerji Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 319

<sup>29</sup> Sözleşmenin temelini oluşturan ve karşılıklı edimler arasındaki dengenin taraflardan birisi için çekilmez ve katlanılamaz biçimde bozulduğu durumlarda, işlem temelinin çökmesi söz konusudur. Bu hususta ayrıntılı bilgi için Bkz. BURCUOĞLU, s. 9 vd.

değişen şartlara uyarlanmasını gerektiren ve böylece sözleşme taraflarına yeniden müzakere etme yükümlülüğü getiren klozlar olarak yer almaktadır<sup>30</sup>.

Türk hukukunda TBK. md.138 uyarınca, sözleşmenin yapıldığı esnada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun, borçludan kaynaklanmayan bir nedenle ortaya çıkması ve sözleşmenin yapıldığı esnada mevcut olguları, kendisinden ifanın beklenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmesi ve borçlunun da borcunu henüz ifa etmemiş ya da ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması halinde, borçlunun sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bunun mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Buradan yola çıkarak, Türk hukukunun tatbik edileceği uluslararası ticari davalarda, sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmasa dahi, beklenmeyen halin mevcut olduğu durumlarda sözleşmenin feshi ya da yeni şartlara uyarlanması istenebilecektir<sup>31</sup>. Uyarılama ilk çare olup, edimlerde oynama yapıldığı halde durum kurtarılamıyor ise o taktirde sözleşmeden dönme veya fesih yoluna başvurulabilmelidir zira bu görüş Borçlar Hukukunun temel prensiplerinden olan sözleşmenin yorumunda, sözleşmenin ayakta tutulması gereğine de uygun düşmektedir<sup>32</sup>.

Uluslararası ticari ilişkiler kapsamındaki sözleşmelerde uyarlamaya ilişkin hüküm bulunması sık karşılaşılan bir durum olup, özellikle gerek sözleşmelerin süresi gerekse de hacmini dikkate alan taraflar bu konuda sözleşmelerinde gerekli tedbirleri almaya çalışırlar<sup>33</sup>. Genellikle uzun süreli yapılan sözleşmelerde uyarılama klozunun olmaması pek rastlanılan bir hüküm değildir. Nitekim milli ölçekteki sözleşmelere nazaran uluslararası ticarete uyarılama hükümleri daha çok yer almaktadır<sup>34</sup>. Doğal gaz satım sözleşmelerinde ise, yeniden müzakere kayıtlarının bir alt türü şeklinde nitelendirilen ifa güçlüğü kayıtları (*hardship clauses*) sık kullanım alanına sahip olup, bu kayıtlar ifanın imkansız hale gelmediği ancak zorlaştığı durumlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır ve bir durumun *hardship* sayılabilmesi için tarafların kontrolü dışında meydana gelmiş olması, esaslı ve kesin biçimde öngörülemeyen nitelik taşıması gerektiği ifade edilmektedir<sup>35</sup>.

İfayı imkansızlaştıran ya da güçleştiren olayların mücbir sebep ya da beklenmeyen hal olup olmadığı ve tarafların borçlarını ne yönde etkileyeceği konusunda yaşanabilecek sorunları sözleşme safhasında çözümleyebilmek için uluslararası ticaret pratiğinde *hardship* klozlar tavsiye edilmekte ve bu klozlar ile mücbir sebep

<sup>30</sup> AYRANCI, s. 319

<sup>31</sup> ŞANLI, **Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s. 46

<sup>32</sup> BURCUOĞLU, s. 15

<sup>33</sup> BAYSAL, s. 308

<sup>34</sup> BRUNNER, Christoph, **Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles, Exemption For Non-Performance In International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, s. 1

<sup>35</sup> KÖŞGEROĞLU, s. 192

veya beklenmeyen hal durumları sınırlandırılarak, tarafların ileride bunlar dışında kalan olaylara dayanmaları da engellenmektedir. Taraflar yine bu klozlar ile sözleşmenin feshedilip edilmeyeceği, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, uyarlanacak ise bunu kimin yapacağı gibi hususları da kararlaştırabilmektedirler<sup>36</sup>.

## **II. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ HAKKINDA ICC VE UNIDROIT'İN DÜZENLEMELERİ**

Taraflar sözleşmeye koyacakları hükümlerle yukarıda belirtilen halleri ve sonuçlarını düzenleyebilecekleri gibi, bu alanda mevcut bazı kodlara atıfta bulunarak da bunları sözleşme hükmü haline getirebilirler<sup>37</sup>. Örneğin, Milletlerarası Ticaret Odası (“MTO”) uluslararası ticaret hayatına bir dizi “Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal” kodu geliştirmiş olup, taraflar sözleşmelerinde detaylı olarak mücbir sebep ve beklenmeyen hal klozları yazmaktansa, MTO’nun ilgili kurallarına atıfta bulunarak da ilgiliyi meseleyi düzenleyebilirler<sup>38</sup>. MTO, beklenmeyen hal konusunda alternatif klozlar hazırlamış, sözleşmedeki taahhüdün yerine getirilmesini ağırlaştırarak değişen koşulları belirtmekle beraber, sözleşme maddelerinin yeniden müzakeresi ya da gözden geçirilmesi imkanını sağlamaktadır<sup>39</sup>. UNIDROIT prensiplerinde de aşırı ifa güçlüğüne ortaya çıkacağı haller belirtilmiş olup, buna göre sözleşmenin kurulmasından sonra, önceden öngörülemez ve kontrol edilemez şekilde ifayı aşırı ölçüde güçleştiren olaylardan bahsedilmiştir<sup>40</sup>.

### **A. ICC DÜZENLEMELERİ**

Sözleşmelerin uyarlanmasına imkan tanıyan ilk düzenleme International Chamber of Commerce (“ICC”) tarafından 1978 yılında 326 sayılı broşür ile yayınlanmış olsa da ICC’ye bu maksatla herhangi bir başvuruda bulunulmamış olduğundan anılan düzenlemenin de işleme söz konusu olmamış ve bu çerçevede 1985 tarihli hardship klozu uluslararası ticaret hukukunda ilk ciddi düzenleme olmuştur . 2003 yılında daha kapsamlı ve yeni bir düzenleme daha yapılarak mücbir sebep ve beklenmeyen duruma ilişkin model maddeler yayınlanmıştır.

Buna göre ;

*“...2. Bu klozun 1. Paragrafına bakılmaksızın, sözleşme taraflarından biri (Akit Taraf),*

*(a) Sözleşmedeki yükümlülüklerinin aralıksız ifasının, sözleşme kurulduğu sırada dikkate alınması makul olarak beklenemeyecek, makul kontrolü dışındaki bir olaydan ötürü aşırı ölçüde külfetli hale geldiğini; ve...*

<sup>36</sup> ŞANLI, **Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s. 45

<sup>37</sup> ÇALIŞKAN, Yusuf, “Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması”, **MHB**, Y.2004, C. 24, s. 372

<sup>38</sup> ŞANLI, **Ticari Akitlerin Hazırlanması**, s. 45

<sup>39</sup> ÇALIŞKAN, **Ahde Vefa**, s. 373

<sup>40</sup> İZMİRLİ, s. 294

(b) Bu olaydan veya sonuçlarından makul olarak kaçınamayacağını veya üstesinden gelemeyeceğini,

Kanıtlarsa; taraflar, bu klotun uygulanmasının talep edilmesinden (itibaren) makul bir süre içinde, bu olayın sonuçlarını karşılayacak alternatif sözleşme koşullarını müzakere etmekle yükümlü olacaklardır...<sup>41</sup>.

Burada sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin “aşırı külfetli” hale gelmesi gerekmekte olup, ek olarak, olay zarara uğrayan tarafın makul kontrolü dışında gerçekleşmeli, olayın sözleşmenin düzenlendiği tarihte öngörülmesi makul olarak beklenmemeli ve olay makul bir şekilde önlenemez veya üstesinden gelinemez bir olay olmalıdır. Aynı durum, olayın sonuçları için de geçerli olmalıdır<sup>42</sup>. Hardship, her iki tarafın da "olayın sonuçlarına makul ölçüde izin veren alternatif sözleşme hükümleri" bulmak için müzakere masasına oturma görevi ile sonuçlanmaktadır<sup>43</sup>. ICC hükmü tarafların yeniden müzakere kapsamında bir anlaşmaya ulaşamamaları durumunda, zarar gören tarafın isteğiyle sözleşmenin feshedilmesi seçeneğini öngörmekte ancak ne yazık ki tarafları (en azından zarar gören tarafı) sözleşmeyi yeniden müzakere etmek için ellerinden geleni yapmaları yönünde yeterince teşvik etmemektedir<sup>44</sup>.

Getirilen bu düzenlemeler ile birlikte taraflara makul bir süre içerisinde müzakere etme şartı getirilmiş fakat uyarılma imkanı verilmemiştir<sup>45</sup>, bununla birlikte bu düzenlemenin de ahde vefa ilkesini temel prensip olarak kabul ettiği söylenebilir. Hardship ile ilgili düzenleme uzun yorumlar gerektirmemekte, karşılaşılan durumlar sözleşmeyi beklendiğinden daha külfetli hale getirirse bile, Unidroit ve Avrupa Prensiplerinde olduğu gibi, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesiyle başlamakta ve dolayısıyla, hardship hükmünün uygulanmasını tetikleyecek olan unsur, yalnızca maliyetteki bir artış veya değerdeki bir düşüşten daha yüksek olmaktadır<sup>46</sup>. Bu düzenlemelerin temel özelliği, sözleşme hükümleri kendi başlarına müzakere etmenin daha zor olduğunu düşünen tarafların sözleşmeye dahil edebileceği örnek hükümler olmalarıdır. Bu hükümler kendi kendilerine uygulanabilen hükümler değildir<sup>47</sup>.

ICC'nin 25 Mart 2020 tarihinde güncellediği yeni mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü hükümleri yayımlanmıştır. 2020 maddeleri ICC'nin 2003 düzenlemelerinde yer alan mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü maddelerini güncelleyerek daha basit bir anlatım ile farklı işletmelerin gereksinimlerine uygun

<sup>41</sup> ICC Force Majeure Clause 2003- ICC Hardship Clause 2003, International Trade, The World Business Organization, Developed by the ICC Commission on Commercial Law and Practice, Draftsman-in-chief: Professor Charles Debattista, ICC Publishing S.A, 2003, s. 15

<sup>42</sup> KESSEDJIAN, Catherine, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, *International Review of Law and Economics* 25, 2005, s. 424-425

<sup>43</sup> KESSEDJIAN, s. 425

<sup>44</sup> KESSEDJIAN, s. 425

<sup>45</sup> BRUNNER, s. 506

<sup>46</sup> KESSEDJIAN, s. 424

<sup>47</sup> KESSEDJIAN, s. 424

seçenekler sunmaktadır<sup>48</sup>. 2020 maddeleri 2003 düzenlemelerini yürürlükten kaldırmamakta, taraflar 2003 maddelerini kullanmaya devam edeceklerse bu hususta söz konusu maddelere açıkça atıfta bulunmaları gerekmektedir. Sözleşmeyi mümkün olduğunca ayakta tutmaya çalışan (*favor contractus*) genel eğilim dikkate alınarak, aşırı ifa güçlüğü maddesi 2020, aşırı ifa güçlüğü maddesi 2003'e benzer şekilde üç paragraftan oluşmakta, ilk iki paragraf 2003 versiyonu ile aynı olmakla beraber, önemli değişiklikler üçüncü paragrafta düzenlenmektedir. Buna göre<sup>49</sup>:

Seçenek 3A paragrafında aşırı ifa güçlüğü maddesine dayanan taraf sözleşmeyi sona erdirebilir ancak diğer tarafın onayı olmaksızın hakim veya hakemden sözleşmenin uyarlanması isteyemez. Seçenek 3B paragrafında taraflardan her biri hakim veya hakemden uygun düştüğü ölçüde, menfaat dengesini korumak amacıyla sözleşmeyi uyarlamasını ya da sona erdirmesini isteme hakkına sahiptir. Seçenek 3C paragrafında ise taraflardan her biri hakim veya hakemden sözleşmenin sona erdiğini açıklamasını isteme hakkına sahiptir.

## **B. UNIDROIT DÜZENLEMELERİ**

Avrupa'da 11. yüzyıldan sonra ticari hayatın hareket kazanması ile birlikte tacirler için "ius mercatorium" olarak isimlendirilen bağımsız bir hukuk uygulanmıştır<sup>50</sup>. Ortaçağ tacirler hukuku, farklı ülkelerden gelen tacirler arasındaki uyuşmazlıkların kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmadan, ticari adet ve teamüller esas alınarak çözümlenmesini öngörmüştür<sup>51</sup>. Ancak özellikle ikinci dünya savaşı sonrasında ekonomik gelişmelerin de yol göstermesi ile bazı örgütler model kanunlar yaratarak uluslararası kanun koyucu işlevini üstlenmeye başlamıştır<sup>52</sup>. Bu kuruluşlardan birisi olan ve Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 63 üyesi bulunan *International Institute for the Unification of Private Law* ("UNIDROIT"), özel hukukun birleştirilmesi ve uluslararası ticaret hukukunun gelişmesi amacıyla çalışma göstermekte ve bu kapsamda konvansiyonlar, model kanunlar ve ilkeler yayınlamaktadır<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. ERDEM, Ercüment, **Revision of the ICC Force Majeure and Hardship Clause, in Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts**, 2018, s. 121 vd.

<sup>49</sup> <https://icc.tobb.org.tr/docs/2020/MTO>, E.T: 07.02.2022

<sup>50</sup> OĞUZ, Arzu, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği", **AÜHF**, Y.2001, C.50, S.3, s.20 ;AYOĞLU, Tolga, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 8

<sup>51</sup> AYOĞLU, **Lex Mercatoria**, s. 8

<sup>52</sup> OĞUZ, s.22

<sup>53</sup> ÇALIŞKAN, Yusuf, "UNIDROIT'nın Özel Hukuka İlişkin Çalışmalarına Genel Bir Bakış", **Public and Private International Law Bulletin**, Araştırma Makalesi, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, s. 463; DIMATTEO, A. Larry, **Law of International Contracting**, Second Edition, Kluwer Law International, Wolters Kluwer Law&Business, 2009, s. 207

UNIDROIT, devletlerin özel hukuklarının yeknesaklaştırılması ve koordinasyonu amacıyla metotlar araştırmak ve yeknesak bir hukuk uygulamasının gelişimini hazırlamak amacıyla çalışmalar yürütmekte olup, “Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri” (“*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*”) bu kapsamda UNIDROIT tarafından yayınlanmış uluslararası restatement metodu ile hazırlanan ve *lex mercatoria*’nın önemli kaynakları arasında sayılan bir metindir<sup>54</sup>. Unidroit Uluslararası Ticari Sözleşme ilkeleri ilk olarak 1994 yılında yayınlanmış<sup>55</sup>, son olarak da 2016 yılında son şeklini almıştır<sup>56</sup>.

1994 yılında özel hukukun birleştirilmesi amacı ile uluslararası bir enstitü olan UNIDROIT tarafından yayımlanan (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*) (*PICC*)’nin 6.2.1 ve 6.2.3 maddeleri arasında *hardship* düzenlenmiş olup, *PICC*’nin *lex mercatoria* niteliği dahi tartışma konusu iken, bu hükümler öğretide büyük ilgi görmüştür<sup>57</sup>. Madde 6.2.1 ile ahde vefa prensibi nezdinde tarafların borçlarını yerine getirmekle yükümlü oldukları belirtilmiş olup, buna göre taraflardan birisi için borcun ifasının ağırlaşması ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır<sup>58</sup>. Başka bir anlatımla, beklenen kar yerine önemli derecede zarar ediliyor ya da bu taraf için ifa anlamsız hale gelmiş ise de sözleşme hükümlerine uygun davranılması gerekmektedir<sup>59</sup>. Madde 6.2.2 ve 6.2.3 sırasıyla beklenmedik halin tanımı ve etkilerini ele almaktadır. Bu ayırımın amacı, tanıma daha fazla netlik kazandırmaktır<sup>60</sup>.

Unidroit Prensipleri 1994 yılında kabul edildiğinde, uluslararası ticari hukuk normlarının gelişiminde ifa güçlüğü prensibi sözleşme hükümlerinden bağımsız olarak ilk defa kabul edilmiştir. Bundan önce hiçbir tahkim hakemi (basılı bir kararda) sözleşmenin değişen koşullara adapte edilmesi gerektiğine karar vermek için *pacta sunt servanda* ilkesini hükümsüz saymamıştır<sup>61</sup>.

Unidroit düzenlemelerinde mücbir sebep kuralı oldukça sert ve katıdır. Tamamen imkansızlıktan başka hiçbir şey ifayı veya kısmi ifayı mazur gösteremez. Uygulanamazlık da mazeret için yeterli olmayıp, bunun yerine yeniden müzakereyi gerektirir ve mahkemeye, aşırı ifa güçlüğüne dikkate alınması için sözleşmeyi “uyarlama” (revize etme) yetkisi tanır<sup>62</sup>. Mücbir sebep maddesi

<sup>54</sup> ÇALIŞKAN, **UNIDROIT**, s. 480; EKŞİ, Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Beta Yayınevi, 2015, s. 56 vd. ; bu hususta ayrıca bkz. AYOĞLU, **Lex Mercatoria**, s. 224 vd.

<sup>55</sup> [www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf), E.T. 27.01.2021

<sup>56</sup> <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.

E.T.26.04.2022, İlkeler ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. OĞUZ, s. 11-53

<sup>57</sup> BAYSAL, s. 103

<sup>58</sup> ACAR, s. 122, Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca Bkz. MASKOW, s. 660-663

<sup>59</sup> Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İLKELERİ 2016, s. 208

<sup>60</sup> MASKOW, s. 661

<sup>61</sup> KESSEDJIAN, s. 420

<sup>62</sup> PERILLO, Joseph, “Force Majeure and Hardship Under The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, **Fordham University School of Law**, 1997, s. 21

uyarınca, sözleşmeye aykırılık esaslı ve ifa henüz gerçekleşmemişse zarar gören tarafın sözleşmeden dönme hakkı sınırlanamaz ve eğer koşulları varsa sözleşmeyi ihlal eden taraf yalnızca tazminat sorumluluğundan kurtulur<sup>63</sup>.

Anılan maddelerin ifa ile ilgili bölümde bulunması tesadüf olmayıp, aksine mücbir sebep ile ilgili 7.1.7. maddesi ifa etmeme bölümünde yer almakta, bunun sebebi de uluslararası ticarete force majeure ve hardship klozları arasındaki farkın dikkate alınmasıdır. Bu klozlar kural olarak farklı alanları düzenlemekte, mücbir sebebin bir ifa etmeme ve imkansızlık sorunu olması karşısında, hardship ifa sürecinde ortaya çıkan ve ifayı imkansız kılmayıp zorlaştıran bir engeldir<sup>64</sup>. PICC düzenlemesi de bu hükümler bakımından anılan bu ayrıma dayanır ve hardship ifadesinin tercih edilmesi de uluslararası sözleşme terminolojisinin dikkate alındığını göstermekte olup<sup>65</sup>, uluslararası ticari sözleşme uygulamasında sıkça kullanılmakta ve yaygın olarak bilinmektedir<sup>66</sup>.

Mücbir sebep, aşırı ifa güçlüğüne olduğu gibi genellikle uzun süreli sözleşmeler ile ilgili olup, aynı durumlar hem aşırı ifa güçlüğü hem de mücbir sebep teşkil edebilir ancak aşırı ifa güçlüğü durumunda, var olan ilkelerde tarafların sözleşme ilişkisini sona erdirmek yerine devam ettirmeyi sağlayacak şekilde müzakere etmeleri teşvik edilmektedir<sup>67</sup>. Benzer biçimde mücbir sebep durumunda, ilişkinin süresi ve niteliği ile değeri ve yine ilerideki yatırımlar da dikkate alındığında, tarafların sözleşme ilişkisini sona erdirmek yerine ilişkiye devam etmeleri yararlarına olacağından, mücbir sebep halinde dahi taraflar sözleşmelerinde ilişkinin devam ettirilmesini kararlaştırarak, sözleşmenin feshini son çare olarak öngörebilirler<sup>68</sup>.

PICC'nin sözleşmeye bağlılık başlığını taşıyan altıncı kısmının ikinci bölümünün ilk maddesinde (6.2.1.) :

*“Karşılaşılan güçlüğü ilişkin aşağıdaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, ifa daha fazlaya mal olsa bile, taraflar yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadırlar.”*<sup>69</sup>

Görüldüğü gibi Unidroit ilkelerinde de sözleşmeye bağlılık ilkesi ana ilke olarak korunmakta ve böylelikle de hardship'in istisnai karakteri de düzenlemede vurgulanmaktadır. Hardship'den bahsedilebilmesi için gerekli olan şartlar PICC'nin 6.2.2 maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

---

<sup>63</sup> Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İLKELERİ 2016, s. 232

<sup>64</sup> MASKOW, s. 664

<sup>65</sup> BAYSAL, s. 103

<sup>66</sup> BRUNNER, s. 4; Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İLKELERİ 2016, s. 209

<sup>67</sup> Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İLKELERİ 2016, s. 233

<sup>68</sup> Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İLKELERİ 2016, s. 233

<sup>69</sup> DAYINLARLI, Kemal, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2011, s. 27'den aynen alıntı ; PERILLO, s. 21-22; LEVY, Mark, **Gas Price Arbitrations**, A Practical Handbook, Globe Law and Business, s. 63

Edimlerin dengesini temelden değiştiren olayların (*fundamentally alters the equilibrium of the contract*) meydana gelmesi halinde güç durum vardır; ya borçların ifasının maliyeti artmıştır ya da karşı edimin değeri azalmıştır<sup>70</sup>. Daha açık bir ifade ile, ifayı gerçekleştiren tarafın katlandığı maliyetlerin artması veya karşı tarafın ifadan elde ettiği değer azalması nedeniyle, ortaya çıkan durumların sözleşmede kurulan dengeyi temelden sarması ve,

(a) Söz konusu olayların sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış olması veya dezavantajlı tarafça sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenilmiş olması;

(b) Söz konusu durumun, sözleşmenin kurulması anında zarar gören tarafça dikkate alınmasının makul şartlar dairesince mümkün olmamış olmaması;

(c) Söz konusu durumun, zarar gören tarafın kontrolü dışında gerçekleşmiş olması ve

(d) Söz konusu durumun doğurduğu risklerin zarar gören tarafça yüklenilmemiş olması durumunda aşırı ifa güçlüğünden söz edilir<sup>71</sup>.

Maddede edimlerin dengesini temelden etkileyen olayların varlığı aranmış ancak bu olayların ne tür olaylar olması gerektiği yönünde bir ayrıma yer verilmemiş olup, bunların ne zaman edimlerin dengesini sarsacak nitelikte olacağı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulacaktır<sup>72</sup>. Genel kuralın şartlarda meydana gelen değişikliğin ifa yükümlülüğüne etki etmeyeceği olmasından dolayı, sözleşme dengesi esaslı şekilde değişmediği müddetçe aşırı ifa güçlüğüne başvurulamayacak olup, değişikliğin esaslı bir değişiklik olup olmadığı da somut olaydaki şartlara bağlıdır<sup>73</sup>.

PICC'nin 6.2.3. maddesi hardship durumunun sonuçlarını düzenlemekte ve buna göre tarafların öncelikle müzakerelere girişecekleri ve makul bir süre içinde uzlaşamamaları halinde konuyu hakem ya da hakim önüne taşıyacakları belirtilmektedir. Maddenin ilk fıkrası gereğince zarar gören taraf gecikmeden ve gerekçeli olacak şekilde sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini talep edebilecek ve bu süreç zarar gören tarafın olaya ilişkin yeterli bilgi içerecek şekilde sözleşmenin karşı tarafına yapacağı bildirimle başlayacaktır. Aksi durumda ya da bildirim geç yapılması halinde herhangi yaptırım maddede düzenlenmemiş olup, bu durumun meydana gelmesi hakem ya da hakimde hardship durumunun oluşmadığına ilişkin bir kanaat meydana getirebilir ancak bu maddede yer alan hakların düşmesine neden olmayacak ve müzakereler süresi zarfında aksi kararlaştırılmamış ise edimler ifa edilmeye devam edecektir<sup>74</sup>.

PICC'nin 6.2.3. maddesinde, yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda, borçlunun karşı taraftan sözleşme şartlarının yeniden müzakere

<sup>70</sup> DAYINLARLI, s. 28

<sup>71</sup> BERGER, s. 1350; DAYINLARLI, s. 28; LEVY, s. 63-64

<sup>72</sup> BAYSAL, s. 104

<sup>73</sup> Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İLKELEERİ 2016, s. 213

<sup>74</sup> KÖSOĞLU, s. 209



edilmesini isteyebileceği belirtilmiştir fakat karşı tarafın müzakere talebine icabet etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte madde yorumunda tarafların iyiniyetle ve ortak hareket etme kurallarına uygun şekilde davranmaları gerektiği belirtilmiş olup, karşı tarafın hiçbir gerekçe sunmadan müzakere talebini kabul etmemesinin dürüstlük kuralına uygun olmayacağı ifade edilebilecektir<sup>75</sup>.

Aşırı İfa Güçlüğü'nün etkileri başlıklı 6.2.3. maddesi;

(a) Aşırı ifa güçlüğü durumunda, zarar gören taraf sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini isteme hakkına sahiptir. Talebin gecikmeksizin yapılması ve talepte talep gerekçelerinin belirtilmesi gerekmektedir.

(b) Yeniden müzakere talebinde bulunulması, tek başına zarar gören tarafa ifayı durdurma hakkı tanımaz.

(c) Taraflar arasında makul bir sürede anlaşma sağlanamaması durumunda, taraflar konuyu yargıya taşımakta serbesttir.

(d) Mahkemenin aşırı ifa güçlüğü'nü tespit etmesi halinde ve makul olduğuna kanaat getirmesi durumunda:

(i) Sözleşmeyi belirlenecek bir tarihte ve şartlarda feshedebilir veya

(ii) Sözleşmenin bozulan dengesini yeniden sağlayacak şekilde sözleşmenin uyarlamasını yapabilir<sup>76</sup>.

Müzakere talebinde bulunulan tarafın bunu kabul etmemesi ya da müzakereye rağmen anlaşma sağlanamaması durumlarında, taraflardan birisi mahkemeye müracaat edebilir ve mahkeme de şartları değerlendirip sözleşmenin sona erdirilmesine ya da sözleşmeyi taraf dengesini tekrar tesis edecek şekilde uyarlayabilecektir. Taraflara doğrudan mahkemeye başvurma hakkı tanınmamış, uyuşmazlığı öncelikle kendi aralarında çözmeleri beklenmiş<sup>77</sup>, taraflardan biri iyiniyet kurallarına aykırı olarak müzakerelere katılmaz ya da engellerse bu durumda mahkemeye başvurulabilecektir. Mahkeme uygun görürse sözleşmeyi fesh edebilecek ya da edimler dengesini yeniden sağlayacak şekilde sözleşmeyi uyarlayabilecektir. Mahkemenin bu açıdan ne yönde hareket edeceği somut olayın şartlarına göre belirlenecek olup, mahkeme bu anlamda sözleşmenin sona erdirilmesine ya da uyarlamaya karar vermek zorunda olmayıp, taraflar tekrar sözleşme şartlarını müzakereye yönlendirilebilir veya sözleşmenin aynen ifası istenebilir<sup>78</sup>. Kessedjian'ın ilgili eserinde bazı devlet hukuklarında hakimlerin ekonomik ilişkiler ve koşullar hakkında az bilgiye sahip olmaları nedeniyle uyarlama konusunda uzman olmamaları veya uyarlama yetkisi bulunmadığından,

<sup>75</sup> ACAR, s. 125

<sup>76</sup> BERGER, s. 1350-1351; LEVY, s. 64

<sup>77</sup> SÜRAL, Ceyda, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, s. 118

<sup>78</sup> ACAR, s. 127

bu düzenlemenin doktrinde eleştirilmiş olduğu vurgulanmış ancak hangi devler hukuklarından bahsedilmiş olduğu belirtilmemiştir<sup>79</sup>.

Şayet ifa aşırı külfetli bir hale gelmişse, bu külfete katlanan taraf, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için müzakerelerde bulunulmasını isteme hakkına sahiptir. Söz konusu talebin “gecikilmeksizin” yapılması gerekse de talebin gecikmeyle yapılması onun reddedileceği anlamına gelmemektedir. İlkelerde ayrıca iletişime vurgu yapılmıştır. Bu nedenle, sebepler bariz olmadıkça talebin nedenlerinin belirtilmesi gerekmektedir. Eğer aşırı ifa güçlüğü talebi haklı bir gerekçeye dayanıyorsa, diğer tarafın, sözleşmenin güçlüğün ortadan kaldırılmasına yönelik şekilde uyarlanması için iyi niyet çerçevesinde müzakerede bulunma yükümlülüğü vardır. Müzakerelerde kötü niyetli bir şekilde hareket eden veya müzakereleri kötü niyetle kesen taraf diğer tarafın katlandığı zarardan sorumludur. Taraflar arasında bir mutabakat sağlanamaması durumunda, her iki taraf da mahkemeye gidebilir<sup>80</sup>.

Karşılaştırma yapılması adına, gaz fiyatı üzerinde yeniden görüşmelerin başlatılması için yaygın olarak kullanılan düzenlemeye örnek olarak aşağıdaki gösterilebilir:<sup>81</sup>

*“Eğer... alıcı piyasasındaki ekonomik koşullar... sözleşmenin imzalandığı zamanda beklenen koşullarla karşılaştırıldığında tarafların kontrolünün dışındaki nedenlerle önemli ölçüde değişirse... ve sözleşme fiyatı... alıcı piyasasındaki doğal gaz değerini yansıtmazsa”*

veya

*“İşbu Sözleşmenin yürürlükte kaldığı dönem boyunca herhangi bir zamanda işbu Sözleşme konusu Doğal Gazın teslim edilmesine veya teslim alınmasına etki edecek şekilde faaliyet, para, teknik veya ticari koşullarda önemli bir değişikliğin ortaya çıkması ve bunun sonunda Taraflardan herhangi birisinin Sözleşmenin hüküm ve koşullarını yerine getirmede zorluk yaşamaması durumunda, bundan etkilenen Taraf, diğer Tarafa yazılı bildirimde bulunarak söz konusu değişen koşullarda Sözleşmenin hüküm ve koşullarını gözden geçirmek üzere görüşme talebinde bulunabilecektir.”*

Hem fiyat görüşmelerinin yeniden başlatılması hem ifa güçlüğü hükümleri beklenmedik olanı ele almanın yollarını arar. Sözleşmenin yerine getirilmesini haddinden fazla zorlaştıran, tarafların kontrolü dışında olan beklenmedik bir olayda (koşulların ayrıntıları ve derecesi farklı olabilir) bir şey yapılmalıdır. Bu “bir şey” genelde tarafların bir çözüm üzerinde anlaşmaya varmasını kapsar ve başarısız olunması durumunda bir üçüncü taraf (bilirkişi, hakem heyeti veya ulusal mahkeme) sözleşmeyi değiştirerek bir çözüm önerisinde bulunur<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> KESSEDJIAN, s. 422

<sup>80</sup> PERILLO, s. 25

<sup>81</sup> LEVY, s. 64

<sup>82</sup> LEVY, s. 65

Burada önemli bir soru, aşırı ifa güçlüğü iddiasında bulunan tarafın, sözleşmenin mutabakatla veya mahkeme tarafından tadil edilmesine kadar ifayı erteleyip erteleyemeyeceğidir. Bu konudaki katı kurala göre, yeniden müzakere talebinde bulunulması, tek başına zarar gören tarafa ifayı durdurma hakkı tanımaz. Bu konudaki yaygın görüş de aynı yönde olup ifanın ertelenmesi ancak istisnai durumlarda mümkündür. Eğer mahkeme hukuken geçerli bir aşırı ifa güçlüğü var olduğu sonucuna varırsa, sözleşmeyi feshedebilir veya sözleşme dengesinin yeniden kurulması için sözleşmeyi revize edebilir. Yaygın görüşe göre mahkemeler sözleşmelerin feshedilmesi veya revize edilmesi konusunda oldukça esnek bir yetkiye sahiptir. Fesih mahkemelerin uygun göreceği şartlar altında gerçekleştirilebilir. Birçok durumda, aşırı ifa güçlüğüne maruz kalmayan tarafın haklarının da telafisi gerektiğinin belirtilmesi gerekir. Revizyon her zaman için fiyatta bir düzeltme yapılmasını gerektirmez. Bir örnekte, teslimat yerinin değiştirilebileceğinden bahsedilmiştir. Elbette, mahkemelerin, sözleşmenin ilk başta ne şekilde anlaşma sağlandıysa aynı şekilde uygulanması gerektiğini belirterek sözleşmenin revize edilmesini reddetme ihtimali her zaman için vardır.<sup>83</sup>

Hukuk sistemlerince hâkimlerin sözleşmeyi uyarlamasına izin vermeyen farklı devlet mahkemelerinin bu kılavuza uyması son derece zor olacaktır. Aynı zamanda birçok devlette hakimler bu konuda uzman değildir ve ekonomik ilişkiler ve koşullar hakkında pek az bilgiye sahiptir. Bu nedenle sözleşmeyi uyarlama kararı almaları çok zor olabilir.<sup>84</sup> Hardship'in uygulanması için gerekli olan şartlardan birisi de olayın önceden görülemez niteliği olup, bu şartın aynı zamanda çok katı bir biçimde değerlendirmeye tabi tutulmayacağı da söylenebilecektir. Yine olayların mağdur tarafın kontrolü dışında gelişmiş olması da bir başka şart olup, tarafların bu olayın riskini üstlenmemiş olmaları da gözetilmektedir.<sup>85</sup>

Esasen bu düzenlemeler, sözleşmelerdeki ticari dengenin yeniden sağlanması veya oluşturulması amacı taşımasa da sözleşmelerin kurulması esnasında öngörülemeyen ekonomik, siyasi veya toplumsal olayların yaratabileceği risklere karşı bir önlem niteliğindedir. Diğer taraftan, aşırı ifa güçlüğü kavramı, doğrudan sözleşmenin ticari dengesinin korunmasına yöneliktir ve aşırı ifa güçlüğü, taraflardan birisi adına ortaya çıkan yükün “fedakarlıkta bulunma sınırına” kadar gelmiş olması üzerine ortaya çıkar. Aşırı ifa güçlüğü hukuki bir sonucu olarak, taraflar sözleşmeden doğan ilişkilerini yeniden müzakere etmekle yükümlüdür. Bu bakımdan, aşırı ifa güçlüğü kavramı, yeniden müzakere maddelerinde yer alan benzeri düzenlemelerden ayrılmaktadır; bu da akdi yükümlülükleri, ticari dengede yapılacak düzeltmeler bakımından daha esnek hale getirmektedir.

---

<sup>83</sup> PERILLO, s. 25-26

<sup>84</sup> KESSEDJIAN, s. 422

<sup>85</sup> BAYSAL, s. 105

## SONUÇ

Sözleşmenin kuruluşu esnasında tarafların menfaatleri birbirlerine eşit ve ekonomik olarak dengede olsa da, özellikle uzun süreli sözleşmelerde (*long term agreements*) sözleşmenin kuruluş anı ile tarafların yükümlülüklerini ifa edecekleri zaman aralığında, tarafların yükümlülüklerini ve sözleşme ilişkisini etkileyen önemli değişimler gerçekleşebilir. Sözleşme koşullarını doğrudan etkileyen bu değişimler sözleşmenin kurulması zamanında taraflar arasında var olan dengeyi de bozabilmektedir. Bu değişimler uluslararası ticari sözleşmelerde, mahalli sözleşmelere oranla daha ciddi etkiler yaratmaktadır.

Uzun dönemli milletlerarası doğal gaz sözleşmeleri de bu kapsamda yer almakta olup, ülkelerdeki ekonomik dalgalanmalardan doğrudan etkilenebilmektedir. Bu çerçevede sözleşmelerin değişen şartlara yönelik olarak uyarlanması karşımıza çıkmakta ve yine her hukuk sisteminin aşırı ifa güçlüğü ve mücbir sebep düzenlemelerine olan yaklaşımının farklı olması nedeniyle, uluslararası ticaret pratiğinin sözleşmelerin uyarlanması açısından önemi dikkate alınır, uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan kuralların taraflarca sözleşmelerde uygulanması önem arz etmektedir. ICC düzenlemeleri ile UNIDROIT prensipleri uluslararası ticarete yaygın olarak uygulanmaktadır.

ICC'nin 2020 yılında yayımlanmış olduğu aşırı ifa güçlüğü maddelerinin taraflarca sözleşmelerinde uygulanabileceği, aynı zamanda ICC'nin 2020 maddelerinin 2003 maddeleri'ni yürürlükten kaldırmadığı, tarafların 2003 maddelerini kullanmaya devam edebilecekleri ve bunun için söz konusu maddelere açıkça atıf yapmaları gerekirse de, gerek taraf gereksinimlerine uygunluğu gerekse de sözleşmenin uyarlanması hususunda açıkça düzenleme yapılmış olması dikkate alındığında, ICC'nin 2020 yılı aşırı ifa güçlüğü düzenlemelerinin taraflarca tercih edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşme ilkelerinde, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, borçların ifası adlı 6. bölümünün, ifa güçlüğü (*hardship*) madde başlığını taşıyan 2. kısmında düzenlenmiştir. UNIDROIT düzenlemesinde, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) prensibine vurgu yapılmış, temel prensibin sözleşmeye bağlılık olduğu, uyarlamanın ise ancak istisnai durumlarda söz konusu olabileceği belirtilmiş olup, bu yaklaşımın Yargıtay'ın birçok kararında da aynen tekrar edilerek Türk maddi hukukunda da aynı yaklaşım tarzının benimsendiği söylenebilir. Undroit prensiplerinde müzakerelerin amacı sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamak veya sözleşmeden dönmek olup, uyarlamayı sadece mahkemeler değil, müzakere yoluyla taraflar da yapabilmektedir. Bu durumun mahkeme aşamasına gelmeden uyuşmazlığın taraflarca çözümüne yönelik olması nedeniyle makul bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

**Yazarların Notu:** Bu makale ikinci yazarın doktora tezinden üretilmiştir.

---

#### **KAYNAKÇA / REFERENCES**

ACAR, HAKAN, “Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü”, **EÜHFD**, Y.2013, C.12, S. 1-2.

AYOĞLU, Tolga, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

AYRANCI, Hasan, **Enerji Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

BAYSAL, Başak, **Sözleşmenin Uyarlanması, BK m.138 Aşırı İfa Güçlüğü**, 4. Basım, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

BERGER, Klaus, Peter, “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol.36, No:4, 2003.

BURCUOĞLU, Haluk, **Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Dövizle Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Uygulaması**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995.

BRUNNER, Christoph, **Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles, Exemption For Non-Performance In International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, Wolters Kluwer Law&Business, 2009.

ÇALIŞKAN, Yusuf, **Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

ÇALIŞKAN, Yusuf, “Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması”, **MHB**, Y.2004, C. 24.

ÇALIŞKAN, Yusuf, “UNIDROIT’ın Özel Hukuka İlişkin Çalışmalarına Genel Bir Bakış”, **Public and Private International Law Bulletin**, Araştırma Makalesi, İstanbul Üniversitesi Yayınevi.

DAYINLARLI, Kemal, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2011.

DIMATTEO, A. Larry, **Law of International Contracting**, Second Edition, Kluwer Law International, Wolters Kluwer Law&Business, 2009.

EKŞİ, Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Beta Yayınevi, 2015.

ERDEM, Ercüment, **Revision of the ICC Force Majeure and Hardship Clause, in Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts**, 2018.

ICC Force Majeure Clause 2003- ICC Hardship Clause 2003, International Trade, The World Business Organization, Developed by the ICC Commission on Commercial Law and Practice, Draftsman-in-chief: Professor Charles Debattista, ICC Publishing S.A, 2003.

İZMİRLİ AYHAN, Hilal Lale, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması”, **Doktora Tezi**, Gazi Üniversitesi, 2016

KAPLAN, İbrahim, **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uyarlanması**, Seçkin Yayınevi, 2007.

KESSEDJIAN, Catherine, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, **International Review of Law and Economics** 25, 2005.

KÖSOĞLU, Mehmet, “Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Kızları”, **Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi, 2010.

KÖŞGEROĞLU ŞİT, Banu, **Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

LEVY, Mark, **Gas Price Arbitrations**, A Practical Handbook, Globe Law and Business.

MASKOW, Dietrich, “Hardship and Force Majeure”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol.40, Issue 3, 1992.

OĞUZ, Arzu, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkeleri’nin Lex Mercatoria Niteliği”, **AÜHFİM**, Y.2001, C.50, S.3.

OMORHIRHI, Ivie, “Gas Market Liberalisation and Long Term Gas Sales Contracts: Are They Compatible?” **CEPMLP Annual Review (CAR)**, Centre for

Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy University of Dundee, Car-10 Version, 2007.

PERILLO, Joseph, “Force Majeure and Hardship Under The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, **Fordham University School of Law**, 1997.

PUELINCKX, A.H., “Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances”, **3 J.Int'l Arb.** 1986, No. 2, at 47 et seq.

SÜRAL, Ceyda, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.

ŞANLI, Cemal, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Yedinci Bası, Beta Yayınevi, 2019.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, “Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk”, **AÜHF Döner Sermaye Yayınları**, Y.1996, S.19.

Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İLKELEİ 2016, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ZLAMAL, David, **Option Embedded in The Gas Sales' Contracts**, 2005.

<https://icc.tobb.org.tr/docs/2020/MTO>

[www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf)

<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>





# AİLE KAVRAMI, İSLÂM HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA AİLENİN TANIMI VE KAPSAMI

Akif DURSUN\*

## Öz

Genellikle insanların fazla kullandığı kelimelerin manasının herkes tarafından bilindiği varsayılır. Ancak çok kere herkesin çok kullandığı kelimelerin tanımları daha zordur. Çünkü pek çok bilim dalı ile bağlantısı olur ve her ilim dalı kendi zaviyesinden bir tanım geliştirir. Bir de buna halk arasındaki kullanım dâhil edilince konu biraz daha karmaşıklaşır. Aile kelimesi de böyle bir kelimedir. Herkese dokunan bir tarafı vardır. Bu sebeple aile denildiğinde toplumdan topluma farklı manalar verildiği gibi kişiler de farklı manalar verebilir. Aile ile ilgilenen bilim dalları da kendi açılarından tanımlar yapar. Aile çeşitli bilim dallarının temel uğraş alanlarından biri olduğu gibi hukukun da temel düzenleme alanlarından biridir. “Aileyi, Türk toplumunun temeli” kabul eden Anayasamız bunu koruma vazifesini de devlete yüklemiştir. Bu sebeple ailenin tanımlanması, kapsamının tespit edilmesi önemlidir. Bu makalede aile kelimesinin hukuk açısından ne ifade ettiği İslâm hukuku ve Türk hukuku açısından incelenmiştir. Bu yapılırken öncelikle “aile” kelimesinin kökü, bu hususta yazarların kullanımı, gelişimi, aileyi ifade için hangi kelime ve terimlerin kullanıldığı incelenmiş; sonra hem mer’î hukuktaki hem de İslâm hukukundaki kapsamı tespit edilmiş, ardından ailenin İslâm hukuku ve Türk hukukuna göre tanımları incelenmiş, eksik fazla yönleri gösterilmiş ve İslâm hukukundaki hükümler esas alınarak bir tanım geliştirilmeye çalışılmıştır. Alanımız olması nedeniyle konu temelde İslâm hukuku açısından incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *İslâm hukuku, Türk Hukuku, Medeni Kanun, aile, üsre, hısımlık*

---

\* Dr. Öğretim Üyesi, Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, ORCID No:0000-0001-5392-2162; akif.dursun@medeniyet.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 17.07.2022

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 21.08.2022

Bu makaleye atf için; DURSUN Akif, *Aile Kavramı, İslâm Hukukunda ve Türk Hukukunda Ailenin Tanımı ve Kapsamı*, İMHFD, C. 7, S. 13, 2022, s. 407-448.

## **THE CONCEPT OF FAMILY, DEFINITION AND SCOPE OF FAMILY IN ISLAMIC AND TURKISH LAW**

### **Abstract**

It is generally assumed that the meaning of words that people use too much is known by everyone. However, defining of words that everyone uses often are more difficult. Because it has various connections with many fields of science and each branch of science develops a definition from its own point of view and when the common usage is included in this, the issue gets a little more complicated. The word family is one of these words. There is something that touches everyone. Due to this, when the family is mentioned, different meanings are given from society to society, and people can also have different meanings. The branches of science dealing with the family also make definitions from their own perspectives. Family is one of the main areas of interest of various branches of science, as well as one of the main regulation areas of law. Turkish Constitution, which accepts the "family as the foundation of Turkish society", has assigned the duty of protecting this to the state. For this reason, it is important to define the family and determine its scope. In this article, what the word family means in terms of law is examined in terms of Islamic law and Turkish law. While doing this, first of all, the root of the word "family", the use and development of those who wrote about it, which words and terms are used to express the family were examined; Then, its scopes in both legal and Islamic law were determined, then the definitions of family according to Islamic law and Turkish law were examined, its missing and more aspects were shown and a definition was tried to be developed based on the provisions in Islamic law. Since it is our field, the subject has been basically studied in terms of Islamic law.

**Keywords:** *Islamic law, Turkish law, Civil Code, family, lineage, kinship*

### **Giriş**

Aile ile ilgili bir yazı veya konuşmaya genellikle, “ailenin toplumun en küçük yapı taşı ve çok önemli olduğu” gibi bazı klişeleşmiş cümlelerle başlanır. Bu yapılırken aile kavramının muhatapların zihninde bir karşılığı olduğu, hatta hemen herkesin aile denildiğinde ne kastedildiğini bildiği varsayılır. Ancak acaba öyle midir? Meselâ, Türk Anayasasına göre, “Aile, Türk toplumunun temelidir.” (Md. 41) ve devlet, ailenin huzur ve refahı için gerekli tedbirleri almalıdır. Peki burada kastedilen aile ile Türk Medeni Kanunu (TMK), 6284 sayılı Ailenin Korunması Kanunu veya Türk Ceza Kanunu’ndaki (TCK) aile aynı anlamda mıdır?

Bu soruları İslâm hukuku açısından da sorabiliriz. Aile dediğimizde İslâm hukuku açısından veya çeşitli hükümler açısından neyi kastediyoruz? Meselâ:

“Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin **ailesinden** bir hakem ve kadının **ailesinden** bir hakem gönderin.”<sup>1</sup> (en-Nisâ 4/35)

“Ey inananlar! Kendinizi ve **ailenizi**, yakıtı insanlar ve taşlar olan ateşten koruyun.”<sup>2</sup> (et-Tahrîm 66/6)

“Bu söylenenler, **ailesi** Mescid-i Haram civarında oturmayanlar içindir.”<sup>3</sup> (el-Bakara 2/196)

“Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azat etmesi ve ölenin **ailesine** teslim edilecek bir diyet vermesi gereklidir. Meğer ki ölünün **ailesi** o diyeti bağışlamış ola.”<sup>4</sup> (en-Nisâ 4/92)

“Bunun da keffâreti, **ailenize** yedirdiğiniz yemeğin orta hallisinden on fakire yedirmek.”<sup>5</sup> (el-Mâide 5/89) âyetlerinde<sup>6</sup> aile kelimesi ile karşılanan kelimeler aynı içeriği mi ifade etmektedir?

Bu makalede öncelikle “aile” kelimesinin kökü, konuyla ilgili yazarların kullanımı, gelişimi, aileyi ifade için hangi kelime ve terimlerin kullanıldığı incelenmiş; sonra hem mer’î hukuktaki hem de İslâm hukukundaki kapsamaları tespit edilmiş, ardından ailenin İslâm hukuku ve Türk hukukuna göre yapılan tanımları irdelenerek bu tanımların eksik fazla yönleri gösterilmiştir. Alanımız olması nedeniyle konu temelde İslâm hukuku açısından incelenmiştir.

Araştırma yapılırken ilk kaynaklardan başlanarak İslâmî eserlerin taraması yapılmış, kelimenin gelişim süreci tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu tarama, sadece fıkıh kitaplarına münhasır kalmamış, dil ve edebiyatla ilgili kitaplar da dâhil edilmiştir. Ailenin farklı tanım ve kapsamaları tespit edilirken ise büyük oranda fıkıh kitaplarına bağlı kalınmıştır.

## **I. AİLE KELİMESİNİN KÖKENİ VE TARİHİ GELİŞİMİ**

Aile kelimesi Arapça bir kelime olup hem a-v-l hem de a-y-l kökünden olabilir. A-v-l kökünden الْعَوْلُ (el-‘avl), haktan saparak zulmetmek, terazinin doğru ölçmemesi veya dirhem kefesini ağır gelip eşya kefesinin havaya kalkması, bir işin büyüüp karışık ve zor hale gelmesi, bir işin bir adama zor gelip tam manasıyla

---

<sup>1</sup> Kur’an-ı Kerim 4/35.

<sup>2</sup> Kur’an-ı Kerim 66/6.

<sup>3</sup> Kur’an-ı Kerim 2/196.

<sup>4</sup> Kur’an-ı Kerim 4/92.

<sup>5</sup> Kur’an-ı Kerim 5/89.

<sup>6</sup> Aralarında insicam olması için âyet meallerinin tamamı Türkiye Diyanet Vakfı mealinden alınmıştır.

sıkıntıya sokması, miras paylaşımında payın paydadan büyük olması anlamlarına<sup>7</sup> geldiği gibi aile ile ilgili manaları da vardır. Bunlara göre: عَوْلٌ ('avl) ve عِيَالَةٌ ('iyâle] bir adamın bakacağı kimselerin çok olması; evlât ve ayâlin (hanımın) ihtiyaç ve nafakalarını görmek manasındır. Aynı zamanda 'avl bir adama yük ve ağırlık olan nesne; ihtiyaçları teminde kendisinden yardım istenen kimse ve ailenin yiyecek ve nafakaları için kullanılır.<sup>8</sup>

A-y-l kökünden الْعَيْلُ (el-'ayl) ve الْعَيْلَةُ (el-'ayle) ise fakir ve muhtaç olmak manasındır.<sup>9</sup> Ayrıca عَيْلَةٌ ('ayle), fakirlik ve yoksulluk; bir kişinin bir şeyi yapmaktan âciz olması, iki yana eğilerek salına salına yürümek ve bir kişinin yitiği nerede arayacağını bilemeyip şaşırması, bir adamın nafaka ve ihtiyaçlarını sağlama manalarında kullanılır.<sup>10</sup> الْعَائِلُ (el-'âil) ise fakir demektir.<sup>11</sup>

Kitaplarda aile yerine kullanılan الْعِيَالُ (el-'iyâl), kelimesi hem a-v-l hem de a-y-l maddesinde zikredilmiş olup عَيْلٌ ('ayyil) kelimesinin çoğuludur. Av-l kökünden alındığında sıklet/ağırlık; a-y-l kökünden alındığında fakr ve acz manalarından alınarak evlâd, ezvâc ve etbâ' gibi kişinin beslediği, nafaka ve ihtiyaçlarını temin ettiği kimseler için kullanılmaktadır.<sup>12</sup>

19. yüzyıldan önce yazılan Arapça lügatlarda "aile" kelimesine yer verilmemiştir. Yukarıda geçtiği üzere müzekker (eril) sîgada, fakir erkek için الْعَائِلُ (el-'âil) kullanılıyorsa, الْعَائِلَةُ (el-'âile) fakir kadın için kullanılacaktır. Ancak söz konusu eserlerde bu husus sarahaten belirtilmemiştir.

Dille ilgili açıklamalardan anlaşıldığına göre aile kelimesinin hem vâvî hem de yâî kökle bağlantısı bulunmakta ve ihtiyaç sahibi olmakla ihtiyaç görmek manalarını tazammun etmekte ve birbirlerine ihtiyaç, nafaka, sorumluluk, yardım yönünden bağlı olanları ifade etmektedir.

Aile kelimesinin fıkıh kitaplarındaki kullanımlarından biri mirasta, belirli pay sahiplerine ait payların malın bölündüğü paydadan daha fazla olması manasındır.<sup>13</sup> Burada, sıklet/ağırlık kök anlamını koruduğu görülmektedir. Konumuzla ilgili olmaması nedeniyle bu kullanımı göz ardı edersek, aile kelimesinin bugünkü mana ile ilişkili olarak kitaplarda ilk kullanımını, *el-*

<sup>7</sup> ASIM EFENDİ, Mütercim, **el-Okyânûsu'l-Basîf fi Tercemeti'l-Kâmûsi'l-Muhîf (Kâmûsu'l-Muhîf Tercümesi)**, ed. Mustafa Koç - Eyyüp Tanrıverdi, Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2014, c. 5, s. 4664; İBN MANZÛR, Ebu'l-Fadl Muhammed b. Mükerrrem, **Lisânu'l-'Arab**, Dâru Sadır, Beyrut, 1414, c. 11, s. 481-482, 484.

<sup>8</sup> ASIM EFENDİ, c. 5, s. 4664; İBN MANZÛR, c. 11, s. 484.

<sup>9</sup> ASIM EFENDİ, c. 5, s. 4666; İBN MANZÛR, c. 11, s. 488.

<sup>10</sup> ASIM EFENDİ, c. 5, s. 4666-4667; İBN MANZÛR, c. 11, s. 488-489.

<sup>11</sup> İBN MANZÛR, c. 11, s. 488.

<sup>12</sup> ASIM EFENDİ, c. 5, s. 4665-67.

<sup>13</sup> SERAHSÎ, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl, **el-Mebsûf**, Daru'l-Mârifet, Beyrut, 1414, c. 29 s. 161. Başka eserler bunu takip etmiştir.

*Mektebetü'ş-Şâmile*'de yaptığımız taramaya göre, Cessâs'da (öl. 370/980) buluyoruz. Onun Kâ'b el-Ahbâr'dan (öl. 32/652) aktardığı bir sözde<sup>14</sup> günümüze benzer bir kullanım vardır.<sup>15</sup> Eğer bu rivâyet sahihse aile kelimesinin daha sahabe döneminde, değilse en azından Cessâs döneminde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Daha sonra Cessâs'la çağdaş olan Ebû Alî et-Tenûhî (öl. 384) aile kelimesini 'iyâl yerinde "bakmakla yükümlü olunanlar" manasında kullanmaktadır.<sup>16</sup> İbnü'l-Cevzî (öl. 597/1201),<sup>17</sup> İbn Kudâme (öl. 620/1223),<sup>18</sup> Karâfî (öl. 684/1285),<sup>19</sup> İbnü'l-Hâc (öl. 737/1336),<sup>20</sup> Demîrî (öl. 808/1405),<sup>21</sup> İbnü'n-Nejhâs ed-Dımaşkî (ö. 814/1411),<sup>22</sup> Minhâcî (ö. 889/1484'ten sonra),<sup>23</sup> Süyûtî (ö. 911/1505),<sup>24</sup> İbn Nuceym (öl. 970/1563),<sup>25</sup> Remlî (öl. 1004/1596)<sup>26</sup> de aile kelimesini aynı manada kullanmışlardır. İbn Kesîr (öl. 774/1373), Nisâ sûresinin 4. âyetinin tefsirinde İmam Şâfiî'nin, Zeyd b. Eslem ve Süfyân b. Uyeyne'nin "ذَلِكَ أَذَى الْأَتْعُولُوا" bölümünü "ailenizi (bakmakla yükümlü olduğunuz kişileri)

<sup>14</sup> "ذَنْبٌ عَنْ مَحَارِمِ اللَّهِ كَمَا تَذَنَّبُ عَنْ عَيْنِكَ" Bu rivâyet başka yerde "ذَنْبٌ عَنْ مَحَارِمِ اللَّهِ تَعَالَى كَمَا تَذَنَّبُ عَنْ عَائِلَتِكَ" şeklinde geçmektedir. bk. EBÜ UBEYD, Kâsım b. Sellâm, **en-Nâsih ve'l-mensûh fi'l-Ķur'ânî'l-aziz ve mâ fihi mine'l-ferâ'iz ve's-sünen**, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad, 1997, c. 2, s. 288. İki mana da olabilir. İlkinde "Aileni koruduğun gibi Allah'ın haram kıldıklarından korun!" ikincide ise, "Gözlerini koruduğun gibi Allah'ın haram kıldıklarından korun!" demek olur.

<sup>15</sup> CESSÂS, Ebû Bekr Ahmed b. Alî, **AhĶâmü'l-Ķur'ân**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1994, c. 2, s. 610. O dönemin yazım kurallarına uygun şekilde Eel yazmada "âyile" geçmektedir. bk. **AhĶâmü'l-Ķur'ân**, Nuruosmaniye Yazma Eser Kütüphanesi, Nuruosmaniye Koleksiyonu, vr. 496a.

<sup>16</sup> ... وَمَا يَفَاسِيهِ مِنْ كَثْرَةِ الْعَائِلَةِ، وَضَيْقِ الْحَالِ ... TENÛHÎ, Ali b. Muhassin, **el-Ferec ba'de's-şidde** (Beyrut: Daru Sadir, Beyrut 1978), c. 3, s. 120. Elyazmasında "كَثْرَةُ الْعَائِلَةِ" şeklinde yazılmış. bk., **el-Ferec ba'de's-şidde**, vr. Köprülü Yazma Eser Kütüphanesi, Fazıl Ahmed Paşa Koleksiyonu, D. No: 1349, vr. 85a. Başka nüshada ise "كَثْرَةُ الْعَيْلَةِ" şeklinde kaydedilmiştir. Bk. Köprülü Yazma Eser Kütüphanesi, Fazıl Ahmed Paşa Koleksiyonu, D. No: 1350, vr. 129b; Nuruosmaniye Yazma Eser Kütüphanesi, Nuruosmaniye Koleksiyonu, D. No: 4135, vr. 121b.)

<sup>17</sup> "... أَنَّهُمْ كَانُوا يَقْدِرُونَ عَلَى الْجَمْعِ بَيْنَ ذَلِكَ وَبَيْنَ الْقِيَامِ بِحَقْقِ الْعَائِلَةِ ..." İBNÛ'L-CEVZÎ, Ebû'l-Ferec Cemâluddîn Abdurrahmân, **Telbîsü'l-iblis**, Dâru'l-Fikr, Dimeşk, 2001, s. 129. El yazmada o zamanın yazım tarzına uygun "العائلة" şeklindedir. bk., Atıf Efendi Yazma Eser Kütüphanesi, Atıf Efendi Koleksiyonu, D. No: 2029, vr. 27a; İBNÛ'L-CEVZÎ, **Şaydü'l-hâfir**, Dâru'l-Kalem, Dimeşk, 2004, s. 382.

<sup>18</sup> İBN KUDÂME, Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed, **el-MuĶnî**, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1417, c. 6, s. 53.

<sup>19</sup> KARÂFÎ, Şehâbeddîn, **ez-Zehîra**, Dâru'l-Ķarbi'l-İslâmî, Beyrut, 1994, c. 6, s. 334.

<sup>20</sup> İBNÛ'L-HÂC, Muhammed b. Muhammed el-Abderî, **el-Medhal**, Dâru't-Turâs, t.y., c. 2, s. 111, 115, c. 3, s. 146.

<sup>21</sup> DEMÎRÎ, Ebûl-Bekâ Kemâluddîn, **en-Necmu'l-vehhâc fi Şerhi'l-Minhâc**, Dâru'l-Minhâc, Suudi Arabistan, 2004, c. 5, s. 554.

<sup>22</sup> İBNÛ'N-NEHĶÂS, Ebü Zekerıyyâ Muhyiddîn Ahmed, **Tenbîhü'l-ĝâfilîn 'an a'mâli'l-câhilîn ve tahzîrü's-sâlikîn min ef'âli'l-hâlikîn**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1987, s. 48.

<sup>23</sup> MİNHÂCÎ, Şemsuddîn Muhammed, **Cevâhiru'l-ukûd ve mu'înu'l-kuĶât ve'l-muvaĶĶî'in ve's-şuhûd**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1996, c. 2, s. 372.

<sup>24</sup> SÜYÛTÎ, Celâluddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr, **Mâ revâhü'l-esâfîn fi 'ademi'l-mecî' ile's-selâfîn**, Dâru's-Sahâbe, Mısır, 1991, s. 66.

<sup>25</sup> İBN NUCEYM, Zeynüddîn b. İbrâhîm, **el-Bahrü'r-râ'îĶ şerhu Kenzi'd-deĶâ'îĶ**, Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, Kahire, t.y., c. 3, s. 74.

<sup>26</sup> REMLÎ, Şemseddîn, **Nihâyetü'l-muĶtâc ilâ şerhi'l-Minhâc**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1984), c. 5, s. 417.

çoğaltmayı” manasına anladıklarını söylemekte ve buna itiraz ederken “aile” kavramını kullanmaktadır.<sup>27</sup>

Bazı âlimler ise aile kelimesini bugünkü manada veya benzer kullanmışlardır. Yakut Hamevî (öl. 626/1229),<sup>28</sup> Harâllî (öl. 637/1240),<sup>29</sup> Sehâvî (ö. 643/1245),<sup>30</sup> Alemüddîn Birzâlî (ö. 739/1339),<sup>31</sup> İbn Kesîr,<sup>32</sup> İbn Hacer el-Askalânî (ö. 852/1449),<sup>33</sup> İsmâil Hakkı Bursevî (ö. 1137/1725),<sup>34</sup> Şevkânî (ö. 1250/1834),<sup>35</sup> bunlar arasındadır. Ayrıca Osmanlı’da hizmet eden Fâris eş-Şidyâk (ö. 1305/1887) 1855’te Paris’te basılan eserinde aile kelimesini bugünkü anlamda kullanmaktadır.<sup>36</sup> Bunlar haricinde Suriyeli ve İstanbul’a da gelmiş olan Seyyid Abdurrahmân el-Kevâkibî (1854-1902)<sup>37</sup> ile Zeyneb Fevvâz (1860-1914)<sup>38</sup> ve İbn Âşûr (öl. 1973),<sup>39</sup> kelimeyi bugün Türkçede kullanıldığı manada kullanmaktadır.

1175-1180 (1762-1767) arasında yazılan bir günlükte aile en geniş anlamıyla sülale manasına kullanılmıştır.<sup>40</sup> Cornelius Van Dyck (öl. 1895) aile kelimesini sülale manasına kullanmıştır.<sup>41</sup> Bu kullanım daha sonra yaygınlık kazanmıştır. Günümüzde de Arap yazarlar aile kelimesini genellikle soy-sülale-hanedan manasına kullanmaktadır.<sup>42</sup> Bununla birlikte son yüzyılda aile kelimesinin

<sup>27</sup> İBN KESÎR, Ebü'l-Fidâ' İmâdüddîn İsmâil, **Tefsîrü'l-*Qur*'ânî'l-*azîm***, Dâru Taybe, t.y., c. 2, s. 212.

<sup>28</sup> HAMEVÎ, Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed, **Mu'cemü'l-üdebâ' (İrşâdü'l-erîb ilâ ma'rifeti'l-edîb)**, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1993, c. 5, s. 2357.

<sup>29</sup> HARÂLLÎ, Ebü'l-Hasen Alî b. Ahmed, **Türâsü Ebu'l-Hasen Harâllî fi't-tefsîr**, Ribat, 1997, s. 225.

<sup>30</sup> SEHÂVÎ, Alemüddîn Alî b. Muhammed, **Tefsîrü'l-*Qur*'ân**, Dâru'n-Neşr li'l-Câmiât, b.y., 2009, c. 1, s. 410.

<sup>31</sup> BİRZÂLÎ, Alemüddîn Kâsım b. Muhammed, **el-Muķtefâ' (Târîhu'l-Birzâlî)**, el-Mektebetü'l-Asriyye, Beyrut, 2006, c. 4, s. 306.

<sup>32</sup> İBN KESÎR, c. 2, s. 215. Nisâ sûresi 5. âyetin tefsirinde, “bu âyet-i kerîme aileye ihsanı düzenlemektedir” demektedir.

<sup>33</sup> İBN HACER ASKALÂNÎ, Ebü'l-Fazl Şihâbüddîn, **ed-Dürerü'l-kâmine fi a'yâni'l-mi'eti's-şâmine**, Meclisü Dâiretü'l-Meârif, Saydarâbâd/Hindistan, 1972, c. 1, s. 324.

<sup>34</sup> BURSEVÎ, İsmâil Hakkı, **Rûhu'l-beyân fi tefsîri'l-*Qur*'ân**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, t.y., c. 9, s. 74.

<sup>35</sup> ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. 'Alî, **el-Fethu'r-rabbânî min fetâva'l-İmâm eş-Şevkânî**, Mektebetü Cili'i-Cedîd, San'a, 2002, c. 4, s. 2087.

<sup>36</sup> FÂRİS eş-ŞİDYÂK, **es-Sâķ 'ale's-sâķ fimâ hüve'l-fâryâķ**, el-Mektebetü's-Şâmile, t.y., s. 213.

<sup>37</sup> KEVÂKİBÎ, 'Abdurrahmân b. Ahmed, **Ṭabâi'u'l-İstibdâd ve Muşâri'u'l-İsti'bâd**, el-Maṭba'atü'l-'Aşriyye, Halep, ts., s. 65, 84, 122.

<sup>38</sup> ZEYNEB FEVVÂZ, **ed-Dürü'l-menşür fi ṭabaķâti rabbâti'l-ḥudûr**, el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, Mısır, 1312, s. 134, 199, 372, 381.

<sup>39</sup> İBN ÂŞÛR, Muhammed Tâhir, **et-Tahrîr ve't-tenvîr**, ed-Dâru't-Tûnisîyye, Tunus 1984, c. 5, s. 37, 39.

<sup>40</sup> BEDİRÎ, Ahmed, **Havâdisü Dimesķ el-Yevmiyye**, el-Mektebetü's-Şâmile, t.y., s. 40.

<sup>41</sup> VAN DYCK, Cornelius Van Alen, **İktifâu'l-kanu' bîmâ hüve matbu'**, Mısır, 1896, s. 426, 432, 449.

<sup>42</sup> Meselâ bk. ABDULLÂH NEDİM, **Mecelletü't-Tenkît ve't-tebkît**, el-Hey'etü'l-Masriyye, Mısır, 1994, s. 197, 348; **Mecelletü'l-Üstâz**, Dâru Kütübhâne, Mısır, 1985, s. 77, 186, 209, 305; SENÛSÎ, Muhammed b. Osman, **Müsâmerâtü'z-zarîf bi-hüsnî't-ta'rîf**, el-Mektebetü's-Şâmile, t.y., s. 130,

Türkçedeki gibi hatta en geniş anlamı ile kullanımı Arap dünyasında hem konuşmada hem de yazıda yaygındır.<sup>43</sup>

Ahmed Teymur Paşa'nın (1871-1930), halk dilinde kullanılan kelimeleri açıkladığı kitabında verdiği bilgilere göre aile kelimesi, avam arasında el-'iyle (العيلة) şeklinde söylenmekte ve üsre manasına kullanılmaktadır. Avam el-'iyle (العيلة), havas el-âile (العائلة) derken, kişinin ister geçimiyle sorumlu olsun ister sorumlu olmasın üsresini (yani akrabalarını) kastetmektedirler. Safedî'nin (ö. 764/1363), *Lâmiyetü'l-Acem*<sup>44</sup> şerhinde geçen bir şiirde aile kelimesi kullanılmıştır. Müstevfî<sup>45</sup> divanlarında (müstevfî'd-devâvîn'de) aile kelimesinin üsre manasına kullanılmasının kesin olduğunu ifade eden Ahmed Teymur Paşa, aile kelimesinin âkile kelimesinden geldiğini düşünmektedir.<sup>46</sup>

Ahmed Teymur Paşa'nın ifade ettiği müstevfî divanlarından kasıt Memlukler tarafından tutulan divanlar olmalıdır. Buna göre Memluklü Devleti'nin sona erdiği 1516 tarihinden önce aile kelimesinin bugün Türkçede kullanılan anlamda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Ahmed Teymur Paşa'nın ilginç bir iddiası da "aile" kelimesinin "âkile"den geldiğini düşünmesidir. Herhalde Mısır'da konuşulan Arapçada qaf harfinin hemzeye dönüşümünü dikkate alarak böyle söylemektedir. Böyle düşündüğünde ailenin Araplar arasında asabe için kullanıldığı anlaşılır. Nitekim şifahen sorduğumuz kadarıyla aile kelimesinin halk arasında asabenin tamamını kapsayacak şekilde kullanımı yaygındır. Ancak bu iddianın doğruluğu dilcilerin karar vereceği bir husustur.

Ahmed Rıza'ya (1872-1953) göre ise aile kelimesi, ayle (العيلة /muhtaç) kelimesinden gelmekte ve yaygın şekilde, "bir adamın ehlinden geçimini ve

---

132; CEMÂLEDDİN EL-KÂSİMÎ, *Mehâsinü't-te'vil*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1418, c. 6, s. 192.

<sup>43</sup> Meselâ, Muhammed Münîr ed-Dımaşkî (öl. 1367/1948), Münâvî'nin *el-İthâfâtü's-seniyye fi'l-ehâdîsi'l-kuşsiyye* adlı eserine yazdığı *en-Nefeâtü's-selefiyye* adlı şerhte böyle kullanmıştır. وأصبح في عصرنا الحاضر الغدر منتشراً، فلا تخلوا عائلة منه، فإن قِيم العائلة يعطي زوجته، وأولاده، أو أخته، أو أحد أقاربه... MÜNÂVÎ, Muhammed Abdürraûf, *el-İthâfâtü's-seniyye fi'l-ehâdîsi'l-kuşsiyye (en-Nefeâtü's-selefiyye şerhi ile)*, Dâru İbn Kesîr, Dimeşk - Beyrut, t.y., s. 123; Ayrıca bk. ŞELEBÎ, Muhammed Mustafa, *Ahkâmü'l-üsre fi'l-İslâm*, ed-Dâru'l-Câmiyye, Beyrut, 1983, s. 28.

<sup>44</sup> Ebü's-Safâ (Ebû Saîd) Salâhuddîn Halîl b. İzziddîn Aybeg b. Abdillâh es-Safedî'nin (ö. 764 s. 1363), eserinin tam adı *el-Gâysü'l-müseccem (müscem) fi şerhi Lâmiyyeti'l-acem*'dir.

<sup>45</sup> *Müstevfî* kelimesi, terim olarak devletin malî işleriyle ilgili divanın başkanını ve buna bağlı memurları ifade eder. Bu divan Selçuklular, Fatımiler, Eyyubiler, Memluklüler ve Safeviler'de bu isimle anılmıştır. Osmanlılar bunun yerine Defterdar kelimesini kullanmıştır. Geniş bilgi için bk. SABBÂĞ, Abbas / BOZKURT, Nebi, "Müstevfî", *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul, 2006, c. 32, s. 147-148.

<sup>46</sup> AHMED TEYMUR PAŞA, *Mu'cemü Teymûr el-Kebîr fi'l-elfâzi'l-âmmiyye*, Dâru'l-Kütüb ve'l-Vesâik, Kahire, 2002), c. 4, s. 458-459.

işlerini üstlendiği kişileri” ifade etmekte iken sonra mecaz (özel ifadenin genel için kullanımı) tarikiyle adamın üsresi (ailesi) için kullanılmaya başlanmıştır.<sup>47</sup>

Aile kelimesinin geçtiği tespit edilebilen ilk Türkçe kaynak 1421’den önce yazıldığı düşünölen,<sup>48</sup> *Kitâbun fi’l-Fıkh bi-Lisâni’t-Türkî* adlı eserdir. Yazarı bilinmeyen eser Kıpçak-Oğuz Türkçesi karışımı bir Türkçe ile kaleme alınmıştır. Sadece ‘kitâbu’d-da’vâ’ ve ‘kitâbu’l-cinâyât’tan müteşekkil kitap, Hanefî fıkıh kitaplarından derlenmiştir. Anlaşılan kadılara yönelik hazırlanmıştır. Eserde aile, “âyilet”<sup>49</sup> şeklinde geçmektedir.<sup>50</sup> Eserde ayrıca aileyi çağrıştıracak şekilde, bir adamın bakacağı kişiler manasına ‘ayâl’<sup>51</sup> ve ‘iyâl’<sup>52</sup> kelimeleri de kullanılmıştır.

Mısır’da aslen Kıpçak kökenli Memlûklöler döneminde yazılan bu eser, Teymur Paşa’nın müstevfi divanlarında aile kelimesinin bugünkü manada kullanıldığı ifadesi ile örtüşmektedir. O dönemde en azından Mısır’da aile kelimesinin bugünkü anlama yakın kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Osmanlı Türkçesinde kaleme alınan sözlüklerde aile kelimesi ilk olarak Lehce-i Osmânî’de geçmektedir. ‘İyal’ın bazen aile manasına kullanıldığı yazılmaktadır.<sup>53</sup> Ondan önceki lügatlerde yer almamakta, aile yerine ‘iyâl’ veya ‘ehl u ‘iyâl’ kelimesi kullanılmaktadır.<sup>54</sup> Fransızca-Türkçe,<sup>55</sup> İngilizce-Türkçe<sup>56</sup> sözlüklerde de durum aynıdır.

<sup>47</sup> AHMED RIZA, *Mu‘cemü metni’l-lüğa*, Dârü Mektebetü’l-Hayât, Beyrut 1958, c. 4, s. 251.

<sup>48</sup> AĞAR, Mehmet Emin, *Kitabu Fi’l-Fıkh Bi-Lisani’t-Türki* (inceleme-metin-sözlük), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1989, s. XX-XXI.

<sup>49</sup> “Kaçan bir kişi bir kişinin ‘âyiletinden neme uğurlasa. Dahi ol uğrı ol uğurladukımı ol ‘âyiletin eyesine kaytarsa, ol ugrının eli kesilmez.” Bu büyük ihtimalle şu metnin çevirisidir:

وَلَوْ سَرَقَ مِنَ الْعِيَالِ وَرَدَّ إِلَى مَنْ يَعْوَلُهُمْ لَا يَنْقَطِعُ (ZEYLAÎ, Osman b. Ali, *Tebyînü’l-ħakā’ iğ şerħu Kenzü’d-Değâik*, el-Matba’atü’l-Kübra el-Emîriyye, Kâhire, 1313, s. 3, s. 229.

<sup>50</sup> *Kitabun fi’l-Fıkh bi-Lisani’t-Türki*, İstanbul Millet Kütüphanesi Feyzullah Efendi Koleksiyonu, D. No: 1046, vr. 298b. (Kataloga “el-Fetâvât-Türkiyye” adıyla kaydedilmiştir); AĞAR, s. 646. Tezde varak numarası 295b verilmiş ancak şu andaki numaralandırmaya göre hatalıdır.

<sup>51</sup> *Kitabun Fi’l-Fıkh*, vr. 170b; Ağar, s. 396.

<sup>52</sup> *Kitabun Fi’l-Fıkh*, vr. 175b; AĞAR, s. 404. Tezde ‘ayâl okunmuş.

<sup>53</sup> AHMED VEFİK PAŞA, *Lehce-i Osmânî*, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1293, c. 2, s. 814. Ayrıca “ev” kelimesinin açıklamasında da geçmiştir. (c.1, s. 109)

<sup>54</sup> Meselâ bk. REDHOUSE, James William, *Müntehabât-ı Lügât-ı Osmâniyye* (İstanbul: Matbaa-i Ceride-i Havâdis, 1269), c. 2, s. 61.

<sup>55</sup> Meselâ bk. HİNDÖĞLU, Artin, *Hazine-i Lügat (Dictionnaire Abrege)*, Viyana, 1838, s. 332.

<sup>56</sup> Meselâ bk. REDHOUSE, James William, *Türkçe İngilizce Lügat Kitabı (Redhouses Turkish Dictionary)* (Londra: Eyman Efendi Matbaası, 1856), s. 119.



1297/1880’de yayınlanan bir dergide aile adı ile bir makale bulunmaktadır. Makalede aile fertlerine (baba, anne, evlat) öğütler verilmektedir.<sup>57</sup>

Kadı Sicillerinde tespit edebildiğimiz ilk aile kelimesi kullanımı 29 Teşrîn-i evvel 1325 (11 Kasım 1909) tarihli bir mahkeme kararıdır.<sup>58</sup> Daha önceki mahkeme kararlarında genel itibariyle ‘iyâl<sup>59</sup> zevce manasına, ehl u ‘iyâl<sup>60</sup> ise aile manasına kullanılmıştır.

Eski fıkıh tercümelelerinde ve fetva kitaplarında da aile kelimesi kullanılmamış, onun yerine ‘iyâl veya ehl u ‘iyâl kullanılmıştır.<sup>61</sup>

Bu bilgiler aile kelimesinin Osmanlı yazarları arasında kullanımının 19. yüzyılın ikinci yarısında başlayıp yüzyılın sonlarında yaygınlık kazandığını göstermektedir. Daha önceleri aileyi ifade için ‘iyâl (=‘ayâl), ehl u ‘iyâl kelimeleri kullanılmaktadır.

Şemseddin Sâmî’nin (1850-1904), 1901’de bitirdiği sözlüğündeki açıklamalar bu hususu doğrulamaktadır. O, ‘ehl’ maddesini açıklarken, ‘ehl u iyâl’ için aile, familya demektedir;<sup>62</sup> ‘aile’ için, “idare ve işleri bir adama ait olan zevce, evlâd,

---

<sup>57</sup> CEM‘İYET-İ İLMİYE-İ OSMANİYE, “Âile”, **Mecmua-i Ulûm**, 1297 (1880), c. 2, sy. 6, s. 425-429.

<sup>58</sup> **İstanbul Mahkemesi 334 Numaralı Sicil (H. 1280-1329 / M. 1863-1911)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 99, haz. Rasim Erol - Sabri Atay, Kültür A.Ş., İstanbul 2019, s. 393, Hüküm no: 429.

<sup>59</sup> ‘iyâl = zevce için bk., **Bab Mahkemesi 46 Numaralı Sicil (H. 1096 - 1097 / M. 1685 - 1686)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 19, haz. Sabri Atay vd., İSAM Yayınları, İstanbul, 2010, s. 321, Hüküm no: 350; **Kartal Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1128-1133 / M. 1716-1721)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 62, haz. Rasim Erol - Sabri Atay, Kültür A.Ş., İstanbul 2019, s. 206, Hüküm no: 310; **Üsküdar Mahkemesi 403 Numaralı Sicil (H. 1154-1155 / M. 1740-1742)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 70, haz. Mustafa Yılmaz vd., Kültür A.Ş., İstanbul, 2019, s. 174, Hüküm no: 279.

<sup>60</sup> Ehl u ‘iyâl = aile için bk. **Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H. 999 - 1000 / M. 1590 - 1591)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 10, haz. Rifat Günalan, Mehmet Akman ve Mehmet Canatar, İSAM Yayınları, İstanbul, 2010, s. 249, Hüküm no: 371; **Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1063-1064 / M. 1652-1653)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 49, haz. Sabri Atay, Nedim Pakırdağ, ve Mehmet Akman, Kültür A.Ş., İstanbul, 2019, s. 261, Hüküm no: 366.

<sup>61</sup> EBUSSUÛD EFENDİ, **Ebussuûd Efendi Fetvaları**, ed. Ertuğrul Düzdağ.: Enderun Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 35, 148 (Ebussuud Efendi, ‘iyâl kelimesini zevce, ehl u ‘iyâli ev halkı manasında kullanmıştır); HASKEFÎ, Alaeddin Muhammed b. Ali, **Tercemetü’t-Tahtavî**, çev. Abdülhamid en-Nakşibendi el-Ayıntabî, İstanbul, 1285, c. 2 s. 384, c. 3, s. 8, c. 4, s. 108, c. 7, s. 71; MEVKUFÂTİ MEHMED EFENDİ, **Şerhu’l Mevkûfâtî (Mültekâ Tercümesi)**, İstanbul, 1302, c. 1, s. 174, 2 s. 199, c. 2, s. 232 (bu üçünde bakacak kimseler olarak kullanılmış), c. 1, s. 361, c. 2, s. 133 (burada ise geniş aile manasına yakın kullanılmış).

<sup>62</sup> ŞEMSEDDİN SÂMÎ, **Kamus-ı Türkî**, İkdam Matbaası, Dersaadet, 1317, s. 232.

ebeveyn sair eşhâs mecmuu, familya, ehl-i beyt, hanedan, ‘iyâl’;<sup>63</sup> ‘iyâl<sup>64</sup> içinse “1- bir evde sakin olup işleri müştereken bir adama ait olan eşhâs mecmuu, aile, familya; 2- Karı, zevce” manalarını vermektedir.<sup>65</sup>

Bu bilgileri yorumladığımızda, aile kelimesinin çok önceleri de kullanımı bulunmakla birlikte yaygın ve terim anlamında kullanımının yeni olduğu gözükmektedir. Özellikle Suriye-Mısır bölgesinde halk arasında aile için galat olarak kullanılan ‘iyle veya ‘ayle’in okumuşlar arasında aile şeklinde söylendiği, 19. yüzyılda batı dillerinden yapılan tercümelerde family/familie/famille karşılığı olarak, ‘iyâl’ dan daha şümlülü olarak aile kavramının bulunduğu anlaşılmaktadır. İlk olarak hanedan/soy sop manasına yapılan bu tercüme Osmanlı’ya gelen Suriyeli ve Mısırlı müellifler tarafından İstanbul’daki kalem erbabına tanıtılmış, sonra da yaygınlık kazanmış olmalıdır.

Arap müellifler genellikle “aile” kelimesini soy-sop, hanedan anlamında, “üsre” kelimesini ise Türkçedeki aile manasında kullanmaktadırlar. Ancak halk arasında kullanımının olması, müstevfî divanlarında kaydının bulunması ve bazı eserlerde de geçmesi nedeniyle Araplar arasında da halen “aile” kelimesi yaygın şekilde Türkçedekine benzer kullanılmaktadır.

## **II. AİLE KELİMESİ İLE BAĞLANTILI KELİMELELER**

Her dilde aileyi ifade eden kelimeler bulunmaktadır. Biz burada aile kelimesi ile bağlantılı olan Türkçe ve Arapça bazı kelimeler üzerinde duracağız.

Eski Türkçede aile için kullanılan, oğuş/oğuş, oba, soy, ocak, urug,<sup>66</sup> kelimelerinin yanında “ağıl” kelimesi vardır. A. İnan’ın (öl. 1976) verdiği bilgilere göre bütün Altay dillerinde yaygın olan bu terim, Bureççe’de "ail", Moğolca "ayıl/ayıl", Yenisey-Altay Türk lehçelerinde "ail" şeklinde söylenmekte ve köy kasaba, aile anlamını bildirmektedir. Cengiz devrinde Moğol boyları göç ederken konakladıkları yerlerde hayvan ve başka kıymetli mallarını korumak için her boy bir daire teşkil ederdi. Bu daireye "küren/küriyen" denirdi.<sup>67</sup> Yakubovskiy’in verdiği bilgilere göre Moğollar 11-13. yüzyıllar arasında küriyen göç şekli ile beraber ayıl şeklinde göç etmişler ve 13. yüzyıldan sonra küriyen tarzı ortadan

<sup>63</sup> ŞEMSEDDİN SÂMÎ, 925.

<sup>64</sup> Ş. Sâmi, halk arasında galat olarak ‘ayâl dendiğini söylemektedir. ‘Ayâl kullanımı halen Anadolu’da bulunmakta ancak aileden çok zevce kastedilmektedir.

<sup>65</sup> ŞEMSEDDİN SÂMÎ, s. 956-57.

<sup>66</sup> İNAN, Abdülkadir, “Türk Etnolojisini İlgilendiren Birkaç Terim-Kelime Üzerine”, **Türk Dili Araştırmaları Yıllığı - Belleten**, sy 4 (1956), s. 182.

<sup>67</sup> İNAN, s. 189.

kalkıp tamamen ayıl tarzı hâkim olmuştur. Ayıl şekli de ayrı ayrı aileler halinde göç edilmesidir.<sup>68</sup>

Burada dikkat çekici olan ayıl kelimesinin “aile” kelimesi ile olan yakınlığıdır. Eski metinlerdeki ‘âyile’ yazımı ile *Kitabu fi'l-Fıkh*'ta “aile” için “âyilet” denildiği de dikkate alınır bu yakınlık belirginleşir.

Arapçada üsre kelimesi haricinde aile ile ilgili belli başlı kelimeler, ehl, âl ve ‘iyâl kelimeleridir.

Ehl (أَهْلٌ), evlât, zevce, kardeşler ve soyu gibi bir adamın aşîret ve akrabasına denir. Ehlu'l-beyt bir adamın evinde oturanlara; ehlu'r-recul (أَهْلُ الرَّجُلِ) ve ehletu'r-recul (أَهْلَةُ الرَّجُلِ) kişinin zevcesine itlâk olunur. Bazen âl (آلٌ) manasına da kullanılır ki zaten dilcilerin söylediğine âl kelimesinin aslı ehl'dir.<sup>69</sup> Zebidî, ‘ehlür-racül’ için “kişinin aşîreti ve akrabasıdır” demektedir.<sup>70</sup>

Âl (آلٌ), dağın etrâf ve yanlarına denir. Âlu'r-recul (آلُ الرَّجُلِ) kişinin ehli, ailesi, bağluları, sevenleri ve dostlarından ibarettir. Çoğunlukla eşrafta ve hatırlı kimselerde kullanılır.<sup>71</sup>

Ebû Hilal Askerî (öl. 400/1009'dan sonra), ehl ve âl arasındaki farkı şöyle anlatmıştır: Ehl, nesep ve ihtisas yönünden olur. Ehlü'r-racul, kişiye en yakın için söylenir. Âl ise kişiye akrabalık veya sohbet (arkadaşlık) yönünden has olanları ifade eder. Âl-i Basra veya âl-i ilim denmez, âl-i firavun, Âl-i Lût denir.<sup>72</sup>

Tehânevî (öl. 1158/1745'ten sonra), el-ehl (الأهل) kelimesini İngilizce ‘family, relatives’, Fransızca ‘la famille, les parents’ kelimeleri ile karşılamış ki Türkçe aile ve akraba kelimelerine karşılık gelmektedir.<sup>73</sup> Bir kişi ehline vasiyette bulunsa, Ebû Hanife'ye göre bu vasiyet zevce için geçerlidir. Çünkü ehlu'r-racül insanın en özeldir ve ehl kelimesi zevce için hakikat manasınadır.<sup>74</sup> Buna delil de {وَسَارَ بِأَهْلِهِ} âyetidir.<sup>75</sup> Mutlak hakikate sarf olunur. İmâmeyn'e göre ise bu vasiyet örfе itibarla kişinin, akrabadan olsun olmasın idaresinden ve nafakasından

<sup>68</sup> YAKUBOVSKİY, A. Yu., *Altın Ordu ve Çöküşü*, çev. Hasan Eren, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1976, s. 23.

<sup>69</sup> ASİM EFENDİ, c. 5 s. 4338-4339.

<sup>70</sup> ZEBİDÎ, Muhammed Murtazâ, *Tâcu'l-'arûs min cevâhiri'l-Kâmûs*, Vezâretü'l-İrşâd, Kuveyt 1965, c. 28, s. 40.

<sup>71</sup> ZEBİDÎ, c. 28 s. 35-36.

<sup>72</sup> ASKERÎ, Ebû Hilâl el-Hasen, *el-Furûku'l-luğaviyye*, Dâru'l- İlm, Kahire t.y., s. 84.

<sup>73</sup> TEHÂNEVÎ, Muhammed Ali, *Keşşâfü işlâhâti'l-fünûn ve'l-'ulûm*, Mektebetü Lübnan, Beyrut 1996, c. 1, s. 287.

<sup>74</sup> Kelamda asıl olan ma'na-yı hakîkidir. (Mecelle 12. Kaide)

<sup>75</sup> “Vakta ki Musa süreyi doldurup ehli ile yola çıkınca...” (el-Kasas 28/29)

sorumlu olduğu kişilerin tamamı için geçerlidir. Buna delil de { وَأَتُونِي بِأَهْلِكُمْ وَأَجْمَعِينَ }<sup>76</sup> âyetidir.<sup>77</sup>

İmam Mâlik, ehlü'r-racülü asabe olarak kabul etmiştir. Bu sebeple ehline vasiyette bulunduğu, bu vasiyet asabe için geçerlidir.<sup>78</sup>

Buhârî'nin "Nafakalar Kitabının" ilk başlığı, "فَضْلُ النَّفَقَةِ عَلَى الْأَهْلِ / Ehl'e nafakanın fazileti" şeklindedir. Buradaki "ehl" için Bedreddin Aynî (öl. 855/1451), *Muğrib* müellifinin, "أهل الرجل / adamın ehli" ifadesinin kişinin hanımı, çocuğu, bakımı ve nafakası ile sorumlu olduğu kişileri ve kız ve erkek kardeşler, amca, amcaoğlu veya yabancı bir çocuk gibi evinde bulunup da gıdalarını karşıladığı kimseleri kapsadığını söylediğini;<sup>79</sup> Ezherî'nin ise "insanlardan o kişi için en özel olanını" ifade ettiğini söylediğini aktarmaktadır.<sup>80</sup>

Ziya Gökalp'e (1924) göre ise ehl, dede, amcazâdeler, kardeşler, bunların karılarından ve çocuklarından oluşmaktadır.<sup>81</sup>

Günümüzde Arap dünyasında aile karşılığı olarak yaygın şekilde kullanılan "üsre / الْأُسْرَةُ" kelimesinin aslı olan el-esr (الْأَسْرُ) bir nesneyi muhkem bağlamak manasındadır. Sırım ile semer ağacını çekip bağlamak manasından alınmış; sonra mutlaka bağlamak, takviye etmek, kavi kılmak ve esir etmek manaları türetilmiştir.

الْأُسْرَةُ (el-üsre) metîn ve muhkem zırh için kullanılır; kuvvet manâsından alınmıştır ve kişiyi kuvvetlendirmesi sebebiyle bir adamın kabile ve aşiretinden kendisine en yakın olanları ve ehl-i beytini ifade eder.<sup>82</sup> Sanki adamın üsresi onu kuvvetlendiren/destekleyendir. Çünkü rahim ve yakınlık (karâbe) insanın garantisidir ve onun destekçisidir.<sup>83</sup>

<sup>76</sup> "Tüm ehlinizle birlikte bana gelin!" (Yûsuf 12/93)

<sup>77</sup> MERĠNÂNÎ, Burhâneddîn, **el-Hidâye**, Daru'l-İhyâ'î Tûrâsî'l- Arabî, Beyrut, t.y., c. 4, s. 531.

<sup>78</sup> İBN RÜŞD, Ebû'l-Velîd Muhammed, **el-Beyân ve't-taḥşîl**, Dâru'l-Ġarbi'l-İslâmî, Beyrut, 1988, c. 13, s. 296. Bu kitapta İbn Rüşd (ced) ehli genellikle akraba/aile olarak kullanmıştır. (bk. c. 10, s. 525, 526, c. 13, s. 147)

<sup>79</sup> MUTARRİZÎ, Burhânüddîn Nâsir, **el-Muğrib fi tertîbi'l-Mu'rib**, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, t.y., s. 31.

<sup>80</sup> AYNÎ, Bedreddin, 'Umdetü'l-kârî fi şerḥi Şaḥîḥi'l-Buḥârî, Dâru İhyâi Tûrâsî'l-Arabî, Beyrut, t.y., c. 21 s. 13.

<sup>81</sup> GÖKALP, Ziya, "Aile Ahlakı 3: Konak", **Yeni Mecmua**, 27 Eylül 1917, c. 1, sy, 12, s. 221.

<sup>82</sup> ASİM EFENDÎ, c. 2, s. 1721-1722; MA'MER b. MÜSENNÂ, **Neḳâ'izu Cerîr ve'l-Ferezdaḳ**, el-Mecmeu's-Sekafî, Abu Dabi, 1998, c. 1, s. 238; EBÛ 'UBEYD, Kâsım b. Sellâm, **el-Ġarîbü'l-muşannef**, Medine, 1414, c. 1, s. 386; EBÛ MÛSÂ el-MEDİNÎ, **el-Mecmû'u'l-muḡîs fi ġarîbeyi'l-Ḳur'ân ve'l-ḥadîs**, Cidde, 1986, c. 1, s. 69.

<sup>83</sup> EBÛ HAYYÂN et-TEVHÎDÎ, **el-Beşâ'ir ve'z-zehâ'ir**, Dâru Sadr, Beyrut, 1988, c. 2, s. 114.

Çağdaş sözlüklerde üsre için, aile, kişinin ehli ve aşireti olarak mana verilmiştir.<sup>84</sup> *Müncid*, kişinin ehli, aile olarak meşhurdur demektedir.<sup>85</sup> Üsrenin aile manasına kullanımı hem câhiliye şiiirinde<sup>86</sup> hem de eski İslâmî kaynaklarda<sup>87</sup> vardır. Hadiste “*ثُمَّ رَأَى رَجُلًا فِي أُسْرَةٍ مِنَ النَّاسِ*”<sup>88</sup> şeklinde geçmiştir. Buradaki üsre, aşiret, ehl-i beyt ve akraba olarak tefsir edilmiştir.<sup>89</sup> Bununla birlikte 20. yüzyıla kadar yazılan fıkıh kitaplarında aile kelimesinin karşılığı olarak üsre kelimesine rastlanmamaktadır.<sup>90</sup>

İlk bölümdeki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere günümüzdeki aile kavramı ile bağlantılı kullanılan en yaygın kelime ‘iyâl / الْعِيَالُ kelimesidir. Kişinin bakmakla sorumlu oldukları manasına gelen bu kelime hadislerde,<sup>91</sup> yer almış, ilk fıkıh eserlerinden<sup>92</sup> itibaren kullanılmıştır. Türkçe olarak evlat manasına ilk Kutadgu Bilig’de<sup>93</sup> yer almış, yukarıda bir kısım örnekleri verildiği üzere hem Kıpçak hem de Oğuz Türkçesinde Arapçadaki anlamı ile kullanılmıştır.

Gökalp’e göre İslâmiyet devrinde ‘iyâl’in sınırları belirlenmiştir. Ona göre ‘iyâl, bir adam vefat ettiğinde, başka akrabaları olsun olmasın her durumda vâris olanlardan oluşmaktadır. Bunlar da baba, oğul, koca, ana, kız ve karıdır. Ehl’de esas (merkez) dede ve nine iken ‘iyâlde koca ve karısıdır.<sup>94</sup>

<sup>84</sup> AHMED MUHTAR ÖMER, *Mu‘cemü’l-lügati’l-‘Arabiyye’l-muâ’sıra*, ‘Âlemü’l-Kütüb, b.y., 2009, c. 1, s. 91.

<sup>85</sup> MA‘LUF, Luvis, *el-Müncid*, Matbaatü’l-Kâsolikiyye, Beyrut, t.y. s. 10.

<sup>86</sup> Meselâ bk. İBNÜ’L-ADÎM, Ebü’l-Kâsım Kemâlüddîn, *Buğyetü’l-‘aleb fi târihi Haleb*, Dâru’l-Fikr, Beyrut, t.y., c. 5, s. 2188; YÛSUF b. YES’ÛN, Ebü’l-Haccâc, *el-Misbâh limâ i’temme min şevâhidi’l-İzâh*, Medine, 2008, c. 2, s. 1236.

<sup>87</sup> Meselâ bk. İBN HİŞÂM, Cemâlüddîn Abdülmelik, *es-Sîretü’n-nebeviyye*, Mustafa Bâbi’l-Halebî, Kahire, 1375, c. 2, s. 33; BELÂZÜRÎ, Ahmed b. Yahyâ, *Ensâbü’l-‘esrâf*, Dâru’l-Fikr, Beyrut, 1996, c. 4, s. 256.

<sup>88</sup> EBÛ DÂVUD, Süleymân b. el-Eş‘as, *Sünen*, Dâru’r-Risâleti’l-Âlemiyye, Beyrut 2009, “Hudud”, 26 (4450). Yahudilerden zina eden iki kişiyi anlatan uzunca bir hadistir. Bu bölümün tercümesi “sonra halktan bir aileden adamın birisi zina etti...” şeklindedir.

<sup>89</sup> HATTÂBÎ, Ebü Süleymân Hamd, *Me‘âlimü’s-Sünen*, el-Matba‘atü’l-İlmiyye, Halep, 1932, c. 3, s. 328; SİNDÎ, Muhammed b. Abdülhâdî, *Fethu’l-vedûd bi-şerhi Süneni Ebî Dâvûd*, Mektebetü’l-Lîne, Demenhur, 2010), c. 4, s. 329.

<sup>90</sup> el-Mektebetü’ş-Şâmile’deki taramaya göre üsre kelimesinin aile manasına kullanıldığı ilk fıkıh kitabı, Abdurrahmân b. Muhammed b. İvaz el-Cezîrî’ye (1882-1941) ait *el-Fıkh ‘ale’l-mezâhibi’l-erba‘a* (Beyrut 2003) adlı eserdir.

<sup>91</sup> Meselâ bk. İBN EBÎ ŞEYBE, *el-Muşannef fi’l-ehâdiş ve’l-âşâr*, Mektebetü’r-Rüşd, Riyad, 1409), c. 18 s. 538 (35950); AHMED B. HANBEL, *el-Müsned*, Müessesetü’r- Risale, Beyrut 1421/2001), c. 21, s. 258 (13693).

<sup>92</sup> Meselâ bk. ŞEYBÂNÎ, Muhammed b. Hasan, *el-Kesb*, Dimeşk 1400, s. 47; İBN EBÛ ZEYD, *en-Nevâdir ve’z-ziyâdât*, Dâru’l-Garbi’l-İslâmî, Beyrut 1999, c. 2, s. 287; ŞAFÎÎ, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Dâru’l-Ma’rife, Beyrut, 1990, c. 2, s. 96; AHMED B. HANBEL, *el-Câmi’ li-‘ulûmi’l-İmam Ahmed*, Dâru’l-Felah, Mısır 2009, c. 8, s. 398.

<sup>93</sup> “Bu yañlığ ‘iyâldın kaçan bar vefâ / Kılıkı yawuz ol kılıncı cefâ” (Böyle evlattan hiç vefa umulur mu; onun tabiatı kötü ve işi gücü cefâdır.) (YUSUF HÂS HÂCİB, *Kutadgu Bilig*, haz. Mustafa S. Kaçalın, Kültür ve Turizm Bakanlığı, 3390. Beyit, s. 180)

<sup>94</sup> GÖKALP, “Konak”, s. 223.

Gökalp'e göre Arap semiyyesi (klanı) hay adını alan beraber konup göçen bir çeşit ortak mülkiyete sahip bir topluluktan ve Türklerin obasına benzerdi. Hayy'ın içinde ehl, ehlin içinde de 'iyâl adı ile daha küçük aileler vardı. Ehl, aynı hanede oturan dede, oğullar, torunlar ve bunların çocuklarından oluşurken; 'iyâl de karı-koca ve bunların çocuklarından ibaret idi. Hayy'ın merası ve su kaynağı ortak iken; ehl'in de çadırları ve sürüleri ortaktı. Ehl ve 'iyâl fiilen varlardı, ancak hakları yani hukukî tanınmışlıkları yoktu.<sup>95</sup> İslâmiyetle birlikte ehl'e de hukukî bir hak tanındı.<sup>96</sup>

### III. AİLENİN KAPSAMI

Aile denildiğinde kimlerin kastedildiği hemen tüm dünyada birbirine yakın olsa da arada bazı farklar bulunmakta, bu da hukuk sistemlerine yansımaktadır. Ayrıca zamanımızda aile kavramı dinamik bir kavram kabul edilmekte, kapsamının zaman içerisinde değişebileceği kabul edilmektedir. Biz bu başlık altında önce ailenin günümüzde yürürlükte bulunan Türk hukukundaki kapsamına kısaca değinecek, sonra da İslâm hukukundaki kapsamını tespit etmeye çalışacağız.

#### A. TÜRK HUKUKUNDA AİLENİN KAPSAMI

Türk Medeni Kanunu'nda aile kavramının bir tanımı bulunmamasına rağmen, konulan hükümler çerçevesinde Kanun'da aile için üç anlam öngörüldüğü ifade edilmektedir. Buna göre: Dar anlamda aile, sadece eşlerden oluşan birliği ifade eder. Kanun'un evlilik hukuku başlığı altında bu aile ile ilgili düzenlemeler vardır (Md. 118-281). Geniş anlamda aile, ana-baba ve çocukların oluşturduğu topluluğu ifade eder. Kanun'un ikinci kısmında 282 ila 363. maddeler arasında düzenlenmiştir. En geniş anlamda aile ise, "bir ev başkanının yönetiminde aynı çatı altında hep birlikte aile halinde yaşayan bireylerden oluşmuş bulunan insan topluluğudur." Bu kuruma "ev düzeni" adıyla Kanun'un 367. maddesinde yer verilmiş, aynı çatı altında yaşamak şartıyla kan ve kayın hısımlarıyla birlikte işçi, çirak, şoför, aşçı vb. hısım olmayan kişileri de aileye dâhil etmiştir.<sup>97</sup>

TMK'nın "Hısımlık" başlıklı ikinci kısmının ikinci bölümünün başlığı "Aile"dir. Burada nafaka sorumluluğu, ev düzeni ve aile malları düzenlenmiştir. Nafaka sorumluluğunu düzenleyen 364. maddeye göre "Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür." Buna göre aslında aile tanımını dar, orta, geniş ve en geniş şeklinde dörtlü yapmak gerekmektedir. Orta aileyi "ana-baba ve çocukların oluşturduğu birlik", geniş aileyi "bir şahıs esas alındığında üst soy, alt soy ve kardeşleriyle

<sup>95</sup> GÖKALP, Ziya, "Aile Ahlakı I", *Yeni Mecmua*, 13 Eylül 1917, c. 1, sy. 10, s. 185.

<sup>96</sup> GÖKALP, "Konak", s. 223.

<sup>97</sup> AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku 2. Cilt*, 23. basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 5-6; ÇETİNER, Selma, "Hukukumuzda 'Aile' Kavramı", *Terazi Hukuk Dergisi* 5, sy. 41 (Ocak 2010), 62-63.

oluşturduğu birlik” için kullanmak gerekir.<sup>98</sup> Ancak literatürde genellikle kabul edilen yukarıdaki taksimdir. Bu da aile için birlikte yaşamının esas alınması sebebiyledir. Aynı hanede yaşamayanlar aile kavramı içerisine dâhil edilmediğinden üst soy, alt soya ve kardeşlere karşı nafaka sorumluluğu olmasına rağmen literatürde aile kapsamına girdirilmemiştir.

Aile hukuku ile doğrudan bağlantılı diğer bir kanun olan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’da da aile tanımı bulunmamaktadır. Daha önce 6284 ile ilga edilen 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin tanımlara ilişkin 4. maddesinde aile; “Aynı veya ayrı çatı altında yaşayan eş ve çocuk ile aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerini, ...ifade eder” şeklinde tanımlanmıştı. Aslında burada da bir aile tanımı yapılmamakta, Kanun’un kimleri kapsayacağı açıklanmakta idi. Yeni yönetmelikte ise bu tanım yer almamıştır. 6284 sayılı Kanun’un 1. maddesinden anlaşılacağı üzere, şiddete uğrayan veya uğrama tehlikesi bulunan “kadınlar”, “çocuklar”, “aile bireyleri” ve “tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişiler”, Kanun kapsamında korunan kişilerdir.

Burada aile bireyleri hakkında bir açıklama yoktur. Bu sebeple, alanla ilgili temel kanun olan TMK’daki aile taksiminin esas alınacağı söylenebilir. Uygulama TMK’daki en geniş ailenin esas alındığını göstermektedir.<sup>99</sup> Ancak eş ve çocukların beraber yaşama şartını getirmemesi ve Kanun’un “Ev içi şiddeti” düzenleyen 2/1-b maddesinde nikahsız birlikteliklerin de Kanun kapsamına alınması, aileyi TMK’dan daha geniş kabul ediyor gözükmektedir.

Türk Ceza Kanunu’nun Sekizinci Bölümü, “*Aile Düzenine Karşı Suçlar*”ı düzenlemektedir. Bu bölümde 230-231. maddede en dar kapsamda aile esas alınmıştır.

232/1. madde “Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse...” diyerek en geniş anlamda aileyi esas almış, akrabalık şartı getirmemiştir. Bu maddenin ikinci fıkrası, “İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişi...” diyerek usta çırak ilişkisini de aile kavramı içine dâhil etmiş gözükmektedir.

---

<sup>98</sup> Hüseyin Hatemî / Burcu Kalkan Oğuztürk buna işaret etmişlerdir. Bk. HATEMÎ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, **Aile Hukuku**, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 3-4.

<sup>99</sup> Yar. 4. CD, E. 2019/7967 K. 2021/29909, 22.12.2021; Yar. 1. CD, No. E. 2018/2803, K. 2020/2538, 26.10.2020; Yar. 1. HD, E. 2015/9571, K. 2018/9021, 12.04.2018.

233/1. Madde, TMK’da nafaka sorumluluğunda düzenlenen geniş aileyi esas alırken, bu maddenin ikinci fıkrası nikahsız birlikteliği de aile kavramı içine dâhil etmiştir.

Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) “Aile Konutu”nu düzenleyen 349. maddesi en dar anlamda aileyi esas alırken, “Bakma Sözleşmesi”ni düzenleyen maddelerden 614. maddenin en geniş manadaki aileyi yani ev düzenini esas aldığı görülmektedir.

5543 Sayılı İskân Kanunu’nun 17. maddesinde “İskânda aile kabul edilecekler” sıralanırken, “a) Karı ile koca, b) Evlenmemiş çocuklar, ana ve baba ile veya bunlardan sağ olanı ile birlikte, c) Evli çocuklar, evli torunlar ile çocuksuz erkek ve kadın dullar başlı başına, ç) Anasız ve babasız bekâr kardeş çocuklar birlikte ve eşit hisselerle; bekâr kardeşi olmayan ya da tek kalan çocuklar başlı başına, bir aile olarak iskân edilirler” denilerek dar ve geniş aile esas alınmış hatta tek bir fert bile aile sayılmıştır.

Görüldüğü üzere günümüz hukuk literatüründe üçlü tasnif yerleşmiş olsa da aslında tüm uygulamalar ve mevzuat dikkate alındığında dörtlü tasnif daha uygun gelmektedir. Meselâ yürürlükteki miras hukukuna göre üç zümre mirastan istifade edebilmektedir. Karşılıklı sorumluluk anlamında en geniş aileye dâhil edilen, hizmetçi, şoför gibiler ve uzak akrabalar miras dışında bırakılmış, ancak kan hısımlığı olan geniş bir topluluk vârislere dâhil edilmiştir.<sup>100</sup> Hatta miras hukukuna göre yapılmak istenirse, aile tanımı biraz değişmektedir. Buna göre dar aileyi eş ve çocuklar oluşturmakta, çocuklar olmadığında torunlar da devreye girdiği için alt soyun buraya dâhil edilmesi gerekmektedir. Geniş aileye bunların yanında ana baba, kardeşler ve kuzenler; en geniş aileye de büyük anne, büyük babalar ve onların evlatları girmektedir.

## **B. İSLÂM HUKUKUNA GÖRE AİLENİN KAPSAMI**

Aile mefhumu en baştan beri İslâm’da bulunmakla birlikte ıstılâhî anlamda aile kavramı 19. yüzyılda literatüre girmiştir. Bu sebeple fıkıh kitaplarımızda aile ile ilgili bir tanım yer almadığı gibi, özel olarak kapsamı ile ilgili açıklamalar da yapılmamıştır. Şu anda aile kelimesinin manalarından birini içeren ve aile kelimesi ile aynı kökten gelen ‘iyâl ve ehl tanımlanmış ve kapsamı da bazı eserlerde tatad edilmiştir. Ancak dar, geniş diye bir ayırım veya ailenin farklı manaları açık olarak yazılmamıştır. Bu aile mefhumunun bulunmamasından değil, biraz fikhın yapısından, biraz da böyle bir tanıma ihtiyaç hissedilmemesinden kaynaklanmaktadır. Fıkımız meseleci (kazuistik) yapıda olduğu için hemen her

<sup>100</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu”, RG. 22.11.2001, S. 24607, md. 495-497; Geniş açıklama için bk. ENGİN, Baki İlkey / SEROZAN, Rona Ahmet, **Miras Hukuku**, 7. basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 145-48.



husus ayrıntılı olarak çözüme kavuşturulmuş, bu da kısa tanımlara ihtiyaç bırakmamıştır. Ayrıca Kur'an'ın ilke itibarıyla bireyi muhatap alması nedeniyle fıkıhta da mükellef kişiler esas alınmış, evlilik başta olmak üzere aileye karşı yükümlülükler koca ekseninde incelenmiştir.<sup>101</sup>

Günümüz aile hukuku ile ilgili Türkçe eserlerde ailenin ne olduğu ve kapsamı söz konusu edilmemiş, temel olarak evlilik ve sona ermesi ile ilgili konular yer almıştır. Evlenme engelleri, mehir, eş nafakası, nesep (soybağı) evlilik başlığı altında incelenirken; talâk (boşama), tefrik (hakimin ayırması), hul', liân, iddet, hidâne, gibi konular evliliğin sona ermesi başlığı altında; evlat ve akraba nafakası bazı kitaplarda eş nafakası ile anlatılırken, çoğunlukla evliliğin sona ermesi bölümünde anlatılmıştır.<sup>102</sup>

Miras ise Türkçe Aile Hukuku kitaplarında yer almamakta; İslâm hukuku ile ilgili yazılan genel kitaplarda “miras hukuku” adıyla aile hukukundan farklı başlık altında incelenmektedir.<sup>103</sup> Bunun istisnası, Hamdi Döndüren'in *Aile İlmihali*'dir. Orada evlilik ve sona ermesi ile ilgili hükümlerden sonra, vasiyet ve mirasla ilgili hükümlere de yer verilmiştir.<sup>104</sup>

Bu tasnif, Türkiye'de aile hukuku alanında yazan İslâm hukukçularının aile denildiğinde genellikle en dar manada aile ile orta genişlikteki aileyi esas aldıklarını ya da aileyi bu şekilde anladıklarını göstermektedir.

Arap dünyasında aile hukuku ile ilgili eserler ya el-ahvâlü's-şahsiyye ya da ahkâmü'l-usre adıyla kaleme alınmıştır. Bu eserlerde de temelde evlilik ve sona ermesi ve bunlarla ilgili hukuk kaydedilmiştir. Meselâ, Muhammed Ebû Zehre'nin (öl. 1974), *el-Ahvâlü's-şahsiyye* adlı eserinin<sup>105</sup> ana başlıkları, evlilik, evliliğin sona ermesi, evlâdın hakları şeklindedir. Diğerleri de bu minvaldedir.<sup>106</sup>

Muhammed Mustafa Şelebî'nin, *Ahkâmü'l-usre* adlı eseri de üç kısımdır: Birinci kısım evlilik ve eserleri, ikinci kısım evliliğin sona ermesi, üçüncü kısım evlat ve

<sup>101</sup> APAYDIN, H. Yunus, “İslâm Hukukunda Aile”, **Uluslararası Aile Sempozyumu - Günümüzde Aile**, ed. Ömer Çaha, Ensar Neşriyat, İstanbul 2007, s. 139.

<sup>102</sup> Meselâ bk. ACAR, H. İbrahim, **İslâm Aile Hukuku**, Ensar Yayınları, İstanbul, 2017; ARSLAN, Mehmet Selim, **İslâm Aile Hukuku**, 3. Basım, Emin Yayınları, Bursa 2019; YAMAN, Ahmet, **İslâm Aile Hukuku**, Marifet Yayınları, İstanbul 1999; KARAMAN, Hayrettin, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, Nesil Yayınevi, İstanbul, 1996, c. 1.

<sup>103</sup> Meselâ bk. ÇALIŞ, Halit / YAMAN, Ahmet, **İslâm Hukuku**, Bilay Yayınları, İstanbul 2018; KARAMAN, Hayreddin, **Mukayeseli...**, c. 1.

<sup>104</sup> bk. DÖNDÜREN, Hamdi, **Delilleriyle Aile İlmihali**, Altınoluk, İstanbul, 1995.

<sup>105</sup> EBÛ ZEHRE, Muhammed, **el-Ahvâlü's-şahsiyye**, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, t.y.

<sup>106</sup> bk. HALLAF, Abdülvehhâb, **Ahkâmü'l-ahvâli's-şahsiyye fi's-şer'iati'l-İslâmiyye**, Dâru'l-Kütübi'l-Misriyye, Kahire, 1938); ÂMİR, Abdülaziz, **el-Ahvâlü's-şahsiyye fi's-şer'iati'l-İslâmiyye**, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, 1984.

akraba hakları şeklindedir. İskenderiye Hukuk Fakültesi hocalarının yayımladığı Ahkamü'l-üsre'lerde de konular aynı minval üzere ele alınmıştır.<sup>107</sup>

Bu alanda istisna sayılabilecek Muhammed Kadri Paşa'nın (öl. 1306/1888), aile hukuk alanında kanun taslağı olarak hazırladığı *el-Ahkâmü's-şer'iyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye* adlı eserdir.<sup>108</sup> Kadri Paşa taslağı iki kısım (cüz) halinde hazırlamış, birinci kısımda "kişinin kendisine özel hükümler" ana başlığı altında kitap olarak, 1- nikah, 2- karı ve kocanın birbiri üzerindeki hakları, 3- nikahı sona erdiren şeyler, 4- çocuklar, 5- vasi, hacr, hibe, vasiyyeti; ikinci kısımda ise mirası yazmıştır. Nesebin sübutu, ebeveynin vazifeleri, ebeveyn nafakası, zevi'l-erhâm<sup>109</sup> nafakası, babanın velâyeti hususlarını "çocuklar (evlâd)" başlığı altında yazmıştır.

Bu eserlerin hiçbirinde âkileden ve velâdan bahsedilmediği gibi akitle bir aile ferdi olmak konusuna, bunun imkânına ve böyle durumda hak ve sorumluluklara değinilmemiştir. Bu da ahvâl-i şahsiye veya aile hukuku alanında yazarların genel itibari ile bunu dar manada aile olarak anladıklarını göstermektedir. Öyle ki bu eserlerde ebeveyn-evlat arasındaki ilişki ve hukuk bile yeterince incelenmemiştir. Evlâdın hukukundan bahsedilirken nesepe, nafaka ve hidâne haklarından bahsedilmiş, ebeveyn karşı ise sadece nafaka sorumluluğundan bahsedilmiştir.

Klasik fıkıh kitaplarında aile hukukuna taalluk eden hükümler değişik bölümlere dağıtılmıştır. Kitap adıyla yazılan müstakil bölümlerde çok sayıda ortak başlık olduğu gibi farklı başlıklar da bulunmaktadır. Meselâ aile hukuku ile ilgili hükümler; Hanefî mezhebinin ilk kitaplarından *Kitâbu'l-Asl*'da, rada', talâk, itak, vesâyâ, ferâiz, velâ, hünsâ, akl (âkile), lükata, nikah; Mâlikî mezhebinin ilk eseri *Müdevvene*'de, sünnet talâk, talâka yemin, nikah, halvet, ricat, mut'a, hul', tahyîr ve temlik, rada', zihâr, îlâ, liân, istibrâ, itk (köle azadı), tedbir (müdebber köle), ümmehâtü'l-evlâd (efendisinden çocuk sahibi cariye), velâ, mevâris, vesâyâ, kısmet (miras taksimi ile ilgili bazı hükümler); Hanbelî mezhebinin ilk eserlerinden *Muhtasarü'l-Hırakî*'de, lakît (buluntu çocuk), ferâiz, vesâyâ, velâ, nikah, mehir, velime (düğün yemeği), işretü'n-nisâ (hanımlarla iyi geçinmek), hul', talâk, îlâ, zihâr, liân, iddet, rada', yakınların nafakası, itk, müdebber, ümmehâtü'l-evlâd'ın azadı kitapları içinde incelenirken, İmam Şâfiî'nin eseri *el-Ümm*'de lakît (buluntu çocuk), ferâiz, vesâyâ, velâ ve halef, nikah, talâk, mehir, muharremât, nafaka, liân, vesâyâ, mevâris başlıkları altında kaydedilmiştir.

<sup>107</sup> bk. ŞERNEBÂSÎ, Ramazan Ali es-Seyyid, *Ahkâmü'l-üsre fi's-şer'ati'l-İslâmiyye*, Menşûrâtü'l-Halebi'l-Hukûkiyye, Beyrut, t.y.; SİRÂC, Muhammed Ahmed / İMÂM, Muhammed Kemal, *Ahkâmü'l-üsre fi's-şer'ati'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Matbaâti'l-Câmiyye, İskenderiye, 1999.

<sup>108</sup> KADRÎ PAŞA, Muhammed, *el-Ahkâmü's-şer'iyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye; İslâm Aile ve Miras Hukuku*, çev. İsmail Hünerlice/Selim Öztürk, Muallim Neşriyat, İstanbul, 2020; Matbaat-ı Emin Hindiyeye, Mısır, 1335/1917.

<sup>109</sup> Birbirleri ile evlenmeleri yasak olan rahim ve nesepe akrabaları.

Biz klasik fıkıh kitaplarındaki bu başlıklara ve içindeki hükümlere bakarak ailenin kapsamını tesbit etmeye ve aile denildiğinde ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymaya çalışacağız. Bunu yaparken aile kelimesinin ifade ettiği birbirine muhtaçlık, birisinin idaresinden ve bakımından sorumlu olma, birbirine karşı yükümlülük taşıma manalarını dikkate alarak, nafaka sorumluluğu, miras hakkı, velâ ve âkile (diyete ödeme yükümlülüğü) gibi kıstaslara bakacağız.

## 1. NAFKA SORUMLULUĞU YÖNÜNDEN AİLE

İslâm hukukuna göre nafaka, evlilik, akrabalık ve sahiplik ilişkisi ile doğar.<sup>110</sup> Günümüzde sahiplik yani kölelik nedeniyle nafaka yoktur, ancak onun yerine hizmet akdi veya bakım sözleşmesi ile nafaka hakkı bulunmaktadır.

Mezheplerin tamamı evlilik durumunda, belli şartları taşımak şartıyla<sup>111</sup> kadının nafakasının kocasına vacip olduğu hususunda ittifak etmişlerdir.<sup>112</sup> İbn Hazm (öl. 456/1064) hariç bu yükümlülük tek taraflıdır. Yani kadına erkeğin nafakası vacip değildir. Kadının zengin, erkeğin fakir olması, hatta erkeğin çalışmayacak durumda olması da bunu değiştirmemektedir. İbn Hazm, bir erkek kendinin ve hanımının nafakasını teminden âciz kaldığında, nafaka yükümlülüğünün -eğer zengin ise- kadına ait olacağını söylemiştir.<sup>113</sup>

Ayrıntılarda bazı farklılıklar olsa da belirli şartlar dâhilinde<sup>114</sup> çocukların nafakasının da öncelikle babaya vacip olduğu hususunda mezheplerin ittifakı vardır.<sup>115</sup> Küçük erkek çocuk, çalışmayan büyük erkek çocuk ve evli olmayan kız çocuklarının nafakası, zor durumda olsa bile çalışabilecek durumda olduğu müddetçe babaya aittir.<sup>116</sup>

Baba vefat eder veya nafakaya gücü yetmezse çocuğun nafakasının kime ait olacağı hususunda farklı görüşler vardır. Ancak İmam Mâlik'in (öl. 179/795) üst

<sup>110</sup> ERBAY, Celal, "Nafaka", **DİA**, TDV Yayınları, İstanbul 2006, c. 32, s. 282; Kâsânî, c. 4, s. 15.

<sup>111</sup> Şartlar için bk. ZEYDÂN, Abdülkerim, **el-Mufassal fi ahkâmi'l-mer'e**, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1993, c. 7, s. 156-160.

<sup>112</sup> KÂSÂNÎ, 'Alâeddîn Ebû Bekir b. Mes'ûd, **Bedâ'i' u's-şanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i'**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1406, c. 4, s. 15-16; KÂDÎ ABDÛLVEHHÂB, **el-Ma'ûne 'alâ mezhebi 'âlimi'l-Medîne**, el-Mektebetü't-Ticâriyye, Mekke, t.y., s. 782; MÜZENÎ, İsmâ'îl b. Yahyâ, **el-Muhtaşar (el-Ümm'ün sonunda)**, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1990, c. 8, s. 336; İBN KUDÂME, c. 11, s. 347-348.

<sup>113</sup> İBN HAZM, Ebû Muhammed 'Alî, **el-Muḥallâ**, Dâru'l-Fikr, Beyrut, t.y.), c. 9, s. 254.

<sup>114</sup> Şartlar için bk. MÂVERDÎ, Ebü'l-Hasen Alî, **el-Ḥâvi'l-kebîr fi fikhî mezhebi'l-İmâm's-Şâfi'î**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1999, c. 11, s. 478.

<sup>115</sup> KÂSÂNÎ, c. 4, s. 32-33; İBNU'L-CELLÂB, Ebü'l-Kâsım Ubeydullâh, **et-Tefrî' fi fikhî'l-İmâm Mâlik b. Enes**, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2007), c. 2, s. 63; MÜZENÎ, c. 8, s. 339; İBN KUDÂME, c. 11, s. 372-373.

<sup>116</sup> ŞEYBÂNÎ, Muhammed b. Hasan, **el-Aşl**, Dâru İbn Hâzım, Beyrut 2012, c. 4, s. 548; KÂSÂNÎ, c. 4, s. 35.

soy ve anneye nafaka vacip olmayacağı görüşü haricindekilerin ortak noktası belli şartlarla hem dede hem de anneyi çocuğun nafakasından sorumlu tutmalarıdır.<sup>117</sup>

Bir erkeğin muhtaç olan ana-babasının nafakası ile yükümlü olduğu üzerinde mezheplerin ittifakı vardır. Mâlikîler haricindeki mezhepler, eğer imkânları varsa, kız çocukların da ana-baba nafakasından sorumlu olduğunu kabul etmişlerdir.<sup>118</sup>

Mâlikîler evlat ve ebeveyn haricinde nafaka sorumluluğunu kabul etmemişlerdir. Buna göre dede/nine torun arasında nafaka sorumluluğu yoktur.<sup>119</sup> Şâfiîlere göre ise usul (üst soy) ve fûru (alt soy) haricindeki akraba için nafaka yükümlüğü yoktur. Akrabaya nafaka yükümlülüğünü daha geniş çerçevede kabul edenler hangi akrabaya nafaka yükümlülüğü olduğu hususunda üç görüş ileri sürmüşlerdir:

a- Hanefîlere göre nafaka mecburiyeti zevi'l-erhâm olan mahremler içindir. Böyle olmayanlar için yoktur. Kişi, vâris olsalar bile, amcaoğlunun ve azat ettiği kölenin nafakasını karşılama mecburiyetinde değildir. Çünkü bunlar zîrahm değildir.<sup>120</sup> Kişi, kendilerine vâris olamasa bile eğer zengin bir vârisleri yoksa halası, teyzesi gibi tüm zevi'l-erhâm mahremlerin nafakasından sorumlu tutulur.<sup>121</sup>

b- Hanbelîlerde zâhir görüşe göre birbirlerine vâris olabilecek bütün akrabalar arasında nafaka sorumluluğu vardır.

c- Evzâî (öl. 157/774), İshak b. Râhûye (öl. 238/853) ve bir rivâyette Ahmed b. Hanbel (öl. 242/855), nafaka yükümlülüğünün asabede olduğu görüşündedirler.<sup>122</sup>

Bu bilgiler ışığında nafaka sorumluluğuna göre ailenin en dar kapsamı karı-kocadan oluşan birliktir. Bunu hemen karı-koca evlatların oluşturduğu birlik, onu usul ve fûrû'nun dâhil olduğu birlik, onu da zevi'l-erhâm ve asabenin olduğu birlik takip etmektedir. Bu taksime göre, dördlü bir tasnif olmaktadır.

Diğer bir bakışla karı-koca ve evlatlardan oluşan birliği en dar anlamda aile olarak değerlendirebiliriz. Çünkü en güçlü nafaka bağlantısı bunlar arasındadır. Diğerleri de bunu takip eder ki, bu sefer de üçlü bir tasnif olur.

<sup>117</sup> MÂVERDÎ, c. 11, s. 479; İBN KUDÂME, c. 11, s. 373-374, 383.

<sup>118</sup> İBNU'L-CELLÂB, c. 2, s. 63; KÂSÂNÎ, c. 4, s. 32; MÜZENÎ, c. 8, s. 339; İBN KUDÂME, c. 11, s. 373-374.

<sup>119</sup> İBNU'L-CELLÂB, c. 2, s. 64.

<sup>120</sup> ŞEYBÂNÎ, *el-Aşl*, c. 10, s. 340.

<sup>121</sup> ŞEYBÂNÎ, *el-Aşl*, c. 4, s. 548-549.

<sup>122</sup> İBN KUDÂME, c. 11, s. 381.

## 2. MİRAS HUKUKUNA GÖRE AİLENİN KAPSAMI

İslâm hukukunda mirasçılık sebepleri kan hısımlığı, evlilik ve velâdır. Miras paylaşımında üç grup vardır: Ashâbü'l-ferâiz, asabe ve zevi'l-erhâm.<sup>123</sup> Hanefiler muvâlât akdi ile de mirasçılığı kabul ettiklerinden bu dörde çıkarılabilir.<sup>124</sup>

Ashâbü'l-ferâiz payları belli olanları ifade eder ki bunlar karı, koca, baba, anne, kız, oğul kızı, öz kız kardeş, baba bir kız kardeş, anne bir erkek ve kız kardeşler, baba tarafından araya kadın girmeyen dedelerle anne ve baba tarafından ninelerdir.<sup>125</sup>

Asabe, nesebiyye ve sebebiyye olarak ikiye ayrılır. Asabe-i nesebiyye miras bırakana erkek vasıtasıyla bağlı kan hısımlarını; sebebiyye ise azatlık ilişkisi ile bağlı kişileri ifade eder. Asabe-i nesebiyye, kişinin fûruunu, baba taraftan usulü, kardeşler, amcalar ve amcaların erkek çocuklarını içine alır. Daha öteye gitmez. Meselâ, hala asabeden değildir.<sup>126</sup>

Zevi'l-erhâm ise ashâbü'l-ferâiz ve asabe dışında kalan teyze, annenin babası, kızdan torunlar, dayı gibi kan hısımlarını ifade eder.<sup>127</sup>

Miras hukukuna göre aile kapsamını tespit ederken asıl olarak hacbe bakmak gerekir. Çünkü ashâb-ı feraizle asabe arasında geçişkenlik bulunmaktadır. Birinin varlığının diğerini mirastan mahrum bırakması demek olan hacb iki türlüdür: Miras payının eksilmesine hacb-ı noksan (eksiltici hacb); tamamen mirastan mahrum olmaya hacb-ı hırman (düşürücü hacb) denilir. Mirastan hiçbir şekilde mahrum olmayan yakınlara, koca, karı, oğul, kız, baba ve anadır. Bunlardan baba olmadığında dede devreye girer, baba ve oğul birlikte olmadığında erkek tarafından torunlar mirasçı olurlar. Asabe kendi içinde kademe kademe birbirlerini hacbederken asabenin varlığı da zevi'l-erhâmı hacbeder. Zevi'l-erhâm da velâ akdi ile mirasçı olanı hacbeder.<sup>128</sup>

<sup>123</sup> İmam Mâlik ve İmam Şâfiî zevi'l-erhâmın mirasçı olamayacağı, asabeden sonra mirasın devlet hazinesine kalacağı görüşündedirler. Ancak Mâlikî mezhebinde hicrî ikinci, Şâfiîlerde ise dördüncü yüzyıldan itibaren, devlet hazinesinin gerektiği gibi kullanılmadığı gerekçesiyle, zevi'l-erhâmın mirasçı olabileceklerine fetva verilmiştir. (KARAMAN, *Mukayeseli*..., c. 1, s. 476.)

<sup>124</sup> MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmûd, *el-İhtiyâr li ta'îli'l-Muhtâr*, Matba'atü'l-Halebî, Beyrut, 1937, c. 5, s. 111.

<sup>125</sup> DÖNDÜREN, Hamdi, "Ashâbü'l-Ferâiz", *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul, 1991, c. 3, s. 467-468.

<sup>126</sup> MEVSİLÎ, c. 5, s. 92-94; KARAMAN, "Asabe", *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul, 1991, c. 3, s. 452-453.

<sup>127</sup> MEVSİLÎ, c. 5, s. 105; AKTAN, Hamza, "Zevi'l-Erhâm", *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul, 2013, c. 44, s. 307-308.

<sup>128</sup> MEVSİLÎ, c. 5, s. 94-96; ÖZEN, Şükrü, "Velâ", *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul 2013, c. 43, s. 14-15.

Bu hükümlere göre bir tasnif yapılmak istendiğinde ailenin ilk halkasını hiçbir şekilde mirastan mahrum olmayan koca, karı, çocuklar ile baba ve ana oluşturmaktadır. Bir sonraki halka dedeler, torunlar ve kardeşlerin dâhil olduğu halkadır. Bunları ise asabenin geri kalanı, sonra zevi'l-erhâm, sonra da muvâlât akdi ile bağlanan kişiler takip etmektedir. Bu tasnife göre, beşli bir taksim yapılabilir. Dar aile eşler, çocuklar, ana ve babadan; orta aile bunlara dedeler, nineler ve kardeşlerin dâhil edilmesinden; büyük aile asabeden, geniş aile asabe ve zevi'l-erhâmdan, en geniş aile ise bunlara muvâlât akdi yapanların dâhil edilmesiyile oluşmaktadır.

Burada şunu da eklemek gerekir ki İslâm hukukuna göre din farkı mirasçılığa engeldir. Bu sebeple miras hukuku açısından gayrimüslim yakınlar aile içine dâhil edilemez.

### **3. VELÂ AKDİ YÖNÜNDEN AİLENİN KAPSAMI**

Kökü bir şeye çok yakın olmak manasına gelen “el-vely” kelimesinden türeyen **velâ**, lügatta bir şeye sahip olmak, yardım etmek ve yakınlık anlamlarına gelmektedir.<sup>129</sup> Fıkıh terimi olarak “âzatlıktan veya muvâlât akdinden doğan hükmi akrabalık bağı” ifade etmektedir.<sup>130</sup> Aralarında velâ bağı bulunan taraflardan her birine mevlâ denir.<sup>131</sup> Tariften anlaşıldığı üzere iki çeşit velâ vardır.

a) Azatlık nedeniyle doğan velâ: Bu velâ bir kişinin sahip olduğu köleyi azat etmesi (itâk) veya mülkiyetine geçen kölenin doğrudan azat olması (itk) ile doğar. Azatlık köle ile eski sahibi arasında satılamayan, feshedilemeyen, başkasına devredilemeyen bir velâ bağlantısı kurulur ve bu azatlığın işlediği diyet ödenmesi gereken cinâyeti mevlâsı (eski sahibi) ve âkilesi öder. Mevlâ da azatlığın asabesi arasına dâhil olur ve kendisini hacbedecek asabeden kimse olmadığında ya ashab-ı ferâizden artan miras payını ya da mirasın tamamını alır. Cumhura göre zevi'l-erhâmdan önce gelir.

b) Muvâlât akdinden doğan velâ: Muvâlât akdi, dört mezhep arasında sadece Hanefîlerin kabul ettiği bir akittir ve Hanefî fıkıh kitaplarında, “Müslüman olan birinin, eliyle Müslüman olduğu kişi veya başkasına, ‘sen benim mevlâmsın, eğer ölürsem mirasçım sen olursun, cinâyet işlersem âkilem senin tarafındır’ demesi ve karşı tarafın bunu kabul etmesi ile gerçekleşen bir akit” olarak tarif edilmiştir.<sup>132</sup> İbnü'l-Hümâm baş taraftaki kaydın, bir kişinin delâleti ile Müslüman olan birinin başkasıyla muvâlât akdi yapamayacağına dair tevehhümü def etmek için

<sup>129</sup> ASİM EFENDİ, c. 6, s. 6039-6040.

<sup>130</sup> ZEYLÂİ, c. 5, s. 175.

<sup>131</sup> ÖZEN, c. 43, s. 11.

<sup>132</sup> KUDÛRÎ, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr, **el-Muhtaşar**, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1997, s. 183; MERĠNÂNÎ, c. 3, s. 270; MEVSİLÎ, c. 4, s. 44.

konduğunu söylemektedir. Ayrıca miras ve diyet zikredilmeden sadece bir tarafın “seninle velâ akdi yaptım”, diğer tarafın “kabul ettim” demesi ile de akdin gerçekleşeceğini söylemiştir.<sup>133</sup>

Gayrimüslimler ve nesebi bilinmeyen buluntu çocuk (lakît) de muvâlât akdi yapabilir. Bu sebeple muvâlât akdini “akrabası olmayan bir kişinin başka biriyle, ölürse mirasçısı olması, cinâyet işlerse diyetinin o şahıs ve âkilesi tarafından ödenmesi şartıyla akit yapmasıdır” şeklinde tarif daha uygundur.<sup>134</sup>

Muvâlât akdi yapabilmek için tarafların akıllı, bâliğ olması; akit yapanın asabe veya zevi'l-erhâm vârisinin olmaması gerekir. Vâris sadece koca veya karı ise velâ akdi yapabilir. Ayrıca akit yapanın azat edilmiş olmaması ve daha önce gerçekleşen bir cinâyet için diyet borcunu beytûmalin ödemiş olmaması gerekir. Azat edilenin mevlâsı eski sahibi, beytûmalin diyet borcunu ödediği kişinin mevlâsı ise beytûmaldir. Müslüman olmak, erkek olmak ve dâru'l-İslâm'da olmak şartı yoktur. Müslüman zimmî ile, zimmî zimmî ile, zimmî Müslüman ile velâ akdi yapabilir. Muvâlât akdi bağlayıcı bir akit değildir. Ancak bir taraf diyet ödediğinde bağlayıcı hâle gelir. Bundan sonra ancak iki tarafın oluru (ikâle) ile feshedilebilir.<sup>135</sup>

Velâ hükümlerine baktığımızda köle aileden biri olduğu gibi azat edildikten sonra da aynı aileden sayılmaya devam etmektedir. Bu bağlılık da koparılabilir bir bağlılık değildir. Muvâlât akdi ise bir aileye akit yoluyla tamamen yabancı birinin dâhil olabileceğini göstermektedir. Kölelik zamanımızda bulunmadığı için köle veya azatlı yoluyla aileye dâhil olma imkânı kalmamıştır. Ancak akit yoluyla dâhil olma yolu açıktır.

#### **4. FARKLI HÜKÜMLER AÇISINDAN AİLENİN KAPSAMI**

Nafaka ve miras haricinde, diyet ödenmesi gereken cinâyetler için söz konusu olan âkile müessesesi, yoksul olmasına rağmen zekât verilemeyecek yakınlar ve evlenme yasakları da aile çeşitleri ve kapsamını anlamada yol gösterici olacaktır.

Hanefiler dışındaki mezheplere göre âkileyi, cinâyeti işleyenin asabesi oluşturur. Hanefiler ise Hz. Ömer'in uygulamasına istinaden âkilede önceliğin aynı divana kayıtlı olan “divan ehli”ne ait olduğu, sonra asabeye geçtiği görüşündedirler.<sup>136</sup>

<sup>133</sup> İBNÜ'L-HÜMÂM, c. 9, s. 230.

<sup>134</sup> Benzer bir tarif için bk. ÜNALAN, Abdulkerim, “İslâm Hukukunda Muvalât Akdi ve Sigorta Açısından Değerlendirilmesi”, *Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, cilt: 10, sayı: 1, s. 1-17, s. 4.

<sup>135</sup> KÂSÂNÎ, c. 4, s. 170-171.

<sup>136</sup> AKTAN, Hamza, “Âkile”, *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul 1989, c. 2, s. 248-249.

Câhiliye’de âkile hem müsbet hem de menfî manada kan davası dayanışmasını ifade ediyordu. Müsbet şekli bir ferde yapılan bir cürmün intikamını almak tüm âkiledaşlara düşüyordu; menfisi ise bir ferdin işlediği cürmün intikamı tüm âkiledaşlardan alınabiliyordu. İntikam yerine diyet alınacaksa bu sefer tüm âkile bunu ödemekle yükümlü aynı zamanda ödenen diyetle hak sahibi idiler.<sup>137</sup>

Gökalp’e göre ilk başlarda tüm kan akrabalarına ze’vî-erhâm denirken âkile ile bunları ödemek mükellefiyeti olanlara asabe denmiş ve burada kan bağlantısı olmayanların da velâ, itâk gibi yollarla asabeye katılabilmemesinin yolu açılmıştır.<sup>138</sup>

Bu görüşler muvacehesinde bakıldığında, geniş aile içerisinde asabe yer aldığı gibi aile hukuku kapsamında birbirlerine bağımlı olanların da aile kavramı içerisinde düşünülebileceğini göstermektedir.

Zekâtla ilgili hükümlerde, nafakası ile sorumlu olunan kişilerden yoksul olsalar bile eşe,<sup>139</sup> usul ve fûrua zekât verilemeyeceği ifade edilmiştir.<sup>140</sup> Bu hüküm bunların ailede ilk halkada olması gerektiği hususunda bir karinedir.

Kişinin, usul ve fûruu, kardeşleri ve kardeşlerin fûruu, baba ve annenin kardeşleri, eşin usul ve fûruu, usulün eşleri, fûruun eşleri, süt anne, süt baba ile onların usul ve fûruu ve süt çocukları ile evlenmesi daimî olarak yasaktır.<sup>141</sup> Bu hükümler dikkate alındığı zaman, aile kavramının içine süt akrabaları, eşin fûruu yani üvey kız ve torunlar ile babanın eşleri yani üvey annelerin de dâhil edilebileceğini göstermektedir. Ancak aile kelimesinin kök anlamları aynı evde yaşamadıkları müddetçe bunların aile kavramı içine daimî olarak dâhil edilemeyeceğini göstermektedir.

## **5. OSMANLI HUKUK-I ÂİLE KARARNAMESİ AÇISINDAN AİLE**

1917 yılında kabul edilip kısa süreli yürürlükte kalan Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnamesi’nde ailenin bir tanımı yer almadığı gibi münâkehât ve müfârâkât olarak iki bölüm halinde en dar manadaki aile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Nafaka ile ilgili bölümde bile sadece zevce nafakası düzenlenmiştir. Kararnamenin 130. maddesinde karı-koca arasında hakemlik yapacak “aile meclisi” düzenlenmiş, ancak burada içlerinden hakem tayin edilecek ailenin kapsamı belirtilmediği gibi esbâb-ı mûcibe lâyihasında da bir açıklama

<sup>137</sup> GÖKALP, “Konak”, s. 221.

<sup>138</sup> GÖKALP, “Konak”, s. 222.

<sup>139</sup> İmâmeyn kadının kocasına zekât verebileceği görüşündedirler; ancak mezhepte fetvaya esas görüş bu değildir.

<sup>140</sup> MERGİNÂNÎ, c. 1, s. 111.

<sup>141</sup> MEVSİLÎ, c. 3, s. 84-85.



yapılmamıştır.<sup>142</sup> Bununla birlikte bazı maddelerdeki düzenlemeler ve bunlarla ilgili açıklamalar geniş aileye işaret edecek şekildedir.<sup>143</sup>

#### **IV. AİLENİN TANIMI**

Aile sosyolojinin de temel uğraş alanlarından olduğundan sosyologlar tarafından çeşitli aile tanımları yapılmıştır. Sosyologlar aileyi sosyal bir vaka olarak incelediklerinden tarifleri de hukuk açısından değil toplum kabulleri açısından yapmışlardır. Meselâ Gökalp aileyi, “biri birine akrabalık rabitası ile merbut olan fertlerin mecmuu” şeklinde tarif etmiştir. Ancak ona göre akrabalık kandaşlık demek değildir.<sup>144</sup> Biz burada hukuk açısından, özellikle de İslâm hukuku açısından aile tanımı üzerinde durduğumuzdan, Gökalp haricindeki sosyologların yaptıkları aile tanımlarına ve tasniflerine yer vermeyeceğiz.<sup>145</sup>

#### **A. İSLÂM HUKUKUNA GÖRE AİLE TANIMI**

Yukarıda bahsettiğimiz üzere aile ile bağlantılı ‘iyâl, ehl kelimeleri fakihlerce tarif edilmiş olsa da daha yeni olması nedeniyle aile kavramının 20. yüzyıldan önce fakihler arasında bir tanımı yapılmadığı gibi günümüzde de genellikle bir tanım vermekten kaçınılmakta, kapsamına işaret edilmektedir. Burada az sayıda yapılan tanımlardan birkaçını vererek değerlendirme yapacak ve kendimiz bir tanım geliştirmeye çalışacağız.

Ahmet Hamdi Akseki aile için, “her ferdin mensup olduğu ufak bir cemiyettir; bunun azalarını, karı-koca, ana-baba, çocuklar, hısım ve akraba teşkil etmektedirler” demektedir.<sup>146</sup>

Tanımda kısmen çelişki ve tekrar olduğu gibi aynı zamanda yetersizdir. “Ufak cemiyet” denmiş, ancak azaları geniş bir topluluk oluşturmaktadır. Hısım denerek kan ve kayın hısımlığı beraber kastedilmiş, ancak hısımlık içinde dâhil olan karı-koca, ana-baba ve çocuklar ayrıca sayılmıştır. Akraba ise hısımlığı da içine alan bir kelimedir. Belki de hısım ile kayın hısımlığı, akraba ile kan ve süt hısımlığı kastedilmiştir. Ancak yine tekrar bulunmaktadır. Akit yoluyla aile birliğine

---

<sup>142</sup> ÇEKER, Orhan (ed.), **Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi**, 5. basım, Mehir Vakfı Yayınları, Konya, 2017, s. 99-100.

<sup>143</sup> 10 ve 72. madde ile lâyahadaki velinin merâtibi, mükrehin ve sarhoşun talâkı ile ilgili açıklamalar buna örnek verilebilir. Bk. ÇEKER, s. 80, 89, 93.

<sup>144</sup> GÖKALP, “Aile Ahlakı I”, s. 181.

<sup>145</sup> Sosyologların bazı tarifleri için bk. PEHLİVAN, Oğuzhan, **Aile Tanımı ve İlişkilerinin Toplumsal Olarak İnşası**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 7-20 Türk halkındaki aile tanımı ve kapsamı için bk. s. 116-142; GÖKÇE, Birsen, “Aile ve Aile Tipleri Üzerine Bir İnceleme”, **Hacettepe Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, c. 8, sy 1-2 (1976), s. 48.

<sup>146</sup> AKSEKİ, Ahmet Hamdi, **İslâm Dini**, 29. basım, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1980), s. 262.

katılanlar ise tarif dışında kalmıştır. Eğer akraba kelimesine Gökalp'in yüklediği anlam yüklenirse, o zaman akitle dâhil olanlar da akraba içinde sayılabilir; ancak Akseki'nin açıklamaları hısım ve akrabadan kan hısmımlığını kastettiğini göstermekte,<sup>147</sup> hizmetçileri aile efradından saymamaktadır.<sup>148</sup> Ayrıca süt hısmımlığı da tanıma dâhil edilmiştir.

Hayrettin Karaman, "aile, kan, süt ve evlilik bağının yekdiğerine bağladığı fertlerden teşekkül eder."<sup>149</sup> demektedir. Veciz bir tanım olmakla beraber tanıtımda hem fazlalık hem eksiklik vardır. Aradaki evlenme yasağına binaen tanıma girdirilmiş olsa da aile kelimesinin kök anlamında yer alan "bir kişinin sorumlu oldukları ve muhtaçlık" manalarına istinaden süt hısmımlığının tanıma girdirilmesi yerinde değildir. Çünkü süt hısmımlığı ne nafaka ne miras gibi hukukî bir sorumluluk ne de sıla-i rahim gibi ahlakî bir yükümlülük doğurmaktadır. Ayrıca akitle aile birliğine dâhil olanlar ve aile fertlerinin hak ve sorumlulukları tanıma dâhil edilmemiştir.

TDV İslâm Ansiklopedisinde aile, Gökalp'in tanıtımı alınarak: "Akrabalık ilişkisiyle birbirlerine bağlanan fertlerin bir araya getirdiği topluluk"<sup>150</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım, bazı makalelerde de kullanılmıştır.<sup>151</sup> Veciz olmasına rağmen eksik bir tanımdır. Akrabalık ilişkisi kan, kayın ve süt hısmımlığı için kullanılabilen bir kelimedir.<sup>152</sup> İslâm hukuku açısından aile denildiğinde, süt hısmımlığı aileye dâhil değildir. Akit ile aile birliğine dâhil olanlar, hak ve yükümlülük tanıma dâhil edilmemiştir.

H. Yunus Apaydın Hoca, üç tanım verip bunların çeşitli açılardan sorunlu olduğunu söyleyerek kendince "nisbeten uygun" olarak DPT "Türk Aile Yapısı Özel İhtisas Komisyonu" tarafından yapılan tanıtımı son cümlesini çıkararak vermiştir. Buna göre aile, "kan bağıllığı, evlilik ve diğeryollardan aralarında akrabalık ilişkisi bulunan ve çoğunlukla aynı evde yaşayan bireylerin psikolojik, sosyal, ekonomik ve cinsel gereksinmelerinin karşılandığı temel toplumsal birimdir."<sup>153</sup> Bu tanım yukarıdaki tanımlara göre daha iyi bir tanım olmasına rağmen, "ağyârını mâni efrâdını câmi" değildir. Tanım Türk toplumundaki aile algısı ve Türk hukukundaki düzenlemeler dikkate alınarak yapılmıştır. "Diğeryollardan akrabalık" ifadesi evlat edinmeyi ifade etmektedir. Evlat edinme ile akrabalık İslâm hukukunda kabul edilmemiştir. Tanıtımı İslâm hukukundaki aile tanıtımına göre değerlendirirsek "diğeryollardan akrabalık" süt hısmımlığını kapsar.

<sup>147</sup> AKSEKİ, s. 269.

<sup>148</sup> AKSEKİ, s. 270.

<sup>149</sup> KARAMAN, *Mukayeseli...*, c. 1, s. 281.

<sup>150</sup> AYDIN, Mehmet Âkif, "Aile", *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul 1989, c. 2, s. 196-200.

<sup>151</sup> Meselâ bk. GENÇ, Mustafa, "İslâm Hukukunda Ailenin Önemi ve Evlilik Hayatının Faydaları", *Sosyal Bilimler Dergisi*, c. 5, sy 30 (Kasım 2018), s. 274.

<sup>152</sup> AKYÜZ, Vecdi, "Akraba", *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul, 1989, c. 2, s. 285-287.

<sup>153</sup> APAYDIN, s. 136-37.

Bu ise aile tanımına süt hısımlığını dâhil ettiği gibi akrabalık haricinde, yani akitle aileye dâhil olma tanıma girmemiş olur. İslâm hukuku açısından “çoğunlukla aynı evde yaşayan” ifadesi fazlalık olduğu gibi, “bireylerin psikolojik, sosyal, ekonomik ve cinsel gereksinmelerinin karşılandığı” ifadesi kısaca “hak ve sorumluluklar” olarak ifade edilebilir.

Kuveyt Vakıflar ve Din İşleri Bakanlığı tarafından hazırlanan *el-Mevsûatü'l-fikhiyye*'de Arapçada aile manasına kullanılan “üsre” kelimesinin Kur'an'da geçmediği ve fakihlerin ibarelerinde kullanmadıkları söylendikten sonra şu andaki yaygın anlamının, “kişinin karısı, usul ve fûruundan bakımıyla sorumlu oldukları” olduğu; fakihlerin önceden bu manayı ifade için âl, ehl ve 'iyâl kelimelerini kullandıkları kaydedilmiştir.<sup>154</sup> Bu tanım çok eksik bir tanım olup klasik ulemanın manasını verdiği 'iyâl kelimesini bile tam karşılamamaktadır. Çünkü 'iyâl kelimesinin kişinin bakmakla yükümlü olduğu herkesi kapsadığı ifade edilmiş ve bunun içine kölesi veya bakmayı taahhüt ettiği kimseler de dâhil edilmiştir.

"Aile, dar manada, bir çatı altında yaşayarak mukadderatını birleştirmiş eşlerle çocukları; geniş manada, kan bağı ile birbirine bağlı olan kimseleri ifade eder." denilmiştir.<sup>155</sup> Bu tanım da hem uzun hem de eksiktir. Sadece eşi ve kan hısımlığını aileye dâhil etmiştir.

İslâm hukukundaki hükümler dikkate alınarak aile için hukuk açısından şöyle bir genel tanım yapılabilir: “Kan hısımlığı ya da hısımlık benzeri sonuç doğuran sahih akitle birbirine bağlanan ve birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri bulunan fertlerin oluşturduğu birlik.”

Bu tanımdaki kan hısımlığı ile kandan akraba olanların tamamı; “sahih akit” ibaresiyle evlilik, muvâlât akitleri dâhil edildiği gibi “hısımlık benzeri” ifadesiyle hem kayın hısımlığı ve muvâlât benzeri akitlerin kan hısımlığı ile aynı hak ve sorumlulukları doğurmadığı ifade edilmiş hem de diğer sıradan akitlerden ayrılmıştır. Akit için sahih denilmesi de İslâm hukukunca kabul edilmeyen akitlerin geçerli olmadığını ifade etmek içindir.

## **B. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN AİLE TANIMI**

Yürürlükteki mevzuat arasında “aile”nin tanımının geçtiği tek kanun 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'dur (NHK). Buna göre Kanun'da geçen aile, “aynı soydan olup, bir aile sıra numarası altında kayıtlı olan kişiler ile onların eş ve çocuklarını” (Md. 3/1-d) ifade etmektedir. Nüfus kütüklerinin nasıl tutulacağı ile

<sup>154</sup> *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*, Vezâretü'l-Evkâf, Kuveyt, 1404, c. 4, s. 223.

<sup>155</sup> YILMAZ, Musa K., “İslâm Ailesi Mahiyeti ve Yapısı”, *Diyanet İlmî Dergi [Diyanet Dergisi]*, c. 27, sy 2 (1991), s. 45.

ilgili olan bu tanım, soy bağılılığı ile sadece eşleri almaktadır ve TMK'daki taksimden farklıdır.

Aile hukukunun kaynağı olan TMK'da aile kavramının bir tanımı olmadığı gibi kaynağı olan İsviçre Medeni Kanunu'nda da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de tanımı bulunmamaktadır. Literatürde de genellikle ailenin tek bir tanımı yapılmaktan kaçınılmıştır. Buna sebep olarak, ailenin kanunla konulan bir hüküm olmayıp sosyal bir gerçeklik olması ve aile kavramının zaman içindeki değişimi gösterilmiştir. Selma Çetiner'e göre "aile"nin tanımlanması imkânsızdır; çünkü ailenin içeriği ve kapsamı zamana, ülkeye hatta aynı ülkedeki kanunlara göre değişiklik göstermektedir.<sup>156</sup>

Bununla birlikte hukukî olarak kabul edilebilecek çeşitli tanımlar bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler (BM), 1970 nüfus sayımlarında dikkate alınacak ilke ve önerileri sunduğu kitapçıkta aileyi "kan, evlat edinme veya evlilik yoluyla belirli bir derecede akraba olan hane üyeleri olarak" tanımlamıştır. BM'nin tanımında hane esas alınmış ve "bir aile birden fazla haneden oluşamaz, ancak hane birden fazla aileden oluşabilir" denilmiştir.<sup>157</sup>

Bu tanım, TMK'daki en geniş aileyi içerisine almamaktadır. Ayrıca hane dışındakileri aileye dâhil etmemiştir.

Yukarıda zikredildiği üzere "Türk Aile Yapısı Özel İhtisas Komisyonu" tarafından bir aile tanımı yapılmış ve bu tanım çeşitli yerlerde kabul görmüştür. Bu tanımda yukarıdakine ilaveten, "... topluma uyum ve katılımlarının sağlandığı ve düzenlendiği"<sup>158</sup> ifadeleri de yer almaktadır. Bu tanım yukarıda açıklandığı üzere hem uzun bir tanımdır hem de TMK'da en geniş aile kapsamında kabul edilen ev düzenini tam anlamıyla kapsamamaktadır. Tanımın sonundaki ifadeler ise hukukî değil sosyolojik ifadelerdir.

1990 yılında yapılan I. Aile Şûrası sonuç bildirisinde aile, "Bir toplumda hukukî temele dayalı evlilik ve aralarında akraba bağı (ana-baba, çocuklar, büyükanne ve büyük baba ile yakın akrabalar) oluşmuş aynı mekânda yaşayan en küçük toplumsal kurum" şeklinde tanımlanmıştır.<sup>159</sup> Bu tanım Birleşmiş Milletlerin

<sup>156</sup> ÇETİNER, s. 61-62; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 2, 4.

<sup>157</sup> UNITED NATIONS (UN), **Principles and Recommendations for the 1970 Population Censuses**, Newyork, 1969, s. 20, prf. 213-214.

<sup>158</sup> ÇAMUR DUYAN, Gülsüm, **Ailelerle Sosyal Hizmet**, Atatürk Üniversitesi (ATA-AÖF) Yayınları, t.y., 4; TAYLAN, Hasan Hüseyin, "Türkiye'de Köy Ailesinde Aile İçi İlişkiler", **Selçuk Üniversitesi/Edebiyat Fakültesi Dergisi**, sy. 22 (2009), s. 119.

<sup>159</sup> GÜLER YILDIZ, Tülin, "Ailenin Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve Aile Çeşitleri", **Aile Eğitimi ve Katılımı**, ed. Tülin Güler Yıldız, 5. basım, PEGEM Akademi Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 2.

tanımı ile paralel olmakta birlikte evlilikte sadece resmî nikahı kabul etmekte ve aileyi sadece yakın akrabaya tahsis etmektedir.

Bir başka tanımda da “Aile, evlilik, soybağı, ev ve duygu birliğini oluşturan bireylerin arasındaki ilişkiler yumağına verilen ad olarak tanımlanabilir.”<sup>160</sup> Bu tanımdaki soybağı, tanıma ve evlat edinmeyi, ev kelimesi ise hem ev düzenini hem de aynı evde birlikte yaşamayı ifade etmekte, böylece TMK’deki üç aile türünü de kapsamaktadır. Ancak “duygu birliği” ifadesinin neden tanıma girdirildiği açık değildir. “ve” bağlacı nedeniyle bunların hep birlikte olması yani evlilik ve duygu birliğinin, soybağı ve duygu birliğinin, ev ve duygu birliğinin birlikte olması gibi anlaşılmaktadır. Böyle olduğunda bu ifade fazlalık olmaktadır. Ayrıca aile için böyle bir şart yoktur. Bu ifade ile nikahsız birliktelikler ifade edilmek isteniyorsa bu durum TCK ve 6284 Sayılı Kanun ile uyumlu olmasına rağmen TMK ile uyumlu değildir. TMK’ya göre bir aileden söz edebilmek için farklı bir kadın ve erkeğin nikah yoluyla birlikteliği gerekmektedir.<sup>161</sup> Bu ifade ile eşcinsel birliktelikler de ifade edilmek isteniyorsa Türk hukukundaki düzenlemelere aykırıdır. Ayrıca bunları ifade için “veya” bağlacı kullanılması gerekirdi. Bunun dışında “ilişkiler yumağı” hukukî olmaktan çok sosyolojik bir ifadedir. Bunun yerine “hak ve yükümlülükler” daha doğrudur.

Bizim kanaatimize göre TMK’deki düzenlemeler dikkate alındığında aynı hanede birlikte oturmak şartı kaldırılmalı ve aile daha geniş tanımlanmalı, birlikte yaşamasalar bile nafaka düzenlemesine istinaden üst soy, alt soy ve kardeşler; miras düzenlemesine istinaden dede-nineler ve onların alt soyu da aile kapsamına dâhil edilmeli ve tanım buna göre yapılmalıdır. TCK ve 6284 Sayılı Kanun esas alındığında ise nikahsız bile olsa kadın ve erkeğin evli gibi yaşamasının da aile kavramına dâhil edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte alanımız olmaması nedeniyle yürürlükteki Türk Hukukuna göre bir tanım yapmıyor, şu andaki tanımların eksiklerine işaret etmekle yetiniyoruz. Ancak alanın uzmanlarının bir tanım geliştirmesinin, uygulamada çok büyük kolaylıklar sağlaması açısından uygun olacağını ifade edelim.

### **C. KARŞILAŞTIRMA**

Mer’i hukuka göre evlat edinme hukukî olduğundan evlatlıklar aile içerisine daimî olarak dâhil olurlar. İslâm hukukunda ise evlatlık müessesesi olmadığından bu yolla aileye katılım yoktur. Bir kişi yetim birini, bakmak için evine alsa, bu çocuk da aileye dâhil edilmiş olur ancak geçicidir.

Yürürlükteki mevzuata, hem TCK hem de 6284 Sayılı Kanun’a göre nikahsız birliktelikler de aile kavramı içine dâhil edilmektedir. Bu ise İslâm hukukunda

<sup>160</sup> GENÇCAN, Ömer Uğur, **Aile Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2011, s. 138.

<sup>161</sup> HATEMİ / OĞUZTÜRK, s. 3.

imkân dâhilinde değildir. Değil nikahsız birliktelikler, sahih olmayan nikahlar bile aile kurulmasında geçerli değildir.

İslâm hukukunda sapkın birliktelikler, yani aynı cinslerin birbiriyle evliliği, ilişkileri hiçbir şekilde caiz olmadığından böyle birlikteliklerin aile kavramına dâhil edilmesi imkânı yoktur. Ancak şu anda dünyanın çeşitli ülkelerinde bu tür birliktelikler tanınmaya başlamıştır. Yürürlükteki Türk hukukuna göre bu birlikteliklerin aile kapsamına dâhil edilme imkânı yoktur. Ancak İstanbul Sözleşmesi'nde bu birliktelikler korunmakta idi ve 6284 sayılı Kanun'da halen bu sözleşmeye atıflar durmaktadır. Bu da zamanla bu birlikteliklerin aile kavramına dâhil edilmesine yol açabilir.<sup>162</sup> Bunun için, 6284'teki ilgili atıflar Kanun'dan çıkarılmalıdır.

Her ne kadar Karaman, “İslâm'da aile yapısı için belli bir sınır çizilmediğini, örf ve âdete, kültür ve medeniyetin gelişmesine paralel gelişme ve değişmeye açık bırakıldığını”<sup>163</sup> ifade etse de bu ancak akitle aile birliğine dâhil edilenler için geçerlidir. Kan ve kayın hısımlığı ile aileye dâhil olanları değiştirme imkânı bulunmamaktadır. Toplum telakkisinin değişmesi bunu değiştirmez. Ancak Türk hukukunda her zaman aile kapsamında değişiklikler yapılabilir.

Yürürlükteki mevzuat en dar olarak karı-kocayı esas alıp çekirdek aileye sadece karı-koca, çocukları dâhil etmekte iken İslâm hukuku en küçük halkaya karı-kocanın anne ve babasını da dâhil etmektedir. TMK'nın özellikle miras düzenlemeleri torunları ana-babanın önüne geçirirken İslâm hukukunda öncelik her halükârda anne-babaya aittir.

Mer'i hukukta din farkı ailede dikkate alınmazken İslâm hukukuna göre bir gayrimüslimin aile kavramına dâhil edilmesi istisnaîdir.

Gökalp'e göre ocak ancak devlet teşkili ile olur. Devlet kurulunca semiyeye (klan) ile mücadele eder. İslâm da gelince din kardeşliğini öne çıkarmış, klan asabiyesi ile mücadele etmiş; “mal, evlat size düşmandır” diyerek klan devrindeki şiddetli aile bağlantısını zayıflatmaya çalışmıştır. Eflatun da devletin güçlenmesi için aile bağlarının zayıflatılmasını, en azından askerler için ortadan kaldırılmasını istiyordu. Osmanlı ilk devirlerinde bunu gerçekleştirmişti.<sup>164</sup>

Gökalp'in bu ifadeleri yerinde değildir. İslâm'ın kabile ırkçılığını kaldırıp İslâm kardeşliğini esas aldığı doğrudur; ancak aile bağlarını zayıflattığı ifadesi yanlıştır.

<sup>162</sup> Bu hususta bk. DURSUN, Akif, “İstanbul Sözleşmesi'nin İslâm Hukukuna Göre Değerlendirilmesi”, *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. 10, sy. 19 (2021), s. 53.

<sup>163</sup> KARAMAN, Hayrettin, “Değişen Şartlar Karşısında İslâm Aile Yapısı”, *Diyanet İlmî Dergi [Diyanet Dergisi]*, c. 27, sy. 2 (1991), s. 30.

<sup>164</sup> GÖKALP, Ziya, “Aile Ahlakı II: Ocak”, *Yeni Mecmua*, 20 Eylül 1917, c. 1, sy. 11, s. 204.

Bu, aileyi tamamen kan bağına göre tanımlamakla bağlantılıdır. İslâm, aile bağlarını olması gerektiği şekilde tespit etmiş ve güçlendirmiştir. Kıyamete kadar belli bağların kopartılamayacağını hükme bağlamıştır. Zamanımızdaki devletler için bu ifade büyük oranda doğrudur. Özellikle Avrupa’da aile kurumu adeta dağılmış, insanlar bireyliğe mahkûm edilmiştir. Dünyanın büyük bölümünde de çekirdek aile yaygın hale getirilmiş, çekirdek aileden anne-babalar çıkarılmıştır. Artık insanları patronların hışmından, ekonomik sıkıntılardan koruyacak geniş aileleri yoktur. Halbuki İslâm geniş bir nafaka sorumluluğu ortaya koyarak, diyet sorumluluğunu âkile gibi geniş bir topluluğa yükleyerek ailenin en geniş anlamı ile korunması ve bu bağların zayıflatılmamasını istemiş, sıla-i rahim kavramı ile de bu bağların korunması için ahlâkî emirler vaz etmiştir.

## **SONUÇ**

Arapça kökenli bir kelime olan aile kelimesi birbirine muhtaç olmak, birbirinden sorumlu ve birbirlerine karşı yükümlü olmak manalarını mutazammındır. Erken dönemlerde kullanımda yer alsa da bir terim haline gelmesi ve genel bir hukuk başlığı haline dönüşmesi 19. yüzyılda başlamış, 20. yüzyılda olgunlaşmıştır.

Türk hukuku açısından ailenin literatürde dar, geniş, en geniş şeklinde üçlü bir taksimi yapılacağı ifade edilmişse de bizim kanaatimiz yürürlükteki mevzuat açısından bu taksimin eksik olduğu yönündedir.

İslâm hukuku açısından aile dar, orta, geniş ve en geniş şeklinde dört kademede tasnif edilebilir. İslâm hukukuna göre ailenin kapsamı mer’i hukukta öngörülen aile kapsamından daha geniştir ve daha fazla kişi birbirine karşı yükümlüdür. Aile bağlarının korunması için dinî çok sayıda emir konmuş ve zamanla ailenin öneminin azalması engellendiği gibi dar, orta ve geniş ailenin zaman içerisinde değişmesinin önüne geçecek hükümler tesis edilmiştir.

Ailenin bir tanımının yapılması hukuk açısından önemlidir. Cezalarda kanunilik ilkesi nedeniyle kanunsuz suç ve ceza olmadığı gibi, şu andaki hukuk telakkisinde kıyas ile suç ve ceza ihdası da kabul edilmemiştir. Bu sebeple ceza kanunlarında suçun da cezanın da açık ifade edilmesi gerekir. TCK’da aile ile ilgili çok sayıda suçtan bahsedilmiş veya kişinin kendi aile fertlerinden birine karşı işlediği suçun cezasının artırılması öngörülmüştür. Eğer ailenin hukukça net bir tanımı ortaya konmaz ya da kanunda hangi tür ailenin kastedildiği açıklanmazsa, bu durum çeşitli mağduriyetlere sebep olacaktır.

Dinî açıdan düşündüğümüzde de ailenin kapsamının ortaya konması, kişinin kimlere karşı sorumlulukları olduğunun anlaşılması ve gereken yükümlülüklerin ifa edilerek uhrevî sorumluluktan kurtulmak için gerekli olmaktadır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

ABDULLĀH NEDĪM. **Mecelletü'l-Üstâz**. Dâru Kütübhâne, Mısır 1985.

———. **Mecelletü't-Tenkît ve't-tebkît**. Mısır: el-Hey'etü'l-Masriyye, 1994.

ACAR, H. İbrahim. **İslâm Aile Hukuku**. Ensar Yayınları, İstanbul, 2017.

AĞAR, Mehmet Emin. **Kitabu Fi'l-Fıkh Bi-Lisani't-Türki** (inceleme-metin-sözlük). Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989.

**Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1063-1064 / M. 1652-1653)**. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 49, haz. Sabri Atay, Nedim Pakırdağ, Mehmet Akman, Kültür A.Ş., İstanbul, 2019.

AHMED B. HANBEL. **el-Câmi' li-'ulûmi'l-İmam Ahmed**. 22 cilt, Dâru'l-Felah, Mısır, 2009.

———. **el-Müsned**. 45 cilt, Müessesetü'r-Risale, Beyrut, 1421/2001.

**Bab Mahkemesi 46 Numaralı Sicil (H. 1096 - 1097 / M. 1685 - 1686)**. M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 19, haz. Sabri Atay vd., İSAM Yayınları, İstanbul, 2010.

BEDİRÎ, Ahmed. **Havâdisü Dimeşk el-Yevmiyye**. el-Mektebetü'ş-Şâmile, t.y.

AHMED MUHTAR ÖMER. **Mu'cemü'l-lügati'l-'Arabiyye'l-muâ'sıra**. 3 cilt, 'Âlemü'l-Kütüb, 2009.



AHMED RIZA. **Mu‘cemü metni’l-lüğa**. 5 cilt, Dâru Mektebetü’l-Hayât, Beyrut, 1958.

AHMED TEYMUR PAŞA. **Mu‘cemü Teymûr el-Kebîr fi’l-elfâzi’l-‘âmmiyye**. 6 cilt, Dâru’l-Kütüb ve’l-Vesâik, Kahire, 2002.

AHMED VEFİK PAŞA. **Lehce-i Osmânî**. 2 cilt, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1293.

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ Derya. **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku 2. Cilt**, 23. basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

AKSEKİ, Ahmet Hamdi. **İslâm Dini**. 29. basım, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1980.

AKTAN, Hamza: “Âkile”. **DİA**, TDV Yayınları, İstanbul, 1989, c. 2, s. 248-49.

———. “Zevi’l-Erhâm”. **DİA**, İstanbul, TDV Yayınları, 2013, c. 44, d. 307-8.

AKYÜZ, Vecdi. “Akraba”. **DİA**, İstanbul, TDV Yayınları, 1989, c. 2, s. 285-87.

ÂMİR, Abdülaziz. **el-Ahvâlü’ş-şahsiyye fi’ş-şerîati’l-İslâmiyye**. Dâru’l-Fikri’l-Arabî, Kahire, 1984.

APAYDIN, H. Yunus: “İslâm Hukukunda Aile”. **Uluslararası Aile Sempozyumu**, ed. Ömer Çaha, Ensar Neşriyat, 2007, s. 135-50.

ARSLAN, Mehmet Selim. **İslâm Aile Hukuku**. 3. Basım, Emin Yayınları, Bursa 2019.

ASIM EFENDİ, Mütercim. **el-Okyânûsu’l-Basît fi Tercemeti’l-Kâmûsi’l-Muhît (Kâmûsu’l-Muhît Tercümesi)**, ed. Mustafa Koç - Eyyüp Tanrıverdi. 6 cilt, Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2014.

ASKERÎ, Ebû Hilâl Hasen. **el-Furûku’l-luğaviyye**. Dâru’l-İlm, Kahire, t.y.

AYDIN, Mehmet Âkif. “Aile”, **DİA**, TDV Yayınları, İstanbul, 1989, c. 2, s. 196-200.

AYNÎ, Bedreddin. **‘Umdetü’l-kârî fi şerhi Şahîhi’l-Buhârî**. 25 cilt, Dâru İhyâi Tûrâsi’l-Arabî, Beyrut, t.y.

BELÂZÜRÎ, Ahmed b. Yahyâ. **Ensâbü'l-eshrâf**. 13 cilt, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1996.

BİRZÂLÎ, Alemüddîn Kâsım b. Muhammed. **el-Muhtefâ (Târîhu'l-Birzâlî)**. 4 cilt, el-Mektebetü'l-Asriyye, Beyrut, 2006.

BURSEVÎ, İsmail Hakkı. **Rûhu'l-beyân fi tefsîri'l-Ḳur'ân**. 10 cilt, Dâru'l-Fikr, Beyrut, t.y.

CEMÂLEDDİN EL-KÂSİMÎ. **Mehâsinü't-te'vîl**. 9 cilt, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1418.

CEM'İYET-İ İLMİYE-İ OSMANİYE. "Âile". **Mecmua-i Ulûm**, İstanbul, 1297/1880.

CESSÂS, Ebû Bekr Ahmed b. Alî. **Aḥkâmü'l-Ḳur'ân**, Nuruosmaniye Yazma Eser Kütüphanesi, Nuruosmaniye Koleksiyonu, D. No: 107, 732 vr.

———. **Aḥkâmü'l-Ḳur'ân**. 3 cilt, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1994.

ÇALIŞ, Halit / YAMAN, Ahmet. **İslâm Hukuku**. Bilay Yayınları, İstanbul 2018.

ÇAMUR DUYAN, Gülsüm. **Ailelerle Sosyal Hizmet**. Atatürk Üniversitesi (ATA-AÖF) Yayınları, t.y.

ÇEKER, Orhan ed. **Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi**. 5. basım, Mehir Vakfı Yayınları, Konya, 2017.

ÇETİNER, Selma. "Hukukumuzda 'Aile' Kavramı". **Terazi Hukuk Dergisi**, c. 5, sy 41 (Ocak 2010), s. 61-69.

DEMİRÎ, Ebûl-Bekâ Kemâluddîn. **en-Necmu'l-vehhâc fi Şerhi'l-Minhâc**. 10 cilt. Suudi Arabistan: Dâru'l-Minhâc, 2004.

DÖNDÜREN, Hamdi. **Delilleriyle Aile İlmihali**. Altınoluk, İstanbul, 1995.

———. "Ashâbü'l-Ferâiz". **DİA**, TDV Yayınları, İstanbul 1991, c. 3, s. 467-68.

DURSUN, Akif. "İstanbul Sözleşmesi'nin İslâm Hukukuna Göre Değerlendirilmesi". **Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, c. 10, sy. 19 (2021), s. 41-68.

EBÛ DÂVUD, Süleymân b. el-Eş'as. **Sünen**. 7 cilt, Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye, Beyrut, 2009.

EBÛ HAYYÂN et-TEVHÎDÎ. **el-Beşâ'ir ve'z-zehâ'ir**. 10 cilt, Dâru Sadr, Beyrut, 1988.

EBÛ MÛSÂ el-MEDÎNÎ. **el-Mecmû'u'l-muğîş fi ğarîbeyi'l-Ķur'ân ve'l-hadîş**. 3 cilt, Cidde, 1986.

EBÛ UBEYD, Kâsım b. Sellâm. **en-Nâsih ve'l-mensûh fi'l-Ķur'âni'l-'azîz ve mâ fihi mine'l-ferâ'iz ve's-sünen**. 2 cilt, Mektebetü'r-Rüşd, Riyâd 1997.

———. **el-Ķarîbü'l-muşannef**. 2 cilt, Medine, 1414.

EBUSSUÛD EFENDÎ. **Ebussuûd Efendi Fetvaları**. ed. Ertuğrul Düzdağ. Enderun Kitabevi, İstanbul, 1983.

**el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-Kuveytiyye**. 45 cilt, Vezâretü'l-Evkâf, Kuveyt 1404.

ENGİN, Baki İlkey / SEROZAN Rona Ahmet. **Miras Hukuku**. 7. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ERBAY, Celal. “Nafâka”. **DİA**, TDV Yayınları, İstanbul, 2006, c. 32, s. 282-85.

FÂRİS EŞ-ŞİDYÂK. **es-Sâķ 'ale's-sâķ fimâ hüve'l-fâryâķ**. el-Mektebetü's-Şâmile, t.y.

GENÇ, Mustafa. “İslâm Hukukunda Ailenin Önemi ve Evlilik Hayatının Faydaları”. **Sosyal Bilimler Dergisi**, c. 5, sy 30 (Kasım 2018), s. 272-94.

GENÇCAN, Ömer Uğur. **Aile Hukuku**. Yetkin, Ankara, 2011.

GÖKALP, Ziya. “Aile Ahlakı 3: Konak”. **Yeni Mecmua**, 27 Eylül 1917, c. 1, sy. 12, s. 221-223.

———. “Aile Ahlakı I”. **Yeni Mecmua**, 13 Eylül 1917, c. 1, sy. 10, s. 179-186.

———. “Aile Ahlakı II: Ocak”. **Yeni Mecmua**, 20 Eylül 1917, c. 1, sy. 11, s. 201-206.

GÖKÇE, Birsen. “Aile ve Aile Tipleri Üzerine Bir İnceleme”. **Hacettepe Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, c. 8, sy. 1-2 (1976), s. 46-67.

GÜLER YILDIZ, Tülin. “Ailenin Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve Aile Çeşitleri”. **Aile Eğitimi ve Katılımı**, ed. Tülin Güler Yıldız, 5. basım, PEGEM Akademi Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 1-15.

HALLAF, Abdülvehhâb. **Ahkâmü'l-ahvâli's-şahsiyye fi's-şerîati'l-İslâmiyye**. Dâru'l-Kütübi'l-Masriyye, Kahire, 1938).

HAMEVÎ, Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed. **Mu'cemü'l-üdebâ' (İrşâdü'l-erîb ilâ ma'rifeti'l-edîb)**. 7 cilt, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1993.

HARÂLLÎ, Ebü'l-Hasen Alî b. Ahmed. **Türâsü Ebu'l-Hasen Harâllî fi tefsir**. Ribat, 1997.

HASKEFÎ, Alaeddin Muhammed b. Ali. **Tercemetü't-Tahtavî**. çev. Abdülhamid en-Nakşibendi el-Ayıntabî. 8 cilt, İstanbul, 1285.

HATEMÎ, Hüseyin / KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu. **Aile Hukuku**. 5. basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

HATTÂBÎ, Ebü Süleymân Hamd. **Me'âlimü's-Sünen**. 4 cilt, el-Matba'atü'l-İlmiyye, Halep, 1932.

HİNDOĞLU, Artin. **Hazine-i Lügat (Dictionnaire Abrege)**. Viyana, 1838.

İBN ÂŞÛR, Muhammed Tâhir. **et-Taḥrîr ve't-tenvîr**. 30 cilt, ed-Dâru't-Tûnisiyye, Tunus, 1984.

İBN EBÎ ŞEYBE. **el-Muşannef fi'l-eḥâdiş ve'l-âşâr**. 7 cilt, Mektebetu'r-Rüşd, Riyad, 1409.

İBN EBÛ ZEYD. **en-Nevâdir ve'z-ziyâdât**. 15 cilt, Dâru'l-Ġarbi'l-İslâmî, Beyrut, 1999.

İBN HACER ASKALÂNÎ, Ebü'l-Fazl Şihâbüddîn. **ed-Dürerü'l-kâmine fi a'yâni'l-mi'eti's-şâmine**. 6 cilt, Meclisü Dâiretü'l-Meârif, Saydarâbâd/Hindistan, 1972.

İBN HAZM, Ebü Muhammed 'Alî. **el-Muḥallâ**. 12 cilt, Dâru'l-Fikr, Beyrut, t.y.

İBN HİŞÂM, Cemâlüddîn Abdümelik. **es-Sîretü'n-nebeviyye**. 2 cilt, Mustafa Bâbi'l-Halebî, Kahire, 1375.

İBN KESİR, Ebü'l-Fidâ' İmâdüddîn İsmâîl. **Tefsîrü'l-*Qur*'âni'l-*azîm***. 8 cilt, Dâru Taybe, t.y.

İBN KUDÂME, Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed. **el-Muğnî**. 15 cilt, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad, 1417.

İBN MANZÛR, Ebu'l-Fadl Muhammed b. Mükerrerem. **Lisânu'l-*Arab***. 15 cilt, Dâru Sadır, Beyrut, 1414.

İBN NÜCEYM, Zeynüddîn b. İbrâhîm. **el-Bahrü'r-râ'ik şerhu Kenzi'd-dekâ'ik**. 8 cilt, Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, Kahire, t.y.

İBN RÜŞD, Ebü'l-Velîd Muhammed. **el-Beyân ve't-taḥṣîl**. Dâru'l-Ġarbi'l-İslâmî, Beyrut, 1988.

İBNU'L-CELLÂB, Ebü'l-Kâsım Ubeydullâh. **et-Tefrî' fi fıkhi'l-İmam Mâlik b. Enes**. 2 cilt, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2007.

İBNÜ'L-ADÎM, Ebü'l-Kâsım Kemâlüddîn. **Buğyetü't-ṭaleb fi târîhi Ḥaleb**. 12 cilt, Dâru'l-Fikr, Beyrut, t.y.

İBNÜ'L-CEVZÎ, Ebü'l-Ferec Cemâlüddîn. **Şaydü'l-ḥâṭır**. Dâru'l-Kalem, Dımeşk, 2004.

———. **Telbîsü'l-iblis**. Dâru'l-Fikr, Dımeşk, 2001.

———. **Telbîsü'l-iblis**. Atif Efendi Yazma Eser Kütüphanesi. Atif Efendi Koleksiyonu, D. No: 2029, 112 vr.

İBNÜ'L-HÂC, Muhammed b. Muhammed el-Abderî el-Fâsî. **el-Medhal**. 4 cilt, Dâru't-Turâs, t.y.

İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemâleddîn. **Fethu'l-kadîr 'ale'l-Hidâye**. 10 cilt, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1970.

İBNÜ'N-NEHHÂS, Ebü Zekerıyyâ Muhyiddîn Ahmed. **Tenbîhü'l-ğâfilîn 'an a'mâli'l-câhilîn ve taḥzîrü's-sâlikîn min ef'âli'l-hâlikîn**. Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1987.

İNAN, Abdülkadir. "Türk Etnolojisini İlgilendiren Birkaç Terim-Kelime Üzerine". **Türk Dili Araştırmaları Yıllığı - Belleten**, sy. 4 (1956), s. 179-95.

**İstanbul Mahkemesi 334 Numaralı Sicil (H. 1280-1329 / M. 1863-1911).** M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 99, haz. Rasim Erol - Sabri Atay, Kültür A.Ş., İstanbul 2019.

KÂDÎ ABDÛLVEHHÂB. **el-Ma'ûne 'alâ mezhebi 'âlimi'l-Medîne.** el-Mektebetü't-Ticâriyye, Mekke, t.y.

KADRÎ PAŞA, Muhammed. **el-Ahkkâmü's-ser'iyye fi'l-ahvâli's-şahşiyye; İslâm Aile ve Miras Hukuku.** çev. İsmail Hünerlice/Selim Öztürk, Muallim Neşriyat, İstanbul, 2020.

———. **el-Ahkkâmü's-ser'iyye fi'l-ahvâli's-şahşiyye.** Matbaat-ı Emin Hindiiyye, Mısır, 1335/1917.

KARÂFÎ, Şehâbeddin. **ez-Zehîra.** Dâru'l-Ġarbi'l-İslâmî, Beyrut, 1994.

KARAMAN, Hayrettin. "Asabe". **DİA**, TDV Yayınları, İstanbul, 1991, c. 3, s. 452-53.

———. **Mukayeseli İslâm Hukuku.** 3 cilt, Nesil Yayınevi, İstanbul, 1996.

———. "Değişen Şartlar Karşısında İslâm Aile Yapısı". **Diyanet İlmi Dergi [Diyanet Dergisi]**, c. 27, sy. 2 (1991), s. 25-36.

**Kartal Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1128-1133 / M. 1716-1721).** M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 62, haz. Rasim Erol - Sabri Atay, Kültür A.Ş., İstanbul 2019.

KÂSÂNÎ, 'Alâeddîn Ebû Bekir b. Mes'ûd. **Bedâ'i' u's-şanâ'i' fi tertîbi's-serâ'i'.** 7 cilt, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1406.

KEVÂKİBÎ, 'Abdurrahmân b. Aḥmed. **Ṭabâi'u'l- İstibdâd ve Muşâri'u'l- İsti'bâd.** el-Maṭba'atü'l-'Aşriyye, Halep, t.y.

**Kitabu fi'l-Fıkh bi-Lisani't-Türki,** İstanbul Millet Kütüphanesi Feyzullah Efendi Koleksiyonu, D. No: 1046, 439 vr.

KUDÛRÎ, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr. **el-Muḥtaşar.** Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1997.

MA'LÛF, Luvîs. **el-Müncid.** Matbaatü'l-Kâsolikiyye, Beyrut, t.y.

MA‘MER b. MÜSENNÂ. **Neķā’ izu Cerîr ve’l-Ferezdaķ**. 3 cilt, el-Mecmeu’s-Sekafî, Abu Dabi, 1998.

MÂVERDÎ, Ebü’l-Hasen Alî. **el-Ĥâvi’l-kebîr fi fikhi mezhebi’l İmâm’s-Şâfi’î**. 19 cilt, Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 1999.

MERGİNÂNÎ, Burhâneddîn. **el-Hidâye**. 4 cilt, Daru’l-İhyâ’i Tûrâşi’l-‘Arabi, Beyrut, t.y.

MEVKUFÂTÎ MEHMED EFENDÎ. **Şerhu’l Mevkûfâtî (Mültekâ Tercümesi)**. 2 cilt, İstanbul, 1302.

MEVSİLÎ, Abdullâh b. Maĥmûd. **el-İĥtiyâr li ta‘lîli’l-Muĥtâr**. 5 cilt, Matba‘atü’l-Halebî, Beyrut, 1937.

MİNĤÂCÎ, Şemsuddîn Muĥammed. **Cevâhiru’l-‘uķûd ve mu‘înu’l-ķudât ve’l-muvaķķi’în ve’s-şuhûd**. 2 cilt, Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, Beyrut, 1996.

MUTARRİZÎ, Burhânüddîn Nâsır. **el-Muĥrib fi tertîbi’l-Mu‘rib**. Dâru’l-Kitâbi’l-Arabî, t.y.

MÜNÂVÎ, Muhammed Abdürraûf. **el-İĥfâfâtü’s-seniyye fi’l-eĥâdişi’l-ķudsiyye (en-Nefeĥâtü’s-selefiyye şerhi ile)**. Dâru İbn Kesîr, Dimeşķ - Beyrut, t.y.

MÜZENÎ, İsmâ‘îl b. Yahyâ. **el-Muĥtaşar (el-Ümm’ün sonunda)**. 8 cilt, Dâru’l-Ma‘rife, Beyrut, 1990.

ÖZEN, Şükrü. “Velâ”. **DİA**, TDV Yayınları, İstanbul, 2013, c. 43, s. 11-15.

PEHLİVAN, Oĥuzhan. **Aile Tanımı ve İlişkilerinin Toplumsal Olarak İnşası**. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.

REDHOUSE, James William. **Müntehabât-ı Lugât-ı Osmâniyye**. 2 cilt, Matbaa-i Ceride-i Havâdis, İstanbul, 1269.

———. **Türkçe İngilizce Lügat Kitabı (Redhouses Turkish Dictionary)**. Eyman Efendi Matbaası, Londra, 1856.

REMLÎ, Şemseddîn. **Nihâyetü’l-muĥtâc ilâ şerĥi’l-Minhâc**. 8 cilt, Dâru’l-Fikr, Beyrut, 1984.

SABBÂĞ, Abbas / BOZKURT, Nebi. “Müstevfi”. **DİA**, İstanbul, TDV Yayınları, 2006, c. 32, s. 147-148.

SEHÂVÎ, Alemüddîn Alî b. Muhammed. **Tefsîrü'l-Kur'ân**. 2 cilt, Dâru'n-Neşr li'l-Câmiât, 2009.

SENÛSÎ, Muhammed b. Osmân. **Müsâmerâtü'z-zarîf bi-hüsni't-tarîf**. el-Mektebetü's-Şâmile, t.y.

SERAHSÎ, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl. **el-Mebsût**. 30 cilt, Daru'l-Mârif, Beyrut, 1414.

SİNDÎ, Muhammed b. Abdilhâdî. **Fethü'l-vedûd bi-şerhi Süneni Ebî Dâvûd**. Mektebetü'l-Lîne, Demenhur, 2010.

SİRÂC, Muhammed Ahmed / İMÂM, Muhammed Kemal. **Ahkâmü'l-üsre fi's-şerîati'l-İslâmiyye**. Dâru'l-Matbaâti'l-Câmiyye, İskenderiye, 1999.

SÜYÛTÎ, Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr. **Mâ revâhü'l-esâfîn fi 'ademi'l-mecî ile's-selâfîn**. Dâru's-Sahâbe, Mısır, 1991.

ŞAFÎÎ, Muhammed b. İdris. **el-Ümm**. 8 cilt, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1990.

ŞELEBÎ, Muhammed Mustafa. **Ahkâmü'l-üsre fi'l-İslâm**. ed-Dâru'l-Câmiyye, Beyrut, 1983.

ŞEMSEDDİN SÂMÎ. **Kamus-ı Türkî**. İkdam Matbaası, Dersaadet, 1317.

ŞERNEBÂSÎ, Ramazan Ali es-Seyyid. **Ahkâmü'l-üsre fi's-şerîati'l-İslâmiyye**. Menşûrâtü'l-Halebi'l-Hukûkiyye, Beyrut, t.y.

ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. 'Alî. **el-Fethü'r-rabbânî min fetâva'l-İmâm eş-Şevkânî**. 12 cilt, Mektebetü Cîli'i-Cedîd, San'a, 2002.

ŞEYBÂNÎ, Muhammed b. Hasan. **el-Aşl**. 12 cilt, Dâru İbn Hâzım, Beyrut, 2012.

———. **el-Kesb**. Dimeşk, 1400.

TAYLAN, Hasan Hüseyin. “Türkiye’de Köy Ailesinde Aile İçi İlişkiler”. **Selçuk Üniversitesi/Edebiyat Fakültesi Dergisi**, sy. 22 (2009), s. 117-38.



TEHÂNEVÎ, Muhammed Ali. **Keşşâfü iştlâhâti'l-fünûn ve'l-'ulûm**. 2 cilt, Mektebetü Lübnan, Beyrut 1996.

TENÛHÎ, Ali b. Muhassin. **el-Ferec ba'de's-şidde**. 5 cilt, Beyrut: Daru Sadır, 1978.

———. **el-Ferec ba'de's-şidde**, Köprülü Yazma Eser Kütüphanesi, Fazıl Ahmed Paşa Koleksiyonu, D. No: 1349, 170 vr.

———. **el-Ferec ba'de's-şidde**. Köprülü Yazma Eser Kütüphanesi, Fazıl Ahmed Paşa Koleksiyonu, D. No: 1350, 216 vr.

———. **el-Ferec ba'de's-şidde**. Nuruosmaniye Yazma Eser Kütüphanesi, Nuruosmaniye Koleksiyonu, D. No: 4135, 270vr.

UN, United Nations. **Principles and Recommendations for the 1970 Population Censuses**. Newyork, 1969.

ÜNALAN, Abdulkerim. “İslâm Hukukunda Muvalât Akdi ve Sigorta Açısından Değerlendirilmesi”. **Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 2008, c. 10, sy. 1, s. 1-17.

**Üsküdar Mahkemesi 84 Numaralı Sicil (H. 999 - 1000 / M. 1590 - 1591)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 10, haz. Rifat Günalan, Mehmet Akman, Mehmet Canatar, İSAM Yayınları, İstanbul, 2010.

**Üsküdar Mahkemesi 403 Numaralı Sicil (H. 1154-1155 / M. 1740-1742)**, M. Âkif Aydın, Coşkun Yılmaz (ed.), c. 70, haz. Mustafa Yılmaz vd., Kültür A.Ş., İstanbul, 2019.

VAN DYCK, Cornelius Van Alen. **İktifâu'l-kanu' bimâ hüve matbu'**. Mısır, 1896.

YAKUBOVSKİY, A. Yu. **Altın Ordu ve Çöküşü**. çev. Hasan Eren. Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1976.

YAMAN, Ahmet. **İslâm Aile Hukuku**. Marifet Yayınları, İstanbul 1999.

YILMAZ, Musa K. “İslâm Ailesi Mahiyeti ve Yapısı”. **Diyanet İlmi Dergi [Diyanet Dergisi]**, c. 27, sy. 2 (1991), s. 37-54.

YÛSUF b. YES'ÛN, Ebü'l-Haccâc. **el-Misbâh limâ i'temme min şevâhidi'l-İzâh**. 2 cilt, Medine, 2008.

YUSUF HÂS HÂCİB, **Kutadgu Biliğ**, haz. Mustafa S. Kaçalın, Kültür ve Turizm Bakanlığı.

ZEBÎDÎ, Muhammed Murtazâ. **Tâcu'l-'arûs min cevâhiri'l-Kâmûs**. 40 cilt, Vezâretü'l-İrşâd, Kuveyt, 1965.

ZEYDÂN, Abdülkerim. **el-Mufasssal fi ahkâmi'l-mer'e**. 11 cilt, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1993.

ZEYLAÎ, Osman b. Ali. **Tebyînü'l-ḥaḳâ'ik şerḥu Kenzü'd-Deḳâik**. 6 cilt, el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, Ḳâhire, 1313.

ZEYNEB FEVVÂZ. **ed-Dürrü'l-mensûr fi ṭabaḳâti rabbâti'l-ḥudûr**. el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, Mısır, 1312.

## ÖZEL HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ

Mine ERCEVAHİR\*

### Öz

Sağlık hakkı, anayasal bir haktır ve bu çerçevede sağlık hakkına erişimin anayasada yer alan temel ilkelerden sosyal devlet ilkesine de uygun olarak sağlanması beklenmektedir. Ancak gün geçtikçe artan nüfus ve tüm dünyayı etkileyen pandemi süreci de göz önüne alındığında kamu hastanelerinin, mevcut ihtiyacı karşılamakta güçlük çektiği görülmektedir. Bu sebeple özellikle son yıllarda özel kurum ve kuruluşlar, sağlık alanında önemli ölçüde faaliyet göstermeye başlamışlardır. Özel sektörün sağlık alanına dahil olmasıyla birlikte, yataklı teşhis ve tedavi hizmeti veren özel hastanelerin hizmete açılmasında büyük bir artış meydana gelmiştir. Bu artış, özel kurumlar eliyle yönetilen ve ekonomik kâr amacı güden bu hastanelerin üstlendiği sağlık hizmetinin ne şekilde yürütüldüğünün aydınlatılması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Tıbbî teşhis, tedavi ve müdahale ilişkisinin taraflarından biri genellikle hasta iken diğer tarafı kamu hastanesi veya özel hastane olabilmektedir. Söz konusu tıbbî müdahalenin kamu hastanelerinde yapılması durumunda hastane ile hasta arasında sözleşmeye dayalı bir ilişki değil, bir kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Ancak tıbbî müdahalenin kamu hastaneleri yerine özel hastanelerde yapılması hâlinde karşımıza hastaneye kabul sözleşmesi çıkar. Hastaneye kabul sözleşmesi, hasta veya hastanın kanuni temsilcisi ile özel hastane arasında kurulan bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu sözleşme türünde hasta, tıbbî teşhis, tedavi ve müdahale hizmetini almak amacıyla sadece hastaneye veya hem hastaneye hem de bu hizmeti yerine getirecek hekimle anlaşma yapmaktadır. Tarafların hakları ve borçları da hastaneye kabul sözleşmesinin türüne göre değişiklik göstermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Özel hastane, hastaneye kabul sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi, tıbbî müdahale, tedavi, sorumluluk

---

\* Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı; ORCID: 0000-0002-0706-3608; mine.ercevahir@gmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 10.06.2022

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 29.07.2022

Bu makaleye atf için; ERCEVAHİR Mine, “Özel Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, **İMİHFD**, C. 7, S. 13, 2022, s. 449-490.

## **HOSPITAL ADMISSION CONTRACT**

### **Abstract**

The right to health is a constitutional right, and in this context, it is expected that access to the right to health will be provided in accordance with the social state principle, one of the basic principles in the constitution. However, considering the increasing population and the pandemic process affecting the whole world, it is seen that public hospitals have difficulties in meeting the current need. For this reason, especially in recent years, private institutions and organizations have started to operate significantly in the field of health. With the inclusion of the private sector in the field of health, there has been a great increase in the opening of private hospitals providing inpatient diagnosis and treatment services. This increase has brought with it the need to clarify how the health services undertaken by these hospitals, which are managed by private institutions and aiming for economic profit, are carried out. While one of the parties to the medical diagnosis, treatment and intervention relationship is usually a patient, the other party may be a public or private hospital. In the event that the said medical intervention is performed in public hospitals, a public law relationship emerges, not a contractual relationship between the hospital and the patient. However, if the medical intervention is done in private hospitals instead of public hospitals, we come across a hospital admission contract. Hospital admission contract is a private law contract between the patient or the legal representative of the patient and the private hospital. In this type of contract, the patient makes an agreement with only the hospital or both the hospital and the physician who will perform this service in order to receive medical diagnosis, treatment and intervention services. The rights and obligations of the parties also vary according to the type of hospital admission contract.

**Keywords:** Private hospital, hospital admission contract, medical practice contract, medical intervention, therapy, responsibility.

### **Giriş**

Anayasal bir hak olan yaşam hakkı, bireylerin sahip olduğu en temel haktır. Bireylerin hastalıklardan korunması, buna ilişkin alınan önlemler, tıbbî bakım ve tedavi, kısacası sağlık hakkının varlığı, yaşam hakkının korunduğunun açık bir göstergesidir.

Herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, Anayasa'nın 17. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu çerçevede devletin, halkın sağlığını korumakla görevli en büyük tüzel kişi olduğu açıktır. Ancak devletin bu görevini yerine getirmesi, gelişmişlik düzeyi ve malî imkânları ile sınırlıdır. Devlet ve üniversite hastaneleri her ne kadar bir dönem ihtiyacı

karşılama konusunda yeterli olsa da özellikle pandemi ile birlikte sağlık kurumlarına talep artmış ve bu kurumlar sayı ve nitelik bakımından yetersiz kalmışlardır. Bu süreçte özel hastanelerin sayısı gün geçtikçe artmış ve sağlık hizmetlerini bu kurumlardan almak isteyen hastaların, bu sağlık hizmetlerini hangi kurallar çerçevesinde alacağı sorusu gündeme gelmiştir.

Söz konusu amaçla hazırladığımız bu çalışmamız, dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; hastaneye kabul sözleşmesinin kavramsal açıklaması, konusu, tarafları, unsurları, hukukî niteliği, şekli, türleri açıklanmış ve diğer sözleşme tipleri ile karşılaştırması yapılmıştır. Hastaneye kabul sözleşmesinde tarafların hukukî yükümlülükleri ise çalışmamızın ikinci bölümünde ele alınmıştır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde hastaneye kabul sözleşmesinin ihlali çerçevesinde tarafların sorumlulukları belirtilmiş, tazminat ve dava haklarına değinilmiştir. Dördüncü ve son bölümde ise hastaneye kabul sözleşmesinin sona ermesi ele alınmıştır.

## **I. GENEL OLARAK ÖZEL HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ**

### **A. ÖZEL HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE KONUSU**

Günlük hayatta çeşitli şekilde tekrarlanan borç ilişkileri, kanunda düzenlenmiş olup olmamalarına göre isimli veya isimsiz (tip veya atipik) sözleşmeler şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur<sup>1</sup>. Bu çerçevede hastaneye kabul sözleşmesi ne 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) ne de diğer kanunlarda düzenlendiğinden isimsiz (atipik) bir sözleşme olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle sözleşmenin tanımı, taraflar ve tarafların yükümlülükleri çerçevesinde yapılmaktadır.

Hastaneye kabul sözleşmesi; özel hastane ile hasta, hastanın vekili veya kanunî temsilcisi arasında akdedilen, hastane işleticisinin tıbbî müdahalede bulunma ve diğer mutad edimleri (barınma, yedirme vb.) yerine getirmeyi, hastanın da bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği bir özel hukuk sözleşmesidir<sup>2</sup>. Hastaneye

<sup>1</sup> YAVUZ, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 15.Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2018, s.51; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 17; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 47; ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 278; KAYIHAN, Şaban / ÜNLÜTEPE, Mustafa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 265.

<sup>2</sup> DOĞAN, Cahid, "Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmî Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmî Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)", **Tıp Hukuku Dergisi**, Y. 3, S. 6, 2014, s. 178; ŞAHİN CANDAS, Gökçe, **Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukukî Sorumluluğu**, 1. Baskı , On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2019, s. 5; YILMAZ, Yasemin, **Özel Hastane İşleticisinin**

Kabul sözleşmesi farklı türlerde düzenlenebilmekte ve buna bağlı olarak da sözleşmenin içeriği değişebilmektedir. Bu noktada hastane işleticisinin edimleri sözleşmenin türüne göre değişiklik göstermekte iken, hastanın temel edimi sadece belirlenen ücreti ödemektir<sup>3</sup>.

Hastaneye kabul sözleşmesinden bahsedilebilmesi için hastanın hastaneye yatışının yapılmış olması gerekmekte ve ayakta teşhis ve tedavi hizmetlerinin sunulmasını içeren sözleşmeler, hastaneye kabul sözleşmesi olarak kabul edilmemektedir<sup>4</sup>.

## **B. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI**

Hastaneye kabul sözleşmesinin tarafları, kural olarak, özel hastane işleticisi ve hastadır. Sözleşmenin hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesi veya hastaneye tam kabul sözleşmesinin hekimlik sözleşmeli ilaveli türü olarak yapılması bu durumu etkilememektedir. Her hâlde sözleşmenin aslî tarafı özel hastane işleticisi olmakla birlikte sadece bu iki sözleşme türünde hastaneye kabul sözleşmesinin gerektirdiği aslî bir yükümlülük hekime devredilebilmektedir<sup>5</sup>. Bu ise sorumlulukların düzenlenişi açısından önem arz etmektedir ancak hekimi sözleşmenin tarafı hâline getirmemektedir. Hekimin, hasta ve özel hastane işleticisi dışında ayrı bir taraf olarak değerlendirilmesi gereken sözleşme türü ise hekimlik sözleşmesi ilaveli kabul sözleşmeleridir. Sözleşmenin türleri incelenirken bu hususa ayrıca yer verilmiştir<sup>6</sup>.

### **1. Özel Hastane**

24708 sayılı Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin (ÖHY) 4. maddesinin 1. fıkrasının f bendi uyarınca özel hastaneler; etkin, verimli ve kaliteli sağlık hizmeti sunulmasını sağlamak üzere yönetmelikte asgarî olarak öngörülen bina, hizmet ve personel standartlarını haiz olmak kaydıyla, yirmi dört saat süreyle sürekli ve düzenli olarak, bir veya birden fazla uzmanlık dalında hastalara ayakta ve

---

**Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2019, s. 5; YAĞOĞLU, Melike, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Danışman Yusuf BÜYÜKAY, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2011, s. 3.

<sup>3</sup> DOĞAN, s. 180; TEMEL, Erhan, "Alman Sağlık Sisteminde Hastaneler ve Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXVIII, Sayı 1-2, 2010, s. 259; DURAK, Yasemin, "Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi", **Tıp Hukuku Dergisi**, Yıl 3, Sayı 6, 2014, s. 148.

<sup>4</sup> DURAK, s. 148; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 85.

<sup>5</sup> ÜLKER, Çağrı, **Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**, (Yüksek Lisans Tezi), Danışman Emin ZEYTİNOĞLU, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 31.

<sup>6</sup> Bkz. I-E.

yatararak muayene, teşhis ve tedavi hizmeti veren ve 2219 sayılı Hususî Hastaneler Kanunu (HHK) ile düzenlenen hükümlere bağlı olan sağlık kuruluşlarıdır.

Özel hastaneler, bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işletilmektedir ve işleticinin gerçek kişi olmadığı hâllerde HHK m.10 gereği yönetimin kontrolü için bir yönetim kurulu tayin edilmektedir<sup>7</sup>. Uygulamada da genellikle özel hastaneler bir ticarî şirket tarafından işletilmektedir.

Hastaneye kabul sözleşmesinden bahsedilebilmesi için hastanın hastaneye yatışı gerektiğinden; yatarak tedavi hizmeti sunmayan poliklinikler ve kaplıca, ılıca, yaşlı bakım evleri gibi merkezler de bu sözleşme kapsamında, özel hastane olarak kabul edilmemektedir<sup>8</sup>. Zira bu tarz işletmelerin asıl amacının tıbbî tedavi değil daha çok yeme, içme, barınma vb. hizmetlerin sunumu olduğu açıktır.

Hastaneye kabul sözleşmesi, yalnızca özel hastaneler ile hasta arasında akdedilen bir sözleşme olduğundan kamu hastaneleri ile hasta arasındaki akdedilen sözleşme bir hastaneye kabul sözleşmesi niteliğini taşımamaktadır. Özel hastaneye kabul sözleşmesi bağlamında bahsi geçecek hususlar özel hukuk kapsamında değerlendirilecektir zira bu sözleşme kamu hukuku ilişkisine dayanmamaktadır<sup>9</sup>.

## **2. Hasta**

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (HHY) 4. maddesinde hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse olarak tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde; hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastane işleticisinin karşısında taraf olarak bulunan hasta, sağlık açısından iyi durumda olmayan ve sağlık personellerinin sunacağı hizmete ihtiyaç duyan kimsedir<sup>10</sup>.

Hastanelerde koruyucu ve önleyici sağlık hizmetlerinin birlikte bulunduğu göz önüne alındığında; hastanın, sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı duyması için sağlığının bozulmuş olması aranmamaktadır.

## **C. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

### **1. Hastaneye Kabul Sözleşmesi Karma Nitelikli Bir Sözleşmedir**

Hastaneye kabul sözleşmesi; teşhis, tedavi, barınma, hasta bakımı, yeme ve içme gibi hizmetlerin bir arada sunulduğu bir sözleşmedir. Bu sebeple hastaneye kabul

<sup>7</sup> ÖZDEMİR, **Teşhis ve Tedavi**, s. 63.

<sup>8</sup> DOĞAN, s. 177; ŞAHİN CANDAŞ, s. 6; YAĞOĞLU, s. 5.

<sup>9</sup> DOĞAN, s. 178; YAĞOĞLU, s. 4.

<sup>10</sup> ŞAHİN CANDAŞ, s. 21.

sözleşmesi; tıbbî müdahale bakımından vekâlet, barınma ve oda tahsisi bakımından kira, yeme ve içme bakımından satış gibi birden çok sözleşme tipini de aslında içinde barındıran bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öğretideki genel eğilim ile Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi uygulaması; hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin vekâlet sözleşmesi, hasta ile özel hastane işleticisinin arasındaki sözleşmenin de karma sözleşme olduğu yönündedir<sup>11</sup>. Karma sözleşme, kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelerden iki veya daha fazlasının asli edimlerini, kanunda öngörülme biçimde bir araya getirerek oluşturulan yeni sözleşme şeklinde tanımlanabilmektedir<sup>12</sup>. Hastaneye kabul sözleşmesinin ne tip bir karma sözleşme olduğunun açıklaması ise tarafların yüklendiği asli edime göre belirlenmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesi ele alındığında ise taraflardan biri olan hastanın tek bir asli yükümlülüğü bulunmaktadır ki bu da ücret ödeme yükümlülüğüdür. Hastanın hastaneye veya hekime karşı kanunda geçen sözleşme tiplerinden birine uygun olan başka bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu doğrultuda da hastaneye kabul sözleşmesinin, türü ne olursa olsun, bileşik (kombine) tipli karma sözleşme<sup>13</sup> olarak kabulü mümkündür.

Karma sözleşmelere uygulanacak kurallara ilişkin ise öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide dışlama, soğurma, birleştirme, bireysel hükümlerin uygulanması, hâkimin hukuk yaratması ve kıyas olmak üzere altı temel görüş bulunsa da çalışmamızda sadece uygulamada da kabul gören ve tarafımızca da benimsenen kıyas görüşü açıklanmıştır<sup>14</sup>. Bu görüşe göre karma sözleşmeye, bu sözleşmenin içerdiği unsurların bağlı olduğu sözleşmelere ilişkin hükümler aynen değil, tarafların amaç ve menfaatleri dikkate alınarak ve sözleşmeye uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanmaktadır<sup>15</sup>. Bu çerçevede hastaneye kabul sözleşmesinde; hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi arasında yapılan teşhis ve tedavi sözleşmesinin, sözleşmenin karakteristik edimine ait olduğu tip

---

<sup>11</sup> ANTALYA, s. 278; DOĞAN, s. 178; DURAK, s. 152; HATIRNAZ EROL, Gültezer, **Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 74; AYAN, Mehmet, **Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., Ankara, 1991, s. 133; ÖZDEMİR, **Teşhis ve Tedavi**, s. 86; ŞAHİN CANDAS, s. 14; ARSLAN, Firdevs, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukukî Mahiyeti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S. 1, İstanbul, 2020, s. 412; TÜRKMEN, Ali, **Hasta ve Hekim Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 58; Yar. HGK, E. 2009/393, K. 2009/452, T. 21.10.2009, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) (E. T. 16.05.2022); İstanbul BAM 3. HD, K. 328/197, T. 20.02.2018, (UYAP Emsal Karar Arama) (E. T. 16.05.2022); Aksi görüş için Bkz. YILMAZ, s. 30; TEMEL, s. 260; YAĞOĞLU, s. 8.

<sup>12</sup> EREN, **Borçlar Özel**, s. 939.

<sup>13</sup> Bileşik (kombine) tipli karma sözleşmeler için Bkz. EREN, **Borçlar Özel**, s. 942.

<sup>14</sup> EREN, **Borçlar Özel**, s. 945-948.

<sup>15</sup> EREN, **Borçlar Özel**, s. 947.



sözleşme tipinin<sup>16</sup> yani vekâlet sözleşmesi hükümleri, uyuşmazlık konusu diğer edimlere de mensup oldukları sözleşme tiplerinin hükümleri kıyasen uygulanmaktadır<sup>17</sup>.

Kanaatimizce de hastaneye kabul sözleşmesi bileşik tipli karma nitelikte bir sözleşmedir. Zira bu sözleşme, kanunda farklı sözleşme tiplerinde öngörülen unsurların kanunda öngörülmeyen biçimde bir araya gelmesiyle oluşan ve hastanın aslı ediminin yalnızca ücret ödeme olduğu bir sözleşmedir. Sözleşmeye hangi hükümlerin ne ölçüde uygulanacağına yönelik olarak, sözleşmeye uygun düştüğü ölçüde diğer tip sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanacağı görüşü<sup>18</sup> de tarafların karşılıklı olarak menfaatlerinin gözetilmesi bakımından en hakkaniyetli sonucu doğurmaktadır. Bu kapsamda hasta ile hekim veya hastane işleticisi arasında yapılan sözleşmede anlaşılan temel edim tıbbî müdahaledir, dolayısıyla tıbbî müdahaleye ilişkin olarak sözleşmeye vekâlet hükümlerinin, tıbbî müdahale dışındaki edimlere de o edimlerin uygun düştüğü sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması yerinde olur.

Çalışmamızda hastaneye kabul sözleşmesine ilişkin diğer hukukî nitelikler, tarafların aslı edim yükümlülükleri çerçevesinde değerlendirilmiştir. Dolayısıyla diğer hukukî nitelikler, vekâlet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde kabul edilmelidir<sup>19</sup>. Zira hastane işleticisinin üstlendiği yemek, bakım, barınma gibi edimler yan edim olarak kabul edilmelidir ve bunlara ilişkin olarak da bu edimlerin mensup oldukları sözleşme hükümleri kıyasen uyguma alanı bulmalıdır.

## **2. Hastaneye Kabul Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Yükleyen, İvazlı Bir Sözleşmedir**

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da birbirine karşı aslı bir edimi yüklenmekte olup taraflardan her birinin edimi diğer tarafın ediminin nedenini ve karşılığını oluşturmaktadır<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 153.

<sup>17</sup> Bu konudaki Yargıtay kararı için Bkz. “...Türk hukukunda ise hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimini oluşturan tıbbî tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanması amaca elverişli olacağı belirtilmiştir. ...” Yar. 15. HD, E. 1975/4714, K. 1975/5159, T. 25.12.1975, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E. T. 21.05.2022).

<sup>18</sup> Yaratma (kıyas) kuramı için Bkz. Eren, **Borçlar Özel**, s. 945; OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, **Medenî Hukuk**, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 62; ÖZTAN, Bilge, **Medenî Hukuk’un Temel Kavramları**, 41. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, 156-158; ŞAHİN CANDAS, s. 15.

<sup>19</sup> Ayrıntılı açıklamalar için Bkz. I-F-3.

<sup>20</sup> ANTALYA, s. 282; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s. 69; ÖZDEMİR, **Teşhis ve Tedavi**, s. 72.

Vekâlet sözleşmesinin, TBK gereği, kural olarak ivazsız bir sözleşme olduğu kabul edilmiştir. Her ne kadar TBK m. 502/3'te vekilin, teamül gereği veya sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde ücrete hak kazandığı kabul edilse de günümüzde bir hastane işleticisinin veya hekimin sağladığı hizmet karşılığında ücret almayacağı düşünülemez. Dolayısıyla hastaneye kabul sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir.

Hastaneye kabul sözleşmesinde de tarafların birbirine karşı yükledikleri edimler bir karşılıklılık ilişkisi içindedir. Sözleşmenin türüne göre; hekim veya hastane işleticisi temelde hastaya tıbbî müdahalede bulunarak ona bir sağlık hizmeti sunmayı borçlanırken, bunun karşılığında hasta, hekime veya hastane işleticisine ücret ödeme borcu altına girmektedir<sup>21</sup>.

Hastane işleticisi veya hekim, tıbbî müdahalede bulunarak hastanın iyileşmesi için üzerine düşen edimi yerine getirdiğinde hasta veya kanunî temsilcisi de hastane işletmesi veya hekime önceden kararlaştırılmış ücreti ödeyecektir.

### **3. Hastaneye Kabul Sözleşmesi Sürekli Sözleşme Benzeri Bir Sözleşmedir**

Özel hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastane işleticisinin veya sözleşmenin türüne göre hekimin borçlandığı aslî edim gerekli tıbbî müdahalenin yapılmasıdır. Söz konusu edimin gerçekleştirilmesi bazen kısa bir zamanda mümkünken bazen de uzun bir döneme yayılabilmektedir.

Bazı hastalıkların tıbbî müdahale ve ardından iyileşme sürecinin uzun olması ise, hastaneye kabul sözleşmesine sürekli sözleşme niteliği kazandırmaz, zira sürekli-ani edimli sözleşme ayrımı, sözleşmenin süresi esas alınarak yapılan bir ayrım değil edimin sürekli bir davranışla yerine getirilmesine ilişkin bir ayrımdır<sup>22</sup>. Hastaneye kabul sözleşmesinde, özel hastanenin veya hekimin üstlendiği borç, bir bütünlük arz etmektedir. Salt tıbbî muayenenin bu sözleşmenin türünü belirleyebilecek bir edim olduğu düşünülmemelidir. Hastaneye kabul sözleşmesinden bahsedebilmek için hastaneye yatışın zorunlu olması, tetkik ve muayenelerin belirlenerek gerekli tedavi sürecinin izlenmesi de göz önünde bulundurularak sözleşmenin az çok zamana yayılan niteliği olduğu da sözleşmenin niteliğine ilişkin açıklamalarda dikkate alınmalıdır. Fakat tıbbî müdahalenin niteliği itibariyle de somut olaya göre farklılaşan durumların meydana gelebileceği unutulmamalıdır ki bu durumlar tek bir edimle tıbbî muayene şeklinde karşımıza çıkabilir ki bu durumda zaten hastaneye kabul sözleşmesinin oluşmadığı kabul edilmelidir.

---

<sup>21</sup> DOĞAN, s. 193.

<sup>22</sup> EREN, **Borçlar Genel**, s. 107.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde kanaatimizce, hastaneye kabul sözleşmesinin tam anlamıyla ani veya tam anlamıyla sürekli edimli sözleşme olduğunu söylemek doğru olmayacaktır, zira sözleşmenin karma yapısı bu tanımlarla birebir örtüşmemektedir. Bu sebeple hastaneye kabul sözleşmesinin öğretide de yer bulmuş bir ifadeyle sürekli sözleşme benzeri<sup>23</sup> bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir. Zira bu sözleşmede hastane işleticisi veya hekimin sürekli bir iş görme borcu altında olmamakla birlikte az da olsa zamana yayılacak şekilde bir iş görme edimini üstlendiği görülmektedir. Öğretide konsültasyon için hekim ile yapılacak vekalet sözleşmesinin bu çerçevede değerlendirilerek, sürekli benzeri bir sözleşme niteliğinde olacağının kabulünün uygun olacağı kabul edilmiştir<sup>24</sup>. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir.

Hastaneye kabul sözleşmesinin sürekli benzeri bir sözleşme olarak kabulü hâlinde, karşılıklı irade beyanlarıyla kurulmuş bu sözleşmenin artık fesih yoluyla ve geleceğe etkili şekilde ortadan kaldırılabileceği de kabul edilmelidir<sup>25</sup>. Zira uygulanan bir tıbbî müdahalenin geri alınması gibi bir durum da söz konusu olamaz. Ancak edimlerin henüz yerine getirilmemiş olduğu hâllerde sözleşmeden dönülebileceği kabul edilmelidir. Bu durumda sözleşme geçmişe etkili şekilde ortadan kalkacaktır ve alınan bir hizmet varsa bunun bedeli ödenecek, yoksa da hastadan alınan ücret hastaya iade edilecektir.

## **Ç. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI**

Hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastane işleticisinin veya hekimin tıbbî müdahalede bulunması ve hastanın da bunun karşılığında ücret ödemeyi borçlanması sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturmaktadır<sup>26</sup>.

### **1. Tıbbî Müdahale**

Bir hastalığın veya rahatsızlığın iyileştirilmesine veya hafifletilmesine yönelik yapılan tüm tıbbî faaliyet ve girişimler, tıbbî müdahale kavramının içinde yer almaktadır<sup>27</sup>. Bir tıbbî girişimin tıbbî müdahale, hatta hukuka uygun tıbbî müdahale olarak kabul edilmesi için belli şartların varlığı aranmaktadır. Bir tıbbî girişimin tıbbî müdahale sayılabilmesi için, müdahalenin yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesi şarttır, fakat müdahalenin yetkili kişi eliyle yapılması müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmemektedir<sup>28</sup>. Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması ancak hastanın rızası, tıbbî müdahalenin kanunen öngörülmüş

---

<sup>23</sup> EREN, **Borçlar Özel**, s. 707.

<sup>24</sup> EREN, **Borçlar Özel**, s. 708.

<sup>25</sup> DURAK, s. 160.

<sup>26</sup> ÜLKER, s. 42.; YILMAZ, s. 8.

<sup>27</sup> TÜRKMEN, s. 40.

<sup>28</sup> ÖZDEMİR, **Teşhis ve Tedavi**, s. 99.

meşru amaçlara yönelik olması, müdahalenin tıp bilim ve tekniğine uygun olarak gerçekleştirilmesi koşullarının varlığı hâlinde söz konusudur<sup>29</sup>.

Tıbbî müdahale; teşhis, tedavi veya koruma amacı olmaksızın hastanın arzusuna uyarak ya da diğer sebeplerle, ölüme veya hayatî tehlikeye sebep olabilecek, vücut bütünlüğünü ihlâl edebilecek, aklî veya bedenî mukavemeti azaltacak şekilde yapılamaz (Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi, m. 13; Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 12).

Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması bakımından aydınlatılmış rıza<sup>30</sup> kavramı çok büyük önem arz etmektedir. Aydınlatılması gereken kişi kural olarak hastanın kendisidir ancak hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlarda veya hasta çocuk ya da fiil ehliyeti bulunmayan bir kişi ise bu hastanın yasal temsilcisi aydınlatılacak ve onun rızası aranacaktır<sup>31</sup>. Söz konusu istisnâî durumlar haricinde hiç kimseye rızası olmaksızın veya verdiği rızaya uygun düşmeyen nitelikte müdahalede bulunulamaz. Ayrıca yapılacak aydınlatmanın, hastanın anlayacağı şekilde yapılması gerekmektedir. Hastanın eksik veya yanlış bilgilendirilmesi sonucu verilen rıza, tıbbî müdahale başarı ile sonuçlansa dahi hukuka aykırı sayılmaktadır. Bu çerçevede aydınlatma yükümlüsü daima hekimdir ancak bazı durumlarda hastanenin de bu aydınlatmayı yerine getirmiş olması aranmaktadır<sup>32</sup>.

## 2. Ücret

Hastaneye kabul sözleşmesi, hangi türde akdedilirse akdedilsin hastanın asli edim yükümlülüğü ücret ödemektir. Ücrete ek olarak, hastanın hastalığı hakkında hastane işleticisine veya hekime gerekli bilgi ve belgeleri vermesi; aynı şekilde hekimin talimat ve tavsiyelerine uyması da gerekmektedir<sup>33</sup>.

## D. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Sözleşmelerin şekline ilişkin genel kural, TBK'nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kanunda aksi öngörülmedikçe sözleşmelerin geçerliliği hiçbir şekle bağlı değildir. Daha önce de bahsedildiği üzere<sup>34</sup> hastaneye

<sup>29</sup> YILMAZ, s. 9. Söz konusu husus II-A-3 başlığı altında ayrıntılı şekilde ele alınmıştır.

<sup>30</sup> Aydınlatılmış onama ilişkin mevzuatımızdaki en ayrıntılı düzenleme, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesidir.

<sup>31</sup> Rıza aranmayan hâller, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 22, 24, 31' de ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olup rıza aranmayan hâllere ilişkin bazı kanunlarda özel düzenlemeler de yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. II-A-3.

<sup>32</sup> DOĞAN, s. 180; HATIRNAZ EROL, Gültezer, "Özel Hastanelerde Hastanın Aydınlatılması Yükümlülüğü ve Yargılama Süreci Tamamlanmış Dava Örnekleri", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 11, Sayı 9, 2016, s. 98; ÖZDEMİR, **Teşhis ve Tedavi**, s. 109; ŞAHİN CANDAS, s. 60; TÜRKMEN, s. 86.

<sup>33</sup> DURAK, s. 156; YAĞOĞLU, s. 8; YILMAZ, s. 22.

<sup>34</sup> Bkz. s. I-C-1.

kabul sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesine ilişkin kurallar kıyasen uygulama alanı bulacağından şekle ilişkin hususlarda da vekâlet sözleşmesinin şekle ilişkin hükümleri incelenmelidir. Vekâlet sözleşmesi de kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Bu çerçevede TBK m. 12'deki genel hüküm gereği hastaneye kabul sözleşmesi için de herhangi bir şekil öngörülmediği ve sözleşmenin tarafların açık veya örtülü irade beyanlarıyla yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>35</sup>.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 72. maddesi uyarınca; hastaneye başvuran hastanın kaydı hastanede bulunan protokol defterine yapılır ve hasta, hekime yönlendirilir. Fakat kanundaki bu düzenleme, sözleşmenin kurulması için gerekli olan bir şekil şartı olmayıp sadece hastane tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür<sup>36</sup>. Uygulamada hastane, tıbbî müdahale öncesinde hasta ile kendini garantiye almak amacıyla bir sözleşme imzalarsa da hekim ile hasta arasında yapılan bir sözleşme genellikle sözlü olarak gerçekleştirilmektedir. Bu noktada tıbbî müdahale öncesinde alınacak rızanın yazılı olması şartının, hastaneye kabul sözleşmesinin geçerliliğine hiçbir etkisinin bulunmadığını ayrıca ifade etmekte de fayda görülmektedir.

## **E. SÖZLEŞMENİN TÜRLERİ**

Hastaneye kabul sözleşmesi, hastane ve hekim tarafından düzenlenip hastaya sunulan bir genel işlem şartı olarak karşımıza çıktığı için aslında bu ayrımın tıbbî tedavi öncesi hasta nezdinde pek bir önemi bulunmamaktadır. Hatta uygulamada özel hastane hekimleri, şahıs şirketi gibi hastaneye hizmet satmaktadır ancak hasta genel olarak hizmeti aldığı hastaneye kasada ödeme yaptıktan sonra işin arka planında ne olduğuyla ilgilenmemektedir. Ancak hekimin ve hastanenin sorumluluğunun sınırlarını belirlerken hastaneye kabul sözleşmesinin hangi türde yapıldığı önem taşımaktadır.

Hastaneye kabul sözleşmesinde hastane işleticisi; tıbbî müdahale ediminin yanı sıra hastayı barındırma, yedirip içirme ve hastanın tıbbî tedaviye destek olacak nitelikteki diğer bakımlarının yerine getirilmesi gibi edimleri üstlenmektedir<sup>37</sup>. Tıbbî müdahale edimi dışındaki edimler hastane işleticisi tarafından tek başına üstlenilirken, tıbbî müdahale edimi bazen tek başına hekim tarafından, bazen tek başına hastane işleticisi tarafından, bazense her ikisi tarafından birlikte üstlenilmektedir<sup>38</sup>.

Tıbbî müdahale ediminin üstleniliş tarzına ve dolayısıyla tarafların hak ve borçlarına göre hastaneye kabul sözleşmesi, hastaneye tam kabul ve hastaneye

<sup>35</sup> DOĞAN, s. 179; YAĞOĞLU, s. 6; Yar. HGK, E. 2009/393, K. 2009/452, T. 21.10.2009, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) (E. T. 21.05.2022).

<sup>36</sup> ŞAHİN CANDAS, s. 28.

<sup>37</sup> ÖZDEMİR, *Teşhis ve Tedavi*, s. 85; ŞAHİN CANDAS, s. 21.

<sup>38</sup> DOĞAN, s. 180.

bölünmüş kabul sözleşmesi olarak; hastaneye tam kabul sözleşmesi ise, kendi içinde, hekimlik sözleşmesi olmaksızın yapılan hastaneye tam kabul sözleşmesi ve hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>39</sup>.

## **1. Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**

Bu sözleşme türünde hastane işleticisi, sözleşmede yer alan tüm edimleri bir paket hâlinde yerine getirmeyi tek başına üstlenmektedir<sup>40</sup>. Hastane; üstlendiği bu görevleri, kendisine bağlı çalışanlar konumundaki hekimler ve diğer sağlık personelleri aracılığıyla yerine getirmektedir. Bu sözleşmeye dayanarak, hastane işleticisi tarafından görevlendirilen hekim ve/veya yardımcı personeller de TBK m. 116 kapsamında ifa yardımcısı sayılmaktadır<sup>41</sup>.

### **a. Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Yapılan Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın yapılan hastaneye tam kabul sözleşmesinde hastane işleticisi; hastaya yapılacak olan tıbbî müdahaleyi, tıbbî müdahale sonrası hastanın bakımını ve yeme, içme gibi diğer yan edimler dahi tüm organizasyonu tek başına üstlenmektedir<sup>42</sup>. Bu sözleşme türünde hasta ile hastane işleticisinin arasında olmak üzere tek bir sözleşme mevcuttur. Diğer bir ifadeyle hasta, hekim ile tıbbî müdahalenin yerine getirilmesi amacıyla ayrıca bir sözleşme yapmamaktadır, zira sözleşmenin tarafları sadece hastane işleticisi ve hastadır, hekim bu sözleşmeye taraf değildir.

Hastane işleticisi, yüklediği bu edimleri kendi personeli konumundaki hekim ve diğer yardımcı personeller ile yerine getirmeyi üstlenmektedir. Dolayısıyla hasta da bu edimlerin yerine getirilmesini sadece hastane işleticisinden isteyebilir<sup>43</sup>. Burada önemli olan husus, tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek hekimlerin hastane işleticisi tarafından seçilmesi ve bu hekimlerin hastane organizasyonu içerisinde yer almasıdır. Fakat belirtilmelidir ki hastaya, tıbbî müdahale edimini gerçekleştirecek hekimi seçme hakkı da tanınmaktadır ve hasta, kendisine tıbbî müdahalede bulunacak ve hastane organizasyonu içerisinde yer alan veya bu organizasyonda yer almayıp da hastanenin kabul edeceği bir hekimi kendisi seçebilmektedir<sup>44</sup>. İlk bakışta bu duruma örnek olarak akıllara hastaneye iş

<sup>39</sup> HATIRNAZ EROL, **Hukukî Sorumluluk**, s. 102,103; ŞAHİN CANDAS, s. 21; YILMAZ, s. 33.

<sup>40</sup> ARSLAN, s. 414; DURAK, s. 150; TEMEL, s. 260; YAĞOĞLU, s. 10.

<sup>41</sup> DURAK, s. 150; Ayrıntılı karar incelemesi için Bkz. Yar. 13. HD, E. 2003/2333, K. 2003/6348, T. 22.05.2003, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E. T. 21.05.2022).

<sup>42</sup> DOĞAN, s. 180.

<sup>43</sup> ŞAHİN CANDAS, s. 22; YILMAZ, s. 35. Hastaya tanınan hekim seçme hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 22.

<sup>44</sup> DURAK, s. 158; YILMAZ, s.34.

sözleşmesi ile bağlı hekimlerin verdiği sağlık hizmeti gelse de hastaneyle bir iş ilişkisi olmamakla birlikte hastanenin kısa süreli ya da sadece o operasyon özelinde davet veya kabul ettiği hekimlerin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği gözlerden kaçmamalıdır. Bu örnekleri hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinden ayıran husus ise, bu sözleşmenin tarafı olarak hastanın karşısında sadece özel hastane işleticisinin bulunmasıdır.

## **b. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi**

Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi; hastaneye kabul sözleşmesinin, tedaviyi gerçekleştirecek olan hekim ile hasta arasında yapılmış olan hekimlik sözleşmesini de içinde barındırdığı bir türüdür. Bu durumda hasta; hastane işleticisi ile hastaneye kabul sözleşmesi yaparken, hekim ile de hekimlik sözleşmesi yapmaktadır<sup>45</sup>. Bu sözleşme türünde hasta, hastane içinden veya dışından seçeceği herhangi bir hekimle yapacağı bir sözleşme ile hekim seçme hakkını doğrudan ve ayrı bağımsız şekilde kullanmaktadır.

Bu sözleşme türünde hastane işleticisi tıbbî müdahale, bakım, tedavi, yeme içme gibi bütün edimleri üstlenirken; hekim de ayrı bir sözleşme ile hastane işleticisiyle birlikte tıbbî müdahale edimini üstlenmektedir<sup>46</sup>. Ayrıca hekim, tıbbî müdahale ediminin yanı sıra tıbbî müdahale ediminin sağlanmasına hizmet eden aydınlatma, özen gösterme, kayda geçirme gibi yan yükümlülükleri de hastane işleticisi ile birlikte üstlenmiş olmaktadır<sup>47</sup>.

## **2. Hastaneye Bölünmüş (Kısmî) Kabul Sözleşmesi**

Hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesinde hasta, biri hastane işleticisiyle diğeri de hekimle olmak üzere iki ayrı sözleşmenin tarafı konumundadır. Bu sözleşmelerden birinde hastane işleticisi barınma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetlerini üstlenir ki bu hastaneye kabul sözleşmesidir, bir diğeri sözleşme ise hastanın hekim ile yaptığı hekimlik sözleşmesidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; tıbbî müdahalenin yalnızca hekim, diğer yan edimlerin ise yalnızca hastane işleticisi tarafından üstlenilmiş olmasıdır<sup>48</sup>. Bu durumda hastane işleticisi, hasta ile yaptığı sözleşmede tıbbî müdahale haricinde hastanın bu süreçte ihtiyaç duyduğu tüm hizmetleri sağlama borcunu; hekim ise, yalnızca tıbbî müdahaleyi gerçekleştirmeyi üstlenmektedir<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> ARSLAN, s. 414; DURAK, s. 161; TEMEL, s. 266; YILMAZ, s. 36.

<sup>46</sup> ŞAHİN CANDAŞ, s. 27; TEMEL, s. 268; YAĞOĞLU, s. 12.

<sup>47</sup> DOĞAN, s. 179; TEMEL, s. 266.

<sup>48</sup> TÜRKMEN, s. 58; TEMEL, s. 269; YAĞOĞLU, s.14.

<sup>49</sup> KILIÇGİL ÇİÇEK, Tuğçe, **Türk Hukuku Açısından Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 27.

Uygulamada, herhangi bir sağlık kurumu veya kuruluşuna bağlı olmaksızın serbest çalışan hekim ile hasta arasında bu tarz sözleşmeler akdedilmektedir. Zira hekim; tıbbî müdahale borcunun altına girebilecek yetkinlikte olsa da müdahalenin hastane ortamında yapılmasını gerektiren hâllerde tüm bu organizasyonu kendi sağlayamamaktadır. Bunun için ayrıca hastanın her türlü bakımının sağlanması amacıyla hastane işleticisi ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi de yapılmaktadır<sup>50</sup>. Bu durumda hastane işleticisinin yükümlülüğü, yalnızca hastanın bakımıyla sınırlı kalmaktadır<sup>51</sup>. Bu sözleşme türünde, hastane ile hekim arasında yapılan sözleşmenin yazılı olarak kurulup kurulmamasının ise bir önemi bulunmamaktadır. Bu durumda hekim ve hastane arasında sadece, hekimle anlaşması bulunan hastaların tıbbî tedavisinin o hastanede yapılacağına ilişkin bir anlaşma yapılmaktadır, hasta ise bu sözleşmede herhangi bir taraf olarak yer almamaktadır. Hem hekimin hem hastanenin ayrı ayrı sorumlulukları olduğu ve hekimin de hastanenin bir personeli olmadığı göz önüne alındığında özellikle hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesinde hastanın taraflarla açık bir yazılı anlaşma yapmalarında ise fayda vardır.

## **F. DİĞER SÖZLEŞME TÜRLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI**

Hastaneye kabul sözleşmesinin niteliği itibariyle karma bir sözleşme olduğunun Kabulü hâlinde, sözleşmenin her yönüyle anlaşılması bakımından diğer sözleşme tipleriyle karşılaştırılması gerekmektedir.

### **1. Eser Sözleşmesi ile Karşılaştırılması**

TBK m. 470'te düzenlendiği üzere eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve bunun karşılığında da iş sahibinin yükleniciye bir bedel ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir. Eser sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran en belirgin özellik, yüklenicinin yüklediği işi iş sahibinin talimatlarına uygun olarak meydana getireceğine dair bir sonuç taahhüt etmiş olmasıdır<sup>52</sup>. Bu sebeple estetik cerrahî, işin niteliği gereği diğer cerrahlara göre daha fazla dikkat ve özen göstermekle yükümlüdür ve hukukî sorumluluğu da diğer hekimlere ve cerrahlara göre daha geniştir<sup>53</sup>. Oysa tıbbî tedavinin gerçekleştirildiği süreç içerisinde ne hastane işleticisi ne de hekim bir sonucu garanti altına almaktadır. Kaldı ki böyle bir taahhüt, sözleşmenin niteliğine de uygun düşmeyecektir. Çünkü tıbbî müdahalenin başarılı olması, hekimin elinde olmayan birtakım etkenlere de bağlı olabilmektedir, bu sebeple hekim hastasına karşı bir iyileştirme borcu altına girmemektedir.

<sup>50</sup> DURAK, s. 167; KILIÇGİL ÇİÇEK, s. 28.

<sup>51</sup> ŞAHİN CANDAS, s. 25.

<sup>52</sup> EREN, **Borçlar Özel**, s. 600.

<sup>53</sup> MEMİŞ, Yusuf, “(Yargı Kararları Işığında) Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 11, Sayı 9, 2016, s. 174.



Yargıtay kararlarında da benimsenen görüşe göre; tıbbî tedavinin estetik amaçlı yapıldığı operasyonlarda (diş protezi, estetik ameliyatlar vs.) ise sonuç taahhüdü altına girilmemesinin istisnası niteliğinde olup bu gibi tedavi süreçlerinin eser sözleşmesine konu olacağı kabul edilmelidir<sup>54</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilecek estetik operasyonların tedavi amaçlı değil güzelleştirme amacı taşımasıdır, zira bu durumda hekim hastaya daha güzel bir eser oluşturmaya taahhüt etmektedir<sup>55</sup>.

## **2. Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması**

Hizmet sözleşmesi, TBK m. 393'te işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de bunun karşılığında işçiye zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere, hizmet sözleşmesi, işveren ve ona bağımlı çalışan işçi arasında kurulan bir iş görme sözleşmesidir.

Taraflar arasında belirlenen bir işin görülmesi bakımından hizmet sözleşmesi, hastaneye kabul sözleşmesinde yer alan iş görmeyi karşılayabilir niteliktedir denebilir. Zira özellikle tıbbî müdahale ve tıbbî müdahale sonrası bakım gibi edimlerin hekim ve/veya hastane tarafından üstlenildiği açıktır. Bununla birlikte hizmet sözleşmesinde hiyerarşik bir yapı söz konusudur ve bu yapı hastaneye kabul sözleşmesinin niteliğine ve amacına uygun düşmemektedir. Şöyle ki hizmet sözleşmesinde işçi ile işveren arasında bir alt-üst ilişkisi mevcuttur ve işçi, işverene ait bir işi onun emir ve talimatları doğrultusunda yapmayı üstlenmektedir<sup>56</sup>. Hastaneye kabul sözleşmesinde ise ne hastane işleticisi ne de hekim hastaya bağlı olarak ve hastanın emir ve talimatları doğrultusunda edimini ifa etmektedir. Ayrıca hizmet sözleşmesinde işçi, verilen işi işverenin sağladığı iş yeri ve iş imkânlarıyla sınırlı olarak gerçekleştirmektedir. Ancak hastaneye kabul sözleşmesinde genel olarak hastane olmakla birlikte hastane ve hekim, hastanın ihtiyacı olan sağlık hizmetini gerekli yeri ve malzemeyi kendileri temin ederek sunmaktadır. Yine hizmet sözleşmesinde işçi, kendisine verilen işi belirli veya belirli olmayan bir süreyle yerine getirmeyi taahhüt etmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinde ise ne tıbbî müdahale ne de hastanın bakımı ve diğer yan edim

---

<sup>54</sup> İlgili Yargıtay kararları için Bkz. Yar. 15. HD, E. 2018/4621, K. 2018/4686, T. 26.11.2018; Yar. 15. HD, E. 2006/4800, K. 2007/5945, T. 03.10.2007; Yar. 3.HD, E. 2015/9077, K. 2016/5505, T. 11.04.2016; "...Davacı, burun estetiği gayesiyle yani estetik amaçla davalıya başvurmuş olduğuna göre, estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve karşılaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının taraflar arasındaki eser sözleşmesinin konusu olduğu açıktır. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun ortaya çıkmasıdır. Eser yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleşen sonuç olup, yüklenici eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek yükümlülüğü altındadır." Ayrıntı için Bkz. Yar. 15. HD, E. 2019/2716, K. 2019/3692, T. 30.09.2019, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E. T. 24.06.2022).

<sup>55</sup> MEMİŞ, s. 174.

<sup>56</sup> EREN, **Borçlar Özel**, s. 535.

yükümlülükleri bakımından zamansal bir sınırlama bulunmaktadır<sup>57</sup>. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde hizmet sözleşmesinin hastaneye kabul sözleşmesi ile örtüşmediği kabul edilmelidir<sup>58</sup>.

### **3. Vekâlet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması**

Vekâlet sözleşmesi, TBK m. 502’de vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Vekâlet sözleşmesinde vekil, müvekkilin menfaatine uygun olacak şekilde nispeten müvekkilden bağımsız olarak müvekkilin iradesine uygun hareket etmekte ancak sonucun müvekkilin iradesine uygun olacağına dair bir taahhüt altına girmemektedir<sup>59</sup>. Vekâlet sözleşmesi, taraflar arasındaki karşılıklı özel bir güven ilişkisine dayanmaktadır. Ayrıca vekil, sonuca ulaşmak için gereken dikkat ve özeni de göstermekle yükümlüdür ve vekil, kural olarak şahsen ifa ile yükümlüdür<sup>60</sup>. TBK m. 502/2’de ayrıca vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde TBK’de düzenlenmemiş olan diğer iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Hastaneye kabul sözleşmesi bakımından bir değerlendirme yapıldığında da bu sayılan özelliklerin, hasta ile hekim arasında akdedilen hekimlik sözleşmesine uygun düştüğü düşünülmektedir. Öğretide hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin hukukî niteliğine ilişkin görüş birliği bulunmamakla birlikte bu ilişkiye vekâlet hükümlerinin uygulanabileceği yargı kararlarında da kabul görmüştür<sup>61</sup>.

Kanaatimizce de hasta ile hekim arasında yapılan hekimlik sözleşmesine vekâlet sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulama alanı bulmaktadır. Zira hekim, hastaya karşı bir tıbbî müdahale edimini üstlenirken hasta da teamülen bir karşılık olarak belirlenen ücreti hekime ödemektedir. Ayrıca hekim tıbbî müdahaleyi üstlenirken, hastaya bu müdahalenin ardından hastanın kesin iyileşeceği garantisini vermemektedir, sadece bir güven ilişkisi çerçevesinde müvekkilin tedavi iradesi doğrultusunda hareket etmektedir. Buna karşılık da hasta hekime, tedavi süreci içinde gerekli tüm bilgi ve belgeleri sunmakla yükümlüdür. Yine vekâlet sözleşmesinde edimlerin yerine getirilmesi belirli bir süreye bağlanmamıştır. Bu kapsamda hasta ile hekim arasında akdedilen sözleşmede vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması uygun görülmektedir. TBK m. 502/2

<sup>57</sup> ARSLAN, s. 406; ERÇELTİK, Erman, **Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011, s. 124.

<sup>58</sup> YAĞOĞLU, s. 19.

<sup>59</sup> EREN, **Borçlar Özel**, s. 709; ŞAHİN CANDAS, s. 11; YAĞOĞLU, s. 22.

<sup>60</sup> EREN, **Borçlar Özel**, s. 724.

<sup>61</sup> ARSLAN, s. 412; Yar. 13. HD, E. 2005/13615, K. 2005/19261, T. 27.12.2005; Yar. 13. HD, E. 2006/10068, K. 2006/13288, T. 10.10.2006; Yar. 13. HD, E. 2015/3276, K. 2016/6289, T. 01.03.2016; Yar. 13. HD, E. 2015/29774, K. 2016/21580, T. 17.11.2016 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E. T. 27.05.2022).

hükmü de buna açıkça izin vermektedir. Hasta ile hekim veya hastane arasındaki sözleşmenin temel ediminin tıbbî teşhis ve tedavi olduğu dikkate alındığında da hastaneye kabul sözleşmesinin hekimlik hizmetini kapsayan kısımlarına vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>62</sup>.

Vekâlet sözleşmesinde, vekilin her zaman istifa edebilmesi imkânı ise niteliği gereği hekimlik sözleşmesine uygun düşmemektedir, kaldı ki TBK m. 512’de de uygun olmayan zamanlarda sözleşmeyi sona erdiren tarafın diğerinin bundan doğan zararını ödemekle yükümlü olacağı açıkça ifade edilmiştir. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi m. 19’da ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 25’te hekim veya dış hekiminin meslekî veya şahsî sebeplerle hastasını bırakabileceği düzenlenmiştir. Fakat bu hâlde hekimin, ikinci bir hekim bulunmadan hastasını bırakmaması ve kendisinden sonra tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktararak tıbbî teşhis ve müdahaleyi kolaylaştırması aranmaktadır<sup>63</sup>.

Her ne kadar hekim ile hasta arasındaki ilişki çerçevesinde vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilse de hastaneye kabul sözleşmesi, salt hekim ile hasta arasındaki ilişkiden ibaret değildir. Ayrıca tıbbî müdahale yükümlülüğü açısından bazı durumlarda hastane işleticisi, hekim ile birlikte sorumlu olabilmektedir. Tıbbî müdahale dışındaki yan edim yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve hastane işleticisinin tıbbî müdahalede hekimle birlikte sorumlu olduğu bu gibi durumlarda ise tamamen vekâlet sözleşmesi hükümlerinden yararlanmak mümkün değildir<sup>64</sup>. Bu bakımdan hiçbir sözleşme tipinin, hastaneye kabul sözleşmesini tam karşılamadığı açıktır. Yan edimler bakımından da aynı durum söz konusudur ve bu yan edimlerin temelde mensup olduğu sözleşme hükümlerinin hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde yürütülen iş görme ilişkisine kıyasen uygulanmasından bahsetmek yerinde olacaktır.

## **II. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HUKUKİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

---

<sup>62</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. I-C-1.

<sup>63</sup> ÖZDEMİR, *Teşhis ve Tedavi*, s. 188; ŞAHİN CANDAŞ, s. 146; ÜLKER, s. 63.

<sup>64</sup> ŞAHİN CANDAŞ, s. 13.

Özel hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında sözleşmenin tarafları; sözleşmenin, amacına uygun olarak, tam ve gereği gibi ifasının sağlanması amacıyla karşılıklı olarak birtakım yükümlülükler üstlenmişlerdir.

## **A. ÖZEL HASTANENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

### **1. Hastanın Tıbbî Teşhis ve Tedavisini Sağlama**

Özel hastane işleticisinin ve/veya hekimin, hastaneye kabul sözleşmesi ile birlikte yüklendiği temel borç hastanın tıbbî teşhis ve tedavisini sağlamaktır. Kaldı ki hastaneye kabul sözleşmesinin yapılmasındaki temel amaç da hastanın tıbbî müdahale ile sağlığına kavuşturulmasıdır.

Tıbbî teşhis ve tedavi yükümlülüğü, kapsamı ve niteliği itibariyle hastane tarafından üstlenilse de hastane bu yükümlülüğünü ancak hekim ve diğer yardımcı personellerin yardımıyla ifa edebilir.

Teşhis ve tedavi yükümlülüğünün yasal dayanağı, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 17. maddesinde<sup>65</sup> düzenlenmiştir. Tıbbî teşhis ve tedavi yükümlülüğünün kapsamı ise genel olarak, ruhen veya bedenen iyi hâlde olmayan hastanın iyileşmesi için tıp biliminin öngördüğü standartlara uygun olarak, gerekli dikkat ve özeni göstermek suretiyle teşhisi koymak ve bu teşhise uygun olarak tedaviyi yürütmektir<sup>66</sup>. Bu bağlamda ne özel hastane işleticisi ne de hekim, hastaya iyileşeceğini taahhüt eder. Burada hastane ve/veya hekimi sadece hastanın iyileşmesi için azami dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür<sup>67</sup>.

Anayasa m. 17/2 uyarınca; “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz.*”. Burada tıbbî zorunluluk hâlinin, temelde, tıp biliminde karşılığı tıbbî endikasyondur. Tıbbî endikasyon; kısaca, tıbbî kullanım alanıdır. Daha açık bir anlatımla tıbbî müdahalenin hangi durumlarda yapılabileceğini ifade eden bir terimdir<sup>68</sup>. Hekim, böyle bir durumla karşılaştığında endikasyonun varlığının ve bu müdahalenin tıp biliminin objektif kriterlerine uygun bir müdahale olup olmadığının değerlendirmesini yapmalıdır. Böyle bir durumun varlığı hâlinde de hekimin, hastanın hastaneye başvurusu ile tıbbî teşhis ve tedavi yükümlülüğü doğmaktadır.

<sup>65</sup> Madde – 17: *Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.*

<sup>66</sup> ÖZDEMİR, *Teşhis ve Tedavi*, s. 51.

<sup>67</sup> UYGUR, Atiye B., “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S. 144, Ankara, s. 359.

<sup>68</sup> ŞAHİN CANDAŞ, s. 36.

## **2. Tedaviye Elverişli Bir Ortam Yaratma**

Hastaneye kabul sözleşmesinde hastanenin başlıca yükümlülüğü tıbbî tedavinin sağlanması olsa da bu tedavinin gerçekleştirileceği ortamın buna uygun olması gerekmektedir. Tedaviye elverişli ortamdan; ehil personellerin çalıştırılması, nitelikli ekipman ve tedavi ortamının bulunması, tedavi öncesinde ve sonrasında hastanın düzenli takibinin yapılabilmesi, hastanenin hijyen kurallarına uygun olması gibi hususlar anlaşılmalıdır. Tüm bu sayılan hizmetler, hastanenin asıl yükümlülüğünün tam ve gereği gibi gerçekleştirilmesine yönelik yapılan edimler olup hastane bakımı olarak ifade edilmektedir<sup>69</sup>.

Hastane bakımının nelerden ibaret olduğunun sınırlı sayıda sayımı mümkün değildir. Dolayısıyla Türk Medenî Kanunu m. 2 gereğince, hastanenin somut olaya göre dürüstlük kuralının gerekli kıldığı tüm tedbirleri alması gerekmektedir. Yargıtay'ın kabulü de bu yönde yerleşmiş Hukuk Genel Kurulu içtihadı çerçevesindedir<sup>70</sup>.

## **3. Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması**

Hastaya uygulanacak olan tıbbî müdahale hakkında hastanın bir fikir sahibi olabilmesi ve buna bağlı olarak da tıbbî müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğine kendisinin karar verebilmesi için hastanın veya bazı hâllerde kanunî temsilcisinin aydınlatılması büyük önem taşımaktadır<sup>71</sup>. Zira usûlünce yapılmış bir aydınlatmanın ardından hastanın tedaviye onay vermesi, tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kılmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde hastanın sağlık durumuyla ilgili bilgi edinme hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: *“Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü, veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir. Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenilebilir. Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.”*

<sup>69</sup> ÖZDEMİR, *Teşhis ve Tedavi*, s. 91; TÜRKMEN, s. 87.

<sup>70</sup> Yar. HGK, E. 2009/393, K. 2009/452, T. 21.10.2009, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) (E. T. 27.05.2022).

<sup>71</sup> HAKERİ, Hakan, “Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, *Tıp Hukuku Dergisi*, Yıl 3, Sayı 6, 2014, s. 21; TÜRKMEN, s. 85.

Uygulanması düşünülen tıbbî müdahalenin; tüm artı ve eksi yönleriyle, başarı ihtimali verilerek, bu müdahalenin uygulanması veya uygulanmaması hâlinde ortaya çıkacak tablolar (özellikle ölüm ve meydana gelmesi muhtemel komplikasyonlar) hastanın değerlendirilmesine sunularak, açıkça ortaya konması gerekmektedir. Bu çerçevede hastaya tedavinin başarı şansı ve süresi, komplikasyonları ve riskleri, lokal veya genel anestezi sırasında oluşabilecek komplikasyonlar, ameliyat esnasında ve sonrasında oluşabilecek komplikasyonlar, tedavinin kabul edilmemesi durumunda karşılaşılabilecek sorunlar açık bir dille ifade edilmelidir. Bu uygulama, aslında hekimin tedavi sürecini kendisi ve hastası açısından da kolaylaştıracak bir uygulamadır. Zira aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayamayan hekimin, nadir gelişen bir komplikasyondan dahi sorumlu olacağına dair Yargıtay kararları da bulunmaktadır<sup>72</sup>.

Hastanın rızasının elde edilemeyeceği acil vakalar, ameliyatın genişletilmesi gibi bazı hâller ise aydınlatma yükümlülüğünün ve rızanın istisnalarını oluşturmaktadır<sup>73</sup>. Bu istisnanın yasal dayanağı HHY m. 24/7'dir. İlgili maddeye göre hastanın rızasının alınmadığı, bilincinin kapalı olduğu veya hayatî tehlikenin bulunduğu hâllerde veya bir organın kaybına ya da fonksiyonunu yerine getiremez hâle gelmesine yol açacak durumun varlığı hâlinde hekim ve/veya diğer hastane personeli, hastanın rızasını almaksızın tıbbî müdahaleyi gerçekleştirebilmektedir. Söz konusu hâllerde; müdahaleyi gerçekleştiren hekim veya diğer hastane personeli, “eğer hasta durumunu bilseydi bu müdahaleye rıza gösterirdi” şeklinde bir varsayımdan hareket ettiği için burada hastanın varsayılan rızasına dayanılarak vekâletsiz iş görme niteliğinde bir tıbbî müdahalede bulunduğu söylenebilmektedir.

Hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hâllerinde; eğer bu durum hastanın manevî yapısı üzerinde olumsuz bir etki meydana getirecek ve buna bağlı olarak hastalığın artmasına sebep olacak ise hastaya bilgi verilmemesi mümkündür. Bu da aydınlatma yükümlülüğünün bir başka istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır (HHY m. 19).

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından herhangi bir şekil aranmamıştır, bu nedenle aydınlatma yazılı yapılabileceği gibi sözlü de yapılabilecektir<sup>74</sup>. Fakat yazılı bir aydınlatma metninin varlığının, bir ihtilaf hâlinde her zaman ispat kolaylığı sağlayacağı unutulmamalıdır. Aydınlatmanın şekli açısından asıl önemli olan, aydınlatmanın mümkün olduğunca şüphe ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde, sade ve hastanın anlayabileceği bir biçimde yapılmasıdır. Bu çerçevede hastaya konulan tanı ve uygulanacak tedavi yöntemi

<sup>72</sup> Yar. 13. HD, E. 2008/4519, K. 2008/10750, T. 18.09.2008; Yar. 13. HD, E. 2013/1948, K. 2013/10659, T. 29.04.2013, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E. T. 27.05.2022).

<sup>73</sup> HATIRNAZ EROL, **Hastanın Aydınlatılması**, s. 95.

<sup>74</sup> HATIRNAZ EROL, **Hastanın Aydınlatılması**, s. 97; HAKERİ, s. 32.

hakkında yazılı bir bilginin verilmesi, tıbbî müdahale öncesi hem hukukî hem de manevî bir güven de sağlayacaktır. Uygulamada ise sözlü aydınlatmanın ispatının zorluğu dikkate alınarak yazılılığa gereken önemin verildiği görülmektedir.

Hastanın, uygulanacak tıbbî tedaviye ilişkin aydınlatılması ile hastanın tıbbî tedaviye ilişkin rızasının alınması, birbirinden farklı yükümlülüklerdir. Hastadan rıza alındığının ispatlanmış olması hastaya gerekli aydınlatmada bulunduğu anlamına gelmemektedir, hastane ayrıca aydınlatma yükümlülüğünü de yerine getirdiğini ve rızanın yapılan bu aydınlatma çerçevesinde verildiğini ispatlamakla yükümlüdür<sup>75</sup>. Bu çerçevede onam formunun aydınlatma metninden sonra hastaya verilmesi gerektiğine şüphe bulunmamaktadır. Zira hastanın bilmediği bir şeye gösterdiği rızanın geçerliliğinden de söz edilemeyeceği açıktır.

#### **4. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü**

Hastaneye kabul sözleşmesi ile özel hastane işleticisi, yüklenilen işin görülmesi sırasında ve sonrasında hastanın menfaatlerine uygun olarak gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün temel dayanağı TBK m. 506/2-3'tür. Buna göre; “*Vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer anda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*”. Ayrıca Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. maddesi gereği “*Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazîfesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir. Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlâkî düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.*”. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, hekimler hastalar arasında ayırım yapmaksızın üstlendikleri görevde gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir.

Hastanenin gerek tıbbî gerekse tıbbî olmayan personelini seçmede, tedavi süreci için gerekli teçhizatın sağlanmasında ve organizasyonun oluşturulmasında özenle hareket etmesi, personellerinin yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıklarının denetimi gibi hususlar da özen yükümlülüğünün unsurları içinde yer almaktadır<sup>76</sup>.

Sadakat yükümlülüğü, genel manada, hastanın menfaatine en uygun şekilde hareket edilmesidir. Bu yükümlülük kapsamında hasta için en kolay, güvenilir,

<sup>75</sup> ŞAHİN CANDAS, s. 57; Yar. 13. HD, E. 2006/10057, K. 2006/13842, T. 19.10.2006, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E. T. 21.05.2022).

<sup>76</sup> Yar. HGK, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047, T. 11.12.2002, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) (E. T. 21.05.2022).

ekonomik şekilde tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir. Örneğin hekimin sır saklama yükümlülüğü, bir sadakat yükümlülüğüdür. Bu kapsamda değerlendirildiğinde; özen yükümlülüğü, tedavinin tamamlanmasıyla birlikte sona ermektedir fakat sadakat yükümlülüğü tedavinin sona ermesinden sonra da devam etmektedir<sup>77</sup>.

Somut olayın gerektirdiği azami dikkat ve özen gösterilmiş, her türlü tedbir alınmış fakat sonuçta başarısız olunmuşsa bu noktada artık hastane işleticisi bundan sorumlu tutulamayacaktır.

## **B. HASTANIN YÜKÜMLÜKLERİ**

Hastanın, genel olarak hastane işleticisi veya hekimin sunduğu hizmetin bir karşılığı olarak ücret ödemesi ve karşı edim yükümlüsünün görevini yerine getirmesine imkân sağlayacak ölçüde gerekli bilgi ve belgeleri hastane işleticisi veya hekime sunması şeklinde iki temel yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>78</sup>.

### **1. Ücret Ödeme Yükümlülüğü**

Hastanın, hastanede görmüş olduğu gerek sağlık, gerek bakım, gerek tedavi, gerekse tüm bunlar için gerekli olan diğer yan hizmetler karşılığında ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün temeli, ÖHY’de yer alan fatura düzenlenmesine ilişkin hükümler (m. 51, 52) ve vekâlet sözleşmesinde yer alan vekilin eğer teamül gereği ise ücrete hak kazanacağına ilişkin düzenlemelerdir (TBK m. 502/3)<sup>79</sup>.

Hastane işleticisi veya hekimin bu ücrete hak kazanabilmesi için öncelikle geçerli ve hukuka uygun bir sözleşme yapılmış ve usûlüne uygun bir ifanın gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir<sup>80</sup>.

Hastanın ücret ödeme yükümlülüğünün tabi olduğu zamanaşımı süresi bakımından da vekâlet sözleşmesinin zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Bu kapsamda hastanenin veya hekimin ücret alacağına ilişkin de TBK m. 147 uyarınca beş yıllık zamanaşımının uygulanacağı söylenebilir<sup>81</sup>.

### **2. Gerekli Bilgi ve Belgelerin Verilmesi**

---

<sup>77</sup> ŞAHİN CANDAS, s. 70.

<sup>78</sup> DOĞAN, s. 181.

<sup>79</sup> EREN, *Borçlar Özel*, s. 740; ŞAHİN CANDAS, s. 76.

<sup>80</sup> ÖZDEMİR, *Teşhis ve Tedavi*, s. 142.

<sup>81</sup> ŞAHİN CANDAS, s. 76



Hastanın öyküsü, hastaya uygulanacak tıbbî müdahale açısından hayatî önemi haizdir. Bu sebeple hasta veya hasta ayırt etme gücünü haiz değilse veya küçükse; hastanın kanunî temsilcisi, hastaneye başvurulduğu takdirde, kendisine yöneltilen soruları doğru cevaplamalı ve tedavi sürecini etkileyebilecek nitelikteki tüm bilgi ve belgeleri hastane işleticisine veya sözleşmenin niteliğine göre hekime sunmalıdır<sup>82</sup>.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 42/A maddesine bakıldığında; hastanın yükümlülüklerinin yazılı bir düzenleme altına alındığı görülmektedir. Buna göre; *“Hasta sağlık hizmeti alırken aşağıdaki kurallara uyar:*

*a) Başvurduğu sağlık kurum ve kuruluşunun kural ve uygulamalarına uygun davranır ve katılımcı bir yaklaşımla teşhis ve tedavi ekibinin bir parçası olduğu bilinciyle hareket eder.*

*b) Yakınmalarını, daha önce geçirdiği hastalıkları, gördüğü tedavileri ve tıbbi müdahaleleri, eğer varsa halen kullandığı ilaçları ve sağlığıyla ilgili bilgileri mümkün olduğunca eksiksiz ve doğru olarak verir.*

*c) Hekim tarafından belirlenen sürelerde kontrole gelmeli ve tedavisinin gidişatı hakkında geri bildirimlerde bulunur.*

*ç) Randevu tarih ve saatine uyar ve değişiklikleri ilgili yere bildirir.*

*d) İlgili mevzuata göre öncelik tanınan hastalar ile diğer hastaların ve personelin haklarına saygı gösterir.*

*e) Personele sözlü ve fiziki saldırıya yönelik davranışlarda bulunmaz.*

*f) Haklarının ihlal edildiğini düşündüğünde veya sorun yaşadığında hasta hakları birimine başvurur.”.*

Tedavinin beklenen yararı sağlaması için hastanın, kendisine verilen tavsiyelere uyması ve yapılan uyarıları da dikkate alınması gerekmektedir. Hekimin kanser tedavisi gören hastasına sigara kullanmamasına yönelik tavsiyede bulunması veya hastadan tedavi sürecinde kendisine verilen ilaçları düzenli kullanmasını istemesi buna örnek verilebilir. Hastanın bu yükümlülüklere aykırı davranışı sonucunda meydana gelecek zarardan kendisinin de sorumluluğu doğacağından TBK m. 52/1 uyarınca bu zarar sonucunda bir tazminat isteyemeyecek veya tazminatta indirimle gidilecektir.

---

<sup>82</sup> TÜRKMEN, s. 80.

### III. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN İHLALİ, SORUMLULUK TÜRLERİ

#### A. GENEL OLARAK SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUK

Kural olarak sözleşmeye aykırı hareket etmek suretiyle sözleşmenin diğer tarafına zarar veren borçlu, bu zarardan sorumludur. Bu husus TBK m. 112’de de “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan bir sorumluluktan bahsedebilmek için, öncelikle, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra borçlu taraf, bu geçerli sözleşmenin kendisine yüklediği yükümlülüklerden bir veya birkaçını kusurlu bir davranışı ile ihlal etmeli ve bu ihlalden sözleşmenin karşı tarafı maddi ve/veya manevi bir zarar görmelidir<sup>83</sup>.

Borçlu tarafın sözleşmeye aykırı davranışı ihmal veya hastaneye kabul sözleşmesi bakımından nadiren de olsa kast şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>84</sup>. Ancak konu özel hastane olduğundan, toplumun zihnine yerleşmiş olan “*para tuzağı*” algısı da dikkate alınarak, hastanenin bile isteye ve tamamen daha fazla para kazanmak amacıyla tıbbi endikasyon sahasının dışına taşıdığı işlemlerden kaynaklanan zararların kasten meydana geldiği de göz ardı edilmemelidir. İstenmeyen ama gerçekleşme ihtimali olan bir sonucun öngörülmesi fakat bu sonucun ortaya çıkmaması için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi hâlinde de ihmalin varlığından söz edilebilmektedir<sup>85</sup>.

Vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür (TBK m. 506/2). Bu bağlamda; özel hastanenin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesi, sözleşmeden doğan borcunu tam veya gereği gibi ifa etmemesi olarak kabul edilecektir ve hastane işleticisi hastanın bu ihlalden doğan zararından sorumlu tutulacaktır. Bu noktada hastanenin ve hekimin hastaneye kabul sözleşmesinin türleri de dikkate alınarak sözleşmeden doğan sorumlulukları kötü ifa, yan edim yükümlülüklerinin ve hasta haklarının ihlali şeklinde açıklanabilmektedir<sup>86</sup>. Fakat her ne kadar hastaneye kabul sözleşmesine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı kabul edilse de bu sözleşmenin düzenlendiği amaç düşünüldüğünde, hekim ve

<sup>83</sup> HATIRNAZ EROL, **Hukukî Sorumluluk**, s. 119.

<sup>84</sup> ŞAHİN CANDAS, s. 94.

<sup>85</sup> GÖZPINAR KARAN, Gülşah, “Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 11, Sayı 9, 2016, s. 147.

<sup>86</sup> GÖZPINAR KARAN, s. 148.

hastane işleticisinin göstermesi gereken özen, tipik bir vekâlet sözleşmesinde vekilin göstermesi gereken özenden daha yüksek olmalıdır<sup>87</sup>.

Hastaneye kabul sözleşmesinde, genel olarak, hastane işleticisinin aslı yükümlülüğü tıbbî teşhis ve tedavi ile hastane bakımındır. Hastane işleticisinin bu yükümlülüklerinden herhangi birini ihlali hastada bir zarar meydana getirmişse, hastane işleticisinden bu zararın giderilmesi beklenmektedir<sup>88</sup>.

## **B. 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA AYIPLI HİZMETTEN SORUMLULUK**

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 3. maddesinde tüketici "*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*", sağlayıcı "*kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*", tüketici işlemi ise "*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlem*" olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda, hastanın herhangi bir ticarî veya meslekî bir amaç gütmeksizin sadece tedavi amacıyla özel hastaneye başvurması ve özel hastanenin de meslekî ve ticarî amaçlarla hastaya sağlık ve sair hizmetleri sunduğu, temelde vekâlet hükümlerine dayanan fakat somut olaya göre eser, hizmet gibi tipik sözleşme hükümlerinin de uygulanabildiği sözleşmeler tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir. TKHK m. 3 de yapılan "tüketici işlemi" tanımı gereği ise, tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi tüketici işlemine dahil olacaktır<sup>89</sup>.

Özel hastaneye kabul sözleşmesi bakımından; hasta ile hekim veya hastane işleticisi arasındaki ilişkinin bir tüketici ilişkisi olduğuna dair yargı kararlarında görüş birliği bulunmakla birlikte öğretilerde teşhis ve tedavinin kapsamı göz önüne alındığında bu ilişkinin tüketici ilişkisi olamayacağını savunan bir görüş de mevcuttur<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> YILMAZ, s. 59; Yar. 13. HD, K. 2013-30882/ 10772, T. 09.04.2014, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E. T. 27.05.2022).

<sup>88</sup> YAĞOĞLU, s. 73.

<sup>89</sup> ARSLAN, s. 409; TUTUMLU, M. Akif, "Kamu ve Özel Hastanelere Karşı Açılan Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 11, Sayı 9, 2016, s. 287.

<sup>90</sup> Yar. 11 HD, E. 2018/4358, K. 2018/6839, T. 07.11.2018, (Sinerji Mevzuat&İçtihat Programı) (E. T. 29.05.2022); Samsun BAM 5. HD, E. 2018/1196, K. 2018/1047, T. 06.07.2018; Erzurum BAM 3. HD, K. 2018-2883/513, T. 21.03.2019, (UYAP Emsal Karar Arama) (E. T. 29.05.2022). Hasta

Hastaneye kabul sözleşmesi açısından hastanın tüketici olarak sayılıp sayılmayacağı, daha çok hastanenin yükümlülüğünü yerine getirirken ayıplı ifade bulunması durumunda önem arz etmektedir. Eser sözleşmesi kapsamında olan müdahalelerin ardından, sonucun taraflarca kararlaştırılan şekilde olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle, vekâlet sözleşmesi kapsamında olan müdahalelerin ardından da işin tam ve gereği gibi görülmemesi gibi nedenlerle sözleşmeye aykırılık ortaya çıkarsa bu durumda TKHK m. 13 vd. düzenlenen “*ayıplı hizmet*” hükümlerine gidilmesi gerekmektedir<sup>91</sup>.

TKHK m. 13’te ayıplı hizmet, “*sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmet*” şeklinde tanımlanmaktadır. TKHK m. 83’e göre kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Hastaneye kabul sözleşmesi bakımından, sözleşmenin kurulmasına rağmen tedavinin başlamaması veya tedavinin kararlaştırılmış şekilde gerçekleştirilmemesi durumunda (tedavinin dikkat ve özen gösterilmeden yapılması, hasta haklarının ihlali gibi) ayıplı hizmet söz konusudur<sup>92</sup>.

TKHK m.15/1’de ayıplı hizmetin varlığı hâlinde tüketicinin seçimlik hakları düzenlenmiştir. Bu haklar kanunda; hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonrası ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim isteme ve sözleşmeden dönme şeklinde sayılmıştır. Ayrıca hastanın bu haklarından birini kullanması, TBK kapsamında tazminat istemesine engel teşkil etmeyecektir. Fakat hastaneye kabul sözleşmesinin niteliği itibarıyla, hizmetin yeniden görülmesi seçimlik hakkı yeniden bir tıbbî müdahaleyi gerektireceğinden hastanın sağlık durumunun buna elverişli olup olmadığı mutlaka değerlendirilmelidir. Fakat TKHK m. 11/4’te tüketicinin, ücretsiz onarım veya malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi haklarından birini seçmesi hâlinde satıcının bunu en fazla otuz iş günü içerisinde yerine getirmesi gerektiği düzenlenmiştir ve bu kapsamda tedavi sürecinde olan bir hastanın vücudunun otuz iş günü içerisinde yeniden bir tıbbî müdahaleyi kaldırma potansiyeli gibi hususlar göz önüne alındığında bunun pek mümkün olmayacağı açıktır.

Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde ise sözleşme sanki hiç kurulmamış gibi kabul edileceğinden taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesince dönme anına kadar yerine getirdikleri edimleri geri isteyebileceklerdir. Fakat kanaatimizce; hastaneye kabul sözleşmesinin, özellikle

---

ile hekim veya hastane işleticisi arasındaki ilişkinin tüketici ilişkisi olamayacağına ilişkin Bkz. YILMAZ, s. 119.

<sup>91</sup> Daha önce de belirttiğimiz üzere estetik müdahaleler eser sözleşmesi kapsamında, diğer tıbbî teşhis, tedavi ve müdahaleler ise vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. I-C-1.

<sup>92</sup> MEMİŞ, 186; ŞAHİN CANDAS, s. 97.

aslı edim (tedavi veya tıbbî müdahale) çerçevesinde değerlendirildiğinde niteliği itibarıyla sözleşmeden dönmenin uygun olmayacağı açıktır. Kaldı ki hastaneye kabul sözleşmesi, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulandığı dikkate alındığında sürekli benzeri edimli bir sözleşmedir, dolayısıyla bu durumda ifasına başlanan sözleşmede geçmişe etkili dönmeden değil de ileriye etkili fesihden bahsetmek daha uygun olacaktır<sup>93</sup>. Ancak edimlerin henüz yerine getirilmemiş olduğu hâllerde sözleşmeden dönülebileceği de gözden kaçmamalıdır. Bu durumda sözleşme geçmişe etkili şekilde ortadan kalkacaktır ve alınan bir hizmet varsa bunun bedeli ödenecek, yoksa da hastadan alınan ücret hastaya iade edilecektir.

Tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin olarak, tüketicinin, belli parasal sınırın<sup>94</sup> altında kalan taleplerinde Tüketici Hakem Heyetine, üstünde kalan taleplerinde arabulucuya başvuru yapma zorunluluğu bulunmaktadır<sup>95</sup>. Bu kapsamda, arabulucuya başvurulmaksızın tüketici mahkemesinde hastaneye kabul sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlığı konu edinen bir dava açıldığında, başvuru usulden reddedilir. Arabulucuların, hukuk mesleğinden yetişen kimseler olduğu göz önüne alındığında bedensel zarar ve tazminat hesaplamalarının teknik bilgiyi gerektirmesi ve ayrıca meselenin sağlık alanına ilişkin olması dolayısıyla bu durumun hem hasta hakları hem de hekimlik mesleği açısından sakıncalı olduğu düşünülmektedir<sup>96</sup>.

### **C. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK**

Sözleşme ilişkisinde borçlu, TBK m. 83 gereği yüklenmiş olduğu bazı kişisel edimleri bizzat ifa zorunluluğunda olsa da işin niteliğinin elverdiği ölçüde bazı edimleri yerine getirmede üçüncü kişilerin hizmet ve yardımına ihtiyaç duyabilmektedir. Bu kapsamda TBK m. 116'da hem borçlunun hem de alacaklının kullandıkları yardımcı kişilerin fiilleriyle borç ilişkisinin karşı tarafına verdikleri zarardan sorumlulukları düzenlenmiştir.

Yardımcı kişilerin kullanıldığı edimler açısından, borçlunun kullandığı yardımcı kişiler ile alacaklı arasında herhangi bir borç ilişkisi bulunmamaktadır fakat ifa için üçüncü kişilere bırakılan borcun tam veya gereği gibi ifa edilememesi durumunda meydana gelecek zararın karşılanması da hakkaniyetin bir gereğidir<sup>97</sup>. Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk, TBK m. 116'da "*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa*

<sup>93</sup> EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 1289, 1290.

<sup>94</sup> 2022 yılı için bu miktar 15.430 Türk Lirası'dır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. RG. 16.11.2021, S. 31661.

<sup>95</sup> MEMİŞ, s. 185.

<sup>96</sup> YILMAZ, s. 166.

<sup>97</sup> EREN, **Borçlar Genel**, s. 1102.

*bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.”* şeklinde hükme bağlanmıştır. Çalışmamızın konusu gereği, hastaneye kabul sözleşmesinin karakteristik ediminin tıbbî teşhis ve tedavi ile hasta bakımı olduğu dikkate alındığında yardımcı kişiye ihtiyaç duyan tarafın bu borcu yüklenen hekim ve/veya hastane olduğunun kabulü gerekir, açıklamalarımız da bu çerçevededir.

Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, yardımcı kişilerden sorumluluğundan bahsedilebilmesi için TBK kapsamında belirli şartları bulunması gerekmektedir. Bu şartlar, borçlu ile zarar gören alacaklı arasında bir borç ilişkisinin varlığı, borçlunun bu borç ilişkisinden doğan borcun ifasını veya bir hakkın kullanımını yardımcı kişiye bırakması, borcun ifasının veya hakkın kullanımının yardımcı kişiye bırakılmasının caiz olması, yardımcı kişinin kendisine verilen bu işi yürüttüğü esnada alacaklıya zarar vermesi ve eylem ile zarar arasında illiyet bağının bulunması şeklinde ifade edilebilir.

Hastaneye kabul sözleşmesi açısından değerlendirilirken, öncelikle TBK kapsamında aranan bu şartların söz konusu sözleşmeye uygulanabilirliği açıklanmalıdır. Bu noktada hasta ile hekim ve/veya hastane arasında yapılan kabul sözleşmesi ve varsa ayrıca hekimlik sözleşmesi çerçevesinde bir borç ilişkisinin varlığı ortadadır. Zira hekim ve hastane, sözleşmenin türüne göre birlikte veya ayrı şekilde hastanın tedavisini ve bu tedavi sürecindeki bakımını üstlenmiş durumdadır. Hasta da bunun karşılığı olarak teamülen bir ücret ödemektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinde, sözleşmenin yerine getirilmesi esnasında, hekimin ve hastanenin belirli bir ifayı yardımcı kişiye bırakmasında ise sözleşmeye vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulandığının kabulü dikkate alındığında bir sakınca görülmemektedir.

Bu sözleşme çerçevesinde hekimin ve hastanenin üstlendikleri edimi yerine getirirken yardım aldığı kişiler ise sözleşmenin türlerine göre değişiklik göstermektedir. Şöyle ki hekimlik sözleşmesi ilavesi olmaksızın yapılan hastaneye tam kabul sözleşmesinde temel ve yan edimlerin tümünü hastane üstlenmektedir ve tıbbî müdahalede bulunma edimini ifa eden hekim, bakım hizmetini gerçekleştiren hasta bakıcı, yeme ve içme edimini gerçekleştiren yemekhane veya kantin personeli, hastanenin temizliğini sağlayan hizmetliler gibi kişiler hastane işleticisinin yardımcı kişisi sıfatıyla hareket etmektedir<sup>98</sup>.

Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde tıbbî müdahalede bulunan hekim taraf olduğu hekimlik sözleşmesi kapsamında borçlu olarak hareket etse de hastaneye kabul sözleşmesi bakımından hastane işleticisinin yardımcı kişisi olarak ifade bulunmaktadır<sup>99</sup>. Hastaya karşı teşhis ve tedavi

<sup>98</sup> GÖZPINAR KARAN, s. 140; YILMAZ, s. 42.

<sup>99</sup> DOĞAN, s. 179.

hizmetini, hem özel hastane işleticisi hem hekim birlikte (müşterek ve müteselsilen) taahhüt eder ve TBK m. 511 hükmü dikkate alındığında da birlikte vekillik çerçevesinde sorumlu olmaktadır<sup>100</sup>. Ayrıca hekim, hekimlik sözleşmesi çerçevesinde üstlendiği tıbbî müdahale borcunu yerine getirirken hastane işleticisinin hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı kişilerden de yardımcı kişi olarak yararlanabilmektedir.

Hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesi bakımından hastane işleticisi tıbbî müdahalede bulunma haricindeki bütün edimleri üstlenmiş olduğundan, bu edimlerin ifasında yardımcı kişi kullanabilmektedir ve bu kişilerin gördükleri iş kapsamında verdikleri zarardan da sorumlu olur<sup>101</sup>. Tedaviden kaynaklanan herhangi bir olumsuz neticeden kaynaklı olarak özel hastane işleticisinin sorumluluğuna gidilememektedir ve özel hastane, bu sözleşme kapsamında, sadece sağlık tesisi olarak yerine getirmesi gereken yükümlülüklerden sorumludur<sup>102</sup>. Hekimse tıbbî teşhis ve tedavi süreçlerinden kaynaklı zararlardan tek başına sorumludur.

Hastanenin veya hekimin, üstlendikleri edimi yerini getirirken bu edimlerin ifasına yardımcı olan kişilerin sorumluluğundan kaçmak amacıyla hasta ile yaptıkları sorumsuzluk anlaşmalarının ise geçersiz olacağı kanununda da açık şekilde düzenlenmiştir (TBK m. 116/3)<sup>103</sup>.

#### **Ç. MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON KAVRAMLARI ÇERÇEVESİNDE SORUMLULUK**

Malpraktis, yani kötü, hatalı tıbbî uygulama; Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanması*" anlamına gelmektedir. Hatalı tıbbî uygulama, teşhis ve tedavinin her aşamasında söz konusu olabilir<sup>104</sup>. Malpraktis, özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesinden kaynaklanan edimlerini tam veya gereği gibi ifa edememesi ya da kötü ifade bulunması şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>105</sup>. Dolayısıyla malpraktiste hekimin ve TBK m. 116 kapsamında hastane işleticisinin sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür.

Komplikasyon ise tıbbî müdahalenin tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapıldığı durumlarda, ihtimal dahilindeki istenmeyen sonuçların

---

<sup>100</sup> GÖZPINAR KARAN, s. 140.

<sup>101</sup> YILMAZ, s. 102.

<sup>102</sup> GÖZPINAR KARAN, s. 140.

<sup>103</sup> Ayrıntılı açıklamalar için Bkz. III-F.

<sup>104</sup> DEMİR, Mehmet, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, C. 57, S. 3, s. 246.

<sup>105</sup> UYGUR, s. 361.

meydana gelmesidir. Bu durumda, bu sonuçtan hekim sorumlu tutulmayacaktır<sup>106</sup>. Fakat fark edilmesi mümkün bir komplikasyonun hekimce fark edilmemesi veya fark edilip de bunun engellenmemesi veya komplikasyonu engellemeye yönelik tedbirlerin hiç alınmaması komplikasyonu malpraktise dönüştürebilmektedir ve bu durumda hekimin sorumluluğunu gerektirmektedir<sup>107</sup>.

Malpraktis, sorumluluğu gerektirirken; komplikasyonlar, tıbbî bir hataya veya özensizliğe bağlı olmadığı için sorumluluğu gerektirmemektedir<sup>108</sup>. Komplikasyonun sorumluluğu gerektirmemesinin temel nedeni ise hasta ile akdedilen sözleşmenin vekâlet sözleşmesi niteliğini taşımasıdır. Zira vekâlet sözleşmesinde vekil, mesleğinin gereklerini yerine getirmesi durumunda sözleşme ile amaçlanan sonuç gerçekleşmese dahi bundan sorumlu tutulamayacaktır.

#### **D. SÖZLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞME (CULPA IN CONTRAHENDO) SORUMLULUĞU**

Culpa in contrahendo, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışları ifade etmektedir<sup>109</sup>. Bu kapsamda; sözleşmenin kurulup kurulamayacağına ilişkin olarak tarafların açıkça anlaşabilmesi adına taraflar, karşılıklı güven ilkesine uygun hareket etmek durumundalardır. Sözleşme görüşmelerinde taraflar, Medenî Kanun m. 2 uyarınca, birbirlerine karşı özen göstermek, birbirlerine gerekli bilgiyi vermek gibi birtakım yükümlülükler altındadır. Zira sözleşme görüşmeleri, bir sözleşmenin kurulmasına hizmet etmektedir ve bu süreçte kurulan güven ilişkisine aykırı davranış ile bir zarar meydana getiren taraf, karşı tarafın bundan doğan zararını karşılamak durumundadır<sup>110</sup>. Hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında özellikle hastanın kendisinden istenen gerekli bilgileri verme yükümlülüğü çerçevesinde bu sorumluluk türü uygulama alanı bulabilmektedir. Hekimin, uzmanlık alanına girmeyen bir konuda kendisine başvuran hastaya, gerekli teşhis ya da tedaviyi yapabileceği izlenimi vererek oyalaması; gerek olmadığı halde cerrahi bir müdahaleye ikna edebilmek için sağlık durumu ile ilgili yanıltıcı bilgi vermesi ya da herhangi bir tıbbi müdahaleye gerek olmadığını söyleyerek hastayı oyalaması gibi durumlar, hekimin culpa in contrahendo sorumluluğuna örnektir<sup>111</sup>. Kaldı ki bu yanıltıcı eylemler, ne yazık ki özel hastane işletmesi bünyesinde daha fazla para kazanma ve kazandırma kastıyla da yapılabilmektedir,

<sup>106</sup> DEMİR, s. 246; YILMAZ, s. 52.

<sup>107</sup> HATIRNAZ EROL, **Hukukî Sorumluluk**, s. 299.

<sup>108</sup> YILMAZ, s. 52.

<sup>109</sup> ANTALYA, s. 248; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s. 54; OĞUZMAN/ÖZ, **Cilt I**, s. 37; YAVUZ, Nihat, **Borçlar Hukuku El Kitabı**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 57.

<sup>110</sup> ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Sayı 1, 2016, s. 36; YILMAZ, s. 73.

<sup>111</sup> ÖZDEMİR, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, s. 37.



zira uygulamada hekimin özel hastanenin bağlı bulunduğu şirketin bir ortağı olması gibi durumlarla da karşılaşılabilir.

## **E. SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK HÂLLERİ**

### **1. Haksız Fiil Sorumluluğu**

TBK m. 49'da düzenlendiği üzere, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişi, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Hastaneye kabul sözleşmesinde haksız fiil sorumluluğu; hastane işleticisi bakımından hem tıbbî teşhis, tedavi ve müdahale hem de diğer yan edimler çerçevesinde söz konusu olmakta iken hekim bakımından yalnızca tıbbî teşhis, tedavi ve müdahale ile sınırlıdır.

Hastanenin bu yükümlülüklerinden bir veya birkaçının ihlali sebebiyle zarara uğrayan kişi, hastaneye kabul sözleşmesine aykırılık hükümlerine başvurabileceği gibi haksız fiil hükümlerine de başvurabilmektedir. Önemli olan, haksız fiilin unsurlarının meydana gelmiş olmasıdır. Hastaneye kabul sözleşmesinde, haksız fiil sorumluluğunda kusur genellikle ihmal şeklinde (hasta bakım veya tedavisinde kullanılan araçların sterilizasyonunun sağlanmaması gibi) ortaya çıkmakta ve organizasyon yükümlülüğünün tam ve gereği gibi yerine getirilememesinden kaynaklanmaktadır<sup>112</sup>.

Hekimin sözleşmeye dayanan sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasında, aslında temel mantık açısından bir farklılık yoktur ancak yardımcı kişilerden dolayı sorumluluk ve kusurun ispat yükü açısından farklı hükümlere tabidirler. Hekimin sözleşmeye dayanan sorumluluğu, zamanaşımı için TBK. m. 146, yardımcı kişinin sorumluluğu için TBK. m. 116, kusurun ispatı için ise TBK. m. 112 hükümlerine tabi iken; hekimin haksız fiil sorumluluğu zamanaşımı için TBK. m. 72, yardımcı kişinin sorumluluğu için TBK. m. 66, kusurun ispatı için ise TBK. m. 49 hükümlerine tabidir ve bu çerçevede bir değerlendirme yapıldığında da kusur karinesi göz önüne alınmalı ve sözleşme sorumluluğuna dayanılmasının daha avantajlı olduğu görülmelidir<sup>113</sup>.

### **2. Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluk**

Adam çalıştıranın sorumluluğu TBK m. 66'da "(1) Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. (2) Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken,

---

<sup>112</sup> ŞAHİN CANDAS, s. 119.

<sup>113</sup> GÖZPINAR KARAN, s. 149; ÖZDEMİR, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, s. 37.

*gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Adam çalıştırmanın, üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun doğabilmesi için, çalıştırılan kişinin veya adam çalıştırmanın kusurlu olması gerekmektedir. Zira TBK m. 66, bir kusursuz sorumluluk hâlidir. Fakat adam çalıştırmanın bu sorumluluktan kurtulabilmesi için çalışanını seçerken, ona işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken zararın doğmasını engellemek adına gerekli tüm özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekmektedir<sup>114</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, TBK m. 116 ile TBK m. 66'nın farkının net şekilde ortaya konulmasıdır. Bu çerçevede TBK m. 66, bir kusursuz sorumluluk hâlidir ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmaz, bir başka ifadeyle zarar gören ile adam çalıştırıcı arasında hiçbir hukukî ilişki yoktur<sup>115</sup>. Bu durum, hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında karşılaşılabilecek pek mümkün olmayan bir durumdur. Kaldı ki TBK m. 116 kapsamında hastanenin ve hekimin sorumluluğunun da devamı söz konusu iken sözleşme dışı sorumluluk hükümlerine gidilmesi uygun görülmemektedir.

### **3. Vekâletsiz İş Görme Sebebiyle Sorumluluk**

TBK m. 526 vd. uyarınca vekâletsiz iş görme, başkasına ait bir işin; iş sahibinin menfaatine olacağı düşüncesiyle, iş sahibinin varsayılan rızasına uygun olarak, iş görme yetkisi olmayan biri tarafından görülmesidir. İş gören, eğer bu işi iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek amacıyla yapmışsa sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir ancak müdahalenin acil olması sorumluluğu hafifletmeyecektir, vekâletsiz iş görenin gerekli dikkat ve özeni göstermesi zorunludur<sup>116</sup>.

*“İş gören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya kanuna aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, iş gören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”* (TBK m. 527/2). TBK m. 527/2 uyarınca özel hastane işleticisinin hastanın önceden tedaviyi reddettiğini bilmesi veya bilmesi gerektiği hâllerde müdahalesi durumunda meydana gelen bütün zararlardan ve beklenmedik hâlden sorumluluğu doğar. Eğer hastanın talebi hukuka ve/veya ahlaka aykırı ise, hastane işleticisi bu taleple bağlı olmaz. Bu duruma en uygun örnek, hastanın tedaviyi reddetmesine bağlı olarak hastanın ötenazi talebidir<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> EREN, **Borçlar Genel**, s. 643; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s. 355; YAVUZ, s. 283; YILMAZ, s. 94.

<sup>115</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 645.

<sup>116</sup> EREN, **Borçlar Genel**, s. 631; GÖZPINAR KARAN, s. 149.

<sup>117</sup> ŞAHİN CANDAS, s. 123.

## **F. SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI**

TBK m. 115 uyarınca, kural olarak, borçlunun yalnızca ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin yaptığı sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz kabul edilse de hastaneler açısından TBK m. 115/3 geçerlilik alanı bulmaktadır. Zira bu madde uyarınca, uzmanlığı gerektiren bir hizmetin sadece kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebildiği hâllerde, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüz kabul edilmiştir. Sağlık hizmeti de ancak gerekli izinlerin Sağlık Bakanlığından alınmasıyla ve kanunda yeterli görülen şartların sağlanmasıyla hastaneler ve belirli sağlık kuruluşları eliyle yürütülmektedir. Dolayısıyla özel hastanelerin hafif kusurlarına ilişkin yapacakları sorumsuzluk anlaşmaları da kesin olarak hükümsüz sayılmaktadır<sup>118</sup>.

Yardımcı kişinin kusurundan sorumluluk ise TBK m. 116'da düzenlenmiştir. Buna göre genel kural yardımcı kişilerin eylemlerinden doğan sorumluluğun önceden yapılan bir anlaşmayla kısmen veya tamamen kaldırılması olsa da uzmanlığı gerektiren bir hizmetin yetkili makamların izniyle ve kanunda belirlenen şartlar çerçevesinde yürütüldüğü hastaneler ve diğer sağlık kuruluşları m. 116/3'e tabidir. Bu çerçevede özel hastanenin tıpkı adam çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi, yardımcı kişilerin fiillerinden de sorumlu olmayacağına ilişkin yaptığı anlaşma, kesin olarak hükümsüz kabul edilmektedir.

## **IV. TAZMİNAT VE DAVA HAKKI**

Özel hastanelerin hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında hastalara karşı üstlendikleri yükümlülüklerin ihlali ve diğer şartların bulunması hâlinde; hastaların gerek sözleşmesel sorumluluk, gerek haksız fiil sorumluluğu gerekse yardımcı kişinin sorumluluğu gibi hukukî müesseselere başvurması mümkündür<sup>119</sup>. İhlal karşısında talep hakkı yalnızca hastaya değil, hastanın temsilcisi, yakınları veya ölümü durumunda destekten yoksun kalanlara da tanınmaktadır. Bu ihlal sonucu meydana gelen zararın giderilmesi amacıyla; hastanın yapmak durumunda kaldığı harcamaların ve maruz kaldığı maddî zararın bir karşılığı mahiyetinde maddî tazminat ve bu hukuka aykırılığın sebep olduğu acı, elem ve ızdırabın giderilmesi amacıyla da manevî tazminata hükmedileceği TBK m. 50 ve devamı maddelerinde açıkça düzenlenmiştir<sup>120</sup>. TBK m. 114/2 uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hükümlerine de uygulanabilmektedir.

<sup>118</sup> EREN, **Borçlar Genel**, s. 1114; YAĞOĞLU, s. 90.

<sup>119</sup> YAĞOĞLU, s. 84.

<sup>120</sup> OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 2, s. 255.

Maddî tazminat, hastaneye kabul sözleşmesinin taraflara yüklediği edimlerin bir gereği ve sonucu olarak bu sözleşme biçiminde farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Hastanın uğradığı bedensel zarar kalemleri olarak; tedavi giderleri, hastanın vücut bütünlüğünü ihlal eden tıbbî müdahale çerçevesinde kazanç kaybı ve çalışma gücünün azalması veya yitirilmesinden doğan kayıplar sayılabilmektedir (TBK m. 54). Maddî tazminat kalemlerinden diğerleri de hastanın ölümüne sebep olunan durumlarda; cenaze giderleri ve ölenin desteğinden yoksun kalanların bu sebeple uğradığı kayıplardır (TBK m. 53).

Tarafların sözleşmeden doğan haklarına ilişkin zamanaşımı süresi bakımından hastaneye kabul sözleşmesinin karma nitelikte oluşu belirleyici rol oynamaktadır. Hasta ile hekim arasında, yalnızca tedavi sözleşmesi bakımından vekâlet ilişkisi kurulacağından, buna ilişkin haklar bakımından zamanaşımı süresi TBK m. 147 uyarınca beş yıldır. Fakat hastaneye kabul sözleşmesinde, sözleşmede yer alan hukukî ilişkilere tarafların menfaatleri ölçüsünde diğer tip sözleşme hükümleri uygulanabileceğinden o sözleşmeye ilişkin hususlar kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca borca aykırılığa ilişkin genel zamanaşımı süresi olarak; hastaneye kabul sözleşmesi açısından, sözleşmenin zayıf tarafının hasta olduğu göz önünde bulundurulduğunda hasta menfaati çerçevesinde uygulanacak zamanaşımı süresi on yıldır<sup>121</sup>. Bununla birlikte sorumluluğun haksız fiile mi, vekâletsiz iş görmeye mi ya da yardımcı kişinin fiiline mi dayandırıldığı belirlenir ve bunlara ilişkin zamanaşımı süreleri uyuşmazlığa uygulanır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 2 uyarınca, dava konusunun şahıs varlığına ilişkin olması durumunda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemeleridir. Ancak özel hastanelerin tacir olması sebebiyle sundukları hizmetler ticarî iş sayılacağından görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olduğuna ilişkin içtihat oluşturulmuştur<sup>122</sup>. Bu ikilik, 28.05.2014'te yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK ile hastanelerin sunduğu bu hizmet tüketici işlemleri kapsamında değerlendirilmesiyle son bulmuş ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinin görevli olacağı hükme bağlanmıştır<sup>123</sup>.

28.07.2020 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Kanun'a 73/A maddesi eklenmiş ve tüketici uyuşmazlıklarına dava açılmadan önce arabuluculuk şartı getirilmiştir. Bu maddeyle parasal sınırı 15.430 Türk Lirası ve üzerindeki uyuşmazlıklar ile konusu para ile belirlenemeyen uyuşmazlıklar için arabulucuya başvurmak bir dava şartı

<sup>121</sup> ŞAHİN CANDAS, s. 141.

<sup>122</sup> Yar. HGK, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047, T. 11.12.2002, (Kazancı İctihat ve Bilgi Bankası) (E. T. 21.05.2022).

<sup>123</sup> TUTUMLU, s. 287.

olarak kabul edilmiştir. Konusu 15.430 Türk Lirası'nın altında kalan uyuşmazlıklar için ise görevli merci, Tüketici Hakem Heyetleridir.

## **V. ÖZEL HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ**

Hastaneye kabul sözleşmesi; ifa ile sona erebileceği gibi, ehliyetsizlik, ölüm, azil, istifa ve iflasla da sona erebilir<sup>124</sup>. Zira hastaneye kabul sözleşmesine kıyasen vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı kabul edildiğinden vekâlet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır (TBK m. 513).

### **A. İFA**

Hastane işleticisinin ve/veya hekimin, tıbbî müdahale edimini yerine getirmesi ve bunun karşılığında ücretin ödenmesiyle sözleşme ifa edilmiş sayılmaktadır<sup>125</sup>. Sözleşmenin ifası için ayrıca hastanın iyileşmesine gerek duyulmamaktadır, zira hastaneye kabul sözleşmesinde bu tıbbî müdahaleyi üstlenen taraf, ayrıca müdahalenin sonucunu gerçekleştirmeyi üstlenmemektedir. Bu noktada ifanın tam ve gereği gibi gerçekleşip gerçekleşmediği, hâlin şartları ve dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmelidir<sup>126</sup>.

### **B. FESİH/DÖNME**

Hastaneye kabul sözleşmesine kıyasen vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edildiğinden TBK m. 512 kapsamında vekâlet veren veya vekil her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilmektedir. Tarafların sözleşmeyi feshedebilmesinin tek şartı ise, sözleşmenin niteliği itibarıyla uygun olan bir anda feshedilmesidir. Aksi hâlde sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür<sup>127</sup>.

Kanunda her ne kadar sözleşmenin feshi serbest kılınmışsa da hekimin istifası Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 19. maddesinde<sup>128</sup> birtakım şartlara tabi tutulmuştur. Bu kapsamda tedaviyi bırakmak isteyen hekim ve/veya hastane

<sup>124</sup> DOĞAN, s. 183.

<sup>125</sup> ÖZDEMİR, *Teşhis ve Tedavi*, s. 185.

<sup>126</sup> YAĞOĞLU, s. 106.

<sup>127</sup> EREN, *Borçlar Özel*, s. 743.

<sup>128</sup> Madde 19 – “Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir.

*Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkan verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terkedemez.*

*Hastayı bu suretle terkeden tabip veya dış tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahade notlarını verir.”.*

işleticisi, bunu makul bir süre öncesinden hastaya bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Bununla birlikte eğer hastanın hayatî tehlikesi söz konusu ise bu durumda hekim veya hastane işleticisi, başka bir hekim veya hastane tedaviyi üstlenmeden hastayı terk edemez.

Sözleşmenin aslî edimi olan tıbbî müdahalenin geri alınamaz nitelikte oluşu dikkate alınarak sözleşmeden dönmenin bu sözleşme özelinde mümkün olamayacağı düşünülse de daha önce de ifade ettiğimiz üzere<sup>129</sup> bu edimin henüz gerçekleşmediği hâllerde tarafların çeşitli nedenlerle sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönebileceğinin de kabulü gerekmektedir.

### **C. ÖLÜM VE EHLİYETSİZLİK**

Hastanın ölümü, TBK m 513'te de düzenlendiği üzere vekalet sözleşmesini ve buna bağlı olarak hastaneye kabul sözleşmesini sona erdirir. Bu durumda hastane ve/veya hekim; ölüm anına kadar gerçekleştirilen tedavi, bakım ve sair diğer edimlere ilişkin masrafları ölenin mirasçılarında talep hakkına sahiptir<sup>130</sup>.

Hastanenin bir gerçek kişi tarafından işletilmesi durumunda; eğer hastane işleticisi aynı zamanda mesul müdürlük görevini üstlenmemiş ise sözleşme sona ermez. Fakat hastane işleticisi aynı zamanda mesul müdürlük görevini de ifa edecek şekilde çift şapkalı ise bu durumda sözleşmenin devamı, mirasçılarda iradesine bağlı kılınmıştır (Hususi Hastaneler Kanunu m. 19)<sup>131</sup>. Bu noktada mesul müdürlere yüklenen sorumluluğun ağırlığı gözden kaçırılmamalıdır. Ancak mesul müdürün aslında özel hastanelerin tıbbî, idarî ve teknik hizmetlerini yürüten kişi (ÖHY m. 16) olduğu dikkate alındığında hastaneler adına sorumluluğu yüklenen gerçek kişinin de aslında mesul müdür olduğu görülmektedir.

Hastanın ayırt etme gücünü kaybetmiş olması, hastaneye kabul sözleşmesinin geçerliliğini etkilememektedir. Zira sözleşmede hastane ve/veya hekim tarafından üstlenen temel edim hastanın bedenini veya ruhen iyi olmasını sağlamaktır.

### **Ç. İFLAS**

Hastanın iflası durumunda sözleşmenin sona erdirilip erdirilmeyeceği hastanenin iradesine bağlı kılınmıştır. Zira ücret hastanın temel borcudur ve hastane, ücretinin ödenmeyeceğini bile bile tedaviye devam yükümlülüğü altında değildir<sup>132</sup>. Ancak

---

<sup>129</sup> Bkz. III-B.

<sup>130</sup> ÖZDEMİR, *Teşhis ve Tedavi*, s. 188; ŞAHİN CANDAS, s. 147.

<sup>131</sup> AYAN, s.146; ÖZDEMİR, *Teşhis ve Tedavi*, s. 189.

<sup>132</sup> ÖZDEMİR, *Teşhis ve Tedavi*, s. 190.

hastanın durumu, hayatî tehlike arz ediyorsa veya acil müdahaleyi ya da bakımı gerektiren bir hâl söz konusuysa, hakkaniyet gereği tedaviye devam edilmelidir<sup>133</sup>.

Hastanenin iflası hâlinde ise hastanenin sadece tıbbî müdahale hizmeti sunmadığı bunun dışında da hastanın tedavi sürecinin ve bakımının üstlenildiği göz önünde bulundurulmalıdır. Hastanenin iflasının, hastaların gördüğü hizmette eksiklik ve aksamalara yol açacağı açıktır. Bu bağlamda hastanın menfaati gereği; mevcut hastaların nakli mümkün olanların başka hastanelere nakli sağlandıktan, nakli mümkün olmayanların ise tedavileri derhal tamamlandıktan sonra hastanenin faaliyetlerinin geçici olarak durdurulmalı ve hastaneye başka hasta kabul edilmemelidir (ÖHY m. 65).

## **SONUÇ**

Hastaneye kabul sözleşmesi; özel hastane ile hasta veya kanunî temsilcisi arasında akdedilen, hastane işleticisinin tıbbî müdahalede bulunma ve diğer mutad edimleri (barınma, yedirme vb.) yerine getirmeyi, hastanın da bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği bir özel hukuk sözleşmesidir.

Hukukî niteliği açısından öğretide hâkim görüş ve Yargıtay kararları çerçevesinde hastaneye kabul sözleşmesi, karma nitelikli bir sözleşme kabul edilmektedir. Bu açıdan, sözleşmeye uygulanacak hükümlerde; işin niteliğine uygun düşeceği ölçüde vekâlet, hizmet, satım sözleşmesi gibi tip sözleşme hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Hastaneye kabul sözleşmesi, hastaneye tam kabul sözleşmesi ve hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesi olarak iki türdür. Hastaneye tam kabul sözleşmesi ise kendi içinde hekimlik sözleşmeli ilaveli ve hekimlik sözleşmesi ilavesi olmaksızın hastaneye kabul sözleşmesi olarak ayrıca ikiye ayrılmaktadır. Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde temelde hasta ile hastane işleticisi arasında bir hastaneye kabul sözleşmesi bulunmaktadır ve bu sözleşme, hasta ile hekim arasında yapılan hekimlik sözleşmesini de içinde barındırmaktadır. Bu durumda hastane işleticisi tıbbî müdahale, tedavi, bakım, yeme ve içme gibi bütün edimleri yüklenirken; hekim de ayrı bir sözleşme ile hastane işleticisiyle birlikte tıbbî müdahale edimini üstlenmektedir. Hekimlik sözleşmesi olmaksızın yapılan hastaneye kabul sözleşmesinde hastane işleticisi; hastaya yapılacak olan tıbbî müdahaleyi, tıbbî müdahale sonrası hastanın bakımını ve yeme, içme gibi diğer yan edimler dahi tüm organizasyonu tek başına üstlenmektedir. Hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesinde ise hasta, biri hastane işleticisiyle diğeri de hekimle olmak üzere iki ayrı sözleşmenin tarafı konumundadır. Bu sözleşmelerden birinde hastane işleticisi barınma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetlerini üstlenir; bu hastaneye kabul sözleşmesidir. Bu

<sup>133</sup> ŞAHİN CANDAS, s.148; YAĞOĞLU, s. 107.

sözleşme türünde hastane işleticisi, hasta ile yaptığı sözleşmede tıbbî müdahale haricinde hastanın bu süreçte ihtiyaç duyduğu tüm hizmetleri sağlama borcunu; hekim ise, yalnızca tıbbî müdahaleyi gerçekleştirmeyi üstlenmektedir.

Hastaneye kabul sözleşmesi, özellikle sözleşmenin temelini oluşturan asli edim borcunun hastane işleticisi üzerinde olduğu bir sözleşmedir. Hastane işleticisi ve sözleşmenin türüne bağlı olarak hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirirken eksik veya hatalı fiillerinden sorumlu tutulmakta ve bu sorumluluğun türü, sözleşmedeki yükümlülüğün aslen kim tarafından üstlenildiğine göre değişkenlik göstermektedir.

Hastaneye kabul sözleşmesi, tarafların edimlerini karşılıklı olarak tam ve gereği gibi yerine getirmesi üzerine ifa ile sona ereceği gibi; fesih, ölüm, ehliyetsizlik ve iflas hâllerinde de sözleşmenin sona ermesi mümkündür.

Hastaneye kabul sözleşmesi bakımından hastane işleticisi ve hekim tarafından sunulan hizmet, yargı kararlarında da belirtildiği üzere ve öğretilerdeki büyük çoğunluğa göre bir tüketici işlemi olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce de hem tıbbî teşhis ve tedavi hem de diğer yan edimler, TKHK m. 3 kapsamında değerlendirilebilmektedir ve bu sebeple tüketici işlemi olarak tanımlanabilir. Fakat özellikle tıbbî müdahale ediminin eksik, yanlış veya hatalı gerçekleştirilmesinin ayıplı ifa kabul edilmesi sonucunda, TKHK uyarınca hastaya tanınan seçimlik hakların ne denli uygulanabilir olduğu tartışmalıdır. Ayrıca tüketici uyuşmazlıklarının söz konusu olduğu hâllerde de Tüketici Hakem Heyetlerinin ve Tüketici Mahkemelerinin görevli oluşu, hâlihazırda sağlığı yerinde olmayan tarafı daha da mağdur edebilecek bir durumdur. Bu sebeplerle, söz konusu sözleşmeye ilişkin olarak bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**



ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1, 2.** Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ARSLAN, Firdevs, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukukî Mahiyeti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi**, Cilt 26, Sayı 1, 2020, ss. 400-422.

AYAN, Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., Ankara, 1991.

DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 3, 2008, ss. 225-252.

DOĞAN, Cahid, “Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmî Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmî Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Yıl 3, Sayı 6, 2014, ss. 177-196.

DURAK, Yasemin, “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Yıl 3, Sayı 6, 2014, ss. 147-176.

ERÇELTİK, Erman, **Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Danışman Ayşe HAVUTÇU, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

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

GÖZPINAR KARAN, Gülşah, “Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 11, Sayı 9, 2016, ss. 138-155.

HAKERİ, Hakan, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Yıl 3, Sayı 6, 2014, ss. 17-44.

HATIRNAZ EROL, Gültezer, “Özel Hastanelerde Hastanın Aydınlatılması Yükümlülüğü ve Yargılama Süreci Tamamlanmış Dava Örnekleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 11, Sayı 9, 2016, ss. 91-102.

HATIRNAZ EROL, Gültezer, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE, Mustafa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

KILIÇGİL ÇİÇEK, Tuğçe, **Türk Hukuku Açısından Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

MEMİŞ, Yusuf, “(Yargı Kararları Işığında) Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 11, Sayı 9, 2016, ss. 174-222.

OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, **Medenî Hukuk**, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal/, ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I-II**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Sayı 1, 2016, ss. 33-81.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

ÖZTAN, Bilge, **Medenî Hukuk’un Temel Kavramları**, 41. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

ŞAHİN CANDAS, Gökçe, **Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2019.

TEMEL, Erhan, “Alman Sağlık Sisteminde Hastaneler ve Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXVIII, Sayı 1-2, 2010, ss. 245-274.

TUTUMLU, M. Akif, “Kamu ve Özel Hastanelere Karşı Açılan Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 11, Sayı 9, 2016, s. 286-290.

TÜRKMEN, Ali, **Hasta ve Hekim Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

UYGUR, Atiye B., “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 144, 2019, ss. 355-381.

ÜLKER, Çağrı, **Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**, (Yüksek Lisans Tezi), Danışman Emin ZEYTİNOĞLU, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü, İstanbul, 2017.

YAĞOĞLU, Melike, **Hastaneye Kabul Sözleşmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Danışman Yusuf BÜYÜKAY, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2011.

YAVUZ, Nihat, **Borçlar Hukuku El Kitabı**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

YILMAZ, Yasemin, **Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2019.

Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi

Sinerji Mevzuat&İçtihat Programı

UYAP Emsal Karar Arama



# ANONİM ŞİRKETLERDE ELEKTRONİK GENEL KURUL

Salih KARADENİZ\*

## Öz

Bilişim çağının getirdiği yenilikler ve teknolojik gelişmeler sayesinde hayatımızın her alanında birçok farklılaşmalar yaşanmaktadır. Bu farklılaşmalar günlük hayatımızda yaşandığı gibi hukuk alanında da yaşanmış, yaşanmaya da devam etmektedir. Genelde şirketler hukuku özelde ise anonim şirketler hukuku bu farklılaşmalardan nasibini almış ve bilişim çağının getirdiklerinden faydalanmıştır. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun en önemli yeniliklerinden biri de elektronik ortamda yapılan kurul toplantıdır. Genel kurul toplantılarının önemine binaen kanun koyucu, anonim şirket genel kurullarına elektronik ortamda katılım olanağı getirerek, Türk Ticaret Kanunu'nun 1527. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, sıklıkla karşılaşılan güç boşluğu sorununa çözüm aramaya çalışmıştır. Elektronik genel kurulun mevzuatımıza girmesiyle birlikte anonim şirketlerde genel kurul toplantılarına katılımın arttığı gözlemlenmiştir. Güç boşluğunun önüne geçme, genel kurul toplantılarını daha etkin hale getirme, vb. gibi amaçlarla getirilen elektronik genel kurulun faydalarının yanı sıra sakıncalarının da olduğu dile getirilmektedir. Ayrıca hâlihazırda elektronik genel kurul sisteminin eksik ve düzeltilmesi gereken noktaları bulunmaktadır. Bu çalışmada anonim şirket genel kuruluna ilişkin temel bilgiler verilecektir. Anonim şirketler genel kuruluna ilişkin genel bilgiler verildikten sonra elektronik genel kurul detaylı bir şekilde incelenecektir. Elektronik genel kurul öncesi, elektronik genel kurulun yapılması ve elektronik genel kurul sonrası olmak üzere işleniş üzerinde durulacaktır. Bilgilendirmelerin yanı sıra yer yer öneri ve görüşler de ifade edilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** *Elektronik genel kurul, anonim şirketler, elektronik kurullar, genel kurul, şirketler hukuku*

---

\* Araştırma Görevlisi. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Ana Bilim Dalı, ORCID: 0000-0001-6586-3278; salih.karadeniz@medeniyet.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 22.06.2022

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 20.08.2022

Bu makaleye atf için; KARADENİZ Salih, "Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul", İMHFD, C. 7, S. 13, 2022, s. 491-520.

## **ELECTRONIC GENERAL ASSEMBLY IN INCORPORATED COMPANIES**

### **Abstract**

Every aspect of our life has undergone significant differences due to the innovations and technological advancements brought about by the information age. These differentiations have been experienced in the field of law as well as in our daily lives and continue to be experienced. Corporate law, in general, and Incorporated Companies law, in particular, have had their share of these differentiations and have benefited from the information age. As a matter of fact, one of the most important innovations of the Turkish Commercial Code No. 6102 is the electronic board meetings and participation in the board meetings in the electronic environment. Based on the importance of the general assembly meetings, the legislator tried to find a solution to the problem of the power gap, which is frequently encountered, as stated in the justification of Article 1527 of the Turkish Commercial Code, by introducing the opportunity to participate in the general assemblies of incorporated companies in the electronic environment. With the introduction of the electronic general assembly into our legislation, it has been observed that participation in the general assembly meetings in incorporated companies has increased. It is stated that the electronic general assembly, introduced for purposes such as preventing power gaps, making general assembly meetings more effective, etc., has benefits and drawbacks. In addition, there are currently deficiencies in the electronic general assembly system and points that need to be corrected. In this study, basic information about the general assembly of the incorporated companies will be given. After the general information about the general assembly of joint stock companies is given, the electronic general assembly will be examined in detail. The process will be detailed before the electronic general assembly, holding the electronic general assembly and after the electronic general assembly. In addition to the information, suggestions and opinions will also be expressed from time to time

**Keywords:** *Electronic general assembly, incorporated companies, electronic boards. general assembly, corporate law*

### **I. ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURUL**

#### **A. GENEL OLARAK ANONİM ŞİRKETLER**

Anonim şirketler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Limited şirket, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketle birlikte anonim

---

<sup>1</sup> RG. 14.2.2011 S. 27846.

şirket de bir sermaye şirkettir<sup>2</sup>. Sermaye şirketlerinin temel özellikleri, ortakların değil de sermayenin önemli olması, ortakların şirketin borcu sebebiyle sınırlı sorumlu olması ve borçtan sorumluluğun kural olarak şirkete karşı olması, pay devirlerinin kural olarak diğer ortakların rızası aranmaksızın gerçekleşmesi, ortak sayısının çok olabilmesi, sermaye payı kadar söz sahibi olunması olarak sıralanabilir<sup>3</sup>.

Anonim şirket bir taraftan büyük sermayenin toplanmasını sağlarken diğer taraftan kendisini kuran kişilerden bağımsız varlığı olması ve bu kişilerin ölümü, kısıtlanması gibi durumlardan etkilenmeyip, varlığını sürdürebilmesi sebebiyle istikrar ve büyüme açısından çok önem arz etmektedir<sup>4</sup>.

## **B. ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURULUN FONKSİYONU**

Anonim şirketlerin iki zorunlu organı bulunmaktadır. Bunlardan biri genel kurul, diğeri ise yönetim kuruludur<sup>5</sup>.

Anonim şirketlerde genel kurul, pay sahiplerinin veya temsilcilerinin, çağrıya yetkili kişiler tarafından usulüne uygun olarak yapılan çağrı üzerine, çağrıya yer alan gündemi görüşüp karara bağladığı, bilginin alındığı ve incelemenin yapıldığı, şirket işlerine ilişkin hakların kullanıldığı, şirketin karar ve irade organıdır. Genel kurul, yönetim kurulunun aksine şirketin sürekli olmayan organıdır<sup>6</sup>.

Genel kurul türleri yapılış zamanlarına göre olağan ve olağanüstü genel kurul, fiziki olarak bir araya gelinip gelinmeyeceğine göre fiziki ve elektronik genel kurul, çağrı yapıp yapılmamasına göre de çağrılı ve çağrısız genel kurul olarak üçe ayrılmaktadır<sup>7</sup>. Kısaca bu genel kurul türlerinden bahsedecek olursak olağan genel kurul, her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde ve yılda en az bir defa toplanır (TTK m. 409). Hesap dönemi takvim yılı olan şirketlerde faaliyet dönemi sonundan itibaren üç aylık süre, mart ayı sonuna kadardır. Özel hesap dönemi olan şirketlerde ise olağan genel kurul, hesap döneminin bittiği günü izleyen ilk üç ay içinde yapılır<sup>8</sup> (Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının

---

<sup>2</sup> BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 13.Basım, Beta, İstanbul, 2019, s. 6; KAYIHAN, Şaban, **Şirketler Hukuku**, 5.Basım, Seçkin, Ankara, 2019, s. 55; KIRCA, İsmail, ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal ve MANAVGAT, Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku C.1**, 1.Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 59; PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 8.Basım, Adalet, Ankara, 2022, s. 8.

<sup>3</sup> BAHTİYAR, s. 6.

<sup>4</sup> PULAŞLI, s. 240.

<sup>5</sup> PULAŞLI, s. 308; TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 5.Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 306-307.

<sup>6</sup> PULAŞLI, s. 308.

<sup>7</sup> BAHTİYAR, s. 156.

<sup>8</sup> ALTAŞ, Soner, **Anonim Şirket Genel Kurul Rehberi**, 8.Basım, Seçkin, Ankara, 2022, s. 36-37.

Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik<sup>9</sup>).

Olağanüstü genel kurul ise önceden belirlenmiş, sabit bir tarihleri olmayan toplantılardır. Ancak gerektiği takdirde olağanüstü toplantı yapılır (TTK m.409/2). Fiziki toplantı, pay sahiplerinin veya temsilcilerinin fiziken bir araya geldiği toplantıları ifade ederken, çalışmamızın esas konusu olan toplantıya elektronik ortamda katılım ise fiziken toplantıya katılmayıp, bir bilişim sistemi üzerinden toplantının takip edilmesidir<sup>10</sup>.

Çağrılı genel kurul, bir davet üzerine yapılan genel kurulu ifade etmektedir. Olağan veya olağanüstü genel kurul toplantısına şirketi, kural olarak yönetim kurulu çağırılmaktadır. Ayrıca istisnai olarak genel kurulu toplantıya çağırmaya; azınlığın<sup>11</sup> (TTK m. 411 vd.), pay sahiplerinin (TTK m. 410/2), tasfiye memurlarının (TTK m. 410/1), kayyımın (TMK m. 427), iflas idaresinin de (İİK m. 226) yetkisi bulunmaktadır<sup>12</sup>. Çağrısız genel kurul ise bütün payların sahiplerinin veya temsilcilerinin, aralarından birinin herhangi bir itirazının olmaması halinde, çağrıya ilişkin prosedürlere uyulmaksızın, genel kurul şeklinde toplanabilmesi ve karar alabilmesidir (TTK m. 416).

### **C. GENEL KURUL'UN GÖREVLERİ VE YETKİLERİ**

Genel kurul kanunda ve ana sözleşmede açıkça öngörülen hallerde karar alır (TTK m. 408/1). Diğer taraftan ana sözleşmeyle anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak kanunun izin verdiği ölçüde sapılabilir (TTK m. 340). Buna göre genel kurulun görev ve yetkileri, ancak kanunda veya ana sözleşmede açıkça yer verildiği takdirde ortaya çıkabilir. Yönetim kurulunun aksine genel kurul, şirketle alakalı tüm konularda hareket etme imkânına sahip değildir.

TTK'nın 408. maddesinin 2. fıkrasında genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerinden bahsedilmiştir. Maddeye göre:

1. Şirket ana sözleşmesini değiştirme,
2. Yönetim kurulu üyelerini seçme, sürelerini tayin etme, ücretleri ile ikramiye gibi haklarını belirleme, ibraları ve görevden alınmaları hakkında karar verme,

---

<sup>9</sup> RG. T. 28.11.2012, S. 28481.

<sup>10</sup> İlerleyen kısımlarda, toplantıya elektronik ortamda katılım kavramı yerine elektronik genel kurul(e-genel kurul) kavramını kullanacağız.

<sup>11</sup> Sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleridir.

<sup>12</sup> BAHTİYAR, s. 163-167; TEKİNALP, s. 312-313.



3. Kanunda öngörülen istisnalar hariç olmak üzere denetçiyi seçme ve görevden alma,
4. Finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarını belirleme, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra katılması dâhil, kullanılmasına dair kararları alma.
5. Önemli miktarda şirket varlığının toptan satışına karar verme,
6. Kanunda öngörülen istisnalar dışında şirketin feshini talep etme, genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri olarak sıralanmıştır.

Genel kurulun maddede sayılan devredilemez görev ve yetkileri dışında, kanunun çeşitli maddelerinde açıkça öngörülen devredilemez görev ve yetkileri de bulunmaktadır. Bunlara; birleşme, bölünme ve tür değiştirme hakkında karar vermek (TTK m. 151/1a, 173, 189), şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi veya rehin olarak kabul olunabilmesi için yönetim kuruluna yetki vermek (TTK m. 379/2), rüçhan haklarını kaldırmak (TTK m. 461/2), hazırlık devresi faizi dağıtılmasına karar vermek (TTK m. 510/2) gibi görev ve yetkiler örnek olarak verilebilir<sup>13</sup>.

Genel kurulun yetki ve görevleri alt başlığında son olarak genel kurulun yetkilerinin sınırlarından bahsetmek gerekecektir. Gerçekten de genel kurul görev ve yetkilerini kullanırken, sınırsız bir hareket alanına sahip değildir. Genel kurulun hareket alanını sınırlayanlar; TTK'nın 340. maddesi<sup>14</sup>, diğer organların (yönetim kurulu) ve bağımsız denetçilerin münhasır yetkileri, imtiyazlı paylar, üçüncü kişilerin hakları, azınlık hakları ve bireysel haklar olarak sıralanmaktadır<sup>15</sup>.

#### **D. GENEL KURULA KATILIM**

Pay sahipleri genel kurula katılma hakkına sahiptir<sup>16</sup>. Genel kurul toplantısına, yönetim kurulu tarafından düzenlenen hazır bulunanlar listesinde adı bulunan pay sahipleri katılabilir. Hazır bulunanlar listesinde adı bulunan senede bağlanmamış payların, ilmühaberlerin, nama yazılı payların sahipleri ve Sermaye Piyasası Kanunu'nun<sup>17</sup> (SerPK) 13. maddesi uyarınca kayden izlenen pay sahipleri veya

---

<sup>13</sup> PULAŞLI, s. 310; TEKİNALP, s. 307-309.

<sup>14</sup> Bu maddede ana sözleşmeyle, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerinden sadece kanunda izin verilen hallerde sapılabileceği düzenlenmiştir. Genel kurulun hareket alanını sınırlayanlardan biri de işbu maddedir.

<sup>15</sup> BAHTİYAR, s. 152-155; PULAŞLI, s. 311.

<sup>16</sup> TEKİNALP, s. 321.

<sup>17</sup> RG. 30.12.2012, S. 28513.

anılanların temsilcileri genel kurula katılabileceklerdir (TTK m. 415/1,2). Gerçek kişilerin kimlik göstermeleri, tüzel kişilerin temsilcilerinin vekâletname ibraz etmeleri şarttır. Gerçek kişi pay sahibi kimlik göstererek, tüzel kişi pay sahibinin ise tüzel kişiliği temsile yetkili gerçek kişi temsilcisi vekâletname ibraz ederek toplantıya katılabileceklerdir. Diğer taraftan hamiline yazılı pay senedi sahiplerinin genel kurul toplantılarına katılmaları şu şekilde gerçekleşir: Yönetim kurulu, hamiline yazılı pay sahipleri ile SerPK 13'üncü maddesi uyarınca genel kurula katılabilecek kayden izlenen payların sahiplerine ilişkin listeyi, Merkezi Kayıt Kuruluşundan (MKK) sağlayacağı pay sahipleri çizelgesine göre düzenleyecektir<sup>18</sup>. Ayrıca yönetim kurulu kayden izlenmeyen paylar ile ilgili olarak genel kurula katılabilecekler listesini düzenlerken, senede bağlanmamış bulunan veya nama yazılı olan paylar ile ilmühaber sahipleri için pay defteri kayıtlarını dikkate alacaktır<sup>19</sup> (TTK m. 415/1,2).

Öte yandan TTK'nın 407. maddesi gereğince genel kurulda murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin ve bağımsız denetçinin bulunması zorunludur. Katılması zorunlu olan en az bir yönetim kurulu üyesi haricinde diğer yönetim kurulu üyeleri de isterlerse genel kurula katılabileceklerdir. Genel kurula katılması zorunlu olan bir diğer kişi ise bakanlık temsilcisidir. Kurulması Ticaret Bakanlığı'nın iznine tabi şirketlerin genel kurullarında, bakanlık temsilcisi bulunmak zorundadır<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> 27.12.2020 tarihli 7262 sayılı Kanun'un 28.maddesiyle mülga edilmeden önce hamiline yazılı pay senedi sahipleri için TTK m.415/3'te şu şekilde bir düzenleme yer almaktaydı:

"Hamiline yazılı pay senedi sahipleri, genel kurulun toplantı gününden en geç bir gün önce bu senetlere zilyet olduklarını ispatlayarak giriş kartı alırlar ve bu kartları ibraz ederek genel kurul toplantısına katılabilirler. Ancak, giriş kartının verilmesinden sonraki bir tarihte hamiline yazılı pay senedini devraldığını ispatlayan pay sahipleri de genel kurula katılabilirler."

<sup>19</sup> TTK'nın 417. maddesinin 5.fikrasında, pay sahipleri çizelgesinin Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlanmasının usul ve esasları, gereğinde genel kurul toplantısının yapılacağı gün ile sınırlı olmak üzere payların devrinin yasaklanması ve ilgili diğer konular SerPK uyarınca kayden izlenen paylara ilişkin olarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından, hamiline yazılı paylar bakımından ise Ticaret Bakanlığı tarafından bir tebliğ ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. İlgili tebliğ 06.04.2021 Tarihli, 31446 Sayılı Resmi Gazetede Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ adıyla yayımlanmıştır.

<sup>20</sup> Genel kurul toplantılarında ve bunların ertelenmesi halinde yapılacak ikinci toplantılarda Bakanlık temsilcisi bulundurma zorunluluğu, Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmeliğin 32.maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, kuruluşu ve ana sözleşme değişiklik işlemleri Bakanlık iznine tabi olan şirketlerin bütün genel kurul toplantılarında bakanlık temsilcisi bulunmak zorundadır. Kuruluşu ve ana sözleşme değişikliği Bakanlık iznine tabi olmayan diğer şirketlerde ise gündeminde, sermayenin artırılması veya azaltılması, kayıtlı sermaye sistemine geçilmesi ve kayıtlı sermaye sisteminden çıkılması, kayıtlı sermaye tavanının artırılması veya faaliyet konusunun değiştirilmesine ilişkin ana sözleşme değişikliği ile birleşme, bölünme veya tür değişikliği konuları bulunan genel kurul toplantılarında, sadece sayılan bu hallere özgü olarak Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunludur. Diğer taraftan e-genel kurul toplantısı düzenleyen şirketlerin genel kurul toplantılarında da Bakanlık temsilcisi bulunacaktır. Son olarak yurt dışında yapılacak bütün genel

## **E. GENEL KURUL TOPLANTI VE KARAR YETERSAYILARI**

Anonim şirketlerde toplantı ve karar yeter sayısı TTK'nın 418. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, kanunda veya ana sözleşmede aksine daha ağır yetersayı öngörülmediği müddetçe genel kurul, sermayenin en az dörtte birini karşılayan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin katılımı ile toplanacaktır. Görüldüğü üzere toplantı yetersayısı sermayenin dörtte birinin karşılayan pay sahiplerinin katılımıdır. Diğer taraftan kanun koyucu, toplantı yetersayısının toplantı süresince korunmasını zorunlu kılmıştır. Toplantı açılırken yetersayı bulunmakla birlikte, toplantının herhangi bir anında, toplantıda bulunan payların sayısı  $\frac{1}{4}$ 'in altına düşecek olursa, nasıl bir durum ortaya çıkacağı doktrinde tartışmalıdır<sup>21</sup>. İlk toplantıda bu yetersayıya ulaşılamaması halinde ikinci toplantıda yeter sayı aranmayacaktır. Aynı maddede karar yetersayısının ise toplantıda hazır bulunan payların çoğunluğu olduğu düzenlenmiştir.

Toplantı ve karar yetersayıları kural olarak bunlar olmakla birlikte, kanunda veya ana sözleşmede daha ağır yetersayılar öngörülebilir. Ana sözleşmede gösterilecek olan daha ağır yetersayılar, kurucuların ve şirketin takdirindedir. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız değildir, zira basit ve ağırlaştırılmış yetersayılar hafifletilemeyecektir<sup>22</sup>. Kanunda gösterilen ağırlaştırıcı yeter sayılar ise açıkça düzenlenmektedir. Kanunda düzenlenen daha ağır toplantı ve karar yetersayılarına örnek olarak, ana sözleşmede yapılacak olan genel değişiklikler (TTK m. 421/1), pay sahiplerinin taahhütlerinin artırılması veya ikincil yükümlülükler konulması ile ortaklık merkezinin yurt dışına çıkarılması (TTK m. 421/2) veya işletme konusunun tamamen değiştirilmesi, imtiyazlı pay oluşturulması, esas sermayenin azaltılması (TTK m. 421/3), verilebilir<sup>23</sup>. Diğer taraftan SerPK'da da toplantı ve karar yetersayısı öngören düzenlemeler bulunmaktadır<sup>24</sup>.

---

kurul ve imtiyazlı genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunludur. Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu olan genel kurul toplantılarında, temsilcinin yokluğunda alınan kararların geçerli olmayacağı da aynı maddenin 4.fikrasında düzenlenmiştir.

<sup>21</sup> Bu konudaki görüşler için bkz. ALTAŞ, s. 103; BAHTİYAR, s. 178-180; PULAŞLI, s. 340.

<sup>22</sup> ALTAŞ, s. 102.

<sup>23</sup> BAHTİYAR, s. 181-183; TEKİNALP, s. 326-327.

<sup>24</sup> SerPK'nın 29.maddesinin 3.fikrasında, halka açık ortaklıkların (haao) genel kurul toplantılarında, SerPK'da veya ana sözleşmelerinde açıkça oran belirtilmek suretiyle daha ağır yetersayılar öngörülmediği müddetçe, TTK'nın 418 inci maddesi uygulanacağı fakat SerPK m. 29/6'nın saklı tutulduğu düzenlenmiştir. Bu kuraldan şirket merkezinin yurt dışına taşınması ile bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar hariç tutulmuştur.

Aynı maddenin 6.fikrasında ise Haao'larda bazı kararlara ilişkin daha ağır yeter sayılar öngörülmüştür. Fıkraya göre yeni pay alma haklarının kısıtlanmasına, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna yeni pay alma haklarını kısıtlama yetkisinin verilmesine, sermaye azaltımına ve SerPK'nın 23 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre belirlenen önemli nitelikteki işlemlere ilişkin kararların genel kurulca kabul edilebilmesi için, toplantı yeter sayısı aranmaksızın, ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi şartı aranmıştır. Ancak, toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması hâlinde,

E-genel kurulda toplantıya katılan pay sahipleri ve temsilcileri de toplantı ve karar yeter sayılarına dâhil olacaktır<sup>25</sup>.

## II. ANONİM ŞİRKETLERDE ELEKTRONİK GENEL KURUL

### A. ELEKTRONİK GENEL KURULUN KABULÜNÜN GEREKÇESİ

E-genel kurul TTK'nın 1527. maddesinin 5. fıkrası ve SerPK'nın 30. maddesinin 5. fıkrası ile düzenlenmiştir. E-genel kurulun getirilme amacı güç boşluğunun önüne geçerek, şirketlerin daha efektif bir şekilde varlığını sürdürmesini sağlamaktır<sup>26</sup>. Ayrıca şirketlerde hesap verilebilirliğin gereği gibi uygulanması ile yöneticilerce bilinmeyen pay sahiplerinin, tanınmasını sağlamak e-genel kurul sisteminin getirilmesiyle amaçlananlar arasında sayılmaktadır<sup>27</sup>. Doktrinde güç

---

ana sözleşmede açıkça daha ağır nisaplar öngörülmedikçe, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu ile karar alınabilir. Sayılan bu işlemlerde, ana sözleşmede açıkça oran belirtilmek suretiyle daha ağır yetersayılar öngörülebileceği, ancak belirtilen yetersayıları hafifleten ana sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Diğer taraftan bu fıkra da sayılan işlemlerde, TTK'nın 436 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre taraf olan ortaklar bu işlemlerin onaylanacağı genel kurul toplantılarında oy kullanamayacaklardır. Ayrıca bkz. TEKİNALP, s. 325.

<sup>25</sup> ÖZER, Işık, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Genel Kuruluna Elektronik Ortamda Katılım" **BATİDER**, Y.2009, C. XXV, S. 4, Aralık 2009, s. 649.

<sup>26</sup> ARI, Zekeriya, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükümü (Tasarı M.1527) ve Sanal Genel Kurul", EÜHFD, Y. 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 179; AZARKAN, Necat, "Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul", **Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi**, Y.2018, C:2, S. 4, s. 32; BİLGE, Mehmet Emin, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Temsilci Aracılığıyla Oy Vermeye İnternetin Kullanımı", **AÜEHFD**, Y.2003, C. VII, S. 1-2, s. 341-342; ERCAN, Tayfur, "Elektronik Ortamda Yönetim ve Genel Kurul", **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2012, C. 7, S. 69, s. 37; ERGİNCAN, Yakup/BÜLBÜL, Özgür, "Türkiye'de Elektronik Kurulların Ortakların Oy Haklarının Kullanımına Etkisi", **T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2014 S. 2, s. 35-37; EYÜBOĞLU, Ceren, **Halka Açık Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantıları**, 1.Basım, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s. 67; EYÜBOĞLU, Seren, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Borsaya Kote Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Sistemi" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, s. 18; FALCIOĞLU, Mete Özgür, **Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul**, 1.Basım, Yetkin, Ankara, 2016, s. 74; KAYIHAN, Şaban, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet" **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Y.2003, C. 22, S. 1, s. 89; OĞUZ DURAN, Şaziye Zeynep, "Halka Açık Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2017, s. 36; ÖZDİLEK, Ali Osman, **Anonim Şirketlerde Genel Kurullara Elektronik Ortamda Katılım**, 1.Basım, Seçkin, Ankara, 2017, s. 19; ÖZER, s. 628; YAYLA, Ümit, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Borsaya Kote Ortaklıkların Genel Kurul Toplantıları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2011, s. 121; YAYLA, Ümit, **Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Anonim Ortaklık Genel Kurulları Elektronik Genel Kurullar**, 1.Basım, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 19.

<sup>27</sup> C. EYÜBOĞLU, s. 67-68; ERGİNCAN ve BÜLBÜL, s. 41-42; ÖZDAL, Şule, "Anonim Ortaklıkta Elektronik Katılımlı Genel Kurul" Yayınlanmamış Doktora Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2016, s. 14; YAYLA, 6102 Sayılı..., s. 124.

boşluğu sorunu, halka açık anonim şirketlerde pay sahibinin iki türlü olmasına bağlanmaktadır. Bunlar yatırımcı pay sahibi ve işletmeci pay sahibi olarak ikiye ayrılmaktadır. İşletmeci pay sahibi, oy gücüyle beraber şirketi yönetmekte arzulu olan pay sahibini; yatırımcı pay sahibi ise şirkete yatırım yaparak sadece kar elde etmeye çalışan pay sahibini ifade eder. Hal böyle olunca genel kurullara ilgisiz olan yatırımcı pay sahibi ne kadar çok olursa olsun, işletmeci pay sahibinin şirket üzerinde tahakkümü gerçekleşebilecektir<sup>28</sup>. İşte e-genel kurulun getiriliş amacını kanun koyucu, TTK'nın 1527. maddesinin gerekçesinde aynen şu şekilde ifade etmiştir:

*“Pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler açısından, en büyük sorun yönetsel anlamda yaşanan güç boşluğudur. Halk pay sahiplerinin genel kurullara katılımı yetersiz kalabilmektedir. On-line genel kurullar, bu soruna önemli bir katkı sağlayacak ve halka açık anonim şirketlerin daha şeffaf bir şekilde yönetilmelerine hizmet edecektir.”*

## **B. E-GENEL KURULUN AVANTAJLARI**

E-genel kurulun birçok yönden fayda sağlayacağı dile getirilmektedir. E-genel kurul sistemiyle dünyanın dört bir yanından sağlanabildiği için genel kurula toplantılarına olan ilgi artacaktır. Bunun yanı sıra şirketin genel kurul sebebiyle yapması gereken masraflar azalacak, hukukumuzda henüz mümkün olmamakla birlikte, fiziki ortamda toplanılmaksızın sadece sanal ortamda genel kurul toplantısı yapıldığı zaman bu masraflar ortadan kalkacaktır<sup>29</sup>. Masraflara aktarılması gereken para, şirketin ticari işlerinde daha etkili bir biçimde kullanılabilir. Şirketin yanı sıra, özellikle genel kurul toplantısının yapıldığı şehrin dışında bulunan pay sahiplerinin de yapacağı masraflar azalacak, yolda geçirecekleri zaman kaybı ortadan kalkacaktır. Genel kurula katılmak isteyip de şehir dışında olan pay sahiplerinin, sadece fiziki ortamda olan genel kurula sıcak bakmayacağı ve zaman, masraf kaybına katılımın değip değmeyeceğinin değerlendirmesini yapacağı açıktır. Şehir dışında bulunan bu pay sahiplerine, alternatif olarak e-genel kurul sisteminin sunulması, zaman sarfı ve masraf yapması gereken pay sahiplerinin genel kurula katılmasını kolaylaştıracaktır<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> PULAŞLI, Hasan, “Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum”, Çevrimiçi <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/HasanPulasli-internetOrtamindaGenelKurul.pdf> E.T. 17.04.2022.

<sup>29</sup> AZARKAN, s. 32; C. EYÜBOĞLU, s. 73; KAYIHAN, Genel Kurul ve İnternet, s. 92; TURGUT, Cemile, **Borsaya Kote Anonim Ortaklıklarda Elektronik Genel Kurul**, 1.Basım, On İki Levha, İstanbul, 2015, s.4.

<sup>30</sup> Aynı yönde bkz. C. EYÜBOĞLU, s. 73; KAYIHAN, Genel Kurul ve İnternet, s. 90; OĞUZ DURAN, s. 36; YAYLA, 6102 Sayılı..., s. 123.

Diğer taraftan e-genel kurul sistemi ile yabancı yatırımcıya ulaşma imkânı da daha çok olacaktır<sup>31</sup>. Zira yurtdışında bulunan yatırımcı oturduğu yerden pay sahibi olduğu şirketin genel kurul toplantılarına katılabilecek ve böylelikle yatırımının arkasını takip etme imkânı bulacaktır. Yabancı yatırımcının şirkete ve doğal olarak ülkeye çekilmesi ile şirketlerin ve ülke ekonomisi fayda görecek. Bu doğrultuda yabancı yatırımcıyı çekmek amacıyla 01.01.2013 tarihinden itibaren, şirketlerin talepte bulunmaları durumunda, EGKS ara yüzünün dil seçeneği Türkçeden İngilizceye çevrilebilmektedir<sup>32</sup>.

E-genel kurul sistemi, dünyanın neresinde olursa olsun hak sahiplerine genel kurula katılma hakkı sağladığı için, pay sahipleri demokrasisine hizmet etmektedir<sup>33</sup>. Yapılan bir çalışmaya göre, e-genel kurul sisteminin devreye girmesiyle birlikte, genel kurulda pay sahiplerinin temsil oranlarında önemli artış sağlandığı görülmüştür. Buna ek olarak aynı çalışmada yabancı pay sahiplerinin, e-genel kurula yerli pay sahiplerine nazaran daha çok ilgi gösterdiği anlaşılmıştır<sup>34</sup>.

Ayrıca e-genel kurul, kurumsal yönetim ilkelerinden olan hesap verebilirlik ve sorumluluk ilkelerinin hayata geçirilmesi bakımından faydalı olacak, pay sahipleri ile şirket yönetimi arasındaki iletişimi artıracaktır<sup>35</sup>. Çünkü genel kurula katılım kolay olduğu için daha çok pay sahibi genel kurulda yer alacaktır. Böylelikle şirket yönetiminden, kaynakların nereye harcandığından haberdar olan pay sahibi sayısı artacak ve ilgili kişilerin sorumluluğuna gidilmesi ihtimali yükselecektir. Sorumluluğunun doğacağı bilinci ile hareket eden yönetici ve denetçiler sayesinde ise şirketin kaynakları, daha doğru bir şekilde kullanılacak ve bu doğrultuda politikaları şekillenecektir.

## **C. E-GENEL KURULUN DEZAVANTAJLARI**

---

<sup>31</sup> C. EYÜBOĞLU, s. 71-72; KAYIHAN, Genel Kurul ve İnternet, s. 90; OĞUZ DURAN, s. 92; S. EYÜBOĞLU, s. 20-21; TURGUT, s. 27-28.

<sup>32</sup> ERGİNCAN ve BÜLBÜL, s. 45; KESER BERBER, Leyla ve YAYLA, Ümit, “Elektronik Genel Kurullar Türkiye Uygulaması”, **Regesta**, Y. 2012, C.2, S.3, s. 30; İngilizce dil seçeneği hâlihazırda EGKS'nin sitesinde mevcuttur. Ayrıca EGKS'nin İngilizce bilgilendirme kılavuzu için bkz. <https://egk.mkk.com.tr/egkweb/assets/home/content/Instructions-for-Beneficial-Owners.pdf> E.T. 13.05.2022)

<sup>33</sup> AZARKAN, s. 32-33; KAYIHAN, Genel Kurul ve İnternet, s. 90; ÖZER, s.27.

<sup>34</sup> KARAYEL Mete ve KOÇAK, Mehmet Alaaddin, “Türkiye’de Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Sisteminin Pay Sahiplerinin Yönetime Katılımına Etkileri: BİST 100 Şirketlerinde Bir Araştırma”, **KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, Y. 2015, C. 17 S. 29, s. 107.

<sup>35</sup> C. EYÜBOĞLU, s. 74-75; OĞUZ DURAN, s. 36; ÖZDEMİR, Semih Sırrı ve TAMER, Elanur, “Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Anonim Şirketlerde Genel Kurula İlişkin İlkelerin Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y.2019, C. 7, S. 14, s. 339; S. EYÜBOĞLU, 52.

E-genel kurul sisteminin faydaları olduğu gibi sakıncaları da bulunmaktadır. İlk olarak pay sahiplerinin e-genel kurul sistemi ile şirketin genel kurul toplantılarına aktif olarak katılıp, görüş bildirip, oy kullanmaları halinde; katılımın çok olması ve pay sahiplerinin ölçülülük ilkesini aşmaları halinde, genel kurul toplantılarının saatlerce sürmesi gibi olumsuz durumların yaşanabileceği dile getirilmektedir<sup>36</sup>. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira bu durum sadece e-genel kurul açısından geçerli bir sorun değildir. Aynı şekilde kanun koyucunun arzu ettiği haliyle, fiziki genel kurula tüm pay sahiplerinin katılması durumunda da bu dezavantaj ortaya çıkabilecektir. Diğer taraftan pay sahiplerinin genel kurulda paydan doğan haklarını kullanırken aşırıya kaçmaları halinde, toplantı başkanının müdahalesi ile kolaylıkla bu sorun ortadan kalkabilecektir. Ayrıca e-genel kurul sisteminde, her ne kadar hukuken yerinde olmadığı görüşünü taşısak da pay sahipleri her gündem maddesi ile alakalı olarak en fazla iki adet görüşünü, altı yüz karakterlik sınırlandırma ile bildirebilecektir (Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ m. 6)<sup>37</sup>.

E-genel kurul sisteminin olumsuz yanlarından bir diğeri ise, toplantının gizliliği ve güvenliğinin sağlanamama ihtimalidir<sup>38</sup>. Yetkisiz girişler, sisteme yapılacak olan siber saldırılar, şirket belge ve bilgilerinin ele geçirilmesi gibi durumlar için e-genel kurul altyapısının sağlam olması gerekmektedir. Altyapının yanı sıra bu tarz durumların baş göstermesi halinde hızlı bir reaksiyon gösterilip, harekete geçilmesi oldukça önemlidir. Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK)<sup>39</sup> tarafından sağlanan Elektronik Genel Kurul Sistemi (EGKS) sayesinde bu çekincelerin giderildiği söylenebilir<sup>40</sup>. Kanaatimizce her ne kadar MKK tarafından sağlanan sistemin, yeterli düzeyde donanım ve yazılıma sahip olduğu söylenebilse de gelişen teknolojilerin ortaya çıkardığı yeni imkânlar yüzünden, gizlilik ve güvenlik endişesi her zaman diri tutulmalıdır. Bu endişelere örnek olarak, EGKS sistemine siber korsanlar tarafından yapılacak olan saldırılar neticesinde şirketin ticari sır niteliğindeki bilgilerinin, hukuka aykırı şekilde elde edilmesi ve paylaşılması ihtimali, verilebilir.

---

<sup>36</sup> AZARKAN, s. 33; ÖZER, s.29.

<sup>37</sup> RG. T. 29.08.2012, S. 28396.

<sup>38</sup> AZARKAN, s. 33-34; KAYIHAN, Genel Kurul ve İnternet, s. 93; ÖZER, s.29; OĞUZ DURAN, s. 38-39.

<sup>39</sup> p) MKK: *Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin işlemleri gerçekleştirmek, kaydileştirilen bu araçları ve bunlara bağlı hakları, elektronik ortamda, üyeler ve hak sahipleri itibarıyla kayden izlemek, merkezî saklamasını yapmak ve Kurul tarafından sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere kurulmuş bulunan özel hukuk tüzel kişiliğini haiz Merkezî Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketini*, ifade etmektedir. (SPK m.3/1-p)

<sup>40</sup> C. EYÜBOĞLU, s. 76; KESER BERBER ve YAYLA, s. 33-34; S. EYÜBOĞLU, s. 53; TURGUT, s. 57-62.

## **D. TÜRKİYEDE VE DÜNYADA E-GENEL KURUL UYGULAMALARI**

TTK pay sahiplerinin e-genel kurula katılabilmeleri ve oy kullanabilmeleri için şirketlerin ana sözleşmelerinde zorunlu değişiklik yapılmasını öngören ilk kanundur<sup>41</sup>. Türkiye’de e-genel kurul uygulamasının ilk örneği 19.02.2012 tarihli genel kurul toplantısında, payları borsaya kote olmayan şirket olan Yetkinler Mali Müşavirlik (KPMG Türkiye) tarafından gerçekleştirilmiştir. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesi ile payları borsaya kote olan şirketlerin genel kuruluna elektronik ortamda katılım imkânının sağlanmasının zorunlu olduğundan, bu uygulamayı zorunlu olarak ilk gerçekleştiren şirket Galatasaray Sportif Sınai ve Ticari Yatırımlar A.Ş. olmuştur<sup>42</sup>. Türkiye’de EGKS sisteminin devreye girmesiyle pay sahiplerinin genel kurula katılım sayısı artış göstermiştir. EGKS ile yaşanan bu artışta, yabancı uyruklu pay sahiplerinin oranı oldukça yüksektir<sup>43</sup>.

Dünyadaki e-genel kurul sistemlerine bakıldığında ise kimi sistemlerin fiziki katılım zorunluluğunu devam ettirdiği, kimi sistemlerin ise her iki uygulamaya birden izin verdiği görülmektedir<sup>44</sup>. COVID-19 salgını hayatın her alanını olduğu gibi şirket genel kurul toplantılarını da etkilemiştir. COVID-19 döneminde İtalya, Lüksemburg, Norveç, Almanya gibi Avrupa ülkeleri, mevzuatında sanal genel kurul toplantılarını düzenlemişlerdir<sup>45</sup>.

Diğer taraftan Amerika Birleşik Devletleri (ABD) eyaletlerinde yalnızca fiziki genel kurula izin veren eyaletler ve elektronik katılımlı genel kurul sistemini benimseyen eyaletler olduğu gibi sanal genel kurul sistemini kabul etmiş eyaletler de bulunmaktadır. ABD’de COVID-19 öncesi sadece fiziki ortamda genel kurul yapılmasını öngören eyalet sayısı altıyken, sanal genel kurula izin veren eyalet sayısı otuzdu<sup>46</sup>. 2021’de ise salgın hastalığın etkisiyle, sanal genel kurula izin veren eyalet sayısı otuz sekiz olmuştur<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> ARARAT Melsa ve EROĞLU Muzaffer, “**Istanbul Stock Exchange Moves First on Mandatory Electronic Voting at General Meetings of Shareholders**” (Ekim 2, 2012). Erişmek için bkz. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2172964> . (E.T. 02.08.2022)

<sup>42</sup> ARARAT ve EROĞLU, s. 2; KESER BERBER ve YAYLA, s. 15; TURGUT, s. 4; ÖZDAL, s. 27.

<sup>43</sup> ERGİNCAN ve BÜLBÜL, s. 52-54; KARAYEL ve KOÇAK, s. 107-108.

<sup>44</sup> KESER BERBER ve YAYLA, s. 23; ÖZDİLEK, s. 20-25.

<sup>45</sup> Düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. ZETZSCHE Dirk A, ANKER-SØRENSEN Linn, CONSÍGLIO Roberta ve YEBOAH-SMİTH Miko, “The COVID-19-Crisis and Company Law - Towards Virtual Shareholder Meetings.” **University of Luxembourg Faculty of Law, Economics & Finance WPS**, 2020-007, s. 16-21.

<sup>46</sup> NİLİ Yaron, ve SHANER Megan Wischmeier, "Virtual Annual Meetings: A Path toward Shareholder Democracy and Stakeholder Engagement." **Boston College Law Review**, Y. 2022, C. 63, S. 1, s. 155-156.

<sup>47</sup> NİLİ ve SHANER, s. 163.



## **E. E-GENEL KURUL MEVZUATI**

E-genel kurul TTK'nın 1527. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. TTK'ya göre, anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, fizikî katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Fıkra, doğrudan e-genel kurul değil, elektronik ortamda yapılacak olan genel kurula katılmanın, öneride bulunmanın, görüş açıklamanın ve oy vermenin, bu işlemler fiziki katılma nasıl sonuç doğuruyorsa, e-genel kurulda da aynı hukuki sonucu doğuracağı ifade edilmektedir.

E-genel kurula ilişkin bir diğer kanuni düzenleme ise 6362 sayılı SerPK'nın 30. maddesinin 5. fıkrasında bulunmaktadır. Fıkra, payları kayden izlenen anonim şirketlerin e-genel kurullarının, MKK tarafından oluşturulan sistem üzerinden yapılacağı belirtilmiştir<sup>48</sup>.

E-genel kurul hakkındaki diğer yasal düzenlemeler ise şu şekilde sıralanabilir: Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik (EGK Yönetmeliği)<sup>49</sup>, Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (BTY)<sup>50</sup> ve Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ (EGK Tebliği)<sup>51</sup>. BTY'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında, e-genel kurul toplantısının yapılmasının ve karar alınmasının EGK Yönetmeliğine tabi olduğu ancak bu yönetmelikte hüküm bulunmaması halinde BTY'nin kıyasen uygulanacağı ifade edilmiştir.

Bu başlık altında değinmek istediğimiz bir başka husus ise COVID-19 salgının had safhada olduğu 20.03.2020 tarihinde, Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün yayınladığı tavsiye metnidir<sup>52</sup>. Bu tavsiye metnine göre ana sözleşmelerinde e-genel kurul gerçekleştirmesine imkân bulunmayan şirketler için, COVID 19 salgın hastalığı döneminde e-genel kurul ve e-yönetim kurulu toplantılarını gerçekleştirmelerine yönelik tedbir alındığı açıklanmıştır<sup>53</sup>. Ticaret

---

<sup>48</sup> SerPK'ya tabi anonim şirketlerin payları esas olarak kayden izlenmektedir. Bu husus SerPK'nın 13. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

*"Sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihracı esastır..."*

<sup>49</sup> RG. T. 28.08.2012, S. 28395.

<sup>50</sup> Bkz 9. dn.

<sup>51</sup> Bkz 37. dn.

<sup>52</sup> Açıklamanın tam metni için bkz. <https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/sirketlerin-genel-kurul-toplantilarina-iliskin-aciklama> E.T. 17.04.2022.

<sup>53</sup> *"...Bu çerçevede şirket sözleşmelerinde veya esas sözleşmelerinde kurul toplantılarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesine imkan tanıyan hüküm bulunmayan şirketlerin, bu dönemde gerçekleştirmeyi planladıkları toplantıları "Elektronik Genel Kurul Toplantı Sistemi" ve "Elektronik Yönetim Kurulu Sistemi" üzerinden gerçekleştirilebilmelerine yönelik tedbir alınmıştır..."*

Bakanlığı'nın açıklamasının haklı olarak, TTK'nın 1527.maddesinin 5.fıkrasına aykırı olduğu ve bu açıklamaya istinaden esas sözleşmesinde hüküm bulunmayan şirketlerin e-genel kurul yapamayacakları ifade edilmiştir<sup>54</sup>.

## **F. E-GENEL KURUL TÜRLERİ**

### **1. Elektronik Katılımlı Genel Kurul**

E-genel kurul türleri doktrinde ikili ayırım yapılarak incelenmektedir. Bunlardan ilki elektronik katılımlı genel kurul, ikincisi ise sanal genel kuruldur<sup>55</sup>. Elektronik katılımlı genel kurul, fiziken genel kurulun yapıldığı ancak dileyen pay sahiplerine, genel kurula elektronik ortamda katılma imkânının sunulduğu, e-genel kurul türüdür.<sup>56</sup> Dikkat edileceği üzere elektronik katılımlı genel kurulda, fiziken yine genel kurul toplantısı tertip edilmektedir. Sadece dileyen pay sahipleri, pay sahipliğinden doğan haklarını e-genel kurulda da kullanabilecektir. Türk hukukunda düzenlenen e-genel kurul türünün, elektronik katılımlı genel kurul olduğu dile getirilmektedir<sup>57</sup>. Gerçekten de TTK, SerPK, ilgili yönetmelik ve tebliğler bir bütün olarak dikkate alındığında, fiziki ortamda toplantının yapılmaya devam edeceği açıkça görülmektedir<sup>58</sup>. Ancak genel kurul bakımından durum bu olmakla birlikte TTK'nın 1527. maddesinin 1. fıkrasından yönetim kurulu ve müdürler kurulunun tamamen elektronik ortamda yapılabileceği düzenlenmiştir<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> ÜNAL, Mücahit, “Koronavirüs(COVID 19) Salgını Nedeniyle Alınan Önlemlerin Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu, Müdürler Kurulu ve Genel Kurul Toplantılarına Etkisi”, **COVID-19 Salgının Hukuki Boyutu**, Ed. Muhammed Özkes, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 946.

<sup>55</sup> C. EYÜBOĞLU, s. 35-37; ÖZDAL, s. 14; ÖZER, s. 42-43.

<sup>56</sup> Doktrinde Kayıhan elektronik katılımlı genel kurul yerine online katılımlı genel kurul ifadesini kullanmaktadır. KAYIHAN, Genel Kurul ve İnternet, s. 94; C. EYÜBOĞLU, s. 36; ÖZDAL, s. 14-15.

<sup>57</sup> AZARKAN, s. 39; C. EYÜBOĞLU, s. 54; ÖZDAL, s. 18-19; ÖZER, s. 635.

<sup>58</sup> KESER BERBER, Leyla, “Dijital Şirkete Geçmek İçin Sekiz Yasal Gereğe”, **Regesta**, Y. 2011 S.1, s. 63

<sup>59</sup> “Madde 1527- (1) Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi, bazı üyelerin fiziken mevcut oldukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması yoluyla da icra edilebilir. Bu hâllerde Kanunda veya şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede öngörülen toplantı ile karar nisaplarına ilişkin hükümler aynen uygulanır.” Yönetim ve müdürler kurulunda elektronik ortamda oy kullanılabilmek için aranan şartlar da aynı maddenin 3.fıkrasında düzenlenmiştir:

“(3) Birinci ve ikinci fıkrada öngörülen hâllerde, elektronik ortamda oy kullanabilmek için, şirketin bu amaca özgülenmiş bir internet sitesine sahip olması, ortağın bu yolda istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması şarttır.”

## 2. Sanal Genel Kurul

Diğer bir e-genel kurul türü ise sanal genel kuruldur. Sanal genel kurul, şirketin genel kurul toplantısı için fiziken bir toplantı yapılmayıp yalnızca elektronik ortamda genel kurul toplantısının yapılmasıdır<sup>60</sup>. Elektronik katılımlı genel kuruldan farklı olarak sanal genel kurulda, fiziki ortamda toplantı yapılmamaktadır. Toplantıdan önce incelemeye açılması gereken belgeler elektronik ortamda incelemeye hazır hale getirilir. Toplantının yönetimi, pay sahiplerinin soru sorma, görüş açıklama, oy verme vb. gibi işlemleri elektronik ortamda gerçekleştirilir<sup>61</sup>. İlk sanal genel kurul toplantısı Amerika Birleşik Devletleri'nin *Delawera* eyaletinde 2001 yılında *Inforte* şirketi tarafından gerçekleştirilmiştir<sup>62</sup>.

Sanal genel kurulun avantajları ve dezavantajları, yukarıda e-genel kurulun avantajları ve dezavantajları başlıklarında bahsedilenlerle benzerlik göstermektedir<sup>63</sup>. Zira sanal genel kurulun kabul edilmesiyle fiziki olarak toplantı olmayacağı için özellikle şehir dışından toplantıya gelecek olan pay sahiplerinin ulaşım, konaklama gibi masrafları ortadan kalkacak, toplantıya katılım artacaktır<sup>64</sup>. Ayrıca yabancı yatırımcının şirketlere ortak olarak, sermayesini ülkeye getirmesi avantajı da sürecektir. Diğer taraftan sanal genel kurulun dezavantajı olarak toplantıların gizliliğinin ve güvenliğinin sağlanamama endişesi dile getirilebilir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu endişe, toplantının gerçekleştirileceği sistemin yeterli teknik sistemlerle kurulması ve desteklenmesiyle en aza indirilebilecektir. Diğer taraftan sanal genel kurulda pay sahiplerinin toplantıya interaktif bir şekilde katılmalarının fiziki toplantıya nazaran daha az olacağı endişesi dile getirilmektedir<sup>65</sup>. Ek olarak sanal genel

---

<sup>60</sup> KAYIHAN, Genel Kurul ve İnternet, s. 102; ÖZDAL, s. 16-18; YAYLA, Yeni TTK..., s. 26-27. Doktrinde Keser Berber ve Yayla adı geçen makalesinde, sanal genel kurulu ikiye ayırarak incelemiştir. Buna göre sanal genel kurulun ilki fiziki toplantının yapıldığı ancak aynı zamanda elektronik ortamda da pay sahibine katılım imkânı sunulduğu türdür. İkinci tür ise herhangi bir fiziki toplanma olmaksızın, sadece sanal ortamda genel kurul toplantısının yapılmasıdır. Esasen bizim sanal genel kuruldan kastımız, yazarların ifade ettiği ikinci tür sanal genel kuruldur. Bkz. KESER BERBER ve YAYLA, s. 24. Sanal genel kurulu yazarların kabul ettiğine benzer şekilde ele alan bir çalışma için de bkz. KAYIHAN, Şaban, "Anonim Şirketlerde Elektronik Kurullar", **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Eds. Şerafettin EKİCİ, Ekrem Solak, Muhammed Emre AVŞAR, Ankara, Adalet, 2021, s. 64.

<sup>61</sup> ARI, s. 192; BİLGE, s. 225; ÖZDAL, s. 17.

<sup>62</sup> KOEVSKÍ, GAVRÍLOVÍK ve SPASEVSKÍ Darko, "Twenty Years after the First Virtual-Only Annual Shareholders' Meeting: Can the Virtual-Only Meeting Be a Solution during the Time of COVID-19?." **Iustinianus Primus Law Review**, Y. 2022, C. 11, S. 2, s. 1; NİLİ ve SHANER, s. 155.

<sup>63</sup> Bkz s. 9-11.

<sup>64</sup> FAIRFAX, Lisa M, "Virtual Shareholder Meetings Reconsidered," **Seton Hall Law Review**, Y. 2010, C. 40, S. 4, s. 1389-1390.

<sup>65</sup> Sanal genel kurulun dezavantajları hakkında detaylı açıklama için bkz. AZARKAN, s. 40-43; FAIRFAX, s. 1391-1395.

kurulun getirilmesi ile farklı tartışmalar ortaya çıkabilir. Örneğin pay sahiplerinin vazgeçilemez haklarından olan genel kurula katılma hakkını gerçekleştirmek amacıyla sanal genel kurulu tercih etmiş olan şirketin, pay sahiplerine internet erişimi, bilgisayar ya da tablet sağlama zorunluluğu bulunabilir mi? Diğer taraftan sanal genel kurulun benimseyen şirket, teknolojiden anlamayan ortakları bakımından eşit işlem ilkesine aykırı davranmış olur mu?<sup>66</sup> Benzer sorular sanal genel kurul sistemini benimseyen şirketler için tartışılacaktır.

Sanal genel kurulun uygulanmasının Türk Hukukunda mümkün olup olmadığı noktasında doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Kimi yazarlara göre sanal genel kurul uygulanabileceken<sup>67</sup>, kimi yazarlara göre ise sanal genel kurula cevaz verilmemektedir<sup>68</sup>. Doktrinde sanal genel kurulların yapılmasının gerekli olduğu, fiziki olarak toplantının yapılmasının artık efektif olmadığı dile getirilmektedir<sup>69</sup>. Kanaatimizce de sanal genel kurula TTK'da cevaz verilerek, teknolojiden tam olarak yararlanmak yerinde olacaktır. Böylelikle dileyen şirketler genel kurul toplantılarını sanal genel kurul şeklinde gerçekleştirecek, dileyen şirketler de mevcut e-genel kurul sistemini devam ettirebileceklerdir.

Doktrinde TTK'daki düzenlemeler çerçevesinde bütün hak sahiplerinin e-genel kurula katılması ile fiziki olarak toplanılmaması durumunda, diğer bir deyişle sanal genel kurulda, oybirliği ile alınmış olsa bile, alınan kararların yoklukla malul olacağı dile getirilmektedir. Bu görüşe gerekçe olarak, TTK m.1527/2 ve 1527/5'te toplantıya elektronik ortamda katılımdan söz edildiği, asıl olanın fiziki toplantı olduğu öne sürülmektedir<sup>70</sup>.

### **III. E-GENEL KURUL TOPLANTILARI<sup>71</sup>**

#### **A. GENEL OLARAK**

---

<sup>66</sup> Azarkan sanal genel kurulun kabul edilmesiyle teknolojiden ve hatta internetten anlamayan pay sahiplerinin vazgeçilmez haklarının sınırlanacağı, eşit işlem ilkesine aykırılık oluşacağı görüşündedir. Diğer taraftan sanal genel kurulun yapılması amacıyla şirket ana sözleşmesine konulacak bir hükmün, butlan yaptırımı ile karşılaşacağını ifade etmektedir. AZARKAN, s. 42-43.

<sup>67</sup> ARI, s. 196; KESER BERBER, s. 63.

<sup>68</sup> AZARKAN, s. 39; BİLGE, 225; C. EYÜBOĞLU, s. 54; KAYIHAN, Elektronik Kurullar, s. 64; ÖZDAL, s. 21; ÖZER, s. 635; S. EYÜBOĞLU, s. 22; YAYLA, Genel Kurul, 42

<sup>69</sup> ARI, s. 196; KAYIHAN, Elektronik Kurullar, s. 64.

<sup>70</sup> BAHTİYAR, s. 158; ÖZDİLEK, s. 67.

<sup>71</sup> E-genel kurul toplantılarının ayrıntılı işleyişi için bkz. C. EYÜBOĞLU, s. 85-135; ÖZDİLEK, s. 37-53; TURGUT, s. 121- 159. EGKS'nin sitesinde bulunan ayrıntılı kılavuzlar için bkz. <https://egk.mkk.com.tr/egkweb/assets/home/content/EGK-SIRKET-ISLEMLERI.pdf>, <https://egk.mkk.com.tr/egkweb/assets/home/content/EGK-PAY-SAHİPLERİ.pdf> . E.T. 13.05.2022.

E-genel kurul toplantılarının nasıl yapılacağı, izlenecek olan prosedürler, sistemde aranacak teknik yeterlilikler, sisteme kayıt, oy kullanma, görüş bildirme, tutanağa şerh düşme, temsilci atama, oy kaydetme gibi birçok husus EGK Yönetmeliğinde ve E-Genel Kurul Tebliğinde detaylı olarak düzenlenmiştir.

Detaylara geçmeden evvel e-genel kurul yapmak isteyen veya zorunda olan şirketlerin ana sözleşmesine eklemesi bir hükümden bahsetmek yerinde olacaktır. TTK m. 1527/5 hükmüne göre çıkarılacak olan yönetmelikte, şirket ana sözleşmesine eklenmesi gereken bir hükmün bulunacağını ve anonim şirketlerin bu hükmü değiştirmeden doğrudan ana sözleşmelerine eklemeleri gerektiği düzenlenmiştir<sup>72</sup>.

Yönetmelik şirket ana sözleşmesine aynen aktarılması gereken maddeyi<sup>73</sup> verdikten sonra bu maddeyi ana sözleşmesine alan şirketlerin, yapacakları her genel kurul toplantısında hak sahiplerinin ve temsilcilerinin genel kurula elektronik ortamda katılarak oy verebilmelerini sağlamak zorunda olduğu düzenlenmiştir (EGK Yön. m. 5/2). Hak sahiplerinden kastedilen ise TTK uyarınca anonim şirket genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılma hakkına sahip gerçek veya tüzel kişidir (EGK Yön. m. 4/1-e). E- genel kurula katılma hakkına sahip gerçek ve tüzel kişiler; pay sahibi, pay sahibinin katılamaması/katılmaması durumunda temsilci ve pay üzerinde intifa hakkı tanınmış ve aksi kararlaştırılmamışsa intifa hakkı sahibi olarak sıralanabilir<sup>74</sup>.

## **B. E-GENEL KURUL TOPLANTILARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERE SAHİP OLMASI ZORUNLU ŞİRKETLER**

Hangi şirketler için e-genel kurul sisteminin kurulmasının zorunlu olduğunu ve bu şirketlerin nereden hizmet alacaklarını belirtmemiz yerinde olacaktır. TTK'nın

---

<sup>72</sup> C. EYÜBOĞLU, s. 53; KAYIHAN, Elektronik Kurullar, s. 61; YAYLA, 6102 Sayılı..., s. 124-125.

<sup>73</sup> (1) Kanunun 1527 nci maddesi uyarınca EGKS'yi uygulayacak şirketlerin esas sözleşmesinde, aşağıda belirtilen hükmün genel kurul toplantılarının düzenlendiği maddelerden biri içerisinde yer alması zorunludur:

“Genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılım

Şirketin genel kurul toplantılarına katılma hakkı bulunan hak sahipleri bu toplantılara, Türk Ticaret Kanunu'nun 1527 nci maddesi uyarınca elektronik ortamda da katılabilir. Şirket, Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca hak sahiplerinin genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılmalarına, görüş açıklamalarına, öneride bulunmalarına ve oy kullanmalarına imkan tanıyacak elektronik genel kurul sistemini kurabileceği gibi bu amaç için oluşturulmuş sistemlerden de hizmet satın alabilir. Yapılacak tüm genel kurul toplantılarında esas sözleşmenin bu hükmü uyarınca, kurulmuş olan sistem üzerinden hak sahiplerinin ve temsilcilerinin, anılan Yönetmelik hükümlerinde belirtilen haklarını kullanabilmesi sağlanır.”

<sup>74</sup> C. EYÜBOĞLU, s. 101-113; ÖZDAL, 83-86; TURGUT, s. 69-83; YAYLA, 6102 Sayılı..., s. 161.

1527. maddesinin 5. fıkrasında, e-genel kurulun işleyişini detaylandıran yönetmeliğin çıkarılacağı düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğin diğer bir deyişle EGK Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesi ile payları borsaya kote edilmiş şirketler için e-genel kurul sisteminin uygulanması zorunlu kılınmıştır. Payları borsaya kote olmayan şirketlere ise e-genel kurul sistemi kullanma zorunluluğu yoktur<sup>75</sup>. Bu noktada borsaya kote olan ve borsaya kote olmayan şirket ayrımını açıklamamız gerekecektir. Borsaya kote şirketler EGK Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası düzenlemeleri uyarınca borsaya kote olan anonim şirket, olarak tanımlanmıştır. Kotasyon ise bir şirkete ait menkul kıymetlerin borsa listesine alınmasıdır. Menkul kıymetlerin borsa listesine alınması ile şirket, borsa tarafından aranan şartları yerine getirmiş olur ve borsaya kote şirket olarak adlandırılır<sup>76</sup>.

Öte yandan SerPK'nın 30. maddesinin 5. fıkrasında ise payları kayden izlenen<sup>77</sup> anonim şirketler genel kurullarına elektronik ortamda katılımın, MKK tarafından sağlanan elektronik ortam üzerinden gerçekleştirileceği düzenlenmiştir<sup>78</sup>. Diğer bir deyişle payları kayden izlenen şirketler e-genel kurullarını kendi sistemlerinde değil, MKK tarafından kurulan sistem üzerinde gerçekleştirmeleri zorunludur. Payları borsada işlem gören şirketler için kaydıleştirme esastır (SerPK m. 13/1). Payları kayden izlenmeyen şirketler ise kendi e-genel kurul sistemlerini kurabilecekleri gibi farklı hizmet sağlayıcılardan da yararlanabileceklerdir. Pek tabi ki bu şirketler de arzu ettikleri takdirde MKK tarafından kurulan sistem üzerinde e-genel kurullarını gerçekleştirebileceklerdir<sup>79</sup>. Burada ilk olarak SerPK ve TTK'ya tabi olan şirketleri belirlemek yerinde olacaktır. SerPK'nın 2. maddesi gereğince halka açık anonim şirketler<sup>80</sup> öncelikle SerPK ve ilgili mevzuata, boşluk bulunan hallerde ise TTK hükümlerine tabidir. Halka açık olmayan ve halka açık sayılmayan şirketler<sup>81</sup> ise doğrudan TTK hükümlerine tabi olacaktır<sup>82</sup>. Halka açık anonim şirketler, öncelikle SerPK'ya tabi oldukları için, bu şirketlerde pay

<sup>75</sup> KAYIHAN, Elektronik Kurullar, s. 62,64; ÖZER, s. 637; TURGUT, s. 16-17.

<sup>76</sup> MEMİŞ Tekin ve TURAN Gökçen, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 5. Basım, Seçkin, Ankara, 2020, s. 97; S. EYÜBOĞLU, s. 4.

<sup>77</sup> Payları kayden izlenen şirketler ile payları borsaya kote şirketler terimlerinin kullanılmasyla ortaya çıkabilecek sorunlar hakkında bkz. YAYLA, 6102 Sayılı..., s.126.

<sup>78</sup> Aynı husus EGK Yönetmeliğinin 5.maddesinin 3.fıkrasında da düzenlenmiştir:

*“(3) Payları MKK tarafından kayden izlenen borsaya kote şirketlerin yapacakları genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılma, temsilci tayin etme, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme işlemleri MKK tarafından sağlanan EGKS üzerinden yapılır.”*

<sup>79</sup> ERGİNCAN ve BÜLBÜL, s. 45; ÖZDAL, s. 68; S. EYÜBOĞLU, s. 22.

<sup>80</sup> Halka açık anonim şirketler ise SerPK'nın 3. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde; kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim şirketler olarak tanımlanmıştır.

<sup>81</sup> Halka açık sayılan şirketler SerPK'nın 16. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: Madde 16 – (1) Payları borsada işlem gören ortaklıklar ile kitle fonlaması suretiyle halktan para toplayan ortaklıklar hariç olmak üzere pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır. Bu ortaklıklar halka açık ortaklık hükümlerine de tabi olurlar.

<sup>82</sup> BAHTİYAR, s. 119; KAYIHAN, s. 174-175.

senetlerinin kayden ihracı esastır (SerPK m. 13/1). Diğer bir deyişle payları borsaya kote edilmiş halka açık anonim şirketler, MKK tarafından sağlanan EGKS'yi kullanmak zorundadır.

## **C. ELEKTRONİK GENEL KURUL SİSTEMİ**

### **1. Genel Olarak**

Elektronik Genel Kurul Sistemi (EGKS), şirketlerin genel kurullarına elektronik ortamda katılmak amacıyla oluşturulmuş bilişim sistemini ifade etmektedir. Bu bilişim sistemi payları MKK tarafından kayden izlenen borsaya kote şirketler için MKK tarafından oluşturulacaktır. Payları borsaya kote olmayan şirketler ise kendi sistemini kurabilecekleri gibi destek hizmeti de alabilirler (EGK Yön. 4/1-c)<sup>83</sup>. E-genel kurulda şirketlerin dinamikleri, önemli bilgileri, ticari sırları gibi oldukça değerli bilgi ve belgeler bilişim ortamında hak sahiplerine sunulacak ve tartışılacaktır. Şirketler için hayati öneme sahip bu bilgi ve belgelerin güvenliği için ise kurulacak olan EGKS sisteminde asgari yeterlilik şartları aranmıştır. Bu şartlar kısaca EGK Yönetmeliğinde belirtilen tüm işlemlerin yapılabilmesini sağlayan tasarım ve kapasiteye, yedekleme ve felaketten kurtarma planlarına, yetkisiz erişimlere ve saldırılara karşı gerekli ağ ve sistem güvenliğine sahip olma olarak sıralanabilir. Ayrıca EGKS toplantı yerinden elektronik ortamda ses ve görüntü aktarımını sağlayacak, mesajlaşma gerçekleştirecek, birden çok güvenli elektronik imzanın seri ve paralel olarak atılabilmesini destekleyecek, sisteme erişim taleplerine mümkün olan en kısa sürede cevap iletebilecek, genel kurul öncesi hak sahipleri tarafından elektronik genel kurul sistemine yapılacak kayıtların gizliliğini sağlayacak, toplantı başkanı ve bakanlık temsilcisi tarafından EGK Yönetmeliği hükümlerinde belirtilen güvenli elektronik imzayla imzalanacak işlemleri destekleyecek alt yapıya sahip olacaktır (EGK Teb. m.9). Ayrıca EGKS'den kaynaklanan sebeplerle hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan gerek destek hizmeti alan, yani e-genel kurulu yapan şirket, gerekse de destek hizmeti veren şirket, genel hükümlere göre sorumlu olacaktır (EGK Yön. m. 13/1). Doktrinde EGKS sistemine katı katıya bağlılık yerine, çeşitli sosyal medya araçları ile (*Zoom, Google Meet, WhatsApp vb. gibi*) e-genel kurul yapılmasına kanuni olarak cevaz verilmesi gerektiği dile getirilmektedir<sup>84</sup>. Bu görüşe katılmaktayız. Zira gelişen teknoloji ve COVID-19 salgını sırasında yaşadığımız tecrübelerle, online toplantılara aşinalık kazanmış bulunuyoruz. Hal böyleyken bir sisteme sıkı sıkıya bağlı kalmayla, teknolojiden tam olarak yararlanılamayacaktır. Ancak bu tarz sosyal medya araçlarını e-genel kurul toplantılarında kullanmadan önce detaylı bir incelemeye tabi tutulması

---

<sup>83</sup> E-Genel Kurul Tebliğinin 8.maddesinde EGKS'nin tescil ve ilanının nasıl olacağı, sistemin yeterliliğini görmek için hazırlanan teknik raporda bulunması gereken niteliklerin neler olduğu düzenlenmiştir.

<sup>84</sup> KAYIHAN, Elektronik Kurullar, s. 64.

gerekmektedir. Çünkü teknolojiden yararlanmak isterken, teknik yeterliliklerden taviz vermemek ve EGKS’de sağlanan imkânların gerisine düşmemek gerekir.

Tüm bu ön bilgileri verdikten sonra genel kurul toplantılarının yapılmasını, EGK Yönetmeliğindeki sistematığı takip ederek, genel kurul öncesi işlemler, genel kurul anındaki işlemler ve genel kurul sonrası işlemler olarak detaylandıracağız.

## **2. E-Genel Kurul Öncesi İşlemler**

Elektronik ortamda genel kurul yapacak olan şirket, ilk olarak TTK gereğince yapılması gereken genel kurul çağrısını usulüne uygun olarak yapacaktır. Bu çağrı ayrıca EGKS sistemi üzerinden de yapılacak olup esasen e-genel kurulda yapılacak olan çağrı ile fiziki genel kurulu toplamak için yapılan çağrı arasında bir fark yoktur<sup>85</sup>. Çağrı ile şirket EGKS’de, genel kurul öncesi hak sahiplerinin incelemesine sunduğu belge ve bilgileri ve toplantı gündemine ilişkin belgeleri güvenli elektronik imzalı biçimde Kanun’da öngörülen sürelerle riayet ederek hak sahiplerinin bilgisine sunmak zorundadır (EGK Yön. m. 6).

## **3. E-Genel Kurula Katılım**

E-genel kurula katılmak isteyen hak sahipleri, EGKS üzerinden bildirimde bulunacak, bildirim içerisine e-genel kurula şahsen veya temsilcisi aracılığıyla katılacağını da ekleyecektir. Temsilcinin e-genel kurula katılacağı durumda, temsilciye ait kimlik bilgilerinin EGKS’ye kaydedilmesi zorunludur. Şayet temsilci genel kurula fiziken katılacaksa da yetkilendirmesi yine EGKS’ye kimlik bilgilerinin kaydedilmesi suretiyle olacaktır (EGK Yön. m. 7/1,2). Dikkat edileceği üzere, temsilci aracılığıyla fiziki olarak genel kurula katılma olanağını kullanacak olan hak sahiplerine, EGKS sistemi üzerinden temsilci atama imkânı verilmiştir. Hak sahibi temsilci tayin ederken temsilcisini genel olarak yetkilendirebileceği gibi her bir gündem maddesine ilişkin ayrı ayrı da yetkilendirebilecektir (EGK Yön. m. 7/1,2). Öte yandan hak sahibinin tüzel kişi olduğu durumlarda tüzel kişi adına yapılacak olan bildirimleri, tüzel kişinin temsilcileri, şirket namına kendi adlarına üretilen elektronik imza kullanarak yapmaları gerekmektedir. Ayrıca hak sahipleri tarafından yapılması gereken bildirimler, talimatlara uygun olarak payların tevdi edildiği kuruluşlar tarafından da yapılabilecektir (EGK Yön. m. 7/3,4).

Hak sahipleri bildirimlerini, genel kurul tarihinden iki gün öncesine kadar; payları MKK tarafından kayden izlenen borsaya kote şirketler tarafından ise bir gün öncesine kadar yapmalıdır. E-genel kurul yapacak olan şirket, genel kurula katılma taleplerini en geç iki iş günü içinde kontrol ederek EGKS üzerinden kabul

---

<sup>85</sup> ÖZDAL, s. 105; ÖZER, s. 649; TURGUT, s. 124-125.



veya reddedecektir. Şayet talepler iki iş günü içerisinde reddedilmemişse, kabul edilmiş sayılacaktır. Ancak bu durum, payları MKK tarafından kayden izlenen borsaya kote şirketler bakımından geçerli değildir (EGK Teb. m. 4/1,2).

Öte yandan e-genel kurula katılma bildiriminde bulunan hak sahibi, bu bildirimini EGKS üzerinden genel kurul tarihinden bir gün öncesine kadar geri alabilecektir. Ancak e-genel kurula katılma bildirimini geri almayan hak sahibi veya temsilcisi, artık fiziki genel kurul toplantısına katılamayacaktır (EGK Yön. m. 7/5).

Kanaatimizce bu yönetmelik hükmü normlar hiyerarşisine aykırıdır<sup>86</sup>. Zira TTK ile hak sahiplerine verilen fiziki genel kurula katılma hakkı, yönetmelik hükmü ile sınırlandırılmayacaktır. Bu şekilde bir sınırlandırma getirmek isteyen kanun koyucunun, TTK’da özel bir hüküm ihdas etmesi gerekmektedir. Kanaatimizce yönetmelik hükmünün TTK’ya aykırılığı bir yana, esasen doğru ve elzem bir hüküm olmadığı da söylenebilir<sup>87</sup>. Çünkü genel kurula katılma hakkı, vazgeçilemez haklardandır<sup>88</sup>. Buna ek olarak hak sahibi veya temsilcisinin, genel kurula fiziken katılması elektronik ortamda katılmasından, en azından günümüzde, daha faydalı olacaktır. Örneğin şu anki sistemde elektronik ortamda sadece yazı ile görüş bildirilmekte ve bu görüş de altı yüz karakter ile sınırlandırılmaktadır. Fiziki olarak genel kurula katılan hak sahibi ise kendisini konuşarak ifade edebilecek, altı yüz karakterlik sınırlamaya tabi olmayacak ve anlaşılmadığı durumlarda kendisini tekrar açıklayabilecektir. Diğer taraftan hak sahibi veya temsilcisi ilk başta e-genel kurula katılmak istemiş olup, uygun şartların yerine gelmesiyle fiziki genel kurul toplantısına katılmak durumunda kalabilir. Hak sahibini, sırf bir gün öncesinden bildirimini geri almadı diyerek, fiziki genel kurul toplantısına almamak kanaatimizce uygun ve hakkaniyetli olmayacaktır. Yönetmelikteki bu hükmün var oluş amacı sistemsel karışıklığa mahal vermemek olabilir. Ancak gelişen teknoloji ve bilişim toplumunda bu ihtimallerin önüne rahatlıkla geçilebilecektir. Örneğin EGKS’nin yazılımına, genel kurulun başlama anına kadar katılma talebinin geri alınabilme seçeneği getirilebilecek ve bu durum sistem tarafından doğrudan toplantı başkanlığının önüne mesaj olarak düşürülebilecektir. Görüşümüz çerçevesinde pay sahibinin fiziken ve temsilcinin de elektronik olarak katıldığı genel kurul toplantılarında, temsilci ve asilin oylarının farklı olması halinde nasıl bir sonuca varılacağı ihtimali düşünülebilir. İlk olarak bu ihtimal, EGKS yazılımına getirilecek bir özellik ile bertaraf edilebilecektir. Örneğin e-genel kurula katılma bildiriminde bulunmuş ve daha sonra bildirimini geri almadan fiziki genel kurul toplantısına katılmış bir pay sahibi olsun. Bu pay sahibinin temsilcisi aracılığıyla fiziki toplantıyla eş zamanlı olarak e-genel kurula katılması halinde EGKS’deki

---

<sup>86</sup> Aynı yönde bkz. FALCIOĞLU, s. 175-176.

<sup>87</sup> Hükmün eleştirisi hakkında bkz. ÖZDAL, s. 124-125; Hükmün yerinde olduğu görüşü için bkz. TURGUT, s. 145-147.

<sup>88</sup> BAHTİYAR, s. 198; PULAŞLI, s. 579; TEKİNALP, s. 321.

temsilci, toplantı başkanlığı tarafından toplantıdan çıkarılabilecektir. Eş zamanlı katılma durumu ise toplantı başkanlığı tarafından hemen fark edilebilecektir. Zira fiziki genel kurul toplantısında hazır bulunanlar listesi hazırlanırken, e-genel kurula güvenli e-izmaları ile katılan hak sahipleri ve temsilcilerinin bulunduğu liste dikkate alınır (EGK Yön. m. 8/2). EGKS'den gelen bu listeyi kontrol eden toplantı başkanlığı rahatlıkla bu ihtimalin önüne geçebilecektir. Aynı paya ilişkin pay sahibinin fiziki, temsilcisinin ise e-genel kurulda veya tam tersi şeklinde, oy kullanması ihtimalinin, gerçekleşmesi zor bir ihtimal olmasına rağmen, gerçekleştiğini varsayalım. Kanaatimizce bu durumda pay sahibi bizzat e-genel kurula katıldığı için temsilci azledilmiş olacaktır. Zira "Vekaleten Oy Kullanılması ve Çağrı Yoluyla Vekalet Toplanması Tebliği (Iı-30.1)"<sup>89</sup> 10. maddesi uyarınca, toplantı gününe kadar her zaman için temsilciyi azletmek mümkündür. Ancak durumun, şirkete ve temsilciye derhal bildirilmesi zorunludur. Bu doğrultuda pay sahibinin şirkete ve temsilciye kendisinin bizzat genel kurula katılacağını bildirmesi ile temsilci azledilmiş olacak, pay sahibinin kullanmış olduğu oy değerlendirmeye alınacaktır.

E-genel kurula katılım hak sahiplerinin veya temsilcilerinin güvenli elektronik imzaları ile EGKS'ye girmeleri ile gerçekleşecektir. Sisteme girişi genel kurulun ilan edilen başlama saatinden bir saat önceden başlayacak ve başlama saatinden beş dakika öncesine kadar devam edecektir (EGK Teb. m.5). Toplantı başlamadan evvel EGKS üzerinden alınan e-genel kurula katılan hak sahiplerinin veya temsilcilerinin bulunduğu liste, hazır bulunanlar listesinin oluşturulmasında kullanılacaktır (EGK Yön. 8). Ayrıca EGKS, birden fazla şirkette pay sahibi olan bir kişinin aynı gün ve saate denk gelmiş birden çok genel kurul toplantısına sistem üzerinden aynı anda katılımına uygundur<sup>90</sup>.

#### **4. E-Genel Kurulda Oyların Kaydedilmesi**

E-genel kurul yapılmadan önce hak sahiplerine gündem maddeleriyle alakalı olarak oylarının kaydedilmesi imkânı da tanınmıştır. Pay sahipleri veya temsilcileri isterlerse toplantı öncesi oylarını kaydedebilecekler, toplantı anında ise kaydedilen oylarını toplantı başkanlığına iletilmeden önce değiştirebileceklerdir. Ancak kaydedilen oyun değerlendirilmeye alınabilmesi için hak sahiplerinin veya temsilcilerinin e-genel kurula katılarak, kayıt beyanında bulunması gerekmektedir<sup>91</sup>. Kanaatimizce e-genel kurul öncesi sisteme oy kaydedilmesi önemli ve işlevsel bir imkândır. Bu imkân kullanılarak hak sahipleri önceden tercih yaparak, toplantı anında meşguliyetleri çıkması halinde bile görüş ve kararlarını aktarabilecekleridir. E-genel kurula temsilci aracılığıyla katılmak

---

<sup>89</sup> RG. T. 24.12.2013, S. 28861.

<sup>90</sup> TURGUT, s. 107.

<sup>91</sup> ÖZDAL, s. 190-191; TURGUT, s. 48-49.

isteyen pay sahipleri de oy kaydetme imkânı ile temsilcilerinin kendi kararı aksine hareket edebilme ihtimalini önleyebileceklerdir<sup>92</sup>.

## **5. E-Genel Kurulun İcrası**

Hazır bulunanlar listesinin oluşturulmasında kullanılacak olan liste alındıktan sonra genel kurul toplantısı fiziki ve elektronik ortamda aynı anda açılacaktır. Ancak toplantının başlayabilmesi için TTK veya SerPK’da öngörülen ilgili şartların yerine getirildiğinin Bakanlık temsilcisince tespiti zorunlu kılınmıştır. EGKS’deki teknik işlerin yerine getirilmesi bakımından toplantı başkanı, uzman kişiler görevlendirebilecektir (EGK Yön. m. 9).

Genel kurul başladığında elektronik ortamda da eş zamanlı yayın yapılarak e-genel kurul başlatılacaktır. E-genel kurulda hak sahibi veya temsilcisi görüşlerini iletebilecektir. Bu doğrultuda görüşülmekte olan gündem maddesi ile alakalı görüş bildirmek isteyen hak sahibi veya temsilcisi, yazılı olarak EGKS üzerinden görüş bildiriminde bulunabilecektir. Her gündem maddesi ile alakalı olarak yalnızca iki görüş bildirilir. Her görüş altı yüz karakterle sınırlıdır (EGK Teb. m. 6).

EGK Tebliği’nin 6. maddesiyle genel kurula fiziki ortamda katılan hak sahipleri ile elektronik ortamda katılan hak sahipleri arasında eşitsizlik oluşturulmuş, kullanabilecekleri olanaklar arasında dengesizlik kurulmuştur. Bu doğrultuda tek taraflı olarak sadece fiziki ortamdaki ses ve görüntünün, elektronik ortamda toplantıya katılan hak sahibine nakli yeterli değildir. Gelişen teknoloji sayesinde bilişim toplumunda artık daha efektif uygulamalar öngörülmesi ve yapılması elzemdir. Örneğin e-genel kurula katılan hak sahibinin veya temsilcisinin, görüntü ve sesinin eş zamanlı nakli ile görüş bildiriminde bulunabilmesine imkân tanınmalıdır. COVID-19 salgın hastalığıyla beraber çevrimiçi toplantı ve işlemlerde geline aşama göz önüne alınırsa, böyle bir uygulamanın yapılmasının ne kadar kolay olacağı anlaşılacak olup aynı zamanda, paya bağlı hakların etkin bir şekilde kullanılmasına ve e-genel kurul sisteminin getiriliş amaçlarına da hizmet edecektir. Böylelikle pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesine uygun olarak, fiziken toplantıya katılan pay sahipleri ile e-genel kurula katılan pay sahipleri arasında olanaklar farkı ortadan kaldırılacaktır<sup>93</sup>.

Öte yandan hak sahipleri, e-genel kurulda toplantının akışını bozabilecek faaliyetlerde bulunur, örneğin yöneticilere yahut diğer hak sahiplerine hakaret eder veya sistemin işleyişinde kasten zorluk çıkartırsa bu durumda hak sahibi,

---

<sup>92</sup> C. EYÜBOĞLU, s. 70-71; YAYLA, 6102 Sayılı..., s.162; Sıkça sorulan sorular, hak sahipleri 19.soru <https://egk.mkk.com.tr/egkweb/Sss.jsp> E.T. 22.04.2022.

<sup>93</sup> Aynı yönde bkz. ÖZER, s. 636.

toplantı başkanı tarafından, ilk olarak uyarılabilecek, aynı hareketlerine devam ederse toplantıdan çıkarılabilecektir<sup>94</sup>.

Şirketin genel kurul gündeminde yer alan her bir gündem maddesi için oylama, fiziki ve elektronik ortamda katılan hak sahipleri içi aynı anda başlatılacak, e-genel kurula katılan hak sahipleri veya temsilcileri EGKS üzerinden oylarını iki dakika içerisinde kullanacaktır. Buradaki iki dakikalık oy kullanma süresi değişiklik<sup>95</sup> öncesinde beş dakikaydı (EGK Teb. m. 7). Ayrıca her gündem maddesinin ayrı ayrı oylanması zorunludur. Hak sahibi veya temsilcisi tarafından verilen oy bir daha değiştirilemeyecektir. Nihayetinde oylama sonucu EGSK üzerinden toplantı başkanına iletilecek, başkan bu sonucu ve varsa e-genel kurulda muhalefet beyanını tutanağa işleyecektir<sup>96</sup> (EGK Yön. m. 11).

## **6. E-Genel Kurul Sonrası**

Gündemde yer alan tüm konuların görüşülmesi ve oylanmasıyla beraber toplantılar kapatılacaktır. Diğer bir deyişle her bakımdan eş zamanlı olan fiziki genel kurul ve e-genel kurul, toplantı bitiminde de aynı anda kapatılacaktır<sup>97</sup>.

Toplantı bitiminde hazır bulunanlar listesi ve oylama tutanağı, Bakanlık temsilcisine elektronik belge taşımaya ve saklamaya elverişli bir ortam içerisinde de teslim edilecektir. EGKS üzerinden oluşturulan belgeler; toplantı başkanlığını oluşturan üyeler, şirket yöneticileri ve Bakanlık temsilcisi tarafından güvenli elektronik imza ile de imzalanabilecektir (EGK Yön. m.12, 14/2). İmzalanma sonrasında tutanak bilgisayar ortamına dâhil edilecek ve EGKS'ye yüklenecektir. Böylelikle arşivleme işlemi de gerçekleşmiş olacaktır. Ayrıca toplantı tutanağı EGKS'nin MERSİS ile yapmış olduğu eş çalışma ile tescil edilecek ve Türk Ticaret Sicil Gazetesi'nde ve şirketin internet sitesinde ilan olunacaktır<sup>98</sup>.

## **7. Değerlendirme**

E-genel kurulun öncesinde, icrasında ve sonrasında gerçekleştirilen tüm bu prosedürler, genel olarak sistematik bir bütünlük arz etmektedir. Ancak EGKS üzerinde, yukarıda çeşitli yerlerde ifade ettiğimiz şekilde düzeltmelerin yapılması gerekmektedir. Diğer taraftan EGKS'nin iyileştirilmesi ve geliştirilmesi, pay sahipleri ve şirketler bakımından faydalı olacaktır. Örnek olarak, kullanıcılar için

---

<sup>94</sup> Aynı yönde bkz. FALCIOĞLU, s. 214-215; OĞUZ DURAN, s. 38; ÖZER, s. 652; Böyle bir durumun yaşanması halinde toplantı başkanı tarafından, hakaret içerikli beyanların diğer ortaklara deklare edilmemesi ile yetinilmesi görüşünde bkz. TURGUT, s. 150.

<sup>95</sup> Değişik cümle: RG. T. 29.6.2013, S. 28692.

<sup>96</sup> FALCIOĞLU, s. 234-235.

<sup>97</sup> C. EYÜBOĞLU, s. 129; ÖZDEMİR ve TAMER, s. 340; ERGİNCAN ve BÜLBÜL, s. 43.

<sup>98</sup> C. EYÜBOĞLU, s. 96; ÖZDAL, s. 195-196; TURGUT, s. 157-158.

ara yüz kullanım kolaylığının sağlanması verilebilir. Ara yüz kullanım kolaylığının geliştirilerek, kullanıcılara e-genel kurulda etkin bir şekilde hareket etme olanağı sağlanabilecektir.

## **SONUÇ**

Değişen ve dönüşen dünyada, şirketler hukukunun kuralları da değişmek ve dönüşmek zorundadır. Yaşanan teknolojik gelişmelerle birlikte uygulamada var olan olumsuzlukları gidermek adına teknolojiye başvurmak akla gelen ilk çözümlerdendir. Anonim şirket genel kuruluna elektronik ortamda katılma, bizim deyişimizle e-genel kurulun, getiriliş sebebi de tam olarak budur: Olası güç boşluklarını ortadan kaldırmak, en azından minimize etmek.

Kanun koyucu bu amaçlarla TTK'nın 1527. maddesinin 5. fıkrasında, anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılınabileceğini, öneride bulunulabileceğini, görüş açıklanabileceğini ve oy verilebileceğini düzenlemiştir. Tüm bu sayılanların da fizikî katılmanın ve oy vermenin, bütün hukuki sonuçlarını doğuracağını kabul etmiştir.

Hak sahiplerine e-genel kurula katılma imkânının tanınmasının faydaları arasında şirketin fiziki genel kurul sebebiyle yapacak olduğu masrafları azalttığı, pay sahiplerinin ister şehir dışında ister yurtdışında olsun, şirketin genel kuruluna masraf yapmadan ve zaman kaybetmeden katılabilmesine olanak verdiği, yabancı yatırımcıyı şirkete çekerek ülke ekonomisine katkı sağladığı gibi durumlar sayılabilmektedir. E-genel kurulun avantajları yanında dezavantajları da vardır. Bunlara örnek olarak, e-genel kurul sebebiyle şirketin bilgi ve belgelerinin siber korsanların eline geçme ihtimali, şirketin ticari sırlarının tehlikeye girmesi gibi durumlar verilebilir. E-genel kurulun diğer bir dezavantajı, şirket genel kuruluna elektronik ortamda katılım sağlayan hak sahibinin, her bir gündem maddesiyle ilgili yazılı olarak en fazla iki adet görüş bildirme ve her bir görüşünde altı yüz karakteri geçmeme ile sınırlanması kuralıdır.

E-genel kurul türleri, elektronik katılımlı genel kurul ve sanal genel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Elektronik katılımlı genel kurul, fiziken genel kurulun yapıldığı ancak dileyen pay sahiplerine, genel kurula elektronik ortamda katılma imkânının sunulduğu, e-genel kurul türüdür. Sanal genel kurul ise şirketin genel kurul toplantısı için fiziken bir toplantı yapılmayıp yalnızca elektronik ortamda genel kurul toplantısının yapılmasıdır. TTK'da düzenlenen e-genel kurul türü, tartışmalı olmakla birlikte, elektronik katılımlı genel kuruldur. Avrupa'da ve özellikle ABD'de ise, COVID 19 sonrası sanal genel kurullara eğilim artmıştır.

E-genel kurul mevzuatı içerisinde TTK'nın 1527. maddesinin 5. fıkrası yanı sıra, diğer bir kanuni düzenleme 6362 sayılı SerPK'nın 30. maddesinin 5. fıkrasında bulunmaktadır. SerPK'da payları kayden izlenen anonim şirketlerin e-genel

## **KARADENİZ / Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul**

kurullarının, MKK tarafından oluşturulan sistem üzerinden yapılacağı belirtilmiştir. E-genel kurula ilişkin yönetmelikler ve tebliğde ise anonim şirketlerde e-genel kurula katılma, oy kullanma, görüş bildirme gibi hak sahibine yönelik işlemlerle; e-genel kurulun işleyişi, teknik yeterlilikleri, şirket yükümlülükleri, hizmetin sağlanması gibi şirkete yönelik işlemler ayrıntısıyla düzenlenmiştir.

E-genel kurula katılmak isteyen hak sahipleri, EGKS üzerinden toplantıdan önce bildirimde bulunmak zorundadır. Genel kurula elektronik ortamda katılma bildirimini en geç toplantıdan bir gün öncesine kadar geri alınabilecektir. Ancak EGK Yönetmeliğinin 7. maddesinin 5. fıkrasına göre, elektronik ortamda toplantıya katılma bildirimini geri almayan hak sahibi veya temsilcisi, artık fiziki genel kurul toplantısına katılamayacaktır.

Yapılan çalışmalar göstermiştir ki e-genel kurulun hukuk sistemimize entegre edilmesiyle birlikte, anonim şirket genel kuruluna katılım sayıları artmış ve böylelikle e-genel kurul şirketler ve hak sahipleri için önemli bir imkân haline gelmiştir. Bu imkânda, düzeltme ve iyileştirmeler yapılarak, gelişme sağlanabilecektir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

ADIGÜZEL, Burak, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 3. Basım, Adalet, Ankara, 2019.

ALTAŞ, Soner, **Anonim Şirket Genel Kurul Rehberi**, 8. Basım, Seçkin, Ankara, 2022.

ARARAT Melsa ve EROĞLU Muzaffer, “**Istanbul Stock Exchange Moves First on Mandatory Electronic Voting at General Meetings of Shareholders**”

(Ekim 2, 2012). Erişmek için bkz. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2172964> .  
(E.T. 02.08.2022)

ARI, Zekeriya, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükümü (Tasarı M.1527) ve Sanal Genel Kurul”, **EÜHFD**, Y. 2009, C. XIII, S. 3–4.

AZARKAN, Necat, “Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul”, **Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi**, Y.2018, C:2, S. 4.

BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 13.Basım, Beta, İstanbul, 2019.

BİLGE, Mehmet Emin, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Temsilci Aracılığıyla Oy Vermede İnternetin Kullanımı”, **AÜEHFD**, Y.2003, C. VII, S. 1-2.

ERCAN, Tayfur, “Elektronik Ortamda Yönetim ve Genel Kurul”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2012, C. 7, S. 69.

ERGİNCAN, Yakup/BÜLBÜL, Özgür, “Türkiye’de Elektronik Kurulların Ortakların Oy Haklarının Kullanımına Etkisi”, **T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Y. 2014 S. 2.

EYÜBOĞLU, Ceren, **Halka Açık Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantıları**, 1.Basım, Oniki Levha, İstanbul, 2019.

EYÜBOĞLU, Seren, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Borsa Kote Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Sistemi” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**.

FAIRFAX, Lisa M, "Virtual Shareholder Meetings Reconsidered," **Seton Hall Law Review**, Y. 2010, C. 40, S. 4.

FALCIOĞLU, Mete Özgür, **Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul**, 1.Basım, Yetkin, Ankara, 2016.

KARAYEL, Mete ve KOÇAK, Mehmet Alaaddin, “Türkiye’de Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Sisteminin Pay Sahiplerinin Yönetime Katılımına Etkileri: BİST 100 Şirketlerinde Bir Araştırma”, **KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, Y. 2015, C. 17, S. 29.

KAYIHAN, Şaban, **Şirketler Hukuku**, 5.Basım, Seçkin, Ankara, 2021.

KAYIHAN, Şaban, “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet” **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Y.2003, C. 22, S. 1.

KAYIHAN, Şaban, “Anonim Şirketlerde Elektronik Kurullar”, **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Eds. Şerafettin EKİCİ, Ekrem Solak, Muhammed Emre AVŞAR, Ankara, Adalet, 2021.

KESER BERBER, Leyla, “Dijital Şirkete Geçmek İçin Sekiz Yasal Gerekçe”, **Regesta**, Y. 2011 S.1.

KESER BERBER, Leyla/YAYLA, Ümit, “Elektronik Genel Kurullar Türkiye Uygulaması”, **Regesta**, Y. 2012, C. 2, S. 3.

KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku C.1**, 1.Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 2013.

KOEVSİKİ Goran, GAVRİLOVİK Borka Tushevska ve SPASEVSKİ Darko, "Twenty Years after the First Virtual-Only Annual Shareholders' Meeting: Can the Virtual-Only Meeting Be a Solution during the Time of COVID-19?." **Iustinianus Primus Law Review**, Y. 2022, C. 11, S. 2.

MEMİŞ Tekin ve TURAN Gökçen, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 5. Basım, Seçkin, Ankara, 2020.

NİLİ Yaron, ve SHANER Megan Wischmeier, "Virtual Annual Meetings: A Path toward Shareholder Democracy and Stakeholder Engagement." **Boston College Law Review**, Y. 2022, C. 63, S. 1.

OĞUZ DURAN, Şaziye Zeynep, “Halka Açık Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2017.

ÖZDAL, Şule, “Anonim Ortaklıkta Elektronik Katılımlı Genel Kurul” Yayınlanmamış Doktora Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2016.

ÖZDEMİR, Semih Sırrı ve TAMER, Elanur, “Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Anonim Şirketlerde Genel Kurula İlişkin İlkelerin Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y.2019, C. 7, S. 14.

ÖZDİLEK, Ali Osman, **Anonim Şirketlerde Genel Kurullara Elektronik Ortamda Katılım**, 1.Basım, Seçkin, Ankara, 2017.



ÖZER, Işık, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Genel Kuruluna Elektronik Ortamda Katılım” **BATİDER**, Y.2009, C. XXV, S. 4.

PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 8.Basım, Adalet, Ankara, 2022.

PULAŞLI, Hasan, “Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum”, Çevrimiçi <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/HasanPulasli-internetOrtamindaGenelKurul.pdf> E.T. 17.04.2022.

TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 5.Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

TURGUT, Cemile, **Borsaya Kote Anonim Ortaklıklarda Elektronik Genel Kurul**, 1.Basım, On İki Levha, İstanbul, 2015.

ÜNAL, Mücahit, “Koronavirüs(COVID 19) Salgını Nedeniyle Alınan Önlemlerin Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu, Müdürler Kurulu ve Genel Kurul Toplantılarına Etkisi”, **COVID-19 Salgının Hukuki Boyutu**, Ed. Muhammed Özekes, İstanbul: On İki Levha, 2021.

YAYLA, Ümit, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Borsaya Kote Ortaklıkların Genel Kurul Toplantıları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2011.

YAYLA, Ümit, **Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Anonim Ortaklık Genel Kurulları Elektronik Genel Kurullar**, 1.Basım, On İki Levha, İstanbul, 2013.

ZETZSCHE Dirk A, ANKER-SØRENSEN Linn, CONSİGLİO Roberta ve YEBOAH-SMİTH Miko, “The COVID-19-Crisis and Company Law - Towards Virtual Shareholder Meetings.” **University of Luxembourg Faculty of Law, Economics & Finance WPS**, 2020-007.

<https://egk.mkk.com.tr/egkweb/assets/home/content/Instructions-for-Beneficial-Owners.pdf> E.T. 13.05.2022

<https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/sirketlerin-genel-kurul-toplantilarina-iliskin-aciklama> E.T. 17.04.2022.

***KARADENİZ / Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul***

<https://egk.mkk.com.tr/egkweb/assets/home/content/EGK-SIRKET-ISLEMLERI.pdf> <https://egk.mkk.com.tr/egkweb/assets/home/content/EGK-PAY-SAHIPLERI.pdf> E.T. 13.05.2022.

<https://egk.mkk.com.tr/egkweb/Sss.jsp> E.T. 22.04.2022.

# 7392 SAYILI KANUN İLE ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN YAPILAN DEĞİŞİKLİK HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Nurgül KUTLU DOĞAR\*

## Öz

İnsanların en temel ihtiyacı barınmadır. Bu ihtiyacın giderilmesi için bir konuta sahip olmaları gerekmektedir. Konut fiyatlarındaki sürekli artış ve ekonomik koşullar nedeniyle konut edinmek gün geçtikçe zorlaşmaktadır. Bu nedenle düşük ve orta gelirli insanların bedelini peşin ödeyerek konut sahibi olabilmeleri neredeyse imkânsızdır. Günümüzde tüketiciler inşaat şirketlerinin kullandığı bazı pazarlama yöntemleri sonucu ve daha ekonomik olması sebebiyle genellikle proje aşamasında henüz mevcut olmayan veya inşası devam eden konutları satın almaktadır. Uygulamada maketten satış veya sat-yap olarak bilinen ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde konut satın alan tarafı oluşturan tüketici satış bedelini peşin veya kısım kısım ifa etmekte, konut ise ödemelerin tamamen veya kısmen yapılmasından sonra teslim edilmektedir. Bu durum tüketicilerin özel olarak korunmasını gerektirmektedir. Bu amaçla 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ön ödemeli konut satış sözleşmeleri özel olarak düzenlenmiştir. Anılan kanunda adi yazılı şekilde yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin geçersizliğinin satıcı tarafından ileri sürülememesi, satıcının tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü, teminat gösterilmesi zorunluluğu gibi tüketiciler lehine birtakım düzenlemeler yapılmıştır; fakat bu düzenlemeler tüketicilerin korunması bakımından yeterli değildir. 7392 sayılı Kanun<sup>1</sup> ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan biri ön ödemeli konut satış sözleşmelerine ilişkin TKHK m. 44 hükmü değişikliğidir. Bu çalışmada, söz konusu değişikliğin tüketici açısından fayda ve zararları tartışılmış ve ön ödemeli konut satış sözleşmeleri bakımından tüketicilerin korunması için çeşitli çözüm önerileri sunulmuştur.

---

\* Doktora Öğrencisi; Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı; ORCID: 0000-0002-8444-1799; nurgulkutlu@gmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 15.04.2022

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 17.05.2022

Bu makaleye atf için; KUTLU DOĞAR Nurgül, "7392 Sayılı Kanun ile Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesine İlişkin Yapılan Değişiklik Hakkında Düşünceler", **İMHD**, C. 7, S. 13, 2022, s. 521-540.

<sup>1</sup> RG, 01.04.2022, S.31796.

**Anahtar Kelimeler:** *Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketici işlemi, satıcının konutu teslim borcu, sözleşmenin şekli, 7392 sayılı Kanun*

## **THOUGHTS ON THE AMENDMENT TO THE PRE-PAID HOUSING SALE CONTRACT MADE WITH THE LAW NUMBER 7392**

### **Abstract**

The most basic need of people is shelter. To meet this need, they must have a residence. Due to the increase in housing prices and economic conditions, it is getting harder to acquire a house day by day. For this reason, it is almost impossible for low and middle-income people to own a house by paying the price in advance. In the pre-paid housing sales contracts known as model sales or sell-make in practice, the consumer, who buys the house, pays the sale price in cash or partially, and the delivery of the house is made after the payments are made in whole or in part. This situation requires special protection of consumers, and for this purpose, prepaid housing sales contracts are specially arranged in the Law on Consumer Protection. Some arrangements have been made in favor of consumers, such as the seller not claiming the invalidity of prepaid housing sales contracts made in ordinary writing, the seller's obligation to inform the consumer and the obligation to provide a guarantee. However, these regulations are not sufficient to protect consumers. With the Law No. 7392, some changes were made in the Law on the Protection of Consumers. One of them is the TKHK Art. 44 amendment regarding prepaid housing sales. In this study, the benefits and harms of the change for the consumer will be discussed and various solutions will be presented for the protection of consumers in terms of prepaid housing sales contracts.

**Keywords:** *Prepaid housing sales contract, consumer transaction, seller's housing delivery debt, form of contract, Law No. 7392*

### **GİRİŞ**

Günümüzde çeşitli pazarlama yöntemleriyle henüz inşasına başlanmamış veya inşası devam eden konutlar, proje veya maket satış yoluyla tüketicilere satılmaktadır. Satış bedelinin konutun tesliminden önce ödenmeye başlanması tüketici için birtakım riskler içermektedir. Örneğin satışa konu olan konutun teslimi için kararlaştırılan süre dolmuş olmasına rağmen projeye hiç başlanmayabilir ya da yüklenici iflas edebilir veya inşaatı yarım bırakabilir. Ön ödemeli konut satışının 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da<sup>2</sup> özel olarak düzenlenmesinin sebebi, çeşitli risklere karşı tüketicinin henüz teslim

---

<sup>2</sup> RG, 28.11.2013, S.28835.

almadığı konut için ödemiş olduğu bedelin teminat altına alınmasını sağlamaktır. Ancak getirilen düzenlemeler tüketiciler için yeterli güvenceyi sağlamaktan uzaktır. Satış bedeli ve masrafların yükselmemesi adına tarafların ön ödemeli konut satış sözleşmesini uygulamada adi yazılı şekilde yaptıklarına sıklıkla rastlanmaktadır. Resmi şeklin sağladığı güvenceden yoksun kalan tüketiciler, satıcının aynı konutu birden fazla kişiye satması ve/veya üzerinde ipotek tesis etmesi gibi işlemlere karşı korunaksız kalmaktadır. Resmi şekilde yapılan ve tapu kütüğüne şerh edilen bir ön ödemeli konut satış sözleşmesi için, mevcut düzenlemeler tüketicilerin korunması bakımından yeterlidir. Buna karşılık adi yazılı şekilde yapılan veya resmi şekilde yapılsa bile şerh edilmeyen sözleşmeler için aynı koruma söz konusu değildir.

## **I. GENEL OLARAK ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİ**

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir (TKHK m. 40)<sup>3</sup>. Taşınmaz satışının objektif unsurları olan satış konusu, satış bedeli ve tarafların anlaşmasını içeren bu tür sözleşmeler esasen taşınmaz satış sözleşmesi niteliğindedir<sup>4</sup>. Satıcının borcu taşınmazın mülkiyetini devretmek, alıcının ise satış bedelini ödemektir. Türk Borçlar Kanunu'na<sup>5</sup> göre satış sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça alıcı ve satıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdür (TBK m. 207). Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde ise bu kural geçerli değildir. Bu tür sözleşmelerde önce alıcı satış bedelini ödeme borcunu ifa etmektedir. Satıcı ise ödemelerin tamamen veya kısmen ifa edilmesinden sonra konutun mülkiyetini ve zilyetliğini devretmektedir<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> ÖZMEN, E. Sabâ/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 5; KARAKOCALI, Ahmet/ KURŞUN, Suphi, **Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)**, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 126; DOĞAR, Mehmet, **Ön Ödemeli Konut Satışı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 61; AYDOĞDU, Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 270; ASLAN, İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2014, s. 247; ATAMER, Yeşim M., **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 221; ÇABRİ, Sezer, **Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmeleri, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyatı Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları**, C. 2, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Ali Suphi KURŞUN, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 69; ÇABRİ, Sezer, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, 4. Tüketici Hukuku Kongresi**, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Fehim ÜÇİŞİK, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 206.

<sup>4</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 5.

<sup>5</sup> RG, 04.02.2011, S. 27836.

<sup>6</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 15, 32; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, **Ön Ödemeli Konut Satışlarına İlişkin Kanun Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri**, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020, s. 24, (Çevrimiçi) [www.hukukegitim.com](http://www.hukukegitim.com), E.T.10.04.2022; ÇABRİ,

Bir taşınmaz satış sözleşmesinin ön ödemeli konut satış sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için sözleşmenin tüketici işlemi niteliğinde olması gerekir<sup>7</sup>. Tüketici işlemi, “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” ifade eder (TKHK m. 3/1). Bu tanımdan yola çıkıldığında bir sözleşmenin tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı konusunda karşımıza üç unsur çıkmaktadır. Bunlar işlemin bir tarafının ticari ve mesleki amaçlarla hareket etmesi, diğer tarafın tüketici olması ve tüketiciye yönelik bir mal veya hizmetin sunulmasıdır<sup>8</sup>.

### **A. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Konusu**

Tüketici işleminin konusunu mal veya hizmetler oluşturmaktadır. Hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemidir (TKHK m. 3/d). Mal ise alışverişe konu taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade eder (TKHK m. 3/h). Tanıma göre bir taşınmazın tüketici işleminin konusunu oluşturabilmesi için konut veya tatil amaçlı kullanım için edinilmesi gerekir<sup>9</sup>.

Konutun tanımı Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik’te<sup>10</sup> şu şekilde yapılmaktadır: “... *Kat Mülkiyeti Kanununa tabi mesken amaçlı kullanılan ya da*

---

**Külliyyat**, s. 82; ÇABRİ, **Kongre**, s. DOĞAR, **Ön Ödemeli**, s. 211; MAKARACI, Aslı, 6502 Sayılı Kanun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar)**, Derleyen Murat İNCEOĞLU, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 256; KARAKOCALI/ KURŞUN, s. 137

<sup>7</sup> ÖZ, Turgut, İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları**, C. 2, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Ali Suphi KURŞUN, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 205.

<sup>8</sup> ATAMER, s. 58 vd.; HAVUTÇU, Ayşe, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, **THD**, Y. 2014, C. 9, S. Özel Sayı, s. 9 vd.

<sup>9</sup> AKİPEK ÖCAL, Şebnem, Akipek Şerhi, **Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Özlem TÜZÜNER, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s. 54; KARAKOCALI/ KURŞUN, s. 17; ASLAN, s. 9; ATAMER, s. 65; HAVUTÇU, s. 10. Tatil amaçlı konutlar ön ödemeli konut satış sözleşmesinin konusu olabilir. Bu yönde bkz. ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 20; ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 73; ÇABRİ, **Kongre**, s. 208. İmar planında ticaret alanında kalan bir yer barınma amacıyla edinilmiş ise diğer şartların da varlığı halinde bu sözleşmenin ön ödemeli konut satış sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 71-72. Aksi yönde ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 24-25; DOĞAR, Mehmet, “Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı Açısından TKHK Hükümlerinin Uygulanması Sorunu”, **YBHD**, Y. 2021, S.1, s. 308.

<sup>10</sup> RG, 27.11.2014, S. 29188.

*mesken niteliği taşımamakla birlikte tüketicilerin kullanımına sunulan her türlü bağımsız bölüm” (m. 4/e). Kat Mülkiyeti Kanunu’na<sup>11</sup> göre bağımsız bölüm, “...anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olan ve bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümler”dir (m.2/a). İşyeri, büro, yazıhane amaçlı kullanılacak yerlerin satın alınması işlemleri Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamı dışındadır<sup>12</sup>. Konutun edinim amacı “barınma” olmalıdır<sup>13</sup>.*

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu oluşturan konut, inşası tamamlanmış ve yapı kullanma izin belgesi alınmış kat mülkiyeti kurulu bağımsız bölümler olabileceği gibi, kat irtifakına konu bağımsız bölümler de olabilir<sup>14</sup>. Kat mülkiyetinden farklı olarak kat irtifakında yapı henüz mevcut olmayabilir, inşası devam ediyor veya inşası tamamlanmış olmasına rağmen yapı kullanma izin belgesi alınmamış veya alınamamış olabilir. Kat irtifakı ile kat mülkiyeti arasındaki fark, yapı kullanma izin belgesinin varlığıdır. Bu belge yapının tamamlanmış ve kullanmaya elverişli olduğunu gösterir<sup>15</sup>. Yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediği tespit edilirse yapı kullanma izin belgesi verilir (İK m. 30)<sup>16</sup>.

Kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmamış yapıların ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu oluşturup oluşturamayacağı tespit edilmelidir. Hukukumuzda kat mülkiyetinin veya kat irtifakının kurulması zorunlu değildir. Bu halde inşa edilen yapı, bütünlüycü parça kuralı gereği arazinin mülkiyetine tabi olur. Diğer bir deyişle araziye kim malik ise yapıya da o kişi malik olur. Bütünlüycü parça niteliğindeki yapılarda malik veya maliklerin mülkiyet hakkı arazi ve üzerindeki yapının tümüne yaygındır. Bu tür yapılar birinci ihtimalde villa gibi müstakil yapı niteliğinde olabilir. Müstakil yapılarda kat mülkiyeti kurulu olmasa da mülkiyet hakkının sınırları belirli olduğundan bunlar ön ödemeli konut

---

<sup>11</sup> RG, 02.07.1965, S. 12038.

<sup>12</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 24; AYDOĞDU, s. 66; İNAL, Tamer, İnal Şerhi, **Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Özlem TÜZÜNER, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s. 712.

<sup>13</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 18; ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 72; ÇABRİ, **Kongre**, s. 207; DOĞAR, Karma Kullanım, s. 309. Bir görüşe göre hem ev hem ofis (Home Office) olarak kullanılmak üzere satın alınan konutlar ön ödemeli konut sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Bu yönde bkz. ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 27; DOĞAR, Karma Kullanım, s. 322. Diğer bir görüşe göre ise hem ev hem ofis olarak kullanma üzere yapılan satış veya satış vaadi sözleşmelerinde barınma amacına üstünlük tanınarak sözleşmenin ön ödemeli konut satışı olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu yönde bkz. ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 72; ÇABRİ, **Kongre**, s. 208.

<sup>14</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 32; ATAMER, s. 220; ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 72; ÇABRİ, **Kongre**, s. 208.

<sup>15</sup> ÖZMEN, E. Sabâ/ KIR, Hafize, **Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi** (5711/5912 sayılı Kanunlar), Sabâ Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, İstanbul, 2010, s. 138.

<sup>16</sup> İmar Kanunu (RG, 09.05.1985, S. 18749).

**KUTLU DOĞAR/ 7392 Sayılı Kanun ile Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesine İlişkin Yapılan Değişiklik Hakkında Düşünceler**

satışına konu olabilir<sup>17</sup>. Buna karşılık kat mülkiyeti kurulu olmayan bazı yapıların her katında bir veya birden fazla bölüm/daire bulunabilir<sup>18</sup>. Bu bölümler ön ödemeli konut satış sözleşmesine konu olamaz<sup>19</sup>. Çünkü kat mülkiyeti/kat irtifakına konu bağımsız bölümlerden farklı olarak bu bölümlerdeki mülkiyet hakkının sınırı belirli değildir. Kat mülkiyeti/kat irtifakına konu bağımsız bölümlerin ise sınırları belirlenmiştir ve bunlar üzerinde kurulu oldukları araziden ayrı ve müstakil bir hak olarak taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturur (TMK m. 704)<sup>20</sup>.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesiyle bir veya birden fazla bağımsız bölüm satın alınabilir. Birden fazla bağımsız bölüm satın alındığı takdirde bu işlemin tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı hakkında Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmaktadır. Bazı kararlara göre birden fazla bağımsız bölüm satın alan kişi tüketici kabul edilmemektedir<sup>21</sup>. Diğer bazı kararlarda ise birden fazla bağımsız bölüm satın alınmasının sözleşmenin tüketici işlemi niteliğini değiştirmeyeceği, önemli olanın tüketicilerin konutu edinme amaçları olduğu belirtilmektedir<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> DOĞAR, **Ön Ödemeli**, s. 27; ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 90. Bir görüşe göre Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 5 ve 7 hükümlerine göre kat irtifakı kurulmadan proje aşamasında ön ödemeli konut satış vaadi yapılması mümkündür, fakat bu tür uygulamalar yerinde değildir. Çünkü bu halde sözleşmenin şerh edilememesi, aynı yerin birden fazla kişiye satılması, bağımsız bölümün mülkiyetinin tüketiciye devredilememesi tehlikesi vardır. Bkz. ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 90-91; ÇABRİ, **Kongre**, s. 217.

<sup>18</sup> Burada münferit bağımsız bölüm, blok veya bağımsız bölüm kavramlarını kullanmayışımız bilinçlidir, çünkü bu kavramlar kat mülkiyetine konu yapılara özgüdür. Bütünleyici parça niteliğindeki yapılarda bu kavramların kullanılması doğru değildir.

<sup>19</sup> DOĞAR, **Ön Ödemeli**, s. 27. Devre mülk açısından aynı sonuç için bkz. ÖZMEN, E. Sabâ, **Devre Mülk Hakkı**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1988, s.126.

<sup>20</sup> Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler bütünleyici parça kuralının istisnasıdır, ÖZMEN, Etem Sabâ/ ŞENGÜL, Mehmet, **Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 12, dn. 16. Tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli üst hakkının ön ödemeli konut satış sözleşmesine konu olabileceği yönünde bkz. ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 23; DOĞAR, **Ön Ödemeli**, s. 31.

<sup>21</sup> “Somut olayda; 3 adet bağımsız bölüm satın alan davacı “tüketici” kavramı kapsamında kabul edilemez”, Yar. 14. HD., E. 2015/5308, K. 2017/7167, 04.10.2017. Aynı yönde İstanbul BAM, 19. HD., E. 2017/738, K. 2017/603, 08.05.2017 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 10.05.2022).

<sup>22</sup> “...Bağımsız bölümlerin üç adet oluşu davacıların tüketici vasfını ortadan kaldırmaz. Zira davacıların başka bir amaçla konut edindikleri de ispat edilebilmiş değildir”, Yar.13. HD., E. 2016/9389, K. 2017/8673, 27.09.2017 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 10.05.2022). “Davacı, davalı şirket ile aralarında imzalanan 04/12/2011 tarihli sözleşme ile 2 adet bağımsız bölüm satın aldığı .....ileri sürerek..... zararının tazminine karar verilmesini istemiştir. Bir hukuki işlemin 6502 Sayılı yasa kapsamında kaldırılmasının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Somut uyumsuzlukta, davacının satın aldığı bağımsız bölüm sayısı ve kullanım amacı gözetildiğinde davacı ile davalı arasında tüketici kanununda tarif edilen şekilde taşınmaz satış yapıldığı anlaşılmaktadır”, Yar. 13. HD., E.2016/20971, K.2017/5578, 04.05.2017 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 10.05.2022). “...mahkemece sadece satın alınan dairenin sayısı dikkate alınarak davacının tüketici kabul edilmemesi yerinde değildir. Konut alım-satımına dair



Öğretide ileri sürülen ve katıldığımız görüşe göre sözleşmenin tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı sadece satın alınan bağımsız bölümlerin sayısına göre değerlendirilmemeli; tüketicinin konutları edinme amacı dikkate alınmalıdır<sup>23</sup>.

## **B. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Tarafları**

### **1. Tüketici**

Bir hukuki işlemin tüketici işlemi sayılabilmesi için taraflardan birinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında tüketici olması gerekmektedir<sup>24</sup>. TKHK m. 3/k gereğince tüketici “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*”dir. Tanıma göre tüketici kavramının iki unsuru bulunmaktadır. İlki bir mal veya hizmetin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinilmesidir. İkincisi ise tüketicinin gerçek veya tüzel kişi olmasıdır<sup>25</sup>.

Gerçek ya da tüzel kişiler, bir mal veya hizmeti, kendi kişisel ihtiyaçları için, mesleki olmayan bir amaçla edindikleri takdirde tüketici olarak kabul edilir ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un sağladığı korumadan faydalanır<sup>26</sup>. Kişinin tüketici olabilmesi için satın aldığı malı kendisinin kullanması gerekmez. Bir başkasının kullanması için, örneğin ailesi için veya arkadaşına hediye etmek amacıyla, malı satın alması veya bu amaçla sözleşme yapması yeterlidir. Burada önemli olan kişinin kâr elde etme amacı olmaksızın sözleşme yapmasıdır<sup>27,28</sup>.

### **2. Satıcı/ Sağlayıcı**

---

*uyuşmazlıkların 6502 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için tüketicinin malı satın alma amacı çok büyük önem taşımaktadır...*”, Yar.13. HD., E. 2015/36754, K. 2016/2002, 27.01.2016 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 10.05.2022). “*Sadece dairelerin sayısal çokluğu davacıyı kanunda belirtilen tüketici tanımının dışına çıkarmaz. Taraflar arasında 4077 sayılı kanunda belirtilen şekilde alım satım ilişkisi bulunmaktadır*”, Yar. 13. HD., E. 2012/10605, K. 2012/17689, 10.07.2012 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 10.05.2022).

<sup>23</sup> ÇABRİ, Sezer, Ön Ödemeli Konut Satışında Konutun Teslim Edilmemesi ve Sonuçları, www.hukukegitim.com (Çevrimiçi) E.T.10.04.2022, dk. 10-14; DOĞAR, Karma Kullanım, s. 316-317.

<sup>24</sup> ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 16.

<sup>25</sup> Tüketici kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDOĞDU, s. 59; AKİPEK ÖCAL, s. 55-56; ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 16.

<sup>26</sup> ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 16.

<sup>27</sup> AYDOĞDU, s. 59; İNAL, Tamer, Tüketici Hukuku’nda, Tüketim Malı-Yatırım Malı Ayrımının Gerekliği, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015**, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Fehim ÜÇİŞİK, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s.193.

<sup>28</sup> Dernek, vakıf, kooperatif gibi tüzel kişiler de tüketici sıfatına sahip olabilir, ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 16. Bu yönde bkz. Yar. 11. HD., E.1997/8979, K.1997/9841, 29.12.1997; Yar. 11. HD., E. 1997/1815, K. 1997/5112, 26.06.1997 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (E.T. 10.05.2022).

***KUTLU DOĞAR/ 7392 Sayılı Kanun ile Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesine İlişkin Yapılan Değişiklik Hakkında Düşünceler***

Bir tüketici işleminde taraflardan biri tüketici, diğeri satıcı veya sağlayıcıdır. TKHK m. 3/1 gereği sağlayıcı, “Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmaktadır. TKHK m. 3/i ve ÖÖKSHY m. 4/h gereği satıcı, “Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”dir. Satıcı, tüketiciye bir mal; sağlayıcı ise hizmet sunmaktadır<sup>29</sup>.

Tüketici sözleşmesinde tarafların amaçları zıt yöndedir. Satıcı veya sağlayıcının işlem yaparken ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi, tüketicinin ise bunun tersine ticari veya mesleki olmayan amaçla, diğeri bir deyişle kâr elde etme amacı olmaksızın, hareket etmesi gerekir<sup>30</sup>. Mesleki faaliyette bulunan kişi esnaf veya tacir olmalı, mal veya hizmet sunma faaliyetini kâr elde etme amacıyla sürdürmelidir<sup>31</sup>.

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin konusunu oluşturan konut mal olarak nitelendirilir ve sözleşmenin satıcı tarafını çoğunlukla yükleniciler oluşturur. Bununla birlikte yüklenicinin, satıcının ve taşınmaz malikinin aynı kişi olması zorunlu değildir<sup>32</sup>. Örneğin bir kişi arazi üzerinde toplu yapı inşa etmek için yüklenici ile anlaşabilir. Yüklenici inşa edeceği konutları kendisi satabileceği gibi konutların pazarlanması işini bir başka kişiye de verebilir. Öte yandan inşa edilen konutlar doğrudan taşınmaz maliki tarafından da satılabilir. Tüm bu ihtimallere göre tüketicinin muhatabı olacak kişi, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin satıcı tarafını oluşturan taşınmaz maliki, yüklenici veya konutları pazarlayan gerçek veya tüzel kişi olabilir. Taşınmaz maliki dışındaki bu kişilerle geçerli bir şekilde ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapılabilir; fakat onlarla sözleşme yapan tüketicinin bağımsız bölümün mülkiyet hakkını edinmesi zorlaşır. Bu nedenle tüketicilerin sözleşme akdetmeden önce satıcıların mülkiyet hakkına sahip olup olmadıklarını veya satıcı ile taşınmaz maliki arasındaki ilişkiyi araştırmaları olası uyumsuzlukların önüne geçmek adına önem arz eder.

Yüklenicilerin inşa ettikleri konutları tüketicilere satmaları mesleki ve ticari bir faaliyettir ve ön ödemeli konut satış sözleşmesine vücut verir<sup>33</sup>. Bir kişinin kendi oturduğu konutu satması tüketici işlemi niteliğinde değildir. Zira bu halde mesleki veya ticari bir faaliyet bulunmamaktadır<sup>34</sup>. Bu tür satışlar hakkında Tüketicinin

<sup>29</sup> AYDOĞDU, s. 63; AKİPEK ÖCAL, s. 54-55; HAVUTÇU, s. 10.

<sup>30</sup> AYDOĞDU, s. 64.

<sup>31</sup> AYDOĞDU, s. 64; İNAL, Tüketim Malı, s. 194.

<sup>32</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 8 vd.

<sup>33</sup> DOĞAR, **Ön Ödemeli**, s. 47. Yazara göre emlakçı (gayrimenkul tellalı, simsarı) tarafından pazarlanan bir konutun satın alınması da tüketici işlemi niteliğindedir.

<sup>34</sup> ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 17; DOĞAR, **Ön Ödemeli**, s. 53.

Korunması Hakkında Kanun hükümleri değil; Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulanır. Bununla birlikte bir toplu yapı<sup>35</sup> inşa eden veya yükleniciye yaptıran arazi malikinin, buradaki bağımsız bölümleri kazanç sağlama amacıyla sattığında tüketici işleminden söz edilmesi gerekir<sup>36</sup>.

### **C. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Şekli**

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin şekli TKHK m. 41’de düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, “*Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur*”<sup>37</sup>. Buna göre ön ödemeli konut satış sözleşmeleri tapu müdürlüğünde taşınmaz satışı şeklinde ya da noterde taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılabilir.

Türk Medeni Kanunu<sup>38</sup> ve Türk Borçlar Kanunu’na göre taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmelerin resmi şekilde düzenlenmesi gerekmektedir (TMK m. 706/1, TBK m. 237). Taşınmaz satış sözleşmesine resmiyet verecek makam TK<sup>39</sup> m. 26 hükmüne göre tapu sicili müdürü veya tapu sicil görevlileridir. Uygulamada tapu müdürlüklerinde yapılan taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin resmi senetler akit tablosu olarak adlandırılan matbu bir belgenin doldurulması suretiyle düzenlenmekte ve tasarruf işlemi niteliğindeki tescil ise hemen akabinde yapılmaktadır. Diğer bir deyişle borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi arasına zaman girmemektedir<sup>40</sup>. Matbu olarak hazırlanan borçlandırıcı işlem niteliğindeki akit tablosu (resmi senet) ile tescil beyanı da alındığından resmi senette vade, koşul veya diğer sübjektif esaslı noktalara yer verilememektedir<sup>41</sup>. Tapuda

---

<sup>35</sup> “*Toplu yapı, bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim planına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade eder*” (KMK m. 66). Uygulamada “*site*” kavramı kullanılsa Kat Mülkiyeti Kanunu’na göre doğru kullanım “*toplu yapı*”dır.

<sup>36</sup> AKİPEK ÖCAL, s. 54-55; HAVUTÇU, s. 10; DOĞAR, **Ön Ödemeli**, s. 51.

<sup>37</sup> Bu düzenlemedeki “*ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi*” ifadesi eleştirilmekte ve sözleşmelerin tescil edilemeyeceği, hükmün tapu kütüğüne mülkiyet hakkının tescil edileceği şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 31; ATAMER, s. 217; MAKARACI, s. 249; KARAKOCALI/ KURŞUN, s. 131.

<sup>38</sup> RG, 08.12.2001, S. 24607.

<sup>39</sup> Tapu Kanunu (RG, 29.12.1934, S. 2892).

<sup>40</sup> ÖZMEN, Sabâ/ BİLGİN YÜCE, Melek, “Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler”, **Prof. Dr. Hayri Domanic’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C. 2, Beta Basım, İstanbul, 2001, s. 952; BELEN, Herdem, “Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları”, **İBD**, Y. 2014, C. 88, S. 2014/1, s. 104, dn. 33; ÖZMEN/ VARADR HAMAMCIOĞLU, s. 33; ÖZMEN, E. Sabâ, “Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler”, **İBD**, Y. 2012, C. 86, S. 4, s. 44; ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 80; ÇABRİ, **Kongre**, s. 212.

<sup>41</sup> Bu uygulamayı eleştiren ÖZMEN’ in de lege ferenda önerisi tapu müdürlüklerinin taşınmaza yönelik borçlandırıcı işlem yapma yetkilerinin kaldırılması ve bu yetkinin noterlere devredilmesidir. Hatta yazara göre bu tür sözleşmeler avukatlar tarafından imzaları ile tasdik edilmişse noterler de devre dışı bırakılmalıdır. Bkz. ÖZMEN, Tapu Daireleri, s. 44.

mülkiyetin devredildiği fakat teslimin daha sonra yapılacağıın kararlaştırıldığı bu hallerde tarafların sözleşmenin sübjektif unsurlarına yer verdikleri ayrı bir yazılı sözleşme yapmaları gerekmektedir<sup>42</sup>.

Tapu müdürlüklerinde taşınmaz satış sözleşmelerinin matbu olarak düzenlenmesi ve içeriğine müdahale edilememesi nedeniyle ön ödemeli konut satış sözleşmeleri uygulamada daha çok taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılmaktadır<sup>43</sup>. Bu tür sözleşmelere resmîyet verecek makam ise noterlerdir (NK m. 89)<sup>44</sup>.

Resmî şekilde yapılmayan taşınmaz satış sözleşmelerinin yaptırımı hakim görüşe göre kesin hükümsüzlüktür<sup>45</sup>. Öte yandan tapu harcı ve noter masraflarının yüksek olması ve bu tür masrafların tüketicilere yükletilmesi karşısında uygulamada ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin adi yazılı şekilde yapıldığına sıklıkla rastlanılmaktadır<sup>46</sup>. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu resmî şekilde yapılmayan sözleşmelerin satıcı tarafından tüketicinin aleyhine olacak şekilde geçersiz olduğunun ileri sürülemeyeceğini hükme bağlamıştır (TKHK m. 41/1/c. 2). Diğer bir deyişle şekle aykırılığı sadece tüketici ileri sürebilmektedir<sup>47</sup>.

## **II. MALVARLIĞINI ETKİLEYEN İŞLEMLER AÇISINDAN ÖN ÖDEMELİ KONUT SÖZLEŞMESİ**

Bir kişinin para ile ifade edilebilen bütün hak ve borçları o kimsenin malvarlığını oluşturur. Malvarlığının aktifinde alacak hakkı gibi haklar; pasifinde ise borçlar yer almaktadır. Malvarlığını etkileyen hukuki işlemler, borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Borçlandırıcı işlemler, yapan kişiyi borç altına sokarak malvarlığının pasifini arttırır. Tasarruf işlemleri ise malvarlığının aktifindeki bir hakkı bir başkasına devreden, sınırlayan, külfet yükleyen, değiştiren veya sona erdiren hukuki işlemlerdir<sup>48</sup>. Ön ödemeli konut

<sup>42</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 33-35; ÇABRİ, **Kongre**, s. 213- 214.

<sup>43</sup> ÇABRİ, **Kongre**, s. 213.

<sup>44</sup> Noterlik Kanunu (RG, 05.02.1972, S. 14090).

<sup>45</sup> OĞUZMAN/ M. Kemal/ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 163; NOMER, Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021, s. 68; BELEN, Herdem, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, Beta Basım, İstanbul, 2014, s. 62. Şekle uyulmamasının hangi hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu konusunda ileri sürülen farklı görüşler için bkz. EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 289-295; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. 1, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 309 vd.

<sup>46</sup> Bir görüşe göre sözleşmenin tapu kütüğüne şerh edilmesi tüketici lehine olduğundan şerh masraflarına tüketicinin katlanması gerekir. Bkz. ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 86; ÇABRİ, **Kongre**, s. 215.

<sup>47</sup> ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 87; ÇABRİ, **Kongre**, s. 216; ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 41.

<sup>48</sup> Malvarlığını etkileyen işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMEN/ BİLGİN YÜCE, s. 951-964; BELEN, s. 97 vd.

satış sözleşmeleri açısından borçlandırıcı işlem tapuda yapılan satış sözleşmesi veya noterde yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir; tasarruf işlemi ise konutun mülkiyetinin devrine yönelik tescil talebi sonrası tapu kütüğünde yapılan tescil işlemidir<sup>49</sup>.

Malvarlığının aktifinde yer alan mülkiyetin devrini talep etmeye yönelik alacak hakkı borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi gereğince sadece satıcıya karşı ileri sürülebilir. Satıcı borcunu ifa etmediği takdirde tüketici TMK m. 716 uyarınca tescile zorlama davası açabilir<sup>50</sup>. Taşınmaza ilişkin borçlandırıcı işlem yapılması malikin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Malik, ön ödemeli konut satış sözleşmesi yaptıktan sonra bağımsız bölümün mülkiyetini üçüncü bir kişiye devredebilir veya bağımsız bölüm üzerinde sınırlı ayni haklar tesis edebilir. Tüketicinin, malikin bu tür tasarruflarını engelleme yetkisi yoktur.

Aynı konuya ilişkin birden fazla borçlandırıcı işlem yapılması hukuken mümkündür ve bunların tümü geçerlidir<sup>51</sup>. Diğer bir deyişle satıcı aynı konutu farklı kişilere satmış ise bu satış sözleşmelerinin tümü geçerlidir ve bunlar arasındaki tarih sırasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Buradaki amaç alıcı/tüketici tarafı korumaktır. Söz konusu satış sözleşmeleri geçersiz kabul edilirse borca aykırılık hükümlerine başvurulamaz. Buna karşılık geçerli kabul edilmesi halinde alıcı borca aykırılık hükümleri uyarınca zararının tazminini talep edebilir<sup>52</sup>.

Borçlandırıcı işlem yapabilmek için borçlanma yetkisine sahip olmak gerekli değildir. Diğer bir deyişle malvarlığının aktifinde bulunmayan bir hak da satış sözleşmesine konu olabilir. Örneğin taşınmaz maliki ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapan yüklenici, bağımsız bölümlerin mülkiyeti henüz kendisine devredilmeden, bu bağımsız bölümleri ön ödemeli konut satış sözleşmesiyle tüketicilere geçerli bir şekilde satabilir. Fakat mülkiyet hakkına sahip olmadığı için tasarruf işlemi olan tapu kütüğünde mülkiyetin tescilini gerçekleştiremez. Geçerli bir tasarruf işlemi yapabilmek için ise satıcının tasarruf yetkisi olmalıdır<sup>53</sup>.

Aynı konuda birden fazla borçlandırıcı işlem yapan kişi, bu borçlarından dilediğini ifa edebilir. Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde ifa, mülkiyetin ve zilyetliğin devri yoluyla gerçekleşir. Konut üzerindeki mülkiyet hakkı, lehine tasarruf işlemi niteliğindeki tescilin yapıldığı alıcıya ait olur. Borçlandırıcı işlemlerden farklı olarak tasarruf işlemlerinde kıdeme itibar ilkesi hakimdir<sup>54</sup>. Diğer bir deyişle tarih bakımından önce yapılan işlem geçerlidir. Mülkiyeti hakkı

<sup>49</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 6.

<sup>50</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 37; ÇABRİ, **Kongre**, s. 238.

<sup>51</sup> ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 7; BELEN, s. 101; ÖZMEN/ BİLGİN YÜCE, s. 954.

<sup>52</sup> ÖZMEN/ BİLGİN YÜCE, s. 956.

<sup>53</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 6; ÖZMEN/ BİLGİN YÜCE, s. 960; BELEN, s.102.

<sup>54</sup> ÖZMEN/ BİLGİN YÜCE, s. 960; BELEN, s.103.

***KUTLU DOĞAR/ 7392 Sayılı Kanun ile Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesine İlişkin Yapılan Değişiklik Hakkında Düşünceler***

lehine tapu kütüğünde tescil edilen tüketiciye karşı, aynı konutu satın alan diğer tüketiciler herhangi bir hak ileri süremez. Onların muhatabı ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tarafı olan satıcıdır.

Satıcının bu tür işlemlerine karşı kendi hakkını güvence altına almak isteyen tüketici, noterde taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmesini tapu kütüğüne şerh ettirmelidir. Şerh, sözleşmeden doğan alacak hakkının, konut üzerinde sonradan hak kazananlara karşı da ileri sürülebilmesini sağlar. Şerh edilebilecek sözleşmelerden doğan haklar sınırlı sayıdadır (numerus clausus). TMK m. 1009 hükmünde sayılan bu haklardan biri de taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan nisbi haktır.

Tapu Sicili Tüzüğü'ne göre taşınmaz satış vaadinden doğan hakkın şerhi için noterce düzenlenen sözleşme gerekmektedir (m. 47/1/c)<sup>55</sup>. Diğer bir deyişle noterde taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmeleri tapu kütüğüne şerh edilebilir Buna karşılık adi yazılı şekilde yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmeleri için şerh imkânı yoktur<sup>56</sup>.

Şerh talebinde bulunabilmek için tarafların anlaşması gerekli değildir<sup>57</sup>. Tüketici resmi şekilde düzenlenen ön ödemeli konut satış vaadi ile tek taraflı olarak tapu müdürlüğünde şerh talebinde bulunabilir. Zira TK m. 26/8 hükmüne göre “...noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ...taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir”. Bununla birlikte tapu müdürlüklerinin hatalı uygulaması sonucu şerh talebinde bulunabilmek için taşınmaz malikinin şerh talebinde bulunması gerektiği dayatılmaktadır<sup>58,59</sup>. Sözleşmenin şerhi satıcının aynı zamanda taşınmazın maliki olduğu hallerde mümkündür<sup>60</sup>. Satıcı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile alacaklı olduğu bağımsız bölüme ilişkin ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapmışsa satıcı ile malik farklı kişiler olduğundan sözleşme şerh edilemez<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> RG, 17.08.2013, S. 28738.

<sup>56</sup> ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 88; ÇABRİ, **Kongre**, s. 216. Bir görüşe göre ön ödemeli konut satış sözleşmesi şerh edilmemiş/adi yazılı şekilde yapılmış olsa bile tüketici, yüklenicinin banka lehine tesis ettirdiği ipoteği terkin ettirebilir. Bankaların ağırlaştırılmış özen yükümlülükleri vardır ve kredi verdikleri tacirlerin ticari faaliyetlerini, krediye konu taşınmazın satış sözleşmesine konu olup olmadığını üzerinde ipotek bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlüdürler. Bu yönde bkz. DÖNMEZ, Ünsal/ ŞAHİN, Hale, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Banka Lehine İpotek Tescilinin Tüketicieye Etkisi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 25, S. 4, s. 21 vd.

<sup>57</sup> ÇABRİ, **Kongre**, s. 215.

<sup>58</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 39.

<sup>59</sup> Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde şerhin süresi 5 yıl ile sınırlandırılmıştır (Tapu K. m. 26/9).

<sup>60</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 40.

<sup>61</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 39-40.

Şerhin eşyaya bağlı borç ve munzam etki olmak üzere iki etkisi bulunmaktadır<sup>62</sup>. Şerhin eşyaya bağlı borç etkisine göre şerh edilmiş nisbi hakkın kullanılması sırasında taşınmaz kim malikse, bu kişi kurulan borç ilişkisinin tarafı olur<sup>63</sup>. Örneğin ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapıp tapu kütüğüne şerh edildikten sonra, satıcı konutu üçüncü bir kişiye satıp mülkiyetini devretmiş ise, alıcı/tüketici şerhin verdiği yetkiyle TMK m. 716 hükmüne dayalı tescilli talep hakkını yeni malike karşı ileri sürebilir<sup>64</sup>. Şerhin munzam etkisi ise taşınmaz üzerinde sınırlı aynı haklar veya şerhe konu nisbi haklar tesisinde gündeme gelmektedir. Ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapıp şerh edildikten sonra, satıcı malik konut üzerinde ipotek ve kira şerhi tesis etmiş olabilir. Konutun mülkiyeti alıcı/tüketici adına tescil edildikten tüketici şerhin sağladığı munzam etkiyle bu ipotek ve kira şerhini terkin ettirebilir<sup>65</sup>.

Noter masraflarının ve tapu harçlarının yüksek olması nedeniyle ön ödemeli konut satış sözleşmeleri çoğunlukla adi yazılı şekilde yapılmaktadır ve tapu kütüğüne şerh edilmemektedir. Bu tür sözleşmelerin geçersizliğinin satıcı tarafından ileri sürülebilmesi tüketicilerin korunması açısından yeterli bir tedbir değildir.

Adi yazılı ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin tapu kütüğüne şerhi edilip edilemeyeceğine ilişkin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bir görüşe göre adi yazılı ön ödemeli konut satış sözleşmesinin şerh edilebilmesi için dava açılmalı ve mahkeme aracılığıyla şerh talebinde bulunulmalıdır<sup>66</sup>. Mevcut yasal düzenlemeler karşısında bu görüş benimsenebilir de tüketicilerin korunması açısından bu konuda yasal düzenleme yapılması kanaatimizce daha doğru olur. Bu nedenle de lege ferenda önerimiz resmi veya adi yazılı şekilde yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmelerinden kaynaklanan hakların şerhinin zorunlu olduğunun

---

<sup>62</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Güncellenmiş ve Eklmeler Yapılmış 22. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 286-288; SİRMEN, A. Lâle, **Eşya Hukuku**, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 225 vd.; GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1984, s. 278 vd.; HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 436 vd.; ERTAŞ, Şeref/CUMALIOĞLU, Emre/SERDAR, İlknur, **Eşya Hukuku**, 15. Bası, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2020, s. 172 vd.

<sup>63</sup> Borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan nisbilik ilkesi gereğince; sözleşme, ancak sözleşmenin taraflarını borç altına sokar. Fakat bazen bir kimse borçlanma yolunda bir irade beyanında bulunmadığı halde sadece bir malın maliki olduğu için bir borçla yükümlü olmaktadır. Böyle durumlarda borç eşya üzerindeki mülkiyet hakkına bağlıdır ve borçlu, borcun bağlı olduğu eşyanın malikidir. Eşya, borçluyu tespit etmek bakımından bir araçtır. Eşyaya bağlı borç kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREL, Şafak, **Eşyaya Bağlı Borç**, 100. Doğum Yılında Atatürk'e Armağan Dizisi 33, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1982; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 225; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 279; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 172.

<sup>64</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 39; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 226; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 172.

<sup>65</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 39; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 280; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 172.

<sup>66</sup> ÇABRİ, Teslim, dk. 24.

düzenlenmesidir. Tapu müdürlüğüne yöneltilecek şerh talebinin satıcılara bir yükümlülük olarak yükletilmesi ve bu yükümlülük yerine getirilmediği sürece ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tamamlanmış sayılmayacağı ve satıcıların bedele hak kazanamayacağı yönündeki bir kanun değişikliğinin tüketicilerin korunması açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Öte yandan resmi şekilde yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin harçtan muaf tutulması veya en azından harç miktarlarının düşürülmesi de gerekir.

### **III. SATICININ KONUTU TESLİM BORCUNA İLİŞKİN YENİ DÜZENLEME VE ELEŞTİRİSİ**

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ön ödemeli konut satışında devir veya teslim süresinin sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemeyeceği düzenlenmiştir (TKHK m. 44/c. 1)<sup>67</sup>. Öğretide hükümdeki “*devir veya teslim*” ifadesinin hatalı olduğu, “*veya*” bağlacının “*ve*” şeklinde okunması gerektiği ve “*teslim*” yerine “*zilyetliğin devri*” ifadesinin kullanılması gerektiği belirtilmiştir<sup>68</sup>. Satıcı eksiksiz ve ayıpsız olarak konutun zilyetliğini tüketiciye devretmek zorundadır<sup>69</sup>. Bu süre içinde hem konutun mülkiyetinin hem de zilyetliğinin devredilmesi gerekir. Sadece mülkiyetin veya sadece zilyetliğin devri ifa için yeterli değildir<sup>70</sup>.

7392 sayılı Kanun<sup>71</sup> ile getirilen yeni düzenlemeye göre: “*Ön ödemeli konutun sözleşmede taahhüt edilen süre içerisinde tüketiciye teslim edilmesi zorunludur. Bu süre her halükârda sözleşme tarihinden itibaren kırk sekiz ayı geçemez*”<sup>72</sup>. Yürürlükteki düzenlemeden farklı olarak “*devir veya teslim*” yerine sadece “*teslim*” ifadesine yer verilmiştir. Madde bu haliyle tapu kütüğünde devir yapılmadan sadece konutun teslim edilmesi (zilyetliğin devri) ile satıcının borcunun ifa edilmiş sayılacağı intibahını uyandırmaktır. Hükümde konutun teslimi ile mülkiyetin de devredilmesi gerektiği şeklinde bir ifadeye yer verilmesi kanaatimizce daha doğru olurdu. Bu haliyle hükmün amaca göre yorumu

<sup>67</sup> Süre sözleşmenin kurulduğu andan itibaren başlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 127-129; ÇABRİ, **Kongre**, s. 236-237.

<sup>68</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 24, 32, 52; ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 128; ÇABRİ, **Kongre**, s. 236; DOĞAR, **Ön Ödemeli**, s. 213; MAKARACI, s. 241. Bir görüşe göre tüketiciye oturulabilir bir konutun zilyetliğinin nakli ile teslim borcu ifa edilmiş sayılır. Bundan sonraki aşamada ayıp hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu yönde bkz. ATAMER, s. 250.

<sup>69</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 32.

<sup>70</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 52.

<sup>71</sup> RG, 01.04.2022, S. 31796.

<sup>72</sup> 7392 sayılı Kanun'un 19. maddesine göre bu hüküm 22.10.2022 tarihinde yürürlüğe girecektir.



neticesinde teslim, konutun mülkiyetinin ve zilyetliğinin devri şeklinde anlaşılmalıdır<sup>73</sup>.

Mülkiyetin devri ile zilyetliğin devrinin aynı anda yapılması gerekli değildir. Tapu müdürlüğünde mülkiyet devredildikten sonra zilyetliğin devri daha sonraki bir tarihte de yapılabilir<sup>74</sup>. Bunun tersine zilyetlik devredilmiş olmasına rağmen tapuda mülkiyet devredilmemiş olabilir. Mülkiyetin veya zilyetliğin devrinde, bunlardan hangisi sonraki tarihte yapılmışsa, o tarihte satıcının borcunu ifa ettiği kabul edilmelidir<sup>75</sup>. Belirlenen sürede mülkiyet ve zilyetlik devredilmemiş ise satıcının temerrüde düştüğü kabul edilmelidir. Bu halde tüketici aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebileceği gibi, aynen ifadan vazgeçip müspet zararlarının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararlarının tazminini talep edebilir<sup>76</sup>. Tüketicinin bu haklardan hangisini seçmesi gerektiği her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir<sup>77</sup>.

Teslimin konusu kat mülkiyeti konu bağımsız bölümlerdir. Kat irtifakına konu bağımsız bölümler ön ödemeli konut satış sözleşmesine konu edilebilirse de bu sözleşmeden doğan teslim borcunun ifası için kat mülkiyetinin kurulması veya kat mülkiyetine geçilmesi gerekmektedir. Bu açıdan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 44/1/c. 2 hükmü yanıltıcıdır. Anılan düzenlemeye göre, “*Kat irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte zilyetliğin devri halinde de devir ve teslim yapılmış sayılır*”<sup>78</sup>. Kat irtifakına konu bağımsız bölümün mülkiyetinin ve zilyetliğinin devri satıcının borcunu ifa etmiş sayılması için yeterli kabul edilmemelidir; çünkü kat mülkiyetine ancak yapı kullanma izin belgesi olan yapılar geçebilir. Bu belgenin alınabilmesi için bağımsız bölümün projeye uygun inşa edilmesi ve projeye aykırılıkların bulunmaması gerekir. Kat irtifakı ve zilyetliğin devrinin satıcının borcunu ifa etmiş sayılması için yeterli olduğunun kabulü tüketici aleyhinedir. Çünkü bu halde yapı kullanma izin belgesinin alınabilmesi için projeye aykırılıkları projesine uygun hale getirme yükümlülüğü tüketiciye yükletilmiş olur<sup>79</sup>. Bu nedenle gereği gibi ifadan söz

<sup>73</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 50; ÇABRİ, **Kongre**, s. 236; DOĞAR, **Ön Ödemeli**, s. 213.

<sup>74</sup> ÇABRİ, **Kongre**, s. 213.

<sup>75</sup> ÇABRİ, **Teslim**, dk. 32.

<sup>76</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇABRİ, **Külliyyat**, s. 131 vd.; ÇABRİ, **Kongre**, s. 238; ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 57-59; DOĞAR, **Ön Ödemeli**, s. 212.

<sup>77</sup> ÇABRİ, **Teslim**, dk. 40 vd.

<sup>78</sup> Hükme yönelik eleştiriler için bkz. ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 53-54.

<sup>79</sup> DOĞAR, **Ön Ödemeli**, s. 216-217. Bir görüşe göre kat irtifakı tapusu ve zilyetlik devredilmiş olsa bile, projeye aykırılık nedeniyle yapı kullanma izin belgesi alınması mümkün değilse satıcının, satılan konutun hukuki ayıbından sorumlu olmaya devam eder ve TKHK m. 8-12 arasındaki hükümler uygulama alanı bulur. Bu yönde bkz. ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU’ s. 54. Yazarlara göre sadece yapı kullanma izin belgesinin alınması da yeterli değildir. Konut, teknik şartnameye ve sözleşmedeki koşullara uygun olarak imal edilmiş olmalıdır. Konut satışının ifa edilmiş olması için kat irtifakının tescilinin yeterli görülmesi ve yapı kullanma izin belgesine ilişkin sorunu çözecek önlemlerin düzenlenmemiş olması büyük bir eksiklik olduğu yönünde bkz.

## ***KUTLU DOĞAR/ 7392 Sayılı Kanun ile Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesine İlişkin Yapılan Değişiklik Hakkında Düşünceler***

edebilmek için bağımsız bölümün kat mülkiyetine geçirilmiş olması gerekir, fakat bu da yeterli sayılmamalı sözleşmedeki koşullara uygun bir konutun teslim edilmesi aranmalıdır<sup>80</sup>.

Hükümde yapılan bir diğer değişiklik ön ödemeli konut satışında teslim süresinin otuz altı aydan kırk sekiz aya çıkarılmasıdır<sup>81</sup>. Bu değişiklik inşaat şirketleri ve TOKİ lehine yapılan bir düzenlemedir; fakat kanunun gerekçesinde sanki tüketici lehine getirilmiş bir düzenlememiş gibi yansıtılmaktadır. Teslim süresinin uzatılması kirada oturan tüketiciler için bir yıl daha kira ödemek zorunda kalacakları anlamına gelmektedir. Bu kira bedellerinin temerrüde düşen satıcıdan fiili zarar olarak talep edilebilmesi için, yeni düzenlemeye göre sözleşme tarihinden itibaren kırk sekiz ay içinde teslimin yapılmaması gerekir. Diğer bir deyişle eski düzenlemede otuz altı ay geçtikten sonra ödenen kira bedelleri fiili zarar olarak satıcıdan talep edilebiliyorken artık talep edilemeyecek ve tüketici bir yıl fazladan ödemek zorunda kaldığı kira bedelini kendisi karşılamak zorunda kalacaktır. Böylesi bir değişikliğin tüketiciler lehine getirilmiş gibi gösterilmesi yanıltıcıdır.

Gereğede teslim süresinin ihlal edilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığından teslim süresine uyulmasının zorunlu hale getirildiği ifade edilmiştir; fakat herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Yaptırım öngörülmeyen teslim süresine ilişkin yapılan değişiklik bu haliyle temenniden öte bir anlam taşımamaktadır.

## **SONUÇ**

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için resmi şekilde düzenlenmeleri gerekir. Genel hükümlere göre şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük olsa da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre sözleşmenin geçerli şekilde yapılmadığını sadece tüketici ileri sürebilir. Bu nedenle adi yazılı şekilde yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmeleri de tüketici tarafından hükümsüzlük ileri sürülmediği sürece geçerli kabul edilmektedir.

---

SİRMEN, Lâle, “Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi”, **THD**, Y. 2014, C. 9, S. Özel Sayı, s. 157.

<sup>80</sup> ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 50 vd.

<sup>81</sup> 7392 sayılı Kanun'un 6. maddesinin gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “*Kanunda ön ödemeli konutların azami teslim süresi belirlenmesine karşın sözleşmede belirlenen teslim süresinin ihlal edilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumun, tüketicilerinin ekonomik çıkarımı zedelediği, tüketicinin satın alma kararını etkilediği ve haksız ticari uygulamaya neden olduğundan değerlendirildiğinden, 6502 sayılı Kanunun 44 üncü maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikler sözleşmeden belirlenen teslim tarihine uyulması zorunlu hale getirilmektedir. Diğer taraftan, büyük ölçekli ön ödemeli konut projelerinde inşaatın tamamlanması çok uzun süreler alabildiği için ön ödemeli olarak tüketicilere satılan konutun azami teslim süresi kırk sekiz aya çıkarılmaktadır*”.

Uygulamada bu tür sözleşmeler noter masraflarının ve tapu harçlarının yüksek olması nedeniyle çoğunlukla adi yazılı şekilde yapılmaktadır. Fakat adi yazılı sözleşmelerin şerh imkânı olmadığından tüketiciler yeterli derecede korunamamaktadır. Bu tür sözleşmelerin geçersizliğinin satıcı tarafından ileri sürülebilmesi tüketicilerin korunması açısından yeterli değildir.

De lege ferenda önerimiz resmi veya adi yazılı şekilde yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin şerhinin zorunlu olduğu yönünde yasal düzenleme yapılmasıdır. Tapu müdürlüğüne yöneltilecek şerh talebinin satıcılara bir yükümlülük olarak yükletilmesi ve bu yükümlülük yerine getirilmediği sürece ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tamamlanmış sayılmayacağı ve satıcıların bedele hak kazanamayacağı yönündeki bir kanun değişikliğinin tüketicilerin korunması açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Öte yandan resmi şekilde yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmeleri harçtan muaf tutulmalı veya en azından harç miktarları düşürülmelidir.

Teslim süresinin otuz altı aydan kırk sekiz aya çıkarılmasına yönelik değişiklik tamamen inşaat şirketleri lehine yapılan bir düzenlemedir, fakat kanunun gerekçesinde sanki tüketici lehine getirilmiş bir düzenlemeymiş gibi yansıtılmaktadır. Gerekçede teslim süresinin ihlal edilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığından teslim süresine uyulmasının zorunlu hale getirildiği ifade edilmiştir, fakat herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Yaptırım öngörülmeyen teslim süresine ilişkin değişiklik bu haliyle temenniden öte bir anlam taşımamaktadır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, Akipek Şerhi, **Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Özlem TÜZÜNER, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016.

ASLAN, İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2014.

**KUTLU DOĞAR/ 7392 Sayılı Kanun ile Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesine İlişkin Yapılan Değişiklik Hakkında Düşünceler**

ATAMER, Yeşim M., **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

AYDOĞDU, Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

BELEN, Herdem, “Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları”, **İBD**, Y. 2014, C. 88, S. 2014/1, s. 89-114.

BELEN, Herdem, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, Beta Basım, İstanbul, 2014.

ÇABRİ, Sezer, **Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları**, C. 2, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Ali Suphi KURŞUN, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 67-133 (**Külliyyat**).

ÇABRİ, Sezer, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, 4. Tüketici Hukuku eresi**, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Fehim ÜÇİŞİK, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 205-240 (**Kongre**).

ÇABRİ, Sezer, **Ön Ödemeli Konut Satışında Konutun Teslim Edilmemesi ve Sonuçları**, www.hukukegitim.com (Çevrimiçi) E.T.10.04.2022 (Teslim).

DOĞAR, Mehmet, **Ön Ödemeli Konut Satışı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (**Ön Ödemeli**).

DOĞAR, Mehmet, “Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı Açısından TKHK Hükümlerinin Uygulanması Sorunu”, **YBHD**, Y. 2021, S.1, s. 305-326 (Karma Kullanım).

DÖNMEZ, Ünsal/ ŞAHİN, Hale, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Banka Lehine İpotek Tescilinin Tüketicieye Etkisi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 25, S. 4, s. 3-26.

EREL, Şafak, **Eşyaya Bağlı Borç**, 100. Doğum Yılında Atatürk’e Armağan Dizisi 33, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1982.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

ERTAŞ, Şeref/ CUMALIOĞLU, Emre/ SERDAR, İlknur, **Eşya Hukuku**, 15. Bası, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2020.

GÜRSOY, Kemal T./ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1984.

HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

HAVUTÇU, Ayşe, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, **THD**, Y. 2014, C. 9, S. Özel Sayı, s. 8-19

İNAL, Tamer, “Tüketici Hukuku’nda, Tüketim Malı-Yatırım Malı Ayrımının Gerekliliği”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015**, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Fehim ÜÇİŞİK, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 161-199 (**Tüketim Malı**).

İNAL, Tamer, İnal Şerhi, **Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Özlem TÜZÜNER, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016 (**Milli Şerh**).

KARAKOCALI, Ahmet/ KURŞUN, Suphi, **Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)**, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2015.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. 1, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

MAKARACI, Aslı, 6502 Sayılı Kanun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar)**, Derleyen Murat İNCEOĞLU, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.239-259.

NOMER, Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 22. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

**KUTLU DOĞAR/ 7392 Sayılı Kanun ile Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesine İlişkin Yapılan Değişiklik Hakkında Düşünceler**

ÖZ, Turgut, İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları**, C. 2, Ed. Hakan TOKBAŞ/ Ali Suphi KURŞUN, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 203-229.

ÖZMEN, E. Sabâ, **Devre Mülk Hakkı**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1988 (**Devre Mülk**).

ÖZMEN, E. Sabâ, “Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler”, **İBD**, Y. 2012, C. 86, S. 4, s. 42-54 (Tapu Daireleri).

ÖZMEN, E. Sabâ/ KIR, Hafize, **Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi** (5711/5912 sayılı Kanunlar), Barış Matbaası, İstanbul, 2010.

ÖZMEN, E. Sabâ/ BİLGİN YÜCE, Melek, “Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Taniyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C. 2, Beta Basım, İstanbul, 2001, s. 951-997.

ÖZMEN, E. Sabâ/ ŞENGÜL, Mehmet, **Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ÖZMEN, E. Sabâ/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

SİRMEN, Lâle, “Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi”, **THD**, Y. 2014, C. 9, S. Özel Sayı, s. 156-162 (Tüketicinin Korunması).

SİRMEN, A. Lâle, **Eşya Hukuku**, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (**Eşya Hukuku**).

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, **Ön Ödemeli Konut Satışlarına İlişkin Kanun Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri**, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020, s. 24, (Çevrimiçi) [www.hukukegitim.com](http://www.hukukegitim.com), E.T. 10.04.2022.

# YARGITAY KARARLARI IŞIĞI ALTINDA ORMAN SINIRLARI DIŞINA ÇIKARILAN ARAZİLERDE (2/B) KULLANIM KADASTRO TUTANAĞININ DÜZELTİLMESİ

Cüneyt PEKMEZ\*

## Öz

Kullanım kadastro tutanağı, orman vasfının yitiren ve bu nedenle orman sınırları dışına çıkarılmış taşınmazların kullanıcılarının belirlenmesi amacıyla düzenlenen tutanaktır. Kullanım kadastro tutanağına konu olan taşınmazlar, genel olarak, daha önce kadastro faaliyeti sonucunda tapuya tescil edilmemiş taşınmazlardır. Bu taşınmazlar 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun 2/B uygulamasıyla orman sınırları dışına çıkarıldıktan sonra tapuya kaydedilip Hazine adına tescil edilerek özel mülkiyete tabi kılınmaktadır. Hazine adına tescil edilen bu yerler, 6292 Sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ile Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun'da belirtilen şartların sağlanması halinde kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak belirlenen kişilere Hazine tarafından satılabilmektedir. Kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak belirtilmenin bu önemi haiz olması, o yerin asli zilyedi olan kullanıcılar ile kullanım kadastro tutanağında herhangi bir sebeple kullanıcı olarak belirtilen kişilere karşı düzeltme davasının açılmasına neden olmaktadır. Bu davada Kadastro Kanunu Ek madde 4'e dayanılarak 2/B vasıflı taşınmaza ilişkin kullanım kadastro tutanaklarının düzeltilmesi davasında, yeri kimin hangi zamandan beri kullanıldığına bakılacaktır. Çalışmamız kapsamında 6831 Sayılı Kanun'un 2/B maddesi uyarınca orman sınırları dışına çıkarılan ve Hazine adına kaydedilen yerlerde Kadastro Kanunu'nun ek-4. maddesi uyarınca hazırlanan kullanım kadastrosu tutanağındaki kullanıcı kayıtlarının düzeltilmesi davasının Yargıtay Kararları çerçevesinde incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda kullanım kadastro tutanağının düzenlenmesinin hukuki temeli, kullanıcı olarak belirtilmenin önemi ve kullanım kadastro tutanağında yer alan kullanıcı kaydının düzeltilmesi davalarında Yargıtay'ın aradığı kriterler incelenecek ve bu çerçevede

---

\* Dr. Öğretim Üyesi; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı;  
ORCID: 0000-0001-7703-440X; cpekmez@istanbul.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 06.06.2022

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 06.08.2022

Bu makaleye atıf için; PEKMEZ Cüneyt, "Yargıtay Kararları Işığında Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Arazilere (2/B) Kullanım Kadastro Tutanağının Düzeltilmesi, **İMHFD**, C. 7, S. 13, 2022, s. 541-564.

İlgili kararların yerindeliği tartışılmak suretiyle, kullanıcı kaydının düzeltilmesi davasının teorik çerçevesi belirlenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** *2/B, orman, kadastro, kullanıcı, beyan, kullanım kadastro tutanağı, kullanıcı kaydının düzeltilmesi, kullanım kadastrasına itiraz*

## **IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE COURT OF JURISDICTION, THE CORRECTION OF THE USE CADASTRE REPORT ON THE LANDS (2/B) CLASSIFIED OUT OF THE FORESTLAND**

### **Abstract**

The use cadastral report is the report prepared for the purpose of determining the users of the immovable properties that have lost their forest quality and have therefore been taken out of the forest boundaries. The immovables subject to the use cadastral record are generally immovables that have not been registered in the title deed as a result of the cadastral activity before. After the 2/B application in term of Forest Code, these immovables are registered in the title deed and registered in the name of the Treasury and are subject to private ownership. These places, which are registered in the name of the Treasury, can be sold by the Treasury to persons determined as users in the cadastral record of use, provided that the relevant conditions are met in terms of Code on Supporting the Development of Forest Villagers, Evaluation of Areas Taken Out of the Forest Boundaries on behalf of the Treasury and Sale of Agricultural Lands Owned by the Treasury. The fact that it is important to be specified as a user in the cadastral record of use causes a correction lawsuit to be filed against the person who are specified as users for any reason in the usage cadastral record. Within the scope of our study, it is aimed to examine the case of correction of user records in the usage cadastre report prepared within the framework of court decisions.

**Keywords:** *2/B, forest, cadastre, user, report, The usage cadastral report, the correction of the user record, objection to the use cadastre*

### **I. GENEL OLARAK**

Kullanım kadastro tutanağı, orman vasfını yitiren ve bu nedenle orman sınırları dışına çıkarılmış taşınmazların kullanıcılarının belirlenmesi amacıyla düzenlenen tutanak olup, mülkiyet hakkının tespitine ilişkin kadastro tutanaklarından ayrılmaktadır<sup>1</sup>. Orman niteliğini yitirmiş 2/B'e tabi taşınmazların mülkiyeti

---

<sup>1</sup> Yar. HGK. E. 16-2439, K. 1144, 5. 10. 2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): "...Kullanım kadastrosu sırasında, hakkında kullanım kadastrosu tespit tutanağı düzenlenen taşınmazların beyanlar hanesinde yer alan ya da alması gereken kullanıcı ve muhdesat şerhlerine ilişkin olarak



Hazine adına tescil edildiğinden, kullanım kadastro tutanağının düzenlenmesinde veya sonradan tutanakla ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda mülkiyet hakkı tartışılmaz, mülkiyet hakkına ilişkin herhangi bir değerlendirme söz konusu olmaz. Bu hususun ayrıntılarına girmeden önce kullanım kadastro tutanağının düzenlenmesinde önem arz eden ilgili hukuki düzenlemelere bakmak, kullanım kadastro tutanağının amacının belirlenmesine yardımcı olacaktır.

Kullanım kadastro tutanağının konusu olan taşınmazlar, orman niteliğini yitiren ve bu nedenle orman sınırları dışına çıkarılan taşınmazlar olduğundan öncelikle 2/B uygulamasının hukuki dayanağını teşkil eden 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun incelenmesi gerekmektedir. 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun 2. maddesine göre;

“ ...

*B) 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş yerlerden; tarla, bağ, bahçe, meyvelik, zeytinlik, fındıklık, fıstıklık (antep fıstığı, çam fıstığı) gibi çeşitli tarım alanları veya otlak, kışlak, yaylak gibi hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler ile şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerleşim alanları,*

*Orman sınırları dışına çıkartılır*

*Orman sınırları dışına çıkartılan bu yerler Devlete ait ise Hazine adına, hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ise bu müesseseler adına, hususi orman ise sahipleri adına orman sınırları dışına çıkartılır...”*

Hükümden anlaşılacağı üzere, kadastro tespiti sırasında orman niteliğini kaybettiği belirlenen<sup>2</sup> ve tarım ve hayvancılık gibi amaçlarla kullanımında yarar

---

*askı ilan süresi içinde kadastro mahkemesinde, askı ilanından sonra ise genel mahkemelerde kullanım kadastrasına itiraz davası açılmasının mümkün olduğu hususu tartışmasıdır. Kadastro mahkemelerinde askı ilanı içinde 3402 Sayılı Kanun'un Ek 4. maddesi gereğince açılacak davalar kullanıcı şerhine ilişkin olup, söz konusu taşınmazın mülkiyeti Hazineye ait olduğundan mülkiyet hakkı bakımından değerlendirme yapılması mümkün değildir...”*

<sup>2</sup> Orman sınırı dışına çıkarma kavramının öncesi orman olup, orman vasfını yitirmiş yerler için kullanılması gerektiği, yerin önceden orman olmadığı durumda bu halde çıkarmadan bahsedilemeyecek, sadece orman olmadığının tespitiyle yetinileceği yönünde isabetli değerlendirme için bkz. BÜYÜKAY, Yusuf “Öncesi Orman Olmayan Arazilerin Orman (Rejimi) Dışına Çıkarılması Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2016 S. 3, s. 540.

Taşınmazın orman vasfını yitirip yitirmediği, 2021 tarihli 28473 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Orman Kadastro ve 2/B Uygulama Yönetmeliği m.5'e göre Orman Genel Müdürlüğü'nce oluşturulacak komisyon tarafından belirlenmektedir. Yönetmeliğin yürürlüğe girişinden önce 6831 Sayılı Orman Kanunu m. 7 vd.'ye göre, orman sınırı dışına çıkarma faaliyetleri orman kadastro komisyonu tarafından yapılmakta idi. Bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybedip kaybetmediğinin tespitinin orman kadastro komisyonu tarafından yapılmasının uygun olmayacağı yönünde eleştiriler ileri sürülmüştü bkz. ÇAĞLAR, Yücel “ 2/B Olgusunun

olduğu tespit edilen yerler orman sınırları dışına çıkartılmaktadır<sup>3</sup> Ormanların kadastro faaliyeti sırasında tespit dışı bırakılmasına rağmen, orman vasfını yitiren ve bu nedenle tespit dışı bırakılmayıp, kadastro faaliyeti sırasında tespit edilen bu yerler, özel mülkiyete tabi olma statüsünü korumakta, mülkiyet hakkı Hazine adına tespit edilerek, Hazine adına tapu kütüğüne tescil edilmektedir. Bu nedenle kullanım kadastro tutanağına konu olan taşınmazların mülkiyeti Hazineye ait olmakta, bu taşınmazlar, üzerinde Hazine'nin tasarruf edebileceği, özel mülkiyete tabi olabilecek bir statüye kavuşmaktadır<sup>4</sup>. Kullanım kadastro tutanağına konu bu taşınmazlar, genel olarak, daha önce kadastro faaliyeti sonucunda tapuya tescil edilmemiş taşınmazlar olup<sup>5</sup>, 2/B uygulaması sonrası, tapuya kaydedilip, özel mülkiyete tabi kılınmaktadır.

Özel mülkiyete tabi olan ve mülkiyet hakkı Hazine adına tescil edilen bu yerler, ilgili şartların sağlanması halinde kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak belirlenen kişilere Hazine tarafından satılabilmektedir. 6292 Sayılı *Orman*

---

Tarihsel ve Nesnel Boyutları”, **Orman Kadastro ve 2/B Sorunu Sempozyumu**, 17-18 Eylül 2004, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası İstanbul Şubesi, İstanbul, 2005, s. 37; taşınmazın orman vasfına sahip olup olmadığı, orman vasfına daha önce sahip olmuş ise bu vasfı yitirip yitirmediğinin tespiti hususunda komisyonun yeterli uzmanı barındırması yeterlidir. Uzman bilim ve fen bakımından ilgili yerin orman niteliğini tam olarak kaybedip etmediğini belirleyebilecektir. Yönetmelik m.5’de komisyona girecek üyelerin yeterliliğine ilişkin çeşitli kistaslar aranmaktadır.

<sup>3</sup> Hükümde sayılan bu niteliklerin tanımı Orman Kadastro ve 2/B Uygulama Yönetmeliği m.24 vd.’nda yapılmaktadır. Yönetmelik m.24’de “bilim ve fen bakımından orman niteliğini kaybetme” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre; 31/12/1981 tarihinden önce üzerinde ağaç ve ağaççık toplulukları bulunmayan, ormancılık faaliyetleri ve ekonomisi yönünden orman kurulmasında yarar olmayan yerler bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş sayılır. Aynı şekilde Yönetmelik m.25’de göre tarım arazisi, 26. maddede hayvancılıkta kullanılmasında yarar olan yerler, 27. maddede köy yerleşim alanı, 28. maddede kasaba ve şehir yerleşim alanı, 28. Maddede ise “31/12/1981 tarihinden önceki durumun tespit edilmesi” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir.

<sup>4</sup> BAŞPINAR, Veysel “Orman Sınırının Dışına Çıkarılan Yerlerin Hukuki Durumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1999 S. 1, s. 201.

<sup>5</sup> Daha önce tapuya kaydedilmesine rağmen, orman niteliği nedeniyle tapu kütüğünden çıkarıldığı ancak daha sonra orman kadastro sırasında bu yerin orman niteliğini kaybettiğinin anlaşıldığı taşınmazlar, kullanım kadastro tutanağı uygulamasına tabi değildir. Bu taşınmazların mülkiyetinin Hazine’ye değil, tapuya kayıtlı olduğu dönemde malikleri adına tescil edilmesi gerektiği, 2/B uygulamasıyla Hazine adına tescil düzenlemesi eleştirilmektedir. (Bu eleştiri için bkz. GÜNEŞ, Yusuf, **Orman ve Arazi Mülkiyeti Uyuşmazlıkları**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 255.) Ancak 6292 Sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ile Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun m.7’de daha önce tapuya kayıtlı olan ancak 2/B uygulamasına tabi olduğu tapu kaydında belirtilen yerler ile taşınmazın orman olduğu gerekçesiyle tapusu iptal edilen ancak 2/B uygulamasına tabi olup Hazine adına tescil edilen taşınmazların, daha önce tapuda kayıtlı olan maliklerine iade edileceği düzenlenmiştir. Daha önce özel kanunlar gereği adlarına tapu kaydı oluşturulan kişilere de 6992 sayılı Kanun m. 7 b. (b)’e göre taşınmazlar iade edilecektir. Bu taşınmazlar için kullanım kadastro tutanağı düzenlenmez. Ayrıca bkz. AKİPEK Öcal, Şebnem / ÖCAL, Levent “Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılacak Yerlerin Değerlendirilmesi (2/B Alanlarının Durumu)”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Y. 2015 S.1, s. 62 vd.

*Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ile Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun* m. 6'a göre hak sahibi sıfatını haiz olan kişiler, Hazine'ye ait orman sınırı dışına çıkarılan taşınmazların kendilerine satışını talep edebilmektedir<sup>6</sup>.

Hazine'ye satış teklifinde bulunabilmenin şartlarından birisi kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak tespit edilip ilgili tapu kütüğünün beyanlar hanesinde kullanıcı olarak kaydedilmiş olmaktır.<sup>7</sup> Kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak belirtmenin bu önemi haiz olması, o yeri kullanan kullanıcılar ile kullanım kadastro tutanağında herhangi bir sebeple kullanıcı olarak belirtilen kişiler<sup>8</sup> arasında uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Çalışmamız kapsamında bu uyuşmazlıklarda ortaya çıkan kullanım kadastro tutanağında yer alan kullanıcı kaydının düzeltilmesi sorunun çözümüne çalışılacaktır. Bu nedenle öncelikle kullanım kadastro tutanağının hukuki dayanağını incelemek gerekir.

## **II. KULLANIM KADASTRO TUTANAĞININ DAYANAĞI: KADASTRO KANUNU EK MADDE 4 I**

3402 sayılı Kadastro Kanunu ek madde 4 I, kullanım kadastro tutanağının hukuki dayanağını teşkil etmektedir. Bu hüküm 27/01/2009 tarihli 27123 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5831 Sayılı Tapu Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 8<sup>9</sup> gereğince Kadastro Kanunu'na eklenmiştir. Hükme göre;

---

<sup>6</sup> Hak sahipliği ve satışa ilişkin diğer hususlar için bkz. ERTAŞ, Şeref "2/B Yasası Kime Hangi Hakkı Kazandırıyor?" *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 2012 S. 4, s. 17 vd.; KARSLI, Mücahit "Orman Alanlarının Sınırlandırılması ve 2/B Sorunu", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2013 S. 7, s. 113 vd. ; satış teklifinin içeriğine ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. EZER, Ali, "2/B Yasasındaki Yeni Düzenlemelere Ayrıntılı Bir Bakış, Değerlendirme ve Alternatif Öneriler", *Terazi*, Y. 2013 S. 80, s. 95 vd.

<sup>7</sup> Bu şekilde kullanıcı olarak kaydedilen kişiler bu yerin zilyetliğini bir başkasına devrederse, hak sahipliği sıfatı da devredilmiş olacağından, zilyetliği devralan, satın alma teklifini Hazine'ye yöneltebilecektir. Ancak zilyetlik devir sözleşmesinin Hazine'ye karşı hüküm ifade edebilmesi ve devralanın satın alma teklifinde bulunabilmesi için zilyetlik devir sözleşmesi noter tarafından düzenlenmelidir. Bu hususun dayanağını teşkil eden 6292 Sayılı Kanun m. 5 b. 10'a göre; hak sahibi olunmasında kanuni halefiyet, hak sahibinin veya mirasçılarının bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra noter tarafından düzenlenecek muvafakatname vermeleri hâlinde ise akdî halefiyet hükümleri geçerlidir.

<sup>8</sup> Herhangi bir kullanıcının varlığının tespit edilemediği durumda da, kullanıcı iddiasıyla ilgili kişiler bu tespite karşı kadastro tutanağının düzeltilmesi davası açabilmektedir. Bu dava Hazineye karşı açılabilir.

<sup>9</sup> İlgili maddenin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali talep edilmiş, ancak maddenin birinci fıkrası bakımından Anayasa Mahkemesi bu talebi reddetmiştir. Karar ve ilgili gerekçe için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 12/5/2011 tarihli ve E.: 2009/24, K.: 2011/75 sayılı Kararı (RG. 23. 07. 2011 S. 28003 )

*“6831 sayılı Orman Kanununun 20/6/1973 tarihli ve 1744 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesi ile 23/9/1983 tarihli ve 2896 sayılı, 5/6/1986 tarihli ve 3302 sayılı kanunlarla değişik 2 nci maddesinin (B) bendine göre orman kadastro komisyonlarının Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerler, fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle, bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen askı ilanı hariç diğer ilanlar yapılmaksızın öncelikle kadastrosu yapılarak Hazine adına tescil edilir.”<sup>10</sup>*

Hükümdede görüleceği üzere, kullanım kadastro tutanağının hangi taşınmazlarda yapılacağı belirtilmiştir. Buna göre kullanım kadastro tutanağı orman sınır dışına çıkarılan 2/B uygulamasına konu olan taşınmazlar için düzenlenecektir. Yine hükme göre kadastro tutanağı düzenlenirken tutanağa konu 2/B vasıflı taşınmazların fiili kullanım durumları ile üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu, bu kişiler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı belirlenecektir. Taşınmaz üzerinde muhdesat bulunması, yani ev, ahır, hara gibi yapıların bulunması halinde bu yapıların kime ait olduğu ve ne zamandan beri kullanıldığı ayrıca belirtilecektir. Bu surette kullanım kadastro tutanağında belirlenen kullanıcı, Hazine adına tapuya kaydedilen taşınmazın bulunduğu kütük sayfasının beyanlar hanesinde gösterilecektir<sup>11</sup>. Dolayısıyla kullanım kadastro

---

<sup>10</sup> 2/B uygulamasına tabi taşınmazların Hazine tarafından hak sahiplerine satışının usul ve esaslarını düzenleyen 6292 Sayılı Kanun'da bu hükme paralel bir hüküm yer almakta olup, hak sahipliğinin belirlenmesine kullanıcı sıfatının belirlenmesinin önemini ortaya koymaktadır. 6292 Sayılı Kanun m. 11 b. 14, Kadastro Kanunu ek madde 4'e paralel şekilde, kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak belirtilecek kişilerin niteliğini belirtmiştir. Hükme göre; *“Kadastro müdürlüklerince 2/B alanları hakkında bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra düzenlenecek güncelleme listelerinde ve kadastro tutanaklarında; bu alanların fiili kullanım durumları, varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu, bu yerlerin ve üzerlerindeki muhdesatın 31/12/2011 tarihinden önce olmak üzere ne zamandan beri kim veya kimler tarafından kullanıldığı gösterilir ve bunlar tescil edildikleri veya kesinleştikleri tarihten itibaren en geç bir ay içinde idareye gönderilir.”* Dikkat edildiği üzere, Kadastro Kanunu ek madde 4'ten farklı olarak, 6292 Sayılı Kanun m.6'da hak sahipliği sıfatının belirlenmesinde esas alınan 31/12/2011 tarihi hak sahipliğinin belirlenmesi şartlarından birisi olan kullanıcı sıfatının belirlenmesinde de dikkate alınmıştır. Kadastro Kanunu ek madde 4'te bu nitelikte bir sınırlandırma mevcut değildir. Ancak 6292 Sayılı Kanun m. 5 b. 10'a göre; hak sahibi olunmasında kanuni halefiyet, hak sahibinin veya mirasçılarının bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra noter tarafından düzenlenecek muvafakatname vermeleri hâlinde ise akdî halefiyet hükümleri geçerlidir. Buna göre 31/12/2011'den önce kullanılan kişilerin akdî veya kanuni halefleri de kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak belirtileceklerdir.

<sup>11</sup> Yar. 16. HD. E. 5130, K. 6400, 10.9.2012 (Lexpera): *“3402 sayılı Kanun'a 5831 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile eklenen ek 4. maddesi içeriğinde taşınmazın fiili kullanıcılarının beyanlar hanesinde gösterilmesi hususuna değinilmiştir. Bu durumda kullanım kadastrosunun yapıldığı tarihte taşınmazı davacıların mı, davalıların mı fiilen kullandıklarının, kullanımın hangi tarihten beri sürdürüldüğünün kanıtlanması zorunludur. Mahkemece bu husus yeterince aydınlığa kavuşturulmadan karar verilmesi isabetsiz olduğu gibi...”*

Kullanım kadastro tutanağının orman kadastro komisyonlarınınca düzenlenen çalışma tutanaklarından farklı olduğu, çalışma tutanaklarının kullanım kadastro tutanağı niteliğinde olmadığı, bu nedenle

tutanağının düzeltilmesi talebi, Hazine adına kayıtlı taşınmazın beyanlar hanesinin düzeltilmesine yöneliktir. Kullanım kadastro tutanağı esas alınarak beyanlar hanesine yapılan kaydın fiili ve hukuki duruma uygun olup olmadığı kadastro tutanağının düzeltilmesi davasıyla tespit edilecektir. Ek madde 4'e dayanılarak 2/ B vasıflı taşınmaza ilişkin kullanım kadastro tutanaklarının düzeltilmesi davasında, yeri kimin hangi zamandan beri kullanıldığına bakılacaktır. Bu nedenle, öncelikle kullanıcı ifadesinden ne anlaşılacağı ile fiili kullanımın tespit edilmesinde hangi kriterlerin göz önüne alınacağı hususlarının incelenmesi önem arz eder.

### **III. EK MADDE 4'E GÖRE KULLANICI SIFATINA SAHİP KİŞİLER**

#### **A. KULLANICININ ZİLYET OLMASI**

Kadastro Kanunu ek madde 4, kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak belirtilecek kişilerin, bu yeri fiilen kullanan kişiler olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede kullanıcı sıfatına sahip olmak için o yerin zilyedi olmanın yeterli olduğu düşünülebilir. Fiili kullanım ifadesi zilyetliğin unsuru arasında yer alan fiili hakimiyeti karşılayan bir ifade olarak nitelendirilebilir görünmektedir. Ancak bu kendi içerisinde bir diğer soruyu gündeme getirecektir. Acaba zilyetlik iradesi olmayıp, taşınmazı fiili hakimiyeti alan kişiler de kullanıcı olarak yer alabilecek midir? Hazine'nin mülkiyet hakkı sahibi olması nedeniyle malik sıfatıyla zilyetliği, kullanıcının zilyet olarak nitelendirilmesine engel midir? Engel değilse kullanıcının zilyetliğin türüne etkisi nedir?

Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan taşınmazların zilyetlik yoluyla mülkiyetinin kazanılması mümkün olmadığından<sup>12</sup>, kadastro faaliyeti sırasında zilyetlik yoluyla kullanıcıları ve muhdesat sahipleri adına mülkiyet hakkı tespiti yapılamayacaktır. Ancak zilyetlik fiili durum olmakla birlikte, tek işlevi mülkiyetin kazanılmasında önemli rol oynaması değildir<sup>13</sup>. Zilyetliğin bu açıdan

---

çalışma tutanağında belirtilen kişilerin beyanlar hanesinde gösterilmeyeceği yönünde bkz. Yar. 16. HD. E. 1789, K. 1685, 9. 6. 2020 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): "...Yukarıda açıklandığı üzere, 6292 Sayılı Kanun'un uygulanmasına esas alınacak olan 3402 Sayılı Ek- 4. maddesinde düzenlenen kullanım kadastrosu çalışmaları olup, orman kadastro komisyonunca gerçekleştirilen 2/B madde çalışma tutanaklarında yer alan kullanıcı isimleri bu aşamada tarafların hak ve borçlarını etkileyecek mahiyette değildir. Hal böyle olunca davacıların 2/B çalışma tutanaklarında yer alan kullanıcı isimlerinin düzeltilmesi talebiyle dava açmakta hukuki yararı bulunmadığı gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken...".

<sup>12</sup> KIVRIL, Halit "Yargıtay Uygulamasında Kullanım Kadastrosu Davaları", **TERAZİ**, Y. 2016 S. 114, s. 76.

<sup>13</sup> Kullanım kadastronun düzeltilmesine ilişkin açılan bir davada Yargıtay'ın aynı yönde kararı için bkz. Yar. 8. HD. E. 9667, K. 12119, 7. 12. 2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): "**Mahkemece, bu bölümler yönünden usulünce araştırma yapılmadan zilyetlikle kazanma koşullarının gerçekleşmediğinden bahsedilmiş ise de, dava kullanım kadastrasına itiraza ilişkin olup, tespit günü itibarıyla kimin hangi oranda ve taşınmazların hangi kısımlarını kullandığı, tespit tarihine en yakın uydu fotoğrafları ve ortofotolar getirilerek, taşınmazın tespit günü itibarıyla fiili kullanıma konu olup olmadığı üzerinde durularak karar verilmemesi doğru değildir...**".

dar bir çerçeveye sıkıştırılması isabetli olmaz. Kanımızca Kadastro Kanunu ek madde 4'te, 2/B'e tabi olan taşınmazların kullanıcılarının zilyet olması gerektiği söylenebilir. Bu açıdan zilyetliğin iki unsuru olan irade ve fiili hakimiyetin varlığı birlikte aranacaktır. Bunun sonucu olarak zilyetlik iradesi olmaması ancak fiili hakimiyet altında bulunması tek başına yeterli olmayacağı gibi, zilyetlik iradesi olup, daha önce hiçbir şekilde fiili hakimiyetin bulunmaması durumunda da, bu yere zilyet olunduğundan bahsedilemeyecektir. Sonuç olarak, 2/B'e tabi taşınmazın kullanıcısı ilk planda o yerin zilyedir.

## **B. KULLANICININ ZİLYETLİĞİNİN ASLİ OLMASI**

Kadastro Kanunu ek madde 4 gereği tutanağa kullanıcı olarak kaydedilecek kişiler o yerin zilyedi olmalıdır. Peki zilyetliğinin türü ne olmalıdır? Hazine adına tapuda mülkiyet hakkının tescil edildiği göz önüne alındığında kullanıcının zilyetliğinin türünü belirlemek ayrıca önem arz eder. Bu çerçevede ilk planda Yargıtay'ın bu konudaki uygulamasını incelemek faydalı olacaktır.

Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasına göre, Kadastro Kanunu ek madde 4'de kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak belirtilecek kişi(ler), zilyetlik sıfatına sahip kişiler olup, asli zilyetlik sıfatına sahip olmalıdır. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 5606 E. ve 10236 K. sayılı 11.10.2021 tarihli kararında<sup>14</sup>; “*Şöyle ki, dava, 3402 Sayılı Yasa'ya 5831 Sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen Ek-4. maddesine göre yapılan kullanım kadastrasına itiraz niteliğindedir. 3402 Sayılı Kanun'un Ek-4. maddesiyle 6831 Sayılı Kanun'un 20.06.1973 tarihli kanunla değişik 2. maddesinin ( B ) bendinde, orman kadastro komisyonlarınca Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin, fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı, kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle, bu Kanun'un 11. maddesinde belirtilen askı ilanı hariç diğer ilanlar yapılmaksızın öncelikle kadastrosu yapılarak Hazine adına tescil edileceği hükme bağlanmıştır. Bu maddenin amacı, kadastro sırasında taşınmazın fiili kullanıcısının tespit edilmesidir. Anılan Yasa maddesine dayanılarak açılacak davalarda kabul kararı verilebilmesi için, öncelikle davacı tarafın taşınmazı kullandığının ispat edilmesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, kullanım kadastrosu sırasında beyanlar hanesinde kullanıcı olarak gösterilebilecek kişiler, kadastro tespiti sırasında çekişmeli taşınmazı ekonomik amacına uygun olarak fiilen **asli zilyet olarak** kullanan kişilerdir...*” ifadesine yer verilmiştir.

<sup>14</sup> Yar. 8. HD. E. 5606, K. 10236, 11. 10. 2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); aynı yönde bkz. Yar. 16. HD. E. 2391, K. 3812, 7.6. 2018 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası Kazancı); Yar. 16. HD. E. 3676, K. 1981, 21. 3. 2018 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 16. HD. E. 8109, K. 238, 26.1.2018 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Kararda görüldüğü üzere, Yargıtay kullanıcı ifadesinden zilyedin anlaşılması gerektiğini ortaya koymakta, bir adım öteye giderek zilyedin asli zilyet olması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay Kadastro Kanunu ek madde 4'e dayanan kullanım kadastro tutanağında yer alacak kullanıcı kavramıyla o yerin asli zilyedi kavramını örtüştürmüştür. Bunun yanında zilyetliğin türünü de belirlemek suretiyle bu hususta ortaya çıkacak sorunların çözümünde tarafını belirlemiştir.

Öncelikle şu hususu belirtmek gerekir: 2/B nitelikli taşınmazların mülkiyeti Hazine'ye ait olduğundan, Hazine hem sicil zilyetliğine sahip hem de malik sıfatıyla zilyetliğe sahiptir. Bu nedenle 2/B nitelikli taşınmazı kullanan kişinin zilyetlik sıfatı belirlenirken Yargıtay'ın kullanıcı için "asli zilyet" ifadesini kullanması, malik sıfatıyla zilyetliğin asli zilyetlikten farklı olduğunu kabul ettiği sonucunu doğurabilir. Ancak malik sıfatıyla zilyetlik malikin herhangi bir hukuki ilişki içerisinde olmadığı durumda dahi kullanabilirken, asli zilyetlik, karşısında bir diğer zilyetlik sıfatına sahip kişiyi gerektirir. Bu ise genellikle fer'i zilyettir. Asli ve fer'i zilyetlik alt başlığını taşıyan TMK m. 974'e göre;

*"Zilyet, bir sınırlı aynî hak veya bir kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim ederse, bunların ikisi de zilyet olur.*

*Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan asli zilyet, diğeri fer'i zilyettir."*

Hükmün ilk fıkrasında, kanun koyucu, kişinin malik olup olmadığına açıkça değinmeksizin, zilyet olan kişinin şeyi teslim etme ve salt fiili hakimiyeti bir başkasına bırakmayla zilyetlik sıfatını kaybetmeyeceğini belirtmiştir. TMK m. 974 II ise bunun bir örneğini vererek, malik sıfatıyla şeyin zilyedi olan kişiyi asli zilyet, diğerini fer'i zilyet olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla malik sıfatıyla zilyetlik dışında asli ve fer'i zilyetlik söz konusu olabilir. Doktrinde<sup>15</sup> yer alan malik sıfatıyla zilyetlikle asli zilyetliğin aynı kavramı ifade edip etmediği hususundaki tartışmada, uygulamanın, kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak kimin yer alacağına belirlenmesi bakımından malik sıfatıyla zilyetliğin asli zilyetlikten farklı olabileceği görüşünü tercih ettiği sonucuna varılabilir. Bunun dışında malik sıfatıyla zilyetlik için bu zilyetliği iddia eden kişinin

<sup>15</sup> Asli zilyetlik için malik sıfatıyla zilyetliğin zorunlu olduğunu ileri süren değerlendirme için bkz. OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 21. Baskı, Filiz, İstanbul, 2018, N. 314; AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut, **Eşya Hukuku**, 2009, s. 133; NOMER, Haluk Nami / ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, İstanbul, On İki Levha, 2022, 9. Bası, s.28-29; asli zilyetlik için malik sıfatıyla zilyetliğin zorunlu olmadığı yönünde aksi yönde değerlendirme için bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1989, 5. Bası, s. 52-53; GÜRSOY, Kemal / EREN, Fikret / CANSEL, Erol, **Eşya Hukuku**, 2. Bası Ankara, 1984, s. 84; SEROZAN, Rona **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2014, 3. Bası, N. 445-447; HINDERLING, Hans **Schweizerisches Privatrecht**, Band V/1, Sachenrecht, Basel, 1977, s. 417.

mülkiyet hakkına dayanmasına gerek olmadığı hususu<sup>16</sup> göz önüne alınırsa kullanıcının malik sıfatıyla zilyet olduğundan bahsedilebilir görünse de kanımızca, 2/B uygulaması sonrası arazinin mülkiyetinin Hazine adına kaydedilmesiyle, kullanıcı, herhalde Hazine'nin malik sıfatını kabul etmiş sayılacaktır. Bu hususta adı karinenin varlığı kabul edilebilir. Hazine'nin malik sıfatıyla zilyetliğinin kabul edilmesiyle, kullanıcının, Hazine adına tescil öncesi devam eden malik sıfatıyla zilyetliği sona erecektir. Hangi görüş tercih edilirse edilsin, herhalde asli zilyetlik nitelendirmesi isabetsiz bir nitelendirme olarak görünmeyecektir.

Konumuz çerçevesinde malik sıfatıyla zilyet ve sicil zilyedi Hazine'dir. O yeri kullanan kişinin asli zilyet olmasından anlaşılması gereken; malik sıfatına sahip olmasa dahi, Hazine dahil başka herhangi bir kişiden bu yerin zilyetliğini herhangi bir kişisel hak veya sınırlı ayni hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için almamış olması ve zilyetliği kendi adına sahip olup sürdürmesidir. Diğer deyişle kullanıcının zilyetliği, fer'i zilyetlik olmamalı, zilyetlik iradesi kendi adına olmalıdır. Bu ifadenin zilyetliği gaspeden kişileri de içerecek şekilde geniş olması, teorik anlamda asli zilyetlik bakımından isabetli görünse de, kullanıcı kaydının belirlenmesinde zilyetliği gaspeden ve bunu sürdüren kişiler kullanıcı olarak yer almamalıdır. Kullanım kadastrounun düzenlendiği tarihte zilyetliği gaspettiği belirlenen kişilerin kullanıcı olarak yer alması halinde kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davası açılabilir. Ancak bu hususta şu soru sorulabilir: Acaba önceki kullanıcı, zilyetliği gaspedene karşı zilyetliği koruyucu nitelikte TMK m. 981 vd. uyarınca belirlenen yollara başvurmadığı ihtimalde dahi kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesini sağlayabilir mi?

Yargıtay bir kararında bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Yargıtay<sup>17</sup>'a göre, önceki kullanıcı, zilyetliği koruyacak nitelikteki hukuki imkanlara süresi

---

<sup>16</sup> NOMER/ ERGÜNE, 2022, s. 29.

<sup>17</sup> Yar. 16. HD. 9416/11984 T. 05.12.2013, (LEXPORA):“...Dava, 3402 sayılı Yasa'ya 5831 sayılı Yasa ile eklenen Ek-4. maddesi uyarınca yapılan kullanım kadastrouna itiraz davasıdır. Mahkemece davacının babasının 24.05.1985 tarih ve 1985/13 sayılı idari men kararına konu 16.05.1985 tarihli şikayet dilekçesi ile dava konusu taşınmazdaki zilyetliğini terk etmeme iradesini ortaya koyduğu ve dava konusu taşınmazın davacının fiili kullanımında bulunduğu gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de; varılan sonuç dosya kapsamına uygun düşmemektedir. 3402 sayılı Yasa'ya 5831 sayılı Yasa ile eklenen Ek-4. maddede, bu maddeye göre yapılacak kadastro sırasında fiili kullanım durumunun esas alınacağı, kim veya kimlerin ne zamandan beri kullanımında olduğunun beyanlar hanesinde gösterileceği belirtilmiştir. Kanunun öngördüğü fiili kullanımın haklı bir nedene dayanmasına ise gerek bulunmamaktadır. Dosya içeriğinden çekişmeli 349 ada 64 parsel sayılı taşınmazın üzerinde davacının dedesinin ahşap evi bulunduğu, ancak çok eski tarihte başka bir köye taşındıkları, bu tarihten sonra davacı ve murislerinin fiilen bir kullanımının olmadığı, davalı tarafça taşınmazın gübre atılmak suretiyle kullanıldığı, bu kullanıma bir müddet sonra ara verdiği ancak taşınmaz üzerindeki 3-4 yaşlarında meyve ağaçlarının da onun tarafından dikildiği ve bakımlarının yapıldığı, men kararının ise dava konusu yere ilişkin olmadığı, çekişme konusu taşınmazın davalı ... Küçük tarağın'nın fiili kullanımında olduğu, davacı tarafça zilyetliğin korunması için dava açılmadığı gibi TMK'nın 984. maddesi gereği davanın açılabilmesi



içerisinde başvurmamışsa, kullanım kadastro tutanağını düzeltilmesini talep edemeyecektir. Bu çerçevede önceki kullanıcı, zilyetliğin gaspı söz konusu ise öncelikle süresi içerisinde zilyetliğin korunması yollarını tüketecek ve zilyetliğini koruyacak, daha sonra kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davası açacaktır. Yargıtay bir diğer kararında<sup>18</sup> ise, açıkça soruyu cevaplamamakla birlikte, zilyetliği koruyucu davalar ile kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davalarının aynı amaca yönelik olduğunu kabul etmektedir.

Zilyetliğin gaspından doğan dava hakkı, zilyetliğin iadesine yöneliktir. Kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi ise, tespit tarihinde mevcut olan hukuka aykırı tespitin düzeltilmesini amaçlamaktadır. Dolayısıyla zilyetliğin gaspından doğan dava hakkından farklı bir dava olup, aynı amaca hizmet etmemektedir. Zilyetliğin gaspından doğan davanın amacı, zilyetliğin elde edilmesidir. Kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davasında amaç zilyetliğin elde edilmesinden ziyade tespit tarihinde taşınmazın asli zilyedi olduğunun tespit edilmesi, bu şekilde tutanağın düzeltilmesidir.

Sonuç olarak, hukuki ilişki çerçevesinde zilyetliğini sürdürebileceğini belirleme bakımından bir şeye malik sıfatıyla zilyet olan asli zilyet, diğeri fer'i zilyettir. Bu nedenle Yargıtay'ın kararında belirttiği asli zilyetlik ifadesi, Hazine'nin malik sıfatıyla ve sicil zilyetliğine dayanmasından bağımsız olarak, zilyetliği gaspederek kazanmamış olan, fiili hakimiyete sahip kişinin o yerde kendi adına ve başka herhangi bir ayni veya kişisel hakka dayanmadan<sup>19</sup> zilyetliğini sürdürmesini karşılamak için kullanılmakta olup, bu değerlendirme TMK m. 974'ün lafzına uygundur. Dolayısıyla o yerin asli zilyedinden bu yeri kiralayan kişiler, fer'i zilyet olduğundan, tutanakta kullanıcı olarak yer almayacaktır. Aynı şekilde, o yerde fiili hakimiyetini sürdüren kişinin kendi iradesiyle zilyetliğe sahip olmadığı,

---

*için gerekli süreninde geçtiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca mahkemece davanın reddine, çekişme konusu taşınmazın tespit gibi tescili yerine yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup... ”; KIVRIL, s. 78.*

<sup>18</sup> Yar. 16. HD. E. 21840, K. 16318, 29.12.2014 (Lexpera): “...Kullanım kadastrosu sırasında hakkında kullanım kadastrosu tutanağı tanzim edilen taşınmazlar hakkında tutanağın beyanlar hanesinde yer alan ya da alması gereken kullanıcı ve muhdesat şerhlerine ilişkin olarak askı ilan süresi içinde Kadastro Mahkemesinde, askı ilanından sonra ise genel mahkemelerde kullanım kadastrosuna itiraz davası açılmasının mümkün bulunduğu hususu tartışmasızdır. **Zilyetliğin korunması davası ile hedeflenen amaçla kullanım kadastrosu ile hedeflenen amaç ortak olup her ikisi de taşınmaz üzerindeki zilyetliğin hukuki sonuç doğuracak şekilde tespitine yöneliktir...** ”; aynı yönde bkz. Yar. 20. HD. E. 5616 K. 7267, 9. 12. 2019 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>19</sup> İsviçre Medeni Kanunu'nda asli ve fer'i zilyetlik ayrımının karşılığı olarak, asli zilyetlik için “bağımsız zilyetlik” (selbständiger Besitz), fer'i zilyetlik için ise bağımlı zilyetlik (unselbständiger Besitz) ifadeleri kullanılmıştır (Bu ifadelerin değerlendirilmesi için bkz. NOMER/ ERGÜNE, s. 29). İsviçre Medeni Kanunu'ndaki bu kullanım tarzı, kullanıcı olarak ifade edilen asli zilyedin durumunu ortaya koymada daha elverişli bir ifade olarak tercih edilebilir. Zira kullanıcı olarak kaydedilecek kişinin zilyetliği malik sıfatıyla zilyet olan Hazine'den kendisine devredilmiş herhangi bir ayni veya şahsi hakka dayanmamakta olup, bağımsız, meşru zilyetlidir.

başkası adına zilyet olduğu durumlarda da tutanakta kullanıcı olarak belirtilmesi halinde, kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi gerekecektir.

Kullanıcılar miras ortaklığı içerisinde yer alan kişiler olabilir. Mirasbırakanlarının kullanıcı niteliği, külli halefiyet yoluyla mirasçılara geçer. Mirasçılar birden fazla ise bu durumda birlikte asli zilyet söz konusu olacaktır. Mirasçılardan birisi kadastro tutanağına kullanıcı olarak kaydedilmişse diğer mirasçılar kullanıcı kaydının düzeltilmesi için kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davası açabilir.<sup>20</sup> Aynı şekilde miras ortaklığını temsilen hareket eden mirasçılardan birisi veya bir üçüncü kişinin zilyetliği de kendi adına ve asli zilyetlik oluşturmayacağından bu kişinin kullanıcı olarak kaydedilmesi hukuka uygun olmayacak, açılacak düzeltme davasının kabul edilmesi gerekecektir.

#### **IV. KULLANICININ BELİRLENMESİNDE ESAS ALINAN TARİH**

Kadastro Kanunu ek madde 4 I'e dayanılarak hazırlanan kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davalarında, kullanıcı kayıtlarının düzeltilip düzeltilmeyeceğinin tespiti bakımından, maddede yer alan, fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı tutanakta gösterilmesi gerektiğine ilişkin hükümden yararlanmak gerekecektir. Kadastro Kanunu ek madde 4'ün, tutanağın hazırlanması sırasında kadastro ekibine, kullanıcının belirlenmesi bakımından araştırma yükümlülüğü verdiği anlaşılmaktadır. Bu araştırmanın eksik veya hatalı yapılması, asli zilyet olan kullanıcı dışında bir başka kullanıcının kullanım kadastro tutanağında yer almasına neden olacaktır. Kullanım kadastro tutanağının kullanıcı kaydının düzeltilmesi davaları, esasen tutanağın bu açıdan düzeltilmesine yönelmektedir.

Kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi bakımından, esas kullanıcının, *kullanım kadastro tutanağının düzenlendiği tarihte* asli zilyet niteliğinde kullanıcı olup olmadığı belirlenmesi gerekir. Kadastro Kanunu ek madde 4 I, fiili kullanım durumlarının belirlenmesi ve kullanımın ne zamandan beri sürdürüldüğünün belirlenmesini açıkça aramıştır. Bu nedenle en geç kullanım kadastro tutanağının düzenlendiği andaki asli zilyetlik niteliğindeki kullanım durumu esas alınarak, kullanıcı sıfatı belirlenecektir. Tutanağın düzenlendiği tarihten sonra açılan düzeltme davasında dava zamanındaki kullanım durumunun tespiti önem arz

---

<sup>20</sup> Aynı yönde bkz. **Yar. 8. HD. E. 6363, K. 12512, 15. 12. 2021** (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): *"Davacı ... ve arkadaşları, taşınmazların müşterek muristen intikal ettiğini, miras payları nispetinde kendilerinin de hak sahibi olduğunu ileri sürerek, payları oranında lehlerine kullanıcı şerhi verilmesi istemiyle dava açmışlardır. Mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne, çekişmeli taşınmazların kadastro tespitlerinin iptaline, taşınmazların tespit gibi Hazine adına tapuya kayıt ve tesciline, taşınmazların beyanlar hanesine, 6831 Sayılı Kanun'un 2/B maddesi uyarınca orman sınırları dışına çıkarıldıkları ve hüküm yerinde gösterilen payları oranında davacı ve davalıların fiili kullanımlarında oldukları şerhinin yazılmasına...."*

etmez. Kullanıcının belirlenmesi ve düzeltmenin gerekip gerekmediğinin tespiti, kullanım kadastro tutanağının hazırlandığı an esas alınarak gerçekleşmelidir.<sup>21</sup>

## **V. KULLANICININ BELİRLENMESİNDE ARANAN KRİTERLER**

Asli zilyet niteliğine sahip kullanıcının belirlenmesi bakımından Yargıtay'ın çeşitli kriterler belirlediği görülmektedir. Bu kriterleri<sup>22</sup> genel itibariyle iki esas üzerine kurmak mümkündür: Birincisi davada menfaati olmayan mahalli bilirkişilerin ve tanıkların fiili kullanım durumuna ilişkin beyanları, ikincisi ise fen bilirkişisi ve ziraat bilirkişi tarafından taşınmazın fiili durumunun tespitidir. Mahalli bilirkişi ve tanık beyanları, fiili kullanım durumunun belirlenmesi ve fiili kullanımın hangi andan itibaren sürdürüldüğünün belirlenmesine yönelik olsa da asli zilyetliğin belirlenmesine yönelik olduğunda tereddüt edilmemelidir. Zira taşınmazı fiilen kullanan kişinin zilyetliği kendi adına olmayabilir. Fiili kullanıcı, asli zilyetten o yeri kiralamış veya asli zilyet adına taşınmazı kullanıyor olabilir. Bu açıdan fiili kullanım belirlenirken, asli zilyetliğin belirlenmesi önem arz ettiğinden Yargıtay'ın koyduğu kriterleri yine Yargıtay'ın kendi kriterleriyle sınırlandırmak gerekecektir.

Mahalli bilirkişilerin ve tanıkların fiili kullanıma ilişkin beyanları, yine Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere asli zilyetliğin tespitine yönelik olmalıdır, yoksa beyanlardan yola çıkılarak, salt taşınmaza o an kimin zilyet olduğu hususu mutlak şekilde göz önüne alınarak tespit yapılmamalıdır. Asli zilyetliğin tespiti ise, zabıt defteri varsa zabıt defterinden, veyahut zilyetliğin devri niteliğindeki yazılı belgelerden veyahut önceki asli zilyedin zilyetliği devrine yönelik sözleşmelerden

---

<sup>21</sup> Yar. 8. HD. E. 9667, K. 12119, 7. 12. 2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): “...dava kullanım kadastrasına itiraza ilişkin olup, tespit günü itibariyle kimin hangi oranda ve taşınmazların hangi kısımlarını kullandığı, tespit tarihine en yakın uydu fotoğrafları ve ortofotolar getirtilerek, taşınmazın tespit günü itibariyle fiili kullanıma konu olup olmadığı üzerinde durularak karar verilmemesi doğru değildir...”

<sup>22</sup> Yar. 8. HD. E. 9667 K. 12119, 7. 12. 2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) : “...Hal böyle olunca; doğru sonuca ulaşılabilmesi için Mahkemece öncelikle, dava konusu taşınmaz bölümlerini gösterir, tespit tarihi olan 2010 yılı veya en yakın tarihli yüksek çözünürlüklü hava ve uydu fotoğrafları getirilmeli ve sonrasında mahallinde, taşınmazı iyi bilen mahalli bilirkişiler ve taraf tanıkları ile fen ve ziraatçı bilirkişilerin katılımıyla keşif yapılmalı ve bu keşif sırasında, dinlenilecek mahalli bilirkişiler ve taraf tanıklarından, çekişmeli a2 ve b3 harfi ile gösterilen bölümlerin tespit tarihinde ve öncesinde kim tarafından, ne şekilde kullanıldığı, tespit tarihi itibariyle fiili kullanım olup olmadığı, var ise kim tarafından ve ne şekilde kullanıldığı, tespit günü itibariyle fiili kullanımın terk edilip edilmediği hususlarında ayrıntılı bilgi alınmalı, alınan beyanlar ile önceki keşif beyanları arasında çelişki bulunduğu takdirde çelişkinin giderilmesine çalışılmalı; keşfe katılacak fen bilirkişisinden, keşfi takibe imkân verir rapor ve kroki alınmalı ve çekişmeli taşınmazın getirtilen uydu fotoğrafları üzerinde gösterilmesi istenilmeli; ziraatçı bilirkişiye, taşınmazın tespit tarihindeki niteliğini ve kullanım durumunu bildiren, somut verilere ve bilimsel esaslara dayanan, denetime elverişli rapor düzenletirilmeli; tespit tarihi itibariyle fiili kullanım mevcut ise, o tarihteki yani tespit tarihindeki kullanıcı lehine kullanım şerhi verilmesi gerektiği dikkate alınmalı ve bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır...” aynı yönde bkz. Yar. 16. HD. E. 5801, K. 4486, 31. 5. 2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

ve benzeri belgelerden yola çıkılarak belirlenebilir.<sup>23</sup> Toplanan deliller çerçevesinde tutanağın düzeltilmesi talebinde bulunan davacının, tespit tarihinde o yerin asli zilyedi değilse talep reddedilecektir.<sup>24</sup>

Fen ve ziraat bilirkişisi ise, taşınmazın fiili kullanım durumunu bilimsel çerçevede belirlemeye yönelik tespit yapmaktadırlar ve bu surette mahalli bilirkişilerin ve tanıkların beyanlarının bir başka açıdan mümkünse teyidi ve tespiti yapılmaktadır. Bu açıdan teknik bilirkişiler daha çok kullanıldığı iddia edilen taşınmazın sınırları, taşınmazın durumu itibarıyla hangi amaçla kullanıldığına teknik verilerle tespitine yönelik bir değerlendirme yapacaktır. Tespit tarihindeki taşınmazın fiili durumunun bilimsel açıdan tespiti, tespit tarihindeki hava ve uydu fotoğraflarından yararlanılarak sağlanmaktadır. Bilirkişilerin, dava süreci içerisinde yapılan keşif tarihindeki taşınmazın durumunun esas alması değil, tespit tarihindeki taşınmaz durumunu esas alması önem arz eder.

## **VI. KULLANICI KAYDININ DAVA YOLUYLA DÜZELTİLMESİ**

### **A. GENEL OLARAK**

Kullanım kadastro tutanağına itiraz genel olarak, dava yoluyla sağlanmaktadır. Bu açıdan kadastro tutanağı, askı ilan süresi içerisinde kadastro mahkemelerine başvurmak, askı ilanı sonrası ise genel mahkemelere başvurmak suretiyle düzeltilebilmektedir.<sup>25</sup> Ancak dava yolu dışında kullanım kadastro tutanağının

---

<sup>23</sup> Yar. 16. HD E. 346 K. 4488, 31. 5. 2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) : “...davanın, kullanım kadastro tutanağına itiraza ilişkin olduğu, mahallinde yapılan keşifte yerel bilirkişi dinlenilmediği gibi taraf tanıklarının beyanları çeliştiği halde mahkemeye bu çelişki giderilmeden hüküm oluşturulduğu, tarafların dayandıkları senetlerin kapsamının da belirlenmediği belirtilerek, taşınmaz başında yaşlı, tarafsız, yöreyi iyi bilen, davada yararı bulunmayan şahıslar arasından seçilecek yerel bilirkişi, taraf tanıkları, senet tanıkları ve fen bilirkişisi katılımı ile keşif yapılması, yerel bilirkişi ve taraftanıklarından çekişmeli taşınmazın tespit günü itibarıyla fiilen kim veya kimler tarafından, ne zamandan beri, ne şekilde ve ne sıfatla kullanıldığı, satışa konu olup olmadığı, 06.06.1975, 10.07.2003 ve 27.12.2006 tarihli senetlerin dava konusu taşınmazı kapsayıp kapsamadığı, kapsadığının anlaşılması halinde satışla birlikte zilyetliğin devredilip devredilmediği konusunda maddi olaylara dayalı bilgi alınması, fen bilirkişisinden keşfi izlemeye elverişli bilimsel verilere dayalı rapor alınması, bundan sonra toplanan deliller uyarınca hüküm kurulması” gereğine değinilmiştir...”

<sup>24</sup> Yar. 16. HD. E. 2575 K. 3444, 8. 4. 2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) : “...Anılan yasa maddesine dayanılarak açılacak davalarda kabul kararı verilebilmesi için, öncelikle davacı tarafın taşınmazı kullandığının ispat edilmesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, kullanım kadastro tutanağı sırasında beyanlar hanesinde kullanıcı olarak gösterilebilecek kişiler, kadastro tespiti sırasında çekişmeli taşınmazı ekonomik amacına uygun olarak fiilen asli zilyet olarak kullanan kişilerdir. Somut olayda, mahallinde yapılan keşifte dinlenen yerel bilirkişiler ve tarafların tanıkları, dava konusu taşınmaz bölümünde kadastro tespiti sırasında davacıların zilyetliğinin bulunmadığı yönünde beyanda bulunmuş olduklarına göre, Yasa'nın aradığı anlamda fiili kullanımın söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır...”

<sup>25</sup> Yar. HGK. E. 16-2439 K. 1144, 5. 10. 2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) : “...Kullanım kadastro tutanağı sırasında, hakkında kullanım kadastro tutanağı düzenlenen taşınmazların beyanlar hanesinde yer alan ya da alması gereken kullanıcı ve muhdesat şerhlerine ilişkin olarak askı ilan süresi içinde kadastro mahkemesinde, askı ilanından sonra ise genel mahkemelerde

düzeltilmesi bakımından Kadastro Kanunu m. 41'den de yararlanmanın mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Kadastro Kanunu m. 41'e göre;

*“Kadastro sırasında veya sonrasında yapılan işlemlerle geometrik durumları kesinleşmiş olan taşınmazlarda ölçü, sınırlandırma, tersimat ve hesaplamalardan doğan hatalar, ilgilinin müracaatı veya kadastro müdürlüğüne re'sen düzeltilir. Düzeltme, taşınmaz malikleri ile diğer hak sahiplerine tebliğ olunur. Tebliğ tarihinden başlayan otuz gün içinde düzeltmenin kaldırılması yolunda sulh hukuk mahkemesinde dava açılmadığı takdirde, yapılan düzeltme kesinleşir.”*

Hükümde görüldüğü üzere, ölçü, sınırlandırma ve hesaplamalara ilişkin hataların re'sen veya başvuru üzerine düzeltilebilme imkânı tanınmıştır. Bu nedenle kullanıcı kaydının belirlenmesinde yapılan hatalar hükmün kapsamında yer almayacaktır. Ancak kullanıcı kaydı oluşturulan taşınmaz kısmen veya tamamen hatalı olarak belirlenmişse veya sınırlandırılmışsa, bu halde ölçü veya sınırlandırma hatasının düzeltilmesi kullanıcının o yeri kullandığı iddiasının içeriğini de etkileyeceğinden kanımızca bu maddeye dayanılarak düzeltme sağlanamayacaktır. Bu hüküm, çalışmamız kapsamında, kullanıcı kaydının düzeltilmesinde değil, kullanıldığı tespiti yapılan taşınmazların sınırlarını belirleyen dayanak belgelere aykırı şekilde tutanağın düzenlenmesi halinde uygulama alanı bulabilecektir.

Sonuç olarak, kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi ancak dava yoluyla sağlanacaktır. Açılacak dava mülkiyet hakkına ilişkin herhangi bir değişiklik içermemekte olup, sadece beyanlar hanesinin düzeltilmesi mahiyetindedir. Bunun dışında kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davası zilyetliğin korunması davası niteliğinde olmayıp, bu davalardan da ayrılır.

## **B. DAVANIN TARAFLARI**

Kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davasında davacı, tutanağın düzenlendiği tarihteki asli zilyettir. Asli zilyetlik elbirliği ortaklığına ait olabileceği gibi, birden fazla kişiye ait olabilir. Tek parsel kayıtlı taşınmaz üzerinde birlikte asli zilyet olan iki kişi, bu taşınmaz aralarındaki kullanım anlaşmasına uygun şekilde kullanıyor olsalar dahi, taşınmazın tamamı bakımından düzenlenen kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesini dava edebilirler. Bu halde davacı sıfatına her iki zilyet sahip olacaktır. Elbirliği zilyetliğinde ise, özellikle miras yoluyla geçen zilyetlikte ise, elbirliği ortaklarından birinin açtığı dava kanımızca yeterli olmalıdır. TMK m. 640 IV ve

---

*kullanım kadastro suna itiraz davası açılmasının mümkün olduğu hususu tartışmalıdır. Kadastro mahkemelerinde askı ilanı içinde 3402 Sayılı Kanun'un Ek 4. maddesi gereğince açılacak davalar kullanıcı şerhine ilişkin olup, söz konusu taşınmazın mülkiyeti Hazineye ait olduğundan mülkiyet hakkı bakımından değerlendirme yapılması mümkün değildir...”*

TMK m. 702 IV kapsamında ortaklardan her biri ortaklığa ait hakların korunmasını sağlayabilir. Bu kapsamda kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davası ortaklardan biri tarafından açılabilir. Ancak Yargıtay'ın isabetsiz şekilde, davacıya süre verilerek diğer mirasçılarının davacı yanında davaya katılmalarının sağlanması yönünde karar verdiği görülmektedir.<sup>26</sup>

Kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davasında davalı ise, kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak kaydedilen kişi ile taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olan Hazine'dir.<sup>27</sup> Şayet kullanıcı kaydı tutanağın düzenlendiği sırada hukuka aykırı şekilde boş bırakılmışsa, davacı davasını Hazineye karşı yöneltmesi yeterlidir.<sup>28</sup> Kullanıcı olarak kaydedilenin ölümü halinde, dava mirasçılara karşı açılacaktır.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Yar. 16. HD. E. 11939 K. 5977, 2. 10. 2019 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): “...Bu durumda dava, mirasçılarının birbirleri aleyhine miras hisseleri oranında açtıkları dava niteliğinde olmayıp, taşınmazlarda kullanıcı olarak adlarına şerh yazılan üçüncü kişi aleyhine açılan kullanım kadastro tutanağına itiraz davasıdır. Davanın açıklanan bu niteliğine göre TMK'nın 701 ve 702 maddeleri gereğince davacının terekeye dahil bir taşınmaz için tek başına üçüncü kişilere karşı dava açma sıfat ve hukuki ehliyeti bulunmamaktadır. Dosya kapsamında davacı, taşınmazları davalılar ile birlikte kullandığını ileri sürdüğüne göre, talebinin kendi miras payına mı yoksa tüm mirasçılar adına mı olduğu anlaşılacaktır. Bu halde davacıya dava dilekçesi ve talebi açıklattırılmalı, davacının, muris ... terekesinde sadece kendi miras payını talep ettiğinin anlaşılması halinde, davacının dava ehliyeti (aktif husumet) dava şartlarından olup, dava şartının kamu düzenine ilişkin olduğu mahkemece kendiliğinden göz önünde tutulmalı ve TMK'nın 702. maddesi gereğince dava ehliyeti (aktif husumet) yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmeli, aksi halde, yani davacının muris ... terekesi adına talepte bulunduğu anlaşılması halinde Mahkemece davacı tarafa, diğer mirasçılarının davaya katılmalarının sağlanması, muvafakatlerinin alınması veya terekeye temsilci tayin ettirilmesi için süre verilmeli, aktif dava ehliyetinin sağlanması halinde davaya devam edilerek işin esasına girilmeli, aksi halde davanın reddine karar verilmelidir...”

<sup>27</sup> Yar. 16 . HD. E. 854, K. 4491, 31. 5. 2021 ( Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): “...Kullanım kadastro tutanağına itiraz niteliğindeki davaların, kayıt maliki Hazine ile varsa adlarına kullanım şerhi verilen kişilere husumet yöneltmek suretiyle açılması zorunludur. Somut olayda; davacı yalnızca, dava konusu taşınmazın tapu kaydının beyanlar hanesinde kullanıcı olarak adı geçen ... ve müstereklerini hasım göstermek suretiyle dava açmış ancak, kayıt maliki olan Hazine'ye husumet yöneltmemiştir. Bu haliyle davada, taraf teşkilinin sağlandığından söz edilemez. Oysa ki taraf teşkilinin sağlanması dava şartı olup, bu koşul yerine getirilmeden işin esasına girilmesi hukuken mümkün bulunmamaktadır...”

<sup>28</sup> KIVRIL, s. 79.

<sup>29</sup> Yar. 16. HD. E. 339 K. 1313, 16. 3. 2020 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): “...Temyize konu 232 ada 52 parsel sayılı taşınmaz yönünden yapılan incelemede ise; Dava, 3402 Sayılı Kanun'un Ek-4. maddesi uyarınca yapılan kullanım kadastro tutanağına itiraz niteliğinde bulunduğundan, taşınmazın tespit maliki olan Hazineye ve beyanlar hanesinde ismi yazılı gerçek veya tüzel kişilere yöneltilmek suretiyle açılması zorunludur. Somut olayda, dava yalnızca Hazine ve taşınmazda lehine kullanım şerhi bulunan bir kısım şerh sahiplerine yöneltilerek açılmış olup, taşınmazda lehine kullanım şerhi bulunan ... mirasçılarının ...'un da davaya dahil edilmesi gerektiği gözetilmemiş ve böylelikle taraf teşkili eksik bırakılmıştır. Oysaki, taraf teşkilinin sağlanması dava şartı olup, bu koşul yerine getirilmeden işin esasına girilmesi hukuken mümkün değildir.”

## **C. DAVA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI**

Kullanım kadaströ tutanağının düzeltilmesi davası iki farklı esas üzerinden sınırlandırılmaktadır. Birincisi kullanım kadaströ tutanağının düzeltilmesi davasının tabi olduğu hak düşürücü süreler ile tartışılabilir olmakla birlikte, gerçek duruma uygun olmayan surette kullanıcı olarak kaydedilen kişinin Hazine'den ilgili taşınmazı satın almasıdır. Öncelikle davanın tabi olduğu hak düşürücü süreyi incelemek gerekir.

### **1. Davanın Tabi Olduğu Hak Düşürücü Süre**

Kullanım kadaströ tutanağı, kadaströ tutanaklarının kaderine tabi olduğundan, Kadaströ Kanunu'nda kadaströ tutanaklarına ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde doğrudan kullanım kadaströ tutanaklarına da uygulanacaktır.

Kadaströ Kanunu'nun 12. maddesi kadaströ tutanaklarına itiraz davalarının tabi olduğu süreleri düzenlemiştir. Kadaströ Kanunu m. 12'e göre,

*“30 günlük ilan süresi geçtikten sonra, dava açılmayan kadaströ tutanaklarına ait sınırlandırma ve tespitler kesinleşir.*

*Kadaströ müdürü tarafından onaylanarak kesinleşen tutanaklar ile kadaströ mahkemesinin kesinleşmiş kararları; kesinleşme tarihleri tescil tarihi olarak gösterilmek suretiyle en geç 3 ay içinde tapu kütüklerine kaydedilir.*

*Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadaströdan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz.”*

Hükümden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu iki süre öngörmüştür. Birincisi askı ilan süresi içerisinde kadaströ mahkemelerine yapılacak itiraz süresidir. 3402 sayılı Kadaströ Kanunu ek madde 4'e göre, Kadaströ Kanunu'nun 11 inci maddesinde belirtilen askı ilanı hariç diğer ilanların yapılmasına gerek olmadığından, kullanım kadaströ tutanağı askı ilanına çıkarılacaktır. Arazinin asli zilyedi, askı ilan süresi içerisinde Kadaströ Kanunu m. 12 gereği kadaströ mahkemesine itiraz edebilecektir. Bu süreyi kaçırarak asli zilyetin dava açma hakkı sona ermemektedir. Kadaströ Kanunu m. 12'e göre, asli zilyet tutağın kesinleşmesi tarihinden itibaren 10 yıl içinde kullanım kadaströ tutanağının düzeltilmesi davası açabilecektir. Dolayısıyla ikinci süre tutanak öncesi hukuki sebeplere dayanılarak tutanağa karşı genel mahkemelerde açılacak itiraz süresidir. Bu ikinci süre dava hakkını düşüren, hak düşürücü süredir. Hak düşürücü süre olması hasebiyle, hakim tarafından re'sen nazara alınacaktır.

Kadastro Kanunu 12 III'de öngörülen bu ikinci sürenin kullanım kadastro tutanaklarına itiraz davalarında uygulanmasını engelleyecek herhangi bir düzenleme bulunmamakta olup, aksine Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarında<sup>30</sup> bu nevi uyuşmazlıklara da Kadastro Kanunu 12 III'ün uygulanacağı kabul edilmektedir.

## **2. Hazine Tarafından Kadastro Tutanağında Belirtilen Kullanıcıya Satışın Yapılmış Olması**

Kullanım kadastro tutanağı gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş olup da kullanıcı olarak belirlenen kişi Hazine'ye taşınmazı alma yönünde teklif yöneltir ve taşınmaz bu kullanıcıya satılır ve adına tescil yapılırsa yine de kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davasının düzeltilmesi ve bu surette alıcı adına yapılan kaydın iptali sağlanabilir mi?

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen bir uyuşmazlıkta, henüz kesinleşmemiş tutanağa karşı askı ilan süresi içerisinde açılan düzeltme davasında bu husus tartışılmıştır Hukuk Genel Kurulu'nda yer alan bir kısım üyeler, eldeki dava ilan süresi içerisinde açılmış olduğundan kadastro tutanağının kesinleştiğinden söz edilemeyeceği, 6292 Sayılı Kanun'da 2/B ile .... adına orman sınırı dışına çıkarılan yerlerin hak sahiplerine satışı düzenlenmiş olup anılan Kanun'un 2/e ve 6/1. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, kullanım kadastro tutanağı düzenlenen taşınmazların ancak tutanakların kesinleşmesinden sonra satışlarının yapılabileceği, dava konusu 124 ada 8 parsel sayılı taşınmazın davalı olmasına rağmen yargılama aşamasında davalıya satılmış ise de bu satışın yok hükmünde olduğu, kesinleşmeyen kadastro tutanağı hakkında zilyetlik tespitine karar verilmesi söz konusu olamayacağını ileri sürmüştür. Ancak Hukuk Genel Kurulu'nda çoğunluk görüşü, 6292 Sayılı Kanun uyarınca taşınmazın satış işleminden sonra taşınmazın mülkiyeti artık Hazineye ait olmayacağından, şahsi hak niteliğindeki şerhe yönelik iddianın dinlenemeyeceği dikkate alınması gerektiği, o hâlde, zilyetliğin davacı tarafta olduğunun belirlenmesi hâlinde davacı

---

<sup>30</sup> **Yar. 16. HD. E. 10928, K. 12009, 5. 12. 2013 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası):** "...Mahkemece, 3402 sayılı Yasa'nın 12/3. maddesindeki hak düşürücü sürenin geçirildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de, varılan sonuç dosya kapsamına uygun bulunmamaktadır ... Buna göre dava kesinleşen kullanım kadastro tutanağına itiraz niteliğindedir. 5831 sayılı Yasa ile 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen Ek 4. madde içeriğinde; bu şekilde yapılan tespitler hakkında 3402 sayılı Yasa'nın 12/3. maddesinin uygulanamayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Hal böyle olunca askı ilan süresi geçirildikten sonra davacının Kadastro Kanunu'nun 12/3. maddesi gereğince tespitin kesinleşmesinden itibaren 10 yıllık süre içinde genel mahkemede açılan davası nedeniyle tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp, tarafların yasada belirtilen şekilde bir kullanımları olup olmadığının tespiti ile oluşacak sonuca göre işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup..."; aynı yönde bkz. **Yar. 16. HD. 11138/ 12393 T. 11.12. 2013 (LEXPORA):** "...davanın Kadastro Kanunu 12/3 maddede düzenlenen 10 yıllık süre içerisinde açılan kullanım kadastro tutanağına itiraz niteliğinde olması nedeniyle görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu kuşkusuzdur...".



lehine zilyetlik tespitine karar verilmesi ile yetinilmesi gerektiğini ileri sürerek, kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi talebini reddetmiştir.<sup>31</sup>

Kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak yer almak, pratik önemini Hazine'den bu yerin mülkiyetinin bedeli karşılığı devralınmasına yönelik alış teklifinde bulunabilme yetkisinde gösterir. Bu yetki 6292 sayılı Kanun m. 6'a dayanmakla birlikte, ilgili maddede hak sahibi sıfatına kimlerin sahip olacağı belirtilmiştir. Kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak yer alan kişiler bu sığfata sahip olup, kanun gereğı alış teklifinde bulunabilme yetkisine sahip hak sahibi olarak nitelendirilmiştir. Bu kapsamda ilgili tutanak kesinleşsin veya kesinleşmesin Hazine'nin, hak sahibi olmayan kullanıcıya mülkiyeti devretmesi durumunda satış işlemi geçersiz addedilmelidir. Zira hak sahibi sıfatına sahip olmayan kişiye yapılan satış, ilgili taşınmaz alma konusunda hak ehliyeti sınırlandırılmış kişiye yapılan satış niteliğıyle değerlendirilmelidir. Bu ehliyet sınırlandırmasının dayanağını 6292 sayılı Kanun'un 6. maddesi oluşturmakta olup, gerçek kullanıcı olmayan kişi bu sözleşmenin tarafı olamayacak kişi niteliğindedir. Bu nedenle Hazine tarafından yapılan mülkiyet devri işlemi yolsuz tescil niteliğinde olacak ve kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davası gerçek kullanıcı lehine sonuçlanırsa, gerçek kullanıcı alıcıya karşı açacağı tapu kaydının düzeltilmesi davasıyla tescilin Hazine lehine düzeltilmesini sağlayıp, Hazine'ye alış teklifinde bulunabilecektir. Bu nedenle kanımızca Hukuk Genel Kurulu kararı isabetsiz bir karar olmakla birlikte, kullanım kadastro tutanağında hasbelkader kullanıcı olarak yer alan kişilerin, süreci oldu bittiye getirerek kullanıcı olmadığı taşınmazın satın alınmasının önünü açacak ve 6292 sayılı Kanun'un amacının gerçekleşmesini engelleyecektir. Yargıtay Hukuk Genel

---

<sup>31</sup> Yar. HGK. E. 16-2439, K. 1144, 5. 10. 20221 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): "...Yapılan açıklamalar ışığında somut olayın incelenmesine gelince; yörede 3402 Sayılı Kanun'un Ek 4. maddesi uyarınca yapılan ve sonuçları 25.08.2010 ilâ 23.09.2010 tarihleri arasında ilan edilen kadastrada, 124 ada 9 parsel sayılı taşınmazın 150,14 m<sup>2</sup> yüzölçümünde ve davacı ...'un fiili kullanımında olduğu belirtilerek tespit edildiğı, davacı ... tarafından kullanımında olan kısmın eksik tespit edildiğı ileri sürülerek ilan süresi içerisinde 23.09.2010 tarihinde eldeki tespite itiraz davasının açıldığı, mahkemece yapılan keşifte davacının iddiasına konu alanın çekışmeli 124 ada 8 parselde kaldığının belirlendiğı görülmüştür. Çekişme konusu 124 ada 8 parsel sayılı taşınmaz, 218,21 m<sup>2</sup> yüzölçümünde ve davalı ... A.'ın fiili kullanımında olduğu belirtilerek tespit edilmiş, askı ilan süresi içerisinde dava açılmış olmasına rağmen tutanak davalı hâle getirilmediğinden kesinleştirilmiş ve yargılama sırasında kullanım kadastrosu sırasında hak sahibi olduğu belirlenen davalı ... A.'a satılarak 17.09.2014 tarihinde davalı adına tapuya tescil edilmiştir. Yukarıda da ifade edildiğı üzere, kullanım kadastrosu sırasında taşınmazlar 2/B alanı olarak ... adına tescil edilirken, taşınmazlar üzerinde fiili kullanımı bulunanlar ve muhdesatlar tespit edilerek tapunun beyanlar hanesinde gösterilmektedir. Kullanım kadastrosu nedeniyle taşınmazın beyanlar hanesindeki şerhe yönelik davaların dinlenebilmesi için taşınmazın ... adına kayıtlı olması gerekli olup, 6292 Sayılı Kanun uyarınca taşınmazın satış işleminden sonra taşınmazın mülkiyeti artık Hazineye ait olmayacağından, şahsi hak niteliğindeki şerhe yönelik iddianın dinlenemeyeceğı dikkate alınmalıdır. O hâlde, zilyetliğin davacı tarafta olduğunun belirlenmesi hâlinde davacı lehine zilyetlik tespitine karar verilmesi ile yetinilmesi gereklidir. Mahkemece bu husus gözötilmeksizin davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir..."; aynı yönde bkz. Yar. 16. HD. E. 1661, K. 5899, 30. 11. 2020 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Kurulu, ilgili kararında, "...6292 Sayılı Kanun'un 6. maddesinde yer alan hükümlere göre de; 2/B alanlarında bulunan taşınmazlar hakkında, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce düzenlenen veya bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra düzenlenecek güncelleme listelerine veya kadastro tutanaklarına ya da kesinleşmiş mahkeme kararlarına göre oluşturulacak tapu kütüklerinin beyanlar hanesine göre taşınmazların 31.12.2011 tarihinden önce veya sonra kullanıcısı ve/veya üzerindeki muhdesatın sahibi olarak gösterilen ve hak sahibi sayılan kişilerin, 6292 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 26.04.2012 tarihinden itibaren idareye başvurmaları sağlanarak, bu şekilde hak sahibi kişilerin mağduriyetlerinin önlenmesi ve bu taşınmazların da değerlendirilmelerine imkân sağlanması amaçlanmıştır..." şeklinde ifadesiyle Kanun'un amacını kabul etmiş ancak bu amaca aykırı şekilde hüküm kurarak gerçek hak sahiplerinin mağduriyetini derinleştirmiştir.

Kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davasını açan davacı gerek askı ilanı süresi içerisinde kadastro mahkemesinde gerekse tutanağın kesinleşmesinden sonra on yıl içerisinde genel mahkemelerde açacağı davada Hazine tarafından arazinin satışının durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep ederek, oluşabilecek riskleri önleyebilir. Satışın kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesini önlemediği kabul edilse dahi, satış sonrası tapu sicilinde malik olarak görünen kullanıcı, taşınmazı iyiniyetli üçüncü kişiye satarsa TMK m. 1023 uyarınca yolsuz tescile iyiniyetle dayanan kişinin aynı hakkı korunacağından ihtiyati tedbir kararının alınması ayrıca önem arz eder.

## **Sonuç**

Kullanım kadastro tutanağı, orman vasfının yitiren ve bu nedenle orman sınırları dışına çıkarılmış taşınmazların kullanıcılarının belirlenmesi amacıyla düzenlenen tutanaktır. Kullanım kadastro tutanağına konu bu taşınmazlar, genel olarak, daha önce kadastro faaliyeti sonucunda tapuya tescil edilmemiş taşınmazlar olup, 2/B uygulaması sonrası, tapuya kaydedilip Hazine adına tescil edilerek özel mülkiyete tabi kılınmaktadır. Özel mülkiyete tabi olan ve mülkiyet hakkı Hazine adına tescil edilen bu yerler, ilgili şartların sağlanması halinde kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak belirlenen kişilere Hazine tarafından satılabilmektedir. Kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak belirtilmenin bu önemi haiz olması, o yeri kullanan kullanıcılar ile kullanım kadastro tutanağında herhangi bir sebeple kullanıcı olarak belirtilen kişilere karşı düzeltme davasının açılmasına neden olmaktadır. 3402 sayılı Kadastro Kanunu ek madde 4 I, kullanım kadastro tutanağının hukuki dayanağını teşkil etmektedir. Hükümde görüleceği üzere, kullanım kadastro tutanağının hangi taşınmazlarda yapılacağı belirtilmiştir. Buna göre kullanım kadastro tutanağı orman sınır dışına çıkarılan 2/B uygulamasına konu olan taşınmazlar için düzenlenecektir. Yine hükme göre kadastro tutanağı düzenlenirken tutanağına konu 2/B vasıflı taşınmazların fiili kullanım durumları ile üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu, bu kişiler tarafından ne

zamandan beri kullanıldığı belirlenecektir. Dolayısıyla kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi talebi, Hazine adına kayıtlı taşınmazın beyanlar hanesinin düzeltilmesi niteliğindedir. Ek madde 4'e dayanılarak 2/B vasıflı taşınmaza ilişkin kullanım kadastro tutanaklarının düzeltilmesi davasında, yeri kimin hangi zamandan beri kullanıldığına bakılacaktır. Kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davasında amaç zilyetliğin elde edilmesinden ziyade tespit tarihinde taşınmazın asli zilyedi olduğunun tespit edilmesi, bu şekilde tutanağın düzeltilmesidir. Asli zilyet niteliğine sahip kullanıcının belirlenmesi bakımından Yargıtay'ın çeşitli kriterler belirlediği görülmektedir. Bu kriterleri genel itibariyle iki esas üzerine kurmak mümkündür: Birincisi davada menfaati olmayan mahalli bilirkişilerin ve tanıkların fiili kullanım durumuna ilişkin beyanları, ikincisi ise fen bilirkişisi ve ziraat bilirkişi tarafından taşınmazın fiili durumunun tespitidir. Kullanım kadastrasına itiraz genel olarak, dava yoluyla sağlanmaktadır. Bu açıdan kadastro tutanağı, askı ilan süresi içerisinde kadastro mahkemelerine başvurmak, askı ilanı sonrası ise genel mahkemelere başvurmak suretiyle düzeltilebilmektedir. Kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davasında davacı, tutanağın düzenlendiği tarihteki asli zilyettir. Kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davasında davalı ise, kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak kaydedilen kişi ile taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olan Hazine'dir. Kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davası iki farklı esas üzerinden sınırlandırılmaktadır. Birincisi kullanım kadastro tutanağının düzeltilmesi davasının tabi olduğu hak düşürücü süreler, askı ilanı süresi içerisinde 30 gün, tutanağın kesinleştiği tarihten itibaren ise 10 yıldır. İkincisi ise Yargıtay kararıyla benimsenen gerçek duruma uygun olmayan surette kullanıcı olarak kaydedilen kişinin Hazine'den ilgili taşınmazı satın almasıdır. Ancak dava hakkının bu şekilde sınırlandırılması isabetli olmayıp, kanunun amacına aykırıdır. Kullanım kadastro tutanağında kullanıcı olarak yer alan kişilerin, süreci oldu bittiye getirerek, gerçekten kullanıcı olmadığı taşınmazın satın alınmasının önünü açacak ve 6292 sayılı Kanun'un amacının gerçekleşmesini engelleyecektir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut, **Eşya Hukuku**, Beta, İstanbul, 2009.

AKİPEK ÖCAL, Şebnem / ÖCAL, Levent, "Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılacak Yerlerin Değerlendirilmesi (2/B Alanlarının Durumu)", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2015, S. 1, s. 57-66.

BAŞPINAR, Veysel, "Orman Sınırının Dışına Çıkarılan Yerlerin Hukuki Durumu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1999, S. 1, s. 187-212.

BÜYÜKAY, Yusuf, "Öncesi Orman Olmayan Arazilerin Orman (Rejimi) Dışına Çıkarılması Sorunu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2016 S. 3, s. 525-545.

ÇAĞLAR, Yücel, "2/B Olgusunun Tarihsel ve Nesnel Boyutları", **Orman Kadastrosu ve 2/B Sorunu Sempozyumu**, 17-18 Eylül 2004, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası İstanbul Şubesi, İstanbul, 2005, s. 35-48.

ERTAŞ, Şeref, "2/B Yasası Kime Hangi Hakkı Kazandırıyor?" **İstanbul Barosu Dergisi**, Y. 2012 S. 4, s. 17-28.

EZER, Ali, "2/B Yasasındaki Yeni Düzenlemelere Ayrıntılı Bir Bakış, Değerlendirme ve Alternatif Öneriler", **TERAZİ**, Y. 2013 S. 80, s. 95-105.

GÜNEŞ, Yusuf, **Orman ve Arazi Mülkiyeti Uyuşmazlıkları**, On İki Levha, İstanbul, 2018.

GÜRSOY, Kemal / EREN, Fikret / CANSEL, Erol, **Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara, 1984.

HINDERLING, Hans, **Schweizerisches Privatrecht**, Band V/1, Sachenrecht, Basel, 1977.

KARSLI, Mücahit, "Orman Alanlarının Sınırlandırılması ve 2/B Sorunu", **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, S. 7, s. 95- 129.

KIVRIL, Halit, "Yargıtay Uygulamasında Kullanım Kadastrosu Davaları", **TERAZİ**, Y. 2016, S. 114, s. 75-81.

NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, 9. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2022.

OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 21. Bası, Filiz, İstanbul, 2018.

SEROZAN, Rona, **Eşya Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 2014.



# “DECOMMISSIONING” – “İŞLETMEDEN ÇIKARMA” KAVRAMI VE HUKUKİ ALTYAPISI

Mustafa Oğuz TUNA\*

## Öz

Nükleer santrallerin işletmeden çıkarılması dünyanın geri kalanı için değil fakat ülkemiz için yeni bir kavramdır. Adeta, uzun süreli bir projenin (ortalama 20 yıl), kamu düzeninin ve yüksek tehlike arzeden risk yönetiminin birleşimidir. Gerçekten de nükleer atıkların sökülmesi, arındırılması ve bertaraf edilmesi hem işletmecinin hem de düzenleyici kurumların ciddiyetle yaklaşmasını gerektirir. Nükleer reaktörler, aşama aşama bir dizi işleme tabi tutulur; ilk olarak, kullanılmış nükleer yakıtlar, atık maddeler ve betonarme üzerindeki radyasyon seviyesinin düşürülmesi, ardından atık yakıtların tasfiyesi, sonrasında fiili olarak yapıların sökülmesi ve akabinde atık yakıtların bir radyoaktif atık bertaraf tesisine nakliyesi ile depolanması. Santralden söz konusu tesislere varıncaya dek, düzenleyici kontrolden çıkarılana kadar bütün aşamalarda kamu düzeni ve düzenleyici bir denetim hakimdir. İşletmeden çıkarmanın nihai amacı, farklı teknik ve planlardan yararlanarak, tesisleri “yeşil alan” statüsüne geri döndürmektir. İşletmeden çıkarmanın fonlanması da başka bir önemli sorundur. Ortalama bir ticari nükleer reaktörün, sökülmesi, işgücü ve atık yönetimi, çeşitli başka sektörlerin de tali sözleşmelerle dahil edilmesiyle birlikte, bütün işlemlerinin maliyeti 1 milyar ABD dolarını bulabilir. Çevre ve toplum açısından böylesine hayati bir konu, şimdiye kadar, kusurlu olmadan göz ardı edilmiş ve ilgili yönetmelikler aracılığıyla çok az işlenmiştir. İşte tam da burada, zamanında olarak, bu boşluklara yönelik gerekli hukuki adımların atılması bu çalışmada yetkili makamlara tavsiye edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *Enerji hukuku, nükleer hukuk, işletmeden çıkarma, nükleer enerji santralleri, atık yönetimi*

---

\* Dr. Öğretim Üyesi, İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-8682-7348, mustafa.tuna@ihu.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 07.06.2022

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 12.08.2022

Bu makaleye atıf için; TUNA Mustafa Oğuz, “Decommissioning” – “İşletmeden Çıkarma” Kavramı ve Hukuki Altyapısı, İMHFD, C. 7, S. 13, 2022, s. 565-614.

## “DECOMMISSIONING” – “İŞLETMEDEN ÇIKARMA” CONCEPT AT NUCLEAR POWER PLANTS AND THE LEGAL FRAMEWORK

### Abstract

Decommissioning of nuclear power plants is not new for the rest of the world but for our country. It is a combination of a long-term project (approximately 20 years), public order and the management of high-level hazardous risks. Indeed, the planning of dismantling, decontamination and disposal of nuclear waste requires serious attention of both the operator and the regulatory authorities. Nuclear reactors are subjected to a set of treatments phase by phase. First, reducing the volume of radiation on used nuclear fuels, waste materials and concrete then the discharge of the waste fuels, later on, the actual dismantling of the construction followed by the transport and storage of the fuel waste at a radioactive disposal facility. There is public order and regulatory supervision in all phases from the plant to the said facilities until the removal of the regulatory control. The ultimate purpose of decommissioning is to return the facilities to “green field” status by using different technics and plans. Funding is yet another essential issue of decommissioning. The procedures for an average commercial nuclear reactor can cost up to a billion US dollars including the dismantling, labour and the waste management involving various other sectors through subcontractors. Such a vital issue regarding the environment and the society, by no mistake was overlooked so far and processed only little with relevant regulations. Here now, right on time, it is recommended in this work to the competent authorities to take the necessary legal steps for the certain loopholes.

**Keywords:** *Energy law, nuclear law, decommissioning, nuclear power plants, nuclear accidents, waste management*

### Giriş

“İşletmeden Çıkarma” – “Decommissioning” kavramı ilk olarak bir daha faaliyet gösteremeyecek olan veya başka türlü değerlendirilmeye alınacak olan büyük savaş gemilerinin sökülmesi, parçalanması, demontajı gibi işlemleri ifade etmek için kullanılıyordu<sup>1</sup>. Bu kavram, nükleer enerji bağlamında ilk defa 1965 yılında kullanılmış<sup>2</sup> ve sonrasında da yavaş yavaş bu kullanım yaygınlaşarak nükleer bilime özgün bir terim haline gelmiştir.

---

<sup>1</sup> LARAIA, Michele, **Nuclear Decommissioning**, Lecture Notes in Energy 66, Springer International Publishing AG, 2018, s.7.

<sup>2</sup> LARAIA, s.9.



1970'lerden önce nükleer tesislerin yapımına, işletmeden çıkarmaya veya nükleer santraller tarafından üretilen radyoaktif atıkların yönetimine ciddi bir önem verilmemiştir<sup>3</sup>. Yine 1980'lerde ve 1990'lı yıllarda bazı gelişmeler yaşansa da ciddi bir ilerleme kaydedilmedi<sup>4</sup>. 1990'lardaki gelişmeler nükleer enerji anlamında ilerleme kaydetmek için bir temel oluşturdu. Çünkü nükleer enerji üretimi askeri amaçlardan ekonomik amaçlara doğru yöneldikçe daha organize, disiplinli ve daha ayrıntılı bir teknik ve hukuki altyapıyı gerektirir hale geldi<sup>5</sup>.

Özellikle 2000'li yıllardan sonra Avrupa ve tüm dünyada nükleer enerjiye yönelik ilginin ve santral sayılarının artması ile işletmeden çıkarma kurumunun da çevreye zarar verme ve maliyet hesabı gibi birçok yönetim sorunu ve gereksinimleri ortaya çıktı<sup>6</sup>. Bu sebeple işletmeden çıkarma kavramı, en az nükleer santrallerin tasarımı, kurulması ve işletilmesi gibi konular kadar sofistike bir teknik ve hukuki altyapıya ihtiyaç duymaktadır.

Ülkeler, bu ihtiyacı karşılamak için kendi hukuk sistemlerinde kanunlarla ve yönetmeliklerle işletmeden çıkarma kavramını düzenleme yoluna gitmişler ve ülkemizin de üyesi olduğu Nükleer Enerji Ajansı(OECD-NEA)<sup>7</sup> ve Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu(IAEA)<sup>8</sup> gibi kurumlar da yol gösterici niteliğinde birçok yayınlarla bu konudaki açığı kapamak için önemli adımlar atmıştır. Makalemizin amacı da, işletmeden çıkarma kavramının niteliğini, türlerini, sebeplerini, aşamalarını ve maliyetini uluslararası mevzuat çerçevesinde dünyadan örnekler ile gözler önüne serip, ülkemiz için yeni olan bu kurumun geliştirilmesi için neler yapılabileceğini ortaya koymaktır.

## **1. İşletmeden Çıkarma (Decommissioning) Kavramı**

Terim olarak işletmeden çıkarma(decommissioning) kavramı, yaygın bir şekilde kullanılmaya başlamadan önce İngilizce'de de "dismantling", "decontamination", "deconstruction", "deactivation", "disposition" gibi terimlerle ifade edilmiş ancak nükleer santralin işletilmesine başlamak için "commission" tabiri kullanıldığından işletmeden çıkarılması için de "decommission" tabiri genel kabul görmüştür<sup>9</sup>. Türkçe'de de bu kavramı ifade etmek için "lağvetme", "iptal etme", "sonlandırma", "ortadan kaldırma", "hizmetten çıkarma" gibi terimler

<sup>3</sup> LARAIA, s.27.

<sup>4</sup> LARAIA, s.47.

<sup>5</sup> LARAIA, s.59.

<sup>6</sup> IAEA, **Managing the Unexpected in Decommissioning**, Nuclear Energy Series, 2016, s.4.

<sup>7</sup> [http://www.oecd-](http://www.oecd-nea.org/tools/publication?query=decommission&sector=&lang=&period=100y&sort=title&filter=1)

[nea.org/tools/publication?query=decommission&sector=&lang=&period=100y&sort=title&filter=](http://www.oecd-nea.org/tools/publication?query=decommission&sector=&lang=&period=100y&sort=title&filter=1)

[1](http://www.oecd-nea.org/tools/publication?query=decommission&sector=&lang=&period=100y&sort=title&filter=1) E.T. 01.04.2022.

<sup>8</sup> <https://www.iaea.org/search/google/decommissioning> E.T. 01.04.2022.

<sup>9</sup> LARAIA, s. 9.

kullanılabilir de kanun ve yönetmelikler ile ağız birliğini sağlamak maksadıyla “işletmeden çıkarma” tabirini burada lafzen tercih ediyoruz.

İşletmeden çıkarma; 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu m.2/1-g’ye göre; “Bir daha işletilmeme kararı ile tesisin tamamının veya bir kısmının düzenleyici kontrolden çıkarılmasına yönelik faaliyetler bütünü” ifade eder. 7381 sayılı Kanun bakımından yeterli görülse de daha kapsamlı bir tanıma ihtiyaç olduğu açıktır. Bu noktada Amerika Nükleer Düzenleme Komisyonu(NRC) işletmeden çıkarmayı; “Bir nükleer enerji santralini veya nükleer materyallerin kullanıldığı başka bir tesisi, kullanım ömrü sona erdikten sonra hizmetten çıkarmak için güvenli bir şekilde kapatma işlemi” olarak tanımlanmıştır. Yine bu işlem öncelikle radyoaktif kalıntıyı azaltmak için tesisin arındırılmasını(decontamination) ve daha sonra gayrimenkulün üzerindeki kısıtlamanın tamamen kaldırılarak veya belirli koşullar altında kısıtlı olarak kullanılması için serbest bırakılmasını içerir. Bu genellikle tesisin sökülmesini veya başka amaçlara tahsis edilmesini içerir<sup>10</sup>. Zira IAEA’nın uygulamalarına göre de bir tesis sökülmeden de işletmeden çıkarılabilir ve mevcut yapılar radyoaktif maddelerden arındırılmak koşuluyla daha sonra başka bir kullanıma konu edilebilir<sup>11</sup>.

## 2. Türleri

İşletmeden çıkarma ciddi bir fon gerektiren, plan ve program isteyen, teknik açıdan oldukça riskli ve hassas işlemlerden geçen uzun ve zahmetli bir süreçtir. Tüm bu faktörler işletmeden çıkarmada nasıl bir yol izleneceğini etkilemektedir. Dolayısıyla, hangi teknolojinin kullanılacağı sökülme işlemlerinde nasıl bir sıralama takip edileceği, tahsis edilen fonun ve işgücünün nasıl planlanacağı ve ne tür bir stratejinin uygulanacağı konularına göre işletmeden çıkarmada farklılıklar söz konusu olabilir. Tüm bu faktörler hesap edilerek işletmeden çıkarmanın türleri IAEA tarafından üç ana grupta incelenmiştir<sup>12</sup>.

*Derhal Söküm:* Derhal söküm yönteminde, nükleer santral kapatıldıktan kısa bir süre sonra, radyoaktif atıklar içeren tesisin ekipmanları, yapıları ve muhtelif bölümleri lisans sözleşmesinin sona erdirilebilme şartlarına elverişli hale gelinceye kadar temizlenir ve ortadan kaldırılır. Normalde gerek kullanılmış nükleer atıklardaki gerek reaktörün kendisinde ve etrafındaki yapılardaki yüksek dereceli radyasyon seviyesinin istenilen düzeye düşmesi için belirli bir zaman geçmesi ve sıradaki işleme devam edebilmek için de aralıklarla ölçümler yapılarak radyasyon seviyesinin olması gereken düzeyde olduğunun tespit edilmesi

<sup>10</sup> NRC, **2019-2020 Information Digest**, NUREG-1350, Volume 31, August 2019, s.165.

<sup>11</sup> LARAIA, s.122.

<sup>12</sup> IAEA, **Selection of decommissioning strategies: Issues and factors**, November 2005, s.3. IAEA, **Design Lessons drawn from the decommissioning of nuclear facilities**, IAEA-TECDOC-1657, 2011, s.26. OECD-NEA, **Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants**, 2016, s.45.

gerekmektedir<sup>13</sup>. Ancak derhal sökülme bu kriterlerin karşılanması mümkün gözükmeyi için derhal söküm masraflarını karşılayacak fon sıkıntısı yaşanması söz konusu olabilir<sup>14</sup>.

*Geciktirilmiş Söküm:* Geciktirilmiş söküm aslında işletmeden çıkarmanın olağan yöntemidir. Buna göre, radyoaktif değerlerin azalması için santral koruma altına alınır ve izlemeye bırakılır. Sonrasında da sırasıyla önce kullanılmış nükleer yakıtlar tasfiye edilir ve depolanır. Daha sonra da radyasyon seviyesi istenilen değerlere indikten sonra tesisler sökülür ve en sonunda da tesisin bulunduğu bölge temizlenir<sup>15</sup>. Burada işletmeden çıkarmanın nihai amacı, nükleer santralin kurulduğu ve işletildiği yeri, hiç kurulmadan önceki haline, “greenfield”, yani “yeşil alan” statüsüne geri döndürmek olmalıdır<sup>16</sup>. Kısa zamanda fon bulma sıkıntısı yaşayan ülkelerde en çok tercih edilen yöntem geciktirilmiş sökümdür<sup>17</sup>.

*Gömme:* Bu yöntemde göre, radyoaktif atıklar güçlendirilmiş beton gibi yapısal olarak sağlam bir malzeme ile kalıcı olarak kaplanır. Ardından tesisler, radyoaktif değerlerin arazinin kısıtlı ve kademeli olarak serbest bırakılmasına izin verecek bir seviyeye düşmesine kadar koruma altına alınır ve izlenir. Bu yöntem ilkel kaldığından dolayı IAEA tarafından tavsiye edilmemektedir<sup>18</sup>.

Burada sayılan üç grubun dışında olan bir uygulamada da nükleer santralin terk edilmesidir. Terk etme, nadiren de olsa işletmecinin nükleer santral halihazırda faaliyette iken terk etmesi şeklinde olabileceği gibi işletmeden çıkarmanın herhangi bir şirkete lisans edilmediği durumlarda da mümkün olabilir. Terk etme, başlangıçta finansal açıdan kolay ve hızlı gözükmese de uluslararası kabul görmüş bir uygulama değildir ve işletme ne kadar faaliyete kapalı olursa olsun çevresel riski daha fazladır ve ertelendikçe de işletmeden çıkarma açısından daha büyük bir maliyetle sonuçlanır<sup>19</sup>.

### **3. Sebepleri**

#### **3.1. Ömrünü Doldurması**

---

<sup>13</sup> IAEA, **Managing the Unexpected in Decommissioning**, s.122.

<sup>14</sup> OECD-NEA, **Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants**, s.45. IAEA, **Selection of decommissioning strategies: Issues and factors**, s.14.

<sup>15</sup> IAEA, **Selection of decommissioning strategies: Issues and factors**, s.3.

<sup>16</sup> LARAIA, Michele, **Beyond Decommissioning: The Reuse and Redevelopment of Nuclear Installations**, Woodhead Publishing Series in Energy, Elsevier, 2019. s.70.

<sup>17</sup> IAEA, **Selection of decommissioning strategies: Issues and factors**, s.13.

<sup>18</sup> IAEA, **Decommissioning of Nuclear Power Plants, Research Reactors and Other Nuclear Fuel Cycle Facilities**, Safety Standards Series No. SSG-47, Vienna 2018, s.32.

<sup>19</sup> IAEA, **Status of the Decommissioning of Nuclear Facilities around the World**, 2004, s.4.

Nükleer santrallerin, olağan dışı bir durum olmadığı sürece işletilme ömürlerini doldurmaları işletmeden çıkarılmaları için ilk ve başlıca sebebi oluşturur<sup>20</sup>. Çünkü nükleer reaktörler tasarım ömürlerine ulaştıkları için kapatılmak zorundadır. Nükleer santraller ekonomik olarak hala bir fayda sağlayabilse bile fiziki yeterliliğini kaybetmek üzere olabilir ki bu da ciddi kazalara yol açabilir. Zira bir reaktörün ömrünü doldurmaya yaklaşması olası bir kaza riskinin de artması demektir. O sebeple genelde reaktörlerin ömürlerinin bitmesine yaklaşıldıkça işletmeden çıkarma planları yapılır ve kademeli olarak uygulamaya konur<sup>21</sup>.

Her nükleer reaktörün ömrü eşit olmayıp tasarım ve teknik farklılıkları o reaktörün işletme ömrüne etki etmektedir. Bununla birlikte dünyada faaliyet gösteren bütün nükleer reaktör filosunun ortalama ömrü her geçen gün yükselmeye devam etmektedir<sup>22</sup>. 2021 itibarıyla kapatılan 196 nükleer reaktörün ortalama ömrü 27.1 yıldır<sup>23</sup>. Yalnız bunların 81 tanesi (%41.3) 30 yaşını geçtikten sonra kapatılmış ve ayrıca son 5 yılda kapatılan reaktörlerin yaş ortalaması da 42.6’tür<sup>24</sup>. Öte yandan halihazırda faaliyette olan ortalama nükleer reaktör ömrü 31 yıla ulaşmış olup dünyanın nükleer reaktör filosunun üçte ikisi olan toplam 278 reaktör 31 yıldan daha fazla bir süredir faaliyet göstermektedir<sup>25</sup>. Fransız EDF Şirketinin yararlandığı nükleer reaktörlerin kullanım ömürleri 40 yılı bulmaktadır<sup>26</sup>. Günümüzde aktif olarak faaliyet gösteren en yaşlı reaktör ise 1969’dan beri hizmet vererek 53 yaşını dolduran İsviçre’nin Beznau nükleer enerji santralinde bulunmaktadır<sup>27</sup>. Gelişen teknolojiler ile yeni açılan nükleer reaktörlerin ömürleri daha uzun süreli olarak hesaplanmaktadır. Gerçekten de Güney Kore’nin verdiği işletme lisansları 60 yıllık olarak düzenlenmektedir<sup>28</sup>. Amerika’da da önce 40 yıllık, ardından başvuru halinde 20 yıllık uzatma şeklinde işletme lisansı verilmektedir<sup>29</sup>. Nükleer reaktör yaşının ve verilen işletme lisansı sürelerinin her geçen gün artması işletmeden çıkarma planları ve buna yönelik fon temini noktasında da gelişen teknolojiler ile birlikte ekstra bir kolaylık sunmaktadır.

Nükleer reaktörün ömrünü doldurması bazı durumlarda ekonomik açıdan kendinden beklenen faydayı daha fazla veremeyecek olması olarak da kabul

---

<sup>20</sup> IAEA, **Decommissioning of Nuclear Power Plants, Research Reactors and Other Nuclear Fuel Cycle Facilities**, s.41.

<sup>21</sup> IAEA, **Decommissioning of Nuclear Power Plants, Research Reactors and Other Nuclear Fuel Cycle Facilities**, s.42-44.

<sup>22</sup> SCHNEIDER, Mycle, **The World Nuclear Industry Status Report 2021**, s.59-60.

<sup>23</sup> SCHNEIDER, Mycle, **The World Nuclear Industry Status Report 2021**, s.61.

<sup>24</sup> SCHNEIDER, Mycle, **The World Nuclear Industry Status Report 2021**, s.61.

<sup>25</sup> SCHNEIDER, s.59.

<sup>26</sup> FARO, Alexandre, The legalities of leaving nuclear, **Bulletin of the Atomic Scientists**, Volume 69, Issue 1, 2013, s.39.

<sup>27</sup> SCHNEIDER, s.373.

<sup>28</sup> SCHNEIDER, Mycle, **The World Nuclear Industry Status Report 2021**, s.61, 63.

<sup>29</sup> OECD-NEA, **Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants**, s.47. SCHNEIDER, s.59-60.

edilebilir<sup>30</sup>. Bir diğer ifadeyle, nükleer enerji santralının işletmeden çıkarılmasının daha makul olması ve o santralin ülkedeki elektrik enerjisine sağladığı faydalar bakımından artık ekonomik olmamasıdır. Bunun sebebi genelde ya daha verimli olacak bir reaktör açılmıştır veya yeni teknolojilerle desteklenmiş ünitelere geçilmek istenebilir.

Ekonomik olmamaya örnek olarak Avrupa'nın ilk ticari amaçlı nükleer reaktörü olan Chooz A'nın işletmeden çıkarılması gösterilebilir. Tasarım olarak basınçlı su reaktörü olan Chooz A bir tepedeki mağaranın içerisinde bulunduğu için çok sınırlı bir alanda çalışmaya izin veren çözümler gerektiriyordu<sup>31</sup>. Reaktörün işletilmesi için adeta özel tasarım ekipmanlar gerektiği için bir deniz kenarına inşa edilen nükleer santrale kıyasla oldukça maliyetli bir portre çizdiğinden 1967 yılında faaliyete alınan reaktör 1991 yılında daha 24 yaşında iken kapatılmıştır<sup>32</sup>. 2007 yılında lisanslanarak işletmeden çıkarma sürecine giren reaktörün son aşaması basınçlı reaktör kazanının sökülmesinin de 2022 yılında tamamlanması beklenmektedir<sup>33</sup>. Onun yerine, aynı bölgenin dışarısına yeni ve kapasitesi daha büyük Chooz B-1 ve B-2 reaktörleri işletmeye alınmıştır<sup>34</sup>.

Öte yandan, ömrünü dolduran nükleer santrallerle ilgili bir diğer husus da bir ülkedeki birden fazla reaktörün neredeyse aynı yaşlarda olmasıdır. Bu durumda mevcut işletmeden çıkarma personeli ve ekipmanı bunların tümü için yeterli olmayabilir. Buna işletmeden çıkarmanın maliyeti de eklendiğinde ihtiyacın karşılanması çok daha fazla bir miktarda fon ayrılmasını gerekli kılabilir. Örneğin İsveç'te durum böyledir. Gerçekten de halihazırda faaliyet gösteren 6 reaktörün<sup>35</sup> en yaşlısı 1980, en genci 1985 yılında işletmeye alınmıştır<sup>36</sup>. Bu durum, ulusal ve uluslararası düzeyde bir finans ve iş gücü planlaması gerektirmektedir ve işletmeden çıkarma sürecinin uzun bir zamana yayılmasını gerekli kılabilir.

### **3.2. Siyasi Kararlar**

Nükleer enerji santralleri siyasi sebeplerle de işletmeden çıkarılabilir. Gerçekten de Çernobil felaketi gibi hadiselerin, onlardan etkilenen başta doğu Avrupa ülkeleri üzerinde nükleer enerji ihtiyacının sorgulanması bakımından bir hayli

---

<sup>30</sup> KHVOSTOVA, Marina S., "Some Aspects of the Decommissioning of Nuclear Power Plants", Power Technology and Engineering, Volume 45, No. 6, 2011, s.44.

<sup>31</sup> SCHNEIDER, Mycle, *The World Nuclear Industry Status Report 2021*, s.34.

<sup>32</sup> SCHNEIDER, Mycle, *The World Nuclear Industry Status Report 2021*, s.84-85.

<sup>33</sup> EDF Press Kit, *Chooz Nuclear Power Plant*, 2019, s.8.

<sup>34</sup> Hatta 2020 yazında sıcaklardan dolayı, Chooz nükleer santralının kenarında bulunan ve soğutma amaçlı kullanılan Meuse nehrinin su seviyesinin azalmasından ötürü buradaki iki reaktör de geçici olarak durdurulmuştur. <https://www.aa.com.tr/en/europe/nuclear-reactor-in-france-shut-down-over-drought/1952943> E.T.01.08.2022.

<sup>35</sup> Ağustos 2022 itibarıyla.

<sup>36</sup> SCHNEIDER, Mycle, *The World Nuclear Industry Status Report 2021*, s.369-372.

etkili olduğu söylenebilir. Buna bir de Fukuşima hadisesi eklenince Almanya ve İsviçre’de bir hükümet programı olarak uzun vadede nükleer enerjiyi terk etme planları oluşturulmuş ve buna bağlı olarak da işletmeden çıkarma faaliyetlerine başlanmıştır<sup>37</sup>. Örneğin Almanya’da Atom Enerjisi Kanunu(Atomgesetz)<sup>38</sup> m.7(1a)'ya göre, en son nükleer santralin en geç 31 Aralık 2022'de faaliyetlerini durdurması gerekmektedir.

İsviçre’de ise, Mayıs 2017'de, ülkenin enerji politikasında yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımının artırılmasını ve enerji tasarrufunu teşvik eden bir yasa değişikliği için referandum yapıldı ve bu referandum sonucunda da revize edilmiş Federal Enerji Yasası<sup>39</sup> ile yeni nükleer enerji santrallerinin inşa edilmesi yasaklandı<sup>40</sup>. Bu gelişmenin ardından ilk olarak Mühleberg nükleer santrali 2019’da 47 yılını doldurduğunda kapatıldı ve işletmeden çıkarma sürecine girdi<sup>41</sup>. Sonrasında ise diğer nükleer enerji santrali işletmecileri tarafından işletmeden çıkarma ve atık bertarafı maliyetlerinin orantısız bir şekilde artacağı ve bu durumun ülkenin enerji sektörüne yatırım yapma kabiliyetlerini azaltacağı noktasında eleştiriler gelince, İsviçre’nin nükleersizleştirme ve işletmeden çıkarma planları uzun vadeye yayıldı<sup>42</sup>.

### **3.3. Nükleer Kazalar**

İşletmeden çıkarmanın en maliyetli ve hiç istenmeyen sebebi ciddi bir nükleer kazanın vuku bulması veya meydana gelme tehlikesinin bulunmasıdır. Gerçekten de 2011 Fukuşima faciası ile birlikte dünyada işletmeden çıkarma konusunun üzerinde daha çok durulmuştur. Öyleki bu faciannın meydana geldiği tarihe kadar önemsenmeyen birtakım tavsiyeler ve öngörüler artık bu tarihten sonra standart haline getirilmiştir<sup>43</sup>. Haliyle bu da işletmeden çıkarmanın maliyetine olumsuz yönde etki etmektedir. Çünkü nükleer kazanın ardından gerçekleştirilen işletmeden çıkarma faaliyetleri, ortaya çıkan radyasyonun yayıldığı bütün yerlerin izole edilmesi, radyasyondan arındırılması ve yeniden inşa ve ihyası, zarar görenlerin tespit edilmesi ve zararların tazmin edilmesi gibi konular sebebiyle hiç

---

<sup>37</sup> MATHIS, Klaus; HUBER, Bruce R., **Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship - Volume 5, Energy Law and Economics**, Springer, 2018, s.27.

<sup>38</sup> Tam adıyla “Nükleer Enerjinin Barışçıl Kullanımı ve Tehlikelerine Karşı Koruma Yasası”.

<sup>39</sup> <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2004/723/en> E.T.01.08.2022

<sup>40</sup> SCHNEIDER, Mycle, **The World Nuclear Industry Status Report 2021**, s.374.

<sup>41</sup> SCHNEIDER, Mycle, **The World Nuclear Industry Status Report 2021**, s.373.

<sup>42</sup> World Nuclear Association, **World Nuclear Performance Report 2020**, s.53.

<sup>43</sup> Schmittem, Marc, **Nuclear Decommissioning in Japan-Opportunities for European Companies-**, EU-Japan Centre for Industrial Cooperation, Tokyo, March 2016, s.1-2.

kaza olmadan yapılan işletmeden çıkarma faaliyetlerinden daha maliyetli ve külfetlidir<sup>44</sup>.

İlk defa bir kaza sonrasında bütün olarak yapılan işletmeden çıkarma işlemi Ocak 1961 yılında ABD Idaho'da yer alan SL-1 reaktöründe yer alan kaza neticesinde gerçekleşmiştir. Kazaya kontrol çubuğunun usulüne uygun olmadan hareket ettirilmesi sebep olmuş ve oluşan fizyon ile birlikte ani bir nötron üretimi meydana çıkmış ve ortaya saniyede 130 megawattlık bir enerji açığa çıkararak reaktör içerisindeki nükleer yakıtın erimesine yol açmış ve sonuç olarak da büyük bir buhar patlaması yaşanmıştır<sup>45</sup>.

Kaza sonrası ilk müdahaleler kazanın nedenlerine dair kanıt toplamak ve bölgeyi temizlemek amacıyla Mayıs 1961'de başlamış yalnız hem işletmeden çıkarmadaki tecrübesizlik hem de yüksek radyasyon seviyesi işletmeden çıkarma işlemlerinin düzenli bir şekilde uygulanmasını engellemiştir. Çünkü radyoaktif malzeme reaktör kumanda odasına ve onun üzerindeki fan odasına geniş çapta dağıldığından ve kumanda odası da kalkan bloklarıyla çevrildiği için vantilatör odasına sadece duvar delinerek erişilebilirdi<sup>46</sup>. Dolayısıyla kurtarma planı oldukça zahmetli bir şekilde radyasyon seviyelerini düşürmeye yönelik adımlarla başladı. Daha sonra basınçlı reaktör kazanının üzerindeki ekipmanın ve yapının çoğu kaldırıldı ve ardından sökülme işlemleri başlatıldı. Reaktörün sökülüp kaldırılmasından sonra da reaktörün olduğu bina tamamen sökülmüş ve çevresindeki alanlar arındırılmıştır<sup>47</sup>.

Dünya tarihine geçen en korkunç kazalardan birisi de 1986 yılında zamanında SSCB ve bugünkü Ukrayna topraklarında yer alan Çernobil Nükleer Santralinde meydana gelmiştir. 4 numaralı reaktörde oluşan patlamalar neticesinde enerji santrali harap olmuş, atmosfere ve çevreye radyoaktif maddeler yayılmış, bu süreçte birçok insan hayatını kaybetmiş ve sadece yerel nüfus değil hava akımları ile birçok Avrupa ülkesinde de çevresel zararlar vuku bulmuştur<sup>48</sup>. Bu zararların tazmini için tazminat davaları açılmış ve hatta Avrupa İnsan Hakları

---

<sup>44</sup> OECD-NEA, **Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants**, 2016, s.31.

<sup>45</sup> Nuclear Power Reactor - The SL-1 Accident Video: Briefing Film Report - 1961 – CharlieDeanArchives  
[https://www.youtube.com/watch?v=AWi\\_w2H1saE&ab\\_channel=CharlieDeanArchives](https://www.youtube.com/watch?v=AWi_w2H1saE&ab_channel=CharlieDeanArchives)  
E.T.01.08.2022.

<sup>46</sup> LARAIA, s.18.

<sup>47</sup> LARAIA, s.17-18.

<sup>48</sup> CURRAN, Bruce, “Compensation for Responders to a Nuclear Accident: Where Should the Law Go?” **Nuclear Non-Proliferation in International Law - Volume IV, Human Perspectives on the Development and Use of Nuclear Energy**, Ed. BLACK-BRANCH, Jonathan L.; FLECK, Dieter, Springer, 2019, s.123.

Mahkemesinden lehte kararlar alınsa da gerek Rusya gerek de Ukrayna ifa imkansızlığını gerekçe göstererek kararları icra etmemiştir<sup>49</sup>.

Diğer bir kayda geçen kaza ise Fukuşima faciasıdır. Mart 2011 yılında meydana gelen 9.0 şiddetindeki depremi müteakiben oluşan tsunami sonucunda Fukuşima’da bulunan nükleer santralde meydana gelen kaza sonucunda yaşanan radyoaktif felaketin yanı sıra artık santraldeki reaktörler çalışamaz hale gelmiş ve işletmeden çıkarılması gerekmiştir. Pek tabii yapılan işletmeden çıkarma masrafları da normale oranla daha yüksek olmuş ve işlemler de radyasyon riski sebebiyle daha zahmetli olmuştur<sup>50</sup>. Bunun yanında tüm çevresel etkileri de hesaba katıldığında Fukuşima felaketinin yol açtığı toplam hasarın on milyarlarca dolara yakın olduğu tahmin edilmektedir<sup>51</sup>. Japonya hükümeti, zarar görenleri mağdur etmemek amacıyla bir eylem planı hazırlamış ve Nükleer Zarar Tazminatının Ödenmesi Sözleşmesine İlişkin Kanunu<sup>52</sup> yürürlüğe koymuştur<sup>53</sup>. Bunun yanında hemen Eylül 2011 yılında Nükleer Zarar Tazminatlarının Kolaylaştırma Ödemeleri Şirketi(NDF) kurulmuş ve Tokyo Elektrik Enerjisi Şirketi(TEPCO) ile birlikte büyük bir fon sağlanmıştır. Mart 2022 itibarıyla, bireysel olarak yapılan 1.13 milyon talep ve şirketler ile şahıs şirketleri tarafından yapılan 534.000 talep neticesinde toplam ödeme 10.2 trilyon Japon yeni(yaklaşık 88 milyar dolar) ödeme sağlanmıştır<sup>54</sup>.

Nükleer kazalardan doğan hukuki sorumlulukların çerçevesi uluslararası hukukta iki ana anlaşma ile çizilmiştir. Ülkemizin de taraf olduğu 1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi ve 1963 tarihli Nükleer Zararların Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Viyana Sözleşmesi<sup>55</sup> zarar gören gerçek ve tüzel kişilerin hangi şartlar altında tazminata hak kazanabileceğini hüküm altına almıştır<sup>56</sup>. Buna göre sorumluluk kaza ile

<sup>49</sup> CURRAN, s.127.

<sup>50</sup> Schmittem, Marc, **Nuclear Decommissioning in Japan-Opportunities for European Companies-**, s.48-53.

<sup>51</sup> Schmittem, Marc, **Nuclear Decommissioning in Japan-Opportunities for European Companies-**, s.79.

<sup>52</sup> [https://inis.iaea.org/search/search.aspx?orig\\_q=RN:9412216](https://inis.iaea.org/search/search.aspx?orig_q=RN:9412216) E.T.01.07.2022.

<sup>53</sup> CURRAN, s.130.

<sup>54</sup> Kaza olmaması ihtimalinde, normal sürecinde ilerleyen işletmeden çıkarma masrafları için bkz. aşağıda 6.bölüm [https://www.tepco.co.jp/en/hd/responsibility/revitalization/pdf/comp\\_result-e.pdf](https://www.tepco.co.jp/en/hd/responsibility/revitalization/pdf/comp_result-e.pdf) E.T. 01.04.2022.

<sup>55</sup> “Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol” metnine ulaşmak için <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/11/20061119-2.htm> E.T.01.08.2022.

<sup>56</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: GÜNEYSU, Gülin, “Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.41, S.1, 1990, s.213; BAŞOĞLU, Başak, **Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk**, Vedat Kitapçılık, 2016, s.41; ULUSAN, İlhan, “Türk Hukukunda Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Mes’uliyet”, Prof. Dr. Halit Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996, s.554; AYDOĞDU, Murat, **Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu**,



arasındaki illiyet bağı ispat edilmek koşuluyla münhasıran işletmeciye ait olacaktır<sup>57</sup>. Bu iki sözleşmenin de nihai amacı zarar görenlerin güvenilir bir sistem aracılığıyla mağduriyetlerinin giderilmesi ve nükleer zararlardan doğan hukuki sorumlulukların sınırlarının çizilmesidir<sup>58</sup>. Çünkü ciddi bir nükleer kaza sonucu doğan zararlar nükleer tesislerin ve işletmecilerin veya sigorta şirketlerinin üstlenme kapasitesini aşabilir<sup>59</sup>. Ancak tüm bunlara rağmen yine de nükleer kazalardan doğan zararların diğer sektörlere oranla telafisinin oldukça zor olacağı ve işletmeden çıkarma maliyetleri ile birlikte bazı tamiri mümkün olmayan sonuçlar doğuracağı açıktır.

Nükleer kazalardan doğan cezai sorumluluklar bakımından ise uluslararası bir anlaşma bulunmayıp her ülke kendi ceza yasaları ile sorumlulukları hükme bağlamıştır. Ülkemizde de hukuki sorumlulukların yanında, nükleer radyasyonun bulundurduğu tehlike için TCK hükümleri ile cezai bir çerçeve çizilmiştir. Radyoaktif maddeler TCK hükümlerine göre silah hükmünde(madde 6) olup aynı zamanda insanları nükleer maddeler ile radyasyona maruz bırakmak, kasten öldürme(madde 82) ve mala zarar verme(madde 152) suçlarının da nitelikli hallerini oluşturmaktadır. Bunların yanında yine TCK madde 172 “Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme” ve “Radyasyon yayma” başlıkları altında nükleer kazalara kasten ve taksirle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak sebep olunmasını cezai hükümlere bağlamıştır.

Bütün diğer cezai yaptırımlara ve 18.02.2021 tarih ve 31399 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Nükleer Düzenleme Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği tarafından öngörülen idari yaptırımlara ek olarak 7381 sayılı Kanun m.24/1-b fıkrası “Faaliyete ilişkin yükümlülükleri sona ermeden, faaliyetin yürütüldüğü yeri veya tesisi, nükleer maddeyi, radyoaktif kaynağı veya radyoaktif atığı sahipsiz kalacak şekilde terk edenler üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beş bin gün adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmünü getirmiştir. Buradan da açıkça anlaşılacağı üzere işletmeden çıkarma planı dışında hareket etmek, işlemleri usulüne uygun olarak takip etmemek, atık yönetimi noktasında gösterilmesi gereken ciddiyetten uzak bir tutumda bulunmak gibi nice ihmali ve taksirli eylemler cezai soruşturmaya tabi tutulabilecektir. Bu şekilde, ülkemizde olası bir nükleer kaza sonrası hukuki ve cezai altyapı ulusal ve uluslararası hatlarıyla çizilmiştir. Ancak nükleer kaza sonrası yapılacak işletmeden çıkarma işlemleri,

---

Adalet Yayınevi, 2009, s.165; PARTALCI, Rümeyza, **Milletlerarası Özel Hukukta Çevre Zararlarından Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk**, Oniki Levha Yayınevi, 2021, s.63.

<sup>57</sup> HANDRLICA, Jakub, “Nuclear liability conventions and decommissioning: exclusion provisions revisited”, **Journal of World Energy Law and Business**, Volume 11, Issue 3, 2018, s.196-197.

<sup>58</sup> PEREIRA, Ricardo, “Compliance and Enforcement in International, European and National Environmental Law”, **Environmental and Energy Law**, Ed. Makuch, Karen E.; Pereira, Ricardo, Wiley-Blackwell, 2012, s.563.

<sup>59</sup> PEREIRA, s.564.

uygulanacak stratejiler, fon yönetimi gibi konularda doğal olarak gelişme kaydedilememiştir.

#### 4. Aşamaları

Nükleer enerji santrallerinin yukarıda zikredilen sebeplerden birinin gerçekleşmesiyle işletmeden çıkarılmaları elzem bir hale gelir. İşletmeden çıkarma işlemleri ise belirli bir teknik altyapıya, finansal desteğe ve takvime ihtiyaç duyar<sup>60</sup>. Bu sebeple işletmeden çıkarma işlemlerinin kimin tarafından ve nasıl yapılacağı önem arz etmektedir.

Bilinen ilk işletmeden çıkarma işlemi Chicago Üniversitesinin terkedilmiş futbol sahasının tribünlerinin altında kurulan bilinen ilk nükleer reaktör olan Chicago Pile-1 için gerçekleştirilmiştir. 1942 yılında II.Dünya Savaşı için atom bombası üretmek amacıyla kurulan bu reaktör daha sonra yeniden yapılandırılarak 1954 yılına kadar kullanılmış ve sökülerek ilkel yöntemlerle beton ile kaplanıp yaklaşık 12 metre derinliğe gömülmüştür<sup>61</sup>. Daha sonraları bu gömü ile ilgili kamuoyunda rahatsızlıklar baş gösterince civar çevrede radyasyon seviyesinin artması ile 30 milyon dolara yakın bir harcama yapılarak radyoaktif atıkların temizlenmesi sağlanmış ve bu alan rehabilite edilmeye çalışılmıştır<sup>62</sup>.

İşte böyle ilkel bir şekilde başlayan işletmeden çıkarma serüveni günümüze kadar edinilen tecrübeler ile son derece sistematik, planlı, takvimli ve düzenli işleyen programları ile milyar dolar hacimli bir sektör haline gelmiştir<sup>63</sup>. Bu yüzden yeterli finansal kaynaklar olmadan işletmeden çıkarmaya, hatta yeni nükleer enerji santrallerinin inşasına başlanmaması da bu açıdan çok önemlidir. Aksi takdirde gelecek nesillere son derece tehlikeli ve ekonomik açıdan yıkıcı bir miras bırakılmış olur.

Bu sebepten dolayıdır ki işletmeden çıkarmanın ilk aşaması buna özel bir lisans almaktır<sup>64</sup>. Örneğin Güney Kore’de bu lisansı almak için bir işletmeden çıkarma planının sunulması ve fon ayrılması gerekir<sup>65</sup>. Bu planda işletmeden çıkarma için ne kadar fon ayrıldığı ve nasıl temin edileceği tüm garantileri ile birlikte teklif edilir. İşletmeden çıkarma planının uygun bulunması halinde de bir işletmeden çıkarma lisansı verilir ve ardından bu lisans ile yetkilendirilen şirket, sunduğu

<sup>60</sup> İsveç’teki Forsmark nükleer santrali için hazırlanan örnek ayrıntılı işletmeden çıkarma planı için bkz.

<https://skb.se/publikation/2625510/R-13-03.pdf> E.T.01.08.2022.

<sup>61</sup> LARAIA, s.17.

<sup>62</sup> <https://fpdcc.com/site-a-the-worlds-first-nuclear-reactor/> E.T.01.08.2022.

<sup>63</sup> OECD-NEA, **Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants**, s.39.

<sup>64</sup> <https://cnpp.iaea.org/countryprofiles/KoreaRepublicof/KoreaRepublicof.htm> E.T.01.08.2022.

<sup>65</sup> <https://cnpp.iaea.org/countryprofiles/KoreaRepublicof/KoreaRepublicof.htm> E.T.01.08.2022.

işletmeden çıkarma planı dahilinde sırasıyla işlemlerine başlar<sup>66</sup>. Ancak Çin gibi bazı ülkelerde ise önce lisans verilir sonra ayrıntılı rapor istenir<sup>67</sup>. Lisanslama faaliyeti nükleer faaliyetlerin kamu şirketleri üzerinden yürütülmesi politikalarına bağlı olarak farklılık göstermektedir. Birleşik Krallık ve Hindistan gibi bazı ülkelerde nükleer santralin işletmecisi aynı zamanda işletmeden çıkarma işlemlerinden de hem mali olarak hem de hukuki olarak sorumludur<sup>68</sup>. Ancak hiçbir şekilde bir işletmeden çıkarma planı olmadan işlemlere başlanamaz<sup>69</sup>.

Lisans verildikten sonra artık işletmeden çıkarmanın fiili işlemleri başlar. “Geciktirilmiş Söküm” yöntemi baz alındığında kararlaştırılan plan dahilinde başlatılacak olan işletmeden çıkarma işlemleri teknik açıdan 3 farklı aşamada incelenebilir<sup>70</sup>:

*1.AŞAMA:* Birinci aşamada yüksek tehlikedeki radyoaktif nükleer yakıtların tasfiyesi vardır. Bu aşamada reaktörün sökülmesi faaliyetleri yer almaz. Radyasyonun belirli seviyenin altına inmesine müteakip öncelikle soğutma suyu olarak kullanılan havuzlardaki sular ve reaktör kazanındaki atık yakıtlar<sup>71</sup> tasfiye edilerek korunaklı bir şekilde muhafaza edilir. Bütün bu tasfiye edilen atık yakıtlar öncelikle korumalı bir şekilde santral sahası içerisinde muhafaza edilir. Ardından bu yakıtlar santral sahasının dışarısında hazırlanan çelik kaplamalı betonarme su havuzlarında veya kuru depolama varilleri olarak bilinen çelik ve beton konteynerlerde muhafaza edilmek üzere nakliye edilir<sup>72</sup>.

*2.AŞAMA:* İkinci aşamada artık sökme faaliyetleri başlar. Yüksek derecede nükleer yakıt ve radyoaktif maddeye maruz kalan kısımların söküm işlemleri yapılır<sup>73</sup>. Basınçlı reaktör kazanlarının parçaları ve kazanı bağlayan boru ve kanalları sökülür. İkinci aşamada belirli periyotlar arasında radyasyon ölçümü yapılmaya devam edilir. En fazla teknik işgücüne ve ekipmanına bu aşamada

<sup>66</sup> <https://cnpp.iaea.org/countryprofiles/KoreaRepublicof/KoreaRepublicof.htm> E.T.01.08.2022.

<sup>67</sup> [https://www.oecd-nea.org/law/legislation/2017\\_china\\_nuclear\\_safety\\_law.pdf](https://www.oecd-nea.org/law/legislation/2017_china_nuclear_safety_law.pdf) E.T.01.08.2022.

<sup>68</sup> PARK, Patricia, **International Law for Energy and the Environment**, 2. Edition, CRC Press, 2013, s.123. [https://indiacode.nic.in/handle/123456789/1413?sam\\_handle=123456789/1362](https://indiacode.nic.in/handle/123456789/1413?sam_handle=123456789/1362) E.T.01.08.2022.

<sup>69</sup> Öyle ki kaza olması ihtimalleri ve olası senaryolara karşı acil durum önlemleri de plan dahilindedir.

<sup>70</sup> SCHNEIDER, s.235.

<sup>71</sup> Nükleer yakıtlar akla gelenin aksine sıvı değil katı haldedirler. İçerisinde zenginleştirilmiş(toz haline getirilmiş) uranyum barındıran küçük metal toplar veya peletlerin dizildiği kapalı uzun metal boru şeklindeki çubuklar ve bunların oluşturduğu kümeler nükleer yakıttır. Nükleer atık ise ticari bir reaktörde kullanılmış olan uranyum yakıtını ifade eder.

<sup>72</sup> SCHNEIDER, s.235.

<sup>73</sup> SCHNEIDER, s.235.

ihtiyaç duyulur. O yüzden işletmeden çıkarmanın bütününe bakıldığında da en fazla maliyet kalemi bu aşamada yer almaktadır<sup>74</sup>.

**3.AŞAMA:** Üçüncü aşama en tehlikeli olan kısımların sökülmesinin ardından betonarme yapıların arındırılması ile devam eder<sup>75</sup>. Bu aşamada da belirli periyotlarla radyasyon ölçümleri yapılır. Radyasyon seviyesinin istenilen düzeyin altına düşmesi ile bina ve yapılar yıkılır ve hafriyat atıkları ile molozlar da yine aynı yöntemi takip ederek bertaraf edilir. Ardından, öncesinde nükleer santralin bulunduğu yer yeşil alan statüsüne döndürülmek için restorasyona tabi tutulur. Bu aşamanın sonunda da bölgede radyasyon ölçümleri bir müddet daha devam eder. Bu aşamanın en çok vakit alan ve masraflı kısmı atık yönetimidir<sup>76</sup>. Arındırılan ve muhafazaya alınan nükleer atıklar yıllarca kontrol altında tutulmak zorundadır<sup>77</sup>.

Örnek vermek gerekirse, Güney Kore’de, 2017 yılında kalıcı olarak kapatılan Kori-1 nükleer reaktörünün işletmeden çıkarılma takvimi kabataslak şu şekildedir<sup>78</sup>:

Son Tarih	İşletmeden Çıkarma İşlemleri
Haziran 2022	- İşletmeden çıkarma planının geliştirilmesi ve onayı
Aralık 2025	- Nükleer yakıtların soğutulması - Nükleer yakıtların geçici olarak saha içerisinde saklanması - Nükleer yakıtların radyoaktif atık bertaraf tesislerine taşınması
Aralık 2030	- Türbinlerin ve jeneratörlerin sökülmesi

<sup>74</sup> SCHNEIDER, s.235.

<sup>75</sup> SCHNEIDER, s.235.

<sup>76</sup> SCHNEIDER, s.235.

<sup>77</sup> SCHNEIDER, s.235.

<sup>78</sup> KIM, Hana; JEON Eui-Chan, **Structural Changes to Nuclear Energy Industries and the Economic Effects Resulting from Energy Transition Policies in South Korea**, MDPI, Energies, 2020, V.13, I.7. s.4.

	- Sökülmüş sistemin ve atıkların hacminin küçültülmesi - Atık arındırma tesislerinin kurulması
Aralık 2032	- Saha restorasyonu

Bütün aşamaların tamamlanması ile, teknik açıdan işletmeden çıkarma sürecinin sonuna gelinir. Daha sonra ilgili devlet kurumları tarafından saha araştırması ve ölçümler yapılarak işletmeden çıkarmanın uygun bulunması halinde lisans sona erdirilir.

Tüm bu aşamaların ne kadar zaman alacağı konusu değişiklik göstermektedir. İşletmeden çıkarmanın toplamda ne kadar genel olarak süreceği;

- işletmeden çıkarma planına,
- işletmeden çıkarmaya ayrılan yeterli miktardaki fona,
- bu fonun lisans sahiplerine yük olmaması için uzun yıllara dağıtılmasına,
- buna göre sağlanacak işgücü, ekipman ve sistem tedarikine,
- nükleer atıkların ve radyasyona maruz kalan reaktör materyallerinin arındırılması, taşınması ve muhafaza edilmesine ayrılacak yeni mekanların inşasına ve işletilmesine<sup>79</sup> bağlıdır.

Bu anlamda, ortalama bir işletmeden çıkarma süresi verilecek olur ise en az 6<sup>80</sup>, en fazla 42<sup>81</sup> yıl olmak üzere ortalama 20 yıl denilebilir<sup>82</sup>. İşletmeden çıkarma lisans sözleşmesi süresi içerisinde birden fazla edimin ifasını gerektirdiğinden, işletmeden çıkarma planından kaynaklanan anlaşmazlıklar ve hukuki talepler için

<sup>79</sup> Unutulmamalıdır ki orta ve yüksek derecede radyasyona sahip uranium-238 gibi kullanılmış yakıtların radyoaktivite seviyelerinin düşmesi çok uzun bir zaman almaktadır. Odendahl, Kerstin “Storage and Disposal of Radioactive Waste: The Search for a Global Solution” **Nuclear Non-Proliferation in International Law - Volume III, Legal Aspects of the Use of Nuclear Energy for Peaceful Purposes**, Ed. BLACK-BRANCH, Jonathan L.; FLECK, Dieter, Springer, 2016, s.279.

<sup>80</sup> Amerika'nın Minnesota eyaletindeki 22 Mw'lık Elk River Nükleer Santrali derhal söküm (DECON) yöntemi ile 5 yıl gibi bir sürede tamamlanmıştır. <https://www.osti.gov/servlets/purl/6548375> E.T.01.08.2022.

<sup>81</sup> Carolina-Virginia Tube Reactor(CVTR) 1967'den 2009'a kadar toplam 42 yılda işletmeden çıkarılmıştır.

<sup>82</sup> SCHNEIDER, s.259.

eğer işletmeden çıkarma işlemlerine devam edilebiliyorsa hala aşamalara devam edilirken söz konusu uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulabilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde hem hükümetler ve hem de toplumlar için son derece tehlike arz eden çevresel problemler ve hukuki bakımdan ağır külfetler ortaya çıkabilecektir.

## 5. Maliyeti

Nükleer enerji elde etmek başlı başına en maliyetli enerji kaynaklarından birisi olduğundan, işletme süresinin sona ermesi ile birlikte radyasyon ve çevre güvenliği hassasiyetleri dolayısıyla işletmeden çıkarma işlemleri de bir bütün olarak oldukça masraflıdır<sup>83</sup>. Bu sebeple işletmeden çıkarma maliyetleri çoğu zaman devletler ve büyük finans kuruluşları tarafından desteklenir. Bu noktada ev sahibi devletler kur sabitleme, teminat gösterme, devlet tahvili çıkarma ve hatta radyoaktif depolama alanı tahsis etme gibi teşvik araçlarını aktif olarak kullanabilirler<sup>84</sup>. Bununla birlikte bazen nükleer santral işletmecileri de belirli fonları ayırmak, işletmeden çıkarma maliyet hesaplarını da daha enerji santrallerinin kurulumunda ve proje esnasında planlamakla yükümlü tutulabilirler<sup>85</sup>. İşletmeden çıkarmanın maliyeti genel olarak; kamu kaynakları, işletmecilere ait olup işletmeden çıkarma amacına tahsis edilmiş fonlar, kanun gereği kurulan fonlar ve düzenleyici devlet kurumları bünyesinde oluşturulan fonlar aracılığıyla karşılanmaktadır<sup>86</sup>.

Örnek verilecek olursa, Güney Kore Ticaret, Sanayi ve Enerji Bakanlığı tarafından nükleer reaktörlerin işletmeden çıkarılmasına rezerv olarak açıklanan 673 milyon doların bütün harcama kalemlerinin tahmini miktarları ve oranları aşağıdaki gibidir<sup>87</sup>:

Kategori	Harcama Kalemleri	Tutar (Milyon Dolar)	Harcama Yüzdesi (%)
	İşgücü	111	16.6

<sup>83</sup> MATHIS, Klaus; HUBER, Bruce R., *Environmental Law and Economics*. s.35.

<sup>84</sup> IAEA, *Selection of decommissioning strategies: Issues and factors*, s.28.

<sup>85</sup> HOEDL, Seth, “A Social License for Nuclear Technologies” *Nuclear Non-Proliferation in International Law - Volume IV, Human Perspectives on the Development and Use of Nuclear Energy*, Ed. BLACK-BRANCH, Jonathan L.; FLECK, Dieter, Springer, 2019, s.41.

<sup>86</sup> OECD-NEA, *Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants*, s.124-127.

<sup>87</sup> KIM/JEON, s.14.

<b>İşletmeden Çıkarma Proje Masrafları</b>	Sökme	205	21.1
	Arındırma		8.7
<b>Küçülme Faaliyetleri</b>	İnşaat	29	2.5
	Tesis Kurulumu		1.2
	İşletmeden Çıkarma		0.5
	Tasarım		0.2
<b>Diğerleri</b>	Sigorta	26	4.0
	Ar-Ge	32	1.1
	Mevzuata uygunluk	9	3.7
	Kamu Harcamaları		1.4
<b>Radyoaktif Atık İşlemleri</b>	Genel İşlemler	239	27.4
	Saklama		9.0

	Topluluk Desteği	12	1.4
	Ulaşım	10	1.2
<b>Toplam</b>		<b>673</b>	100.0

Görüldüğü üzere harcamalar arasından en fazla payı sökülme, işgücü ve radyoaktif atıkların tasfiyesi ile saklanması alıyor. İşletmeden çıkarmanın maliyetini bulmak için tahmini masrafların hesaplanması gereklidir. Bunun için de işletmeden çıkarma kalemlerinin ortaya çıkarılması elzemdir<sup>88</sup>. Genel olarak işletmeden çıkarma maliyetlerinin hesaplanmasında özetle;

- kullanılmış nükleer yakıtların tasfiyesi, nakliyesi ve muhafazası ile atık yönetimi,
- nükleer reaktörlerin tipi<sup>89</sup>, sökülmesi uygulanacak sistem ve devredışı bırakılması,
- binaların yıkılması ve radyasyon azaltımı ve hafriyatın ortadan kaldırılması,
- santralin yerleşik olduğu arazinin iyileştirilmesi ve yeşillendirilmesi
- tüm bu işlemleri yerine getirecek uzman işgücü maliyeti gibi konular dikkate alınır<sup>90</sup>.

Bugüne kadar kullanılan teknikler, hükümetlerin sorumluluk bilinci ve bilgi paylaşımı, ayrılan fonlar ve planlamalar ülkeden ülkeye farklılık gösterdiği için işletmeden çıkarmanın maliyeti ile ilgili asgari ve azami bir tahminde bulunmak mümkün gözükmemektedir. Ancak genel olarak söylenebilir ki işletme planında öngörülen işlemler ve fondaki karşılıkları her zaman reel olamayabilir ve teminat ve garanti noktasında ek yardımlar gerekebilir. Bir diğer ifadeyle, işletmeden

<sup>88</sup> CUMO, Maurizio, “Decommissioning of Nuclear Plants”, **Handbook of Nuclear Engineering**, Ed. CACUCI, Dan Gabriel, Springer, 2010, s.3227.

<sup>89</sup> Eski model gaz soğutmalı reaktörler, şu anda ticari amaçlı kullanılan reaktörlerin büyük çoğunluğunu oluşturan su basınçlı reaktörler, yeni model hızlı beslemeli reaktörler veya küçük modüler reaktörler. Tüm bu nükleer reaktör tiplerinin yanı sıra kurulu güç kapasitesinin de işletmeden çıkarmanın maliyetine etkisi olacaktır.

<sup>90</sup> OECD-NEA, **Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants**, s.61.



çıkarma lisans sahibine yapılacak ödemelerin veya yeterli işgücü ve teknik altyapının yetersiz gelmesi durumunda dışarıdan fon yardımına veya hizmet alımına ihtiyaç duyulabilir. Bu yüzden başta düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve işletmeciler ile işletmeden çıkarma lisans sahiplerinin, mali açıdan öngörülemeyen durumlara daima hazırlıklı olması gerekir<sup>91</sup>.

## **6. Uluslararası Hukukta Altyapısı ve Dünyadan Örnekler**

Nükleer santral işletmenin barındırdığı risklerin ve kazaların ortaya çıkardığı vahim sonuçların önüne geçebilmek maksadıyla birçok uluslararası anlaşma imzalanmıştır. Bunların başlıcaları şunlardır:

- 1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi
- 1963 tarihli Nükleer Zararların Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Viyana Sözleşmesi
- 1968 tarihli imzaya açılan Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması,
- 1994 tarihli Nükleer Güvenlik Anlaşması,
- 1986 tarihli Nükleer Kazaların Acil Bildirimine İlişkin Sözleşme,
- 1997 tarihli Kullanılmış Yakıt Yönetiminin Güvenliği ve Radyoaktif Atık Yönetiminin Güvenliğine İlişkin Ortak Sözleşme.

Uluslararası alanda imzalanan çoklu anlaşmaların yanında bir de IAEA ve OECD'ye bağlı NEA tarafından işletmeden çıkarma ile ilgili birçok düzenleyici kurallar, rehberler, yönergeler ve örneğin santral çalışanlarının kıyafetlerinin dahi nasıl arındırılacağına kadar ayrıntılı yayınlar mevcuttur<sup>92</sup>. Ancak, işletmeden çıkarma ile ilgili hususi bir uluslararası anlaşma mevcut değildir. Bu sebeple uluslararası kurumlar bilgi ve tecrübe aktarımı ile yönlendirici bir rol oynarlar. Örneğin IAEA, OECD-NEA ve Avrupa Komisyonu tarafından beraber hazırlanan

---

<sup>91</sup> IAEA, **Managing the Unexpected in Decommissioning**, s.39 vd. OECD-NEA, **Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants**, s.81.

<sup>92</sup> [https://nucleus.iaea.org/sites/connect/IDNpublic/Pages/Publications\\_by\\_theme.aspx](https://nucleus.iaea.org/sites/connect/IDNpublic/Pages/Publications_by_theme.aspx)  
E.T.01.08.2022.

“İşletmeden Çıkarmanın Maliyetinin Uluslararası Yapısı” buna çok güzel bir örnektir<sup>93</sup>.

IAEA de tavsiye niteliğindeki iki hukuki ilkeyi radyoaktif atık yönetimi için baz almıştır<sup>94</sup>. Bunlardan ilki "nesiller arası eşitlik" ilkesidir. Bu ilke, nükleer enerjiden yararlanan her neslin, gelecek nesillere radyoaktif atıklar noktasında kanuna aykırı külfetler bırakmadan, insan sağlığını ve çevreyi koruyacak şekilde davranması gerektiğini belirtir<sup>95</sup>. İkinci ilke olan "kullanan/kirleten öder" ilkesi, kirliliğe neden olanların, buna sebep olan işlemlerle ilgili hukuki açıdan sorumlu olma ve zarara düşer olanların mağduriyetlerinin giderilmesi gerektiğini belirtir<sup>96</sup>. Bu ilke aynı zamanda nükleer atıkların emniyetli bir şekilde bertaraf edilmesi için mali kaynaklar oluşturma gerekliliğinin de altyapısını oluşturmaktadır. Bu tavsiye niteliğindeki iki temel ilkeye ek olarak işletmeden çıkarmanın fonlanması için de yeterlilik, müsaitlik, şeffaflık gibi üç temel prensip ortaya konmuştur<sup>97</sup>.

*Yeterlilik:* Bütün işletmeden çıkarma masraflarının karşılanması, radyoaktif atıkların işletmeden tahliyesi, depolanması ve uzun vadeli atık yönetimi için yapılacak ödemelerin hem fonun toplanması için öngörülen süreye yetişmesi hem de işletmeden çıkarma için seçilen stratejiye uygun olması gerekir.

*Müsaitlik:* İşletmeden çıkarmaya tahsis edilen fonun uygun zamanda hazır olması demektir. Bu fonun işletmeden çıkarma işlemlerinin maliyetleri için düzenlenen takvim ile uyumlu bir likidite akışı sağlayacak şekilde yönetilmesi ve periyodik olarak gözden geçirilmesi hayati önem taşımaktadır. Çünkü olası bir fon eksikliği sebebiyle işlemlerin aksaması geri dönülemez çevresel risklere ve daha ağır mali külfetlere yol açabilir.

*Şeffaflık:* Tahsis edilen fonlar, yalnızca işletmeden çıkarma planına uygun olarak işletmeden çıkarma işlemlerinin maliyetlerini karşılamak için kullanılmalı ve başka amaçlar için kullanılmamalıdır. Özellikle işletmeden çıkarma lisansı sahibinin bir kamu şirketi değil de, yerli veya yabancı özel bir yatırımcı olduğu durumlarda bu fonların, mali denetim ile görevli devlet kurumlarına ve pay sahiplerine karşı şeffaf olması önemlidir.

---

<sup>93</sup> OECD-NEA, **International Structure for Decommissioning Costing (ISDC) of Nuclear Installations**, 2012.

<sup>94</sup> IAEA, **Principles of Radioactive Waste Management Safety Fundamentals**, Safety Series No. 111-F, 1995. OECD-NEA, **Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants**, s.40.

<sup>95</sup> OECD-NEA, **Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants**, s.40.

<sup>96</sup> OECD-NEA, **Decommissioning Funding: Ethics, Implementation, Uncertainties, A Status Report**, 2006, s.33

<sup>97</sup> OECD-NEA, **Decommissioning Funding: Ethics, Implementation, Uncertainties**, s.33.

Avrupa Birliği'nde ise gerek nükleer enerji gerek atık yönetimi ile ilgili hukuki altyapı oldukça gelişmiştir. Bu altyapının temelleri 1957 yılında imzalanan Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Sözleşmesi ile atılmıştır. Kısa adı EURATOM olan kuruluşun görevi başlangıçta nükleer enerji güvenliğini sağlamak ve sektörün iyileşmesi ve gelişmesinde rol oynamaktır<sup>98</sup>. Daha sonrasında AB Konseyi tarafından çıkarılan 2011/70/Euratom sayılı kullanılmış yakıtların ve radyoaktif atıkların güvenli yönetimi ile ilgili direktif<sup>99</sup> ile, ihtiyacı olan ülkelere sunulan yardım programları ile ve çeşitli tavsiye niteliğindeki AB Komisyonu kararları ile işletmeden çıkarma işlemleri güvence altına alınmıştır. Buna göre işletmeden çıkarma faaliyetleri ile korumaya alınan nükleer yakıtlar ve radyoaktif materyallerin radyasyon seviyesini “mümkün ve makul olan en düşük” seviyede tutma ilkesi<sup>100</sup> benimsenmiştir. Hatta bireysel olarak maruz kalınan radyasyon dozu, o ülkenin iç hukuk yasalarına göre bağlayıcı olan radyasyon sınırlarının altında olsa bile yine bu ilke uygulanmaya devam edecektir. Ayrıca Konseyin 96/29/EURATOM sayılı direktifi madde 6/3(a) ve yine 2011/70/Euratom madde 7/2 uyarınca AB üyesi devletler ve lisans sahipleri bu ilkenin uygulanmasını temin edeceklerdir.

Tüm bu sayılan uluslararası düzenlemelerin yanında ulusal bazda nükleer enerji üreten ülkeler kendi iç hukuk düzenlemelerini de kurmuş ve geliştirmiştir. Haliyle, edinilen tecrübeler ile birlikte işletmeden çıkarma ile ilgili hukuki altyapı da oluşturulmuştur.

### ***Amerika Birleşik Devletleri***

Dünya'da, nükleer enerjiden elde edilen toplam elektrik üretiminin %30'undan fazlasını üreten Amerika Birleşik Devletleri an itibarıyla Dünya'nın en büyük nükleer enerji üreticisi konumundadır<sup>101</sup>. Ülkedeki bütün nükleer reaktörler, 2019 yılındaki toplam elektrik üretiminin yaklaşık %19'unu oluşturan 843 milyar kWh üretim yapmıştır<sup>102</sup>. Amerika'da nükleer düzenlemelerden ve işletmeden çıkarma faaliyetlerinden sorumlu hükümet kurumu Nükleer Düzenleme Komisyonu(NRC)'dur.

---

<sup>98</sup> PARK, s.159-160.

<sup>99</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0070> E.T. 01.08.2022.

<sup>100</sup> “as low as reasonably achievable”(ALARA) ilkesi için bkz. PARK, s.123. 7381 s.K 3/2-b maddesi de bu ilkeyi benimsemiştir.

<sup>101</sup> <https://www.world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-t-z/usa-nuclear-power.aspx#:~:text=The%20USA%20is%20the%20world's,20%25%20of%20total%20electrical%20output.> E.T.01.08.2022 E.T.01.08.2022.

<sup>102</sup> <https://www.world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-t-z/usa-nuclear-power.aspx#:~:text=The%20USA%20is%20the%20world's,20%25%20of%20total%20electrical%20output.> E.T.01.08.2022.

NRC Yönetmelikleri'nin 10.Başlığı altında nükleer konular ve işletmeden çıkarma ile atık yönetimi faaliyetleri düzenlenmiştir<sup>103</sup>. Söz konusu başlıkta 50.75(e) maddesine göre, lisans sahibi işletmeciler işletmeden çıkarma maliyetlerini, faaliyetlere başlamadan önce güvence altına almak zorundadırlar. Buna göre lisans sahibi işletmeciler kanunda öngörülen aşağıdaki 3 yöntemden en az birini veya daha fazlasını seçmelidir.

*Ön ödeme:* Bu yöntemde lisans sahibi tarafından işletmenin faaliyete geçmesinden evvel kredi ve teminat fonu niteliğinde bir kaynak ayrı bir hesapta depo edilir.

*Harici amortisman fonu:* Buna göre işletmecinin kontrolü dışında olan ve işletmeden çıkarma masraflarını karşılamak üzere zaman içinde birikecek ayrı bir hesap oluşturulur.

*Teminat, sigorta veya ana şirket garantisi:* Bu metodun amacı ise lisans sahibi işletmecinin temerrüde düşmesi veya iflas gibi durumlarda işletmeden çıkarma masraflarının 3. kişi tarafından ödenmesinin güvence edilmesidir.

Lisans sahibi işletmeciler her 2 yılda bir işletmeden çıkarma fonunun güncel durumunu NRC'ye rapor etmek zorundadır. İşletmeden çıkarma maliyetlerinin tahimini değerleri madde 50.75(c)'te gösterilen formüllere göre veya santralin kendine özgü koşulları dikkate alınarak hesaplanır. İşletmeciler, işletmeden çıkarma işlemleri için 3 farklı yol izleyebilirler<sup>104</sup>, DECON<sup>105</sup>, SAFSTOR<sup>106</sup> ve ENTOMB<sup>107</sup>.

NRC gözetimindeki işletmeden çıkarma işlemlerinde SAFSTOR yönteminin uygulanması halinde bütün faaliyetlerin sonuçlanması 60 yıl gibi uzun bir zamanı bulabilir. DECON yöntemi tercih edildiğinde ise bu süre 10 yıl kadar sürebilir<sup>108</sup>. Nükleer reaktörlerin işletmeden çıkarma maliyetlerini etkileyen birçok faktör olması ile birlikte, genellikle bu rakam 300 milyon dolar ile 400 milyon dolar arasında değişmektedir. Bununla birlikte, NRC'nin gözetimi ile günümüzdeki

---

<sup>103</sup> <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/cfr/index.html> E.T.01.08.2022.

<sup>104</sup> NRC, **Decommissioning Nuclear Power Plants**, Backgrounder, Office of Public Affairs, Ağustos 2018, s.1.

<sup>105</sup> Decontamination (radyasyondan arındırma) teriminin kısaltması olup derhal söküme ifade etmek için kullanılır.

<sup>106</sup> Safe Storage (güvenli depolama) kelime grubunun kısaltması olarak kullanılan bu ifade ise geciktirilmiş söküme ifade eder.

<sup>107</sup> Entombment (gömme) teriminin kısaltmasıdır.

<sup>108</sup> NRC, **2019-2020 Information Digest**, s.76.

lisans sahibi işletmecilerin yaklaşık %70'ine, işletme tesis ömrü boyunca işletmeden çıkarma fonları biriktirme kolaylığı sağlanmaktadır<sup>109</sup>.

## **Fransa**

Toplam elektrik üretiminin %70'inden fazlasını nükleer enerjiden sağlayan Fransa'nın<sup>110</sup>, genel anlamda nükleer faaliyetlerde ve dolayısıyla işletmeden çıkarma ve radyoaktif atık yönetimi konularında da diğer ülkelere nazaran daha gelişmiş bir altyapıya sahip olduğunu söyleyebiliriz<sup>111</sup>. Fransa'nın radyoaktif atık yönetiminden sorumlu kurumu Ulusal Radyoaktif Atık Yönetimi Ajansı ANDRA'dır<sup>112</sup>. Yalnız ülkenin en büyük enerji şirketlerinden EDF, işletmeden çıkarma işlemlerini tek başına teknik ve finansal sorumluluğu üstlenerek yapabilmektedir<sup>113</sup>. Nükleer Güvenlik Kurumu<sup>114</sup>(ASN)'nun incelemesi ve bakanlık kararı ile işletmeden çıkarma işlemleri 3 aşamada yapılmaktadır<sup>115</sup>:

1. Aşama: Enerji santralının kapatılması → Yakıtın tahliyesi ve çevrim tesisatlarının boşaltılması ve ardından nükleer olmayan kurulumların sökülmesi ve kapatılması.
2. Aşama: Kısmi işletmeden çıkarma → Reaktörün olduğu bina hariç, ekipman ve yan binaların sökülmesi.
3. Aşama: Bütünüyle işletmeden çıkarma → Reaktörün olduğu binanın ve hala radyoaktif olan materyallerin ve ekipmanların sökülmesi.

Nükleer enerji ile ilgili Fransa'da pek çok yasal düzenleme mevcuttur<sup>116</sup>. Bu düzenlemelerden Çevre Kanunu(Code de l'environnement) 5.Bölüm, 2006 tarihli Nükleer Faaliyetlerin Güvenliği ve Şeffaflığı Yasası ve 2015 tarihli Yeşil Büyümeye Doğru Enerji Geçişi Yasası gibi yasalar nükleer enerji santrallerinin kurulması, işletilmesi, kapatılması ve sökülmesi konularında hükümler öngörmektedir. Daha sonrasında yapılan değişikliklerle birlikte hükümetin

<sup>109</sup> NRC, **Decommissioning Nuclear Power Plants**, s.2.

<sup>110</sup> <https://www.oecd-nea.org/general/profiles/france.html> E.T.01.08.2022.

<sup>111</sup> <https://pris.iaea.org/PRIS/CountryStatistics/CountryDetails.aspx?current=FR> E.T.01.08.2022.

<sup>112</sup> Agence Nationale pour la Gestion des Déchets Radioactifs (**ANDRA**).

<sup>113</sup> OECD-NEA, **Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants**, s.71.

<sup>114</sup> <http://www.french-nuclear-safety.fr/> E.T.01.08.2022.

<sup>115</sup> <https://www.edf.fr/en/edf/decommissioning> E.T.01.08.2022.

<sup>116</sup> ALOGNA, Ivano, "Environmental Law of France" **Comparative Environmental Law and Regulation**, Ed. ROBINSON, Nicholas A.; BURLESON, Elizabeth; LYE Lin-HENG, Thomson-Reuters, 2018, s.36.

nükleer reaktörleri tek başına kapatabilme yetkisi genişletilmiş ve güvenlikten başka nedenlerle de bunu yapabilmesine olanak sağlayan yeni yasal mekanizmalar oluşturulmuştur<sup>117</sup>.

Nükleer Güvenlik Kurumu eğer bir nükleer enerji tesisi ile ilgili olarak, kamu sağlığı ve kamu güvenliğine tehdit oluşturabilecek risklerin mevcut olduğunu düşünüyorsa o takdirde hükümet gerekli iyileştirmelerin yapılması için işletmeyi askıya alabilir. Eğer yine hükümet askıya alma işlemini yetersiz görürse o zaman temelli olarak santralin kapatılması ve tesislerin sökülmesine karar verebilir. Ancak bu tek taraflı idari işlemlere karşı yargı yolu açık olup hak sahipleri işletmenin askıya alınması veya kapatılması kararlarının kaldırılması için Fransız Danıştay'ına(Conseil d'etat) başvurabilirler<sup>118</sup>.

Gerek hükümet kararı ile gerek ömrünü doldurduğu için alınan işletmeden çıkarma kararları Çevre Kanunu L593-25 ile L593-30 hükümlerine tabidir<sup>119</sup>. İşletmeden çıkarma, tesislerin sökülmesi ve radyoaktif atıkların yönetimi için gerekli olacak fonun sağlanmasına ilişkin hükümler ise aynı kanunda L594-1 ile L594-14 arasında yer almaktadır.

Nükleer santrallerin işletmecileri; kurumların sökülme maliyetlerini, bütünüyle kapatma maliyetlerini, radyoaktif atık depolama kurumları için gerekecek olan maliyetleri ve ardından onların bakım ve izleme maliyetlerini, kullanılmış yakıt ve radyoaktif atıklarını yönetme maliyetlerini ve saha dışı nakliye maliyetlerini de dikkate alarak değerlendirirler(L594-1).

Bu değerlendirme sonucunda nükleer santral işletmecileri, münhasıran tüm bu kalemleri karşılayan varlıkları ayrı bir şekilde tahsis ederler. Tahsis edilen bu varlıkların amaçlanan doğrultuda kullanılmak üzere yeterli bir teminat ve likiditeye sahip olması gerekir. Bu varlıkların tahakkuk edilebilir değerleri ise, faaliyet döngüsü ile ilgili olanlar hariç olmak üzere, yukarıda sayılan kalemlerin tutarına eşit olmalıdır(L594-2).

Genel olarak, bu tahsis edilen varlıklara eş değer bir fon, işletmeden çıkarma ve atık yönetimi ile ilgili çıkabilecek tüm masrafları hesaba katılarak ve her bir nükleer santralin daha faaliyetlerine başlamadan önce temin edilir. Bu fonun sorumluluğu ise işletmeciye aittir.

---

<sup>117</sup> MAUGER, Romain, “Forced nuclear energy reactors shutdown in France: The Energy Transition Act’s mechanisms”, **Journal of World Energy Law and Business**, Volume 11, Issue 3, 2018, s.271.

<sup>118</sup> FARO, s.39.

<sup>119</sup> <https://wipolex.wipo.int/es/text/493035 E.T.01.08.2022>.

Kanun koyucu ayrıca, hükümetin cebren işletmeden çıkarma ve kullanılmış yakıtlar ile radyoaktif atıklarını yönetme yetkisi hariç hiç kimsenin işletmeci tarafından ayrılan bu varlıklar üzerinde bir hak iddia edemeyeceğine hükmederek işletmeden çıkarma fonuna bir koruma sağlamıştır(L594-3).

## **Çin**

2022 yılı itibarıyla Çin 54 adet faal nükleer reaktörü ve 52.000 MW'ın üzerindeki kurulu güç kapasitesi ile Amerika ve Fransa'nın ardından dünya üzerindeki üçüncü ülke konumundadır<sup>120</sup>. Ülkedeki nükleer enerji çalışmalarını düzenleyen ve yöneten kurumlar Ulusal Nükleer Güvenlik İdaresi (NNSA), Çin Atom Enerjisi Kurumu (CAEA) ve Çin Ulusal Nükleer Şirketi'dir (CNNC). Nükleer çalışmalarına 1950'li yıllarda başlayan Çin'in CNNC bünyesindeki Çin Atom Enerjisi Enstitüsünde kurulan ilk nükleer reaktörü, 2007 yılında kapatılmış ve işletmeden çıkarma sürecine girilmiştir.

Atom Enerjisi Kanunu ve Nükleer Güvenlik Kanunu ülkedeki nükleer enerji düzenlemelerini ve işletmeden çıkarma esaslarını ana hatlarıyla çizmektedir<sup>121</sup>. Buna göre bir nükleer tesisin işletmecisi, nükleer tesisin kurulumu, inşası, işletilmesi ve işletmeden çıkarılması veya diğer faaliyetlerine başlamadan önce lisans almak zorundadır. İşletmeden çıkarma lisansı alındıktan sonra nükleer tesisin işletilmesi durdurulur ve işletmeden çıkarmadan evvel söz konusu nükleer tesisin işletmecisi, bir işletmeden çıkarma planı, güvenlik analizi raporu, çevresel etki değerlendirme belgeleri, kalite güvence belgeleri ve kanunlarda ve idari düzenlemelerde belirtilen diğer belgeler ile NNSA'ya bir işletmeden çıkarma başvurusunda bulunur. Aynı zamanda nükleer tesisin işletmecisi, kapatma yönetimini güvenli bir şekilde yürütmek, kapatma süresi boyunca güvenliği sağlamak ve işletmeden çıkarma için gerekli temel işlevleri, teknik personeli ve belgeleri sağlamakla yükümlüdür<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> <https://www.world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-a-f/china-nuclear-power.aspx> E.T.01.08.2022.

<sup>121</sup> [https://www.oecd-nea.org/law/legislation/2017\\_china\\_nuclear\\_safety\\_law.pdf](https://www.oecd-nea.org/law/legislation/2017_china_nuclear_safety_law.pdf) E.T.01.08.2022. <http://www.scio.gov.cn/zfbps/32832/Document/1663444/1663444.htm> E.T.01.08.2022. Bunun dışında radyoaktif maddelerin kontrolü, denetimi ve korunması ile ilgili olan Kanun ve özel yönetmeliklerin yanında; Reaktörün İşletmeden Çıkarılmasının Çevresel Yönetimi için Teknik Yönetmelik (GB14588-1993), Reaktörün İşletmeden Çıkarılmasına İlişkin Radyasyon Yönetmeliği (GB11850- 1989), Araştırma Reaktörünün ve Hassas Kurulumların İşletmeden Çıkarılması için Kılavuzlar (HAD202/04, NNSA, 1992-4-18) gibi ayrıntılı düzenlemeler de mevcuttur.

<sup>122</sup> Çin Halk Cumhuriyeti Nükleer Güvenlik Kanunu m.22, m.29 ve m.30.

Nükleer santrallerin güvenli işletimi ve iyileştirilmesi için tüm masraflar nükleer santraller tarafından karşılanmaktadır. Bir nükleer santral işletmeye alındıktan sonra, elektrik üretiminden elde edilen gelirin belirli bir yüzdesi, emniyetin iyileştirilmesi, radyoaktif atık yönetimi ve tesisin nihai olarak işletmeden çıkarılması için muhafaza edilir<sup>123</sup>. Sonrasında, işletmeden çıkarma ve radyoaktif atıkların bertaraf edilmesine ilişkin giderler bu ayrılan fondan tahsil edilerek bütün yatırımın bütçe tahminlerine veya üretim maliyetine dahil edilir<sup>124</sup>. Çin Devleti, ilgili birimleri ile işletmeden çıkarmanın bütün aşamalarında nükleer santrallerin denetimsel olarak izlenmesinden sorumludur<sup>125</sup>. Denetim izleme sisteminin kurulması, işletilmesi ve bakımı ile ilgili giderler ise mali bütçe tarafından karşılanır<sup>126</sup>.

### **Rusya**

Rusya’da işletmeden çıkarma dahil nükleer faaliyetler bizatihi devlet nükleer enerji şirketi olan ROSATOM (2007) tarafından yürütülmekte ve Federal Çevresel, Teknolojik ve Nükleer Denetim Servisi - ROSTECHNADZOR (2004) tarafından da denetlenmektedir<sup>127</sup>.

Radyoaktif atıkların ve harcanan nükleer yakıtın yönetimi ile nükleer ve radyasyon bakımından tehlikeli tesislerin işletmeden çıkarılması ile ilgili faaliyetler ise öncelikle, 21.11.1995 Tarihli 170-FZ sayılı Nükleer Enerjinin Kullanımı Hakkındaki Federal Kanuna ve yine 11.07.2011 Tarihli 190-FZ sayılı Radyoaktif Atık Yönetimi ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Federal Kanuna tabidir.

190-FZ sayılı Kanun madde 3/17’ye göre “Radyoaktif atıkları barındıran depolama tesislerinin işletmeden çıkarılması; bu tesislerin bir daha aynı faaliyet

---

<sup>123</sup> NNSA, **The Sixth National Report under the Convention on Nuclear Safety of the People’s Republic of China**, Beijing, August 2013, s.56-57.

<sup>124</sup> Çin Halk Cumhuriyeti Radyoaktif Kirliliğin Önlenmesi ve Kontrolüne İlişkin Kanun m.27.

<sup>125</sup> PAIM, Maria-Augusta; CHUNG-HAN, Yang, “Nuclear decommissioning in Brazil and China: regulatory development, incompleteness and future synergy”, **Journal of World Energy Law and Business**, Volume 11, Issue 3, s.220-236, 2018, s.231.

<sup>126</sup> NNSA, **The Seventh National Report under the Convention on Nuclear Safety of the People’s Republic of China** (2013-2015), Beijing, June 2016, s.73.

<sup>127</sup> Rusya’da aynı zamanda petrol ve gaz kuyularının kalıcı veya geçici olarak işletmeden çıkarılması işlemleri de aynı kurumun gözetiminde yapılmaktadır. SIDORTSOV, Roman; GAVRILINA, Elena, When foundation matters: overcoming legal and regulatory barriers to oil and gas well decommissioning in Russia, **Journal of World Energy Law and Business**, Volume 11, Issue 3, 2018, s.214.



için kullanılmaması ve halkın ve çevrenin güvenliğinin sağlanması amacıyla yürütülen faaliyetlerdir.”<sup>128</sup>

Bu noktada işletmeden çıkarılma usüllerinin nasıl olacağı daha ayrıntılı ve kapsamlı bir şekilde aşağıdaki hükümler aracılığıyla düzenlenmiştir<sup>129</sup>:

- Nükleer Tesislerin İşletmeden Çıkarılması Esnasında Güvenliğin Sağlanması(Genel hükümler) (NP-091-14)
- Radyoaktif Atık Depolama Tesislerinin Güvenli Bir Şekilde İşletmeden Çıkarılması için Gerekenler (NP-097-16)
- Nükleer Enerji Santralleri Ünitelerinin İşletmeden Çıkarılması için Güvenlik Kuralları (NP-012-99)(NP-012-16)
- Nükleer Araştırma Kurulumlarının İşletmeden Çıkarılması için Güvenlik Kuralları (NP-028-16)
- Nükleer Kurulum ve Radyasyon Kaynaklarına Sahip olan Gemilerin ve Deniz Vasıtalarının İşletmeden Çıkarılması için Güvenliğin Sağlanması (NP-037-11)
- Uranyum-Grafit Üretim Reaktörlerinin İşletmeden Çıkarılması için Güvenlik Kuralları (NP-007-17)
- Nükleer Yakıt Çevrimi Kurulumlarının İşletmeden Çıkarılması İçin Güvenlik Kuralları (NP-057-04)
- Radyasyon Kaynaklarının İşletilmesi ve İşletmeden Çıkarılması, Radyoaktif Madde ve Atıkların Depolama Tesisleri ve Yönetimi ile İlgili İhlallerin Araştırılması ve Muhasebesine İlişkin Kurallar. (NP-014-16)
- Radyoaktif Atık Depolama Tesislerinin Güvenli bir Şekilde Devreden Çıkarılması için Gerekenler (NP-097-16)

170-FZ sayılı Kanun madde 33 ise işletmeden çıkarmanın finansmanı ile ilgili hükümler öngörmüştür. Buna göre nükleer kurulumların, radyasyon kaynaklarının

---

<sup>128</sup> <http://en.gosnadzor.ru/framework/nuclear/federal-rules-and-regulations/> E.T.01.08.2022.

<sup>129</sup> <http://en.gosnadzor.ru/framework/nuclear/federal-rules-and-regulations/> E.T.01.08.2022.

ve depolama tesislerinin işletmeden çıkarılması için fonlama prosedürü, Rusya Hükümeti tarafından *daha işletmeye almadan önce* belirlenecektir<sup>130</sup>.

ROSATOM, kamu kurumları veya nükleer tesisi inşa eden yetkili yerel idareler tarafından verilen beklenden erken alınan işletmeden çıkarma kararları da, yine o işletmenin teknolojik ve ekolojik elverişliliği dikkate alınarak önceden bildirilmek zorundadır. Eğer nükleer kurulumların, radyasyon kaynaklarının ve depolama tesislerinin işletmeden çıkarılması veya kısıtlanması ile ilgili beklenden erken alınan bu kararlar teknolojik veya ekolojik sebeplere dayanmıyor ise, o takdirde işletmecinin bu karar yüzünden uğradığı kayıplar bu kararı alan kamu kurumu veya ROSATOM tarafından tazmin edilir. Uyuşmazlık halinde de söz konusu zararın miktarı yargı yolu ile tespit olunur(170-FZ sayılı Kanun madde 33/4,5)<sup>131</sup>.

### ***Japonya***

Japonya gerek nükleer santrallerin inşası, faaliyeti, atık yönetimi gibi konular olsun gerek işletmeden çıkarmaya yönelik olsun, nükleer enerjide hukuki altyapısı gelişmiş bir ülkedir. Öyle ki 1955 yılında kabul edilen Atom Enerjisi Kanunu ile Atom Enerjisi Komisyonu(AEC) kurulmuş ve birçok hukuki düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Müteakiben işletmeden çıkarma ile ilgili düzenlemeler ilk olarak 1982 yılında kabul edilmiştir<sup>132</sup>.

Fukuşima kazasının ardından işletmeden çıkarma kavramı üzerinde daha titizlikle durulmuş ve ayrıntılı güvenlik standartları geliştirilmiştir<sup>133</sup>. Nükleer Düzenleme Kurumu(NRA), Japon Çevre Bakanlığı'na bağlı, nükleer faaliyetlerin kurulmasında, işletilmesinde ve işletmeden çıkarma işlemlerinde mevcut amir kurumdur<sup>134</sup>. Bunun dışında yine teknik konularda gözetim ve denetim yetkisi olan ve ülkemizdekine benzer bir Japon Atom Enerjisi Ajansı(JAEA) da hizmet vermektedir<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup> Bu aynı zamanda IAEA'nın tavsiyeleri ile de paralel bir uygulamadır. HEFFRON, Rafael J., “Energy law for decommissioning in the energy sector in the 21<sup>st</sup> century”, **Journal of World Energy Law and Business**, Volume 11, Issue 3, 2018, s.191.

<sup>131</sup> [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/rus\\_e/wtacrus58\\_leg\\_269.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/wtacrus58_leg_269.pdf) E.T.01.08.2022.

<sup>132</sup> IAEA, **National Policies and Regulations for Decommissioning Nuclear Facilities**, IAEA-TECDOC-714, 1993, S.40.

<sup>133</sup> Schmittem, Marc, **Nuclear Decommissioning in Japan-Opportunities for European Companies-**, s.5.

<sup>134</sup> Schmittem, Marc, **Nuclear Decommissioning in Japan-Opportunities for European Companies-**, s.9.

<sup>135</sup> Schmittem, Marc, **Nuclear Decommissioning in Japan-Opportunities for European Companies-**, s.27.

İşletmeden çıkarma maliyetleri işletmeci tarafından karşılanır. İşletmeci ise, nükleer santralin faaliyete başlaması ile elektrik üretimine geçtikten sonra, sağlanan elektriğin birim satış fiyatlarından alınan ek gelir ile işletmeden çıkarma maliyetleri için bir fon biriktirir. Bu fon işletmenin tahmini ömrüne göre hesap edildiği için normal düzende işleyen nükleer reaktörler için geçerlidir. Çünkü Fukushima kazası ile 4 reaktörün olağanüstü bir biçimde kapatılmasıyla birlikte işletmeden çıkarma fonları bu durumdan olumsuz olarak etkilendi<sup>136</sup>. Bir başka deyişle, nükleer santrallerin tahmini ömründen, yani ruhsat süresinden önce kapatılması finansal bir soruna yol açmaktadır. Buna reaksiyon olarak, işletmeden çıkarma fonunun ek gelirlerinin, az da olsa kesintiye uğramaması için, faydalanabilecek reaktörlerin derhal sökülmesi yerine geciktirilmiş sökülme yöntemi daha çok tercih edilmiştir<sup>137</sup>. Ancak en nihayetinde işletmeden çıkarma masrafları, işletmeci şirketler kusursuz olduklarını ispat edebildikleri ölçüde hükümet tarafından karşılanmıştır.

Japon hükümeti, devlet şirketi olan Tokyo Elektrik Enerjisi Şirketi (TEPCO)'nin Fukushima Daiichi Nükleer Santralinde meydana gelen kazadan edinilen deneyim ve dersleri daima göz önünde bulundurarak kaza riskini en aza indirmek için kapsamlı önlemler almaya devam ediyor<sup>138</sup>. Örneğin Japonya'nın ilk ve en eski nükleer santrali olan Tokai Nükleer Santrali ve Yeniden İşleme Tesisi için son derece uzun ve geciktirilmiş bir işletmeden çıkarma planı 2018 yılında NRA tarafından kabul edilmiştir<sup>139</sup>. JAEA'nın düzenlediği bu plana göre işletmeden çıkarma işlemleri fonlama sıkıntısı yaşanmaması için 70 yıl sürecek ve toplamda tahminen 1.9 trilyon Japon yeniye (yaklaşık 14 milyar Amerikan Doları) mal olacaktır<sup>140</sup>. Süreç, işletmeden çıkarma ve atık yönetimini de kapsayacak şekilde 3 periyoda ayrılmıştır<sup>141</sup>.

- 1.Dönem - 2018-2028 (10 Yıl) : Tesislerin güvenliğinin sağlanmasına öncelik vererek arka plan önlemlerinin uygulanması süreci.

- 2.Dönem - 2029-2049 (20 Yıl) : Radyoaktif atıkların bertaraf edilmesi ve atık işleme tesislerinin kurulması yoluyla tam ölçekli işletmeden çıkarma işlemine geçiş süresi.

---

<sup>136</sup> Schmittem, Marc, **Nuclear Decommissioning in Japan-Opportunities for European Companies-**, s.34.

<sup>137</sup> Schmittem, Marc, **Nuclear Decommissioning in Japan-Opportunities for European Companies-**, s.9-10.

<sup>138</sup> OECD-NEA, **Nuclear Energy Data**, 2020, s.63.

<sup>139</sup> NRA, **Annual Report**, Fiscal Year 2018, s.29.

<sup>140</sup> JAEA, **Aiming for Energy that Leads to the Future**, Annual Report, 2019, s.13.

<sup>141</sup> JAEA, **Aiming for Energy that Leads to the Future**, s.13.

- 3.Dönem - 2050-2090 (40 Yıl) : Tamamen sona erdirmeye yönelik bütün tedbirlerin uygulanması dönemi.

Sonuç olarak, Japonya'nın nükleer santrallerin işletmeden çıkarılması hususunda diğer ülkelere nazaran daha sıkı tedbirler aldığı, bu sebeple ve maliyetleri de karşılamak için uzun dönemli planlara onay verdiğini söyleyebiliriz. Tabii ki yaşanan kazalar ve bu kazalardan ders çıkarmak noktasında Japon hükümetinin takındığı bu tutuma hak vermek ve bunun diğer ülkelere ve dahi yolun başında olan ülkemize de örnek olması gerekir.

### **Güney Kore**

Güney Kore, nükleer enerji üretiminin ülkedeki toplam enerji tüketimindeki payı ve nükleer santral teknolojileri bakımından dünyada en gelişmiş ülkelerden birisidir<sup>142</sup>. Güney Kore'nin nükleer enerji tecrübesi 60 yılı aşkın bir geçmişe dayanmaktadır. 2022 itibarıyla 25 adet nükleer reaktörü faal olarak işleten Güney Kore, ülkedeki toplam elektrik üretiminin ortalama %27'sini nükleer enerjiden elde etmektedir<sup>143</sup>. Gerek bu yönüyle gerek de barındırdığı faal reaktör sayısı ile de dünyadaki ilk 5 ülkeden birisidir<sup>144</sup>. Nükleer enerjiye ilişkin yasal düzenlemeler, defalarca değişikliğe uğrasa da 1958 tarihli ilk Atom Enerjisi Yasası'na dayanır<sup>145</sup>. Ülkenin idari yapılanmasında, nükleer araştırma ve geliştirmeden sorumlu en yetkili kurumu Kore Atom Enerjisi Araştırma Enstitüsüdür(KAERI). Buna yardımcı olmak üzere kurulan Kore Nükleer Güvenlik Enstitüsü(KINS) ise nükleer tesislerin, kurulumundan işletmeden çıkarılmasına kadar ki standartlara uygunluğunun denetlenmesi görevini üstlenmiştir.

Ülkedeki nükleer santrallerin genel olarak işletilmesi, elektrik üretimi ve dağıtım görevleri münhasır olarak Kore Elektrik Enerjisi Şirketi(KEPCO) üzerinde olup aynı zamanda bünyesinde eğitim merkezi ve teknik okulları da barındırmaktadır<sup>146</sup>. 2001 yılında kurulmuş ve şu anda Güney Kore'nin tek yetkili elektrik üretim, dağıtım ve taşıma şirketi olan KEPCO, bu faaliyetleri bir alt şirketi olan Kore Hidro ve Nükleer Enerji(KHNP) aracılığıyla yerine getirmektedir. Her ne kadar Atom Enerjisi Yasası'na göre KEPCO radyoaktif atık yönetiminden faal

<sup>142</sup> <https://cnpp.iaea.org/countryprofiles/KoreaRepublicof/KoreaRepublicof.htm> E.T.01.08.2022.

<sup>143</sup> <https://cnpp.iaea.org/countryprofiles/KoreaRepublicof/KoreaRepublicof.htm> E.T.01.08.2022.

<sup>144</sup> <https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-o-s/south-korea.aspx> E.T.01.08.2022.

<sup>145</sup> [https://elaw.klri.re.kr/eng\\_mobile/viewer.do?hseq=23918&type=new&key=](https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=23918&type=new&key=) E.T.01.08.2022.

<sup>146</sup> OECD-NEA, **Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries**, Regulatory and Institutional Framework for Nuclear Activities, Republic of Korea 2009. s.19.

olarak sorumlu olsa da<sup>147</sup>, Nükleer Güvenlik Yasası, nükleer tesislerin münhasır işletmecisi olan KHNP'yi işletmeden çıkarma faaliyetlerinden de bizzat sorumlu tutmuştur. Yalnız aynı yasaya göre işletmeden çıkarma için yapılan lisans başvurularında bir işletmeden çıkarma planının da hazırlanıp yetkili makamlara sunulması gerekmektedir<sup>148</sup>. Dolayısıyla işletmeden çıkarma için tahsis edilmek üzere çıkarılacak olan ödeme fonunun da daha nükleer enerji santralinin kurulmasından önce garanti edilmesi gerekmektedir.

Bilinen ilk işletmeden çıkarma işlemi, 2017 yılında, 1977'de devreye giren ve ortalama 40 yıl süren hizmetinin ardından ülkenin en eski reaktörü olan Kori-1 için uygulanmıştır<sup>149</sup>. Sonrasında da 2019 yılında Wolsong-1 nükleer enerji santrali kalıcı olarak işletmeden çıkarılmaya başlanmıştır. Kori-1 için tahmini işletmeden çıkarma süresi 15 yıl olarak öngörülmüştür. Wolsong-1 için ise; güvenlik yönetimi için 5, sökme işlemleri için 6 ve tesis alanının yenilenmesi için 2 yıl olmak üzere toplam 13 yılda tamamlanması öngörülmektedir<sup>150</sup>.

Güney Kore, bugüne kadar ki edindiği bu tecrübe ve bilgi birikimi ile ülkemizde yetiyecek yerli uzman açığının kapatılması noktasında, üniversitelerimizce de akredite olmak şartıyla belirli süreli eğitim-öğretim iş birliği anlaşmaları yapılmasında yararlanabileceğimiz bir ülke konumundadır. Yine aynı şekilde Güney Kore, ülkemizle olan ikili ilişkileri ve daha önceki sözleşme tecrübeleri de dikkate alındığında kamu özel ortaklığı, yap işlet devret veya kendine has farklı sözleşme modelleriyle nükleer enerji kalkınmamızda iş birliği yapmak için en azından belirli bir süreye kadar ideal bir aday olarak değerlendirilebilir.

### ***Hindistan***

Hindistan'da 22'den fazla nükleer enerji santrali halihazırda faal konumdadır<sup>151</sup>. Buna ilave olarak, Hindistan hükümeti yeni nükleer enerji santralleri kurmayı hedeflemektedir. Ancak mevcut politikaları gereği yeni kurulacak bu santrallerin kamuya ait şirketlerin kontrolünde olacak şekilde planlanması öngörülmektedir<sup>152</sup>.

Hindistan'da Atom Enerjisi Departmanı(DAE) başbakanlığa bağlı ana politika organıdır. Hindistan Nükleer Enerji Limited Şirketi(NPCIL) ise nükleer enerji santrallerinin tasarımı, inşası, işletmeye alınması ve elektrik üretimi için

<sup>147</sup> OECD-NEA, **Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries**, Republic of Korea. s.10.

<sup>148</sup> 14839 s. 26.07.2017 Tarihli Güney Kore Nükleer Güvenlik Yasası m.20, m.30-2.

<sup>149</sup> KIM/JEON, s.2.

<sup>150</sup> KIM/JEON, s.14.

<sup>151</sup> <https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-g-n/india.aspx>  
E.T.01.08.2022.

<sup>152</sup> PARK, s.314.

işletilmesinden ve tabiki işletmeden çıkarmadan da sorumludur. Yalnız bütün işletmeden çıkarma işlemleri, Atom Enerjisi Düzenleme Kurumu(AERB)’nun da görüşleri dikkate alınarak DAE’nin gözetiminde yapılmaktadır<sup>153</sup>.

Hindistan’da bugüne kadar işletmeden çıkarma işlemine rastlanmamıştır<sup>154</sup>. Nitekim, konuyla ilgili tatmin edici bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır<sup>155</sup>. Sadece AERB tarafından nükleer tesislerin radyasyonundan korunmaya yönelik güvenlik kuralları yayımlanmıştır<sup>156</sup>.

Bütün işletmeden çıkarma maliyetleri, Hindistan hükümeti tarafından karşılanır. Bunun sebebi bütün nükleer faaliyetlerin kamu sektörü eliyle gördürülmesi politikalarıdır<sup>157</sup>. Bu yüzden işletmeden çıkarma işlemlerinin sorumluluğu NPCIL’de olduğu için, işletmeden çıkarma maliyetleri de NPCIL bünyesinde oluşturulan bir “işletmeden çıkarma fonu” tarafından karşılanır. Bu fon, elektrik tüketicilerinden alınan cüzi bir vergi ile kaynaklandırılmaktadır<sup>158</sup>.

### ***Birleşik Krallık***

Birleşik Krallık’ta 2000’li yıllarda nükleer atıkların kamuoyunda tartışmalara yol açması ve işletmeden çıkarma giderlerinin nasıl karşılanacağı konusunda güvenilir ve sağlıklı bir sistem bulunmaması sebebiyle 2005 yılında Nükleer İşletmeden Çıkarma Kurumu(NDA) kuruldu. NDA, tıpkı ülkemizdeki NDK gibi merkezi hükümet fonları ile desteklenen fakat hükümetten bağımsız bir otoriteye sahiptir ve işletmeden çıkarma konusunda da yasal yetkisi vardır. NDA’nın 2021-2024 yılı için toplam planladığı harcama 3.49 milyar sterlingdir. Bunun 2.69 milyarı Birleşik Krallık Hükümeti tarafından, 795 milyon sterling ise işletmelerden elde edilecek gelirle finanse edilecektir<sup>159</sup>.

Birleşik Krallık’ta nükleer santrallerin işletmesi lisans sözleşmesiyle ihale edilir. Bu lisans hem nükleer santralin işletilmesi hem de işletmeden çıkarılması dahil olmak üzere sahadaki bütün faaliyetleri kapsar. İşletme lisansı aynı zamanda

---

<sup>153</sup> 1962 tarihli Hindistan Atom Enerjisi Kanunu. [https://www.indiacode.nic.in/handle/123456789/1413?sam\\_handle=123456789/1362](https://www.indiacode.nic.in/handle/123456789/1413?sam_handle=123456789/1362) E.T.01.08.2022.

<sup>154</sup> <https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-g-n/india.aspx> E.T.01.08.2022.

<sup>155</sup> DAE, **Report of the Comptroller and Auditor General of India on Activities of AERB for the year ended March 2012**, Report No.9, 2012-2013, s.64-65.

<sup>156</sup> [https://inis.iaea.org/search/search.aspx?orig\\_q=RN:28017913](https://inis.iaea.org/search/search.aspx?orig_q=RN:28017913) E.T.01.08.2022.

<sup>157</sup> DAE, **Report of the Comptroller and Auditor General of India on Activities of AERB for the year ended March 2012**, s.66.

<sup>158</sup> DAE, **Report of the Comptroller and Auditor General of India on Activities of AERB for the year ended March 2012**, s.66.

<sup>159</sup> NDA, **Business Plan 2021 to 2024**, Aralık 2020, s.15.

işletmeden çıkarma işlemlerini de kapsayan bir yetki verdiği için, işletmeden çıkarma işlemlerine başlanmadan bu yetki bir başkasına devredilemez. Bu nedenle, genel lisans şartlarında, işletmeden çıkarma ile ilgili konular da hüküm altına alınır. Çünkü lisans sahibi, işletmeden çıkarma stratejilerinin ve planlarının oluşturulmasından, işletmeden çıkarma teknolojisinin geliştirilmesinden ve ayrıca işletmeden çıkarmanın bizatihi uygulanmasından sorumludur<sup>160</sup>.

Nükleer santrallerin işletmeden çıkarılması ile ilgili konular 2008 tarihli Enerji Kanunu ile oldukça ayrıntılı bir şekilde hüküm altına alınmıştır<sup>161</sup>. Bu kanun ile işletmeden çıkarma işlemlerine zorunlu bir fonlama mekanizması getirilmiştir. Bu düzenlemenin amacının, işletmecilerin ihtiyatlı önlemler almasını sağlamak, kurumların sökülmesine ait bütün maliyetleri karşılamak, işletmecilerin atık yönetimi maliyetlerinden de kendilerine düşen bütün paylardan sorumlu olmasını sağlamak ve kamu fonlarına başvurulmasını ortadan kaldırmak gibi önlemler almak olduğu söylenebilir<sup>162</sup>.

2008 tarihli Enerji Kanunu madde 45'e göre nükleer santral kurmak ve işletmek isteyen işletmeciler, işletmeden çıkarma ve akabindeki temizleme faaliyetlerinin de dahil olduğu belirli teknik konuların uygulanmasının nasıl finanse edileceğini kapsamak üzere "finanse edilmiş bir işletmeden çıkarma programı" sunmak zorundadır. Sonrasında bu program ilgili bakanlık tarafından onaylanır, üzerinde değişiklikler yapılır veya reddedilir(madde 46). Programı onaylanmayan işletmecinin faaliyete başlaması mümkün değildir. Usulüne uygun onayın ardından faaliyete geçtikten sonra dahi nükleer tesisin söz konusu programında değişiklikler yapılabilir ve hatta işletmeden çıkarma sürecinde bile program fonunun arttırılmasını gerektirebilecek değişiklikler ilgili bakanlığın onayı ile yapılabilir(madde 48). Aynı hükme göre pay oranı %20 ve üzeri olan pay sahiplerine veya işletme üzerinde oy kontrolü bulunanlara ek yükümlülükler getirilebilir(madde 67).

Kanununun 46.maddesi yine ilgili bakanlığın program ile ilgili değişiklik yapabileceği yetkisini kullanmaktan feragat edebilmesinin de önünü açmaktadır(madde 46(3A)). Bunun bir örneği ise "Hinkley Point C" nükleer santrali ile ilgili olarak uygulanmıştır. Buna göre ilgili bakanlık, bir diğer deyişle hükümet, Enerji Kanunu'ndan doğan yetkilerini yukarıda sözü edilen pay sahipleri ve diğer yatırımcılar için kullanamayacağını taahhüt etmiştir<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> PARK, s.123.

<sup>161</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/32/contents> E.T.01.08.2022.

<sup>162</sup> Bakınız "Funded decommissioning programmes" 2008 Tarihli Enerji Kanunu m.45 vd. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/32/contents> E.T.01.08.2022.

<sup>163</sup> Hinkley Point C'nin işletmeden çıkarma programında, işletmeden çıkarma ve atık yönetimi planı vardır. Bu plan, işletmecinin yükümlülüklerini nasıl yerine getireceğini ve işletmeden çıkarma

## Almanya

Japon Fukushima felaketinden sonra Almanya’da nükleersizleştirme akımı başlamış ve art arda nükleer santraller kapatılmıştır. Her ne kadar Alman hükümeti nükleersizleştirme hareketini iyi niyetli görse de bu durum, yabancı yatırımcıların ICSID’de Almanya aleyhine tahkim davası açmasına engel olamamıştır<sup>164</sup>.

Buna bağlı olarak, Almanya’da nükleer hukukun temel kaynağı olan Atom Enerjisi Kanunu(AEK)’nda 2011 sonrası birçok değişiklikler yapılmıştır<sup>165</sup>. Bu değişikliklerle, ticari elektrik üretimi için nükleer enerji kullanımını kontrollü bir şekilde ortadan kaldırmak ve işletmeden çıkarma tarihine kadar santrallerin düzenli çalışmasını sağlamak, yaşam, sağlık ve gerçek varlıkları nükleer enerjinin tehlikelerine ve iyonlaştırmanın zararlı etkilerine karşı korumak, radyasyon ve nükleer enerji veya iyonlaştırıcı radyasyonun neden olduğu hasar için tazminat sağlamak gibi amaçlar hedeflenmiştir<sup>166</sup>. Zira Alman Anayasası madde 73/1-14’te de nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla üretilmesi ve kullanılması, bu amaçlara hizmet eden tesislerin inşası ve işletilmesi, nükleer enerjinin serbest bırakılması veya iyonlaştırıcı radyasyondan kaynaklanan tehlikelere karşı koruma ve radyoaktif maddelerin atılması gibi konular federal hükümete münhasır yasama yetkisi olarak tanımlanmıştır<sup>167</sup>.

6 Ağustos 2011’de yürürlüğe giren AEK’da yapılan değişikliklerin sonucu olarak, Almanya’daki nükleer enerjinin ticari amaçlarla kullanılmasının sona ermesi ve nükleer enerji üretiminin de en geç 2022 yılı sonuna kadar aşamalı olarak kaldırılması kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte Almanya’daki nükleer santraller art arda işletmeden çıkarılmaya başlanmıştır. AEK’ya göre işletmeden çıkarmada iki yol izlenebilir. Bunlardan birisi derhal sökülme, diğeri ise güvenli bir kapatmanın ardından sökülme. Hükümetin politikaları gereği nükleer santrallerin büyük çoğunluğu derhal sökülme yöntemini benimsemiştir.

---

masraflarını nasıl karşılayacağını taahhüt altına alır. Ayrıca bu planlar en az 5 yılda bir gözden geçirilir, güncellenir ve bağımsız bir şekilde doğrulanır. Bundan başka yine işletmeci ve kurulan bağımsız fon şirketi arasında imzalanan sözleşme niteliğinde bir fon düzenleme planı vardır. Bu planda ise işletmecinin yükümlülüklerini karşılamak için nasıl bir finansal karşılık göstereceği belirlenir. Tüm bu sözleşme ve planlara erişim için bakınız:

<https://www.gov.uk/government/publications/hinkley-point-c-funded-decommissioning-programme>

E.T.01.08.2022.

<sup>164</sup> Vattenfall v. Almanya, 17.04.2009, ARB/09/06. Vattenfall v. Almanya, 31.05.2012, ARB/12/12.

<sup>165</sup> [https://www.base.bund.de/SharedDocs/Downloads/BASE/EN/hns/a1-english/A1-07-16-AtG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.base.bund.de/SharedDocs/Downloads/BASE/EN/hns/a1-english/A1-07-16-AtG.pdf?__blob=publicationFile&v=2) E.T.01.08.2022.

<sup>166</sup> <https://www.bmu.de/en/law/atomic-energy-act/> E.T.01.08.2022.

<sup>167</sup> [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/) E.T.01.08.2022.



İşletmeden çıkarma işlemleri için de bir lisansa sahip olmak gerekir(AEK madde 7). Yine bu lisansın alınması için diğer güvenlik ve teminat şartlarının yanında olası bir hasar tazminatı ödeme yükümlülüğünü yerine getirmek için gerekli finansal teminat da sağlanmalıdır(AEK madde 7/2-4). Lisans sahibi işletmeciler, işletmeden çıkarma esnasında da sürekli bir hükümet denetimine tabi olacaktır(AEK madde 19).

İşletmeden çıkarma masraflarından bizatihi lisans sahibi işletmeciler sorumlu tutulmuştur. Ancak gerek yabancı yatırımcılar ve nükleer işletmeciler tarafından Alman federal hükümet aleyhine açılan davaların artması, gerekse nükleer atıkların elden çıkarılmasının bu işletmecilerin finansal istikrarına bağlı olabileceği düşünülerek 16 Haziran 2017 tarihli “Nükleer Atık Yönetimi Sorumluluklarının Yeniden Düzenlenmesi” kanunu<sup>168</sup> ile federal hükümet destekli bir “Nükleer Atık İmha Etme Fonu” kurulmuştur. Bu fon ile yatırımcıların işletmeden çıkarma masraflarına destek olunması hedeflenmiştir. Sonuç olarak nükleer santrallerin işletmeden çıkarılma masrafları tümüyle işletmecilere ait olup nükleer atıkların depolanması ve imha edilmesi ile ilgili tüm faaliyetlerin finansal sorumlulukları federal hükümet tarafından üstlenilmektedir<sup>169</sup>.

## **Pakistan**

Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması’na<sup>170</sup> üye olmayan birkaç ülkeden birisi olmasına karşın Pakistan’da, 2022 itibariyle mevcut ve faal nükleer santral sayısı 6’dır<sup>171</sup>. Yine Pakistan, bu santraller aracılığı ile ülkesindeki elektrik ihtiyacına da %6 dolaylarında cevap verebilmektedir<sup>172</sup>. Bu yönüyle ilk aşamada, hem nükleer santral sayısı olarak hem de ticari amaçlı nükleer santral geliştiren ilk ve tek müslüman ülke olması sebebiyle Pakistan, ülkemiz tarafından kısa dönemli bir hedef olarak örnek alınabilir. Ancak işletmeden çıkarma noktasında Pakistan’ın da hukuki altyapısını geliştirmesi ülkenin lehine olacaktır<sup>173</sup>.

<sup>168</sup> <https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Textsammlungen/Energy/uranium-and-nuclear-energy.html> E.T. 01.08.2022.

[https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl#\\_bgbl\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl117s0114.pdf%27%5D\\_1659952302487](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s0114.pdf%27%5D_1659952302487) E.T. 01.08.2022.

<sup>169</sup> OECD-NEA, **Nuclear Energy Data**, 2020, s.61.

<sup>170</sup> Yalnız, söz konusu anlaşmayı imzalamasına rağmen nükleer silahlanma noktasında faaliyet gösteren devletler vardır. Anlaşma metnine ulaşmak için: <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt/text/> E.T.01.08.2022.

<sup>171</sup> <https://cnpp.iaea.org/countryprofiles/Pakistan/Pakistan.htm#:~:text=There%20are%20five%20operating%20nuclear,the%20State's%20nuclear%20power%20programme> E.T.01.08.2022.

<sup>172</sup> <https://cnpp.iaea.org/countryprofiles/Pakistan/Pakistan.htm#:~:text=There%20are%20five%20operating%20nuclear,the%20State's%20nuclear%20power%20programme> E.T.01.08.2022.

<sup>173</sup> İki ülkenin tarihsel bağları ve yakın ilişkileri düşünüldüğünde, 2022 yılında gerçekleştirilen “Türkiye - Pakistan 7.Yüksek Düzeyli İşbirliği Konseyi Toplantısı” ile de pekiştirilen bağların

Pakistan'da bugüne kadar hiçbir nükleer enerji santrali kalıcı olarak kapatılmamıştır ve henüz işletmeden çıkarma aşamasında olan bir santral de söz konusu değildir. Belki bu sebepten ötürü hukuki olarak işletmeden çıkarma sistemi gelişmemiştir. Ancak sonrasında yaşanabilecek kötü tecrübeleri bertaraf etmek için, tahmini ömrü ne kadar uzun olursa olsun, nükleer santrallerin daha kurulma aşamasında, işletmeden çıkarma işlemlerinin ve finansmanının en azından hukuki altyapısının oluşturulması elzemdir.

1956 yılında kurulan Pakistan Atom Enerjisi Kurumu(PAEC) ve 2001 yılında faaliyete geçen amir konumdaki Pakistan Nükleer Düzenleme Kurumu(PNRA) ülkedeki nükleer santrallerin lisanslanmasında, açılmasında, işletilmesinde ve özellikle işletmeden çıkarılmasında gözetleyici ve denetleyici bir role sahiptir. Zaten nükleer tesislerin işletmeden çıkarılmasına veya bir atık deposunun kapatılmasına ilişkin lisanslar da PNRA tarafından verilmektedir<sup>174</sup>. Ülkedeki nükleer enerji alanındaki en büyük düzenleme, 2001 tarihli Pakistan Nükleer Düzenleme Kurumu Yönetmeliği'dir. Bunun dışında çıkarılan Radyoaktif Madde Kullanan Tesislerin İşletmeden Çıkarılmasına İlişkin Yönetmelik (PAK/903) ile işletmeden çıkarmanın esasları belirlenmiştir<sup>175</sup>. PNRA, halihazırda işletmeden çıkarma hususu ile ilgili atıkların depolanacağı yer temini, olası çevresel faktörler ve atık yönetimi konularında çalışmalar yürütmektedir<sup>176</sup>.

## ***Türkiye***

Ülkemizde nükleer alanda ilk girişim 04.09.1956 RG Tarihli ve 6821 sayılı Atom Enerjisi Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun ile kurulan “Atom Enerjisi Komisyonu Genel Sekreterliği” olmuştur. Daha sonra bunun yerini 1982 yılında 2690 sayılı Kanun ile kurulan “Türkiye Atom Enerjisi Kurumu”(TAEK) almıştır. Yine bu kurum 703 sayılı KHK madde 119 ile mülga edilip 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 640-650 maddeleri arasına taşınmıştır. Son olarak da 28.03.2020 RG Tarihli ve 57 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 14 ile TAEK, Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü ve Nadir Toprak Elementleri Araştırma Enstitüsü kapatılarak üçü birlikte Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu (TENMAK) adı altında bu yeni kurumun bünyesine geçmiştir<sup>177</sup>. TAEK'e ait bütün yetki ve görevler TENMAK bünyesinde kurulan Nükleer Enerji Araştırma Enstitüsü(NÜKEN)'ne geçmiştir. Buna göre yeni formu

---

nükleer alanda da gerek teknoloji desteği gerek personel desteği kapsamında geliştirilmesi ülkemiz açısından olumlu olacaktır. AKRAM Saira, PASHA, Muhammad Imran, SIDDIQUI, Muhammad Shakeel Ahmad “Pak-Turk Strategic Framework and Geo-Economic Relations in post 9/11 Era: A way Forward for Strong Partnership”, **Global Political Review**, Volume 6, Issue 4, 2021.

<sup>174</sup> PNRA, **Annual Report**, 2019, s.12.

<sup>175</sup> <https://www.pnra.org/regulations.html#reg> E.T.01.08.2022.

<sup>176</sup> PNRA, **Annual Report**, 2019, s.17, 47.

<sup>177</sup> TENMAK'ın kuruluş maddeleri 4 s.CK 679-690 maddeleri arasına işlenmiştir. Güncel hali için bkz: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4&MevzuatTur=19&MevzuatTertip=5>

ile NÜKEN, nükleer alanda düzenleyici olmaktan çok, teknolojik araştırmalara ve geliştirmelere ağırlık verilen bir enstitü haline gelmiştir.

Nükleer alanda asıl düzenleyici ve denetleyici kontrol yetkisine haiz ve yukarıda sözü edilen yurtdışı muadilleri olan Nükleer Düzenleme Kurumu(NDK), ilk olarak 09.07.2018 RG Tarihli ve 702 No'lu Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında KHK ile kurulmuş, görev, yetki ve sorumlulukları düzenlenmiş, 15.07.2018 RG Tarihli ve 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 785-792 maddeleri ile de kurumun düzenleyici kontrole ilişkin faaliyet, konu ve alanları düzenlenmiştir. Sonrasında, Anayasa Mahkemesinin 30/12/2020 tarihli ve E.:2018/115; K.:2020/81 sayılı kararı ile 702 sayılı KHK iptal edilmiştir. Bunu müteakip, 08.03.2022 RG Tarihli ve 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu yasalaşarak yürürlüğe girmiş ve nükleer hukuk alanındaki güncel başlıca mevzuat haline gelmiştir<sup>178</sup>. 7381 s. K ile birlikte çıkarılan 08.03.2022 RG Tarihli ve 95 Sayılı Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile birlikte de 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 785-792 maddeleri yürürlükten kaldırılmış ve NDK'nın kuruluşu, işleyişi, görev, yetki ve sorumlulukları ile teşkilat ve personeline ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Buna göre nükleer tesis, radyasyon tesisi veya radyoaktif atık tesislerinin kurulmasına, işletilmesine, işletmeden çıkarılmasına veya kapatılmasına ilişkin tüm faaliyetler, nükleer maddelerin çıkarılması, üretilmesi, taşınması, depolanması, ihracatı, ithalatı, ticareti, bulundurulması, devri, işlenmesi, yeniden işlenmesi ve kullanılması, radyasyon kaynaklarının üretilmesi, taşınması, depolanması, ihracatı, ithalatı, ticareti, bulundurulması, devri, kullanılması, kurulması, değiştirilmesi, sökülmesi, bakımı ve onarımı, radyoaktif atıkların bulundurulması, devri, işlenmesi, taşınması, depolanması, ihracatı, ithalatı ve bertarafı gibi konular münhasır yetkili olarak NDK'nın faaliyet alanındadır(95 sayılı CK madde 4/(1)c-e). Aynı şekilde nükleer santrallerin işletmeden çıkarılması, radyoaktif atık tesisleri kurulması ve işletilmesi NDK'nın iznine tabidir(7381 s. K. m.4/3). Bu noktada 7381 s. K. m.4/2 uyarınca nükleer tesis işletmesi için getirilen lisans zorunluluğu işletmeden çıkarma için öngörülmemiştir. Bunun yerine izin belgesi ile yetkilendirme usulü yeterli görülmüştür. Ancak bunun, vakti geldiğinde yetersiz kalacağı ve işletmeden çıkarmanın niteliği, türleri, aşamaları ve maliyeti göz önüne alındığında daha kapsamlı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulacağı çok açıktır.

İşletmeden çıkarma, 7381 sayılı Kanun madde 2/1-g'ye göre “Bir daha işletilmeme kararı ile tesisin tamamının veya bir kısmının düzenleyici kontrolden çıkarılmasına yönelik faaliyetler bütünü” olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin d bendi de düzenleyici kontrolden çıkarmanın, nükleer tesis faaliyetlerinin

<sup>178</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/03/20220308-1.htm> E.T.01.08.2022.

yürütüldüğü yer üzerinde düzenleyici kontrol uygulanmasına gerek kalmadığı yönündeki NDK kararını ifade etmektedir. Buna göre NDK tarafından düzenleyici kontrolden çıkarma kararı verilene kadar bütün sorumluluk işletmeciye, Kanun’daki ifadesiyle yetkilendirilen kişiye aittir(7381 s. K. m.5/6). Buna ek olarak, nükleer santral işletmecisinin, işletme düzenleyici kontrolden çıkarıldıktan sonra dahi ortaya çıkan masraflardan dolayı sorumluluğunun devam ettiğini açıkça ifade eden hükümler bir kanun değişikliği ile buraya ilave edilebilir. Düzenleyici kontrolden çıkarma kararı vermenin şartları ise 09.03.2013 RG Tarihli ve 28582 sayılı Nükleer Tesislerde Serbestleştirme ve Sahanın Düzenleyici Kontrolde Çıkarılmasına İlişkin Yönetmelik ve ekleri ile belirlenmiştir<sup>179</sup>. Yine bu yönetmeliğin 4/1-e maddesi de işletmeden çıkarmayı, bir daha işletilmeme kararı verildikten sonra belirli bir program çerçevesinde yürütülen, tüm nükleer ve radyoaktif maddelerin tesis dışına çıkarılmasını, tesisin sökülmesini ve sahanın Kurum tarafından düzenleyici kontrolden çıkarılmasını hedefleyen etkinlikler bütünü olarak tanımlamıştır.

İşletmeden çıkarmada uygulanacak yöntem ile ilgili olarak mülga 702 sayılı KHK 6/4-f maddesine göre nükleer tesisler işletme ömürleri sonunda, yetkilendirilen kişi tarafından mali sorumluluğu da üstlenilerek hemen sökülme stratejisi ile işletmeden çıkarma benimsenmişti. Yalnız 7381 s. K. ile herhangi bir işletmeden çıkarma yöntemi belirlenmemiştir fakat bunun yanında işletmecinin işletmeden çıkarma çalışmalarını gecikmeksizin yürütmesi öngörülmüştür. Burada konulan bu maddenin emredici bir hukuk kuralı olmadığı görüşündeyiz. Zira yukarıda bahsedildiği gibi derhal sökülme yönteminin dezavantajları da vardır. Ayrıca işletmeci de kendi fon ve organizasyon planlamasına göre bir tercih yapmakta özgür olmalıdır. Zaten uygulamada da derhal sökülme için azami bir süre sınırı konulmamıştır<sup>180</sup>. En nihayetinde 7381 sayılı Kanun’un bu noktada NDK iznine bağlı olmak şartıyla işletmeden çıkarma türünün tercihini işletmeciye bıraktığı görülmektedir. Bununla birlikte gerek kaza halinde gerek işletme ömrünün sona ermesi halinde NDK’nın halin icabına göre özel değerlendirme hakkı saklı olmalıdır.

İşletmeden çıkarmanın fonu ise Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı merkez muhasebe birimi nezdinde işletmeden çıkarma ve radyoaktif atık yönetimi özel hesabı açılması suretiyle sağlanır(7381 s. K. m.10/1). İşletmeciler tarafından bu iki hesaba, oluşturulacak özel bir kurul<sup>181</sup> tarafından belirlenen ve her yıl güncellenen miktarlar ayrı ayrı ödenir(7381 s. K. m.10/2). Daha sonra ortaya

<sup>179</sup> 09.03.2013 RG Tarihli ve 28582 sayılı Radyoaktif Atık Yönetmeliği m.21/2, m.4/1-gg, hh.

<sup>180</sup> Finlandiya, Fransa, Slovakya, İspanya ve İsviçre’de bulunan 5 nükleer santral için uygulanan derhal sökülme yöntemleri ile işletmeden çıkarma faaliyetlerinin ortalama süresi 13 yılı bulmaktadır. Zaten gelişen teknoloji ile birlikte geciktirilmiş(güvenli) sökülme yöntemi de uygulansa buna yakın bir sonuç elde edilmesi mümkün olabilirdi. OECD-NEA, ‘Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants’, 72.

<sup>181</sup> Hesaplar Yönetim Kurulu(7381 s. K. m.10/2).

çıkacak olan işletmeden çıkarma masrafları bu hesaptan karşılanır(7381 s. K. m.10/5). İşletmeden çıkarma masraflarını karşılaması için toplanan meblağın öngörülemeyen masraflar nedeniyle ya da tesisin planlanandan erken işletmeden çıkarılması üzerine yetersiz kalması durumunda maliyetler işletmeci tarafından sağlanan teminattan karşılanır. Teminat yetersiz ise kalan miktar işletmeciden tahsil edilir. Özel hesapta biriken meblağ dikkate alınarak söz konusu teminat miktarı işletmecinin talebi üzerine yeniden belirlenir(7381 s. K. m.10/7).

Yine 7381 s. K. m.11/7, nükleer tesisin erken işletmeden çıkarılması ihtimaline karşı bir önlem almıştır. Buna göre işletmeden çıkarma için gerekli maliyetlerin karşılanabileceğine ilişkin teminatın yeterliliği onaylanıp NDK'ya bildirilmeden, kurulacak olan tesisinin işletmeye alınmasına yönelik yetkilendirme yapılamaz. Böylece atık tesislerinin fon sıkıntısı çekmemesi hedeflenmektedir. Ayrıca NDK, işletmecilerin nükleer alanda hukuki sorumluluğa dair sigorta veya teminata ve radyoaktif atık ile işletmeden çıkarma özel hesaplarına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini sürekli olarak denetlemekle görevlendirilmiştir(95 sayılı CK m.5/1-ğ). Bunun dışında NDK, kapsamlı bir saha denetimi yetkisine haiz olup(7381 s. K. m.7) söz konusu bu yetkiyi özel hukuk tüzel kişileri aracılığıyla da icra edebilmektedir(95 sayılı CK m.19).

## **7. Değerlendirme ve Öneriler**

Ülkemizin, enerji ithalatı nedeniyle maruz kaldığı faiz dezavantajının önüne geçmek için yerli ve milli enerji ihtiyacını sağlamak amacıyla, alternatif olarak değil, asli bir kaynak olarak daha fazla nükleer enerji santrallerine ve üretimine ihtiyacı olduğu apaçık bir gerçektir. Önümüzdeki 10'ar yıllık dönemlerde de bu ihtiyacın karşılanması için birçok nükleer santral projesinin hayata geçirilmesi beklenmektedir. Ancak bu noktada, nükleer santrallerin kurulması, işletilmesi ve işletmeden çıkarılması bakımından birincil olarak çevre duyarlılığımızdan ve ikincil olarak da optimum finansal faydamızdan asla taviz verilmemesi gerekmektedir. Bunun yolu da zamanında yürürlükte olan ve kapsamlı bir hukuki altyapının hazır olmasından geçmektedir. Mevcut 7381 sayılı Kanun hükümleri işletmeden çıkarmanın gerek başlatılması gerek finansmanı bakımından genel prensipleri yerli ve yeterince ifade etmiş olsa da çalışmamızın bu bölümünde bazı tavsiyelerimizi burada başlıklar halinde özetlemeyi uygun görüyoruz.

### ***Eğitim***

Akkuyu Nükleer Santrali projesi ilk deneme olduğu için gerek ortaklık yapısında gerek know-how yatırımında milli bir katkının olmadığı gerçektir<sup>182</sup>. Yalnız hem

---

<sup>182</sup> Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti'nde Akkuyu Sahası'nda Bir Nükleer Güç Santralinin Tesisine Ve İşletimine

uygulan Akkuyu AŞ ve Rusya Politeknik Üniversitesi arasındaki öğretim iş birliği hem de bizatihi şirket bünyesinde istihdam edilecek yerli işgücünün faydası gelecek projeler için oldukça önemlidir. Aynı şekilde bir programın da benzer esaslar dahilinde işletmeden çıkarma için de uygulanması, işletmeden çıkarmanın en yüksek maliyet kalemlerinden biri olan işgücüne olumlu yönde katkı sunacaktır. Zira olası bir erken işletmeden çıkarma işlemleri için hazır kıta yetişmiş personel bulunması hayati önem arz etmektedir. Aksi takdirde bu durum işletmeden çıkarmanın süresinin uzatılmasına ve işletmeden çıkarma masraflarına da olumsuz yönde yansıtacaktır.

### ***İşletmeden Çıkarma Planları***

Gerek yerli kaynaklarla olsun, gerek yabancı yatırımcılar aracılığıyla (PPP-BOT), nükleer santrallerin inşası, işletilmesi ve özellikle de işletmeden çıkarılması uzun, zahmetli faaliyetler gerektirdiği için daha henüz proje aşamasında iken özellikle “işletmeden çıkarma” konusunda, söz konusu nükleer santralin beklenenden daha kısa ömürlü olması ihtimali de göz önünde bulundurularak NDK tarafından çevresel ve finansal olarak uzun dönemli, düzenleyici ve çerçeve niteliğinde planlamalar yapılmalıdır. Bu noktada örneğin Amerikan Nükleer Düzenleme Komisyonu NRC’nin reaktörlerin türü, yaşı ve kullanılan teknik materyallerine göre tasnif edilen yol gösterici niteliğindeki rehber uygulamaları baz alınabilir<sup>183</sup>.

### ***Çevre***

Hem çevre hassasiyetimizin gereği olarak hem de çevre konusunun siyasi bir istismar aracına dönüşmesine yol vermemek maksadıyla gerekli teknik ve hukuki altyapı mutlaka şu anda olduğundan daha ileri bir düzeye taşınmalıdır. Zira işletmeden çıkarma kavramı henüz ülkemizde tecrübe edilmemiş iken, nükleer kazalar gibi kötü tecrübelerin yaşanmasının önüne geçilmesi için en akılcı yol hukuki olarak şimdiden tedbirlerin alınması olacaktır. Bunu sağlamak amacıyla NDK’ya lisans kısıtlama, askıya alma ve iptal etme gibi yetkileri veren mevcut 7381 s. K. hükümlerinin kapsamı ayrıntılı bir cetvel ile genişletilebilir. Ancak bu gibi durumlarda karşılaşılabilecek tazminat taleplerine karşı çok açık bir şekilde devletimiz lehine onu muaf tutan hükümler yer almalıdır.

### ***Hukuki Koruma***

Yabancı yatırımcılara teşvik noktasında sağlanan vergi indirimleri, elektrik satış garantileri gibi hususlar belirli bir süre veya bütün işletme süresince (40-60 yıl)

---

Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşma m.5’e göre Rus Yetkili Kuruluşları’nın Proje Şirketi’ndeki toplam payları, hiçbir zaman %51’den az olamaz.

<sup>183</sup> <https://www.nrc.gov/waste/decommissioning/reg-guides-comm/guidance.html> E.T.01.08.2022.

garanti altına alınabilir<sup>184</sup>. İşletmeden çıkarma da başlı başına uzun süreli(ortalama 20 yıl) bir yatırımı gerektirir. Dolayısıyla vergi indirimi, yer tahsis gibi benzer teşvikler işletmeden çıkarma için de uygulanabilir. Unutulmamalıdır ki lehe olan hükümler yabancı yatırımcının, en azından yerli işletmeciler faaliyete geçene kadar ilgisini çekecektir. Öte yandan, işletmeden çıkarma için verilen lisans süresi boyunca iktidara gelen hükümetler değişse dahi yabancı yatırımcıların haklarının, Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları ve diğer uluslararası yatırım hukuku ilkeleri gereğince korunduğu unutulmamalıdır. Zira aksi durumda ülkemiz aleyhine tahkim yolu daima açık olacaktır.

### ***İşlerin Bütünlüğü***

Yetkilendirilen işletmeciler, kendilerine lisans verilirken, ayrıca bütün işletmeden çıkarma faaliyetlerinin de kendisi tarafından yapılacağı lisans şartlarında açıkça belirtilmelidir. Bunun yanı sıra, NDK'nın farklı bir takdiri olduğunda, bunun için ayrı bir lisans tanzim edilerek başka bir şirket yetkilendirilebilir. Örneğin işletmeden çıkarma faaliyeti bir bütün olarak herhangi bir konsorsiyuma ihale edilebileceği gibi sökülme işlemleri, taşıma işlemleri, radyasyon ölçümleri, saha denetimleri, radyoaktif atık arındırma, bertaraf etme ve depolama tesisleri kurulması ve işletilmesi ayrı ayrı farklı şirketlere ihale edilebilir.

### ***Kamu Yardımları***

Mevcut aşamada ilk olarak yabancı yatırımcı için, daha sonrasında yerli yatırımcıyı da kapsayacak şekilde, işletmeden çıkarma özel hesabının yetersiz kalabileceği durumlarda, kamu kaynakları teşvik amaçlı olarak işletmeden çıkarma için kullanılabilir ve işlemlerin devam etmesi için gerekli olan masraflar merkezi bütçeden karşılanabilir. Çünkü işletmeden çıkarma, çevre ve toplum için yüksek risk barındıran ve devamlılık isteyen bir faaliyetler bütünüdür. Yalnız bu, hem kamu hem de lisans sahipleri için gerçek olmayan fon, personel ve ekipman sıkıntısı gibi geciktirmeler ile herhangi bir istismara konu edilmemelidir. Bu sebeple işletme hesabının eksik kaldığı durumların ancak “beklenmedik olaylar(contingencies)” neticesinde Devlet tarafından tamamlanabileceği gibi bir sınır çizilerek buna yönelik usul ve esasların da yine NDK tarafından belirlenmesi uygun olacaktır.

### ***NDK Müdahalesi***

184

<http://www.akkunpp.com/akkuyu-ngs-iddialari#:~:text=15%20y%C4%B1%20boyunca%20al%C4%B1m%20garantisi.sat%C4%B1n%20al%C4%B1nmas%C4%B1%20h%C3%BCkm%C3%BC%20ver%20almaktad%C4%B1r.>

E.T.01.08.2022.

7381 s. K. m.25/10: “Radyoaktif maddelerin güvenlik ve emniyetinin sağlanamadığının ve bu durumun halkın, çalışanların, çevrenin ve gelecek nesillerin radyasyondan korunmasını tehdit edebileceğinin Kurum tarafından değerlendirilmesi hâlinde alıkoyma, taşıma ve bertaraf da dâhil olmak üzere Kurum, gereken tedbirleri alabilir veya aldırabilir. Kurumun bu kapsamdaki talepleri ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından gecikmeksizin karşılanır. Bu kapsamda oluşan masraflar ilgisinden tahsil edilir.” hükmünü öngörmüştür. Ancak, geçici olup olmaması bir yana, işletmeden çıkarma anlamına gelmeden belli birimlerin sökülmesi ve santralden ayrılması yüksek güvenlik ve uzmanlık gerektirecek bir husus olduğundan mutlaka bu işleme tabi tutulacak aygıtların ayrıntılı bir şekilde belirtilmesi, söz konusu işlemlerin kime, hangi usulde, ne şartlarda ve nasıl yaptırılacağına detaylarının ortaya konması, böyle bir durum vaki olmadan önce kolaylık sağlayacaktır. Örneğin 17.02.2009 tarihli ve 27144 sayılı Araştırma Reaktörlerinde Olağandışı Olay Bildirim Ve Raporlama Yönetmeliği ekinde yer aldığı gibi NDK'nın reaktörün türüne, radyasyon seviyesine ve işletmeden çıkarma planına göre hangi hallerde, ne zaman ve nasıl müdahale edeceğine dair kategoriler hazırlanabilir.

### ***Lisans Sözleşmesi***

İşletmeden çıkarma, içerisinde kira, taşıma, inşaat, hizmet, vekalet, eser gibi daha birçok tip ve aynı zamanda karma ve nevi şahsına münhasır sözleşme türlerini barındıran uzun dönemli özel bir lisans sözleşmesidir. 7381 sayılı Kanun'a göre nükleer tesis işletmecilerinin işletmeden çıkarmadan da sorumlu olma zorunluluğu yoktur. Yani işletmeden çıkarma faaliyetleri, işletmeciden başka bir şirket aracılığıyla gördürülebilir. Diğer sektörlerdeki uzun dönemli yatırım sözleşmelerinde olduğu gibi işletmeden çıkarma da yap işlet devret veya kamu özel ortaklığı gibi yöntemlerle ihale edilebilir. Bu sebeple işletmeden çıkarmanın izin ile yetkilendirme dışında mutlaka daha kapsamlı bir düzenlemeye tabi tutularak, özel hukuka tabi kamu ihale sözleşmesi niteliğinde bir lisans sözleşmesi olarak yerli ve yabancı yatırımcılara sunulması gerekmektedir.

### **Sonuç**

Nükleer reaktörler ve santraller işletmeden çıkarma hesap edilerek tasarlanmalı ve işletmeye alınmalıdır. Yani daha yolun başında işletmeden çıkarma planlamaları en azından kabataslak ortaya konmalıdır. O sebeple Akkuyu Nükleer Santralinin faaliyete girmesi ile birlikte fazla gecikmeden mutlaka bir “Nükleer Tesislerin İşletmeden Çıkarılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” düzenlenmesi ve NDK tarafından yürürlüğe konulması geleceğe hazırlık noktasında tavsiyemizdir. Ayrıca doğal afetler ve buna bağlı kaza ihtimalleri her türlü olasılığa daima hazır olunmasını gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla tüm bu durumların dikkate alınacağı bir içeriğe haiz yönetmelik ve alternatif işletmeden



çıkarma stratejileri ortaya koyan uygulama rehberleri NDK'nın bu noktadaki düzenleyici konumunu güçlendirecektir.

Ülkemizin nükleer enerji üretiminde çiçeği burnunda olduğu şu aşamada işletmeden çıkarma gibi nükleer enerjiyi ilgilendiren her alanda hukuki altyapının güçlendirilmesi ve bu noktada tecrübe kazanmış ülkelerden yararlanılması isabetli olacaktır. Ülkemizin tarihsel bağları, siyasi ve stratejik ilişkileri dikkate alınarak söz konusu nükleer tecrübeye sahip ülkelerden optimal ölçüde yararlanılması ve bu anlamda atılacak yeni iş birliği adımları aynı zamanda nükleer anlamda yerli teknolojinin geliştirilmesine ve istihdamın artırılmasına da büyük ölçüde katkı sağlayacaktır. Yalnız tüm bu gelişmelere olanak sağlamak için nükleer enerji ve onun ayrılmaz bir parçası olan işletmeden çıkarma ile ilgili işbu makalede sunduğumuz önerilerin değerlendirilmesi ve bina edeceğimiz yerli nükleer mevzuatımızın daha güçlü bir hukuki temele sahip olması gerekmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

ALOGNA, Ivano, “Environmental Law of France” **Comparative Environmental Law and Regulation**, Ed. ROBINSON, Nicholas A.; BURLERSON, Elizabeth; LYE Lin-HENG, Thomson-Reuters, 2018.

AKRAM Saira, PASHA, Muhammad Imran, SIDDIQUI, Muhammad Shakeel Ahmad “Pak-Turk Strategic Framework and Geo-Economic Relations in post 9/11 Era: A way Forward for Strong Partnership”, **Global Political Review**, Volume 6, Issue 4, 2021.

AYDOĞDU, Murat, **Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşımının Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, 2009.

BAŞOĞLU, Başak, **Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk**, Vedat Kitapçılık, 2016.

CUMO, Maurizio, “Decommissioning of Nuclear Plants”, **Handbook of Nuclear Engineering**, Ed. CACUCI, Dan Gabriel, Springer, 2010.

CURRAN, Bruce, “Compensation for Responders to a Nuclear Accident: Where Should the Law Go?” **Nuclear Non-Proliferation in International Law - Volume IV, Human Perspectives on the Development and Use of Nuclear Energy**, Ed. BLACK-BRANCH, Jonathan L.; FLECK, Dieter, Springer, 2019.

DAE, **Report of the Comptroller and Auditor General of India on Activities of AERB for the year ended March 2012**, Report No.9, 2012-2013.

EDF Press Kit, **Chooz Nuclear Power Plant**, 2019.

FARO, Alexandre, The legalities of leaving nuclear, **Bulletin of the Atomic Scientists**, Volume 69, Issue 1, 2013.

GÜNEYSU, Gülin, ”Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.41, 1990.

HANDRLICA, Jakub, “Nuclear liability conventions and decommissioning: exclusion provisions revisited”, **Journal of World Energy Law and Business**, Volume 11, Issue 3, 2018.

HEFFRON, Rafael J., “Energy law for decommissioning in the energy sector in the 21<sup>st</sup> century”, **Journal of World Energy Law and Business**, Volume 11, Issue 3, 2018.

HOEDL, Seth, “A Social License for Nuclear Technologies” **Nuclear Non-Proliferation in International Law - Volume IV, Human Perspectives on the Development and Use of Nuclear Energy**, Ed. BLACK-BRANCH, Jonathan L.; FLECK, Dieter, Springer, 2019.

IAEA, **Design Lessons drawn from the decommissioning of nuclear facilities**, IAEA-TECDOC-1657, 2011.

IAEA, **Managing the Unexpected in Decommissioning**, Nuclear Energy Series, 2016.

IAEA, **National Polices and Regulations for Decommissioning Nuclear Facilities**, IAEA-TECDOC-714, 1993.

IAEA, **Principles of Radioactive Waste Management Safety Fundamentals**, Safety Series No. 111-F, 1995.

IAEA, **Decommissioning of Nuclear Power Plants, Research Reactors and Other Nuclear Fuel Cycle Facilities**, Safety Standards Series No. SSG-47, Vienna 2018.

IAEA, **Selection of decommissioning strategies: Issues and factors**, November 2005.

IAEA, **Status of the Decommissioning of Nuclear Facilities around the World**, 2004.

IAEA, **Aiming for Energy that Leads to the Future**, Annual Report, 2019.

KHVOSTOVA, Marina S., “**Some Aspects of the Decommissioning of Nuclear Power Plants**”, Power Technology and Engineering, Volume 45, No. 6, 2011.

KIM, Hana; JEON Eui-Chan, **Structural Changes to Nuclear Energy Industries and the Economic Effects Resulting from Energy Transition Policies in South Korea**, MDPI, Energies, 2020, V.13, I.7.

LARAIA, Michele, **Nuclear Decommissioning**, Lecture Notes in Energy 66, Springer International Publishing AG, 2018.

LARAIA, Michele, **Beyond Decommissioning: The Reuse and Redevelopment of Nuclear Installations**, Woodhead Publishing Series in Energy, Elsevier, 2019.

MATHIS, Klaus; HUBER, Bruce R., **Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship - Volume 5, Energy Law and Economics**, Springer, 2018.

MAUGER, Romain, “Forced nuclear energy reactors shutdown in France: The Energy Transition Act’s mechanisms”, **Journal of World Energy Law and Business**, Volume 11, Issue 3, 2018.

NNSA, **The Sixth National Report under the Convention on Nuclear Safety of the People’s Republic of China**, Beijing, August 2013.

NNSA, **The Seventh National Report under the Convention on Nuclear Safety of the People’s Republic of China (2013-2015)**, Beijing, June 2016.

NDA, **Business Plan 2021 to 2024**, Aralık 2020.

NRA, **Annual Report**, Fiscal Year 2018.

NRC, **2019-2020 Information Digest**, NUREG-1350, Volume 31, August 2019.

NRC, **Decommissioning Nuclear Power Plants**, Backgrounder, Office of Public Affairs, Ağustos 2018.

Odendahl, Kerstin “Storage and Disposal of Radioactive Waste: The Search for a Global Solution” **Nuclear Non-Proliferation in International Law - Volume III, Legal Aspects of the Use of Nuclear Energy for Peaceful Purposes**, Ed. BLACK-BRANCH, Jonathan L.; FLECK, Dieter, Springer, 2016.

OECD-NEA, **Costs of Decommissioning Nuclear Power Plants**, 2016.

OECD-NEA, **Decommissioning Funding: Ethics, Implementation, Uncertainties, A Status Report**, 2006.

OECD-NEA, **International Structure for Decommissioning Costing (ISDC) of Nuclear Installations**, 2012.

OECD-NEA, **Nuclear Energy Data**, 2020.

OECD-NEA, **Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries**, Regulatory and Institutional Framework for Nuclear Activities, Republic of Korea 2009.

PAIM, Maria-Augusta; CHUNG-HAN, Yang, “Nuclear decommissioning in Brazil and China: regulatory development, incompleteness and future synergy”, **Journal of World Energy Law and Business**, Volume 11, Issue 3, s.220-236, 2018.

PARK, Patricia, **International Law for Energy and the Environment**, 2. Edition, CRC Press, 2013.

PARTALCI, Rümeyşa, **Milletlerarası Özel Hukukta Çevre Zararlarından Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk**, Oniki Levha Yayınevi, 2021.

PEREIRA, Ricardo, “Compliance and Enforcement in International, European and National Environmental Law”, **Environmental and Energy Law**, Ed. Makuch, Karen E.; Pereira, Ricardo, Wiley-Blackwell, 2012.

PNRA, **Annual Report**, 2019.

SCHNEIDER, Mycle, **The World Nuclear Industry Status Report 2021**.

SCHMITTEM, Marc, **Nuclear Decommissioning in Japan-Opportunities for European Companies-**, EU-Japan Centre for Industrial Cooperation, Tokyo, March 2016.

SIDORTSOV, Roman; GAVRILINA, Elena, When foundation matters: overcoming legal and regulatory barriers to oil and gas well decommissioning in Russia, **Journal of World Energy Law and Business**, Volume 11, Issue 3, 2018.

ULUSAN, İlhan, “**Türk Hukukunda Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Mes’uliyet**”, Prof. Dr. Halit Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996.

World Nuclear Association, **World Nuclear Performance Report 2020**.

<http://www.akkunpp.com/akkuyu-ngs-iddialari#:~:text=15%20y%C4%B1%20boyunca%20a%C4%B1m%20garantisi,sat%C4%B1n%20a%C4%B1nmas%C4%B1%20h%C3%BCkm%C3%BC%20yer%20almaktad%C4%B1r>. E.T.01.08.2022.

[https://www.base.bund.de/SharedDocs/Downloads/BASE/EN/hns/a1-english/A1-07-16-AtG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.base.bund.de/SharedDocs/Downloads/BASE/EN/hns/a1-english/A1-07-16-AtG.pdf?__blob=publicationFile&v=2) E.T.01.08.2022.

[https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBI#\\_bgbl\\_1\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl117s0114.pdf%27%5D\\_1659952302487](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI#_bgbl_1_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s0114.pdf%27%5D_1659952302487) E.T. 01.08.2022.

<https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Textsammlungen/Energy/uranium-and-nuclear-energy.html> E.T. 01.08.2022.

<https://cnpp.iaea.org/countryprofiles/KoreaRepublicof/KoreaRepublicof.htm> E.T.01.08.2022.

<https://cnpp.iaea.org/countryprofiles/Pakistan/Pakistan.htm#:~:text=There%20are%20five%20operating%20nuclear,the%20State's%20nuclear%20power%20programme>. E.T.01.08.2022.

<http://en.gosnadzor.ru/framework/nuclear/federal-rules-and-regulations/> E.T.01.08.2022.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0070> E.T. 01.08.2022.

<https://fpdcc.com/site-a-the-worlds-first-nuclear-reactor/> E.T.01.08.2022.

[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/) E.T.01.08.2022.

[https://inis.iaea.org/search/search.aspx?orig\\_q=RN:28017913](https://inis.iaea.org/search/search.aspx?orig_q=RN:28017913) E.T.01.08.2022.

[https://nucleus.iaea.org/sites/connect/IDNpublic/Pages/Publications\\_by\\_theme.aspx](https://nucleus.iaea.org/sites/connect/IDNpublic/Pages/Publications_by_theme.aspx) E.T.01.08.2022.

<https://pris.iaea.org/PRIS/CountryStatistics/CountryDetails.aspx?current=FR>  
E.T.01.08.2022.

<https://skb.se/publikation/2625510/R-13-03.pdf> E.T.01.08.2022.

<https://www.aa.com.tr/en/europe/nuclear-reactor-in-france-shut-down-over-drought/1952943> E.T.01.08.2022.

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2004/723/en> E.T.01.07.2022

<https://www.bmu.de/en/law/atomic-energy-act/> E.T.01.08.2022.

<https://www.edf.fr/en/edf/decommissioning> E.T.01.08.2022.

[https://elaw.klri.re.kr/eng\\_mobile/viewer.do?hseq=23918&type=new&key=](https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=23918&type=new&key=)  
E.T.01.08.2022.

<http://www.french-nuclear-safety.fr/> E.T.01.08.2022.

<https://www.gov.uk/government/publications/hinkley-point-c-funded-decommissioning-programme> E.T.01.08.2022.

<https://www.iaea.org/search/google/decommissioning> E.T.01.08.2022.

[https://www.indiacode.nic.in/handle/123456789/1413?sam\\_handle=123456789/1362](https://www.indiacode.nic.in/handle/123456789/1413?sam_handle=123456789/1362) E.T.01.08.2022.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4&MevzuatTur=19&MevzuatTertip=5>

<https://www.nrc.gov/waste/decommissioning/reg-guides-comm/guidance.html>  
E.T.01.08.2022

<https://www.oecd-nea.org/general/profiles/france.html> E.T.01.08.2022.

[https://www.oecd-nea.org/law/legislation/2017\\_china\\_nuclear\\_safety\\_law.pdf](https://www.oecd-nea.org/law/legislation/2017_china_nuclear_safety_law.pdf) E.T.01.08.2022.

<http://www.scio.gov.cn/zfbps/32832/Document/1663444/1663444.htm>  
E.T.01.08.2022.

<http://www.oecd-nea.org/tools/publication?query=decommission&sector=&lang=&period=100y&sort=title&filter=1> E.T.01.08.2022.

<https://www.osti.gov/servlets/purl/6548375> E.T.01.08.2022.

<https://www.pnra.org/regulations.html#reg> E.T.01.08.2022.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/03/20220308-1.htm>  
E.T.01.08.2022.

[https://www.tepco.co.jp/en/hd/responsibility/revitalization/pdf/comp\\_result-e.pdf](https://www.tepco.co.jp/en/hd/responsibility/revitalization/pdf/comp_result-e.pdf) E.T.01.08.2022.

<https://wipolex.wipo.int/es/text/493035> E.T.01.08.2022.

<https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt/text/> E.T.01.08.2022.

[https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/rus\\_e/wtaccrus58\\_leg\\_269.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/wtaccrus58_leg_269.pdf)  
E.T.01.08.2022.

<https://www.world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-a-f/china-nuclear-power.aspx> E.T.01.08.2022.

<https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-g-n/india.aspx> E.T.01.08.2022.

<https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-o-s/south-korea.aspx> E.T.01.08.2022.

<https://www.world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-t-z/usa-nuclear-power.aspx#:~:text=The%20USA%20is%20the%20world's,20%25%20of%20total%20electrical%20output.> E.T.01.08.2022.

[https://www.youtube.com/watch?v=AWi\\_w2H1saE&ab\\_channel=CharlieDean](https://www.youtube.com/watch?v=AWi_w2H1saE&ab_channel=CharlieDean)  
Archives E.T.01.08.2022.



# SİGORTACILIKTA TAHKİMİN TAHKİM TÜRLERİ ARASINDAKİ YERİ

Habib YILDIZ\*

## Öz

Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinde yapılan düzenlemeler ile birlikte ülkemizde sigortacılık alanına mahsus yeni bir usuli imkan ve hukuki çare ortaya çıkmıştır. Sigortacılık tahkimi olarak adlandırılan ve Kanun'un tek maddesinden oluşan bu düzenlemenin hukukumuzda özel bir yeri olduğu gibi, sunduğu imkan ve avantajlarından dolayı her geçen gün önemi artmaktadır. Özellikle sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların, bu alanda uzmanlaşmış hakemler tarafından basit, süratli ve adil şekilde çözüme kavuşturulması sigortacılık tahkimine olan ilgiyi arttırmıştır. Ancak artan önemine rağmen sigortacılıkta tahkim diğer tahkim türlerinden farklı özellikler göstermektedir. Sigortacılıkta tahkiminin diğer tahkim türlerinden farkı ve ayırt edici özelliklerinin belirlenmesi ise ayrı bir çalışma yapmayı gerektirmektedir. Bu doğrultuda yapılan bu çalışmada sigortacılıkta tahkiminin diğer tahkim türleri arasındaki yeri ve önemi ortaya konulmaya çalışılmıştır. Literatürde tahkim, hukuki nitelik ve özelliklerine göre birkaç şekilde sınıflandırılmaktadır. Bunlardan ilki kurumsal ve geçici tahkimdir. İkincisi ihtiyari ve zorunlu tahkimdir. Üçüncüsü ise iç ve dış tahkimdir. Ülkemizde uygulanmakta olan sigortacılık tahkimi bu sınıflandırma türleri içinde farklı ve özel bir konumdadır. Bu bağlamda sigortacılıkta tahkim, klasik anlamda tahkim sistemi dışında yer alıp, belirtilen tahkim türlerinden bazalarına ilişkin özellikleri yapısında barındırmaktadır. Ancak sigortacılıkta tahkimin ülkemiz uygulaması açısından nevi şahsına münhasır bir sistem olduğu söylenebilir. Bundan dolayı sigortacılıkta tahkim sistemini tahkim sınıflandırmaları içinde bir konuma dahil etmeye çalışmak yerine karma bir sistem olarak değerlendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** *Sigortacılıkta tahkim, sigortacılıkta tahkimin diğer tahkim türleri içindeki yeri; sigortacılık tahkiminin önemi*

---

\* Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, Gedik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, ORCID: 0000-0002-4129-7168, habibyildiz00@gmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 05.05.2022

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 15.05.2022

Bu makaleye atf için; YILDIZ Habib, "Sigortacılıkta Tahkimin Tahkim Türleri Arasındaki Yeri", **İMHFD**, C. 7, S. 13, 2022, s. 615-628.

## **THE PLACE OF ARBITRATION IN INSURANCE AMONG TYPES OF ARBITRATION**

### **Abstract**

30 of the Insurance Code, along with the regulations made in the article, a new procedural opportunity and legal remedy for the field of insurance has appeared in our country. This regulation, which is called insurance arbitration and consists of only one article of the Law, has a special place in our law, and its importance is increasing day by day due to the opportunities and advantages it offers. In particular, the simple, fast and fair resolution of disputes arising from insurance contracts by experts in this field has increased the interest in insurance arbitration. However, despite its increasing importance, arbitration in insurance shows different characteristics from other types of arbitration. Determining the difference and distinguishing features of arbitration in insurance from other arbitration types requires a separate study. In this study, conducted in this direction, the place and importance of arbitration in insurance among other arbitration types has been tried to be revealed. In the literature, arbitration is classified in several ways according to its legal nature and characteristics. The first of these is institutional and temporary arbitration. The second is voluntary and compulsory arbitration. The third is internal and external arbitration. Insurance arbitration, which is practiced in our country, has a special place in the difference between these types of classification. In this context, arbitration in insurance is located outside the arbitration system in the classical sense and has features related to some of the specified types of arbitration in its structure. However, it can be said that arbitration in insurance is a kind of individual exclusive system in terms of the practice of our country. Therefore, it would be a more correct approach to consider the arbitration system in insurance as a mixed system instead of trying to include it in a position within the arbitration classifications.

**Keywords:** *Arbitration in insurance, the place of arbitration in insurance in other types of arbitration; the importance of insurance arbitration*

### **GİRİŞ**

Ülkemizde 2007 yılında yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesi ile birlikte sigortacılıkta tahkim hukuk sistemimiz içinde yerini almıştır. Bu tahkim türü ile birlikte sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya güvence hesabı arasında doğan uyuşmazlıkların adli yargı önünde götürülmeden Sigorta Tahkim Komisyonunu bünyesinde çözüme kavuşturması mümkün olmuştur. Bu tahkim türü ile sigortacılık alanındaki uyuşmazlıkların hakemler tarafından basit, süratli ve adil şekilde çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır.

Ancak sağladığı çeşitli avantajlara rağmen sigortacılık tahkiminin diğer tahkim türleri içindeki yeri ve onlardan farkları konusunda literatürde hala tartışma bulunmaktadır. Bu yüzden bu konunun ayrıntılı ve karşılaştırmalı olarak ele alınmasında yarar görülmektedir.

Bu doğrultuda hazırlanan çalışmanın amacı; tahkimin diğer tahkim türleri içindeki yerini ve önemini farklı kriterler açısından olarak oraya koymaktır. Bu doğrultuda hazırlanan çalışmada önce sigortacılıkta tahkimin ortaya çıkışı, amacı, kapsamı ve özellikleri ortaya konulacaktır. Daha sonra ise sigortacılıkta tahkimin diğer tahkim türlerinden farklı olan yönleri, uygulama alanı, tahkim sözleşmesinin içeriği, görev yapan hakemlerin durumu ve hakem kararlarına karşı yargı yoluna başvurulma imkanı açısından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

## **I. TÜRK HUKUKUNDA SİGORTACILIKTA TAHKİMİN ORTAYA ÇIKIŞI AMACI VE KAPSAMI**

Ülkemizde 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinde yapılan düzenlemeler ile birlikte sigortacılık alanına mahsus yeni bir usuli imkan ve hukuki çare ortaya çıkmıştır. Sigortacılık tahkimi olarak adlandırılan ve Kanunu'nun tek maddesinden oluşan bu düzenlemenin hukukumuzda özel bir yeri olduğu gibi, sunduğu imkan ve avantajlarından dolayı her geçen gün önemi artmaktadır.

Yakın zamanlarda hukuk sistemimiz içinde yerini alan sigortacılıkta tahkim; sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya güvence hesabı arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla, tarafların adli yargı yolunu kullanmalarına gerek kalmadan, Türkiye Sigorta ve Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği nezdinde kurulmuş olan Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurarak, uyuşmazlığın bu kurum tarafından belirlenen sigorta hakemleri tarafından çözümlenmesine verilen addır<sup>1</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, sigortacılıkta tahkimin amacı; sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların, bu alanda uzmanlaşmış hakemler tarafından basit, süratli ve adil şekilde çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır<sup>2</sup>. Bu doğrultuda ülkemizde oluşturulan sigortacılıkta tahkim sistemi ile, sigorta uyuşmazlıklarının ortaya çıktığı durumlarda başvuru sahiplerine devlet

<sup>1</sup> AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, **Sigorta Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 126

<sup>2</sup> ÖZER, Fatma Dilek Kabuğuoğlu, "6328 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinin gerekçesi", **Sigortacılık Kanunu'nun Şerhi**, Oniki Levha Yayını, İstanbul, 2012, s. 492-493

mahkemelerine başvurmak yerine Sigorta Tahkim Komisyonu Başkanlığı'na başvurarak ihtilaflarını daha hızlı ve kolay şekilde çözmeleri imkanı tanınmakta ve böylece sigorta uyuşmazlıkları için taraflara yeni bir alternatif sunulmaktadır. Böylece Sigortacılık Tahkim Komisyonu Başkanlığı'na intikal eden uyuşmazlıkların çözümü, bağımız hakemlerce kanunda belirtilen sınırlı bir süre içinde çözümlenmekte ve devlet mahkemelerine başvurmadan ihtilaflar giderilebilmektedir<sup>3</sup>.

Sigorta tahkiminin kapsamı ise; sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya güvence hesabından faydalanacak kişiler ile güvence hesabı arasında doğan uyuşmazlıklardır. Sigorta tahkiminin kapsamına, acenteler ile sigorta şirketleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ile sigorta şirketlerinin rücu faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar girmemektedir<sup>4</sup>.

## **II. GENEL OLARAK TAHKİM TÜRLERİ**

Tahkim hukuki nitelik ve özelliklerine göre; birkaç şekilde sınıflandırılabilir. Tahkim sınıflandırmalarından ilki kurumsal ve geçici tahkimdir<sup>5</sup>. Kurumsal tahkim, tarafların tahkim süreci düzenlemesini bir hakem kuruluşuna bıraktıkları tahkim şeklidir<sup>6</sup>. Bu tahkim türünde süreçlere ilişkin kurallar ile hakem belirlenmesine ilişkin usuller önceden belirli olup, diğer tahkim türlerine göre esnetilmesi zordur. Kurumsal tahkim daha düzenli ve profesyonel bir organizasyon içinde gerçekleşir. Ad Hoc tahkimi ise, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü, kendileri tarafından belirlenen ve herhangi bir kuruma bağlı olmayan hakemlere bıraktıkları tahkim türüdür. Bu tahkim türünde, bürokratik işlemleri daha hızlı ve esnek şekilde ve daha düşük maliyetle yapıldığı için çabuk karar alınabilmekte ve ücretleri ekonomik olmaktadır. Ayrıca süreçlere daha az kişi dahil olduğu için gizliliğin korunması daha kolaydır.

İkinci bir sınıflandırma türü ihtiyari ve zorunlu tahkimdir. Tahkim, daha çok, gönüllülük esası üzerine inşaa edilmiş bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu için tahkim denilince akla hemen ihtiyari tahkim gelir. Tahkim konusundaki düzenlemelerin çoğu da zaten ihtiyari tahkime yönelik yapılmıştır. Bu yöntemde taraflar bir uyuşmazlığın çözümü için kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile mahkeme yerine kendi aralarında seçtikleri hakeme başvuracaklarını kabul eder<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 126

<sup>4</sup> ÇAKAN, Oya, **Sigorta Tahkim Yargılaması ve Tahkime Elverişliliğin Değerlendirilmesi**, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 87

<sup>5</sup> GÖKSU, Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 19

<sup>6</sup> KAYIHAN, Şaban / SELANİK, Atakan Adem, **Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 56-57

<sup>7</sup> GÖKSU, s. 120-121

Nitekim kanunların yasaklamadığı ve kamu düzenine aykırı olmayan konularda taraflar anlaşarak belirleyecekleri hakemler vasıtasıyla uyuşmazlıkları çözüme kavuşturabilir<sup>8</sup>. Tahkim, kural olarak ihtiyari olmasına rağmen zorunlu olarak tahkime gidilecek durumlar da olabilir. Nitekim kanun koyucu bazen mahkemelerde dava açmadan önce tarafların tahkime başvurmalarını şart koşabilir<sup>9</sup>. Bu yolu kullanmayan tarafların dava açması mümkün olmaz. Ülkemizde zorunlu tahkime ilişkin bazı düzenlemeler; 1512 Noterlik Kanunu'nda, 6356 sayılı Sendikacılık ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da görülebilir<sup>10</sup>.

Üçüncü bir sınıflandırma iç ve dış tahkimdir. Herhangi bir uyuşmazlık yabancılık unsuru içermiyorsa iç tahkim kurallarına tabi olurken, yabancılık unsuru içeriyorsa milletlerarası tahkim kuralları geçerli olur. Türk hukukunda iç ve milletlerarası tahkime ilişkin hüküm ve kurallar, iki ayrı kanunda düzenlenmiştir. İç tahkime ilişkin hükümler 6100 sayılı HMK'nın 407-444 maddeleri (daha önce 1086 sayılı HUMK'un 516-536 maddeleri) arasında düzenlenmiştir. Milletlerarası tahkime ilişkin hükümler ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)'nda düzenlenmiştir. Buna göre; yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakemlerce seçildiği uyuşmazlıklar hakkında MTK hükümleri uygulanır. Dolayısıyla MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında HMK hükümleri uygulanır<sup>11</sup>.

### **III. SİGORTACILIKTA TAHKİMİN TAHKİM TÜRLERİ İÇİNDEKİ YERİ**

Ülkemizde sigortacılıkta tahkime ilişkin yapılan kanuni düzenlemelere rağmen, tarafların adli yargıya başvuru yolu kapatılmamıştır. Dolayısıyla taraflar sigorta uyuşmazlıklarının çözümünü konusunda adli yargı ile sigortacılıkta tahkim yargılaması arasında tercih yapmakta serbesttirler. Bu da sigortacılıkta tahkimi ihtiyari tahkime yaklaştırmaktadır. Zaten tahkimin doğal yapısı da budur. Öte yandan yargılama yetkisi Anayasa ile sadece devlet mahkemelerine bırakıldığı için sigortacılıkta tahkimin zorunlu hale getirilmesi ve yargılamanın mahkemeler dışında mecburi uygulamalarla başka organizasyonlara bırakılması Anayasaya aykırılık teşkil edecektir<sup>12</sup>. Yine böyle bir zorunluluğun olduğu hallerde, tarafların

<sup>8</sup> KAYIHAN, Şaban/ GÖNERGÖK, Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku**, 6. Baskı, Umuttepe Yayınları, İzmit, 2021, s. 278

<sup>9</sup> KAYIHAN VE GÖNERGÖK, s. 278

<sup>10</sup> GÖKSU, s. 121

<sup>11</sup> KAYIHAN VE SELANİK, s. 53-54; GÖKSU, s. 122-123

<sup>12</sup> ARAS, Ecehan Yeşilova / YEŞİLOVA, Bilgehan, "Sigortacılık Tahkimi- Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri", **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, Yıl 2013, Cilt 8, Sayı Özel, s. 290,

adli mahkemelere başvurma hakları kısıtlanmış olacaktır. Dolayısıyla ülkemizdeki sigortacılıkta tahkimin zorunlu tahkim olarak değerlendirilemeyeceğinin açıkça belirtilmesi gerekir. Sigortacılıkta tahkimin kanunla özel olarak düzenlenmesi ise kurumsal yapısının oluşturulması ve adalet adına belli bir kalitenin ve standardın sağlanması içindir<sup>13</sup>.

Ülkemizde Sigortacılık Kanunu ile yapılan düzenleme ve yõteme bakıldığında sigortacılıkta tahkimin klasik anlamda ihtiyari veya zorunlu tahkim sistemi dışında, yeni ve farklı bir usul olarak ortaya konulduğu söylenebilir. Şöyle ki; ülkemiz uygulamasında sigorta şirketleri Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olmak istediğini önceden bildirdikleri takdirde, kendisiyle ilgili sonradan tezahür edebilecek uyuşmazlıklarda, tahkim usulünü önceden kabul etmiş olmaktadır. Kuşkusuz sigorta şirketlerinin komisyona başvurmaları mecburi değildir. Ancak rekabet içinde faaliyetlerini sürdüren sigorta şirketlerinin hemen hepsi komisyona başvurmaktadır. Öte yandan söz konusu sigorta şirketi ile uyuşmazlık yaşayan sigorta ettiren ve/veya sözleşmeden menfaat elde eden kişiler arzu ederlerse Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurup uyuşmazlığın hallini isteyebilecektir. Bu durumda önceden komisyona üye olmayı kabul etmiş olan sigorta şirketinin sonradan ortaya çıkan uyuşmazlıkta bundan vazgeçmesi ve tahkim usulüne itiraz etmesi artık mümkün değildir. Ancak uyuşmazlığın diğer tarafı olan sigortalı veya sigortadan menfaat sağlayan kişinin sigorta tahkimine başvurması mümkün olduğu gibi, bunun yerine adli mahkemelere başvurması da imkan dâhilindedir. Görüldüğü üzere ülkemizdeki sigortacılıkta tahkim yöntemi sigorta şirketleri açısından zorunlu tahkime benzerken, sigortalı ve menfaat sağlayan kişi açısından ihtiyari tahkim özelliği göstermektedir<sup>14</sup>. Böyle olunca ülkemizde uygulanmaya başlanan sigorta tahkim sisteminin ihtiyari veya zorunlu tahkim türlerinden birine dâhil olmadığı, bir anlamda, ombudsmanlıkta olduğu gibi, nevi şahsına münhasır bir özellik sergilediği söylenebilir<sup>15</sup>. Başka bir ifade ile sigortacılıkta tahkimin bir taraf için zorunlu, diğer taraf için ihtiyari olması nedeniyle sigortacılıkta tahkim yöntemi Özdamar tarafından; “karma tahkim”, Ulusoy<sup>16</sup> tarafından “nisbi zorunlu tahkim” olarak değerlendirilmiştir. Ancak mevcut sistem Ulaş tarafından “ihtiyari tahkim” olarak değerlendirilmiştir<sup>17</sup>.

Dolayısıyla ülkemizde sigortacılıkta tahkime ilişkin olarak yapılan kanuni

---

(Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203165>, E. T.: 17/12/2021

<sup>13</sup> ÖZDAMAR, Mehmet, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 838-839, (Çevrimiçi) [https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17\\_1-2\\_27.pdf](https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_27.pdf), E. T.: 15/12/2021

<sup>14</sup> EKŞİ, Nuray, **Türkiye’de Kurumsal Tahkim**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 42-46; ARAS / YEŞİLOVA, s. 289-290; ÖZDAMAR, s. 838-839

<sup>15</sup> ÖZDAMAR, s. 838-839

<sup>16</sup> ULUSOY, Erol, “Finans Hukukunda Tahkim”, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”**, 2009, İstanbul, s. 238, (Çevrimiçi) <https://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/sempozyum-yayinlari/ii-uluslararasi-ozel-hukuk-sempozyumu-tahkim>, E. T.: 14/10/2021

<sup>17</sup> ULAŞ, Işıl, “Sigortacılık Tahkimi”, **Batıder**, C. XXIV, 2007, s. 240

düzenlemeler ile tercih edilen yöntemle bakıldığında bu tahkim uygulamasının klasik anlamda ihtiyari veya zorunlu tahkim sistemi dışında, yeni ve farklı bir usul olarak tanzim edildiği söylenebilir. Başka bir ifade ile sigortacılıkta tahkim ülkemiz uygulaması açısından nevi şahsına münhasır bir sistemdir. Bundan dolayı sigorta tahkim sistemini ihtiyari, zorunlu veya nispi zorunlu gibi ayrımlar içine sokmaya çalışmak yerine karma olarak değerlendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Nitekim literatürde sigortacılıkta tahkimin karma tahkim özelliği gösterdiği yönündeki görüşler ağırlıklı durumdadır<sup>18</sup>.

#### **IV. SİGORTACILIKTA TAHKİMİN ÖZELLİKLERİ VE GENEL TAHKİMDEN FARKLARI**

Sigortacılıkta tahkimin nevi şahsına mahsus bir sistem olduğu yukarıda ifade edilmişti. Ancak her şeye rağmen sigortacılıkta tahkimin işleyişi HMK’da düzenlenen tahkim sisteminin işleyişi ile karşılaştırıldığında pek çok ortak ve benzer özelliklerinin bulunduğu söylenebilir. Nitekim sigortacılıkta tahkimdeki düzenlemelerde hem uluslararası ombudsmanlık uygulamalarından hem de HMK’dan izler bulmak mümkündür. Hatta sigortacılıkta tahkimin genel tahkiminin özelleştirilmiş hali olduğu yönünde değerlendirmeler yapılmaktadır<sup>19</sup>. Ancak tüm benzerliklere rağmen sigortacılıkta tahkimin genel tahkimden ayrıldığı ve özellik gösterdiği uygulamalar bulunmaktadır.

##### **A. Uygulama Alanı Açısından**

Sigortacılıkta tahkimin genel tahkimden ayrıldığı yönlerden biri uygulama alanlarıyla ilgilidir. Buna göre; 6100 sayılı HMK’ya göre, tahkime ilişkin hükümler, 4686 sayılı MTK’nın tanımladığı manada yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar için uygulama alanı bulurken, Sigortacılık Kanunu’nda düzenlenen tahkim sistemine göre, yabancılık unsuru içersin içermesin sigorta sözleşmesinden kaynaklanan bütün uyuşmazlıklar için tahkime gidilmesi mümkündür<sup>20</sup>.

##### **B. Tahkim Sözleşmesi Açısından**

HMK’ya göre bir uyuşmazlığın çözümünde tahkim yolunun kullanılabilmesi için tarafların önceden bir tahkim anlaşması yapması gerekir. Taraflar arasında bu yönde bir tahkim anlaşma bulunmadığı müddetçe tahkim yoluna başvurmaları mümkün değildir. Tahkim anlaşmasının da yazılı olması gerekir<sup>21</sup>. Bu bir

<sup>18</sup> ÖZDAMAR, s. 840-841

<sup>19</sup> ÖZER, s. 495-496

<sup>20</sup> ÖZER, s. 496-497

<sup>21</sup> EYÜPOĞLU, Ceren, “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 2017, Cilt 75, Sayı 3, s. 23, (Çevrimiçi), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/39333/463759>, E.T.: 10/12/2021

geçerlilik şartıdır. Zikredilen yazılı şekil şartının yerine getirilmiş kabul edilebilmesi için, tahkim sözleşmesinin iki tarafça imzalanmış yazılı bir belgeye veya iki taraf arasında teati edilen bir iletişim aracına (mektup, faks, telgraf, teleks, vb.) geçirilmiş olması veya elektronik ortamda muhafaza altına alınmış olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesi olduğunun iddia edilmesine davalı tarafın verdiği cevap dilekçesinde itiraz etmemiş olması yeterlidir. Ayrıca asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek maksadıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması durumunda da tahkim sözleşmesinin yapıldığı kabul edilir. Öte yandan tahkim sözleşmesinin, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı şeklinde veya ayrı bir sözleşme biçiminde yapılması mümkündür (HMK, m. 412). Oysaki Sigortacılık Kanunu'na göre tarafların her bir olay için bu şekilde ayrı bir sözleşme yapmasına gerek yoktur. Taraflardan risk üstlenici konumundaki sigorta şirketi veya Güvence Hesabı, tahkim sistemine yazılı başvuru yaparak üye olduğunda, artık kendisini ilgilendiren bütün uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini kabul etmiş olur<sup>22</sup>. Sigortalı taraf için ise bir zorunluluk bulunmadığı gibi sorunun çözümü konusunda bir tercih hakkı bulunmaktadır. Burada sigortalı isterse mahkemeye, isterse Sigorta Tahkim Komisyonuna veya isterse Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurabilir. Bu özellikli yapısı ile sigortacılıkta tahkim, sisteme üye olan sigorta şirketleri için zorunlu iken sigortalılar için gönüllüdür<sup>23</sup>.

Öte yandan tahkim sözleşmesi sadece uyuşmazlıkların tarafları arasında yapılacağı için sigorta şirketlerinin sigorta tahkim sistemine başvuruda bulunmaları yazılı tahkim sözleşmesi olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla sigortacılıkta tahkim sisteminde gerçekte taraflar arasında yapılmış yazılı bir anlaşma yoktur<sup>24</sup>.

Bu nedenle sigorta tahkim anlaşmasının kaynağının taraflar<sup>25</sup> arasında yapılmış özel bir anlaşma olmadığı, Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesindeki hükümler olduğu söylenebilir. Bu maddedeki düzenleme nedeniyle sigorta tahkiminde tarafların mevcut veya ileride ortaya çıkması mümkün uyuşmazlıklar için önceden bir tahkim anlaşması yapmaları gerekli değildir. Aynı şekilde sigorta ettirenin de önceden bu hakkından feragat etmesi de mümkün olmayacaktır. Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddenin varlığı nedeniyle taraflar arasında uyuşmazlığın çıkmasının ardından iki taraf arasında kendiliğinden bir anlaşmanın ortaya çıktığı

---

<sup>22</sup> Bu arada sigorta şirketlerinin komisyona üyelik başvurusu yapmasından önce taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmeler için sigorta tahkim yoluna başvurup başvuramayacağı hususunda bir düzenleme olmamakla birlikte, sigorta şirketlerinin üyelik sırasında bir çekince koymamaları koşuluyla önceki dönemlerde akdedilen sözleşmeler nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim komisyonu nezdinde çözülmesinin önünde bir engel bulunmaktadır.

<sup>23</sup> ÖZER, s. 497

<sup>24</sup> ÖZER, s. 499

<sup>25</sup> Bu arada sigorta sözleşmesinin bir tarafında riski üstlenen olarak sigorta şirketleri ile güvence hesabı yer alırken, diğer tarafında sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanlar yer almaktadır.



kabul edilir. Nitekim borçlar hukukunda olduğu üzere sigorta şirketinin tahkim sistemine üye olmasıyla birlikte tahkim anlaşmasına ilişkin aleni bir icapta bulunduğu varsayılır ve kendisiyle sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan herkese karşı bu icabının geçerli olduğu kabul edilir. Sigorta şirketi ile uyuşmazlık yaşayan sigortalının Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurması ise kabul iradesi olarak nitelendirilir ve kendiliğinden bir tahkim anlaşmasının kurulduğunu varsayılır. Ancak görülüşü üzere sigortacılıkta tahkiminde anlaşmanın uyuşmazlık çıktıktan sonra yapıldığı kabul edilir. Oysaki genel tahkimde bu anlaşma uyuşmazlıktan önce yapılmaktaydı. Özetle sigortacılıkta tahkim anlaşması önceden değil komisyonu başvurulduktan sonra ve kendiliğinden kurulmuş sayılır<sup>26</sup>.

Yine HMK’da düzenlenmiş olan genel tahkim anlaşmalarına göre taraflar arasında bir tahkim anlaşması yapıldığı takdirde uyuşmazlıkların çözümü için tarafların diğer alternatif çözüm yollarına başvurmaları mümkün değildir. Oysaki sigortacılıkta tahkimde tarafların tahkim sistemine üye olmaları nedeniyle tahkim anlaşmasının olduğu varsayılmasına rağmen, tarafların sigortacılıkta tahkime başvurmaları zorunlu değildir ve sigortacılıkta tahkim dışında diğer alternatif çözüm yollarına başvurulması mümkündür<sup>27</sup>.

### **C. Görev Yapan Hakemler Açısından**

HMK’da hakemlerin özellikleri konusunda özel bir düzenleme olmadığı gibi, hakemlerin seçimi konusunda irade taraflara bırakılmıştır. Hakem olarak kimin görev yapacağını taraflar önceden serbestçe belirleyebilmektedirler. Oysa ki sigortacılıkta tahkimde hakemlerin özellikleri Sigortacılık Kanunu’nda önceden belirlendiği gibi ve belirli kriterleri sağlanmış, sınavlarda başarılı olmuş ve sigorta hakem listesine girmiş kişiler arasından komisyon tarafından atanmaktadır (SK, m. 30/8). Hakemlerin belirlenmesi konusunda tarafların hiçbirinin bir rolü bulunmamaktadır. Bu konuda tüm yetki Sigorta Tahkim Komisyonuna aittir<sup>28</sup>.

Öte yandan genel tahkimde hakem sayısını taraflar dilediği şekilde belirleyebilirken, sigorta tahkiminde kural olarak (belli bir tutarın üzerindeki uyuşmazlıklarda) enaz üç kişinin görev yapması zorunludur<sup>29</sup>.

Genel kapsamdaki tahkim anlaşmalarında taraflar aralarındaki her uyuşmazlığın çözümü için hakemlerin yetkilendirilmesi mümkündür. Oysaki sigortacılıkta tahkimde hakemlerin yargı yetkisi, sigorta ettirenin yahut sigortalının

<sup>26</sup> ÖZDAMAR, s. 481-842

<sup>27</sup> ÖZER, s. 498

<sup>28</sup> DEKAK, Mehmet ve BEŞE, Elif Simay, “Sigorta Tahkiminin Ayırt Edici Özellikleri”, Yıl: 2021, s. 1, (Çevrimiçi) <https://www.juris.com.tr/post/sigorta-tahkiminin-ayirt-edici-ozellikleri>, E.T.: 10/12/2021

<sup>29</sup> ÖZER, 498

başvurusuna konu uyuşmazlık ile sınırlıdır<sup>30</sup>.

Hakemlerin ret nedenleri açısından da farklar bulunmaktadır. Buna göre; sigortacılıkta tahkimde hakemlerin reddi, HMK’da düzenlenmiş olan hakimlerin reddine bağlanmış ve atıf yapılmıştır (SK, m. 30/15). Ayrıca ret nedeninin oluşup oluşmadığı da sigorta tahkim komisyonu tarafından değerlendirilir. Buna karşın genel tahkimde hakemlerin reddi, hakemlerin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca belirlenen ret sebeplerinin mevcut olduğu veya tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren durumların gerçekleştiğinin anlaşılması halinde söz konusu olacaktır. Ayrıca hakem ret kararı kabul edilmeyen kişi bir ay içinde mahkemeye başvurabilir (HMK, m. 418/4)<sup>31</sup>.

Sigortacılıkta tahkimde hakemlerin, görevlendirildikleri tarihten itibaren en fazla dört ay içinde çalışmalarını tamamlamaları ve kararlarını vermeleri gerekir. Aksi durumda, uyuşmazlığın yetkili mahkemece görülmesi gerekecektir. Ancak, bu sürenin uzatılması mümkündür. Bunun için tarafların açık ve yazılı muvafakatleri şarttır (SK, m.30/16). Genel tahkimde ise, taraflar aksini kararlaştırmadıkları müddetçe, bir hakemin görevlendirildiği davalarda hakemin belirlendiği tarihten itibaren, birden çok hakemin görevlendirildiği davalarda ise hakem heyetinin ilk toplantı tutanağının tanzim edildiği tarihten itibaren bir yıl zarfında, hakem veya hakem heyetince esas hakkında karar verilir. Öte yandan bu bir yıllık sürenin, tarafların anlaşması durumunda veya anlaşmanın sağlanamaması hâlinde taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkeme tarafından uzatılması mümkündür (HMK, m. 427).

Hakem ücretleri açısından da fark söz konusudur. Genel tahkimde hakem ücreti, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, uyuşmazlığın niteliği, tahkim yargılamasının süresi, dava konusu alacağın miktarı gönünde bulundurularak, hakem/ hakem kurulu ile taraflar arasında yapılan görüşmede birlikte kararlaştırılır. Öte yandan hakem veya hakem kurulunun ücreti teamüllere veya kurumsal tahkim kurallarına göndermek yapılarak taraflarca da belirleyebilirler. Taraflarla hakem veya hakem kurulu arasında ücretin belirlenmesi konusunda anlaşmazlık çıkarsa, bu konuda ücretin belirlenmesine ilişkin olarak sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmazsa veya taraflarca bu konuda teamüllere ve kurumsal tahkim kurallarına gönderme yapılmamışsa, hakemlerin ücreti, her yıl Adalet Bakanlığınca ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri alınarak hazırlanan ücret tarifesine göre belirlenir. Heyet başkanın ücreti, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, diğer hakemlerden her birine ödenecek ücretin yüzde on fazlası olarak belirlenir (HMK, m. 440). Buna karşılık sigortacılıkta tahkimde hakemlik ücreti (ve sigortalının Komisyona yatıracağı başvuru ücreti ve sigortacıların yatıracağı üyeliğe katılma payı), Komisyonun

---

<sup>30</sup> DEKAK VE BEŞE, s. 1

<sup>31</sup> ÖZER, s. 498

görüşü alınarak SEDDK tarafından belirlenir; hakem ücreti Komisyon tarafından ödenir (SK, m. 30/18 ve STİY, m. 11/3).

Bu arada sigorta hakemlerinin yaptıkları iş ve kullandıkları yöntemlerin hakem-bilirkişi müessesesinden ve arabuluculardan farklı olduğunu da belirtmek gerekir. Buna göre hakem-bilirkişiler uyuşmazlığın miktarını ve niteliğini belirlemeye yönelik teknik değerlendirmeler yaparken, sigorta hakemleri uyuşmazlığın çözümüne yönelik çalışmalar yaparak haklar ve hukuki münasebetler üzerine karar verir<sup>32</sup>. Öte yandan arabulucu, tarafları uzlaştırmaya yönelik bir çaba içindedir. Bu anlamda arabulucu; uyuşmazlık içinde olan taraflar arasında kabul görmüş teknikler kullanarak, görüşme ve müzakerelerde bulunmak gayesiyle tarafları bir araya getirerek onların birbirlerini daha iyi anlamalarını ve bu cihetle çözümlerini kendilerinin ortaya koymasını ve aralarında sağlıklı bir iletişim sürecinin oluşmasını temin etmeye çalışan, bağımsız ve tarafsız kişidir (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, m. 2). Arabulucu tahkimden farklı olarak yargılama yapamaz, uyuşmazlığı yargı yolu dışında gidermeye çalışır. Taraflar arabulucuya yargı yoluna gitmeden önce başvurabilecekleri gibi sonradan da başvurabilir. Taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda arabulucuya gidebilirler. Oysa ki sigortacılıkta tahkimde hakemlerin yaptığı iş bir yargılama faaliyetidir. Bu anlamda sigortacılıkta tahkimde uyuşmazlığın çözümünde tarafların bir araya gelmesi ve uzlaşmaya çalışması söz konusu değildir. Arabulucular, hakemlere göre daha az kurala bağlıdır. Yine arabulucunun hakemden farklı olarak bağlayıcı bir karar vermesi mümkün değildir<sup>33</sup>.

#### **D. Hakem Kararlarına Karşı Yargı Yolu Bakımından**

Genel tahkimde hakem kararlarına karşı herhangi bir kısıt olmadan iptal davası ve temyiz yolu kullanılabilir. Ancak sigortacılıkta tahkimde uyuşmazlık hakem kararları için öncelikle itiraz yolu kullanılmakta ve burada verilen kararın belli bir tutarı aşması durumunda temyiz yoluna başvurulabilmektedir. Yani sigortacılık tahkiminde sadece belli bir tutarın üzerindeki kararlar için tarafların temyize gitmesi mümkündür (S.K., 30/12).

#### **SONUÇ**

---

<sup>32</sup> ÖZER, s. 500-501

<sup>33</sup> KÜÇÜKİSLAMOĞLU, M. Burak /ATLI, İpek, “Sigorta Tahkim Komisyonuna Başvurudan Önce Arabuluculuk Müessesesi”, 2021, s. 1, (Çevrimiçi) <https://www.mondaq.com/turkey/insurance-laws-and-products/1052352/sigorta-tahkim-komisyonuna-ba351vurudan-nce-arabuluculuk-messesesi>, E. T: 15/09/2021; ÇİFTÇİ, Tuğba, “Türk Hukukunda Sigorta Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Ve Tahkim Kurumlarının Karşılaştırılması”, **Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi (İBAD)**, 2017, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/pub/ibadjournal/issue/32857/370154>, E. T: 15/09/2021

Sigortacılıkta tahkim 2007 yılında itibaren ülkemizde alternatif bir çözüm yöntemi olarak hukuk sistemimiz içinde yerini almıştır. Geride kalan sürede sistemin daha sağlıklı işleyebilmesi için pek çok değişiklik yapılmıştır. Bu da sigortacılık tahkimini her geçen gün daha önemli ve etkili bir konuma getirmiştir.

Sigortacılık tahkimi, kurgulanışı, kurumsal yapısı ve uygulanma biçimi ile diğer tahkim türlerinden farklı bir konumdadır. Bu yüzden bu tahkim türünün diğer tahkim türlerinden ayrıldığı ve kendine mahsus karma bir tahkim türü olduğu söylenebilir. Farklı olduğu yönlerden ilki uygulama alanlarıyla ilgilidir. Buna göre; 6100 sayılı HMK'ya göre, tahkime ilişkin hükümler, 4686 sayılı MTK'nın tanımladığı manada yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar için uygulama alanı bulurken, Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenen tahkim sistemine göre, yabancılık unsuru içersin içermesin sigorta sözleşmesinden kaynaklanan bütün uyuşmazlıklar için tahkime gidilmesi mümkündür. İkinci fark diğer tahkim yollarında tarafların önceden bir tahkim anlaşması yapması zorunlu iken sigortacılıkta tahkim için tarafların her bir olay için ayrı bir sözleşme yapmasına gerek yoktur. Hatta sigortacılıkta tahkim sisteminde gerçekte taraflar arasında yapılmış yazılı bir anlaşma olmadığı söylenebilir. Üçüncü bir farkı hakemlerin özellikleri ve atanmalarıyla ilgilidir. Buna göre diğer tahkim türlerinde hakemler genellikle taraflarca belirlenirken bu tahkim türünde önceden yapılan sınavlarda başarılı olmuş ve hakem listesine girmiş olan ve kurumsal bir yapıda örgütlenen komisyon tarafından belirlenmektedir. Dördüncü fark genel tahkimde hakem kararlarına karşı herhangi bir kısıt olmadan iptal davası ve temyiz yolu kullanılabilirken sigortacılıkta tahkimde uyuşmazlık hakem kararları için öncelikle itiraz yolu kullanılmakta ve burada verilen kararın belli bir tutarı aşması durumunda temyiz yoluna başvurulabilmektedir.

Dolayısıyla ülkemizde uygulanmakta olan sigortacılıkta tahkim, ihtiyari, zorunlu veya nispi zorunlu gibi ayrımlar dışında kendine mahsus karma bir tahkim sistemi olarak görülmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

**Yazarın Notu:** Bu makale Gedik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliği'nin 10. maddesi gereği hazırlanan “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Sigortacılıkta Tahkim” adlı tez çalışmasından üretilmiştir.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

ARAS, Ecehan Yeşilova / YEŞİLOVA, Bilgehan, “Sigortacılık Tahkimi- Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, Yıl 2013, Cilt 8, Sayı Özel, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203165>, E. T.: 17/12/2021.

AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, **Sigorta Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.

ÇAKAN, Oya, **Sigorta Tahkim Yargılaması ve Tahkime Elverişliliğin Değerlendirilmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

ÇİFTÇİ, Tuğba, “Türk Hukukunda Sigorta Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve Tahkim Kurumlarının Karşılaştırılması”, **Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi (İBAD)**, 2017, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ibadjournal/issue/32857/370154>, E. T.: 15/09/2021.

DEKAK, Mehmet /BEŞE, Elif Simay, “**Sigorta Tahkiminin Ayırt Edici Özellikleri**”, Yıl: 2021, (Çevrimiçi) <https://www.juris.com.tr/post/sigorta-tahkiminin-ayirt-edici-ozellikleri>, E.T.: 10/12/2021.

EKŞİ, Nuray, **Türkiye’de Kurumsal Tahkim**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

EYÜPOĞLU, Ceren, “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 2017, Cilt 75, Sayı 3, (Çevrimiçi), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/39333/463759>, E.T.: 10/12/2021.

GÖKSU, Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

KAYIHAN, Şaban / GÖNERGÖK, Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku**, 6. Baskı, Umuttepe Yayınları, İzmit, 2021.

KAYIHAN, Şaban / SELANİK, Atakan Adem, **Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

KÜÇÜKİSLAMOĞLU, M. Burak/ ATLI, İpek, “Sigorta Tahkim Komisyonuna Başvurudan Önce Arabuluculuk Müessesesi”, 2021, (Çevrimiçi) <https://www.mondaq.com/turkey/insurance-laws-and-products/1052352/sigorta-tahkim-komisyonuna-ba351-vurudan-nce-arabuluculuk-messesesi>, E. T: 15/09/2021.

ÖZDAMAR, Mehmet, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2 (Çevrimiçi) [https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17\\_1-2\\_27.pdf](https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_27.pdf), E. T: 15/12/2021.

ÖZER, Fatma Dilek Kabukçuoğlu. “6328 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesinin gerekçesi”, **Sigortacılık Kanunu’nun Şerhi**, Oniki Levha Yayını, İstanbul, 2012.

ULAŞ, Işıl, “Sigortacılık Tahkimi”, **Batıder**, C. XXIV, 2007

(Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/39333/463759> E. T.: 14/12/2021.

ULUSOY, Erol “Finans Hukukunda Tahkim”, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”**, 2009, İstanbul, (Çevrimiçi) <https://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/sempozyum-yayinlari/ii-uluslararasi-ozel-hukuk-sempozyumu-tahkim>, E. T: 14/10/2021.

**İŞÇİ LEHİNE HÜKMÜN BELİRLENMESİ (YARGITAY 9. HUKUK  
DAİRESİ'NİN 23.03.2021 TARİH VE 2021/2913-2021/6633 SAYILI  
KARARI ÜZERİNE)**

**Esra YİĞİT\***

**Öz**

Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi gereği, iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesi hükümleri alır. Emredici etkinin iki istisnası olmakla birlikte, bu istisnalardan biri işçi lehine hüküm olarak adlandırılan ilkedir. Bu ilke gereği, şayet iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesi birbirine aykırı hükümler içeriyorsa, işçi lehine olan iş sözleşmesi hükümleri uygulanma alanı bulur. Dolayısıyla iş sözleşmesinin işçi lehine olan hükümleri bakımından toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi bulunmaz. Ancak işçi lehine olan hükmün belirlenmesi her zaman kolay olmaz. Bu nedenle hem Türk Hukuku öğretisinde hem de Alman Hukuku öğretisinde işçi lehine hükmün belirlenmesi yöntemleri bakımından farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu yöntemler, hükümlerin tek tek karşılaştırılması, gruplandırılarak karşılaştırılması ve sözleşmelerin bütün olarak karşılaştırılması olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Gerek Türk Hukuku öğretisinde, gerekse de Alman Hukuku öğretisinde çoğunluk görüşü hükümlerin gruplandırılarak karşılaştırılması gerektiği yönündedir. Yargıtay ise farklı zamanlarda farklı kararlar vermiştir. Nihayet Yargıtay dairelerinin birleşmesinden sonra yayınlanan içtihat farklılıklarının giderilmesi metninde ücrete ilişkin hükümlerin toplu olarak ele alınması gerektiği belirtilmiştir. Çalışmamıza esas aldığımız yakın tarihli kararında da Yüksek Mahkeme, ücrete ilişkin hükümleri gruplandırılarak değerlendirmiştir. Bu çalışmada işçi lehine hüküm belirlenirken kullanılabilecek yöntemler incelenerek, sözleşmelerin bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşümüz gerekçelendirilecektir. Bu değerlendirme yapılırken, Alman Hukukundaki durum da aktarılacaktır.

---

\* Dr. Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-8312-7941, yigit@tau.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 06.05.2022

**Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih:** 02.08.2022

Bu makaleye atf için; YİĞİT Esra, *İşçi Lehine Hükmün Belirlenmesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 23.03.2021 Tarih ve 2021/2913-2021/6633 Sayılı Kararı Üzerine)*, İMHFD, C. 7, S. 13, 2022, s. 629-644.

**Anahtar Kelimeler:** *Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi, işçi lehine hüküm, yararlılık ilkesi, tebli karşılaştırma, grup karşılaştırması, bütün olarak karşılaştırma*

**DETERMINATION OF THE PROVISION IN FAVOR OF THE WORKER (ON DECISION OF SUPREME COURT 23.03.2021, 2021/2913-2021/6633)**

**Abstract**

Due to the imperative effect of the collective bargaining agreement, the provisions of the employment agreement that are contrary to the collective labour agreement are replaced by the provisions of the collective labour agreement. There are two exceptions to the imperative effect. The principle called favourability is one of this exceptions. Pursuant to this principle, if the labour contract and the collective labour agreement contain contradictory provisions, the provisions of the labour contract in favor of the worker shall be applicable. Therefore, in terms of the provisions of the labour contract in favor of the worker, the collective labour contract does not have an imperative effect. However, it is not always easy to determine the provision in favor of the worker. For this reason, different views have emerged in terms of the methods of determining the provision in favor of the worker in both the Turkish Law and the German Law. These methods are divided into three: comparing the provisions one by one, comparing them by grouping and comparing the contracts as a whole. The majority opinion in both Turkish Law and German Law is that the provisions should be grouped and compared. The Supreme Court has given different decisions at different times. Finally, in the text of eliminating the differences in case law published after the merger of the chambers of the Court, it was stated that the provisions regarding wages should be addressed collectively. In its recent decision, which we took as the basis of our study, the Supreme Court evaluated the wage-related provisions by grouping them. In this study, by examining the methods that can be used in determining the provision in favor of the worker, our opinion that the contracts should be evaluated as a whole will be justified. While making this evaluation, the situation in German Law will also be conveyed.

**Keywords:** *Imperative effect of the collective labour agreement, provision in favor of the worker, favourability principle, comparing the provisions one by one, comparing by grouping, comparing the contracts as a whole*



## **I. Yargıtay Kararı**

### **“Davacı İsteminin Özeti:**

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davacının 1990 yılında işe başlayıp 2018 yılında işten ayrıldığını, 2005 yılında işverenin işçileri zorla sendikaya üye yaptığını, işverenin yönlendirmesi ve baskısı ile işçilere okuma fırsatı verilmeden bir kısım belgeler imzalatıldığını, davacının Toplu İş Sözleşmesi'den önceki saat ücretinin üyelikten sonra düşürüldüğünü, davacının temel saat ücretinin düşürülmesi ile birlikte kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai, ulusal bayram genel tatil, hafta tatili ücretleri, ikramiye ve sosyal haklarının eksik ödendiğini, davacının ücretinin düşürülmesine ilişkin yazılı muvafakatının olmadığını, konuya ilişkin emsal kararları ekte sunduklarını beyan ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 107/2 uyarınca belirsiz olan alacağın miktarı belirlendiğinde arttırılmak üzere; 10.00 TL eksik ödenen ücret fark alacağı, 10.00 TL eksik ödenen kıdem tazminatı, 10.00 TL eksik ödenen yıllık izin ücreti, 10.00 TL eksik ödenen fazla mesai ücreti, 10.00 TL eksik ödenen hafta sonu ücreti, 10.00 TL eksik ödenen ulusal bayram genel tatil ücreti, 10.00 TL eksik ödenen ikramiye alacağının, kıdem tazminatı için fesih tarihinden ücret alacakları için dava tarihinden itibaren en yüksek mevduat faiziyle, yıllık izin ücreti için dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

### **Davalı Cevabının Özeti:**

Davalı vekili, davacının Toplu İş Sözleşmesi ile sağlanan tüm haklardan eksiksiz faydalandığını, talep edilen hakların zamanaşımına uğradığını, davacının 01.01.1994 tarihinde alt işveren işçisi olarak çalıştığını, davalı şirket çalışanı olarak ilk defa 01.04.2005 tarihinde çalışmaya başladığını ve aynı ay içinde sendikaya üye olarak Toplu İş Sözleşmesi kapsamına girdiğini, davacının saat ücretinin düşürülmediğini, davacının bordrolardaki ücretlere itiraz etmediğini, çalışmaya devam ederek ödenen saat ücretini kabul ettiğini, fark ücret alacağı talebinde bulunmasının iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığını, davacının davalı işçisi olmasından sonra ... sendikası üyesi olduğunu ve ... ile ... arasında akdedilen grup Toplu İş Sözleşmesine tabi olarak çalıştığını, davacının sendikaya üye olduktan sonra haklarının korunduğunu, ücretinin düşürülmediğini, işçiye yararlılık esasının belirlenmesinde bütün olarak karşılaştırma yapılması gerektiğini, davacının Toplu İş Sözleşmesi'nden faydalanmasıyla birlikte akçeli menfaatlerden de faydalandığını, davacının gelirinde ve saat ücretinde artış gerçekleştiğini, davacının Toplu İş Sözleşmesi kapsamındaki hakları ve sendikaya üye olmadan önceki saat ücretini birlikte talep edemeyeceğini, dava konusu taleple ilgili olarak Hukuk Genel Kurulu Kararının dikkate alınması gerektiğini, davacının kıdem tazminatının alt işverenler yanında geçen süreler dahil noksansız hesaplanıp ödendiğini, hesaplamada giydirilmiş ücretin esas alındığını, davacının yıllık ücretli izin alacağı olmadığını, davacının ücretlerinin eksiksiz ödendiğini,

ücret zamlarının Toplu İş Sözleşmesi gereğince uygulandığını ve davacının alacağı olmadığını beyanla davanın reddini talep etmiştir.

### **İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:**

İlk Derece Mahkemesince, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

### **İstinaf Başvurusu:**

İlk derece mahkemesinin kararına karşı, davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

### **Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:**

Bölge Adliye Mahkemesince, İlk Derece Mahkemesinin kararı usul ve yasaya uygun olduğundan davalı vekilinin istinaf başvurusunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu/nun 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine karar vermiştir.

### **Temyiz Başvurusu:**

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

### **Gerekçe:**

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının ücretinin işverence tek taraflı olarak düşürülüp düşürülmediği ve davacının fark ücret alacağına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davacının iş sözleşmesi ile kararlaştırılan temel (kök) ücretinin Toplu İş Sözleşmesi ile düşürüldüğü açıktır. Dairemizden geçen emsal dosyalarda belirtildiği üzere, davalı ile sendika arasında, işçilerin Toplu İş Sözleşmesinden protokoldeki şartlar ve öngörüler doğrultusunda yararlandırılmaları kararlaştırılmış, getirilen özel hükümlere göre davacı ve onunla aynı şartlarda çalışan işçilerin ücretleri belirlenmiştir. Dolayısıyla, sadece davacının şahsına ilişkin ücretinin düşürülmesi veya ücretinin işverence tek taraflı olarak düşürülmesi söz konusu değildir. Davacıya yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi gereğince ödenmesi gereken menfaatler davalı tarafça ödenmektedir. Bu şekilde davacının toplu iş sözleşmesinden faydalanmasıyla birlikte Toplu İş

Sözleşmesinin işçiler lehine getirdiği akçalı menfaatlerden (giyim yardımı, gıda yardımı, yemek yardımı, ikramiye, ilave tediye gibi) de yararlanması mümkün olup, davacının gelirinde artış meydana gelmiştir. Davacı sendikaya üye olup toplu iş sözleşmesinden yararlanmak istediğini belirttiğine göre, toplu iş sözleşmesi gereği belirlenen yeni ücretini kabul etmiş olup, hem toplu iş sözleşmesi kapsamındaki sosyal hakları hem de kapsam dışı işçilere ödenen günlük brüt ücreti talep etmesi mümkün değildir.

Aynı gerekçelerle fark alacak talep eden emsal işçinin dosyasında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen son kararda özetle; tarafların anlaşması ya da düzen ilkesi gereği toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca kök ücretin düşürülebileceği, bireysel ve Toplu İş Sözleşmesindeki aynı amaca yönelik hükümlerinin gruplandırılarak karşılaştırılması gerektiği ve yapılan karşılaştırma neticesinde, işçinin kök ücreti düşürülse de Toplu İş Sözleşmesinden faydalanmakla bireysel iş sözleşmesine nazaran çok daha avantajlı bir konuma geldiği, objektiflik ölçütü açısından da işçi yararına bir sonucun gerçekleştiği, işçinin bir yandan bireysel iş sözleşmesindeki günlük çıplak ücretinin esas alınmasını, diğer taraftan da toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ücret kriterlerinin uygulanmasını istemesi mümkün olmayacağı gerekçesiyle işçinin hem toplu iş sözleşmesi kapsamındaki sosyal hakları hem de kapsam dışı işçilere ödenen günlük brüt ücreti talep edemeyeceği kabul edilmiştir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 03.05.2017 tarih, 2017/887 esas, 2017/885 karar sayılı kararı).

Mahkemece, bu yönler gözetilmeksizin ücret farkına ilişkin talebin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3-Davacı işçi kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin, fazla çalışma ücreti, hafta tatili, ulusal bayram-genel tatil ve ikramiye fark alacaklarını da talep etmiş olup Mahkemece isteklerle ilgili hesap raporu aldırılarak hüküm kurulmuştur. Bilirkişi hesap raporu denetime elverişli olmayıp davacının ücretinin düşürülmesine bağlı fark talepler dışında yıllık izinlerinin tam olarak kullanılmadığına dair iddiaları bulunmakta olup, bu yönde denetime elverişli hesap raporu alınmalı, ücretin düşürüldüğü iddiasına bağlı fark tazminat ile alacaklara hak kazanılamayacağına tespiti ile bu yöndeki istekler reddedilmelidir. Buna göre ücretin düşürülmesi dışında yıllık izinlerle ilgili iddialar yönünden fark tazminat alacaklarının tespiti halinde sözü edilen isteklerle ilgili hüküm kurulmalıdır.

Davacı işçinin sendika üyesi olması üzerine toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başladığı anda ücretin düşürüldüğü iddiasına dayalı olarak açılan dava Dairemizin önceki uygulamaları ve kararları doğrultusunda karara bağlanmış olsa da Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kapatılması üzerinde yeniden oluşan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Eylül 2020 tarihinde aldığı ilke kararı doğrultusunda ücretin düşürüldüğü iddiasına bağlı taleplerin reddi gerekeceğinden sözü edilen reddin

dolayı davalı yararına avukatlık ücreti ve yargılama giderine hükmedilmemelidir. Hizmet süresi ve yıllık izin kullanımına dair taleplerle ilgili herhangi bir red olması durumunda avukatlık ücreti ile yargılama giderleri hesabında bu husus değerlendirilmelidir.

## **Sonuç:**

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine, bozma kararının bir örneğinin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.03.2021 gününde oyçokluğuyla karar verildi.”<sup>1</sup>

## **II. Kararın İncelenmesi**

### **A. Kararın Özeti ve Karara Konu Hukuki Mesele**

Karara konu olayda toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başlayan işçinin kök ücreti düşmüş, bunun üzerine işçi rızası olmadan ücretinin düşürüldüğünden bahisle fark alacaklara hükmedilmesini istemiştir. Davalı işveren ise işçinin toplu iş sözleşmesinin kapsamına kendi iradesi ile girdiğini ve kök ücreti düşse bile toplu iş sözleşmesindeki diğer akçeli menfaatlerden faydalandığını, davacının gelirinde ve saat ücretinde artış gerçekleştiğini, davacının Toplu İş Sözleşmesi kapsamındaki hakları ve sendikaya üye olmadan önceki saat ücretini birlikte talep edemeyeceğini savunmuştur.

Yargıtay ise verdiği kararda, işçinin toplam gelirinde artış olduğunu, işçinin sendikaya üye olup toplu iş sözleşmesinden yararlanmak istediğini belirterek toplu iş sözleşmesi gereği belirlenen yeni ücretini kabul etmiş olduğunu, işçinin hem toplu iş sözleşmesi kapsamındaki sosyal hakları hem de kapsam dışı işçilere ödenen günlük brüt ücreti talep etmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

Yargıtay, kararında, Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir karara<sup>2</sup> ve İçtihat Farklılıklarının Giderilmesi yönündeki ilke karara da atıf yaparak, tarafların anlaşması ya da düzen ilkesi gereği toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca kök ücretin düşürülebileceğini, bireysel ve Toplu İş Sözleşmesindeki aynı amaca yönelik hükümlerinin gruplandırılarak karşılaştırılması gerektiğini belirtmiştir.

<sup>1</sup> www.lexpera.com.tr, (Çevrimiçi) E.T: 22.04.2022.

<sup>2</sup> Yar. Hukuk Genel Kurulu, E.2017/887, K.2017/885, 03.05.2017.

Karara konu hukuki sorun, işçi lehine hüküm belirlenirken hangi yöntemin kullanılması gerektiğidir. Zira işçi hem iş sözleşmesindeki kök ücreti hem de toplu iş sözleşmesindeki ek menfaatleri talep ederek, aslında bireysel iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesi hükümlerinin tek tek karşılaştırılmasını istemiş olmaktadır. Yargıtay ise hükümlerin gruplandırılarak karşılaştırılması gerektiği yolunda karar vermiştir.

Dolayısıyla aşağıda öncelikle işçi lehine hüküm ilkesinden bahsedip, ardından asıl konumuz olan lehe hükmün belirlenmesi yöntemlerini açıklayarak kanaatimizi belirteceğiz.

## **B. İşçi Lehine Hüküm Kavramı**

İşçi lehine hüküm, aslında toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinin istisnalarından biridir. Konunun açıklanmasından önce belirtmek isteriz ki, işçi lehine hüküm olarak adlandırdığımız kural öğretide farklı şekillerde isimlendirilmektedir. İşçi lehine hükmün<sup>3</sup> yanı sıra, işçi lehine şart<sup>4</sup> ve yararlılık ilkesi<sup>5</sup> tabirlerine de rastlamak mümkündür. Alman Hukukunda ise konu yararlılık meselesi olarak görülmekte ve “*Günstigkeitsprinzip*” olarak adlandırılmaktadır<sup>6</sup>. Biz, Kanunun kullandığı ifadeye daha yakın bulmamız nedeniyle, işçi lehine hüküm isimlendirmesini tercih ediyoruz.

### **1. Toplu İş Sözleşmesinin Emredici Etkisi**

---

<sup>3</sup> EKMEKÇİ, Ömer, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 395; NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri**, 3. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2016, s. 473-474.

<sup>4</sup> AYDINLI, İbrahim, Toplu İş Sözleşmesi ile Yapılan Yeni Yevmiye Düzenlemesinin “İşçi Lehine Şart İlkesi”ne Aykırı Olduğuna İlişkin Yargıtay Kararı Değerlendirilmesi, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XVIII, Yıl 2014, Sayı 3-4, s. 104;

<sup>5</sup> ALPAGUT, Gülsevil, Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, Cilt II, Beta Basım Yayın, İstanbul 2001; GÜRSEL, İlke, İş Sözleşmesine Konulan Bir Hükümle Yararlılık İlkesinin Bertarafı Mümkün Müdür?, **Çalışma ve Toplum**, 2021/3, s. 1921; ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat/ ÖZKARACA Arcüment, **İş Hukuku Dersleri**, 34. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2021, s. 1067; GÜNAY, Cevdet İlhan, **Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 699; TUNCAY, Can, SAVAŞ KUTSAL, Burcu, **Toplu İş Hukuku**, 6. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2017, s. 272.

<sup>6</sup> SCHAUB, Günther, **Arbeitsrechts-Handbuch**, 19. Auflage, C. H. Beck 2021, § 207 Rn 19; DÄUBLER, Wolfgang, **Tarifvertragsgesetz**, 5. Auflage Nomos Verlag 2022, Rn 610; SCHAUB, Günther/ KOCH, Ulrich, **Arbeitsrecht von A-Z**, 26. Auflage, 2022; NEBELING, Martin/ ARNTZEN, Marina, “Das Günstigkeitsprinzip–Der Tarifvertrag als „Gesamtwerk”, **NZA** 2011, s. 1215; MELMS, Christopher/ KENTNER Kathrin, Die Modifikation des Günstigkeitsprinzips, **NZA** 2014, 127; LÖWISCH, Manfred/ RIEBLE, Volker, **Tarifvertragsgesetz**, 4. Auflage, Vahlen 2017, Rn 331; MÜLLER-GLÖGE, Rudi/ PREIS, Ulrich/ SCHMIDT, Ingrid, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 22. Auflage, C. H. Beck 2022, § 4, Rn 31 vd.

Toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesi üzerindeki etkilerinden biri emredici etkidir. Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi 6356 sayılı Kanun md. 36'da düzenlenmiştir. Buna göre; “*Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır.*”

Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi gereği, kural olarak iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmelerine aykırı olamaz. Şayet iş sözleşmesinde toplu iş sözleşmesine aykırı bir hüküm varsa, bu hükümlerin yerine toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır<sup>7</sup>.

Emredici etkinin sonucu olarak, toplu iş sözleşmesinden önce yapılmış iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümleri uygulanamayacağı gibi, toplu iş sözleşmesinden sonra yapılacak iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı hükümler içeremez<sup>8</sup>.

Ekleyelim ki, toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi Alman Hukukunda da Kanunda açıkça düzenlenmiştir. Tarifvertragsgesetz md. 4 uyarınca, toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesinin yapılmasına, içeriğine ve sona ermesine ilişkin hükümleri doğrudan ve emredici şekilde toplu iş sözleşmesi taraflarını bağlar. Alman Hukukunda Türk Hukukundan farklı olarak, hem doğrudan etki; hem de hangi hükümlerin emredici etkisi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Hemen ekleyelim ki, 6356 sayılı Kanunda açıkça belirtilmese de, Türk Hukukunda da emredici etkisi olan hükümlerin normatif hükümler olduğu kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

## **2. Toplu İş Sözleşmesinin Emredici Etkisinin İstisnaları**

6356 sayılı Kanun md. 36 uyarınca, toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinin iki istisnası vardır. Bunlardan ilki bu etkinin toplu iş sözleşmesi ile kaldırılması iken, ikincisi iş sözleşmesindeki işçi lehine hükümlerdir<sup>10</sup>. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmişse veya iş sözleşmesindeki hüküm işçinin daha lehine ise, artık toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinden söz edilemez.

İncelememize konu olan Yargıtay kararı da aslında işçi lehine hüküm ve lehe olan hükümün belirlenmesi yöntemi ile ilgilidir. Dolayısıyla burada emredici etkinin

---

<sup>7</sup> ŞAHLANAN, Fevzi, **Toplu İş Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 416; EKMEKÇİ, s. 387; ARICI, Kadir, **Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara 2022, s. 267; NARMANLIOĞLU, s. 473.

<sup>8</sup> EKMEKÇİ, s. 387.

<sup>9</sup> ŞAHLANAN, s. 414; EKMEKÇİ, s. 388.

<sup>10</sup> ŞAHLANAN, s. 417-418; EKMEKÇİ, s. 391; SUR, Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 339. ARICI'ya göre emredici etkinin tek istisnası vardır; o da işçi lehine hükümdür. ARICI, s. 267.

toplu iş sözleşmesiyle kaldırılması değil, işçi lehine hüküm ve lehe olan hükmün belirlenmesinde kullanılan yöntemler üzerinde durulacaktır.

### **3. İşçi Lehine Hüküm**

6356 sayılı Kanun md. 36 uyarınca; “*Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması hâlinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir.*”

Görüldüğü üzere işçi lehine hüküm düzenlemesi sayesinde, toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin çatışması sorunu, hiyerarşik üstünlüğün dikkate alınması yerine işçi açısından daha avantajlı hüküm uygulanarak çözümlenir<sup>11</sup>. Dolayısıyla işçi lehine hüküm, iş sözleşmesinin taraflarına adeta toplu iş sözleşmesinin de üzerinde bir özerklik tanır<sup>12</sup>. Bu yönüyle de aslında toplu iş sözleşmesinin emredici etkisini lehe hükümler bakımından “nispi emredici” hale dönüştürür<sup>13</sup>. Bu sayede işçinin bireysel düzeyde elde ettiği kazanım korunmaktadır<sup>14</sup>.

İşçi lehine hüküm ilkesinin aslında olumlu ve olumsuz olmak üzere iki görünümü olduğu söylenebilir<sup>15</sup>. Bu ilkenin olumlu görünümü, iş sözleşmesi taraflarının toplu iş sözleşmesinin dahi üzerinde etki doğuran hükümler kararlaştırabilmeleridir. Olumsuz görünümü ise, toplu iş sözleşmesi taraflarının iş sözleşmesinin işçi lehine olan hükümlerini bertaraf edememeleridir.

### **C. İşçi Lehine Hüküm Değerlendirmesinin Yapılacağı Zaman**

İşçi lehine hüküm belirlenirken, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin “*ilk karşı karşıya geldiği/yarıştığı an*” dikkate alınır<sup>16</sup>. Örneğin işçi halihazırda bir iş sözleşmesi ile çalışırken, toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın başladığı an karşılaştırma yapılarak işçi lehine olan hüküm/hükümler bulunur<sup>17</sup>. Bunun tam tersi olarak toplu iş sözleşmesi yürürlükte iken iş sözleşmesi imzalanması durumunda da sonuç aynıdır.

---

<sup>11</sup> GÜRSEL, s. 1924.

<sup>12</sup> DÄUBLER, Rn 612.

<sup>13</sup> EKMEKÇİ, s. 396; DÄUBLER, Rn 612.

<sup>14</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 1068; SCHAUB, § 207 Rn 19; ARICI, s. 267-268.

<sup>15</sup> DÄUBLER, Rn 614.

<sup>16</sup> DÄUBLER, Rn 750; LÖWISCH/RIEBLE, Rn 631; MÜLLER-GLÖGE/PREIS/SCHMIDT, § 4 Rn 42; BAG 15.04.2015 – 4 AZR 587/13, NZA 2015, 1277, Rn 31.

<sup>17</sup> DÄUBLER, Rn 750; DEINERT, Olaf/ HEUSCHMID, Johannes/ ZWANZIGER, Bertram/ KITTNER, Michael, **Arbeitsrecht**, 10. Auflage, Bund Verlag 2019, § 11 Rn 89; BERG, Peter/ KOCHER, Eva/ SCHUMANN Dirk, **Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktcommentar**, 7. Auflage, Bund Verlag 2020, § 4 Rn 165.

Dolayısıyla hangi sözleşmenin önce yapıldığının bir önemi yoktur<sup>18</sup>. Her durumda her iki sözleşmenin de uygulama alanı bulduğu zamana göre değerlendirme yapılması gerekir.

İş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapılması halinde, işçinin lehine olan hükümün belirlenmesi için yeni bir değerlendirme yapılması gerekir<sup>19</sup>.

Hemen ekleyelim ki, toplu iş sözleşmesinin art etkisi nedeniyle iş sözleşmesi olarak uygulandığı dönemde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, işçi lehine hüküm değerlendirmesi yapılmaz<sup>20</sup>. Zira art etki, yeni bir iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi yapılmaya kadar devam eden bir etkidir<sup>21</sup>. Aynı şekilde, her toplu iş sözleşmesi kendi dönemini düzenlediğinden, iki farklı toplu iş sözleşmesi arasında da lehe hüküm tartışması yapılamaz<sup>22</sup>.

#### **D. İşçi Lehine Hükümün Tespitinde Objektif Teori**

İki farklı hükümden hangisinin işçinin lehine olduğunu tespit etmek her zaman kolay olmaz. Zira “lehe olma” durumu işçiden işçiye farklılık gösterir. Dolayısıyla hangi hükümün işçinin lehine olduğunun belirlenmesinde objektif bir yaklaşım sergilenmelidir<sup>23</sup>.

Objektif teori olarak adlandırılan bu yaklaşım uyarınca, lehe olan hüküm belirlenirken iş hayatındaki temel değer ve uygulamalar dikkate alınarak, ortalama bir işçi bakımından değerlendirme yapılmalıdır<sup>24</sup>. Bu kapsamda örneğin işçinin ücretinin daha yüksek belirlendiği bir düzenleme aynı zamanda çalışma süresini de arttırıyorsa, her ne kadar işçi daha yüksek ücrete hak kazanacak da olsa, bu hüküm işçinin lehine olarak değerlendirilemez<sup>25</sup>.

Şayet iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi hükümleri arasında işçinin lehine olan hüküm ya da hükümler belirlenemiyorsa ya da sözleşme hükümleri birbirine eş

---

<sup>18</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 1069; NARMANLIOĞLU, s. 475; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 273.

<sup>19</sup> DÄUBLER, Rn 751; LÖWISCH/RIEBLE, Rn 634.

<sup>20</sup> ŞAHLANAN, s. 418; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 273-274.

<sup>21</sup> EKMEKÇİ, s. 493; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 1071; ŞAHLANAN, s. 424-425.

<sup>22</sup> EKMEKÇİ, s. 493; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 1076; GÜNDAY, s. 700.

<sup>23</sup> TUNÇOMAĞ, s. 27; ŞAHLANAN, s. 419; SUR, s. 340; ARICI, s. 268; GÜRSEL, s. 1928; GÜNDAY, s. 698; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 273.

<sup>24</sup> TUNÇOMAĞ, s. 27; ALPAGUT, s. 1527; GÜRSEL, s. 1928; GÜNDAY, s. 698.

<sup>25</sup> TUNÇOMAĞ, s. 28; SUR, s. 340-341; ŞAHLANAN, s. 419; DÄUBLER, Rn 677.



seviyede yararlılık içeriyorsa, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>26</sup>.

## E. İşçi Lehine Hükümün Tespitinde Kullanılan Yöntemler

İşçi lehine hüküm belirlenirken izlenmesi gereken yöntem konusunda gerek Türk Hukuku öğretisinde, gerekse de Alman Hukuku öğretisinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Aşağıda öncelikle bu yöntem ve görüşleri açıklayıp ardından kendi görüşümüzü belirtmeyi uygun buluyoruz.

### 1. Hükümlerin Tek Tek Karşılaştırılması Yöntemi

İş sözleşmesi hükümleri ile toplu iş sözleşmesi hükümleri arasında yararlılık karşılaştırılması yapılırken kullanılacak yöntemlerden biri, hükümlerin tek tek karşılaştırılması (*Einzelvergleich*) yöntemidir. Bu yöntemde iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümleri tek tek birbiri ile karşılaştırılır ve işçinin lehine olan hükümler bulunur.

Bu yöntem Türk Hukuku öğretisinde de Alman Hukuku öğretisinde de azınlıkta kalmıştır<sup>27</sup>. Zira hükümlerin tek tek karşılaştırılması halinde, iki sözleşmenin de lehe olan hükümleri ayıklanacak ve işçi her iki sözleşmenin de yalnızca lehte olan hükümlerinden faydalanacaktır. Bu durum Alman Hukukunda “*Rosinentheorie*” veya “*Rosinenpicken*” olarak adlandırılmakta ve kabul görmemektedir<sup>28</sup>.

Basit bir örnekle açıklamak gerekirse, bir temizlik işçisinin iş sözleşmesinde saatlik ücretinin 100 Lira olarak belirlendiğini ve buna ek olarak saatlik 10 Lira da kirlilik tazminatı adı altında bir ücret eki ödeneceğinin kararlaştırıldığını kabul edelim. Aynı işçinin faydalandığı toplu iş sözleşmesinde ise saatlik ücret 110 lira belirlenmiş ancak kirlilik tazminatı kararlaştırılmamış olsun. Şayet burada işçi lehine olan hüküm, tek tek karşılaştırılma yapılarak belirlenecek olursa, işçiye saatlik ücret olarak toplu iş sözleşmesindeki 110 lira ve buna ek olarak iş sözleşmesindeki kirlilik tazminatı olan 10 lira ödenir. Bu durumda işçinin saatlik ücreti 120 lira olur ki; bunun kabul edilebilir olmadığı açıktır<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> TUNÇOMAĞ, s. 30; ALPAGUT, s. 1531; GÜRSEL, s. 1928; LÖWISCH/RIEBLE, Rn 635; MÜLLER-GLÖGE/PREIS/SCHMIDT, § 4 Rn 40; KÜTTNER, Wolfdieter/ RÖLLER, Jürgen, **Personalbuch 2022**, 29. Auflage, C. H. Beck, 2022, Rn 10.

<sup>27</sup> NARMANLIOĞLU, s. 475. Sadece iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesinin tek bir hükmünün farklı olması halinde bu karşılaştırma yöntemine başvurulacağı yönünde bkz. ALPAGUT, s. 1530.

<sup>28</sup> MELMS/KENTNER, s. 127; LÖWISCH/RIEBLE, Rn 545; LAG Rheinland-Pfalz, 28.10.2011 - 6 Sa 185/11, BeckRS 2012, 65355; LAG Hamburg (5. Kammer), 05.03.2014 - 5 Sa 36/13, BeckRS 2014, 118644.

<sup>29</sup> NEBELING/ARNTZEN, s. 1215.

## **2. Hükümlerin Gruplandırılarak Karşılaştırılması Yöntemi**

İkinci yöntem, hükümlerin gruplara ayrılması ve bu gruplar arasında karşılaştırma yapılarak işçi lehine olan hükümlerin bulunması (*Sachgruppenvergleich*) yöntemidir. Bu yöntemde iş sözleşmesinin ve toplu iş sözleşmesinin hükümleri içeriklerine gruplandırılırlar. Bu gruplar oluşturulurken, içerik olarak birbiri ile ilişkisi olan düzenlemeler bir grup haline getirilirler ve bu gruplar birbiri ile karşılaştırılır<sup>30</sup>.

Hem Türk Hukuku öğretisinde hem de Alman Hukuku öğretisinde çoğunluk tarafından kabul gören görüşe göre, yararlılık karşılaştırması yapılırken bu yöntem kullanılmalıdır<sup>31</sup>. Bu kapsamda örneğin ücret hükümleri her iki sözleşmede de grup olarak karşılaştırılmalı ve işçi hangi sözleşmedeki grup daha yararlı ise o ücrete hak kazanmalıdır. Aynı şekilde izinler de bir grup olarak ele alınmalı ve işçi hangi sözleşmedeki izin daha lehe ise o izne hak kazanmalıdır. Bu şekilde her iki sözleşmeden işçinin lehine olan hükümler belirlenmeli ve işçiye o hükümler uygulanmalıdır.

Türk Hukuku öğretisinde bu görüşe dayanak olarak somut örnekler verilmemektedir. Alman Hukuku öğretisinde ise birbiriyle içerik bakımından objektif bağlantısı bulunan hükümlerin grup olacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla keskin grup ayrımlarına yer verilmemekte ve grupların değişebileceği belirtilmekle birlikte; izin süreleri ile izin ücretlerinin, işverence sağlanan araç ile yol ücretinin, saat ücreti ile gece çalışmalarında ödenen ek ücretin kendi içinde gruplar olabileceği örnekleri verilmektedir<sup>32</sup>. Hemen ekleyelim ki Alman Hukukunda bir görüş, sözleşme taraflarının hangi hükümlerin kendi içerisinde grup olacağını kararlaştırabileceklerini belirtmektedir<sup>33</sup>.

## **3. İş Sözleşmesi ile Toplu İş Sözleşmesinin Bütün Olarak Karşılaştırılması Yöntemi**

Nihayet işçi lehine olan hüküm belirlenirken kullanılacak bir diğer yöntem, sözleşmelerin bütün olarak karşılaştırılması (*Gesamtvergleich*) yöntemidir. Bu yöntem uygulanırken, iş sözleşmesinin ve toplu iş sözleşmesinin tüm hükümleri birden dikkate alınarak karşılaştırma yapılır ve işçinin lehine olan sözleşme bütünüyle ve tek başına uygulanır<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> NEBELING/ARNTZEN, s. 1215.

<sup>31</sup> ŞAHLANAN, s. 420; ARICI, s. 268; SUR, s. 342.

<sup>32</sup> DÄUBLER, Rn 713.

<sup>33</sup> DÄUBLER, Rn 715.

<sup>34</sup> NEBELING/ARNTZEN, s. 1215.

Öğretide bu görüş *Ekmekçi* tarafından savunulmaktadır. Yazara göre; hükümlerin tek tek veya gruplar halinde karşılaştırılması yalnızca teorik düzeyde kalan görüşlerdir. Burada yapılması gereken, işçinin tabi olduğu statüye göre haklarının bütün olarak belirlenmesidir<sup>35</sup>.

#### **4. Yargıtay Uygulaması**

İşçi lehine hükmün belirlenmesinde kullanılacak yöntem konusunda Yargıtay kararları incelendiğinde, istikrarsızlığın göze çarptığını belirtmek hatalı olmaz. Hatta bu durum adil yargılanma ilkesinin ihlal edildiği<sup>36</sup> ve içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi gerektiği<sup>37</sup> görüşlerini de doğurmuştur.

Son olarak “Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020” isimli yazıda bu konu ele alınmış ve şu ifadeler yer verilmiştir: “*Bireysel iş sözleşmesinde kararlaştırılan temel ücret işçinin üye olması halinde toplu iş sözleşmesinde öngörülen kök ücrete göre azaldığı halde, parasal karşılığı olan haklar bir bütün olarak değerlendirilerek karşılaştırma yapılmalıdır. Bu durumda işçinin temel ücreti sendikaya üye olduğu tarihten itibaren toplu iş sözleşmesine göre daha düşük olsa da, ücret grubu haklar yönünden toplam yararlılık dikkate alındığında işçi lehine ise kanuna aykırılık yoktur.*”

İlgili açıklamada her ne kadar “toplam yararlılık” ifadesi kullanılsa da, incelediğimiz kararda da vurgulandığı üzere, aslında Mahkemece ücrete ilişkin hükümler bakımından gruplandırma yönteminin benimsendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme’nin bundan sonra işçi lehine hükmü belirlerken gruplandırarak değerlendirme yöntemini kullanacağı söylenebilir.

#### **F. Kanaatimiz ve Sonuç**

İşçi lehine hüküm belirlenirken kanaatimizce uygulanması gereken yöntem, her iki sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesidir. Hatta çoğunluk görüşü olan gruplandırma yönteminin uygulanabilmesi bize göre mümkün de değildir<sup>38</sup>.

Şöyle ki;

İlk olarak, Alman Hukukunda *Rosinentheorie* olarak adlandırılan yasak, bizim hukukumuz bakımından da geçerlidir. Diğer bir deyişle her iki sözleşmenin hükümlerinin tek tek karşılaştırılarak sadece işçinin lehine olanların seçilip

---

<sup>35</sup> EKMEKÇİ, s. 397 vd.

<sup>36</sup> EKMEKÇİ, s. 398.

<sup>37</sup> ŞAHLANAN, s. 422.

<sup>38</sup> EKMEKÇİ, s. 397 vd.

uygulanması mümkün değildir. Zaten bu görüş ne Türk Hukuku öğretisinde ne de Alman Hukuku öğretisinde kabul görmüştür.

Hem Türk Hukuku hem de Alman Hukuku öğretisinde çoğunluk tarafından benimsenen görüş, gruplandırılarak karşılaştırma yapılması görüşüdür. Biz bu görüşe de katılmamaktayız. Kanaatimizce bir iş sözleşmesindeki veya toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin keskin şekilde gruplara ayrılması pratikte mümkün değildir. Zaten öğretilerde bu görüşü ileri sürenler de bu görüşe dayanak olabilecek örnekler sunmamaktadırlar.

Bize göre çalışma koşullarının bu şekilde birbirinden bağımsız gruplara ayrılarak yorumlanması hem mümkün değildir, hem de eksik değerlendirmeye yol açar. Örneğin, bir sözleşme içindeki ücret hükümlerinin, çalışma süresi hükümlerinden ayrı bir grup olması mümkün değildir. Zira bir ücretin işçinin daha lehine olup olmadığı, o ücret karşısında ne kadar çalışacağı veya ne kadar izin kullanacağı hususlarından bağımsız şekilde belirlenemez. Söz gelimi bir işçinin aylık ücretinin iş sözleşmesine göre asgari ücretin yüzde yirmi fazlası, toplu iş sözleşmesine göre ise asgari ücret seviyesinde olduğunu düşünelim. Aynı işçinin bireysel iş sözleşmesine göre haftalık çalışma süresi 45 saat, toplu iş sözleşmesine göre ise haftalık 30 saat olsun. Burada hükümleri gruplandırma çabasına girilerek ücret ve çalışma süresi ayrı gruplar olarak kabul edilirse, işçinin hem yüksek olan ücretten, hem de düşük çalışma süresinden faydalanması sonucu doğar. Bu durum yukarıda da değindiğimiz *Rosinentheorie*'ye aykırılık teşkil eder. Kaldı ki bu sonuç ne işçinin, ne sendikanın, ne de işverenin amaçladığı bir sonuçtur. Bu örnekte işçinin haftalık 30 saat çalışıp, iş sözleşmesinde yer alan asgari ücretin yüzde yirmi fazlası tutarındaki ücreti alması, adeta tarafların iradesi dışında üçüncü bir sözleşme yaratılması ve uygulanması gibi bir sonuç doğurur. Bu sonucun kabul edilebilir olmadığı da aşikardır. Kısacası hükümlerin tek tek karşılaştırılmasının kabul görmediği zeminde, grup karşılaştırmasının da kanaatimizce kabul görmemesi gerekir. Zira her iki yöntem de sözleşme hükümlerinden yalnızca işçinin lehine olanların ayıklanarak uygulanması noktasında birleşmektedir. İşçi lehine hüküm kuralının amacının bu olmadığı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, toplu görüşmeler esnasında işveren ve işçi sendikası da aslında toplu iş sözleşmesini bir bütün olarak değerlendirirler ve şekillendirirler. Örneğin toplu pazarlık esnasında disiplin cetveli hükümleri konusunda sendikanın teklifini kabul eden işveren, bunun karşılığında fazla çalışma ücretinin kanundaki gibi yüzde elli zamlı kalmasını teklif etmiş olabilir. Aynı şekilde sendika da disiplin hükümleri konusundaki kazanımını korumak adına fazla çalışma ücretinin yüzde elli zamlı olmasını kabul edebilir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Zaten sürecin toplu “pazarlık” olarak adlandırılması da burada kendini gösterir. Bu ve benzeri ihtimaller iş sözleşmesi imzalayan işçi ve işverenin bireysel pazarlığında da söz konusu olabilir. İşte bu gibi durumlar da aslında toplu iş sözleşmesinin ve

iş sözleşmesinin gruplara ayrılarak değerlendirilmesini kanaatimizce engellemektedir.

Sonuç olarak, bu sözleşmeler birer bütün olarak değerlendirilmeli ve işçinin lehine olan hüküm toptan bir değerlendirme yapılarak belirlenmelidir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## **KAYNAKÇA / REFERENCES**

ALPAGUT, Gülsevil, Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler, **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt II, Beta Basım Yayın, İstanbul 2001.

ARICI, Kadir, **Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara 2022.

AYDINLI, İbrahim, Toplu İş Sözleşmesi ile Yapılan Yeni Yevmiye Düzenlemesinin “İşçi Lehine Şart İlkesi”ne Aykırı Olduğuna İlişkin Yargıtay Kararı Değerlendirilmesi, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XVIII, Yıl 2014, Sayı 3-4.

BERG, Peter/ KOCHER, Eva/ SCHUMANN Dirk, **Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktkommentar**, 7. Auflage, Bund Verlag 2020.

ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat/ ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, 34. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2021.

DÄUBLER, Wolfgang, **Tarifvertragsgesetz**, 5. Auflage Nomos Verlag 2022.

DEINERT, Olaf/ HEUSCHMID, Johannes/ ZWANZIGER, Bertram/ KITTNER, Michael, **Arbeitsrecht**, 10. Auflage, Bund Verlag 2019.

*YİĞİT / İşçi Lehine Hükümün Belirlenmesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 23.03.2021 Tarih ve 2021/2913-2021/6633 Sayılı Kararı Üzerine)*

EKMEKÇİ, Ömer, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

GÜNAY, Cevdet İlhan, **Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

GÜRSEL, İlke, İş Sözleşmesine Konulan Bir Hükümle Yararlılık İlkesinin Bertarafı Mümkün Müdür?, **Çalışma ve Toplum**, 2021/3.

KÜTTNER, Wolfdieter/ RÖLLER, Jürgen, **Personalbuch 2022**, 29. Auflage, C. H. Beck, 2022.

LÖWISCH, Manfred/ RIEBLE, Volker, **Tarifvertragsgesetz**, 4. Auflage, Vahlen 2017.

MELMS, Christopher/ KENTNER Kathrin, Die Modifikation des Günstigkeitsprinzips, **NZA** 2014.

MÜLLER-GLÖGE, Rudi/ PREIS, Ulrich/ SCHMIDT, Ingrid, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 22. Auflage, C. H. Beck 2022.

NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri**, 3. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2016.

NEBELING, Martin/ ARNTZEN, Marina, “Das Günstigkeitsprinzip–Der Tarifvertrag als „Gesamtwerk”, **NZA** 2011.

SCHAUB, Günther, **Arbeitsrechts-Handbuch**, 19. Auflage, C. H. Beck 2021.

SCHAUB, Günther/ KOCH, Ulrich, **Arbeitsrecht von A-Z**, 26. Auflage, 2022.

SUR, Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.

ŞAHLANAN, Fevzi, **Toplu İş Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

TUNCAY, Can, SAVAŞ KUTSAL, Burcu, **Toplu İş Hukuku**, 6. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2017.